T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNDA İSPAT HAKKI VE SINIRLARI

Pınar ÇİFTÇİ TÜRKEL

Danışman
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

İzmir - 2016

DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

2008800792

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi

Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü

Adı ve Soyadı : Pınar ÇİFTÇİ TÜRKEL

Tez Başlığı : Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırları

Savunma Tarihi : 18.02.2016

Danışmanı : Prof.Dr.Muhammet ÖZEKES

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı	Üniversitesi	İmza
Prof.Dr.Muhammet ÖZEKES	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Oruç Hami ŞENER	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Yusuf KARAKOÇ	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Oğuz ATALAY	GEDİZ ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Güray ERDÖNMEZ	GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ	

Oybirliği (X)
Oy Çokluğu ( )

Pınar ÇİFTÇİ TÜRKEL tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "**Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırları**"başlıklı tezi kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Mustafa Yaşar TINAR
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum "***Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırları***" adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

19/03/2016

Pınar ÇİFTÇİ TÜRKEL

ÖZET

Doktora Tezi

Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırları

Pınar ÇİFTÇİ TÜRKEL

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

İspat hakkı, temel bir yargısal hak olarak Türk hukukunda ilk olarak 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda müstakil olarak düzenlenmiştir. Bu kanunlaştırma faaliyetinde önce ise, ispat hakkı *hukukî dinlenilme* ve *âdil yargılanma haklarının* birer unsuru olarak yine Kabul edilmekteydi. Ancak çalışmamızda da ortaya konulduğu üzere, ispat hakkı göründüğünden çok daha geniş bir alana yayılmaktadır.

İspat hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 6) ve Anayasa (m. 36) tarafından garanti edilen yargısal temel haklardan birisidir. İspat hakkı, pek çok başka yargısal temel hak tarafından desteklenen ve medenî yargılama hukukunun merkezinde bulunan bir haktır. Âdil yargılanma hakkı, alenî yargılanma hakkı, silâhların eşitliği ilkesi, âdil şekilde delil sunma hakkı, adalete erişim hakkı, makûl süre içerisinde yargılanma hakkı bunlardan sadece bazılarıdır.

Temel bir yargısal hak olarak ispat hakkının üzerinde çok sayıda da sınırlama mevcuttur. Bunlar içerisinde en önemlilerinden birisi, temel hak çatışmalarından doğanlardır. İspat hakkı bazı durumlarda özel hayatın korunması hakkı, sözleşme özgürlüğü, ailenin korunması hakkı veya kişisel hakların korunması gibi haklarla karşı karşıya kalabilir.

İspat hakkının üzerinde aynı zamanda Kanun'dan veya uygulamadan kaynaklanan da çok sayıda sınırlama vardır. Türk medenî yargılama hukukunda geçerli olan belirli bir miktarın üzerindeki hukukî ilişkilerin senetle ispatı (senetle ispat kuralı) ispat hakkı üzerindeki en önemli sınırlamalardan birisidir. Bu sınırlamaya göre sözleşmeye dayalı her türlü iddianın senetle ispatlanması gerekir. Dolayısıyla ispat hakkının kendisi kadar, sınırlamaları da oldukça önemlidir.

Anahtar Kelimeler: İspat, yargısal temel hak, temel hakların sınırlandırılması, ölçülülük ilkesi, AİHS

ABSTRACT

Doctoral Thesis

Doctor of Philosophy (PhD)

Right to Prove and Restrictions on the Right in Civil Procedure Law

Pınar ÇİFTÇİ TÜRKEL

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Deparment of Private Law

Private Law Program

Right to prove has been introduced for the first time -*as an independent fundamental procedural right*- in Turkish law by the new Turkish Civil Procedure Code which has been in force since 01.10.2011. Before this legislation the right to prove was recognized in Turkish civil procedure law as an element of *right to be heard* and *right to a fair trial*. As we will try to expose in our study, the right to prove has a wider extend more than meets the eyes.

Right to prove is one of the fundamental procedural right which guaranteed by European Convention of Human Rights (Art. 6) and Turkish Consitution (Art. 36). Right to prove is located in the heart of civil proceeding which supported by many other fundamental procedural rights: *Right to fair trial (due process), right to a public hearing, right to equality of arms, the right to fair presentation of the evidence, right to access justice, right to a hearing within a reasonable time* are the part of these rights.

As a fundamental procedural right, there are also many restrictions on the right. One of the most important restrictions derives from conflicts of fundemental rights. In some cases right to prove may faces with protection of privacy, freedom of contract, right to protection of family or personal data protection and etc.

There are also other restrictions about right to prove arising from codes or practice in Turkish law system. The obligation to proving the legal transactions by deed that involves more than certain amount of money is one of the most important restriction on the right to prove in Turkish civil procedure law. Due to this restriction almost all the claims based on contract have to been proved by deed in Turkish law system. Therefore the restrictions that violate the right to prove are important as the right to prove itself.

Keywords: Prove, fundamental procedural right, restriction of fundamental rights, principle of proportionality, ECHR

MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNDA İSPAT HAKKI VE SINIRLARI

TEZ ONAY SAYFASI ii
YEMİN METNİ iii
ÖZET iv
ABSTRACT vi
İÇİNDEKİLER viii
KISALTMALAR xxviii
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

MEDENÎ YARGILAMA HUKUKU SİSTEMLERİNDE İSPAT HAKKININ GELİŞİMİ VE UYGULAMA ALANI

§ 1 İSPAT HAKKININ GELİŞİMİ 31

I. Medenî Yargılamanın Tarihî Gelişiminde İspat Hakkını Doğrudan Etkileyen Kırılmalar 31
A. Genel Olarak 31
B. İspat Hakkının Gelişiminde İlkesel Anlamda Temel Kırılma Noktaları 33
1. Akıldışı İspat Araçlarından, Akılcı İspat Araçlarına Geçiş 33
2. Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirme Yetkisinin Gelişimi 37
3. Doğrudanlık İlkesinin Gelişimi 42
C. Antik Çağ ve Orta Çağ'da İspat Hakkının Gelişimi 43
D. Fransız Devrimi ve Sonrasında İspat Hakkının Gelişimi 49
E. İslâm ve Osmanlı Hukukunda İspat Hakkı 53
F. Anayasallaşma ve Temel Haklar Sürecinde İspat Hakkının Gelişimi 54

II. Medenî Yargılama Hukukunun Amacı ve İspat Hakkı İlişkisi 59

III. İdeolojik Yaklaşımların Medenî Yargılama Hukuku Sistemleri ve İspat Hakkı Üzerindeki Etkileri 65
A. Genel Olarak 65

B. İdeoloji ve Medenî Yargılama Hukukunun Amacı 68
C. İdeoloji ve Gerçeğin Ortaya Çıkartılması ile Taraflarca Getirilme İlkesi 70
D. İdeoloji ve İspat Rejimleri 77
E. HMK'nın Hâkim İdeolojisi ve Bunun İspat Hakkı Üzerindeki Etkisinin İncelenmesi 81

§ 2 FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İSPAT HAKKI 90

I. Farklı Hukuk Sistemlerinde İspat Hakkı 90
A. Alman Hukuku 90
B. İsviçre Hukuku 91
1. Genel Olarak 91
2. SchZPO m. 152 91
3. İsviçre Hukukunda İspat Hakkının Temel Özellikleri ve Sınırlamaları 93
C. İngiliz Hukuku 95
1. Genel Olarak 95
2. Yargılama Sisteminin Temel Karakteristiğinin İspat Sistemi Üzerindeki Etkileri 96
3. İspat Hakkı Çerçevesinde Sistemin Değerlendirilmesi 100
D. Amerikan Hukuku 102
1. Genel Olarak 102
2. Yargılama Sisteminin Temel Karakteristiğinin İspat Sistemi Üzerindeki Etkileri 102
3. İspat Sisteminin Temel Özellikleri 105
4. İspat Hakkı Çerçevesinde Sistemin Değerlendirilmesi 107
E. Rus Hukuku 109
1. Genel Olarak 109
2. İspat Sisteminin Temel Özellikleri Çerçevesinde İspat Hakkı 110

II. Medenî Yargılama Sistemlerinin Etkileşimi Çerçevesinde İspat Hakkı 113
A. Etkileşimin İspat Hakkı Açısından Gelişimi 113
1. Ortak Hukuk Dünyasından Kıta Avrupası Hukuk Sistemine Doğru İlk Yakınlaştırma Çalışmalarının İspat Hakkı Açısından Önemi 113
2. Kıta Avrupası Sisteminden Ortak Hukuka Doğru Yakınlaştırma Çalışmaları ve İspat Hakkı Üzerindeki Etkisi 115
3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yakınlaştırıcı Fonksiyonunun İspat Hakkı Açısından Önemi 116
4. Uluslarüstü Medenî Yargılama Prensipleri ve Kurallarının Yakınlaştırıcı Etkisinin İspat Hakkı Açısından Önemi 118

5. Medenî Yargılama Hukuklarının Ortak Sorunlarının, Yargılama Sistemlerini Yakınlaştırmasının İspat Hakkı Üzerindeki Etkisi 119
6. Küreselleşmenn Yakınlaştırıcı Etkisi 122
B. İspat Hakkı Açısından Milletlerarası Tahkim Hukuku 124
1. Milletlerarası Tahkim Hukuku Prensiplerinin İspat Hakkı ve Konumuz Açısından Taşıdığı Önem 124
2. İspat Hakkı Çerçevesinde IBA Delil Kuralları'nda İspatın Temel İlkeleri 128

İKİNCİ BÖLÜM

İSPAT HAKKININ KURAMSAL (DOGMATİK) TEMELLERİ

§ 3 İSPAT HAKKININ TEMELİ: HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ, ÂDİL YARGILANMA HAKKI ve DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ 133

I. İspat Hakkının Temeli Konusunda Görüşler 133
A. Maddî Hukuk Görüşü 133
B. Yargısal Temel Hak Görüşü 134
C. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz 137

II. Yargısal Demokraside İspat Hakkının Yeri 139

III. İspat Hakkının Temel Haklar İçerisindeki Konumu ve Önemi 141
A. Genel Çerçeve 141
B. İspat Hakkı ile Hak Arama Özgürlüğü Arasındaki İlişki 143
C. İspat Hakkı ile Âdil Yargılanma Hakkı Arasındaki İlişki 146
D. İspat Hakkının Diğer Temel Haklar İçerisindeki Konumu ve Önemi 147
IV. İspat Hakkının HMK'daki Hukukî Temelleri 149
A. Genel Olarak 149
B. HMK m. 189 150
C. HMK m. 27 ve 193 152

§ 4 YARGISAL TEMEL HAK OLARAK İSPAT HAKKININ ÖZELLİKLERİ 154

I. İspat Hakkının Yargısal Temel Hak Olmasına Bağlı Olan Genel Sonuçlar 154
II. İspat Hakkına İlişkin Kuralların Uygulanmasında Başvurulacak Yorum Yöntemleri 155

§ 5 İSPAT HAKKI KATALOĞU (BLOĞU) (=İSPAT HAKKININ UNSURLARI) 158

I. İspat Hakkı Kataloğunun Tanıtımı 158

II. İspat Hakkı Kataloğunun İçeriği 166

A. İnsan Onuruna Yakışan Şekilde İddia ve Savunma Yapma Hakkı 166

B. Âdil Yargılanma Hakkı 170

1. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı 172
2. Eşdeğer Silâhlarla Yargılanma Hakkı (Silâhların Eşitliği İlkesi) 174
   a. İspat Hakkının Tesisinde Eşitlik İlkesinin Uygulanması 174
   b. Eşit Silâhlarla Yargılanma Hakkının Önemi ve Unsurları 179
      aa. Âdil Şekilde Delil Sunma Hakkı 183
         aaa. Genel Olarak 183
         bbb. Delillerin Değerlendirilmesi 184
      bb. Karşı Delil Sunma Hakkı 189
      cc. Tanıkların Dinlenmesinde Silâhların Eşitliği 192
      dd. Bilirkişi Bakımından Silâhların Eşitliği 195
3. Çelişmeli Yargılanma Hakkı 199
4. Makûl Sürede Yargılanma Hakkı 201
   a. Genel Olarak 201
   b. Yargılamaların Uzun Sürmesi ve İspat Hakkı Arasındaki İlişki 204
   c. Makûl Sürede Yargılanmanın Ölçütleri ve İspat Hakkı ile Etkileşimi 207
   d. Ekonomik Yargılanma Hakkı 209
   e. Türk Hukuk Uygulamasının Patolojik Sorunları Karşısında İspat Hakkının Etkinliğini Kaybetmesi Sorunu 212
5. Alenî Yargılanmayı Talep Hakkı 217
6. Âdil Yargılanma Hakkı Kapsamında İspat Hakkının Kullanılmasında Dil Engellerinin Aşılması 220
   a. Yargılamada Dil Engellerinin Aşılması ve İspat Hakkı 220
   b. İspat Hakkı Kapsamında Medenî Yargıya İlişkin Davalar Açısından Tercümandan Yararlanma Hakkının Âdil Yargılama Açısından Zorunlu Olup Olmadığı Sorunu 221

C. Hukukî Dinlenilme Hakkı 223

1. Hukukî Dinlenilme Hakkı ve İspat Hakkı Arasındaki İlişki 223
   a. Genel Olarak 223
   b. HMK m. 27 224
   c. SchZPO m. 53 227
2. Bilgilenme Hakkı 229

a. Hakkın İçeriği ve İspat Hakkı Bakımından Önemi 229
b. İspat Hakkı Çerçevesinde Bilgilenme Hakkının Konusu 231
aa. Tarafların Uyuşmazlık Hakkında Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı 231
aaa. İspat Hakkı Açısından Bilgiye/Delile Erişim Hakkının Önemi 231
bbb. Dava Öncesinde Tarafların Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı 233
a1. Genel Olarak 233
b1. Karşılaştırmalı Hukukta Tarafların Dava Öncesi Bilgiye ve Delile Erişim Hakkını Tanıyan İmkânlar 235
aa1. Hukuk Sistemleri Bakımından Farklılık 235
bb1. Alman Hukukunda Dava Öncesi Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı 237
cc1. İsviçre Hukukunda Dava Öncesi Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı 239
dd1. Norveç Hukukunda Dava Öncesi Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı 240
ee1. Ortak Hukuk Sistemlerinde Dava Öncesi Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı 241
ff1. Milletlerarası Tahkim Hukukunda Dava Öncesi Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı 243
c1. Somutlaştırma Yükünün Gereği Olarak Türk Hukuku Açısından Kuruma Duyulan İhtiyâcın Ortaya Konulması 245
aa1. Türk Hukukunda Dava Öncesi Bilgiye/Delile Erişme İmkânı 245
bb1. Somutlaştırma Yükü Karşısında Sorunun Ele Alınması 247
ccc. Dava Sürecinde Tarafların Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı 252
a1. Genel Olarak 252
b1. Dava Sürecinde Tarafların Bilgiye ve Delile Erişim Hakkının Kapsamı 254
aa1. Dosyadaki Bilgi ve Belgelerin İncelenmesi 254
bb1. Tarafların ve Üçüncü Kişilerin Delil İbrazına Zorlanıp Zorlanamayacağı Sorunu 257
aaa1. Genel Olarak 257
bbb1. Alman Hukukunda 259

ccc1. İsviçre Hukukunda 259
ddd1. Türk Hukukunda 262
c1. Dava Sürecinde Tarafların Bilgiye ve Delile Erişim Hakkının Sınırları 265
aa1. Süreye İlişkin Sınırlar, Teksif İlkesi ve İspat Hakkı 265
aaa1. Genel Olarak 265
bbb1. Delillerin Gösterilme Zamanı 268
(i) Kural: Dilekçelerin Değişimi Aşaması 268
(ii) İspat Hakkı Kapsamında Ön İnceleme Aşamasında Delil Gösterilmesi 270
(iii) İspat Hakkı Kapsamında Tahkikat Aşamasında Delil Gösterilmesi 271
(iv) İspat Hakkı Kapsamında Temyiz Aşamasında Delil Gösterilmesi 272
ccc1. İddia ve Savunmanın Değiştirilmesi/Genişletilmesi Yasağı ile İspat Hakkı İlişkisi 274
ddd1. HMK m. 145 ile İspat Hakkı İlişkisi 276
bb1. Tarafların Delil İbrazından Kaçınma Sebepleri ve İspat Hakkı 278
cc1. Somutlaştırma Yükü 280
aaa1. Delile Erişim Hakkının Sınırı Olarak Somutlaştırma Yükü 282
bbb1. Hukuk Sistemlerinin Ortak İhtiyâcı: Delile Erişim İmkânlarının Sınırlandırılması (*Fishing Expedition* ve Somutlaştırma Yükü Kurumlarının Karşılaştırılması) 282
bb. Yargılama ve Yargı Organı İşlemleri Hakkında Bilgilenme 284
c. İspat Hakkı Çerçevesinde Bilgilendirmenin Şekli 285
3. Açıklama Hakkı 285
a. Açıklama Hakkının İspat Hakkı ile İlişkisi 285
b. Açıklama Hakkının Konusu ile İspat Hakkı İlişkisi 287
c. Açıklama Hakkının Kullanılması Şekli ve İspat Hakkı İlişkisi 288

4. Dikkate Alınma Hakkı 288
a. Hakkın İspat Hakkı İle İlişkisi 288
b. Gerekçeli Karar Elde Etme Hakkı ve İspat Hakkı İlişkisi 289
c. Sürpriz Karar Verme Yasağı ve İspat Hakkı İlişkisi 292
D. Tarafların Hazır Bulunduğu Duruşmada Sözlülük Esasına Dayalı Yargılanma Hakkı 293
1. Duruşmalı Yargılanma Hakkı 293
2. Sözlülük Esasına Dayalı Yargılanma Hakkı 296
E. Adalete ve Mahkemeye Etkin Erişim Hakkı 299
1. Mahkemeye Etkin Erişim Hakkı ve İspat Hakkı İlişkisi 299
a. Mahkemeye Başvuru Hakkı ve İspat Hakkı 299
b. Mahkemeye Etkin Erişim Hakkı ve İspat Hakkı 300
2. Adalete Erişim Hakkı ve İspat Hakkı İlişkisi 302
a. Adalete Erişim Hakkı Konusundaki Gelişmelerin İspat Hakkına Etkisi 302
b. Adalete Erişim Hakkı Kapsamında Etkin ve Güçlü Hâkim Modelinin Gelişmesi 303
c. Adalete Erişim Hakkı Kapsamında İspat Kurallarının Basit, Anlaşılır Olması Gereği 304
d. Adalete Erişim Hakkı Kapsamında Avukatla Temsil Hakkı 305
aa. Medenî Haklara ve Ödevlere İlişkin Davalarda Avukatla Temsil Hakkının Sağlanması Zorunluluğu Olup Olmadığı ve İspat Hakkına Etkisi 305
aaa. Temel İlke 305
bbb. Medenî Haklara ve Ödevlere İlişkin Davalarda Avukatla Temsil Hakkının Tanınmasını Gerektiren Ölçütler 305
ccc. Avukatla Temsil Hakkının Tamamlayıcısı Olarak Adlî Yardımdan Yararlanma Hakkı 307
bb. Avukatla Temsil İmkânının Bulunmadığı Davalarda İspat Hakkının Güvence Altına Alınması 308
F. Doğrudanlık İlkesine Uygun Yargılanma Hakkı 308
1. Doğrudanlık İlkesinin İspat Hakkı Açısından Önemi 308
2. Doğrudanlık İlkesinin İstisnalarının İspat Hakkı Açısından Değerlendirilmesi 315
G. Tarafsız ve Bağımsız Bir Mahkemede Yargılanma Hakkı 318
1. Genel Olarak Hakkın Önemi 318
2. Hâkimlerin Tarafsızlığının ve Bağımsızlığının İspat Hakkı İle İlişkisi ve Önemi 319

3. Bilirkişilerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığının İspat Hakkı İle İlişkisi ve Önemi 321

§ 6 İSPAT HAKKINI GÜVENCE ALTINA ALAN TEMEL İLKELER VE HUKUKÎ ARAÇLAR

I. Temel İlkeler 326
A. Hukuk Devleti İlkesi 326
1. İspat Hakkı Açısından Önemi 326
2. Hukuk Devletinin Unsurlarının İspat Hakkı İle İlişkisi 329
a. Anayasa'nın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü ve İspat Hakkı 329
b. Hukukun Evrensel İlkelerine Uygunluk ve Temel Hakların Güvence Altına Alınması ve İspat Hakkı 331
c. Hukukun Üstünlüğünün Sağlanması ve İspat Hakkı 333
d. Kanun Önünde Eşitliğin Sağlanması (Silâhların Eşitliği İlkesi) ve İspat Hakkı 333
B. Hukukî Güvenlik İlkesi 334
1. Genel Olarak 334
2. Hukukî Belirlilik ve İspat Hakkı İlişkisi 336
a. Yasama İşlemlerinde Hukukî Belirlilik ve İspat Hakkı 337
aa. Yasama İşlemlerinde Hukukî Belirliliğin İspat Hakkı Açısından Anlamı 337
aaa. İspat Hakkını Güvence Altına Alan Kurallarda Hukukî Belirlilik 337
bbb. İspat Hakkını Sınırlandıran Kurallarda Hukukî Belirlilik 338
ccc. İspat Hakkı İhlâllerine Karşı Başvuru Yollarında Hukukî Belirlilik 338
bb. Bazı Örnekler 338
aaa. İİK m. 68b 338
bbb. HMK m. 119 ve 130 339
ccc. HMK m. 203 340
ddd. HMK m. 193 340
b. Yargı Faaliyetlerinde Hukukî Belirlilik ve İspat Hakkı 341
aa. Mahkeme Kararlarının Açık ve Anlaşılır Olmasının İspat Hakkı İle İlişkisi 341
bb. Kararların Tebliği/Tefhimi ve Yayımlanmasının İspat Hakkı İle İlişkisi 342
cc. Kararların Gerekçeli Olması ve Gerekçenin Tatmin Edici Olmasının İspat Hakkı İle İlişkisi 343
3. Hukukî İstikrar ve İspat Hakkı İlişkisi 344
a. Genel Olarak Hukukî İstikrarın İspat Hakkı İle İlişkisi 344

b. Hukuk Normlarında Hukukî İstikrar ve İspat Hakkı 345
c. Mahkeme Kararlarında Hukukî İstikrar ve İspat Hakkı 346
aa. İspat Hakkı Açısından Önemi 346
bb. Hukukî İstikrar, İçtihat Birliği ve İspat Hakkı İlişkisi 347
cc. Hukukî İstikrar, Kesin Hüküm ve İspat Hakkı İlişkisi 348
dd. Hukukî İstikrar, Hâkimin Takdir Yetkisi, Keyfîlik ve İspat Hakkı İlişkisi 349
ee. Hukukî İstikrar, İspat Hakkı Temelli Yorum Yöntemleri ve İspat Hakkı İlişkisi 350
4. Hukukî Öngörülebilirlik ve İspat Hakkı İlişkisi 351
a. Hukukî Öngörülebilirliğin İspat Hakkı İle İlişkisi 351
b. Yargılama Faaliyetinde Hukukî Öngörülebilirlik ve İspat Hakkı 351

C. İspat Hakkı Çerçevesinde Yargılamanın Haysiyeti İlkesi 352

II. Hukukî Araçlar 355
A. Delil Tespiti 355
B. İspat Güçlüklerinin Aşılması 357
1. İspat Hakkı Kapsamında İspat Güçlüklerinin Aşılması Zorunluluğu 357
2. Somut Bazı Örnekler Çerçevesinde İspat Güçlükleri veya İmkânsızlıkları 357
a. Genel Bazı Örnekler 357
b. Özel Bir Durum Olarak İspatın Engellenmesi (Delillerin Yokedilmesi) 361
3. İspat Güçlüklerinin Aşılmasında Kanunî Karineler 364
a. İspat Güçlüklerinin Kanunî Karinelerle Aşılarak İspat Hakkının Etkin Şekilde Koruma Altına Alınması 364
b. Toplumsal ve Sektörel Kitlelerin İspat Güçlüklerinden Kurtarılarak İspat Hakkının Korunması 367
c. Tekil Anlamda Kişilerin İspat Güçlüklerinden Kurtarılarak İspat Hakkının Korunması 368
4. İspat Güçlüklerinin Aşılması İçin Hâkim Tarafından Başvurulabilecek Yöntemler 369
a. Genel Olarak 369
b. İspat Ölçüsünün Düşürülmesi ve İspat Hakkının Tesisi 369
c. Karşı Tarafın Vakıaların Aydınlatılmasına Katkısı ve İspat Hakkının Tesisi 371
d. Dolaylı İspattan Yararlanılması ve İspat Hakkı 372
e. İspat Engellerini Aşmak İçin İspat Yükü Kuralını Değiştirilip Değiştirilemeyeceği Sorunu 374

C. İspat Hakkını Genişleten Delil Sözleşmeleri 374
D. Kanun Yolları 376

1. Genel Olarak 376
2. Olağan Kanunyollarının İspat Hakkının Güvence Altına Alınmasındaki Fonksiyonu 377
a. Genel Olarak 377
b. Kanunyolunun Amacı ve İspat Hakkı İhlâllerine Karşı Kanunyolu Denetiminin Kapatılmasının Mümkün Olup Olmayacağı Meselesi 378
3. Yargılamanın Yenilenmesi Yolunun İspat Hakkının Güvence Altına Alınmasındaki Fonksiyonu 381
a. Yargılamanın Yenilenmesi Yolunun İspat Hakkının Gelişimine Etkisi 381
b. Yargılamanın Yenilenmesi Yoluna Başvurulabilecek Ağır İspat Hakkı İhlâlleri 382
aa. Hâkimin Tarafsız Olmaması Nedeniyle. 382
bb. Uyuşmazlıkla İlgisi Bulunan Delillerin Elde Edilememiş veya Gözden Kaçırılmış Olması Nedeniyle 383
cc. Hileli Davranışlar Nedeniyle 386
dd. Âdil Yargılama Hakkının İhlâl Edilmiş Olması Nedeniyle 389
E. Diğer Başvuru Yolları 390
1. Anayasa Yargısının İspat Hakkının Güvence Altına Alınmasındaki Fonksiyonu 390
a. Anayasa Yargısının İspat Hakkının Gelişiminde Fonksiyonu 390
b. Somut ve Soyut Norm Denetimi 392
c. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru 393
aa. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunun İspat Hakkının Gelişiminde Etkisi 393
aaa. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunun İspat Hakkın Gelişimine Katkısı 393
bbb. Delillerin Değerlendirilmesi Konusundaki İçtihatların İspat Hakkı Açısından Değerlendirilmesi 397
ccc. Âdil Yargılanma Hakkı İhlâllerinin Sonradan Giderildiği Konusundaki İçtihatların İspat Hakkı Açısından Değerlendirilmesi 399
bb. Anayasa Mahkemesi'ne Başvurulabilecek İspat Hakkı İhlâlleri 401
2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvurunun İspat Hakkının Güvence Altına Alınmasındaki Fonksiyonu 402
a. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru Yolunun İspat Hakkının Gelişiminde Etkisi 402
b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvurulabilecek İspat Hakkı İhlâlleri 403

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSPAT HAKKININ YARGILAMANIN SÜJELERİ ARASINDA DOĞURDUĞU İLİŞKİ

§ 7 İSPAT HAKKININ SÜJELERİ 405

I. Hakkın Sahibi 405
A. Genel Olarak 405
B. İspatın Türlerine Göre Hakkın Sahipleri 406
II. Hakkın Muhatabı 407

§ 8 HÂKİMİN İŞBİRLİĞİ İLKESİNİN (KOOPERATİONMAXIME) ÖNEMİ 408

§ 9 HÂKİMİN ROLÜ 410
I. İspat Hakkının Etkin Şekilde Tesis ve Temininde Hâkimin Rolü 410
A. Genel Olarak 410
B. Karşılaştırmalı Hukuk Tarihi ve İspat Hakkı Perspektifleri ile Hâkimin Konumuna Kısa Bir Bakış 413
C. Hukuk Sistemlerinde Hâkimin Aktifleştirilmesi Yönündeki Eğilimin Temelinde Yatan Sebepler 415
D. Hukuk Sistemlerinde Bu Amaçla Yapılan Revizyonlardan Bazı Örnekler 418
1. İngiltere Örneği 418
2. Almanya Örneği **420**

II. Hâkime İspat Sürecini Yönetme Konusunda Verilen Araçlar 425
A. Ön İnceleme Aşaması ve Hâkimin Tarafları Sulhe Teşvik Görevi ve İspat Hakkı İlişkisi 425
B. Hâkimin Davayı Sevk ve İdare Yetkisinin İspat Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi 428
1. Genel Olarak 428
2. Hâkimin Yargılamayı Şeklî ve Maddî Anlamda Yürütümü Ayrımı ve İspat Hakkı ile İlişkisi 429
3. Hâkimin Davayı Şeklî Anlamda Sevk ve İdare Yetkisinin İspat Hakkı Açısından Önemi 431
4. Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimin Davayı Maddi Anlamda Sevk ve İdare Yetkisi Konusunda Yaşanan Gelişmelerin İspat Hakkı Açısından Önemi 432

C. Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve İspat Hakkı İlişkisi 433
1. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin İspat Hakkının Tesisinde Fonksiyonu 433
a. Genel Olarak 433
b. Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğünün Sürpriz Karar Yasağı Açısından Fonksiyonunun İspat Hakkı ile İlişkisi 434
c. Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğünün Etkin Hukukî Korunma Hakkı Açısından Fonksiyonunun İspat Hakkı ile İlişkisi 435
d. Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğünün Usûl Ekonomisi Açısından Fonksiyonunun İspat Hakkı ile İlişkisi 436
2. HMK'daki Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğüne İlişkin Düzenlemelerin İspat Hakkı Açısından Değerlendirilmesi 436
3. Vakıalar Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ve İspat Hakkı İlişkisi 437
4. Deliller Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ve İspat Hakkı İlişkisi 440
5. Hukukî Sebepler Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ve İspat Hakkı İlişkisi 443
6. Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinin, Hâkimin Ödevini İhlâlinin Sonucu: İspat Hakkı İhlâli 445

D. Hâkimin Tarafları Dinlemesi ve İsticvabının İspat Hakkı İle İlişkisi 448

E. Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi ve İspat Hakkı İlişkisi 449
1. Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirme İlkesinin İspat Hakkı Açısından Önemi 449
2. Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirme İlkesini Sınırlayan Kurum ve Kuralların İspat Hakkı ile İlişkisi 454
a. Kanunî Delil Sistemi, Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi İlkesi ve İspat Hakkı İlişkisi 454
b. Katı Delil Sistemi, Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi İlkesi ve İspat Hakkı İlişkisi 455
c. Yasak Deliller, Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi İlkesi ve İspat Hakkı İlişkisi 456
d. Hâkimin Özel Bilgisini Kullanma Yasağı, Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi İlkesi ve İspat Hakkı İlişkisi 461

e. Delil Sözleşmesi, Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi İlkesi ve İspat Hakkı İlişkisi 463

§ 10 TARAFLARIN ROLÜ 464

I. Taraf Hâkimiyetinin İspat Hakkının Etkin Olarak Tesisinde Rolü 464
A. İspat Hakkı ve Eksen Kavramlar 464
B. İspat Sürecinde Taraf Hâkimiyetinin ve Taraflarca Getirilme İlkesinin İspat Hakkı Açısından Taşıdığı Önem 467

II. Taraf Yükümlülüklerinin İspat Hakkının Etkin Şekilde Tesisi Bakımından Taşıdığı Önem 473
A. Genel Olarak 473
B. Tarafların Uyuşmazlığa Katkıda Bulunma Yükümlülüğü ve İspat Hakkı İle Etkileşimi 473
C. Doğruyu Söyleme ve Dürüst Davranma Ödevi 475
1. Doğruyu Söyleme ve Dürüst Davranma Ödevinin Taşıdığı Fonksiyon ve Sahip Olduğu Önem 475
2. Karşılaştırmalı Hukukta Konunun Önemi 477
3. Yargısal Dürüstlük ve Gerçeği Söyleme Ödevlerinin İspat Hakkı Bakımından Somut Görünüm Şekilleri 479
4. Ara Değerlendirme 486

§ 11 AVUKATIN ROLÜ 486

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
İSPAT HAKKININ SINIRLAN(DIRIL)MASI

§ 12 KAVRAMSAL OLARAK İSPAT HAKKININ SINIRLARI VE İSPAT HAKKININ SINIRLANMASI 490

§ 13 İSPAT HAKKI SINIRLAMALARINA KATEGORİK BİR BAKIŞ 492

I. Genel Çerçeve 492

II. Taraf Usûlî İşlemlerinden Kaynaklanan Sınırlamalar 494

III. Hâkim İşlem ve Davranışlarından Kaynaklanan Sınırlamalar 495

IV. Kanun Hükmünden Kaynaklanan Sınırlamalar 498

V. Yorum Yöntemlerinin Gereği Gibi Uygulanmamasından Kaynaklanan Sınırlamalar 499

VI. Temel Hak Çatışmasından Kaynaklanan Sınırlamalar 500

VII. Kamu Menfaatinden Kaynaklanan Sınırlamalar 502

VIII. Sistemden veya İspat Kurumlarının Kendi Bünyesinden Kaynaklanan Sınırlamalar 503

§ 14 İSPAT HAKKI SINIRLAMALARININ ANAYASAL DENETİMİ 508

I. Anayasal Sınırlama Rejiminin Temel Esasları 508
A. Genel Çerçeve 508
1. Anayasa m. 13'ün İspat Hakkının Sınırlandırılmasındaki Fonksiyonu 509
2. Ara Değerlendirme 513
B. İspat Hakkı Sınırlamalarının Sınırlama Rejiminden Kaynaklanan Bazı Özellikleri *(İspat Hakkının Asıl, Sınırlamanın İstisna Olması İlkesi)* **514**
C. Karşılaştırmalı Hukukta Temel Hakların Sınırlanması Rejiminden Örnekler ve İspat Hakkı Bakımından Temel Esasları ile Değerlendirilmesi 516

II. Kanunîlik İlkesi 520

III. Özel Sınırlama Sebebinin Varlığı (Sorunu) 523
A. Sorunun Tespiti ve Görüşler 523
1. Sorunun Tespiti 523
2. Öğreti Görüşleri 524
3. Anayasa Mahkemesi İçtihatları 526
B. Ara Değerlendirme 529

IV. Anayasa'nın Sözüne ve Ruhuna Uygunluk 532

V. Demokratik Toplum Düzeni 533

VI. Laik Cumhuriyetin Gereklilikleri 535

VII. Ölçülülük İlkesi 536
A. Genel Olarak 536
B. Elverişlilik İlkesi 538
C. Gereklilik İlkesi 540
D. Dar Anlamda Ölçülülük (Orantılılık İlkesi) 542
E. İspat Hakkının Tesis ve Temininde Ölçülülük İlkesinin Uygulanmasına Örnek: SchZPO m. 156 547

VIII. Hakkın Özüne Dokunamama 549
A. Hakkın Özü Kavramı 549
B. İspat Hakkının Bakımından Hakkın Özü 550
1. Türk Hukuku Bakımından 550
2. İsviçre Hukuku Bakımından 554

§ 15 İSPAT HAKKI İLE ÇATIŞAN TEMEL HAKLAR (TEMEL HAKLAR ÇATIŞMASI) VE KAMU MENFAATİ 557

I. Temel Haklar Çatışması 557
A. Sorunun Ortaya Konulması 557
1. Genel Olarak 557
2. Anayasal Hakların Çatışması Hâlinde Menfaatlerin Dengelenmesi 558
3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Göre Çatışan Hakların Dengelenmesi 560
B. İspat Hakkının Özel Hayatın Korunması Hakkı İle Çatışması 561
1. Genel Olarak 561
2. Özel Hayatın Sınırlandırılmasının Temel Ölçütleri 565
a. Genel Olarak 565
b. Kanunun İzin Vermesi 566
c. Meşru Amaçların Varlığı 568
d. Demokratik Toplumun Gereklilikleri 569
3. İspat Hakkının Teminine Yönelik Olarak Özel Hayata Müdahalenin Meşruluğu 571
a. Mahkeme Kararına Dayanmayan Müdahalenin Meşruluğu 571
b. Mahkeme Kararına Dayanan Müdahalenin Meşruluğu 573
aa. Genel Olarak 573
bb. HMK m. 219 ve 221 Kurallarının Özel Hayata Müdahaleyi Meşru Kılacak Hukukî Araçlar Olarak Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu 573
cc. Özel Hayata Müdahale Teşkil Edecek Delil Tespiti Talepleri 575
dd. Medenî Yargıda İletişimin Tespiti ve Benzeri Yönde Mahkeme Kararı Tesis Edilip Edilemeyeceği Sorunu 576
4. İspat Hakkının Özel Hayatın Korunması Hakkı İle Çatışmasına İlişkin Ara Değerlendirme 577
C. İspat Hakkının Kişi Dokunulmazlığı ile Maddî ve Manevî Varlığın Korunması Hakkı İle Çatışması 578
1. İspat Hakkının Kişi Dokunulmazlığı ile Çatışması 578
a. Beden Muayenesi ve Örnek Alınmasına Katlanma Yükümlülüğü 578
b. Soybağının Tespitine İlişkin HMK m. 292 579
aa. Düzenlemenin Amacı 579
bb. Düzenlemenin Uygulama Alanı ile İspat Hukuku ve İspat Hakkı Açısından Önemi 583
aaa. Düzenlemenin Uygulama Alanı 583
bbb. Düzenlemenin İspat Hukuku ve İspat Hakkı Bakımından Taşıdığı Özellikler 584

ccc. Düzenlemenin Uygulama Alanı Bakımından Kabul Edilen İspat Ölçüsünün İspat Hakkı ile İlişkisi 586
c. Medenî Yargılama Hukukunda Genel Bir Beden Muayenesine ve Örnek Alınmasına Katlanma Yükümlülüğü Bulunup Bulunmadığı Sorunu 590
aa. CMK m. 75 vd.nın Medenî Yargıda Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu 590
bb. Alkol Muayenesi Testinin İspat Hakkı Açısından Değerlendirilmesi 594
cc. HMK'da Kan ve Örnek Alınmasına İmkân Tanıyan Genel Bir Düzenleme Bulunup Bulunmadığı Sorunu 596
2. İspat Hakkının Maddî ve Manevî Varlığın Korunması Hakkı İle Çatışması 597
a. Tanık Koruma Kanunu ve Medenî Yargılamada İspat Hakkı ile Etkileşimi 597
b. HMK m. 250 Düzenlemesinin İspat Hakkı ve Anayasa'nın 17. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi 599
c. Anayasa m. 17 Hükmüne Hizmet Etmek Üzere Başvurulacak Hukukî Araçlar 601
aa. HMK m. 151 601
bb. HMK m. 32/2 602
d. Ara Değerlendirme 603
D. İspat Hakkının Diğer Bazı Temel Haklarla Çatışması 606
1. İspat Hakkının Mülkiyet Hakkı ile Çatışması 606
2. İspat Hakkının Basın Özgürlüğü ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ile Çatışması 607
a. Korunan Hukukî Menfaat ve Ayrıcalığın Uygulama Alanı 607
b. İspat Hakkı ile Basın Özgürlüğünün Çatışmasında Menfaatlerin Dengelenmesi 613
3. İspat Hakkının İnanç Özgürlüğü ile Çatışması 617
4. İspat Hakkının Çalışma Hakkı ile Çatışması 617
5. İspat Hakkının Sözleşme Özgürlüğü ile Çatışması 622
a. Medenî Yargılamada İrade Serbestisinin ve Sözleşme Özgürlüğünün Anlamı 622
b. İspat Hakkı Açısından Sözleşme Özgürlüğünün Korunacağı Durumlar 622
6. İspat Hakkının Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları ile Çatışması 623
E. Temel Haklar Çatışmasında Menfaatlerin Dengelenmesi İçin Kullanılacak Bir Araç: Alenîyetin Sınırlandırılması 624
1. Genel Olarak 624

2. Alenîyetin Sınırlandırılması İhtiyâcının Çıkış Sebepleri 625
3. Alenîyetin Sınırlandırılmasının Koşulları 629
a. Sınırlandırmanın Koşulları ile İspat Hakkının İlişkisi 629
b. Türk Hukukunda 630
c. Karşılaştırmalı Hukukta 633
4. Alenîyetin Ölçülülük İlkesi Çerçevesinde Sınırlandırılması 635
a. Genel Olarak 635
b. Duruşmalarda Alenîyetin Kaldırılması (Kapalı Duruşma Yapılması) 635
c. Dava Dosyasında Alenîyetin Sınırlandırılması 637
d. Kararın Alenî Duruşmada Verilmemesi 639
5. Alenîyetin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesinin Aşılması: İspat Hakkının İhlâl Edilmesi 639
a. Genel Olarak 639
b. Türk Hukukundan Bir Uygulama Örneği: Askerî Yargıda Gizli Yargılama 642
aa. Konunun Önemi 642
bb. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu m. 52 643
aaa. Temel Esaslar 644
bbb. Silâhların Eşitliği ve İspat Hakkı Açısından Düzenlemenin Değerlendirilmesi 646
ccc. Anayasa Mahkemesi'nin İspat Hakkını Temel Alan İçtihatları 647
ddd. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İçtihatları 648
cc. Askerî Yargıda Gizli Yargılamaya İlişkin Ara Değerlendirme 650
6. İspat Hakkı Açısından Alenîyetin Sınırlandırılmasına İlişkin *Ara Değerlendirme* 651

II. Kamu Menfaatine Dayalı İspat Hakkı Çatışmaları 653
A. Usûl Ekonomisine Dayanan Kamu Menfaati İle Çatışması 653
B. Diğer Sebeplerden Kaynaklanan Kamu Menfaati İle Çatışması 654

§ 16 İSPAT HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI 655

I. Genel Olarak Temel Hakların Kötüye Kullanılması Sorunu 655
II. İspat Hakkının Kötüye Kullanılması 656

§ 17 İSPAT HAKKININ İHLÂLİ VE İHLÂLİN SONUÇLARI 657

I. İspat Hakkının *İhlâli* ile *Sınırlanması* Kavramları Arasındaki Fark 657

II. İhlâlin Ortadan Kaldırılması Yolları 659

III. İhlâlin Sonuçları 661
A. Genel Olarak 661
B. Hukuka Aykırılığın Ortadan Kaldırılması 661
C. Geçersizlik 661
1. Pozitif Hukuk Normlarının Geçersizliği 662
2. İspat Sözleşmelerinin Geçersizliği 662
D. Tazminat 663
1. Devletin Tazminat Sorumluluğu 663
2. Özel Hukuktan Doğan Tazminat Sorumluluğu 664
a. Karşı Tarafın Tazminat Sorumluluğunun Bulunup Bulunmayacağı Meselesi 664
b. Avukatlık Sözleşmesinden Doğan Tazminat Sorumluluğu 665
E. Hâkimin Hukukî Sorumluluğu 666
F. Ceza Yaptırımı 666

BEŞİNCİ BÖLÜM

İSPAT HAKKI SINIRLAMALARINA İLİŞKİN SEÇİLMİŞ KONULAR

§ 18 TEMEL HAK ÇATIŞMASINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNE AYKIRILIK: DELİLLERİN HUKUKA AYKIRI YOLLARDAN ELDE EDİLMESİNDEN DOĞAN SINIRLAMALAR 667

I. Hukuka Aykırı Yollardan Delil Elde Etme ve Bunların Yargılamada Kullanılması Sorunu 667
A. Genel Olarak 667
B. Türk Hukukunda Hukuka Aykırı Delil Sorunu 668

II. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıracak Sebeplerin Hukuka Aykırı Deliller Bakımından Değerlendirilmesi 674
A. Genel Olarak 674
B. Meşru Savunma (Kendiliğinden Hakkın Korunması) 676

III. Temel Haklara -*Hukuka Aykırı*- Müdahale Yolu ile Delil Elde Edilmesi ve İspat Hakkı 681
A. Genel Olarak 681
B. Konut Dokunulmazlığına Yapılan Müdahalelerle Delil Elde Etme 681
C. Haberleşme Özgürlüğüne Yapılan Müdahalelerle Delil Elde Etme 685
1. İspat Hakkı ile Haberleşme Özgürlüğünün Çatışması ve İspat Hakkı Karşısında Haberleşme Özgürlüğüne Yapılacak Müdahalelerin Sınırı 685
a. Sorunun Ortaya Konulması 685

b. Haberleşme Özgürlüğüne Yapılabilecek Müdahâlelerin Sınırı 686
2. Haberleşmenin Gizliliğini İhlâl Suçu ve İspat Hakkı 689
D. Kişisel Verilere Erişilerek Delil Elde Etme 693

IV. Türk Hukuk Uygulamasından Bazı Örnekler 694
A. Genel Olarak 694
B. Boşanma Davaları 695
C. İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklar 700
1. Sorunun Ortaya Konulması 700
2. İspat Hakkı ile Özel Hayatın Çatıştığı Bazı Fesih Sebepleri 701
a. İşçinin Hastalığından Doğan Fesih Sebebinin İspatında 702
b. İşçinin Dinî İnancı, Vicdanî Kararı ve Siyasî Görüşünden Kaynaklanan Fesih Sebebinin İspatında 703
c. Diğer Bazı Fesih Sebeplerinin İspatında 704
3. Delillerin Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilmesinden Kaynaklanan İspat Hakkı Sorunları 704
D. Rekabet Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklar 708
E. Diğer Bazı Uyuşmazlıklardan Örnekler 715

§ 19 DELİL İBRAZI AYRICALIKLARINDAN DOĞAN SINIRLAMALAR 716

I. Delil İbrazı Ayrıcalıklarının Önemi, Amacı ve Uygulama Alanı 716

II. Çeşitli Sırlardan Doğan Ayrıcalıklar 718
A. Medenî Yargılama Hukuku Açısından Sır Kavramı ve İspat Hakkı ile İlişkisi 718
B. Meslekî Sırlardan Doğan Ayrıcalıklar 721
1. Genel Olarak 721
2. Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü 723
a. İspat Hakkı Açısından Önemi ve Uygulama Alanı 723
b. Yargısal Temel Bir Hak Olarak Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü (AİHM İçtihatları) 725
3. Hekimlerin Sır Saklama Yükümlülüğü 731
4. Gazetecilerin Sır Saklama Yükümlülüğü 743
5. Malî Müşavirlerin, Muhasebecilerin ve Özel Denetçilerin Sır Saklama Yükümlülüğü 744
6. Diğer Mesleklerde Sır Saklama Yükümlülüğü 745
C. Devlet Sırlarından Doğan Ayrıcalıklar 745
D. Ticarî Sırlardan Doğan Ayrıcalıklar 747

II. Kendi Aleyhine Delil Sunmaktan Kaçınma Ayrıcalığı 751
A. İspat Hakkı Açısından Ayrıcalığın Önemi 751

B. Tarafların Kendi Aleyhlerine Suç Soruşturmasına Sebebiyet Verebilecek Belgeleri İbraz Zorunluluğu Sorunu 753
C. Tarafların Kendi Aleyhlerine Suç Soruşturmasına Sebebiyet Verebilecek Diğer Delilleri İbraz Zorunluluğu Sorunu 756
III. Aile İlişkilerinden Doğan Ayrıcalıklar 757
IV. Diğer Sebeplerden Doğan Ayrıcalıklar 758
A. Haklı Sebepten Doğan Ayrıcalıklar 758
B. Maddî Kayıptan ile Şeref ve İtibarın Zedelenmesinden Doğan Ayrıcalıklar 765

§ 20 KANUNÎ DELİL SİSTEMİNDEN DOĞAN SINIRLAMALAR 769
I. Kanunî Delil Sisteminin Temel Özellikleri 769
II. Delillerin Caiziyeti ve İspat Hakkı İlişkisi 770

§ 21 KESİN DELİLLE İSPAT ZORUNLULUĞUNDAN DOĞAN SINIRLAMALAR 771
I. Kesin Delille İspat Zorunluluğunun Hukukumuzdaki Yeri ve Uygulaması 771
II. Senetle İspat Zorunluluğu ve İspat Hakkı 772
III. Değerlendirme ve Görüşümüz 779

§ 22 USÛL SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN SINIRLAMALAR 780
I. Yargısal Sözleşmeler ile İspat Hakkının Sınırlandırılıp Sınırlandırılamayacağı Sorunu 780
II. İspat Hakkını Sınırlandıran İspat Sözleşmeleri 781

§ 23 VARSAYIM VE KESİN KARİNELERDEN DOĞAN SINIRLAMALAR 787

§ 24 USÛLÎ KAZANILMIŞ HAKLARDAN DOĞAN SINIRLAMALAR 790

DE LEGE FERENDA DÜZENLEME ÖNERİSİ 791
SONUÇ 795
KAYNAKÇA 801

KISALTMALAR CETVELİ

AB : Avrupa Birliği

ABA : American Bar Association (Amerikan Barolar Birliği)

ABD : Ankara Barosu Dergisi

A.B.D. : Amerika Birlişik Devletleri

AcP : Archiv für die civilistische Praxis

AHD : Anayasa Hukuku Dergisi

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

ALI : American Law Institute

AöR : Archiv des öffentlichen Rechts

Aşa. : Aşağı

ATAD : Avrupa Topluluğu Adalet Divanı

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜSBFD : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi

AvK : Avukatlık Kanunu

Ay : T.C. Anayasası

AYD : Anayasa Yargısı Dergisi

AYİMK : Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu

AYM : Anayasa Mahkemesi

BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch

Bilirkişi Yönetmeliği : Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik (RG 8.4.2012, S. 28258)

Bkz. : Bakınız

BVerfGG : Bundesverfassungsgerichtsgesetz

C. : Cilt (Band/Volume)

CCBE : Council of the Bars and Law Societies of the European Community (Avrupa Birliği Barolar ve Hukuk Kurumları Konseyi)

CCP	: Code de procédure civile (Fransız Medenî Yargılama Kanunu)
CD	: Ceza Dairesi
CEPEJ	: The European Commission for the Efficiency of Justice (Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu)
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
C.J.Q.	: Civil Justice Quarterly
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CPR	: Civil Procedure Rules
Çev.	: Çeviri
DAJV	: Zeitschrift für Deutsches und Amerikanisches Recht
Der.	: Derleyen
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Diss.	: Dissertation (Doktora tezi)
dn.	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ECHR	: European Convention of Human Rights
Edt.	: Editör(ler) (Editor[s], Herausgegeben)
EMRK	:Europäische Menschenrechtskonvention
EsCPC	: Código de Procedimiento Civil (İspanyol Medenî Yargılama Kanunu)
EU	: European Union
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FRCP	: Federal Rules of Civil Procedure (Federal Medenî Yargılama Kuralları)
FRE	: Federal Rules of Evidence (Federal İspat Kuralları)
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GVG	: Gerichtsverfassungsgesetz, 27.1.1877 (Alman Mahkeme Teşkilâtı Kanunu)
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu

HFSA : Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi

HPD : Hukukî Perspektifler Dergisi

HRA : Human Rights Act

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUMK : Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu

IAPL : International Association of Procedural Law (Uluslararası Yargılama Hukuku Birliği)

IBA Delil Kuralları : Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında Uluslararası Barolar Birliği Konseyi Kuralları (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration; 29.5.2010)

ICDR : International Center of Dispute Resolution

ICC : International Chamber of Commerce (Uluslararası Ticaret Odası)

ILO : International Labour Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü)

ItCPC : Codice di Procedura Civile (İtalyan Medenî Yargılama Kanunu)

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İzBD : İzmir Barosu Dergisi

JR : Juristische Rundschau

JuS : Juristische Schulung

KHP : Kamu Hukukçuları Platformu

KTK : Karayolları Trafik Kanunu

KTY : Karayolları Trafik Yönetmeliği

LCIA : London Court of International Arbitration (LondraUluslararası Tahkim Mahkemesi)

L.J. : Law Journal

L.R. : Law Review

MİHBİR : Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği

MİHDER : Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi

MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Numara/Number/Nummer
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
ÖstBV	: Österreichische Bundesverfassung
ÖstZPO	: Österreichische Zivilprozessordnung
RG	: Resmî Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
ss.	: sayfa (pp.)
S.	: Sayı (No/Issue/Heft)
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
SchBV	: Schweizerische Bundesverfassung (İsviçre Federal Anayasası)
SchZPO	: Schweizerische Zivilprozessordnung (İsviçre Medenî Yargılama Kuralları)
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TKK	: Tanık Koruma Kanunu
TMK	: Türk Medenî Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UK	: United Kingdom
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
Univ.	: Üniversite/Univarsität/University
U.S.	: United States
USA	: United States of America
v.	: versus (karşı)
vd.	: ve devamı

Y.	: Yıl
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yuk.	: Yukarı
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	: Zeitschrift für Zivilprozess International
§	: Paragraf

GİRİŞ

I. TEZ KONUSUNUN TANITIMI

A. Konunun Özellikleri ve Çalışmanın Amacı

1. Konunun Kamu Hukuku Niteliği

"*Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*" başlığını taşıyan bu çalışmaya yönelik olarak öncelikle kamu hukuku mu, yoksa özel hukuk alanına mı giren bir çalışma olduğu sorusu sorulmalıdır. Bu sorunun cevabı çalışmanın niteliği, araştırma sahası ve çalışmanın amacına yönelik önemli tespitlerin yapılmasına hizmet eder.

Medenî yargılama hukuku, her ne kadar özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözümüyle ilgileniyorsa da, bu durum *medenî yargılama hukuku* alanının, -*yargılama faaliyetlerine ilişkin kuralları ve kurumları düzenlemesi sebebiyle*- kamu hukuku yapısını değiştirmez[1]. Bu anlamıyla medenî yargılama hukukunun, *ilgi sahasını* özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların oluşturması, bu hukuk alanının temelini Anayasa'da bulan yargı faaliyetinin (Ay m. 138-160) ve devletin hak dağıtma görevi ile yetkisinin (Ay m. 36) kamusal özelliğini etkileyemez.

Uyuşmazlığın yargı organlarının önüne getirilmesi ile birlikte, devletin hak dağıtma görevini yüklediği *mahkemeler* ile *taraflar* arasında üçlü bir ilişki doğar. Doğan bu ilişkinin merkezinde özel hukuk kurallarından kaynaklanan uyuşmazlıklar bulunmakla birlikte, *davacı ile davalı* veya *mahkeme ile taraflar* arasındaki ilişkinin özel hukuk ilişkisi olmadığı açıktır. Bugün temel haklar ve özellikle *yargısal temel haklar* hem yatay hem dikey olarak büyük bir gelişme içerisindeyken; her geçen gün tarafların birbirinden veya tarafların mahkemeden beklediği *yargısal haklara saygı kataloğu* genişlemekteyken, aradaki bu ilişkiyi özel hukuk boyutuna çekmek doğru olmayacaktır.

---

[1] Medenî yargılama hukukunun, kamu hukuku dalına ait olduğu konusunda bkz. Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri,** 7. Bası, Ankara 1960, (Medenî Yargılama) ss. 4-5; Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, **Medenî Usûl Hukuku,** 14. Bası, Yetkin, Ankara 2013, ss. 64-65; Meral Sungurtekin Özkan, **Türk Medeni Yargılama Hukuku,** Barış Yayınları, İzmir 2013, s. 3. *Postacıoğlu,* mahkeme teşkilâtının işleyişini düzenlemesi bakımından medenî yargılama hukukunun kamu hukuku karakterinin bulunduğunu ifade etmekle birlikte, tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması bu hukuk dalının özel hukuk boyutunu ifade ettiğini belirtir [*bkz.* İlhan Postacıoğlu, **Medenî Usul Hukuku Dersleri,** 6. Bası, İstanbul 1975, (Medenî Usûl Hukuku), s. 11].

Çalışmamızın konusunu oluşturan ispat hakkı ve bu hakkın sınırlamaları konusunun da, kamusal boyutu ve özellikle anayasa ile temel haklar hukuku[2] ile bağı dikkat çekicidir. Yargısal temel hak olan ispat hakkının, temelini Anayasa'dan alması, sınırlamalarının anayasal ve uluslararası sözleşmeler çerçevesinde denetime tâbi olması, çalışmanın kamu hukuku alanında köklerini güçlendirmesine sebep olur. Konunun, meyvelerini özel hukuk alanına ait uyuşmazlıkların çözümünde vermesi, köklerini çok güçlü bir şekilde temel haklar hukuku alanında saldığı gerçeğini değiştiremez.

Bu sebeple, bu çalışmanın özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için medenî yargıya özgü hak arama yollarına başvuran kişilerin, ispat haklarını ve haklarının sınırlamalarını konu alan; ancak temelini, köklerini, sınırlamalarını temel haklar hukukunda bulan ve bu yönüyle kamu hukuku niteliği taşıyan; kamu hukuku sorunlarını çözümlerken de özel hukuk uyuşmazlıklarını temel alan bir tez çalışması olduğu dikkate alınmalıdır.

2. Konunun Medenî Yargılamanın ve Hukukun Gri Alanlarındaki Sorunlarla İlişkisi

Hukukun her alanında olduğu gibi, medenî yargılama hukukunun da birtakım bıçak sırtında sorunları bulunur. Bu sorunlar öğretide çeşitli görüşlerin tartışılmasına sebep olur, ancak genellikle her sorun hakkında mutlaka bir tercih yapma zorunluluğu bulunmaz. Bu tez çalışmasında ise özellikle ispat hakkı sınırlamaları belirlenirken, medenî yargılama hukukundaki pek çok tartışmalı veya gri renkte kalan sorunlara dâhil olmak ve hatta olması gereken açısından, Türk hukukundaki anayasal sınırlar çerçevesinde bunların hukuka uygunluğu tartışılmak zorunda kalınmıştır. Hatta sadece medenî yargılamanın değil, hukukun da çeşitli dallarındaki gri alanlarla yakın temas kurulması gereği doğmuştur. Bu durum zaman içerisinde çalışmanın derinliğini, amacını ve çerçevesini çizen en önemli faktörlerden biri hâlini almıştır. Gri alanlardaki başlıca tartışmalara ilişkin konu başlıklarını öz olarak tanıtmak isteriz.

---

[2] Çalışmamızda anayasa hukukunun bir yanı dalı olarak gelişmiş "*Temel Haklar ve Özgürlükler ile İnsan Hakları Hukuku*" (*bkz.* Şeref Ünal, **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku,** Yetkin, Ankara 1997) terimini karşılamak üzere, kısaca "*temel haklar hukuku*" ifadesi kullanılacaktır.

a. Tanım Belirsizliği

Yargısal bir evrensel temel hakkı konu alan bir çalışmada, öncelikle hakkın tanımının belirlenmesi, atılması gereken ilk adımdır[3]. İspat hakkını konu alan bir incelemenin, hukukun gri alanlarında kaybolma riski de, esasında kendisini daha en başta ispat hakkının tanımını belirlerken gösterir. Yargısal temel hakların ortak özelliği belirli bir ölçüde bütün hukuk sistemlerinde geçerli olabilecek tanımlara sahip olabilmeleri ve unsurlarının belirlenebilirliğidir. Örneğin eşit silâhlarla yargılanma hakkı (*silâhların eşitliği ilkesi*), tarafsız bir mahkeme önünde yargılamanın taraflarının iddia, savunma, ispat faaliyetlerinde birbirleri ile eşdeğer imkânlara sahip olması anlamına gelir. Hukuk sistemlerinin bu hakkı tanımlama biçimleri genellikle birbiri ile benzerdir. Ancak yargısal bir temel hak olmasına rağmen, ispat hakkının -*bütün hukuk sistemlerini de içine alacak şekilde*- ortak tanımını yapmak neredeyse mümkün olmamıştır. SchZPO'da da, AİHM içtihatlarında da aynı Türk hukukunda olduğu gibi "*tarafların ispat hakkına sahip olacağı*" belirtilir; ancak unsurlarını da içine alan ortak bir tanımı yapılmaz. Bu durumun temel sebebi kanaatimizce her hukuk sisteminin ispat sistemlerinde benimsemiş olduğu farklı ilkeler ve esaslardan; bu yüzden de her hukuk sisteminin, ispat hakkına yükleyeceği farklı anlamlardan kaynaklanır. Bu yönüyle ispat hakkı, yargısal bir temel hak olarak kendine özgü özellikleri olan ve belki de tanımına her hukuk sisteminde farklı anlamlar yüklenebilecek ender "*evrensel*" temel haklardan biridir. Bu sebeple, medenî yargılamanın gri odalarından birinde varlığını ortaya çıkaran ve henüz tanımından itibaren birtakım farklılıkları bünyesinde barındıran ispat hakkının, özellikle içeriğinin belirlenebilmesi için bu çalışmada objektif ilkelerden hareket edilmek istenmiş, bu çerçevede bir

---

[3] Her hak, tanım olarak dört ögeyi gerekli kılar: (1) hak sahibinin belirlenmesi, (2) hakkın konusunun açık tanımı, (3) muhatabının kimliğinin belirlenebilmesi, (4) hakka saygıyı sağlayabilmek için kendine özgü yaptırımın belirlenmesi [İbrahim Kaboğlu, "İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği ve Anayasa Yargısı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden Günümüze", **AYD,** S. 9, 1992, (İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği), ss. 124]. Eğer bu unsurlardan bir tanesi eksik olursa, o temel hakkın uygulanması konusunda *hukukî belirsizlik* doğar (Kaboğlu, İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği, ss. 124). İspat hakkının sahibi, yargılamadaki tüm *ilgililer*dir *(bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 7, I)*; muhatabı, *devlet* ve *uyuşmazlığın karşı tarafı*dır *(bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 7, II)*; ispat hakkının ihlâline uygulanacak yaptırım, *âdil yargılanma hakkının* ihlâlidir *(bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 17)*. Bu anlamda ispat hakkının tanımında belirsizlik yaratan unsur *hakkın konusu*dur. Bu sebeple, hakkın -*olabildiğince evrensel şekilde*- konusunun belirlenebilmesi için bu çalışmada bir *ispat hakkı kataloğu* geliştirilmiştir (*bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5*). Bu kataloktan zaman içerisinde bazı hakların çıkarılması ve yerlerine yenilerinin eklenmesi olasıdır.

tanım önerisi oluşturulmuş ve bu amaca hizmet etmesi için de bir ispat hakkı kataloğu oluşturulmuştur.

b. Anayasa'da Özel Sınırlama Sebebi Belirlenmeyen İspat Hakkının Sınırlanması Sorunu

Bu çalışmanın özellikle ilerleyen aşamalarında, ispat hakkının anayasal sınırlamalarının çerçevesi çizilmeye çalışılırken Anayasa'nın 36. maddesinin herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörmemiş olması, bu hâlde ispat hakkının hangi sebeplere dayanarak ve hangi ölçüde sınırlanabileceği meselesinde oldukça önemli birtakım tartışmalara girilmesi gereğini doğurmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili istikrarlı olmayan içtihatları da, belirli bir süre için çalışmamızda "İspat hakkı, hangi anayasal ölçütler çerçevesinde sınırlanabilecektir?" sorusunun cevabının aranması ile geçmiştir. Konunun derinliklerine girdikçe, anayasa hukukunda da, konunun hararetli tartışmalara sebep olduğu görülmüş ve bu tartışmalar çerçevesinde, sorunun özel olarak ispat hakkına indirgenmesi gerekmiştir. Bu çerçevede ispat hakkını sınırlandıran tüm kural ve kurumların incelenmesi, önemli bazı sistemsel tercihlerin de konu etrafında form kazanmasında rol oynamıştır. Örneğin bugün Anayasa'nın 36. maddesinin düzenleniş şekline göre medenî yargılamanın en önemli uygulama alanına sahip olan ve ispat hakkının da en önemli sınırlamalarından birini oluşturan, senetle ispat kuralının Anayasa'ya aykırılığı gündemdedir.

c. İspat Hakkının "Özü"nün ve Norm Alanının Belirlenmesi Sorunu

Yine benzer şekilde ispat hakkının sınırlanması sorununda, karşımıza çıkan *temel hakkın özü* kavramı anayasa hukukunun gri alanlarında önemli tartışmalara, değerlendirmelere dâhil olmayı gerekli kılmıştır. Özellikle HMK m. 193/2'de yer alan "*Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir.*" ifadesinin, ispat hakkının belirli ölçüde sınırlanabileceği konusunda oluşturduğu kanaat, ispat hakkının özünün belirlenmesi konusunun önemini artırmıştır. İspat hakkının özünün belirlenebilmesi, öncelikle hakkın *norm alanı*nın belirlenmesini gerekli kılmıştır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde vardığımız kanaat, ispat hakkının norm alanının çok dar olması sebebiyle, bu hakkın bir ölçü de olsa sınırlanamayacağı yönündedir. Bu değerlendirmelerin yapılabilmesi, zaten gri alanlarda olan tartışmaların değerlendirilmesine, ispat

hakkının diğer temel haklarla karşılaştırılarak norm alanının belirlenmesini gerekli kılmıştır.

d. Yargılama Süjelerinin Konumunun Yarattığı Güçlükler

Bu çalışmada ortaya konulan görüşlerden bir diğeri, bir yargılamada gerçek anlamda ispat hakkının tesis edilmesi ve güvence altına alınabilmesinin konumu güçlü, yetkileri geniş, donanımlı, etkin ve yetkin bir hâkimin ispat sürecini yönetmesinden; gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi ve sağlıklı bir ispat süreci gerçekleştirilebilmesi için de davanın taraflarına önemli derecede -*dava öncesinde ve sırasında*- delillere erişim imkânı tanıyan, geniş bir *davaya katkıda bulunma ödevinden* ve *doğruluk ödevinden* geçmektedir. Bu gereklilikler ise, öncelikle yargılama hukuklarında derin tartışmaların ve ideolojik tercihlerin ilgi sahası olan hâkimin yargısal prosedürdeki konumu ile doğrudan ilişkilidir. Sonrasında ise, medenî yargılama prosedürlerinin harmonizasyonu açısından en fazla tartışılan bir diğer konu olan tarafların davaya katkıda bulunma ödevinin kapsamını odak alır. Nitekim özellikle son yarım yüzyıldır medenî yargılamanın en hararetli tartışmalarından birini, tarafların -*özellikle*- ispat faaliyetindeki konumları, ödevleri, yetkileri oluşturur. Bu yönüyle taraflarla hâkim arasındaki yetki ve görev bölüşümünün ne şekilde olacağı, ispat hakkını her zaman doğrudan etkiler. Dolayısıyla ispat hakkının, bu tartışmalardan uzak bir şekilde temelini bulması ve formunu şekillendirmesi neredeyse imkânsızdır. Başlangıç noktasını, hâkimin konumu ile tarafların yetkileri ve ödevleri gibi yargılama hukukunun gri alanlarında derin felsefî tartışmaların bulunduğu bir noktadan alması, konunun karşılaştığı güçlüklerden bir diğeridir.

e. Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller Sorunu

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilmesi sorunu, büyük oranda -*özellikle temel hakların günümüzdeki kadar sınırlarını belirgin şekilde çizmediği 1960'lardan başlayarak*- pek çok hukuk sisteminde uzun tartışmalara sebep olmuştur. Hukukumuz, bu tartışmalara daha geç katılmış olmakla birlikte, *içtihat hukukunda* bu konuda gerçek bir belirsizlik yaşandığını ve hatta akılcı veya hukukî değil, duygusallıkla bazı içtihatlar kabul edildiğini ifade etmek hatalı olmayacaktır. Hukuka aykırı delillerin somut bir şekilde HMK ile birlikte medenî yargılama sistemimize girmesinden bu yana ulaşabildiğimiz yargı içtihatlarında, neredeyse birbirine

taban tabana zıt kararlar verildiğine rastlanılır. Ancak yargı içtihatlarının ötesinde, konuya ilişkin tereddütlerimizin doğmasına sebebiyet veren başka faktörler de bulunmaktaydı. Şöyle ki, bu konuda çalışmamızın başlangıcından bu yana "*karşı tarafın özel hayatına, konut dokunulmazlığına, haberleşme özgürlüğüne hukuka aykırı müdahaleler sonucunda elde edilmiş bulgular, medenî yargılamada delil olarak kullanılamaz.*" şeklinde benimsediğimiz temel prensip, boşanma davası gibi bazı uyuşmazlıklarda ispat hakkının kullanılması açısından birtakım soru işaretleri yaratmaktaydı. Zira belirli bir süre "boşanma davasında boşanmak isteyen taraf zinayı, hukuka aykırı delil elde etmeksizin ispat etme olanağına sahip olabilecek midir?" sorusunun cevabını aramaya çalıştık. Sonunda ise, esasında sorunun Türk Medenî Kanunu'nda kabul edilmiş boşanma sistemi ile ilişkisi bulunduğu; benzer sorunlarla karşılaşan Alman hâkiminin 1960'larda yoğun bir şekilde sistemi eleştirmesi neticesinde -*benzer gelişme ile başka hukuk sistemlerinde de*- boşanma sebeplerinin revize edildiği ortaya çıkmıştır. Özellikle sorunun göründüğü boşanma yargılamalarında kişilerin özel hayatına ilişkin ispat faaliyetine girmesi gereği, yargılamada kişilik haklarının korunması tartışmasını yaratmış; hukuk sistemleri de, bu tartışmalardan uzaklaşmak için maddî hukuk kurallarındaki ispat yükü kurallarını belirlerken kişilik haklarının korunması değerine önem atfetmiştir. Benzer gelişim, farklı hukuk sistemlerinde de yaşanmıştır. Dolayısıyla -*ispat hakkının yargı içtihatlarından eb fazla tartışılan yönü olan*- hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılması sorunu, kaynağı ve çözümü her zaman *sadece* yargılama kurallarında olmayan; çoğu zaman maddî hukuktaki ispat yükü kurallarına da dayanan geniş bir sorun yumağıdır.

f. Delil İbrazı Ayrıcalıkları Sorunu

İspat sürecinde kimlere delil ibrazı yükü yüklenebileceği, delil ibrazı mecburiyetinin hangi sınıra kadar devam edeceği, delil ibrazının karşı tarafın temel haklarla -*özel hayat, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı, çalışma hakkı gibi*- korunan menfaatlerine müdahale taşıması hâlinde sınırın nasıl çizileceği meselesi kanaatimizce medenî yargılama hukukunda ispat sistemlerinin başta gelen gri alanlarından biri diğeridir. Nitekim bu durum, yargılamada tarafların rolünü belirleyen ideolojik tercihlerin bir sonucu olduğu gibi, biraz da temel haklar hukukunun müthiş bir hızla gelişmesinden ve ayrıcalığa ilişkin hükümlerin âdeta bu gelişmenin peşinden koşmaya çalışmasından da kaynaklanır. Bu konuda özellikle Kıta Avrupası ve Ortak Hukuk

sistemlerini takip eden yargılama modellerinin bazı yönlerden taban tabana zıt tercihleri; ancak bu taban tabana zıt bakış açısının da, hukukun ve dünya insanlarının küreselleşmesi ile sınırlarını zorlaması, konuya ilişkin tartışmaların da derinliğini artırmaktadır. Taraflar veya üçüncü kişiler için öngörülmüş pek çok farklı sebebe binaen kabul edilen delil ibrazı ayrıcalıkları da, ispat hakkının -*uygulama alanı itibariyle*- en büyük sınırlamalarından birini oluşturur. Bu bakımdan her bir delil ibrazı ayrıcalığının sınırlarını ispat hakkı çerçevesinde çizmek ve ölçülülük ilkesine göre bir değerlendirme yapmak, medenî yargılamanın gri alanlarında yönünü bulmak için yoğun bir çabayı gerektirir.

Yukarıda belirttiğimiz örneklere benzer şekilde, çalışmanın hazırlanması aşamasında çok sayıda *ön soru*la karşı karşıya kalınmıştır. Konunun temellerinin atılabilmesi için bu önsorunların kimisi çok önemli, kimisi daha az önemli olmuştur. Esasında bu önsorunların her biri, başlı başına bilimsel çalışmaların konusunu oluşturabilme potansiyeline sahiptir. Ancak bu çalışmada söz konusu gri alanlar ve bıçak sırtındaki tartışmalar, sadece çalışmanın kapsamı çerçevesinde *asgarî oranda* ele alındığından, sorunlara ilişkin pek çok yönün çalışmanın amacını aştığını belirtmek isteriz.

B. Çalışmanın Amacı

Medenî yargılamada *sadece* "*ispat hakkı*" denildiğinde, aşağı yukarı hakkın hukukî niteliği, önemi, yargılamadaki fonksiyonu, diğer yargısal temel haklarla ilişkisi aşağı yukarı belirlenebilir, çerçevesi çizilebilir bir özelliktedir. İspat hakkının içeriğinin belirlenmesi konusu ise, daha güçtür. Ancak mesele özellikle ispat hakkının "*sınırlamaları*" konusuna geldiğinde, karşımızda derinliğinin, sınırlarının nerede başlayıp biteceğini tam olarak öngöremediğimiz bir alan çıkmaktadır. Bu çalışmanın tez olarak hazırlanması sürecinin henüz başlarındayken tezin danışmanı *Prof. Dr. Muhammet Özekes* tarafından yapılan *buzdağı* metaforu da, esasında çalışmanın niteliğini ve özellikle amacını daha erken bir aşamada belirlemişti. Zira HMK'nın ispat hakkını düzenleyen 189. maddesi, buzdağının sadece görünen kısmını temsil eder; suyun altındaki kitlenin büyüklüğü, sınırları ise tam belirlenebilir olmadığı gibi stabil de değildir. Temel hakların içerisinde bulunduğu hızlı gelişim ve medenî yargılama hukuklarının ispat sistemleri konusundaki tercihleri, gelecekte

de ispat hakkına ve sınırlamalarına farklı anlamlar yükleyebilir, konunun debisini değiştirebilir.

Bu anlamda dinamik, değişken ve -*özellikle ispat hakkının sınırlamaları bakımından*- sınırları her zaman tartışmaya açık bir yapısı olan inceleme konumuzun amacı, sadece bu konudaki tartışmalı meseleleri ortaya koymak, bilimsel sınırlar içerisinde vardığımız sonuçları aktarmaktır. Çalışmada ispat hakkının özellikle de sınırlamaları konusunda mümkün olduğunca tespit edilebilen sorunlarına dikkat çekilmeye çalışılmıştır. Ancak bunun ötesinde, bu çalışmadan, -*konunun niteliği itibariyle de*- ispat hakkı sınırlamalarına ilişkin her soruna *kesin ve değişmez* çözümler bulmuş olması beklenmemelidir.

II. NORMATİF TEMELLER, TERİM VE TANIM

A. Normatif Temeller

1. Türk Hukuku

İspat hakkı, kanunî kavram olarak Türk medenî yargılama hukukuna ilk defa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile münferit bir kanunî düzenleme ile dâhil olmuştur (HMK m. 189)[4]. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ise, benzer bir düzenlemeyi öngörmemişti.

Bu düzenlemenin yanı sıra Hukuk Muhakemeleri Kanunu, çeşitli maddelerinde de "ispat hakkı"ndan söz etmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak yargılamaya hâkim olan ilkelere ayrı bir başlık açarak tüm ilkeleri tek tek saymıştır. Bu ilkeler içerisinde 27. madde ile "*Hukukî Dinlenilme Hakkı*" düzenleme altına alınmış ve bu düzenlemede de *ispat hakkı*na, ayrıca hukukî dinlenilme hakkı bünyesinde yer verilmiştir[5]. Yine Kanun, "*Delil Sözleşmesi*" başlığını taşıyan 193. maddesinde ispat hakkına yer vermiştir (HMK m. 193)[6].

Bu düzenlemelerin hâricinde ceza yargılaması veya idarî yargılamaya ilişkin mevzuatlarda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda olduğu gibi açık bir şekilde ispat

---

4 HMK m. 189 kuralı, aşağıda ayrı bir başlık altında -*içerik açısından*- incelenecektir. Bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 3, IV, B.

5 HMK m. 27 kuralı, aşağıda ayrı bir başlık altında -*ispat hakkı açısından*- incelenecektir. Bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 3, IV, C.

6 HMK m. 193 kuralı, aşağıda ayrı bir başlık altında -*ispat hakkı açısından*- incelenecektir. Bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 3, IV, C.

hakkı düzenlenmemektedir. Bununla birlikte Anayasamız'ın 39. maddesi "*İspat Hakkı*" başlığını taşıyan bir düzenleme öngörür. Bu düzenlemeye göre:

> Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır. (Ay m. 39)[7]

İspat hakkını düzenleyen Anayasa m. 39, sadece kamu görevlileri aleyhine işlenen hakaret suçlarına ilişkin bir düzenleme getirmekte ve genel olarak yargılama süreçlerinde uygulanacak ispat hakkına ilişkin genel bir hüküm mahiyetinde değildir. Bu yönüyle oldukça dar kapsamlı bir düzenleme içeren maddede, kavramsal olarak *ispat hakkı*na yer verilmiş olması, konunun anayasal temelleri açısından önemlidir. Bununla birlikte, yukarıda belirtmiş olduğumuz sebeple çalışmamızda bu madde ayrıca inceleme konusu yapılmayacaktır.

Söz konusu normatif düzenlemelerin ötesinde aşağıda üzerinde duracağımız üzere ispat hakkı somut olarak hem Türk hukukunda hem de yabancı hukuk sistemlerinde genellikle anayasal temel haklara ve ilkelere dayandırılmaktadır. Bu anlamda hak arama özgürlüğü, hukuk devleti ilkesi, eşitlik ilkesi, âdil yargılanma hakkına ilişkin uluslararası normlar da -*açıkça bu haktan söz edilmemişse de*- ispat hakkının normatif temelleri olarak kabul edilir. Bu konuya aşağıda yer verilecektir.

2. İsviçre Hukuku

Yabancı hukuk sistemlerinde, Türk hukukunda olduğu gibi ispat hakkını normatif genel bir düzenleme kapsamında ele alan, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'dur. Uzun bir zamandan sonra medenî yargılama kurallarını tek bir çatı altında, Federal bir kanun ile düzenleyen İsviçre kanunkoyucusu ispat hakkını ayrı bir madde ile düzenleme ihtiyâcı duymuştur. Esasında bu maddenin düzenlenmesinden önce

---

[7] Madde Gerekçesi ise şu şekildedir:
Bilindiği gibi hakaret suçlarında, hakaret teşkil eden isnadın doğruluğu ceza hukukunda bir beraat sebebi, bir "hukukî uygunluk" hali değildir. Ancak bazı hallerde isnadın doğruluğu fiili hukuka uygun kılmakta, suçun "hukuka aykırılığı unsurunu" ortadan kaldırmaktadır.
Ceza hukukunda "ispat hakkı" (yahut "isnadın gerçekliği def'i") olarak adlandırılan bu isnadın şartları 39 uncu maddede gösterilmiştir.
Bu maddeye göre isnadın doğruluğunu ispatla, sanığın beraatı ancak üç şekilde mümkündür.
Bunlar da: 1) İsnadın, kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olması; 2) İsnadın ispatında kamu yararı bulunması; ve 3) Şikâyet sahibinin ispata razı olmasıdır. (Anayasa m. 39, Gerekçe)

ispat hakkı öğretide açık bir şekilde ve özellikle Mahkeme içtihatları doğrultusunda yine kabul edilmekteydi. Ancak eyaletler arasında ispat hakkına yüklenen değerler konusunda çatışmalar yaşanması, ispat hakkının ayrıca Federal kanunda düzenlenmesi gerekliliğini doğurmuştur. İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'nun 152. maddesinde "*İspat Hakkı (Recht auf Beweis)*" başlığı ile ispat hakkını açık bir şekilde düzenlemiştir.

SchZPO dışında, ispat hakkını doğrudan doğruya düzenleme altına alan bir medenî yargılama kuralı bulunmamaktadır. Ancak bu durum, ispat hakkının diğer medenî yargılama hukuklarında tanınmadığı veya tartışılmadığı anlamına gelmez. Nitekim ileride ayrıntısıyla üzerinde duracağımız üzere, her ne kadar normatif bir düzenleme olarak Türk ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi ispat hakkı açıkça kanunkoyucu tarafından kaleme alınmamış ise de, konu pek çok yönüyle yabancı hukuk sistemlerinde temelini bulmakta, tartışılmaktadır.

B. Öğreti

1. Türk Hukuku

Türk hukukunda ispat hakkının literatürde yer alması, özellikle 2011 yılında yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile büyük bir yoğunluk kazanmıştır. Bugün için medenî yargılama alanında hazırlanmış hemen her genel eser ve şerhte ispat hakkı kavramına yer verildiği tespit edilebilir.

Literatürde ispat hakkı kavramına yer veren ilk çalışma, *-tespit edilebildiği kadarıyla-* 1949 tarihinde *Çalkın* tarafından kaleme alınan "*Hukuk Dâvalarında İsbat Hakkının Kullanılmasının Şartları*" isimli makaledir[8]. Bu çalışmada herkesin maddi hukuktan doğan haklarını yargılama prosedüründe savunabilmesi için belirli şartlar altında ispat hakkına sahip olduğu; bu amaçla tarafların yargılama prosedürüne getirecekleri deliller, hâkimin davayı sonuçlandırabilmesi için gerekli olduğundan taraflar açısından hem bir yük hem de bir hak olduğu belirtilmiş ve ispat hakkı ile taraflarca getirilme ilkesi ve hak arama özgürlüğü arasındaki ilişkiye vurgu yapılmıştır[9]. Bu makalenin ardından ise, uzunca bir süre ispat hakkı kavramı Türk literatüründe çok az sayıda çalışmada kendine yer bulmuş ve konuyu başlı başına inceleme konusu

[8] Fahri Çalkın, "Hukuk Dâvalarında İsbat Hakkının Kullanılmasının Şartları", **ABD,** S. 62, 1949, ss. 17-21.

[9] Çalkın, ss. 18-20.

yapan bilimsel eser, 2003 yılında *Yıldırım* tarafından kaleme alınmıştır. "*İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı*" başlığını taşıyan bu makalede ispat hakkı, İsviçre ve Türk medenî yargılama hukuklarında yaşanan gelişmeler çerçevesinde ele alınmıştır[10]. Son yıllarda ise, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun açık bir şekilde ispat hakkını kaleme almasıyla birlikte medenî yargılama hukuku alanında yapılan tüm genel eserlerde kavrama yer verilmektedir[11]. Bunun yanısıra özellikle son dönemde kaleme alınan iki makale çalışmasında ispat hakkına ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve değerlendirmeler yer alır. *Toraman*[12] ve *Bolayır*[13] tarafından konunun incelendiği bu makaleler, bu çalışmanın bilhassa Fransızca literatürün taranması konusundaki eksikliğini gidermiştir ve çalışmaya, Fransız hukukunun ispat hakkına yaklaşımı konusunda katkılarda bulunmuştur.

Bununla birlikte ispat hakkı konusu, çeşitli zamanlarda medenî yargılamanın bazı konuları üzerinden ve birtakım kesişim noktaları çerçevesinde farklı yönleri ile ele alınmıştır. *Belgesay*, 1940 yılında kaleme aldığı "*Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller*" isimli eserinde, "*ispat hakkı*" kavramını kullanarak davanın taraflarından her ikisinin de iddiasının doğru olduğunu, hasmının iddiasının doğru olmadığını ispat etmek hakkını haiz olduğunu ifade etmiştir[14]. *Umar/Yılmaz* da, "*İsbat Yükü*" isimli çalışmalarında, açıkça ispat hakkı kavramına yer vermemekle birlikte, ispatta bulunmanın aynı zamanda bir hak olduğunu, belirli bir hukuksal sonucun kendi lehine olarak doğumunu ileri süren kimsenin, o hukuksal sonucu doğurabilecek olayların gerçekleştiğini ispat etmesine olanak verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir[15]. Ardından *Yıldırım*, 1990 yılında "*Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin Değer-*

---

[10] M. Kamil Yıldırım, "İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağı'nda İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı", **Seliçi'ye Armağan,** Ankara 2006, (İspat Hakkı), ss. 679-692.

[11] Bu konuda bkz. Pekcanıtez / Atalay / Özekes, ss. 693 vd.; Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,** 2. Bası, Yetkin, Ankara 2014, (Şerh), ss. 535-542; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,** 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2013, (Şerh), ss. 1043-1052.

[12] Barış Toraman, "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan,** DEÜHFD Özel Sayı, C. 16, 2014, (İspat Hakkı), ss. 1483-1523.

[13] Nur Bolayır, "Medenî Usûl Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları", **Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan,** C. I, Yetkin, Ankara 2014, (İspat Hakkı), ss. 555-585.

[14] Mustafa Reşit Belgesay, **Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller,** İstanbul 1940, (Deliller), ss. 36. Yazar ayrıca ispat hakkı kavramına da açıklamalarında şu şekilde yer vermiştir: "Biz, iddia ve müdafaayı ispata yarayacak delillerin irad ve ikamesi(nin) taraflar için bir hak teşkil ettiği kanaatindeyiz." (Belgesay, Deliller, s. 23).

[15] Bilge Umar ve Ejder Yılmaz, **İsbat Yükü,** 2. Bası, İstanbul 1980, s. 7.

lendirilmesi" konulu çalışmasında hâkimin delilleri değerlendirmesi ilkesinin, ispat hakkı açısından önemini ayrıntısıyla değerlendirmiş; ancak bugün için "*ispat hakkı*" şeklinde Türk literatüründe yer edinen ve Almancası "*das Recht auf Beweis*" kavramını karşılayan kavram yerine "*olayın tespiti ve ispatlanmasını isteme hakkı ilkesi*" ifadesini kullanmıştır[16]. *Taşpınar,* "*Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu*" başlıklı çalışmasında, ispat hakkı ile medenî yargılamanın amacı arasındaki bağa dikkat çekmiş; çalışmasında, ispat hakkının sosyal usûl anlayışının amacına hizmet ettiğine ilişkin ifadelere yer vermiştir[17]. Ardından *Pekcanıtez* 2000 yılında yayımlanmış olan "*Hukuki Dinlenilme Hakkı*" başlığını taşıyan makale çalışmasında, ispat hakkını hukukî dinlenilme hakkının unsurları arasında yer alan açıklama hakkı kapsamında değerlendirerek ispat hakkını "*delil gösterme hakkı*" şeklinde ifade etmiştir[18]. *Özekes* tarafından ise, 2003 yılında yayımlanan "*Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*" isimli çalışmada hukukî dinlenilme hakkı ile ispat ve açıklama hakkı arasındaki ilişki ortaya konulmuş ve bu yönüyle çalışmamızın da temellerinin ortaya konulması açısından konuya önemli bir derinlik kazandırmıştır[19]. *Demircioğlu,* 2007 yılında yayımlamış olduğu çalışmasında *delil sunma hakkından (das Recht, Beweise anzubieten)* söz etmiş ve bu hakkı, delillerin değerlendirilmesi ilkesi ile birlikte, silâhların eşitliği ilkesinin en önemli unsurlarından birisi olarak nitelendirmiştir[20]. Yine 2007 yılında yayımlanmış olan ve *Pekcanıtez* tarafından kaleme alınmış makalede, ispat hakkı ile hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller arasında bağlantı kurulmuştur[21]. *Erdönmez* tarafından ispat hakkına, 2010 yılında yayımlanan çalışmasında belgelerin ibrazı zorunluluğunun hukukî temelleri arasında yer verilmiştir[22]. Bunlar haricinde ispat hakkı, son zamanlarda farklı yönleri ile iki

---

16 M. Kamil Yıldırım, **Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi,** İstanbul 1990, (Delillerin Değerlendirilmesi), ss. 99-103.

17 Sema Taşpınar, "Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu", **Prof. Dr. Faruk Erem'e Armağanı,** Ankara 1999, (Amaç Sorunu), s. 779, dn. 59.

18 Hakan Pekcanıtez, "Hukukî Dinlenilme Hakkı", **Seyfullah Edis'e Armağan,** İzmir 2000, (Hukukî Dinlenilme Hakkı), s. 777.

19 Muhammet Özekes, **Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı,** Yetkin, Ankara 2003, ss. 106-153.

20 Yaşar Demircioğlu, **Medenî Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri,** Ankara 2007, s. 170.

21 Hakan Pekcanıtez, "Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi", **Halûk Konuralp Anısına Armağan,** C. 2, Yetkin, Ankara 2009, (Hukuka Aykırı Deliller), s. 791.

22 Güray Erdönmez, **Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti,** 1. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2011, s. 28.

doktora çalışmasında daha etraflıca incelenmiştir. Bunlardan birincisi *Kılıçoğlu* tarafından hazırlanan "*Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması*"; ikincisi ise, *Bolayır* tarafından hazırlanan "*Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü*" başlığını taşıyan çalışmalardır. İlk çalışmada hukuka aykırı delillerin yargılama sürecinde kullanılıp kullanılamayacağı meselesi tamamen ispat hakkı odaklı olarak ayrıntılarıyla incelenmekte[23]; ikincisinde de, medenî yargılama prosedüründe delillerin toplanması ile ispat hakkı arasındaki ilişki ortaya konulmaktadır[24]. Bu çalışmaların yanısıra, 2011 yılında *Güralp* tarafından yayımlanmış olan doktora eserinde, açıkça kavram olarak *ispat hakkına* yer verilmemişse de, içeriğinden bahseilerek ve özellikle "delil gösterme hakkı" ile ilişkilendirilerek ispat hakkından bahsedilmiştir[25].

2. Karşılaştırmalı Hukuk

a. Literatürün Tanıtımı

İspat hakkı (Recht auf Beweis; Right to Prove) kavramı, yabancı hukuk literatüründe ilk olarak 1981 tarihinde Würzburg'da düzenlenen Dünya Usûl Hukukçuları Toplantısı'nda ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Bu toplantıda, tartışma konularından birisini ispat hakkı oluşturmaktaydı ve kronolojik açıdan da bu toplantıda yapılan tartışmaların ispat hakkı konusundaki ilk ve en önemli adım olduğunun ifade edilmesi hatalı olmaz[26]. Özellikle İsviçreli medenî yargılama hukukçusu *Prof. Dr. Habscheid*'ın "*Recht auf Beweis*" başlıklı tebliği, kavramın temellerinin ortaya ko-

---

[23] Bu konuda bkz. Evren Kılıçoğlu, **Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması** (Marmara Üniv., SBE, Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2011, (Hukuka Aykırı Deliller), ss. 1 vd., (ve ispat hakkı konusunda özellikle) ss. 4-26.

[24] Nur Bolayır, **Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü,** Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, ss. 43-83.

[25] Ayşe Gülin Güralp: **Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Hukuku Sistemleri'ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi,** Oniki Levha, İstanbul 2011, s. 341.

[26] Bu Toplantı'da [*VII. Internationalen Kongreß für Zivilprozessrecht Würzburg 1983*] Fransız hukukçu *Prof. Dr. Roger Perrot*'un "*Le droit à la prevue* [*ispat hakkı*]" başlığını taşıyan Tebliği'nin arından tartışmalar bölümünde de konu ele alınmıştır (bu konuda bkz. Effektiver Rechtsschutz und verfassungmässige Ordnung, Die generalberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Zivilprozessrecht [Würzburg 1983] [Edt. Walter H. Habscheid], Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht e.V., Bielefeld-Gieseking 1983, ss. 91-115). Aynı toplantıda İtalyan hukukçu *Prof. Dr. Michele Taruffo* da "*Le droit à la prevue* [*ispat hakkı*]" başlığını taşıyan Tebliği ile konuyu ele almıştır (bu konuda bkz. Effektiver Rechtsschutz und verfassungmässige Ordnung, Die Diskussionsberichte zum VII. Internationalen Kongress für Zivilprozessrecht [Würzburg 1983] [Edt. Walter H. Habscheid], Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht e.V., Bielefeld-Gieseking 1985, ss. 39-51)

nulması ve ayrıca ispat hakkı üzerindeki sınırlamaların ele alınması noktasında bu çalışmanın da şekillenmesinde önemli katkılar sağlamıştır.

İsviçre hukukunda, 1992 yılında Bern eyaletinde, konu *Sabine Komfel* tarafından "*Recht auf Beweis*" başlığı ile doktora tez çalışması olarak hazırlanmıştır. Söz konusu bu çalışmalar, tez çalışmamızın temellerinin atılmasında ana referans kaynaklar olarak çalışmamıza yön vermiştir. Ancak takdir edilmelidir ki yaklaşık son kırk yıldan bu yana, bu çalışmaların kaleme alınmasından sonra özellikle ispat hakkının temelini oluşturan temel haklar öğretisinde önemli gelişmeler yaşanmış ve bu durum da, konunun güncel gelişmeler ışığında pek çok yeni tartışmayı da gündeme getirmesini gerekli kılmıştır. Bu çalışmaların yapıldığı İsviçre hukukunda dahi, önemli reformlar yapılmış tamamen yepyeni şekilde kaleme alınan İsviçre Federal Usûl Kanunu'nda konuyu ilgilendiren önemli yeni düzenlemeler getirilmiştir. *Komfel'*in çalışmasından 2011 yılına kadar konu birkaç makale çalışması ile sınırlı şekilde ele alınan Federal Mahkeme kararları hâricinde çok fazla ilgi görmemiştir. İsviçre Federal Usûl Kanunu'nda da -Türk hukukunda olduğu gibi- ispat hakkının açık bir düzenlemeye kavuşmasından sonra İsviçre hukuk literatüründe çok sayıda genel eserde ve şerhde ispat hakkına yer verildiği görünmektedir.

Alman hukukunda, konuya ilişkin başlıbaşına bir monografik çalışma bulunmaz. Bununla birlikte Türk hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda da konu medenî yargılamanın bazı konuları çerçevesinde ve kesişim noktaları kapsamında etraflıca incelenmiştir. Bu çerçevede ispat hakkı, özellikle son kırk yıldan bu yana çeşitli monografik çalışmalarda, farklı boyutlarıyla ayrıntılı şekilde ele alınmaktadır.

Son yıllarda *ispat hakkına* önemli bir çalışmada daha yer verilmiştir. Bu çalışma bir monografik çalışma olmasa da, niteliği ve önemi gereği ispat hakkına özel bir başlık açmış olması konumuz açısından dikkat çekicidir. İspat hakkına, *Mauro Cappelletti* tarafından editörlüğüne başlanarak genişletilen *Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Ansiklopedisi (International Encyclopedia of Comparative Law)* serisinin, *medenî yargılama (civil procedure)* bölümünün *ispat (Evidence) kısmında, Michele Taruffo* tarafından yer verilmiştir[27]. Bu kapsamda öncelikle *uyuşmazlıkla ilgili tüm delilleri mahkemeye sunma hakkı (right to present all relevant*

[27] Michele Taruffo, **Evidence, International Encyclopedia of Comparative Law, Civil Procedure**, Edt. Mauro Cappelletti, C. XVI, (Evidence), ss. 25-27.

evidence) ile *âdil yargılanma (due process)* arasındaki ilişki kurulmuş, ardından da *ispat hakkına (right to proof)* ilişkin bir tanıma yer verilmiştir. Buna göre ispat hakkı, âdil yargılanma hakkının zorunlu bir temel unsuru olarak nitelendirilmiş ve *"ispat hakkı, bir vakıayı ispatlama ve uyuşmazlık konusu ile ilgili bulduğu tüm ilgili ve kabul edilebilir delilleri sunma hakkıdır."* şeklinde tanımlanmıştır[28]. Ayrıca bu çalışmada *çatışan değerler (Conflicting values)* başlığı altında, ispat hakkının diğer temel haklarla ve ilkelerle çatışması hâline yer verilmesi, ispat hakkının sınırlamaları bakımından oldukça değerlidir[29].

b. Literatürün Çalışmamıza Katkısı

Yukarıda sözünü ettiğimiz, konuyu doğrudan doğruya ele alan İsviçre hukuku temelli çalışmalardan -*yaklaşık kırk yıldan*- bu yana, Kıta Avrupası ve Ortak Hukuk sistemlerinde, yargılama hukuku sistemlerinin temel esaslarına ve özellikle de ispat sistemlerinin genel özelliklerine ilişkin önemli reform çalışmaları gerçekleştirilmiştir. Bu reform çalışmaları, ideal bir yargılama hukuku sistemine ulaşma çabasını bünyesinde barındıran ispat hakkı kavramının gelişimine önemli katkılar sağlamış ve ispat sistemlerinde kabul edilen önemli değişiklikler, konunun söz konusu gelişmeler çerçevesinde pek çok açıdan incelenmesini gerekli kılmaktadır.

Bu süreç içerisinde de ispat hakkı ile ilişkilendirilen pek çok konuda çok sayıda bilimsel çalışma yapılmıştır. Örneğin sadece ispat hakkının bir yönünü teşkil eden hukuka aykırı deliller konusunda sayfalar süren bir literatür oluşturmak mümkündür. Bu durum da hem literatür taramasını hem de konunun kapsam olarak sınırlandırılmasını epeyce zorlaştırmıştır. Örnek verecek olursak hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi, hâkimin konumu ve tarafların ödevleri, ticarî sırların yargılamada ifşası meselesi, delil ibrazı ayrıcalıkları, katı delil sistemi ve kanunî delil sistemi arasındaki ilişki, ispat sözleşmeleri bu konularda ispat hakkının doğrudan doğruya ilişkilendirilebileceği ve çok sayıda da bilimsel çalışmaya konu olmuş başlıklardan bazılarıdır.

Bu yönleriyle çalışmamızda, konu sadece -çok geniş bir zenginlik sunmayan- *salt* ispat hakkına ilişkin literatür ele alınarak hazırlanmamış; olabildiğince, ispat hakkını doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen kurum ve konulara ilişkin de literatür

---

[28] Taruffo, Evidence, s. 25.
[29] Taruffo, Evidence, s. 26.

araştırması yapılmaya çalışılmıştır. Aksine bir araştırma yöntemi, çalışmanın çok dar bir bakışaçısı ile ele alınması sonucunu doğuracaktı. Bununla birlikte ispat hakkı ile etkileşim içinde bulunan yan konular mümkün olduğunca, sınırlı şekilde değerlendirilmeye ancak geniş bir literatür araştırması yapılarak çalışmaya yansıtılmaya çalışılmıştır. Bu sebeple de, özellikle ispat hakkının etkileşim içerisinde olduğu bu yan, ancak çalışmamızın çekirdeğini oluşturan konularda eksikliklerimizin olabileceğinin gözönüne alınması gerektiği kanaatindeyiz.

C. Terim

İspat hakkını ifade etmek üzere hem Anayasa'da (Ay m. 40) hem HMK'da (HMK m. 189, 27, 193) "*İspat hakkı*" terimi kullanılmaktadır. Esasında bu terim, konuyu düzenleyen İsviçre kanunkoyucusunun da iradesidir. İsviçre hukukunda da, tam olarak *ispat hakkı*nı karşılamak üzere "*das Recht auf Beweis*" terimi kullanılır. Normatif düzenlemesi bulunmayan Alman hukukunda da, ispat hakkı "*das Recht auf Beweis*" ile ifade edilir[30]. Bu yönleriyle terimsel olarak *"hak (das Recht)"* kavramı tercih edilir. Terim olarak her ne kadar ispat *hakkı* ifadesi kullanılmakta ise de, ispat hakkının *bir hak mı (das Recht/Anspruch; right), yoksa özgürlük (die Freiheit; freedom) mü* olduğunun değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla doğru ifade *ispat hakkı* mı, yoksa *ispat özgürlüğü* mü olmalıdır, sorusu cevaplandırılmalıdır.

Çalışmamızda genel olarak ispat hakkı terimi kullanılmıştır. Bu durum, ispat hakkının, temelini *ispat özgürlüğü*nün oluşturduğu gerçeğini değiştirmez. İki kavram arasındaki farkın ayırt edilmesi, *hak* ve *özgürlük* kavramlarının arasındaki farkla açıklanabilir[31]. *Hak,* özgürlüğün ifade edilmesi ve dışa yansıma biçimidir. *Özgürlük* fiilî bir durumu yansıtır, *hak* ise normatif alanda yer alır. Bu anlamda *hak,* özgürlükleri sağlamak için kişiye hukukça tanınan meşru yetkidir. *Özgürlük* bir şeyi yapma ya da yapmama serbestisidir. *Hak* kavramı ise, devletten ya da onun aracılığıyla özel kişilerden bir şeyler *talep edebilme yetkisi*ni içerir. İşte ispat hakkı da, devletten ve

---

[30] *İspat hakkı (das Recht auf Beweis)* ile *ispat hukuku (Beweisrecht)* sıklıkla birbirine karıştırılır. Bu çalışmanın konusu, bir yargılama prosedüründe tüm delillere ilişkin genel ilkeleri, kuralları ve her bir delil türünü ayrıntısıyla incelemeyi hedefleyen *ispat hukuku (Beweisrecht)* değildir. Zira ispat hukuku, yargılama prosedüründe ispata ve delillere ilişkin tüm kuralları ve ilkeleri sistematik şekilde inceleyen geniş anlamda bir hukuk dalıdır. Bu çalışmada ise, spesifik olarak talep hakkını barındıran somut yargısal hak niteliğinde olan *ispat hakkı (das Recht auf Beweis)* incelenmektedir.

[31] Hak ve özgürlük kavramı arasındaki bu farklılık hakkında bkz. İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku 1,** 7. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara 2013, ss. 13-14. Ayrıca bkz. Eren, Abdurrahman: **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri,** Beta, İstanbul 2004, s. 11.

onun aracılığı ile özel kişilerden bir uyuşmazlıkta haklılığını ispatlayabilmek için âdil şekilde ispat faaliyetine katılmayı *talep hakkı* tanır[32]. İspat *hakkı* kavramı, bu çalışmada aynı zamanda devletten ve özel kişilerden ispat faaliyetine âdil şekilde katılmasını ve bu hakka saygı duyulmasını hedef alan *bir talep hakkını* odak aldığı için, *hak* kavramına ayrıca vurgu yapılması amaçlanır.

D. Tanım Sorunu ve Önerisi

1. Tanım Sorunu

İspat hakkı literatürde, kanunî düzenlemelerde, yargı kararlarında doğrudan veya dolaylı olarak yukarıda belirlediğimiz çerçevede yer almasına rağmen, bu kaynaklarda -*Taruffo'nun çalışması ve Fransız literatüründe hâricinde*- ispat hakkına ilişkin genel bir tanıma rastlanılamamıştır. İspat hakkına ilişkin temel bir tanım verilmesinden ziyâde daha fazla tercih edilen, kavramın içerdiği temel unsurların belirlenmesi, hangi amaca hizmet ettiği ve diğer temel haklar ile ilişkisinin ortaya konulması şeklindedir. Esasında neredeyse her temel yargısal hak gerek literatürde gerekse yargı kararlarında genel geçer birtakım tanımlara sahiptir. Herhangi bir kavramın tanımının yapılmasının önemi ise özellikle kavramın içinin doldurulması, unsurlarının belirlenmesi açısından oldukça önemlidir.

Bununla birlikte ispat hakkının diğer yargısal temel haklardan farklı olarak sınırları ve kapsamı kesin olarak belirli bir tanıma veya çerçeveye oturtulmasının doğru olmadığı da belirtilir. Nitekim konu ile ilgili 1992 yılında *Komfel* tarafından hazırlanan doktora çalışmasında da yazar aynı görüşle ispat hakkı ve içeriği konusunda tam ve kesin bir tanım yapmaktan kaçınmıştır. Nitekim yazara göre gerek ulusal gerekse ulusüstü içtihat hukukunun dinamizmi, ispat hakkına sürekli yeni unsurlar ve değerler katabilecek niteliktedir; bu sebeple özellikle ispat hakkının unsurlarını da kapsayacak şekilde tam ve kesin bir tanım yapmak çok doğru olmayacaktır[33].

Kanaatimizce de ispat hakkının dinamizmi bir yana, ispat hakkının kanunen tanımının yapılması da oldukça güçtür. Zira ispat hakkının münferit bir kanun maddesi ile normatif düzenleme bulmasının, hakkın tesisi için yeterli olmadığı; ispat hakkının bir yargılama düzeninde etkin bir şekilde tesis edilmesinin, esasında 'ideal'

---

[32] Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 13. Ayrıca bkz. Eren, s. 11.

[33] Sabine Kofmel, **Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren,** Stämpfli Verlag AG, Bern 1992, ss. 81-82. Türk hukukunda görüşün benimsenmesi gerektiği konusunda bkz. Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 16-17.

bir yargılama düzeninin oluşturulması anlamına geldiği kanaatindeyiz. Bu anlamda her hukuk sisteminin hedeflediği 'ideal' medenî yargılama sistemi, hukukî ve sosyolojik kültürel faktörlerin ve geleneklerin etkisiyle birbirinden farklılık arz edebilecektir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da, ispat hakkı, sadece taraflara mahkemeye karşı bazı taleplerde bulunma hakkı tanıyan alelâde bir yargısal hak olarak kabul edilmemekte; aynı zamanda bir "*objektif hukuk devleti ilkesi*" olarak ifade edilmektedir. Bu anlamda ancak hukuk devletine dayanan yargılama modellerinde âdil ve gerçeğe uygun kararlar verilebileceği; ispat hakkının da âdil ve gerçeğe uygun kararlar verilmesinin yegâne aracı olduğu dikkate alındığında, bu hakkın hukuk devleti ilkesine hizmet ettiği de kabul edilir[34].

Tüm bu değerlendirmelere karşın, bu çalışmada bir ispat hakkı tanımının oluşturulmasına oldukça önem atfedilmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, *hele ki bir yargısal temel hak* için öncelikli ihtiyaçların başında hakkın içeriğinin, unsurlarının, sınırlarının da belirlenmesine yardımcı olmak üzere bir tanıma başvurma zorunluluğu doğar. Bu sebeple aşağıda bir tanım oluşturulmuştur.

2. Tanım Önerisi

Yargısal temel haklar perspektifinden yaklaşıldığında ispat hakkı bir yönden, *dar anlamı ile* somut bir yargılama faaliyetinde hâkimin, yargılamanın taraflarına eşit oranda ispat sürecine katılma hakkı sağlaması gerekliliğini ifade ederken; diğer yönden de, *geniş anlamı ile* âdil yargılanma hakkının gerekliliklerini özüne alan, tarafların ideal bir ispat ve yargılama sisteminin tesisini talep hakkıdır. Başka bir anlatımla ispat hakkının yargılamada tam anlamıyla tesisi, ancak âdil yargılanma hakkının gerekliliklerini yerine getiren ideal bir yargılama düzeninin ve özellikle de ispat rejiminin sağlanması ile gerçekleştirilebilir. Bu çerçevede, *dar anlamı ile* somut yargılamayı yürüten hâkimin, yargılamanın taraflarına eşit oranda ispat sürecine katılma hakkı sağlaması gerekirken; *geniş anlamı ile* de devletin, yasal düzenlemelerle yargılamada taraflar açısından *potansiyel* tehlike oluşturan her türlü ispat engelinin kaldırılması, yeni engeller yaratılmaması ve *mevcut* ispat engellerini ortadan kaldırılması gibi müspet bir ödevi bulunmaktadır.

---

[34] Komfel, ss. 9-10.

Bu belirtilenleri somutlaştırmak gerekirse: Hâkimin yürüttüğü bir yargılama faaliyetinde taraflara, eşit imkânlarda delil sunma hakkı tanınması; bu çerçevede, usûl ekonomisi ile ölçülülük ilkesi gereğince aksi gerektirmedikçe, her iki tarafın sunduğu belgelerin incelenmesi, tanıkların dinlenilmesi *dar anlamda* ispat hakkına örnek oluşturur. Buna karşılık bir yargılama sisteminde tarafların yargılama sürecine eşit oranda etkide bulunabilmelerini engelleyen diğer kural ve kurumların kaldırılmasını talep hakkı da *geniş anlamda* ispat hakkının kapsamına girecektir. Bu çerçevede örneğin, hâkim ile delil arasındaki tüm engellerin kaldırılması, bu bağlamda kesin delil ile ispat zorunluluğu gibi yargılamada maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel oluşturabilecek kurumların kaldırılması; hâkime doğrudan doğruya delilleri serbestçe takdir yetkisi imkânı verecek bir yargılama düzenin sağlanması gerekir.

Bu belirttiğimiz esaslardan yola çıkarak *ispat hakkını, gerçeği yargılamada ortaya çıkarmak amacıyla gözleme dayalı olarak uyuşmazlık hakkında vicdanî kanaatine göre karar verecek hâkim ile ispat faaliyetinin objeleri ve süjeleri arasında engel yaratılmamasını talep hakkı* şeklinde ifade edebiliriz. Bu yönüyle bakıldığında, ispat hakkının oldukça geniş bir güvence alanına ihtiyaç duyduğu ifade edilebilir. En yalın hâli ile tanımlamak gerekirse de;

> *İspat hakkı, gerçeğin yargılamada ortaya çıkması için hâkim ile ispat faaliyetinin objeleri ve süjeleri arasında engel yaratılmamasını talep hakkıdır.*

Çalışmamızda vardığımız temel sonucu özetleyen bu tanım ile ispat hakkı arasındaki ilişki, çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. Bu noktada, sadece konunun ele alınış yöntemini ortaya koymak amacıyla, ispat hakkının tanımının bu çalışmada hangi değerler ve unsurlar temel alınarak belirlendiğini ve bu anlamda çalışmanın da sınırlarını çizdiği belirlenebilir.

(1) İlk olarak ispat hakkının, yargılama prosedürlerinde sahip olduğu yegâne işlev "*hakikat*"in yani gerçeğin[35] ortaya çıkarılması; bu anlamda ispat hakkının gerçek anlamda tesisi, maddî gerçek ile adlî gerçeğin örtüşmesini sağlamaktır. Bu durum, sadece bir sonuç değil aynı zamanda yargı organları ve yargı faaliyetini yürütmekle görevli olan devlet açısından bir ödev getirmektir. Bir yargılama siste-

[35] *Hakikat* ile *gerçek* kavramları sözlük anlamı olarak eş ise de, medenî yargılama literatüründe bu kavramlar felsefî bir ayrımı barındırır. Bu ayrımın psikolojik, teolojik ve sosyolojik anlamları bulunur. Çalışmamızda, bu ayrımın felsefesine inilmeyecek; bu sebeple de, genel olarak *gerçek* kavramı kullanılacaktır. Hakikat kavramının, ispat prosedüründeki pskilojik, teolojik ve sosyolojik değerlendirmesi hakkında bkz. Dieter Leipold, "Wahrheit und Beweis im Zivilprozeß", **Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. Marz 1996,** Seibundo, Tokyo 1996, ss. 301-319.

minde veya somut yargılama sürecinde ispat hakkının tesis edilememesi, aynı zamanda maddî gerçek ile yargılama sonucunda ortaya çıkan adlî gerçeğin örtüşmemesi anlamına gelecektir. Bu durum da, yargılama prosedürlerinin öz amacı olan gerçeğin ortaya çıkarılmasının sağlanamaması anlamına gelmektedir. Bu işlev, ispat hakkı ihlâlini, *salt* yargısal bir temel hak ihlâlini ifade eden *âdil yargılanma hakkı* ihlâlinin ötesine taşımakta[36]; ispat hakkının temini ile adaletin sağlanması arasındaki felsefî ilişkiyi ortaya çıkarmaktadır.

(2) İkinci olarak ispat hakkının, bir yargılama prosedüründe gerçek anlamıyla tesis edilebilmesi için yegâne yöntem, hâkimin ispatın konusu üzerinde kendi gözlemine dayalı olarak değerlendirme yapması ve bu çerçevede vicdanî kanaatine göre hüküm hakkında karar vermesidir. Bu gereklilik de, ispat sürecinde medenî yargılama hukukuna hâkim olan iki ilkenin önemini vurgular ki, bunlar *doğrudanlık ilkesi*[37] ile *hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme*[38] yetkisidir. Zira yargılamanın taraflarının hükme tesir edebilme yetisi, ancak ve sadece hâkimin ispat konusu üzerinde serbestçe değerlendirme yapabilmesi ile gerçekleşecektir. Bu durumda yargılama öncesi, apriori olarak yani hâkimin somut ispat konusu üzerinde serbestçe değerlendirme yapmasına engel olan her türlü kural, kurum ispat engeli olarak ispat hakkı üzerinde de sınırlama oluşturacaktır. Kesin delille ispat zorunluluğu bu duruma verilebilecek en önemli örneklerden bir tanesidir[39]. Nitekim ileride ayrıntısıyla üzerinde durulacağı üzere, hukuk sistemleri tarih boyunca bu konuda çok farklı esaslar benimsemişler; günümüzde ise, karşılaştırmalı hukukta çoğunlukla tercih edilen sistem, ispat sisteminde *dışlayıcı delil sistemi (exclusionary system)* ve *hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesinin (principle of free evalution of proof)* kural olması, istisnaların ise çok sınırlı olarak kabul edilmesi noktasına gelmiştir.

(3) İspat hakkı, ispat faaliyeti sürecinde ispatın obje ve süjeleri arasındaki her türlü engelin kaldırılmasını gerekli kılmaktadır. Burada öncelikle ispat faaliyeti ile kastımız, ispatın bütün türlerini kapsamaktadır. Bu çerçevede *asıl ispat, karşı ispat, aksini ispat* faaliyetleri arasında kural olarak bir fark bulunmaz. Bu kapsamda ilk olarak, *ispat faaliyeti ile ispatın objeleri* arasında engel yaratılmaması, özellikle ispat faaliyeti ile delil arasındaki engelleri ifade eder. İdeal bir yargılama sisteminde, kural olarak ispat konusu ile *ilgili* olan her türlü bulgunun *delil olarak yargılamaya getirilebilmesi (delile ulaşma hakkı, ispat konusu hakkında bilgi edinme hakkı)* mümkün olmalıdır[40]. Benzer şekilde delillerin caiziyeti gibi müesseseler de ispatın objeleri ile süjeleri arasında engel olarak değerlendirilir[41]. İşte bu anlamda ispat sistemlerinin, ispat konusu ile ilgisi bulunan ve hukuka uygun

---

36 İspat hakkı ile gerçeğin yargılama sürecinde ortaya çıkarılması konusu, medenî yargılama hukukunun amacı ile ispat hakkı arasındaki ilişki ele alınırken ayrıntısıyla incelenecektir. Bkz. Aşa. Birinci Bölüm, § 1, III.

37 İspat hakkının, doğrudanlık ilkesi ile ilişkisi hakkında bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, II, F.

38 İspat hakkının, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesi ile ilişkisi hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, § 9, II, E. Ayrıca bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, II, B, 2, b, bb ve Beşinci Bölüm, § 21, I-II.

39 Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 21, I-II.

40 Bilgiye ve delile erişim hakkının ispat hakkı ile ilişkisi konusunda bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, II, C, 2.

41 Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 20.

yollardan elde edilen her türlü bulgunun delil olarak kabul edilmesine imkân sağlayacak düzenlemeler öngörmesi gerekir. İkinci olarak, *ispat faaliyeti ile ispatın süjeleri* arasında herhangi bir engel yaratılmaması, ispat hakkının tesisi açısından kural olmalıdır. Bu özellik ispat sürecinde -*hüküm verecek*- hâkim ile yargılamanın tarafları arasında süreklilik arzeden canlı bir iletişimi gerektirir. Hukuk sistemleri bu konuyu hâkimin yargılamadaki konumu ve özellikle *dava yönetimi* çerçevesinde sahip olduğu yetkilerle çözümler. Bu anlamda hâkim ve taraflar, ispat hakkının gerekliliklerini tam anlamıyla yerine getirmek amacıyla sürekli olarak iletişimde olmalı, ispat sürecini etkin şekilde yönetecek araçlara sahip olmalıdır[42].

III. KONUNUN DİĞER HUKUK ALANLARI İLE İLİŞKİSİ

A. Anayasa Hukuku

İspat hakkı ve sınırlamalarını konu alan bir çalışma gerek medenî yargılama hukuku gerekse ceza yargılaması hukuku açısından da yapılsa, anayasa hukukunu odak alan bir disiplinlerarası çalışma olacaktır. Konunun anayasa ve bilhassa temel haklar hukuku ile boyutu çok çeşitli açılardan karşımıza çıkar. Bu kapsamda ilk olarak, temel haklar hukuku ile ispat hakkının bağlantısı hakkın kaynağı, özü konusunda göze çarpar; ikinci olarak ise, ispat hakkının sınırlamaları ile anayasal sınırlama rejimi ile ilişkisinde belirir. Öncelikle aşağıda yer verileceği üzere ispat hakkı, temelini hak arama özgürlüğü ile âdil yargılanma hakkına dayandıran temel bir yargısal haktır[43]. Bu anlamda ispat hakkı aynı zamanda özünü âdil yargılanma hakkının tamamlayıcıları olan hukukî dinlenilme hakkına, silâhların eşitliği ilkesine, alenîyet ilkesine, tarafsız yargılanma hakkına dayandırır. Bu çerçevede söz konusu temel yargısal temel haklar, ispat hakkının özünü, çekirdeğini oluşturması sebebiyle temel haklar hukuku ile ispat hakkı arasında önemli bir bağ vardır.

Çalışmamız açısından ispat hakkı ile temel haklar hukuku arasındaki ilişkinin kendisini gösterdiği ikinci nokta da, ispat hakkının sınırlamalarında görünür. Zira ispat hakkının en önemli sınırlamalarından birisini, temel hakların çatışması oluşturmaktadır. Bu durumda yaşanan temel hak çatışmalarının konusunu bir taraftan temelini hak arama özgürlüğünden ve âdil yargılanma hakkından alan ispat hakkı oluşturmaktayken; diğer taraftan da özel hayatın korunması, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı, düşünce özgürlüğü gibi çok önemli diğer bazı

[42] Bu konuda aşağıda ayrı bir bölüm olarak incelenecektir. Bkz. aşa. Üçüncü Bölüm § 7 - § 11.
[43] Bu konuda bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 3.

temel haklar oluşturmaktadır[44]. Temel hak çatışmalarından doğan ispat hakkı sınırlamaları dışında da, temel bir hak olması sebebiyle ispat hakkını sınırlandıran her bir kurum ve kuralın, temel hak sınırlamalarında kullanılacak ölçütler (Ay m. 13) bakımından da değerlendirilmesini gerektirir. Bu anlamda ispat hakkına getirilen her bir sınırlamanın demokratik hukuk devletinin gerekliliklerine, kanunîlik ilkesine, özel sınırlama sebebinin varlığına, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, ölçülülük ilkesine, hakkın özüne dokunulamaması ilkesine uygun olması gerekir[45]. Dolayısıyla temel hakların sınırlanması konusunda, anayasal sınırlama rejiminde benimsenen temel ilkeler çalışmamızın en önemli belirleyici noktalarından birisidir.

Özet olarak, ilk aşamada ispat hakkının, anayasal bir hak olması; ikinci aşamada ise, ispat hakkına yönelecek her bir sınırlamanın, yine ispat hakkının temel bir yargısal hak olması sebebiyle sınırlamalarının da anayasal sınırlama rejimine tâbi olması konumuzun anayasa hukuku ile yoğun bir şekilde etkileşim içerisinde olması sonucunu doğurur.

B. Hukuk Tarihi ve Sosyolojisi İle İlişkisi

İspat hakkı ve sınırlamalarının toplumsal yapıyla ilişkisi ve etkileşimi, konunun hukuk tarihi ve sosyolojisi ile arasında güçlü bir bağın oluşmasına sebebiyet verir. Hukuk kuralları ile bu kuralların uygulanacağı toplum düzeninin yapısı, değişimleri o hukuk kurallarının form kazanmasında önemli bir etkiye sahiptir. Bu anlamda hukuk kuralları hem o toplumdaki insan yapısını hem de toplumun içinde yaşadığı dönemdeki bilimsel gelişmeleri tam bir şekilde dikkate alarak şekillendirilmelidir. Bu etki doğrudan doğruya ispat hukuku kurumları ve ispat hakkı üzerinde gözlemlenebilir. Örneğin okur yazarlığın son derece düşük olduğu bir toplum yapısında, senetle ispatı zorunlu kılmak bir ispat hakkı ihlâli oluşturur. Bunun gibi yalancı tanıklığın yaygın olduğu bir toplumda, ispat kurallarını birinci dereceden tanıklık kurumu üzerinden şekillendirmek yine ispat hakkı ihlâli oluşturur. Dinî inanışların topluma yön verdiği bir toplumda, yemin delilinin dışlanması, ispatı zorlaştırır. Bunlarla birlikte teknolojinin ve bilimsel gelişmelerin önemli rol oynadığı bir toplumda teknolojik delilleri, ispat kurallarının dışında tutmak yine ispat hakkı ihlâli oluşturur. İşte toplumsal hayattaki bu gelişmelerin doğru ispat hukuku kuralları ile örtüşmesini

[44] Bu konuda bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 15 ve Beşinci Bölüm, § 18.
[45] Bu konuda bkz. aşa. Dörüncü Bölüm, § 14.

sağlayacak hukuk bilimi de, hukuk sosyolojisi ve felsefesi olacağından ispat hakkına ilişkin bu çalışmanın temelinde de bu hukuk dallarının önemli bir işlevi bulunur.

Belirttiğimiz bu esaslar içerisinde özellikle teknolojik gelişmelerin, hukuk bilimi ve ispat hakkı ile ilişkisi üzerinde ayrıca durulmalıdır. Zira içerisinde yaşadığımız yüzyıl "*teknoloji çağı*" olarak ifade edilir. Teknolojik gelişmeler günlük yaşantımızda gözle görülür şekilde farklılıklar yaratmaya başladığı zamandan bu yana, her zaman ispat sisteminin ve ispat hakkının sınırlarını zorlamaktadır. Bu durum değişen ve gelişen toplum yaşamının ve teknolojik gelişmelerin kaçınılmaz bir sonucudur. Bir üst yapı kurumu olarak hukukun ve spesifik olarak ispat hukuklarının hedeflerinden biri de, toplumsal değişmelerin sınırlarını zorladığı ispat hukuku kurallarını toplumsal yaşamın değişimine ve gelişimine adapte etmesi olmalıdır[46]. Aksi takdirde yani ispat hakkının zorlanan sınırlarında hukukî düzenlemelerin toplumsal yaşama adapte edilememesi hâlinde, ispat kurallarında sert bir gerilim yaşanır ve bu gerilim de kişilere birer temel hak -*ispat hakkı*- ihlâli olarak geri döner. Bu durum ise, ispat hakkının özünü temel bir hak teşkil etmesi sebebiyle temel haklar öğretisinin 21. YY itibariyle hedeflediği bir sonuç olamaz. Nitekim ispat kurallarının sınırlarını zorladığı teknolojik gelişmeler karşısında hâkimin durması gereken konumu *Konuralp* tam olarak şu şekilde ifade etmektedir:

> "Bilimsel birikimin ulaştığı boyut, çeşitli alanlarda kullanılan tekniklerin gelişmesi ile birlikte, hukukçunun üzerinde çalıştığı konuya yabancılaşması, bir anlamda

---

[46] İspat kurallarının teknolojik gelişmelerin etkisiyle sınırlarının zorlandığı, ispat hukukunun amaçlarından en başlıcasının da bu zorlanan sınırlarda, özellikle de teknolojik anlamda ispat kurallarının güçlük yaşadığı alanlarda bu sınırların gözden geçirilmesi ve ispat hukukunun kendini revize etmesi ile ilgili olarak Türk hukukunda başlıca değerlendirmeler *Konuralp'*in "*Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*" isimli çalışmasında etraflıca yer almıştır. Bu kapsamda internetten yapılan satışlarda, ATM'lerden nakit çekilmesinde, banka kartları ile kredi kartlarının kullanılmasında, EFT işlemlerinin ispatında, borsa işlemlerinde, gen ve DNA incelemeleri gibi teknolojik gelişmelerin ispat hukukunda ve özellikle medenî yargılama hukukunda ispat kurallarının sınırlarını zorladığı alanlarda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Halûk Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları,** Yetkin, Ankara 1999, (İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları), ss. 1 vd. Nitekim yukarıda belirten çalışma, yazarın "*İspat Hukukunun Güncel Sorunları*" başlığı altında Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü kapsamında vermiş olduğu lisansüstü dersleri sonucunda ortaya çıkmıştır (bkz. Konuralp, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 1). Bu kapsamda yine *Konuralp'*in danışmanlığını yürüterek bu dersler aşamasında incelenip bilimsel bir çalışma hâline getirilen ve gen ile DNA testlerinin medenî yargılama hukukundaki ispat kuralları üzerindeki etkisini -*tespit edebildiğimiz kadarıyla*- ilk defa inceleyen bir çalışma için bkz. Rıfat Erten, Birsen Acır ve Sema Taşveren, "Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **AÜHFD,** C. 45, S. 1, 1996, ss. 573-588.
Yine HMK'nın yeni yapısında, ispat kurallarının teknolojik gelişmeleri takip etmesinin en somut örneklerinden birisi *belge* delilini karşılayan HMK m. 199 ve belge başlangıcını düzenleyen HMK m. 202 kurallarıdır.

çözüm üretmek zorunda olduğu konudan uzak kalması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Aslında bilimsel gelişme, hukukçunun ufkunu açan, onun, özellikle hâkimin daha iyi sonuçlara varabilmesine katkıda bulunan bir birikim sürecidir. Bu nedenle hukukçu çeşitli alanlardaki bilimsel ve teknik gelişmelerden haberdar olduğu ölçüde, yorum ve çözümlerinde çağına uygun sonuçlara varabilir. ... Hukukçu, nasıl hukuk alanındaki değişiklikleri izlemek, öğrenmek ve uygulamak zorunda ise, sağlıklı hukukî düşünce ve çözümler üretebilmek açısından, hiç değilse geniş kitlelere yayıldığı ölçüde bilimsel ve teknik gelişmelerden de uzak kalmamak zorundadır. ... **Yeterli düzeydeki genel bilgi, bilhassa delil takdirinin söz konusu olduğu aşamada hâkimin vicdanî kanaatinin oluşmasında çok önemli bir unsurdur**."[47, 48]

---

[47] Konuralp, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, ss. 110-111.

[48] Teknolojik gelişmeler ispat hakkının etkin tesisine, başka yönlerden de hizmet eder. Teknolojik gelişmeler aynı zamanda yargılama prosedürünün etkinliğini artırır; hâkim ile tarafların arasında sağlıklı bir diyoloğun gelişmesine katkı sağlar ve adalete erişimi kolaylaştırarak temel hakların korunmasına hizmet eder [*tüm bu etkiler hakkında bkz.* Masanori Kawano, "Electronic Technology and Civil Procedure - Applicability of Electronic Technology in the Course of Civil Procedure", **Electronic Technology and Civil Procedure, New Paths to Justice from Around the World (IAPL 2010 Conference),** Edt. Miklós Kengyel ve Zoltán Nemessányi, Springer, Dordrecht 2012, ss. 4-5]. Bu konuda Türk hukukundan verilebilecek en güzel örneklerin başında ses ve görüntü nakli yolu ile duruşma yapılmasına imkân tanıyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesidir. Bu hüküm uyarınca; "Mahkeme, tarafların rızası olmak şartıyla, kendilerinin veya vekillerinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine izin verebilir." (HMK m. 149/1). Bu konuda ayrıntı için bkz. Serdar Kale, "Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (HMK m. 149)", **Legal MİHDER,** C. 9, S. 25, 2013, ss. 141-156. Benzer yönde gelişmeler 2000 yılından sonra Almanya'da, Amerika Birleşik Devletleri'nde, İngiltere'de, Japonya'da da yaşanmıştır (*bu konuda bkz.* Kawano, Electronic Technology, s. 4). Ayrıca bu maddenin özellikle doğrudanlık ilkesi çerçevesinden ispat hakkı ile ilişkisi çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alınacaktır (bu konuda bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, II, F).
Teknolojik gelişmelerin medenî yargılama sistemlerinde yarattığı olumlu etki ve sonuçlar hakkında genel değerlendirmeler içeren çalışmalar için bkz. Petrônio Calmon, "The Future of the Traditional Civil Procedure, Electronic Technology and Civil Procedure", **New Paths to Justice from Around the World (IAPL 2010 Conference),** Edt. Miklós Kengyel ve Zoltán Nemessányi, Springer, Dordrecht 2012, ss. 67-87; Nikolaj Fischer, "Electronication of Civil Litigation and Civil Justice - The Future of the Traditional Civil Procedure Facing the Electronification", **Electronic Technology and Civil Procedure, New Paths to Justice from Around the World (IAPL 2010 Conference),** Edt. Miklós Kengyel ve Zoltán Nemessányi, Springer, Dordrecht 2012, ss. 89-99; Peter Gilles, "Oral, Written and Electronic Civil Court Procedures and Questions about their Efficiency", **ZZPInt,** C. 13, 2008, ss. 283-296; Kawano, Electronic Technology, ss. 3-27.
Ayrıca teknolojik gelişmelerin özellikle ispat hukuku kurumları ve ispat sürecindeki etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zoltán Ambrus, "Applied Technology in Litigation Proceedings (The Electronic Discovery Reference Model)", **Electronic Technology and Civil Procedure, New Paths to Justice from Around the World (IAPL 2010 Conference),** Edt. Miklós Kengyel ve Zoltán Nemessányi, Springer, Dordrecht 2012, ss. 285-294; Soraya Amrani-Mekki, "The Impact of the Technologies on the Shape of Civil Procedure", **Oral & Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure (6-8 Nov'08, Universitat de València),** International Association of Procedural Law (elektronik makale); Peter Gilles, "Zivilgerichtsverfahren, Teletechnik und 'E-Prozessrecht' - Zu den Anfängen einer Elektronifizierung des Zivilprozesses in Deutschland und ihrer Verrechtlichung in der deutschen Zivilprozessordnung", **ZZP,** C. 118, S. 4, 2005, ss. 399-426; Mustafa Göksu, **Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil,** Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 28 vd.; Viktoria Harsagi, "The Impact of New Information Technologies on Civil Litigation", **C.J.Q.,** C. 29, S. 2, 2010, ss. 250-262; Georg Kodek, "Modern Communications and Information Technology", **Electronic Technology and Civil Procedure, New Paths to Justice from Around the World (IAPL 2010 Conference),** Edt. Miklós Kengyel ve Zoltán Nemessányi, Springer, Dordrecht 2012, ss. 261-277; Dimitris Maniotis, "Some Remarks Concerning the Probative Weight of Electronic Documents", **Electronic Technology and**

Tüm bu değerlendirmeler dikkate alındığında, ispat hakkı ile hukuk sosyolojisi arasında varlığı inkâr edilemez çok güçlü bir bağın olduğu tespit edilebilmektedir. İspat hakkının sınırlarının belirlenmesinde hukukçunun temel görevi, toplumsal yaşamda gerçekleşen değişimleri göz önüne alarak ispat hakkının içeriğini ve sınırlarını belirlemek olmalıdır. Bir üst yapı kurumu olarak hukuk düzenlerinin temel aldığı toplumsal değişmelerin, genellikle bir insan ömründe gözlemlenemeyecek derecede uzun bir süreç içerisinde kendisini göstermesi ise ispat hukukçusunun işini zorlaştıran en önemli etkenler arasındadır. Ancak özellikle 1970'li yıllar ilâ günümüze kadar toplumsal hayatı yönlendiren temel haklar öğretisi, teknolojik ve teknik gelişmeler belki son birkaç yüzyılda yaşanmadığı kadar hızlı bir şekilde gerçekleşmiştir. Biz de bu sebeple yöntemsel olarak temel haklar hukukunda yaşanan bu gelişmeler ile teknolojik ve bilimsel hayatta toplum içerisinde yaşanan değişimleri temel alarak ispat hakkını ve sınırlamalarını ele almayı tercih ettik.

C. Ceza Yargılaması Hukuku İle İlişkisi

Maalesef Türk hukukunda ceza yargılaması ile medenî yargılama hukuku arasındaki benzerlikler, ortak konular çok fazla ilgi görmemektedir. Oysa medenî yargılama ve ceza yargılaması hukukları arasında çok sayıda benzerlik olduğu gibi, bazı konularda bu iki hukuk alanın iletişimi oldukça önemlidir. Bu çalışmada da konu değerlendirilirken yer yer ceza yargılaması hukuku ile karşılaştırmalar yapılmıştır. Örneğin tanıklıktan kaçınma hakları, devlet sırları sebebiyle kaçınma hakkı gibi kurallar her iki yargılama dalında da kabul edilir. İspat hakkının bir sınırı olarak bu kaçınma haklarını değerlendirirken Ceza Muhakemesi Kanunu ile yapılacak bir karşılaştırma kanımızca konunun daha sağlıklı bir şekilde değerlendirilmesini sağlayacaktır. Nitekim bu konuda veya benzer bazı başka konularda yapılacak karşılaştırmalarda, her iki hukuk alanının farklı amaçlara hizmet ediyor olması kanımızca bu değerlendirmelere, kıyaslamalara engel teşkil etmez. Örneğin tıbbî ve-

---

Civil Procedure, New Paths to Justice from Around the World (IAPL 2010 Conference), Edt. Miklós Kengyel ve Zoltán Nemessányi, Springer, Dordrecht 2012, ss. 279-284; Helmut Rüßmann, "Electronic Documents. Security and Authenticity", **Electronic Technology and Civil Procedure, New Paths to Justice from Around the World (IAPL 2010 Conference),** Edt. Miklós Kengyel ve Zoltán Nemessányi, Springer, Dordrecht 2012, ss. 233-259; Astrid Stadler, "Der Zivilprozeß und neue Formen der Informationstechnik", **ZZP,** C. 115, S. 4, 2002, ss. 413-444. Teknolojik gelişmelerin, ispat hakkının çok yakından olduğu tebligat ile ilişkisi konusunda bkz. Recep Akcan, "Çağımızdaki ve Gelecekteki Vasıtalarla Tebligat Yapılması (Tebligat Kanunu Madde 7 Üzerine Bir İnceleme)", **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan,** C. 1, Ankara 2010, (Tebligat), ss. 41-61.

rilerin veya DNA testlerinin yargılamada ve özellikle ispat sürecinde sahip olduğu önem, etki farklı değildir. Bu bilimsel delilin objektif anlamdaki ispat değeri, her yargılama modelinde ve ispat sisteminde aynıdır. Ceza yargılaması hukuku alanında, bu tip bilimsel delillerin uygulama alanının daha geniş olması, bu iki hukuk alanı arasında etkileşimi engel değildir. Hâtta kanaatimizce ceza yargılaması hukukunda hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesinin bulunması sebebiyle, bazı yeni ve gelişmekte olan delil türlerine yüklenen ispat değeri konusunda ceza yargılamasındaki değerlendirmeler medenî yargılama ispat sistemine büyük katkı sağlar.

Bunun yanı sıra ceza yargılaması ile medenî yargılamayı birbirine yaklaştıran bir diğer etken, yargısal temel haklar konusundaki normatif düzenlemelerin ve yaşanan gelişmelerin ortak bir kadere sahip olmasıdır. Ceza yargılamasında da, medenî yargılamada da gün geçtikçe Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi daha da fazla önem kazanmaktadır. Maddenin sadece ceza yargılamasına özgülenen 2. ve 3. fıkraları hâricindeki[49] 1. fıkrasının, her iki hukuk alanının da ortak kullanımına açık olması ve uygulama alanının genişliği dikkate alındığında, kanaatimizce özellikle son yıllarda ülkemizde de ceza yargılaması ile medenî yargılama arasındaki etkileşimin çok daha fazla olması gerekliliğini doğurmaktadır. Örneğin her iki hukuk alanının, ispat hakkının da sınırlamasını teşkil eden alenîyet ilkesinin kaldırılması konusunda uyması gereken ortak ilke ve çerçeveler aynıdır (bkz. AİHS m. 6/1). Bu anlamda bazı durumlarda ceza yargılaması açısından yapılan bir değerlendirmenin, rahatlıkla medenî yargılama açısından da geçerli olacağı kabul edilmektedir. Bunun yanısıra Türk hukukunda -*kanaatimizce*-, Türk ceza yargılaması sisteminde *yargısal temel haklar* ve diğer *temel haklar* konusundaki yaklaşım, medenî yargılama alanına göre daha tecrübelidir. Zira medenî yargılama hukukunda temel hakların korunması meselesi, Türk hukukunda ceza yargılaması alanına kıyasen daha yenidir. Bu konuda verilebilecek en temel örnek, hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların delil değeri konusunda öğretide yapılan tartışmalar olabilir[50]. Medenî yargılama hukuku

[49] Nitekim ispat hakkını da ilgilendirecek şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temelde sadece ceza davalarına özgülenen 2. ve 3. fıkralarının uygulanması ile ilgili birtakım ilkelerin, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında kıyas yoluyla medenî yargılamaya ilişkin davalarda da kabul edildiğine rastlanmaktadır.

[50] *Hukuka aykırı deliller*, ceza yargılamasına ilk olarak 1992 yılında 3842 sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişik ile açık bir kabul edilmiştir. Bu Kanun değişikliği, özellikle de

alanında bu konudaki tartışmalar gerçek anlamda son on yıldır -*ve özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun konu ile ilgili özel bir düzenleme getirmesi (HMK m. 190) ile*- yoğun bir şekilde başlamıştır. Oysa ceza yargılaması alanında bu konuda yapılan tartışmalar -*farklı sebeplerin ve ihtiyâçların etkisiyle de olsa*- çok daha eskiye dayanır. Bu sebeple de çalışmamızda yer yer ceza yargılaması hukuku ile karşılaştırmalara yer verilmiş; bu alandaki görüşlerden yararlanılmıştır. Ancak şüphesiz ki bu tartışmalar, ancak konunun ve işin mahiyetinin izin verdiği ölçüde yapılmıştır. Özetle ve sonuç olarak ceza yargılaması ile medenî yargılamanın sahip olduğu birtakım ortak ilke ve değerler, çalışmamızda da ceza yargılaması hukuku uygulamalarının önemli bir yorum yöntemi olarak ele alınmasına sebebiyet vermiştir.

D. Karşılaştırmalı Hukuk İle İlişkisi

İspat hakkının *hukukî temeli ve niteliği* konusunda Türk hukuku ile yabancı hukuk sistemleri arasında büyük farklılıklar bulunmamaktadır. Türk ve İsviçre hukuku gibi ispat hakkını kurumsal olarak medenî yargılama hukuku kuralları içerisinde ayrıca düzenleme altına alan hukuk sistemlerinde de, ispat hakkını açıkça normatif olarak düzenleme altına almayan hukuk sistemlerinde de, hakkın temeli büyük oranda -aşağıda üzerinde durulacağı üzere- hak arama özgürlüğüne, hukuk devleti ilkesine, eşitlik ilkesine, âdil yargılanma hakkı gibi evrensel hukuk ilkelerine ve temel haklara dayandırılmaktadır. Dolayısıyla ispat hakkının *hukukî niteliği* konusunda kabul edilen esaslar, karşılaştırmalı hukuk açısından büyük farklılıklar öngörmemektedir.

Buna karşılık ispat hakkına ilişkin sınırlamalar -*özellikle medenî yargılama sistemlerinin kabul etmiş olduğu bazı temel ilkeler ve kurallar, katı delil sistemi, kanunî delil sistemi gibi*- açısından, ispat hakkına getirilen *sınırlamaların ölçüsü* ve *görünüm şekilleri*, her hukuk sisteminde ispat hakkının hukukî niteliği konusunda olduğu gibi yeknesak değildir. Bunun en temel sebeplerinden birisi, medenî yargılama sistemlerinde kabul edilen farklı ispat sistemlerinden kaynaklanır. Zira bazı yargılama

---

Kanun'un 135/a ve 254/2. maddelerindeki düzenlemeler, ceza yargılaması alanında büyük bir reform olarak kabul edilmiştir. Bu Kanun değişikliğinin de etkisiyle Anayasa'nın 38. maddesine 2001 yılında eklenen 6. fıkra ile hiçbir duraksamaya neden olmayacak bir biçimde "Kanun'a aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez." ilkesi Anayasa metnine dâhil edilmiştir (bkz. 4709 sayılı ve 3.10.2001tarihli; RG 17.10.2001, S. 24556).
Bu kapsamda ilk olarak 1995 yılında İstanbul Barosu ile Marmara Üniversitesi tarafından "Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu" düzenlenmiş ve konu, bu Sempozyum'da etraflıca değerlendirilmiştir (bu konuda bkz. Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1995.

hukuku sistemlerinde, katı delil sistemi kabul edilir; bazılarında, Türk hukukunda olduğu gibi kanunî delil sistemi kabul edilmekteyken, bazı yargılama hukuku sistemlerinde serbest delil sistemi geçerlidir. Dolayısıyla serbest delil sisteminin geçerli olduğu bir yargılama modelinde, senetle ispat zorunluluğunun ispat hakkını sınırlandırdığı rahatlıkla ifade edilebilirken, kanunî delil sisteminin geçerli olduğu bir yargılama modelinde, senetle ispat zorunluluğunun -*kanunî meşruiyetine izafeten*- ispat hakkını sınırlandırmayacağı ifade edilebilmektedir.

Bu çerçevede ispat sistemlerinin kabul ettiği farklı esaslar, ispat hakkının hukukî niteliğinde olduğu gibi doğrudan doğruya birtakım evrensel ilkelerin ve kuralların tartışmasız bir şekilde ispat hakkı *sınırlamaları* açısından da kabul edilmesine imkân vermemektedir. Bu durumda ise çalışmamızda özellikle ispat hakkı sınırlamaları konusunda bir değerlendirmeye varabilmek için etkisini ispat hakkına kadar sirayet ettirebileceğimiz birtakım sorulara medenî yargılama hukuku sistemlerinde nasıl cevaplar verildiği hareket noktamızı oluşturmuştur. Bu sorular arasında örneğin günümüzde geçerli olan ispat sistemlerinde *dışlayıcı (exclusive)* bir delil sistemi mi, yoksa sınırlayıcı bir delil sistemi mi kabul edilmekte; taraflar ve üçüncü kişiler delil ibraz etmeye zorlanabilirler mi, şayet zorlanabilirlerse, nereye kadar zorlanabilirler; taraflar ispat haklarını kullanabilmek amacıyla diledikleri zaman, diledikleri şekilde delil ibraz edebilirler mi, bu konuda süreye ve şekle ilişkin getirilen sınırlamaların ölçüsü nedir; tarafların ispat hakkına erişmesini engelleyecek kurum ve kurallar var mıdır ve bu erişimi engellememek adına taraflara, vekillerine ve hâkimlere verilen birtakım yükümlülükler bulunmakta mıdır gibi, daha çok sayıda çoğaltabileceğimiz ve çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de çoğaltacağımız sorular yer alır. Tüm bu sorulara vereceğimiz cevaplar, ispat hakkının ideal bir yargılama sisteminde bulunması gereken ortak özelliklerinin belirlenmesine yardımcı olur. Bu yönüyle ispat hakkı konusunda karşılaştırmalı hukuka başvuru, önemli bir amaca hizmet eder.

Şüphesiz ki, özellikle *ispat hakkı sınırlamalarının*, konuyu medenî yargılama hukuku sistemleri arasında yakınlaştırılması, dolayısıyla sistemler arasındaki harmonizasyon çalışmaları aynı zamanda sorunun çözümü için de birtakım evrensel ilkelere varabilmemize yardımcı olur. Bu konuda çalışmamızdaki temel başvuru noktamızı da, ispat hakkının temel bir hak olması yaklaşımı oluşturur. Zira ispat hakkının temel

bir hak olması, sınırlamalarının ölçüsü konusunda da başvurulacak temel kriteri belirlemekte ve konuya da evrensel bir nitelik vermektedir. Örneğin günümüzde hem medenî yargılama hukuku sistemleri hem ceza yargılaması hukuku sistemleri hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların yargılamada delil olarak kullanılmasına kural olarak cevaz vermemektedir. Bu sonucun yaygın bir şekilde kabul edilmesinin sebebi, hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların çoğu zaman kişilerin özel hayatına (*kişilerin özel yazışmalarının yargılamada delil olarak kullanılması gibi*) veya haberleşme özgürlüğüne (*hukuk aykırı şekilde telefon dinlemeleri gibi*) veya konut dokunulmazlığı (*hukuka aykırı şekilde kişilerin konutuna gizli kamera konulması gibi*) gibi yine birtakım temel haklarına aykırılık teşkil etmesidir. Dolayısıyla karşılaştırmalı hukuk perspektifi ile ispat hakkı sınırlandırmaları konusunda yapmış olduğumuz incelemeler, bizi ispat hakkına yapılacak müdahaleler açısından da yine evrensel nitelikte kabul edilen birtakım ilkelere ulaştırmaktadır. Tüm bu sebepler, konumuz ile karşılaştırmalı medenî yargılama hukuku arasında önemli bir ilişki kurulması sonucunu doğurmaktadır.

Bununla birlikte çalışma konusu açısından karşılaştırmalı hukuka başvurunun önemi, bu çalışmanın bir karşılaştırmalı hukuk körlüğü içerisinde hazırlanmasına sebebiyet vermemiştir. Karşılaştırmalı hukuka her başvuruda, o konunun Türk hukuku açısından uygulanabilirliği öncelikle değerlendirilmiş ve mümkün olduğunca da, farklı sistemlerden Türk hukukuna kazanımların ne şekilde gerçekleştirilebileceği perspektifi ile kaynaklar incelenmiştir. Bu anlamda öncelikle, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerin, mahkeme kararlarının ve görüşlerin kıyasa mümkün olup olmadığı değerlendirilmiş; kıyasa elverişli konularda, Türk hukuku açısından çalışma konusuna nasıl katkı sağlanabileceği esas alınmıştır. Bu yapılırken de olabildiğince ayrıntılara boğulmaksızın temel eğilimler ve temel ilkeler üzerinden hareket edilmeye çalışılmıştır. Dolayısıyla bu çalışmanın *Türk hukuku* esas alınarak hazırlandığı ve katkı sağlayan noktalarda karşılaştırmalı hukuka başvurulduğu göz önüne alınmalıdır. Karşılaştırmalı hukuka ilişkin kaynakların tüketilmesinde de, bu esaslar göz önüne alınmıştır.

E. Hukukun Diğer Alanları İle İlişkisi

Yukarıda üzerinde durduğumuz hukuk alanları ile ispat hakkı arasındaki ilişki ispat hakkının şekillenmesine, yorumlanmasına yardımcı olacak bir niteliğe sahiptir.

Âdeta bu hukuk dalları ile medenî yargılama hukuku arasında ispat hakkının yorumu, unsurlarının belirlenmesi konusunda bir ortaklık vardır. Ancak şüphesiz ki, ispat hakkının hemen her hukuk alanı ile yoğun bir etkileşimi bulunur. İspat hakkı, maddî hukuk kurallarını, yargılama prosedürüne getiren bir *köprü* vazifesine sahiptir. Bu anlamda maddî hukuku konu alan her hukuk alanı ile ispat hakkı doğrudan, direkt şekilde bir ilişki içerisindedir. Ancak özellikle yukarıda tek tek ayrı başlıklar altında değerlendirdiğimiz hukuk alanlarının, inceleme yöntemimiz açısından sonuçları çok farklıdır. Bu hukuk alanları ifade ettiğimiz gibi, ispat hakkının yorumlanmasında, şekillenmesinde, içeriğinin doldurulmasında doğrudan yardımcı kaynaklar görevini haizdir.

Elbette çalışmamızda ispat hakkının diğer hukuk alanları ile arasındaki ilişkilere de konumuzla ilgisi oranında yer verilecektir. Bu anlamda birtakım maddî hukuka ilişkin hukuk alanlarına ilişkin açıklamalar çalışmamızda daha yoğun bir şekilde yer bulacaktır. Nitekim çalışmamızda olabildiğince, maddî hukuk kurallarının, yargılama sürecine yansıtılması konusunda bir köprü işlevi gören ispat hakkının sorunlu olan noktalarına yer verilecektir. Bu anlamda da özellikle ispat hakkının sınırlarının zorlandığı birtakım durum ve örneklerin iş hukuku, ticaret hukuku, borçlar hukuku, aile hukuku ve medenî hukukun diğer dalları gibi alanlardan seçilmesine özen gösterilmiştir. Dolayısıyla bu hukuk alanlarının yukarıda ayrı başlıklar altında zikredilmemesi, bu hukuk alanlarının konumuz ve çalışmamız açısından ilgisi bulunmamasından veya çalışmamızda yer vermemiş olmamızdan değil; yöntemsel olarak çalışmamıza yön veren hukuk disiplinleri arasında değerlendirmemiş olmamızdan kaynaklanmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MEDENÎ YARGILAMA HUKUKU SİSTEMLERİNDE İSPAT HAKKININ GELİŞİMİ VE UYGULAMA ALANI

§ 1 İSPAT HAKKININ GELİŞİMİ

I. MEDENÎ YARGILAMANIN TARİHÎ GELİŞİMİNDE İSPAT HAKKINI DOĞRUDAN ETKİLEYEN KIRILMALAR

A. Genel Olarak

Temel bir hak olan ispat hakkının gelişiminin, esasen insan haklarının gelişimi ile ortak bir kadere sahip olduğunu belirtmek hatalı olmaz. İnsan hakları sorunu, insanoğlunun tarihi kadar eski olsa da, günümüzde güvencelenmiş hakların tarihi, yüzyıllarla sınırlıdır[1]. Aynı durum ispat hakkı için de geçerlidir. İspat hakkı, neredeyse hukukun ortaya çıkışı kadar eskiye dayansa da, *güvence altına alınan* ispat hakkı sadece onyıllarla sınırlıdır.

Yabancı ve Türk hukuk literatüründe kavramsal olarak ispat hakkından genel olarak 21. YY'ın son yarısından itibaren bahsedilmeye başlanılmışsa da, ispat hakkı temel bir yargısal hak olmanın ötesinde, yargılamanın temel yapıtaşı olarak çok daha derin bir tarihî inceleme gerekliliği yaratmaktadır. Tarihî gelişime bakıldığında açıkça ispat hakkından söz eden kurum veya kurallara rastlamak sadece son yüzyıla özgülenmekteyse de, esasında tarihî gelişim içerisinde ispat hukuku alanında yaşanan pek çok gelişimin ispat hakkını doğrudan etkilediğini tespit edilebilir. Örneğin bu çalışmada ispat hakkıyla ilgili ortaya konulan görüşlerden birisi, ispat hakkının taraflarla hâkimin işbirliği içerisinde olduğu, ancak hâkime ispat sürecinde önemli yetkiler tanındığı, aktif bir hâkim modelinin geçerli olduğu bir yargılama modelinde ispat hakkının gerçek anlamda tesis ve temin edilebileceğidir. Yine bu kapsamda ispat hakkının gerçek anlamda temin edilebilmesi için hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisinin bulunması gerekir. Çalışmamızda, belirtilen bu sonuçlara ulaşılmasını sağlayan temel etkenler ise, ispat hakkı ve bu hakkın ilişki içerisinde olduğu bazı temel kurum ve kurallar konusunda yaşanan tarihî gelişimdir. Bu sebeple sadece kavramsal açıdan bakılacak olunursa, şüphesiz ki ispat hakkı çok genç bir kavramdır. Ancak ispat hakkına, ispat ve yargılama sürecinin geçirdiği evrim süreci

[1] Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 33.

arasından bakılırsa ispat hakkının kurumsal anlamda tarihî geçmişi ilk yargılama prosedürlerine kadar dayanmaktadır. Bu sebeple bizim de aşağıda ispat hakkının tarihî gelişimi başlığı altında yapacağımız açıklamalar, ispat hakkının *kurumsal anlamda* tarihî gelişimini ortaya koyma amacı taşımaktadır. Zira *kavramsal anlamda* ispat hakkının geçmişi, nerdeyse sadece yaklaşık elli yıl ile yani ispat hakkı kavramının literatüre kazandırılmasıyla sınırlıdır[2].

Medenî yargılama hukukunun gelişiminde dikkati çeken en önemli özelliklerden birisi, gelişimin ve değişimin, temelini çoğu zaman ispat sistemine dayandırmasıdır. Bu değişim kimi zamanlar doğrudan doğruya ispat sistemini hedef alan reformların neticesinde gerçekleşmiştir. Çoğu zamansa hâkimin ve tarafların yargılama içerisinde sahip olduğu yetki veya görevler ile yargılama sürecindeki konumlarını değiştirmeyi hedef alan reform çalışmaları, ispat sisteminde önemli değişiklikler yaratmıştır. Bu anlamda da esasında medenî yargılama sistemini genel olarak hedef alan ancak bu arada ispat sistemini de etkileyen pek çok değişim, gelişim, reform çalışması ispat hakkının gelişiminde ve de form değiştirmesinde önemli rol oynamıştır. Bu sebeple bu başlık altında ispat sistemini ve bu kapsamda ispat hakkını doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen ve medenî yargılama sisteminin genelini hedef alan bazı tarihî değişim hareketleri üzerinde durulacaktır.

Bu çerçevede de ispat hakkının gelişimini iki esaslı silsile etrafında şekillendirmek mümkündür. Bunlardan birincisi toplumun sosyal yapısında, kültüründe, bilimde meydana gelen gelişmelerin hukuk dünyasına yansımasıdır. Örneğin eğitimde, bilimde yaşanan gelişmeler ispat sürecinde akıldışı (irrasyonel) delillerden (*büyü gibi*) akılcı (rasyonel) delillerin kabulüne geçişe katkı sağlamıştır. Bu şekilde aşağıda da üç alt başlık altında toplayacağımız üzere ispat hakkının gelişiminde ve form değiştirmesinde üç temel ilkesel gelişime işaret etmek hatalı olmayacaktır. İspat hakkının gelişiminde izleyeceğimiz ikinci silsile ise, kronolojiktir. Kronolojik açıdan yapılacak bir gözlem toplumlarda yaşanan tarihî, sosyolojik yapıtaşlarının ispat hakkının gelişimi üzerinde nasıl bir etki yarattığını gösterecektir.

Belirtilen bu temel esaslar üzerinden öncelikle ispat hakkının gelişiminde ilkesel anlamda önem taşıyan birtakım kırılma noktaları üzerinde duracağız ve bu kırılma noktalarının ispat hakkının form değiştirmesine nasıl bir katkı sağladığı üze-

[2] Bu çerçevede literatürde ispat hakkının yeri ve gelişimi açısından bkz. Giriş, II, B.

rinde kısaca duracağız. Hiç şüphesiz ki, aşağıda üç alt başlık altında belirtilecek kırılma noktaları sadece konumuz açısından değil, medenî yargılama prosedürleri ve hatta hukukun bütünü içerisinde çok derin izler bırakan değişimlerdir. Ardından ise hukuk dünyasında yaşanan gelişmelerin ispat hakkına etkisini kronolojik olarak inceleyeceğiz.

B. İspat Hakkının Gelişiminde İlkesel Anlamda Temel Kırılma Noktaları[3]

1. Akıldışı İspat Araçlarından, Akılcı İspat Araçlarına Geçiş

İlk çağlarda büyüden yararlanarak kişilerin ispat faaliyetini yerine getirdiği bir dönemin -*şayet o zamanlar ispat hakkı diye bir kavram olsa idi*- bu kavrama atfedeceği anlam ile okur yazarlığın yaygınlaştığı, geliştiği bir toplumda benzer ispat faaliyetlerinin kabul görmediği bir ispat sisteminin ispat hakkına yükleyeceği anlam bir değildir. Örneğin Antik Yunan'da "*çile ile sınama yargılaması (Ordeal)*" ile suç tespit edilirdi. Buna göre sanık suya sokulur, eğer sanık batarsa bu suçlu olduğu anlamını taşırdı[4]. Bu yöntem 1215 yılına kadar Alman yargılama hukukunda da geçerliydi[5]. Ortaçağ kültürlerinde tanık beyanı, en önemli delil olarak görülürken, hâkimin çoğu zaman görevi, mevcut ihtilâfı âdil bir sonuca götürmek üzere dava konusu ile ilgili atasözlerini ifade etmekten öteye geçmiyordu[6]. Hatta belirli bir dönem, hâkimin hükmü ateş, su denemesi, *dövüş (düello) (Zweikampf)*[7] gibi doğa olaylarına, irade dışı taraf davranışlarına veya *tanrısal karara (Gottesurteil)*[8] dayanmaktaydı.

Görüldüğü üzere bir zamanlar belki de ispat hakkının kalbinde büyü ile delil elde etme, çile ile sınanma, tanrısal kararlar, düello gibi akıldışı ilkel ve dini[9] delillerle ispat yöntemleri bulunmaktayken, bugün yargılama prosedürlerinde DNA'dan,

---

3 *Konuralp,* ilkel ve dinî delillerlerden ispat hakkının devrimine doğru üç temel kırılma noktasını şu şekilde belirler: (*i*) aklî delillere geçiş, (*ii*) tanık delilinin üstünlüğü, (*iii*) kanunî delil sisteminin kabulü [Halûk Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı,** Tıpkı 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2011, (Yazılı Delil Başlangıcı) s. 8].

4 Bu konuda bkz. Sinan Serhat Kocaoğlu, "Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafi", **ABD,** Y. 68, C. 3, 2010, s. 120.

5 Bu konuda bkz. Arthur Engelmann, **A History of Continental Civil Procedure,** Çev.-Edt. Wyness Millar, Robert, Boston 1927, ss. 154-155.

6 Metin Yüksel, Zehra Avşar ve Kasım Akbaş, **Hukuk Sosyolojisi,** Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Yayını, No. 1523, s. 129.

7 Bu konuda bkz. Hans-Joachim Musielak, **Die Grundlagen der Beweisrecht im Zivilprozess,** Walter de Gruyter, Berlin 1975, ss. 213-215; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 5-7.

8 Musielak, ss. 215-217.

9 Bu konuda ayrıca bkz. Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 8.

parmak izinden, alkol testinden, elektronik postalardan, CD'lerden, ses kayıtlarından söz edilmektedir. Bu değişimde, tarihî süreç içerisinde ispat hakkı ile bağlantısını kurabileceğimiz ve akılcı ispat araçlarına geçişte etkili olan toplumsal değişimleri temelde iki ana başlık altında belirlemek mümkündür. Bunlardan birincisi (*i*) matbaanın icâdı ve modern matbaacılığın yaygınlaşması ile okur-yazarlığın artması; (*ii*) diğeri de, teknolojik çağın başlaması ve büyük bir ivme ile yükselişe geçmesidir. Bu iki mihenk taşının özellikle ispat hakkına olan etkisi ispat araçlarının da devinimi ile ilişkilidir.

12. YY'dan itibaren giderek artan okuryazarlık ile birlikte, yazılı metinler, yazı diline uygun cümleler, yazılı tanıklıklar, şartlar, tapular ve sözleşmeler, okuma yazma bilen ve bilmeyen herkesin algısına ve kavrayışına yön vermiştir. Sözlü kültürdeki *şeref sözü* olarak verilen yeminin yerini, hukuksal değere sahip belgeler ve bireysel imzalar almıştır[10]. Matbaanın icâdı ve modern matbaacılığın gelişmesi sadece ispat araçlarının devinimine değil, aynı zamanda ispat hakkının da özünü bulduğu temel hakların gelişmesinde ve bireyler tarafından algılanmasında önemli bir etkiye sahip olmuştur. Zira matbaa, bir kitle iletişim aracı olarak bir taraftan, modern devletin ve hukuk sisteminin gelişmesini güçlendirip hızlandırırken; diğer taraftan, bireysel bir araç olarak bireye ilişkin yeni bir algılayış ve kavrayışı teşvik etmiştir[11]. Matbaa, eski zamanlarda elde etmeleri mümkün olmayan bilgileri ve fırsatları insanlara sağlayarak, onların birey olarak yeni bir statü kazanmalarına destek olmuştur[12]. Matbaanın etkisiyle okur yazarlıkta görünen artış, akıldışı ispat araçlarından akılcı ispat araçlarına geçişte en önemli gelişmelerden birisi olan senetle ispatın yaygın bir şekilde uygulanmasını sağlamıştır[13]. 15. YY'da kabul edilip yaygınlaşan senetle ispat kuralı[14] sayesinde, ispat hukukunda da akıldışı ispat araçlarından uyuşmazlığı gerçek anlamda yansıtan delillerin karara etki etmesi mümkün hâle gelmeye başlamıştı[15].

---

[10] Barry Sanders, **Öküzün Âsı, Elektronik Çağda Yazılı Kültürün Çöküşü ve Şiddetin Yükselişi,** Çev. Şehnaz Tahir, Ayrıntı, İstanbul 1999, s. 134; Yüksel ve diğerleri, s. 133.

[11] Yüksel ve diğerleri, s. 133.

[12] Yüksel ve diğerleri, s. 133.

[13] Senetle ispatın kabulünde, okuma yazma oranının yükselmesi ve matbaanın etkisi hakkında bkz. İlhan Postacıoğlu, **Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları,** İstanbul 1964, (Şehadetle İspat), ss. 18-19.

[14] Senetle ispat kuralının tarihî gelişimine çalışmamızın ilerleyen bölümünde, ayrıca yer verilecektir. Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 21.

[15] Bu yönde bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 6. Senet delilinin güvenilirliği ile senetle ispat zorunluluğunun ispat hakkı ve anayasal ilkeler çerçevesinde geçerliliği tartışması birbirinden ayrılmalıdır. Bu çalışmanın çeşitli bölümlerinde senetle ispat kuralının ispat hakkını -Anayasa'ya

Matbaanın kullanılmasıyla aynı zamanda bireysellik ve temel haklar öğretisi bireylerin zihinlerinde soyut olarak gelişmeye başlamış, 17. ve 18. YY'da temel hakların hukuksal belgelerde yer alması ile de soyut anlamda temel haklar öğretisi kabul edilmiştir[16]. Bu süreçlere paralel şekilde tarihin her döneminde -*açıkça zikredilmemekle birlikte*- ispat hakkına yüklenen anlamlar birbirinden oldukça farklı olmuştur ve muhtemelen de bundan yüzyıl sonra yine ispat hakkı kavramına yüklenecek anlam, toplumsal gelişmelerle paralel şekilde şimdikinden çok daha farklı olacaktır.

Tarihsel süreçte yine bir diğer köşebaşı, teknolojik gelişmelerin toplum yapısında ve ispat hakkının gelişmesinde gösterdiği etkidir. Teknolojik gelişmeler büyük bir hızla toplumsal yaşamın pek çok alanında etkisini gösterirken, ispat sistemleri ve bu kapsamda ispat hakkı da bu gelişmelerden payını alır. Zira bundan elli yıl önce dahi elektronik postalar yoğun şekilde kullanılmaz iken, günümüzde büyük oranda ticarî ve günlük iş ve işlemler elektronik postalar aracılığıyla yürütülmektedir. Hatta bizatihi yargılamanın yürütülmesi sürecinde, teknoloji büyük bir role sahip olmaya başlamıştır. Bu durum ise, özellikle ispat rejimlerinde kabul edilen tabuları zorlar. Oluşan bu gerilimden ispat hakkı aleyhine tavır alınırsa, çoğu zaman bu durum ispat hakkını engelleyen birer unsur olarak karşımıza çıkar. Zira bundan otuz yıl önce kişilerin iddialarını elektronik postalar aracılığı ile ispat etmek istemesi üzerine, kesin delille ispat zorunluluğu karşısında bu talebin reddi ispat hakkının önünde bir engel olarak görülemezken, günümüzde artık elektronik postanın yoğun bir şekilde yaygınlık kazanması karşısında böyle bir talebin reddedilmesi rahatlıkla ispat hakkı engeli olarak kabul edilir.

Teknolojik gelişmelerin ispat hakkının sınırladığı örnekleri çok sayıda çoğaltmak mümkündür. Bunlar arasında diğer dijital delil olarak nitelendirilebilecek bilgi kaynaklarının, iletişim araçlarının -*özellikle cep telefonu mesajları, ses ve görüntü kaydı alan cihazlar*- gündelik hayatımıza yayılması bunların delil değeri ile delil ola-

---

aykırı şekilde- sınırlandırdığı ve hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesinin ispat hakkının kalbinde yatan ilke olduğu üzerinde durulacaktır. Ancak bu durum senet ve bugünkü genişleyen uygulama alanı olarak genel bir ifadeyle belge delilinin, uyuşmazlığı en iyi şekilde yansıtan ve kural olarak en güvenilir ispat araçları olduğu konusundaki gerçeği değiştirmez (*senet delilinin en güvenilir ispat aracı olduğu konusunda bkz.* Ansay, Medenî Yargılama, s. 286). Bununla birlikte, gelişen teknolojiye rağmen, tarihte olduğu gibi bugün de senet delilinin karşısına çıkarılan ve her zaman senet delili ile rekabet içerisine itilen *tanık* delilinin, çürük bir ispat aracı olduğu konusunda bkz. Ansay, Medenî Yargılama, s. 266.

[16] Yüksel ve diğerleri, s. 133.

rak kullanılması noktalarından ispat hakkının sınırlarını oldukça zorlamaktadır. Bu konuda bilimsel gelişmelerin dahi ispat hakkının sınırları üzerinde azımsanmayacak etkisini ifade etmek için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 1997 yılında Türkiye aleyhine vermiş olduğu bir kararın üzerinde durmak isteriz:

> *Tavlı v. Türkiye* davasında, uyuşmazlığa konu olan olayda, başvurucu eşinin doğum yapmasının ardından babalığın reddi davası açmış; ancak uzun süren yargılamanın ardından, 1981 yılında, alınan dört kan testi raporu de başvurucunun çocuğun babası olabileceği yönünde sonuç vermesi sebebiyle dava sonuçlandırılmıştır. Bu sırada davacı başvurucunun, çocuğun kendisinden olmadığı konusundaki şüpheleri devam etmiş ve bilim hayatında yaşanan gelişmelere dayanarak 1999 yılında DNA testi yaptırmak istemiş ve baba olduğuna hükmedilen kişinin DNA örnekleri ile kendisininkinin uyuşmadığını babalık davasının sonuçlanmasından onyedi yıl sonra öğrenmiştir. Bunun üzerine 1981 yılında verilmiş olan babalık hükmü, *kesin hüküm* (*kesin delil*) oluşturduğundan verilen bu karara karşı *hükmün verilmesinden sonra ortaya çıkan delil* olması sebebine binaen yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmuştur. Yargılamanın yenilenmesi davasında, mahkeme, bilimsel gelişmeler neticesinde elde edilen bulgunun, yani DNA testinin söz konusu sebep dâhilinde kabul edilemeyeceğini; DNA testi sonucunun davadan sonra ortaya çıktığını belirterek başvurucunun talebini reddetmiştir. Bunun üzerine davacı taraf, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş; Mahkeme, sonradan elde edilen DNA testinin söz konusu yargılamanın yenilenmesi sebebine dâhil edilmemesini ölçülülük ilkesi açısından doğru bulmadığını "*... Aile ilişkilerinin hukuki kesinliğinin korunması genel menfaati ve başvuranın babalık kanunî karinesini biyolojik kanıtlar ışığında tespit ettirme hakkı arasında adil bir denge tesis edilememiştir...*" şeklindeki ifadesi ile belirterek başvurucunun talebini hukuka uygun bulmuştur[17].
>
> Bu karar ispat hakkının, bilimsel ve sosyolojik gelişmelerle bağlantısından ispat hakkının hukukî niteliği ile hizmet ettiği amaca kadar çok sayıda önemli bilgi verir. *İspat hukuku, bilimsel ve sosyolojik gelişmelere ayak uydurmak zorundadır, kişilerin ispat hakkı bunu gerekli kılar; aynı zamanda, ispat hakkının kullanımındaki birtakım yetersizlikler gerçeğin ortaya çıkarılmasında bir engel teşkil etmiş ise, çok istisnaî durumlarda bu adlî gerçeğe dahi müdahâlede bulunulabilinir.* Nitekim yukarıdaki uyuşmazlığa konu olayda, davacı, Türk Medenî Kanunu'nda yer alan "*evlilik birliği içinde doğan çocuğun babası, koca sayılır*" karinesi sebebiyle, hukuk düzenince yasal eşinin evlilik birliği içerisinde doğurduğu çocuğun babası varsayılmıştır. Oysa davacı '*baba*', söz konusu karinenin kendisi için uygulanmayacağını; zira evlilik olayından sonra kendisi ile eşinin fiilî olarak birbirinden ayrı yaşamaları sebebiyle çocuğun babası olamayacağını -*bu anlamda menfî bir vakıanın ispatını*- o zamanki bilimsel yöntemler ışığında yapılan kan testleri ile ispatlamaya çalışmış; kan testlerinin çocuk ile babası arasındaki ilişkiyi ispatlayabilecek yeterlilikte olmaması, bu delilin *güvenilirliğini* de etkilemiş ve 4 defa tekrarlanarak alınan kan testleri neticesinde kuvvetle muh-

[17] ***Tavlı v. Türkiye,*** 11449/02 [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/11449_02.pdf]. Kararın Türkçe'ye tam çevirisi için bkz. İsmail Kavak ve Elif Soykan, "Tavlı / Türkiye Davası", **TBBD,** S. 86, 2009, ss. 469-480. Bu kararın ayrıntılarına ileride ayrıca yer verilecektir. Bu konuda bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 6, II, D, 3, b, bb.

temel davacının babalığına hükmedilmiş. Oysa ki, sonradan yaşanan bilimsel gelişmeler sadece bir saç teli, kan dokusu vs. veri ile *DNA* testi aracılığıyla çok daha sağlam bir sonuç vermiştir. Öyle ki bu davada, özellikle dava konusunun önemi -*babalık hükmünün kamusal niteliği ile hem babalığına hükmedilen hem de çocuk için nesebinin öğrenilmesine yönelik özel hayatın korunması hakkının da ağır basması*- sebebiyle, kişinin ispata elverişli deliller ile iddiasını ispatlama hakkını, hukuk güvenliği için kabul edilen ve kesin delil niteliği verilen *kesin hükme* aradan geçen onyedi yıla rağmen, müdâhalede bulunularak üstünlük tanınmıştır. Şüphesiz ki böyle bir sonucun hukuk güvenliğini zedeleme potansiyeli sebebiyle, somut karar çok istisnaî niteliktedir. Ancak bu karar bize şunu göstermektedir: İspat hakkı, yaşanan teknolojik ve sosyolojik olayları takip eder ve her zaman yargılama sürecinde kendisinin en iyi şekilde tesis ve teminini sağlayacak -*uyuşmazlıkla en ilgili olan yöntem ve*- ispat araçlarının yargılamaya getirilebilmesi için yargılama hukuku kurallarının sınırlarını olabildiğince zorlar.

Görüldüğü üzere akıldışı ispat araçlarından akılcı ispat araçlarına geçiş, ispat hakkının teminini sağlayacak bilgi kaynaklarında güvenilirliği artıran bir unsurdur. Bu güvenilirlik bugünkü sistemde teknolojik ve bilimsel gelişmelerin etkisiyle rahatlıkla hâkim tarafından tespit edilebilir bir niteliğe sahiptir. İspat kurallarının bilimsel ve teknolojik gelişmelerden yararlanmaması ise, ispat hakkının ihlâline sebebiyet verebilecektir. Bu anlamda akılcı ispat araçları ile ispatın sağlanması ve ispat hakkının temin edilmesi arasında güçlü bir bağ vardır. Bu bağın gelişen teknolojik ve bilimsel değişimlerle her geçen gün güçlenmesi, hukukun bir üst yapı kurumu olmasının zorunlu bir sonucudur.

2. Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirme Yetkisinin Gelişimi

Tarihi sürece bakıldığında, ispatla ilgili gelişmelerde hâkimin takdir yetkisini sınırlandıran ispat araçlarından, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesine doğru önemli bir değişimin gerçekleştiği tespit edilebilir. Bu eğilim bir bütün olarak bakıldığında, ispat araçlarının tek tek geçirdiği değişimle gerçekleşmiştir. Bu kapsamda çeşitli delil türlerindeki değişim, bu eğilimi gözler önüne serer.

Yukarıda belirttiğimiz kapsamda öncelikle yemin delilindeki değişimin, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisine ilişkin etkisi incelenebilir. Zira tarihin eski zamanlarında özellikle Roma hukuku döneminde, ispat araçları içerisinde belki en önemli yere yemin delili sahipti. Bu dönemde genellikle kutsal değerler üzerine yemin edilerek yemin güçlendirilmekte ve uyuşmazlığa bakan hâkim, yemin delili

karşısında mutlak olarak delili değerlendirme yetkisinden yoksun bırakılmaktaydı[18]. Uzun bir süre dinî bir niteliği de bulunan yemin delili pek çok hukuk sisteminde geçerliliğini korudu. Prusya Devletleri için hazırlanan 1781 ve 1793 tarihli "*Umumi Muhakeme Usulü Kanunları*", ilk kez tabii hukuk anlayışının bir parçası olan delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini benimsemişti[19]. Bu kanunların aynı zamanda sözlülük ve doğrudanlık ilkeleri ile taçlandırılmış olması bu üç ilkenin arasındaki güçlü bağın da göstergesidir.

Özellikle hâkimin delilleri değerlendirme yetkisini kısıtlaması sebebiyle Avusturya hukuku başta olmak üzere zaman içerisinde yemin delilinden kopmalar baş göstermeye başladı. Bu konuda ilk gelişmeler Avusturya hukukunda hissedilmiştir. Avusturya hukukunda 17. YY'dan itibaren isticvap kurumu işletilmeye başlanmış; belirli bir süre yemin delili ile birlikte geçerliliğini korumuş; ancak 19. YY'da yemin delilini gerisinde bırakmıştır[20]. 1895 yılında kabul edilen Avusturya Medenî Usûl Kanunu ile de yemin delili -*hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisini kısıtladığından*- tamamen kaldırılmış ve yerine *tarafın isticvabı (Beweis durch Ver-*

---

[18] Yemin delilinin tarihî gelişimi hakkında bkz. Heinrich Nagel, **Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess,** Nomos Verlag 1967, ss. 218-230; Ejder Yılmaz, **(Medeni Yargılama Hukukunda) Yemin,** 2. Bası, Yetkin, Ankara 2012, (Yemin), ss. 30-44. Bu konuda ayrıntı için bkz. Andrea Münks, **Vom Parteieid zur Parteivernehmung in der Geschichte des Zivilprozesses** (Köln, Univ., Diss., 1991), Carl Heymanns Verlag 1991, ss. 7-8. Ayrıca bkz. Dagmar Dreymüller, **Der Zeugenbeweis im Zivilprozess im common law und im deutschen Recht,** Münster 2000, s. 54. Taraf ifadeleri ile yeminin ispat değeri konusunda çeşitli hukuk sistemlerinde yaşanan gelişmeler hakkında bkz. Paul Oberhammer ve Tanja Domej, "Party Interrogation as Evidence: Germany, Switzerland and Austria", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Party Interogation / Germany, Switzerland, Austria), ss. 255-260; Paul van Orshoven, "Party Interrogation as Evidence: Belgium", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Party Interrogation / Belgium), ss. 253-254; C.H. Remco van Rhee, "Party Interrogation as Evidence: England and Wales", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Party Interogation / England and Wales), ss. 261-265; Remme Verkerk, "Party Interrogation as Evidence: The Netherlands", **European Traditions in Civil Procedure** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Party Interrogation / The Netherlands), ss. 245-251; Rolf Stürner, "Die Partei als Beweismittel im europäischen Zivilprozeß", **Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag am 27. November 2001,** Walter de Gruyter 2001, (Partei als Beweismittel), ss. 529-540; Alain Wijffels, "Party Interrogation as Evidence: France", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Party Interrogation / France), ss. 235-243.

[19] Aziz Serkan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Adalet, Ankara 2012, s. 97.

[20] Bu konuda bkz. Nagel, ss. 218-222; Paul Oberhammer, "Parteiaussage, Parteivernehmung und frei Beweiswürdigung am Ende des 20. Jahrhunderts", **ZZP,** C. 113, S. 3, 2000, (Parteiaussage, Parteivernehmung), ss. 298-300; Erdal Tercan, **Medenî Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması),** Yetkin, Ankara 2001, (İsticvap) ss. 66-67; Yılmaz, Yemin, s. 34.

nehmung der Parteien) (östZPO §371-383) sahneye çıkmıştır[21]. Benzer bir gelişim Almanya için de yaşanmıştır. 1877 Alman Usûl Kanunu, Fransız hukukunun etkisiyle hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisini büyük oranda kabul etmeye başlamakla birlikte, bu dönemde dahi, Alman medenî yargılama sistemi yemin delilinin hâkimi bağlamasından vazgeçememiştir[22]. Bu yönüyle Alman hukukunda uzun süre eleştiriler alan yemin delili, nihâyetinde 1933 yılındaki değişiklikle davaların uzamasına sebep olması ve hâkimin delilleri değerlendirme yetkisini kısıtlaması sebepleriyle yerini *tarafların isticvabı yoluyla ispat (Beweis durch Parteivernehmung)* kurumuna (ZPO §445-455) bırakmıştır[23]. Türk hukuku ise, bu konuda Fransız sistemini takip etmiştir. Fransız hukukunda da yemin delilinin hâkimin takdir yetkisini sınırlandırdığı kabul edilir; ancak kanunî delil sisteminin bulunması yemin delili ile -*hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi yetkisini barındıran*- isticvap delilinin birlikte uygulanması sonucunu doğurur[24]. Kısaca ve özetle, hukuk sistemlerinde hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesinin gün geçtikçe kök salması, yeminden isticvaba doğru tercihlerin yönelmesinin başlıca sebebidir. Zira isticvap delili, hâkimin tarafları dinlerken bu delili değerlendirebilmesini sağlar ve basit bir formül ile tarafın ifadesinin delil teşkil etmesi yerine, uyuşmazlığa ilişkin bilgilerin gerçek anlamda hâkimin vicdanî kanaatine etki etmesi sağlanır. Ancak şüphesiz ki, yemin delili gibi şeklî bir delil yerine hâkimin değerlendirilmesine yönelen ve serbest delil sistemini besleyen bu değişimin gerçekleşmesi bile çok kolay olmamıştır. Örneğin Almanya'da isticvabın kabul edilerek yemin delilinin kaybolduğu 1933 değişikliğine

---

21 Bu konuda ayrıca bkz. Taruffo, Evidence, ss. 31-32.

22 Bu konuda bkz. Yılmaz, Yemin, ss. 32-33. Ayrıca bkz. Münks, ss. 127-128. Alman hukukunda yemin delilinin tarihî gelişimi için bkz. A. Engelmann, ss. 155-158.

23 Bu konuda bkz. Ben Balkowski, **Der Zivilprozess in der DDR von 1945 bis 1975 zwischen bürgerlicher Rechtstradition und Sozialismus** (Freiburg-Breisgau, Univ., Diss., 1999), Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2000, ss. 41-42; D. Coester-Waltjen, "Parteiaussage und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts", **ZZP,** C. 113, S. 3, 2000, ss. 269-294; Dreymüller, ss. 54-55; Güralp, s. 27; Münks, ss. 175-176; Nagel, s. 222-224; Oberhammer, Parteiaussage, Parteivernehmung, ss. 301-305; Tercan, İsticvap, ss. 62-66; Thomas Sutter-Somm, "Parteianhörung und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts", **ZZP,** C. 113, S. 3, 2000, ss. 327-346; Taruffo, Evidence, s. 31; Yılmaz, Yemin, ss. 31-33. İsticvabın özellikle delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile bağlantısı konusunda bkz. Annett Kwaschik, **Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess,** Mohr Siebeck, Tübingen 2004, ss. 41-45. Ayrıca Alman hukukunda tarafların isticvabı (*Parteivernehmung*), tarafların dilekçelerindeki eksikliklerin ve belirsizliklerin giderilmesi için dinlenmesinden (*Parteianhörung*) (ZPO §141) farklıdır. Bu konudaki tarihî gelişim hakkında bkz. Nagel, ss. 302-306.

24 Bu konuda bkz. Nagel, ss. 312-319; Tercan, İsticvap, ss. 59-61, 70-73; Yılmaz, Yemin, ss. 36-37.

kadar sadece bu değişim için yaklaşık 6 tane bilimsel toplantı yapılmıştır[25]. Bu durum yeminden isticvaba doğru kayışın, basit bir kanun değişikliğinden ibaret olmayan, serbest delil sistemini besleyen önemli mihenk taşı olduğunu gösterir.

Yemin ve isticvap delili açısından yaşanan gelişmenin bir benzeri de tanık delilinde yaşanmıştır. Ancak bu gelişim, tanık delilinin doğrudan doğruya bir başka ispat aracı ile etkileşimi sonucu ortaya çıkmamış; bu delil türünün kendi içerisinde yaşanan gelişim hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesine yönelmiştir. Eski dönemde ilk olarak "*Tek tanık ispata yetmez (unus testis nullus testis)*" ilkesi geçerli olmuştur[26]. Bu şekilde uygulanmaya başlayan tanık delilinin ispat değeri, zaman içerisinde tanıkların cinsiyetine, dinî inançlarına ve statülerine, sosyal-ekonomik durumlarına göre farklı delil değerlerine sahip olmaya başlamıştır[27]. Orta Çağ'da tanık delili, hâkime delili değerlendirme imkânı tanımayan sadece şeklî birtakım formüllere dönüşen bu anlamda gerçeğe ulaşılmasından uzaklaştıran bir delil hâline gelmişti. Bu durum, yargılamada gerçeğin ortaya çıkmasına engel teşkil etmeye başlamış ve tarihî gelişim, tanık delilinin de hâkimin serbestçe değerlendirmesine yönelmiştir. Böylece hâkim tanık delilinin ispat değeri konusunda a-priori olarak kabul edilen maktu değerlendirme ölçütlerinden kurtarılmış ve gerçeğe ulaşılabilmesi için bu konuda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmaya başlanmıştır.

Görüldüğü üzere bir kurum olarak hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesinin yaşadığı gelişimden bağımsız olarak, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesine yönelen değişimler bizatihi her bir delil türünün kendi içerisinde yaşadığı gelişimle doğmuştur. Bu konuda özellikle yemin, isticvap ve tanık delili konusunda yaşanan gelişimler bize değişimin öncelikle ispatın her bir türünün kendi içerisinde başladığını göstermektedir. Bu gelişmeler nihâyetinde hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi kurumuna da etki göstermiş ve özellikle son ikiyüzyıllık dönemde, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesine doğru önemli bir eğilim kendisini göstermiştir. Esasında delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi uzun bir tarihî geçmişe sahiptir[28].

---

[25] Bu konuda bkz. Tercan, İsticvap, s. 64.
[26] Bu konuda bkz. Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 9; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 4.
[27] Bu konu, hemen aşağıda ele alınacaktır.
[28] Bu konuda ayrıntı için bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 1-33.

Delillerin hâkim tarafından serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin gelişiminin temelinde, genellikle o hukuk sisteminde hâkime duyulan güven önemli bir etken olmuştur. Nitekim hâkime duyulan güven azaldıkça, potansiyel keyfîliğin önüne geçmek amacıyla eğilim kanunî (şeklî) delil sistemine yönelmiştir[29].

Günümüzde hukuk sistemleri içerisinde hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesini benimsemeyen sistemler ise, Fransız etkisinin altındaki hukuk sistemleridir. Fransız Medenî Kanunu m. 1341'de belirtilen miktarı aşan davalar, kanunî deliller ve özellikle senetle ispatlanmak zorundadır. Bu yönüyle Fransız hukukunda senetle ispat kuralının kökeni, 15. YY'a dayanır[30] ve Türk hukuku da temelinde 600 yıl kadar eskimiş bu Fransız modeli üzerine -kanunî delil sistemini benimseyerek- sistemini inşa etmiştir. Şeklî (kanunî) ispat sistemi en parlak dönemini 16. YY'da yaşamış[31] ve Fransız modelinden kopan hukuk sistemleri de büyük ölçüde 18. YY'a kadar kanunî ispat modeline bağlılıklarını bir nebze de korumuşlardır. Ancak özellikle 19. YY kanunî (şeklî) ispat modelinden kopuşun yaşandığı ve hâkime delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi verildiği bir süreç olmuştur. Bu kapsamda örneğin 1877 yılında kanunî delil sisteminin terkedilmesiyle birlikte, Alman hukukunda hâkime, bir iddianın gerçeğe uygun olup olmadığına tarafların duruşmadaki davranışlarının genel içeriğini ve delil ikame faaliyetinin sonuçlarını da dikkate alarak serbest kanaatine göre karar verme (mevcut ZPO §286) yetkisi tanınmıştır[32]. Kanunî delil sistemi ile hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesi arasında yapılacak tercih o denli önemli olmuştur ki, Kıta Avrupası'nda medenî yargılama ve ceza yargılaması arasındaki ayrılmanın temelinde yatan unsur olarak rol üstlenmiştir[33]. Senetle ispat kuralını benimseyen hiçbir hukuk sisteminde, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesinden söz edilemez. Bununla birlikte hukuk sistemlerinin içinde bulunduğu gelişim, -*aşağıda da üzerinde durulacağı üzere*- hâkimin delilleri serbest-

---

29 Bu konuda bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 8.

30 Fransız hukukundaki senetle ispat kuralının ve kanunî delili sisteminin tarihî kökenine ilişkin bkz. Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 8; Nagel, ss. 189-191; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 10-11. Bu konu başlı başına çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alınacaktır. Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 20 ve § 21.

31 Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 9. Hatta en parlak olduğu bu dönemde dahi, kanunî delil sistemi, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi yetkisini sistemden kazıyamamıştır.

32 Alman hukukunda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin tarihî gelişimi hakkında bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 20-22.

33 Bu konuda bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 17-19.

çe değerlendirme yetkisini sınırlandıran tüm şeklî delil araçlarının kaldırılıp yerine, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebileceği delillerin kabul edilmesidir[34].

3. Doğrudanlık İlkesinin Gelişimi

Doğrudanlık ilkesinin geçirmiş olduğu evrim incelendiğinde, bu ilkenin yargısal temel haklar ve ispat hakkı açısından önemini kavramak güç olmaz. Doğrudanlık ilkesi alenîyet -*ve özellikle taraf alenîyeti*- ilkesinin, hukukî dinlenilme hakkının, ispat hakkının âdeta güvencesini oluşturur ve bu yönüyle toplumun adalet sistemine ilişkin güveninin kurucu unsurudur. Roma hukukunda yargılama doğrudan preator huzurunda veya onun yetki verdiği magistralar tarafından yapılmakla birlikte; davaların görülmesinde *yazılılık, dolaylılık* ve *gizlilik* anlayışı bulunuyordu[35]. Bu sebeple de halkın, adalet sistemine ilişkin inancı bulunmazdı[36]. Tarihi süreçte hemen her yargılama prosedüründe *doğrudanlık ilkesini* etkileyen çok önemli reformlar yapılmıştır[37]. Bu reformların tamamı ispat sistemi ve deliller üzerinde önemli etki bırakmıştır. Doğrudanlık ilkesinin ispat sistemi ile etkileşime girdiği her süreçte de, ispat hakkının devinimi etkilenmiştir. Zira doğrudanlık ilkesi olmaksızın, hiçbir zaman gerçek anlamda ispat hakkının tesisinden söz etmek mümkün olmaz. Roma hukukunun yukarıda belirtilen özelliklerinden sonra, bir süre de olsa -*özellikle Roma İmparatorluğu Cumhuriyet döneminde*- belirli ölçüde doğrudanlık ilkesinin uygulanması olumlu yönde gelişmeler kaydetmişse de, Ortaçağ Avrupası ile birlikte ispatın tüm kurumlarında ve ispat hakkının gelişiminde olduğu gibi, doğrudanlık ilkesinin gelişimi de en karanlık dönemini yaşamıştır[38]. Özellikle engizisyon mahkemelerinde yargılama prosedürünün tamamen yazılılık ilkesi üzerinden ve kamuya kapalı şekilde yürütülmesinden[39], ispat hakkının da ne şekilde etkilendiğine aşağıda ayrıca yer verilecektir.

Yine aşağıda farklı yönleri ile ispat hakkının gelişimi açısından etkisi ortaya konulacağı üzere, Napolyon kanunları -*diğer konularda olduğu gibi*- doğrudanlık

---

34 Bu yönde görüş için ayrıca bkz. Tercan, İsticvap, ss. 75, 93-95.

35 Nadi Günal, Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Yetkin, Ankara 2007, ss. 40-41.

36 Ayrıntı için bkz. Arslan, s. 96; Nesibe Kurt Konca, **Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi,** Seçkin, Ankara 2009, s. 41.

37 Doğrudanlık ilkesinin tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, ss. 94-113.

38 Bu konuda bkz. Arslan, s. 96.

39 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Vasfi Raşit Seviğ, "Engizisyon Muhakeme Usûlü", **AÜHFD,** C. 18, S. 1-4, 1961, s. 3. Ayrıca bkz. Arslan, s. 96; Kurt Konca, s. 41.

ilkesinin gelişimi açısından da önemli bir dönüm noktası olmuştur. Napolyon kanunları ile sözlülük, alenîlik ilkeleri gibi doğrudanlık ilkesi de medenî yargılamada sahneye çıkmıştır[40].

Esasında doğrudanlık ilkesinin gelişimi, akıldışı ispat araçlarından akılcı ispat araçlarına geçilmesi ve hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesinin yaygınlaşmasının da bir sonucuydu[41]. Her şeyden önce akıldışı ispat araçlarının sisteme yön verdiği dönemde, doğrudanlık ilkesinin bir önemi bulunmazdı. Zira bu dönemde ispat, irade dışı veya doğa olayına veya tanrısal karara bağlı olduğundan hâkimin delillere doğrudan temas etmesinin de bir anlamı bulunmazdı. Doğrudanlık ilkesinin hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesinden ayrı düşünülmesi ise söz konusu olamaz. Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebilmesi, öncelikle uyuşmazlığa konu ispat araçlarına doğrudan temas edebilmesine bağlıdır. Hâkim temas edemediği hiçbir delile, değerlendirme ölçütü olarak başvuramayacaktır.

C. Antik Çağ ve Orta Çağ'da İspat Hakkının Gelişimi

"Facultas probationum non est angustanda:Bir hususu ispat etmek imkânı varsa, bunun kısıtlanmaması gerekir."[42] Bu hukukî özdeyişe bakıldığında, hukuk sistemimizin köklerini bulduğu hukuk geleneğinin temelini oluşturan Roma hukukunda ispat hakkının yargılamanın taraflarına tanındığı, ideal bir ispat sisteminin varlığı konusunda kanaat oluşabilir. Peki gerçekten de Roma hukuku taraflara, yargılamada haklarını elde etmek amacıyla tüm delillere erişebilecekleri ve bu delilleri kullanabilecekleri bir ispat modeli sunmakta mıydı? Bu soruya olumlu yönde cevap verilmesi güçtür. Her ne kadar Roma hukukunda, günümüz ispat modellerinin bir kısmında dahi kabul edilmeyen bazı temel ilkeler ispat hakkının tesisine imkân veriyorsa da, her şeyden önce Roma hukuku sistemi, ispat hakkının teminini, güvence altına alınmasını sağlayacak usûlî araçların çoğundan yoksundu. Bugün ispat hakkının yargılama sisteminde güvence altına alınmasını sağlayacak en önemli usûlî araçlar, yargısal temel haklar öğretisine dayanmaktadır. Bu anlamda henüz yargısal temel

---

40 Arslan, s. 97. Bu konuda ayrıca bkz. Nagel, ss. 194-195.
41 Bu konuda ayrıca bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 7.
42 Yıldırım, İspat Hakkı, s. 684.

hakların ve hâtta en temel hakların dahi uygulama alanı bulmadığı Roma hukukunda, en azından ispat hakkını temin edecek usûlî araçlar bulunmamaktaydı[43].

Roma hukukunda bugünkü anlamda ispat hakkının geçerli olmamasının en önemli sebeplerinden bir diğeri, delil sisteminin önemli ölçüde akıldışı ispat araçlarına dayanıyor olmasıydı. Bu durum esasında yargılama sistemlerinde akılcı, rasyonel ispat araçlarının kullanılabilmesi imkânının varlığı ile ispat hakkı arasındaki kuvvetli ilişkiyi gözler önüne serer. Hem Roma hukukunda hem de Orta Çağ'da yaşanılmış tecrübeler bize göstermektedir ki akılcı, rasyonel ispat araçları ile kişilerin iddialarını ispatlama olanağının bulunmadığı yargılama modellerinde ispat hakkının gerçek anlamda tesisi mümkün değildir. Bu bağ, bilimsel gelişmeler arttıkça ispat hakkının, temellerini çok daha güçlü bir güvenceye oturduğunu gösterir.

Antik Çağ'dan 11. YY.'a kadar medenî yargılama hukuku, ayrı bir disiplin dalı olarak gelişim göstermemişti. Medenî yargılamaya ilişkin kurallar diğer maddî hukuka ilişkin kurallar arasına serpiştirilmişti. Örneğin Roma hukukunda, medenî yargılama ilişkin kurallar *Corpus Iuris Civilis*'de yer almaktaydı. 11. YY ise, kilise mahkemeleri yargılama hukuku kurallarına ilişkin duydukları eksikliği gidermek amacıyla Roma hukuku kaynaklarına geri dönüş yapmıştır. Böylece yargılama hukuku, ilk olarak bağımsız bir disiplin dalı şeklinde incelenmeye başlanmıştır. Antik Çağ'da geçerli olan usûlî kurallar ve özellikle *Corpus Iuris Civilis* temel alınarak Orta Çağ'ın yargılama hukuku disiplini oluşturulmuştur. Roma hukuku ve kilise hukukunun harmanlanmasıyla ortaya bağımsız bir disiplin dalı olarak çıkan medenî yargılama hukuku, *Roman-Kanonik yargılama modeli* adı altında gerek Kıta Avrupası, gerekse Ortak Hukuk medenî yargılama hukuku disiplinlerinin ortak tarihini

---

[43] Bu kapsamda ayrıntılı bilgi için bkz. A. Nadi Günal, "Roma Hukukunun Temel Kriterleri", **Fikret Eren Armağanı,** Ankara 2006, (Roma Hukuku), ss. 585-601; Ernest Metzger, "Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure", **Law and History Review,** S. 22/2, Yaz/2004, (Principles of Procedure), ss. 243-275; Ernest Metzger, "An Outline of Roman Civil Procedure", **Roman Legal Tradition** S. 9, 2013, (Roman Civil Procedure), ss. 1-30; Bahar Öcal, "Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri", **AÜHFD,** C. 60, S. 3, 2011, ss. 523-570; Selçuk Öztek, "Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları (Törenden Şekle: Hususî Adaletten Devlet Adaletine)", **İÜHFM**, C. LI, S. 1-4, (Roma Medenî Usûl Hukuku), ss. 335-372; Meral Sungurtekin Özkan ve Gökçe Özdemir Türkoğlu, **Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları,** Seçkin, Ankara 2008, ss. 68-129. Bu kapsamda özellikle karinelerin ve varsayımların ispat fonksiyonu için bkz. Tomislav Karlovic, "Propter celeritatem dirimendarum litium - Presumptions and Stipulatio in Roman Law", **Truth and Efficiency in Civil Litigation, Fundemental Aspects of Fact-Finding and Evidence-taking in a Comparative Context,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Alan Uzelac, Intersentia, Antwerpen 2012, ss. 375-389.

oluşturmuştur[44]. Bu süreçte mahkeme prosedürünün ana hatlarını ansiklopedik olarak ele alan ve 1271-1276 tarihleri arasında *Durantis* tarafından oluşturulan "*Adaletin Aynası (Speculum Judiciale; Mirror of Justice)*" bu alanda hazırlanan en önemli bilimsel eser olarak tarihe geçmiştir[45].

Ortaçağ ve Jus Commune hukukunun, günümüzde Kıta Avrupası hukuk sistemleri üzerinde hâlen önemli bir etkisi bulunduğu kabul edilir[46]. Aynı zamanda kilisenin ve imparatorluk mahkemelerinin egemenliği altında bulunan bu hukuk düzeni, Türk hukukunun da dâhil olduğu günümüz Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin geçmişini oluşturur. Bu anlamda söz konusu dönemde özellikle ispat hukukunun taşıdığı özelliklerin ortaya konulması ve bu anlamda da ispat hakkının gelişiminin nasıl bir süreçten geçtiğinin belirlenmesi önemlidir. Ortaçağ hukuku medenî yargılama sisteminin, özellikle Fransız Devrimi'ne kadar geçen süreçte temelde beş ana özelliğinin bulunduğu ve bu özelliklerin medenî yargılama sistemine yön verdiği belirtilir[47]. Bu özellikler:

(i) Medenî yargılama hukuku sistemi tamamıyla *yazılılık esası* üzerine kuruludur; bu çerçevede sözlülük ilkesinin medenî yargılamada uygulama alanı bulunmaz[48]. Sistem *yazıya dökülmemiş usûl işlemleri değersiz ve yararsızdır - Quod non est in actis non est in mundo*, şeklinde ifade edilebilecek bir ilkeye dayandırılmaktadır[49].

(ii) Tarafların veya yargılamada rol oynayacak diğer kişilerin -*örneğin; tanıklar, uzmanlar*- veya yargılamanın objeleri ile uyuşmazlığı çözecek, nihaî kararı veren yargısal makamın doğrudan temas içerisinde olmaları mümkün değildir. Bu anlamda tanıkların veya tarafların ifadelerinin alınması hâkim görevinde olmayan *actuarii* denilen yargı görevlileri veya noterler tarafından *camera* denilen -*mahkeme salonundan bağımsız olan*- bir yerde gerçekleştirilir; bu ifadeler görevlilerce yazılı hâle getirilir ve uyuşmazlık hakkında nihaî kararı verecek olan ma-

---

44 Remme Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation: A Comparative Perspective, Intersentia, Antwerpen 2010, s. 13.

45 C.H. Remco van Rhee, "Towards a Procedural Ius Commune?", **Remedies in Zuid-Afrika en Europa,** Edt. J. Smits ve G. Lubbe, Antwerpen 2003, (Procedural Ius Commune), s. 5; Peter Stein, **Roman Law in European History,** Cambridge Univ. Press, UK 2004, s. 58; Verkerk, s. 13.

46 Mauro Cappelletti, "Social and Political Aspects of Civil Procedure - Reforms and Trends in Western and Eastern Europe", **Michigan L.R.,** C. 69, Nisan/1971, s. 847; Mauro Cappelletti ve Bryant Garth, "Introduction - Policies, Trends and İdeas in Civil Procedure", **International Encyclopedia of Comparative Law, Civil Procedure,** Edt. Mauro Cappelletti, C. XVI, s. 5.

47 Cappelletti ve Garth, s. 5-6.

48 W.W. Buckland, Arnold D. McNair ve F.H. Lawson, **Roman Law and Common Law, A Comparison in Outline,** Cambridge Univ. Press, 2008, s. 403; Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 848; Cappelletti ve Garth, s. 5; Verkerk, s. 14.

49 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 848; Cappelletti ve Garth, s. 5; Mauro Cappelletti ve Joseph Perillo, **Civil Procedure in Italy,** Martinus Nijhoff, The Hague 1965, s. 36; van Rhee, Ius Commune, s. 17.

kama yazılı olarak iletilirdi[50]. Bu şekilde hâkimin kararını, tamamıyla *kişisel izlenimlerden uzak* bir şekilde sadece yazılı kayıtlara dayandırarak vermesi amaçlanır ve uyuşmazlık hakkında kararı verecek makam ile davanın tarafları, tanıklar, uzmanlar hiçbir şekilde *doğrudan doğruya* görüştürülmezdi[51]. Doğrudanlık ilkesinin kabul edilmediği bu devirde, hâkim ile yargılamanın -*ve bu arada ispat sürecinin*- süjeleri ve objeleri arasına kalın bir duvar çekilerek hâkimin sübjektif değerlendirme yapmasının önüne geçilmesi amaçlanırdı[52]. Bu anlamda hâkim ve yargılamanın diğer süjeleri ve objeleri birbirine ne kadar uzak olursa, verilecek kararın o kadar âdil olacağı yönünde bir inanış mevcuttu.

(iii) Ortaçağ hukukunda ispat rejimi *biçimsel bir sistem* üzerine kuruluydu ve delillerin değerlendirilmesi matematiksel bir metod ile sembolize edilmekteydi[53]. Örneğin, bir tanık hiç tanık anlamına gelmekteydi *(testis unus testis nullus)*[54]; ancak birbiri ile çelişmeyen iki tanığın ifadeleri[55] veya duyduğunu ileten tanık ifadeleri *(hearsay witness; testes de auditu)* geçerli ise beş veya yedi kişinin ifadesi tam ispat anlamına gelmekteydi[56]. Kadınların tanıklığı kural olarak geçerli değildi; ancak kadınlar tanıklık yapacaksa, bir kadının ifadesi, bir erkek tanığın ifadesinin sadece yarısı kadardı veyahut bir kadının ifadesi bir erkek tanık tarafından onaylanırsa, o zaman kadın tanığın ifadesi ile erkek tanığın ifadesi eşdeğerdeydi[57]. Bunun gibi tanık ifadelerinin hiyerarşisi çerçevesinde soyluların tanıklığının halktan olanlara, papazların tanıklığının din adamı olmayanlara, zenginlerin tanıklığının fakirlere, yaşlıların tanıklığının gençlere, Hristiyanların tanıklığının Yahudilere üstünlüğü bulunmaktaydı[58]. Özetle *Ortaçağ hukukunda hâkim delilleri değerlendirmez, matematiksel anlamda delilleri hesaplardı*[59]. Delillerin hesaplanması için önceden belirlenmiş olan matematiksel oranlara göre -*tam ispat (full proof; plena probatio), yarım ispat (half proof; semi-plena probatio)*, *dörtte-bir ispat, sekizde-bir ispat şeklinde*[60]-, hâkim bir hesaplama yaparak ispatın gerçekleşmiş olup olmadığını karara bağlardı[61].

---

50 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 848; Cappelletti ve Garth, s. 5; Cappelletti ve Perillo, s. 36.

51 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 848; Cappelletti ve Garth, s. 5. Ayrıca bkz. Verkerk, s. 14.

52 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 848; Cappelletti ve Garth, s. 5.

53 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 848; Cappelletti ve Garth, s. 5; Cappelletti ve Perillo, ss. 35-36.

54 Buckland ve diğerleri, s. 403; Bu kuralın tek istisnası ise Papa'nın tanıklığı idi (Cappelletti, Social and Political Aspects, ss. 848-849).

55 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 848; Cappelletti ve Garth, s. 5.

56 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 849; Cappelletti ve Perillo, s. 35. Tanık sayısına ilişkin bu kural bazı özel durumlarda zaman ve yer itibariyle farklı uygulamalara konu olmuştur. Örneğin, bir kardinalin ifadesine karşılık oniki ve hatta kırkdört tanığın veya bir baronun ifadesine karşılık sekiz veya onaltı halktan olan tanığın ifadesinin ancak ispata yeterli olacağı kabul edilmiştir (Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 849).

57 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 849; Cappelletti ve Garth, s. 5.

58 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 849; Cappelletti ve Garth, s. 5.

59 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 849; Cappelletti ve Garth, s. 5.

60 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 849.

61 Robert Wyness Millar, "The Mechanism of Fact-Discovery: A Study in Comparative Civil Procedure*",* **Illinois Law Rev.,** C. 32, 1937-1938, s. 272. Gerçekten de hâkimin tamamiyle yargılamanın süjelerinden soyutlandığı; doğrudan doğruya algılayamadığı ve gözlemleyemediği taraf, tanık, uzman ifadelerinin doğruluğunu değerlendirme imkânının bulunmadığı dikkate alındığında ispat faaliyetine

(iv) Hâkim davanın taraflarından ve onların avukatlarından soyutlandığı ve bu anlamda yargılamayı sevk ve idare gücü bulunmadığı için, davanın yönetimini kontrol altına almak amacıyla yargılama çok katı bir şekilde bölümlere ayrılmıştı[62]. Örneğin 13. YY'da medenî yargıya ilişkin sıradan bir dava onsekiz aşamadan oluşmaktaydı. Bu durum ise daha çok yargılamayı uzatmak isteyen taraflara davayı savsaklamak için olanak tanımaktaydı. Zaten uyuşmazlık hakkında karar verecek yargısal makamın yargılamaya ve süjelerine uzak durması, katı şekilde bölümlere ayrılmış yargısal süreci tamamıyla taraf avukatlarının hâkimiyetine sokmaktaydı[63]. Bunun yanı sıra zaten delilleri değerlendirme yetkisi bulunmayan ve ispat sürecinden, ispatın süjeleri ile ispat araçlarından soyutlanan hâkimin delilleri yargılamanın bir aşamasında birlikte, topluca inceleme imkânı bulunmamaktaydı. Yani hâkim aynı zamanda zamansal açıdan da delillerden uzaklaştırılmaktaydı.

(v) Yukarıda söz edilen yargılamanın temel özelliklerinin doğal bir sonucu olarak yargılama faaliyeti çok uzun sürmekteydi[64]. Medenî yargılamaya ilişkin davaların otuz yıl ve hatta daha uzun sürmesi o dönem için normal bir seyir olarak kabul edilmekteydi[65].

Kıta Avrupası sisteminin tarihî temelini oluşturan ve ufak değişikliklerle yüzyıllar boyunca mevcudiyetini devam ettiren bu sistem, gerek yargısal eşitlik gerekse ispat hukuku anlamında rasyonellikten uzak bir yapı üzerine kuruluydu. Bu anlamda yargılama faaliyetinin çeşitliliği -*kraliyet yargılaması, feodal yargılama, kilise yargılaması gibi*- ve yargılamanın birtakım sosyal tabakalar için ayrıcalıklar öngörmesi; bunun yanı sıra hâkimlik mesleğinin babadan oğula geçmesi ve adalet yönetiminin -*hâkimlerin ücretini devletin değil, tarafların ödemesi sebebiyle*- rüşvete müsait bir yapıya sahip olması eşitlikçi olmayan bir medenî yargılama sistemi oluşturmuştu[66]. Bu yapı içerisinde ispat sisteminin taşıdığı temel nitelikler de göz önüne alındığında elbette ispat hakkının gelişiminin bu süreçte mevcudiyetinden söz etmek yerinde olmaz. Aksine Kıta Avrupası hukuk sisteminin geçmişini temsil eden Ortaçağ Avrupası'nda, dönemin içinde bulunduğu toplumsal yapının bir yansıması olarak ispat sistemi de karanlık çağını yaşamıştır. Bu anlamda bir ispat hakkının varlığından söz etmek bir yana, ispat sisteminin rasyonellikten uzak skolastik yapısı sebebiyle,

---

ilişkin bu şekilde aritmatik bir hesaplama sisteminin kabul edilmiş olması anlaşılabilir bir durumdur. Dolayısıyla hâkimin ifadeleri *değerlendiremediği* bu ispat sisteminde de "*gerçek*" sayılara, cinsiyete, yaşa, dini inanışlara, bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarına göre *hesaplanarak* belirlenmekteydi (bu konuda bkz. Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 849).

62 Bu konuda bkz. Cappelletti ve Perillo, ss. 34-35.

63 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 850; Cappelletti ve Garth, s. 5.

64 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 850; Cappelletti ve Garth, ss. 5-6.

65 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 850.

66 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 851.

ispat faaliyetinin sonucunda ortaya çıkarılan "gerçek" de çoğu zaman ölçüsüz derecede şeklî kalmıştır[67].

Bu süreçte en önemli toplumsal aktör olan kilisenin başta gelen amacı, dinsel dogmalar aracılığıyla toplumun gelişmesinin, bireylerin sorgulamasının önüne geçerek gücünü korumaktı. Kilisenin yaptığı, esasında kendi belirlemiş olduğu "gerçekler"e dinsel dogmalar aracılığıyla halkın da inanmasını sağlamaktı ve bu amacı gerçekleştirirken de kilisenin kullandığı en etkin araçların başında adalet mekanizması gelmekteydi. İspat sisteminin de böyle bir ortamda geliştiği göz önüne alındığında, ispat kurallarının, hâkimin delilleri değerlendirmesi gibi mantığa dayalı rasyonel bir sistem yerine, sorgulamaya ve değerlendirmeye kapalı, ezberci bir aritmetik yapıda şekillenmesi şaşırtıcı değildir. Nitekim bu ispat yöntemi İtalyan medenî yargılama hukukçusu *Cappelletti*'nin belirtiği üzere sadece toplum içindeki siyasal, ekonomik, sosyal açıdan eşitlikçi olmayan hiyerarşik yapının yargılama hukukundaki bir yansıması değildi; bu yöntem aynı zamanda skolastik, a-priori -*olay öncesi duruma dayalı analiz*- düşüncenin hukuka doğrudan doğruya etkisi, zoraki bir uygulaması idi[68]. Zira bu aritmetik ispat yöntemi ampirik, somut olay gözlemciliği ve somut olay/vakıa bazında değerlendirmeye değil; "gerçek"in mekanik bir yöntemle türetilmek zorunda olduğu soyut önermelere ve genel olarak kabul edilmiş "mutlak değerler[69]"e dayanmaktaydı[70].

Ortaçağ medenî yargılama sisteminin temel özelliklerini belirtmemizin sebebi, sadece hukuk sistemimizin temelini oluşturan Kıta Avrupası ispat sisteminin tarihî seyrini ortaya koymak değildir. Burada özellikle vurgu yapmak istediğimiz diğer bir husus, ispat sistemlerinin ve bu anlamda ispat hakkının gelişiminin, sosyolojik açıdan toplumun içinde bulunduğu koşullara ve aynı zamanda toplumda hâkim olan ideolojik yapıya yoğun bir şekilde bağlılığını ortaya koymaktır. Örneğin dogmatik ve

---

67 Bu yönde bkz. Hans Friedhelm Gaul, "Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses", **AcP,** C. 168, 1968, (Zweck des Zivilprozesses), ss. 49-50. *Yazar,* yargılamada gerçeğe ulaşılmasında hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi yetkisine büyük bir önem atfettiğinden, skolastik düşünce yapısının hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesini yok sayması sebebiyle böyle bir düzende, ancak yargılamanın işlevinin şeklî gerçeğe ulaşmak olduğunu ifade eder. Bu konuda ayrıca bkz. Stürner, Partei als Beweismittel, ss. 529-540.

68 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 882.

69 Buradaki "mutlak değerler", topluma dayatılmış olan siyasal, sosyal, ekonomik açıdan eşitsizliğe dayanan, hiyerarşik yapılanmayı sağlayan tabusal "gerçekler" idi: soyluların halktan olanlardan, papazların din adamı olmayanlardan, zenginlerin fakirlerden, erkeklerin kadınlardan, yaşlıların gençlerden, Hristiyanların Yahudilerden üstün olması gibi.

70 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 882.

skolastik düşünce yapısının tersini temsil eden bilimsel, gözlemsel, deneysel düşünce yapısının öncüleri olan Galileo, Bacon, Newton gibi filozof, bilim adamlarının düşünce yapıları, yukarıda üzerinde durduğumuz aritmetik ispat sisteminin kaldırılarak modern ispat sisteminin ve özellikle *hâkimin delilleri değerlendirmesi ilkesi*nin temellerini atmıştır[71]. Zira bilimsel, gözlemsel düşünce yapısı bundan sonraki başlık altında inceleyeceğimiz Fransız Devrimi'nin, Kıta Avrupası ispat sistemine getirdiği reformun temellerini oluşturmuştur. Yine Fransız Devrimi'nin öncü düşünürlerinden Voltaire, Orta Çağ'da hâkim olan aritmetik ispat sistemini ve hâkimin delilleri değerlendirme yetkisinin bulunmamasını "*tanık ifadelerinin ve tanıkların samimiyetinin, dürüstlüğünün ölçülmesi, değerlendirilmesi hâkimin işi*" olması gerektiğini çok defa eleştirmiş ve Fransız Devrimi ile birlikte modern ispat sisteminin gelişmesinde önemli bir gelişme kaydedilmesine destek sağlamıştır[72].

Orta Çağ'ın karanlık düşünce yapısından, aklın ve bilimsel düşüncenin üstünlüğüne geçişi sağlayan Fransız Devrimi'nin, toplum yapısının tamamında olduğu gibi hukukta, medenî yargılama hukukunda ve bu anlamda ispat sisteminde getirdiği büyük değişiklikler olmuştur[73]. Bu çerçevede modern Kıta Avrupası medenî yargılama hukuku sisteminde ispat hakkının temelleri, çekirdeği Orta Çağ karanlığından çıkarılarak varlık kazanmaya başlamıştır.

D. Fransız Devrimi ve Sonrasında İspat Hakkının Gelişimi

Fransız Devrimi'nin seyri içerisinde kabul edilen kanunlar çerçevesinde ilk olarak 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun ile imtiyazlı -*ayrıcalıklı sınıflara tanınan*- yargılamalar kaldırılmış; sosyal ve siyasal eşitlik prensibi adalet yönetimine de yansıtılmaya çalışılmıştır[74]. Aynı Kanun ile medenî yargılama hukukunda yüzyıllar boyunca uygulanan köklü bir gelenek kaldırılmış ve belki hak arama özgürlüğü konusundaki en önemli reform gerçekleştirilmiştir: parasız adalet sistemi getirilmiş; hâkimlerin ücretinin yargılamanın taraflarınca değil, devlet tarafından karşılanacağı

---

71 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 882.

72 Voltaire F. De, Prix de la justice et de l'humanité art. 22, § 4, **29 Oeuvres Complétes 337**, 1785 (*naklen* Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 882).

73 Fransız Devrimi'nin medenî yargılama hukukuna ve bu arada ispat sistemine olan etkileri konusunda bkz. Cappelletti, Social and Political Aspects, ss. 851 vd.

74 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 851.

prensibi kabul edilmiştir[75]. 1795 yılında kabul edilen Kanun ise ispat sisteminde ve yargılamada hâkimin konumu ile ilgili çok önemli bir değişiklik getirmiştir. Bu değişiklikle gerek doğrudanlık ilkesinin gerekse hukukî dinlenilme hakkının modern medenî yargılama hukuku anlamında Kıta Avrupası hukuk sistemine müdahâle edildiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Zira bu Kanun ile birlikte tanık ifadelerinin tarafların hazır bulunduğu açık, alenî duruşmada hâkim tarafından alınması ilkesi kabul edilmiştir[76]. Bununla birlikte ispat sisteminde ve aynı zamanda ispat hakkının gelişiminde bir dönüm noktası olarak *matematiksel delil hesaplama yöntemi*nden, *hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi*ne geçilmiştir[77]. Orta Çağ medenî yargılama sisteminden pek çok kalıntı, Fransız Devrimi rüzgârından sağ kurtulmuşsa da, başlı başına hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesinin kabul edilmesi, devrimcilerin medenî yargılama hukuku alanındaki en önemli başarıları arasında kabul edilmektedir[78].

Ancak bu köklü değişikliğin yaşamı çok uzun sürmemiştir. Fransız Devrimi'nin ardından, Napolyon'un gerçekleştirdiği kanunlaştırma faaliyetlerinden, modern Kıta Avrupası'nın bilinen ilk usûl kanunu olan 1806 tarihli *Medenî Yargılama Kanunu (Code de Procédure Civile)*'nda bu radikal değişiklik söz konusu hâliyle kabul edilmemiştir[79]. Buna göre tanıkların ifadeleri artık alenî duruşmada, hükmü veren mahkeme tarafından değil yine tarafların katılımıyla birlikte ancak bu sefer *hâkim komiseri (juge-commissaire)* denilen yargı görevlisi tarafından mahkeme dışında alınacaktı. Bu şekilde alınan ifadeler yazılı olarak kaydedilerek, hükmü veren mahkemeye tanık ifadeleri kağıt üzerinde iletilecekti[80]. Yani bu Kanun ile birlikte hâkim ile ispat faaliyetinin süjeleri arasına girilmiş; doğrudanlık ilkesinin uygulama alanı tekrar ortadan kaldırılmıştır.

Napolyon Medenî Yargılama Kanunu ile Orta Çağ Avrupası'na hâkim olan temel prensipler uygulamadan tam olarak kaldırılamadıysa da, Fransız Devrimi'nin

---

75 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 851. Ayrıca Fransız Devrimi'nin mahkeme yönetiminde yapılan değişikliklere ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Loïc Cadiet, "Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law", **Ritsumeikan L.R.,** S. 28, 2011, (French Civil Justice System), ss. 332-333.

76 Cappelletti, Social and Political Aspects, ss. 851-852.

77 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 851. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Gerhard Walter, **Freie Beweiswürdigung,** Mohr Siebeck, Tübingen 1979, ss. 67-69.

78 Engelmann, s. 758; Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 851.

79 Engelmann, ss. 758-760; Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 852.

80 Engelmann, s. 760; Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 852.

medenî yargılama hukuku ve ispat sisteminde getirmeye çalıştığı yenilikler, 20. YY Kıta Avrupası medenî yargılama hukuku ve ispat sistemlerine ilişkin reformların tetikleyicisi olmuştur[81]. Hatta değişimin rüzgârları, kendisini Rusya topraklarına kadar hisettirmiştir[82]. 21. YY'da, Kıta Avrupası medenî yargılama hukuku sistemlerine ilişkin yapılan bu reform çalışmaları, ispat hukuku alanında çok önemli sonuçlar doğurmuş ve Kıta Avrupası'nda modern anlamda ispat hakkının gelişimi -*her sistemin ve ülkenin içinde bulunduğu sosyolojik yapı ile orantılı şekilde zaman zaman kesintiye uğrasa da*-, etkin bir şekilde inşa edilmeye başlanmıştır. Bu çerçevede 19. ve 20. yüzyıllara damgasını vuran, ispat hakkının tesis edilmesini sağlayan en önemli reform gelişmelerini kısaca sıralamak gerekir:

(i) *Doğrudanlık (dolaysızlık) ilkesinin kabul edilmesi (unmittelbarketi / immediacy)[83]:* Hükmü veren mahkeme ile ispat faaliyetinin süjeleri arasındaki tüm araçların kaldırılmasını ifade eder. Hâkimin tanık ifadelerini doğrudan alması, taraflarla herhangi bir aracı olmaksızın ispat sürecinde temasa geçmesi bu duruma örnektir.

(ii) *Hâkimin delilleri serbestçe (çözümsel, gözlemleyici şekilde) değerlendirmesi (freie Beweiswürdigung / critical evalution of evidence)[84]:* Bu ilke hükmü veren mahkemenin alenî yargılamada delilleri serbestçe değerlendirebilmesi (*free evolution of evidence*) için ispatın konusu olan delilleri doğrudan gözlemleyebilmesini, ispat araçlarını çözümleyici bir şekilde inceleyebilmesini ifade eder. Bu anlamda doğrudanlık ilkesi ile bir bütünlük oluşturduğunu ifade edebiliriz.

---

81 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cappelletti, Social and Political Aspects, ss. 852-854. Ayrıca bkz. C.H. Remco van Rhee, "Harmonisation of Civil Procedure: An Historical and Comparative Perspective", **Civil Litigation in a Globalising World,** Edt. Xandra Kramer ve C.H. Remco van Rhee, Springer, Maastricht 2012, (Harmonisation), ss. 44-45; Joseph Jacob, **The Fabric of English Civil Justice,** 1987, ss. 3-6; Rolf Stürner, "Zur Struktur des europäischen Zivilprozesses", **Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag,** Mohr Siebeck, Tübingen 2001, (europäischen Zivilprozesses), s. 495.

82 Rusya İmparatoru II. Aleksandr tarafından 1864'de gerçekleştirilen büyük hukuk reformunda Fransız hukukunun etkileri önemli olmuştur (William Butler, **Russian Law,** 3. Bası, Oxford Univ. Press, İskoçya 2009, s. 239; Don Chenoweth, "Soviet Civil Procedure: History and Analysis", **Transactions of the American Philosophical Society,** C. 67, S. 6, Ekim/1977, s. 3). 1864 tarihli Reform'dan önce medenî yargılama hukukunda şeklî, formal ispat kuralları, gizli yargılama ilkesi geçerliydi (Chenoweth, ss. 3-4). Bu reformun en önemli özelliği olarak, Batı'da geçerli olan kuralları aynen kabul etmek yerine kendi hukuk kültürlerine göre değiştirilerek kabul edilmiş olması; bu anlamda, ülkeler arasında toplumsal yapıdaki farklılıkların gözönüne alınmış olunması gösterilir (Chenoweth, s. 3). Bu sebeple bu dönemde Batı'da hâkim olan taraf eksenli yargılama modeli kısmen kabul edilmiş; delillerin, uyuşmazlığın taraflarınca mahkemeye getirilmesi ilkesi kabul edilmiş; bununla birlikte hâkime, gerçeğin ortaya çıkması ve delillerin doğru bir şekilde değerlendirilmesi için önemli yetkiler tanınmıştır (bu konuda bkz. Chenoweth, s. 6-7). Bunun yanı sıra Fransız hukukundaki gelişmeler farklı yönlerden de bu Reform çalışmasını etkilemiş; gizli yargılamalara son verilmiş ve alenîyet ilkesi getirilmiştir (Chenoweth, s. 6); doğrudanlık ilkesi, uygulama alanı kazanmıştır (Chenoweth, s. 7).

83 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 854.

84 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 854.

(iii) Duruşmaların birarada gerçekleştirilmesi (concentration)[85]*:* Hükmü veren mahkemenin, özellikle delillerin kesintisiz bir şekilde incelenmesini sağlayabilmek için hükümden önce davayı olabildiğince kısa aralıklı oturumlarda incelemesini ifade eder.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz temel esaslar yirminci yüzyıl medenî yargılama hukuku reformlarının başlıca hedefleri arasında sayılmaktadır[86]. 19. yüzyılın sonlarında da söz konusu amaçlara hizmet eden iki reform hareketi, günümüz Kıta Avrupası medenî yargılama sistemlerinin öncüsü olmuştur[87]. Bunlardan ilki, *1877 tarihli Alman Medenî Yargılama Kanunu*; ikincisi de, daha radikal değişiklikler getiren *1895 tarihli Avusturya Medenî Yargılama Kanunu* olmuştur. Bu çerçevede Avusturya Medenî Yargılama Kanunu'nun getirdiği en önemli yenilik, gerek yargılamanın hızlandırılması gerekse yargılama sürecinde tarafların etkin şekilde eşitliğinin sağlanması için hâkimin daha aktif bir rol üstlenmesi olmuştur[88]. Avusturya Medenî Yargılama Kanunu'nda benimsenen hâkimin yargılama sürecinde daha aktif rol oynaması, daha sonra başta Alman Medenî Yargılama Kanunu olmak üzere pek çok Kıta Avrupası hukuk sistemine müdahâle medenî yargılama kanunlarında bu yönde değişiklik yapılmasına sebebiyet vermiştir[89].

İspat hukuku bakımından ise, Orta Çağ'da, Kilise hukukunun baskın skolastik ve *dışlayıcı-ayrımcı delil sistemine (exclusionary system of evidence)* İngiliz hukukundan en büyük tepki, etkisini Ortak Hukuk ispat hukuku sisteminde kalıcı olarak bırakacak *Jeremy Bentham*'dan gelmiştir[90]. Bentham'ın ispat hakkının gelişimine doğrudan etki eden düşünce ve görüşleri 1830'dan itibaren başlayan ve özellikle 19. YY itibariyle doruğu ulaşan ispat hukuku reformlarında itici güç olmuştur[91]. Nitekim Bentham'ın ispat hukuku konusunda geliştirdiği bu sistem, modern İngiliz ve Ame-

---

85 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 854.

86 Bu konuda ayrıntı için bkz. Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 860.

87 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 854.

88 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 854. Avusturya Medenî Yargılama Kanunu'nda bu kapsamda hâkime tanınan en önemli yetkilerin başında, hâkimin, taraflara yaptıkları usûlî hatalar ve eksikliklerle ilgili yol göstermesi görevi; kendiliğinden tarafları -ifadelerine başvurmak için- mahkemeye davet etmesi, kendiliğinden birtakım delillerin ibrazını taraflardan talep etmesi, tanık ve bilirkişi deliline başvurulmasına karar vermesi gelmektedir (Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 854, dn. 38).

89 Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 855. Nitekim Alman ve Avusturya Medenî Yargılama Kanunları ile yapılan reformu 1911 tarihli Macar, 1915 tarihli Norveç, 1916 tarihli Danimarka, 1929 tarihli Yugoslavya, 1933 tarihli Polonya, 1942 tarihli İsveç, 1947 tarihli İsviçre Federal Medenî Yargılama Kanunları takip etmiştir (Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 855).

90 Cappelletti ve Garth, s. 39.

91 Cappelletti ve Garth, s. 39.

rikan ispat rejimlerinin temelini oluşturmuştur. Bentham'ın geliştirdiği *faydacı yaklaşım* esaslı ispat sistemi, gerek Kıta Avrupası'nın matematiksel delil sisteminin gerekse Ortak Hukuk'da ispat sisteminin dışlayıcı delil kurallarının temelini oluşturan Orta Çağ'ın şekilci matematiksel ispat sistemi ile taban tabana zıtlık oluşturmaktaydı[92]. Bu kapsamda esasında Kıta Avrupası ve İngiliz hukuk sistemlerinde, ispat hukukunun dışlayıcı ve şekilci özellikleri, her iki hukuk sisteminde de birbirine paralel şekilde eleştirilmeye başlanmıştır.

E. İslâm ve Osmanlı Hukukunda İspat Hakkının Gelişimi

Öncelikle ifade etmek gerekir ki doğrudanlık ilkesinin uygulanmadığı, hâkimin dellileri serbestçe değerlendiremediği ve birtakım delilleri dikkate almak konusunda sınırlamalara tâbi olduğu, henüz temel haklar gelişimine başlamadığı ve bu sebeple de âdil yargılanma hakkından söz edilemeyen bir sistemde gerçek anlamda ispat hakkının varlığından söz etmek mümkün değildir. Bu anlamda İslâm hukukunda da, ispat hakkının güvence altına alındığı hukuk kurallarının varlığından söz etmek son derece güçtür.

Bununla birlikte ispat sisteminin birtakım özelliklerin hareket ederek bazı sonuçlara varmak da mümkündür. İslam medenî yargılama hukukunda, hangi delil sisteminin geçerli olduğu konusu tartışmalıdır ve bu konuda kesin bilgilerin bulunmadığı ifade edilmektedir[93]. Hâkim olan görüş, İslâm hukukunda da katı delil sisteminin geçerli olduğu; azınlıkta olan görüş ise, serbest delil sisteminin geçerli olduğu yönündedir[94]. Bununla birlikte İslam medenî yargılama hukuku ispat sistemine ilişkin kesin olarak bilinen birtakım özellikler mevcuttur. Örneğin İslâm medenî yargılama sisteminde, tanık delili kesin deliller arasında sayılmaktaydı[95] ve en önemli ispat aracı, tanık idi[96]. Şeriat kurallarına göre ispatın tanıkla yapılması asıldır[97]. Tanıkların beyanı takdirî delil olarak düzenlenmişse de, tanık, bir vakıanın gerçekleştiği konusunda beyanda bulunuyorsa, bu durumda hâkim o vakıanın ispatı konusunda

---

92 Cappelletti ve Garth, s. 39.
93 Abdullah Demir, **Türk Hukuk Tarihi,** İstanbul 2011, s. 121.
94 Demir, s. 121.
95 Demir, s. 121. Ayrıca bkz. Abdulaziz Bayındır, **İslâm Muhâkeme Hukûku,** İstanbul 2015, ss. 167-168.
96 Erdönmez, s. 22; Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 17.
97 Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 18.

çoğu zaman aksine hüküm kuramazdı[98]. Esasında kesin olan bu bilgi dahi, İslâm hukukunda serbest delil sisteminin geçerli olmadığını göstermektedir. Bununla birlikte yazılı belgeler, özellikle ticarî işlerde önemli bir uygulama alanına sahipti[99]. Tanzimatın kabulünden sonra yargılama kuralları Mecelle'de üç kitap hâlinde düzenlenmişti ve bu kitaplar içerisinde 15. Kitap delillere ayrılmıştı[100]. Mecelle'de çok ayrıntılı ispat kuralları bulunmaktaydı ve delillerin hükümleri ile sonuçları ayrı ayrı düzenlenmişti. Bu düzenlemeler içerisinde yazılı deliller de bulunurdu[101].

Cumhuriyetin kabulünden sonra, İsviçre'nin Neuchâtel Kantonu (CPCN) Kanunu esas alınarak 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu hazırlanmıştır. Böylece medenî yargılama sistemimize, Fransız ispat sistemi ve özellikle bu sistemde görülen tanıkla ispat yasağı girmiş oldu[102]. Bu süreçler içerisinde ispat araçlarının rasyonel olmadığı, en önemli ispat aracının tanık gibi çürük bir delile dayanması, bu sistemde ispat hakkının varlığından konuşabilmek için oldukça güçtür. Bununla birlikte bundan sonraki başlıkta inceleneceği üzere, ispat hakkı gerçek gelişimi anayasallaşma hareketleri ve uluslararsı sözleşmeler sayesinde ivme kazanmıştır.

F. Anayasallaşma ve Temel Haklar Süreci

Medenî yargılama hukukuna konu alan hakların "anayasallaşma" süreci ile "temel hak" niteliğini kazanması birbirinden çok uzak olmasa da farklı bir tarihî gelişim göstermiştir. Aslında bakıldığında ispat hakkı ile çok yakından ilişkilendirebileceğimiz *eşit savunma hakkı (aidiatur et altera pars; equally venerable right of defense)*, Antik Yunan'da *tarafsız hâkim hakkı (nemo judex in re sua; impartial judge)* ile birlikte geçerli olduğu kabul edilen en eski iki yargılama ilkesinden birisidir[103]. Buna karşılık *kanunî veya doğal hâkim güvencesi (natural / lawful judge)*, *alenî yargılanma hakkı (guarantee of an open and public proceeding)* gibi yargısal haklar, modern hukuk devletlerinin kabul edip geliştirdiği haklar olmuştur[104]. Esasında sözü edilen yargısal haklar, bu hakların kalıcı, daimî başka bir terminoloji ile *doğal hukuk öğretisinden* kaynağını alması sebebiyle hukuk düzenlemelerinde pozitif normlar

---

98 Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 18.
99 Erdönmez, s. 22; Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 18.
100 Halil Cin ve Ahmed Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi,** Ankara 1989, s. 10; Erdönmez, s. 22.
101 Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 18; Erdönmez, s. 22.
102 Bu konuda bkz. Postacıoğlu, Usûl, s. 20.
103 Cappelletti ve Garth, s. 43.
104 Cappelletti ve Garth, s. 43.

olarak yer almıyordu[105]. Ancak İkinci Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında baskıcı politik rejimler ve ideolojik inançların yarattığı temel hak ihlâllerine karşı Almanya, İtalya, Avusturya gibi pek çok Avrupa ülkesi -*ve hâtta Japonya*-, bu olası temel hak ihlâllerinin önüne geçmek için anayasalarına -*hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, kanunî hâkim güvencesi, bir avukat aracılığıyla temsil edilme hakkı gibi*- temel bazı yargısal hakları dâhil etmiştir[106]. Bu şekilde medenî yargılama hukukunda geçerli olan temel haklar "*anayasallaşma*" sürecine hızlı bir giriş yapmıştır.

Modern hukukun, en temel belirleyici öğelerinin başında, modern öncesi sistemlerde topluluk ya da grup bünyesinde kaybolan veya görünmeyen bireyi ön plâna çıkarmasıdır[107]. Bu nitelik ise, temel hak ve özgürlüklerin asıl öznesi olarak "birey"i odak alan *liberal hukuk sistemlerinin* gelişmesinde önemli rol oynamıştır[108]. Bunun bir görünümü olarak modern dönemlerde birey, toplumun temel birimi olarak düşünülür ve vatandaş olarak tek tek bireylere karşı gösterilen ilgi, hukukun odak noktasıdır. Teorik olarak bireyler, devletten ve toplumdaki diğer kurumlardan veya gruplardan daha önemli sayılır; zira, modern toplumlarda, devlet ve benzeri kurumların varlıklarını, güçlerini ve bu kapsamda meşruiyetlerini bireylerin rızalarından aldıkları varsayılır[109]. Bu çerçevede modern hukukun ayırıcı özelliklerinden birisini oluşturan birey üzerindeki vurguyu, modern öncesi sistemlerde görmek mümkün değildir[110]. Ortaçağlarda toplumun bir bütün olduğu ve bölümlere ayrılamayacağı kabul edilirdi. Böyle bir yapıda da birey, toplumun bir mensubu veya parçası olmaktan öte ayrı bir varlığa sahip değildi. Ortak iyilik ve refah, bireyin çıkarlarından ve mutluluğundan önce gelirdi. Bireyin bir mensup olarak yaşamını sürdürebilmesinin grubun varlığına bağlı olduğu böyle bir yapıda, bireyin öne çıkarılması söz konusu değildir[111]. Bu çerçevede modern hukukta özellikle Batı'da bireye atfedilen önemin ortaçağa göre oldukça farklılık arz etmesi, aynı zamanda bireylerin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin gelişmesine ve gün geçtikçe bireyi odak alan temel hak ve özgürlükler hukukunun genişlemesine önemli etkiler sağlamıştır. Bu durum da şüphesiz

[105] Cappelletti ve Garth, s. 43.
[106] Cappelletti, Social and Political Aspects, s. 860.
[107] Bu konuda bkz. Yüksel ve diğerleri, ss. 152-153.
[108] Yüksel ve diğerleri, s. 152.
[109] Yüksel ve diğerleri, s. 152.
[110] Yüksel ve diğerleri, s. 152.
[111] Yüksel ve diğerleri, s. 153.

ki, ispat hakkının önemini temel haklar öğretisi perspektifinden daha da arttırmaktadır.

Anayasal temel hakların "*yargısal temel hak*" niteliğine kazanması ise, *uluslararasılaştırma (internationalization)* süreci ile paralel olmuştur. Bu süreç, *anayasallaşma* sürecinden bağımsız olarak uluslararası alanda temel haklara ilişkin andlaşmaların hazırlanması ve kabulü ile gelişme göstermiştir[112]. Bu anlamda en önemli adımlardan birisi şüphesiz ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kabulüdür.

Uluslararasılaştırma süreci kapsamında yargısal temel hakların gelişiminde, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukuku çok önemli bir role sahip olmuştur[113]. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ispat hakkı ile ilişkilendirilebilecek ilk içtihatlarını 1960'lardan itibaren ortaya çıkarmaya başlamıştır. Bu çerçevede tespit edebildiğimiz kadarıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ispat hakkına ilişkin verdiği kararlar, bilhassa *hukuka aykırı bulguların delil olarak kabul edilmesi* sorunu çerçevesinde *âdil yargılanma hakkı* kapsamında gelişme göstermiştir.

> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 19.9.1961 tarihinde, iddiada bulunan tarafın tanık / tanıklarının mahkeme tarafından reddedilmesinin, tarafsız bir mahkeme tarafından herkese âdil bir yargılanma hakkı sunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırılık oluşturacak bir temel hak ihlâline sebebiyet vereceği karara bağlanmıştır[114].
>
> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, hukuka aykırı deliller kapsamında ispat hakkı ile ilişkilendirebileceğimiz diğer bir kararı, Avusturya mahkemesi tarafından hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların delil olarak kullanılması ile ilgili verdiği bir kararın Mahkeme'nin önüne gelmesi ile birlikte 03.10.1969 tarihli kararına konu olmuştur[115]. Mahkeme bu kararında, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin Sözleşme'nin 6. Maddesi ile garanti altına alınan âdil yargılanma hakkını ihlâl ettiğini kabul etmiştir. Bu karar her ne kadar bir ceza yargılaması sırasında verilmişse de, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından söz konusu karar, genel bir kural olarak kabul edilmiştir[116].

---

[112] Cappelletti ve Garth, ss. 43-44.
[113] Bu konuda bkz. Cappelletti ve Garth, ss. 53-54.
[114] 19.09.1961, 1961 yılı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yıllığı 346, 354, X v. Federal Almanya Cumhuriyeti; Cappelletti, Social and Political Aspects of Civil Procedure, s. 864, dn. 79.
[115] ***Scheichelbauer v. Austria***, 03.10.1969, 2645/65.
[116] Cappelletti, Social and Political Aspects of Civil Procedure, s. 863, dn. 78.

Yargısal temel hakların anayasal boyutta güçlendirilmesinde ise, ulusal hukukların kendi içerisinde kurduğu anayasa mahkemeleri çok büyük bir rol oynamıştır[117]. Yukarıda değindiğimiz üzere İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşanan temel hak ihlâllerine tepki olarak devletlerin yargısal temel hakları anayasalarına dâhil etmeleri, aynı zamanda anayasal hakları devlet organlarından ve özellikle parlamentodan koruma ihtiyacını yaratmıştır. Bu sebeple de başta Almanya ve Avusturya olmak üzere temel hak ihlâllerine karşı bireyi devletin organlarından korumak amacıyla anayasa mahkemelerinin etkinleştirilmesi ve yargısal anayasal hakların bu şekilde bir derece daha koruma altına alınması sağlanmaya çalışılmıştır[118]. Bu anlamda anayasa mahkemeleri ulusal hukuklarda yargısal temel hakların gelişiminde çok önemli bir rol üstlenmiştir.

Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 24.07.1963 tarihinde verilen bir kararda, bir tarafın bilirkişi ifadesine karşı itiraz hakkının tanınmaması, Alman Anayasası'nın 103. Maddesine, yani hukukî dinlenilme hakkına aykırılık olarak kabul edilmiştir[119]. Aynı konuda *İtalyan Anayasa Mahkemesi*'nin 1961 yılında vermiş olduğu benzer bir kararı bulunmaktadır[120].

Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 15.01.1969 tarihinde verilen bir kararda ispat hakkı, *hukukî dinlenilme hakkı* çerçevesinde delil eşit erişim hakkını konu almaktadır. Bu kararda tarafın iddiasının ispatı için tanık dinletme talebinin mahkemece gözardı edilmesinin tarafın hukukî dinlenilme hakkını ihlâl ettiği sonucuna ulaşılmıştır[121].

İtalyan Anayasa Mahkemesi, 22.12.1961 tarihli bir kararında "*delil sunma ve karşı ispatta bulunma hakkı [right to present or refute evidence]*"nın tarafların anayasal bir hakkı olduğu ve bunun ihâlinin kabul edilemeyeceği karara bağlanmıştır[122]. Benzer şekilde İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından, bir davada tarafların mahkemeye dava konusu ile ilgili olan vakıaları veya bu vakıalarla ilgili delilleri sunma

---

[117] Örneğin Almanya'da *anayasa şikâyeti (Verfassungsbeschwerde)* 12.3.1951 tarihli *Anayasa Mahkemesi Kanunu (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)* § 90-96 ile kabul edilmiştir. Buna göre kanunî, idarî, yargısal işlemlerden herhangi birisi ile *temel hakları (Grundrechte)* ihlâl edilen herkes Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkına sahiptir.

[118] Cappelletti, Social and Political Aspects of Civil Procedure, s. 860-861.

[119] Alman Anayasa Mahkemesi, 24.07.1963, No. 5, 17 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 86; Cappelletti, Social and Political Aspects of Civil Procedure, s. 864, dn. 80.

[120] İtalyan Anayasa Mahkemesi, 22.12.1961, No. 70, 6 Giurisprudenza Constituzionale 1282 [1961]; Cappelletti, Social and Political Aspects of Civil Procedure, s. 864, dn. 80.

[121] Alman Anayasa Mahkemesi, 15.01.1969, No. 14, 25 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 137; Cappelletti, Social and Political Aspects of Civil Procedure, s. 864, dn. 79.

[122] İtalyan Anayasa Mahkemesi, 22.12.1961, No. 70, 6 Giurisprudenza Constituzionale 1282 [1961]; Cappelletti, Social and Political Aspects of Civil Procedure, s. 864, dn. 79.

hakkı reddedilir veya sınırlandırılırsa, bu durumun hukukî korumayı engelleyeceği kararara bağlanmıştır[123].

İtalyan Anayasa Mahkemesi kararlarına ispat hakkının yansıması, benzer şekilde *hukuka aykırı deliller* kapsamında 02.12.1970 tarihinde verdiği bir kararla olmuştur. Bu kararda, hukuka aykırı yoldan elde edilen bulguların delil olarak kullanılamayacağı hükme bağlanmıştır. Her ne kadar karar bir ceza davasında verilmişse de, kural, bu karar ile genel bir ilke mahiyetinde kabul edilmiştir[124, 125].

Benzer gelişimin Türk hukukunda da çok daha geç olmakla birlikte parallelik arzettiğini ifade etmek hatalı olmayacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümünde üzerinde duracağımız şekilde ispat hakkının temin ve tesis edilmesini sağlayan yargısal hakların (*âdil yargılanma hakkı, hukukî dinlenilme hakkı gibi*) gelişimi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kabulü ve hukukumuza entegre edilmesi ile sağlanabilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin hukuk sistemimizde bu konudaki rolü, maalesef 2011 yılına kadar pek etkili olamamıştır. Ancak 2013 yılından bu yana Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu ile Mahkeme, ispat hakkı ile ilişkilendirebileceğimiz çok önemli içtihatlarda bulunmaya başlamıştır. Bu anlamda hukuk sistemimize köklerini çok kuvvetli bir şekilde salmış olan *senetle ispat kuralının* tarafların ispat hakkını ihlâl ettiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmesi -*her ne kadar âdil yargılanma hakkı ihlâli olarak kabul edilmemişse de*[126]- dahi, tek başına ispat hakkının *yargısal temel hak* olarak gelişiminde Anayasa Mahkemesi'nin önemli bir rol üstleneceği anlaşılmaktadır[127].

Yukarıda da belirttiğimiz üzere ispat hakkının uluslararası bildirgelere ve anayasaların kapsamına dâhil olması ise, genellikle âdil yargılanma hakkı ve hukukî dinlenilme hakkı ile birlikte olmuştur. Zira karşılaştırmalı hukukta ispat hakkı, genellik-

---

[123] İtalyan Anayasa Mahkemesi, 03.06.1966, No. 53, 11 Giurisprudenza Constituzionale 858 [1966]; Cappelletti, Social and Political Aspects of Civil Procedure, s. 864, dn. 79.

[124] İtalyan Anayasa Mahkemesi, 02.12.1970, No. 175, 95 Foro Italiano I 2985 [1970]; Cappelletti, Social and Political Aspects of Civil Procedure, s. 863, dn. 78.

[125] Benzer yönde bir karar Alman Federal Mahkemesi tarafından da 1958 yılında verilmişti. *Alman Federal Mahkemesi*'nin 20.05.1958 tarihli kararında, gerek medenî yargılama gerekse ceza yargılamasında, anayasa ile garanti altına bulunan *özel hayatın gizliliği* hakkına aykırı olarak özel veya kamu görevlilerince elde edilmesine bakılmaksızın hukuka aykırı yollarla elde edilen bulguların yargılamada delil olarak kullanılamayacağı hükme bağlanmıştır. Nitekim olayda, özel bir kişi tarafından, hukuka aykırı bir şekilde kayıt altına alınan teyp kaydının medenî yargılamaya ilişkin bir davada kullanılması söz konusuydu. (Bundesgerichtshof, ZPO, 20.05.1958, 11, Neue Juristische Wochenschrift 1344 [1958]).

[126] Bu karar ve değerlendirilmesi için bkz. aşa.

[127] Anayasa Mahkemesi'nin 2011 yılından bu yana ispat hakkı ile ilişkilendirebileceğimiz önemli içtihatları, çalışmamızın İkinci Bölümü'nde her bir hak türü altında ayrıca ele alınacaktır.

le bu hakların birer unsuru olarak kabul edilerek gelişimini sürdürmüştür[128]. Bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kabul edilmesi ve bunun beraberinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin her geçen gün önemini arttırması, ispat hakkının da gün geçtikçe uygulama alanını genişletmesine sebebiyet vermiştir.

İspat hakkı kapsamında en fazla kararlara konu olan husus, "*hukuka aykırı yollarla elde edilen bulguların delil olarak kullanılamaması*" olmuştur[129]. Bunun yanı sıra ispat hakkının, hukukî dinlenilme hakkı ile bağlantılı bir anayasal hak olarak nitelendirildiği kararlar da hakkın gelişim sürecinde önemli olmuştur. Bu çerçevede yargılamada tarafların yetersiz bilgilendirilmesi ve ayrıca "*tarafların delil sunma ve karşı ispat faaliyetinde bulunma hakları*"na gereksiz sınırlamalar getirilmesi anayasal hak ihlâli olarak kabul edilmiştir[130].

Yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde günümüzde ispat hakkına yaklaşım ve hakka getirilen istisnalar konusunda hukuk sistemleri farklı esasları benimsemekle birlikte, tarihî açıdan birbirine çok uzak olmayan kökenlerden gelen bu sistemlerde ispat sistemleri benzer temel prensipler çerçevesinde gelişim göstermiştir.

II. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNUN AMACI VE İSPAT HAKKI

Medenî yargılama hukukunun amacı konusu, uzun zamanlardan bu yana medenî yargılama hukuku alanının en tartışmalı konularından birisi olmuştur[131]. Bu an-

---

[128] Bu konuda bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 3.

[129] Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 18.

[130] Bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, II, B.

[131] Tüm bu tartışmalar hakkında genel bir çalışma olarak bkz. Othmar Jauernig, "Materielles Recht und Prozeßrecht", **JuS,** S. 6, 1971, ss. 331-332; Yavuz Alangoya, "Medenî Usûlün Amacı ve Sosyal Karekteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V (8-9 Eylül 2006 Ankara),** Ankara 2007, (Medenî Usûlün Amacı), ss. 33-54; Peter Chan, "Efficiency and Truth in Civil Fact-finding: The Evolving Role of the Judge in Mainland China and Hong Kong and the Effect of the Policy Preference for Court Mediation on the Fact-finding in the People's Courts", **Truth and Efficiency in Civil Litigation, Fundemental Aspects of Fact-Finding and Evidence-taking in a Comparative Context,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Alan Uzelac, Intersentia, Antwerpen 2012, ss. 231 vd.; Hans Friedhelm Gaul, "Yargılamanın Amacı- Güncelliğini Koruyan Bir Konu", Çev. Nevhis Deren Yıldırım, **İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku,** Der. M. Kamil Yıldırım, 3. Bası, İstanbul 2002, ss. 82-117; Hanns Martin Pawlowski, "Aufgabe des Zivilprozesses", **ZZP,** C. 80, S. 5/6, 1967, ss. 345-391; Taşpınar, Amaç Sorunu, ss. 759-787. Ayrıca konunun çeşitli hukuk sistemleri bakımından ele alınması konusunda bkz. Peter Chan ve David Chan, "Civil Justice with Multiple Objectives", **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems,** Edt. Alan Uzelac, Springer, İsviçre 2014, ss. 143-166; Christian Koller, "Goals of Civil Justice, Austrian Report", **Civil Procedure in Cross-Cultural Dialogue: Eurasia Context**, **IAPL World Conference on Civil Procedure (18-21 September 2012, Moscow-Russia),** Edt. Dimitry Maleshin, Moskova 2012, (Goals of Civil Justice), ss. 136-156; Christian Koller, "Civil Justice in Austrian-German Tradi-

lamda *maddî hukuk kurallarının hayata geçirilmesi (Realisierung des materiellen Rechts)*[132], *gerçeğe ulaşma (Wahrheit); hukuk güvenliği (Rechtssicherheit)*[133], *hukuk yaratma (Rechtsfortbildung)*[134], *hukukî istikrar (Rechtsfrieden)*[135] medenî yargılama hukukunun en başta gelen amaçları arasında sayılır. Özellikle gerçeğe ulaşılması, taraflar arasındaki anlaşmazlığın çözüme kavuşturulması gibi amaçların hangisine üstünlük tanınması gerektiği medenî yargılama hukukçuları arasında tartışılmaktadır ve tartışılmaya da devam edecek gibi görünmektedir. Şüphesiz ki, amaç belirlenirken görüşleri ve tartışmaları ateşleyen önemli unsurlardan birisi, medenî yargılama hukukuna ideolojik bakış açıları olmuştur. Bizim de aşağıda üzerinde duracağımız medenî yargılama hukukuna hâkim olan ideolojiler aynı medenî yargılama hukukunun amacının belirlenmesinde olduğu gibi, ispat hakkına yüklenen anlamda ve ispat hakkını şekillendiren kuralların belirlenmesinde büyük rol oynamıştır.

Bununla birlikte 21. YY'a gelindiğinde, bugüne kadar tartışılan ideolojilerin hâlen büyük bir güçle medenî yargılama sistemlerini şekillendirdiğini ifade etmek kanaatimizce güçtür. Nitekim geçmişte yaşanan tecrübeler göstermiştir ki, sıkı sıkıya bu ideolojilerden birisine sarılmak da hukuk sistemlerinde kalıcı bir etki bırakamamıştır[136]. Zira kanımızca artık 21. YY'da hukuk sistemleri bambaşka bir ideolojinin peşinde büyük bir heyecanla ve gayretle koşmaktadır. Her şey bu ideolojiye bağlanmakta, her şey bu ideolojinin hayata geçirilmesine hizmet etmektedir. Ka-

---

tion", **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems,** Edt. Alan Uzelac, Springer, İsviçre 2014, (Civil Justice Tradition), ss. 35-60; Richard Marcus, "Goals of Civil Justice, American Report", **Civil Procedure in Cross-Cultural Dialogue: Eurasia Context, IAPL World Conference on Civil Procedure (18-21 September 2012, Moscow-Russia),** Edt. Dimitry Maleshin, Moskova 2012, (Goals of Civil Justice), ss. 227-233; Richard Marcus, "'American Exceptionalism' in Goals for Civil Litigation", **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems,** Edt. Alan Uzelac, Springer, İsviçre 2014, (American Exceptionalism), ss. 123-142; Elizabetta Silvestri, "Goals of Civil Justice, Italian Report", **Civil Procedure in Cross-Cultural Dialogue: Eurasia Context, IAPL World Conference on Civil Procedure (18-21 September 2012, Moscow-Russia),** Edt. Dimitry Maleshin, Moskova 2012, (Goals of Civil Justice), s. 189 vd.; Elizabetta Silvestri, "Goals of Civil Justice When Nothing Works: The Case of Italy", **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems,** Edt. Alan Uzelac, Springer, İsviçre 2014, (Goals of Civil Justice / When nothing works), ss. 79 vd.; Alan Uzelac, "Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World", **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems,** Edt. Alan Uzelac, Springer, İsviçre 2014, (Goals of Civil Procedure), ss. 2-32.

[132] Bu konuda bkz. Matthias Pflughaupt, **Pozessökonomie,** Mohr Siebeck, Tübingen 2011, ss. 331-332.

[133] Pflughaupt, ss. 96-100.

[134] Pflughaupt, ss. 101-102.

[135] Pflughaupt, ss. 103-106.

[136] Bu görüş ve ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Alangoya, Yargılamanın Sevkinde Prensipler, ss. 118-128.

naatimizce 21. YY'ın, tüm ihtişâmı ve gücüyle medenî yargılama hukukuna da tahtını kuran bu, devletlerin *temel haklara dayalı hukuk devleti olma* çabasıdır. Bugün medenî yargılama hukukunda bütün sistemlerin yegâne amacı *yargısal temel hakları* yargılama sürecinde sağlamak ve kişilerin sahip olduğu diğer temel haklara da yargılama sürecinde saygı duyulmasına imkân verecek düzenlemelerin benimsenmesi olmaktadır.

Bu sebepledir ki, 20. YY'ın ikinci yarısından itibaren başlayarak 21. YY'a doğru her geçen gün temel hakların gösterdiği gelişim medenî yargılama hukuku alanında da hissedilmiştir. Bugün artık medenî yargılama hukukunda her kurumun, her kuralın hukuk devleti, adalete erişim, hak arama özgürlüğü, etkin hukukî koruma gibi kavramlarla ilişkilendirilmesi, bu "ideoloji"nin medenî yargılama hukukuna ne kadar güçlü köklerle yayıldığının ispatıdır. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde, ispat hakkının hukukî temellerini ortaya koyarken konunun ispat hakkı açısından da taşıdığı önem tespit edilecektir.

Temel haklara dayalı hukuk devletinin gerekliliklerini yerine getirme şeklinde belirlediğimiz bu yeni ideoloji büyük bir yükselişe geçmişken, bu yüzyıla kadar medenî yargılamanın amacı konusunda yapılan tartışmalar kanaatimizce gün geçtikçe hararetini kaybetmektedir. Şöyle ki aşağıda üzerinde durulacağı üzere medenî yargılama hukuku sistemlerini birbirinden ayıran en katı ideolojik görüşler medenî yargılama hukukunun amacının, maddî hukuka ilişkin hakların yerine getirilmesini sağlamak mı, yoksa taraflar arasındaki uyuşmazlığı bir şekilde sona erdirmek olduğu mu noktasında toplanmıştır[137]. Oysa ki bugün yaşanan gelişmeler bu iki görüşü birbirine katık etmekte, medenî yargılama hukukunun amacı belirlenirken diğeri tamamen gözardı edilmemektedir. Örneğin uyuşmazlıkların sona erdirilmesi görüşü, daha pragmatik bir ideolojik düşüncenin ürünü olarak özellikle liberal hukuk düzenlerinde, Ortak hukuk sistemlerinde varlık kazanmışken, bugün Kıta Avrupası hukuk sistemle-

[137] Bir diğer önemli tartışma da medenî yargılamanın maddî gerçeğe, yani hakikate ulaşma amacını taşıyıp taşımadığıdır. Bir görüşe göre, hakikatin tespiti insan algısının mükemmel olmaması ve psikososyal gelişmişliğinin az olması sebebiyle olanaksızdır; bu yüzden, medenî yargılama hiçbir zaman hakikate ulaşamaz (Kofmel, ss. 19-20). Şüphesiz ki, bu durum konunun özellikle felsefî yönden yaklaşımını ifade eder. Diğer görüşe göre yeminin, ikrarın hâkimi bağladığı; katı veya kanunî delil sisteminin bulunduğu ve özellikle hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisinin olmadığı bir sistemde hiçbir zaman medenî yargılamanın amacı, hakikate ulaşmak olmaz (*bu yönde bkz*. Gaul, Zweck des Zivilprozesses, ss. 49-50. Türk hukuku açısından da benzer görüş için bkz. Taşpınar, Amaç Sorunu, ss. 771-772).

rinde de uyuşmazlıkların arabuluculuk veya mahkeme dışı anlaşmazlık çözüm yöntemleri aracılığıyla çözüme kavuşturulması hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir sonucu olarak görülmektedir[138]. Bu durum liberal hukuk görüşü ile sosyalist hukuk görüşünü benimseyen sistemleri birbirine yakınlaştırmaktadır.

Yine benzer şekilde birbirine zıt kutuptaki medenî yargı sistemlerinin benimsediği yargılamada hâkim mi daha aktif olmalı, taraflar mı, sorusu dahi bugün anlamını büyük ölçüde yitirmeye yüz tutmuştur. Bu değişen durumda en büyük etkiyi 1998 yılında Birleşik Krallık / İngiltere ve Galler'de kabul edilen *İngiliz Medenî Yargılama Kuralları (Rules of Civil Procedure)* göstermiştir. Bu Kurallar'ın kabul edilmesine kadar taraf hâkimiyetini üstün kılan medenî yargılama prosedürü âdeta kılık değiştirmiş ve yargılama sürecinde çok daha aktif olan bir hâkim modeli ile Kıta Avrupası ile Ortak Hukuk sistemlerini ayıran duvara büyük bir darbe indirmiştir. Hiç şüphesiz ki çalışmamızın ilerleyen aşamalarında üzerinde duracağımız üzere tüm bu gelişmeler ispat hakkının tesis ve temininde de etkili olmuştur.

Bütün bu ideolojik amaç tartışmalarının yanı sıra, ispat hakkının en önemli fonksiyonları arasında yargılamada gerçeğe ulaşılması ve bireylerin *adaleti temin talebinin (Justizgewährungsanspruch)* bulunduğu haklı olarak ifade edilmektedir[139]. Bu anlamda ispat hakkının adaleti temin talebi ile ilişkisi, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ispat hakkı ile hak arama özgürlüğü arasındaki ilişki ve hukuk devleti ilkesi çerçevesinde incelenecektir[140]. Bununla birlikte yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılmasında, ispat hakkının çok kritik bir işlevi bulunur. Bunun temelinde, ispat faaliyetinin konusunun vakıaların tespiti olması ve tarafların vakıaların tespit edilmesine ancak ispat hakkı aracılığı ile ulaşabilecek olmaları yatar[141].

Maddî hukuk kişilere birtakım haklar bahşeder ve bu hakların maddî hukuk alanında yerine getirilmemesi hâlinde, kişiler kural olarak devletin hak dağıtmakla görevli organlarına başvurarak talep etmeye yetkili oldukları hakkın devlet tarafından tesisini talep ederler. Kişilerin bu taleplerinin başarıya ulaşabilmesi, maddî hukukun belirlemiş olduğu koşul vakıaları mahkemenin önünde ispat etmelerine

---

[138] Bkz. Hanns Prütting, "Arabuluculuk ve Hukuk Devleti", Çev. Pınar Çiftçi, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı - IX (15-16 Ekim 2010 / Ankara),** TBB Yayınları 215, Ankara 2012, s. 234.
[139] Bu konuda bkz. Kofmel, ss. 11 vd. Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 13-14.
[140] Bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 3.
[141] Kofmel, s. 17-18. Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 13-14.

bağlıdır. Dolayısıyla kişiler başlarından geçen ve hukuk düzenince önemli kılınan *hayat olaylarının (Lebenssachverhalt)* yani somut vakıaların, kanun öngördüğü *koşul vakıalar (Tatbestandsvoraussetzung)* ile uyumunu ispat edebilirlerse, hukukun koruması altına girerler ve yargılama prosedüründe lehlerine hak çıkarabilirler (TMK m. 6; HMK m. 190). Taraflar bu faaliyeti somutlaştırma yükü (HMK m. 194) ve ispat hakkı ile başarıyla sonuçlandırabilecekleridir. Tarafların somutlaştırdıkları ve üzerinde ispat hakkını kullandıkları vakıalar, hâkimin, kanundaki koşul vakıaların sağlandığı yönünde kanaat uyandırabilirse, kişiler maddî hukukun kendilerine bahşettiği hukukî imkânlardan yararlanabilmiş olacaktır. Hâkimin bu şekilde somut vakıalar ile koşul vakıaların birbirini karşılayıp karşılamadıkları konusunda yaptığı faaliyete de *altlama faaliyeti* (*subsumieren*) denir. Dolayısıyla yargılamada gerçeğe ulaşıp maddî hukukun kendisine bahşettiği haktan yararlanmak isteyen taraf ancak hâkimin altlama faaliyetinin kendi lehine sonuçlanmasını somutlaştırma yükü ve ispat hakkı ile sağlayabilecektir[142]. Bu sebeple ispat hakkının tam ve etkin kullanılamaması veya ispat hakkına ölçülülük ilkesine aykırı şekilde getirilecek sınırlamalar, aynı zamanda medenî yargılama prosedüründe gerçeğe ulaşılmasını engelleyecektir. Temel haklara dayalı bir yargılama sisteminde gerçeğe ulaşılmasını sağlayacak ve aynı zamanda hukukî barış ve güvenliği temin edecek bir yargısal prosedür ancak ispat hakkının tam anlamıyla tesis ve temin edilmesine bağlıdır.

Nitekim içinde bulunduğumuz yüzyıl içerisinde özellikle ispat hakkının gelişimini etkileyen bir diğer faktör de, *yargısal gerçeğin (judicial truth)* asıl gerçeği yansıtması kaygısıdır. Bu sebeple bilhassa son yüzyıl içerisinde hukuk sistemleri, gerçeğe ulaşmak için uyuşmazlığı yansıtan delillerin yargılamaya getirilmesinin önündeki engelleri kaldırma eğilimi içine gitmiştir. Bu sebeple sınırlandırıcı delil sistemleri ve delillerin değerlendirilmesinin önündeki engellerin kaldırılması, hukuk sistemlerinin içinde bulunduğu genel eğilimdir[143]. Bu anlamda yargılama modellerinin temel amacı, öncelikle *uyuşmazlıkla ilgili delillerin (relevant evidence)* yargılamaya getirilmesinin önündeki engelleri kaldırmak, böylece uyuşmazlığa ilişkin gerçeği yansıtan ve mantıken uyuşmazlık ile bağı bulunan delillerin hükme temel

[142] Öğretide altlama faaliyeti ile somutlaştırma yükü ve ispat hakkı arasındaki bu ilişki hakkında bkz. Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, s. 14.

[143] Bu konuda ayrıntı için bkz. Taruffo, Evidence, ss. 6-8.

alınması sağlanır[144]. Dolayısıyla gerçeğe ulaşmak için öncelikle, *ilgili delillerin yargılamaya getirilmesi (relevancy of evidence)* ve sonrasında mahkemece delil olarak değerlendirilmek üzere kabul edilmesi gerekir. *İlgili delillerin yargılamaya getirilmesi ilkesi (the principle of relevancy),* Kıta Avrupası ve Ortak Hukuk sistemlerinin neredeyse tamamında ortak şekilde uygulanır[145]. Buna karşılık *delillerin kabul edilebilirliğine (admissibility of evidence)* ilişkin kurallar birbirinden çok farklılık arzedebildiği gibi zıt kutupta olduğu bilinen hukuk sistemlerinin delillerin dışlanmasıyla ilgili ilgi çekici derecede benzerlikleri de bulunur. Bunların bazılarını örneklendirmek gerekirse:

(i) Amerikan hukukunda kural olarak taraflar, bilirkişiler dâhil herkes tanık olarak dinlenebilirken[146], Kıta Avrupası'nda taraflar tanık olamazlar[147];

(ii) Hem Kıta Avrupası'nda hem Ortak Hukuk sistemlerinde başkasından duyduğunu aktaran tanıkların tanıklığına izin verilmez *(hearsay rules)*[148];

(iii) Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden bazıları *(Fransa, İtalya, Türkiye gibi), yazılı delile (written evidence) -kesin delille ispat zorunluluğuna ilişkin kurallarla- sözlü delile (oral evidence)* oranla mutlak üstünlük tanırken, diğerlerinde de *(Almanya gibi)* deliller arasında bir sıralama yapılmaksızın yazılı delillerin üstünlüğü kabul edilir; Ortak hukukta da bu sonuç, *sözlü delil yasağı (parol evidence rule)* ile büyük ölçüde gerçekleşir[149];

(iv) Amerikan hukukunda geçerli olan *en uygun delil kuralı (Best Evidence Rule),* bir vakıanın ispatı için mahkemeye, en uygun delilin sunulması gerektirdiğinden, diğer daha az dolaylı delillerin dışlanmasına sebep olurken[150]; Kıta Avrupası sistemlerinde bu sonuca genellikle ispat ölçüsü ve hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi ile ulaşılır;

(v) Ortak hukuk sistemlerinde de, Kıta Avrupası sistemlerinde de uygulama alanı birbirinden farklı olmakla birlikte birtakım *delil ibrazı ayrıcalıkları (privileges)*

---

[144] Bu konuda ayrıntı için bkz. Taruffo, Evidence, ss. 16-17. Uyuşmazlığı doğrudan yansıtan delillere başvuru aynı zamanda mahkemenin gereksiz zaman, emek ve kaynak kaybetmeden uyuşmazlığı çözmesini sağlayarak usûl ekonomisine de hizmet eden temel bir prensibi *(frustra probatur quod probatum non relevant)* yansıtır (Taruffo, Evidence, ss. 15).

[145] Örneğin FRE 402'ye göre, uyuşmazlıkla ilgili tüm delillerin kabul edilebilir olduğu kabul edilir. Benzer düzenlemeler İsviçre, Almanya, İspanya ve Türk hukuklarında da geçerlidir. İspanyol hukukunda, ancak uyuşmazlıkla ilgili olan delillerin yargılamaya getirilebileceği kabul edilir (EsCPC m. 283/1).

[146] FRE 601.

[147] Bu kural, *hiçkimse kendi davasının tanığı olamaz (nemo testis in causa propria)* ilkesinin hukuk sistemlerinde kökleşmiş bir temel ilke olmasından kaynaklanır. Bu konuda bkz. Taruffo, Evidence, s. 31.

[148] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Taruffo, Evidence, ss. 23-25. Sistem karşılaştırması için bkz. Dreymüller, ss. 56-60.

[149] *Sözlü delil yasağı kuralının (parol evidence rule)* ispat hakkı ile ilişkisi hakkında açıklamalarımız için bkz. aşa. Birinci Bölüm, § 2, I, D.

[150] *En uygun delil kuralının (Best Evidence Rule)* ispat hakkı ile ilişkisi hakkında açıklamalarımız için bkz. aşa. Birinci Bölüm, § 2, I, D.

tanınır ve yargılama prosedüründe belirli türden *sırların korunması (protection of confidentialities)* sağanır.

Delillerin kabulünü dışlayan tüm bu ilkeler ve kuralların, âdil yargılanma hakkının etkisiyle ulaştığı temel kavram ise *"uyuşmazlıkla ilgili olan delillerin sunulması hakkı (the right to present relevant evidence)"*dır[151]. Bu temel hakkın özünde ise, *ispat hakkı (right to prove)* yer alır[152]. Bütün bu ilke ve kurallar, bir yargılama sisteminde *yargısal gerçeğin (judicial truth)* ne kadar gerçekle uyuşabildiğini belirleyen faktörlerdir. Bu sebeple çalışmamızda da özel olarak yer verileceği üzere, ilgili delillerin yarılamaya getirilmesini engelleyen her bir kurumun, kuralın ispat hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi şarttır. Zira kanunî delil sisteminin hem tarafların ispat hakkını zedelediği hem de gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel olduğu konusunda tereddüt etmemek gerekecektir[153].

III. İDEOLOJİK YAKLAŞIMLARIN MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMLERİ VE İSPAT HAKKI ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

A. Genel Olarak

Bir üst yapı kurumu olan hukuk, kurallarını şekillendirirken her zaman toplumun yapısını, ihtiyaçlarını göz önüne almak zorundadır. Aksi hâlde amacını gerçekleştirmesi mümkün olmaz. Bu anlamda topluma hâkim olan siyasal görüşler, devletlerin ideolojik tercihleri de hukuk kurallarının şekillenmesinde önemli bir etkendir. Bu zorunluluklar hukuk kuralları ile sosyolojinin, siyaset biliminin arasında bulunan bağın ne kadar güçlü olduğunu gösterir[154]. Medenî yargılama hukuku kuralları da, hukuk kurallarının bir türü ve bunun ötesinde maddî hukuk kurallarının hayata geçirilmesini sağlayan düzeni sağlamak işlevi kapsamında bu ilişkiden üzerine düşeni fazlasıyla karşılamaya çalışır[155].

Politik ideolojilerin medenî yargılama sistemlerini şekillendirilmesini karşılaştırmalı olarak inceleyen eserler arasından *Mirjan Damaska*'nın "*The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process*" isimli

---

[151] Bu konuda bkz. Taruffo, Evidence, ss. 25-26.

[152] Taruffo, Evidence, s. 25.

[153] Kanunî delillerin, yargılamada gerçeğe ulaşılmasına engel olduğu konusunda bkz. Postacıoğlu, Usul, s. 568.

[154] Bu yönde bkz. Walter Rechberger, "Relations Between Parties, Judges and Lawyers. Modern Civil Procedure and the Balance of Procedural Forces", **XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados, Universidad Nacional Autónoma de México,** México 2005, (Relations Between Parties, Judges and Lawyers), s. 179.

[155] Bu konuda bkz. Rechberger, Relations Between Parties, Judges and Lawyers, s. 179.

çalışmasında yargılama sistemlerini tanımlamak için iki model kabul etmektedir[156]. Bunlar, *aktivist devlet* (*activist state*) ve *reaktif devlet* (*reactive state*) modelleridir[157]. *Reaktif devlet modelinde*, klasik liberal teori ile uyumlu olarak kendi kaderini belirleme işi bireylere bırakılmıştır. "*Bırakınız yapsınlar (laissez faire)*" felsefesine dayanan reaktif modelde devlet, genellikle kendini küçük ölçekteki politik alanlarla sınırlandırmakta ve sivil toplumda sade bir rol üstlenmektedir. *Aktivist devlet modelinde* ise devlet, bireylerin isteklerini karşılamak konusunda çok daha geniş bir sorumluluk alanı yüklenmektedir. Aktivist devlet, toplumda yaşayan bireylerin refah seviyesini arttırmak ve *sosyal refahın toplum içinde eşit dağılımı (fair distribution of welfare)* amacıyla politik alanlar dışında da aktif rol üstlenir. Bu devlet politikasında bireylerin yaşamının her alanı potansiyel olarak devlet politikası gereğince şekillendirilebilir. Bu modelin klasik görünüm şekli de sosyalist politik teoridir. *Damaska* da bu anlamda, yargılama sistemleri tercihlerinin az veya çok söz konusu iki devlet politikası modeli çerçevesinde şekillendiğini savunmaktadır[158]. Esasında bu değerlendirme Avusturya medenî yargılama hukukunun babası *Franz Klein* tarafından çok daha önceden yapılmış ve medenî yargılama hukukunun amaçları bu iki politik model üzerinden başkalaşmıştır[159].

---

[156] Şüphesiz ki, medenî yargılamanın ideolojisini konu alan pek çok çeşitli görüş bulunur. Bu görüşlerin izlerini, her bir yargılama hukuku sisteminde görmek, tahlil etmek mümkündür. Esasen bu ideolojiler nihâyetinde birbirinden çok farklı esaslar benimsemez. Bu çalışmada ise özellikle *Damaska*'nın yönteminin temel alınması, yazarın karşılaştırmalı olarak hukuk sistemlerinin hâkim ideolojilerini -*kanaatimizce*- mümkün olan en geniş pencereden almasıdır. Ayrıca yazarın söz konusu yöntemi kullanırken de, özellikle Alman ve Avusturya hukukundaki konuyla ilgili tartışmalardan beslendiği açıktır. Medenî yargılama hukukunun ideolojisinin farklı bir bakış açısı ile ayrıntısıyla ele alan bir değerlendirme için bkz. Nedim Meriç, **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi,** Yetkin, Ankara 2011, ss. 33-52.

[157] Mirjan Damaska, The Faces of Justice and State Authority, A Comparative Approach to the Legal Process, Yale Univ. Press, Londra 1986, ss. 71-94.

[158] Damaska, ss. 77-80. Ayrıca bu konuda bkz. Johann Hagen, "Die soziale Funktion des Prozesses", **ZZP,** C. 84, S. 4, 1971, ss. 385-395; Peter Meyer, "Wandel des Prozessrechtsverständnisses - vom 'liberalen' zum 'sozialen' Zivilprozess?", **JR,** S. 1, 2004, ss. 1-7.

[159] Bu konuda bkz. Peter Böhm, "Zu den rechtstheoretischen Grundlagen der Rechtspolitik Franz Kleins, Forschungsband Franz Klein (1854-1926) Leben und Wirken", **Beiträge des Symposiums "Franz Klein zum 60. Todestag",** Edt. Herbert Hofmeister, Manzsche Verlag, Viyana 1988, ss. 191-202; Susanne Frodl, "The Heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896", **C.J.Q,** C. 31, S. 1, 2012, ss. 43-61; Peter Gottwald, "Die österreiche Zivilprozeßordnung aus deutscher Sicht", **100 Jahre österreichische Zivilprozessgesetze,** Edt. Peter G. Mayr, Verlag Österreich, Viyana 1998, ss. 179-188; Rechberger, Relations Between Parties, Judges and Lawyers, s. 181; Norbert Schoibl, **Die Entwicklung des österreichischen Zivilverfahrensrechts,** Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 1987, ss. 45-49.
Bu konuda ayrıca bkz. Jürgen Damrau, "Der Einfluß der Ideen Franz Kleins auf den Deutschen Zivilprozeß, Forschungsband Franz Klein (1854-1926) Leben und Wirken", **Beiträge des Symposiums "Franz Klein zum 60. Todestag",** Edt. Herbert Hofmeister, Manzsche Verlag, Viyana 1988, ss.

Amerika Birleşik Devletleri geleneksel olarak pek çok Kıta Avrupası ülkesine nazaran çok daha fazla reaktif devlet modeli olarak liberal sisteme dayalı bir devlet politikası benimsemiştir. Bu durum klasik liberalizmin kurucusu *John Locke*'un, Amerika Birleşik Devletleri'nin anayasal teorisinde çok büyük etkide bulunmasının bir sonucu olarak değerlendirilebilir[160]. Buna karşılık *Rousseau* veya *Marx'*ın savunduğu sosyalist ideolojiler, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin anayasal teorisinde oldukça etkili olmuştur[161]. Bu çerçevede Kıta Avrupası ülkelerinde 19. YY itibariyle devletin ekonomik ve sosyal hayata müdahâlesi çok daha fazla artmaya başlamıştır. İkinci Dünya Savaşı'nın ardından ortaya çıkan *"refah devleti (welfare state)"* kavramının sonucu olaraksa, birey hayatının neredeyse tümü bir şekilde devlet politikalarının etkisine açılmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bugün içinde bulunulan yüzyıl itibariyle medenî yargılama hukuku modelleri açısından devletlerin tam anlamıyla liberal veya tam anlamıyla sosyalist sistem modellerini 'katı' bir şekilde benimsediğini ifade etmek güçtür. Özellikle medenî yargılama sistemlerinin uyumlaştırılması konusundaki çabaların da bir sonucu olarak, sosyalist düşüncenin etkisi altındaki yargılama modelleri liberal düşüncenin, liberal düşüncenin etkisi altındaki yargılama modelleri de sosyal düşüncenin getirilerinden beslenmektedir. Medenî *yargılama hukuklarının harmonizasyonu (harmonisation of civil procedure)* konusunda çok büyük bir rol üstlenen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin oluşturduğu içtihat hukuku da, yargısal temel hakların korunması odaklı keskin bir duruş sergilediğinden, devletlerin gün geçtikçe medenî yargılama hukuku alanında reaktif modelden aktivist modele doğru güçlü bir eğilim içine girdiğini gözlemlemek mümkündür. Örneğin liberal modelin anavatanı diyebileceğimiz İngiliz hukukunda, *Lord Woolf'*un reformlarının ardından İngiliz medenî yargılama sistemi sosyal düşüncelerden etkilenmiş; buna karşılık sos-

---

163-166; Hans Fasching, "Die Weiterentwicklung des österreichen Zivilprozessrechts im Lichte der Ideen Franz Kleins, Forschungsband Franz Klein (1854-1926) Leben und Wirken", **Beiträge des Symposiums "Franz Klein zum 60. Todestag",** Edt. Herbert Hofmeister, Manzsche Verlag, Viyana 1988, (Franz Klein), ss. 102-104; Herbert Hochegger, "Die Zivilprozessordnung aus der Sicht der Anwaltschaft", **100 Jahre österreichische Zivilprozessgesetze,** Edt. Peter G. Mayr, Verlag Österreich, Viyana 1998, ss. 87-88.

[160] Locke'un, Ortak Hukuk sistemlerindeki hâkimin rolüne ilişkin etkisi için bkz. Ulrike Seif, "Historische Bemerkungen zur Rolle des Richters in Deutschland und England", **Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag,** Verlag C.H. Beck, Münih 2004, ss. 541-543.

[161] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Zhivko Stalev, "Sosyalist Avrupa Ülkelerinde Hukuk Yargılaması", Çev. Ejder Yılmaz, **AÜHFD,** S. 1-4, 1976, ss. 151-183.

yalist modellere yakın olan pek çok medenî yargılama modeli de yargılama sistemlerine dâhil ettikleri/etmek için çaba sarf ettikleri "*uyuşmazlık çözüm odaklı*" tedbirler sayesinde liberal modelin özelliklerinden daha fazla yararlanmaya başlamışlardır[162]. Bunlar aşağıda yeri geldiğince ele alınacak; özellikle bu görüşlerin sosyalist ve liberal medenî yargılama hukuku modellerinin ispat rejimi üzerindeki etkilerinden yola çıkılarak ispat hakkı konusundaki yaklaşımlar değerlendirilecektir.

B. İdeoloji ve Medenî Yargılama Hukukunun Amacı

Yargılamanın amacı, hâkim ideolojisi ve amacı ile ispat prosedürü arasındaki çok yakın bir bağ bulunur[163]. Reaktif devlet modeli ile aktivist devlet modellerinin şekillendirdiği medenî yargılama sistemlerinin birbirinden ayrılan öncelikli farkı, yargılamanın amacı konusundaki çatallaşmadır. *Reaktif devlet modeli*nin yani liberal düşüncenin hâkim olduğu bir medenî yargılama sisteminin amacı basittir. Zira bu devlet modelinde mahkemelerin birincil fonksiyonu uyuşmazlıkların çözümüdür. Bunun ötesinde uyuşmazlık çözümünün devlet açısından farklı bir önemi bulunmaz, amaç sadece uyuşmazlıkların çözümlenmesidir. Böylece toplumda, bireyler arasında barış sağlanacaktır; toplum içinde barışın tesis edilmesinin ötesinde de medenî yargılama sisteminin bir fonksiyonu bulunmamaktadır[164].

Aktivist devlet modelinde ise, her ne kadar devlet medenî yargılama sistemi aracılığıyla yine bireyler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü yoluyla sosyal barışı sağlamayı hedeflemekteyse de, bunun ötesinde başka amaçlara da birincil derecede önem verir. Bunun başlıca olanı, şeklî hukukun fonksiyonunun maddî hukuktan kaynaklanan hakların gerçekleştirilmesine yönelmesidir. Çünkü bireylerin yaşamının hemen her alanını potansiyel olarak şekillendirme görevini üstlenen ve bu şekilde sosyal refahın toplum içerisinde eşit dağılımını gerçekleştirmeyi amaçlayan bu devlet modelinde, maddî hukuk kurallarının başlıca amacı toplum refahını yükseltmektir. Bu durumda medenî yargılama hukuku kurallarının da birincil amaçları arasında maddî hukuktan kaynaklanan hakların tesisi ve korunması olarak kabul edilir. Bu

---

[162] Bu konuda bkz. Alan Uzelac, "Goals of Civil Justice, General Report", Civil Procedure in Cross-Cultural Dialogue: Eurasia Context, IAPL World Conference on Civil Procedure (18-21 September 2012, Moscow-Russia), Edt. Dimitry Maleshin, Moskova 2012, (Goals of Civil Justice), ss. 5-12, 15-19.

[163] Bu yönde bkz. Taşpınar, Amaç Sorunu, ss. 769-770. Bu bağlamda ispat hakkı ile yargılamanın amacı arasındaki bağlantı hakkında benzer yönde bkz. Kofmel, s. 17.

[164] Damaska, ss. 73-75.

hâliyle medenî yargılama hukuku da, devletin birincil görevi olan toplumun refah seviyesinin yükseltilmesi için getirmiş olduğu maddî hukuk kaynaklı kuralların korunması ve sağlanması yoluyla sosyal refahın toplum içerisinde eşit dağılımını sağlamış olacaktır[165]. Böylece medenî yargılama, *kamusal menfaate (Wohlfahrsfunktion, public interest)* hizmet edebilecektir[166]. Hâkim, hakların korunması için devletin *uzanmış eli (longa manus)* olarak nitelendirilir[167].

Bu yaklaşımlar değerlendirildiğinde, hukuk sistemlerinde medenî yargının amacı belirlenirken, o hukuk sistemine hâkim olan ideolojik yaklaşımların itici güç olduğunu tespit etmek mümkündür. Bu kapsamda Amerika Birleşik Devletleri hukuk sistemine hâkim olan liberal düşünce, medenî yargılamanın amacının uyuşmazlıkları çözmek olduğu; buna karşılık sosyal düşüncelerin ağır bastığı Kıta Avrupası sistemlerinde yargılamanın amacının, genelde maddî hukuk kurallarının yerine getirilerek adaletin sağlanmasına yönelik olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak kanaatimizce aşağıda medenî yargılama sistemlerinin uyumlaştırılmasına yönelik çabaları da dikkate aldığımızda, bu amaçları keskin bir şekilde ayrıştırarak sistemlerin bu amaçlardan sadece biri doğrultusunda medenî yargılama kurallarına şekil verdiğini ifade etmek güçtür. Uyuşmazlıkların -*ister yargı içi olsun ister yargı dışı olsun*- çözümlenmesi hukukî olmaktan ziyâde, sosyolojik ve toplumsal bir amaçtır. Bu amacın yargılama sistemlerine yansıması ise, özellikle son elli yıldan bu yana *alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının (Alternative Dispute Resolution-ADR)* yargı sistemlerinde etkinleştirilmesine yönelik olmuştur. Ancak hukuk sistemlerinin uyuşmazlıkların çözümü için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini benimsemesi ve geliştirmesi, o hukuk sisteminin salt uyuşmazlık çözüm odaklı bir amaç benimsediği anlamına da gelmez. Şüphesiz ki, yargılama kuralları bir yandan uyuşmazlığın yargıya taşınmamasını arzularken, yargıya yansıyan uyuşmazlığın da hakikati hedeflemesini ve verilecek nihaî kararın bu anlamda toplum vicdanında da adaletin yerine getirildiği hissi ile yer bulmasını amaçlar. Dolayısıyla ispat kurallarının da salt uyuşmazlığın çözümünü veya salt gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet ettiğini ifade

---

[165] Damaska, ss. 82-85.

[166] van Rhee, Harmonisation, s. 45. Bu durum aşağıda değinileceği üzere, 19. YY'da parlayan liberal düşünceye tepki olarak güçlenmiş ve medenî yargılamanın sosyal karaterini ortaya çıkarmıştır (*bu konuda ayrıca bkz*. van Rhee, Harmonisation, s. 45). Ayrıca bkz. Alangoya, Medenî Usûlün Amacı, ss. 33 vd.; Yılmaz, Islah, ss. 2-3. Ayrıntı için bkz. Karl August Bettermann, "Hundert Jahre Zivilprozeβordnung- Das Schicksal einer liberalen Kodifikation", **ZZP,** C. 91, S. 4, 1978, ss. 365-397.

[167] Taruffo, Evidence, s. 56.

etmek güçtür. *Konuralp*'in bu konu ile ilgili değerlendirmesi, kanaatimizce ispat hukukçusunun temel prensibi olmalıdır[168]:

> "Kanımca hukuk usulünün tek amacı olduğunu benimsetecek güçlü nedenler bulunmamaktadır. Genel olarak usul kurallarının, özel olarak ispat kurallarının amaçsal yorumlanması açısından, adalete ve gerçeğe ulaşmayı da, uyuşmazlıkları çözmeyi de amaç olarak görmek, hukukçuya hem güçlü, hem de esnek bir yorum imkânı kazandırır."

Konuralp'in bu prensibi, bizim de çalışmamızın temel hareket noktalarından biri olacaktır. Bu çerçevede biz de ispat hakkını ve sınırlamalarını yorumlarken ispat kurallarının tek bir amacı olmadığı, ispat kurallarının yargılama prosedüründe yukarıda belirtilen amaçlardan herbirine belirli ölçüde hizmet ettiği anlayışından hareket edeceğiz.

C. İdeoloji ve Gerçeğin Ortaya Çıkarılması ve Taraflarca Getirilme İlkesi

Medenî yargılamanın amacı ve ideolojik tercihler her zaman ispat sistemini doğrudan etkileyen en önemli faktörlerin başında yer almıştır[169]. Yukarıda da ifade edildiği üzere, reaktif devlet modelinde medenî yargılama sistemleri salt uyuşmazlıkların çözümüne hizmet eder. Bu anlamda gerçeğin ortaya çıkarılması da sadece uyuşmazlığın taraflarını tatmin edecek şekilde anlaşmazlığın ortadan kaldırılması anlamına gelir. Bu sistemde mahkeme kural olarak tarafların ileri sürmüş olduğundan öte, kendiliğinden gerçeği araştırmaz; tarafların ortaya koymuş olduğu vakıalar, iddialar ve deliller çerçevesinde uyuşmazlığı çözer. Hâtta bu modeli benimseyen medenî yargılama sistemlerinin bütünüyle şeklî gerçeğe dayandığı, maddî gerçekle ilgilenmedikleri savunulmaktadır. Taraflar neredeyse ilgisiz vakıaların dahi yargılama sürecine getirilmesi konusunda serbesttirler. Bu sistem salt *mücadeleci sisteme (adversarial system)* dayanmaktadır ve bunun gerçekleştirilmesi için kullanılan araç, yani yargılama sürecine vakıaların, delillerin getirilmesi açısından *taraflarca getirilme ilkesi (principle of party-presentation; Verhandlungsmaxime)* yoğun şekilde uygulama alanı bulur[170].

---

[168] Konuralp, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 6.

[169] Bu konuda genel bir bakış açısı için bkz. Dieter Leipold, "Zivilprozeßrecht und Ideologie", **JZ,** 1982, (Ideologie), ss. 441-448. Taruffo, Evidence, ss. 5-11.

[170] Bu konuda ayrıntı için bkz. Taruffo, Evidence, ss. 5-6, 55.

Klasik liberalizmin altın çağını yaşadığı dönemde, batı Kıta Avrupası da taraflarca getirilme ilkesinin enstrümanlarını yoğun şekilde uygulamaktaydı[171]. Bunun bir örneği olarak *1877 Alman Medenî Yargılama Kanunu*, yoğun şekilde medenî yargılamanın *özel mesele (a private matter)* olduğu noktasından hareketle şekillendirilmişti[172]. Bu anlayış çerçevesinde eğer taraflara kendi menfaatlerini ortaya çıkarmak konusunda yeterince özgürlük verilirse, yargılama sürecinin de etkin ve etkili bir yöntemle yön bulacağı kabul edilmekteydi. Bu yönüyle 1877 Alman Medenî Yargılama Kanunu, liberal yapısı ile ön plâna çıkmıştı.[173] 19. YY'ın Alman medenî yargılama hukukçularından *Wach*'ın ifadesiyle, medenî yargılamanın amacı sadece gerçeğin ortaya çıkarılması değildir; taraflar, yargılamanın kapsamını ve amacını belirlemelidirler; gerçeğin ortaya çıkarılması ancak tarafların özel haklarının korunması ile ilgili olabilecektir[174].

Benzer şekilde 19. YY'da Hollanda medenî yargılama sistemi de, taraflarca getirilme ilkesinin yoğun bir şekilde izlerini taşmaktaydı. Buna göre *1838 tarihli Hollanda Medenî Yargılama Kanunu*'nun 48. maddesi uyarınca, taraflardan birinin ileri sürdüğü vakıa diğeri tarafından kabul edilir veya reddedilmez ise, hâkim o vakıayı ileri sürülmüş kabul edecek ve bu konuda delil ibraz edilmesini talep edemeyecekti. Söz konusu bu madde dayanak gösterilerek 1838 tarihli Hollanda Medenî Yargılama Kanunu'nun reaktif bir yapıda olduğu savunulmaktadır. Bu tarihî süreçte yaygın şekilde medenî yargılama hukukunda *maddî (substantive truth), hakikî (real truth) gerçek* değil, *şeklî gerçek (formal truth)* esas alınarak mahkeme hükmünün oluşturulması kabul ediliyordu. Hâtta bugün için dahi *taraf iradesinin (party autonomy)* Hollanda medenî yargılama sisteminde gerçeğin ortaya çıkarılması konusunda en büyük sınırlamayı oluşturduğu ifade edilmektedir[175].

---

[171] Bu konuda bkz. Taruffo, Evidence, s. 56. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Leipold, Ideologie, s. 442; Meriç, Tasarruf İlkesi, ss. 32-34.

[172] Bu konuda bkz. Alangoya, Yargılamanın Sevkinde Prensipler, s. 118; Leipold, Ideologie, s. 442.

[173] Bu konuda bkz. Yılmaz, Islah, ss. 2-3. Ayrıntılı bilgi için bkz. Betterman, ss. 367-370.

[174] Adolf Wach, **Grundfragen und Reform des Zivilprozesses,** Verlag von Otto Liebman, Berlin 1914, s. 26 (Naklen: Ververk, Fact-Finding, s. 306, dn. 16). Bununla birlikte, yargılama sisteminde salt taraf hâkimiyetine yoğun bir şekilde önem atfetmenin etkili sonuçlar yaratmadığı kısa zaman içerisinde anlaşılmış; 1909 ve 1924 yıllarında yapılan kanun değişiklikleri ile taraf hâkimiyeti kademeli olarak ve belirli oranda sınırlandırılmıştır. Bu konuda bkz. Alangoya, Yargılamanın Sevkinde Prensipler, s. 118; Leipold, Ideologie, ss. 442-443.

[175] Bkz. Ververk, Fact-Finding, s. 306 ve dipnot 22'de belirtilen yazarlar.

Amerikan medenî yargılama sistemi de belirli ölçülerde hâkime takdir yetkisi tanımakta ise de, *taraflarca getirilmesi ilkesinin (principle of party presentation)* çok yoğun bir şekilde uygulandığı *mücadeleci sistemin (adversary system)* dava sürecini adetâ bir *savaş alanına (battle-field)* dönüştürmesi, liberal politik düşüncenin tipik bir sonucudur[176]. Bu anlamıyla liberal görüşü benimseyen medenî yargılama sistemlerinde *mahkeme-merkezli (court-centered)* değil, *taraf-merkezli (party-centered)* bir ispat sistemi bulunur[177]. *Mücadeleci sistemin (adversary system),* vakıaların ortaya konulması konusunda çok daha üstün olduğu açıkça ifade edilmekte, bunun ötesinde sistemin maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasından ziyade uyuşmazlık çözüm odaklı olduğu özellikle belirtilir[178]. Hâtta *Amerikan Hukuk Enstitüsü (ALI)* tarafından hazırlanmış olan *1942 tarihli Model Delil Kanunu* (*Model Code of Evidence*) çarpıcı bir açıklıkla dava sürecinin, *gerçeğin ortaya çıkarılması için bilimsel soruşturma* yapılan bir süreç olmadığını, sadece anlaşmazlık içinde bulunan taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünü amaçladığını belirtmişti. Böyle bir ifadenin Amerika Birleşik Devletleri Model Delil Kanunu'nda yer alması, esasında tek başına sistemin özelliklerini ve ispat hakkına yüklediği anlamı gözler önüne sermektedir:

---

[176] Liberal modele dayalı medenî yargılama hukukunun, yargılama prosedürünü bir savaş alanına dönüştürdüğü benzetmesi ilk olarak *Franz Klein* tarafından yapılmış ve bu düşünce, sonradan medenî yargılama prosedürünün amacının ve yapısının değişime uğramasında önemli etkide bulunmuştur (*bu konuda ayrıca bkz.* C.H. Remco van Rhee, "Obligations of the Parties and Their Lawyers in Civil Litigation: The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure", **Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag,** Verlag C.H. Beck, Münih 2014, (Obligations of the Parties), ss. 689-690). Aynı zamanda CPR değişikliğinden önce İngiliz hukukunda geçerli olan güçlü taraf hâkimiyetinin, yargılama prosedürünü bir savaş alanına dönüştürdüğü değişiklik öncesi *Lord Woolf* tarafından birçok kez belirtilmiştir. Bu konuda bkz. Neil Andrews, "The New English Civil Procedure Rules (1998)", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (The New English Civil Procedure Rules), s. 167; Alec Brown, "The Improvement of Domestic Remedies with Particular Emphasis on Cases of Unreasonable Length of Proceedings, The British Experience: Reforming The European Convention on Human Rights: A Work in Progress", **A Compilation of Publications and Documents Relevant to the Ongoing Reform of the ECHR,** Council of Europe, Strasbourg 2009, s. 126; Francisco Cabrillo ve Sean Fitzpatrick, **The Economics of Courts and Litigation,** Edward Elgar Publishing, UK 2008, s. 121. Taraf hâkimiyetinin yoğun bir şekilde kabul edildiği yargılama modellerinde, yargılama sürecinin *bir savaş alanı* hâline getirildiği benzetmesini ilk kullananlar arasından *Franz Klein* için bkz. Pollak, s. 426 (Alangoya, Yargılamanın Sevkindeki Prensipler, s. 120'den *naklen*). Türk hukukunda da, bu ifade (*savaş alanı*) kullanılmaktadır (*bkz.* Erdönmez, s. 26).

[177] Taruffo, Evidence, s. 55. Bu durum Almanca'da genellikle "*Grundsatz der Parteiherrschaft*" olarak ifade edilir. Taraf egenemliğine dayalı, liberal bir sistemi temsil eder. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. J. Walther Habscheid, "Richtermacht oder Parteifreiheit Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozeßrechts", **ZZP,** C. 81, S. 3/4, 1968, ss. 175-196.

[178] Amerikan mücadeleci sistemi gerçeğin aramasından çok uyuşmazlıkların sona erdirilmesini amaçlar. Bu konuda ayrıca bkz. Stephan Landsman, **Readings on Adversarial Justice, The American Approach to Adjudication,** West Publishing, ABD 1988, s. 3.

"Yargılama gerçeğin ortaya çıkarılması için bilimsel bir araştırma yapma anlamına gelmez; zıt menfaatler içerisindeki taraflar arasında uyuşmazlığın çözüm yöntemidir." [179]

Buna karşılık *iyi toplum modelini (a good society)* benimseyen ve bunun gerekliliklerini uygulayan *aktivist devlet modelinde*, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere medenî yargılama sistemi maddî hukuktan kaynaklanan hakların sağlanması ve korunması işlevine hizmet eder. Bu görüş, temelinde sosyalist ideolojinin ürünü olarak şekillenmiştir [180]. Bu sebeple de, bu sistemde davanın temelini oluşturan vakıaların gerçeğe uyumlu şekilde ortaya çıkarılması büyük önem arz eder. Ancak bu şekilde, hayat olayları üzerine hakikate uygun bir karar verilerek toplumun refahını düzenlemeye yönelmiş olan maddî hukuktan kaynaklanan hakların uygulanması ve korunması gerçekleşebilecektir. Dolayısıyla aktivist devlet modelinde, gerçeğin ortaya çıkarılması, medenî yargılama sisteminin en temel görevi olarak kabul edilir. Bu sebeple de medenî yargıda hâkim, *savcı (state attorney)* gibi devlet temsilcilerine tarafların iddia ettiklerinin arkasında veya ötesinde yatan gerçeği ortaya çıkarma görevi aktif olarak verilmekte; salt *mücadeleci sistemin (adversarial system)* uygulanmasının, gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleyeceği kabul edilmektedir. Bu yüzden tarihî gelişim içerisinde salt aktivist modele dayalı -*çoğunlukla klasik sosyalist teoriyi benimseyen*- medenî yargılama hukuklarında *kendiliğinden araştırma sisteminin (inquisitorial system)* yoğun şekilde uygulanmış olduğu da rahatlıkla tespit edilebilir[181].

Aktivist devlet politikalarının medenî yargılama alanında uygulamaya geçirilmesi konusunda ilk ve oldukça başarılı örnek *1895 tarihli Avusturya Medenî Yargılama Kanunu* olmuştur. Bu Kanun toplum içerisinde refah düzeyinin geliştirilmesine hizmet eden maddî hukuk kurallarının uygulanması ve korunması amacını taşımıştır[182]. 1895 tarihli Avusturya Medenî Yargılama Kanunu otoriter yapılı olması ile birlikte modern refah devletinin gerekliliklerini tam olarak karşılayabilen yapısıyla 20. YY'dan itibaren pek çok Batı Avrupa ülkesi tarafından rol model olarak alınmıştır. Bu Kanun faydacı, uyuşmazlık çözüm odaklı yöntemleri uygulamakla

[179] Edmund M. Morgan, "The Code of Evidence Proposed by the American Law Institute", **American Bar Association Journal,** C. 27, S. 9, 1941, s. 539.
[180] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Meriç, Tasarruf İlkesi, s. 34-37.
[181] Bu konuda bkz. Verkerk, s. 303-304.
[182] Bu konuda bkz. Hagen, ss. 389-390; Meyer, s. 1.

da yakından ilgilenen; aynı zamanda, açıkça gerçeğin ortaya çıkarılmasının önemini vurgulayan ve *taraflarca getirilmesi ilkesini (principle of party presentation)* reddeden bir sistem üzerine inşa edilmiştir. Böylece liberal yargılama hukuku anlayışından, sosyal yargılama hukuku veya yargılama hukukuna sosyal karakter katılması aşamasına geçmek konusunda büyük bir değişim yaşandı[183].

Sosyalist doktrine dayalı bu model, temelde, yargılamanın tarafları arasındaki eşitsizliklerin ortadan kaldırılması amacıyla[184] hâkimi yargılama sürecinde aktifleştirmiş ve bu anlamda taraf hâkimiyetini sona erdirme yöntemlerini tercih etmiştir. 19. YY Avusturyalı sosyalist hukukçu *Anton Menger*'e göre Avusturya ve Almanya'da uygulanmış olan taraf egemenliğine dayalı *mücadeleci sistemlerin (adversarial system)* adetâ ekonomik yönden güçsüz olan tarafa 'eziyet' ettiğini ifade etmiştir. Zira hâkimin oldukça pasif olduğu taraf egemenliğine dayalı bir *mücadeleci sistemin (adversarial system)*, yargılamanın taraflarını ekonomik yönden külfetli hukukî yardıma muhtaç kılmakta; bu durum da *-hâtta bazen avukatla temsil edilmek için dahi ekonomik durumu yeterli olmayan taraf karşısında-* ekonomik yönden güçlü olan tarafın yargılama sürecinde haksız bir şekilde avantaj sağlamasına sebebiyet vermekteydi[185]. Oysa sosyalist doktrinin aksine, böyle bir sistem zıt menfaatler taşıyan tarafları yarışa sokmakta, bu durum ise sosyalist devletin çok daha derinlerde yatan sosyal amacı ile çelişmekteydi. Zira bu teoriye göre nihayetinde maddî hukuk da medenî yargılama hukuku da kamu hukukunun hizmetindedir[186].

Taraflarca getirilme ilkesini (principle of party presentation) reddedip hâkime tarafların iddialarının arkasında ve ötesinde bulunan gerçeği ortaya çıkarma konusunda aktif görev yükleyen sosyalist medenî yargılama modelleri arasında en bilinen örnek, *1964 tarihli Rusya Sosyalist Federal Cumhuriyeti Medenî Yargılama Kanunu*'dur. Bu Kanun sadece taraflarca getirime ilkesini değil, devlet avukatına yani *savcıya (Prokurutura)* menfaati ihlâl edilen bireyler adına medenî yargıda dava açma

---

[183] Bu duruma medenî yargılamanın *sosyal fonksiyonu (Sozialfunktion, social function)* da denir (van Rhee, Harmonisation, s. 45). Bu konuda ayrıca bkz. Hagen, s. 390; Leipold, Ideologie, ss. 446-447; Meyer, ss. 1-2; Taşpınar, Amaç Sorunu, s. 777; Yılmaz, Islah, s. 3.

[184] Ki bu ihtiyaç, *tarafların eşit silâhlarla yargılanma hakkının (Waffengleichheit)* doğuşunu önemli ölçüde etkilemiştir. Bu konuda bkz. Taşpınar, Amaç Sorunu, s. 777, dn. 53.

[185] *Anton Menger*'in düşünce yapısının medenî yargılama üzerindeki etkisi için bkz. Leipold, Ideologie, ss. 443-444.

[186] Bu konuda bkz. Verkerk, s. 330.

yetkisi tanıyarak aynı zamanda *tasarruf ilkesini (principle of party-disposition; Dispositionsmaxime)* de çürütmüştür[187].

1975 tarihli Demokratik Almanya Cumhuriyeti Medenî Yargılama Kanunu da sosyalist medenî yargılama kanununa sahip olma özelliği ile birlikte hâkime yargılama ve bu arada ispat sürecinde oldukça geniş yetki tanıyan bir başka örnektir[188]. Bu Kanun, ilk yedi Paragrafı ile medenî yargılama kanununun amacını ayrıntılı şekilde ortaya koymakta ve bu anlamda sosyalist medenî yargılama kanunlarının temel prensiplerini belirtmektedir. Bu Kanun'un *"Mahkemelerin Görevleri (Aufgaben der Gerichte)"* başlıklı § 2'de açıkça mahkemelerin 'sosyalist devlet'i korumakla yükümlü olduğu; bu anlamda mahkemelerin, hukuken tanınan menfaatlerin ve hakların uygulanmasının ve korunmasının sağlanması ile yükümlü olduğunu; böylece etkin bir hukukî koruma sayesinde vatandaşların oluşturduğu toplumda sosyalist ilişkilerin gelişmesine katkı sağlanacağı düzenlenmiştir. Devamında mahkemelerin gerçek vakıalara ve hukuka dayanarak doğruyu ortaya çıkarma yükümlülüğü altında olduğu; davanın taraflarına haklarını ve ödevlerini hatırlatmakla ve bu konuda taraflara yardımcı olup onları yönlendirmekle görevli olduğu belirtilmiştir[189]. *"Tarafların Hakları ve Yükümlülükleri (Rechte und Pflichten der Prozessparteien)"* başlığını taşıyan §3'de yargılamanın taraflarının davaya ve özellikle vakıaların ortaya çıkarılması sürecine katkı sağlama, katılma 'hak ve yükümlülüklerinin' bulunduğu düzenlenmiştir[190]. Kanun devamında §7 ile sosyalist medenî yargılama sistemlerinin belki en önemli farkını temsil eden *devlet avukatının (Staatsanwalt)* medenî yargıda görülen davalardaki temel görevlerini düzenlemiştir. Bu kapsamda devlet avukatı sosyalist hukuk düzeninin, sosyalist devletin ve kamunun veya sosyalist düzenin malvarlığını ve vatandaşların haklarını korumak için görevini yerine getirir; her yargılamaya katılır, dava açmak veya kanun yoluna başvurmak için talepte bulunur[191].

---

[187] 1964 tarihli Rusya Sosyalist Federal Cumhuriyeti Medenî Yargılama Kanunu madde 41 ve Devlet Avukatlarına İlişkin Kanun'un (Law on Prokuratura) 27. maddesinin, 4. fıkrası açıkça devletin (state), toplumun (society) veya vatandaşların (citizens) menfaatlerinin korunması için devlet avukatına (state attorney; Prokurutura) dava açma veya açılan davaya yargılamanın herhangi bir aşamasında mümüdahâle olma yetkisi tanımaktaydı. Bu konuda bkz. Verkerk, s. 331.

[188] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Balkowski, s. 517-538; Leipold, Ideologie, ss. 444-445.

[189] Balkowski, s. 526; Leipold, Ideologie, s. 444.

[190] Balkowski, s. 527; Leipold, Ideologie, s. 442.

[191] Balkowski, s. 527.

1975 tarihli Demokratik Almanya Cumhuriyeti Medenî Yargılama Kanunu'nun bu kurallarında belirtilen genel prensipler esasında aktivist devletlerin temel amaçlarını özetlemektedir. Kanun'un geri kalan hükümleri de, başlangıçta belirtilen temel prensiplerle uyumlu olarak hükme bağlanmıştı. Bu hükümler arasında savcıya deliller hakkında görüş bildirme konusunda birtakım özel yetkiler verilmesi, mahkemeden davanın yeniden görülmesi talebinde bulunulması ve devlet adına Yüksek Mahkeme'den kararın bozulmasını talep etmek gibi düzenlemeler yer almaktaydı[192].

Nazi Almanyası döneminde medenî yargılama hukukuna ilişkin hazırlanan kanun tasarıları, medenî yargılama hukuku alanında kollektivist yaklaşıma bir başka örnektir. Bu dönemde hazırlanan yeni Medenî Yargılama Kanunu, Nazi Almanya'sında hiçbir zaman yürürlüğe konulmadı. Ancak bu dönemde devletin yargı faaliyetini, önemli ölçüde devlet politikasının gerçekleştirilmesi için bir araç olarak görmesinin bir yansıması, 1941 tarihli Savcıların Medenî Yargıda Görülen Davalara Katılımına İlişkin Kanun çalışmasında görülmekteydi. Bu Kanun'da taraflarca getirilme ve tasarruf ilkesi ortadan kaldırılmış; yerine kendiliğinden araştırma ilkesi yoğun bir şekilde vücut bulmuştur. Buna göre Kanun savcıya 'kamu yararı' için sözlü duruşmalara katılma, yargılamaya davanın temelini oluşturan vakıaları getirme, delil sunma, hüküm hakkında tavsiye verme yetkileri tanınmıştır[193].

Sosyalist veya nasyonal sosyalist politikaların ürünü olan 1964 tarihli Rusya Sosyalist Federal Cumhuriyeti Medenî Yargılama Kanunu, 1975 tarihli Demokratik Almanya Cumhuriyeti Medenî Yargılama Kanunu ve Nazi Almanya'sında medenî yargılama hukukuna ilişkin hazırlanan kanun tasarıları ile karşılaştırıldığında, 1895 tarihli Avusturya Medenî Yargılama Kanunu'nun çok daha az radikal olduğu haklı olarak belirtilmektedir[194]. Ancak 1895 tarihli Avusturya Medenî Yargılama Kanunu'nun babası *Franz Klein*'ın da sosyalist *Anton Menger*'den etkilendiği de dikkate alındığında, söz konusu kanunlar arasındaki benzerlikler de yadırganmamaktadır[195]. Nitekim pek çok Doğu Avrupa ülkesi sosyalist ideolojiyi hukuk sistemlerine adapte etmeden önce büyük ölçüde Avusturya Medenî Yargılama Kanunu'nu model olarak

[192] Bu konuda bkz. Verkerk, s. 332.
[193] Kanun'un 1. bölümünün, 1. Paragrafında yer alan düzenleme için bkz. Ververk, s. 311, dn. 46.
[194] Bu konuda bkz. Verkerk, s. 311.
[195] Bu konuda bkz. Leipold, Ideologie, s. 443; Meyer, s. 1.

kullanmıştı[196]. Sistemlerin ideolojik yaklaşımında yaşanan gelişmeler ve bu doğrultuda gerçekleştirilen yapısal reformların 21. YY'da geçirdiği eğilimler, ispat hakkı odak alınarak bundan sonraki başlığımız altında incelenecektir. Bu incelemeyi yaparken geçmişte özellikle aktivist ve rekatif devlet modellerine göre şekillenmiş medenî yargılama sistemlerinin mevcut durumları ülke bazında incelenmeye çalışılmıştır. Şüphesiz ki bu sistemlere dâhil olan her bir hukuk sisteminin incelenmesi, çalışmamızın boyutlarını aşmaktadır. Bu sebeple biz de özellikle yukarıda belirtmiş olduğumuz temel sistemlerin itici lokomotif modellerini seçerek günümüzdeki yaklaşımlarını ispat hakkı çerçevesinde incelemeye çalıştık.

D. İdeoloji ve İspat Rejimleri

Yukarıda da ele alındığı üzere reaktif devlet politikasında devletin yargı mekanizmasındaki rolü de esasında yalındır, uyuşmazlıkların çözümü. Bu çerçevede devlet mahkemelerini yargılama sürecindeki rolü de sadedir ve bu yüzden oldukça pasif yetkilerle donatılmıştır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, Kıta Avrupası sisteminde mahkemeler aracılığıyla yürütülen ve klasik anlamda mahkemelere ait olan

[196] *Franz Klein* ve Avusturya medenî yargılama sisteminin Alman medenî yargılama sistemi üzerindeki etkisi için bkz. Meyer, ss. 1-2. *Franz Klein* ve Avusturya medenî yargılama sisteminin Bosna Hersek medenî yargılama sistemi üzerindeki etkisi için bkz. Meliha Povlakic, "Bosnien und Herzegowina", **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittel- und Süd- osteuropa seit 1918,** Edt. Walter H. Rechberger, Jan Sramek Verlag 2011, ss. 204-213. *Franz Klein* ve Avusturya medenî yargılama sisteminin Hırvatistan medenî yargılama sistemi üzerindeki etkisi için bkz. Alan Uzelac, "Koratien", **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittel- und Süd- osteuropa seit 1918,** Edt. Walther H. Rechberger, Jan Sramek Verlag 2011, ss. 175-176. *Franz Klein* ve Avusturya medenî yargılama sisteminin Macaristan medenî yargılama sistemi üzerindeki etkisi için bkz. Miklós Kengyel, "Ungarn", **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittel- und Süd- osteuropa seit 1918,** Edt. Walter H. Rechberger, Jan Sramek Verlag 2011, ss. 140-141; Miklós Kengyel, "Die ungarische Zivilprozessordnung 1911 - ein Meisterwerk von Sándor Plósz", **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mitteleuropa um die Jahrtausendwende,** Edt. Thomas Sutter-Somm ve Viktória Harsági, Schultess, Zürih 2012, ss. 19-21; Walter Rechberger, "Die österreichische ZPO 1985 - (k)ein Vorbild für die ungarische ZPO 1911?", **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mitteleuropa um die Jahrtausendwende,** Edt. Thomas Sutter-Somm ve Viktória Harsági, Schultess, Zürih 2012, ss. 1-15. *Franz Klein* ve Avusturya medenî yargılama sisteminin Slovenya medenî yargılama sistemi üzerindeki etkisi için bkz. Ales Galic, "Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Slowenien", **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mitteleuropa um die Jahrtausendwende,** Edt. Thomas Sutter-Somm ve Viktória Harsági, Schultess, Zürih 2012, ss. 87-88; Vesna Rijavec, "Slowenian", **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mitteleuropa um die Jahrtausendwende,** Edt. Thomas Sutter-Somm ve Viktória Harsági, Schultess, Zürih 2012, ss. 87-89. *Franz Klein* ve Avusturya medenî yargılama sisteminin Ukrayna medenî yargılama sistemi üzerindeki etkisi için bkz. Volodymyr Kossak, "Ukraine", **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittel- und Süd- osteuropa seit 1918,** Edt. Walter H. Rechberger, Jan Sramek Verlag 2011, ss. 127-129. *Franz Klein* ve Avusturya medenî yargılama sisteminin genel olarak Kıta Avrupası medenî yargılama sistemleri üzerindeki etkisi için bkz. Frodl, ss. 43-67; Evren Koç, "Franz Klein'ın Ana Fikirlerinin Yeni Avusturya Medeni Usul Mevzuatında Süre Gelen Etkisi", **Hüseyin Hatemi Armağanı,** İstanbul 2009, ss. 1139-1146; Stürner, Struktur, ss. 491-505.

işlerin önemli bir kısmı avukatlara verilmiştir. Örneğim *ön tahkikat aşaması (pre-trial stage)* avukatlara tanınan delil toplama yetkileri bunların açık örneğidir. Bu kapsamda Amerika Birleşik Devletleri medenî yargılama sisteminde tanıkların beyanları mahkemede değil, avukatlar tarafından hukuk bürolarında alınabilmektedir[197]. Oysa Kıta Avrupası sisteminde avukatların duruşma dışında tanıklarla iletişime geçmesi, tanığın ifadelerinin mahkeme tarafından değerlendirilmesi aşamasında olumsuz bir faktör olarak nitelendirilir ve tanığın inanılırlığına gölge düşürür. 1938 tarihli *Federal Medenî Usûl Kuralları (Federal Rules of Civil Procedure)* avukatlara *ön tahkikat araçlarıyla (pre-trial devices)* verilen buna benzer yetkilerle, uyuşmazlığın temeli olan *vakıaların ortaya çıkarılması (fact-finding)* sürecini adetâ mahkemede görülen *duruşmalardan (trials)*, *dava öncesine (pre-trial stage)* çekmiş; bu anlamda vakıaların ortaya konulması süreci de mahkemelerden, avukatlık bürolarına taşınmış olmuştur. Bazı değişikliklerle birlikte hâlen temel yapısını koruyan 1938 tarihli FRCP'nin ön tahkikate ilişkin hükümleri avukatların, uyuşmazlığın temeline ilişkin tüm vakıaların ve delillerin araştırılması ve ortaya konulması sürecini mümkün olduğunca az mahkeme müdahâlesi ile gerçekleştirebilmesine yöneliktir[198]. Yine ispat kurallarının zor ve karmaşık yapısı, sistem içerisinde avıkatlatın ön plana çıkması için kabul edilen bir hukuk politikasıdır[199].

Aktivist devlet politikasında ise, yukarıda söz edilenlerin aksine mahkeme *vakıaların ortaya çıkarılması (fact-finding)* sürecinde aktif olarak rol oynar; böylece sosyal refahın toplum içerisinde eşit dağılımı ve korunması konusundaki fonksiyonunu yerine getirmiş olur. Hâtta 21. YY'da dünyada temel haklar arenasında yaşanan gelişmeler, aktivist devletler açısından aynı zamanda yargılamanın temel haklara uygun şekilde gerçekleştirilmesi konusunda ilâve yükümlülüklerin doğmasına sebebiyet vermiştir. Bu anlamda sosyal refahın sağlanması amacı, artık sadece yargılama

---

[197] Bu konuda bkz. Suzanne M. Grosso, Edt. "International Discovery: Around the World in Ninety Minutes", **2008 ABA Annual Meeting, Section of Litigation August 7-10, 2008,** s. 6; Birgit Kurtz, "U.S. Discovery: An Introduction", **DAJV Newsletter,** S. 1, 2012, s. 8.

[198] Bu konuda bkz. Robert Kagan, **Adversarial Legalism, The American Way of Law,** Harvard Univ. Press 2001, ss. 105-106; John Langbein, "The German Advantage in Civil Procedure", **The Univ. of Chicago L.R.,** C. 52, S. 4, Bahar/1995, (The German Advantage), ss. 536 vd.; Motoko Yoshida, **Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess** (Regensburg, Univ., Diss., 2000), Peter Lang, Frankfurt am Main 2001, ss. 81-83. Ayrıca bkz. Hein Kötz, "Civil Justice Systems in Europe and The United States", **Duke Journal of Comparative & International Law,** C. 13, 2003, ss. 61-77.

[199] Bu yönde eleştiri için bkz. Peter Murray ve John Sheldon, "Rethinking the Rules of Evidentiary Admissibility in Non-Jury Trials", **ZZPInt,** C. 8, 2003, s. 575.

sürecinde gerçeğin ortaya çıkarılması için vakıaların ve delillerin ortaya konulması konusunda mahkemelere aktif görevler yüklemekle kalmıyor, aynı zamanda yargılamanın temel haklara uygun şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak konusunda da yükümlülükler getiriyor. Nitekim daha önce medenî yargılama hukukunun amacı konusunda yaptığımız açıklamalarda da belirtildiği üzere, artık 21. YY itibariyle medenî yargılama hukuku sistemlerinin en önde gelen amaçları arasında, yargılamanın temel yargısal haklara uygun şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak yer almaktadır. Bunun için de şüphesiz salt müvekkillerinin menfaatleri çerçevesinde hareket eden avukatların yargılama sürecinde uzman hâkimler tarafından yönlendirilmesi, denetlenmesi gerekir. Aksi hâlde yargılamanın amacı olan âdil bir yargılamanın gerçekleşmesi mümkün olamaz[200]. Bu ise adalet sistemi açısından çok daha güçlü bir altyapı, emek ve masrafı gerektirmektedir. Bu amacın gerçekleştirilmesi için alanında uzman çok sayıda hâkimin yargılama sürecinde tarafları ve/veya vekillerini vakıalar, deliller konusunda bilinçli bir şekilde yönlendirmesini, yargılamaya şekil vermesini gerektirir.

Buna karşılık reaktif devletlerde ise, sistemin uzman hâkimlerden çok daha fazla uzman avukatlara ihtiyâcı bulunur. Amerikan yargılama sistemi bunun tipik örneğidir. Zira Amerikan yargılama sisteminde uyuşmazlıkların büyük bir bölümü *ön tahkikat (pre-trial)* aşamasında işinde uzman ve kurnaz avukatların, delillerin ve vakıaların ortaya çıkarılması konusunda gösterdiği beceri ile mahkemeye taşınmadan sonuçlandırılır[201]. Ön tahkikat aşamasında hangi tarafın avukatı daha iyi çalışır, kendilerini anlaşmaya götürecek bilgi ve delillere daha fazla ulaşırsa, *ön tahkikat (pre-trial)* sonucunda yapılacak pazarlık sürecinde çok daha güçlü bir konuma kavuşur. Böylece yapılan *pazarlıklar (negotiations)* neticesinde anlaşmazlık biraz da *karşı tarafı zor duruma iterek (extortive settlement[202])* giderilmiş olur. Nitekim Amerikan medenî yargılama sisteminde anlaşmazlıkların yüzde doksanbeşi ön tahkikat aşamasından sonra, *discovery* kurumunun tanıdığı yetkiler kapsamında elde edilen bilgi ve delillerle taraflar arasında yapılan pazarlık sonucunda, mahkemeye gidilmeden

[200] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 8 ve § 9.
[201] Hatta bu durumun, avukatların hukuk sistemini manipüle etmeye yönelik bir yapıya *(manipulative lawyering)* dönüştürdüğü ifade edilerek sistem eleştirilmektedir. Bu konuda bkz. Kagan, ss. 118-119.
[202] Kagan, ss. 119-121.

çözümlenmektedir[203]. Bu anlamda ispat süreci Amerikan medenî yargılama sisteminde taraflara bir hak bahşetmekten ziyade, sonradan gerçekleştirilecek pazarlık aşamasında tarafın elini güçlendiren bir silâh olarak algılanmaktadır. Bunun için de kazanmak isteyen tarafın, uyuşmazlıkların yüzde onunun gittiği mahkeme sürecindeki uzman hâkimden çok daha fazla, işinde profesyonel olan avukata ihtiyâcı bulunacaktır. Nitekim aşağıda gösterilen tabloda da reaktif medenî yargılama sistemlerinin, vakıaların ve delillerin ortaya çıkarılması sürecinde aktif rol oynayan hâkimlerden değil, uzman avukatlardan beslendiğini sayısal olarak ortaya koymaktadır[204].

Buna karşılık aktivist devletlerde asıl olan yargılamayı aktif şekilde yöneten; tarafları, vakıaların ve delillerin ortaya çıkarılması konusunda yönlendiren uzman hâkimlerin varlığıdır. Zaten aktivist devletlerin bir diğer özelliği de bireylerin herhangi bir avukata başvurmadan dahi haklarını kolayca arayabileceği; bu anlamda etkin hukukî korumanın[205] yoğun bir şekilde gerçekleştirilmeye çalışılmasıdır. Bu sebeple kolayca mahkemelere erişebilen bireyler, mahkemeye başvurduktan sonra da haklarını uzman, etkin ve aktif hâkimlerin yönlendirmesiyle hukukî güvence altına alabileceklerdir[206].

Bu değerlendirmeler çerçevesinde bir sonuca varmak gerekirse:

---

[203] Kagan, s. 108.

[204] Adversarial system'ın eleştirisi hakkında bkz. Taruffo, Evidence, s. 57.

[205] Etkin hukukî korumanın gereklilikleri konusunda bkz. Mine Akkan, "Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma", **Legal MİHDER,** S. 6, 2007, (Etkin Hukukî Koruma), ss. 29-68.

[206] Tablo: Medenî Yargılama Sistemlerinde Profesyonel Hâkim ve Avukatların Sayısal Değerleri

	Her 100.000 kişi için kişi başına düşen profesyonel *hâkim* sayısı	**Her 100.000 kişi için kişi başına düşen *avukat* sayısı**
İngiltere ve Galler	**3,6**	**299,1**
Amerika Birleşik Devletleri	**10,2** (*eyalet mahkemesi hâkimi*) **0,4** (*federal mahkeme hâkimi*)	**397**
Hollanda	15,2	100,4
Avusturya	17,8	89,5
Romanya	19,0	96,2
Almanya	24,3	190,4
Rusya Federasyonu	22,6	**45,9**
Slovenya	**49,9**	63,1
Türkiye	**10,6**	**96,9**

2012 yılı itibariyle Amerika Birleşik Devletleri'nde Amerikan Barolar Birliği'nin verilerine göre 1,245,205 avukat bulunmaktadır (http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/market_research/2013natl_lawyer10_year_trends.authcheckdam.pdf). 2012 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin nüfusu 313,847,465'tir (http://www.census.gov/population/international/data/countryrank/rank.php).

(*i*) Reaktif devlet politikasında, ispat taraflar açısından bir "hak"tan ziyade, uyuşmazlığın kendi lehlerine çözümlenmesi için kullandıkları birer "silâh"tır. Zira taraf avukatlarının delilleri keşfettiği *ön tahkikat sürecinde (pre-trial)*, hangi taraf vekili daha iyi çalışır, bulduğu deliller aracılıyla karşı tarafı daha fazla baskı altına alırsa, sonrasındaki pazarlık sürecinde uyuşmazlık büyük ihtimâl ile o tarafı tatmin edici şekilde çözümlenecektir. Bu şekilde reaktif devlet politikasının amacı olarak uyuşmazlık anlaşma yoluyla sona erdirilecek; taraflar tatmin olacaktır. Bu anlamda devletin gerçeğin peşinden koşmak gibi bir kaygısı olmayacak; zira kendi menfaatlerini en iyi şekilde kendilerinin belirleyeceği taraflar kendileri için en uygun şekilde uyuşmazlığı sona erdirmiş olacaktır.

(*ii*) Buna karşılık aktivist devlet politikasında, adalet mekanizmasının en önemli amacı sosyal refahın arttırılması ve korunması olduğundan, salt uyuşmazlığın bir şekilde çözümlenmiş olması aktivist devlet politikası için hiçbir zaman yeterli değildir. Uyuşmazlığın çözümüne ilişkin verilen nihaî karar aynı zamanda toplumsal refahın eşit şekilde dağıtımını sağlayacağından, hâkikatin ortaya çıkması; bunu gerçekleştirirken de tarafların eşit yargısal haklarla donatılmış olması gerekmektedir. Bu sebeple ispat süreci, salt taraf avukatlarının egemenliğine verilecek bir mesele değildir; bu anlamda tarafların eşit yargısal imkânlara ve bu arada ispat hakkına sahip olabilmesi için mahkemenin aktif yönetimi ve yönlendirmesi gerekmektedir. Hâtta katı şekilde aktivist devlet teorisine bağlı olan medenî yargılama sistemlerinde tarafların hâkimi bağlayacak şekilde ispat ve delil sözleşmeleri akdetmeleri dahi yasaktır[207]. Örneğin taraflarca getirilme ilkesini reddeden 1895 tarihli Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nda bir belgeye tam ispat gücünü veren veya delillerin ispat değerini sınırlayan ispat ve delil sözleşmeleri geçerli değildir.

E. HMK'nın Hâkim İdeolojisi ve Bunun İspat Hakkı Üzerindeki Etkisinin Değerlendirilmesi[208]

Medenî yargılama sistemini oluşturan normatif kurallar, esasında bir bütünün içerisinde kabul edilmiş temel ilkelerin yansımasıdır. Bu anlamda medenî yargılamaya hâkim olan ilkeler, bir makinenin çarkları gibi birbirini tamamlar ve yargılamaya ilişkin tüm kurallar bu çarkların arasından geçerek şekillenir. Yargılama modelinin temel ilkeleri, o yargılama modeline şekil verir ve sistemin temel felsefesini oluşturur. Bu durum ispat hakkı konusundaki gereklilikleri bir nebze de olsa, göreceli hâle getirir. Zira hâkimin kendiliğinden araştırma ilkesinin kabul edildiği bir yargılama modeli ile taraf egemenliğinin en üst sınırında uygulandığı, liberal anlayışın kabul edildiği bir yargılama modelinin ispat hakkının gerekliliklerine aynı şekilde ve aynı araçlarla şekil vermesi mümkün değildir. Şüphesiz ki, içinde bulunduğumuz yüzyılda artık temel hakların ve özellikle yargısal temel hakların büyük bir

[207] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 9, II, F, e.
[208] Bu yönde bir değerlendirme için bkz. Alangoya, Medeni Usulün Amacı, ss. 33-54.

yükselişle önemini her geçen gün ve hemen hemen her yargılama modelinde kabul ettirmesi, bir yargılama modelinin benimseyeceği ispat hakkı gerekliliklerini görecelilikten uzaklaştırmakta ve objektif birtakım evrensel değerler üzerine inşasını sağlamaktadır. Âdil bir yargılamanın temel unsuru olan ispat hakkının sağlanması, aynı zamanda âdil bir yargılamanın diğer unsurlarına ve diğer temel haklara saygı duyulmasını gerektirir. Bu temel değerler üzerine inşa edilen ispat hakkı, temel karakterini temel haklar öğretisinden almakla birlikte, sistemin benimsemiş olduğu temel felsefe ispat hakkına o model içinde şekil vermeye devam edecektir. Dolayısıyla ispat hakkının, nasıl bir yargısal modele ithâl edileceğinin belirlenmesi, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ispat hakkının yargılama sistemimizdeki gerekliliklerini tutarlı bir şekilde değerlendirebilmemiz için gereklidir.

Temel haklar öğretisi, ispat hakkının tesisi ve temini için temel zorunlulukları belirler; bunun ötesinde bir yargılama sisteminde ispat hakkı, yine de görünüm şeklini yukarıda belirtmiş olduğumuz yargılama modelinin temel ilkelerinden alır. Nihâyetinde ham maddesini temel haklar öğretisinin oluşturacağı ispat hakkı, görünüm şeklini yukarıda bahsetmiş olduğumuz çarklardan çıkarak şekillenen yargılama kuralları içerisinde bulur. İspat hakkının hammaddesi, çekirdeği hemen her yargılama sisteminde belirlidir -*ki bu çekirdek temel haklar öğretisinden kaynağını almaktadır*-; ancak tezâhür şekilleri farklıdır. Nitekim her bir yargılama modelinde, çekirdeği aynı hammaddeden oluşan ispat hakkının ithâl edileceği yargılama modelleri, birbirinden çok farklı ilkelere ve yargılama geleneklerine sahip olabilir. Hukuk sistemimizde de, ispat hakkını, temelini aldığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile Anayasa'mızın 36. maddesindeki *âdil yargılanma hakkı* şekillendirecektir.

Özel hukuk sistemimize şekil veren maddî hukuktaki *irade serbestisi (Privatautenomie)*, yargılama sürecinde tezâhür şeklini taraf egemenliğine bırakır. Taraf egemenliğine dayalı bir yargılama modelinde dava malzemelerinin yargılamaya getirilmesi ve uyuşmazlık konusu üzerindeki tasarruf yetkisi taraflara ait olacaktır. Medenî yargılama hukuku geleneğimizde, özel hukuk ilişkilerinde bireylerin menfaatlerinin çatışması üzerine uyuşmazlığa düşmeleri hâlinde, bu uyuşmazlığı yargı otoriteleri önüne getirmeye kendileri karar verirler. Bu kapsamda taraflar uyuşmazlığı kendileri yargı önüne getirmeye karar verdikleri gibi, uyuşmazlığı da kendi iradeleri ile sonlandırma özgürlüğüne sahip olurlar. Bu özgürlük aynı zamanda uyuşmazlık konu-

su üzerinde tarafların hâkimiyet yetkisine, belirli bir noktaya kadar yargılama sürecinde de sahip olmalarını sağlar. Bu gelenek, medenî yargılama hukukunda *tasarruf ilkesi* ile ifade edilir. Tasarruf ilkesi, kendiliğinden harekete geçme ilkesinin karşıtıdır ve bu ilkenin özel hukuk alanında irade serbestisine üstünlük tanıyan hukuk sistemlerinde benimsenmesinin biri teknik, diğeri ideolojik olmak üzere temelde iki gerekçesi bulunur. Tasarruf ilkesinin benimsenmesinin teknik gerekçesi, tarafların menfaatlerinin yargılamada gerçeği ortaya çıkarmaya yönelecek olması; ideolojik gerekçesi de, irade serbestinin dava sürecinde de devamını garanti altına almaktır[209].

Tasarruf ilkesi ile *dava konusu* üzerinde taraf egemenliğini kabul eden medenî yargılama sistemlerinde *dava malzemelerinin (vakıaların ve delillerin)* davaya kimin tarafından, hangi ölçüye kadar getirilmesine izin verileceği de ayrı bir meseledir. Bu konuda iki sistem geçerlidir: Birincisi, dava malzemesi üzerinde taraf egemenliğini kabul eden *mücadeleci, çekişmeli*[210] *sistem (adversarial system)*; ikincisi ise, dava konusu üzerinde tarafların hâkimiyetini (*tasarruf ilkesi*) kabul etmekle birlikte, dava malzemelerinin yargılamaya getirilmesi konusunda mahkemeye belirli bir dereceye kadar yetki tanıyan *araştırmacı sistem (inquisitorial system)*. Bu konuda yargılama sistemlerinin yapacağı tercih, çoğu zaman yargılamanın amacını da odak aldığından, bu iki karşıt sistem oldukça fazla bilimsel tartışmalara konu olmuştur.

Mücadeleci sistemde, dava malzemesinin yargılamaya getirilmesi ve yargısal süreçte bunlar üzerindeki kontrol yetkisi taraflara aittir ve hâkim dava malzemesi (*vakıalar ve deliller*) üzerinde herhangi bir yetkiye genellikle ve kural olarak sahip değildir. Bu durum aynı zamanda yargısal prosedürün, tarafların istediği şekilde yürütülmesine imkân verir. Bu sistemde hâkim pasif konumdadır, âdeta hakem gibidir ve prosedür üzerinde kontrol yetkisi çok sınırlıdır. Genellikle reaktiv devetlerde rastlanan bireyci, liberal anlayışın geçerli olduğu hukuk sistemleri çoğunlukla mücadeleci yöntemi benimserler ve dava konusu ile dava malzemeleri üzerindeki yetki hâricinde yargısal prosedürü kontrol etme yetkisi de uyuşmazlığın taraflarına bahşedilir.

---

[209] Habscheid, Richtermacht, s. 187; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 108.

[210] Burada "*adversarial system*" tam anlamıyla Türkçe'ye "*çekişmeli sistem*" olarak çevrilebilir. Ancak biz çalışmada bu ifadeyi kullanmayı, özellikle "*çekişmeli yargı*" ile karıştırılması endişe ile tercih etmiyoruz. Bu sebeple çalışmamızda "*adversarial system*" kavramını karşılamak üzere "*mücadeleci sistem*" kavramı kullanılacaktır. *Konuralp* de, benzer şekilde "*adversarial system*" ifadesini karşılamak üzere, "*mücadele (karşılıklılık) sistemi*" kavramını kullanmaktadır (Konuralp, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 6).

Kural olarak aktiv devletlerde benimsenen sosyal usûl teorisi taraftârı sistemler ise, dava malzemeleri ve yargısal süreç üzerinde böylesi bir taraf hâkimiyetine karşı çıkar. Yargılamanın amacı gerçeğe ulaşmak olduğundan, böylesi bir amaç sadece taraf egemenliği ile sağlanamaz. Aynı zamanda yargılama süreci üzerindeki kontrol yetkisinin sadece taraflara bırakılması, zayıf olan tarafın yargılama sürecinde ezilmesine ve güçlü olanın davayı kazanmasına sebep olur. Her ne kadar dava konusu üzerinde tasarruf yetkisi olan taraflar temel olarak uyuşmazlık konusunun ve uyuşmazlığa ilişkin vakıaların yargılamaya getirilmesinden sorumlu olsalar bile, bu yetki, bütün yargılama sürecinin onların hâkimiyetinde yürütülmesini gerektirmez. Bu durumda hâkime yargısal prosedürün yürütülmesi hususunda ve ayrıca uyuşmazlık konusu vakıalar ile deliller üzerinde de belirli yetkiler verilerek hâkim aktif bir konuma sahip olmalı ki, kamusal bir iş olan yargılama faaliyeti tamamen tarafların hâkimiyetine ve insiyatifine sunulmuş olmasın. Aksi hâlde taraflar yargılama üzerinde istedikleri şekilde söz hakkına sahip olurlar ki, bu durum yargı faaliyetinin kamusal yönü ile bağdaşmayacağı gibi davanın sonunda gerçeğe ulaşılarak adaletin tecelli etmesine de engel olur[211].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu sistemimiz, *dava konusu* üzerinde taraf hâkimiyetini tasarruf ilkesi (HMK m. 24) ile kabul etmiştir. Bu anlamda uyuşmazlık konusunu yargı organları önüne getirip dava konusu yapıp yapmama, uyuşmazlığı sonlandırma ve dava konusu üzerinde belirli sınırlarla birlikte tasarruf yetkisi taraflara aittir. Ceza hukukunda uygulama alanına sahip olan *kendiliğinden harekete geçme ilkesi* medenî yargılama alanında kural olarak geçerli değildir. Benzer şekilde dava malzemelerinin (*vakıaların ve delillerin*) yargılamaya getirilmesi konusunda da kural, taraf hâkimiyetidir (HMK m. 25). Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun benimsemiş olduğu taraf hâkimiyeti, temellerini yukarıda üzerinde durduğumuz salt mücadeleci sisteme dayandırmadığı gibi, salt araştırmacı sisteme de dayandırmamaktadır. Bu anlamda Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun benimsediği taraf hâkimiyetinin, iki sistemin ortasında yer aldığını belirtmemiz yanlış olmayacaktır.

Öncelikle medenî yargılama sistemimizde salt mücadeleci sistem benimsenmemiştir; zira vakıaların getirilmesi görevi taraflara ait olmakla birlikte, deliller ko-

[211] Bu konuda ayrıca bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 105-106.

nusunda hâkimin birtakım yetkileri bulunur. Bu yetkiler içerisinde hâkimin re'sen bilirkişiye başvurabilmesi (HMK m. 266), re'sen keşfe karar verebilmesi (HMK m. 288), tarafların ve üçüncü kişilerin birtakım delilleri ibraz etmesi için onları zorlayabilme yetkisinin bulunması (HMK m. 219, 221, 222, 245, 291, 292), tarafları isticvap edebilmesi (HMK m. 169) yer alır. Salt mücadeleci sistemi benimsemiş yargılama modellerinde hâkim kural olarak yukarıda belirtmiş olduğumuz yetkilere sahip olmaz. Buna karşılık medenî yargılama sistemimizde salt araştırmacı model de benimsenmemiştir. Zira bu modeli benimseyen sistemlerde hâkim tüm delillere başvurma ve bunları değerlendirme konusunda tam yetki sahibi olabilmekte; bazı durumlarda taraflardan belirli vakıaların araştırılmasını dahi talep edebilmektedir. Oysa HMK'da benimsemiş olduğu sistem hâkime söz konusu yetkileri bahşetmediği gibi (HMK m. 25/2) delillerin değerlendirilmesi noktasında da hâkimin yetkilerini çok büyük ölçüde kısıtlamıştır (HMK m. 198, 200).

Dolayısıyla yukarıdaki açıklamalarımızdan çıkan sonuç, medenî yargılama hukuku sistemimizde *dava konusu* üzerinde taraf hâkimiyeti açık bir şekilde kabul edildiği konusunda şüphe yoktur. Benzer şekilde *dava malzemeleri* üzerinde de kural olarak taraf hâkimiyeti geçerlidir; bu anlamda uyuşmazlık konusu *vakıaların* ve *ispat araçlarının* davaya getirilmesi görevi taraflara aittir. Bununla birlikte *deliller* üzerinde hâkimin belirli oranda yetki sahibi olması, modelin salt mücadeleci sisteme dayandırılmadığını gösterir. Bununla birlikte hâkim, deliller ve dava konusu vakıalar üzerinde belirli yetkilerle donatılmakla birlikte, bu yetkiler hiçbir zaman araştırmacı sistemlerde görüldüğü gibi hâkime kendiliğinden delil veya vakıa araştırması yapma noktasına varmamaktadır[212].

[212] Özellikle son yarım yüzyıldan bu yana karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde yargılamada hâkimin dava malzemeleri ile yargılama prosedürünü yönetme konusundaki yetkilerin yoğun bir şekilde arttırılması; hâkimi hem yargılamanın aktif bir süjesi hâline getirme konusunda önemli bir gelişim yaşanmaktadır. Bu konuda genel bir değerlendirme için bkz. Taruffo, Evidence, s. 57.
İtalya: İtalya'da 1970 yıllarından itibaren bir tarafını hukuken zayıf durumda bulunanları konu edinen boşanma hukuku, iş hukuku, kira hukukuna ilişkin düzenlemelerde delil ikamesinde hâkimin yetkilerinin arttırılmasına yönelik revizyonlar yapılmaya başlanmış (ItCPC m. 421); hâkime duyulan güvensizlik sebebiyle hâkimin delilleri değerlendirmesinin Türk hukukundaki gibi son derece sınırlı kabul edilmesine rağmen, delillerin değerlendirilmesi ilkesi güçlendirilmeye çalışılmıştır (bu konuda bkz. Taruffo, Evidence, s. 59; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 107). Esasen bu eğilim Ancak bu konuda İtalyan medenî yargılama sisteminde yaşanan gelişmeler, bunların ötesine çok fazla gidememiş ve özellikle son otuz yıldır yabancı hukuk sistemlerinde görülen hâkimin etkinliğinin artırılarak aktif bir hâle getirilmesi konusundaki çabalar aynı oranda İtalya'da yaşanamamıştır. Bunun bir sonucu olarak bugün İtalyan medenî yargılama hukukunun pek çok sorununun bulunduğu; yargılamanın tarafların insiyatifi doğrultusundan çok fazla uzadığı; hâkimin yeterli derecede yetkilerinin bulunma-

Bunların ötesinde medenî yargılama sistemimizde, hâkim sadece yukarıda sözünü ettiğimiz üzere belirli ölçüde delil ikamesi konusunda yetki sahibi değildir. Taraf egemenliğinin en üst sınırlarda benimsendiği yargılama modellerinin aksine Türk hâkimi, medenî yargılamada, prosedürün sevk ve idaresinden birinci dereceden sorumludur (HMK m. 31, 32). Bu anlamda aşağıda üzerinde durulacağı üzere[213] hâkimin yargılama sürecini yönetme konusunda sahip olduğu yetki ve görevler ispat hakkını konu alan usûlî işlemler üzerinde de doğrudan etki doğurmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde gün geçtikçe daha fazla taraftar toplayan eğilim, olabildiğince yargısal prosedürde hâkimin konumunun ve yetkilerinin güçlendirilme-

---

ması sebebiyle gerçeğe ulaşılması konusunda şikâyetlerin bulunduğu belirtilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Silvestri, Goals of Civil Justice, ss. 187-195; Elizabetta Silvestri, "Italy: Civil Procedure in Crisis", **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, (Civil Procedure in Crisis), ss. 235-258; Silvestri, Goals of Civil Justice / When Nothing Works, ss. 79-104.

Fransa: Fransız hukukunda bu konuda yaşanan en önemli gelişmelerden birisi, 1976 yılında kabul edilen CCP m. 10'da, açıkça hâkime, taraflardan uyuşmazlıkla ilgili olan her türlü delili getirmelerini talep etme yetkisi tanınmasıdır (*maddenin İngilizce çevirisi için bkz.* Nicolas Brooke, **The French Code of Civil Procedure in English,** Oxford Univ. Press 2008, s. 2). Kanun'un devamında hâkimin, delillerin getirilmesi konusundaki yetkileri belirtilmiş (CCP m. 143-154); bu yetkiler arasında da özellikle m. 144 dikkat çekicidir. Bu maddeye göre hâkim, tarafların getirmiş olduğu delillerden uyuşmazlığın yeterince aydınlanmayacağı kanaatindeyse *her zaman* yukarıdaki maddede (CCP m. 10) belirtilen yetkisini kullanabilir (Taruffo, Evidence, s. 58). Bununla birlikte bu yetkinin, tarafların iddia ve savunmalarındaki boşlukları dolduramayacağı CCP m. 146'da belirtilmiştir (*bkz.* Brooke, ss. 30-31). Bu konuda bkz. Taruffo, Evidence, s. 58.

İspanya: İspanyol sisteminde de delillerin yargılamaya getirilmesine ilişkin temel yükümlülük tarafların üzerinde olmakla birlikte, hâkime gerekli bulduğu hallerde, taraflardan yeni delil talep etmesine yönelik yetki tanınmıştır (EsCPC m. 282; EsCPC 429/1; EsCPC m. 435/2).

Belçika medenî yargılama hukukunda hâkimin konumunun kuvvetlendirilmesi konusunda yetkileri hakkında bkz. Benoit Allemeersch, "The Belgian Perspective on Case Management", **Civil Litigation, Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2008, ss. 79-89.

İngiltere'de 1999 yılında Medenî Yargılama Kuralları'nda yapılan değişiklik büyük bir reform olarak görünmektedir. Bu reform ile bu tarihe kadar tamamen taraf egemenliği altında yürütülen medenî yargılama süreci, hâkimin etkin bir şekilde rol aldığı, pek çok yetkilerle aktif bir hâle getirildiği ve bu anlamda da sistem değişikliğine sebebiyet veren ilke ve kuralları İngiliz hukukuna getirmektedir. Bu konuda bkz. Neil Andrews, "A New Civil Procedural Code for England: Party-Control 'Going, Going, Gone', **ZZPInt,** C. 4, 1999, (Going, Going, Gone), ss. 3-26; Andrews, The New English Civil Procedure Rules, ss. 161-181; Neil Andrews, "Case Management and Procedural Discipline in England & Wales: Fundamentals of an Essential New Technique", **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, (Case Management), ss. 349-357; Neil Andrews, "Fundemental Principles of Civil Procedure: Order Out of Chaos", **Civil Litigation in a Globalising World,** Edt. Xandra Kramer ve C.H. Remco van Rhee, Springer, Maastricht 2012, (Out of Chaos), ss. 19-38; Katharine Grevling, "CPR r32.1(2): Case Management Tool or Broad Exclusionary Power?", **The Civil Procedure Rules Ten Years On,** Edt. Deidre Dwyer, Oxford Univ. Press, New York 2009, ss. 249-270; Robert Turner, "'Actively': The Word that Changed the Civil Courts", **The Civil Procedure Rules Ten Years On,** Edt. Deidre Dwyer, Oxford Univ. Press, New York 2009, ss. 77-87.

[213] Bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 9.

sine yöneliktir *(managerial judge)*[214]. Zira âdil bir yargılama için, baştan eşit olmayan uyuşmazlığın tarafları arasındaki fırsat eşitsizliklerini mümkün olduğunca gideren veya bu eşitsizliklerin yargılama prosedürüne yansımamasını sağlayan; güçlü tarafın usûlî araçları kendi lehine kullanmasını engelleyecek yetkilerle donatılan; özellikle taraf davranışlarını, usûlî dürüstlük ilkesi, çelişkili davranma yasağı gibi temel hukuk ilkelerinin yargılama prosedüründe de uygulanmasını sağlayacak ve bu anlamda olabildiğince yargısal süreci etkin şekilde yürütecek, idare edecek yetkin, donanımlı ve aktif bir hâkim modelinin gerekliliği gün geçtikçe bir hedef ve gereklilik olarak hukuk sistemlerinde yerini almaktadır. Bu kapsamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile önemli adımlar atıldığını ifade etmek hatalı olmayacaktır. Yeni sistemimize göre hâkimin özellikle ön inceleme aşamasında sahip olduğu yetkiler ile hâlihazırda varolan yetkileri *(davayı sevk ve idare yetkisi; davayı aydınlatma ödevi gibi)* birlikte değerlendirildiğinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun etkin, yetkin ve aktif bir hâkim modelini yerleştirmeye yönelik önemli ilkeler benimsenmiş olduğu belirtilebilir.

Medenî yargılama sistemimizde taraflar veya hâkim, tek başına uyuşmazlığın çözümlenmesinden sorumlu değildir. Şüphesiz ki, hâkim nihâyetinde uyuşmazlığa ilişkin son sözü söyleyecek ve doğrudan doğruya uyuşmazlığı kesin bir hüküm ile sonlandıracak kişidir. Bununla birlikte HMK'nın benimsemiş olduğu somut bazı önemli düzenlemeler, taraflara, uyuşmazlığın usûl ekonomisine uygun şekilde basit, hızlı, ucuz bir şekilde sonlandırılabilmesi amacıyla hâkimin işini kolaylaştırmaları için birtakım katkıda bulunma yükümlülükleri getirmiştir. Bunlar arasında taraflara dava ve cevap dilekçelerinde uyuşmazlığa ilişkin vakıaları, delillerini, talep sonuçlarını ve hâtta dayandıkları hukukî sebepleri katı bir şekilde somutlaştırma yükü yükleyen Kanun'un 119. ve 129. maddeleri gelir. Esasında bu düzenlemelerle karşılaştırmalı hukukta *hâkimin ve tarafların işbirliği ilkesi* olarak ifade edilen yargısal eğilimin, ufak bir ölçekte de olsa medenî yargılama sistemimizde de somut bir şekilde uygulama alanı bulduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yeni düzenlemeleri, hâkimi, birinci dereceden yargısal prosedürün yürütülmesinden yetkili kılımaktaysa da, yargılamanın -*özellikle taraflar açısından getirilen birtakım usûlî yükümlülüklerle*- taraflarla hâkimin işbirli-

[214] Bu konuda bkz. Taruffo, Evidence, ss. 56-58.

ği ilkesi çerçevesinde yürütülmesi esası üzerine inşa edilmiştir. Hâkim ile taraflar arasında işbirliği ilkesi ve özellikle vakıalar ile delillerin getirilmesi konusunda taraf hâkimiyetinin geçerli olması, taraflara da başka bazı önemli usûlî yükler getirmektedir. Bunlar arasında gerçeği söyleme ödevi ile dürüstlük ilkesine uygun davranma yükümlülüğü ispat hakkının temini ve tesisi açısından çok büyük bir öneme sahiptir.

Yukarıdaki ideolojik yaklaşımların önemli bir kısmı temelini, bundan yüzyıllar öncesine veya en azından yaklaşık iki yüzyıllık bir tarihe dayandırmaktadır[215]. Bununla birlikte anayasallaşma süreci ve arından hâlen büyük bir hızla gelişimini sürdüren temel haklar öğretisinin, bugün yargılama sistemlerinde bambaşka bir ideoloji oluşturduğunu daha önce ifade etmiştik. Bu ideolojinin, yargısal süreçteki en büyük hedefi, yargılamanın âdil bir gerçekleştirilmesi ve sonuçlandırılmasıdır. Bunun için yargılama modellerinin hukuk sistemlerinde çok sayıda revizyon yaptığı tespit edilebilir. Türk hukuku açısından dahi, bu "ideoloji"nin dayattığı yenilik, hukuk sistemimize anayasal şikâyet modelini benimsetmiştir. Dolayısıyla temel haklar "ideoloji"sine bakıldığında, bu ideolojinin, en az diğer ideolojiler kadar güçlü ve sağlam bir şekilde hukuk sistemlerinde bir virüs gibi yayıldığını görmek zor değildir. Temel haklar öğretisinin gerektirdiği tüm yargısal gereklilikler de, bugün hukuk sistemlerinde hâkim ve tarafların yetkileri konusunda önemli değişiklikler yapılmasına yol açmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında "temel haklar ideolojisi" dışında, yukarıda üzerinde durduğumuz ideolojilerin herhangi birinin tam anlamıyla medenî yargılama sistemimizde katı bir şekilde benimsenmiş olduğunu ifade etmek güçtür. Şüphesiz ki sistemimiz, özellikle ispat hakkının objesi olan ispat araçlarının yargılamaya getirilmesi konusunda taraf egemenliğine ağırlık vermiştir. Ancak ispat hakkının tam ve etkin bir şekilde, bütün unsurları ile birlikte uygulanarak âdil bir yargılanmanın garantisini sağlayabilmesi için yargılama prosedürünün taraflar, hâkim ve avukatlar arasında bir "diyolog" süreci olması gerekir. Aksi hâlde delillerin âdil bir şekilde yargılamaya getirilmesi, aydınlığa kavuşturulması, gerçeği yansıtması ve tarafların sadece şeklî açıdan değil gerçek anlamda da denk silâhlar ile ispat hakkını kullanabilmesi mümkün olmaz. Bu gerekliliklerin yerine getirilebilmesi için hâkimin yargılamada etkin

[215] Bu konuda tarihi gelişim içerisinde Napolyon Kanunları'nın, Franz Klein'ın yaptığı reform çalışmalarının önemi ve etkisi incelenmiştir. Bu konuda bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1.

bir rol oynaması; bu anlamda hâkime verilen yetkilerin genişletilmesi; taraflara gerçeği ortaya çıkarma konusunda birtakım yükümlülükler yüklenmesi ve nihâyetinde avukatların da bu diyolog içerisinde taraflar ile hâkime yardımcı olması gerekir. Nitekim bir yargılama sistemi ister aktiv ister reaktiv modeli benimsemiş, ister taraf egemenliği ister hâkimin gücü ve yetkileri üzerine inşa edilmiş olsun, günümüzde temel haklar öğretisinin âdeta bütün hukuk sistemlerine benimsetmeye çalıştığı ideolojinin gerektirdiği unsurlar ispat hakkının tam ve gerçek anlamda tanınmasını gerektirir. Bunun da yegâne yolu hâkimin, delillerin değerlendirmesi yetkisi dâhil pek çok konuda ispat süreci üzerinde etkili ve yetkili bir hâle getirilmesinden, taraflar ile hâkimin arasındaki diyoloğun güçlendirilmesinden geçmektedirBelirtmiş olduğumuz bu ideolojik yaklaşımların ve *artık* günümüzdeki temel haklar anlayışının yarattığı kendine özgü ideolojinin bundan sonraki açıklamalarımızda da her zaman dikkate alınması, çalışmamızın bütünü içerisinde açısından önemlidir.

§ 2 FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İSPAT HAKKININ DURUMU

I. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE İSPAT HAKKI

A. Alman Hukuku

Alman Medenî Yargılama Kanunu ispat hakkını açık bir şekilde kanunî düzenleme olarak hüküm altına alan sistemlerden değildir. Ancak ispat hakkı (*das recht auf Beweis*) tereddütsüz şekilde varlığı kabul edilen temel bir yargısal haktır. Hukukî temelleri olarak bizim de çalışmamızda esas aldığımız üzere hukukî dinlenilme hakkı, hak arama özgürlüğü kabul edilmektedir. Dolayısıyla ispat hakkı Alman hukukunda açık bir kanunî düzenlemesi olmasa da, bir yargısal temel hak olarak varlığını kabul ettirmiştir[216].

Daha önce de ifade edildiği üzere bir hukuk sisteminde ispat hakkının açık bir kanunî düzenlemeye oturtulmasından daha önemli olan unsur, o hukuk sisteminde ispat hakkının ne şekilde tesis edildiği ve güvence altına alındığıdır. Bu çerçevede Alman medenî yargılama hukukunda ispat hakkının ne şekilde güvence altına alındığını tespit edebilmek için bu sistemdeki ispat hukukunun temel ilke ve kurallarına göz atmak gerekecektir. Zira çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ispat hakkının sınırlaması olarak değerlendirdiğimiz bazı kurum ve kuralların, Alman hukukunda ne şekilde kabul edildiği, bize ispat hakkının Alman hukukundaki yeri konusunda fikir verecektir. Burada önemle belirtmek isteriz ki, ileride inceleyeceğimiz üzere ispat hakkının temelleri ve hukukî niteliği konusunda hukuk sistemleri arasında pek fazla fark bulunmaz. Hukuk sistemlerindeki fark, ispat hakkını sınırlayan kurum ve kuralların o hukuk sistemindeki hâkimiyeti ile ilgilidir.

Alman hukukunda, açıkça ispat hakkı başlığını taşımasa da, temelde bu hakkı düzenleyen bir maddeye ZPO § 292'de yer verilir. *Kanunî karine (gesetzliche Vermutung)* başlığını taşıyan bu maddeye göre, kanun bir olayın varlığı için karine öngörmüşse, aksine bir düzenleme bulunmadıkça karinenin aksini ispat mümkündür

[216] İspat hakkının temel bir hak olarak genel olarak Alman hukukundaki yeri hakkında bkz. Habscheid, Recht auf Beweis, s. 25 vd.; Annett Kwaschik, **Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess,** Mohr Siebeck, Tübingen 2004, s. 209; Gerhard Walter, **Freie Beweiswürdigung,** Mohr Siebeck, Tübingen 1979, s. 302-308.

(ZPO § 292). Bu maddenin aksini ispat hakkını konu aldığından şüphe duymamak gerekir.

B. İsviçre Hukuku

1. Genel Olarak

İsviçre hukukunda ispat hakkının uygulama alanı, niteliği ve diğer konular çalışmamız için büyük önem arzeder. Bu durumun birkaç sebebi bulunur. Öncelikle İsviçre hukuku, Türk hukukunda olduğu gibi bu yüzyıl içerisinde medenî yargılama kurallarını tamamen değiştiren en yeni hukuk sistemlerinden birisi olarak kabul ettiği bu yeni kuralların arasında, ispat hakkını açıkça düzenleme altına almıştır (SchZPO m. 152). Bu yönüyle İsviçre hukuku, Türk hukuku gibi ispat hakkına ilişkin temel kuralı medenî yargılamaya ilişkin kanuna alan sınırlı sayıdaki hukuk sisteminden birisidir. İkinci olarak, Türk hukuku her zaman İsviçre hukukunun mehâz hukuk olması sebebiyle, bu hukuk sistemiyle yakın ilişki içerisinde olmuştur. Bu yönüyle benzer bir toplumsal yapıdan gelmese de, benzer hukuk kültüründen ve kurallarından gelen İsviçre hukukundaki gelişmeler Türk hukukunda kuralların yorumlanması açısından önem arzeder. Üçüncü olarak ise, daha önce giriş bölümünde de belirtildiği gibi, bu çalışmanın hazırlanmasında İsviçre hukukundaki literatürden birinci dereceden yararlanılmaya çalışmış; çalışma konumuzla ilgili kaleme alınan bilimsel çalışmaların daha fazla İsviçre hukuku literatüründe bulunması, bu hukuk sisteminin ispat hakkına yaklaşımının öncelikli olarak değerlendirilmesine imkân vermiştir. Bu başlık altında da İsviçre hukukunda ispat hakkının uygulanmasına ilişkin temel prensipler ve kurallar genel olarak ortaya konulacaktır. Bununla birlikte buraya kadar olan açıklamalarımızda belirtildiği ve bundan sonraki bölümlerden anlaşılacağı üzere, ispat hakkının kanunî temele oturtulduğu sistemlerde dahi ispat hakkı tek bir kanun düzenlemesi ile hayata geçirilecek temel bir hak değil, yargılamanın bütünü içinde değerlendirilebilecek bir değerler bütünüdür. Bu sebeple bu başlık altında sadece ispat hakkının İsviçre hukukundaki temel esasları ortaya konulacak; konunun ilişkili olduğu her bir yan kurumda da, gerekli olduğu sürece İsviçre hukuku ile karşılaştırma yapılarak konu değerlendirilecektir.

2. SchZPO m. 152

İspat hakkı, İsviçre hukukunda "Taraflardan her birinin, şekline uygun ve süresi içinde getirmiş olduğu elverişli delillerin mahkemece dava dosyasına alınmasını isteme

hakkı vardır." (SchZPO m. 152/1) şeklindeki temel düzenleme ile tanınmaktadır. Bu yönüyle maddenin, HMK m. 189'daki "Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir." düzenleme ile (HMK m. 189/1) hemen hemen aynı olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte HMK m. 189'daki düzenlemenin ispat hakkının, yargılamanın tamamında geçerli olduğu dikkate alındığında, hakkın daha geniş yorumlanmasına imkân verdiği kanaatindeyiz. Zira SchZPO 152'nin ifadesinden ispat hakkının, sadece şekline uygun ve süresi içinde getirmiş olduğu "elverişli delillerin dava dosyasında alınmasını isteme hakkı"ndan ibaret olduğu düşünülebilir. İsviçre hukukunda ispat hakkının uygulama alanı sadece delillerin dava dosyasına alınmasını isteme hakkından olduğu kabul edilmediği gibi, daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte madde düzenlemesinin, -*özellikle HMK m. 189/1 ile karşılaştırıldığında*- bu yönüyle sınırlandırıcı şekilde kaleme alınmış olduğu kanaatindeyiz[217].

SchZPO m. 152, yukarıdaki fıkranın devamında "Hukuka aykırı yoldan elde edilen delil, gerçeğin bulunmasındaki menfaatin üstün gelmesi durumunda dikkate alınabilir." (SchZPO m. 152/2) şeklindeki düzenlemesi ile hukuka aykırı delillerin davada kullanılmasını mutlak olarak yasaklamamış; *gerçeğin bulunmasındaki menfaati (das Interesse an der Wahrheitsfindung)* temel alan bir istisnaya yer vermiştir. Esasında bu istisna, İsviçre kanunkoyucusunun ispat hakkını ilgilendiren pek çok düzenlemeye de yansıttığı "kamusal üstün menfaat" kavramının kanunun tamamına etki eden temel bir ölçüt olarak benimsenmesinin bir görünüm şeklidir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde, ispat hakkının sınırlandırması olarak kamu menfaati üzerinde durulurken İsviçre hukukunda bu şekilde aynı zamanda ispat hakkını da sınırlandıran kamu menfaatinden ne dereceye kadar yararlanılabileceği SchZPO'daki düzenlemeler de dikkate alınarak değerlendirilecektir[218]. Bununla birlikte Türk kanunkoyucunun HMK m. 189/2'de, bu ölçüte yer vermediği görünür. Bu durum, kanunun temelinde üstün kamu menfaatinin -*usûl ekonomisi hâricinde*- bir değer ölçütü olarak HMK'ya hâkimiyetini kurmamış olmasının bir sonucu olarak da nitelendirilebilir. Hukuka

[217] Nitekim İsviçre öğretisinde de madde başlığının aksine, SchZPO m. 152 kuralının genel olarak ispat hakkını düzenlemediği, sadece tarafların hangi sürede ve ne şekilde delillerini ikame edebileceğinin (fıkra 1) -*ve hukuka aykırı delilleri düzenlediği (fıkra 2)*- ifade edildiği belirtilmektedir. Leu [Alexander Brunner, Dominik Gasser ve Ivo Schwander, **Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar,** Dike, Gallen 2011], Art. 152, N. 2.

[218] Bu konuda bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 15, II, B.

aykırı deliller konusunda, Türk kanunkoyucusu ile İsviçre kanunkoyucusunun keskin şekilde birbirinden ayrıldığı açıktır. Zira HMK m. 189/2 kuralına göre, "Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz." (HMK m. 189/2)[219].

Bu düzenlemeler hâricinde SchZPO m. 152'de, HMK m. 189'da yer alan kanunî delil sistemine (HMK m. 189/3) ve delillerin caiziyetine (HMK m. 189/4) ilişkin istisnalara yer verilmediği görünür. Esasında ispat hakkının bir sınırlaması olarak Kanun'un Tasarı metninde, yukarıda belirtilen iki fıkranın arasında delillerin caiziyetini düzenleyen bir fıkra daha yer almaktaydı. Bu fıkraya göre; "Mahkeme, o zamana kadar sunulmuş olan delillerin incelenmesi sonucu yeterli bir kanaate ulaşmışsa, artık başkaca sunulan delilleri reddedebilir."[220] Ancak bu düzenleme Kanun'da, delilin değerlendirilmeden reddine imkân verdiği gerekçesiyle yoğun eleştirilere maruz kalmış ve kanunlaşma aşamasında kaldırılmıştır[221].

3. İsviçre Hukukunda İspat Hakkının Temel Özellikleri ve Sınırlamaları

İspat hakkı, İsviçre hukukunda tereddütsüz şekilde temel bir yargısal hak olarak kabul edilir. Bu kapsamda âdil yargılanma hakkına ilişkin AİHS m. 6[222] ile hukukî dinlenilme hakkına ilişkin Anayasa m. 29/2[223] ile SchZPO 52'nin ispat hakkının

---

[219] Hukuka aykırı deliller konusu aşağıda ayrı bir bölüm altında incelenecektir. Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 18.

[220] Söz konusu fıkranın Türkçe çevirisi için bkz. Murat Atalı, "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı", **Legal MİHDER,** S. 1, 2005, (İsviçre Federal Usûl Kanunu Taslağı), s. 153; M. Kamil Yıldırım, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'ndaki İlkeler ve Yargılamanın Yapısı Hakkında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Tanıtımı", **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi,** İstanbul 2008, (İlkeler Işığında HMK), s. 48.

[221] Bu konuya ilişkin açıklamalarımıza delillerin caiziyeti ile ispat hakkı ilişkisi kapsamında ayrıca yer verilecektir. Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 20, II.

[222] Bu konuda bkz. Passadelis (Baker & McKenzie, **Schweizerische Zivilprozessordnung,** Stämpfli Verlag, Bern 2010), Art. 152, N. 3; Berti, N. 369; Leu (Brunner ve diğerleri), Art. 152, N. 4; Myriam A. Gehri ve Micheal Kramer, **ZPO Kommentar,** Orell Füssli Verlag, Zürih 2011, Art. 152, N. 1; Kofmel, s. 10; Karl Spühler, Luca Tenchio ve Dominik Infanger, **Schweizerische Zivilprozessordnung,** Basler Kommentar, Basel 2010, Art. 152, N. 1; ***Walter, G.:*** *Das Recht auf Beweis im Lichte der Menschenrechtskonvention (EMRK) und der schweizerischen bundesverfassung -Insbesondere zur Geltung des Rechts auf Beweis im Zivilferfahren-*, ZBJV (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Revue de la société des Juristes Bernois) 1991, s. 311, 316-323. Bu konu ayrıca aşağıda ele alınacaktır. Bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 3, I.

[223] Bu konuda bkz. Stephen Berti, **Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung,** Helbing Lichenhahn Verlag, Basel 2011, N. 369; Gehri ve Kramer, Art. 152, N. 1; Tarkan Göksu, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB,** C. 1, 2. Bası, Zürih 2012, Art. 8, N. 23; Leu (Brunner ve diğerleri), Art. 152, N. 4; Christoph Leuenberger ve Beatrice Uffer-Tobler, **Schweizerisches Zivilprozessrecht,** Stämpfli Verlag, Bern 2010, N. 9.27; Passadelis (Baker & McKenzie), Art. 152, N. 3;

hukukî temeli olarak değerlendirilir. Belirtilen bu temel haklar kapsamında yargılama süresinde ispat hakkının temini, *hukuk devleti ilkesinin (rechtstaatliches Prinzip)* gereği olarak görülür[224]. Bütün bunlarla birlikte ispat yüküne ilişkin ZGB m. 8, ispat hakkının maddî hukuka dayanan temeli olarak kabul görmektedir[225].

Yukarıda da ifade edildiği üzere Türk hukukunda olduğu gibi, İsviçre hukukunda da tarafların ispat hakkını kullanabilmesi herşeyden önce süreye ve şekle uygun olma koşulu ile kabul edilmiştir. Bu çerçevede HMK'da olduğu gibi, SchZPO'da da usûl ekonomisi uyarınca özellikle delil ikamesini sınırlandıran birtakım kuralların da ispat hakkına aykırı olmadığı benimsenir[226]. Bunun hâricinde ispat hakkının ancak uyuşmazlığa ilişkin elverişli ve uyuşmazlık konusu vakıalarla ilgili deliller açısından kullanılması söz konusu olacaktır[227]. Bunların hâricinde ispat hakkının tam olarak kullanılabilmesi için öncelikle taleplerin, iddia konusu vakıaların ve delillerin yeteri kadar somutlaştırılması gerekir[228]. Somutlaştırma yükü, mahkemenin *soru sorma yükümlülüğü (die Fragepflicht des Gerichts)* ile pekiştirilerek ispat hakkının kullanılmasını mümkün hâle getirecektir[229].

Delillerin kabul edilmesi hakkının (das Recht auf Beweisabnahme), âdil yargılanma hakkına ilişkin AİHS m. 6, hukukî dinlenilme hakkına ilişkin Anayasa m. 29/2 ve ispat yüküne ilişkin ZGB m. 8'de temellerini bulduğu kabul edilir. Bu kapsamda maddî hukuka göre ispat yükü altında bulunan kişinin, delil sunma hakkına da sahip olduğu kabul edilir[230].

Karl Spühler, Annette Dolge ve Myriam Gehri, **Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts,** Stämpfli Verlag, Bern 2010, N. 74; Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 152, N. 1. Ayrıca bkz. Gerhard Walter, "Das Recht auf Beweis im Lichte der Menschenrechtskonvention (EMRK) und der schweizerischen bundesverfassung -Insbesondere zur Geltung des Rechts auf Beweis im Zivilferfahren-", **ZBJV (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Revue de la société des Juristes Bernois)** 1991, (Das Recht auf Beweis), ss. 312-314. Bu konu ayrıca aşağıda ele alınacaktır. Bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 3, I.

224 Kofmel, s. 10.

225 Bu konuda bkz. Passadelis (Baker & McKenzie), Art. 152, N. 3; Berti, N. 369; Leu (Brunner ve diğerleri), Art. 152, N. 4; Gehri / Kramer, Art. 152, N. 1; Leuenberger / Uffer – Tobler, N. 9.30; Spühler / Dolge / Gehri, N. 74; Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 152, N. 1.
Kanaatimizce ispat hakkı, yargısal bir temel hak olarak temelini mutlak olarak ispat yüküne ilişkin kuraldan almamaktadır. Bu konu aşağıda ayrıca incelenecektir. Bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 3, I.

226 Leu (Brunner ve diğerleri), Art. 152, N. 7. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, II, C, 2, b, ccc, c1, aa1.

227 Leu (Brunner ve diğerleri), Art. 152, N. 7.

228 Leu (Brunner ve diğerleri), Art. 152, N. 7.

229 Leu (Brunner ve diğerleri), Art. 152, N. 29. Bu konu aşağıda ele alınacaktır. Bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 9, II, C.

230 Leu (Brunner ve diğerleri), Art. 152, N. 4.

C. İngiliz Hukuku

1. Genel Olarak

Diğer pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi, ispat hakkı İngiliz medenî yargılama sisteminde açık bir kanunî düzenlemeye sahip değildir. Bununla birlikte tarafların iddia ve savunma yapabilme hakları, bu kapsamda delil sunma haklarının olduğu pek tabii ki -bütün modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi- tereddütsüz kabul edilir. Bu noktada önemli olan, tarafların bu hakka ne şekilde sahip olduğu, hangi araçlarla bu haklarını kullanabildikleridir. İngiliz medenî yargılama literatüründe, konunun "*right to prove*" başlığı altında incelendiği başlı başına bir çalışmaya rastlanılamamıştır. Bununla birlikte bu durum, ispat hakkının bu hukuk sisteminde hangi form içinde şekillendiğini değerlendirmemize engel teşkil etmez. Aşağıda da ayrı başlıklar altında İngiliz medenî yargılama sisteminde, ispat hakkının belli başlı kurum ve kurallar kapsamında ne şekilde bir görünüm şekli olduğu üzerinde durulacaktır. Bunun yanısıra, çalışmanın her bir ilgili bölümünde -gerekli olduğu kapsamda- ispat hakkını etkileyen kurumlar incelenirken, karşılaştırmalı hukuk kapsamında İngiliz medenî yargılama hukukuna da yer verilecektir.

Son olarak İngiliz hukukunda yargısal temel hakların hukukî güvenceleri üzerinde durmak gerekir. Öncelikle yargılamanın *ağır basan amacına (overriding objective)* ilişkin düzenleme getiren RCP § 1.1/2, a'da tarafların eşit şekilde yargılanma hakları güvence altına alınır[231]. Ayrıca 2 Ekim 2000 tarihinden bu yana uygulanmakta olan ve İngiliz hukukunda AİHS'nin uygulanmasını sağlamak amacıyla kabul edilen *Human Rights Act 1998*'den bu yana, bu hukuk sisteminde *âdil yargılanma hakkı (HRA m. 6; AİHS m. 6)* medenî yargılama sisteminde önemli bir fonksiyon üstlenmeye başlamıştır[232]. Bu anlamda ispat hakkını temeline alan bu maddenin uygulanmasıyla ilgili kabul edilen temel ilkeler ve kurallar, bu hukuk sisteminde de ispat hakkının şekillenmesinde önemli bir fonksiyon üstlenir.

---

[231] "ensuring that the parties are on equal footing" (RCP m. 1.1, 2, a).

[232] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Neil Andrews, **The Three Paths of Justice,** Springer, Birleşik Krallık 2012, ss. 26-31; Maurice Kay, Stuart Sime ve Derek French, **Blackstone's Civil Practice, The Commentary 2012,** Oxford Univ. Press 2011, ss. 1491-1527; Adrian Zuckerman, **Zuckerman on Civil Procedure, Principles of Practice,** Sweet-Maxwell, Birleşik Krallık 2006, (Zuckerman on Civil Procedure), ss. 50-59.

2. Yargılama Sisteminin Temel Karakteristiğinin İspat Sistemi Üzerindeki Etkileri

İngiliz medenî yargılama sistemi, 1999 yılından bu yana büyük değişiklikler yaşamıştır. Öyle ki, yapılan reformların İngiliz medenî yargılama sisteminin genetik yapısını değiştirmiş olduğunu ifade etmek abartılı olmaz. Çalışmamızın amacı, İngiliz hukukundaki bu gelişmeleri değerlendirmek değil; reform çalışmalarının, ispat hakkının özünde yatan kurum ve kuralları ne şekilde etkilediğidir[233]. Bu reform çalışmalarının ispat hakkını etkileyen kurumlar üzerindeki etkilerini kısaca özetlemek, mevcut sistemde ispat hakkının ne şekilde form kazandığını gösterecektir:

(i) RCP'deki değişikliklerle birlikte İngiliz hukuku, en başta takip etmekte olduğu Ortak Hukuk kültüründeki *duruşma modelini (trial model)* terkederek, Alman hukukunun öncülüğünü yaptığı *ana oturum modelini (main hearing model)* tercih etmiştir[234]. Bu başlı başına ispat hakkını etkileyen büyük bir değişimdir. Çalışmamızın ikinci bölümünde üzerinde duracağımız gibi, *duruşma modelinde* dava, ayrıntılı bir dava dilekçesi ile değil, *notice pleading* denilen ve vakıaların ayrıntılı şekilde somutlaştırılmasına gerek olmayan bir dilekçe ile açılır[235]. Buna karşılık *ana oturum modelinde,* taraflar dava açarken dilekçelerinde ayrıntılı şekilde vakıaları somutlaştırmak zorundadırlar. Bu tercihler, doğrudan doğruya somutlaştırma yükü ile ispat hakkı arasında önemli bir ilişki kurmaktadır. RCP'de davanın ayrıntılı dava öncesi delil protokollerine uygun olarak açılması gerekliliği, tarafların Kıta Avrupası'ndakine benzer şekilde iddialarını, savunmalarını ve ispat araçlarını somutlaştırmaları gerektiği anlamını taşır. Bu gereklilik de, tarafların davadan önce ve dava sırasında karşı tarafın hâkimiyetinde bulunan belge ve bilgilere erişim hakkının tanınmasını şart kılmaktadır. Karşı tarafın hâkimiyetindeki belge ve bilgilere erişme imkânı tanınmadan, taraflara davanın başında -*çoğunlukla dava dilekçesi ile birlikte*- vakıları ve delilleri somutlaştırma yükü getirilmesi, tarafların doğrudan doğruya ispat hakkının ihlâli ile sonuçlanabilecektir.

(ii) İngiliz hukukunda 1999 yılındaki büyük reformla birlikte Amerikan hukukundaki klasik anlamdaki *dellerin keşfi (discovery)* yetkileri büyük ölçüde *dava öncesi delil inceleme protokolleri (pre-action protocols)* ile somutlaşmaktadır. Böylece taraflar uyuşmazlığa ilişkin bilgi kaynaklarına, davanın henüz başındayken ulaşabilme şansına sahip olur[236]. Bu Protokoller'in temel amaçları *(Objectives of pre-*

---

[233] İngiliz medenî yargılama sistemindeki reform çalışmaları, reformun etkileri, mevcut sistemin temel özellikleri ve ilkeleri hakkında -*Türkçe literatürde*- ayrıntılı bir çalışma için Güralp, ss. 171-221.

[234] Bu modellerin karşılaştırılması konusunda -*Türkçe literatürde*- ayrıntılı bilgi için bkz. Güralp, ss. 311-319.

[235] Bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5.

[236] Rolf Stürner, "Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess", **Neue Wege zum Recht, Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag,** Verlag Dr. Otto Schmidt 2006, (Informationsbeschaffung), s. 208.

action conduct and protocols), Uygulama Direktifleri'nde şu şekilde temel altı ilke olarak belirlenir[237]:

Yargılamaya başlamadan önce mahkeme, aşağıdaki amaçlara ulaşmak için tarafların gerekli bilgi paylaşımını gerçekleştimelerini bekleyecektir:

(a) diğerinin pozisyonunu anlamak;

(b) yargılamanın ne şekilde yürütüleceği konusunda karar vermek

(c) yargılama yapılmaksızın anlaşmazlıkları çözümleyi denemek

(d) Anlaşmazlığın çözümü için *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm (ADR)* yollarını değerlendirmek

(e) Yargısal yönetim yetkisini[238] etkili kılmak

(f) Anlaşmazlığın çözümü için giderleri azaltmak.

(iii) RCP'nin en orjinal reformlarından birisi, hâkimin yetkilerinin güçlendirilerek konumu güçlü bir hâkim modeli benimsenmiş olmasıdır. Bu değişim, Kıta Avrupası sistemi için oldukça dikkat çekicidir; zira tarihî ve kültürel yapısı, Ortak Hukuk sistemlerinde tarafları çok güçlü ve aktif, hâkimi ise pasif ve kontrolsüz bırakmaktadır[239]. Oysa yeni yapısıyla birlikte RCP, medenî yargılama modeli olarak taraf hâkimiyetini terk etmemekle birlikte, hâkimin çok daha aktif olduğu, yargılama sürecine müdahâlede bulunabildiği ve hâtta bazı yönlerden hâkime, Kıta Avrupası sistemlerinde dahi verilmeyen dava yönetimi yetkisi bahşeden bir sistem benimsemiştir[240]. Bu çerçevede hâkimin dava yönetimi yetkilerini düzen-

---

[237] Bkz. Practice Direction – Pre-Action Conduct And Protocols Para. 3 (www.justice.gov.uk). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Neil Andrews, **The Modern Civil Process,** Mohr Siebeck, Tübingen 2008, ss. 29-30; Andrews, Three Paths of Justice, ss. 64-65; Kay ve diğerleri, ss. 127-129.

[238] Burada hâkimin, dava yönetimi yetkisinden (case management) sözedilmektedir.

[239] Tarafların çok fazla güçlendirilmesiyle yargılamanın kontrolünün sadece taraflara verildiği, hâkimin sadece bir hakem konumuna indirgenmesinin, yargılamayı bir savaş alanına dönüştürdüğü tespiti 1999 değişikliklerinin kurucusu *Lord Woolf'un* raporunda belirtilmiştir (Lord Woolf, Interim Report, Bölüm 3, Paragraf 4). İngiliz hukukunda, reform ile hâkimin konumunun ve yetkilerinin güçlendirilmesinin temel amacı da, az önce belirtilen durumun olumsuzluklarından medenî yargılama sistemini korumaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Güralp, ss. 196-197.

[240] Bu konuda bkz. Interim Report, Bölüm 5, Paragraf 15. Ayrıca bu konuda bkz. Alangoya, ss. 100-102; Okan Gündüz, **Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medenî Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi,** Yetkin, Ankara 2009, ss. 28-33; Güralp, s. 201.
İngiliz hukukunda dava yönetimi kapsamında hâkimin güçlenmiş konumu ve yaşanan gelişmeler hakkında seçilmiş literatür için bkz. Andrews, Three Paths of Justice, ss. 22-25; Andrews, Out of Chaos, ss. 19-38; Andrews, Case Management, ss. 349-357; Neil Andrews, "Developments in English Civil Justice: European and Global Dimensions", **ZZPInt,** C. 15, 2010, (Global Dimensions), ss. 3-30; Neil Andrews, "English Civil Justice in a Competitive World", **The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society, Legislative and Legal Educational Assistance to Other Countries in Procedural Law (IAPL),** Edt. Masahisa Deguchi ve Marcel Storme, Antwerpen 2008, (Competitive World), ss. 289-309; Andrews, European Traditions / The New English Civil Procedure Rules, ss. 161-181; Neil Andrews, "The Pursuit of Truth in Modern English Civil Proceedings", **ZZPInt,** C. 8, 2003, (Pursuit of Truth), ss. 69-96; Neil Andrews, "'Accelerated Justice' under the English Civil Procedure Rules", **ZZPInt,** C. 7, 2002, (Accelerated Justice), ss. 79-104; Andrews, Going, Going, Gone, ss. 3-26; Penny Darbyshire (Edt.), **Darbyshire on the English Legal System,** 10. Bası, Sweet & Maxwell 2011, ss. 170-175, 213-262; Deidre Dwyer, **The Civil Procedure Rules Ten Years On,** Oxford Univ. Press 2009, ss. 33-108; J.A. Jolowicz, **On Civil Procedure,** Cambridge Univ. Press 2000, ss. 185-221, 355-398; Kay ve diğerleri, ss. 37-53, 638-715; Gary Slapper ve David Kelly, **The English Legal System,** 20. Bası, 2011-2012, Routledge 2011, ss. 187-224;

leyen genel madde RCP § 1.4/2'dir[241]. Bu çerçevede mahkemenin *aktif dava yönetimi (active case management)* yetkileri (*a*) yargılamanın yürütülmesi konusunda tarafların birbiriyle işbirliği içerisinde hareket etmesini sağlamak; (*b*) yargılamanın erken bir aşamasında uyuşmazlık konularının tespitini sağlamak; (*c*) tam bir araştırmaya ihtiyaç duyulan konuları acil bir şekilde belirlemek ve benzer şekilde diğerlerini de kontrol altında tutmak; (*d*) taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmaktan çıkan konuları belirlemek; (*e*) tarafları, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine teşvik etmek; (*f*) uyuşmazlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde anlaşmazlığın son bulması için taraflara yardım etmek; (*g*) zaman çizelgelerini oluşturmak veya dava prosedürünü kontrol altında tutmak; (*h*) yargılama prosedüründe atılacak bir adımın masraflarına oranla yararlı olup olmayacağını belirlemek; (*i*) mümkün olduğunca uyuşmazlığı farklı açılardan değerlendirmek; (*j*) tarafların mahkemeye katılmalarını gerektirmeden dava ile ilgilenmek; (*k*) teknolojiyi kullanmak; (*l*) yargılama sürecinin seri ve etkili şekilde yürütülmesi için birtakım direktiflerin yapılmasını sağlamak şeklinde belirlenmiştir. Bu yetkiler göstermektedir ki, İngiliz yargılama hukukunda yargılama süreci, Kıta Avrupası sistemlerinde bile rahatça gözlenmeyecek kadar önemli şekilde hâkim ile taraflar arasındaki canlı bir diyologdan oluşur.

(iv) Tarafların dava ve cevap dilekçelerinden sonra, mahkeme tarafından -*dava yönetimi yetkisi çerçevesinde*- taraflara soru kağıtları *(pre-trial check list; listing questionnaire)* gönderilir (CPR § 29.6). Bu soru kâğıtlarının amacı, uyuşmazlığın karmaşıklığı konusunda bilgi edinmektedir. Zira CPR'da hâkim davayı, uyuşmazlığın karmaşıklığına göre üç farklı yargılama şeklinden, dava yönetiminden (track allocation) birisine göre yürütmek zorundadır[242]. Buna göre davalar *küçük*

Rolf Stürner, "Anglo-American and Continental Civil Procedure: The English Reform as a Model for Further Harmonization", **The Future of Transnational Civil Litigation,** Edt. M. Andenas, Neil Andrews ve R. Nazzini, British Institute of International and Comparative Law, Londra 2004, (The English Reform as a Model for Further Harmonization), ss. 9-13; ***Turner,*** ss. 77-87; Remme Verkerk, "Powers of the Judge: England and Wales", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Powers of the Judge / England and Wales), ss. 307-317; Alain Wijffels, "Powers of the Judge: France", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Powers of the Judge / France), ss. 269-279; Adrian Zuckermann ve R. Assy, "Recent Developments in English Civil Procedure", **ZZPInt,** C. 15, 2010, ss. 47-63; Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, ss. 1-25; Adrian Zuckermann, "Court Case Management in England under the Civil Procedures Rules 1998", **Litigation in England and Germany,** Edt. Peter Gottwald, Gieseking-Verlag, Bielefeld 2010, (Court Case Management in England), ss. 1-14; Adrian Zuckermann, "Litigation Management under the CPR: A Poorly-used Management Infrastructure", **The Civil Procedure Rules Ten Years On,** Edt. Deidre Dwyer, Oxford Univ. Press, New York 2009, ss. 89-107; Adrian Zuckermann, "The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation", **City of Hong Kong L.R.,** C. 1:1, Ekim/2009, (Effective Court Management), ss. 49-71; Adrian Zuckerman, "Court Control and Party Compliance - The Quest for Effective Litigation Management", **The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective,** Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, G. Giappichelli Editore, Torino 2005, ss. 143-161; Adrian Zuckermann, "The Wolf Report on Access to Justice", **ZZPInt,** C. 2, 1997, (Woolf Report), ss. 31-42; Adrian Zuckermann, "English Civil Procedure - The Shift away from Party Control and Orality", **ZZPInt,** C. 1, 1996, (Party Control), ss. 65-88.

[241] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Deidre Dwyer, "What is the Meaning of CPR r 1.1(1)?", **The Civil Procedure Rules Ten Years On,** Edt. Deidre Dwyer, Oxford Univ. Press, New York 2009, ss. 65-76; Kay ve diğerleri, ss. 37-50.

[242] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Güralp, ss. 181-185.

talepler usûlü (small claims track), *hızlı usûl (fast track)* ve *çoklu yargılama usûlü (multi track)* şeklinde ayrılmıştır. Bu şekilde bir ayrımın temel amacı, davaların, uyuşmazlığın hacmine ve yapısına uyumlu hâle getirilmesidir[243]. Bu sisteme göre 1 Nisan 2013 tarihine kadar, İngiliz hukukunda uzunca bir süre küçük talepler usûlünün parasal sınırı £ 5,000 olmuş; 1 Nisan 2013 tarihi itibariyle bu sınır, £ 10,000 olarak uygulanmaktadır[244]. Bununla birlikte fiziksel yaralanma (*personal injury*) ve konut tamiri talepleri (*housing disrepair claims*) için bu sınır £ 1,000 miktarındadır[245]. *Hızlı yargılama usûlünde (fast track)* ise, £ 10,000 ilâ £ 25,000 miktarı arasındaki uyuşmazlıklar görülmektedir[246]. *Çoklu yargılama usûlünde (multi track)* ise, küçük talepler usûlüne veya hızlı usûle tâbi olmayan her türlü uyuşmazlık çözüme bağlanır[247]. Bu parasal ayrım pek çok hukuk sisteminde kabul edilmekle birlikte, özellikle Birleşik Krallık/İngiltere uygulamasında bu parasal ayrımı diğer sistemlerden farklı kılan en temel özellik, her bir yargılama usûlünde çerçeveleri birbirinden farklı olmakla birlikte hâkime davanın yürütülmesi ile ilgili belirli bir takdir yetkisi verilmiş olmasıdır[248] . İspat hakkının etkin bir şekilde tesisi için uyuşmazlıkların karmaşıklığına göre, takdiren ispat prosedürünü yönetmesi, ispat hakkı açısından en ideal yöntemdir. Nitekim bu yöntem, -*birazdan inceleneceği gibi*- aynı zamanda tahkim hukukuna da oldukça egemen olmuştur.

(v) CPR'da da, Ortak hukuk geleneğinden olan *dava öncesi (pre-trial)* ispat araçları ile tarafların uyuşmazlığa ilişkin bilgi ve belge edinmeleri sağlanır. Bu şekilde taraflar sürpriz delille karşılaşma riskini bertaraf edecekleri gibi, ispat prosedürüne de etkili şekilde temas edebileceklerdir. İngiliz medenî yargılama sistemi, taraflara Kıta Avrupası sistemlerinden çok daha katı bir şekilde uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunma yükümlülüğü getirir. Taraflar, birbirlerine delil ve uyuşmazlığa ilişkin bilgiler konusunda tam bir açıklamada bulunma yükümlülüğü altındadır. Bu durum, *delillerin ifşası (disclosure)* kurumu ile karşılanır[249]. *Delillerin ifşası (disclosure)* ile taraflardan her biri hâkimiyet alanlarında mevcut olan, iddialarını destekleyen veya aksine karşı tarafın iddialarını destekleyen deliller de dâhil olmak üzere hâkimiyet alanında bulunan bütün delilleri mahkemenin ve diğer ta-

---

[243] Andrews, s. 94. Ancak uyuşmazlıkların değerlerine ve önemlerine göre farklı dava tipolojilerine ayrılması İngiliz hukukunda yeni kabul edilen bir durum değildir. Uygulama, temelini 1960 ve 1970 arasında kabul edilen küçük yargılama prosedürlerinin yerel mahkemelerde (*county courts*) kabul edilmesiyle başlamıştır (*bu konuda bkz.* Andrews, ss. 94).

[244] Bkz. CPR § 26.6/1-3. Ayrıca konu ile ilgili bilgi için bkz. Andrews, ss. 94-95.

[245] CPR § 27.1/2. Ayrıca konu ile ilgili bilgi için bkz. Andrews, ss. 94-95.

[246] CPR § 26.6/4. Ayrıca konu ile ilgili bilgi için bkz. Andrews, s. 95.

[247] CPR § 26.6/6; CPR § 29.

[248] CPR'de yer alan hâkimlerin zaman yönetimi konusundaki takdir yetkileri ve görevleri aynı zamanda yargılamanın ne kadar süreceği konusunda da tarafları bilgilendirebilmektedir. Bu düzenlemeler sayesinde İngiltere, diğer Avrupa ülkeleri arasında uyuşmazlıkların ne kadar sürebileceği konusunda hak sahiplerini önceden bilgilendirmeyi başaran bir adlî sistem kurabilmiş durumdadır. Avrupa'da, uyuşmazlık öncesinde bu şekilde hak sahiplerine uyuşmazlıklarının aşağı yukarı ne kadar süre içerisinde çözümlenebileceğini belirten ülke sayısı oldukça azdır. 2008 verilerine göre bu ülkeler için bkz. Avrupa Yargı Sistemleri, Adaletin Etkililiği ve Kalitesi, Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu/CEPEJ, 2010 Basımı (2008 Verileriyle), s. 77-78 (http://www.sgb.adalet.gov.tr/cepej/turkce.pdf).

[249] Türk hukukunda *disclosure* terimi, *Göksu* tarafından *"delillerin ifşası"*, *Güralp* tarafından *"delillerin açıklattırılması"* şeklinde Türkçe'ye çevrilir.

rafın huzuruna sunmalı ve buna ilişkin listeleri de (*disclosure statements*) birbirlerine göndermelidirler[250]. Dolayısıyla İngiliz hukukunda taraflara çok katı bir şekilde uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunma yükümlülüğü getirilmekte ve taraflar, kendi aleyhine de olsa hâkimiyet alanındaki delilleri bildirme ve davaya getirme zorunluluğu altındadır.

3. İspat Hakkı Çerçevesinde Sistemin Değerlendirilmesi

Yukarıda belirtilmiş olan özellikler dikkate alındığında, İngiliz hukukunda ispat hakkının temini ve tesisi konusunda önemli kurum ve kurallar bulunduğunu ifade edebiliriz. Bu çalışmanın ilerleyen bölümlerinde üzerinde durulacağı gibi, ispat hakkı her şeyden önce ideal bir yargılama sisteminde ancak hâkimin etkin, yetkin ve güçlü olduğu bir modelde hayat bulabilir. Bu anlamda İngiliz hukukundaki gelişmeler son derece önemlidir. Tamamen taraf hâkimiyetine terkedilen bir yargılama sistemi, âdeta güçlünün güçlüyü yenebileceği bir savaş alanına dönüşebileceğinden, hiçbir zaman ispat hakkının tam bir güvence içerisinde bulunması mümkün olmaz[251]. Bu yönüyle İngiliz hukukunda, taraf egemenliğinden güçlü, yetkin ve aktif hâkim modeline geçilmiş olması ispat hakkı açısından son derece önemli bir adımdır.

Diğer yandan İngiliz hukukundaki gelişmelere bakıldığında taraf hâkimiyetinden tamamen vazgeçildiği de söylenemez. Hâlen taraflarca getirilme ilkesi, uyuşmazlıkla ilgili en önemli ispat araçlarının taraflarca getirilmesini gerektirir. Bu sebeple de, Ortak Hukuk geleneğinin bir yansıması olan *dava öncesi belgeye ve bilgiye erişim imkânlar*ından vazgeçilmemiştir. Bir yandan yeni sistem hâkimin konumunu güçlendirirken, diğer yandan yargılamaların orantılılık ilkesine uygun şekilde görülebilmesi için tarafların olabildiğince erken aşamada delillerini diğer tarafla paylaşmaları gerekir. Hâkimin konumu ve yetkileri bakımından, âdeta ikiz kardeşi olan Amerikan geleneğinden kopan İngiliz medenî yargılama sistemi Kıta Avrupası'na yaklaşırken; tarafların belgeye ve bilgiye erişim imkânları konusunda Kıta Avrupası'ndan hâlen oldukça büyük farklar barındırır. Bu kapsamda tarafların uyuşmazlığın aydınlanmasına katkı yükümlülüğü, İngiliz hukukunu, Kıta Avrupası'ndan oldukça uzaklaştırır. Bununla birlikte Türk hukukundakine benzer şekilde uyuşmazlığa ilişkin delillerin yargılamaya getirilmesi hususunda sınırlandırıcı hükümler

[250] Bu konuda bkz. Mustafa Göksu, "Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi", **Legal MİHDER,** S. 13, 2009, (Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Dayanılması), s. 275; Güralp, ss. 186-187.

[251] Aktif dava yönetimi yetkilerinin ispat hukuku üzerindeki önemli etkileri bakımından bir değerlendirme için bkz. Grevling, ss. 249-270.

içermeyen; ne Alman hukukundaki gibi katı delil sistemini ne de Türk-Fransız hukukundaki kesin delille ispat zorunluluğunu benimsemeyen bir ispat modeline sahip olan İngiliz medenî yargılama hukukunda kural olarak -*hukuka aykırı olmayan*- her türlü delilin yargılamaya getirilmesi mümkün olduğundan, bir ispat hakkının varlığından -*bu yönüyle*- söz edebiliriz.

İngiliz medenî yargılama sisteminde yargısal temel haklar, gücünü giderek artırmaktadır. Bu anlamıyla ispat hakkı kataloğuna müdahâle ettiğimiz ve ispat hakkının etkin şekilde kullanılmasını sağlayan yargısal temel haklar, İngiliz hukukunda da diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi oldukça önem kazanmaktadır. Bu durum, ispat hakkının varlığına hizmet eden kurumlarda hiçbir sınırlanamanın bulunmadığı anlamını taşımaz. Örneğin devlet sırrı sebebiyle gizli yargılamalara izin verilmesi ve bunun medenî yargılamaya ilişkin uyuşmazlıklarda ispat hakkını sınırlaması konusu, ileride incelenecektir. Bunun gibi istisnaî durumlar hâricinde, ispat hakkını güvence altına alan yargısal temel haklar konusunda sistemin *temel haklar öğretisine* karşı oldukça duyarlı olduğu ifade edilebilir.

Sonuç olarak ve kısaca, kanaatimizce İngiliz medenî yargılama sistemi bir yandan Ortak Hukuk sistemlerinin dezavantajlı yönlerinden sıyrılıp Kıta Avrupası'na yaklaşırken, diğer yandan Kıta Avrupası'nda, ispat hakkının temini açısından gerekli olan eskik kurum ve kurallara -*pre-trial devices gibi*- sahip bir sistem olarak ispat hakkının temini için ideal bir yargılama modeline yakındır. İspat hakkı, münferit bir kanun düzenlemesi ile korunmazken âdil yargılanma hakkına (AİHS m. 6; HRA m. 6) müdahâle olan unsurların, ispat hakkının korunması konusunda önemli bir güvence oluşturduğu rahatlıkla söylenebilir. Yine hâkimin konumu ve yetkili; hâkimin *dava yönetimi (case management)* konusundaki görevleri; taraflara katı şekilde uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunma yükümlülüğü getirilmiş olması; ispat ve delillerin yargılamaya getirilmesi konusunda sınırlandırıcı olmayan kuralların kabul edilmiş olması ispat hakkının güvence altına alınması konusundaki diğer olumlu özelliklerdir. Bu yönüyle Kıta Avrupası ile Ortak Hukuk geleneğinin arasında bir yerde kendisine yer edinen İngiliz hukukunun, ispat hakkının güvenceleri açısından da her iki sistemin olumsuz yönlerini etkisiz kılmaya yönelen önemli bir karma sistem modeli olduğunu ifade etmek hatalı olmayacaktır. İngiliz hukukunda ispat hakkının çe-

şitli kurumlar çerçevesinden değerlendirilmesine, aşağıdaki açıklamalarımızda yeri geldiğince değinilecektir.

D. Amerikan Hukuku

1. Genel Olarak

Amerikan hukuku da, İngiliz hukukuna benzer şekilde ispat hakkı kurumuna özel olarak yer veren hukuk sistemleri arasında değildir. Bununla birlikte aşağıda görüleceği üzere, Amerikan hukukunun kendine özgü yapısı, ispat hakkına yüklenecek anlamı tamamen başkalaştırmaktadır. Aynı zamanda çalışmamız içerisinde, incelediğimiz hukuk sistemleri içerisinde AİHS'nin 6. maddesinin doğrudan doğruya uygulanmadığı tek hukuk sistemi Amerikan hukukudur. Bu yönüyle Amerikan hukuku bakımından, ispat hakkının nasıl şekillendiği konunun incelenmesine farklı bir boyut katacaktır.

2. Yargılama Sisteminin Temel Karakteristiğinin İspat Sistemi Üzerindeki Etkileri

Ortak hukuk sisteminin iki temel ayağından biri olan A.B.D. medenî yargılama sisteminin temelleri, -İngiliz hukukundan farklı olarak[252]- hâlen tam anlamıyla karakteristik özelliklerini koruyan bir yapıya sahiptir. Bu yapı ve bu yapının ispat sistemi üzerindeki etkileri, birazdan üzerinde durulacağı üzere Kıta Avrupası hukukuna dâhil olan sistemler açısından yapılan ispat hakkına ilişkin değerlendirmeleri benzer esaslar çerçevesinde yorumlamamıza engel olmaktadır. A.B.D. yargılama sisteminin kendisine özgü yapısı, bu hukuk sisteminde ispat hakkına hizmet eden kurum ve kuralları Kıta Avrupası sistemlerinde görüldüğünden oldukça farklılaştırmaktadır. Bu sebeple öncelikle bu yargılama sisteminin karakteristik yapısının ispat kuralları üzerinde etkisi üzerinde durulacak; ardından bu çerçeveden ispat hukukuna ilişkin kurum ve kurallar -*Kıta Avrupası geleneğinden gelen bakış açısı ile*- değerlendirilecektir.

---

[252] Yukarıdaki açıklamalarımızda yer verdiğimiz üzere Ortak hukuk sistemine müdahâle olan medenî yargılama sistemlerinin temel karakteristik özellikleri bilhassa *Woolf* reformlarından sonra ciddi şekilde Kıta Avrupası medenî yargılama sistemlerinin özelliklerine doğru eğilim göstermiştir. Örneğin Ortak hukuk yargılamasının temel özelliği olarak devamlı ve konsantre özelliğe sahip asıl yargılama aşaması, yerini İngiliz hukukunda Kıta Avrupası'ndakine benzer şekilde sıralı ve birbirinden bağımsız duruşma ve oturumlara bırakmıştır. Bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. Arthur T. von Mehren ve Peter Murray, **Law in the United States,** Cambridge Univ. Press, 2. Bası, Birleşik Krallık 2007, ss. 167-168.

A.B.D. yargılama sistemi, Kıta Avrupası sisteminden büyük ölçüde farklı dinamikler üzerine kuruludur. A.B.D. medenî yargılama sisteminin oldukça geniş ve pahalı *ön tahkikat aşaması (pre-trial process)* ile sürece başlaması[253]; dava öncesi tahkikat aşamasında taraflara birtakım araçlarla *(pre-trial devices)* bilgiye ve belgeye ulaşma imkânları tanınması ve özellikle *delillerin keşfi (discovery)* kurumunun sistemi yönlendirmesi[254]; esas yargılamanın ise yoğunlaştırılmış ve teatral yapının ağırlıklı olduğu kesintisiz dava sürecinden *(concentrated trial)* oluşması[255]; jürili yargılama kültürünün izlerini sürdürmesi[256]; yargılama öncesinde taraflara geniş çaplı bilgi kaynağına, delile erişme imkânı verilmesi ve âdeta delillerin yargılamanın öncesinde "avukatların bürolarında" toplanması ve bunun bir sonucu olarak hâkimin yetkilerinin son derece sınırlı olduğu avukatın dominant role sahip olması[257] gibi özellikler Kıta Avrupası hukukçusunun yabancı olduğu bir süreci barındırır[258]. Bununla birlikte 1990'da yapılan reform ile (*The Civil Justice Reform Act of 1990*), yargılamaların uzun sürmesi sebebiyle ortaya çıkan sorunların giderilmesi için hâkimin yetkileri güçlendirilmiş ve birtakım yetkilerle donatılmıştır[259]. Amaç, hâkimi

---

253 Bu durumun yargılamayı uzattığı konusundaki tespit ve değerlendirmeler için bkz. ayrıca bkz. Kagan, ss. 100, 104-105; Herbert M. Kritzer, "American Adversarialism review essay on Robert Kagan's Adversarial Legalism", **Law & Society Review,** C. 38, 2004, ss. 368-370.

254 Kagan, s. 108. A.B.D. medenî yargılama sisteminde "*discovery*" aşamasının, bu hukuk alanına özgü temel özelliklerinin başında geldiği ve hukuk kültürünün temelini oluşturduğu yönündeki değerlendirmeler için bkz. Mehren ve Murray, s. 167. Ayrıca bkz. Eckard von Bodenhausen, "U.S. Discovery and Data Protection Laws in Europe", **DAJV Newsletter,** S. 1, 2012, ss. 14-17; Peter Hay, "Informationsbeschaffung über schriftliche Unterlagen und Augenscheinsobjekte im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung des anglo-amerikanischen Rechts", **Die Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, Die Verfahrensmässige Behandlung von Nachlässen, Ausländisches Recht und Internationales Zivilprozessrecht,** Edt. Peter F. Schlosser, Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht e.V., C. 8, Bielefeld-Gieseking 1996, ss. 15-17; Christian Klausegger ve Therese Fritz, "U.S. Discovery: The Austrian Perspective", **DAJV Newsletter,** S. 1, 2012, ss. 12-14.

255 A.B.D. medenî yargılama sisteminde esas yargılama (*trial*) aşamasının konsantre, kesintisiz (*concentrated and continuous trial*) ve teatral duruşma dizisinden oluşmasının hukuk kültürü ve medenî yargılama hukukunun temel yapısı bakımından taşıdığı önem hakkında değerlendirmeler için bkz. Mehren ve Murray, s. 167. Bu durumun, tarihî ve kültürel sebeplere dayandığı ve bu hukuk sisteminde, temelini İngiliz hukukundan alan jüri yargılamasının bir sonucu olarak etkisini bugün dahi devam ettirdiği yönündeki değerlendirmeler için bkz. Mehren / Murray, ss. 167-168. Bu konuda ayrıca bkz. Kagan, s. 106.

256 Jüri yargılamasının özellikle ispat kuralları üzerinde etkisi konusunda bkz. Friedman, ss. 266-268. Bu konuda ayrıca bkz. Kagan, ss. 107-108.

257 Bu konuda bkz. Kagan, ss. 105-106.

258 A.B.D. hukuku ile Kıta Avrupası medenî yargılama sistemlerini bu yönleri ile karşılaştıran ve özellikle Alman medenî yargılama sistemi ile benzerlikler ve farklılıkları ortaya koyan seçilmiş literatür için bkz. Langbein, German Advantage, ss. 535 vd.; Mehren / Murray, ss. 168-179; A. Meier, ss. 9-12.

259 Peter Murray, "Civil Justice Reform in America: The 1990 Civil Justice Reform Act and Its Consequences", **ZZPInt,** C. 3, 1998, (Civil Justice Reform), ss. 319-338. Ayrıca bkz. Joyce Plotnikoff, "Case

pasif konumundan çıkartarak daha aktif hâle getirmek (*managerial judge*) idi[260]. Bununla birlikte reformdan amaçlanan sonuç alınamamıştır[261].

A.B.D. hukukunda ispat hukukuna ilişkin kurallar *Federal Delil Kuralları* (*Federal Rules of Evidence, FRE*) çerçevesinde düzenlenir. Bu kurallar hem ceza hukukuna hem de özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda federal düzeyde kabul edilen ve uygulanan temel düzenlemeler niteliğindedir. Nitekim pek çok eyalet kanunu da, Federal Delil Kuralları'nı eyalet bazında aynen kabul ederek uygulamaktadır. Bunun yanısıra özellikle delillerin ikamesine ilişkin pek çok önemli düzenlemeler de, *Federal Medenî Yargılama Kuralları'nda (Federal Rules of Civil Procedure, FRCP)* düzenlenir. Esasında her eyaletin kendi medenî yargılama kuralları bulunmakla birlikte, pek çok eyalet FRCP'yi eyalet sisteminde aynen kabul etmiştir[262]. Genel olarak delil türleri, özellikleri gibi konular FRE'de düzenlenmiş olmakla birlikte, özellikle yargılamanın aşamaları ve delil toplama yöntemleri olarak da ifade edebileceğimiz, ispat hakkının kullanılması bakımından özellik arzeden *delillerin keşfi (discovery)*, *delillerin ifşası (disclosure)* gibi kurumlar FRCP'de düzenlenir.

Mahkemenin önüne gelen bir uyuşmazlıkta ilk aşamayı *dilekçelerin hazırlanması (pleadings)* ile *talepler (motions)* (FRCP 3-4, 7-16) ve bunların karşı taraf ile paylaşılması talebi *(serving and filing pleadings and other papers)* (FRCP 5) oluşturur. Ardından en önemlileri arasında *delillerin keşfi (discovery)* ve *delillerin ifşası (disclosure)* kurumları olan ve uyuşmazlığa ilişkin bilgi kaynaklarına ulaşma imkânı tanıyan, bunları karşı tarafla paylaşma zorunluluğu getiren *ön tahkikat (pretrial)* (FRCP 26-37) gelir. Sonrasında ise, asıl yargılama veya yoğun duruşma aşaması şeklinde de ifade edilebilecek *dava (trial)* aşamasına (FRCP 38-53) geçilir. *Dava (trial)* aşaması kural olarak kesintisiz, konsantre tek bir bölümden, birbiri ardını izleyen duruşmalardan (FRCP 40) oluşur. Bu anlamda genel ifade ile FRCP

Control as Social Policy: Civil Case Management Legislation in the United States", **C.J.Q.,** C. 10, 1991, ss. 230-245.

260 Bu konuda bkz. Murray, Civil Justice Reform, s. 319; Plotnikoff, ss. 243-244.

261 Bu durumun sebepleri hakkında bkz. Murray, Civil Justice Reform, ss. 334-338. Reforma en başta karşı çıkanlar, barolar olmuştur. Amerikan yargılamasının temel özelliği olarak avukatlar yargılamada sahip oldukları gücü kaybetmemek için önemli lobi çalışmaları yapmıştır. Bu konuda hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Plotnikoff, ss. 235-236.

262 Bu konuda bkz. Oscar Chase, "Reflections on Civil Procedure Reform in the United States: What has been Learned? What has been Accomplished?", **The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective (An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti in Florence, 12-13 December - 2003),** Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, G. Giappichelli Editore - Torino 2005, (Reflections on Civil Procedure Reform in the United States), ss. 163.

yargılamayı temelde iki bölüme ayırır: *ön tahkikat (pre-trial)* ve *dava (trial)*. Özellikle dava öncesi *ön tahkikat (pre-tiral)* aşamasında taraf vekillerinin *delillerin keşfi (discovery)* ve *ifşası (discovery)* kurumlarının verdiği yetki çerçevesinde, delilleri araştırma ve inceleme görevinin kural olarak avukatlara verilmesi (FRCP 26); hâkime bu konuda çok sınırlı bir yetki verilmesi, deliller üzerinde taraf avukatlarının aktif rol üstlenmesi ile sonuçlanır[263]. Örneğin bu hukuk sisteminde davada tanıkları -*ve hatta tarafları*- sorgulama görevi taraf avukatlarına aittir (FRCP 30-31) ve A.B.D. hâkiminin, Kıta Avrupası hâkimine benzer şekilde tanığı sorgulaması mümkün değildir[264]. *Delillerin keşfi (discovery)*, birtakım *ön tahkikat araçlarıyla (pre-trial devices)* tarafların uyuşmazlığa ilişkin bilgi ve belge edinmelerine ilişkin düzenlemeleri barındırır[265]. *Delillerin ifşası (disclosure)* ise, *discovery* sürecinde kullanılacak araçları beklemeksizin tarafların hâkimiyet alanlarında halihazırda bulunan belge ve bilgi kaynaklarını, yani delilleri birbiri ile paylaşmasını, başka bir ifade ile ellerindeki delilleri birbirlerine ifşa etmeleri zorunluluğunu getirir [FRCP 26 (a) (1) (A)].

3. İspat Sisteminin Temel Özellikleri

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, A.B.D. hukukunun kendine özgü yapısı çerçevesinde FRCP'de yargılama temelde, *ön tahkikat (pre-trial)* ve *dava (trial)* şeklinde iki aşamadan oluşur[266]. Bu aşamaları Kıta Avrupası sistemleri ile veya Türk medenî yargılama sistemi ile benzeştirmek pek mümkün değildir.

A.B.D. medenî yargılama sistemini kendisine özgü bir yapıya büründüren ve Kıta Avrupası sistemlerinde rastlamanın pek mümkün olmadığı delillerin keşfi *(discovery)* ve *ifşası (disclosure)* kurumları A.B.D.'yi takip eden pek çok ülkede de belirli ölçülerde geçerlidir. Ancak A.B.D'deki *discovery* kurumu, ortak hukuk sistemlerinde uygulanan bu kurumun taraflara en geniş çaplı yetki verdiği düzenlemeleri barındırır. Örneğin yargılamayı âdeta mahkemelerden hukuk bürolarına taşıyan "*deposition*" yani taraf vekillerinin mahkeme dışında tanıkları sorgulama imkânı (FRCP 30-31) ortak hukuk sistemleri içerisinde bir tek A.B.D.'de geçerlidir. Bu anlamda

---

263 Bu konuda bkz. Mehren ve Murray, ss. 170-171.

264 Mehren ve Murray, s. 171; Peter Gottwald, "Die prozessuale Aufklärungspflicht im Rechtsvergleich", **Beitrage zum Zivilprozessrecht V,** Edt. Walter Buchhegger, Springer, Viyana 1995, (Aufklärungspflicht im Rechtsvergleich), ss. 22-24.

265 Bu konuda ayrıntı için bkz. Peyman Rezaizadeh, "International Trade Law and Civil Procedure Cross-Influence between Continental European", **Life Science Journal,** S. 9, 2012, s. 1656.

266 Bu konuda karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Gottwald, Aufklärungspflicht im Rechtsvergleich, ss. 22-43.

A.B.D., delillerin keşfi kurumuna yönelik en geniş uygulama alanını tanıyan hukuk sistemi olma özelliğini taşır.

Delillerin keşfi talebi karşısında diğer tarafın uyuşmazlıkla ilgili istenen belge ve bilgileri temin etmemesi durumunda, taraflar iyiniyet çerçevesinde kendi aralarında anlaşmazlığı çözmeye çalışırlar; şayet diğer taraf bilgi ve belgeyi vermekten kaçınmaya devam ederse, delillerin keşfi konusunda mahkemeye başvururlar. Şayet karşı tarafın delilleri vermemesi için haklı bir sebebi bulunmuyorsa, mahkeme bu durumda delillerin sunulmasını emredebileceği gibi artan yargısal masrafları diğer tarafa yükleyebilir veya para cezası ve hatta hürriyeti bağlayıcı ceza dahi verebilir. Ve hatta tüm bu yaptırımlar sadece uyuşmazlığın taraflarına değil, aynı zamanda delil talep edilen üçüncü kişilere de uygulanabilecektir. Bunun dışında karşı taraf delilin konusunu teşkil eden vakıaları ikrar etmiş sayılabilir veya birtakım iddia ve savunma sebeplerine dayanmaktan vazgeçmiş sayılabilir [FRCP 37 (a) (3) (A)][267].

Duruşma öncesi delillerin keşfi kurumu, tarafların davayla ilgili belgelere ulaşmasını sağlar ve yargılama sırasında tarafların sürpriz belge ve delillerle karşılaşmalarını engeller[268]. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere ortak hukuk sistemlerinde ve özellikle A.B.D. medenî yargılama sistemi, "*notice pleading*" ile başlar ve bu kısa dava dilekçesi temelinde, delillerin keşfi taleplerini sınırlamaya yöneliktir. Nitekim kişilerin delillerin keşfi talebine konu oluşturacak bilgi ve belge kaynakları, temelini *notice pleading'*deki uyuşmazlık konusu ve talebe dayandırır.

Delillerin ne şekilde ibraz edileceği ve uyuşmazlığın taraflarının bilgiye ve belgeye erişim imkânına hangi sınıra kadar sahip olacağı konuları ispat hakkının odağında yer alan konulardır. Hatta ispat hakkı, *delil ikame etme hakkı* olarak dahi bilinmektedir[269]. Bu yönüyle bakıldığında Amerikan hukukunda taraflara bu kadar geniş şekilde belgeye ve bilgiye erişim imkânı tanınması, ispat hakkının oldukça geniş bir uygulama alanına sahip olduğu yönünde yorumlanabilir.

Amerikan hukuku sadece delillerin ikamesi konusundaki kuralları ile geniş bir şekilde ispat hakkının uygulama alanına hizmet etmez; aynı zamanda FRE'da yer

---

[267] Bu konuda bkz. İnci Figanmeşe, **Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini,** (İstanbul Üniv., Özel Hukuk, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2005, ss. 176-193; Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazı,** Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 277.

[268] Gökyayla, s. 278.

[269] Bu konu üzerinde ileride ayrıntılı olarak durulacaktır. Bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, II, C, 2, b.

alan kurallardan ispat hakkının güvence altına alınması konusunda önemli ilkeler ve kurallar benimser. Daha önce de ifade edildiği üzere davada kullanılacak delillerin yapısını, niteliğini FRE düzenler. Bu kurallara bakıldığında, ilk olarak davaya getirilecek deliller için sınırlayıcı bir belirleme yapılmamış olduğu farkedilir. Bir delilin yargılamaya getirilebilmesi için en önemli koşul, delilin uyuşmazlıkla ilgili olan güvenilir bilgi kaynağı olmasıdır. Buna göre *uyuşmazlıkla ilgili olan her bir delil (relevant evidence)* davaya getirilebilecek; *uyuşmazlıkla ilgili olmayan delil (irrelevant evidence)* davaya getirilemeyecektir (FRE 402). Uyuşmazlıkla ilgili olan delillerin ise, ancak zaman kaybedilmesine, jürinin yanıltılmasına sebep vermesi gibi sınırlı durumlarda davada kullanılması kabul edilmeyecektir (FRE 403). Dolayısıyla amerikan kurallarında kural, uyuşmazlığı yansıtan her delilin yargılamaya getirilebilmesidir. Kıta Avrupası'nda bazı hukuk sistemlerinde kabul edilen deliller arasında bir öncelik bulunmaz. Bu kapsamda da vakıa iddiasının belge niteliğindeki bilgi kaynakları ile, tanık ifadeleri ile, yazılı belgelerle, bilirkişi raporu ile kısacası uyuşmazlıkla ilgili olan her türlü delille ispatlanması kural olarak mümkündür.

4. İspat Hakkı Çerçevesinde Sistemin Değerlendirilmesi

Yukarıdaki açıklamalarımız, A.B.D. medenî yargılama hukukunun Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden büyük ölçüde farklı dinamiklere sahip olduğu ve günümüzde Ortak hukuk sisteminin *sui generis* özelliklerini hâlen büyük bir güçle ayakta tutan bir yargılama modeli olduğunu gösterir. Bu anlamda salt Kıta Avrupası hukukçusu gözüyle yapılacak ispat hakkı değerlendirmesi, bu hukuk sistemi ile ilgili olarak hatalı düşüncelere sevk edilmesine sebep olabilir. Zira yukarıdaki kurallar ve ilkeler dikkate alındığında, rahatlıkla Amerikan hukukunda da ispat hakkının teminine yönelik düzenlemeler bulunduğu ifade edilebilir. Her şeyden önce kişilerin iddialarını serbestçe dile getirebilme, açıklama yapma haklarının bulunmasının temeli bu hukuk sisteminde de âdil yargılanma hakkı şeklinde ifade edilmesi mümkün olan "*procedural due process*" hakkının temel bir unsurudur. Sadece bu hukuk sistemindeki dinamikler ve sistemi şekillendiren temel düşünce yapısı, özellikle ispat hakkının sınırlarını çizerken Kıta Avrupası hukukçusunun aynı hassasiyet ile yaklaşmadığı birtakım ölçütlerden yararlanmaktadır.

Bu yargılama modelinin ispat hakkına yaklaşımı ile ilişkilendirilecek önemli bir konu, A.B.D. hukukunda nelerin *delil* (*evidence*) olarak nitelendirilebileceği, yani

hangi bilgi kaynaklarına delil değeri verildiğidir. A.B.D. hukukunda bazı Kıta Avrupası sistemlerinde görülen *katı delil sistemi* veya *kesin delille ispat zorunluluğu* gibi kurallar bulunmaz. Bu kapsamda öncelikle bu yargılama sisteminde kural olarak bütün bilgi kaynakları, mahkemede delil olarak değerlendirilebilir. Bu anlamda nelerin delil niteliğine sahip olacağı kanunda sınırlayıcı bir şekilde belirtilmemiştir. Başka bir ifade ile delillerin belirlenmesi konusunda *dışlayıcı (exclusive)* değil, *kapsayıcı (inclusive)* bir anlayış kabul edilmiştir. Bu durumda bir bilgi kaynağının delil niteliğine sahip olup olmayacağı ile ilgili en önemli ölçütler, delil niteliğine sahip olması istenilen bilgi kaynağının uyuşmazlık ile *ilgili olması* (*relevancy*) ve *kabul edilebilir olması* (*admisibility*) dır (FRE 402). Bu açıdan bakıldığında A.B.D. sisteminin sınırlayıcı, muhafazakar bir yapıda değil özgürlükçü, liberal bir yapıya sahip olduğunu görülür.

Bununla birlikte aynı Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki gibi A.B.D. hukukunda da *delil ibrazı ayrıcalıkları (privilege)* bulunur (FRE 501-502). Hatta müvekkil-avukat ayrıcalığı, hekim-hasta ayrıcalığı, rahip-inanan ayrıcalığı gibi bu kaçınma sebeplerinin Kıta Avrupası'ndan çok daha geniş bir alana yayıldığını ifade edebilir. Bu durum da yukarıda konunun ideolojik yönünde ele aldığımız üzere, Kıta Avrupası sistemleri açısından da *mahremiyetin (privacy)* gün geçtikçe önemini arttırmasına rağmen, yargılamada gerçeğe ulaşılması konusunun Kıta Avrupası açısından arzettiği önemle ilgilidir. A.B.D. hukukunda ise *bireyselliğin (individualism)* ve *liberal düşüncenin (liberalisim)* etkisi ile *mahremiyetin (privacy)* hem özel kişiler bakımından *(özel hayatın, meslek sırlarının korunması çerçevesinde)* hem de tüzel kişiler bakımından *(ticarî sırların, işletme sırlarının, meslek sırlarının korunması çerçevesinde)* arzettiği önemin birinci planda olması, delil ibrazı ayrıcalıklarının da çok geniş bir alana yayılmış olması ile sonuçlanır. Oysa çalışmamızın son bölümünde ele alınacağı üzere[270], delil ibrazı ayrıcalıkları Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde -*özellikle İsviçre ve Almanya'da*- ispat hakkının en önemli sınırlamalarından birini olarak kabul edilir. Bu anlamda *ayrıcalıkların (privileges)* uygulama alanı ne kadar genişletilirse, ispat hakkının sınırları aynı oranda daralır. Dolayısıyla salt delil ibrazı ayrıcalıkları bakımından yapılan bir değerlendirme neticesinde, A.B.D. hukukundaki geniş imtiyaz düzenlemelerinin ispat hakkını oldukça sınırladığını ifade etmek müm-

[270] Bu konu ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 19.

kün olabilecektir. Bununla birlikte yine çalışmamızın son bölümünde ele alınacağı üzere delil ibrazından kaçınma sebepleri, yani imtiyazlar konusundaki gelişmelerin Kıta Avrupası dünyasında da değişmeye başladığı rahatlıkla gözlemlenebilir. Zira bugün delil ibrazı muafiyeti tanınan birtakım temel düzenlemelerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında çok önemli diğer bazı temel haklarla ilişkilendirildiği tespit edilebilmektedir. Bu anlamda örneğin avukat-müvekkil ayrıcalığı hak arama özgürlüğünün; gazetecilerin haber kaynağını gizleme, ifşa etmeme haklarının düşünceyi açıklama özgürlüğünün en önemli unsurlarından biri olduğu kabul edilmekte ve bu ayrıcalıkların sınırları, gün geçtikçe Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da genişlemektedir. Nitekim bu durum ispat hakkı bakımından da bugün gün geçtikçe Ortak hukuk ile Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin yakınlaştığını, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının bu konuda önemli bir rol üstlenmekte olduğunu göstermektedir.

E. Rus Hukuku

1. Genel Olarak

2002 yılında kabul edilen Rusya Medenî Yargılama Kanunu'nun 2. maddesi, medenî yargılama hukukunun amaçları arasında taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek, hukukî güvenliği ve hukuk düzenini korumaktan bahseder[271]. Rusya medenî yargılama hukukunda her bir tarafın, bazı yargısal temel haklara sahip olduğu kabul edilir. Bu çerçevede taraflar, davada kendi haklarında hüküm ve sonuç doğuracak tüm belgelere, bilgilere, sava dosyasının içeriğindeki bütün dökümanlara erişim hakkına sahiptir[272]. Bunun ötesinde taraflar, her kim tarafından davaya getirilmiş olursa olsun her iddiaya karşı savunma hakkına ve buna ilişkin delil sunma hakkına da sahiptir[273].

---

[271] Bu konuda bkz. Butler, s. 242. Ayrıca bkz. D. I. Bekyasheva, "Preparation of Civil Case for Trial in the Russian Civil Procedure", **Middle-East J. Sci. Res.,** C. 13, 2013, ss. 90-96; Maria Filatova, "First Instance Proceedings in Russian Civil Litigation: Main Pillars and Paradoxes", **ZZPInt,** C. 15, 2010, ss. 309-330; Dimitry Maleshin, "Some Cultural Characteristics of the New Russian Code of Civil Procedure of 2002", **ZZPInt,** C. 10, 2005, (Cultural Characteristics), ss. 385-390; Dimitry Maleshin, "The Russian Style of Civil Procedure", **Emory International L.R.,** C. 21, 2007, (Civil Procedure), ss. 543-562; Damir Valeev, L.V. Fatkhullina ve A. Valeeva, "The Jurisdiction of Russian Courts in Civil Matters", **Truth and Efficiency in Civil Litigation, Fundemental Aspects of Fact-Finding and Evidence-taking in a Comparative Context,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Alan Uzelac, Intersentia, Antwerpen 2012, ss. 301-312.

[272] Butler, s. 243.

[273] Butler, s. 243

Bu yargısal temel haklar hâricinde, taraflar katı şekilde dürüstlük ilkesine uygun davranma yükümlülüğü altındadır. Bu durum ilgili tarafın davayı kaybetmesi ile sonuçlanabileceği gibi, para cezasına hükmedilmesini de gerektirebilir[274].

2. İspat Sisteminin Temel Özellikleri Çerçevesinde İspat Hakkı

Rusya medenî yargılama hukukunda da, Türk hukukundakine benzer şekilde kanunlarda aksine bir hüküm bulunmadığı sürece, her bir taraf kendi iddia ve savunmasında dayandırdığı vakıaları ispat yükü altındadır (Rusya Medenî Yargılama Kanunu § 56/1)[275]. Temel kural bu şekilde olmakla birlikte, Rusya medenî yargılama hukuku ispat sisteminde de ilk görünüş ispatının uygulamalarına rastlamak mümkündür. Örneğin aracıyla bir yayaya çarpan aracın kusurlu olduğu ve yayanın hatalı olmadığı farz edilmektedir. Bu durumda davacı zarar gören yayanın sadece zararını ve illiyet bağını ispatlamalıdır; bu durumda, davalı taraf, davacı yayanın ağır kusurunu ispat edemediği sürece davayı kaybetmeye mahkûm olacaktır (Rusya Medenî Kanunu § 1079, 1083)[276]. Rusya Medenî Yargılama Kanunu'nun § 55'de caiz delillerin ne olduğu tek tek belirtilmiştir. Bunlar *taraf açıklamaları (parties' explanations), tanık ifadeleri (witness testimony), yazılı deliller (documentary evidence), fiziksel deliller (physical evidence), ses ve görüntü kayıtları (audio and video recordings), bilirkişi delilidir (expert evidence)*[277].

Kıta Avrupası medenî yargılama hukuku geleneğiyle uyumlu olarak Rusya medenî yargılama hukukunda kural ispat vasıtalarının katı bir biçimde dışlanmaması ilkesine dayanmakta ve bu anlamda *dışlayıcı ispat kuralları (exclusionary rules of evidence)* oldukça sınırlı bir uygulama alanına sahip olmaktadır[278]. Bu durum dışlayıcı ispat kurallarının, özellikle tecrübe sahibi olmayan jüri üyelerinin güvenilir olmayan deliller aracılığıyla çeldirilmesinin önüne geçmek, yani kararı verecek jüri

---

[274] Butler, ss. 243, 244-245.

[275] William Burnham, Peter B. Maggs ve G.M. Danilenko, **Law And Legal System of the Russian Federation,** 4. Bası, Juris Publishing 2009, s. 410. Bu istisnaî özel düzenlemelere örnek olarak 1993 tarihli Vatandaşların Haklarını ve Özgürlüklerini İhlâl Eden Dava ve Kararlara Karşı Temyiz Mahkemesine Başvuruya İlişkin Kanun (*4866-1 sayılı, 27 Nisan 1993 tarihli Kanun; "On Appealing to Court the Actions and Decisions Violating the Rights and Freedoms of Citizens"* [*bkz.* Burnham ve diğerleri, s. 410, dn. 263]) gösterilmektedir. Zira bu Kanun'a göre dava açan taraf sadece söz konusu davanın veya verilen hükmün haklarını veya menfaatlerini ihlâl ettiğini iddia etmekle yükümlü olup, bundan sonraki davanın veya verilen hükmün hukuka uygunluğunu ispatlama yükünün resmî dairelere veya devlete ait olacağını benimsemektedir. Bu konuda bkz. Burnham ve diğerleri, s. 410.

[276] Burnham ve diğerleri, s. 410.

[277] Burnham ve diğerleri, s. 409.

[278] Burnham ve diğerleri, s. 411.

üyelerini, güvenilir olmayan ispat araçlarından korumak için kullanıldığı; buna karşılık profesyonel anlamda eğitimli, bilgili ve tecrübe sahibi hâkimler açısından böyle bir koruma önlemine ihtiyaç duyulmaması ile açıklanmaktadır[279]. Dolayısıyla bu anlamda Rusya medenî yargılama hukuku sisteminde, uyuşmazlık konusu ile *ilgili (relevant)* tüm deliller hâkimin değerlendirilmesine sunulmak üzere yargılamaya getirilebilmektedir. Bu temel prensip hem kıta Avrupası hem de Ortak hukuk sistemi geleneklerinde kabul edildiği üzere *tüm delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi (free evolution of all the evidence)* olarak Rusya medenî yargılama hukukunda da ispat hukukunun temel çekirdeğini oluşturmaktadır. Bu anlamda Rus medenî yargılama hukukunda herhangi bir delilin, bir başka delile oranla ne ispat gücü açısından ne de hiyerarşik açıdan bir üstünlüğü *apriori* olarak kabul edilmemiştir (bkz. Rusya Medenî Yargılama Kanunu § 67/2). Buna karşılık Rus hukukunda bu kuralın sınırlı durumlarda istisnalarının meşru temellerinin bulunduğu belirtilmektedir. Örneğin bazı durumlarda yazılı bir sözleşme sunmayı başaramayan taraf, sözleşmenin içeriğinin ispatı konusunda tanık deliline dayanma hakkından yoksun bırakılmaktadır (Rus Medenî Yargılama Kanunu § 162)[280]. Benzer istisnalar, bütün ilgili ve kabul edilebilir delillerin serbestçe değerlendirilmesi kuralını kabul eden Amerikan medenî yargılama sisteminde de mevcuttur. Ancak bu durum söz konusu hukuk sisteminde bir ispat şartı olarak değil, *birtakım sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmasını gerektiren bir şart (statute of frauds; geçerlilik şartı)* olarak değerlendirilmelidir.

Rus medenî yargılama hukuku sisteminde, deliller arasında *önceden, a priori şekilde* kanun tarafından belirlenmiş bir hiyerarşik sınıflandırma olmaması, bütün delillerin her zaman hâkim nezdinde eşit bir ispat gücüne sahip olacağı anlamına gelmemektedir. Rus mahkemelerinde, medenî yargılamaya ilişkin davalarda deliller arasında resmî, kanunî olmayan ama sezgiye dayanan genel bir hiyerarşi bulunduğu kabul edilmektedir[281]. Örneğin kural olarak yazılı belgelerin, tanık deliline göre üstünlüğünün bulunduğu görüşü vardır[282]. Ancak bu konu güçlü bir varsayım olarak değil, sadece sezgisel bir eğilim olarak kabul edilmekte ve bu anlamda doktrinde da-

[279] Burnham ve diğerleri, s. 411.
[280] Burnham ve diğerleri, s. 411.
[281] Burnham ve diğerleri, s. 411.
[282] Bu görüş için bkz. Burnham ve diğerleri, s. 411.

hi böyle bir sezgisel üstünlüğün yazılı deliller açısından söz konusu olmadığı, olmayacağı da benzer şekilde kabul edilmektedir[283]. Bu çerçevede belirtilen görüş çerçevesinde taraf ifadeleri de, ispat değeri bakımından şüpheyle yaklaşılan ispat vasıtaları arasında belirtilmektedir. Rus medenî yargılama hukuku ispat sisteminde, bir tanığın başkasından işittiği bir vakıayı mahkemede ifadeleri arasında kullanmasını *(hearsay evidence)* yasaklayan bir kural mevcut değildir. Ancak bu durumda bu tip ifadelerin değerlendirilmesinin mahkemelerin takdir yetkisine bırakıldığı, bu durumda mahkemenin söz konusu vakıanın ispatı için başka delillerin de gerekliliğini arayabileceği kabul edilmektedir[284].

Rus medenî yargılama hukuku ispat sisteminde, ispat engelleri olarak kabul edilen birtakım kurallar bulunmaktadır. Bunların önemli kısmı temelini Rusya Federasyonu Anayasası'ndan almaktadır ve hepsinin ortak noktası söz konusu engellerin, hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller olarak değerlendirilmesidir. Zira yasaklar incelendiğinde, hiçbir sınırlamanın delillendirme hakkına ilişkin olmadığı; tümünde de delillerin elde edilme yöntemlerinde hukuka aykırı durumların varlığının kabul edildiği görülebilecektir. Bu temel ispat yasaklarını şu şekilde sıralamak mümkündür[285]:

(i) Rusya Federasyonu Anayasası'nın § 51'e göre, hiç kimse kendi aleyhine veya eş ve Federal kanun tarafından belirlenecek yakın akrabalarından birinin aleyhine ifade vermeye zorlanamaz (Rusya Federasyonu Anayasası § 51/1).

(ii) Rusya Medenî Yargılama Kanunu'na göre, medenî yargılamada kanunî temsilcilerden ve ceza yargılamalarında savunma avukatlarından ve hatta hukukçu olmayan kanunî temsilciler de müdahâle olmak üzere kanunî temsilcilerin hiçbirinden tanık ifadesi alınamaz. Hatta söz konusu bu istisnaların kapsamı 2002'de Medenî Yargılama Kanunu'nda yapılan değişiklikler esnasında daha da genişletilmiştir. Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz günah çıkarma esnasında elde edilen hususlar hakkında rahiplerin tanıklığına başvurulamayacağı kuralı da Kanun § 26'ya bu değişiklikler esnasında, 2002 yılında eklenmiştir.

(iii) Rus mahkemeleri yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişiler lehine de ispat hukuku alanında sonuç doğuran birtakım ayrıcalıkları kabul etmektedir. Yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişiler, ticarî sır sebebiyle ifade vermekten kaçınabilirler (Rus Medenî Yargılama Kanunu § 10).

(iv) Son olarak hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan delillerin kullanılması hem Rus Medenî Yargılama Kanunu (Rus Medenî Yargılama Kanunu § 55) tarafından

[283] Bu görüş için bkz. Burnham ve diğerleri, s. 411, dn. 270'de belirtilen yazarlar.
[284] Burnham ve diğerleri, s. 411.
[285] Burnham ve diğerleri, s. 411.

hem de Rusya Federasyonu Anayasası'nda (Rusya Federasyonu Anayasası § 50/2) yasaklanmıştır.

II. MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMLERİNİN ETKİLEŞİMİ ÇERÇEVESİNDE İSPAT HAKKI

A. Etkileşimin İspat Hakkı Açısından Gelişimi

1. Ortak Hukuk Dünyasından Kıta Avrupası Dünyasına Doğru İlk Yakınlaştırma Çalışmaları ve İspat Hakkı Üzerindeki Etkisi

19. YY'da Ortak Hukuk dünyasındaki ilk kopmalar Amerika Birleşik Devletleri'nden başlamıştır[286]. *David Dudley Field* (1805-1894) tarafından hazırlanan 1848 tarihli New York Medenî Yargılama Kanunu, Roma-Kilise hukuku modelinden etkilenmiş ve medenî yargılama alanında *common law - equity* ayrımını kaldırmıştır[287]. Bu durum esas itibariyle Ortak Hukuk dünyasında görülen ilk ayrışma olarak önemli bir gelişme olarak kaydedilmiştir. Nitekim bunun ardından diğer Ortak Hukuk ülkelerinde de benzer adımlar atılmıştır[288]. Örneğin 1859 yılında Hindistan Medenî Yargılama Kanunu'nda ve 1873-1875 yılları arasında İngiltere'de yapılan yargılama kanunlarında 1848 tarihli New York Medenî Yargılama Kanunu'nda benimsenen esaslar belirli ölçüde kabul edilmiştir[289, 290].

Bu süreçte, Kıta Avrupası dünyasında yaşanan gelişmeler ise daha farklı nitelikteydi. Bu gelişmelerin temelinde ortaçağ Roma-Kilise yargılama sisteminin etkileri bulunmaktaydı. Zira yukarıda üzerinde durulduğu üzere, 1806 tarihli Fransız Medenî Yargılama Kanunu (*Code de procédure civile*), Avrupa'nın tamamında etki gös-

---

286 Bu konuda bkz. van Rhee, Harmonisation, ss. 40-42.

287 van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 3. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar hakkında bkz. David Clark, "The Civil Law Influence on David Dudley Field's Code of Civil Procedure", **The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920,** Edt. Mathias Reimann, Duncker & Humblot, Berlin 1993, ss. 63-88.

288 Bu konuda bkz. Michele Graziadei, "Changing Images of the Law in XIX Century English Legal Thought (The Continental Impulse)", **The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920,** Edt. Mathias Reimann, Duncker & Humblot, Berlin 1993, ss. 115-163; Stefan Riesenfeld, "The Impact of German Legal Ideas and Institutions on Legal Thought and Institutions in the United States", **The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920,** Edt. Mathias Reimann, Duncker & Humblot, Berlin 1993, ss. 89-97.

289 van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 3. Bu konuda ayrıca bkz. Rezaizadeh, s. 1656.

290 Bununla birlikte Amerikan yargılama sistemi ile Kıta Avrupası'ndaki etkileşim ve harmonizasyon eğilimi özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın ardından ivme kazanmıştır. Bu durumun çok sayıda sebebi bulunur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Peter Murray, "The American Legal System in the Global Legal Order: The Influence of American Law and Legal Institutions in the Modern World", **ZZPInt,** C. 9, 2004, (Global Legal Order), ss. 246-249.

termekle birlikte[291], bazı konular (*yazılı yargılama prosedürü yerine sözlü yargılamanın devam etmesi, tanıkların dinlenmesine ilişkin eski yargılama geleneklerinin devam etmesi gibi*) tamamen reformun dışında ve ortaçağ skolastik düşüncesinin etkisinde kalarak 19. YY'ın koşulları ile uyum sağlayamamıştı. Roma-Kilise hukukunun özelliklerinden olan ve 1806 tarihli Fransız Medenî Yargılama Kanunu'nda -*ve devamındaki reform çalışmalarında*- hiç dokunulmayan en önemli sistematik özelliklerin başında, hâkimlerin yargılama sürecindeki pasif konumu, Avrupa'nın neredeyse tamamında 19. YY itibariyle yargılama sistemlerinde ciddi yargısal gecikmeler yaşanmasıyla sonuçlanmıştır. Bunun doğurduğu bir diğer önemli sonuç da, yargılama giderlerinin çok yüksek miktarlara ulaşması olmuştur[292].

Bu olumsuz etkilerin önüne geçilmesi amacıyla hâkimlerin yargılama sürecinde aktifleştirilmesi yönündeki ilk ve başarısızlıkla sonuçlanan girişim, 1781 tarihli Prusya Kralı Büyük Frederic'in *Corpus Iuris Fridericianum* kitabı olmuştur. Ancak elbette bu konuda Franz Klein'ın *Pro Futuro* çalışmasında ortaya koyduğu temel esaslar, önce Avusturya Medenî Yargılama Kanunu'na ve ardından tüm Avrupa medenî yargılama sistemlerine rol model olacaktır. Bu modelde temel ilkeler özetle, hâkimin yargılamada aktifleştirilmesi ile gereksiz zaman ve masraf kaybının önüne geçilmesi; tarafların yargılama sürecinde yarattığı *şeklî gerçek* yerine, aktifleştirilen hâkimin yargılama sürecinde *maddî gerçeğe* ulaşması olmuştur. İşte bu model 19. ve 20. YY'da Avrupa'daki neredeyse tüm yargılama sistemlerinin gelişiminde az veya çok temel rol oynamıştır[293]. Hatta *Klein*'in tüm Avrupa'ya yayılan bu reformu, Ortak Hukuk sisteminin anavatanı olan İngiltere'deki gelişmeleri de etkilemiş ve 1998 tarihli *İngiliz Medenî Yargılama Kuralları (Civil Procedure Rules)* değişikliklerinin

---

[291] Bu konuda bkz. C.H. Remco van Rhee, "The Influence of the French Code de Procédure Civile (1806) in 19th Century Europe", **De la Commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France,** Paris: LexisNexis/Litec, (Influence of the French Code de Procédure Civile), ss. 129-165. Ayrıca bkz. Alain Wijffels, "French Civil Procedure (1806-1975)", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (French Civil Procedure), ss. 25-47.

[292] van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 3.

[293] van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 4. Ayrıca bkz. Jan Bolt, "Review Essay - Procedural Laws in Europe. Towards Harmonisation (Marcel Storme ed. 2003)", **German L.J.,** C. 6, S. 4, 2005, ss. 817-826; Louis del Duca, "Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence", **Texas İnternational L.J.,** C. 42, 2007, ss. 625-660; Scott Dodson ve James Klebba, "Global Civil Procedure Trends in the Twenty-First Century", **Boston College International & Comparative L.R.,** C. 34, 2011, ss. 1-26; Trevor Farrow, "Globalization, International Human Rights, and Civil Procedure", **Alberta L.R.,** C. 41, S. 3, 2013-2014, s. 671.

temel felsefesini oluşturmuştur[294]. 21. YY itibariyle hem Kıta Avrupası hem de Ortak Hukuk dünyalarındaki neredeyse tüm yargılama sistemlerinin anahtar formülü, *Klein*'ın 1891 yılında temellerini attığı *yargılamanın tarafları arasında ve taraflarla hâkim arasında işbirliği* ilkesi olmuştur[295]. Bu gelişmeler her iki hukuk dünyasını yakınlaştırma konusunda önemli temelleri atmıştır. Nitekim sonrasında *Klein*'ın görüşlerinin etkisiyle en önemli yakınlaştırma, İngiliz hukukunda 1999 yılında yapılan *Woolf reformları* olacaktır[296].

Bu durumun konumuz açısından önemi ise, ispat süreci üzerinde aktif bir hâkim modelinin sadece ispat hakkı açısından hayati öneme sahip olmaması, aynı zamanda yargılamanın etkinliğini ve kalitesini artıran önemli bir unsur olarak diğer yargılama modellerine de şekil vermiş olmasıdır. İspat hakkının tam anlamıyla temin edileceği ve güvence altına alınacağı ideal bir ispat sisteminin temelleri, esasında uzun yıllardan bu yana Kıta Avrupası'nda yaşanan gelişmelerle ve onu bir ölçüde rol model alan Ortak Hukuk sisteminde yaşanan bazı gelişmelerle paralel niteliktedir. Bu sebeple bu gelişmeler, hukuk sisteminin bütünü içerisinde yaşanan sorunlar ve çözüm arayışları göz önüne alınmaksızın ispat hakkı konusunda yapılacak tespit ve değerlendirmeler eksik kalacaktır.

2. Kıta Avrupası Sisteminden Ortak Hukuka Doğru Yakınlaştırma Çalışmaları ve İspat Hakkı Üzerindeki Etkisi

Yukarıda belirtildiği üzere etkileşim sadece Kıta Avrupası'ndan, Ortak Hukuk'a yönelik olmamıştır. Ortak Hukuk sistemlerinin birtakım yönleri de, zaman içerisinde Kıta Avrupası için cazip ve başvurulması gerekli olan araçlar hâlini almıştır. Bunlar içerisinde akla ilk gelecek kurum, *delillerin keşfi* şeklinde nitelendirilen *discovery* kurumu ile taraflara verilen yetkiler olmuştur. Bu yetkilerle, dava öncesinde taraflar birbirlerinden uyuşmazlığa ilişkin bilgi kaynaklarını talep etmekteler ve böylece yargılamada gerçeğe ulaşılmasını kolaylaştıracak şekilde taraflar uyuşmazlığa ilişkin bilgi paylaşımında bulunmaktadırlar[297]. Bu durum hiç şüphesiz ki, Kıta Avrupası hukukçularının konuya kayıtsız kalmamaları ile sonuçlanmıştır. Bu sebeple be-

[294] van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 4; van Rhee, Harmonisation, s. 40; Gerhard Walter ve Fridolin Walther, **International Litigation, Past Experiences and Future Perspectives,** Stampfli Verlag, Bern 2000, s. 38.
[295] Stadler, 2003, ss. 57, 69; van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 4.
[296] van Rhee, Harmonisation, s. 40.
[297] van Rhee, Harmonisation, s. 41.

lirli bir süreden bu yana, taraflara uyuşmazlık öncesinde bilgiye ve belgeye erişim hakkı verilmesi gerekip gerekmediği tartışılagelmektedir. Öyle ki, tartışmanın boyutu ispat hakkına kadar sirayet etmiş ve tarafların silâhların eşitliği ilkesi ile hukukî dinlenilme hakkının gereği olarak, bilgiye erişim hakları kapsamında dava öncesi bu tür araçlarla donatılması gerekip gerekmediği tartışılmaktadır[298].

Şüphesiz ki, Kıta Avrupası hukuk sisteminden Ortak Hukuka ve özellikle Amerikan hukukuna yönelişin ekonomi politikası, bilimsel ve teknolojik gelişmeler, finans dünyasındaki değişim, politik sebepler gibi pek çok etken de etkili olmaktadır[299]. Hatta ortak dil olan ingilizcenin dahi, Ortak Hukuka doğru bu yönelişte etkisinin olduğu kabul edilir[300].

3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yakınlaştırıcı Fonksiyonu ve İspat Hakkı Üzerindeki Etkisi

Medenî yargılama hukuklarında, 'yargısal ilkeler' temelde ikiye ayrılır: Temel (yargısal) ilkeler (*fundamental principles of civil procedure*) ve "diğer" ilkeler[301]. Yargısal temel ilkeler, en basit ifadeyle 'adalet'in gerekliliklerinin içini şeklî hukuk alanında doldurmaktadır. Başka bir deyişle, bu ilkeler olmadığı takdirde âdil bir yargılamadan (*fair trial*) söz etmek mümkün olamaz[302]. "Diğer" ilkelerin ihlâli durumunda ise, yargılamanın âdil bir şekilde yürütülmemesi tehlikesi kendiliğinden hemen ortaya çıkmaz[303]. Nitekim taraflarca getirilme ilkesinin ihlâl edilmiş olması, bir yargılama sürecinin başlı başına âdil bir şekilde sonuçlandırılmış olmasının önünde bir engel teşkil etmez. Dolayısıyla "diğer ilkeler"in ihlâli, *kural olarak* doğrudan doğruya yargısal temel hak ihlâli olarak yargılama sürecinin Anayasa'ya ve uluslararası sözleşmelere aykırılığını gündeme getirmez.

Temel yargısal ilkeler ise, özellikle uluslararası sözleşmeler ve çalışmalar çerçevesinde gün geçtikçe medenî yargılama sistemlerine şekil vermektedir. Bunlara örnek olarak şüphesiz ki ilk akla gelecek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Bugün, 21. YY itibariyle hemen her medenî yargılama sistemi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında benimsenen ilkelerin gerekliliklerini ye-

---

298 Bu konuya ilişkin açıklamalarımız için bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5.
299 Bu konuda ayrıntı için bkz. Murray, Global Legal Order, ss. 245-265.
300 Bu konuda bkz. Murray, Global Legal Order, ss. 57-258.
301 van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 4.
302 Andrews, English Civil Procedure 2003, N. 3.02; van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 4.
303 van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 4.

rine getirmek amacıyla ya kodifikasyon çalışmaları yapmakta ya da içtihat hukuklarında gerekli reformları gerçekleştirmektedirler[304]. Bu açıdan bakıldığında uluslararası sözleşmelerin dünyada medenî yargılama sistemlerinin yakınlaştırılması konusunda önemli boyutlarda etkisi bulunur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bu yakınlaştırıcı fonksiyonu, değişik ulusal modellere dayansa dahi, ülkelerin medenî yargılama hukuku prensiplerini ve bu prensiplere yaklaşım tarzını önemli ölçüde etkilemektedir[305]. Bu durum, aynı zamanda ülkelerin ispat hakkına ilişkin yarattığı içtihat hukukunu da etkilemektedir. Örneğin hukuka aykırı yollardan elde edilen delilleri kullanma yasağı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilen temel bir yargısal ilkedir. Bu ilke aynı zamanda pek çok ülkenin ulusal hukukunu da etkilemekte ve böylece ispat hakkı konusundaki ülkelerin yaklaşımları birbirlerine benzerlik göstermektedir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde üzerinde durulacağı üzere, özellikle ispat hakkının, temelini sağlam bir şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine dayandırmış olması, ispat hakkının belirli ve evrensel nitelikte bir form kazanmasında etkili olmaktadır. Dolayısıyla ispat hakkının, önemli bir ölçüde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde evrensellik kazandığını ifade etmek hatalı olmayacaktır.

Bu kapsamda, günümüzde medenî yargılamanın harmonizasyonu çerçevesinde AİHS m. 6 kapsamında belirli ilkeler kabul edilmekte ve bu ilkelerin, tüm medenî yargılama sistemlerinin temel esaslarının olması yönünde çalışmalar yapılmaktadır[306]. Bu ilkeler *adalete erişim hakkı (access to justice), kararın alenî duruşmada verilmesi ve alenî yargılanma hakkı (public hearing), makûl sürede yargılanma hakkı (a hearing within a reasonable time), kanunen kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı (a hearing before an independent and impartial tribunal established by law)* ve nihâyetinde *âdil yargılanma hakkı (a fair trial).* Âdil yargılanma hakkı da kendi bünyesinde *duruşmaya katılma hakkı (the right to be present at the trial), sözlü duruşma hakkı (the right to an oral hearing), âdil şekilde delil sunma hakkı (the right to a fair presentation of evidence), gerekçeli karar hakkı (the right to*

[304] AİHS'nin, medenî yargılamanın harmonizasyonu üzerindeki etkisi hakkında bkz. Walter ve Walther, ss. 8-15.
[305] Walter ve Walther, ss. 8-9.
[306] Bu konuda bkz. van Rhee, Harmonisation, ss. 50-51.

a reasoned judgment). Bu ilkeler aşağıda görüleceği üzere ispat hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Dolayısıyla AİHS'nin kılavızluğu ile harmonizasyonun ispat hakkının kalbine doğru ilerlediği aşikârdır.

4. Uluslarüstü Medenî Yargılama Prensipleri ve Kurallarının Yakınlaştırıcı Etkisi

Yargısal temel ilkelerin ve diğer ilkelerin yer aldığı ve medenî yargılama hukuku alanında, hukuk dünyası tarafından oldukça önem atfedilen bir diğer çalışma da *Amerikan Hukuk Enstitüsü (American Law Enstitute; ALI)* ve *Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitü (International Institute for Unification of Private Law; UNIDROIT)* tarafından hazırlanan *Uluslarüstü Medenî Yargılama İlkeleri ve Kuralları* olmuştur[307]. Çalışma, medenî yargılama sistemlerinin *Ortak Hukuk* ve *Kıta Avrupası* ekseninde harmonizasyonu açısından son yüzyılda atılan en önemli adımların başında gelir[308]. Bu harmonizasyon çalışmasının ürünü olan ilkeler, çalışmamızda yeri geldiğince ispat hakkı ile orantılı olarak ele alınacaktır. İlkelerde, ispat hakkını oldukça önemli ölçüde etkileyen ve Ortak Hukuk ile Kıta Avrupası'nın bir karmasını oluşturan kurallar yer alır.

---

[307] Çalışmaya öncelikle Amerikan Hukuk Enstitüsü (*ALI*) tarafından, uluslararası ticari uyuşmazlıklara ilişkin uluslarüstü kurallar oluşturma amacıyla başlanmıştır. Daha sonra Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitü (*UNIDROIT*)'nün 2000 yılında projeye katılmasıyla birlikte uluslarüstü medeni yargılama ilkelerinin oluşturulması çalışmalarına başlanılmış oldu (van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 5). Bu konuda ayrıntı için ayrıca bkz. Cyril Glasser, "Do we need a Transnational Civil Procedure Code", **The Future of Transnational Civil Litigation,** Edt. M. Andenas, Neil Andrews ve R. Nazzini, British Institute of International and Comparative Law, Londra 2004, ss. 13-17; Peter Gottwald,. "Die Principles of Transnational Civil Procedure und das deutsche Zivilprozessrecht", **Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag,** Mohr Siebeck, Tübingen 2009, (Die Principles of Transnational Civil Procedure), ss. 33-46; Geoffrey Hazard, "The ALI/UNIDROIT Project", **The Future of Transnational Civil Litigation,** Edt. M. Andenas, Neil Andrews ve R. Nazzini, British Institute of International and Comparative Law, Londra 2004, (The ALI/UNIDROIT Project), ss. 3-9; Rolf Stürner, "The Principles of Transnational Civil Procedure, An Introduction to Their Basic Conceptions", **RabelsZ,** C. 69, 2005, (Principles of Transnational Civil Procedure), s. 201-254; Rolf Stürner, "Die 'Principles of Transnational Civil Procedure' - Eine Einführung in ihre wichtigsten Grundlagen", **ZZPInt,** C. 12, 2007, ss. 381-402; Ali Yeşilırmak, "Amerikan Hukuk Enstitüsü Ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitünün Uluslarötesi Hukuk Usulü Prensipleri", **Legal MİHDER,** S. 2, 2005, (Uluslarötesi Hukuk Usulü Prensipleri), ss. 391-407. Diğer bazı çalışmalar ve bu konudaki eğilimler hakkında bkz. Ayşe Gülin Güralp, "Medeni Yargılama Hukukunun Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Avrupa Birliği ve Konseyi'ndeki Çalışmalar", **Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı, DEÜHFD Özel Sayı,** C. 11, 2009, ss. 261-307.

[308] Walter / Walther, ss. 43-44.

5. Medenî Yargılama Hukuklarının Ortak Sorunlarının Yakınlaştırıcı Etkisi

20. ve 21. YY, medenî yargılama sistemlerinin en önemli ortak sorununun, yüksek yargılama giderleri ve aşırı geciken yargılama süreci olduğunu belirtmiştik[309]. Konuyla ilgili hemen her hukuk sisteminde şikâyetler özellikle son elli yıllık zaman diliminde ağırlığını arttırmış; bu sorunlarla mücadele yöntemlerinin geliştirilmesi amacıyla yüzlerce akademik çalışma, bilimsel toplantı, istatiksel araştırma gerçekleştirilmiştir. Özellikle *Zuckermann* tarafından 1999 yılında derlenen *Civil Justice in Crisis* adlı çalışma bu konudaki önemli mihenk taşlarından birini oluşturmuştur. Nitekim bu çalışmada da ortaya konulduğu üzere, yüksek yargılama giderleri ve geciken yargılama süreci problemleri -*1999 yılı itibariyle*- özellikle son 30-40 yıllık periyodda çok daha problematik bir hâl almıştır[310]. Bu problemle savaşmak için yargılama sistemleri üç temel stratejiye başvurmaktadırlar[311]: (*1*) En ucuz ve en popüler yöntem olarak, medenî yargılamaya ilişkin kuralların yeniden düzenlenmesi; (*2*) Mahkemelerin yeniden düzenlenmesi, yeni yargısal fonlar bulunması gibi adlî altyapının güçlendirilmesine ilişkin önlemler alınması -*ki bu yöntem ilkine nazaran oldukça yüksek masraflıdır*-; (*3*) Yargılama kültüründe tamamen değişiklik yapılması (*İngiltere ve Hollanda'da olduğu gibi*).

Bunların yanı sıra 21. YY'ın ortak yargısal sorunu olan yüksek yargılama giderleri ve geciken yargılama süreçleri ile mücadele edebilmek için kullanılan çeşitli yöntemler de bulunur. Bu yöntemler içerisinde son elli yıl içerisinde en popüler olanlarından birisi şüphesiz ki, *alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin* (*alternative dispute resolution*) geliştirilmesi ve hukuk sistemlerinde yaygınlaştırılmasıdır. Bunun en yakın örneği ülkemizde kabul edilen Arabuluculuk Kanunu'dur. Bu şekilde tarafların yargılama dışında uzlaşmaya, barışçıl yöntemlerle anlaşmazlığı yargılama dışında çözmeleri hem masraf hem zaman tasarrufunu sağlamaktadır. Yine gereksiz ve aşırı masraf ve zaman kaybı ile mücadele için yaygın olarak kullanılan bir diğer yöntem, yargılama prosedürünü dava sürecinin karmaşıklığından kurtarmaya yönelik yöntemlerin benimsenmesidir. Bu durum pek çok ülkede küçük talepler usûllerinin

[309] Bu konuda bkz. van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 5. Bu konuda ayrıca bkz. Peter Gilles, "Civil Justice Systems and Civil Procedures in a Chancing World: Main Problems, Fundemental Problems and Perspective - A European View", **Russian L. J.,** C. II, S. 1, 2014, (Civil Justice Systems and Civil Procedures in a Chancing World), ss. 41-56.

[310] Adrian Zuckerman, **Civil Justice in Crisis,** Oxford Univ. Press 2000, s. 42.

[311] van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 5.

kabulü ile sonuçlanmıştır. Örneğin Polonya'da 2000 yılından, İngiltere'de 1974[312] yılında bu yana küçük talepler için ayrı yargılama prosedürleri kabul edilmiştir. Ayrıca Avrupa bazında Avrupa Ödeme Emri Prosedürü ve küçük talepler yargılamasının hızlandırılması ve basitleştirilmesine yönelik önlemler 2002 yılında Yeşil Kitap'ın konusu olmuştur[313]. Bunlar dışında başka mahkemelerde bilişim teknolojilerinin yaygınlaştırılması[314] (*Avusturya ve Almanya'da yaygın olduğu üzere*) veya Avusturya medenî yargılama hukukunda düzenlenen zaman sınırlaması kurulmasına ilişkin talep (*Fristsetzungsantrag; application to set a time-limit*)[315] gibi kendine özgü yöntemler de benimsenmektedir.

Bunların ötesinde, konumuzla da önemli bağlantısı olan yöntem, yargılamanın gecikmesinin ve bu sebeple oluşan haksız yargılama giderlerinin önüne geçilmesi için başvurulan en önemli ve en etkin yöntem, yargılamada hâkim ile taraflar arasındaki ilişkilerin revize edilmesidir. Bu durum da, temelde iki sistem arasındaki tercihin konusunu oluşturur: Araştırmacı model (*inquisitorial model*) mi, yoksa mücadeleci model (*adversarial model*) mi? Bilindiği üzere katı bir mücadeleci modelde, hâkim âdeta bir hakem görevini görür, hiçbir şey yapmaz, sadece tarafları dinler ve sonunda hükmünde "kazananı" açıklar. Katı bir araştırmacı modelde ise, hâkim yargılamada baskın bir role sahiptir, uyuşmazlık konularının belirlenmesi ve delillerin toplanması süreçlerine dahi müdahâle olur[316]. Bu anlamda uzunca bir süre Ortak Hukuk ve Kıta Avrupası ailelerini birbirinden ayırmak için bu kavramlar kullanılmıştır. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri ve 1998 yılına kadar İngiltere mücadeleci yöntemi benimsemişler; Kıta Avrupası dünyası ise, "daha az mücadeleci yöntemi"[317] benimsemiştir[318]. Nitekim Kıta Avrupası dünyasında hâkim, sosyalist sistemlerde olduğu gibi tamamen araştırmacı pozisyonda değil; ortak hukuk dünyasındakine nazaran yargılama sürecinde daha fazla aktif rol almaktadır.

Yargılama sistemlerinin içinde bulunduğu kriz, hâkimin yargılama sürecinde sahip olduğu bu konumda yaygın olarak ve büyük oranlarda değişikliklere sebebiyet

---

[312] Andrews, English Civil Procedure 2003, N. 22.01.
[313] van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 6.
[314] van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 7.
[315] van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 7.
[316] van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 5.
[317] "Araştırmacı" sıfatı yerine *daha az "daha az* mücadeleci*"* sıfatı bilinçli olarak Amerikan ve İngiliz yazarlar tarafından tercih edilmektedir.
[318] van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 5.

vermiştir, vermektedir[319]. Bu konuda ilk değişiklik daha önce de ifade edildiği üzere, 1895 tarihli Avusturya Medenî Yargılama Kanunu olmuştur[320]. Daha sonra 1935 yılında Fransız medenî yargılama sistemi hâkime daha fazla dava yönetimi (*case management*) yetkisi tanımıştır[321]. 1998 İngiliz Medenî Yargılama Kuralları'nın kurucusu olarak anılan *Lord Woolf*, değişiklikten önce uygulanmakta olan mücadeleci (*adversarial*) kültürün, İngiliz yargılamasının yavaş ve pahalı olmasının temel sebebi olduğunu ifade etmiştir[322]. Böylece Ortak Hukuk sisteminde de *yönetimsel hâkime (managerial judge)* doğru hızlı bir eğilim başlamıştır[323].

Ortak hukuk sisteminde, Kıta Avrupası sistemine yöneliş; yargılama hukuklarının ortak sorunları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni yakınlaştırıcı etkisi göstermektedir ki, son yüzyılda medenî yargılama hukuklarında yaşanan gelişmeler doğrudan ispat hakkını etkileyecek niteliktedir. Öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sadece yargılama sistemlerinin yakınlaştırılmasından değil, başlı başına âdil bir yargılamanın temin edilmesinde en önemli sigortalardan birisidir. Bu anlamda da Sözleşme'nin ve Mahkeme'nin içtihat hukukunun, ispat hakkının temin ve tesisinde başlı başına rolü bulunur. Bu rol zaten çalışmamızın İkinci Bölümü'nde ayrıntısıyla ele alınacaktır. Bunun ötesinde Ortak Hukuk sisteminde yaşanan kopuklukların -*ve Kıta Avrupasına yönelişlerin*- temelinde ve yargılama sistemlerinde yaşanan ortak sorunların çözümü için benimsenen çözüm yönteminin temelinde, hep daha aktif bir hâkim arayışı bulunmaktadır. Bütün bu gelişmeler ispat hakkının temin ve tesis edilmesinde kurucu role sahip olan hâkimin konumuz açısından önemini artırmaktadır. Bu açıklamaların önemli kısmı, hâkimin ispat sürecini yönetme yükümlülüğü kapsamında ispat hakkının temin ve tesis edilmesinde sahip olduğu önemi vurgulamak için yapılmıştır. Dünyada medenî yargılama hukukunun sorunları ve bu alanda yaşanan gelişmeler de, bu savımızın haklılığını ortaya koyacak niteliktedir.

[319] Taruffo, Evidence, s. 57.
[320] van Rhee, Civil Procedure 2006, ss. 5-6.
[321] van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 6.
[322] van Rhee, Civil Procedure 2006, s. 6.
[323] Taruffo, Evidence, s. 57.

6. Küreselleşmenin Yakınlaştırıcı Etkisi

İçinde bulunduğumuz yüzyıl teknolojinin, ticarî ilişkilerin sınırlarını ulusötesine taşıdığı; sınırötesi ticarî ilişkilerin büyük bir hızla yaygınlaştığı ve yaygınlaşmaya devam ettiği olağanüstü bir süreçtir. Bu durumun en büyük etkeni şüphesiz ki bilim ve teknoloji hayatındaki yeniliklerin yarattığı imkânlar olmuştur. Ayrıca Avrupa Birliği'nin kabulü; bu kapsamda Birlik için serbest dolaşımın etkisi hukukî ilişkilerin de boyutunu genişletmiştir. Geçtiğimiz yüzyılda, bu kadar büyük bir gelişim içinde olması hayal edilmesi çok güç olan mal ve hizmet satışları, her saniye okyanusları aşarak kişilere ulaşmaya başlamıştır. Bu durum da, hukukî ilişkilerin âdeta genetiğini değiştirmeye başlamıştır[324]. Mal ve hizmet dağıtımının okyanus aşırı, kıtalar arası değişimi oluşan hukukî sorunların da kıtalar ötesinden çözümünü gerektirmiş; bu sebeple yabancı hukuk firmaları, dünyanın dört bir yanında hukukî danışmanlık hizmeti vermeye başlamıştır[325]. Bu durum da, ispat hakkının küreselleşmeye başlaması veya en azından ispat hakkının temelinde yatan kurumların kürselleşmeye başlamasında büyük etki doğurmuştur[326]. Örneğin bir tarafında Amerikan diğer tarafında Kıta Avrupası sistemlerinin bulunduğu uyuşmazlıklarda, Amerikan sisteminde geçerli olan *delillerin keşfi (discovery)* kurumuna başvurulması bu hukuk sistemleri arasındaki farklı ideolojik tercihleri yargılama prosedürlerine taşımaya başlamıştır[327]. Benzer şekilde AİHS m. 6 kuralı da, hukuk sistemlerinin harmonizasyonunda önemli başvuru aracı olarak kullanılır[328]. Bu yüzyıla kadar çok daha teorik kalan

---

[324] Amerikan hukuku ile Kıta Avrupası ve diğer hukuk sistemleri arasındaki etkileşimde uluslararası finans politikalarının etkisi konusunda bkz. Murray, Global Legal Order, ss. 249-250.

[325] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Francisco Orrego Vicuna, **International Dispute Settlement in an Evolving Global Society, Constitutionalization, Accessibility, Privatization,** Cambridge Univ. Press, Birleşik Krallık 2009, ss. 1-10. Ayrıca bkz. Murray, Global Legal Order, ss. 252-254.

[326] Bu etkileşim özellikle 2000'li yıllarda öncelikle tüketici hukuku, rekabet hukuku, ticaret hukuku, fikrî-sınaî haklar hukuku, finans ve banka hukuku, ürün sorumluluğu gibi konularda çok keskin bir çıkışa başlamıştır. Maddî hukuktaki bu gelişim, somut şekilde etkisini yargılama prosedüründe gösterir. Maddî hukuktaki bu harmonizasyonun yukarıda belirtilmiş olan tüm hukuk alanlarındaki hızlı gelişimi hakkında önemli bir çalışma için bkz. Barbara Pasa ve Antonio Benacchio, **The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe,** Central European Univ. Press, Macaristan 2005, ss. 5 vd.

[327] Bu konuda bkz. Peter Murray, "Taking Evidence Abroad - Understanding American Exceptionalism", **ZZPInt,** C. 10, 2005, ss. 207-209; Nicolò Trocker, "Transnational Litigation, Access to Evidence and U.S. Discovery: Learning from American 'Exceptionalism'?", **Current Topics of International Litigation,** Edt. Rolf Stürner ve M. Kawano, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, ss. 146-197.

[328] Peter Gilles, "Vereinheitlichung und Angleichung unterschiedlicher nationaler Rechte - Die Europäisierung des Zivilprozeßrechts als ein Beispiel", **ZZPInt,** C. 7, 2002, (Europäisierung des Zivilprozeßrechts), s. 29.

karşılaştırmalı hukuk yaklaşımları, Kıta Avrupası ile Ortak Hukuk sistemleri arasındaki farklılıkları çözmek için temel bir araç olarak kullanılmaya başlanmıştır[329].

Bu kapsamda küreselleşme, ispat hakkının kalbinde yatan pek çok kurumun hukuk aileleri arasında ortak çözümler üretilerek uygulanmaya başlamasına etki etmiştir. Kıta Avrupası ile Ortak hukuk sistemlerinin *dava öncesi delile erişim imkânları*[330], dava dilekçelerinin hazırlanması konusunda kabul edilen farklı sistemler *(notice pleading / fact pleading)*[331], birbirinden çok farklı kapsamlarda kabul ettikleri *delil ibrazından kaçınma sebepleri*[332], hâkimin ve tarafların *delillerin yargılamaya getirilmesindeki fonksiyonları*[333] gibi konularda gelişen ve değişen ticarî ilişkiler ve küreselleşme, bu iki sistemin harmonizasyonu için büyük bir motivasyon oluşturmuştur. Bu motivasyonun en önemli ürünlerinden bazıları birazdan üzerinde durulacak olan *Ulusüstü Medenî Yargılama İlkeleri ve Kuralları* ile tahkim hukukunda yaşanan gelişmelerdir. Bu gelişmeler, başta medenî yargılama ve uluslalarası ticaretin Kıta Avrupası ile Ortak Hukuk sistemleri arasındaki yoğun bir etkileşim rüzgârı altında kalmasına sebep olmuştur[334].

Görülmektedir ki, günümüzde medenî yargılama sistemlerini yakınlaştıran çok sayıda faktör bulunur. *Medenî yargılama sistemlerinin harmonizasyonu*na ilişkin çalışmalar, araştırmalar gün geçtikçe çoğalmaktadır. Bu kapsamda ispat hakkına

---

[329] Küreselleşmenin (globalleşme, Globalisierung), medenî yargılama sistemi üzerindeki etkisi, sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alan Uzelac, "Harmonised Civil Procedure in a World of Structural Divergences? Lessons Learned from the CEPEJ Evaluations", **Civil Litigation in a Globalising World,** Edt. Xandra Kramer ve C.H. Remco van Rhee, Springer, Maastricht 2012, ss. 175-206; Burkhard Hess, "Procedural Harmonisation in a European Context", **Civil Litigation in a Globalising World,** Edt. Xandra Kramer ve C.H. Remco van Rhee, Springer, Maastricht 2012, (Harmonisation), ss. 159-174; Gilles, ss. 3-6 ve dn. 14-15'deki kaynaklar; Louis Visscher, "A Law and Economics View on Harmonisation of Procedural Law", **Civil Litigation in a Globalising World,** Edt. Xandra Kramer ve C.H. Remco van Rhee, Springer, Maastricht 2012, ss. 65-92; Michele Taruffo, "Harmonisation in a Global Context: The ALI/UNIDROIT Principles", **Civil Litigation in a Globalising World,** Edt. Xandra Kramer ve C.H. Remco van Rhee, Springer, Maastricht 2012, (Global Context), ss. 207-219; Andrews, Out of Chaos, ss. 19-38; van Rhee, Harmonisation, ss. 39-64; Xandra E. Kramer ve C.H. Remco van Rhee, "Civil Litigation in a Globalising World: An Introduction", **Civil Litigation in a Globalising World,** Edt. Xandra Kramer ve C.H. Remco van Rhee, Springer, Maastricht 2012, ss. 1-18.

[330] Bu konuda bkz. Trockner, Transnational Litigation, ss. 152-157, 158-160.

[331] Bu konuda bkz. Trockner, Transnational Litigation, ss. 150-151. Bu farklılığa çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde yer verilecektir. Bu konuda bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5.
Davanın temellendirilmesi konusundaki bu farklılıklar hakkında ayrıntı için bkz. Horacio Grigera Naón ve Paul Mason, **International Commercial Arbitration Practice: 21st Century Perspectives,** Lexis Nexis, 2013, N. 2.04.

[332] Bu konuda bkz. Trockner, Transnational Litigation, s. 158.

[333] Grigera Naón / Mason, N. 2.05.

[334] Bu konuda ayrıntı için bkz. Rezaizadeh, ss. 1655-1658.

yüklenecek fonksiyonlar ve ayrıca ispat hakkına formunu veren ilke ve değerler gelecekte de, etkin şekilde ispat hakkının tesisinde rol oynayacaktır.

B. İspat Hakkı Açısından Milletlerarası Tahkim Hukuku

1. Milletlerarası Tahkim Hukuku Prensiplerinin İspat Hakkı ve Konumuz Açısından Taşıdığı Önem

Milletlerarası tahkim hukukunun ispat hakkına yaklaşımının ayrıca inceleme konusu yapılmasının temelinde, milletlerarası tahkim hukukunun konumu ve işlevi yer alır. İlk olarak son yarım yüzyıldır özellikle büyük ticarî uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesinin en önemli sebeplerinden birisi, dava sürecinde hâkimin davayı ve ispat sürecini yönetme konusunda daha az yetki ile donatılmış olması zikredilmektedir[335]. Yargılama hukuklarında özellikle son yirmi yıldan bu yana, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere küçük talepler için farklı yargılama kuralları getirilmekte; buna karşılık örneğin Türk hukukunda 100 liralık bir alacak ile milyarlarca liranın konu olduğu uyuşmazlığın aynı usûlî prosedürde ve hâkime verilen aynı yetkiler çerçevesinde çözümlenmesi, özellikle büyük meblağlı uyuşmazlıkların devletin yargı organlarının önüne getirilmesindense, tahkim yoluna yönelmesine sebebiyet vermektedir[336].

Oysa az sonra genel hatları ile ispat hakkı açısından ele alınacağı üzere, tahkim hukukunda asıl olan hakemlerin uyuşmazlıkta gerçeğin ortaya çıkarılması konusunda delillerin değerlendirilmesinden, kendiliğinden delil ibrazını talep edebilmesine; delillerin ibrazı konusunda taraflara, uyuşmazlığın ve sunulacak delillerin hacmini dikkate alarak süreler vermesinden, kötü niyetli yapılan delil ikamelerinden tarafları ve hakem heyetini koruma konusunda çok çeşitli yetkiler verilmesine kadar pek çok yetkisi bulunur. Esasında tahkim hukukunda ispat sürecinde hakemlerin sahip olduğu bu yetkiler, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntısıyla üzerinde duracağımız üzere belirli bir ölçüde devlet mahkemelerinde uyuşmazlıkları çözüme kavuşturacak hâkim için de söz konusudur ve hatta bu yetkilerin artırması etkin şekilde ispat hakkının temini için şarttır. Şüphesiz ki her bir hakemin işyükü ile hâkimlerin işyükünü karşılaştırmak mümkün dahi değildir. Ancak yukarıda belirtmiş olduğumuz

[335] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Demir Gökyayla, ss. 7 vd.

[336] Bu yöndeki eğilimin temelinde yatan faktörler hakkında bkz. Ali Yeşilırmak, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Oniki Levha, İstanbul 2011, ss. 72-75.

tüm yetkilerin hâkimlere de belirli ölçüde tanınması konusunda devletler, yargı teşkilâtlarını güçlendirip en azından hâkimler ile hakemlerin uyuşmazlığı çözmeleri konusunda büyük uçurumlar yaratmamaya çalışılmaktadır.

Bu anlamda örneğin küçük meblağlı alacaklar ile büyük meblağlı alacaklar açısından uyuşmazlığın ve özellikle ispat sürecinin yönetilmesi konusunda aynı usûlî kuralların geçerli olması, özellikle Türk mahkemelerinin önüne gelebilecek büyük meblağlı anlaşmazlıkların önemli ölçüde tahkimde çözümlenmesine sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla Türk hukuku açısından, dünyadaki gelişmelere uygun olarak uyuşmazlığın miktarını dikkate almadan, her uyuşmazlığa ilişkin ispat kurallarının aynı kurallar çerçevesinde uygulanması ve bu anlamda hâkimin ispat sürecini yönetme konusunda yeterli şekilde yetkilerini kullanmaması, hem yargılama sürecinin bütünü içerisinde ispat hakkının tesis ve temin edilmesinin önünde büyük bir engeldir hem de devlet yargısından tahkime doğru kaçışın en önemli sebeplerinden birisidir[337]. Nitekim aşağıda görüleceği üzere, tahkim yargısında hakemin ispat sürecini yönetme ve ispat hakkının tam ve etkin şekilde tesis edilmesindeki rolü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hâkime biçtiği rolden daha farklı niteliktedir.

Sorunu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, bakkalın devamlı müşterisinden alacağının birikmesi ve 150 liranın tahsili için mahkemeye gitmesi ile bir inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, davacının ödenmemiş hakedişleri ile ek işlerini, işin gecikmesinden doğan zararını, teminat mektuplarının haksız olarak paraya çevrilmesi nedeniyle bankadan tahsil edilen teminat mektubu bedelinin iadesini, şantiyedeki makine ve teçhizatına haksız el konulması sebebiyle uğradığı zararını, sözleşmesi feshedildiği için işten çıkardığı işçilerine ödediği ihbâr ve kıdem tazminatlarının tazmine dayalı alacağın tahsili için mahkemeye gidilmesi[338] arasında uygulanacak ispat süreci ve dava yönetimi bakımından çok büyük farklar vardır. İki uyuşmazlıkta da hâkimin ispat sürecine etki edecek yargısal işlemler konusunda aynı serbesti alanına sahip olması, şüphesiz ki ispat hakkı ihlâli olarak karşımıza çıkabilecektir. Kişiler ise ispat haklarının ihlâl edildiği, hukukî dinlenilme hakkı ile âdil yargılanma haklarının tam temin edilemediği bir yargılamanın süjesi olmaktansa

[337] Genel olarak devlet mahkemelerinden tahkime doğru yönelimin temelinde yatan faktörler, sebepler ve hukuk sistemimizin bu yöndeki eksikliklerine ilişkin bkz. Yeşilırmak, ss. 1-6, 186-190.

[338] Örnek Milletlerarası Ticaret Odası'nda görülen bir tahkim yargılamasından alınmıştır. Örnek ve dava hakkında bkz. Demir Gökyayla, s. 13.

tahkim yoluna başvurmayı tercih edebilecektir. Şüphesiz ki tahkim yoluna başvurmak kötü bir tercih değildir, herkes uyuşmazlığını güven duyduğu ve uzmanlık alanı bulunan kişiler aracılığı ile çözüme kavuşturmak isteyebilir. Ancak demokratik hukuk devletlerinde adalete erişim hakkı, ancak tahkim yolunun kişilere gerçek ve âdil bir yargılama hakkı sunduğu; buna karşılık tahkime gidecek ekonomik gücü bulunmayan kişilerin, güvenilir olmayan devlet yargısına muhtaç olacağı bir sistem kurulmasının önünde engel teşkil eder.

Bunun yanısıra milletlerarası tahkim hukukunun ispat süreci ve bu çerçevede hakemin sahip olduğu yetkiler konusundaki yaklaşımı, inceleme konumuz açısından farklı yönlerden de önem taşır. Zira milletlerarası tahkim hukuku, ortak hukuk ile Kıta Avrupası ailelerini *bir potada eritmektedir*[339]. Bu anlamda hakeme tanınan yetkiler, ispat hakkının doğrudan konusunu oluşturan birtakım ispat hukuku kurumları milletlerarası hukukta *karma (hybrid)*[340] bir yargılama usûlü ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla bu anlamda milletlerarası tahkim hukukunun ispat hakkı konusundaki yaklaşımı, Ortak Hukuk ile Kıta Avrupası aileleri arasındaki yakınlaştırmayı temsil edecektir.

Bu çerçevede milletlerarası tahkim hukukunun ispat hakkına yaklaşımını, özellikle ispat sürecinde büyük oranda etkisi bulunan birtakım temel kurumlar ve kurallar çerçevesinde ele alacağız. Bu temel kurumlar, özellikle ispat sürecini yönetme konusunda hakemlerin sahip olduğu yetkileri şekillendiren delilleri değerlendirme yetkisi, re'sen delil ibrazı talep etmesi, kötüniyetli delil ibrazı taleplerin karşı tarafın ve hakem kurulunun koruması, ispat sürecinde verilecek süreler konusundaki takdir hakkı, taraflardan hangi ölçüye kadar delil ibraz edebileceklerini şekillendiren kurallardır. Ayrıca Amerikan hukukundaki *delillerin keşfi (discovery)* kurumu, bu iki hukuk sistemi arasındaki büyük farklılıkları, -*aşağıda değinileceği üzere*- büyük ölçüde tahkim hukukunda eritmektedir[341].

Bütün bu kuralların ve kurumların yakınlaştırıcı etkisi hâricinde, tahkim yargılamasında her geçen gün daha fazla önem atfedilen *tahkim yargılamasında âdil*

---

[339] Demir Gökyayla, s. 15.
[340] Bu konuda bkz. Demir Gökyayla, ss. 15-16.
[341] Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Pedro Martinez-Fraga, **The American Influence on International Commercial Arbitration, Doctrinal Developments and Discovery Methods,** Cambridge Univ. Press, Birleşik Krallık 2009.

yargılanma hakkı (due process in arbitration) da, ispat hakkının bu yargılama türünde de gün geçtikçe konumunu güçlendirir[342]. *ICC Tahkim Kuralları'nda (ICC Rules of Arbitration)* tarafların iddialarını ve savunmalarını sunma hakkının güvence altına alınması için hakemlerin taraflara âdil şekilde davranması gerektiği düzenlenir (ICC Kuralları m. 22/4). Çok benzer bir düzenleme *ICDR Tahkim Kuralları'nda (ICDR Arbitration Rules)* da yer alır (ICDR Tahkim Kuralları m. 16/1).

Tahkim yargılamasında âdil yargılanma hakkını düzenleyen en önemli kurallar arasında *UNCITRAL Model Kanunu'nun (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) taraflara eşit davranma (equal treatment of parties)* başlığını taşıyan 18. maddesi bulunur. Bu düzenlemeye göre tüm taraflara eşit davranılmalı ve her bir tarafa iddialarını sunma konusunda tüm imkâanlar tanınmalıdır (UNCITRAL Model Kanunu m. 18). Hatta bu madde, "tahkim yargılamasının Magna Charta'sı" olarak tâbir edilmekte[343] ve alt unsurları olarak şu ilkelerin varlığı tahkim yargılamasında kabul edilmektedir[344]:

(i) tüm iddialar hakkında bilgi sahibi olma hakkı; kendisine karşı yargılama başlatıldığına dair uygun şekilde bilgi sahibi olma hakkı

(ii) uyuşmazlıkla ilgili tüm haberleşme içeriklerine, dilekçelere, tanıklara diğer taraf ve hakem kurulu ile aynı anda ve tümüyle ulaşma hakkı

(iii) internet veya tele konferans yolu ile tüm duruşmalara katılma hakkı

(iv) Taraflardan, tanıklardan, bilirkişilerden veya diğer üçüncü kişilerden alınan tüm yazılı bilgi kaynaklarına, delillere gecikmeksizin tam erişim hakkı

(v) Maddî hukuka veya yargılama hukukuna ilişkin tüm savunmalarını ve itirazlarını ileri sürme, yeni iddialar ve savunmalar getirme ve bunları tartışma hakkı

(vi) Savunmayı veya iddiayı güçlendirmek için ilgili yazılı delilleri yargılamaya getirme hakkı

(vii) Yargılamada dinlenen tanıkları, bilirkişileri ve diğer üçüncü kişileri çarpraz sorgulama hakkı

(viii) Tüm iddialara karşı zamanında cevap hakkı tanınması hakkı

(ix) Karşı tarafın yeni iddialar ileri sürmesi, yeni vakıalar getirmesi hâlinde yeni delil getirme hakkının tanınması

---

[342] Tahkim yargılamasında âdil yargılanma hakkı, çok geniş kapsamlı bir konu olup gün geçtikçe daha fazla etki alanını genişletmektedir. Bu konuda önemli bazı çalışmalar için bkz. Matti S. Kurkela ve Sanntu Turunen, **Due Process in International Commercial Arbitration,** 2. Bası, Oxford Univ. Press 2010, ss. 187 vd.; Mauro Rubino-Sammartano, **International Arbitration Law and Practice,** 2. Bası, Kluwer Law International, Hollanda 2001, ss. 715-731.

[343] Kurkela ve Turunen, s. 187.

[344] Kurkela ve Turunen, ss. 187-188.

Tahkim yargılamasının bu temel prensiplerine bakıldığında, prosedürün ispat hakkı çatısı altında kabul edilen ilkeler üzerine kurulu olduğunu tespit etmek güç değildir. Bu gereklilikler aynı zamanda *silâhların eşitliği (equality of arms)* ilkesinin, tahkim yargılamasında geçerliliği ile de ilgilidir[345] ve AİHS'nin 6. maddesinin tahkim yargılamasındaki görünüm şeklini ifade eder[346]. Yine benzer şekilde AİHS m. 6'daki makûl sürede yargılanma hakkı, tahkim yargılamasında da geçerli bir temel ilkedir ve farklı düzenlemeler çerçevesinde kabul edilir[347]. Örneğin ICC Kuralları'nda yargılamanın, usûl ekonomisine uygun şekilde görülmesi kabul edilmiştir (ICC Kuralları m. 22/1). LCIA Tahkim Kuralları'nın 19. maddesi de açık bir şekilde tarafların eşit şekilde hukukî dinlenilme hakkına sahip olduğunu düzenler (LCIA Tahkim Kuralları m. 19/1). Tüm bu kurallar ve temel ilkeler, yeknesak unsurlara sahip olmayan ispat hakkının ortak birtakım ilkelerden temelini almakta olduğunu ortaya sermektedir.

2. İspat Hakkı Çerçevesinde IBA Delil Kuralları'nda İspatın Temel İlkeleri

Uluslararası Barolar Birliği Delil Kuralları Alt Komitesi tarafından hazırlanarak 29 Mayıs 2010 yılında kabul edilen *IBA Uluslararası Tahkime İlişkin Delil Kuralları (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration)* taraflarca seçilen kurumsal, ad-hoc veya diğer kurallara ek olarak tahkim yargılamasında uygulanabilecek ispat prosedürüne ve delillere ilişkin önemli düzenlemeleri öngören kurallardır. Bu Kurallar, yine Uluslararası Barolar Birliği Tahkim Komitesi Çalışma Grubu tarafından hazırlanmış olan *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Delil İkamesi Hakkında IBA Kuralları'nın (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration)* gözden geçirilmiş biçimidir[348]. IBA Delil Ku-

[345] Bu konuda bkz. Kurkela ve Turunen, ss. 186-187.
[346] Kurkela ve Turunen, ss. 189-190.
[347] Bu konuda bkz. Kurkela ve Turunen, ss. 192-194; Rubino-Sammartano, ss. 547-553.
[348] IBA Delil Kuralları, Önsöz. IBA tarafından 1983 yılında yayımlanan Milletlerarası Ticarî Tahkimde Delillerin Sunulması ve Tahkikine İlişkin Kurallar ["*IBA Supplementary Rules Governing the Presentation and Reception of Evidence in International Commercial Arbitration*"], yerini 1999 yılında yayımlanan Milletlerarası Ticarî Tahkimde Delil İkamesi Hakkında IBA Kuralları'na ["*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*"] bırakmıştı. 1999 yılında yayımlanan bu kurallar milletlerarası tahkim yargılamasında oldukça önemli bir ilgi gördüğünden Komite söz konusu bu düzenlemeler üzerinde bazı revizyonlar yaparak IBA Delil Kuralları'nı 29 Mayıs 2010 tarihinde yayımlamıştır (IBA Delil Kuralları, Önsöz).
Bununla birlikte IBA Delil Kuralları ile Milletlerarası Ticarî Tahkimde Delil İkamesi Hakkında IBA Kuralları'ndan farklı önemli prensipler benimsemiştir. Bunlar *Moses* tarafından yedi madde altında toplanır: (1) IBA Delil Kuralları, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Delil İkamesi Hakkında IBA Kural-

ralları, tahkim yargılamasında en fazla tercih edilen ispat kuralları olarak bilinir ve bu durumun sebebi de, kuralların ayrıntılı ve açık olmasına dayandırılır. Bu Kurallar'ın, milletlerarası tahkimde delil ikamesine ilişkin taraflara ve hakemlere "*etkin, ekonomik ve âdil*" bir süreç sağlamak için kabul edildiği belirtilir[349]. Aynı zamanda IBA Delil Kuralları'nın tercihinin özellikle bu Kurallar'ın *pek çok farklı hukuk sistemlerinde uygulanmakta olan usûlleri yansıttığı ve bilhassa tarafların farklı hukuk kültürlerinden geldikleri durumlarda önemli fayda sağlayacağı* ifade edilmektedir[350].

Bu çerçevede IBA Delil Kuralları'nın ispata ilişkin düzenlemeleri dikkate alındığında sistemin, Ortak Hukukun ve Kıta Avrupası hukukunun temel özellikleri üzerinde bir harmoni yaratılarak inşa edilmiş olduğunu belirtmek gerekir. Öncelikle IBA Delil Kuralları ile tahkim yargılamasında, Ortak Hukuk sistemlerinde geçerli olan *delillerin keşfi (discovery)* kurumuna önemli ölçüde yer verildiği görülür. Zira IBA Delil Kuralları'na göre, tahkim yargılamasının taraflarından her biri, hakem tarafından verilen süre içerisinde, resmî belgeler ve kamuya açık belgeler de müdahâle olmak üzere yargılamanın diğer tarafınca daha önceden sunulmamış olan, dayandığı ve elinde bulunan mevcut tüm belgeleri hakeme ve diğer tarafa sunmakla yükümlüdür (IBA Kuralları m. 3/1). Taraflara uyuşmazlığa ilişkin bilgi kaynaklarının günışığına çıkarılması konusunda katı bir katkıda bulunma yükümlülüğü öngören bu kuralın amacı, özellikle karşı tarafın yargılamanın ileriki aşamalarında daha önce bilgi sahibi olunmayan bir delile dayanması hâlinde diğer tarafın sürpriz kararla

---

ları'ndan farklı olarak başlıkta yer alan "*ticarî* (*commercial*)" ifadesini çıkararak düzenlemelerin daha geniş uygulama alanına sahip olmasını amaçlamıştır; (2) Âdil yargılanmaya ("*fairness*") ve dürüstlük ilkesine ("*good faith*") daha güçlü bir vurgu yapılmıştır (Önsöz Para. 2, Başlangıç Para. 1); (3) Karşı tarafın ve üçüncü kişilerin delil ibrazı konusundaki yükümlülükleri genişletilmiş; (4) tanıkların video konferans yolu ile dinlenmesi (IBA Delil Kuralları m. 8/1), belgelerin elektronik ortamda ibrazı (IBA Delil Kuralları m. 3/3, a, ii), elektronik delillerin ibrazı (IBA Delil Kuralları m. 3/12) gibi teknolojik gelişmelerin sebep olduğu imkânlar genişletilmiş; (5) Hakem heyetince atanan bilirkişi raporlarında bulunması gereken unsurlar genişletilmiş (IBA Delil Kuralları m. 6/4; (6) Tarafların ispat duruşmasında dinletmek istedikleri tanıklar hakkında karşı tarafı ve hakem heyetini bilgilendirmesi zorunluluğunun geniş çerçevede düzenlenmesi; (7) Özellikle farklı hukukî ve etik kuralların gerektirdiği durumlarda, taraflar arasında adaletin ve eşitliğin sağlanabilmesi için delil ibrazından kaçınma imkânı sağlayan ayrıcalıkların ("*privileges*") farklı şekillerde kabul edilmesi konusunda takdir alanı kabul edilmesi (IBA Delil Kuralları m. 9/3). Bütün bu maddeler için bkz. Margaret Moses, **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration,** 2. Bası, Cambridge Univ. Press, 2012, (elektronik kitap), s. 531-533. Ayrıca bu konuda bkz. Pierre Karrer, "Internationalization of Civil Procedure - Beyond the IBA Rules of Evidence", **Uniform L.R.,** S. 4, 2004, s. 893-897.

[349] IBA Delil Kuralları, Önsöz.

[350] IBA Delil Kuralları, Önsöz.

karşılaşma riskinin bertaraf edilmesidir[351]. Bu madde, tereddütsüz şekilde IBA Delil Kuralları'nın *kalbi* olarak nitelendirilir[352]. Aynı zamanda hakemlerin kamu kurumlardan, diğer üçüncü kişilerden ve yargılamanın diğer tarafından yargılamanın ileriki aşamalarında dahi delil ibrazını talep etmesi belirli koşullar altında mümkündür (IBA Delil Kuralları m. 3/10)[353].

Ortak Hukuk sistemlerinin tipik uygulamasını yansıtan delillerin keşfi kurumuna ağırlık verilmekle birlikte, genel olarak ispat sürecinin yürütülmesi konusunda katı şekilde hakem heyetine görev verilmesi ve yine delillerin toplanması sürecinin ve araçlarının tarafların değil, hakem heyetinin tasarruf yetkisi altına bırakılması IBA Delil Kuralları'nı Kıta Avrupası sistemine yakınlaştıran en önemli ve tipik özelliktir[354]. Nitekim bu konu, *delillerle ilgili hususlarda istişare (Consultation on Evidentiary Issues)* başlığı altında 2. maddede katı bir şekilde dile getirilmiştir[355]. Buna göre hakem heyeti, yargılamada mümkün olan en erken zamanda taraflarla görüşerek tarafların verimli, ekonomik ve âdil bir delil ikamesi usûlü üzerinde anlaşmak üzere istişarede bulunmaya davet eder (IBA Delil Kuralları m. 2). Hakem heyeti ile taraflar arasındaki bu *görüşme zorunludur (mandatory consultation)* ve mümkün olduğunca erken bir aşamada gerçekleştirilmelidir[356]. Bu düzenlemeler çerçevesinde bir yandan hakeme güçlü bir konum, geniş yetkiler sunulmaktayken hakemin taraflarla olan işbirliği de kesinlikle ihmâl edilmiş değildir. Bu durum, bizim de çalışmamızda ispat hakkı açısından oldukça önem atfettiğimiz, etkin şekilde ispat hakkının yargılamada tesis ve temin edilebilmesi için taraflarla hâkimin (veya hakemin) mutlak işbirliğini

---

[351] Bu konuda bkz. Peter Ashford, The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, A Guide, Cambridge Univ. Press, Birleşik Krallık 2013, s. 58; Ekin Hacıbekiroğulları, Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi, Oniki Levha, İstanbul 2012, s. 111.

[352] Ashford, s. 58.

[353] Bu konuda ayrıntı için bkz. Ashford, s. 80.

[354] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ashford, ss. 34-40; Juho Kankkunen, **Document Production under the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration** (Master's Thesis, Univ., Helsinki), Helsinki 2014, ss. 54-69.

[355] Nitekim bu düzenleme IBA Delil Kuralları'nın önceki versiyonu olarak kabul edilen Milletlerarası Ticarî Tahkimde Delil İkamesi Hakkında IBA Kuralları'nda yer almayan bir düzenleme idi. Alt Komite, bu düzenlemeyi kabul ederken özellikle tahkim yargılamasına ilişkin çok sayıda düzenlemenin gözden geçirilerek uyuşmazlıkların gün geçtikçe karmaşık hâle gelmesi ve günümüzün gereklilikleri çerçevesinde en doğru yaklaşım tarzının *görüşme ve istişare yaklaşımı* ("*meet and consult" approach*) olduğuna kanaat getirmiştir [IBA Committee Commentary, Article 2 (Ashford, ss. 31-32)]. Bu zorunluluk bir ölçüde ICC Kuralları'nda da hakem heyetinin usûlî meselelere ilişkin taraflarla istişare yapması gerektiği şeklinde düzenlenmiştir (ICC Kuralları m. 24) (*bu konuda ayrıca bkz.* Ashford, s. 34).

[356] IBA Committee Commentary, Article 2 (Ashford, ss. 32, 34). *Yazar*, bu düzenlemeyi *erken dava yönetimi istişaresi (early case-management consultation)* şeklinde nitelendirmektedir (Ashford, s. 34).

gerektirmesini kabul etmektedir[357]. Bu anlamda hakemler ispat süreci üzerinde birinci derecede kontrol ve denetim yetkisine sahip olmakla birlikte, bu süreçte önemli olan pek çok konuyu taraflarla görüşme, istişare etme yükümlülüğü altına bırakılmıştır. Bu şekilde yargılamanın âdil bir şekilde gerçekleştirilmesi sağlanacak ve tarafların sürpriz kararla karşılaşma riskleri bertaraf edilebilecektir. Bu kapsamda hakem heyeti bilirkişi raporlarının, tanık ifadelerinin hazırlanıp sunulması; sözlü ifadelerin alınması; belge ibrazının koşulları, şekilleri, usûlü gibi konuları taraflarla istişare edeceği gibi[358] medenî yargılama hukuku bakımından -*aynı zamanda ispat hakkı açısından da*- hassas tartışmalara konu olan delillere uygulanacak gizlilik korumasının seviyesinin belirlenmesi hususunda da taraflarla görüşebilecektir (IBA Delil Kuralları m. 2/2). Bu anlamda hakem heyeti ile taraflar birlikte istişare ederek delil ikamesi sürecinin verimli, ekonomik ve kaynak tasarrufunu teşvik edici nitelikte gerçekleştirilmesini sağlamakla yükümlüdürler (IBA Delil Kuralları m. 2/2, e).

Hakemlerin taraflarla yoğun oranda istişare ederek yargılama sürecini yönetmesi, tahkim yargılamasının en temel özelliklerinden birincisi olmakla birlikte, diğer en önemli özelliği de *hukukî dinlenilme hakkına riayete* verilen önemin bu yargı türünün karakteristik ikinci özelliğidir[359]. Bu yönüyle, ispat sürecinin etkin şekilde gerçekleştirilmesini temel amaç edinen tahkim yargılamasında, devlet mahkemelerinde olduğu -*veya olması gerektiği*- gibi hukukî dinlenilme hakkının merkeze alınması, doğal olarak yargılama sürecinde ispat hakkının tam anlamıyla tesis edildiği bir model oluşmasına sebep olur. Bu sebeple de tahkim yargılamasında, hakemlerin temel kaygısının, *kararlarını etkileyebilecek bütün delillere ulaşılabilmesi* olduğu, rahatlıkla ifade edilmektedir[360].

Dar bir çerçeve üzerinde de olsa, genel olarak üzerinde durduğumuz bu hususlar, ispat hakkının bir yargılama prosedüründe âdil yargılanma hakkının unsurlarını sağlayacak şekilde tesis ve temin edilebilmesi için çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de savunduğumuz görüşlerimizi yansıtan temel düzenlemeler içermektedir. Ni-

---

[357] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 8.

[358] Örneğin hakem heyeti taraflarla istişare ederek delillerin elektronik ortamda sunulmasının daha ekonomik ve efektif olacağı kanaatine ulaşırsa tüm deliller elektronik ortamda sunulabilir [IBA Committee Commentary, Article 2 (Ashford, s. 32)].

[359] *Demir Gökyayla,* (*i*) taraf iradesine üstünlük tanınmasının ve (*ii*) hukukî dinlenilme hakkına riayete büyük önem atfedilmesini, bugün tahkim yargılamalarının istisnasız her yerde kabul gören iki temel prensibi olduğu belirtilir (Demir Gökyayla, s. 5).

[360] Demir Gökyayla, s. 9.

tekim Ortak Hukuk sisteminin temel kurumlarından birisi olan *delillerin keşfi (discovery)* kurumunun, özellikle dava öncesinde tarafları önemli oranda bilgi kaynağı ve deliller hakkında bilgi sahibi yaptığı; özellikle mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunu sistemimiz içerisinde A.B.D. hukukundaki kadar geniş bir alanda uygulama alanı yaratmasa da, sınırlı bir belgeye ve bilgiye erişim hakkının hukukumuz açısından da ispat hakkının tesis edilebilmesi için şart olduğu; benzer tartışmaların çeşitli Kıta Avrupası sistemlerinde de yaşandığı temel argümanlarımızdır. Benzer şekilde ispat sürecinde kontrol ve denetim yetkisinin mutlak şekilde -*Kıta Avrupası sistemlerinde olduğu gibi*- hâkimde (veya hakemde) olması gerektiği; ancak ispat hakkının etkin ve gerçek anlamda tesis edilebilmesi için taraflar ile hâkimin işbirliğinin mutlaka gerekli olduğu yine temel hareket noktalarımızdan birisidir. Bunlara ilâveten çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde özel başlıklar altında üzerinde duracağımız üzere, IBA Delil Kuralları'nın ticarî sırlar, kişisel bilgiler, devlet sırları gibi hassas bilgi kaynaklarının yani delillerin ispat sürecinde incelenmesi ile ilgili kabul etmiş olduğu prensipler temel haklar öğretisi ile örtüşen mâkul kurallardır. Bu çerçeveden baktığımızda IBA Delil Kuralları, tarafların yargısal süreçte ispat hakkına ve diğer temel haklarına saygılı bir ispat sürecini tecrübe edebilmeleri için ideal yargılama prensiplerine dayanmaktadır. Çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde özellikle ispat hakkı açısından tartışma yaratan hususlarda IBA Delil Kuralları'na ayrıca yer verilecek, bazı durumlarda da *de lege ferenda* kurallar olarak ayrıca değerlendirme konusu yapılacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

İSPAT HAKKININ KURAMSAL (DOGMATİK) TEMELLERİ

§ 3 İSPAT HAKKININ TEMELİ: HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ, ÂDİL YARGILANMA HAKKI VE DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

I. İSPAT HAKKININ TEMELİ KONUSUNDA GÖRÜŞLER

A. Maddî Hukuk Görüşü

İspat hakkının temeli konusunda farklı görüşler ortaya atılmış olmakla birlikte, bu görüşlerin ilkini *maddî hukuk* görüşü oluşturur. Bu görüşe göre ispat hakkının temeli, *ispat yükü*nü düzenleyen maddî hukuk normuna (ZGB Art. 8[1]) dayanmaktadır[2]. Bu görüş ispat hakkı teriminin ilk olarak ortaya atıldığı İsviçre'de benimsenmiştir. İspat hakkının ilk olarak zikredilmesi, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1936 yılında vermiş olduğu bir kararında gerçekleşmiştir. Bu kararda Mahkeme *ispat hakkı* (*Recht zum Beweis*) ve *karşı ispat hakkından* (*Recht zum Gegenbeweis*) bahsederek tarafların maddî hukuktan kaynaklanan haklarını kullanabilmeleri için delillerini sunabilmeleri, yani ispat ve karşı ispat hakkına sahip olmaları gerektiğini belirtmiştir[3]. Zira bu görüşe göre, eğer kişiler maddî hukuk kuralları ile ispat yükü (*Beweislast; burden of proof*) altında bırakılmaktaysalar, aynı zamanda bu yükümlülüklerinin bir güvencesi olarak kişilere *ispat hakkı (das Recht auf Beweis)* tanınmalıdır[4]. Federal Mahkeme 1942 yılında vermiş olduğu bir kararda da, ispat hakkını ispat yükünü düzenleyen İsviçre Medenî Kanunu'nun 8. maddesine dayandırmıştı[5]. Aşağıda da değinileceği üzere zaman içerisinde İsviçre hukukunda ispat hakkının hukukî temelini Anayasa'ya dayandıran içtihatlara da rastlanmıştır.

---

1 Bu görüş bir süre İsviçre hukukunda hüküm sürdüğünden, temeli İsviçre Medenî Kanunu'nun 8. maddesi olarak gösterilmiştir.

2 Göksu, Art. 8, N. 23; Kofmel, s. 4; Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 152, N. 1; Thomas Sutter-Somm, **Schweizerisches Zivilprozessrecht,** 2. Bası, Schultess 2012, N. 430; Walter, Recht auf Beweis, ss. 311, 315-316.

3 "... In der Nichtberücksichtigung an sich tauglicher Beweismittel liegt aber (...) aber eine Verletzung von Bundesrecht; denn damit wird die betreffende Partei effektiv um ihr Recht zum Beweis (oder Gegenbeweis) gebracht, das ihr als notwendiger Ausfluss des materiellen Anspruches von bundesrechtswegen zustehen muss. ..." (bu karar için bkz. Kofmel, s. 3).

4 Göksu, ZGB Art. 8, N. 23.

5 Bu konuda bkz. Kofmel, s. 4.

Habscheid'a göre federal düzeyde ispat hakkının bu şekilde ispat yüküne ilişkin Medenî Kanun'a dayandırılmasının en önemli sebebi, kantonların benimsemiş olduğu farklı usûl kuralları kapsamında farklı ispat sınırlamalarına engel olunması düşüncesiydi[6]. Bu sebeple de İsviçre hukukunda uzun bir süre ispat hakkının *hukukî niteliği* (*rechtsnatur*) konusu, tam bir kesinlik kazanamamıştı[7]. Aşağıda inceleneceği üzere, hem uluslararası sözleşmelerin etkisi hem de İsviçre'de federal düzeyde bir usûl kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte bu görüşün savunulduğu İsviçre'de, ispat yükü kuralı, ispat hakkının *tek* hukukî temeli olarak görülmemekte; ayrıca diğer birtakım yargısal güvencelerin de, ispat hakkının temelini oluşturduğu kabul edilmektedir[8].

B. Yargısal Temel Hak Görüşü

İspat hakkının temelini, *salt* maddî hukukta düzenlenen ispat yükü kuralına dayandırdığı görüşü karşısında hem Türk hukukunda hem de yabancı hukuk sistemlerinde ispat hakkının temelini anayasal haklar ile ilkeler ve/veya uluslararası normlara dayandırdığı görüşü ağır basmaktadır. Bu görüş ispat hakkını *yargısal temel bir hak* olarak nitelendirirken, hukukî temeli konusunda çeşitli dayanakları bulunduğu kabul edilmektedir. Bu temeller hukukî dinlenilme hakkı, âdil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü, hukuk devleti ilkesi, eşitlik ilkesidir.

Yukarıda ifade edildiği üzere Türk hukuku dışında da ispat hakkını normatif bir düzenleme ile garanti altına alan İsviçre'de, özellikle Federal Usûl Kanunu'ndan önce, ispat hakkı maddî hukuktaki ispat yükü kuralına dayandırılmaktaydı. Ancak bu süreçte dahi İsviçre Federal Mahkemesi'nin ispat hakkını anayasal eşitliği düzenleyen 29 Mayıs 1874 tarihli İsviçre Konfederasyonu Federal Anayasa'nın 4. maddesine dayandırdığı kararları da bulunmaktaydı[9]. Dolayısıyla Federal Kanun'dan önce,

---

6 J. Walther Habscheid, "Das Recht auf Beweis", **ZZP,** C. 96, S. 3, 1983, s. 306-333; **Effektivität des Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung - Die deutschen Landesberichte zum VII. Internationalen Kongress für Prozessrecht in Würzburg,** Edt. Peter Gilles, Köln 1983, (Recht auf Beweis), ss. 382, 386-387.

7 Kofmel, s. 7.

8 İspat yüküne ilişkin Art. 8 ZGB, SchZPO yürürlüğe girdikten -*ve ispat hakkı kanunî bir temele oturtulduktan*- sonra da hâlen ispat hakkının hukukî temellerinden birisi olarak kabul görmektedir. Bu konuda bkz. Passadelis (Baker & McKenzie), Art. 152, N. 3; Berti, N. 369; Leu (Brunner ve diğerleri), Art. 152, N. 4; Gehri ve Kramer, Art. 152, N. 1; Leuenberger ve Uffer Tobler, N. 9.30; Spühler / Dolge / Gehri, N. 74; Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 152, N. 1.

9 Bu konuda bkz. Kofmel, s. 4; Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 152, N. 1; Walter, Recht auf Beweis, ss. 311, 312-314. 1874 tarihli İsviçre Konfederasyonu Federal Anayasa'nın 4. maddesi şu şekilde düzenlenmekteydi: "Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Unterta-

İsviçre Federal Mahkeme kararları kapsamında ispat hakkının *hukukî çerçevesinin* (*Gesetzesrang*), ispat yüküne ilişkin İsviçre Medenî Kanunu'nun 8. maddesine ve 1874 tarihli İsviçre Anayasası'nın 4. maddesindeki *temel hakka* (*Grundrecht*) dayandığı kabul edilmişti[10]. Bununla birlikte *Komfel*'e göre ispat hakkı, zamanla bir *insan hakkına* (*menschenrecht*) dönüşmüştür[11]. Özellikle 1974 yılında İsviçre'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne imza atmasıyla birlikte Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında da ispat hakkının korunacağı kabul edilmektedir[12]. Yine Anayasa'da düzenlenen *hukukî dinlenilme hakkı* (*Gehöranspruch / Anspruch auf rechtliches Gehör; BV Art. 29, Abs. 2*) da, İsviçre hukukunda ispat hakkının temelini oluşturduğu bir diğer yargısal haktır[13]. Aynı zamanda ispat hakkının hukukî niteliğini *hukuk devleti ilkesine* (*rechtstaatliches Prinzip*) dayandırdığı kabul edilmektedir[14]. Bununla birlikte ispat yükünün, ispat hakkının -*maddî hukuktan kaynaklanan*- hukukî temeli olduğu görüşü hâlen kabul görmektedir.

Almanya'da ise ispat hakkı, hukuk devleti ile hak arama özgürlüğünün bir gereği olarak yargısal bir temel hak olarak kabul edilmektedir. *Walter,* ispat hakkın (*das Recht auf Beweis*) öğretide etraflıca ve -özellikle- hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi kapsamında ele almış; ispat hakkını bir *temel ilke* (*Grundsatz*) olarak ifade ederek hakkın temelini hukukî korunma talebine (Justizanspruch) dayandırmıştır[15]. Öğretide ispat hakkının hukukî temelleri, görüş birliği içerisinde hu-

---

nenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen." 29.Mai.1874 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Art. 4 (http://www.verfassungen.de/ch/verf74-i.htm, erişim tarihi: 30.8.2015).

10 Bu konuda bkz. Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 152, N. 1.

11 Bkz. Kofmel, ss. 8-10.

12 Bu konuda bkz. Passadelis (Baker & McKenzie), Art. 152, N. 3; Berti, N. 369; Leu (Brunner ve diğerleri), Art. 152, N. 4; Gehri / Kramer, Art. 152, N. 1; Kofmel, s. 10; Walter, Recht auf Beweis, ss. 311, 316-323. Bununla birlikte öğretide ve Federal Mahkeme kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen âdil yargılanma hakkının, *sadece* ispat faaliyetinde tarafların eşitliğini garanti ettiğine işaret edilmekte ve ispat hakkının daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu konuda bkz. Spühler / Tenchio / Infanger, *Art. 152,* N. 1.

13 Bu konuda bkz. Berti, N. 369; Gehri ve Kramer, Art. 152, N. 1; Göksu, ZGB Art. 8, N. 23; Leu (Brunner ve diğerleri), Art. 152, N. 4; Leuenberger ve Uffer Tobler, N. 9.27; Passadelis (Baker & McKenzie), Art. 152, Rn.3; Spühler / Dolge / Gehri, N. 74; Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 152, N. 1. Ayrıca bkz. Walter, Recht auf Beweis, ss. 312-314.

14 Kofmel, s. 10.

15 Walter, Freie Beweiswürdigung, s. 302. *Walter,* ispat hakkının temel bir ilke olmasına iki sonuç bağlamıştır. Birincisi, *delillerde sınırlı sayı ilkesinin (numerus clauses für Beweismittel)* geçerli olamaması; ikincisi de, -*apriori olarak*- kesin olmayan delilleri ispat sürecinden dışlamama (*kein Ausschluß fragwürdiger Beweismittel*) prensibi (Walter, Freie Beweiswürdigung, ss. 303-308). Bu konular, aşağıda ayrı başlıklar hâlinde ele alınacaktır. Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 20-21.

kukî korunmayı talep hakkı ve hukuk devleti ilkesine dayandırır[16]. Bunun yanısıra yukarıda açıklandığı şekilde ispat hakkı *hukukî dinlenilme hakkının (Recht auf rechtliches Gehör)* [17] ve *silâhların eşitliği (Waffengleichheit)* [18] ilkesinin de bir unsuru olarak kabul edilir.

Türk hukukuna bakıldığında yukarıdaki hukuk sistemleri ile benzer şekilde, ispat hakkının temelinin hak arama özgürlüğü, silâhların eşitliği ilkesi, hukukî dinlenilme hakkı gibi anayasal ve temel haklara dayandırıldığı tespit edilebilmektedir. Bizatihi kanunkoyucunun kendisi de, ispat hakkını "*Hukukî Dinlenilme Hakkı*" başlığı altında düzenlediğinden, hakkın, temelini Anayasa'ya dayandırdığı kabul edilmektedir. *Budak'*ın, hak arama özgürlüğü hakkında yapmış olduğu bir değerlendirme, ispat hakkının temelini hak arama özgürlüğüne dayandırıldığını göstermektedir[19]. *Özekes* ve *Pekcanıtez* de, ispat hakkını, temelini hak arama özgürlüğü, hukuk devleti, insan onuru gibi anayasal ve temel haklardan alan hukukî dinlenilme hakkının bir unsuru olarak kabul etmektedir[20]. *Kılıçoğlu* da*,* ispat hakkını Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında kabul edilen hukukî dinlenilme hakkına dayandığını kabul eder[21]. *Erdönmez,* benzer şekilde ispat hakkının temelinin Anayasa'nın 36.

---

16 Tresenreuter, ss. 47-48; Walter, Freie Beweiswürdigung, s. 302.

17 Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald, **Verfassung und Zivilprozess,** Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1984, s. 53; Rolf Stürner, "Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung", **Festschrift für Fritz Bauer,** Mohr Siebeck, Tübingen 1981, (Verfahrensgrundsätze), s. 657; Philip Tresenreuter, **Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, Ein verfassungsrechtliches Problem** (Diss., Univ. Postdam, 2005), Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2006, ss. 57-59. Alman hukukunda ispat hakkının hukukî temeli aynı zamanda GG m. 19/4 (temel hak ihlâllerinin korunması için mahkemelere başvuru hakkı) ve GG m. 101/1, 2. bent ile ilişkilendirilir. Bu konuda bkz. Tresenreuter, ss. 63-64.

18 Tresenreuter, ss. 57-59. Alman hukukunda ispat hakkının hukukî temeli aynı zamanda GG m. 19/4 (temel hak ihlâllerinin korunması için mahkemelere başvuru hakkı) ve GG m. 101/1, 2. bent ile ilişkilendirilir. Bu konuda bkz. Tresenreuter, ss. 63-64.

19 Yazar, hak arama özgürlüğünün beş unsuru olduğu belirtilmekte ve bu unsurlar tek tek incelendiğinde neredeyse tamamının, ispat hakkına dayandığını tespit etmemiz mümkündür. Bu unsurlar: (*1*) davanın açıldığından haber edilmiş olma hakkı, (*2*) yargılamada olgular ileri sürme ve bu olguların ispatı için delil gösterme hakkı, (*3*) hasmın getirdiği olgu ve deliller hakkında bilgi edinme ve bunlara karşı beyanda bulunma hakkı, (*4*) mahkeme tarafından araştırılan veya re'sen nazara alınan olgu ve deliller hakkında beyanda bulunma hakkı, (*5*) dava konusu uyuşmazlık ile ilgili hukukî görüşünü (*uygulanacak hukuk kurallarının tespiti, yorumu ve bu hukuk kurallarının somut olaya uygulanması sonucunda varılması gerekli hüküm hakkındaki kanaatini*) beyan etme hakkı [Ali Cem Budak, **Medenî Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması,** Beta, İstanbul 2000, (Üçüncü Kişilerin Korunması), s. 10].

20 Özekes, ss. 124-126. Aynı yönde Pekcanıtez, Hukukî Dinlenilme Hakkı, ss. 777, 784-786.

21 Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 9-10.

maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü ile âdil yargılanma hakkı olduğunu belirtir[22].

C. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

İspat hakkının hukukî niteliğini belirlerken öncelikle ispat hakkının temelinin, ispat yüküne ilişkin maddî hukuk normuna dayandırdığı görüşünü değerlendirmek gerekir. Bu görüş yukarıda da ifade ettiğimiz üzere İsviçre'de geçmiş zamanda, sınırlı bir şekilde kabul edilmekteydi. Bu görüşün temelinde yatan Federal Mahkeme kararları, kanımızca da pragmatik bir anlayışın etkisi ile kantonların medenî yargılama kuralları arasındaki farklılığın bertaraf edilmesine yönelmekteydi. Bugün temel haklar hukukunun geldiği noktada, ispat hakkının temelinin, ispat yüküne dayandığı görüşü de artık taraftâr bulamamaktadır.

Bu çerçevede ele alınacak ikinci görüş, ispat hakkının temelinin, hukukî dinlenilme hakkına dayandırdığı yönündedir. İlk bakışta Türk kanunkoyucusunun da iradesini yansıtan bu görüş, yukarıda ifade ettiğimiz üzere ispat hakkını temel bir hak olarak hukukî dinlenilme hakkına dayandırır. Nitekim İsviçre hukukunda da, bugün dahi ağırlıklı olarak ispat hakkının hukukî dinlenilme hakkının bir sonucu olduğu belirtilerek, ispat hakkı hukukî dinlenilme hakkı kapsamına dâhil edilmektedir. Ancak şüphesiz ki ispat hakkının hukukî temelini, *salt* hukukî dinlenilme hakkına dayandırmak doğru olmayacaktır. Nitekim aşağıda ayrıntısıyla üzerinde duracağımız gibi, ispat hakkı bünyesine âdil yargılanma hakkından ve diğer yargısal temel haklardan unsurlar içeren ve bu anlamda hukukî dinlenilme hakkından çok daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Özünde, hukukî dinlenilme hakkı da ispat hakkı da temelini Anayasa'daki hak arama özgürlüğünden almakla birlikte ispat hakkı, hukukî dinlenilme hakkının tüm unsurlarını (*bilgilenme, açıklama ve dikkate alınma hakları*) bünyesinde barındırmaktadır. Özellikle ispat araçları ve deliller üzerinde açıklamada bulunma hakkı, ispat hakkının âdeta atardamarını oluşturduğundan bu iki hak arasındaki ilişkinin son derece kuvvetli olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bu anlamda kural olarak hukukî dinlenilme hakkına her aykırılık, ispat hakkı ihlâli ile de sonuçlanabilecektir. Ancak tekrar belirtmek isteriz ki ispat hakkı, hukukî dinlenilme hakkından ibaret bir yargısal hak değildir. İspat hakkı, hukukî dinlenilme hakkının unsurlarını da bünyesinde toplayan bir haklar demetidir ve bu

[22] Erdönmez, ss. 27-28.

anlamda hukukî dinlenilme hakkından daha geniş bir uygulama alanına sahip bir yargısal haktır. Bu yönüyle İsviçre hukukunda ispat hakkının temelinin tamamen hukukî dinlenilme hakkı ile âdil yargılanma hakkına dayandırılması kanaatimizce doğru değildir. Bize göre âdil yargılanma hakkı ve hukukî dinlenilme hakkı, ispat hakkını çevreleyen haklar demedinin bir parçasıdır ancak hukukî temelini oluşturmaz. Kanaatimizce aşağıda üzerinde duracağımız üzere ispat hakkının hukukî temelini, *hak arama özgürlüğü* ve *hukuk devleti ilkesi* oluşturur. Bu yönüyle biz ispat hakkının hukukî temeli konusunda, yargılama kanunlarımızın temelini aldığımız İsviçre hukukunu değil, Alman hukukunu takip etmekteyiz.

Üçüncü olarak ispat hakkının temelini, anayasal eşitlik ilkesine dayandırdığı görüşüdür. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere gerek Alman gerekse İsviçre hukukları, ispat hakkının temelini aynı zamanda anayasal eşitlik ilkesine dayandırmaktadır. Ancak aşağıda üzerinde durulacağı üzere, Anayasa'da düzenlenen genel eşitlik ilkesinin (Ay m. 11) yargılama hukukundaki tezâhür şekli olan *silâhların eşitliği (Waffengleichheit)* ilkesi, ispat hakkının unsurlarından sadece birisidir. Silâhların eşitliği ilkesi, âdil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olduğu gibi, ispat hakkının da unsurlarından biridir. Bu sebeple kanaatimizce ispat hakkının, sadece yargısal veya genel eşitlik ilkesine indirgenmesi doğru değildir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alınacağı üzere, ispat hakkı silâhların eşitliği ve hukukî dinlenilme hakkının unsurlarını da kapsayan geniş bir haklar demetidir.

Son olarak ispat hakkının hukukî temelinin, *salt* HMK m. 189'a indirgemenin hukuka uygun olup olmayacağı hususu üzerinde durmak isteriz. Kanaatimizce söz konusu hüküm, ispat hakkının hukukî temeli (kökeni) değil, sadece kaleme alınmış, somutlaşmış bir görünüm şeklidir. Zira ispat hakkının temelini *salt* Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na dayandırmak, onun yargısal temel hak niteliğinin ortadan kaldırılması ve âlelâde bir usûlî hak olarak nitelendirilmesi tehlikesini ortaya çıkarabilir. Şayet Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ispat hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almasaydı dahi, ispat hakkı yine yargısal bir temel hak olarak varlığını sürdürecekti. Nitekim pek çok yargılama sisteminde ispat hakkına usûl kanunlarında yer verilmemektedir. Ancak şüphesiz ki, hakkın ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olması, hakkın somutlaşması ve uygulamaya geçirilmesi konusunda oldukça önemlidir.

Bütün bu değerlendirmelerimizden sonra biz ispat hakkının, *köklerini* hukuk devletinde salan; *hukukî temelini* hak arama özgürlüğünden (Ay m. 36) ve âdil yargılanma hakkından (AİHS m. 6) alan; hukukî dinlenilme hakkı ile diğer anayasal güvencelerle *donatılan* bir *yargısal temel hak* olduğu kanaatindeyiz. İspat hakkını salt anayasal değil, aynı zamanda *yargısal temel hak* yapan yapısı da, hakkın temelini Anayasa'nın 36. maddesinin yanısıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinden almasıdır. Bu çerçevede ispat hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğü ve âdil yargılanma hakkının tüm unsurlarını bünyesinde barındırmaktadır.

II. YARGISAL DEMOKRASİDE İSPAT HAKKININ YERİ

Yargılama sürecinde ispat faaliyeti ile gerçekleştirilen kendini ifade etme hakkı, demokratik hukuk devletlerinin vazgeçilmez bir unsurudur. Kişilerin kendini ifade etme isteği, sadece yargısal prosedüre ilişkin bir ihtiyaç değildir. Kendini ifade etme ve bunun bir parçası olarak da anlaşmazlık içinde bulunduğu tarafa ifadesinin, haklılığının doğruluğu konusunda onu ikna etmek istemesi aynı zaman psikolojik, sosyolojik bir ihtiyâçtır. Herkes özellikle anlaşmazlık yaşadığı ilişkilerinde kendini ifade etmek, haklılığını âdil bir şekilde ispat etmek ister. Bu anlamda bireyler açısından en önemli ihtiyaç haklılığını karşı tarafa ispat etme arzusu ve adalet arayışıdır. Bu durum hem sosyolojik ve psikolojik bir ihtiyaç hem de kişilerin düşüncelerini açıklamalarının yoludur. İspat hakkı da, temelde yargılama prosedüründe bu psikolojik, sosyolojik ihtiyacı gidermeye yönelir; diğer yandan da, yargılama prosedüründe *düşünceyi açıklama özgürlüğünün* (Ay m. 25) birebir tezahür şeklidir.

Sosyal psikoloji alanında, dünyada özellikle 1970'lerden itibaren yargılama hukukunun amacı, fonksiyonun belirlenmesi açısından çeşitli bilimsel araştırmalar yapılmıştır. Genellikle psikologlar tarafından, bazılarında da hukukçuların katılımıyla gerçekleştirilen bu araştırmaların temel amacı, yargılama hukuku açısından yargısal adaletin toplum üzerindeki etkilerinin incelenmesi, bu konuda yapılan anket çalışmalarının değerlendirilmesi olmuştur. Başka bir ifade ile bu araştırmalarda, anket çalışmaları vasıtasıyla *yargısal adaletin toplumdaki algısı* belirlenmeye çalışılmış, *adaletin toplumda ne anlama geldiği* sorusu aydınlatılmaya çalışılmıştır.

Konumuz açısından önem arz eden ilk çalışma 1975 yılında, *Thibaut* ve *Walker*'in liderliğinde Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri kapsamında gerçekleştirilmiştir. Bu araştırma, bireylerin bir yargılamanın *adîl bir yargılama* olmasına bağladıkları ilk koşulun, bireylerin *yargılama sürecinde ve özellikle de deliller üzerinde kontrol sahibi olmaları (control over the opportunity to present evidence)* ve bunun yanında *hüküm üzerinde kontrol sahibi olmaları (control over the final decision)* olarak belirlenmiştir[23]. Başka bir ifade ile bu araştırma göstermiştir ki, *bireyler ancak seslerini yargılama sürecinde duyurabildikleri ve bu şekilde serbestçe hâkimi inandırma faaliyetini* gerçekleştirebildikleri yargılama süreçlerini adîl bir yargılama olarak kabul etmektedirler[24].

Sonraki yıllarda yapılan araştırmalar ise, adîl bir yargılama faaliyetinin kabulü için tarafların *yargılama prosedürü ve deliller üzerinde kontrol sahibi olmaları* en önemli unsur olarak belirlenmiştir[25]. Bu araştırmalar, toplumlarda yargılamanın adîl kabul edilmesi için bireylerin aradıkları ilk özelliğin *hükmü etkileyebilmeleri ve hâkimi kendi iddialarına inandırabilmeleri için yargılamada konuşabilme, yani açıklama ve bunun için delil sunma şansına* sahip olmaları olduğunu ortaya çıkarmıştır[26]. Çıkan veriler, bireylerin aynı zamanda yargısal otoritelerle doğrudan iletişim kurmalarının, kendilerine bu otoriteler tarafından saygı duyulduğunu ve toplumun bir parçası olarak kabul edildiklerinin göstergesi olarak kabul edildiğini ortaya koymuştur. Yani demokratik toplumun gereklilikleri, yargılama prosedüründe kişilerin kendilerini ifade edebilmelerine, karşısındakileri inandırabilmelerine ve verilecek karara etki edebilmelerinden geçer.

Özetlemek gerekirse tüm bu araştırmalar, toplumsal açıdan ve kişiler nezdinde adaletin bir yargılama sürecinde tecelli edebilmesi için *önem sırasıyla* aşağıdaki şartların gerçekleştirilmiş olması gerektiği sonucunda kesişmişlerdir:

(i) Kişiler dava hakkında karar verecek yargısal otoriteler önünde, onları iddialarının haklılığına inandırabilmeleri için kendilerini ifade edebilme, konuşabilme yani açıklamada bulunma şansına sahip olmalıdırlar. Yargılama sürecinde kişiler adetâ kendi hikâyelerini anlatıp, kararı verecek otoriteyi ikna edebilmek için bir forum

---

23 Tyler, What is Procedural Justice?, s. 104.

24 Tom R. Tyler, "Procedural Justice and the Courts", **The Journal of the American Judges Association,** C. 44, S. 1/2, (Procedural Justice), s. 32.

25 Tyler, Procedural Justice, s. 32.

26 Bu konuda bkz. Tyler, Procedural Justice, s. 32.

aramaktadırlar. Buna bağlı olarak açıklamada bulundukları konularda delillerini mahkemeye serbestçe sunabilme şansına sahip olmaları gerektiğine inanırlar.

(ii) Toplumsal açıdan bir yargılamanın âdil kabul edilmesi için aranan ikinci unsur ise, yargısal otoritelerin tarafsızlığının yargılama sürecinde ispatıdır. Bu konudaki ispat aracı ise kişiler açısından, kararı veren merciin hükmünü kişisel görüşlerine veya önyargısına göre değil, hukukun temel ilkelerine ve kendilerinin sundukları somut vakıalara dayandırarak vermesi olarak algılanmaktadır.

(iii) Üçüncü olarak bir yargılamanın âdil olarak kabul edilmesi için, kişiler haklarına saygı duyulduğunun bir göstergesi olması açısından yargılama sürecinde kendilerine insan onuruna yakışır şekilde, nezâket ile davranılmasını aramaktadırlar.

1970'lerden itibaren yapılan araştırmalar neticesinde ortaya çıkan bu sonuçlar göstermiştir ki, toplumsal algı açısından kişilerin, âdil bir yargılamanın varlığını kabul etmesi için hukukî ifade ile en temelde ve birinci olarak açıklama hakkına sahip olduklarına, bu haklarını kullanabilmeleri için delil sunma haklarının kendilerine etkin şekilde sağlanması ve bu inandırma faaliyetlerinin somut bir göstergesi olarak kararı veren merciin hüküm sürecine etkide bulunduklarına inanmaları gerekmektedir. Yapılan bu araştırmalar ispat hakkının sadece yargısal bir ihtiyaç değil, aynı zamanda psikolojik ve sosyolojik bir gereksinim olduğunu ortaya koyar. Bu anlamıyla ispat hakkı bir yandan yargılamada kişilerin düşüncelerini ifade edebilmelerinin yegâne yolu, diğer yandan yargısal demokrasinin de en temel unsurudur. Yargısal demokraside kişilerin açıklama hakkını, ispat hakkını, hükme tesir edebilme hakkını somut olarak hukuk sistemimizde besleyen ilkeler de hiç şüphesiz başta hukukî dinlenilme hakkı (HMK m. 27) ve âdil yargılanma hakkıdır (Ay m. 36; AİHS m. 6). dolayısıyla yargısal demokrasinin bir gereği olarak ispat hakkının temini, hukuk sistemimizde bu temel haklarla koruma altındadır.

III. İSPAT HAKKININ TEMEL HAKLAR İÇERİSİNDEKİ KONUMU VE ÖNEMİ

A. Genel Çerçeve

Yukarıda yapılan değerlendirmeler ispat hakkının, temelini doğrudan doğruya Anayasa'nın 36. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde düzenlenen *hak arama özgürlüğü*nden ve yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde unsurları belirlenen âdil yargılanma hakkından aldığını gösterir. İspat hakkının hukukî temelini *hak arama özgürlüğü* ve *âdil yargılanma hakkı* şeklinde belirlemenin en önemli etkileri, kendisini özellikle iki yönden belirginleştirecektir: (*i*) ispat hakkının içeriğinin (*ispat hakkı kataloğunun*) belirlenmesinde, (*ii*) ispat

hakkının tâbi olduğu sınırlama rejiminde. İspat hakkının içeriğini, hak arama özgülüğünün ve âdil yargılanma hakkının pek çok unsuru oluşturduğundan ispat hakkı çok zengin bir içeriğe sahiptir. Sonrasında, ispat hakkının temelini Anayasa'nın 36. maddesine dayandırması, ispat hakkının ne şekilde sınırlanacağı, hangi sınırlama rejimine tâbi olacağı konusunda önemli etkiler yaratmaktadır. Zira *yargısal bir temel hak* olan ispat hakkı, diğer temel hakların sınırlandırılmasında olduğu gibi alelâde bir sınırlandırma rejimine tâbi olmayacak; bu konuda Anayasa'nın çizdiği sınırlara riayet etmek zorunda olacaktır. Dolayısıyla ispat hakkının hukukî temelini iç hukuk düzleminde Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan *hak arama özgürlüğü* ile *âdil yargılanma hakkı*na dayandırması, önemli etki ve sonuçlarını hem ispat hakkının içeriğinin belirlenmesinde hem de *anayasal* sınırlanma rejiminde gösterecektir.

Türk hukukunda hak arama özgürlüğü ile âdil yargılanma hakkı aynı düzenleme içerisinde, Anayasa'nın 36. maddesinde temelini bulur. Hukuk sistemlerinde ise genellikle *hak arama özgürlüğü (adaletin gerçekleştirilmesi talebi)* ile âdil yargılanma hakkının gereklilikleri ayrı düzenlemeler altında kurala bağlanır[27]. Bu yönüyle hak arama özgürlüğü, kişilerin hukukî koruma telep edebilme haklarını, hak arama yollarına başvuru imkânlarını garanti altına alır; âdil yargılanma hakkı ise, görülmekte olan bir davada, verilecek hükmün kaltiesini güvenceye kavuşturur. Bir anlamda âdil yargılanma hakkı, *hukukî korumanın standartlarının (Rechtsschutzstandards)* garantörüdür[28]. İspat hakkı da, bu kapsamda temelini her iki temel güvenceye

---

[27] Alman hukukunda *adaletin gerçekleştirilmesi talebi (Justizwährungsanspruch; GG m. 19/4)* olarak ifade edilmekle birlikte, hakkın içeriği aşağı yukarı Türk hukukunda hak arama özgürlüğüne tekabül etmektedir (bu konuda bkz. Özekes, ss. 50-51, dn. 115). Âdil yargılanma hakkının unsurları ise, GG m. 103'de düzenlenmiştir. Ayrıca bu kavramın (*Justizwährungsanspruch*) Türkçe çevirisi hakkında bkz. Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, **Medenî Usul Hukuku Esasları,** 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 201; Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, s. 8; Özekes, s. 50 dn.115; Yılmaz, Islah, s. 31 vd.; Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi", **AÜHFD,** C. 57, S. 1, 2008, (Usul Ekonomisi), s. 248.
Alman hukukunda hakkın unsurları hakkında bkz. Hans Jarass ve Bodo Pieroth, **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,** 13. Bası, Verlag C.H. Beck, Münih 2014, *GG Art. 19,* N. 32-75; Nikolaos Klamaris, "Das prozessuale Grundrecht auf Justizwährung", **Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag,** C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Münih 1990, ss. 269-276; Maunz / Dürig / Schmidt – Aßmann, **Grundgesetz,** 75. Bası, 2015, *Art. 103 Abs. 1,* N. 7; Schmidt-Bleibtreu ve Klein, **Kommentar zum Grundgesetz,** 2004, *GG Art. 19,* N. 29-90; Karl H. Schwab ve Peter Gottwald, "Verfassung und Zivilprozess", **Effektiver Rechtschutz und Verfassungmässige Ordnung, Die Generalberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht,** Edt. Walther J. Habscheid, Würzburg 1983, s. 51.

[28] Maunz ve diğerleri, GG Art. 103 Abs. 1, N. 7.

de dayandırır. Çünkü ispat hakkı sadece, tarafların iddia ve savunma haklarını kullanabilmeleri, dolayısıyla hukukî korunma talep edebilmeleri açısından gerekli değildir; aynı zamanda, yargılama neticesinde ortaya çıkacak hükmün kalitesini de etkileyen en önemli yargısal haklardan birisidir. Öyleyse, ispat hakkı -*biri diğerine üstün tutulmayacak şekilde*- temelini her iki yargısal temel haktan almaktadır. Bunun ötesinde ispat hakkı, kendisine diğer temel haklar içerisinde de özel bir önem atfettirmiştir. Bu yönleriyle ispat hakkının hem temelini dayandırdığı, üst değer niteliğinde olan yargısal haklarla hem de diğer temel haklarla ilişkisi ispat hakkının uygulama alanın belirenmesi açısından değerlidir.

B. İspat Hakkı ile Hak Arama Özgürlüğü Arasındaki İlişki

Hukuk devletinin bir gereği olarak kişilerin, istisnaî durumlar hâricinde kendiliğinden hak alması yasak olduğu gibi; kişiler, haklarının ihlâl edilmesi durumunda, kural olarak hukukî korunma talep etmek üzere devlet organlarına başvuracaklardır. Bu durum hem hukuk düzeninin korunması açısından kişiler için bir zorunluluk hem de temel bir haktır[29]. Devlet de, kişilerin haklarının korunması konusundaki görevini, mahkemeler aracılığıyla yerine getirir (Ay m. 138 vd.). Bu çerçevede hukuk devletinin bir gereği olarak kişiler, haklarının ihlâl edilmesi durumunda devletin yetkili merciilerine hukukî korunma talebi ile başvurur; devlet mahkemeleri de birtakım yargısal güvenceler çerçevesinde bu görevini kişilere karşı yerine getirir[30]. İşte hakkın ihlâli durumunda, kişilerin devlet organlarına başvuru zorunluluğu aynı zamanda bir hak olarak *hak arama özgürlüğü* ile ifade edilir. Anayasa Mahkemesi'nin de haklı şekilde belirttiği üzere, hak arama özgürlüğü, yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan birisi değil, aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır[31]. Bu sebeple de, hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır[32]. Anayasa Mahkeme-

---

[29] Kişiler devlet organlarına başvuru öncesinde, birtakım alternatif uyuşmazlık çözümlerine göre anlaşmazlığı sonlandırabilirler. Şayet bu yöntemlerle anlaşmazlığı çözemezler ve "anlaşmazlık" yargı organlarına taşınırsa artık bu "uyuşmazlığı" çözüme kavuşturma görevi devlet mahkemelerine ait olacaktır. Bunun hâricinde kişiler dilerse uyuşmazlığı devlet mahkemeleri önüne götürmek yerine tahkim yoluna da başvurabilirler.

[30] Pekcanıtez ve diğerleri, s. 49-51; Schwab ve Gottwald, s. 31-32.

[31] AYM 27.3.2002, 2001-343/41 (RG 13.11.2002, S. 24935).

[32] AYM 27.3.2002, 2001-343/41 (RG 13.11.2002, S. 24935).

si'nin hak arama özgürlüğünün niteliğine, önemine vurgu yapan ifadeleri oldukça değerlidir ve ispat hakkının temeli konusunda da önemli tespitler niteliğindedir:

> "Hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yoludur. Uluslararası hukuk kaynaklarında özgün yeri bulunan hak arama özgürlüğü, değişik alanlardaki özellikleriyle İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 6-12. maddelerinde de düzenlenmiştir. İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin başlıca ölçütlerinden, çağdaş demokrasinin gereklerinden ve vazgeçilmez koşullarından biridir."[33]

Kişiler, sahip oldukları bu hak uyarınca *âdil bir şekilde* iddialarının ve savunmalarının temelini oluşturan vakıları ileri sürme ve bunlar hakkında delil gösterme hakkına sahiptirler (Ay m. 36). Bu yönüyle ispat hakkı, bizaat hak arama özgürlüğünden, onun temel işlevinden varlığını kazanır.

İspat hakkının, Hukuk Muhakameleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmesinden sonra ispat hakkı, yargı içtihatlarında da çok açık ifadelerle yer almaya başlamış ve ispat hakkının, hak arama özgürlüğünün bir parçası olduğu yönünde içtihatlar verilmeye başlanmıştır. Bu kapsamda özellikle Anayasa'nın 36. maddesine atıfta bulunularak taraflardan birisinin sunmuş olduğu delil incelenmeden mahkeme hükmünü vermiş ise, bu durum Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında '*savunma hakkı*'nın ihlâli olarak kabul edilmektedir[34]. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin ispat hakkının hukukî niteliğine ilişkin tespiti dikkat çekicidir:

> "...Hak arama özgürlüğü, dava açma (iddia etme) ve savunmayı kapsayan genel bir kavramdır. Davada tarafların (ve hatta dava ile ilgili üçüncü kişilerin) iddia ve savunma haklarını fiilen kullanabilmeleri, kendilerine ispat etme hakkını verilmesiyle sağlanabilir. ...." [35]

---

[33] AYM 22.2.2006, 20/25 (RG 10.1.2007, S. 26399).

[34] "... Mahkemece, bu hususlar gözardı edilerek ve davalılar vekilinin bildirmiş olduğu tanıkları dinlenmeden; başka bir anlatımla T.C. Anayasasının 36. maddesi uyarınca davalıya tanınan savunma hakkı kısıtlanarak ya da savunmasını iäat imkânı tanınmadan davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır." 8. HD, 25.10.2011, 5101/5433 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

[35] 3. HD, 11.9.2011, 12921/18468 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası). Kararın ilgili bölümünde ispat hakkına ilişkin şu önemli değerlendirmeler yapılmaktadır: "Hâkim, tarafların ispat hakkı çerçevesinde ibraz ettikleri (toplanan) bütün delilleri kararında tartışır, değerlendirir ve bundan çıkan sonucu kararına yazar (m. 297, l/c). Aslında bu husus, Anayasa'nın düzenlediği (m. 141, III), 'bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiği' ilkesinin bir sonucudur. / Mahkeme kararında delillerin hiç değerlendirilmemesi, istinaf mahkemesinin duruşma yapmadan, kararın kaldırılması ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın gönderilmesi kararı vereceği hallerden biridir (m. 353). Keza, taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanunî bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi, temyizde bozma sebepleri arasında sayılmıştır (m. 371). Bu düzenlemeler de,

Dolayısıyla hukukumuz açısından da ispat hakkı ile hak arama özgürlüğü arasındaki ilişki tereddütsüz şekilde kabul görmektedir. Bu durumda hak arama özgürlüğü ile ispat hakkı arasındaki ilişki ve özellikle hak arama özgürlüğünün ispat hakkını şekillendirmedeki fonksiyonu üzerinde durulması gerekir.

İspat hakkının hukukî temelini oluşturan hak arama özgürlüğü, Anayasa'nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde "*etkili başvuru hakkı*" başlığı altında düzenlemiştir[36]. Anayasa'da aynı zamanda hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddenin hâricinde, 40. maddede "*Temel hak ve hürriyetlerin korunması*" ve 74. maddede "*dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı*" kapsamında düzenlemeler öngörülmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde hak arama özgürlüğüne ilişkin düzenlemede ise, *Sözleşme'nin tanıdığı hak ve özgürlükleri* ihlâl edilen herkes, ihlâl resmî sıfatla hareket eden kişiler tarafından yapılmış olsa da, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir (AİHS m. 13). Dolayısıyla Sözleşme'nin 13. maddesi, devletlere temel hakların ihlâline karşı *hak arama yollarını getirme yükümlülüğü* öngörmektedir[37]. Maddede bu hak arama yollarının "*etkili*" olmasının aranması, Mahkeme'ye göre, hakkın "hayalî veya teorik" değil; sonuç doğurabilir, işe yarar ve elverişli olması anlamına gelir[38]. İhlâl iddiasının önüne getirilecek mercinin işin esasını inceleme ve gerektiğinde ihlâli düzeltici ve uygulanabilir karar al-

---

hâkimin delillerin tümünü değerlendirip bunu kararın gerekçesine yazmasının önemini ve gereğini vurgulamaktır."

36 Bu konuda bkz. Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku,** 3. Baskı, Orion, Ankara 2012, s. 236. *Aktepe Artık* tarafından, Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen mahkemeye erişim hakkının, Türk mevzuatında açıkça bu isimle yer almadığı, ancak hakkın özünü karşılamak bakımından hak arama özgürlüğü ile ilişkili olduğu belirtilmektedir (Sezin Aktepe Artık, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı,** Seçkin, Ankara 2014, s. 79). Anayasa hukuku öğretisinde ise, Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama özgülüğünün, Sözleşme'deki karşılığının 13. madde olduğu kabul edilir; hatta temel haklar içerisinde yer verilen "*hak arama özgürlüğü*"nün temeli olarak Anayasa'nın 36. maddesi ile Sözleşme'nin 13. maddesi belirtilir (Erdoğan, s. 236). Kanaatimizce de, Sözleşme'nin 13. maddesindeki düzenleme Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğü ile aynı konuya ve güvenceye sahiptir. Sözleşme'nin 13. maddesinin daha açık olması ve Anayasa'nın 36. maddesine göre daha güvenceli şekilde kaleme alınmış olması her iki maddenin düzenlediği konuların farklı olduğunu göstermemektedir. Ayrıca Türk anayasa hukuku öğretisinde hak arama özgürlüğü denildiğinde hakka ilişkin üç maddeden bahsedilir: Anayasa m. 36, 40 ve 74. Sözleşme'nin 13. maddesinde belirtilen hak arama özgürlüğüne ilişkin *etkinlik* Anayasa'da 40. madde ile karşılanır. Dolayısıyla özellikle Anayasa'nın 36. ve 40. maddeleri birlikte, Sözleşme'nin 13. maddesini tam olarak içerik açısından da karşılamaktadır. Bu sebeple bu çalışmada da, Sözleşme'nin 13. maddesinin, Anayasa'nın 36. maddesine karşılamak üzere hak arama özgürlüğüne ilişkin olduğundan hareket edilmektedir.

37 Erdoğan, s. 237.

38 Erdoğan, s. 237.

ma yetkisine sahip olması gerekir[39]. Sözleşme'nin 13. maddesinin önemli bir özelliği, tek başına bağımsız bir hak olmaması ve *Sözleşme'de belirtilen hakların ihlâli durumunda* hukukî yollara başvurulmasını güvence altına alan yargısal bir hak olmasıdır[40]. Bu durum aynı zamanda ispat hakkının, Sözleşme'nin 6. maddesinden (*âdil yargılanma hakkından*) doğan ihlâllere karşı başvuruyu güvence altına almaktadır[41]. Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğü ile âdil yargılanma hakkı bir arada düzenlenmiş olduğundan, Sözleşme'nin 13. maddesinin yarattığı fark bu denli somut şekilde Türk anayasa hukuku uygulamasında kendini göstermez. Bu açıdan bakıldığında, hak arama özgürlüğünü düzenlemesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesi hem ispat hakkının hukukî temelini oluşturmakta hem de ispat hakkı ihlâllerine karşı ilâve bir güvence sağlamaktadır.

C. İspat Hakkı ile Âdil Yargılanma Hakkı Arasındaki İlişki

Âdil yargılanma hakkı 2001 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa'nın 36. maddesine eklenmiş[42]; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de 6. maddesinde düzenlenmektedir. Anayasa'nın 36. maddesinde açıkça kabulünden önce de âdil yargılanma hakkına dahil olan bazı unsurlar Anayasa'da dağınık bir şekilde güvence altındaydı. Ancak özellikle Anayasa'nın 36. maddesinde âdil yargılanma hakkının açıkça zikredilmiş olması, hak arama özgürlüğünden bağımsız bir hak olarak kabulü yönünden olumlu bulunmaktadır[43].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi, âdil yargılanma hakkının pek çok unsurunu açık bir şekilde düzenlemektedir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gün geçtikçe içtihat hukuku ile âdil yargılanma hakkının unsurlarını

---

39 Erdoğan, s. 237; Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması,** 10. Bası, Turhan, Ankara 2013, s. 392.

40 Erdoğan, s. 237.

41 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen âdil yargılanma hakkı -her ne kadar Anayasamız'da hak arama özgürlüğü ile birlikte 36. maddede düzenlenmişse de- 13. maddedeki etkili başvuru hakkından farklı bir yargısal haktır. Sözleşme'nin 13 maddesi çok daha genel bir düzenleme olarak 6. madde dâhil diğer bütün temel hakların ihlâli durumunda hak arama yollarına etkin şekilde başvuru güvencesi sağlayan yargısal bir temel haktır. Bu konuda bkz. Erdoğan, ss. 237-238; Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 395; Sezgin Tanrıkulu, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı,** Seçkin, Ankara 2012, s. 112.

42 2001 Anayasa değişikliklerinin ispat hakkı üzerindeki etkilerinin -*âdil yargılanma hakkı çerçevesinde*- incelenmesi konusunda bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 14.

43 Erdoğan, s. 239. Âdil yargılanma hakkının Anayasa'nın 36. maddesi kapsamına dâhil edilmesiyle birlikte özellikle sınırlama rejimi konusunda yaşanan bazı problemler için bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 14.

geniş yorumlama eğilimi içinde hakkı genişletmektedir[44]. Sözleşme hukuku bakımından özellikle âdil yargılanma hakkının ayrıntılı bir tanımının yapılmadığı, ayrıntılı tanım yapılarak hakkın sınırlandırılmasının istenmediği belirtilir. Hatta Sözleşme'nin 6. maddesi ile amacın, âdil yargılanma hakkı bakımından asgarî standartların belirlenerek âdil bir yargılama için bir iskelet yapı ortaya çıkarılması sağlamak olduğu ifade edilir[45]. Dolayısıyla âdil yargılanma hakkı hem temel haklar konusunda yaşanan gelişmeler hem de yargılama prosedüründeki değişimlerin etkisiyle yeniliğe açık, dinamik bir yapıya sahiptir.

Âdil yargılanma hakkının bu dinamik yapısı esasen ispat hakkını da etkilemektedir. Çalışmamızın başında belirtildiği üzere ispat hakkı da değişen, yeniden yorumlanan temel haklar kartelasının etkisiyle form değiştirebilmektedir. Bu durum ispat hakkını, diğer temel haklardan da önemli ölçüde ayıran temel bir karakteristiktir. Bu yönüyle âdil yargılanma hakkının açıklayıcı/genişetici yorumlara ve yeniliklere açık yapısı, ispat hakkının da form değişimine sebep olabilmekte, en azından açık bir şekilde ispat hakkını doğrudan etkileyebilmektedir.

Aşağıda ispat hakkı kataloğunun içeriği incelendiğinde, ispat hakkının kökenlerini âdil yargılanma hakkının unsurlarından aldığı rahatlıkla tespit edilebilir. Bu anlamda âdil yargılanma hakkı, ispat hakkına dinamizm katan, onu şekillendiren önemli bir ilkedir ve aralarında önemli bir bağ bulunur. İspat hakkı ile âdil yargılanma hakkı arasındaki bu etkileşim, özellikle ispat hakkı kataloğu incelenirken çok daha somut bir şekilde kendisini anlaşılır kılacaktır.

D. İspat Hakkının Diğer Temel Haklar İçerisindeki Konumu ve Önemi

Son olarak ispat hakkının temelini dayandırdığı hak arama özgürlüğünün, diğer temel haklarla arasındaki bağa da dikkat çekmek gerekir. Hak arama özgürlüğü hem öğretide hem Anayasa Mahkemesi kararlarında diğer temel haklardan üstün bir hak olarak görülmemekle birlikte, bu hakkın diğer temel haklara nazaran farklı bir konuma sahip olduğu kabul edilir[46]. Haklı olarak belirtildiği üzere, diğer temel hak-

---

44 Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 138.

45 Aktepe Artık, s. 73.

46 Erdoğan, s. 236. *Tanör ve Yüzbaşıoğlu* da, hak arama özgürlüğünü (Ay m. 36) diğer temel haklardan ayrı bir hukukî niteliğe büründürmemekle birlikte, bu hakkı "*koru(n)ma hakları*" kategorisi altında incelemektedir [Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hu-**

ların hukuken korunabilmesi, öncelikle Anayasa'nın 36. maddesinde düzenleme altına alınan hak arama özgürlüğünden geçmektedir[47]. Bu durum hak arama özgürlüğünün anayasal hukukî niteliği bakımından herhangi bir fark yaratmamakla birlikte, Anayasa'nın 36. maddesine getirilen bir sınırlama, çoğu zaman yargı organları önünde diğer temel hakların kullanılmasına da engel teşkil edebileceğinden ihlâl katlanarak büyüyecektir. Alman hukukunda bu sebeple, hukukî dinlenilme hakkını somutlaştıran GG m. 103 kuralının *yardımcı yargısal temel hak (prozessuales Hilfsgrundrecht)* olarak ifade edilir. Bu görüş hukukî dinlenilme hakkı ve ispat hakkının bulunmadığı bir yargılamada, kişilerin diğer temel haklarını da koruma imkânlarının bulunamayacağı varsayımından doğar[48]. Ayrıca bu özelliği, yani diğer temel hakları koruyucu fonksiyonu sebebiyle aynı zamanda hukukî dinlenilme hakkı, âdil yargılanma hakkı gibi yargısal haklar *temel hak benzeri (grundrechtsgleichen Rechte)* olarak nitelendirilirler[49]. İspat hakkının da bu yönü, aşağıda özellikle hakkın sınırlandırılması konusu incelenirken önem kazanacaktır. Anayasa'nın 36. maddesinin sahip olduğu bu önemli fonksiyon, Anayasa Mahkemesi'nin de pek çok kararında ifade edilir. Hatta bazı kararlarda, ispat hakkından da dolaylı olarak bahsedilerek sahip olduğu fonksiyona yer verilir:

> "Anayasa'nın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü ise bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur." [50]

Bu yönüyle hak arama özgürlüğü diğer bütün temel hakların *güvencesini* oluşturur. Hak arama özgürlüğüne yapılan her bir müdahale de, diğer temel hakların gü-

---

kuku, İstanbul 2009, ss. 202-206]. Benzer yönde bkz. Ahmet Mumcu ve Elif Küzeci, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri,** Turhan, Ankara 2012, ss. 256-257.

47 Benzer yönde değerlendirme, hukukî korunma garantisi talebini düzenleyen GG 19, Art. 4 için de yapılmaktadır. Bu konuda bkz. Maunz ve diğerleri, GG Art. 103 Abs. 1, Rn.8; Schmidt - Bleibtreu ve Klein, GG Art. 19, N. 4; Jarass ve Pieroth, GG Art. 19, N. 36-37.

48 Tresenreuter, ss. 58-59.

49 Rüdiger Zuck, "Die Konkurrenz von Verfahrensgrundrechten", **Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19.September 2009,** De Gruyter Recht, Berlin 2009, ss. 85-86.

50 AYM 29.1.2014, 2013-108/15 (RG 9.5.2014, S. 28995). Aynı yçnde kararlar için bkz. AYM 20.5.2010, 2009-34/72 (RG 30.12.2010, S. 27801); AYM 17.1.2008, 2004-25/42 (RG 21.2.2008, S. 26794); AYM 30.3.2012, 2011-34/48 (RG 6.10.2012, S. 28433).

vencesinde potansiyel bir tehlike barındırır. İspat hakkı ise, hak arama özgürlüğünü uygulamaya geçiren, onu yargılama prosedüründe dirilten en önemli unsurlardan birisidir. Dolayısıyla ispat hakkı açısından hak arama özgürlüğü ne kadar önemli ise, aynı zamanda ispat hakkı da hak arama özgürlüğü açısından o denli öneme sahiptir. Zira ispat hakkı olmadan, gerçek anlamda bir hak arama özgürlüğünden bahsedilmesi mümkün değildir. Gerçek anlamda hak arama özgürlüğünün ve ispat hakkının bulunmadığı bir sistemde, diğer bütün temel haklar güvencesiz kalacak; temel haklar teoride var olmuş olacak, ancak pratikte herhangi bir güvenceye sahip olmamaları, diğer temel hakların da uygulanmasını güvencesiz bırakacaktır. Dolayısıyla ispat hakkının gerek içeriğinin belirlenmesinde gerekse sınırlanması sisteminde, diğer hakların güvence altına alınmasındaki bu fonksiyonu her zaman gözönüne alınmalıdır.

IV. İSPAT HAKKININ HMK'DAKİ HUKUKÎ TEMELLERİ

A. Genel Olarak

İspat hakkı, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda, HMK'da olduğu gibi açık düzenlemelere sahip değildi. HMK ise, ispat hakkından özellikle üç maddesinde bilinçli olarak söz eder. Bunlar *ispat hakkı* başlığını taşıyan 189. maddesi; *hukukî dinlenilme hakkı* başlığını taşıyan 27. maddesi ve *delil sözleşmesi* başlığını taşıyan 193. maddesidir. Aşağıda ve çalışmamızın ilgili bölümlerinde bu düzenlemeler ayrıca ele alınacaktır.

Bununla birlikte bu çalışmanın içeriğinden, karşılaştırmalı hukukta ispat hakkı konusuna yaklaşım tarzından varılacak sonuç şu olacaktır ki, ispat hakkının tek bir kanun maddesi ile düzenlenmesi, hakkın yargılama prosedüründe varlığını tek başına sağlayamaz. İspat hakkı, ispat hakkı kataloğunu tanıtırken ortaya koyacağımız üzere bir değerler bütünüdür. Bu anlamda, ispat hakkının gerçek anlamda temin edilebilmesi için hukuk sisteminin önemli birtakım asgarî standartlara sahip olması gerekir. Bu asgarî standartlar, ispat hakkının güvence altına alınması için gerekli olan hukukî zemini oluşturduktan sonra, gerçek anlamda ispat hakkının varlığından söz etmek mümkün olacaktır. Bu yönüyle hâkimin konumundan, tarafların yükümlülüklerine; âdil yargılamanın gerekliliklerinden, etkin bir kanunyolu sistemine; delil gösterilmesine ve ibrazına engel olan tüm kural ve kurumların anayasal sınırlama denetiminden geçirilmesine kadar pek çok gereklilik ispat hakkının güvence altına alınması için

gözönüne alınmalıdır. Bununla birlikte HMK'da ispat hakkı *ayrıca, özel olarak* düzenlendiğinden bu maddelerin incelenmesi gereksinimi doğar. Hatta çalışmamızın sonuç bölümünden önce de, sadece HMK'da ispat hakkını açıkça düzenleyen bu maddeler için *de laga feranda* kanun maddesi önerimize yer verilecektir.

B. HMK m. 189

Daha önce de ifade edildiği üzere ispat hakkı, kavram olarak Türk medenî yargılama hukukuna ilk defa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile münferit bir kanunî düzenleme ile girmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "*İspat Hakkı*" başlığını taşıyan 189. maddesi şu şekilde bir düzenleme getirir:

> (1) Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir.
> (2) Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz.
> (3) Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz.
> (4) Bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir. (HMK m. 189)

Kanun maddesi ile ilgili eleştiriye açık ilk nokta, kanaatimizce temelde bir yargısal *'özgürlüğü'* düzenleyen ve madde başlığında da *'hak'*tan söz eden bu maddenin, hakkın kendisinden çok sınırlamaları ile ilgilenmesidir. Öyle ki, maddenin dört fıkrasında da, esasında haktan ziyade bu hakkın hangi koşullar altında kullanılabileceğinden, yani sınırlamalarından söz edilmiştir[51]. Bu madde, ispat hakkını (*i*) belirtilen süre ve usûle uygun kullanılması, (*ii*) hukuka uygun yollarla kullanılması, (*iii*) senetle ispat kuralının uygulanmadığı durumlarda kullanılması, (*iv*) delillerin caiziyeti kurumunun izin verdiği ölçüde kullanılması koşullarına bağlamıştır. Sınırlama getiren bu kuralların, ispat hakkından geriye çok fazla uygulama alanı bıraktığını ifade etmek son derece güçtür. Bu yönüyle HMK m. 189 kuralı, ispat hakkını *sınırlandırıcı* bir düzenleme niteliğindedir. Bununla birlikte, hukukî dinlenilme hakkını düzenleyen 27. madde de, kavram olarak ispat hakkının tanıtılması açısından oldukça aydınlatıcı niteliktedir.

---

[51] Benzer yönde bir değerlendirme, İsviçre hukukunda HMK m. 189 düzenlemesine çok benzer şekilde kaleme alınan SchZPO m. 152 açısından da yapılır. Bu konuda bkz. Leu (Brunner ve diğerleri), Art. 152, N. 2.

HMK m. 189, *ispat hakkının sınırlandırılması* bakımından da birtakım belirsizliklere ve hatalı hukukî uygulamalara sebebiyet verebilecek potansiyeldedir. Öncelikle maddede, sınırlandırma rejimine ilişkin -*Anayasa'ya uygun şekilde*- temel prensipler benimsenmesi yerine, bazı yargısal kurumlara/kurallara kanunî meşruluk kazandırma amacının ön plana çıktığı tespit edilebilir. Senetle ispat kuralı (HMK m. 189/3) ve delillerin caiziyeti (HMK m. 189/4) daha çok ispat hakkı karşısında meşruluk kazandırılmaya çalışılan kurumlardır. Bu eğilim sadece Türk hukukuna özgü değildir. Örneğin SchZPO m. 152'nin Taslak metninde de, delillerin caiziyeti bir sınırlandırma ölçütü olarak kabul edilmişti; ancak yoğun eleştirilerin üzerine, kanunkoyucu bu sınırlama sebebini kanundan çıkarmak zorunda kalmıştır. Bu yönleriyle senetle ispat kuralının ve delillerin caiziyeti kurumunun, ispat hakkını Anayasa'ya aykırı şekilde sınırlandırdığı; bu sebeple HMK m. 189/3 ve 4 düzenlemelerinin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alınacaktır.

Bunun hâricinde madde metninde, hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılamayacağı prensibi, ispat hakkının bir sınırlaması olarak madde metnine eklenmiştir (HMK m. 189/2). Hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller, şüphesiz ki ispat hakkının en önemli meşru sınırlamalarından birisidir. Zira bir hukuk sisteminde bir yandan haberleşme özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınırken; diğer yandan bu temel haklara müdahale, cezaî yaptırımlara tâbi tutulurken, bu yollarla elde edilen bulguların medenî yargılamada delil olarak kullanılması, hukuk devletinde kabul edilebilecek bir sonuç değildir[52]. Dolayısıyla hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin medenî yargılamada kullanılamamasının sebebi, *hukuka aykırı yol*un, diğer temel haklara ve Anayasa'ya aykırı şekilde müdahaleden meydana gelmesi; eş deyişle, ispat hakkının diğer temel haklarla çatışmasıdır. Bu sebeple HMK m. 189/2 düzenlemesinin, temel haklar çatışmasını çıkış noktası yapan temel bir ilke benimsemesi daha doğru olurdu. Böylece temel haklar çatışmasından doğan delil ibrazı ayrıcalıklarının da, -*kanunîlik ilkesinin de zorunlu bir sonucu olarak*- Anayasal temeli kanun düzeyinde oluşturulmuş olurdu[53]. Bu konuya ilişkin görüşlerimize,

[52] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. Dördüncü Bölüm ve Beşinci Bölüm.

[53] İspat hakkının sınırlama rejimi kapsamında değinileceği üzere, ispat hakkına yönelik her müdahâlenin, sınırlandırmanın Anayasa'nın 13. maddesi gereğince kanunîlik denetiminden geçmesi gerekecektir. Bu konuda bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 14.

çalışmanın sonunda HMK m. 189 için *de lege feranda* madde düzenlemesi olarak daha ayrıntılı şekilde yer verilecektir.

Son olarak HMK m. 189/1 düzenlemesi, ispat hakkının *kanunun düzenlediği usûl* ve *sürelere* uygun olarak kullanılmasını kurala bağlar. Bu durum da, esasında ispat hakkının *doğrudan* sınırlamasına ilişkindir[54]. Her hukuk düzeninde ve her temel hakkın kullanılmasında olduğu gibi, ispat hakkı da sınırsız bir hak değildir; bunun için kanunkoyucunun, hakkın kullanılmasının *usûlüne* ve *süresine* ilişkin kurallar getirmesi son derece olağandır. Çalışmamızın özellikle bundan sonraki başlıklarında, süreye ve usûle ilişkin bu düzenlemeler üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümü, esasında ispat hakkının sınırlamalarına değil, dogmatik temellerine ayrılmıştır. Bu sebeple de, bu konudaki açıklamalarımıza başlamadan önce ispat hakkı *kavramının,* kanunî temelini aldığı HMK düzenlemeleri tanıtılması amaçlanmıştır. Ancak ispat hakkının kanunî temellerinin tanıtımı, bizi ister istemez çalışmamızın dördüncü ve beşinci bölümlerine ayrılan ispat hakkının sınırlanmasına konusuna itmiştir. Bunun sebebi, yukarıda da ifade edildiği üzere, ispat hakkını düzenleyen kanunî düzenlemelerin tamamen hakkı sınırlandırmaya yönelik yapısıdır. İspat hakkının sınırlandırılması meselesi ise, ileride tüm bu belirtilen sorunlar çerçevesinde ele alınacaktır.

C. HMK m. 27 ve 193

İspat hakkına, bilhâssa düzenlemelerinde yer veren ve önemli işlevler yükleyen diğer iki kural, hukukî dinlenilme hakkını düzenleyen m. 27 ve delil sözleşmesini düzenleyen m. 193'tür. Her iki maddeye de, esasında ilerideki açıklamalarımızda ayrı başlıklar olarak yer verilecektir. Bu sebeple, burada konunun ayrıntısına girilmeyecektir. Ancak kısaca bu maddelerin tanıtılması da, ispat hakkının hukukî temelleri açısından önemlidir.

Öğretide önceden beri kabul edildiği şekilde, ispat hakkı, hukukî dinlenilme hakkının en önemli unsurlarından birisini oluşturur. Bu yönüyle ispat ve açıklama hakkı, hukukî dinlenilme hakkının ayrılmaz unsurlarındandır. Kanunkoyucu da, bu sebeple hukukî dinlenilme hakkını düzenlerken, ispat hakkına da özel olarak yer

[54] Kanunun öngördüğü süre ve şekle uygun olarak kullanılması, İsviçre hukukunda ispat hakkının kullanılması *şartları* olarak değerlendirilir. Bu konu daha önce incelenmiştir. Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 2, I, B, 2.

vermiştir. HMK m. 27, yukarıda üzerinde durulan ve esasında *ispat hakkını* düzenleyen temel kural niteliğinde olan HMK m. 189 düzenlemesine göre çok daha önemli hukukî bilgiler içerir. Hatta, HMK m. 27 kuralı ispat hakkından özel olarak bahsetmemiş olsaydı, kanaatimizce ispat hakkının Türk hukukunda uygulanması konusunda önemli eksiklikler oluşabilecekti. Nitekim Yargıtay kararlarında, özet olarak '*tarafların açıklama ve ispat hakları olduğu, bu sebeple taraflara bu imkânlar verilmeden yargılamanın yürütülmesinin hukuka aykırı olacağı*' ifade edilmek istendiğinde, atıf yapılan kanun maddesi -*aslen ispat hakkını düzenleyen HMK m. 189 değil*- HMK m. 27'dir. Dolayısıyla -*mahkeme kararlarında olduğu gibi*- bu çalışmada da, ispat hakkının form kazanmasında ve içeriğinin yorumlanmasında aydınlatıcı olan madde, hukukî dinlenilme hakkını düzenleyen HMK m. 27 olmuştur. Bu madde ise, aşağıda ayrı bir başlık altında inceleneceğinden, burada daha fazla ayrıntıya girilmeyecektir.

İspat hakkına yer veren ve hatta ispat hakkına, geçerliliğini ispat hakkının ihlâl edilmemesi gibi önemli bir fonksiyon yükleyen bir diğer düzenleme HMK m. 193'tür. Bu kural, temelde delil sözleşmesini düzenler ve hangi hâllerde delil sözleşmesinin geçersiz olduğunu belirlemeyi amaçlar. Ancak kanaatimizce, bu madde de, ispat hakkının güvence altına alınması ve uygulanması konusunda çeşitli sorunları barındırır. Her şeyden önce, maddenin birinci fıkrasının, ispat hakkını sınırlandıran delil sözleşmesi akdedilmesine imkân tanıması sorunlu bir konudur. Zira bu noktada kamu hukuku niteliğinde olan yargılama kurallarında, taraf iradesinin ne derece geçerli olacağı ve özellikle yargısal temel haklardan feragatin mümkün olup olamayacağı soruları gündeme gelir. Temelini hak arama özgürlüğünden ve âdil yargılanma hakkından alan bir yargısal temel haktan feragat için sözleşme akdedilebilir mi, bu konu üzerinde çalışmanın ilerleyen bölümlerinde durulacaktır. İkinci olaraksa, maddenin ikinci fıkrasında belirtilen "*taraflardan birinin ispat hakkını imkânsız kılan veya fevkâlade güçleştiren*" ifadesi belirsizdir. Nihâyetinde anayasal bir yargısal temel hakka sınırlama getirilirken, anayasal sınırlama rejiminin ölçütlerine başvurulması gerekirdi. Temel hakların sınırlandırılmasının sınırını belirleme amacını taşıyan bu tip durumlarda, anayasal bir kavram olan *ölçülülük ilkesine* veya *hakkın özü* ilkesine yer verilmesi gerekirdi. Bu yönden getirilen sınırlama ölçütü de,

kanaatimizce hukukî güvenliği zedeleyici niteliktedir. Bu konu da ileride ayrıca incelenecektir[55].

Özetle, ispat hakkını normatif şekilde düzenleyen üç düzenleme arasından HMK m. 189 ve 193, kendi içerisinde bazı tartışmalara açık olduğu gibi, bu düzenlemeler daha fazla ispat hakkının sınırlanmasıyla ilgilenirler. Bununla birlikte hukukî dinlenilme hakkına ilişkin 27. madde, ispat hakkının dogmatik temellerinin belirlenmesi konusunda kılavuz görevi görecektir.

§ 4 YARGISAL TEMEL HAK OLARAK İSPAT HAKKININ ÖZELLİKLERİ

I. İSPAT HAKKININ YARGISAL TEMEL HAK OLMASINA BAĞLI OLAN GENEL SONUÇLAR

İspat hakkının, bir *yargısal temel hak (prozessuales Grundrecht; procedural fundamental right)* olduğu konusunda tereddüt bulunmaz. Bu çalışmada ispat hakkı için, İsviçre'de bir kısım yazar tarafından tercih edildiği üzere *"insan hakkı" (Menschenrecht; human right)* terimi kullanılması tercih edilmemiştir. Nitekim insan haklarının tanımına bakıldığında "*insan denen canlılara hukuk düzeni tarafından tanınan veya ahlakî veya felsefî ilke uyarınca tanınması arzu edilen menfaattir.*" şeklinde ifadelere rastlamak mümkündür[56]. İspat hakkı ise, sadece gerçek kişilere değil tüzel kişilere de tanınan bir hak olduğundan ispat hakkı için *"temel hak" (Grundrecht; fundamental right)* terimi kullanması tercih edilir. Zira temel haklar ve özgürlükler, hem anayasa hem uluslararası sözleşmeler tarafından tanınan ve korunan hakları ve özgürlükleri ifade eder[57]. İspat hakkı da hak arama özgürlüğü ve âdil

---

55 Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 14, VII-VIII; Beşinci Bölüm, § 22.

56 Tanım için bkz. Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri,** Bursa 2010, (Anayasa Hukuku), s. 486. Esasında Avrupa "İnsan Hakları" Sözleşmesi'nin de "temel haklar, "fundamental rights" yerine "insan hakları", "human rights" kavramlarını kullanmayı tercih ettiği görülür. Pek çok uluslararası sözleşmede belirlenen haklar sadece "insan"lara, yani canlı varlıklara özgülenmediği hâlde bu kavramların uluslarası sözleşmelerde kullanılması, insan haklarının pozitif hukuk tarafından tanınmamış olması; buna karşılık kamu hürriyetleri veya temel hak ve hürriyetlerin pozitif hukuk tarafından tanınmış olması ile açıklanmaktadır (Gözler, Anayasa Hukuku, s. 486). Başka bir deyişle insan hakları, pozitif hukuk tarafından tanınması şart olmayan, ahlakî haklardır (Gözler, Anayasa Hukuku, s. 487). Ancak bugün artık "insan hakları"nın da pozitif hukukta düzenleme alanı bulması sebebiyle bu kavramların birbiri yerine kullanılmasının sıklıkla rastlanılan bir durum olması, bu teorik tartışmanın önemini bir nebze olsa azaltmaktadır. Bu konuyla ilgili bkz. Gözler, Anayasa Hukuku, ss. 486-487.

57 Gözler, Anayasa Hukuku, s. 487.

yargılanma hakkı kapsamında hem Anayasamız hem de uluslararası sözleşmeler tarafından tanındığından ve korunduğundan temel bir haktır.

İspat hakkının, özelde *"yargısal" bir temel hak* olması ve genelde bir *"temel" hak* olması, en önemli sonucunu ispat hakkına getirilen sınırlamalar açısından gösterecektir. Bu sebeple çalışmanın ilerleyen bölümlerinde, ispat hakkının sınırlandırılması konusu ayrıca ele alınacaktır[58]. Bu noktada önem kazanan husus, temel bir hak olması sebebiyle -*birazdan daha ayrıntılı şekilde inceleneceği üzere- ispat hakkının, asıl; sınırlamanın ise, istisna* olacağıdır[59]. Dolayısıyla her temel hakta olduğu gibi ispat hakkının da çok sayıda sınırlamaya tâbi olması, bu hakkı kullanılamaz hâle getirir. Bu çerçevede ispat hakkına yapılacak sınırlamaların da ölçülü, makûl, Anayasa'ya uygun olması gerekecektir.

Yine ispat hakkını, yargısal bir temel hak olmasının bir diğer sonucu bu hakkın *kamusal bir hak* teşkil etmesidir. Kamusal ve bu anlamda temel bir hak teşkil etmesi, özellikle hakkın üzerinde yapılacak iradî tasarruflar açısından önemlidir[60]. Örneğin ispat hakkından da, her hakta olduğu gibi feragat mümkün müdür veya kamusal bir hak niteliğinde olan ispat hakkı hangi ölçüye kadar iradî tasarruflara konu olabilecektir, bu soruların cevaplandırılması gerekir. Hakkın kamusal niteliği ispat hakkını konu alacak yargısal sözleşmelerde, örneğin delil sözleşmelerinde önemli sonuçlar doğuracaktır. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde, ispat hakkının kamusal niteliğinin etkileri yeri geldikçe incelenecektir.

II. İSPAT HAKKINA İLİŞKİN KURALLARIN UYGULANMASINDA BAŞVURULACAK YORUM YÖNTEMLERİ

Hukukun, varlık sebebine hizmet edebilmesi için hukuk kurallarının *zaman*, *yer* ve *anlam* bakımından doğru uygulanması gerekir[61]. Bu kapsamda da, ispat hakkına

---

[58] İspat hakkının sınırlandırılması sisteminin genel bölümü için bkz. aşa. Dördüncü Bölüm; özel bölümü için bkz. aşa. Beşinci Bölüm.

[59] Bir temel hakkın sınırlanmasındaki en önemli kriterlerden birisi temel hakkın, özgürlüğün *asıl;* sınırlamanın ise *istisna* nitelikte olmasıdır. Bu konuda bkz. Gözler, Anayasa Hukuku, s. 547; Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri,** Ankara 1981, s. 233. Bu konuya esasen *ispat hakkının sınırlandırılması* konusunda değinilecektir. Bu konuda bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 14, I, B.

[60] Bu yönüyle ispat hakkının konusunu oluşturduğu sözleşmelerin geçerliliği ve özellikle sözleşme özgürlüğü çerçevesinde birtakım ispat hakkını etkileyen yargısal sözleşmelerin (*delil sözleşmesi, hakem bilirkişi sözleşmesi gibi*) -*ispat hakkı çerçevesinde*- geçerliliği konusudaki değerlendirmelerimiz için bkz. aşa. Döründcü Bölüm, § 15, I, D, 5.

[61] Bu konuda bkz. Muhammet Özekes, **Temel Hukuk Bilgisi,** Yetkin, 6. Bası, Yetkin, Ankara 2015, (Temel Hukuk Bilgisi), s. 98.

ilişkin kuralların, varlık sebebine hizmet edebilmeleri için bu konudaki kuralların özellikle *anlam bakımından* doğru, hatasız uygulanması şarttır. Hukukun anlam bakımından uygulanması, somut olay bakımından *kuralın yorumlanması* demektir[62].

Hukuk kurallarının anlam bakımından uygulanması konusunda ise, her hukuk dalı açısından başlı başına çok çeşitli yorum yöntemlerine başvurmak mümkündür. Bununla birlikte ispat hakkına ilişkin kurallar yorumlanırken temel olarak hangi yorum kurallarına başvurulması gerektiği üzerinde, özellikle ispat hakkının sınırlamaları değerlendirilirken durulmuştur[63]. Zira bakıldığında, bu yorum yöntemlerinin önemli bir kısmının özellikle ispat hakkının *sınırlamalarında* önemli etkiler doğurduğu görülecektir. Bu çerçevede, her ne kadar çalışmamızda bu ilkelerden sık sık bahsedilmekte ise de, ispat hakkına ilişkin kurallar yorumlanırken başvurulması gereken aslî yorum kurallarının bazıları topluca ele alınmalıdır:

(i) Özgürlük asıl, sınırlama istisnadır[64]: Bütün temel özgürlükler[65] açısından evrensel olarak kabul edilen temel ilke, özgürlüğün asıl sınırlamanın ise istisna olduğudur. Aynı ilke ispat hakkı, özgürlüğü açısından da geçerlidir. Dolayısıyla kanunkoyucunun ispat hakkını sınırlandırmak istemediği her durumda, kuralda ayrıca 'kişilerin ispat hakkına sahip olduğu'nun belirtmesine ihtiyâç yoktur. Nasıl ki, her uyuşamazlık için maddî hukuk kurallarında, o konuda 'tarafların dava açma hakkına sahip oldukları'nın belirtilmesi gerekli değilse, ispat hakkına ilişkin kurallarda da kanunkoyucunun sürekli ispat hakkının kural olduğunu belirtmesine ihtiyâç yoktur. İspat hakkı zaten her zaman kuraldır, ancak sınırlanması istisnadır. Bu sebeple kanunkoyucu, ispat hakkını sınırlandırdığı durumlarda açık kanun hükmüne gideceğinden, sınırlama bulunmayan durumda ispat hakkının varlığı asıl kabul edilmelidir.

(ii) Özgürlük geniş, sınırlama dar yorumlanır[66]: Özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna olmasının sonucu yorum yapılırken bu ilkeye riayet edilmesini gerektirir. Bu ilke de, hukuk uygulayıcıları bakımından *özgürlüğün geniş, sınırlamanın dar yorum-*

---

62 Özekes, Temel Hukuk Bilgisi, s. 105; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, **Medenî Hukuk,** 15. Bası, İstanbul 2008, ss. 66-67; Rona Serozan, **Medenî Hukuk, Genel Bölüm,** Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 2013, (Medenî Hukuk), s. 136. Hukukta yorum ise, günlük hayattaki yorumdan çok farklı nitelikte olan objektif açıdan ve objektif araçlar kullanılarak yapılan yorumdur (Özekes, Temel Hukuk Bilgisi, s. 105). Yorum ilkeleri, âdeta hâkim için takım çantasındaki aletlerdir [Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması", **KHP ve TBB Ortak Yayını,** Ankara 2013, (Yorum İlkeleri), s. 30]; onlar olmadan, uyuşmazlığın gerçek anlamda ve adalete uygun olarak sona erdirilmesi mümkün olmaz. Yorum yöntemlerini doğru kullanmadan hükmünü veren hâkim, takım çantasını evde unutarak tamire giden bir ustadan farksızdır (Gözler, Yorum İlkeleri, s. 30).

63 Bu konuda bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 14, I, B.

64 Gözler, Yorum İlkeleri, s. 81.

65 İspat hakkının temelde bir *özgürlük* olduğu; buna rağmen çalışmamızda neden ispat *hakkı* kavramından yararlanıldığı konusundaki açıklamalarımız için bkz. Giriş, II, C.

66 Gözler, Yorum İlkeleri, s. 88; Aynur Yongalık, "İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi", **AÜHFD,** C. 60, S. 1, 2011, ss. 1-2.

lanması gereği ile somutlaşır. Dolayısıyla özellikle hâkime takdir yetkisi bırakılan durumlarda, hâkim takdir yetkisini kullanırken mutlaka ispat hakkının geniş, sınırlamasının dar yorumlanması gereğinden hareket etmelidir. Aksi durum, ispat hakkının meşru bir sebep olmaksızın sınırlanması anlamını taşıyacaktır.

(iii) Kendiliğinden istisna olmaz, istisna konulmalıdır[67]*:* İstisna, arızî niteliktedir. Dolayısıyla bir istisnadan bahsedebilmek için, bu istisnanın öngörülmüş olması gerekir. Eğer istisnanın ayrıca ve açıkça konulmuş olduğu ispatlanamazsa, yani istisnanın bulunup bulunmadığı tereddütlü ise, istisnanın olmadığı varsayılır. Bu sebeple ispat hakkını sınırlandıran bir kuralın da, mutlaka yoruma yer bırakmayacak şekilde açıkça anlaşılması gerekir.

(iv) İstisna, kaideyi koyan makam tarafından konulabilir[68]*:* İstisna kaidenin, yani o konudaki genel kuralın değiştirilmesi anlamına geldiğinden, kuralı koymaya yetkili organ hangisiyse istisnanın da, o merci tarafından belirlenmesini gerektirir. Dolayısıyla kanunla tanınan bir hakka, yargı kararları ile istisna getirilemez. Bu yönüyle de örneğin kanunun ispat hakkını sınırlamadığı bir konuda, öğretideki görüşler veya yargı içtihatları yolu ile ispat hakkına istisna niteliği taşıyacak bir yoruma gidilemez.

(v) Yorum yoluyla istisna üretilemez[69]*:* Yukarıdaki ilkenin bir sonucu olarak kuralı koyan mercii dışında herhangi bir organın yorum yoluyla istisna üretmesi hukuka aykırıdır. Yani örneğin yargı organları, içtihat yolu ile istisna üretemez.

(vi) Kaideler geniş[70]*, istisnalar ise dar yorumlanmalıdır*[71]*:* İstisnalar, kaidenin kapsamını daralttığından, kaidenin değiştirilmesi anlamını taşır. Kaide ise, ancak kuralı koyan makamca değiştirilebilir. Bu sebeple de bir istisnanın yorumlanmasına ihtiyaç duyulursa, istisna geniş yorumlanarak kapsamı genişletilemez.

Bu çerçevede ispat hakkının hukukî niteliği ile de doğrudan ilişkili olan bu temel yorum ilkeleri, ispat hakkına ilişkin kuralların uygulanmasında temel dayanak olmalıdır. Aksi yönde uygulamalar ispat hakkının ihlâli ile sonuçlanacaktır. Nitekim ispat hakkının ihlâline sebep olan en önemli durumların başında, ispat hakkına ilişkin hukuk kurallarının hatalı yorumlanması gelir. Bu sebeple, kanaatimizce ispat hakkına ilişkin kurallarla ilgili olan en önemli konuların başında, doğru yorum yöntemlerine başvurulması ihtiyâcı bulunur.

---

67 Gözler, Yorum İlkeleri, s. 43.
68 Gözler, Yorum İlkeleri, s. 44.
69 Gözler, Yorum İlkeleri, s. 54.
70 Gözler, Yorum İlkeleri, s. 56.
71 Gözler, Yorum İlkeleri, s. 59.

§ 5 İSPAT HAKKI KATALOĞU (BLOĞU) (=İSPAT HAKKININ UNSURLARI)

I. İSPAT HAKKI KATALOĞUNUN TANITIMI

Çalışmanın başında da ifade edildiği üzere, ispat hakkının dinamik yapısı ve bir yönden de hukuk sistemlerinin kendisine özgü yapısının ispat hakkı üzerinde etkisi sebebiyle, hakkın tanımı ve unsurları konusunda genel geçer bir görüş birliği bulunmaz. Oysa bir hakkın -*hele ki bir temel hakkın*- içeriğinin, unsurlarının ve sınırlarının bilinmesi o temel hakkın yeknesak şekilde uygulanabilmesi için asgarî şartlardır. Aksi hâlde, söz konusu hakkın uygulanması konusunda belirsizlik doğar[72], ki hukukî belirsizlik özellikle bir *yargısal temel hakkın* bulunduğu durumlarda kesinlikle arzu edilmez. Bu sebeple de bu çalışmada, ispat hakkının içeriği konusunda bir *ispat hakkı kataloğu* oluşturulmuştur. Alman Anayasa Mahkemesi'nin temel haklar konusundaki yaklaşımı, esasında böyle bir ispat hakkı *kataloğunun* yaratılması gerekliliğini öz bir şekilde anlatabilmemize yardımcı olabilecek niteliktedir. Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre;

> "Temel haklar, tek tek tanınan bir güvenceler dizisi olarak değil, insan haysiyetinin korunması ve insanın serbestçe gelişmesini amaçlayan tutarlı ve eksiksiz bir '*değer sistemi*' olarak yorumlanması gereken objektif bir hukuk düzeni meydana getirir."[73]

Buradan yola çıkarak bu çalışmada da savunulduğu üzere ispat hakkı, yargısal prosedürde tek bir güvence olmaktan ziyâde, taraflar açısından bir *değer sistemini* ifade eder. Buna göre;

> İspat hakkı, tek başına tanınan bir güvence olarak değil, tarafların insan onuruna yakışan şekilde yargılamanın süjesi olarak gerçeğin ortaya çıkmasına katılma imkânını sağlamayı amaçlayan tutarlı ve eksiksiz bir '*değer sistemi*' olarak ele alınmalı ve bunun için gereken objektif bir hukuk düzeni meydana getirilmelidir.

Bu çalışmada da, ispat hakkının bir değerler sistemi olarak içeriğinin oluşturulmasında, form almasında bir ispat hakkı kataloğu oluşturulmuştur. Bu kataloğa dahil olan hakların her birine, *birbirinden bağımsız olarak* ispat hakkının gelişiminde ve güvence altına alınmasında bir fonksiyon yüklenir. Bu şekilde karşımıza ispat

---

[72] Her hak, tanım olarak dört ögeyi gerekli kılar: (1) hak sahibinin belirlenmesi, (2) hakkın konusunun açık tanımı, (3) muhatabının kimliğinin belirlenebilmesi, (4) hakka saygıyı sağlayabilmek için kendine özgü yaptırımın belirlenmesi (Kaboğlu, İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği, s. 124). Eğer bu unsurlardan bir tanesi eksik olursa, o temel hakkın uygulanması konusunda *hukukî belirsizlik* doğar (Kaboğlu, İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği, s. 124).

[73] Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 151.

hakkının iskeleti çıkar. Bu iskelet zaman içerisinde farklı hakları bünyesine alarak veya içeriğine dahil bazı haklarda form değişikliklerine giderek farklı görünüm şekillerine sahip olabilir. Şimdi ispat hakkı kataloğunun nasıl geliştirileceği üzerinde durmak gerekir.

Daha önceki açıklamalarımızda da yer veriğimiz üzere 21. YY, temel haklar konusunda çok önemli gelişmelerin yaşandığı bir dönem olmuştur. Bunda en önemli etkenlerden birisi şüphesiz ki, AİHS'nin iç hukuklara entegre edilme çabası ve AİHM içtihatlarının hemen her hukuk sisteminde doğurduğu doğrudan ve dolaylı etkidir. 21. YY'ın başlarında bu gelişmeler öncelikle temel haklar kataloğunun oluşturulması, bu anlamda yargısal temel hakların başlıcalarının belirlenmesi ve içeriklerine ilişkin temel esasların tespiti yönünde olmuştur. Bu anlamda âdil yargılanma hakkı, hukukî dinlenilme hakkı, alenîyet ilkesi, *-usûl ekonomisi* olarak adlandırılan- yargılamanın süratli, ucuz olması zorunluluğu gibi temel hakların, ilkelerin varlığı, geçerliliği kabul edildi. Sonrasında ise bu temel hakların ve ilkelerin içlerinin doldurulması kapsamında bu temel haklardan kaynağını alan *alt ilkeler, haklar* benimsenmeye başlandı.

AİHS'nin 6. maddesi çerçevesinde kabul edilen âdil yargılanma hakkından *(right to a fair trial; der Anspruch der Parteien auf einen fairen Zivilprozess)* türeyen önemli birtakım yargısal temel hakların varlığı bugün için hem AİHM hem de pek çok yargılama hukuku sistemi tarafından tereddütsüz kabul edilmektedir. Âdil yargılanma hakkı, niteliği itibariyle geniş yorumlanmaya müsait bir temel hak olarak fonksiyon yüklenir ve bu yönüyle bir şemsiyeye benzetilir[74]. Bu şemsiye altında pek çok alt temel ilke ve hak bulunduğu gibi, yeni ilkelerin türetilmesine de açık bir yapıya sahiptir. Bu kapsamda bugün için AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen âdil yargılanma hakkından temelini alan alt yargısal haklar olarak şunlar tanınmaktadır[75]:

- Kamuya açık duruşma hakkı (*the right to a public hearing; Öffentlichkeitzgrundsatz*)

[74] Bu konuda bkz. Elizabetta Silvestri, "Lost in Translation? Language Differences and Their Impact on Evidence-Taking in Litigation", **Evidence in Contemporary Civil Procedure, Fundamental Issues in a Comparative Perspective,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Alan Uzelac, Intersentia, Antwerpen 2015, s. 129.

[75] Bu konuda bkz. Richard Clayton ve Hugh Tomlinson, **The Law of Human Rights,** Cilt 1, Oxford Univ. Press, New York 2009, Ch. 11; Andrews, Out of Chaos, s. 31.

- Mâkul zamanda yargılanma hakkı (*hearing within a reasonable time*)
- Tarafsız, bağımsız ve önceden kanun ile kurulmuş bir yargı organı önünde yargılanma hakkı (*right to a hearing before an independent and impartial tribunal established by law*; *das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter*)
- Mücadeleci duruşmada bulunma hakkı (*the right to be present at an adversarial hearing*)
- Silâhların eşitliği ilkesi (*the right to equality of arms*; *der Grundsatz der Waffengleichheit*)
- Âdil delil sunma hakkı (*the right to fair presentation of the evidence*)
- Gerekçelendirilmiş yargılanma hakkı (*the right to a reasoned judgment*)

Bu haklar içerisinde özellikle *kamuya açık duruşma hakkı, mâkul zamanda yargılanma hakkı* ve *tarafsız, bağımsız önceden kanun ile kurulmuş bir yargı organı önünde yargılanma hakkı* yukarıda belirtilen diğer alt ilkelerden kronolojik açıdan ve yaygın şekilde daha önce varlığı kabul edilen temel haklardır. Bu yargısal temel haklar, bugün için bir yargılama sürecinin âdil şekilde gerçekleşmesi için aranan bileşenlerdir. Aşağıda tek tek üzerinde durulacak bu hak ve ilkelerin herhangi birinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin benimsediği esaslar kapsamında ihlâl edilmesi, çoğu zaman âdil yargılanma hakkı ihlâli olarak kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra 6. madde kapsamında açıkça zikredilmese de *adalete erişim hakkı* (*access to justice*) da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen âdil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilmektedir.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında da, temel haklar konusunun ve özellikle hukukî dinlenilme ve âdil yargılanma hakkı kapsamında tarafların açıklamada bulunma hakkı, âdil şekilde delil ileri sürme hakkı gibi kavramlar içerisinde ispat hakkının ve ispat hakkı ile yakından ilişkisi bulunan diğer yargısal temel hakların gelişiminin dikkat çekici bir şekilde özellikle yaklaşık son yarım yüzyıldır büyük bir ivme kazandığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bu gelişim dikkat çekicidir ve ispat hakkının bu gelişimden pay almaması söz konusu değildir. Zira çalışmamızın çeşitli bölümlerinde üzerinde durulacağı gibi, ispat hakkının varlığı ve güvence altına alınması bu gelişime pek çok şey borçludur.

Temel haklar konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve içtihatlarının ötesinde, kendi ulusal temel haklar kataloğunu geliştiren Alman medenî yargılama hukukunda özellikle yargısal temel haklar, medenî yargılama hukukunun yapıtaşı

olarak rol üstlenmektedir[76]. Anayasal güvence sisteminin temel hakların gelişiminde çok büyük bir etkisi bulunur. Bu anlamda da Almanya, anayasal güvence sistemini Avrupa'da en erken tanıyan ve bu anlamda da geliştirmeye başlayan bir hukuk sistemidir. Bu yönüyle de hukukumuzda henüz gündeme gelen, gelebilecek olan tartışmalar Alman hukukunda geçmişte kalmıştır. Yargısal temel haklar ve özellikle âdil yargılanma hakkının gelişiminin, ispat hakkı üzerindeki etkisi de her bir konuda ilgisi oranında üzerinde durulacaktır.

Kıta Avrupası'nın dışında, âdil yargılanma hakkını ve dolayısıyla ispat hakkını etkileyen gelişimler de oldukça dikkat çekicidir. Özellikle 1998 tarihli İngiliz Medenî Yargılama Kuralları'nın kabul edilmesinden bu yana farklı bir ivme kazanan İngiliz medenî yargılama hukukunda da temel haklar kataloğunun genişletilmesi, geliştiril-

---

[76] Yukarıda belirtilen yargısal temel haklar, hukuk sistemlerindeki farklılıklara rağmen AİHS'nin de etkisiyle her hukuk sisteminde benzer esaslarla kabul edilir. Yukarıda belirtilen yargısal temel haklar ispat sürecinde, ispat hakkı ile doğrudan ilgilidirler. Bu çerçevede çalışmamızı da şekillendiren ve ortak bu yargısal temel hakların Alman hukukundaki uygulama alanı konusunda bkz. Oskar J. Ballon, "Der Einfluß der Verfassung auf das Zivilprozeßrecht", **ZZP,** C. 96, S. 4, 1983, (Einfluß der Verfassung auf das Zivilprozeßrecht), ss. 409-486; Horst Bauer, **Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie,** Duncker & Humblot, Berlin 1973, ss. 5 vd.; E. Benda ve A. Weber, "Der Einfluβ der Verfassung im Prozeβrecht", **ZZP,** C. 96 S. 2, 1983, ss. 285-306; Klaus Engelmann, **Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozeßrecht,** Duncker & Humblot, Berlin 1977, ss. 19-58; Hansgeorg Frohn, **Rechtliches Gehör und richterliche Entscheidung,** Duncker & Humblot, Berlin 1971, ss. 1 vd.; Thomas Jung, **Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess** (Diss., Univ. Erlangen-Nürnberg, 1990), ss. 1 vd.; Angelika Christiane Karwacki, **Der Anspruch der Parteien auf einen fairen Zivilprozess,** Carl Heymanns Verlag, Köln 1984, ss. 7 vd.; Aleaxander Kettinger, **Die Verfahrensgrundrechtsrüge** (Diss., Univ. Bayreuth 2007), Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2007, ss. 1 vd.; Stefanie Klein, **Die Grundsätze der Öffentlichkeit und Mündlichkeit im Zivilprozeß im Spannungsfeld zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung** (Diss., Univ., Köln, 1995), Köln 1995, ss. 11-48; Kwaschik, ss. 5 vd.; Alexandra Lindemeier, **Waffen- und Chancengleichheit im deutschen und englischen Zivilprozess,** Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2004, ss. 1 vd.; Stefan Machura, **Fairneß und Legitimität,** Nomos, Baden-Baden 2001; Christoph Mettenheim, **Der Grundsatz der Prozeßökonomie im Zivilprozeß,** Duncker & Humblot, Berlin 1970 Hans-Joachim Musielak, "Verfassungsrechtlich fundierte Verfahrensgrundsätze im Zivilprozess und die Rechtsfolgen ihrer Verletzung", **Gedenkschrift für Ferdinand O. Kopp, Modernisierung von Justiz und Verwaltung,** Edt. Dirk Heckmann, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart 2007, ss. 56-70; Thomas Noske, **Die Prozeßökonomie als Bestandteil des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** (Mainz, Univ., Diss., 1989); Pflughaupt, ss. 3 vd.; Thomas Roth, **Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter,** Duncker & Humblot, Berlin 2000; Schwab ve Gottwald, ss. 49-64; Pia Tavolari, **Das Recht auf Gehör und die Anhörungsrüge,** Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2008, ss. 9-10, 25-36; Peter Tettinger, **Fairness und Waffengleichheit,** Verlag C.H. Beck'sche, Münih 1984, ss. 2-21, 36-41; Wolfram Waldner, **Aktuelle Probleme des Rechtlichen Gehörs im Zivilprozess** (Diss., Univ. Erlangen, Nürnberg, 1983), 1983; Christoph Warga, **Die Verletzung von Verfahrensgrundrechten im Zivilprozess und ihre Korrektur nach Eintritt der Rechtskraft** (Diss., Univ., Passau, 2008), Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2008, ss. 20-30; Max Vollkommer, "Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß - eine neue Prozeßmaxime?", **Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag,** C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Münih 1990, (Waffengleichheit), ss. 503-520; Max Vollkommer, "Der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren im Zivilprozeß", **Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns,** Verlag Vahlen, Münih 1980, (ein faires Verfahren), ss. 195-220.

mesi konusunda önemli gelişimler yaşanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını iç hukuka entegre etmek konusunda Kıta Avrupası sistemlerine dâhil pek çok ülkeye göre çok daha liberal davranan İngiliz hukukunun temel haklara yaklaşımı ayrıca kayda değerdir. İngiliz medenî yargılama hukukunda yapılan bir temel haklar tasnifi, yargısal temel hakların gelişiminin ispat hakkına doğru devinimi konusunda dikkat çekicidir; ayrıca aşağıda belirteceğimiz ispat hakkı kataloğunun oluşturulmasına önemli katkı sağlamaktadır. Buna göre İngiliz medenî yargılama sisteminin dört temel köşe taşının bulunduğu ifade edilmektedir. Bu temel ilkelerin içerikleri konusunda benimsenen temel esaslar, gelişimin gidişâtı konusunda önemli ipuçları vermektedir[77]:

(i) *Mahkemeye ve adalete erişimin güçlendirilmesi* (*Regulating Access to Court and to Justice*) hakkı kapsamında adalete erişim hakkı (*right to access to justice*); avukatını seçme hakkı (*right to choose a lawyer*); güvenilir hukukî danışma elde etme hakkı (*right to a confidential legal consultation*); sahte, gerçek olmayan iddia ve savunmalara karşı korunma hakkı (*protection against spurious claims and defences*); uzlaşmanın desteklenmesi ve arabuluculuk ile tahkim başta olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuruya olanak sağlanması (*promoting settlement and faciliating resort to alternative forms of dispute resolution, notably mediation and arbitration*) haklarının var olduğu kabul edilmektedir.

(ii) *Yargılamanın Âdil Şekilde Gerçekleştirilmesinin Temini* (*Ensuring the Fairness of the Proces*) hakkı kapsamında ise, yargının bağımsızlığının temini (*judicial independence*); yargının tarafsızlığının temini (*judicial impartiality*); alenîyet veya kamuya açık yargılama (*publicity or open justice*); usûlî eşitlik, taraflara eşit davranma (*procedural equality, equal respect for the parties*); taraflar arasında âdil, dürüst oyunun sağlanması (*fair play between parties*); sürpriz yargılama yasağı, tarafları usûlüne göre bilgilendirme ilkesi (*judicial duty to avoid surprise, the principle of due notice*); bilgiye eşit erişim hakkı, taraflar arasında bilgilerin paylaşımı, açıklanması ilkesi (*equal access to information, including disclosure of information between parties*) hakkından söz edilmektedir.

(iii) *Süratli ve Etkin Yargılamanın Sağlanması* (*Maintaining a Speedy and Effective Process*) hakkından ise yargılamanın amacının ve ölçülülük ilkesinin sağlanması için usûlî süreç üzerinde yargısal kontrol (*judicial control of the civil process to ensure focus and proportionality*); gereksiz yargısal gecikmelerden kaçınılması (*avoidance o undue delay*) hakları anlaşılmaktadır.

(iv) Son olarak da *Yargılama Neticesinde Âdil ve Etkin Sonuçların Elde Edilmesi* (*Achieving Just and Effective Outcomes*) hakkı kapsamında yargısal gerekçelendirme (*judicial duty to give reasons*); karar verme sürecinin kesinliği, doğruluğu (*accuracy of decision-making*); geçici hukukî korumaların ve hükmün uygulanması konusunda etkinliğin sağlanması (*effectiveness of provivion of protective re-*

[77] Andrews, Out of Chaos, s. 33; Andrews, On Civil Processes, s. 810.

lief and enforcement of judgments); kesin hüküm elde etme hakkı olarak da ifade edebileceğimiz kesinlik (*finality*) haklarının olduğu kabul edilmektedir.

Âdil yargılanma hakkı ve bu kapsamda kabul edilen alt diğer yargısal temel hakların önemli bir kısmı, aşağıda üzerinde duracağımız üzere ispat hakkını doğrudan doğruya etkilemektedir. Daha önceki açıklamalarımızda her bir medenî yargılama sisteminde geçerli olan geleneklerin ve ilkelerin, o sistemdeki yargısal kuralları farklı formatlarda şekillendirdiğini ve bu sebeple de ispat hakkının her bir yargılama modelinde farklı şekillerde form bulduğunu belirtmiştik. Esasında benzer durum sadece ispat hakkı açısından değil her bir yargısal temel hak açısından belirli ölçüde geçerlidir. Bu sebeple biz de ispat hakkının yargısal temel haklar içerisindeki yerini belirlerken bu konuda kabul edilen temel değerleri ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını dikkate almaya çalışacağız.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere ispat hakkı hukukî dinlenilme hakkı ve âdil yargılanma hakkı ile çok yakın bir ilişki içerisindedir. Bununla birlikte bugün özellikle âdil yargılanma hakkının içerdiği unsurlar konusunda tam bir kesinlik olduğunu ifade etmek güçtür. Genel bir ifade ile âdil yargılanma hakkı herkesin, uyuşmazlığın alenî biçimde, makûl bir sürede, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde hakkâniyete uygun karar verilmesini talep hakkını ifade etmektedir[78]. Bu tanımın ötesinde, genel eğilim âdil yargılanma hakkının unsurlarını genişletme yönünde gelişmektedir. Nitekim hakkâniyete uygun yargılanma, taraflar arasında eşitliğin sağlanmasını, yargılama boyunca buna uygun davranılmasını gerekli kılmakla birlikte[79] eşitliğin nasıl, hangi araçlarla sağlanacağını doğal olarak net ve kesin bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Bu sebeple temel prensiplerde birleşmekle birlikte, bugün âdil yargılanma hakkının unsurları arasına farklı kavramlar, kurumlar da dâhil edilmektedir. Örneğin çelişmeli yargılanma hakkı, bu kavramlardan birisidir. Bunun ötesinde farklı kültürden pek çok hukuk sistemini tek bir hukukî düzenlemede (AİHS m. 6) birleştiren ortak kader, aynı zamanda bu maddenin içeriğinin hukuk kültürlerinin yapısına göre farklı unsurlarla yorumlanmasına sebebiyet verir. Bu kavramlar üzerinde, somut olarak aşağıda ayrıca durulacaktır. Ancak hakkaniyete uygun

---

[78] Özekes, s. 49; Hakan Pekcanıtez, "Medeni Yargıda Adil Yargılama", **İzBD,** 1997/Nisan, (Adil Yargılanma Hakkı), ss. 36 vd.; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 246; Süha Tanrıver, "Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", **TBBD,** S. 53, 2004, (Adil Yargılanma Hakkı), ss. 191-215.

[79] Özekes, s. 49; Pekcanıtez, Adil Yargılanma Hakkı, ss. 45-48; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 250.

yargılanma hakkının, âdil yargılanma hakkının çeşitli yönlerden uygulama alanını genişletmesi "*özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna*" olması kuralı ile de uyumlu şekilde ispat hakkının da görünüm şekillerinin ve uygulama alanının genişlemesine sebebiyet vermektedir.

İspat hakkı bünyesinde pek çok unsuru içeren bir *yargısal temel hak bloğu*, bir *haklar bütünü*, bir *çerçeve hak*tır. Bu sebeple biz de, aşağıda ispat hakkının temelini oluşturan tüm hakları kapsayıcı şekilde bir *ispat hakkı kataloğu* oluşturduk. Bu kataloğu oluştururken karşılaştırmalı hukukta ispat hakkına, âdil yargılanma hakkına, hukukî dinlenilme hakkına ve diğer haklara yüklenen işlev ve görevleri temel almaya çalıştık. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da bu anlamda yolumuzu aydınlattı. Nitekim çalışmamızın hazırlanış sürecinde, ülkemizde yürürlüğe konulan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu kapsamında Anayasa Mahkemesi'nin oluşturmaya başladığı içtihat hukuku, oluşturduğumuz ispat hakkı kataloğunu destekler yapıda gelişti. İspat hakkı *kataloğu*, ispat hakkı *demedi* olarak da ifade etmek mümkün iken, daha belirleyici ve kalıcı olması açısından *ispat hakkı kataloğu* terimini tercih ettik[80]. Böyle bir kataloğun oluşturulması ispat hakkının uygulama alanının belirlenmesi için kanaatimizce önemli ve gereklidir[81].

---

[80] İspat hakkına ilişkin yayımlanmış olan iki bilimsel çalışmadan biri olan, 1993 tarihinde İsviçreli hukukçu *Sabine Kofmel* tarafından kaleme alınan eserde yazar, bizim belirlediğimiz şekilde bir ispat hakkı kataloğu oluşturmamış; ispat hakkı kataloğu içerisine dâhil ettiğimiz yargısal temel hakların *bazılarını* bağımsız ve aralarında bağlantı kurulmadan ele alarak ispat hakkı açısından fonksiyonunu ele almıştır. Örneğin yazar ispat hakkının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinden kaynaklanan kapsamına ilişkin sadece altı unsur belirlemiştir. Bunlar (*i*) delilin ispat için kabul edilme hakkı (*Recht auf Zulassung zum Beweis*), (*ii*) ispat sürecine katılma hakkı (*Recht auf Teilnahme am Beweisverfahren*) (*iii*) doğrudanlık ilkesi uyarınca delillerin toplanması hakkı (*Recht auf Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme*), (*iv*) mahkeme önünde delil ibrazı hakkı (*Recht auf Beweisführung vor einem Gericht*), (*v*) ispat faaliyetinin sonuçları hakkında açıklamada bulunma hakkı (*Recht auf Stellungnahme zum Beweisergebnis*), (*vi*) hüküm temelini belirleyebilme hakkıdır (*Recht auf Bestimmbarkeit der Urteilsgrundlage*) (Kofmel, ss. 43-56). Bu çalışmada yer verdiğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile şekillenmiş olan ispat hakkı kataloğumuz ise, çok daha fazla sayıda temel hakkı içeriğine almaktadır. Örneğin biz hukukî dinlenilme hakkını, ispat hakkı kataloğuna dâhil etmekteyken, *Kofmel* (s. 6) hukukî dinlenilme hakkını, *sadece* ispat hakkının hukukî niteliği çerçevesinde ele almaktadır. Oysa hukukî dinlenilme hakkının unsurları olan tarafların bilgiye ve delile erişim hakkını, açıklama hakkını, dikkate alınma hakkını birbirinden bağımsız şekilde ispat hakkı kataloğuna dâhil etmekteyiz. Benzer şekilde *Kofmel* (s. 98-100) delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile ispat hakkı arasındaki ilişkiyi tamamen bağımsız şekilde ele alırken, AİHM'nin içtihatları doğrultusunda âdil yargılanma hakkının unsurlarından silâhların eşitliği ilkesinden kaynaklanan âdil şekilde delil sunma hakkı çerçevesinde delillerin serbestçe değerlendirilmesi hakkını ele almayı tercih ettik. Bunun yanısıra ispat hakkı kataloğuna dâhil ettiğimiz makûl sürede yargılanma hakkı ile ekonomik yargılanma hakkı, *Kofmel* tarafından sadece ispat hakkının sınırlaması çerçevesinde ele alınmıştır (*bkz*. Kofmel, ss. 211-217). Tekrar vurgulamak isteriz ki, bu çalışmada oluşturulan *ispat hakkı kataloğu* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukuku çerçevesinde âdil şekilde yapılacak bir yargılamada ispat rejiminin taşıması gereken asgarî unsurları temel almıştır. *Kofmel* ta-

İspat hakkının bir *çerçeve hak* olması, ispat hakkı ihlâllerinin de somutlaştırılması gereğini ortaya çıkarır. İlgililerden birisi ispat hakkının ihlâl edildiği düşüncesini taşırsa, bunu öncelikle somutlaştırmalı ve ispat hakkının hangi alt unsurunun ihlâl edildiğini belirlemelidir. Çoğu zaman unsurlardan birinin ihlâli başka bir

---

rafından 1993 yılında yayımlanan çalışmasının hazırlık aşamasında, bu şekilde bir içtihat birikiminin bulunmadığının dikkate alınması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahmekesi içtihat hukuku çerçevesinde belirlenen *ispat hakkı kataloğunun* bunlar dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

81 Aşağıda ispat hakkına dâhil olan hakları belirlemek için özellikle "*ispat hakkının unsurları*" ifadesi yerine "*ispat hakkı kataloğu*" tercih edilmiştir. Esasında ispat hakkı *bloğu* da meramımızı anlatır niteliktedir. Zira *blok* kelime anlamı ile bir bütünü oluşturan parçaların bütününü ifade eder. Bu anlamda aşağıda ispat hakkına varlık kazandıran temel haklar biraraya gelerek bir bütün olarak ispat hakkını temin ve tesis eden bir bütün, blok oluşturmaktadır. Bu bütüne dâhil olan hakların tamamı ise, ispat hakkı kataloğunu oluşturur. *Katalog (catalogue)* terimi, "haklar kataloğu" şekliyle Türk hukukunda pek tercih edilmese de diğer hukuk sistemlerinde özellikle temel haklar kataloğu olarak sıklıkla kullanılan bir terimdir. En başta Avrupa Birliği Temel Haklar Beyannamesi ("*Charter of Fundamental Rights of European Union*") kapsamında kabul edilen temel hakları ifade etmek üzere "*temel haklar kataloğu (catalogue of fundamental rights)*" terimi sıklıkla kullanılır [bu konuda bkz. Iris Benöhr, **EU Consumer Law and Human Rights,** Oxford, Birleşik Krallık 2014, s. 54; Giacomo Federico (Edt.), **The EU Charter of Fundamental Rights,** Springer, 2011, ss. 7, 15-16, 21-22, 53, 62, 110, 134, 161, 199; Tamara K. Hervey ve Jeff Kenner, **Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights - A Legal Perspective,** Hart Publishing 2003, s. 7 vd., 67 vd., 247 vd., 276 vd.]. Bunun yanısıra Alman Anayasası'nda *(Grundgesetz)* tanımlanan haklar, yine bir temel hak kataloğu (*catalogue of basic rights*) olarak ifade edilir [bu konuda bkz. Nigel Foster ve Satish Sule, **German Legal System and Laws,** 4. Bası, Oxford 2010 s. 221; Joseph Wetzel,. "Improving Fundamental Rights Protection in the European Union: Resolving the Conflict and Confusion Between the Luxembourg and Strasbourg Courts", **Fordham L.R.,** C. 71, S. 6, ss. 2823 vd.]. Hatta Alman hukukunda *"yargısal temel haklar kataloğu (der Katalog der Verfahrensgrundrechte)"* da kullanılan bir terimdir (bu konuda bkz. Zuck, s. 86). Dolayısıyla özellikle hukuk sisteminde bir bütün oluşturan, bir bütün olarak temin ve tesisinde özel önemi bulunan haklar demedinin "*haklar kataloğu*" olarak tanımlanması Türk hukuk sisteminde çok yaygın olmasa da, özellikle ispat hakkı açısından meramımızı tam anlamıyla ifade eden özel bir terimdir. Zira aşağıda değinileceği üzere ispat hakkına varlık kazandıran temel haklar, bir hukuk sisteminde bütün olarak temin ve tesis edilebildiği ölçüde ispat hakkı da gerekli güvenceye erişebilecektir. Diğer yandan ispat hakkı bloğunu, kataloğunu oluşturan bu temel haklar, ispat hakkından tamamen bağımsız bir anlama ve uygulama alanına da sahiptir. Ancak aynı zamanda bu hakların temin ve tesis edilmesi, ispat hakkına varlık kazandıran yegâne koşuldur. Adetâ kurucu nitelikte olan bu haklar, salt ispat hakkının unsurları olarak ifade edilirse, bu durum, kataloğa dâhil bu hakların ispat hakkından bağımsız olma özelliği sebebiyle yanlış anlaşılmalara sebebiyet verebilecekir. Örneğin ispat hakkı kataloğunun temel yapıtaşlarından biri âdil yargılanma hakkıdır. Bununla birlikte âdil yargılanma hakkının, ispat hakkı açısından taşıdığı önemin yanısıra başlı başına kendine özgü unsurları ve uygulama alanı bulunur. İspat hakkının "unsurları" terimi kullanıldığı takdirde, âdil yargılanma hakkının ispat hakkını ilgilendiren diğer yönleri de ispat hakkı kavramına dâhilmiş gibi algılanacak ve ayrıca çok geniş bir uygulama alanına sahip olan âdil yargılanma hakkı, nisbeten daha dar bir uygulama alanına sahip olan ispat hakkına dâhil bir "unsur" olarak anlaşılacaktır. Bu durum hem hukuk literatürümüzde karmaşaya sebebiyet verebilecek hem de mantık kuralları açısından daha büyük bir kavramın, daha küçük bir kavramın içine dâhil edilmesi gibi hatalı bir sonuca sürükleyecektir. Bunların yanısıra aynı örnek üzerinden devam edecek olursak, âdil yargılanma hakkı ispat hakkı bünyesinde 'olmazsa olmaz' bir alt temel haktır. Biz de bu sebeple, ispat hakkı "kataloğu" terimini kullanarak ispat hakkını oluşturan tüm temel yargısal hakları bir blok altında toplamayı tercih ediyoruz. Şüphesiz ki, bu gerekliliğin farklı kavram ve terimlerle ifade edilmesi mümkündür; biz ise, özellikle son yıllarda Avrupa Birliği hukukunun sıklıkla tercih etmeye başladığı 'temel haklar kataloğu' teriminden [bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Agustin J. Menendez ve Erik Oddvar Eriksen (Edt.), **Arguing Fundamental Rights,** Springer 2006, s. 9, 22 vd., 155 vd.] hareket ederek 'ispat hakkı kataloğu' terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

veya birkaç unsurun daha ihlâline sebebiyet verir. Bu durumda oluşan ihlâlin hangi yönlerden, hangi alt hakkı ihlâl ettiğinin belirlenmesi gerekir[82].

II. İSPAT HAKKI KATALOĞUNUN İÇERİĞİ

A. İnsan Onuruna Yakışan Şekilde İddia ve Savunma Yapma Hakkı

İnsan onuru, Anayasa ve uluslararası sözleşmeler çerçevesinde temel bir hak olarak hukukun koruması altındadır. Anayasa, insan onuruna verdiği öneme Başlangıç kısmında özel olarak vurgu yapmaktadır:

> Anayasa'da "Her Türk vatandaşının ... hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu" belirtilir (Ay, Başlangıç, 6. Paragraf).

Esasında insan onuru temel bir ilke ve hak olmanın çok ötesinde ve temelinde olan ana bir ilkedir. Hatta hukuk düzeninin insan için varolduğu dikkate alındığında, herşeyin temeline insan onurunun yerleşmesi söz konusu olur[83]. Bu kapsamda temel haklar, tek tek tanınan güvenceler silsilesi olarak değil, *insan onurunun korunması* ve *insanın serbestçe gelişmesini* amaçlayan tutarlı ve eksiksiz bir *değerler sistemi* olarak yorumlanmalıdır[84].

Devlet hakkın zorla elde edilmesini yasaklayarak hak dağıtma ödevini üzerine almıştır. Bu durum da kişiler açısından uyuşmazlıklarını çözmek için hukukî yollara başvuru hakkı yani hak arama özgürlüğü ile somutlaşmaktadır. Hak arama özgürlüğünün bir uzantısı olarak herkesin, hukukî yollara başvurduğunda devlet organları tarafından dikkate alınmayı ve saygı gösterilmeyi talep hakkı da bulunur[85]. Dolayısıyla insan onuru, tereddütsüz bir şekilde kişilerin hak arama yoluna başvurması hâlinde de devlet organlarından saygı duyulmasını istedikleri temel bir haktır[86]. İnsan onuru bu kapsamda yargılamada iki aşamalı olarak karşımıza çıkar. Öncelikle insan onurunun gereği olarak taraflar yargı organlarına başvurduğunda, kamu otoriteleri tarafından dinlenmeli, dikkate alınmalıdır. Bu zorunluluk genellikle hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olarak kabul edilir[87]. Nitekim insan onuru, yargılamayla ilgili

---

[82] İspat hakkının ihlâli ve bu ihlâlin sonuçları hakkında açıklamalarımız için bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 17.

[83] Erdoğan, ss. 48-49.

[84] İbrahim Kaboğlu, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)", **AYD,** S. 8, 1991, (Hukukun Genel İlkeleri), s. 304.

[85] Bkz. Özekes, ss. 43-44.

[86] Bu konuda bkz. Özekes, ss. 43-48.

[87] Hukukî dinlenilme hakkının bu yönü ile insan onuru arasındaki ilişki için bkz. Özekes, ss. 43-44.

olanların ve özellikle tarafların, yargılamanın süjesi olarak yargılamada yer almalarının sağlanmasını, yargılamayla ilgili bilgilendirilmelerini ve açıklamada bulunmalarını, konuşmalarını, gerçek bir tartışma ortamının oluşturulmasını, beklenmedik bir kararla karşı karşıya kalmamalarını gerekli kılar[88].

İkinci aşamada ise, taraflar yargılama organları tarafından gereğince dinlense ve dikkate alınsa dahi, aynı zamanda iddia ve savunmada bulunurken insan onuruna aykırı ispat ve açıklama yükü altında bırakılmamalıdır. Bu iki aşamayı insan onurunun şeklî anlamda ve maddî anlamda korunması şeklinde dahi ifade etmek mümkündür. Zira taraflara iddia ve savunmalarını açıklama hakkı tanınması, tarafların iddia ve savunmalarının dikkate alınması insan onurunun şeklî olarak yargılamada temin edildiğini gösterir. Nitekim taraflar dinlenmek, dikkate alınmak suretiyle yargılama objesi değil, süjesi hâline getirilmiş olurlar; taraflara varlık olarak yargılama prosedüründe saygı duyularak insan onuru korunmuş olur[89]. Ancak insan onurunun yargılamada korunması için onların sadece şeklen dinlenmesi, iddia ve savunmalarının dikkate alınması yeterli değildir. Aynı zamanda insan onuruna yakışan şekilde yargılama sürecinde kendilerini savunma imkânının da tanınması gerekir. Bu gereklilik de, insan onurunun yargılama prosedüründe maddî anlamda da korunması anlamını taşır. Dolayısıyla hem şeklen hem de madden yargılamanın süjesi olan kişilerin insan onuruna yakışan şekilde yargılama faaliyetini sürdürmeleri gerekir.

Bu çerçevede ispat hakkı ile insan onuru arasında güçlü bir bağ bulunur. İnsan onurunun bir gereği olarak yargılama prosedüründe öncelikle taraflara açıklama hakkı tanınması, iddia ve savunmalarının mahkemeler tarafından dikkate alınması gerekir. Ancak bunun da ötesinde özellikle birtakım normatif düzenlemeler kabul edilirken kişilere insan onurunu ihlâl edecek şekilde ispat yükü veya delil ikame yükü yüklenmemelidir. Bunun en somut örneklerinden birini boşanma davalarında görebilmemiz mümkündür. Nitekim çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alacağımız üzere[90], Türk boşanma sisteminde Türk Medenî Kanunu'nda belirlenmiş bo-

---

88 Özekes, s. 44.

89 Özekes, s. 43.

90 Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 14, III, B. Ayrıca insan onuruna ve kişilik haklarına aykırı şekilde boşanma davalarındaki ispat ve delil sisteminin yarattığı temel hak ihlâlleri konusunda ayrıntılı değerlendirmelerimiz için bkz. Pınar Çiftçi, "Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlâlleri ve İspat Sorunları", **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, DEÜHFD Özel Sayı,** C. 16, 2014, (Boşanma), ss. 1741-1821.

şanma sebepleri, kişilerin insan onurunu zedeleyecek birtakım ispat faaliyetlerinin içine sürüklenmesini gerekli kılmaktadır. Bazı durumlarda da mahkemeler, kişilerin insan onurunu ve kişilik haklarını zedeleyecek birtakım ispat faaliyetine dahil olmalarını talep edebilmektedir. Örneğin boşanmak isteyen taraf amacına ulaşabilmek için karşı tarafın âdeta "*kirli çamaşırları*"nı ortaya koymak, ispat etmek zorunda bırakılmaktadır. Hatta yeni tarihli bir Yargıtay kararına yansıyan olayda, boşanma davasında, kadının evlenmeden önce kızlık zarının bozulmuş olduğu iddia edilerek boşanmada kadının kusuru ispat edilmek istenmiş; bunun için tanıklar dinlenmiş, bilirkişi raporlarına başvurulmuş; nihâyetinde kadının 6-7 yaşlarında bir akrabası tarafından taciz edilerek kızlık zarının bozulduğu ortaya çıkmış ve değerlendirmeler neticesinde somut olayda kadının evlenmeden önce kızlık zarının bozulmuş olması kusur olarak nitelendirilmemiştir[91]. Özel hukuk davalarında, hele ki boşanma davalarında kadının boşanma olayında kusursuzluğunu ispat etmesi için hayatının en mahrem noktalarını ispat etme yükü altında bırakılmamalıdır. Bu durum en başta insan onuruna ve sonrasında diğer temel haklara ciddi bir ihlâl niteliğindedir.

Türk hukukundaki kadar yoğun olmasa da benzer sorunlar yaşayan ve gelişimlerden geçen Alman hukukunda, hukuk uygulayıcısı olarak hâkimler boşanma davalarında gereksiz bir şekilde kişilerin özel hayatlarına dâhil olmaktan rahatsızlık duymuşlar ve bu konudaki eleştirilerin de etkisiyle Alman hukukunda geçerli olan boşanma sebeplerinde değişiklik yapılmıştır[92]. Bu sonuç, yargılamada insan onurunun

---

91 2. HD, 12.5.2015, 2014-24404/10011 (www.hukukihaber.net)

92 Almanya'da 1955 yılında erkek eş, boşanma davasında kullanmak üzere eşinin sesini kayıt altına almış; boşanma davasında 72 cd'den oluşan bu bilgi kaynakları, hukuka aykırı olarak değerlendirilmeyerek boşanmaya esas alınmış; ancak ardından kadın, kişilik haklarının ihlâl edilmiş olması sebebiyle eski eşine karşı tazminat davası açmış ve bu tazminat davasında söz konusu yöntemle kadının kişilik haklarının zedelenmiş olduğu; ancak erkeğin kusura dayalı boşanma sebebini başka türlü ispat olanağı bulunmaması sebebiyle, söz konusu durumun hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiğine karar verilmiştir [*karar için bkz.* Saim Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku,** C. I-II, İstanbul 2000, (Medenî Yargılama), s. 762, dn. 35; ayrıca bkz. Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 323-324].
Alman Federal Mahkemesi'nin 1970 yılında boşanma davasında verdiği bir karara konu olayda, eşler bir süredir aynı konut içerisinde ayrı yaşam sürmektedirler ve sadece evin mutfağını ile diğer bazı alanlarını ortak olarak kullanmaktadırlar. Erkek eş, görülmekte olan boşanma davasında kadının kendisine hakaretlerini ispat edebilmek için müşterek konutun kadının kullanmadığı odalarından birisine, delikler açarak bazı akşamlar gizlice arkadaşı olan bir üçüncü kişiyi kadını gözetlemesi için yerleştirmiştir. Yerel mahkeme, gizlice dinleyen ve gözlemleyen bu kişinin boşanma davasında tanık olarak dinlenmesini kabul etmiş ve ifadeleri inandırıcı kabul edilerek boşanma kararına esas alınmıştır. Ancak Alman Federal Mahkemesi, davacı kocanın delil elde etmek amacıyla gerçekleştirdiği bu eylemi, davalı eşin kişilik hakkına müdahâle olarak değerlendirmiştir. Kararda, kişiliğin gelişimi için her bireyin vazgeçilmez bir içsel kişisel hayat alanı bulunduğu; buna konut dokunulmazlığının da dâhil olduğu ve bu alana bu şekilde herhangi bir müdahâlenin yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu anlamda konuta

korunması gereğinden ortaya çıkmıştır[93]. Bu anlamda özellikle kişilerin sahip olduğu birtakım anayasal hakları, özellikle kişilik haklarını ölçüsüz şekilde görmezden gelen delil ibrazı taleplerinin insan onurunu da mutlak olarak zedelediği konusunda şüphe duyulmamalıdır[94].

---

bir gözetleme cihazı yerleştirmekle dedektif yerleştirmek arasında bir fark olmayacağı, bu sebeple bu kişinin de tanık olarak dinlenemeyeceği belirtilmiştir (*karar için bkz.* Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 346-347). Öğretide bu kararı doğru bulmayan görüş genellikle, erkek eşin yaptığı müdahâlenin kadının özel hayatının gizliliği hakkına müdahâle teşkil ettiği, ancak boşanma davasında davacı erkeğin kusuru ispatlamak için başka bir çaresinin bulunmadığı, bunun da hukuka uygunluk sebebi teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi gerektiği yönünde olmuştur (*bu konudaki görüşlerin tamamı için bkz*. Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 347-348). Nitekim bu tartışmalar ve değerlendirmeler, Almanya'da bu kararın verilmesinden kısa bir süre sonra kusura dayalı boşanma sisteminin terkedilmesinde etkili olmuştur. Yine Almanya'da 1963 ve 1967 yıllarında hukuka aykırı yollarla elde edilen ve eşlerin aldatıldığını gösteren mektupların boşanma davasında delil olarak kullanılmak istenmesi üzerine, bu delillerin kullanılamayacağına ilişkin Alman Federal Mahkemesi ve Bonn Asliye Mahkemesi kararları için bkz. Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, s. 401.

93 *Gilles* tarafından haklı olarak dikkat çekildiği üzere, bugün medenî yargılama hukuku ile Anayasa arasında ilişki kurulurken sadece doğal hâkim güvencesi, hak arama özgürlüğü gibi kavramlar akla gelmemekte; aynı zamanda yargılama prosedürlerinde insan onurunun korunması da aranmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gilles, s. 10.

94 Özellikle tarafların özel hayatına aşırı müdahâle edilmesini gerektiren birtakım delil ibrazı faaliyetlerinde aynı zamanda yargılama prosedüründe insan onurunun da zedelendiği dikkate alınmalıdır. Özel hayatın korunması çerçevesinde Yargıtay içtihatlarına göre de, kişinin özel hayatının bazı kısımları tamamen mahremdir ve bu alana hiçbir şekilde müdahâle edilemez. Bu yaklaşım, temelini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukundan almaktadır. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. "… özel hayatın gizliliği dediğimiz ve sadece bireyi ilgilendiren alana hiçbir şekilde müdahâle edilemez. Örneğin kişinin cinsel yaşamı böyledir. Hayatın bu gizli alanı ihlâl edilerek bir delil elde edilmiş ise, bunu kim, nasıl ve hangi amaçla elde etmiş olursa olsun söz konusu delil ceza mahkemesinde delil olarak kullanılamaz. Zira, hayatın gizli alanı bir delil elde etme yasağı teşkil eder." 3. HD, 21.3.2013, 2012-23195/698 [Mustafa Ateş, **HMK Yargıtay İlke Kararları,** Cilt II, 2. Bası, Yetkin, Ankara 2014, (Şerh), ss. 1406-1407].
Buna karşılık Hukuk Genel Kurulu'nun önüne giden bir olayda da, kadın, hangi sebeple olduğu karardan tam anlaşılamamakla birlikte, eşinin cinsel yönden yetersiz olduğunu düşünerek evi terk etmiştir. Bunun üzerine erkek eş, terke dayalı boşanma davası açmış; alınan bilirkişi raporu ile erkek eşin cinsel yönden yeterli olmasına rağmen, kadının ortak konuta dönüş davetine olumsuz yanıt vermesi sebebiyle mahkeme kadını kusurlu bularak boşanma talebini kabul etmiştir (HGK, 14.12.2011, 2-706/768; Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası). Bu karara konu yargılamanın özel hayatın korunması hakkına yaptığı müdahâleleri, yargılama sürecinde kişilik haklarının korunması bakımından modern hukuk yargılamalarında kabul edilmesi güç bir karar olduğu aşikârdır.
Benzer yönde, aynı zamanda insan onuruna ve kişilik haklarına ihlâl oluşturacak şekilde kadının kızlık zarının boşanma sebebi ve ispat faaliyetinin konusu olduğu yönünde kararlar için de bkz. 2. HD, 18.6.2003, 7774/9049 [Mehmet Akif Tutumlu, **Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku,** C. II, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2009, (Cilt II), s. 1276]; 2. HD, 2.6.2003, 7277/8127 (Tutumlu, C. II, s. 1019); 2. HD, 20.1.2003, 14849/660 (Tutumlu, C. II, s. 1020); 2. HD, 12.10.1998, 9154/10672 [Mehmet Akif Tutumlu, **Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku,** C. I, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2009, (Cilt I), s. 656]; 2. HD, 30.3.1987, 1905/2765 (Tutumlu, C. II, ss. 1021-1022); 2. HD, 4.2.1986, 814/1057 (Tutumlu, C. II, s. 1022); 2. HD, 19.11.1985, 9308/9645 (Tutumlu, C. II, ss. 1020-1021); 2. HD, 13.2.1984, 1073/1196 (Tutumlu, C. II, ss. 1020-1021); HGK, 14.5.1975, 2-362/627 (Tutumlu, C. II, ss. 1019-1020). Kadının evlilik ilişkisinin kurulmasının ardından hâlen bakire olmasının boşanma davası açısından kadının kusuru olup olmadığı konusunun tartışıldığı bir örnek için bkz. HGK, 16.3.2005, 2-171/159 [Bahattin Aras, **Boşanma Davalarında Yargılama Usûlü ve Aile Mahkemeleri,** Adalet, Ankara 2011, (Boşanma), s. 202].

Dolayısıyla gerek normatif hukukî düzenlemeler çerçevesinde ispat yükü ve delil ikame yükü belirlenirken, gerekse bazı durumlarda mahkemelerin delil ikame edilmesini istedikleri durumlarda kişilerin insan onurunun bulunduğu; insan onuruna aykırı olacak şekilde tarafların ve üçüncü kişilerin usûlî yükümlülükler altında bırakılmaması gerektiği her zaman dikkate alınmalıdır.

B. Âdil Yargılanma Hakkı

Âdil yargılanma hakkı Anayasalarda tanınmamış olsa dahi, bugün yargılama hukukları için hukuk devletinin vazgeçilmez bir zorunlululuğudur[95]. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti kavramı, âdil yargılanma hakkının içeriğini dolduran hakları ve ilkeleri hukuk sistemlerinin bir parçası haline getirmeyi zorunlu kılmaktadır[96]. Âdil yargılanma hakkının içerdiği pek çok ilke ve hak Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer almasına rağmen kanunkoyucu, yine de 2001 Anayasa değişikliklerinde *herkesin yargı organlarının önünde âdil yargılanma hakkına sahip olduğunu* Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünün bir parçası hâline getirmeyi tercih etmiştir[97]. Bu çerçevede âdil yargılanma hakkı Anayasa'nın 36. maddesinin bir parçası, anayasal bir hak olarak tereddütsüz şekilde yargılama sistemlerine yön vermektedir.

Başka bir davada davacı cinsel birleşmenin gerçekleşmediği iddiası ile boşanma davası açmış; davalı ise, gerçekleştiğini savunmuş; Yargıtay ise, "davanın kabul edilebilmesi için eşler arasında cinsel birleşmenin gerçekleşmediğinin sabit olması gerekir ve bu konuda ispat külfeti de davacıya düşer" şeklinde karar vererek boşanma davasının reddi gerekirken kabul edilmesini bozma sebebi yapmıştır (2. HD, 21.9.1993, 8040; Tutumlu, C. I, s. 572).

Davacı erkeğin, davalı kadının cinsel ilişkiyi güçleştiren rahatsızlığı bulunduğunu, tıbbî tedavinin mümkün olmadığını ileri sürerek geçimsizlik sebebine dayanarak açtığı davada Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, kadının bu durumu hakkında ikinci kez rapor alınarak boşanma hakkında karar verilmesi gerektiği yönünde verdiği bir karar için bkz. 2. HD, 1.7.1985, 5894/6173 (Tutumlu, C. I, s. 655). Benzer başka bir olay ve Yargıtay kararı için bkz. 2. HD, 16.12.1986, 10665/11069 (Tutumlu, C. I, ss. 655-656).

Örnek olarak üzerinde durduğumuz yukarıdaki yargı içtihatları, yirmibirinci yüzyılın temel haklar öğretisine, insan onuruna yakışır şekilde ve kişilik haklarına saygı çerçevesinde yargılama sürecinin yürütülmesine ciddi bir engel oluşturmaktadır. Bugün gelinen noktada taraflar buna benzer ispat faaliyetlerine ve yargılama süreçlerine dâhil olmadan boşanabilme hakkına sahip olabilmelidirler. Bu şekilde iktidarsızlığın kusurun ispatına ve boşanma davasına konu yapılmasının eleştirisi hakkında bkz. Hanswerner Odendahl, "Boşanma ve Boşanmada Kusur Meselesi Üzerine Düşünceler", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan,** Ankara 2008, ss. 649-651.

95 Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı,** 4. Baskı, İstanbul 2013, (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi,), s. 213.

96 İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 213.

97 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun için bkz. RG 17.10.2001, S. 24556 (Mükerrer).

Bununla birlikte âdil yargılanma hakkının tüm unsurları sadece Anayasa'nın 36. maddesinde düzenleme altına alınmamıştır. Örneğin âdil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olan *alenî yargılanma hakkı*[98], Anayasa'nın 141. maddesinde mahkemelerin işleyişine ilişkin bir ilke olarak düzenlenmiştir[99]. Benzer şekilde âdil yargılanma hakkının bir diğer unsuru olan *mahkemelerin bağımsızlığı*, Anayasa'nın 36. maddesinde değil, 138. maddesinde düzenlenmektedir. Mahkemelerin işleyişine ilişkin düzenlemeler içerisinde birer *ilke* olarak hüküm altına alınan âdil yargılanma hakkının bu alt unsurlarının, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan âdil yargılanma hakkı ile birlikte yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir[100].

Âdil yargılanma hakkı aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne, Sözleşme'nin ihlâli iddiası ile en fazla başvurulan madde âdil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddedir[101]. Bu maddede açıkça düzenlenmeyen birtakım ilkelerin ve hakların da, -*aşağıda yer verileceği üzere*- âdil yargılanma hakkına dahil olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile kabul edilir[102]. Bu çerçevede gerek âdil yargılanma hakkının somut görünümleri olarak Sözleşme metninden, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından ortaya çıkan ilkeler ve haklar Anayasa'nın 36. maddesinin bir parçasıdır[103]. Ayrıca Avrupa Birliği mevzuatı çerçevesinde *âdil yargılanma hakkı,* Temel Haklar Kataloğu'nda (*Charta der Grundrechte / Grundrechtscharta*), "*Etkili bir kanun yoluna başvuru ve adil yargılanma hakkı (Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht; Art. 47)*" ile "*iyi yönetilme hakkı (Recht auf eine gute Verwaltung; Art. 41)*" başlığı altında düzenlenmektedir[104]. Bu maddelerde kabul edilen âdil yargılanma unsurlarına aşağıda yeri geldiğince değinilecektir.

---

98 Alenî yargılanma hakkının, âdil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu tartışmasızdır. Bu konuda bkz. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 214; Kurt Gonca, ss. 106-107.

99 İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 214.

100 İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 214.

101 Jens Meyer ve Ladewig, Art. 6, N. 1. Örneğin 2009 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu 1625 kararın 931'i (yani yaklaşık % 57'si) 6. maddenin ihlâline ilişkindir (bkz. Jens Meyer ve Ladewig, Art. 6, N. 1)

102 İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 238.

103 İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 214.

104 Aynı zamanda ceza yargılamalarındaki ek güvenceler için bkz. Art. 48. Bu konuda bkz. Jens Meyer ve Ladewig, Art. 6, N. 1.

Konuyu ayrıntısıyla ve âdil yargılanma hakkının tüm unsurları ile inceleyeceğimiz üzere, ispat hakkının bir yargılama sisteminde olması gereken güvenceye kavuşması çok büyük oranda âdil yargılanma hakkının ve alt unsurlarının doğru bir şekilde uygulanmasından ve yorumlanmasından geçmektedir. Bundan sonraki açıklamalarımızda âdil yargılanma hakkı ile ispat hakkı arasındaki bu güçlü bağ ve etkileşim ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu anlamda ispat hakkı, âdil yargılanma hakkının pek çok unsuru ile koparılması mümkün olmayan güçlü bir bağ içerisindedir. Bu sebeple ispat hakkının kökenlerini sağlam bir şekilde yargılama hukukunda bulabilmesi için âdil yargılanma hakkı ile arasındaki ilişkinin gözardı edilmemesi, ispat hakkı yorumlanırken bu hakkın âdil yargılanma hakkının bir tamamlayıcısı olduğunun dikkate alınması gerekir.

1. Hâkkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı

Hakkâniyete uygun yargılanma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde "*...herkes ... davasının ... hakkaniyete uygun ... olarak görülmesini isteme hakkında sahiptir*" şeklindeki düzenlemesiyle, âdil yargılanma hakkının bir unsuru olarak -*âdil muhakeme hakkı olarak ifade edilen*- hakkaniyete uygun yargılanma hakkını düzenleme altına almaktadır[105]. Âdil yargılanma hakkının bu alt unsuru, diğer haklardan farklı olarak ucu açık olan bir haktır ve hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında hem de çeşitli hukuk sistemlerinde farklı birçok unsuru bünyesinde barındırmaktadır. Bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde sayılmayan, ancak hakkaniyete uygun bir yargılama için olmazsa olmaz nitelikteki hakların madde kapsamına dâhil edilmesini sağlamaktadır; belirli bir yargısal hak ihlâl edilmemiş olsa dahi, yargılamanın bir bütün olarak ele alınıp âdil yargılanma hakkına usûlî süreçte riayet edilip edilmediğinin değerlendirilmesi imkânını tanımaktadır[106].

Âdil yargılanma hakkının bu alt unsurunu teşkil eden hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, ispat hakkının gelişimi açısından çok önemli bir fonksiyona sahiptir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukuku ile gelişen bu kavramı, *ispat hakkını geliştirme hakkı* şeklinde dahi ifade etmek hatalı olmaz. Mahke-

[105] Bu konuda bkz. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, ss. 238-239; Jens Meyer ve Ladewig, Art. 6, N. 90-168.

[106] D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates ve C.M. Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku,** Oxford Univ. Press, 2009 (Avrupa Konseyi, 2012, Türkçe baskı), s. 248.

me'ye göre hakkaniyete uygun yargılamanın gerçekleştirilmesi için, yargılamanın yürütülmesi sırasında alınan önlemlerin savunma hakkının yeterince ve tam olarak kullanılmasına hizmet etmesi gerekir ve bu hakları teorik ve hayali değil, etkili kılacak önlemler almalıdır[107]. En önemlisi de, devletler savunma hakkını güvence altına almak konusunda çaba göstermlidir. Her ne kadar bu ilkeler ceza davaları açısından kabul edilmişse de, -*ulusal mahkemelere daha geniş bir takdir yetkisi bırakılarak*- aynı esasların özel hukuka ilişkin davalarda da uygulanmasına bir engel görünmemektedir[108].

Hakkâniyete uygun yargılanma hakkı kapsamına hangi alt hakların dâhil edileceği konusunda şüphesiz ki ceza davaları ile medenî yargıya ilişkin davalar arasında farklılıklar bulunmaktadır. Ceza davalarında âdil yargılanma hakkına uygun yargılama yapılıp yapılmadığına ilişkin kriterler, sadece bu davalar açısından uygulama alanı bulan Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkraları ile birlikte değerlendirilmektedir[109]. Medenî yargıya ilişkin davalarda ise, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde hakkaniyete uygun yargılanma hakkından türeyen alt yargısal hakların başında silâhların eşitliği ilkesi, ceza davalarındaki uygulamasında bazı farklılıklar taşımakla birlikte duruşmada hazır bulunma hakkı, duruşmaya etkili olarak katılma hakkı, çelişmeli yargılanma hakkı (hukukî dinlenilme hakkı)[110], davanın düzgün bir biçimde incelenmesi hakkı, gerekçeli karar elde etme hakkı gelmektedir. Aşağıda bu hakların ispat hakkı ile ilişkisi incelenecektir. Ancak şimdiden belirtmek gerekir ki, bu hakların ispat hakkı ile bağlantı noktalarından ihlâli bir yargılamada sadece ispat hakkı ihlâli oluşturmayacaktır. Zira aşağıda ele alınacağı üzere özellikle hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında kabul edilen bu ucu açık alt yargısal hakların içeriği hem hukukî dinlenilme hakkının hem de âdil yargılanma hakkının diğer unsurlarından izler taşımaktadır. Bu anlamda çoğu zaman ispat hakkını ihlâl edecek yargılama hataları aynı zamanda hukukî dinlenilme hakkını ve geniş anlamda âdil yargılanma hakkını da ihlâl tehlikesi barındıracaktır.

---

[107] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 238.
[108] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, ss. 238-239.
[109] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 238.
[110] "Çelişmeli yargılanma hakkı", Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukunu temeline alan Türk Anayasa Mahkemesi'nin âdil yargılanma hakkı içerisinde önemli durduğu bir yargısal haktır. Bu kavram esasında, aşağıda üzerinde durulacağı üzere Türk hukuk literatüründe ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nunda "hukukî dinlenilme hakkı" ile ifade edilir.

Bu anlamda özellikle hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında kabul edilen alt yargısal haklar çoğu zaman hukukî dinlenilme hakkı ile de iç içe geçmiş konumdadır.

2. Eşdeğer Silâhlarla Yargılanma Hakkı (Silâhların Eşitliği İlkesi)

a. İspat Hakkının Tesisinde Eşitlik İlkesinin Uygulanması

Medenî yargılama hukuku, adaletin gerçekleştirilmesine hizmet eder. Adaletin ne olduğu, nasıl sağlanacağı sorusu da medenî yargılamada ve özellikle ispat hakkının temininde eşitlik ilkesinin ne şekilde uygulanacağı konusunda özel bir önem kazanır. Adaletin tanımı konusunda tartışmalar yüzyıllar boyunca geçerliliğini korumuş ve özellikle bir üst yapı kurumu olan hukukun gösterdiği gelişimle birlikte adalet kavramının tanımına yüklenen anlamlar zaman içerisinde farklılaşmıştır. Bu anlamda adaletin hangi araçlarla tesis edileceği de, benzer gelişimden geçmiştir. Roma hukukunda işkence ile taraflardan delil elde etme prosedürü, o zamanın koşulları çerçevesinde adaletin tesisi için en temel başvuru araçlarından biri olarak kabul edilmekteyken, bugün işkence yolu ile ulaşılabilecek adalet anlayışı hukuk düzenlerince kabul edilmemekte, her ne sebeple olsun işkence adalete ve temel insan haklarına aykırı bulunmaktadır.

Adalet konusunda söylenecek ilk şey, adalet kavramıyla ilgili bugün bütün dünyada geçerli olan tek bir tanımının yapılamayışı olmalıdır. Ancak adalet kavramı tamamen muğlak bir tanım ve içeriğe de sahip değildir[111]. Hukukun küreselleşmesi ve bunun yanı sıra temel haklar kataloğunun hemen her hukuk sisteminde ve hukuk dalında temel bir çıkış noktası olmaya başlaması ile birlikte adalet kavramı üzerindeki belirsizlikler de bir nebze dağılır. En azından *Pascal*'ın yüzyıllar önce adalet konusunda "*Pirene dağlarının bir eteğinde adaletli sayılan, bir bakarsınız öteki eteğinde adaletsiz sayılmış.*" şeklindeki değerlendirmesinin bugün tam anlamıyla hâlen geçerliliğini koruduğunu ifade etmek güçtür. Uluslararası hukukun gelişimi, temel haklar hukukunun evrensel değerler çemberinde tüm dünya sistemlerinde küreselleşmesi ile birlikte bugün bu ifadenin hâlen katı bir şekilde kabul görmesine engeldir. En

[111] Adalet kavramının belirsizliği konusunda bkz. Rona Aybay, "Adalet, Hukuk ve İnsan Hakları", **Uluslararası Hukuk Kurultayı (2008),** Ankara 2009 (Ankara Barosu Yayını), ss. 29 vd.; Adnan Güriz, "Adalet Kavramı", **Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan,** Konya 1991, (Adalet Kavramı), ss. 59-73; Adnan Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", **Adalet Kavramı,** Ankara 2001, (Adalet Kavramının Belirsizliği), ss. 7-38.

azından günümüzün medenî toplumlarında, hukukun ve adaletin birtakım evrensel değerlere sahip olması gerektiği artık genel olarak kabul edilmektedir.

Adalet kavramının içinin doldurulması, tanımının yapılması konusunda yaşanan bu zorluklarına rağmen, yüzyıllardır adalet kavramı ile ilgili genel olarak kabul edilen kayda değer bir ayrım *Aristo*'nun kökleri çok eskiye dayanan *dağıtıcı ve denkleştirici adalet* kavramlarıdır. Bugün hukukumuzda da, bu kavramların anayasal eşitlik kavramına indirgendiği kabul edilir. Adalet hissine yönelik bir eşitliğin sağlanması, mutlak eşitlik anlamına gelmemelidir[112].

Bu genel çerçeveden sonra *dağıtıcı ve denkleştirici adalet* kavramlarının yargılama hukuku ve özellikle ispat hakkının tesisi açısından ispat hukuku sisteminde ne şekilde karşımıza çıkacağı üzerinde durulmalıdır. Öncelikle adaletin tesisi için başvurulacak bu kavramlar, daha doğrusu yöntemler sadece maddî hukuk kurallarının kapsama alanına girmemektedir. Pekâlâ yargılama hukuku kuralları düzenlenirken ve uygulanırken de, adaletin tesisi için dağıtıcı ve denkleştirici adaletin gerekliliklerine başvurmak gerekir. İcra hukukunda olduğu gibi esasında yargılama prosedürü ve özel olarak ispat sürecinde de hakka ulaşma, ancak bu süreçlerde taraflar arasında çatışan menfaatlerin adalete uygun şekilde dengelenmesi ile gerçekleşebilir. Ayrıca menfaatlerin dengelenmesi gerekliliğinin de, dağıtıcı ve denkleştirici adalet esaslarından doğduğu düşünüldüğünde hiç şüphesiz yargılama hukuku ve özellikle

[112] Yani içinde bulundukları durumlar göz önüne alınmaksızın herkese aynı şeyin verilmesi adalet hissine yönelmeyecektir. Bunun yerine bugün anayasa hukukunda da kabul edilen "akıl dışı keyfî ayrımcılık yapma yasağı"dır. Yani bu anlamda anayasal eşitliğin sağlanması için aksini haklı kılan akla uygun, mâkul özel nedenler bulunmadıkça eşit kişiye ve olguya eşit, eşit olmayan kişiye ve olguya ise bu eşitsizliğe uyacak şekilde eşit olmayan işlemin yapılması gerekecektir. Bu anlamda gerçek eşitlik, ekonomik ve sosyal güçlükleri dikkate alan eşitlik anlayışıdır. Buna aynı zamanda *güçsüzü koruyucu adalet* de denilmektedir (*iustitia protectiva*). Eşitlik ilkesine (adalete) uygunluğunun teknik anayasal ölçütü, özgürlük sınırlamalarında geçerli olan "*ölçülülük ilkesi*"dir. İşte eşitlik ilkesinden sapılıp keyfîliğe engel olacak en önemli araç *ölçülülük ilkesi* olacaktır. Ölçülülük ilkesi sayesinde taraflar arasında bozulan eşitlik, adalet hissini zedelemeyecek, aksine bu ilke sayesinde hassas bir dengede oturtulacak *eşitlik olgusu* bu hâliyle adalete uygun düşecektir (Serozan, Medeni Hukuk, ss. 39-40). Bu esaslar genel olarak devletin ayrımcılık yapma yasağı olarak da ifade edilebilecek *dağıtıcı (distribütif) adalet* kavramına ilişkindir. Bunun ötesinde, bir de taraflar arasındaki dengenin, eşitliğin bozulması durumunda devreye sokulan araçları ifade eden *denkleştirici (kommütatif) adalet* kavramından söz etmek gerekir. Maddî hukukta yapılan bu ayrım özellikle sözleşmesel ilişkilerde edimler arasındaki dengenin sonradan bozulması hâlinde, ilişkinin eski hâle iadesi için uygulanacak yaptırımları (iptal, uyarlama, dönme gibi) ifade eder. Zira dağıtıcı adalet kuralları uyarınca hukukî ilişkilerin kurulması, adaletin gerçekleşmesi için her zaman tek başına yeterli değildir; aynı zamanda sonradan edimler arasında meydana gelebilecek değişiklikler sonrasında da taraflar arasındaki ilişkinin eşitlenebilmesi, âdil olması gerekir (Serozan, Medeni Hukuk, s. 42).

ispat hukuku rejimlerinde bu adalet anlayışlarının tezahür etmesi, adalete uygun kararın ortaya çıkması için bir zorunluluktur.

Nitekim *Serozan* tarafından konu ele alınırken dağıtıcı ve denkleştirici adaletin yargılama hukukundaki tezahürü olarak "*yargılama adaleti*"nden söz edilmekte ve özellikle hak arama özgürlüğünün, silâhların eşitliğinin, yargılamanın kamuya açıklığının, hâkimlerin bağımsızlığının dağıtıcı ve denkleştirici adaletin, yani yargısal adaletin gerçekleştirilmesine ilişkin araçlar olduğu ifade edilmektedir[113]. Bu noktada bu kavramların, yani dağıtıcı ve denkleştirici adalet kavramlarının yargılama prosedüründe ve özel olarak da ispat prosedüründe ne şekilde somutlaştığı veya somutlaşması gerektiği incelenmelidir.

Öncelikle yargılama hukukuna ilişkin kanunların hazırlanması ve bunların uygulanmasında salt eşitlik ilkesine uyulması değil, güçsüzü koruyucu adalet anlayışına dayalı dağıtıcı adalet esaslarından hareket edilmesi esastır. Bu anlamda yargılama hukukunun zayıfları korumadığı, böyle bir misyonunun olmadığını ifade etmek kanaatimizce doğru olmayacaktır. Zira yargılama hukuku kuralları öncelikle zayıfları esas alan düzenlemeler çerçevesinde hak arama özgülüğüne ilişkin imkânları düzenlemeli, uygulamalı ve adalete erişimi sağlamalıdır[114]. Örneğin ekonomik gücü hak arama yoluna başvurmak için yetersiz olan kişilere adlî yardımdan yararlanma imkânı verilmesi zorunluluğu veya tüketicilerin birtakım başvurularda harçlardan muaf tutulması buna örnektir. Ancak burada özellikle hangi tarafın zayıf olduğu, dolayısıyla dağıtıcı adalet sağlanırken lehine eşitliğin sağlanması için ölçülülük ilkesinin uygun bulduğu ölçüde eşitlik ilkesinden ödün verilecek tarafın doğru belirlenme-

[113] Serozan, Medeni Hukuk, ss. 42-43.

[114] Buna verilebilecek bir diğer örnek tüketici konumunda bulunan kişilerin, tacirler karşısında korunması gereğini amaçlayan tüketici hukukundandır. Tüketici hukuku mevzuatında tüketiciler çeşitli açılardan özel korumaya tâbi tutulurken, bu koruma yargılama hukuku kurallarına da sirâyet etmektedir. Bu duruma yakın tarihli normatif bir düzenleme olarak 17 Haziran 2014 tarihinde yayımlanan "*Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Yönetmeliği*"nin Ek 1'inin (n) bendi örnek olarak verilebilir (RG 17.06.2014, S. 29033). Bu bentte: "*Tüketicinin özellikle, hukukî düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukukî düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar,*" *haksız şart* olarak kabul edilmiştir. Bu durum esasında hukuk nezdinde zayıf konumda olduğu kabul edilerek koruma altına alınan tüketicilerin ispat hakkına hiçbir suretle müdahâle edilemeyeceğini öngören çok somut bir düzenlemedir. Her ne kadar aynı sonuca hâlihazırda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinin 2. fıkrası ile Anayasa'nın 11. ve 36. maddeleri aracılığıyla da doğrudan doğruya ulaşılmakta ise de, kanunkoyucu burada zayıf konumda kabul edilen tüketiciler açısından korumayı bir kat daha temin etmeyi amaçlamıştır.

si gerekir. Örneğin ülkemizde uzun süre bankalar yargı yollarına başvururken birtakım yargısal harçları ödemekten muaf tutulmuşlardır. Ancak günümüz koşullarında, ülkemizde bankaların hukukî ilişki içerisine girdiği ticaret şirketleri ve özel kişiler karşısında korunmaya değer bir zayıflığının bulunduğunu iddia ve ispat etmek mümkün ve gerekli değildir. İşte bu durum kanunkoyucunun, dağıtıcı adaleti yerine getirirken eşitliği bir taraf lehine bozmasının keyfîliğine verilecek somut bir örnektir.

Bununla birlikte hâkimin veya kanunkoyucunun dağıtıcı adalet çerçevesinde taraflar arasındaki yargısal ilişkiye ve hâtta ispat sürecine müdahalede bulunabilmesi için bir tarafın korunmasını gerektirici bir sebebin bulunması şart değildir. Şayet taraflar arasındaki hukukî ilişki, dağıtıcı adalete aykırı bir şekilde taraflar arasındaki eşitliği âdil olmayan bir şekilde bozuyorsa hâkim bu durumda da müdahalede bulunabilmelidir. Zira dağıtıcı adaletin, hukukumuzda anayasal eşitlik ilkesine indirgendiğini belirtmiştik. Bu durumda şayet ortada anayasal eşitliğe ve dolayısıyla yargısal eşitliğe aykırı bir işlem, durum varsa hâkimin ölçülülük ilkesi çerçevesinde müdahalesi gereklidir. Örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre taraflar arasında düzenlenen delil sözleşmesi, taraflardan birinin ispat hakkını aşırı derecede sınırlandırıyor veya imkânsız hâle getiriyorsa geçersiz kabul edilecektir (HMK m. 193/2). Burada sonradan ortaya çıkan bir adaletsizlik söz konusu değildir, taraflar en baştan anayasal eşitliğe aykırı ve âdil olmayan bir anlaşma yapmışlar, yani en baştan dağıtıcı adaleti bir taraf lehine bozan bir durum bulunmaktadır. Bu hüküm maddî hukukta bir tarafın, diğer tarafın zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden veya tecrübesizliğinden yararlanarak sözleşmedeki edimler arasında aşırı bir dengesizlik oluşması hâlinde diğer tarafa sözleşmeyle bağlı kalmak istememesi veya edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesini talep hakkını veren *aşırı yararlanma* hâli ile benzerdir (TBK m. 28). Her iki durumda da taraflar arasındaki sözleşmelerde -*birinde maddî hukuk sözleşmesi, diğerinde usûl hukukuna ilişkin sözleşmedeki*- edimler arasında *en baştan*, yani sözleşmenin kurulması aşamasında oransızlık bulunur. İşte bu durumda da hâkim taraflar arasındaki delil sözleşmesinin değerlendirir ve ispat hakkını zedelediği kanaatine ulaşırsa, bu sözleşmeyi geçersiz kılar. Hâtta Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinin, 2. fıkrası düzenlenmemiş olsaydı dahi,

bu delil sözleşmesine hâkimin Anayasa'nın 11. maddesi çerçevesinde müdahale etmesi mümkün olacaktı[115].

Bunun yanı sıra, taraflara iddia ve savunmalarını sunabilmeleri için eşit imkânlar verilmesi, eşit imkânlar çerçevesinde dilekçe verme haklarının bulunması; tarafların eşit imkânlar çerçevesinde sundukları iddiaları yine eşit imkânlar çerçevesinde ispatlama imkânına sahip olmaları, bu anlamda yargılamanın taraflarına eşit şekilde bilgiye ve delile erişim hakkı sağlanması, tarafların aynı ispat kuralları çerçevesinde ispat faaliyeti yürütebilmesi; yargılama neticesinde verilen kararı kural olarak her iki tarafın da temyiz hakkının bulunması esasında yargılama hukukunda dağıtıcı adaletin tezahür şekillerdir. Benzer şekilde yargılamayı yürüten hâkimin her iki tarafa da eşit mesafede bulunması, bu anlamda yürüttüğü yargılama sürecinde tarafsız olması, dağıtıcı adaletin yani taraflar arasındaki eşitliğin mutlak şekilde sağlanabilmesi için şarttır. Bu belirtilen hususlar aynı zamanda medenî yargılama literatüründe "silâhların eşitliği" veya "usûlî, yargısal eşitlik" olarak da kabul edilmektedir.

Bunun yanı sıra üzerinde durulması gereken diğer husus, yargılama ve ispat hukukunda *denkleştirici* adaletin ne şekilde tezahür ettiğidir. Nitekim ispat hakkının tesisi açısından da sadece örneğin taraflara eşit şekilde iddialarını ispat etme imkânının verilmesi yeterli değildir. Aynı zamanda denkleştirici adalet gereği, taraflara verilen vakıasını ispat etme hakkının, bazı durumlarda taraflar arasındaki ispat faaliyeti dengesini aşırı derecede bozması hâlinde hâkimin ispat sürecine müdahalede bulunarak oluşan dengesizliği gidermesi gerekecektir. Bu durumu maddî hukukta, edimler arasındaki dengenin sonradan aşırı şekilde bozulması hâlinde hâkimin sözleşmeye müdahale etmesine benzetmek hatalı olmayacaktır. Yargılama hukukunda da örneğin taraflara eşit ispat imkânları verilmesine rağmen, taraflardan birinin ispat güçlüğü veya imkânsızlığı içine düşmesi hâlinde hâkimin ispat sürecine müdahale etmesi ve bir tarafın içine düştüğü ispat imkânsızlığının aşılması için birtakım önlemler alması gerekebilir. İspat imkânsızlığı veya güçsüzlüğü durumunda hâkim tarafından karar verilecek bu önleyici tedbirler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda -*örneğin maddî hukukta, TBK'da aşırı yararlanma ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konularında olduğu gibi*- özel olarak ve genel prensipleri itibariyle dü-

[115] İspat hakkı çerçevesinde delil sözleşmelerinin incelenmesi ve değerlendirmelerimiz için bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 22.

zenlenmemektedir. Ancak bu durumda hâkimin ispat sürecine hiç müdahale etmemesi, taraflardan birinin kendi kusuru olmaksızın ispat güçlüğü veya imkânsızlığına düşmesi hâlinde, bu tarafı âdeta kendi kaderi ile başbaşa bırakması düşünülemez. Böyle bir durumda hâkimin ispat güçlüğü veya imkânsızlığı içine düşen tarafı, sonradan oluşan bu eşitsizlik durumundan kurtaracak araçlara başvurması gerekir. Nitekim ispat güçlüğü veya imkânsızlığı hâlinde hâkimin diğer tarafa delil ikame yükünü yüklemesi veya ispat ölçüsünü düşürmesi gibi araçlara başvurabileceği öğretide ve yargı kararlarında kabul edilerek, âdeta üstü örtülü şekilde de olsa yargılama hukukunda denkleştirici adaletin zühur ettiği tespit edilmektedir.

b. Eşit Silâhlarla Yargılanma Hakkının Önemi ve Unsurları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamında hem ceza davaları hem medenî yargıya ilişkin davalarda tereddütsüz şekilde kabul edilen silâhların eşitliği ilkesi (*Equality of Arms; Waffengleichheit*), taraflara, talep ve açıklamalarını diğer tarafa nazaran dezavantajlı bir durumda olmayacak şekilde ileri sürebilmeleri için *eşit* fırsat verilmesini gerektirir[116]. Genel olarak bu ilke yargılamanın tarafları arasında "âdil bir dengenin" kurulmasını amaçlar[117]. Bu anlamda yargılamanın tarafları arasındaki her türlü eşitsizlik, eşit silâhlarla yargılanma hakkını ihlâl potansiyeli taşır. Kıyasıya rekabetin ve mücadelenin geçerli olduğu ekonomik sistemlerde dahi oyunun en önemli kuralı *âdil oynanması,* yani "*Fair Play*"dır. Liberal bir düşünce yapısı üzerine kurulu olan medenî yargılama sistemimizin de, tarafların *âdil bir oyun* oynayabilmeleri için yargılamada eşit silâhlara sahip olması gerekir.

Konunun esasına ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce, ispat hakkının önemli ölçüde köklerini saldığı bir hak olması itibariyle, bu ilkeyi/hakkı ifade etmek üzere kullandığımız kavramlar üzerinde durmak isteriz. Silâhların eşitliği, Türk hukuk literatüründe neredeyse tamamen "silâhların eşitliği *ilkesi*" şeklinde, yani bir

---

[116] Harris ve diğerleri, s. 254; İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 239; Jens Meyer ve Ladewig, Art. 6, N. 112. Bu konuda ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 220; Vollkommer, ss. 503-504.
Ceza yargılamasında silâhların eşitliği ilkesi kapsamında başlıca kabul edilen alt unsurlar şu şekilde sıralandırılabilir: (*i*) davaya ilişkin bilgi ve belgelere erişim hakkı, (*ii*) delillere -*tanık, bilirkişi gibi*- başvuruda eşitlik ilkesi, (*iii*) karşı delil sunma hakkı, (*iv*) çarpraz sorgu hakkı. Bu konuda bkz. Ender Anaklı, **Silahların Eşitliği İlkesi** (Marmara Üniv., SBE Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2006, ss. 21-96; Zehra Yavuz, **Silahların Eşitliği İlkesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukukumuzdaki Dönüştürücü Etkileri** (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2009, ss. 27-75.

[117] Harris ve diğerleri, s. 254; İnceoğlu, s. 220; İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 239. Ayrıca bu konuda bkz. Tettinger, s. 41.

yargılama ilkesi şeklinde ifade edilmektedir[118]. Alman hukukunda da silâhların eşitliğini karşılayan "*Waffengleichheit*" bazı yazarlarca *yargısal bir temel hak* (*Prozessgrundrecht* der Waffengleichheit) bazılarınca da *yargılama ilkesi* (*Verfahrensgrundsatz* der Waffengleichheit) olarak ifade edilmektedir[119]. Bu çalışmada ise, silâhların eşitliği ilkesinin, *talep etme* özelliği ön plana çıkarıldığından bu kavramı karşılamak üzere, *eşit silâhlarla yargılanmayı talep hakkı* kavramının kullanılması tercih edilmektedir. Zira bu başlık altında yapılan açıklamalar, bağımsız şekilde silâhların eşitliği ilkesine yönelik değildir; ispat hakkı kataloğu içerisinde değerlendirilen ve ispat hakkı açısından âdil bir yargılamanın gerçekleşebilmesi için tarafların ispat hakkına yönelik taleplerini konu almaktadır. Çalışmamızın en başında ispat hakkı için yapılmış olan tanım hatırlanacak olursa, ispat hakkının, ispat kataloğuna dair birtakım yargısal ilkeleri ve hakları *talep etme* yönünün ön plana çıkarıldığı tespit edilebilir. Bu tanıma göre, "ispat hakkı, ...ispat faaliyetinin objeleri ve süjeleri arasında engel yaratılmamasını *talep hakkı*"dır. Bu sebeple, silâhların eşitliği *ilkesi* yerine, bilinçli olarak bu ilkenin gereklerini ispat hakkının güvence altına alınması için mahkemeden talep etme özelliğini ön plâna çıkaran *eşit silâhlarla yargılanmayı talep hakkı* kavramının kullanması tercih edilmiştir.

"*Silâhların eşitliği*" kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ilk olarak ***Neumeister v. Avusturya*** davasında ifade edilmiş ve bu karardan sonra da mutlak olarak 6. madde kapsamında kabul edilen bir alt ilke hâlini almıştır. ***Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands*** başvurusunda[120] da, mahkeme silâhların eşitliği ilkesini şu ifadelerle tanımlamıştır:

> "Silâhların eşitliği, davanın bir tarafını, diğer taraf karşısında belirli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın deliller de dahil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makûl ve kabul edilebilir olanaklara sahip olması zorunluluğudur."[121]

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan silâhların eşitliği ilkesi tanımı da yukarıdaki tanıma benzerlik göstermekle birlikte, ispat hakkı ile bu ilke arasındaki ilişki daha güçlü bir ifade ile vurgulanmaktadır:

> "Taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin sağlanmasını amaçlayan

[118] Bu konuda bkz. Vollkommer, s. 504.
[119] Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kwaschik, ss. 87-90; Musielak, ss. 60-61.
[120] ***Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands,*** 27.10.1993, 14448/88, Para. 32.
[121] Tanım için bkz. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 239.

> silâhların eşitliği ilkesi, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında eşitliğin sağlanması ve bu dengenin yargılamanın her aşamasında korunmasını ifade etmekte olup, bu usuli güvence gereğince, uyuşmazlığın her iki tarafına da savunmasının temel dayanağı olan delilleri sunma imkânı tanınmalıdır."[122]

Anayasa'dan temelini alan eşitlik ilkesinin (Ay m. 11), yargılama hukukundaki sonucu "*silâhların eşitliği ilkesi*" dir[123]. Silâhların eşitliği, *usûlî eşitliği* ifade eder. Bu açıdan bakıldığında, hukukî dinlenilme hakkının *öncelikli* olarak silâhların eşitliği ilkesinin gerçekleşmesine ve dolayısıyla ispat hakkına hizmet ettiğini görmekteyiz[124]. Zira, hukukî dinlenilme hakkının bir unsuru olan "*açıklama hakkı*", yani ispat hakkı tarafların yargılamada silâhlarını eşit tutabilmelerinin yegâne yoludur[125]. Nitekim, hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilerek taraflardan birine açıklama hakkının tanınmaması veya eksik tanınması, doğrudan doğruya tarafların silâhlarının eşitliğini bozacaktır. Öğretide ifade edildiği şekilde "*Bir tarafın dinlenmesi kimsenin dinlenmemesidir.*"[126].

Bununla birlikte, yargılamada her iki tarafın eşit olarak dinlenmesi, tek başına silâhların eşitliğini de sağlayamayacaktır. Aynı zamanda her iki tarafın yargılamada sahip olduğu veya olması gereken imkânların, tam ve diğerini dengeleyecek şekilde kullanılması; bu anlamda tarafların yargılama sürecinde her açıdan silâhlarının eşit olması sağlanmalıdır[127]. Bu gereklilik ispat hukukunda ve özellikle ispat hakkının

---

[122] AYM 20.3.2014, 2013/1780, § 23-24 (RG 10.5.2014, S. 28996).

[123] Özekes, s. 50; Pekcanıtez, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 759; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 250. Yargıtay 2. Dairesi'nin, silâhların eşitliği ilkesi ile ilgili verdiği bir kararı konunun önemini vurgulamaktadır: "**Kişilerin gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalarda, gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen isnat ve suçlamalarla ilgili davalarda, davanın taraflarının herbirinin; diğer taraf karşısında kendisini önemli ölçüde dezavantajlı konumda bırakmayacak şartlarda iddia ve savunmalarını mahkemeye sunabilmesi ve bu iddia ve savunma sınırları içinde gerekli olan delilleri gösterebilmesi için makûl bir fırsata sahip olması (silâhların eşitliği ilkesi) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının bir gereği olup, taraflardan birine bu fırsatın tanınmaması sözleşmenin 6. maddesinin ihlâli sonucunu doğurur.** / Davacı taraf tanık gösterdiği ve gösterdiği tanıklar ilk oturumda mahkemece dinlendiği halde, davalıya delil gösterme fırsatı tanınmadan ilk oturumda dava sonuçlandırılmıştır. Davalıya delillerini gösterme imkânı tanınmadan, gösterdiği takdirde toplanmadan eksik tahkikatle hüküm kurulması doğru görülmemiştir." 2. HD, 27.10.2004, 11405/12644 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bankası).

[124] Özekes, s. 50; Pekcanıtez, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 759; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 250.

[125] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, C, 2.

[126] Özekes, s. 48; Pekcanıtez, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 759; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 253.

[127] Özekes, s. 50. Kıta Avrupası sistemlerinde Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında silâhların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil eden en yaygın uygulamalardan bir tanesi, özellikle ceza davalarında söz konusu olan devlet avukatı veya savcının, yargılamanın diğer tarafı karşısında sahip olduğu ilâve yetkiler olmuştur. Bu yetkiler çerçevesinde bildirilen görüşlerden diğer taraf haberdâr edilmemiş ise, bu durum hem birazdan ele alınacak olan çelişmeli yargılanma hakkını hem de silâhların eşitliği ilkesini zedelemiş olacaktır. Zira aşağıda duracağımız üzere çelişmeli yargılanma hakkı, silâhların eşitliği ilkesin-

kullanılmasında önemini çok somut şekilde gösterir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da kabul edildiği üzere[128], davanın taraflarının birinin iddiası karşısında diğer tarafın bu iddiaya karşı savunmasının temel dayanağı olan delilleri sunma imkânı tanınmıyorsa, bu durum hem silâhların eşitliğini hem de ispat hakkını ihlâl eder. Bu kapsamda silâhların eşitliği sağlanırken, ispat ve deliller üzerinde tarafların eşit imkânlara sahip olması her iki temel hakkın da gereğidir. Aksinin geçerli olduğu bir durumda, yani taraflardan birisi, hakkın gerçek sahibi olsa da ispatta eşit imkânlar tanınmadığı için haklılığını ispatlayamazsa, yargılama sürecini lehine sonuçlandıramaz. İspat hukukunda ise, tarafların en önemli silâhları, ispat vasıtaları olan "*delilleri*" dir. Bu sebeple taraflardan birinin silâhının diğerinden üstünlüğünü sağlayacak her türlü eşitsizlik ispat hakkı ihlâli olarak âdil bir yargılamanın gerçekleştirilmesine engel olacaktır.

Aşağıda üzerinde durulacağı üzere, eşit silâhlarla yargılanma hakkının ispat hakkı ile pekçok noktada önemli bağlantısı bulunur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özellikle doğrudan doğruya ispat hakkını da içeren konuyla ilgili çok sayıda karar vermiştir. Bu içtihatlar genellikle yargılamanın taraflarının ispat sürecinde eşit hak ve imkânlara sahip olmaması şeklinde vuku bulmuştur. Aşağıda söz konusu bu içtihatlar dikkate alınarak ispat hakkı kataloğumuz genişletilecektir. Zira silâhların eşitliği ilkesinden türeyen bu alt ilkeler, ispat hakkının güvence altına alınması açısından da ispat hakkı kataloğunun birer unsuru, parçasıdır.

Bu başlık altında son olarak, -*ispat hakkının ihlâli suretiyle*- silâhların eşitliği konusunda karşılaşılan ihlâlin, âdil yargılanma hakkının gerçek ihlâlinin oluşturup oluşturmadığı konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin geliştirdiği birtakım kriterler üzerinde durmak gerekir. Bu anlamda Mahkeme, uyuşmazlık konusu olan âdil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eden "eşitsizliğin" yargılamada gerçek anlamda ve fiilen adaletsiz kılıp kılmadığını denetlemektedir. AİHS anlamında 6. madde kapsamında âdil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eden bir eşitsizliğin, yargılamayı, bütünü içerisinde âdil olmaktan çıkarması gerekmektedir[129]. Bununla

---

den ayrı olmakla birlikte bazı durumlarda silâhların eşitliği ilkesinin ihlâli, devamında çelişmeli yargılanma hakkının ihlâlini de beraberinde getirmektedir. Bu konuda ayrıntılı içtihatlar için bkz. Harris ve diğerleri, s. 254-256.

[128] ***De Haes and Gijsels v. Belgium,*** 24.2.1997, 13616/88 (hudoc). Bu kararın değerlendirmesi için bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, B, b.

[129] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 221.

birlikte bu ölçüt ispat hakkı açısından değerlendirildiğinde, özellikle taraflardan birisi aleyhine ispat hakkını ihlâl edecek usûlî eşitsizliklerin kural olarak yargılamayı da bir bütün olarak âdil olmaktan çıkaracağı kanaatindeyiz. İspat hakkı ihlâl edilerek verilecek bir karar çoğu zaman tarafların hukukî dinlenilme ve açıklama haklarını da zedeleyeceğinden ve bu durum da verilecek kararı etkileyecek olduğu için yargılamanın da bir bütün olarak âdil bir yargılama olarak kabulü oldukça zordur.

aa. Âdil Şekilde Delil Sunma Hakkı

aaa. Genel Olarak

Âdil şekilde delil sunma hakkı (*right to fair presentation of the evidence*) hem âdil yargılanma hakkının zorunlu bir unsuru hem de yargılamada tarafların gerçek anlamda ispat hakkına sahip olmaları ve bu hakkı kullanabilmelerinin temel bir koşuludur. Tarafların eşit olmayan imkânlar çerçevesinde, hakkaniyete ve âdil yargılanma hakkına aykırılık oluşturacak şekilde delillerini sunmaları aynı zamanda tarafların sahip olduğu ispat hakkını da ihlâl edebilecektir. Âdil şekilde delil sunma hakkı, bu kavram altında açıkça Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilmemiş olsa da, bu kavram özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihat hukukunda tereddütsüz olarak kabul edilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamında âdil şekilde delil sunma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından çeşitli yönlerden inceleme konusu yapılabilmektedir. Bunlar içerisinde karşı delil sunma hakkı, tarafların eşit imkânlar çerçevesinde delil sunma hakları, tanık dinlenmesinde veya bilirkişi incelemesinde eşit hakka sahip olma, belgelere ve bilgilere eşit erişme hakkı gibi birtakım görünüm şekilleri bulunur. Bunlara aşağıda tek tek yer verilecektir.

Öncelikle, âdil delil sunma hakkına getirilecek sınırlamalar ve ihlâller bazı durumlarda aynı zamanda silâhların eşitliği ilkesine bazı durumlarda aynı zamanda çelişmeli yargılanma hakkı veya hukukî dinlenilme hakkına ve hâtta bazı durumlarda alenî şekilde yargılanma hakkına da aykırılık oluşturabilecek niteliktedir. Dolayısıyla bu tarz ihlâllerin ortak özelliği âdeta ispat hakkını ihlâl eden her bir uygulamanın aynı zamanda âdil yargılanma hakkı ile hukukî dinlenilme hakkını da ihlâl edebiliyor olmasıdır. Zira her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz'da bu haklar birbirinden farklı kanunî düzenlemeler içerisinde yer alsa da, çoğu durumda bu haklar ve bu haklardan türeyen alt yargısal temel haklar içiçe bir uygulama oluş-

turur ve çoğu durumda bu alt yargısal hakları birbirinden ayrıştırmak mümkün bulunmaz.

bbb. Delillerin Değerlendirilmesi

Delillerin değerlendirilmesinin ispat hakkı açısından taşıdığı önem ve dogmatik temelleri, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde, -*konunun önemine binaen*- ayrı bir başlık altında ve ayrıca hâkimin yetkileri çerçevesinde ayrıca incelenecektir[130]. Burada ise, ispat hakkının kalbinde yatan delillerin değerlendirilmesi meselesiyle ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi'nin konuya bakış açısı ortaya konulacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamına *kural olarak* delillerin kabulü, toğlanması ve değerlendirilmesi gibi meseleler girmemektedir[131]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özellikle bu yetkinin ulusal mahkemelerin hâkimiyet alanına girdiğini, bu anlamda ulusal mahkemelerin delilleri iyi değerlendirip değerlendirilmediğini denetleyemeyeceklerini; hangi delillerin hangi uyuşmazlık hakkında getirildiği konusunda kendilerinin takdir yetkisi bulunmadığını vurgulamaktadır[132]. Nitekim Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil ülkeler içerisinde dahi çok çeşitli ispat sistemleri ve delil değerlendirme yöntemlerinin bulunması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamına delillerin kabulünü ve değerlendirmesi meselesini dâhil etmeyi imkânsız kılmaktadır[133]. Bu anlamda ispat hakkını sınırlandıran bir unsur olarak -*çalışmanın ilerleyen bölümlerinde incelenecek olan*- örneğin kesin delille ispat zorunluluğu veya birtakım başka örnekler, *kural olarak* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetim alanına girmemektedir. Buna benzer şekilde örneğin tanıklığa ilişkin getirilen sınırlamalar da Mahkeme'nin inceleme yetkisine *kural olarak* girmemektedir[134].

Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, birtakım ortak kriterler kabul ederek âdil şekilde delil sunma hakkını 6. maddenin kapsamı içerisinde teminat altına almaya çalışmaktadır. Delillerin değerlendirilmesi ve takdiri meselesi de her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetimine tâbi tutulmamakta ise

---

[130] Bu konuda bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 8, II, E, b.
[131] Jens Meyer ve Ladewig, Art. 6, N. 141.
[132] ***Schenk v. Switzerland,*** 12.07.1988, 10862/84 (hudoc), § 46. Bu konuda ayrıca bkz. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 222, 283-284, 317-319.
[133] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, ss. 284, 317-318.
[134] Jens Meyer ve Ladewig, Art. 6, N. 141.

de, özellikle delillerin elde ediliş yöntemlerinde ağır ihlâller bulunuyorsa veya delillerin takdiri yargılamayı bir bütün olarak âdil olmaktan çok uzak bir noktaya sürüklüyorsa, *istisnaî hâllerde* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi delillerin değerlendirilmesi meselesine de girebilmektedir. Bu değerlendirmenin yine yargılamanın bütünü içerisinde âdil yargılanma hakkının ağır ihlâlinin söz konusu olduğu durumlarda gerçekleşebileceğini hatırlatmakta fayda vardır.

Delillerin elde ediliş yöntemleri arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin müdahale ettiği uygulamalardan birisi, hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların delil olarak yargılamada kullanılamamasına ilişkindir. Şayet delil hukuka aykırı yollardan elde edilmiş ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi -*geçmişte olduğu gibi*[135]- yeni tarihli kararlarında yargılamanın âdil şekilde gerçekleştirilmediğine karar vermektedir[136].

Bu kapsamda her ne kadar delillerin takdiri, ispat ölçüsü açısından hangi delillere ne kadar ağırlık verilmesi gerektiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin takdir yetkisi kapsamında kabul edilmese de, *delillere ilişkin verilen kararın keyfî veya mantık kurallarına aykırı olması* durumunda Mahkeme ulusal mahkemenin kararına müdahale edebilmektedir[137]. Burada keyfîlik ve mantık kurallarına aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği konusunda benimsenen bir kriter bulunmamaktadır. Ancak bu duruma örnek olarak verilen ***Schuler-Zgraggen v. İsviçre***[138] kararı kanaatimizce de durumu somutlaştıran bir karardır[139].

> Bu karar başvurucunun kendisine bağlanmış olan mâlûllük aylığının "*günlük hayat tecrübelerine dayanan bir varsayım* (*assumption based on experience of everyday life*)" üzerine kesilmesine ilişkin bir uyuşmazlığa dayanmaktadır[140]. Karar, bu yönüyle çalışmamızda ayrı bir başlık altında ele alınacak olan varsayımların ispat hakkını sınırlandırması üzerine de örnek bir karardır[141]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen bu uyuşmazlıkta, ulusal mahkeme, pek çok kadının ilk çocuğu doğduğunda çalışmayı bıraktıklarına ilişkin tecrübe kuralından yararlanarak başvurucunun mâlûllük aylığının kesilmesini hukuka aykırı bulmamıştır. Başvurucuya

[135] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki yaklaşımı daha önce tarihî gelişim çerçevesinde ele alınmıştır. Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1, I, E.
[136] Bu konuda ayrıntı için bkz. Jens Meyer ve Ladewig, Art. 6, N. 143-145.
[137] İnceoğlu, s. 318. Âdil yargılanma hakkına ilişkin Sözleşme'nin 6. maddesi -*ve özellikle hakkaniyete uygun yargılanma hakkı*-, temelde *keyfî uygulamalara karşı kişileri korumaktır* (*Schutz vor Willkür*). Bu konuda bkz. Jens Meyer ve Ladewig, Art. 6, N. 91.
[138] ***Schuler-Zgraggen v. Switzerland,*** 24.07.1993, 14518/89 (hudoc).
[139] Bu karar için ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 319.
[140] ***Schuler-Zgraggen v. Switzerland,*** § 64.
[141] Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 20.

göre ise, şayet kendisi erkek olsaydı, İsviçre Federal Sigorta Mahkemesi pek çok bilimsel çalışmaya aykırı olan böyle bir varsayımdan yararlanarak aynı sonuca ulaşılmayacaktı[142]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, normalde delillerin kabulünün ve değerlendirilmesinin iç hukuk meselesi olduğunu belirtmiş[143], ancak ulusal mahkemenin benimsemiş olduğu bu varsayımın, ulusal mahkemenin karar gerekçesinin tek temelini oluşturduğunu belirterek kararı aynı zamanda Sözleşme'nin 14. maddesindeki ayrımcılık yasağına da aykırı bulmuştur[144]. Bu kararda, ulusal mahkemenin kararı nesnel ve makûl bir haklılığının bulunmadığı belirtilerek Sözleşme'nin 6. maddesi ile birlikte 14. maddesine de aykırı bulunmuştur[145].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, ulusal mahkemelerin delilleri değerlendirme konusundaki yetkisine müdahalede bulunduğu bir diğer dava ***Van Kück v. Almanya*** davasıdır[146].

Ulusal hukuk sisteminde medenî yargıda karara bağlanan bu davada, cinsiyet değişimi için ameliyat olan başvurucunun ameliyat masraflarını sigorta şirketinden alamaması üzerine açtığı davada ulusal mahkemenin delilleri değerlendirme süreci Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından değerlendirilmiştir[147]. Esasen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ulusal mahkemelerin delilleri değerlendirme sürecini kural olarak inceleme konusu yapmamasına rağmen, bu davada özel olarak bilirkişi delilinin ve diğer delillerin incelenmesi sürecinin değerlendirme konusu yapılması, bu kararı oldukça istisnaî nitelikte kılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, ulusal mahkeme, bilirkişi raporunu yeterince açıklığa kavuşturmadan karar vermiştir; zira transeksüelizm özel bir tıbbî bilgi ve incelemeyi gerektirdiğinden, bilirkişi raporunun aydınlığa kavuşması için yazılı veya sözlü açıklama istenmesi veya başka bir uzmandan görüş alınması gerekirdi[148]. Bu şekilde başka delillere başvurulmadan ve bilirkişi delili de iyi bir şekilde değerlendirilmeden, sigorta şirketinin ödeme yapması için aranan "tıbbî gereklilik" kavramının yorumu ve delillerin değerlendirilmesi mâkûl değildir[149].

Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi her ne kadar delillerin değerlendirilmesi meselesine kural olarak girmediğini belirtmekteyse de, yukarıda üzerinde durduğumuz bazı içtihatlarından delillerin değerlendirilmesi konusunda üye devletlere önemli birtakım ipuçlarını verdiğini belirtmek mümkündür. Mahkeme ***Sommerfeld v. Almanya*** davasında da[150], yargılamanın bütün olarak âdil olmasına engel olacak ispat hakkı ihlâli konusunda tespitini yapmış, ancak kendi yetkisine

[142] ***Schuler-Zgraggen v. Switzerland,*** § 64.
[143] ***Schuler-Zgraggen v. Switzerland,*** § 66.
[144] ***Schuler-Zgraggen v. Switzerland,*** § 67.
[145] ***Schuler-Zgraggen v. Switzerland,*** § 67.
[146] ***Van Kück v. Germany,*** 12.09.2003, 35968/97 (hudoc).
[147] ***Van Kück v. Germany,*** § 12-28. Bu karar için ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 320.
[148] ***Van Kück v. Germany,*** § 55-57.
[149] ***Van Kück v. Germany,*** § 57.
[150] ***Sommerfeld v. Germany,*** 8.7.2003, 31871/96 (hudoc).

dâhil olmadığından delillerin değerlendirilmesi meselesine girmeyerek başvuruyu reddetmiştir.

> Bu davada başvurucu, ebeveynin çocuğu ile görüşmesine izin verilmemesi kararında, yetkililerin çocuğun bu yöndeki isteğini destekleyecek psikiyatrik deliller olmaksızın sadece çocuğun isteğine göre karar verilmesinin âdil yargılanma hakkına aykırı olduğunu iddia etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, ebeveynin çocukla görüşme talep ettiği durumlarda ilişki hakkında doğru ve eksiksiz bilgilerin mevcudiyetinin bir önkoşul olduğunu vurgulamakla birlikte, önlerine gelen uyuşmazlıkta delilleri değerlendirme meselesinin ulusal mahkemelerin görevine girdiğini belirterek bu konuda uzman bir psikoloğun görüşüne başvurulması gerektiğini kendilerinin karara bağlamalarının mümkün olmadığını belirtmiştir[151].

Anayasa Mahkemesi önüne ise, konuyla ilgili yani yerel mahkemenin delilleri hatalı değerlendirdiğinden bahisle bugüne kadar bireysel başvuru yolu ile çok sayıda başvuru yapılmamıştır. İlk olayda başvurucu, verilen çekin ödeme değil teminat için verildiğini; senetle ispat kuralı sebebiyle iddiasını ispat etme hakkından yoksun kaldığını ifade ederek âdil yargılanma hakkı ihlâli iddiasında bulunmuştur. Bu başvuruda senetle ispat kuralının, ispat hakkını zedelediğini ileri süren başvurucunun talebini, Anayasa Mahkemesi delillerin değerlendirilmesi meselesinin kendi görev alanına girmediğini belirterek reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, kendisinin de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi delil ibrazı ve delillerin incelenmesi *yöntemlerini* inceleme görevine sahip olmadığını; kendisinin üstlendiği görevin başvuru konusu yargılamanın, prosedürün bir bütün içerisinde âdil bir yargılama oluşturup oluşturmadığından ibaret olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple söz konusu başvuruda, başvurucunun senetle ispat kuralı sebebiyle yargılamada delil sunma ve ispat etme hakkından yoksun kaldığı ve bu sebeple de âdil yargılanma hakkının zedelendiğine ilişkin yaptığı başvuruda başvurucunun talebini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının, senetle ispat kuralının -*özellikle başvuru konusu olayda*- ispat hakkını yoğun şekilde ispat etmesi sebebiyle artık yapılan yargılamanın *âdil bir yargılama olma* özelliğini kaybettiği kanaatindeyiz. Bu konu ve Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu içtihadı çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıca ele alınacağından, burada kararın değerlendirilmesine ilişkin ayrıntılara girilmemektedir[152].

Bir başka kararında da, Anayasa Mahkemesi istisnaî olarak delillerin değerlendirilmesi meselesine girebileceğini belirtmiş ancak başvuruya konu olayda bilirkişi

---

[151] ***Sommerfeld v. Germany***, § 72-73. Ayrıca bu karar hakkında bkz. Harris ve diğerleri, s. 427.
[152] Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 14, II.

raporları arasındaki çelişkiyi, delillerin değerlendirilmesi meselesine müdahâle etmek için yeterli derecede *keyfî* bulmamıştır[153].

Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin olduğu gibi delillerin değerlendirilmesi meselesine, ancak mahkemenin bu konuda *keyfiyete* kaçacak oranda yanılgıya düşmesi hâlinde müdahâle edebileceğini belirtmektedir. Yukarıda yer verilen içtihatlarında, Anayasa Mahkemesi delillerin değerlendirilmesi meselesine müdahale yetkisini şu ifadelerle belirtmektedir ve kanaatimizce bunlar, ispat hakkının ihlâli hâlinde başvuru imkânını kısıtlayan önemli sınırlardır[154]:

> "...ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddî olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olması veya adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfilik içermesidir. Başvurucular, yargılama sırasında delillerini, iddialarını veya savunmalarını sunmuşlar, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara itiraz etme imkânı bulmuşlar ve bunlar derece mahkemeleri tarafından gereği gibi değerlendirilmiş ise kanun yolu şikayeti niteliğindeki bu tür başvurular hakkında açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilir. Ancak söz konusu kurallara uyulsa dahi yargılamanın bütünü incelendiğinde açık bir keyfilik durumu söz konusu ise bu tip şikayetler kabul edilmektedir. Derece mahkemelerince delillerin yanlış değerlendirildiği iddiaları yönünden, Mahkeme, temyiz merci olmadığı için inceleme yapmayı gerekli görmemektedir. Bu çerçevede, kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular

---

[153] "5. Birinci başvurucuya ait olup, ikinci başvurucunun sevk ve idaresinde bulunan aracın karıştığı çift taraflı trafik kazası sonucunda, kazaya karışan diğer araç sürücüsü hayatını kaybetmiştir. / 6. Olay nedeniyle başvurucular aleyhine Edremit 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin E. 2006/389 sayılı dosyasında tazminat davası açılmıştır. / 7. Edremit 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin E. 2006/389 sayılı dosyasında yürütülen yargılama esnasında mahallinde keşif icra edilmiş, emekli trafik başkomiseri sıfatını haiz **teknik bilirkişi tarafından sunulan raporda**, başvuruculardan Recep Gündüz'ün kazada **2/8 oranında kusurlu olduğunun tespit edildiği** belirtilmiştir. / 8. Mahkemece dava dosyası kusur oranı yönünden değerlendirme yapılmak üzere Adli Tıp Kurumu Başkanlığına gönderilmiştir. / 9. **Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesince tanzim edilen 16/4/2007 tarihli raporda**, ikinci başvurucunun kusur oranının **%50 olduğunun** tespit edildiği belirtilmiştir. / … 27. **Başvurucu tarafından, ilk derece mahkemesince bilirkişi raporları arasındaki çelişki giderilmeksizin Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi tarafından tanzim edilen bilirkişi raporundaki kusur oranına ilişkin tespite dayanılarak tazminata hükmedilmesinin anayasal haklarının ihlâline yol açtığı belirtilmekte olup, başvurucunun iddialarının özünün derece mahkemelerince delillerin değerlendirilmesinde ve yorumlanmasında isabet olmadığına ve esas itibariyle yargılamanın sonucuna ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.** / 28. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun iddiasının kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu, derece mahkemesi kararlarının bariz bir şekilde keyfilik de içermediği anlaşıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin 'açıkça dayanaktan yoksun olması' nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir." AYM 12.2.2013, 2012/1027 (RG 22.2.2013, S. 28567).

[154] AYM 16.5.2013, 2013/539, § 44.

açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesince incelenemez." [155]

Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihatları dikkate alındığında, delillerin hatalı değerlendirilmesi sonucuna varacak ispat hakkı ihlâlleri konusunda son derece çekingen davranacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda ise, delillerin kabul, delillerin takdiri, delillerin hatalı değerlendirilmesi sonucuna ulaşabilecek potansiyel ispat hakkı ihlâllerini inceleme alanının dışına iteceği hissedilmektedir. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bakış açısı, delillerin takdirinin *yargılamayı bir bütün olarak âdil bir yargılama olmaktan çıkarması hâlinde, yerel mahkemelerin takdir yetkisine müdahale edtmektir*. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yukarıda incelenen içtihatlarında Mahkeme'nin hassas bir değerlendirme yaparak ispat hakkı ihlâllerini, âdil yargılanma hakkı ihlâli olarak değerlendirdiği görülmektedir. Bu konuda kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin daha hassas değerlendirmelerle, ispat hakkı ihlâllerine sebebiyet verecek türden delillerin değerlendirilmesi meselelerinde hataya düşülmesi hâlinde, konuyu âdil yargılanma hakkı çerçevesinde incelemelidir.

bb. Karşı Delil Sunma Hakkı

Karşı delil sunma hakkı, ispat hakkının önemli bir unsurudur ve aynı zamanda âdil yargılanma hakkının da temel bir tamamlayıcısıdır. Bir tarafın iddia ve ispat faaliyetini gerçekleştirmesinin ardından, makûl olmayan gerekçelerle diğer tarafın bu iddialara karşı ispat hakkının sınırlandırılması hem ispat hakkını ihlâl etmektedir hem de çoğu zaman silâhların eşitliği ilkesini de ihlâl niteliği taşır[156]. Örneğin ***De Haes and Gijsels v. Belçika*** davasında[157] davalıların iddialarının dayanağını oluşturan birtakım delilleri sunma haklarının sağlanmaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından karşı delil sunma imkânının verilmemesi sebebiyle silâhların eşitliği ilkesinin ihlâli olarak kabul edilmiştir[158].

> Bu davada davacılar hakkında haber yapan başvurucu gazetecilere karşı açılan tazminat davasında, yaptıkları haberin temelsiz ve asılsız olmadığını, haberlerinin kaynağını oluşturan birtakım mahkeme dosyalarında bulunan uzman görüşleri ile ispat etmek istemişler ancak hem yerel mahkemenin hem de üst merciin başvurucu da-

[155] Aynı yönde bkz. AYM 12.2.2013, 2012/1027, § 26 (RG 22.2.2013, S. 28567); AYM 16.4.2013, 2012/649, § 26; AYM 12.2.2013, 2012/695, § 23.

[156] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde kabul edilen karşı delil sunma hakkı ve bu hakkın silâhların eşitliği ilkesi ile ilişkisi hakkında ayrıca bkz. İnceoğlu, ss. 222-223.

[157] ***De Haes and Gijsels v. Belgium,*** 24.2.1997, 13616/88, § 58 (hudoc).

[158] Bu dava hakkında ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 222.

valının bu taleplerini reddetmesi üzerine başvuru dosyası önüne gelen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, davalılara bu imkânın verilmemesinin yargılamayı âdil olmaktan çıkardığı yönünde kanaat bildirmiştir.

Mahkeme ***Hentrich v. Fransa*** davasında[159] da, benzer şekilde başvurucuya karşı ispat ve delil sunma hakkının tanınmamış olmasını, silâhların eşitliği ilkesinin ihlâl olarak değerlendirmiştir[160].

> Bu davada, uyuşmazlık, düşük bedelli ön alım hakkının kullanılarak davaya konu taşınmazın çok düşük bedelle alındığı iddiasına karşılık diğer tarafa bedelin gerçek değeri yansıttığı ve iyiniyetle hareket ettiği konusunda delil sunarak ispat imkânı verilmediğine dayanmaktaydı ve Mahkeme, başvurucuya karşı ispat ve delil sunma hakkı tanınmamasını, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlâli olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahekemesi'nin bu konuda, bireysel başvuru kararlarında benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını takip ettiğini gözlemlemek mümkündür. Esasında karşı ispat faaliyetinin ihlâli sebebine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'ne başvuru sayısı oldukça azdır. Bu konuda Mahkeme'nin ceza davası açısından vermiş olduğu bir karar, kanaatimizce medenî yargıya ilişkin uyuşmazlıklar bakımında da geçerlidir. Zira her iki durumda da, ihlâlin kaynağını Anayasa'nın 36. maddesi oluşturmaktadır ve bu anayasal düzenlemenin her iki hukuk alanında da benimsediği sınırlama ilkeleri aynıdır. Bu sebeple kanaatimizce bir ceza davasında verilmiş olsa da, kararda benimsenen ilkeler medenî yargıda uygulama alanı bulacak karşı ispat faaliyeti ve ispat hakkı için de geçerlidir.

> Anayasa Mahkemesi söz konusu kararda öncelikle uyuşmazlığa ilişkin delilleri değerlendirme ve özellikle bazı tanıkların dinlenmesi, keşif yapılması, bilirkişi dinlenmesi gibi delil ibrazı taleplerinin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olduğunu belirtmiştir. Ardından ise somut uyuşmazlıkta istisnaî olarak yerel mahkemenin söz konusu takdir yetkisinin müdahaleye açık olduğunu, zira diğer tarafın karşı ispat hakkının ihlâl edildiğini kabul etmiştir. Somut olayda, Mahkemenin, "mahkûmiyet kararına gerekçe gösterdiği olguların varlığı yönünden sadece müşteki beyanlarını ve iddia makamının gösterdiği delilleri dikkate alması, buna karşılık başvurucunun aynı olguların aksini ispat için gösterdiği tanıkları dinlememesi ve diğer delilleri toplamaması, onu, müştekiler ve iddia makamı karşısında önemli ölçüde dezavantajlı duruma düşürmüş" olduğunu belirterek söz konusu yargılamanın bir bütün hâlinde adil olmaktan çıktığını kabul etmiştir."[161]

---

[159] ***Hentrich v. France,*** 22.9.1994, 13616/88 (hudoc).
[160] Bu dava hakkında ayrıca bkz. İnceoğlu, ss. 222-223.
[161] AYM 25.3.2015, 2013/1966 (RG 30.6.2015, S. 29402)

Karşı delil sunma hakkı çerçevesinde aynı zamanda kişilerin uyuşmazlığın çözümü için hâkimiyet alanlarında bulunan delilleri sunma hakkı da bulunur. Örneğin bir uyuşmazlığa ilişkin olarak taraflardan birinin delil sunma hakkı bulunuyor ancak diğer tarafa delil sunma imkânı verilmiyorsa veya bu imkân sınırlandırılıyorsa, ispat hakkını ihlâl eden bu durum âdil şekilde delil sunma hakkını da, karşı delil sunma hakkını da, eşit silâhlarla yargılanma hakkını da, âdil yargılanma hakkını da ihlâl edecektir.

> Böyle bir kanunî düzenlemeyi somutlaştırmak için 2005 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 245. maddesinin 2. fıkrasını örnek göstermek mümkündür[162]. Bu düzenlemeye göre "*İdari yargı mercilerine yapılan itirazda, gümrük idaresine itiraz sırasında kullanılan bilgi ve belgeler dışında herhangi bir bilgi ve belge kullanılamaz.*" şeklinde bir düzenleme yer almaktaydı ve itirazda bulunan mükellefin uyuşmazlığa ilişkin delil ibrazı hakkını sınırlamaktaydı. Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi çerçevesinde incelediği bu düzenlemeyı Anayasa'nın 36. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Her ne kadar iptal kararında sadece hak arama özgürlüğünden bahsedilmiş; âdil yargılanma hakkı, silâhların eşitliği ilkesi, âdil şekilde delil sunma hakkından açıkça söz etmemişse de, gerekçesini tamamen tarafların sahip olduğu ispat ve savunma hakkına dayandırmıştır[163].

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında olduğu gibi çok sık rastlanmamakla birlikte bazı Yargıtay kararlarında da, ispat hakkı çerçevesinde kişilerin *karşı ispat hakkı* olduğu da belirtilmekte ve ihlâl bozma sebebi teşkil etmektedir[164].

---

[162] AYM 18.10.2005, 2003-7/71 (RG 22.2.2006, S. 26088).

[163] "Kişinin karşılaştığı bir suçlamaya karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir eylem veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanmak ve bu davada kullanılabilecek kanıtları mahkeme önüne getirebilmektir. Sav ve savunma birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması olanaksız olan niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelini oluşturmaktadır. Hak arama özgürlüğü, temel hak niteliği taşıması dışında, diğer hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkin güvencelerden biridir. Bu temel saptama karşısında, daha kapsamlı bilgi ve belgelerle donatılmış idarenin kullanacağı savunma hakkı yanında, gümrük vergisi mükelleflerinin de hak arama özgürlüğünden tam anlamıyla yararlanmalarının sağlanması gerekir.
Buna göre, iptali istenilen kuralla idari yargı mercilerine yapılan itirazda, gümrük idaresine yapılan itiraz sırasında kullanılan bilgi ve belgeler dışında herhangi bir bilgi ve belgenin kullanılamamasının öngörülmesi, savunma hakkının kısıtlanmasına yol açarak, yargı merciinin doğru ve adil bir sonuca ulaşılabilmesini engelleyeceğinden Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturur." AYM 18.10.2005, 2003-7/71 (RG 22.2.2006, S. 26088).

[164] "...Taraflar arasındaki uyuşmazlık, limited şirket pay devri karşılığında davacıya verilmesi taahhüt edilen para ve emtianın davacıya verilip verilmediği hususundadır. Taraflar arasında noter önünde imzalanan sözleşmelerde davacı davalıları ibra etmiş ise de, bu ibranın sadece payların nominal değeri için olduğu ve bunun dışında davalıların davacıya pay devri karşılığı olarak bir takım eşya ve para ödemesi konusunda anlaşma yaptıkları dosyadaki belgelerden ve davalıların teklif edilen yemini ettikleri beyanlarından anlaşılmaktadır. Nitekim, **davalı Kenan İlker, davacının dayandığı '4 No'lu De-**

cc. Tanıkların Dinlenmesinde Silâhların Eşitliği

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hem ceza davalarında hem de medenî yargıya ilişkin davalarda, davanın taraflarının tanık dinletmek konusunda yargılamada eşit imkânlara sahip olması gerektiğini karara bağlamaktadır[165]. Esasında sadece ceza davaları açısından uygulanacak olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendinde açıkça bu haktan söz edilmiş ve bir suç ile itham edilen herkesin *iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek* hakkına sahip olduğu belirtilmiştir (AİHS m. 6/3, d bendi). Aynı maddenin 1. fıkrasında benzer bir hakkın medenî yargıya ilişkin davalarda da aynı şekilde geçerli olduğunu belirten bir düzenleme açıkça bulunmamakla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aynı hakkın medenî yargıya ilişkin davalarda da 6. maddenin 1. fıkrasının silâhların eşitliği hakkının uygulamasından çıktığını kabul etmektedir[166].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihat hukukuna göre, ulusal hukuk sistemlerinde birtakım yargılama kurallarının, davanın bir tarafına iddiası ile ilgili tanık deliline dayanmasına engel olması ve bu durumun davanın diğer tarafına nazaran kendi aleyhine önemli bir dezavantaj yaratması hâlinde, Mahkeme silâhların eşitliği ilkesinin ihlâl edildiğini ve diğer tarafın karşı ispat faaliyeti ve hakkının engellendiğine karar verebilmektedir[167]. Bu anlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu en önemli kararlardan birisi yukarıda silâhların eşitliği ilkesi başlığı altında da zikrettiğimiz ***Dombo Beher v. Hollanda*** davasıdır[168]. Bu davada Avrupa

---

lil' olarak adlandırılan fotokopideki imzanın kendisine ait olduğunu kabul etmiştir. O halde, davalıların davacıya ifa etmekle yükümlü bulundukları para ve emtiayı davacıya teslim ya da ödedikleri hususundaki kanıt yükümlülüğü davalılara aittir. Bu durumda mahkemece, davalılara davacıya karşı ifa yükümlülüklerini yerine getirdikleri konusunda ispat hakkı tanınarak, oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, kanıt yükü ters çevrilerek, davacının kanıt yükümlülüğü altında bırakılması ve davayı kanıtlayamadığı gerekçesiyle, davanın reddi doğru görülememiştir...." 11. HD, 5.11.2002, 7353/10021 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

165 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, ss. 226-228; İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 240.

166 İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 240.

167 İnceoğlu, s. 226.

168 ***Dombo Beheer v. Netherlands,*** 27.10.1993, 14448/88 (hudoc). Bu davada sözleşmenin ihlâl edildiği konusundaki iddia, tüzel kişi şirketin banka nezdinde kredisinin yükseltilmesi yönünde yapılan müzakerelere her iki tarafın yöneticisinin katılması, ancak sonradan bankanın yapılan sözlü anlaşmaya uymayarak şirketin kredisini yükseltmemesine dayanmaktaydı. Uyuşmazlığın yargısal sürece yansıması üzerine yerel mahkemenin, söz konusu sözleşmenin müzakereleri hakkında başvurucu şirketin tanığını

İnsan Hakları Mahkemesi, bir tarafın gösterdiği tanığın dinlenmesine karşın diğer tarafın tanığının dinlenmeden karar verilmesini, silâhların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur[169, 170].

> Bu davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal mahkemenin kararının, uyuşmazlık konusu sözlü anlaşmanın ispatına bağlı olduğu ve bu sözlü anlaşmanın ispatında sadece davacı tarafın bir tanığı ile davalı tarafın bir tanığının bulunmasının ve bu koşullar altında, uyuşmazlığın kilit delilleri olan her iki tanığın da dinlenmesi gerekirken sadece davalı tarafın tanığının dinlenmesinin Sözleşme'nin 6. Maddesi'nde düzenlenen silâhların eşitliği ilkesine aykırılığı ve tanıkların dinlenmesi konusunda tarafların eşit imkânlara sahip olması zorunluluğu karşısında ihlâl niteliği taşıdığına karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafların, gösterdiği veya gösteremediği tanıkların 6. maddenin ihlâli niteliği taşıyabilmesi için delil ibrazındaki eşitsizliğin bir taraf aleyhine nitelikli bir dezavantaj yaratmasını aramaktadır[171]. Bunun için de eşitsizlik yaratan tanık ifadeleri içerisinde, mutlaka mahkemenin diğer tarafın tanık beyanlarına üstünlük tanımış olması gerekir.

> Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ***Ankerl v. İsviçre*** davasında[172] ise, benzer bir durumun -*yukarıda belirttiğimiz şekilde dezavantaj yaratmaması sebebiyle*- 6. maddenin ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Bu davada başvurucu mahkemenin eşinin yemin ederek özel hukuk davasında kendisini destekleyici ifade vermesine izin

---

dinlememesine karşılık diğer taraf olan Banka'nın tanığını dinlenmesi ve hükmünü bu tanığın beyanları üzerine oluşturması, Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin ihlâli olarak değerlendirilmiştir. Ulusal mahkemenin ise başvurucunun tanığını dinlememesinin gerekçesi, tarafların kendi davalarının tanığı olamayacağı kuralına dayanmaktaydı. Zira söz konusu uyuşmazlıkta yerel mahkeme, tüzel kişi şirketi temsile yetkili olan yöneticisi gerçek kişinin aynı zamanda şirketin hissedârı olması, bu kişiyi aynı zamanda uyuşmazlığın tarafı hâline getirmesi sebebiyle tanık olarak dinlenmemesi yönünde hükmünü kurmuştu. Buna karşılık bankanın yöneticisi olarak dinlenen tanığın sadece yönetici sıfatına sahip olması, bu kişiyi davanın tarafı yapmaması sebebiyle yerel mahkeme tarafından beyanları dikkate alınmıştır. Buna rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, bu davada banka ile şirket arasında gerçekleştirilen sözlü anlaşmasının ispatı davacı açısından çok önemlidir ve söz konusu sözlü anlaşmaya tanıklık eden iki kişinin beyanları uyuşmazlığın çözümünde çok büyük önem taşımaktadır; bu sebeple de, uyuşmazlığa ilişkin en önemli delil olan iki kilit tanığın sadece birinin ifadesinin hükme esas alınması âdil olmadığı gibi silâhların eşitliği ilkesine de aykırılık oluşturmuştur (***Dombo Beheer v. Netherlands*****,** § 33-35).

169 Bu karar hakkında ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 221.

170 Bu karara çok benzer başka bir karar için bkz. ***Ruiz-Mateos v. Spain,*** 23.6.1993, 12952/87 (hudoc). Bu davada da, dava görüldüğü esnada anayasaya aykırılık iddiası ile davada uygulanacak bir kanun hükmü için anayasa mahkemesine başvurulmuş ve anayasa mahkemesinde görülen anayasaya aykırılık iddiasında sadece devleti temsilen görevli olan avukatın görüşlerine başvurulmuş, başvurucunun buna ilişkin savunma yapmasına imkân verilmemiştir. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından silâhların eşitliği ilkesine aykırı bulunmuştur (***Ruiz-Mateos v. Spain,*** § 63-67).

171 Bu konuda bkz. İnceoğlu, s. 227.

172 ***Ankerl v. Switzerland,*** 23.10.1996*,* 17748/91 (hudoc). Bu dava hakkında ayrıca bkz. İnceoğlu, ss. 227-228.

vermemesinin[173], silâhların eşitliği ilkesinin ihlâli olduğunu, zira karşı tarafın yeminli ifade veren bir tanık gösterdiğini belirterek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştu[174]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, ulusal mahkemenin tanık delillerini serbestçe değerlendirme yetkisini kullanırken Bayan Ankerl'i yeminli olarak dinlemiş olsa dahi, bu ifadeyi serbestçe değerlendirme yetkisine sahip olduğunu; ayrıca, ulusal mahkemenin diğer tarafın tanığının ifadesine ağırlık verildiği yönünde kararında herhangi bir gerekçe olmadığını ve hâtta ulusal mahkemenin, kararını başka delillere de dayandırmış olduğunu; ulusal mahkemenin Bayan Ankerl'in ifadesini şayet yeminli olarak dinlemiş olsaydı dahi diğer delillere üstün geleceğinin kesin olmadığını ifade ederek söz konusu durumun âdil yargılanma hakkını ihlâl etmediğine karar vermiştir[175]. Nitekim bu davada da, her iki tarafa da tanıkla ispat hakkı tanınmış, ancak taraflardan birinin tanığının yeminsiz dinlenmiş olması, tanık delilinden yararlanmak konusunda mutlak bir eşitsizlik olarak kabul edilmemiş; aynı zamanda yeminli olarak dinlenen tanık beyanları dışında, tanık beyanına dayanan tarafın başka delillerle de iddiasını desteklemiş olması, dolayısıyla mahkemenin hükmünü tamamen tanık beyanına dayandırarak kurmamış olması, diğer taraf aleyhine kayda değer bir dezavantaj yaratmamıştır. Görüldüğü üzere özellikle karşı delil sunma hakkı çerçevesinde tanık dinlenmesinde usûlî eşitliğin bozulması için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi istikrarlı şekilde aleyhine tanık dinletilmeyen taraf için nitelikli bir dezavantaj durumu yaratılmış olması kriterini aramaktadır.

Yargıtay içtihatlarında bakıldığında ise, benzer şekilde tanık beyanlarının eşit bir şekilde alınmaması mutlak bir bozma sebebi olarak kabul edilmektedir[176]. Özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinin açıkça ispat hakkını düzenlemesi üzerinde verilen içtihatlarda her iki tarafın da tanığının eşit bir şekilde dinlenilmesi gerektiği hususu Kanun'un 27. maddesi yanında, Anayasa'nın 36. maddesine dayandırılmaktadır. Bu anlamda kişilerin tanık dinletme hakları, hak arama özgürlüğünün bir parçası olarak mutlak şekilde ispat hakkı kapsamında kabul edilmektedir[177, 178].

---

[173] 10.04.1987 tarihli Cenevre Kantonu Medenî Yargılama Kanunu'nun 225. maddesine göre eşler, boşanmış dahi olsalar yargılamada tanık olarak dinlenemez; şayet dinlenecekler ise de, yine aynı Kanun'un 226. maddesine göre ancak yeminsiz olarak dinlenebilirler (***Ankerl v. Switzerland,*** § 25). Dolayısıyla taraflardan birisinin boşanmış olsa dahi eşi, o tarafın davasında ancak yeminsiz olarak, sadece bilgi edinme amacı ile dinlenebilir.

[174] ***Ankerl v. Switzerland,*** § 35.

[175] ***Ankerl v. Switzerland,*** § 38.

[176] Örnek bazı kararlar için bkz. "... Mahkemece, bu hususlar gözardı edilerek ve davalılar vekilinin bildirmiş olduğu tanıkları dinlenmeden; başka bir anlatımla T.C. Anayasasının 36. maddesi uyarınca davalıya tanınan savunma hakkı kısıtlanarak ya da savunmasını ispat imkânı tanınmadan davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır**.**" 8. HD, 25.10.2011, 5101/5433 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

[177] 9. HD, 7.3.2012, 2009-46804/7600 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası). "... Mahkemece, davalı tanıkları dinlenilmeksizin hüküm kurulduğu, davalı tarafa tanıkların dinlenmesi için usulüne uygun kesin mehil verilmediği görülmüştür. / Savunma hakkı Anayasamız'ın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesinde ... açıkça hüküm altına alınmıştır. / İddia ve savunma hakkı, 6100 sayılı HMK'nun hukuki dinlenilme haklı başlıklı 27. maddesi ile usül hukukumuza yansıtılmıştır. / ... Bu açıklamalar

Son olarak konuyla ilgili üzerinde durulması gereken nokta, ispat hakkının gerçek anlamda sağlanabilmesi için aynı zamanda tanıkların dinleneceği duruşmaya uyuşmazlığın taraflarının da katılmış olması veya en azından mutlaka bu konuda önceden bilgilendirilmeleri gerekir. Tarafın kendi aleyhine olabilecek tanık ifadelerinin alındığı duruşmada bulunmaması, tarafın ispat hakkını ihlâl edebileceği gibi âdil yargılanma hakkını da zedeleyecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de, tanıkların bulunduğu duruşmada tarafların bulunması gereğini, âdil yargılanma hakkının unsuru olarak değerlendirdiği kararı mevcuttur[179].

dd. Bilirkişi Yönünden Silâhların Eşitliği

İspat hakkı, taraflara yargılama ve özellikle ispat sürecinde eşit imkânlar çerçevesinde iddialarını ispatlama hakkı tanımalıdır. Bu gereklilik aynı zamanda bilirkişi deliline başvurma konusunda da, tarafların eşit imkânlara sahip olmasını gerektirir. İspat hakkı çerçevesinde her iki tarafa da bilirkişi incelemesini talep etme hakkı tanınması; bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan rapor hakkında, tarafların her ikisinin de haberdâr edilmesi; nihâyetinde her iki tarafa da bilirkişi raporları

ışığında somut olay değerlendirildiğinde davalı tarafça tanık isimleri mahkemeye dilekçe ile bildirilmiştir. / **Mahkemece, davalı tarafa tanıklarını dinletmesi hususunda usulüne uygun kesin mehil verilerek tanıklarını dinletme imkân sağlanması ve tanık beyanlarının diğer delillerle birlikte değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken,** davalı tanıklarının usül hukuku hükümlerine aykırı olarak dinlenilmeyip, davalının hukuki dinlenilme hakkının kısıtlanması hatalıdır...."

178 Ayrıca bu konuda iki örnek kararda daha, konunun ispat hakkı ile ilişkisi özellikle vurgulanmıştır: ".... **Davacı 13.10.2003 tarihli dilekçesiyle delil olarak tanıklarını bildirmiş, bu tanıklar mahallinde yapılan keşifte HUMK.nun 258 ve 259. maddeleri hükümlerine göre usulüne uygun bir biçimde davet edilip dinlenmemişlerdir.** Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36. maddesine göre herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. **Bu nedenle davacıya iddiasını ispat hakkı tanınmalıdır. Mahkemenin davacı şahitlerini dinlemeden hüküm kurması doğru değildir**..." 8. HD, 7.11.2005, 6181/7361 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası). "Dava, velayetin anneye verilmesi talebine ilişkin olup basit yargılama usulüne tabidir. Ne var ki; mahkemece basit yargılama usulünde duruşma yapılmaksızın karar vermeye imkân tanıyan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 320/1. maddesinin uygulanmasında hataya düşülmüştür. Şöyle ki, velayete ilişkin dava kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma ilkesi uygulanır. Taraflar dilekçelerinde tanık deliline de dayanmıştır. **Velayetin düzenlenmesinde asıl olan, çocuğun üstün yararıdır. Dinlenecek tanıklarla, mevcut hükümden farklı olarak çocukların üstün yararının gözetilmesini gerektirecek yeni bir durum ve olgu ortaya çıkabilir. Öyleyse, dayandıkları olgu ve vakıaları kanıtlama konusunda taraflara imkân tanınması, "adil yargılama hakkını" içeren "hukuki dinlenilme hakkı" nın bir gereğidir (HMK.md.27.)** Öyleyse, açıklanan hususlar gözetilerek mahkemece duruşma günü belirlenerek, taraflara tanıklarını da dinletme imkânı tanınması, delillerinin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." 2. HD, 4.3.2014, 2013-21470/4695 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

179 ***Komanicky v. Slovakia,*** 4.6.2002, 32106/96, § 49-55 (hudoc). Bu önde ayrıca bkz. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 240.

hakkında açıklamada bulunma hakkı ve itiraz hakkının tanınması gerekir. Aksi durumların varlığı, potansiyel ispat hakkının ihlâli niteliğini taşıyacaktır.

Bu çerçevede öncelikle bilirkişi incelemesine başvuru hakkının, ispat hakkı çerçevesinde mutlak olarak zorunlu olup olmadığı meselesi üzerinde durulmalıdır. Çözümü teknik bilgi gerektiren durumlarda bilirkişiye gidilmemesinin, ispat hakkı ihlâli oluşturacağı konusunda şüphe duyulmamalıdır. Zira bilirkişi incelemesine başvurulması talep edilen sorun, uyuşmazlığın çözümü için gerekli ve hâkimin hukukî bilgisiyle çözemediği bir meseleye ilişkinse, hâkimin bu talebi reddetmesi ispat hakkını *mutlak şekilde* ihlâl edecektir. Özellikle bazı uyuşmazlıklar bakımından bilirkişi incelemesine başvurulması, o vakıanın başka türlü ispatı mümkün değilse, ispat hakkı ve âdil yargılanma hakkının gereği zorunludur. Soybağına ilişkin davalar (TMK m. 436, 409, 474) veya bazı tıbbî davalar[180] buna örnek verilebilir[181]. Bazı durumlarda ise kanunkoyucu zorunlu bilirkişiliği kabul etmektedir; yine bu şekilde

---

[180] Bu konuda örnek teşkil edebilecek bir olay ve Yargıtay kararı için bkz. "Yukarıda belirtildiği üzere, iş kazasından doğan maddî ve manevî tazminattan işverenin sorumlu tutulabilmesi için olayın iş kazası olması yeterli olmayıp, işverenin, iş güvenliği önlemlerini alma ve özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışı veya ihmal gösterdiğinin kanıtlanması gerekmektedir. / İşverenin kusurlu olup olmadığı, ... işyeri hekimliği, işgücü sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman olan bir kardiyoloğun da yer alacağı bilirkişi heyetinden iş kazası ile işverenin eylemi arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı, illiyet bulunuyorsa kalp krizinin oluşumunda işverenin kusurunun bulunup bulunmadığının saptandığı, kusuru mevcut ise kusurunun ağırlığının değerlendirildiği **kusur raporu alınmalıdır**. / Belirtilmelidir ki, alınacak raporun: işverenin, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olması nedeniyle, işçilerin hayatı için gerekli tedbirleri alması, gerekli tedbirlerin alınmamasının işverenin kusuru olduğu ve özellikle, somut uyuşmazlık yönünden, kalp krizinde kişinin yaşının, beslenme şekli ve kültürünün, genetik özelliklerinin ve bünyevi yapısının, tütün bağımlılığı, alkol kullanımı, egzersiz durumunun, cinsiyetinin de faktör olduğu, sağlığının çeşitli faktörlerinin bir araya gelmesiyle bozulabileceği, sigortalının bünyevi yatkınlığı ve genel sağlık durumunun bir araya gelerek miyokart infarktüsünün ortaya çıkabileceği ve bu durumun olayın uygun illi kısmi sebebi olabileceğinin gözetildiği; ayrıca işyerinde çalışma şartlarının kalp krizini tetikleyip tetiklemeyeceğinin belirlendiği ve bu hususların kusurun ağırlığının değerlendirilmesinde dikkate alındığı **bir rapor niteliğini taşıması gerekmektedir.** / Sonuç olarak, mahkemece, işyeri hekimliği, işgücü sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman olan bir kardiyoloğun da yer alacağı bilirkişi heyetinden İş Kanununun 77. maddesinin öngördüğü koşulları göz önünde tutarak ve özellikle işyerinin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin, işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelemek suretiyle, ölen işçinin işyerinde çalışma şartlarının kalp krizini tetikleyip tetiklemeyeceğinin belirlendiği ve iş kazası ile işverenin eylemi arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı, illiyet bulunuyorsa kalp krizinin oluşumunda işverenin kusurunun bulunup bulunmadığının saptandığı, kusuru mevcut ise kusurunun ağırlığının değerlendirildiği kusur raporu alınarak, dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirerek çıkacak sonuca göre karar verilmelidir. ..." HGK, 20.3.2013, 2012-21-1121/386 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

[181] Örneğin akıl hastalığına dayalı boşanma davasında (TMK m. 165) hâkimin bilirkişi incelemesine başvuru zorunluluğu bulunur. Bu konuda bkz. Barış Toraman, **Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi** (Anadolu Üniv. SBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), Eskişehir 2012, s. 171-172.

bir kanunî düzenlemenin öngördüğü zorunluluk karşısında bilirkişiye başvurulmaması ispat hakkı ihlâline sebebiyet verebilecektir[182].

Bunun haricinde, taraflardan birinin bilirkişiye başvuru hakkının reddedildiği her durum ispat hakkı ve âdil yargılanma hakkı ihlâli oluşturmaz. Ancak taraflardan birisi, bilirkişi incelemesine başvuru hakkını kullanmış, bilirkişi incelemesinin uyuşmazlık konusu vakıanın aydınlanmasındaki etkisini somutlaştırma yükü çerçevesinde açıklamış ve neden bu delilin kendisinin yürüttüğü ispat faaliyeti için önemli olduğunu gereği gibi temellendirmiş ve buna rağmen mahkeme bilirkişi incelemesine başvuru talebini reddetmişse, bu durum *kural olarak* ispat hakkı ihlâli niteliğini taşıyacaktır. Böyle bir ihlâlin varlığını tespit için kanaatimizce, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin her unsurda uyguladığı *yargılamanın bütün olarak âdil şekilde gerçekleştirilmesini engelleyen* bir red kararı olup olmadığı ölçütüne başvurulmalıdır. Şayet mahkemenin bilirkişi incelemesini red kararı, o vakıanın aydınlanmasını olumsuz etkilemiş veya bilirkişi incelemesine başvurulsa idi, uyuşmazlığı etkileyecek farklı gerçeklerin ortaya çıkacağı ispatlanmışsa, bu durumda yargılama âdil şekilde gerçekleşmemiştir ve ispat hakkı ihlâli bulunmaktadır[183].

---

[182] Hâkimin zorunlu olarak bilirkişi incelemesinin bulunduğu dava türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Toraman, ss. 169-175.

[183] Fransız hukukunda ise, hâkimin vakıanın aydınlatılması bakımından yeterli dava malzemesine sahip bulunduğu kanısında olduğu ve ret kararını da gerekçelendirebildiği sürece, tarafların ispat hakkı çerçevesinde bilirkişiye başvuru hakkının bulunmadığı ifade edilmektedir (Toraman, s. 156). Kanaatimizce bu durumda dahi, tarafların bilirkişi incelemesine başvuru hakkı, sahip oldukları ispat hakkı çerçevesinde mevcuttur. Ancak hâkim, uyuşmazlık konusu vakıaların yeterince aydınlandığı konusunda kanaate sahipse ve bu yüzden tarafın talebini reddediyorsa, bu durum âdil yargılanma hakkı ihlâli olarak değerlendirilebilecektir. Zira taraf, ispat hakkı çerçevesinde bilirkişi deliline başvuru talebini gereğince ve yeterince açıklamış, vakıanın aydınlanmasında bilirkişi incelemesinin etkisini ortaya koymuş ve buna rağmen talebi reddedilmişse, bu durum ispat hakkı ihlâli oluşturabilecektir. Görüldüğü üzere ispat hakkının gerçek anlamda sağlanabilmesi, ispat sürecinde hâkim ile taraflar arasında sağlıklı, anlaşılır, canlı bir diyoloğun kurulmasına bağlıdır. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 7.
Bununla birlikte Fransız hukukunda evlatlık ilişkisinin varlığının her türlü vasıtayla ispatının mümkün olması sebebiyle, tarafın bilirkişiye başvuru hakkının ispat hakkı çerçevesinde bulunmadığı belirtilmektedir (bkz. Toraman, s. 157). Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Soybağı davası gibi teknolojinin ve tıbbî delillerin hayatî önem taşıdığı uyuşmazlık türlerinde, tarafların aynı zamanda *uyuşmazlık konusu vakıayı en sağlam şekilde aydınlatacak* ve *en güvenilir deliller* aracılığıyla iddialarını ispat etme hakları bulunur (bu konu delillerin caiziyeti çerçevesinde ayrıca değerlendirilecektir, bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 17, III). Yirmibirinci yüzyıl itibariyle bir soybağı davasında, hâkimin, soybağının her türlü ispatının mümkün olduğundan bahisle bilirkişi incelemesini talep hakkını reddetmesi, kanaatimizce şüphe götürmeyecek şekilde ispat hakkını ihlâl eder. Özellikle bu tarz teknik bilgiyi gerektiren konularda hâkimin bilirkişiye başvurmaması, tarafların ispat hakkını mutlak şekilde ihlâl niteliği taşıyacaktır.

Kanunkoyucu bilirkişi incelemesine başvuruda tarafların eşit ispat hakları bulunduğunu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da benimsemektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, "*Mahkeme, tarafların da görüşünü almak suretiyle*" bilirkişinin görevlendirilmesine karar verecektir (HMK m. 273/1). Esasında Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan, hâkimin, iki tarafı dinledikten sonra bilirkişiye sorulacak soruları tespit edeceği yönündeki düzenleme (HUMK m. 273) hem ispat hakkı hem de hukukî dinlenilme hakkı bakımından tarafları mutlak şekilde eşitlemekteydi[184]. Bu düzenleme aynı hâliyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na alınmamış olmakla birlikte, Kanun'un 273. maddesinin gerekçesinde, "*bilirkişiye yöneltilecek soruların tayini sürecinde, tarafların da görüşü alınmalıdır*" ifadesine yer verilmiştir. Bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da, bilirkişi incelemesi bakımından tarafların eşit şekilde ispat hakkına sahip olduklarının ifadesidir.

Tanık ifadelerine başvurma konusunda hak eşitliğinde olduğu gibi ceza davaları açısından da, medenî yargıya ilişkin davalarda da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bilirkişiye başvurmada usûlî eşitlikten bahsedilmemiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, aynı zamanda -*yukarıda ele alınan*- Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendinden hareket ederek bu delile başvurma konusunda da tarafların eşit imkânlara sahip olması gerektiğini yorum yolu ile kabul etmektedir[185]. Bu çerçevede söz konusu hak ceza davaları açısından kabul edildiği üzere medenî yargıya ilişkin davalar açısından da kabul edilmektedir.

İspat hakkının gereği olarak bilirkişiye başvurma hakkında eşitliğin ötesinde; bilirkişi incelemesi sonucunda elde edilen raporun da her iki tarafla paylaşılması ve devamında her iki tarafa da bilirkişi raporuna itiraz hakkı ve bu konuda açıklama hakkı tanınmalıdır (HMK m. 281)[186] [187].

Bununla birlikte çözümü teknik bilgi gerektiren konularda bilirkişi incelemesine başvurulması, Fransız hukukunda da ispat hakkının gereği olarak zorunlu şekilde kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Toraman, ss. 156-157.

184 Düzenlemenin hukukî dinlenilme hakkı yönünden önemi için bkz. Özekes, s. 127.

185 İnceoğlu, ss. 228-229.

186 Tarafa bildirilmeden ve görüşü alınmadan bilirkişi raporunun bir karara esas alınmasının aynı zamanda hukukî dinlenilme hakkını da ihlâl ettiği konusunda bkz. Özekes, s. 91. Dolayısıyla bu durum hem ispat hakkını ve açıklama hakkını hem de hukukî dinlenilme hakkını ihlâl etmektedir.

187 Yargıtay'ın da benzer esaslar çerçevesinde böyle bir uygulamayı ispat hakkının ihlâli olarak değerlendirdiği bazı örnek kararlar için bkz. "Dava, kasko sigorta sözleşmesinden kaynaklanan rücuan tazminat isteğine ilişkindir. … Dava konusu olayda, mahkemece, bozma kararına uyulmak suretiyle taraf teşkili sağlandıktan sonra ilk celse **davalının haberdar olmadığı süreçte alınan bilirkişi raporuna göre karar vermiştir. Oysa, davalı Adnan Y. vekili, bu celsede yokluklarında yapılan usulü iş-**

Bunun yanısıra bilirkişinin tarafsız olması gereği de hem ispat hakkının bir gereğidir hem de -*bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkına yönelik olarak*- âdil yargılanma hakkının önemli bir unsurudur. Bilirkişinin tarafsızlığının gereği olarak örneğin bilirkişinin tarafları dinlemesi gerekiyorsa, karşı taraf hazır olmadan sadece bir tarafı dinlememeli ve bu durum, bilirkişiye de ihtâr edilmelidir (HMK m. 278/3)[188]. Tarafsız davranmayan bilirkişinin, tarafardan birinin ispat hakkını ihlâl edeceği konusu açıktır. Bilirkişinin tarafsızlığının ispat hakkı açısından önemi aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir[189].

3. Çelişmeli Yargılanma Hakkı

Çelişmeli yargılanma hakkı (right to an adversarial trial), kural olarak bir hukuk veya ceza davasının taraflarının, ileri sürülen deliller ve iddialar hakkında bilgi sahibi olması ve taraflara mahkemenin kararını etkilemek amacıyla bunlarla ilgili açıklamada bulunma fırsatı verilmesidir[190]. Anayasa Mahkemesi tarafından çelişmeli yargılanma hakkı, bünyesine ispat hakkının da unsurlarını alacak şekilde târif edilmektedir:

> "Adil yargılanma hakkının unsurlarından olan çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir. Bu anlamda, mahkemece tarafların dinlenilmemesi, delillere karşı çıkma imkânı verilmemesi, yargılama faaliyetinin hakkaniyete aykırı hale gelmesine neden olabilecektir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Ruiz-Mateos/îspanya, B. No.12952/87, 23/06/1993, § 63). Çelişmeli yargılama ilkesi, silâhların eşitliği İlkesi ile yakından ilişkili olup, bu iki ilke birbirini tamamlar niteliktedir. Zira çelişmeli

---

lemleri kabul etmediklerini beyan ederek davanın reddini talep etmiştir. Bu itibarla mahkemece, davalı Adnan Y.'nin yokluğunda mahkemece yapılan işlemlere ve alınan bilirkişi raporuna karşı diyeceklerini sunma imkânı verilmeden karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir." 11. HD, 2004-7978/5860 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası). Aynı yönde bir başka karar için bkz. "... Bozmadan sonra yapılan ilk celsede davalı vekilinin mazereti hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmediği gibi, duruşma gününün davalı vekiline tebliğ edilmediği, dosyanın ek rapor için bilirkişiye tevdiine karar verildiği, **bir sonraki celsede de davalı vekilinin bilirkişi raporundan haberdar olmaksızın dosyanın karara çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca mahkemece, davalı vekilinin savunma hakkının kısıtlanması usul ve yasaya aykırı olup**, bozmayı gerektirir…." 13. HD, 26.6.2013, 8734/17691 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

188 Bu konuda ayrıca bkz. Özekes, s. 127; Süha Tanrıver, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bilirkişi İncelemesi İle İlgili Hükümlerine Bir Bakış", **HPD,** S. 8, Eylül/2006, (Bilirkişi İncelemesi), s. 93.

189 Bu konuda bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, II, I, 3.

190 Harris ve diğerleri, s. 254. Ayrıca çelişmeli yargılanma hakkının tanımının yapıldığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bazı kararları için bkz.: "*The right to an adversarial trial means the opportunity for the parties to have knowledge of and comment on the observations filed or evidence adduced by the other party.*" (***Ruiz-Mateos v. Spain,*** 23.6.1993, 12952/87 (hudoc)).

> yargılama ilkesinin ihlal edilmesi durumunda, davasını savunabilmesi açısından taraflar arasındaki denge bozulacaktır. Çelişmeli yargılamanın medeni haklara ilişkin davalarda da kabul ediliyor olması, medeni bir hakka ilişkin yargılamada tarafların duruşmada hazır bulunması da dahil olmak üzere, yargılamanın bütününe aktif olarak katılmalarını gerektirir."[191]

Esasında çelişmeli yargılanma hakkının içeriğine bakıldığında, bu hakkın hukukî dinlenilme hakkının unsurları ile büyük oranda örtüştüğünü tespit etmek mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Almanca'da "*rechtliches Gehör*" terimine karşılık genel ifade edilen hukukî dinlenilme hakkına, bu terim altında yer vermek yerine *"hukukî dinlenilme hakkı"*nın unsurlarına, *"due prozess"*, *"fair trial"* kavramları içerisinde yer vermektedir. Bu kapsamda özellikle âdil yargılanma içerisinde oluşturulan *"çelişmeli yargılanma hakkı (right to adversarial trial)"* kavramı, büyük ölçüde *hukukî dinlenilme hakkını (rechtliches Gehör)* karşılar.

Bununla birlikte hukukî dinlenilme hakkı, çelişmeli yargılanma hakkından daha geniş bir koruma alanına sahiptir. Nitekim hukukî dinlenilme hakkının üçüncü unsuru olan dikkate alınma hakkı için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ayrı bir alt temel hak oluşturmuş ve bunu -*aşağıda inceleneceği üzere*- *"gerekçeli karar elde etme hakkı (rigt to a reasoned judgment)"* terimi ile somutaştırmaktadır. Dolayısıyla çelişmeli yargılanma hakkı, Türk hukukunun alışkın olduğu *hukukî dinlenilme hakkı*nı kısmen karşılayan bir yargısal temel haktır. Türk hukukunda çelişmeli yargılanma hakkını tamamen kapsayan düzenleme, hukukî dinlenilme hakkına ilişkin HMK m. 27'nin, 1. fıkrasının 1. ve 2. bentleridir. Yani hukukumuzda, "*hukukî dinlenilme hakkı*" olarak bilinen yargısal hakkın "*dikkate alınma hakkı*" unsuru dışında kalan kısmı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında *çelişmeli yargılanma hakkı (right to an adversarial trial)* olarak ifade ettiği kavramları karşılar.

Dolayısıyla belirtmiş olduğumuz bu kavramları karşılamak üzere, HMK m. 27 "*hukukî dinlenilme hakkı*" genel bir düzenleme niteliğinde kabul edilmişken; Anayasa Mahkemesi, özellikle bireysel başvuru çerçevesinde vermiş olduğu kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını takip ederek *"çelişmeli yargılanma hakkı"* (ve hukukî dinlenilme hakkının diğer unsurunu da tamamlayacak şekilde, ek olarak *"gerekçeli karar elde etme hakkı"*) kavramını farklı ilkeler şeklinde benimsemiştir.

---

[191] AYM 20.3.2014, 2013/1780, § 25 (RG 10.5.2014, S. 28996).

Kavramlarla ilgili bu değerlendirmeler hakların niteliği, kapsamı veya ispat hakkı ile ilişkisi konusunda herhangi bir fark yaratmamaktadır. Bu sebeple biz de esasında çelişmeli yargılanma hakkının kapsamı olan *"bilgilenme"* ve "*açıklama ve ispat"* haklarına yukarıda ayrı ayrı yer verdiysek de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi'nin de bu iki hakkı üst çatıda topladığı *"çelişmeli yargılanma hakkı"* kavramına da açıklamalarımızda ayrıca yer vermeyi tercih ettik.

4. Mâkûl Sürede Yargılanma Hakkı

a. Genel Olarak

Devletin hak dağıtma görevini yerine getirirken riayet etmesi gereken yargısal güvenceler içerisinde, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yer almaktadır (Ay m. 141; AİHS m. 6)[192]. Bu güvence, yargılamanın olabildiğince makûl bir süre içerisinde ve ucuz bir şekilde görülmesini ve sonuçlandırılmasını garanti altına almayı amaçlayan temel bir yargısal haktır (*right to a hearing within a reasonable time; Prozeßökonomie/Verfahrensökonomie*) [193]. Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, medenî yargılama öğretisinde "*usûl ekonomisi ilkesi*" olarak ifade edilir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da "*Usûl ekonomisi ilkesi*" başlığı altında yer alan düzenlemeye göre;

---

[192] Yargılamaların ucuz, basit bir şekilde gerçekleştirilmesi aynı zamanda hem hukukî güvenliğin temini hem de hukuk devleti ve sosyal devlet anlayışlarının zorunlu bir gerekliliğidir. Bu konuda bkz. Pflughaupt, ss. 96-100, 110-111; Cumhur Rüzgaresen, **Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi,** Yetkin, Ankara 2013, ss. 49 vd.

[193] Mâkûl sürede yargılanma hakkı, *temel bir yargısal hak* olarak âdil yargılanma hakkının da temel unsurlarından biri olarak kabul edilir. Bu konuda bkz. Pekcanıtez, ss. 35-55; Pekcanıtez ve diğerleri, ss. 382-383. *Yılmaz* ise, usûl ekonomisini bir ilke olarak belirtmekle birlikte bu ilkenin emredici ve bütün hâkimleri bağlayıcı bir niteliğe sahip olduğunu belirtmektedir. Bu konuda bkz. Yılmaz, Usûl Ekonomisi, ss. 266-270.
Anayasa Mahkemesi kararlarında da mâkul sürede yargılanma hakkının âdil bir yargılamanın önemli bir unsuru olduğu vurgulanmaktadır: "Makûl sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddî ve manevî baskı ile sıkıntılardan korunması ile adaletin gerektiği şekilde temini ve hukuka olan inancın muhafazası olup, hukuki uyuşmazlığın çözümünde gerekli özenin gösterilmesi gereği de yargılama faaliyetinde göz ardı edilemeyeceğinden, yargılama süresinin makûl olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir." AYM, 2.7.2013, 2012/13 § 40; AYM, 19.12.2013, 2013/3283, § 31 (RG 7.1.2014, S. 28875). Aynı yönde diğer kararlar için bkz. AYM, 5.12.2013, 2013/1115, § 45 (RG 27.12.2013, S. 28864); AYM, 7.11.2013, 2013/772, § 56 (RG 5.12.2013, S. 28842); AYM, 7.3.2014, 2012/1254, § 40 (RG 25.4.2014, S. 28982); AYM, 23.1.2014, 2013/4687, § 33 (RG); AYM, 15.4.2014, 2013/4785, § 41 (RG 12.6.2014, S. 29028); AYM, 3.4.2014, 2013/5881 § 26 (RG 6.6.2014, S. 29022); AYM, 17.7.2014, 2013/4495, § 67 (RG 1.11.2014, S. 29136); AYM, 16.7.2014, 2013/9313, § 32 (RG 16.11.2014, S. 29147).

"Hâkim, yargılamanın makûl süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür." (HMK m. 30)[194].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda *usûl ekonomisi* olarak ifade edilen bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde âdil yargılanma hakkının bir unsuru olarak "Herkes davasının, ... makûl bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir." şeklinde düzenlenmiştir (AİHS m. 6). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, usûl ekonomisi ilkesini karşılayan düzenlemesinde sadece yargılamaların makûl süre içerisinde sonuçlandırılması gerektiğini düzenlerken, Anayasa aynı zamanda yargılamanın ucuzluğuna da dikkat çekmiştir. Anayasa'nın 141. maddesi "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir." şeklindeki düzenlemesiyle bu temel hakkın tesisini, devletin pozitif yükümlülükleri arasında özel olarak belirtmiştir. Yargılamanın makûl süre içerisinde görülmesini talep hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde her ne kadar yargılamaların *en az masrafla* sonlandırılması gerektiği şeklinde belirtilmemişse de, bu durum aynı zamanda yargılamanın makûl sürede sonuçlandırılmasının doğal bir sonucudur.

Anayasal bir hak olan yargılamanın makûl bir süre içerisinde ve en az giderle gerçekleştirilmesini talep hakkı, pozitif haklar içerisinde kabul edilmektedir[195]. Bu anlamda devletin "hak"ka dokunmaması, hakkın garanti edilmesi için yeterli değildir. Örneğin konut dokunulmazlığı hakkı böyle bir hak değildir. Konut dokunulmazlığı hakkında, kural olarak hakkın korunması için hakka dokunulmaması yeterlidir. Bununla birlikte hak arama özgürlüğü için aynı durum söz konusu değildir. Devlet, bu temel hakkı tesis ve temin edebilmek için yargılamanın mümkün olduğunca çabuk ve masrafsız sonlandırılması bakımından adalet çarkını, mahkeme yönetimini bu gereği yerine getirecek nitelikte kurmalıdır.

Devlet, kendisinden hukukî koruma talebinde bulunan kişilerin bu taleplerini hukuka ve Anayasa'ya uygun olarak makûl süre içerisinde sonuçlandırma görevini, somut uyuşmazlıkta mahkemelere yüklemiştir. Mahkeme yönetiminden birinci derecede sorumlu süje de, hâkimdir. Bu anlamda hâkim, devletin yüklendiği hak dağıtma

---

[194] Benzer düzenlemeye Hukuk Usûlü Muhakemesi Kanunu'nun 77. maddesinde de yer verilmekteydi. Usûl ekonomisi ilkesinin gelişimi hakkında bkz. Yılmaz, Usûl Ekonomisi, ss. 244-245, dn. 4.

[195] Bu konuda bkz. Jean François Akandji-Kombe, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap),** Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No. 7, 2008, ss. 60-62.

görevini yerine getirme konusunda yetki sahibidir. Somut uyuşmazlıkta da davanın yürütülmesinden, birinci derecede sorumlu olduğundan yargılamaların makûl şekilde sonuçlandırılması görevi öncelikle mahkemelere düşmektedir. Bu yönüyle usûl ekonomisi ilkesinin âdil yargılanma hakkından, sosyal devlete; hukuk devleti ilkesinden, eşitlik ilkesine kadar çok geniş bir güvence alanı bulunur[196].

Usûl ekonomisi ilkesi, ispat hukuku ve özellikle ispat hakkı ile ilişkisi pek çok açıdan büyük önem arzeder. Bu bağlantı, öncelikle kendisini ispat süreci ile ilişkisi kapsamında gösterir. Zira bugün âdil yargılanma hakkı çerçevesinde özellikle ülkemizin yüklü miktarlarda tazminat ödemesine sebebiyet veren başlıca sebep, yargılamaların uzun sürmesidir[197]. Yargılamaların ülkemizde uzun sürmesinin de en temel sebebi, yargılama kurallarının gereği gibi uygulanmayıp ispat sürecini kapsayan tahkikat ve delillerin toplanması aşamalarının gerek tarafların gerekse mahkemelerin kusuru ile aşırı derecede uzun sürmesidir[198]. Bu olumsuz süreç ise hem mahkeme teşkilâtının gereksiz yere meşgul edilmesi ve fazla kaynak israf edilmesi hem de tarafların hak arama süreçlerinin oldukça uzamasına ve buna paralel olarak da yargılama maliyetinin yükselmesi gibi telafisi çok kolay olmayan sonuçları uygulamaya yansıtmaktadır. Bu sebeple aşağıda üzerinde duracağımız üzere, yargılamaların makûl süreye indirgenebilmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda özellikle delil toplama ve ispat süreçlerine ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır. Öyle ki, bu düzenlemelerin kanunkoyucu tarafından yargılamaların makûl sürede gerçekleştirilmesinin sağlanmasına yönelik katı tedbirler almak amacıyla gerçekleştirildiği dikkate alınmaz ise, katı teksif ilkesi ile sınırlandırılan ispat faaliyetinin ispat hakkını sınırladığı rahatlıkla ifade edilebilir[199]. Zira bir yandan makûl sürede yargılanma hakkının temini için ispat sürecine ve tarafların ispat hakkına çeşitli müdahalelerde

---

[196] Yargılamaların makûl ve ucuz bir şekilde görülmesi zorunluluğu devletin yargı faaliyetinde taşıdığı pozitif yükümlülükler içerisinde belki en önemli olanların başında gelir. Bu yönüyle temelde pek çok anayasal ilke ve kural bu temel hakka hizmet eder. Aynı zamanda Avrupa Birliği normatif kuralları ve AİHS'nde de bu temel hakkın, devlet açısından getirdiği poztif yükümlülüklere ilişkin somut düzenlemeler yer alır. Bu konu, özellikle Alman hukukunda etraflıca incelenmektedir. Bu konuda bkz. Pflughaupt, ss. 143-249.

[197] Pekcanıtez ve diğerleri, s. 397.

[198] Pekcanıtez ve diğerleri, s. 397. Bu konuda az sonra ele alınacak olan Anayasa Mahkemesi kararları, sorunu çarpıcı şekilde ortaya koymaktadır.

[199] Aşağıda üzerinde durulacağı üzere, tarafların belirli süreler içerisinde ve özellikle ön inceleme aşamasında delillerinin ibrazını gerçekleştirmeleri zorunluluğu ve bu aşamadan sonra tarafların yeni delil ibraz etme haklarının oldukça sınırlı durumlara inhisâr ettirilmiş olmasının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na nazaran daha katı bir şekilde teksif ilkesini benimsediği yönünde yorumlanmakta ve bu durumun da ispat hakkını ihlâl ettiği eleştirisi yapılmaktadır.

bulunulduğu, diğer yandan da yine aşağıda üzerinde duracağımız üzere makûl sürede yapılmayan bir yargılamanın pek çok yönden ispat hakkını sınırlandıracağı tespitleri karşısında, ilkenin ispat hakkı açısından taşıdığı hassasiyet anlaşılabilmektedir.

Usûl ekonomisi ilkesinin ihlâl edilmesi durumunun, ispat hakkı açısından taşıdığı olumsuz etkiler iki yönlüdür. Bunlar zamansal ve parasal kayıplar olarak ifade edilebilir. Zamansal kayıplar aynı zamanda makûl sürede yargılanma hakkını da içine alan ve yargılamanın uzun sürmesinin kişilerin ispat hakkını kullanmasının üzerindeki olumsuz sonuçları içine alır. Parasal kayıplar ise usûl ekonomisi ilkesinin ekonomik boyutunu ifade eder ve yargılamanın maliyetini yükselten etkenlerin ispat hakkının kullanılmasının engellenmesi üzerindeki olumsuz sonuçları ifade eder.

b. Yargılamaların Uzun Sürmesi ve İspat Hakkı Arasındaki İlişki

Yukarıda belirtmiş olduğumuz çerçevede ilk olarak zamansal kayıpların ispat hakkı üzerindeki telafisi çok kolay olmayan müdahalesi üzerinde durmak gerekir. Bir yargılama sürecinin makûl ölçünün üzerinne çıkması, öncelikle zamansal açıdan hâkim ile ispat araçları arasındaki ilişkiyi olumsuz yönde etkiler. Zira bir yargılamada, yargılamanın başlatılması ile sonlandırılması arasındaki süreç ne kadar uzarsa, hâkim de uyuşmazlığın temeli olan bilgi kaynaklarından, yani ispat araçlarından o kadar uzaklaşmış olur[200]. Başka bir ifade ile uyuşmazlık konusu olayı hâkimin gözünde âdeta canlandırmayı amaçlayan *tahkikat aşaması* ile hâkimin *hüküm verme süreci* arasında zaman uzadığı takdirde, hâkim uyuşmazlık konusu olan olaydan da uzaklaşır ve hükmünün oluşma sürecinde takdir yetkisini etkileyen olguları sağlıklı şekilde değerlendirmekten uzaklaşır. Bu durum da hâkimin ispat hakkına riayet eden bir hüküm kurmasına engel olarak kişilerin *âdil yargılanma hakkını* mutlak şekilde ihlâl eder.

Hâkimin zamansal olarak ispat sürecinden ve delillerden uzaklaşması, tarafların *hukukî dinlenilme hakları* kapsamında *hükme tesir edebilme haklarının* da ihlâli anlamına gelecektir. Hâkimin ispat araçlarının incelenmesinden ve değerlendirilmesinden uzun bir zaman sonra hükmünü gerekçelendirmesi durumunda da, hukukî dinlenilme hakkı şeklen tesis edilmiş olur ancak bu gerçek anlamda ispat hakkının ve hukukî dinlenilme hakkının sağlanmış olduğu anlamına gelmez. Hâkimin ispat süre-

[200] Bu konuda bkz. Rüzgaresen, ss. 298-299.

cinden -*zamansal anlamda*- uzaklaşarak kararını açıklaması ve gerekçelendirmesi durumunda, hâkim çoğu zaman gerekçe için matbu ifadeler kullanır, esasında tarafların iddialarını ve delillerini değerlendirmekten uzak şekilde gerekçesini kaleme alır. Bu durum da âdil yargılanma hakkı yanında hem hukukî dinlenilme hakkının hem de ispat hakkının ihlâli anlamına gelecektir.

Bu durumu somutlaştırmak açısından örnek olarak tanıkların dinlenmesi konusuna değinmek mümkündür. Örneğin hâkimin dinlemiş olduğu bir tanık ifadesinden bir yıl veya iki yıl sonra bu tanık ifadesini dikkate alarak hükmünü kurması ve gerekçelendirmesi sağlıklı bir kararı karşılamaya yetmeyecektir. Her ne kadar tanık ifadeleri yazılı olarak tutanağa geçirilmekte ve dosya münderecatında bulunmaktaysa da, bu durum tam anlamıyla ispat süreci ile hüküm arasında kurulacak köprüyü zamansal açıdan birbirine yakınlaştırmaya yeterli değildir. En başta, yazılı tanık ifadesinin hâkimin hükmüne temel oluşturması veya hüküm verme sürecinde ağırlıklı delil hâline dönüşmesi, ispat hakkının tamamlayıcısı olan *doğrudanlık ilkesi* ile de çelişir. Şayet yazılı tanık ifadeleri hâkimin hüküm verme süzgeci için yeterli olsaydı, ortaçağ medenî yargılama hukuku sistemlerinde olduğu gibi yargılama tamamen yazılılık esası üzerinden yürütülür ve hâkim tanıkla hiçbir doğrudan ilişki kurmadan delili değerlendirirdi. Oysa ki, modern hukuk sistemlerinin en fazla eleştirdiği ve terk etmeye çabaladığı tarihsel geleneklerden birisi, deliller ile hâkim arasında hâkimin delilleri *zamansal* ve *mekânsal* anlamda doğrudan değerlendirmesini engelleyecek tüm kural ve kurumlardır[201]. Dosya münderecatında bulunacak tanık ifadelerinin yazılı olarak tutanağa geçirilmesi, öncelikle hükmü gözden geçirmek için dosyanın üst merciiye iletilmesi durumu ile ilgilidir.

Aynı durum taraflarla, ispatın objeleri ve süjeleri arasına makûl olmayan zaman diliminin girmesi hâli için de geçerlidir. Delillerin inceleneceği aşama ile uyuşmazlığın gerçekleştiği zaman arasındaki süreç ne kadar uzarsa, özellikle bazı bilgi kaynakları güvenilirliğini de kaybeder. Güvenilir olmayan, yani gerçek uyuşmazlığı yansıtması konusunda şüphe bulunan deliller ise ispat hakkını güvence altına almayacağı gibi bilâkis ispat hakkının ihlâline sebebiyet verebilir. Örneğin uyuşmazlığın üzerinden birkaç hafta, ay ve yıl geçtikten sonra başvurulan tanık ifadeleri kural ola-

[201] Bu yöndeki değerlendirmelerimiz ispat hakkı ile doğrudanlık ilkesi arasındaki ilişki kapsamında ele alınmıştır. Bu konudaki açıklamalarımız hemen aşağıda yer alacaktır.

rak gerçeği yansıtmaktan uzaktır. Zira bilimsel araştırmalar tanıkların belirli bir zaman geçtikten sonraki ifadelerinin gerçeği yansıtacakları konusunda çok düşük olasılıklara sahip olduğunu gösterir[202]. Bu yönüyle özellikle Türk hukuku gibi, yargılamaların uzun sürdüğü; yazılı yargılama prosedüründe, sözlü duruşmanın etkin kullanılmadığı hukuk sistemlerinde *belge* delili, *tanık* deliline nazaran çok daha güvenli bilgi kaynaklarıdır. Bu tip delillerde, uyuşmazlık konusu ile yargılama arasına ne kadar süre girse de, güvenilirliklerini kural olarak kaybetmezler.

Bu sebeplerle ispat sürecinden zamansal anlamda uzaklaşılarak verilen bir hüküm, gerçek anlamda *hukukî dinlenilme* ve *âdil yargılanma hakkı* kapsamında ispat hakkını güvence altına alan ve *gerçeğe dayanan* bir kararı yansıtamaz. İspat hakkının tam ve doğru bir şekilde tesisi için delillerin incelenmesi aşaması ile karar verme süreci arasında sadece günlerle veya en fazla haftalarla ifade edilebilecek bir zaman diliminin bulunması gerekmektedir. Diğer bazı sebeplerle birlikte, Ortak Hukuk sistemlerinde dava (*trial*) aşamasının çok kısa zaman dilimi içerisinde sonuçlandırılması, bu amaca hizmet eden etkenlerden birisidir. Esasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'muzun benimsediği yargısal sistematik de bizi aynı sonuca ulaştırmaktadır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "*tahkikatın sona ermesi*" başlıklı 184. maddesi uyarınca hâkim, tarafların iddia ve savunmalarıyla toplanan delilleri inceledikten sonra, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verir (HMK m. 184/1). Mahkeme tarafların tahkikatın tümü hakkındaki açıklamalarından sonra, tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığını görürse, tahkikatın bittiğini taraflara tefhim eder (HMK m. 184/2). Mahkeme, tahkikatın bitiminden sonra, sözlü yargılama ve hüküm için tayin olunacak gün ve saatte mahkemede hazır bulunmalarını sağlamak amacıyla iki tarafı davet

[202] Tanıkların zaman içinde yaşadıkları olayları unuttukları bazı deneysel araştırmalar ile kanıtlanmıştır. Yapılan araştırmalar zaman içinde, özellikle bilgilerin doğruluğunun azaldığını bulmuşlardır. Yetişkinlerle yapılan bir araştırmada, olay ile ilgili soruları hemen sonra cevaplandıranlar ile olaydan iki hafta sonra cevaplandıranlar arasında fark bulunmuştur. Olaydan iki hafta sonra soruları cevaplandıranlar, yönlendirmelerden daha fazla etkilenmiştir. Yapılan bir başka araştırmada ise video izledikten hemen sonra sorulara verilen cevaplar ile sorulara 3 hafta sonra verilen cevaplar arasında %43'lük bir bilgi kaybı olduğu görülmüştür. Yapılan bir başka araştırmada soruları hemen sonra, 3 gün ve 1 hafta sonra cevaplandıracak üç farklı deney grubu oluşturulmuştur. Olay ile tanıklığın arası açıldıkça doğru cevap miktarında önemli miktarda azalma olmuştur. Başka bir araştırmada olaydan hemen sonra sorgulanan kişilerin olay ile ilgili hatırlama oranlarının, olaydan bir ay sonra görüşme yapılanlara göre daha iyi olduğu bulunmuştur [Ezgi Ildırım, **Görgü Tanıklığında Yanılabilirlik** (İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2012, s. 34]. Bu konuda yapılan araştırmalar ve zaman sürecinin tanık beyanının güvenilirliği üzerindeki etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ildırım, ss. 34-36.

eder. Taraflara çıkartılacak olan davetiyede, belirlenen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde yokluklarında hüküm verileceği hususu bildirilir (HMK m. 186/1). Sözlü yargılamada mahkeme, taraflara *son sözlerini sorar ve hükmünü verir* (HMK m. 186/2). Bu hükümlerin, seri bir şekilde tahkikat ile hüküm ve karar aşamaları arasındaki zaman aralığını kısaltmaya yönelik düzenlemeler olduğu açıktır.

c. Makûl Sürede Yargılanmanın Ölçütleri ve İspat Hakkı ile Etkileşimi

Makûl sürede yargılanma hakkından ne anlaşılması gerektiği ve bu kavramın ispat hakkı ile etkileşimi üzerinde de durmak gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, medenî yargıya ilişkin davalarda da, aynı ceza davalarında olduğu gibi uyulması gereken makûl süreden ne anlaşılması gerektiği birtakım ölçütlere bağlamaktadır. Öncelikle bir yargılama süresinin makûl olup olmadığı her bir davanın özel koşullarına göre değerlendirilir. Ancak bu özel koşullar sübjektif değerlendirmelere değil, birtakım objektif değerlendirme ölçütlerine tâbidir. Bu ölçütler içerisinde davanın karmaşıklığı, başvurucunun tutumu ve yetkili idarî veya yargısal makamların tutumları yer alır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, idarî ve yargısal makamların tutumlarını belirlerken aynı zamanda dava konusunun başvurucu için önemini de dikkate alır. Aşağıda belirtilecek olan bu temel kriterler, anayasa şikâyetinin hukuk sistemimize girdiği zamandan bu yana Anayasa Mahkemesi tarafından da *aynı şekilde* kabul edilmekte ve uygulanmaktadır. Bu çerçevede bir dava süresinin makûl olup olmadığının belirlenmesinde kullanılacak bu üç kriter bulunur:

(i) Davanın karmaşıklığı[203]*:* Bir davanın pek çok sebeple karmaşık olabileceği kabul edilmektedir. Bu kapsamda özellikle delillerin miktarı, davalıların ya da iddiaların çokluğu, bilirkişi raporunun alınması gerekliliği, yurtdışından gelmesi gereken delillerin varlığı, dava konusu olayla ilgili hukukî meselelerin karmaşıklığı davayı karmaşık hâle getirebilir.

(ii) Başvurucunun tutumu[204]*:* Bu etkenin uygulanmasında önemli olan, şayet başvurucu kişi kendi kusuru ile davanın uzamasına sebebiyet vermişse, devletin sorumluluğunun ortadan kalkmasıdır. Burada belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hak-

[203] Bu unsurun uygulanması bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Akkurt, **AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkında Makul Süre** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2012, ss. 25-26; Demircioğlu, ss. 292-313.

[204] Bu unsurun uygulanması bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Akkurt, ss. 26-27; Demircioğlu, ss. 315-335.

ları Mahkemesi nezdinde bir davada taraflarca getirilme ilkesinin uygulanıyor olması, mahkemeleri makûl süre ile ilgili 6. madde gereklerini yerine getirmekten alıkoyamaz. Devlet yine de yargılamanın hızla sonuçlandırılması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu kapsamda bir davada kendiliğinden araştırma ilkesi uygulansa dahi, tarafların tek sorumluluğu usûlî işlemleri yerine getirirken özen göstermesi, gecikmeye neden olacak taktikler kullanmaktan kaçınması ve yargılama süresinin kısalması için ulusal hukuk sistemlerinde var olan yolları kullanmasıdır. Başvurucuya adlî yardım aracılığıyla bir avukat atanmışsa, bu avukatın tutumundan da devlet sorumlu tutulamaz. Zira adlî yardımla avukatın atanması, avukatın devlet değil müvekkil adına hareket etmesini değiştirmez.

(iii) Yetkili idarî ve yargısal makamların tutumları[205]*:* Yetkili idarî ve yargısal makamların tutumlarından doğan gecikmeler, devletin 6. madde kapsamında sorumluluğuna yol açar. Bu kapsamda ön inceleme ve tahkikat süreçlerinin[206], hâkimlerin atanmasının, bilirkişilerin denetiminin, yargı kararının başvurucuya tebliğinin, temyiz süresinin başlangıcı sürecinin gerekçesiz olarak gecikmesi durumlarında 6. maddenin ihlâl edildiği kabul edilmektedir. Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerin, rutin yazı işleri görevlerinin yerine getirilmemesinden, mahkemenin duruşmayı yürütmemesinden, devletin delil sunmamasından, davanın başka bir davanın sonucu beklenirken ertelenmesinden, idarî makamlar arasındaki işbirliği eksikliğinden kaynaklanan gecikmeler nedeniyle sorumlu olduğuna karar vermiştir. Daha önce de belirttiğimiz gibi yargılamanın uzunluğunun belirlenmesinde Mahkeme, dava konusunun başvurucu için önemini de dikkate almakta ve bazı davalar açısından yargılamanın süratle bitirilmesinin devletin yükümlülüğü olduğuna karar vermektedir. Bu davalar arasında iş durumunu, kişisel hâlleri, çocukların velayetini, sağlığı, isim hakkını, taşınmaz mülkiyetini, trafik kazaları nedeniyle tazminatı konu edinen davalar bulunur.

Yukarıdaki unsurlar incelendiğinde[207], özellikle iki yönden makûl sürede yargılanma hakkı ile ispat hakkı arasındaki etkileşim göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, yargısal prosedürün karmaşıklığının tespitinde özellikle ispat sürecinin karmaşıklığının dikkate alınmasıdır. Bilirkişi raporuna başvuru zorunluluğu bulunup

---

[205] Bu unsurun uygulanması bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Akkurt, ss. 27-38; Demircioğlu, ss. 336-362.

[206] Burada esasen ceza davasındaki soruşturma ve takipsizlik kararının gerekçesiz olarak uzamasından söz etmişler ve ardından da bu sebebin uygun düştüğü ölçüde medenî yargıya ilişkin davalarda da uygulanacağını belirtmişlerdir (Harris ve diğerleri, s. 283). Ceza davasında soruşturma evresi, Türk medenî yargılamada yazılı yargılama usulünde hâkimin hareket serbestinin ve takdir yetkisinin yoğun olarak uygulandığı ön inceleme ve tahkikat aşaması ile örtüşmektedir. Bu sebeple ön inceleme ve tahkikat aşamasının gerekçesiz olarak uzaması da 6. Madde'nin ihlâli anlamına gelecektir.

[207] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi Anayasa Mahkemesi de, her kararında bu ölçütlerden hiçbirinin makûl süre değerlendirmesinde *tek başına* belirleyici olmadığını; yargılama sürecindeki tüm gecikme periyotlarının ayrı ayrı tespiti ile bu kriterlerin toplam etkisi değerlendirilmek suretiyle, hangi unsurun yargılamanın gecikmesi açısından daha etkili olduğu saptanması gerektiğini kabul etmektedir. Bu konuda bkz. AYM, 2.7.2013, 2012/13 § 46; AYM, 19.12.2013, 2013/3283, § 33 (RG 7.1.2014, S. 28875); AYM, 5.12.2013, 2013/1115, § 47 (RG 27.12.2013, S. 28864); AYM, 23.1.2014, 2013/4687, § 35 (RG); AYM, 15.4.2014, 2013/4785, § 44 (RG 12.6.2014, S. 29028); AYM, 3.4.2014, 2013/5881 § 28 (RG 6.6.2014, S. 29022); AYM, 17.7.2014, 2013/4495, § 69 (RG 1.11.2014, S. 29136); AYM, 16.7.2014, 2013/9313, § 34 (RG 16.11.2014, S. 29147).

bulunmadığı, yargılama sürecinde ibrazı gereken belgelerin nitelikleri ve nicelikleri, dinlenecek tanık sayısı vb. gereklilikler ispat prosedürünün somut olaydaki karmaşıklığını belirleyen ölçütlerdir. Bu yönüyle ispat hakkının sağlanmasına hizmet eden basit bir ispat prosedürünün, aynı zamanda yargılamanın makûl sürede sonuçlandırılması konusunda da bir ölçüt olduğu göze çarpar. İkincisi ise, yetkili makamların ve özellikle ispat sürecini yönetmekle yükümlü olan mahkemenin, yargılamanın makûl sürede sonuçlandırılması için gerekli önlemleri alması, ispat ve tahkikat sürecinde aktif bir rol üstlenmesi gerekliliğidir. Bu gereklilik de, ispat hakkının gerçek anlamda temini açısından hâkimin ispat süreci üzerinde etkin ve aktif bir rol üstlenmesi gerekliliği ile benzer yöndedir[208]. Bu yönüyle makûl sürede yargılanma hakkı ile ispat hakkının ortak gereklilikleri, bu iki temel hak arasındaki etkileşimi göstermektedir.

d. Ekonomik Yargılanma Hakkı

Usûl ekonomisi ilkesinin ihlâl edilmesi durumunun ispat hakkı açısından taşıdığı diğer olumsuz etki, delillerin toplanması ve ikamesi sürecinin gerek taraflar gerekse mahkeme teşkilâtı açısından gereksiz maliyetlere sebebiyet vermesi sorunudur. Usûl ekonomisinin bu yönünü biz *ekonomik yargılanma hakkı* olarak ifade etmeyi tercih ediyoruz.

Sadece ülkemizde değil pek çok hukuk sisteminde yargısal masrafların en önemli kalemlerinden birisini delillerin ikamesi için yapılan masraflar oluşturmaktadır. Bu anlamda yargılamanın ucuzluğunu engelleyecek en önemli etkenlerin başında, gerekli olmayan delillere başvurulması için yapılan fazla harcamalar oluşturur. Zira yargılama sürecinde pek çok delilin ikamesi, belirli oranlarda harcamaları da gerekli kılar. Örneğin mahkeme tarafından çağrılan tanığa, her yıl Adalet Bakanlığınca hazırlanan tarifeye göre, kaybettiği zaman ile orantılı bir ücret verilir; tanık hazır olmak için seyahat etmek zorunda kalmışsa yol giderleri ile tanıklığa çağrıldığı yerdeki konaklama ve beslenme giderleri de karşılanır (HMK 265/1). Benzer şekilde yargılamada görevlendirilen bilirkişiye, sarf etmiş olduğu emek ve mesaiyle orantılı bir ücret ile inceleme, ulaşım, konaklama ve diğer giderleri ödenir

[208] İspat hakkının, ispat sürecini etkin ve aktif bir şekilde yürütecek ve süreç üzerinde kontrol sahibi olacak hâkimi gerektirdiği; gerekliliğin, ispat hakkı açısından önemi için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 8 ve § 9.

(HMK m. 283/1). Yine bunlar dışında bazı durumlarda yapılacak keşfin giderleri, gerekli ise tarafların yargılama sürecine getirdikleri uzman görüşleri için yapılan ödemeler yargılamanın maliyetini yükselten delil ikameleridir. Bazı durumlarda soybağının tespiti için yapılacak bilimsel incelemeler de yine maliyeti yüksek olan delil incelemeleridir. Özellikle ülkemizde bilirkişi deliline çok yoğun bir şekilde ve hâtta pek çok davada birden çok defa bu delile başvurulduğu dikkate alındığında, ispat hakkının tesisi için parasal anlamda da usûl ekonomisi ilkesinden uzaklaşıldığı tespit edilebilmektedir.

Buna karşılık ispat hakkı, usûl ekonomisi başka bir ifadeyle yargılamanın ucuzluğu uğruna tamamen bertaraf edilebilecek bir yargısal hak değildir. Şüphesiz ki, usûl ekonomisi ilkesi yani yargılamanın süratli ve ucuz bir şekilde yürütülmesi zorunluluğu da aynı ispat hakkı gibi temelini *âdil yargılanma* hakkına (AİHS m. 6; Ay m. 36) dayandırmaktadır. Bu anlamda âdil yargılanma hakkından türeyen bu iki *alt (türemiş) temel yargısal hakkın* birbirine üstünlüğü apriori olarak kabul edilemez. Burada önemli olan hâkimin ispat sürecinde uyuşmazlık noktalarını doğru bir şekilde tespit edip, başvurulması gereken delilleri bu çerçevede sağlıklı bir şekilde belirlemesidir. Bu anlamda uyuşmazlık konusu olmayan vakıalar için -*taraflar delil ibraz etmek isteseler dahi*- delil ibrazına cevaz verilmemeli; deliller ikame edilirken de, delillerin ispat gücü ile uyuşmazlık konularıyla ilgililiğinin yanı sıra maliyetleri de dikkate alınmalıdır. Bütün bunların gerçekleşebilmesi ise taraflar ile ispat süreci üzerinde etkili ve yetkili olan -*olması gereken*- hâkimin sağlıklı bir diyalog kurması ile gerçekleşebilir. Hâkimin ispat süreci ve deliller konusunda çıkaracağı yol haritasına göre, taraflar hem kendileri için en etkili ispat araçlarını mahkemeye getirebilirler hem de iddialarına göre belirleyecekleri önem sıralamasında delil ikamesi masraflarını ekonomik açıdan analiz edebilir. Aksi durumda taraflar hem belki hâkimde oluşan kanaat yapılanmasından uzakta olan bir ispat aracı için gereksiz yere masraf yapmak zorunda kalabilir ki, bu durum hem usûl ekonomisinin hem de ispat hakkının hedeflediği bir amaç değildir. Özellikle hukukî konularda bilirkişiliğe başvurulması, bilirkişi incelemesini gerekli kılmayan konularda bu delile başvurulması, gerekli olmadığı -*uyuşmazlık konusu olmayan vakıalarla ilgili*- keşfe karar verilmesi, aynı konuya ilişkin aynı şehirde yaşayan tanıkları öncelikle dinlemek yerine şehir dışında yaşayanların öncelikle mahkemeye davet edilmesi gibi durumlar hem yargılamanın

ucuzluğunu etkileyecek hem de tarafların ispat hakkını kullanmalarını zorlaştıracak veya tamamen engel oluşturacak örnekler arasında sayılabilir. Zira âdil bir yargılamanın gerçekleşmesi için aynı zamanda tarafların ispat hakkını kullanmaları da olabildiğince ekonomik olabilmelidir. Tarafların gerekli olmadığı hâlde iddialarını ispat etmek için masrafı yüksek delillere başvurmak zorunda kalması veya bırakılması, delillerin ikamesi için makûl olmayan harcamalar yapması, kişilerin ispat haklarını etkin şekilde kullanmalarına engel teşkil eder ve bu anlamda hem âdil yargılanma hakkı hem hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilmiş olur.

Bununla birlikte, tarafların ispat haklarını olabildiğince ucuz delillerle ispat etmesi, özellikle de hâkimin bu konuda yanlış takdir yetkisi kullanmasıyla birlikte ispat hakkı ihlâline de dönüşebilecek bir karakterdedir. Hâkimin sırf ucuz olması için uyuşmazlık konusu vakıa ile yüzde seksen ilgisi olan bir delile başvurmak yerine yüzde on ilgisi bulunan bir delilin ibrazını taraflardan istemesi de yine ispat hakkını ihlâl eder. Zira ispat hakkının tam anlamıyla temini, hem psikolojik hem ekonomik hem coğrafik hem zamansal anlamda kişilerin ispat faaliyetini meşru bir sebep olmaksızın güçleştirmemelidir. Başka bir ifade ile ucuzluk, tarafların açıklama ve ispat hakkına feda edilmemelidir. Burada hâkimin görevi, tarafların sundukları veya taraflardan sunmalarını istediği delilin/delillerin uyuşmazlık konusu vakıa ile ilgisini tespit etmek ve aynı zamanda delil ibrazının maliyetlerini de kabataslak hesaba katarak tahkikat sürecini yönetmektir. Bu noktada hâkimin yapacağı doğru değerlendirme, ispat hakkının temini için şarttır. Dolayısıyla hâkimin ispat sürecini yönetme ve bu doğrultuda tarafları yönlendirme yetki ve görevi, usûl ekonomisi ilkesi bakımından da ciddi bir öneme sahiptir. Hâkimin yapacağı hatalı bir değerlendirme, uyuşmazlık konusu vakıa hakkında delil ibrazını engelleyebilecek veya taraflar aleyhine gereksiz yere yargılama masrafı doğurabilecektir. Bu çerçeveden bakıldığında da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hâkime ön inceleme aşamasında verilen yetkilerin kullanılması son derece önemlidir ve bu anlamda hâkimin ispat sürecini yönetme konusunda sahip olduğu önemli araçlardır. Bu yetkiler kapsamında yukarıda üzerinde durduğumuz üzere hâkimin, tarafların ispat hakkını kullandıkları delillerin uyuşmazlığın çözümünde etkisi konusunda taraflara açıklama yapmalı, böylece taraflar hangi delillerin ispata en elverişli ispat araçları olduğunu değerlendirerek buna göre kendilerine yol haritası çıkarabilirler.

Son olarak ekonomik yargılanma hakkı çerçevesinde delil avansı meselesini de ispat hakkı açısından değerlendirmek gerekir. Ancak bu konu hem yargı kararlarında hem de öğretide ispat hakkı bakımından da oldukça tartışıldığından ve ayrıca delil avansı, ispat hakkının bir sınırlaması olarak kabul edildiğinden çalışmanın Beşinci Bölümü'nde ayrı bir başlık altında incelenecektir.

e. Türk Hukuk Uygulamasının Patolojik Sorunları Karşısında İspat Hakkının Etkinliğini Kaybetmesi Sorunu

Türk hukuk uygulamasında özellikle tahkikat sürecinde mahkemenin denetiminde gerçekleştirilen tebligatların, başvurulan tanıkların mahkemeye getirtilmesi, başka kurumlarla yapılan müzekkerelerin dosyaya erişimi, keşiflerin yapılması ile ilgili sorunların, bilirkişi raporuna başvurudan kaynaklanan gecikmelerin makûl sürede yargılamanın gerçekleşmesini engellediğinin yegâne sebebi olduğu son zamanlarda sıkça Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olmaktadır. Mahkeme özellikle kadastro davası, hizmet tespit davası gibi kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda delillerin toplanamamasını, tahkikat aşamasının usûl ekonomisine uygun şekilde gerçekleştirilememesini büyük ölçüde devletin kusuru olarak nitelendirmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun açılmasıyla birlikte Türk hukukunda sürekli söz edilen ancak aynı yoğunlukta kararlara konu olmayan bu *yargısal yönetimsel kusurlar*, sıkça Mahkeme'nin önüne getirilmeye başlanmıştır. Mahkeme son zamanlarda verdiği pek çok kararında hem patolojik olan bu sorunu açıkça gözler önüne sermekte hem de çok sayıda âdil yargılanma hakkı ihlâli kararı vermektedir. Bu yönüyle Anayasa Mahkemesi kararlarına yansıyan ispat hukukundan veya yargılamanın diğer kurumlarından kaynaklanıp makûl sürede yargılanma hakkı ile birlikte ispat hakkının da ihlâline sebebiyet veren bazı örnek kararlardaki sorunlar şu şekilde tespit edilmiştir:

(i) Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında bir yargılama sürecinde çok defa keşif kararı verilmesi, bilirkişi temin edilemediği veya hava şartları gerekçesiyle keşfin bir türlü gerçekleştirilememiş olması makûl sürede yargılanma hakkı ihlâllerine sebebiyet vermiştir[209]. Örneğin bir başvuruda tespit edildiği üzere, yargılama sırasında 13 kez keşif kararı alındığı ancak hepsinin de hava koşulları

[209] Bir kararda aynı vakıa hakkında *üç defa* keşif kararı verilmiş olması, keşif kararlarının gereğinin hava şartları veya bilirkişi temin edilememiş olması gerekçeleriyle gerçekleştirilememiş olması makûl sürede yargılanma hakkına sebebiyet veren bir unsur olarak değerlendirilmiştir. Bu karar için bkz. AYM, 2.7.2013, 2012/13 (RG 18.7.2013, S. 28711). Benzer başka kararlar için ayrıca bkz. AYM, 23.1.2014, 2013/4687.

uygun olmadığından gerçekleştirilememiş olması, mahkemelerin ispat hakkının temini araçlarını bizatihi ispat hakkının ihlâline sebebiyet olacak şekilde kullanabildiğini göstermektedir[210]. Yine bir başka başvuruda, 2 yıl 9 aylık bir zaman diliminde 16 kez keşif ara kararlarının icra edilemediği belirtilmiştir[211]. Bir başka başvuruya konu davada, verilen yaklaşık 60 keşif ara kararının müracaat yokluğu, mahkemenin keşif ve duruşmalarının yoğun olması ile keşif masrafının ikmal edilmemesi gibi nedenlerle yerine getirilmemesi makûl sürede yargılanma hakkının ihlâli olarak değerlendirilmiştir[212]. Başka kararlarda daha 52 yıl süren yargılamada 51 adet keşif kararı[213]; 30 yıl süren bir davada 37 kez keşif kararı verildiği[214]; 40 yılda sonuçlanan bir davada 6 yıl 4 ay boyunca verilen 20 adet keşif kararının gereğinin yerine getirilemediği[215] tespit edilmiştir.

(ii) Anayasa Mahkemesi kararlarından anlaşıldığı üzere, hüküm mahkemeleri çok sayıda duruşma açmaktalar ve bu duruşmaların çoğusu tebligat işlemlerinin, müzekkere yazılarının gelip gelmediğini konu almaktadır[216]. Örneğin 52 yıl süren bir davada nüfus ve tapu kayıtlarının mahkemeye getirtilmesi için yaklaşık 5 yıl süre geçirilmiştir; bu davada söz konusu nüfus ve tapu kayıtlarının mahkemeye ulaşmasından sonra, bu sefer de bu belgelerin 1 yıl 6 ay boyunca ve toplamda 7 celse incelemeye alındığı tespit edilmiştir[217]. Başka bir davada daha 2 yıl 7 ay tapuya yazılan yazının gelmesi beklenmiş; tapudan yazının gelmesi üzerine bu sefer de 5 yıl 10 ay boyunca mirasçıların tespiti, tarafların adreslerinin tespiti ve tebligat işlemleri için beklenilmiştir[218]. Ayrıca hüküm mahkemeleri, çoğu zaman delillerin toplanması için de gereksiz sayıda duruşma açmakta ve bu durum hem makûl sürede yargılanma hakkının hem de ispat hakkının ihlâline sebebiyet olmaktadır[219]. Örneğin müdahalenin men'ine ilişkin 53 yıl süren bir davada 37 kez duruşma açılmıştır[220]. Bir başka başvuruda, bir davada 25 aylık sürede gerçekleştirilen ilk 7 duruşmada mahkemenin, tarafların sundukları ve re'sen tespit edilen

---

[210] Bu karar için bkz. AYM, 17.9.2013, 2012/12 (RG 1.11.2013, S. 28808).
[211] AYM, 5.12.2013, 2013/1115 (RG 27.12.2013, S. 28864).
[212] AYM, 5.12.2013, 2013/1115 (RG 27.12.2013, S. 28864).
[213] AYM, 19.12.2013, 2013/3283 (RG 7.1.2014, S. 28875).
[214] AYM, 19.12.2013, 2012/673 (RG 7.1.2014, S. 28875).
[215] AYM, 23.1.2014, 2013/4687 (RG).
[216] Basit yargılama usûlüne tâbi bir uyuşmazlıkta **17 buçuk ay süren** yargılama sürecinde toplam **12 duruşma** yapıldığı konusundan tespit içeren bir karar için bkz. AYM, 7.11.2013, 2013/772 (RG 5.12.2013, S. 28842). 12 yıl süren bir menfi tespit davasında 46 adet duruşma açıldığı yönünde tespit içeren bir karar için bkz. AYM, 5.12.2013, 2012/650 (RG 27.12.2013, S. 28864). Başka bir davada, yargılamada dinlenecek tanığın adresine ulaşılmasının 17 ay sürdüğü belirlenmiştir (AYM, 20.3.2014, 2013/3443 (RG 10.5.2014, S. 28996). Benzer yönde başka tespitlerin bulunduğu Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. AYM, 19.12.2013, 2013/3283 (RG 7.1.2014, S. 28875); AYM, 19.12.2013, 2012/673 (RG 7.1.2014, S. 28875); AYM, 23.1.2014, 2013/4687 (RG); AYM, 20.3.2014, 2013/3443 (RG 10.5.2014, S. 28996); AYM, 3.4.2014, 2013/5881 (RG 6.6.2014, S. 29022); AYM, 15.4.2014, 2013/4785 (RG 12.6.2014, S. 29028).
[217] AYM, 19.12.2013, 2013/3283 (RG 7.1.2014, S. 28875).
[218] AYM, 19.12.2013, 2012/673 (RG 7.1.2014, S. 28875)
[219] Basit yargılama usûlüne tâbi bir uyuşmazlıkta **4,5 aylık** sürede gerçekleştirilen **ilk 5 duruşmada** hüküm mahkemesinin, tarafların sundukları delil, tanık ve iddiaları dikkate alarak delillerin tamamlatılması ile üç davacı tanığı ve üç davalı tanığının ifadelerinin dinlenmesiyle meşgul olduğu ve bu durumun makûl sürede yargılanma hakkını ihlâl ettiği yönünde bkz. AYM, 7.11.2013, 2013/772 (RG 5.12.2013, S. 28842); AYM, 23.1.2014, 2013/4687 (RG).
[220] AYM, 5.12.2013, 2013/1115 (RG 27.12.2013, S. 28864).

tanıklara ulaşmak ve tanıkları mahkemeye getirterek ifadelerinin dinlenmesiyle meşgul olduğu tespit edilmiştir[221]. Hatta bu davada aynı Adliye binasında ve hatta aynı katta bulunan iki mahkemeden birinin, dava ile ilgili dosyayı diğer mahkemeye göndermesi için defalarca duruşma açması ve dosyanın gelmesi için 14 ay beklenmiş olması açık bir şekilde devletin kusuru olarak nitelendirilmiştir[222].

(iii) Yine Anayasa Mahkemesi, pek çok kararında kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı kadastro davaları gibi bazı davalarda mahkemenin sahip olduğu yetkileri kullanmadığını; özellikle delillerin ve belgelerin toplanması konusundaki yetkilerini -*gereği gibi değil*- hiç yerine getirmediğini tespit ederek bu konudaki yargısal hataları mahkemelerin yönetiminden kaynaklanan ve yargılamaların uzamasına sebep olan unsurlar olarak değerlendirmiştir[223].

(iv) Yargılamanın yürütülmesinden sorumlu süjelerin değişimi sebebiyle de makûl sürede yargılanma hakkının sıklıkla hukuka aykırı şekilde sınırlandırıldığı; bu yönden, bir davada çok sayıda hâkim değişikliği[224] ve bilirkişi değişikliğinin makûl sürede yargılanma hakkının sıklıkla ihlâline sebep olduğu tespit edilmektedir. Sürekli değişen hâkimin, ispat hakkını temin edecek şekilde uyuşmazlığa hâkim olması düşünülemeyeceği gibi bu sebeple uzayan yargılamalarda ispat süreci ile hâkimin arasına zamansal olarak önemli bir mesafe girmesi de ispat hakkının ihlâli anlamını taşımaktadır.

(v) Hüküm mahkemelerinin tarafların delillerini bildirmeleri veya bildirilen delillerin toplanması için gereksiz ve makûl olmayan ölçüde süreler verildiği[225]; avukat mazaretleri için defalarca duruşmaların ileri tarihe atıldığı[226]; taraf vekillerine dosya içerisindeki bilgi ve belgeleri inceleyip beyanlarını bildirmeleri için defa-

---

[221] AYM, 20.3.2014, 2013/3443 (RG 10.5.2014, S. 28996). Aynı başvuruda, Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemenin tanık beyanlarını almak için uzun süre kaybetmesini ve tanık beyanının söz konusu dava açısından önemini belirterek bu konuda yaşanan sorunları açık bir şekilde devletin kusuru olarak belirtmiştir: "İlk derece mahkemesinin ikinci yargılamasında da tanıkların mahkemeye getirtilmesi sorunları yaşanmış, re'sen belirlenen bazı tanıkların Mahkemede dinlenebilmesi yaklaşık dokuz ay, bir tanığın ise adresine ulaşılamadığından dinlenebilmesi 17 ay sonunda mümkün olmuştur. Başvuruya konu dava açısından tanık delilinin önemi de düşünüldüğünde, tanıklara ulaşma ve tanıkları mahkeme önünde hazır etme konusunda idari ve yargısal sorunlar olduğu ve bu sorunlar nedeniyle devlete atfedilmesi gereken kusur sorumluluğunun artacağı konusunda şüphe yoktur."

[222] "İzmir 4. İş Mahkemesinin istenilen dosyayı 14 aylık bir süre sonunda göndermesi yargılamanın makûl süreyi aşmasında önemli bir etken olmuştur. Aynı bina içinde hatta muhtemelen aynı koridorda bulunan iki mahkeme arasındaki yazışmanın 14 ay sürmesinde makûl olmayan bir gecikmenin olduğu aşikârdır." AYM, 20.3.2014, 2013/3443 (RG 10.5.2014, S. 28996).

[223] Bu yönde kararlar için bkz. AYM, 17.9.2013, 2012/12 (RG 1.11.2013, S. 28808); AYM, 19.12.2013, 2013/3283 (RG 7.1.2014, S. 28875).

[224] Bir dava sırasında, hüküm mahkemesinde 5 kez hâkim değişikliğinin olmasının makûl sürede yargılanma hakkını ihlâl ettiği yönünde bkz. AYM, 7.11.2013, 2013/772 (RG 5.12.2013, S. 28842). Bu yönde başka kararlar için bkz. AYM, 19.12.2013, 2012/673 (RG 7.1.2014, S. 28875); AYM, 20.3.2014, 2013/3443 (RG 10.5.2014, S. 28996).

[225] Bu yönde tespitlerin bulunduğu Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. AYM, 5.12.2013, 2013/1115 (RG 27.12.2013, S. 28864); AYM, 19.12.2013, 2013/3283 (RG 7.1.2014, S. 28875); AYM, 19.12.2013, 2012/673 (RG 7.1.2014, S. 28875).

[226] Bu yönde tespitlerin bulunduğu Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. AYM, 5.12.2013, 2013/1115 (RG 27.12.2013, S. 28864); AYM, 19.12.2013, 2013/3283 (RG 7.1.2014, S. 28875).

larca süre verildiği[227] açık bir şekilde tespit edilmektedir. Benzer şekilde mahkemenin de dosyanın incelenmesi için çok defa duruşmaları ertelediği sıklıkla rastlanan bir aksaklıktır[228]. Şüphesiz ki, bu durumlar makûl sürede yargılanma hakkının ihlâli olarak değerlendirilmektedir.

Yukarıdaki kararlara yansıyan ve yargılama kurallarının eksik veya hatalı uygulanmasından doğan kusurlar ve dolayısıyla patolojik sorunlar özetle şu başlıklar altında toplanmaktadır: (*i*) yargılamayla ilgili olan evrakların ilgili kurumlardan kısım kısım istenmesi; (*ii*) tarafların delilleri zamanında ve gereğince ibraz etmesi konusundaki gerekli yetkilerin kullanılmaması; (*iii*) bazı usûlî işlemlerin yerine getirilmesi veya beyanda bulunmak üzere taraflara belirli ve kesin olmayan süreler verilmesi; (*iv*) hukuk davasının sonucuna hiçbir etkisi olmayacağı hâlde bazı davalarda yıllarca ceza mahkemesi kararlarının bekletici mesele yapılması; (*v*) bazı zamanlarda dosyada hiçbir işlem yapılmamış olması; (*vi*) taraflara, bazı usûlî işlemlerin yapılması için defalarca masraf ikmâli konusunda süreler verilmesi; (*vii*) bazı uyuşmazlıklarda sayısı altmışlara, yetmişlere ulaşan keşif ara kararları verilmesi; (*viii*) bilirkişi temin edilememesi veya mevsim şartları sebebiyle keşfin bazı durumlarda yıllar boyunca yerine getirememesi; (*ix*) bazı uyuşmazlıklar açısından mahkemelerin veraset ilâmı tanzim yetkisi bulunmasına rağmen, vefat eden dava taraflarına ait veraset ilâmlarının ibrazı konusunda taraf vekillerine defalarca kez ve yıllar alan şekilde süre verilmesi; (*x*) bazı uyuşmazlıklarda sayıları yüze varan duruşmalar açılması gibi[229]. Esasında bu örnekler dikkate alındığında Türk medenî yargılama sisteminin makûl sürede yargılanma hakkının ötesinde yargılamaların etkinliği konusunda çok ciddi sorunlarının bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Böyle bir yapı içerisinde ve özellikle makûl sürede yargılanmayı olumsuz yönde etkileyen sorunlar karşısında, ispat hakkının tam anlamıyla güvence altına alınması mümkün değildir. Hem ispat kurumlarının ve kurallarının yoğun şekilde dejenere edilmesi hem de diğer kuralların hatalı

[227] Bu yönde tespitlerin bulunduğu Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. AYM, 5.12.2013, 2013/1115 (RG 27.12.2013, S. 28864); AYM, 19.12.2013, 2013/3283 (RG 7.1.2014, S. 28875); AYM, 19.12.2013, 2012/673 (RG 7.1.2014, S. 28875).

[228] Bu yönde tespitlerin bulunduğu Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. AYM, 5.12.2013, 2013/1115 (RG 27.12.2013, S. 28864); AYM, 19.12.2013, 2013/3283 (RG 7.1.2014, S. 28875).

[229] Toplamda ellialtı yıl süren bir davanın gecikmesine sebep veren ihmâller, Anayasa Mahkemesi tarafından başka bir kararında daha açıkça ortaya konulmuştur. Bu davada, mahkemenin yüzü aşkın kez duruşma yaptığı, her duruşma arasında ikişer aylık süreler konulduğu, verilen her keşif kararında bilirkişinin gelmemesi veya hava şartlarının elvermemesi sebebiyle yapılamadığı, diğer tahkikat işlemlerinin özensizce çok uzun zaman süreçlerine yayılarak yapıldığı karara konu olmuştur. Bu karar için bkz. AYM 7.3.2014, , 2012/1254 (RG 25.4.2014, S. 28982).

uygulanmasından doğan sorunlar ispat hakkının amaçladığı yargısal güvenceleri etkisiz hâle getirmektedir.

Özellikle Anayasa Mahkemesi'ne şikâyet yolunun açılmasıyla birlikte kararlardan kolaylıkla anlaşılan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan davanın uzatılmasına sebep olan pek çok kuruma avukatlarca başvurulduğudur. Bu yönüyle bir yandan ispat hakkının temelini dayandırdığı ispat hukuku kurumlarına gereksiz yere başvurularak sistem bir bütün olarak ve özel olarak da, ispat hakkını temin edecek araçların dejenere edildiği rahatlıkla ifade edilebilir. Hiç şüphesiz bu dejenerasyon tek başına avukatların, hukukî araçlara başvurma konusundaki ihmâlinden ve zaman zaman davayı uzatmak için kastından kaynaklanmamaktadır. Sistem, hukuk uygulayıcıları olarak avukatlar ve hâkimler üzerine kuruludur; usulî ve ispat hukukuna ilişkin araçların doğru kullanılması sorumluluğu devlet mahkemeleri ile avukatların ortak sorumluluğundadır.

> Örneğin bir başvuruda Anayasa Mahkemesi, delillerin toplanması ve duruşma açılması için süre verilmesi; ardından bilirkişi incelemesine karar verilmesi; alınan bilirkişi raporuna itiraz üzerine ikinci kez bilirkişiye başvurulması; bu arada davacının ölmesi üzerine veraset ilamının alınması için süre verilmesi; gelen ikinci raporun birinci raporla çelişmesi üzerine üçüncü kez bilirkişi incelemesine karar verilmesi; bu arada hâkimin emekli olması; ardından davanın görüldüğü adliyenin kapanması üzerine dosyanın başka bir adliyeye gönderilmesi sebebiyle dosyanın incelenmesi için süre verilmesi; ardından, önceden alınmış olan üçüncü bilirkişi raporu hakkında ek rapor istenmesi ve nihâî olarak onama ile sonuçlanan temyiz incelemesi dâhil 8 yıl 1 ay 24 gün süren yargılama sürecinin, sebepsiz yere vekâletten azledilme gibi karmaşık olmayan bir dava için çok uzun sürmesi sebebiyle âdil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar verilmiştir[230]. Bu kapsamda yapılacak hesaba göre bu dava için dokuz kişi bilirkişi olarak görevlendirilmiş; biri ek rapor olmak üzere dört kez bilirkişi incelemesine karar verilmiş; sadece bilirkişi delili için defalarca bilirkişiler ve taraflar için tebligat yapılmış; diğer gecikme sebepleri için de defalarca kez duruşma açılmış, tebligatlar yapılmış ve nihaî olarak bu uyuşmazlık için hem devletin mahkemeleri hem taraflar ve vekilleri hem de bilirkişiler mesai harcamış ve uyuşmazlık sekiz yılı aşkın bir süre sürüncemede kalmıştır. Uyuşmazlığın niteliğine bakıldığında ise sadece basit bir vekâlet alacağı için bu kadar fazla zaman ve para harcanmasının gerekliliği hukuken tartışmadan uzaktır.
>
> Bu karardan da anlaşılacağı üzere, hâkimin usûl ekonomisi ilkesinin bir gereği olarak uyuşmazlığın türüne ve zorluğuna göre ve davayı sevk ve idare yetkisi gereğince, bu kadar çok bilirkişi incelemesine başvurması, yargılamanın çok daha kısa sürmesi için gerekli önlemleri alması, gereksiz yere duruşmalar açmaması gerekirdi. Nitekim bu uyuşmazlıkta davanın açılmasından sadece sekiz ay sonra azil işleminin haklı

[230] AYM 15.4.2014, 2013/4785 (RG 12.6.2014, S. 29028).

> olmadığı tespit edilmiş, sonrasında ise vekâlet ücretinin hesaplanması için uzun bir süre harcanmıştır. Buna benzer uyuşmazlıklar göstermektedir ki, ispat hakkının güvence altına alınması sayısız kez bilirkişi deliline başvurulmasını gerektirmediği gibi bu durum hem yargılamanın aşırı derecede uzaması hem de harcamaların gereksiz yere artmasına sebebiyet verebilmektedir. Hâkimin kanundan doğan yetkilerini kullanarak bu sakıncaların önüne geçmesi yine âdil yargılanma hakkının bir gereğidir[231].

Yukarıda Anayasa Mahkemesi'nin somut ve çarpıcı şekilde ortaya koyduğu, yargılamaların mahkeme yönetiminden doğan gecikmeler bir yandan ispat hakkını etkisiz bırakmakta bir yandan da ispat hakkını temin eden ispat kural ve kurumlarından yararlanılarak hakkın kullanılması imkânsız hâle gelmektedir. Durumun ekonomik yargılanma hakkına ilişkin boyutu ayrıdır ve bunun yine ispat hakkı üzerinde doğurduğu olumsuz etkiler ayrıca bir sonraki başlık altında incelenecektir. Ancak yukarıdaki kararlardan çıkan sonuç, Türk hukuk uygulamasında tahkikat aşamasının gereği gibi uygulanmaması, duruşmaların hukuka uygun şekilde gerçekleştirilmemesi, yaşanan tebligat sıkıntıları, delillerin toplanması konusunda yaşanan güçlükler hukuk sistemimizde ispat hakkının etkin bir şekilde temin ve tesis edilmesinin önündeki en büyük engellerden birini teşkil eder.

5. Alenî Yargılanmayı Talep Hakkı

Alenîyet ilkesi (*principle of public hearing; Öffentlichkeitzgrundsatz*), bilindiği üzere hem Anayasamız'da (Ay m. 141) hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS m. 6) kapsamında medenî yargılama hukukunda yargısal temel haklar kapsamında kabul edilmektedir[232]. Bu temel ilke, demokrasinin yargılama prosedüründeki görünüm şekli olarak ifade edilir[233]. Alenîyet ilkesi, özellikle Avrupa İnsan Hak-

---

[231] Yine Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen başka bir davada, uyuşmazlık benzer süreçlerden geçmiş ve yine âdil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar verilmiştir. Bu karar için bkz. AYM 3.4.2014, 2013/5881 (RG 6.6.2014, S. 29022).

[232] Alenî yargılanma hakkının önemi, Anayasa Mahkemesi tarafından şu şekilde belirtilmektedir: "Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtilen alenî yargılanma hakkı, davanın alenî (açık) duruşma ile görülmesinin yanı sıra mahkeme kararının da alenî olarak açıklanması gereğine işaret etmektedir. Anayasa'nın 36. maddesinde açıkça alenî yargılanma hakkından söz edilmemekle birlikte, adil yargılanma hakkının somut görünümlerinden biri olan bu hak esasen Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da zımni bir unsuru olup, ayrıca duruşmaların herkese açık olduğunu belirten ve alenîyetin hem kişinin adil yargılanma hakkından yararlanmasına hem de toplumun adalete güvenini sağlamak bakımından kamu yararına hizmet ettiğine işaret eden madde gerekçesi de nazara alındığında, yargılamanın alenîyetinin yanı sıra hükmün alenîyetine de işaret ettiği anlaşılan Anayasa'nın 141. maddesinin de, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, alenî yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır."AYM 20.3.2014, 2013/1780, § 31-32 (RG 10.5.2014, S. 28996).

[233] Anthanassios Pantazopoulos, "Der Öffentlichkeitsgrundsatz in Zivilprozess", **ZZPInt,** C. 13, 2008, ss. 322-323.

ları Sözleşmesi'ne taraf olan bütün hukuk devletlerince kabul edilmiş temel bir yargısal haktır[234]. Bu ilke menfaat sahibi olmasalar dahi, isteyen herkesin duruşmaları izleyebilmesine, mahkeme kararlarına erişebilmesine imkân tanıyarak yargılamaların gizli şekilde yürütülmemesini koruma altına alır[235].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1086 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmeyen alenîyet ilkesini "*Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler*" başlığı altında 28. maddede ayrıca düzenlemiştir. Bu maddenin ilk fıkrası, duruşmaların ve kararların bildirilmesinin alenî olacağına ilişkin genel hükmü düzenlemiş; diğer fıkraları ise alenîyetin mahkeme tarafından kaldırılmasını, yani sınırlandırılmasının koşullarını ve bu kurum çerçevesinde uygulanacak diğer hususları düzenlemiştir. Buna göre alenîyetin sınırlandırılması ancak (*i*) genel ahlâkın *veya* (*ii*) kamu güvenliğinin *kesin olarak gerektirdiği hâllerde* yapılabilecektir. Belirtilen bu hâller Anayasa'nın 146. maddesinde de aynı şekilde sıralanmış, yani sınırlama iki duruma münhâsır olarak kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin, 2. fıkrasında ise yargılamanın hangi durumlar altında sınırlanabileceği daha geniş bir şekilde ele alınmış ve genel olarak altı sebep belirlenmiştir. Aşağıda gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Anayasa gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinde belirtilen sınırlama sebepleri üzerinde ayrı ayrı durulacaktır[236]. Nitekim konumuz açısından en fazla önem arz eden konulardan birisi de, *alenîyetin sınırlandırılmasının* ispat hakkı üzerindeki etkisi olacaktır. Esasında alenîyet ilkesi, özellikle ispat hakkı

---

[234] Alman hukukunda, hakkın uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Klein, ss. 11-13, 16-20; Pantazopoulos, ss. 321-350.
Avusturya hukukunda (BVG Art. 90; AİHS m. 6/1; AvZPO § 171), hakkın uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oskar Ballon, **Einführung in das österreiches Zivilprozessrecht Streitiges Verfahren,** 11. Bası, Leykam 2006, ss. 33-34; Robert Fucik, Alexander Klauser ve Barbara Kloiber, **Österreichisches und Europäisches Zivilprozessrecht,** 11. Bası, Viyana 2011, ss. 26-263; Georg Kodek ve Peter Mayr, **Zivilprozessrecht,** Viyana 2011, s. 47; Walther Rechberger ve Daphne-Ariane Simotta, **Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts,** Viyana 2009, ss. 213-214; Marianne Roth ve Richard Holzhammer, **Zivilprozessrecht,** Viyana 2012, s. 32.
İsviçre hukukunda (AİHS m. 6/1; SchZPO m. 54), hakkın uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schenker (Baker & McKenzie), Art. 54, N. 1-11; Gehri ve Kramer, ss. 130-131; Leuenberger ve Uffer Tobler, ss. 133-134; Spühler / Dolge / Gehri, ss. 104-105; Walder-Richli, ss. 249-250.
İngiliz hukukunda (CPR 39 (1); AİHS m. 6/1), hakkın uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Andrews, 1994, ss. 23-24; Andrews, 2008, ss. 19-21; Andrews, 2012, ss. 26-32; Suzan Cunningham-Hill ve Karen Elder, **Civil Litigation Handbook 2013-2014,** 5. Bası, Oxford Univ. Press, Birleşik Krallık 2013, s. 12; Darbyshire, ss. 111-113; Kay ve diğerleri, s. 1517; Stuart Sime, **A Practical Approach to Civil Procedure,** 16. Bası, Oxford Univ. Press, Birleşik Krallık 2013, ss. 39-41, 425-426; ***Slapper ve Kelly,*** ss. 254-255; Micheal Zander, **Cases and Materials on the English Legal System,** 10. Bası, Cambridge Univ. Press, New York 2007, ss. 370-378.

[235] Rechberger, Relations Between Parties, Judges and Lawyers, s. 183.

[236] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. 4. Bölüm, § 12, I, B.

açısından önemini, yargılama sürecinde varlığından ziyâde yokluğu hâlinde daha belirgin bir şekilde göstermektedir. Nitekim alenîyetin ölçüsüzce sınırlandırılması -*aşağıda ele alınacağı üzere*- ispat hakkı açısından çok ciddi bir ihlâl oluşturmaktadır. Alenîyet ilkesinin bu yönünü incelemeden önce, varlığının yargılama prosedürüne olan katkısı incelenmelidir ki, sınırlandırılması konusunda yapılacak müdahalelerin ciddiyeti kendisini çok daha belirgin şekilde hissettirebilsin.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında çoğu kez alenîyet ilkesinin, kamusal denetim olmaksızın yargılamanın gizlilik içerisinde yürütülmesine karşı yargılamanın taraflarını koruma amacına hizmet ettiğini; ilkenin, aynı zamanda mahkemelere karşı olan güvenin sağlanmasına yardımcı olduğu ve bu şekilde yargılamanın saydamlaştırılıp (*transparency*) gözle görülür hâle getirilmesi suretiyle Sözleşme ile hüküm altına alınan ve her demokratik toplumun temel ilkelerini ifade eden âdil yargılanma hakkının gereklerinin yerine getirilmesi sağlanacağı belirtilmektedir[237]. Gerçekten de alenîyet ilkesi, yargının demokratik karakterini ifade eder[238].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin, devletlere iki temel yükümlülük getirdiği kabul edilir: (*i*) duruşmanın alenî olarak yapılması ve (*ii*) hükmün alenî olarak verilmesi[239]. Ancak yukarıda istisnalara yer verildiği üzere hakkın her iki gerekliliği de mutlak değildir ve belirli koşullar altında sınırlanabilir. *Duruşmanın alenî yapılması,* isteyenin duruşmada bulunabilmesine, yapılanları görebilmesine, söylenenleri işitebilmesine ve gösterilenleri görebilmesine imkân tanır[240]. Duruşmaların alenî şekilde yapılması aynı zamanda bir diğer temel hak olan sözlülük ilkesini etkiler. Hatta sözlülüğün, alenîyetin ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edilir[241]. Zira yazılı olarak yürütülen bir duruşmada delillerin nasıl tartışıldığından, kararın nasıl verildiğinden gerek kamu[242] gerekse yargılamanın tarafları tam olarak haberdâr ola-

---

[237] ***Axen v Germany,*** 08.12.1983, 8273/78 (hudoc). Benzer yönde diğer bazı kararlar için bkz. ***Pretto and Others v Italy,*** 08.12.1983, 7984/77 (hudoc); ***B. and P. v United Kingdom,*** 24.4.2001, 36337/97, 35974/97 (hudoc).

[238] Pekcanıtez ve diğerleri, s. 400.

[239] Bu konuda bkz. Hakan Karakehya, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma,** Ankara 2008, (Duruşma), s. 211.

[240] Karakehya, Duruşma, s. 212.

[241] İnceoğlu, s. 248; Karakehya, Duruşma, s. 213.

[242] Duruşmaların kamuya açık olması, aynı zamanda basın organlarına karşı da duruşmaların açık olmasını ve basın organlarının diledikleri davaların duruşmalarına katılabilmelerini gerekli kılar. Bu yönde ayrıntılı açıklamalar için bkz. Karakehya, Duruşma, s. 213.

maz; bu durum da, alenîyet ilkesinin ihlâli anlamı taşır[243]. Bu yönüyle gerçek anlamda ispat hakkının gerekliliklerinin sağlanabilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin dayattığı şekilde yargılamanın alenî şekilde duruşmalı olarak yapılmasını ve sözlülük ilkesinin uygulanmasını gerektirir. *Hükmün alenî olarak verilmesi* de, mutlak bir yargısal hak değildir ve bazı sınırlamalara tâbi kılınabilir[244].

6. Âdil Yargılanma Hakkı Kapsamında İspat Hakkının Kullanılmasında Dil Engellerinin Aşılması

a. Yargılamada Dil Engellerinin Aşılması ve İspat Hakkı

Anayasa'ya göre, mahkemenin dili Türkçe'dir ve kişiler hem dilekçelerini hem de sözlü olarak kendilerini duruşmalarda ancak Türkçe ifade edebilirler (Ay m. 3/1)[245]. Dolayısıyla mahkemelerin dili Türkçe'dir. Bununla birlikte, Türkçe bilmeyen veya sağır-dilsiz olması sebebiyle dili kullanamayan bir kimsenin de açıklama ve ispat hakkını tam olarak kullanması, yargılamada gerçekleştirilen işlemleri tam olarak anlayabilmesi mümkün olmaz. Bu durum da, yargılamanın tarafları arasında silâhların eşitliğini bozar[246]. Dolayısıyla kural Türkçe olmakla birlikte, bu dilde savunma ve ispat hakkını kullanamayacaklar açısından bu dezavantajın giderilmesi gerekir. Esasen örneğin Lozan Barış Antlaşması'nın bu konuya ilişkin düzenlemesi önemlidir. Buna göre "Resmi dilin varlığı kuşkusuz olmakla birlikte, Türkçeden başka dil ile konuşan Türk yurttaşlarına yargıçlar önünde kendi dillerini sözlü olarak kullanabilmeleri için gerekli kolaylıklar gösterilecektir." (Lozan Barış Antlaşması m. 39/5).

Âdil yargılanma hakkı ve özellikle eşit silâhlarla yargılanma hakkı, hukukî dinlenilme hakkı ve ispat hakkı açısından tercümandan yararlanma hakkı, mahkeme dilini anlamama veya konuşamama sebebiyle yargılamada ortaya çıkan eşitsizliği gidermeye yönelik önemli bir araçtır[247]. Zira kişinin, dil engeli sebebiyle anlayamadığı veya kendini ifade edemediği bir yargılama ispat hakkını kullandığını varsaymak mümkün değildir. Bu sebeple, yargılamada kişinin ispat hakkını kullanmasını olum-

---

[243] Karakehya, Duruşma, s. 213.

[244] "Hükmün alenî olması mahkeme kararlarının mutlaka açık duruşmada tefhimi anlamına gelmeyip, ilgililerin bilgi edinmesi amacıyla kararın yayınlanması veya mahkeme kalemine bırakılması da, yargılamanın bütünü dikkate alınarak alenî hüküm elde edilmesi açısından yeterli görülebilir" AYM 20.3.2014, 2013/1780, § 31-32 (RG 10.5.2014, S. 28996). Bu konudaki açıklamalarımız için de bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 15, I, E.

[245] Bu konuda bkz. Özekes, s. 300.

[246] Özekes, s. 300.

[247] Özekes, s. 301.

suz yönde etkileyecek dil engellerinin aşılması âdil bir yargılama için zorunludur[248]. Bu engelin aşılması için mahkemenin dilini değiştirmesi söz konusu olamaz; çünkü mahkemenin dili zorunlu olarak Türkçe'dir (Ay m. 3/1)[249]. Bununla birlikte kişinin tercümandan yararlanma hakkının kabul edilmesi, bu engelin aşılmasına hizmet ederek ispat hakkını kullanmasını sağlayacağı gibi yargılamanın da âdil bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlayacaktır.

b. İspat Hakkı Kapsamında Medenî Yargıya İlişkin Davalar Açısından Tercümandan Yararlanma Hakkının Âdil Yargılama Açısından Zorunlu Olup Olmadığı Sorunu

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında tercüman hakkı sadece ceza davaları açısından kabul edilmektedir (AİHS m. 6/3). Aynı zamanda AİHS m. 5 kuralı da, yargılamalarda tercüman hakkına ilişkin hukukî temeli oluşturur[250]. İşte AİHS maddeleri ve AİHM içtihatları, 2010 yılında ceza davalarında tercüman hakkına ilişkin bir direktifin de kabul edilmesi ile sonuçlanmıştır[251]. Avrupa Birliği tarafından benimsenen bu Direktif'de, tercüman hakkının özellikle ceza yargılamasındaki uygulamasına ilişkin olarak detaylı bir yasal çerçeve kabul edilmiştir. Bu kapsamda Direktif, gözaltı veya tutukluluk süresi dahil olmak üzere adlî sürecin başından, varsa temyiz de dahil olmak üzere sonuna kadar bütün aşamalarda, kişilerin *ücretsiz* ve *kaliteli sözlü tercüman hakk*ını; önemli belgelerin yazılı tercümesine sahip olma hakkını düzenlemektedir[252]. Bu Direktif'ten önce genellikle, tercümandan yararlanma hakkının sadece duruşmalar için geçerli olduğu; *kural olarak* dava dosyasındaki belge ve bilgiler ve hatta mahkemenin verdiği kararlar için geçerli olmadığı kabul edilmekteydi[253].

Medenî yargıya ilişkin davalarda dil konusundaki tarafların eksikliklerinin, silâhların eşitliği ilkesine veya âdil yargılanma hakkına aykırılık oluşturacağına ilişkin herhangi bir ilke, kural bu Direktif'te veya AİHS'nde yer almaz[254]. Ancak bu du-

---

[248] Bu konuda ayrıca bkz. Schwab ve Gottwald, s. 56.
[249] Özekes, ss. 300-301.
[250] Silvestri, Lost in Translation, s. 126.
[251] Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20/10/2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings.
[252] Bu konuda bkz. Seda Kalem Berk, **Türkiye'de Adalete Erişim: Göstergeler ve Öneriler,** Tesev Yayınları, İstanbul 2011, s. 59; Silvestri, Lost in Translation, ss. 127-128.
[253] Özekes, s. 302.
[254] Bu konuda bkz. Özekes, s. 302; Silvestri, Lost in Translation, s. 128.

rum, tarafların dil konusundaki eksikliklerinin iddia ve savunmalarını sunarken onları, diğer tarafa nazaran dezavantajlı duruma düşüreceği ve bu durumun -*ceza davaları veya medenî davalar ayrımı yapmaksızın*- taraflar arasındaki silâhların eşitliğini bozacağı gerçeğini değiştirmesi beklenemez. Bu eşitsizliğin, tarafın ispat hakkının ihlâline sebep olacağı da şüphe götürmez. Zira ispat hakkı, en başta diğer tarafa nazaran dezavantajlı koşullar altında ve taraflardan birisinin, kendisini tam anlamıyla ifade edemeyeceği bir dilde yargılama prosedürüne tâbi olmasına ve bu durumun hükme etki etmesine engel oluşturur. Bu sebeple de, âdil yargılanma hakkının bir gereği olarak taraflar medenî yargılamada da ücretsiz ve kaliteli tercüman hakkından; karşı tarafın sunduğu ve dava dosyasına giren belgelerin kaliteli bir şekilde tercüme edilmesi hakkından yararlanmalıdır. Bu gereklilik karşı tarafın sunduğu tüm delillerin de tercümesini gerektirecektir[255]. Dolayısıyla özellikle karşı tarafça sunulan delillerin, dava dosyasına giren bilgi ve belgelerin kişinin anlayabileceği dile çevrilmesi; aynı zamanda, kişinin, kendisini en iyi şekilde ifade edebileceği bir dilde iddia ve savunmasını sunması; bu sebeple de ücretsiz ve kaliteli tercümandan yararlanma hakkının medenî yargıya ilişkin davalarda da geçerli olması, âdil yargılanma hakkının bir gerekliliği olduğu gibi ispat hakkının güvence altına alınması için de zorunludur. Bu konuda kanaatimizce ceza davaları ile medenî yargıya ilişkin davalar arasında bir fark gözetilmesi önemli bir eksiklik yaratır. Çünkü ceza yargısında ücretsiz tercümandan yararlanma hakkının tanınması, bu yargılama prosedürlerindeki dava konusunun öneminden veya farkından kaynaklanmaz; açıklama ve ispat hakkının kutsallığından kaynaklanır. Kişinin anladığı bir dilde iddia ve savunmalarını sunması, delillerden haberdâr edilmesi her şeyden önce *âdil yargılanma hakkı*nın bir gereğidir. Bu sebeple kanaatimizce, bu konuda medenî yargılamalar açısından bir farklılık benimsenmesi ispat hakkının ve âdil yargılanma hakkının ihlâline sebebiyet verecek niteliktedir.

[255] Bu yönde bkz. Silvestri, Lost in Translation, s. 128.

C. Hukukî Dinlenilme Hakkı

1. Hukukî Dinlenilme Hakkı ve İspat Hakkı Arasındaki İlişki

a. Genel Olarak

Hukukî dinlenilme hakkı (*Recht auf Gehör / rechtliches Gehör / Gehörsanpruch*)[256] pek çok hukuk sisteminde temelini insan onuruna ve hukuk devletine dayandıran[257] *temel bir yargısal haktır (Prozessgrundrecht)*[258, 259]. Yargılama hukukunda kişilerin kendilerini ifade etmesinin, açıklayabilmesinin ve bunun ötesinde karşı tarafla eşit haklara sahip olduğunu hissedebilmesinin yegâne aracı yargılama sistemlerinde hukukî dinlenilme hakkının etkin olarak tesis edilmesinden geçer[260].

---

[256] Hukukî dinlenilme hakkı, iki taraflı dinlenilme hakkı (*principle of bilateral hearing; Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*) şeklinde de ifade edilebilmektedir.

[257] Örneğin Alman hukukunda hukukî dinlenilme hakkının doğrudan pozitif düzenlemesi Almanya Anayasası m. 103'de düzenlenmesine rağmen, temelinin hukuk devleti ilkesine (*Rechtsstaatsprinzip*) dayandığı anayasa hukuku öğretisinde tereddütsüz şekilde kabul edilir. Bu konuda bkz. Maunz ve diğerleri, GG Art. 103, N. 5; Vollkommer, ein faires Verfahren, ss. 200-201.
Avusturya hukukunda da gerek Avusturya Anayasası'nda gerekse Avusturya Medenî Yargılama Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen hukukî dinlenilme hakkı mutlak şekilde kabul edilmekte; hukukî temeli olarak hukuk devleti ilkesi, insan onuruna saygı ve genel eşitlik ilkesine yönelik Anayasa m. 7 (ÖstBV Art. 7) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi gösterilir. Bu konuda bkz. Ballon, N. 21; Hans Fasching, "Rechtliches Gehör und Rationalisierung des zivilgerichtlichen Verfahrens in Österreich", **Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. Marz 1996,** Seibundo, Tokyo 1996, ss. 117-136; Rechberger ve Simotta, N. 427.
Türk hukuku gibi, medenî yargılama kuralları içerisinde hukukî dinlenilme hakkına açıkça yer veren (SchZPO m. 53) İsviçre hukukunda da, hak aynı zamanda Federal İsviçre Anayasası'nda düzenlenmektedir (BV Art. 29/2). Bununla birlikte hakkın hukukî temeli olarak AİHS m. 6 da zikredilmektedir. Bu konuda bkz. Gehri ve Kramer, Art. 53, N. 1; Göksu (Brunner ve diğerleri), Art. 53, N. 1; Hurni (Berner Kom.), Art. 53, N.1; Leuenberger ve Uffer Tobler, s. 128; Schenker (Baker & McKenzie), Art. 53, N. 1; Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 53, N. 1-2.

[258] Hukukî dinlenilme hakkının temeli, Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından önceleri sadece hukuk devleti ve insan onuru ile ilişkilendirilmekteydi. Yeni tarihli kararlarında ise, Alman Federal Yüksek Mahkemesi bu hakkın temeli konusunda ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine ve Avrupa Temel Haklar Kataloğu'nun 47. maddesinin 2. fıkrasına atıfta bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Maunz ve diğerleri, GG Art. 103, N. 2. Türk kanunkoyucusu da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili kuralının gerekçesinde hukukî dinlenilme hakkının, âdil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olduğuna vurgu yapmıştır. Gerekçe'nin bu yönü aşağıda ele alınacaktır.

[259] Hukukî dinlenilme hakkının temel bir yargısal hak (*Prozessgrundrecht*) olduğu konusunda Alman hukuku bakımından bkz. Maunz ve diğerleri, GG Art. 103, N. 4; Vollkommer, ein faires Verfahren, s. 200. Avusturya hukuku bakımından aynı yönde bkz. Rechberger ve Simotta, N. 427. İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Gehri ve Kramer, Art. 53, N. 1; Leuenberger ve Uffer Tobler, s. 128; Schenker (Baker & McKenzie), Art. 53, N. 1.
Bununla birlikte yargısal temel haklar, Alman hukukunda *temel hak benzeri temel hak (grundrechtsgleichen Rechte)* olarak ifade edilirler (*bu konuda bkz.* Zuck, ss. 85 vd.). Bu konu özellikle çalışmamızın dördüncü bölümünde, temel hakların sınırlandırılması konusunda önem kazanacaktır.

[260] Hukukî dinlenilme hakkı Latince'de "*İki tarafın dinlenmemesi, hiçkimsenin dinlenmemesi demektir.*" şeklinde özdeyiş ile temelini Roma Hukukuna kadar dayandırmaktadır. Nitekim bugün sadece temel hakların hâkim olduğu sistemlerde değil, ilkel hukuk sistemlerinde dahi hukukî dinlenilme hakkı bazı farklılıklarla birlikte tarihin tüm süreçlerinde etkin bir şekilde yargılama modellerine etkide bulunmuştur (Özekes, s. 24).

Bu hak, hukuk devletine dayalı bütün sistemlerde kabul edilen en temel yargısal demokratik hakların başında gelir[261].

b. HMK m. 27

Temelini Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine, insan onuruna, hak arama özgürlüğü ile âdil yargılanma hakkına (Ay m. 36) dayandıran hukukî dinlenilme hakkının yargılama sürecinde sahip olduğu önemli etki, kanunkoyucunun bu hakkı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu içerisinde ayrı bir hüküm ile düzenlemesi ile sonuçlanmıştır. "*Hukukî Dinlenilme Hakkı*" başlığını taşıyan bu maddeye göre:

> (1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.
>
> (2) Bu hak;
>
> a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,
>
> b) Açıklama ve ispat hakkını,
>
> c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini,
>
> içerir. (HMK m. 27)

Bu madde hukukî dinlenilme hakkını, haksahibi ve unsurları ile birlikte ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Yine söz konusu maddenin Gerekçesi, kanaatimizce hukukî dinlenilme ve ispat hakkı ile ilgili önemli tespit ve değerlendirmelerde bulunmaktadır.

> Madde gerekçesinde öncelikle hukukî dinlenilme hakkının, Anayasanın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olduğu belirtilmektedir. Bu yönüyle hukukî dinlenilme hakkının -*bu arada açıklama ve ispat hakkının*- hukukî temeli olarak Anayasa m. 36 ve AİHS m. 6 tereddüte yer vermeyecek şekilde açıklanmaktadır. Ardından kanunkoyucu, hukukî dinlenilme hakkı ve dolayısıyla ispat hakkı ile insan onuru arasındaki bağı vurgular. Kanunkoyucu ispat hakkı ile insan onuru arasındaki ilişkiyi şu şekilde

---

[261] Alman hukukunda, hakkın uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Masahisa Deguchi, **Die prozessualen Grundrechte im japanischen und deutschen einstweiligen Rechtsschutz in Zivilsachen,** Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 1991, ss. 141-151; Engelmann, ss. 52-53; Jung, ss. 117-119; Frohn, ss. 41-52; Karwacki, ss. 7-9; Maunz ve diğerleri, GG Art. 103, N. 1-151; Hartmut Rensen, **Die richterliche Hinweispflicht** (Diss., Univ., Osnabrück, 2001), Gieseking-Bielefeld 2002, ss. 135-137; Schwab ve Gottwald, ss. 49-57; Stürner, Verhahrensgrundsätze, ss. 649-650; Tavolari, ss. 25-35; Tettinger, ss. 10-12; Vollkommer, ein faires Verfahren, ss. 200-202; Waldner, 1983, ss. 5 vd.; Warga, ss. 9-29. Avusturya hukukunda, hakkın uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ballon, Rn 21; Rechberger ve Simotta, N. 427. Ayrıca bu konuda karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Heike Jung, "Der Grundsatz des fair trial in rechtsvergleichender Sicht, Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts", **Festschrift für Gerhald Lüke zum 70. Geburtstag,** C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, Münih 1997, ss. 323-336. İsviçre hukukunda, hakkın uygulama alanı aşağıdaki başlıkta ayrıca incelenecektir.

belirlemektedir: "İnsan onurunun yargılamadaki zorunlu bir sonucu olarak, yargılama süjelerinin, yargılamada şeklen yer almaları dışında, tam olarak bilgi sahibi olmaları, kendilerini ilgilendiren yargılama konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmaları ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapıp karar vermesi gereklidir." Bu ifade de, ispat hakkının insan onuruna yakışan şekilde kullanılması gerektiğini belirtir[262]. Devamında, kanunkoyucu ispat hakkına sahip olan kişileri, "her yargılama süjesi kendi hakkıyla bağlantılı ve orantılı olarak bu hakka sahiptir" şeklinde belirtir[263]. Ayrıca gerekçede, hukukî dinlenilme hakkının temel unsurlarının, maddede tek tek belirtilmesinin sebebi olarak bu temel yargısal hak konusundaki tereddütlerin önüne geçilmesi amacı taşıdığı belirtilir. Bu durum da, kanunkoyucunun ispat hakkına verdiği önemi bir kez daha vurgular. Ardından da, tek tek hukukî dinlenilme hakkının unsurları hakkında açıklamalar bulunur. Gerkeçenin ispat hakkına ilişkin kısmında, yargılamanın her iki tarafının da bu haktan eşit şekilde yararlanacağı; bu gerekliliğin, 'silâhların eşitliği ilkesi' olarak ifade edildiği belirtilmektedir[264]. Kanunkoyucu bu bağlantı ile ispat hakkı ile silâhların eşitliği ilkesi arasında da önemli bir bağ kurmaktadır.

Görüldüğü üzere, ispat hakkını *açık bir şekilde* bünyesine katan hukukî dinlenilme hakkına ilişkin madde gerekçesi, "*ispat hakkı*" başlığını taşıyan Kanun'un 189. maddesinin gerekçesinden çok daha fazla *ispat hakkına ilişkin* önemli bilgiler içermektedir. Daha çok hakkın varlığını düzenlemektense ispat hakkının *sınırlanmasını* odak alan Kanun'un 189. maddesi, bize ispat hakkına ilişkin bu denli önemli açıklamalar sunmamaktadır[265]. Bu yönüyle Kanun'un 27. maddesinin gerekçesi, ispat hakkı açısından çok daha doyurucudur.

Kanunkoyucunun da iradesini açık şekilde yansıttığı üzere, hukukî dinlenilme hakkı ile ispat hakkı arasında çok güçlü bir bağ bulunur. Öncelikle hukukî dinlenilme hakkına riayet, yargılama sisteminin bütünü içerisinde ispat hakkına da tesir edecek şekilde çok önemli etkilere sahiptir. Ancak hukukî dinlenilme hakkının tanındığı hukuk sistemlerinde, kişilerin yargıya güveni artar; doğal hâkim önünde uyuşmazlığı açıklayabilmesi, karara etki edebilmesi, daha sağlıklı kararların verilmesi mümkün olabilir. Böylece kişiler, yargılama sürecine de demokratik anlamda katılma imkânı bulurlar ve bu durum hem toplumsal barışın tesisinde hem de kişilerin yargıya güvenmesinde çok önemli bir etkiye sahip olur[266]. Bu anlamda hukukî dinlenilme hakkının, yargılama hukukunun temel direği ve yargılama sürecinde sağ-

[262] Bu konudaki açıklamalarımız için ayrıca bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, A.
[263] İspat hakkının süjeleri konusundaki açıklamalarımız için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 7, I.
[264] İspat hakkının, silâhların eşitliği ilkesi ile ilişkisi hakkında bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, B, 2.
[265] HMK m. 189 kuralının değerlendirilmesi konusunda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 3, IV, B.
[266] Özekes, s. 26.

lanması gereken en önemli hak olduğu ifade edilir[267]. Gerçekten de, uyuşmazlık konusu hakkı düzenleyen maddî hukuk kurallarının, somut uyuşmazlığa uygulanabilmesi taraflara yargılamada söz hakkı tanınmasına, onların kendilerini ifade edebilmelerine ve bu anlamda açıklamada bulunabilmelerine bağlıdır[268]. Hukukî dinlenilme hakkının gerçek anlamda ve tüm unsurlarıyla tesis edilemediği bir yargılamada, maddî hukukun düzenlediği hukuk normlarının da somut uyuşmazlığın çözüme ulaşmasında herhangi bir önemi kalmayacaktır. Bu anlamda öğretide, ne kadar fazla hukukî dinlenilme hakkı tanınırsa o ölçüde hukuka uygun, güçlü, toplum vicdanında kabul gören kararların ortaya çıkacağı belirtilir[269].

Bunların yanısıra hukukî dinlenilme hakkı ile ispat hakkı arasında, doğal bir ilişki olduğu kabul edilmelidir. Şöyle ki aşağıda üzerinde durulacağı üzere, hukukî dinlenilme hakkının temel üç unsurunun da ispat hakkının etkin bir şekilde tesisi için vazgeçilemez olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinin uygulanmasıyla ilgili verdiği yeni tarihli içtihatlarında hukukî dinlenilme hakkı kapsamında, tarafların açıklama ve ispat haklarından sıklıkla bahsetmeye başlamıştır. Özellikle ön inceleme aşamasının kabulü ve bu aşamada hâkime verilen yetki ve görevlerin uygulanması kapsamında açıkça tarafların "*delile erişim hakkı*"ndan sözedilmekte ve bu hakkın sınırlandırılması bozma sebebi olarak kabul edilmektedir[270]. Bu çerçevede hukukî dinlenilme hakkının unsurlarının, ispat hakkının tesisindeki önemi üzerinde ayrı ayrı durmak gerekir. Ancak bundan önce ispat hakkının -*Türk hukukunda da, İsviçre hukukunda da*- hukukî temeli olarak birinci dereceden zikredilen hukukî dinlenilme hakkının, İsviçre medenî yargılama hukukundaki düzenlenişi ve ispat hakkı ile ilişkisi üzerinde durmak faydalı olacaktır.

---

[267] Bu konuda bkz. Özekes, s. 27.

[268] Özekes, s. 27.

[269] Özekes, s. 27.

[270] Örnek bir karar için bkz.: "Delil, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli hususların ispatı için gösterilir. Uyuşmazlık konuları ise ön incelemede belirlenir. Ön inceleme duruşmasında uyuşmazlık konuları belirlenmeden, tarafların tanık listesi vermesi beklenemez. Kuşkusuz o aşamaya kadar göstermişler ise gösterdikleri delillerin toplanması için gerekli hazırlık işlemleri ön incelemede yapılacaktır. **Ancak göstermemişlerse, çekişmeli konuların belirlenmesinden sonra bunların ispatı için taraflardan delil göstermeleri istenmelidir. Aksinin kabulü, bir kez davaya cevap vermemiş veya cevap süresini kaçırmış olan davalının, hukuki dinlenilme hakkını zedeler. Bu bakımdan, davalıya ön inceleme duruşmasında, davacının davasının dayanağı olarak gösterdiği vakıaları çürütmek için delil gösterme imkânı verilmeli, gösterdiği takdirde buna dair delilleri tahkikat aşamasında usulünce toplanarak tüm deliller birlikte değerlendirilerek**, tarafların kusur durumları ve boşanmanın fer' i sonuçları buna göre karara bağlanmalıdır." 2. HD, 26.9.2013, 8511/22057 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

c. SchZPO m. 53

Hukukî dinlenilme hakkının unsurları ile ispat hakkı arasındaki ilişkinin spesifik olarak incelenmesine geçmeden önce, "*hukukî dinlenilme hakkı (Rechtliches Gehör)*" başlığını taşıyan SchZPO m. 53 kuralının da kısaca değerlendirilmesi gerekir. Bunun aslî sebebi, Türk hukukunda ispat hakkının kanunî düzenlemelerinden birisini, hukukî dinlenilme hakkına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinin düzenliyor olması; ayrıca kanun yapma tekniği, yeni medenî yargılama kanunlarının yakın zamanlarda yürülüğe girmiş olması ve tabi ki tarihî temeller konusunda iki hukuk sistemi arasındaki yakın ilişkidir. Bu yönden yakın zamanlarda kabul edilip yürürlüğe giren iki Kanun'un hukukî dinlenilme hakkına ilişkin düzenlemesinde ispat hakkına yönelik eğilimi karşılaştırılmalıdır. Nitekim Türk hukukundaki gelişime paralel şekilde, SchZPO da, 2011 yılında yürürlüğe giren yeni kanunî düzenlemeleri içerisinde -*aynı Türk hukukunda olduğu gibi*- ispat hakkını ayrıca düzenlemiştir. Bu yönden her iki Kanun arasında benzerlikler kurulması önemlidir.

Hukukî dinlenilme hakkını düzenleyen SchZPO m. 53, hakkı şu şekilde belirlemiştir:

> " (1) Taraflar, hukukî dinlenilme hakkına sahiptir.
>
> (2) Üstün bir kamu menfaati veya özel menfaat bulunmadıkça taraflar, özellikle dava dosyasını inceleyebilir ve kopyasını alabilirler." (SchZPO m. 53)

Kural dikkate alındığında SchZPO'da, HMK m. 27'den oldukça farklı bir düzenleme getirildiği rahatlıkla ifade edilebilir. Bu farklılıkları kısaca özetlemek gerekirse:

(1) HMK m. 27, ispat hakkını açıkça hukukî dinlenilme hakkının bir unsuru olarak düzenlerken, SchZPO m. 53 bu yönde bir tercihte bulunmamıştır[271]. Buna karşılık öğretide ispat hakkının, hukukî dinlenilme hakkının bir unsuru olduğu yönünde tereddüt bulunmaz[272].

---

[271] Oysa İsviçre hukukunda ispat hakkı, mahkeme kararlarında ve bilimsel çalışmalarda uzun zamandan bu yana incelenmektedir ve SchZPO'nun kabul edilmesinden önceki tarihli mahkeme kararlarında ve bilimsel çalışmalarda da sıklıkla, hukukî dinlenilme hakkının, ispat hakkının temelini oluşturduğu belirtilmekteydi. İspat hakkını da, ayrıca kanunî düzenlemeye kavuşturan İsviçre kanunkoyucusu ne ispat hakkına ilişkin SchZPO m. 152'de ne de hukukî dinlenilme hakkına ilişkin SchZPO m. 53'de hukukî dinlenilme hakkı ile ispat hakkı arasında ilişki kurmamıştır. Buna karşılık Türk kanunkoyucusu açık bir şekilde bu iki hak arasındaki organik bağı -*kanun düzeyinde*- ortaya koymuştur. Bununla birlikte SchZPO m. 152 kuralının kanun gerekçesinde ispat hakkının, hukukî dinlenilme hakkının bir unsuru olduğu belirtilmektedir. Bkz. ***Botschaft SchZPO,*** s. 7312.

[272] İsviçre hukuku öğretisinde, hukukî dinlenilme hakkının unsurları şu şekilde kabul edilmektedir: *Dava dosyasını inceleme hakkı (Recht auf Akteneinsicht); dinlenilme hakkı (Recht auf Anhörüng); açıklama hakkı (Recht auf Äusserung); ispat hakkı (Recht auf Beweis); yargılamayı yönlendirme hakkı (Ansp-*

(2) SchZPO m. 53, hukukî dinlenilme hakkına sahip olacak kişileri sadece *taraflar* (*Parteien*) olarak belirlemiştir[273]. HMK m. 27 ise, menfaati ihlâl edilen herkesi (*ilgilileri*) haksahibi olarak tanıdığından, ispat hakkına sahip olacak kişiler de Türk hukukunda taraflarla sınırlandırılmamıştır.

(3) Hukukî dinlenilme hakkının üç temel unsuru bulunduğu (*bilgilenme, açıklama ve dikkate alınma hakkı*) Alman hukukunda da, Türk hukukunda da ve hatta İsviçre hukukunda da kabul edilir. Buna uygun olarak Türk kanunkoyucusu bu üç temel unsuru hukukî dinlenilme hakkının temel içerikleri olarak benimsemiştir. İsviçre kanunkoyucusu ise, bu şekilde hukukî dinlenilme hakkının unsurlarını kanunî temele oturtmayı tercih etmediği gibi (*ki bu unsurlardan özellikle açıklama hakkı, ispat hakkı aracılığıyla kullanılmaktadır*) "*özellikle (insbesondere)*" şeklindeki ifadesi ile dava dosyasından bilgi edinme hakkını örnek olarak göstermiştir[274]. Bu yönüyle HMK m. 27 kuralı, hukukî belirlilik açısından çok daha açık ve güvencelidir.

(4) SchZPO m. 53'de karşı tarafın veya kamunun üstün yararının bulunması (*überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen*) hâlinde, tarafların dava dosyasını inceleme hakkı sınırlanmaktadır. Bu durum, tarafımızca -*özellikle*- Türk hukuk uygulaması açısından tehlikeler barındırabilecek nitelikte bir yetkidir. Bu yetki bir taraftan karşı tarafın özel menfaatlerini korumaktayken, ispat hakkı açısından hukukî belirliliği ve hukukî korunma talebini tehlikeye sokabilecek niteliktedir. Ayrıca maddede kamu yararı (*öffentlichen Interessen*), hukukî dinlenilme hakkının bir sınırlaması olarak kabul edilmiş; ancak bu kavram, kanaatimizce belirsizlikler barındıran ve medenî yargılama prosedüründe -*kamu menfaatinden ne anlalaşılması gerektiği açıkça belirtilmedikçe ve*- gerekmedikçe başvurulmaması gereken bir ölçüttür[275].

Bu farklılıklar dikkate alındığında, HMK m. 27 kuralının ispat hakkının hukukî temelinin -*pozitif olarak*- belirlenmesi ve güvenceye kavuşması açısından SchZPO

---

ruch auf Orientierung); duruşmalara ve ispat sürecine (delillerin toplanmasına) katılma hakkı (Recht auf Teilnahme an allen Verhandlungen und Beweiserhebungen); -özellikle yüksek meblağlı uyuşmazlıklar açısından- nitelikli temsil hakkı (Recht, sich rechtskundig vertreten zu lassen); delillerin kabul edilmesi hakkı (Recht auf Abnahme); hükme tesir edebilme hakkı (Recht auf Urteilbegründigung). Bu konuda bkz. Gehri ve Kramer, Art. 55, N. 5-6; Göksu (Brunner ve diğerleri), Art. 53, N. 8-37; Hurni (Berner Kom.), Art. 53, N. 37-73; Leuenberger ve Uffer Tobler, s. 128-130; Schenker (Baker & McKenzie), Art. 53, N. 5-21; Spühler / Dolge / Gehri, § 26, N. 60-64; Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 53, N. 6-32; Walder-Richli ve Grob-Andermacher, § 21, N. 1-21. Ayrıca tartışmalı olmakla birlikte, yargılamanın dilini anlamayan birinin hukukî dinlenilme hakkını gereği gibi kullanamayacağı belirtilerek tercüman hakkının (Anspruch auf Übersetzung) da hukukî dinlenilme hakkı kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilir [bu konuda bkz. Hurni (Berner Kom.), Art. 53, N. 66].

[273] Öğretide de hukukî dinlenilme hakkına sadece tarafların sahip olacağı kabul edilir. Bu konuda bkz. Göksu (Brunner ve diğerleri), Art. 53, N. 6.

[274] İsviçre hukukunda hukukî dinlenilme hakkının unsurları çoğunlukla Federal Mahkeme kararları ile belirlenmektedir. Bu konuda özellikle bkz. Hurni (Berner Kom.), Art. 53, N. 37-73; Spühler / Dolge / Gehri, § 26, N. 57-64; Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 53, N. 6-32. Bu sebeple de bir önceki dipnottan anlaşılabileceği üzere, hukukî dinlenilme hakkının uygulama alanı Federal Mahkeme kararları ve öğreti tarafından geniş şekilde yorumlanmaktadır.

[275] İsviçre kanunkoyucusu -*ispat hakkını da çoğu kez yakından ilgilendirecek şekilde*- sıklıkla *kamu menfaati* kavramına SchZPO'da yer vermektedir. Bu konu, özellikle ispat hakkının sınırlandırılması yönünden ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bkz. aşa. Dörüdüncü Bölüm, § 15, II.

m. 53 kuralından çok daha sağlam hukukî zemin oluşturduğu açıktır. Ayrıca HMK m. 27 kuralının madde gerekçesi de -*yukarıda üzerinde durulduğu üzere*- ispat hakkının hukukî güvencesi açısından oldukça önemli aydınlatıcı bilgiler içerir. Bu hâliyle, *hukukî dinlenilme hakkı ve ispat hakkı arasındaki ilişki açısından* HMK m. 27'nin, SchZPO m. 53'ün çok daha ilerisinde olduğu ve önemli bir hukukî güvenlik zemini oluşturduğu aşikârdır[276].

2. Bilgilenme Hakkı

a. Hakkın İçeriği ve İspat Hakkı Bakımından Önemi

Hukukî dinlenilme hakkının ilk unsuru, kronolojik olarak ispat hakkı açısından da yargılama sürecinde karşılaşılacak ilk aşamada *bilgilenme hakkı*dır. *Bilgilenme hakkı* (*das Recht auf Information*), bu hakka sahip olanların yargılamanın ve geniş anlamda hukukî prosedürün başından sonuçlanmasına kadar yargılamadan ve yargılamanın seyrinden haberdâr olmalarını gerektirir[277]. Bilgilenme hakkının ispat hakkı açısından özel bir önemi vardır. Bu önemin anlaşılması basittir; kişi, ancak bilgi sahibi olduğu bir konuda açıklamada bulunabilir. Dolayısıyla ispat hakkının görünüm şekillerinden biri olan açıklama hakkının kullanılabilmesinin ön koşulu, kişilerin yargılamaya ilişkin her türlü iş ve işlemden haberdâr olmasıdır. Nitekim bilgilenme hakkının, ispat ve açıklama hakkının bir ön unsuru, hazırlayıcısı olduğu ve bu anlamda bilgilenme hakkının ihlâlinin kişilerin delil sunma ve ispat hakkını da ihlâl edileceği yargı içtihatları ile de kabul edilmektedir[278]. Bunun ötesinde, aynı zamanda

---

[276] Bununla birlikte daha önce de belirtildiği üzere, HMK m. 27 kuralı ispat hakkını düzenleyen aslî düzenleme niteliğinde olan HMK m. 189 kuralından daha ileride, yargısal demokrasinin ve ispat hakkının kural olması ilkesine uygun olarak çok daha özgürlükçü ve hukukî güvence açısından daha önemli bir düzenlemedir. Bu konudaki açıklamalarımız için ayrıca bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 3, IV.

[277] Özekes, s. 86. Ayrıca bkz. Daniel Adloff, **Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess,** Mohr Siebeck, Tübingen 2007, s. 113; Warga, s. 21.

[278] "...Hâkim tarafları dinlemeden veya **açıklama ve ispat hakkını kullanmaları** için yasaya uygun biçimde davet etmeden hükmünü veremez. (YHGK.nun 2009/52 Esas, 2009/105 Karar sayılı kararı) / ... Mahkemenin, dava dilekçesini ve duruşma gününü taraflara kendiliğinden tebliğ edip taraf teşkilini sağlaması. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun amir hükmü gereğidir. **Yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunmayla ilgili delillerin eksiksiz toplanıp tartışılabilmesi, itirazların yapılabilmesi, davanın süratle sonuçlandırılabilmesi, öncelikle tarafların duruşma gününden haberdar edilmesiyle mümkün olur.** Kişinin hangi yargı merciinde duruşması bulunduğunu, hakkındaki iddia ve isnatların nelerden ibaret olduğunu bilmesi, 7201 Sayılı Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğünde açıklanan usule uygun tebligat yapılmasıyla sağlanabilir...." 3. HD, 11.2.2013, 1254/1910 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası). Aynı yönde bir başka karar için bkz. 2. HD, 25.3.2013, 22094/8105 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası); 4. HD, 20.6.2012, 7262/10928 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası); 14. HD, 22.3.2013, 3100/4314 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

karşı tarafın da yargılamaya ilişkin her türlü işleminden haberdâr edilmesi gerekir[279]. Taraflar, karşı tarafın iş ve işlemleri hakkında gereğince bilgilendirilmedikleri takdirde, savunma haklarını ve dolayısıyla ispat haklarını kullanamazlar. Bilgilenme hakkındaki eksiklik, doğrudan doğruya savunma hakkının ihlâli olarak kabul edilir[280].

Bilgilenme hakkı, yargılamanın devamı boyunca uyulması gereken bir haktır. Bu hak, sadece karşı tarafın iddia veya savunmaları ile delillerine ilişkin de değildir. Bilgilendirme hakkının konusu, kişi açısından bir hakkın kazanılması, kaybedilmesi veya kullanılmasının söz konusu olduğu her türlü iş ve işlemdir. Örneğin kişinin, mahkeme kararları hakkında bilgi sahibi olması, özellikle temyiz aşamasında kendisinin açıklama ve ispat hakkını kullanabilmesi için büyük öneme sahiptir. Anayasa Mahkemesi de, bir kararında, kararların gerekçeli olmasına ve bunun da ötesinde tarafların mahkeme kararlarının içeriği konusunda bilgi sahibi olduktan sonra temyiz haklarını kullanmalarının önemine vurgu yapmıştır. Kararda özellikle iş mahkemelerinde uygulanmakta olan süre tutum dilekçeleri eleştirilmiş; bu şekilde, kişinin kararın içeriği konusunda bilgi sahibi olmadan yapacağı temyiz başvurusunun açıklama hakkını engellediği kabul edilmiştir[281].

---

[279] Bu gereklilik, mahkemeler açısından bir bilgilendirme ödevi de doğurur. Bu konuda bkz. Warga, s. 21.

[280] "... Anayasa'nın 36. maddesine göre herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı merciileri önünde iddia ve savunmayla adil yargılanma hakkına sahiptir. Adil yargılanma hakkı hak arama özgürlüğünün uygulamaya yönelik uzantısı niteliğindedir. Ayrıca 6100 Sayılı H.M.K.nın 27. maddeleri uyarınca taraflar dinlenmeden, iddia ve savunmalarını beyan etmeleri için davet edilmeden hüküm kurulması savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olduğundan adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkına aykırıdır. Bu itibarla, davalıya savunma hakkı tanınmadan hüküm tesisi doğru görülmemiştir...." 11. HD, 10.6.2013, 2641/12003 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

[281] "...Uygulamada, iş mahkemelerinde, 8 günlük temyiz süresi tefhim ile başladığından, bir kısım mahkemeler gerekçeli kararı taraflara tebliğ etmemekte, bir kısım mahkemeler ise gerekçeli kararı her halde taraflara tebliğ etmektedir. Bu durum somut başvuruda olduğu gibi bazı davalarda tarafların mahkemelerin gerekçesini bilmeden temyiz başvurusu yapmak zorunda kalmasına ve temyiz incelemesinde davanın taraflarının temyiz gerekçeleri bilinmeden inceleme yapılmasına neden olmaktadır. **İlk derece mahkemesi kararının gerekçesini bilmeyen kişilerin temyiz hakkını gereği gibi kullandığı ve tarafların temyiz nedenlerini bilmeyen temyiz merciinin de temyiz incelemesini sağlıklı bir şekilde yaptığı söylenemez. Bahsedilen şekilde yapılan temyiz başvurusu ve temyiz incelemesi, gerekçeli karar hakkı bağlamında adil yargılanma hakkına uygun olmayan bir yargılama yapılmasına sebebiyet vermektedir.** / Nitekim AİHM, bir ceza davasında beş günlük kısa temyiz süresi nedeniyle gerekçeli karar kendisine tebliğ edilmeden temyiz başvurusu yapmak zorunda kalan bir başvurucuyla ilgili olarak yaptığı incelemede; sözleşmeci devletlerin yargı sistemlerinin 6. maddeye uygunluğunu sağlamak konusunda bir tercih özgürlüğüne sahip olduklarını, bunun yanında ulusal mahkemelerin kararlarını hangi gerekçelere dayandırdıkları konusunda yeterli açıklığı sağlamalarının zorunlu olduğunu, kişilerin sahip olduğu temyiz hakkını etkili bir biçimde kullanabilmesinin diğer unsurlar yanında bu koşula bağlı olduğunu, kendisinin görevinin de bu bağlamda devletlerin tercih ettiği yöntemlerin 6. maddeye uyumlu sonuçlar doğurup doğurmadığını incelemek olduğunu

Bilgilenme hakkı, ifade edildiği üzere oldukça geniş bir haktır. Buna karşılık özellikle Türk hukuk uygulamasında hukukî dinlenilme hakkı bünyesinde bilgilenme hakkı denildiğinde, mahkeme içtihatlarına konunun yansıyan tek yönü taraflara hukuka uygun şekilde tebligat yapıp, duruşmaya katılımlarının sağlanmasıdır. Ancak bilgilenme hakkı sadece tebligat yolu ile tarafların yargılama hakkında bilgi sahibi olma hakkından ibaret değildir. Zira tebligat tarafların yargılama hakkında sadece *şeklî* anlamda bilgi sahibi olmasını sağlar. Bununla birlikte tarafların yargılamanın içeriği hakkında *maddî* anlamda da, bilgilendirme hakkına sahip olmaları, tebligatın hukuka uygun şekilde yapılmasının yanısıra pek çok gerekliliği daha beraberinde getirir. Bilgilenme hakkının gereği, öncelikle hem yargılama sırasında hem de kanaatimizce yargılama öncesinde tarafların dava ve cevap dilekçelerini lâyıkıyla hazırlayabilmeleri için gerekli olan belgeye ve bilgiye, yani delil kaynağına ulaşma hakkını içerir. Bu sebeple aşağıda bilgilenme hakkının özellikle bu yönleri üzerinde de durulacaktır. Bunun yanısıra uyuşmazlığa ilişkin her türlü belge ve bilgiye ulaşılabilmesi de, bilgilendirme hakkının kullanılabilmesinin en önemli araçlarından biridir. Nitekim bu yönde, İsviçre hukukunda bilgilenme hakkının, ispat hakkının bünyesine aldığı *dosyayı inceleme ve kopya alma hakkını* (*Recht auf Akteneinsicht und Anfertigen von Kopien*) da içereceği Kanun'da ayrıca belirtilmiştir. Aşağıda bu unsurların tümünün üzerinde ayrı ayrı durulacaktır.

b. İspat Hakkı Çerçevesinde Bilgilenme Hakkının Konusu

aa. Tarafların Uyuşmazlık Konusu Hakkında Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı

aaa. İspat Hakkı Açısından Bilgiye/Delile Erişim Hakkının Önemi

Âdil bir yargılama, kişilerin ispat haklarının önünde engel olan durumları bertaraf etmeyi amaçlar. Bu anlamda âdil bir yargılamanın gerçekleşebilmesi için de, kişilere ispat hakkı kapsamında sadece kendini ifade etme imkânı yani açıklama hakkının tanınmış olması yeterli değildir. Tarafların etkili bir şekilde açıklama haklarını kullanabilmeleri ve hükme tesir edebilmeleri öncelikle, uyuşmazlığa ilişkin bilgiye erişmeyi gerektirir. Dolayısıyla, yargılama sürecinde gerçek anlamda ispat

---

ifade ederek söz konusu başvuruda adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği sonucuna ulaşmıştır. ... / Belirtilen nedenlerle, başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi gerekir." AYM 20.3.2014, § 39-42 (RG 10.5.2014, S. 28996).

hakkının sağlanabilmesi için ön koşul, tarafların ispat faaliyetine konu olacak veya olması ihtimâli bulunan vakıalar konusunda bilgi sahibi olabilmeleridir. Bu durum aynı zamanda, uyuşmazlığın çözümü için dava yoluna başvurulduğunda, yapılacak olan bu yargılamanın eşit silâhlarla, âdil bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlar. Bu yönden, bilgilendirilme hakkı âdil yargılanma hakkının gerçekleştirilebilmesi için de gerekli olan bir koşuldur[282]. Nitekim taraflar uyuşmazlığın esası açısından önem arzeden hususlarda bilgi sahibi ol(a)madığı sürece, ortaya âdil bir yargılamanın çıkması mümkün olmayacaktır. Bu gereklilik hem uyuşmazlık konusu hakkında *bilgiye erişim hakkını* hem de bunun devamında, uyuşmazlık konusu olacak vakıalar hakkında *delile erişim hakkını* bünyesinde barındıracaktır[283]. Bununla birlikte, *bilgiye erişim hakkı (Informationsbeschaffung; right to access information and evidence)* denildiğinde, esasında oldukça geniş bir kurumla karşılaşmış Zira bilgiye erişme sadece yargısal araçlarla gerçekleştirilmez, aynı zamanda maddî hukuk araçları da bu hakkın kullanılmasına hizmet edebilir. Nitekim maddî hukukta, ispat hakkına hizmet etmek üzere düzenlenen bazı kurallara da aşağıda değinilecektir.

Hukukî dinlenilme ile âdil yargılanma hakkı, tarafların ispat haklarını kullanabilmeleri için kendi hâkimiyet alanlarında bulunmayan ispat araçlarına da erişebilmelerini gerekli kılar[284]. Türk hukukunda da ifade edildiği üzere, karşı tarafın hâkimiyet alanındaki belgeye ve bilgiye erişim, doğrudan doğruya hukukî dinlenilme hakkıyla

---

[282] Bu yönde bkz. James Maxeiner, **Failures of American Civil Justice in International Perspective,** Cambridge Univ. Press 2011, ss. 121-122.

[283] Bu iki temel hak yani *bilgiye ve delile erişim hakkı* kimi zaman kronolojik açıdan örtüşebilirse de, kimi zaman da bu iki temel kavram arasındaki fark kendisini somut olarak gösterebilir. Delil teorisi açısından yaklaşıldığında, her "bilgi" yargılamada "delil" niteliği taşımaz. Tarafların bilgiye erişim hakkı çerçevesinde ulaştıkları bilgi kaynakları içerisinden uyuşmazlığın esası açısından gerekli olan bilgi kaynakları "*delil*" niteliği kazanacaktır ve dolayısıyla tarafların "bilgiye erişim hakkı", devamında "delile erişim hakkı"nı da kapsayacaktır.

[284] Medenî yargılamada -*delil niteliğinde olacak*- bilgiye erişim, bilgiyi temin etme (*Informationsbeschaffung*) denildiğinde esasında yargılamanın taraflarının, tanıkların, bilirkişinin bilgi kaynağı olarak değerlendirilmesi gibi çok geniş bir uygulama alanı karşımıza çıkar. Bu konu, medenî yargılama açısından da oldukça önemlidir. Nitekim bu sebeple 1996 yılında Münih'de yapılan *Uluslararası Yargılama Hukuku Toplantısı'nda (Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht),* konu etraflıca incelenmiştir. Bkz. Peter Schlosser, Edt. **Die Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, Die Verfahrensmässige Behandlung von Nachlässen, Ausländisches Recht und Internationales Zivilprozessrecht, Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht e.V.,** C. 8, Bielefeld-Gieseking 1996, (Informationsbeschaffung). Bununla birlikte bu başlık altında bilgiye/delile erişim imkânları arasından özellikle *belgeler* ele alınacaktır. Zira inceleme konumuz açısından da, uygulama alanı itibariyle de ispat hakkı açısından ayrıca ele alınması gereken konu *belgelerin ibrazı zorunluluğu*dur.
Ayrıca bu konuyu Alman, ABD ve Japon hukuku karşılaştırmalı inceleyen bir çalışma için bkz. Yoshida, ss. 1 vd.

ilişkilidir[285]. Taraflara kendi hâkimiyet alanlarında bulunmayan bir delile erişim imkânı tanınmadığı sürece, salt açıklama hakkının tanınmış olması, ispat hakkının ve hukukî dinlenilme hakkının tesisi için her zaman tek başına yeterli olmaz. İspat hakkına ve hukukî dinlenilme hakkına yapılan ölçüsüz ve hukuka aykırı müdahaleler ise, yargılamanın âdil bir şekilde gerçekleşmiş olmasına engel teşkil edecektir. Bu sebeplerden dolayı, sadece Türk hukuk sisteminde değil, pek çok hukuk sisteminde taraflara, diğer tarafın ve üçüncü kişilerin hâkimiyet alanında bulunan delillere erişim hakkı tanınmaktadır. Bu şekilde tarafların ispat hakkı tam anlamıyla tesis edilebilecek ve hukukî dinlenilme hakkına riayet edilebilecektir. Türk hukuku açısından da karşı tarafın hâkimiyet alanındaki bilgiye ve delile erişim imkânı, hukukî dinlenilme hakkı, delil sunma hakkı ve ispat hakkı ile açıklanır[286]. Bu kapsamda ispat hakkını kullanacak tarafın, karşı taraftan ve üçüncü kişilerden delil ibraz etmesinin hangi sınırlara kadar mümkün olabileceğini ayrı başlıklar altında incelemek gerekir.

bbb. Dava Öncesinde Tarafların Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı (Pre-Trial Devices)

a1. Genel Olarak

Yukarıda ifade edildiği üzere, bir kişi, uyuşmazlık konusu ile ilgili bilgi sahibi ol(a)madığı veya kısmen bilgi sahibi olduğu bir durumda -*esasen âdil bir yargılamanın gereği olan*- iddia ve savunma hakkını tam anlamıyla kullanamaz. Bunun devamında -*veya bu durumdan bağımsız olarak*- kişinin bilgi sahibi olduğu ancak bu konudaki delillere erişemediği bir uyuşmazlığın tarafı olması hâlinde de, belki iddia ve savunmalarının temeli olan hukukî sebepleri belirleyebilme imkânına sahip olabilirse de, talep sonucunu belirleyebilmesi açısından çeşitli hukukî problemlerle karşılaşması olasıdır. Hukuk sistemlerinde delile erişim hakkı, genellikle delil ibrazı mecburiyetleri hakkında kabul edilen hükümlerle sağlanmaktadır. Bu konu, daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Özellikle delillerin karşı tarafın veya üçüncü kişinin elinde olması hâlinde taraf, hukukî sebebini belirlemek suretiyle somutlaştırma yükünü yerine getirebilse dahi, örneğin zararın miktarının belirlenmesi veya kusurun ispatı yönünden, ispat

[285] Güralp, s. 341.
[286] Güralp, s. 341.

hakkını gereği gibi kullanamayacaktır[287]. Bu durum da kimi zaman tarafın ispat yükünü yerine getirememesi ile sonuçlanabileceği gibi, karşı tarafın rızasına bağlı olan veya olmayıp da ıslah gibi istisnaî usûlî araçların kullanılması şartına bağlanabilecektir. Bu anlamda tarafın uyuşmazlık içerisinde olduğu veya olma potansiyelinin bulunduğu bir hukukî ilişkide, uyuşmazlık konusu hakkında bilgiye ve delile erişme hakkı, ispat hakkının gerçek anlamda tesisi ve etkin şekilde kullanılabilmesi açısından oldukça büyük önem arz etmektedir.

Tarafların *yargılama sırasında*, uyuşmazlık konusu ile ilgili bilgilendirilmesi ve bilgilendirildiği konularda delile erişim hakkına ilişkin imkânlar hem yargılamanın tarafları hem de taraf olmayan üçüncü kişilere karşı Hukuk Muhakemeleri Kanunu sistemimizde belirli ölçülerde kabul edilir (örneğin bkz. HMK m. 219, 221). Tarafların ve üçüncü kişilerin bu yükümlülüğü hukuk sistemlerinde genellikle "*uyuşmazlığa katkıda bulunma ödevi (Mitwirkungspflicht)*" şeklinde ifade edilir[288]. Bu çerçevede her hukuk sistemi, katkıda bulunma/aydınlatma ödevinin kapsamı konusunda kendi sınırlarını çizer. Bazı hukuk sistemleri *gerçeğe ulaşmak amacıyla* taraflara -*ve bazı durumlarda üçüncü kişilere*- bu yükümlülüğü, *katı şekilde* düzenlerken bazıları daha gevşek uygulamalar getirebilir. Esasında yargılamada tarafların, davaya ne ölçüde katkıda bulunmak zorunda oldukları başlı başına bir hukuk politi-

---

[287] Bu duruma örnek olarak belirsiz alacak davasına değinmek gerekecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını veya değerini tam ve kesin şekilde belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu durumlarda, davacıya *belirsiz alacak davası* (HMK m. 107) açma imkânı getirilmiştir. Bu madde hükmünden yararlanıp belirsiz alacak davası şeklinde davanın açılabilmesi için de, yine davacı tarafın dava dilekçesinde karşı taraftan hangi bilgileri talep ettiğini belirlemesi gerektiği belirtilir (*bu konuda bkz.* Cemil Simil, **Belirsiz Alacak Davası,** Oniki Levha, İstanbul 2013, ss. 185-186). Bu belirleme karşısında, mahkeme karşı taraftan birtakım belgelerin ibrazını talep edebilir ve davacı taraf, ancak bu bilgilerin paylaşımından sonra talep sonucunu kesin bir şekilde belirleme imkânına sahip olabilir. Böyle bir durumda, belgenin paylaşılmasından sonra davacı tarafa *talep sonucunu* iddianın değiştirilmesi yasağına takılmadan artırabilmesi imkânı tanınmıştır (HMK m. 107/2). Bununla birlikte, örneğin davacı taraf, karşı tarafın dava açıldıktan sonra sunduğu bu belge ile her ne kadar talep sonucunu artırabilirse de, yeni vakıalar öğrenmesi hâlinde aynı çerçevede iddialarını değiştirme imkânına sahip olamayacaktır. Bu yönüyle, belirsiz alacak davası, esasında HMK'da kabul edilen somutlaştırma yüküne, -*alacağını belirleyemeyen alacaklı açısından*- önemli bir istisna getiriyorsa da, bu istisnaî durumda dahi davacının uyuşmazlığa ilişkin bilgi kaynağına önceden erişememiş olması, davacı açısından önemli yargısal sonuçlar, hak kayıpları meydana getirebilecek niteliktedir.

[288] Tarafların uyuşmazlığa katkıda bulunma ödevi konusuna, bu başlık altında bilgiye ve delile erişim hakkı kapsamıyla sınırlı olarak değinilecektir. Bunun haricinde uyuşmazlığın taraflarının ispat hakkının temin ve tesisi açısından yükümlü olduğu bir ödev kapsamında özellikle yargılamanın süjeleri ile ispat hakkı arasındaki ilişki incelenirken, konuya tekrar değinilecektir. Bu konuda bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 10, II, A. Ayrıca bu konuda bkz. Christian Katzenmeier, "Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess", **JZ,** 2002, ss. 533-540.

kasının ürünüdür[289]. Bu konu, -*tarafların yargılama sırasında uyuşmazlık konusu ile ilgili bilgiye ve delile erişim hakkı*- zaten bundan sonraki başlık altında incelenecektir. Ancak bu başlık altında tarafların gerçek anlamda iddia ve savunmada bulunabilmeleri yani etkin bir şekilde hak arama özgürlüklerini kullanabilmeleri için -*özellikle mevcut Hukuk Muhakemesi Kanunu sistemimizde benimsenen katı somutlaştırma yükü karşısında- yargılama öncesinde de* tarafların bilgiye ve delile ulaşma hakkının önemi ve gerekliliği üzerinde durulacaktır.

b1. Karşılaştırmalı Hukukta Taraflara Dava Öncesi Bilgiye ve Delile Erişim Hakkını Tanıyan İmkânlar

aa1. Hukuk Sistemleri Bakımından Farklılık

Yukarıda ifade edildiği üzere, Ortak Hukuk sistemlerinde dava öncesi tarafların bilgiye ve delile erişme hakkını kullanabilmeleri için taraflara geniş çaplı yetkiler tanınmıştır. *Dava öncesi araçlar* (*Pre-trial devices*) olarak ifade edilen kurum, henüz *dava* (*trial*) başlamadan önce taraflara uyuşmazlık konusu ile ilgili iddialarını ispatlayacak bilgi ve delillere ulaşma imkânı tanır. Bu süreç Amerikan medenî yargılama hukukunda *delillerin keşfi* olarak ifade edilebilecek "*discovery*" kurumu[290] ile İngiliz

---

[289] Bu konuda bkz. Musa Aygül, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller,** 2. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2014, s. 155; Erdönmez, s. 81. Bu durum genellikle yargılamanın amacı ile bağlantılıdır. Gerçeğe ulaşmayı aslî amaç edinen yargılama kanunları, delil ibrazı konusunda çok daha katı düzenlemeler getirir (*bu yönde bkz.* Erdönmez, s. 82).

[290] Delilerin keşfi (*discovery*) kurumun bu yöndeki amacı, işlevi ve tanıdığı imkânlar hakkında bkz. von Bodenhausen, ss. 14-15; Wayne Brazil, "The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change", **Vanderbilt L.R.,** C. 31, S. 6, 1978, ss. 1298-1303; Stephen Burbank ve Linda Silberman, "Civil Procedure Reform in Comparative Context: The United States of America", **The American Journal of Comparative Law,** C. 45, S. 4, Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context, Sonbahar/1997, ss. 681-683; E. Allan Farnsworth, **An Introduction to the Legal System of the Unites States,** 4. Bası, Oxford Univ. Press, Birleşik Krallık 2010, ss. 111-115; George P. Fletcher ve Steve Sheppard, **American Law in a Global Context: The Basics,** Oxford Univ. Press, Birleşik Krallık 2005, ss. 512-513; Lawrence Friedman, **A History of American Law,** 3. Bası, New York 2005, ss. 253-256; Thomas F. Goldman ve Alice Hart Hughes, **Civil Litigation Process and Procedures,** 2. Bası, Pearsen, New Jersey 2012, ss. 251-340; Goeffrey Hazard, "Discovery Vices and Trans-Substantive Virtues in the Federal Rules of Civil Procedure", **Univ. of Pennsylvania L. Rev.,** C. 137, S. 6, Haziran/1989, (Discovery Vices), ss. 2237-2247; Alexander Holtzoff, "Instruments of Discovery under Federal Rules of Civil Procedure", **Michigan L.R.,** C. 41, S. 2, Ekim/1941, ss. 205-224, s. 205 vd.; Samuel Issacharoff, "Facts, Investigation, and the Role of Discovery", **Litigation in England and Germany,** Edt. Peter Gottwald, Gieseking-Verlag, Bielefeld 2010, ss. 39-50; Kagan, ss. 99-125; James S. Kakalik, Deborah R. Hensler, Daniel McCaffrey, Marian Oshiro, Nicholas M. Pace ve Mary Vaiana, **Discovery Management, Further Analysis of the Civil Justice Reform Act, Evaluation Data, The Institute for Civil Justice,** Rand, California 1998, ss. 1 vd.; Maxeiner, s. 126-198; Judith A. Mckenna ve Elizabeth C. Wiggins, "Emprical Research on Civil Discovery" (Symposium Conference On Discovery Rules), **Boston College L.R.,** C. 39, S. 3, ss. 785-807; Von Mehren ve Murray, ss. 162-170; Nelson Miller, **Civil Procedure in Practice,** Vandeplas, USA 2011, ss. 501-619; Rezaizadeh, s. 1656; Stephen Yeazell, **Civil Procedure,** 8. Bası, Wolters Kluwer (elektronik

hukukunda ise *delillerin ifşası* olarak Türkçe'ye çevrilebilecek "*disclosure*" kurumu[291] ile sağlanır.

Buna karşılık Kıta Avrupası sistemlerinde durum biraz daha farklıdır[292]. Kıta Avrupası medenî yargılama hukuku sistemlerinde, Ortak Hukuk sistemlerinde olduğu gibi davanın başlatılmasından önce bir *ön tahkikat* aşaması bulunmaz ve bu anlamda medenî yargılama hukuku bünyesinde genel olarak "*pre-trial devices*" olarak ifade edilen dava öncesi bilgiye ve delile erişme hakkı düzenlenmez[293]. Bunun yerine, Kıta Avrupası sistemlerinde dava öncesinde tarafların bilgilendirilmesini sağlayabilmek, uyuşmazlıkla ilgili bilgi ve delil elde edebilmek için maddî hukuk kuralları devreye girebilmektedir. Böylece yargılama hukuku değil, maddî hukuk kuralları ile genellikle taraflara değişik hukukî ilişkiler çerçevesinde bilgi verme ve delil ibrazı ödevi getirilir[294]. Maddî hukukta bilgilendirmeye yönelik bu kurallarla yargılama prosedürlerindeki ibraz yükümlülükleri, birbirinden ayrılmakla birlikte, uyuşmazlığın tarafları maddî hukuk kurallarından kaynaklanan bu ibraz yükümlülükleri sayesinde uyuşmazlığa ilişkin bilgi ve delil elde etme imkânına sahip olur. Aşağıda incelenecek üzere örneğin Alman hukukunda tarafların dava öncesinde bilgiye ve delile erişme hakkını konu alan maddî hukuk normları bulunur ve bu düzenlemeler sayesinde taraflar dava açmadan veya kendilerine dava açılmadan önce uyuşmazlık konusu olabilecek konularda belirli ölçüler çerçevesinde bilgi edinme hakkına sahiptirler. Bu şekilde taraflar, yargılama sürecinde açıklama ve ispat haklarını da lâyıkıyla kullanabilme imkânına sahip olabilir. Bir başka örneği Fransız hukukundan vermek müm-

---

kitap), 7. Bölüm; Yanrong Zhao, "Evidence Collection in the German, American and Chinese Legal System: A Comparative Analysis", **Frontiers of Law in China,** C. 6, S. 1, Mart/2011, ss. 45-56.

[291] Delillerin ifşası (*disclosure*) kurumunun bu yöndeki amacı, işlevi ve tanıdığı imkânlar hakkında bkz. Andrews, 1994, ss. 37-40, 283-389; Andrews, 2008, ss. 95-128; Andrews, 2012, ss. 62-79; Cunningham-Hill ve Elder, ss. 299-329; Kay ve diğerleri, ss. 776-825; Sime, ss. 333-356; Zander, ss. 47-150.

[292] Bu yönüyle Ortak Hukuk ile Kıta Avrupası sistemlerinde dava öncesi delile erişme imkânlarını inceleyen karşılaştırmalı çalışmalar için bkz. Hay, ss. 1-63; Geoffrey Hazard, "Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions", **Faculty Scholarship Series,** C. 73, 1998, ss. 1017-1028; Jolowicz, ss. 185-270; Langbein, The German Advantage, ss. 823-866; E. Allan Lind, John Thibaut ve Laurens Walker, "Discovery and Presentation of Evidence in Adversary and Nonadversary Proceedings", **Michigan L.R.,** C. 71, S. 6, Mayıs/1973, ss. 1129-1144; Maxeiner, ss. 126-191; Rezaizadeh, s. 1656; Yoshida, ss. 1 vd.; Zhao, ss. 44 vd.

[293] Bu konuda bkz. Rolf Stürner, "Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions Against Non-Compliance", **Uniform L.R.,** S. 4, 2001, (Discovery), s. 873.

[294] Kıta Avrupası sistemlerinde, bu şekilde dava öncesi -*bilgilendirmeye yönelik*- maddî hukuk kurallarının karşılaştırmalı incelenmesi konusunda bkz. Erdönmez, ss. 81-90. Ayrıca bkz. Abbo Junker, "Access to Documentary Evidence in German Civil Procedure", **Litigation in England and Germany,** Edt. Peter Gottwald, Gieseking-Verlag, Bielefeld 2010, ss. 51-62.

kündür. Fransız Medenî Kanunu'nun 11. maddesi, bu konuda genel ve oldukça geniş bir uygulama alanına sahip olacak bir düzenleme getirir. Buna göre "Herkes gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla adalete katkıda bulunmakla yükümlüdür." (Fransız Medenî Kanunu m. 11)[295]. İsviçre hukukunda da benzer düzenlemeler bulunur. Aşağıda bu hukuk sistemlerinin konu ile ilgili temel düzenlemeleri ve prensipleri üzerinde durulacak ve ardından Türk hukuku açısından değerlendirmelerimize yer verilecektir.

bb1. Alman Hukukunda Dava Öncesi Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı (Maddî Hukuktan Kaynaklanan İbraz Yükümlülükleri)

Modern Alman medenî yargılama sistemi, temelde iki aşamadan oluşur: *başlangıç, hazırlık aşaması* (*Vorbereitungsphase / Vorbereitung der mündlichen Verhandlung; initial preparatory phase*) ve *ana sözlü duruşma aşaması* (*Hauptverhandlung / Haupttermin; plenary phase*)[296]. Hazırlık aşaması dava dilekçesinin mahkemeye verilmesi, dava dilekçesinin hâkim tarafından ilk incelemesinin gerçekleştirilmesi, dava dilekçesinin karşı tarafa tebliği, cevap dilekçelerinin mahkemeye verilmesi ve karşı tarafa tebliği, davanın esasına hazırlık için gerektiriyorsa hazırlık duruşmaları yapılması aşamalarını içerir[297]. Yukarıda ifade edildiği üzere, Alman hukukunda tarafların dava dilekçelerinde iddialarının dayanağını oluşturan talep sonuçlarını kısa ve öz şekilde iddia etmeleri yeterli değildir, tarafların ZPO § 253/II, 2 uyarınca iddialarını dayandırdıkları vakıaları ve hukukî gerekçeleri spesifik olarak belirtmeleri gerekir[298]. Bu sebeple özellikle davacı avukatlarının dava dilekçelerini yukarıda sözü edilen hukukî düzenleme çerçevesinde hazırlayabilmeleri için uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi olabilmeleri gerekmektedir.

---

[295] Madde çevirisi için bkz. Erdönmez, s. 83. Bu genel ilke ile Fransız hukukunda "*kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamama ilkesi*"nin oldukça zayıfladığı belirtilir (Erdönmez, s. 84). Kanaatimizce de, bu ilkenin ispat hakkının sınırlandırılması açısından haklı bir sebep taşıyıp taşımadığı tartışmaya açıktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Johannes Lang, **Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung** (Berlin, Humboldt-Univ., Diss.) Duncker & Humblot, Berlin 1999, ss. 102-103. Bu konu ayrıca ele alınacaktır (Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 19, III).

[296] Jauernig / Hess, **Zivilprozessrecht,** 30. Bası, Verlag C.H. Beck, Münih 2011, § 23, N. 8, 12; Peter Murray ve Rolf Stürner, **German Civil Justice,** Amerika Birleşik Devletleri 2004, s. 191; Hans-Joachim Musielak, **Grundkurs ZPO,** 11. Bası, Verlag C.H. Beck, Münih 2012, N. 80-83; Rainer Oberheim, **Zivilprozessrecht für Referendare,** 9. Bası, Vahlen, Münih 2012, § 1, N. 25, § 6, N. 14-20, 37-50; Stürner, s. 873.

[297] Murray ve Stürner, s. 191.

[298] Bununla birlikte bu yükümlülüğün, Türk hukukundaki kadar katı olduğu düşünülmemelidir. Zira Türk hukukundaki katı somutlaştırma yükü ve iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı Alman hukukunda bulunmaz. Bu konuda ayrıca bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, II, C, 2, b, aa, ccc, c1, cc1.

Bununla birlikte Alman hukukunda, Türk hukukunda olduğu gibi dava dilekçesinde davacıya katı bir somutlaştırma ve delil ibrazı yükümlülüğü yükletilmemiştir. En başta davacı dava dilekçesine delillerini eklemek zorunda değildir. Tarafların gerçeği söyleme yükümlülükleri dava dilekçesinden itibaren başlamakla birlikte, davacı iddialarını dayandırdığı vakıaların doğruluğunu ispat edecek delilleri dava dilekçesine eklemese de, dava dilekçesi şeklî açıdan yeterli kabul edilmektedir[299].

Avukat davanın başlangıcında müvekkilinden uyuşmazlık konusu hakkında sahip olduğu bilgiyi kendisiyle paylaşmasını talep edebilir, ancak bunun ötesinde kural olarak uyuşmazlığın karşı tarafından veya üçüncü kişilerden bilgi talebinde bulunamaz[300]. Alman Federal Mahkemesi de, tarafların karşı tarafı bilgilendirme konusunda genel bir yargısal ödevinin bulunmadığını belirtir[301]. Alman Federal Mahkemesi de ilkesel olarak bu görüşte olduğunu göstermiş ve 2001 yılında yapılan değişiklikte, öğretideki ağırlıklı görüş ve Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatları etkili olmuştur. Dolayısıyla Alman medenî yargılama prosedüründe, tarafların kendi aleyhine delil getirmeye zorlanamaması ilkesine riayet ve bu anlamda eski liberal anlayış hâlen hüküm sürmekte ve yargılama öncesinde veya dava açıldıktan sonra karşı tarafa yardımcı olacak *discovery* benzeri araçlar kabul edilmemektedir[302]. Dolayısıyla Alman medenî yargılama hukukunda, taraflara dilekçelerini hazırlamadan önce bilgi sahibi olabilmeleri amacına hizmet eden yargısal araçlar bulunmaz[303]. Hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıyan ve yargılama esnasında delil ibrazı yükümlülüğünü düzenleyen ZPO § 142 hükmü aşağıda incelenecektir.

---

[299] Peter Gottwald, "The Culture and Science of Gathering Information and Proof-taking, Prozeßrecht und Rechtskulturen", **Eröffnungsvortrag und Deutsche Landesberichte zur Weltkonferenz für Prozeßrecht in Mexico City (Mexico 2003),** Edt. Peter Gilles ve Thomas Pfeiffer, Nomos 2004, (Gathering Information and Proof-taking), s. 53.

[300] Gottwald, Gathering Information and Proof-taking, s. 53.

[301] Alman Federal Mahkemesi, 1997 yılında vermiş olduğu bir kararda bu temel ilkeyi benimseyerek özellikle uyuşmazlığın taraflarının arasında güçlü bir rekabet olduğu bir haksız rekabet davasında, karşı tarafın bu şekilde delil ve bilgi talebini reddetmiştir. Karar ve değerlendirilmesi hakkında bkz. Gottwald, Gathering Information and Proof-taking, s. 54.

[302] Gottwald, Gathering Information and Proof-taking, s. 54. Aynı yönde bkz. J. Lang, ss. 93-95; Yoshida, s. 261. Bu konuda Alman hukukçu *Gottwald*'in görüşleri son derece önemlidir; zira yazar, Alman medenî yargılama sistemindeki ibraz yükümlülüğü konusunda benimsenen kuralların yetersiz olduğu, Amerikan hukukundakine benzer şekilde "*discovery*" aşamasında verilen yetkiler gibi kişilere delil ibrazı yükümlülüğü getirilmesi gerektiğini en fazla dile getirenlerin başında gelir. Öyle ki, Leipzig'de 1996 yılında yapılan 61. Alman Hukukçuları Toplantısı'nda (*Deutsche Juristentag*) genel ibraz yükümlülüğü getirilmesi konusundaki teklifi görüşülmüş, ancak reddedilmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. Erdönmez, s. 89; Stürner, Informationsbeschaffung, ss. 207-208; Yoshida, s. 57.

[303] Bu konuda ayrıca bkz. Erdönmez, ss. 81-82; Gottwald, Gathering Information and Proof-taking, s. 57. Ayrıca bkz. *nesneler üzerinde inceleme hakkını (Besichtigung einer Sache)* düzenleyen BGB § 809.

Bununla birlikte BGB'de bu amaca hizmet eden önemli düzenlemeler bulunur ve bu düzenlemeler ile maddî hukukun taraflara sınırlı bir ibraz yükümlülüğü getirdiği kabul edilir[304]. "*Belge İnceleme Hakkı (Einsicht in Urkunden)*" başlığını taşıyan BGB § 810'a göre;

> "Bir başkasının hâkimiyet alanında bulunan bir belgeyi incelemekte hukukî menfaati bulunan kişi, eğer belge onun menfaatleri için hazırlanmış veya belgede karşı tarafla arasındaki hukukî ilişki belgelendirilmiş veya belge kendisini karşı tarafla veya ikisinden birinin ortak bir aracı ile başlattığı bir hukukî işlemin görüşmelerine ilişkinse, diğerinden belgeyi incelemeyi talep edebilir." (BGB § 810)[305]

Alman medenî yargılama hukukunda hâlen etkisini önemli ölçüde gösteren liberal düşünce tarzını, kendisini en somut şekilde delillerin ibrazında gösterir. Genelde hukuk sistemlerinde, *özellikle* gerçeğe ulaşma amacı ile taraflara yargılama öncesinde veya sırasında katı delil ibrazı yükümlülükleri getirilmekteyken, Alman hukuku bu konuda daha liberal bir görüş benimsemektedir[306].

cc1. İsviçre Hukukunda Dava Öncesi Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı

Bundan sonraki başlık altında inceleneceği üzere, İsviçre hukukunda delil ibrazına ilişkin düzenlemeler yargılama kanununda (SchZPO) düzenlenir. Bu anlamda davaya ilişkin delilleri, bilgileri ibraz yükümlülüğü temelini maddî hukuktan değil, yargılama hukukundan alır. Hatta SchZPO'da düzenlenen ibraz yükümlülüğü, *genel* ve ayrıntılı bir ibraz yükümlülüğüdür[307]. Bu kurallar ancak davanın açılmasından sonra devreye gireceği için *dava öncesinde* (*dava açılmadan önce*) uygulanmaz. İsviçre hukukunda Ortak Hukuk sistemlerinde olduğu gibi dava öncesi delile erişme araçları (*pre-trial devices*) bulunmaz. Bununla birlikte SchZPO, HMK'da olduğu gi-

---

[304] Bu konuda bkz. Erdönmez, s. 88.

[305] BGB § 810'da yer alan bu kural özellikle ZPO § 142'de değişiklik yapılmadan önce önemli bir fonksiyona sahipti. Zira ZPO § 422, ancak maddî hukuktan kaynaklanan ibraz yükümlülüğü bulunan kişiler için ispat prosedüründe de belgeyi ibraz yükümlülüğü öngörmekteydi. Başka bir ifade ile BGB § 810 kuralı uyarınca, ibraz yükümlülüğü altında bulunan kişiler, ZPO § 422 uyarınca da belgeyi ibraz etme yükümlülüğü altında sayılabiliyordu. 2002 yılında ZPO § 142'de yapılan değişiklikle, bir anlamda bu ön koşul kaldırılmış oldu ve BGB § 810 kuralının, sahip olduğu bu önemli fonksiyonunu önemli ölçüde kaybettiği belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Christine Osterloh-Konrad, **Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, Zivilrechtliche Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche und ihre Funktion im Zivilprozess,** Verlag C.H. Beck, Münih 2007, s. 40. Bu konuda ayrıca bkz. Egbert Peters, "Auf dem Weg zu einer allgemeinen Prozeßförderungspflicht der Parteien?", **Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag,** C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Münih 1990, (Prozeßförderungspflicht), ss. 404-407.

[306] Bu konuda bkz. Erdönmez, ss. 89-90.

[307] İsviçre hukukunda SchZPO m. 160 vd. ile ilgili öngörülen *genel ibraz yükümlülüğünün* anlamı hakkında bkz. Erdönmez, ss. 84-84.

bi taraflar açısından somutlaştırma yükü de öngörmektedir (bkz. SchZPO m. 221). Bu tespitler karşısında, Türk hukuku ile İsviçre hukukunun *dava öncesinde (dilekçelerin hazırlanmasından önce)* uyuşmazlığa ilişkin delillere ulaşma imkânları bakımından benzerlik arzettiği ifade edilebilir.

dd1. Norveç Hukukunda Dava Öncesi Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı

Bu başlığa bakıldığında akla gelecek ilk soru, Norveç hukukundaki delile ve bilgiye erişim hakkının Türk medenî yargılama sisteminde uygulacak olan ispat hakkına nasıl bir katkı sağlayacağıdır. Çalışmamızın başından bu yana, ispat hakkının bir yargılama sisteminde gerçek anlamda temin edilebilmesi için özellikle Kıta Avrupası ve Ortak Hukuk sistemleri arasındaki harmonizasyon çalışmalarının dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu harmonizasyon eğilimi ve hukuk sistemleri arasındaki etkileşimde, kanaatimizce Norveç medenî yargılama hukuku özel bir konuma sahiptir. Norveç medenî yargılama hukukuna ilişkin temel kanun 17.6.2005 tarihinde kabul edilip, 2008 yılında yürürlüğe giren "*Norway Dispute Act (NDA)*" *(Norveç Uyuşmazlık Kanunu)*'na kadar 1915 tarihli Medenî Yargılama Kanunu olmuştur. 1915 tarihli Kanun, çok yoğun bir şekilde 1877 tarihli Alman Medenî Yargılama Kanunu (*Zivilprozessordnung*) ve 1895 tarihli Avusturya Medenî Yargılama Kanunu'ndan (*Zivilprozessordnung*) esinlenmişti[308]. Bununla birlikte 2005 yılında kabul edilen Norveç Uyuşmazlık Kanunu, tam anlamıyla Kıta Avrupası ile Ortak Hukuk arasında kendisine yer edinmiştir. Dava öncesinde bilgiye ve delile erişme imkânları kapsamında kabul ettiği kurallar, özellikle sistemi önemli şekilde Ortak Hukuka yakınlaştırmıştır.

Norveç Uyuşmazlık Kanunu'nun *"Uzlaştırma ve Davanın Belirlenmesi (Mediation and clarification of the case)"* başlığını taşıyan 2. *Bölümü*'nün (*Part*), 5. *Kısmı*

[308] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Laura Ervo, "Nordic Court Culture in Progress: Historical and Futuristic Perspectives", **The Future of Civil Litigation Access to Courts and Court-annexed Mediation in the Nordic Countries,** Edt. Laura Ervo ve Anna Nylund, Springer, İsviçre 2014, s. 398; Halvard Haukeland Fredriksen, "German Influence on the Development of Norwegian Civil Procedure Law", **Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway,** Edt. Volker Lipp ve Halvard Haukeland Fredriksen, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, s. 19; Volker Lipp ve Halvard Haukeland Fredriksen, "Introduction: A Call for German-Norwegian Rechtsvergleichung of Civil Procedure", **Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway,** Edt. Volker Lipp ve Halvard Fredriksen, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, ss. 1-2. Bununla birlikte 1915 tarihli Kanun, tamamen Alman veya Avusturya kanunlarını olduğu gibi iktibas etmiş değildi. Bu kanunu hazırlayanlar Avusturya ve Almanya'nın yanısıra İngiltere'de de bulunmuşlar ve kanunlaştırma sürecinde aynı zamanda İngiltere, Fransa ve İsviçre (özellikle Zürih) medenî yargılama hukuku kuralları da dikkate alınmıştır (Fredriksen, s. 20).

(*Chapter*) *"dava öncesi yükümlülüklere (Obligations before bringing action)"* ayrılmıştır. Bu yönüyle kanun keskin bir şekilde yargılamanın safhalara bölünmesinde, dava öncesi aşamayı kabul etmiştir[309]. Davanın başlamasından önce, taraflar öncelikle uyuşmazlığın hangi hukukî sorundan kaynaklandığını belirten ve Ortak Hukuk sistemlerinde görülmeye alışkın olunan *notice pleading* şeklinde iddialarını ayrıntılandırmaksızın belirtir (NDA 5-2). İşte tarafların bu kısa uyuşmazlık konularına ilişkin beyanlarından sonra, bilgi ve belge paylaşımına geçilir. Buna göre taraflar, iddialarını ortaya koyduktan sonra bunlarla ilgili olan *bütün önemli delilleri* (*important evidence*) hakkında karşı tarafı bilgilendirmekle yükümlüdür (*obligation*) (NDA 5-3). Bu yönüyle bakıldığında, 2005 yılına kadar ağırlıklı şekilde Kıta Avrupası'nın etkisi altında bulunan Norveç hukuku, aşağıda değinileceği üzere Ortak Hukuk sisteminin en belirgin karakteristiği olan *discovery,* dava öncesi delile erişim imkânını kabul etmiştir. Bu şekilde bir yandan uyuşmazlığın taraflarının, henüz dava yoluna gimeden uzlaştırma aşamasında delil paylaşımı ile anlaşmazlığı gidermeleri amaçlanır; diğer yandan ispat sürecinin taraflar üzerinde sürpriz etkisi yaratmaması sağlanır. Bu tespit, ispat hakkının teminine yönelik şekilde dava öncesinde bilgiye ve delile erişim hakkının öneminin ortaya konulmasına katkı sağlar.

ee1. Ortak Hukuk Sistemlerinde Dava Öncesi Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden farklı olarak Ortak hukuk sistemlerine dahil yargılama modellerinde, yargılama süreci temelde *dava öncesi araçlarla (pre-trial devices)* delil elde etme ve konsantre, kesintisiz *dava süreci* (*trial*) olarak ikiye ayrılır. Bu anlamda tarafların dava ve cevap dilekçelerinde uyuşmazlığa ilişkin *vakıaları* (*facts*; *tatsachen*) sadece bildirici nitelikte belirtmeleri yeterli olup, vakıalar hakkında ayrıntılı açıklama yapmaları gerekmez[310]. Bu dilekçe İngiliz hukukunda "*statements of case*"[311] olarak adlandırılır ve uyuşmazlığa ilişkin sadece temel maddî vakıaları içerir; bunun haricinde delillerin getirilmesi, id-

[309] Nitekim dava aşaması Kanun'un 9. ve 10. Bölümlerinde ayrıntısıyla düzenlenir.

[310] Birleşik Krallık sistemi bakımından bkz. Oscar G. Chase, Helen Hershkoff, Linda Silberman, Yasuhei Taniguchi, Vincenzo Varano ve Adrian Zuckerman, **Civil Litigation in Comparative Context,** Thomson West, ABD 2007, s. 16. A.B.D. sistemi bakımından bkz. Chase ve diğerleri, s. 27.

[311] CPR'den önce "statement of case", "pleading" terimi ile ifade edilmekteydi (bu konuda bkz. *Oxford Dictionary of Law,* s. 525).

diaların derhal ispatı aranmaz [CPR 16.2(1)[312]; aynı yönde bkz. FRCP 8(a)]. Bu dilekçelerin en önemli işlevi, *delillerin keşfi (discovery)* sürecinde talep edilecek belgelerin belirlenmesidir. Daha sonra taraflar arasında bilgi/belge alışverişi yapılır. Böylece *pre-trial* süreci, dava dilekçelerinin değişimi ve delillerin keşfi aşamalarından oluşur. Davanın ayrıntıları hakkında açıklamalar yapılması, delillerin sunulması, mahkemenin bu delilleri değerlendirmesi *ön dava (pre-trial)* ve *delillerin keşfi (discovery)* aşamaları tamamlandıktan sonra gerçekleşir[313].

Dava dilekçesinin hazırlanması ve mahkemeye verilmesi ile her iki hukuk sisteminde de dava açılmış sayılır. Bundan sonra karşı tarafın cevap dilekçesini hazırlaması için oldukça uzun bir süre bulunur. A.B.D. hukukunda bu süre yirmi gün ilâ doksan gün arasında değişebilmektedir. Bu sürenin bu kadar uzun olmasının temel sebebi, *dava* (*trial*) aşamasından önce tarafların *delillerin keşfi* (*discovery*) kurumu ile karşı taraftan ve üçüncü kişilerden dava konusu uyuşmazlığa ilişkin bilgi, belge başka bir ifade ile delillerini toplayabilmelerine yeteri kadar imkân tanımaktır.

Delillerin keşfi kurumu bu kapsamda taraflara çok sayıda hukukî araç sağlar. Bunların başında tarafların, yeminli şekilde cevaplandıracakları soru kâğıdı gönderilmesi (*written interrogatory*) bulunur (FRCP 33). Bu soru kâğıtlarının cevaplandırılması için tarafların, örneğin Amerikan hukukunda tarafların en az 30 günlük süreleri bulunur (FRCP 26)[314]. Bunun haricinde her bir taraf, dava konusu uyuşmazlık ile ilgili bulunan tüm belgelerin (sözleşmeler, mektuplar, elektronik postalar, günlükler, kişisel notlar, finansal ve muhasebe kayıtları gibi) teslimini, ibrazını (*production of documents*) talep edebilir (FRCP 34)[315]. Delillerin keşfine hizmet eden bir diğer önemli araç da, avukatlar tarafından tanıkların yeminli olarak ifade almalarına hizmet eden yazılı ifade (*depositions*) talebidir [FRCP 28(b)]. Bu ifadeler genellikle uyuş-

---

[312] Bu konuda bkz. Neil Andrews, "The Modern Civil Process in England: Links between Private and Public Forms of Dispute Resolution", **ZZPInt,** C. 14, 2009, (Modern Civil Process), ss. 43-44; Chase ve diğerleri, s. 16; Kay ve diğerleri, s. 214; Sime, N. 6.02; Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, N. 3.1.

[313] Dava öncesi delillerin keşfi kurumunun hizmet ettiği pek çok amaç bulunur. Bu amaçların başında, henüz dava başlamadan karşı tarafın delilleri ve bilgi kaynakları konusunda tam olarak bilgi sahibi olunması yer alır. Böylece davanın çok daha hızlı ve gereksiz vakıaların ispatı ile zaman harcanmadan gerçekleştirilmesi sağlanır. Delillerin keşfi kurumunun hizmet ettiği bir diğer amaç da, her bir tarafın kendi eksikliklerini, zayıf olduğu noktaları henüz dava başlamadan öngörebilmesini sağlamaktır. Bu konuda bkz. Kurtz, s. 7.

[314] Bu konuda bkz. Grosso, s. 6; Kurtz, s. 8.

[315] Bu konuda bkz. Grosso, s. 6; Kurtz, s. 8.

mazlığın taraflarının avukatlarının katılımı ile talepte bulunan avukatın ofisinde ve hâkimin yokluğunda gerçekleştirilir[316].

Taraflar dava öncesinde, bütün delillere erişme imkânını sağlayan bu araçlarla donatılmıştır ve böylece *dava aşaması* (*trial*) başladığında, taraflar tam hazırlıklı olarak uyuşmazlığa ilişkin iddia ve savunmalarını yapabilecekler; bu aşamada sürpriz bir delille karşılaşma risklerini bertaraf edebileceklerdir. Hatta İngiliz hukukunda bu durum *kartların masaya açılması yaklaşımı (cards on the table approach)* olarak ifade edilir[317]. Bu açıdan Ortak Hukuk sistemlerinde *delillerin keşfi* (*discovery*) kurumu, *dava* (*trial*) prosedürünün çekirdeğini oluşturur. Bu aşamada taraflara, katı bir şekilde birbirleri ile ellerindeki delilleri paylaşma yükümlülüğü yüklenmiştir. Nitekim 2000 yılından önce tarafların *delillerin keşfi* (*discovery*) kurumu altında hâkimiyet alanlarında bulunan delillerini paylaşmaları, ancak karşı tarafın talebine bağlı iken; 2000 yılında yapılan değişiklikle birlikte karşı taraf talep etmemiş olsa dahi, tarafların belirli bir süre içerisinde karşı tarafa delillerini bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Bununla birlikte, delillerin keşfi kurumu, *kural olarak* taraflara uyuşmazlıkla ilgili olan bütün bilgi kaynaklarına erişme imkânı verdiğinden, bu kurum yargılamaların hem uzamasına hem de pahalılaşmasına sebep olur. Bu yüzden özellikle ABD hukukçuları, delillerin keşfi kurumunun yarattığı bu olumsuzluklardan kaçmak amacıyla tahkim yargıalamasına yönelirler[318].

ff1. Milletlerarası Tahkim Hukukunda Dava Öncesi Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı

IBA Delil Kuralları ile tahkim yargılamasında, Ortak Hukuk sistemlerinde geçerli olan *delillerin keşfi* (*discovery*) kurumuna önemli ölçüde yer verildiği görülür. Öyle ki, açıklıkla delillerin keşfine ilişin IBA Kuralları m. 3 düzenlemesinin, kuralların bütününün *kalbini oluşturduğu* ifade edilir[319]. Bu kural ile olabildiğince Kıta Avrupası ile Ortak Hukuk geleneklerinin harmonisi oluşturulmaya çalışılmıştır[320]. Kıta Avrupası hukuk sisteminde, dava öncesi araçlar (*pre-trial devices*) bulunmadığından, IBA Kuralları ile olabiliğince *davanın henüz çok başındayken* delil ib-

[316] Bu konuda bkz. Grosso, s. 6; Kurtz, ss. 8-9.
[317] Chase ve diğerleri, s. 21.
[318] Bu konuda bkz. Demir Gökyayla, ss. 273-274.
[319] Ashford, s. 58.
[320] IBA Committee Commentary (Ashford, ss. 46-47).

razı sağlanması amaçlanmıştır. Teorik anlamda IBA Delil Kuralları'nda düzenlenen delil ibrazı zorunluluğu, *davanın en başında* söz konusu olmaktaysa da, bu 'davanın başı' Kıta Avrupası perspektifi ile dava öncesi araçlara (*pre-trial devices*) benzerlik şeklinde rahatlıkla yorumlanabilir. Biz de bu sebeple, her ne kadar IBA Delil Kuralları m. 3, davanın başında delil ibrazını öngörmekteyse de, bu başlık altındaki açıklamalarımızı "*dava öncesi delile/bilgiye erişim hakkı*" kapsamına dâhil etmeyi tercih ettik. Zira pratik anlamda uyuşmazlık konuları sözlü şekilde *ispat duruşmasında (evidentiary hearing)* tartışılacağından[321], bu ibraz yükümlülüğü, henüz davanın başındaki aşamaya rastlar.

IBA Delil Kuralları'na göre, tahkim yargılamasının taraflarından her biri, hakem tarafından verilen süre içerisinde, resmî belgeler ve kamuya açık belgeler de dahil olmak üzere yargılamanın diğer tarafınca daha önceden sunulmamış olan, dayandığı ve elinde bulunan mevcut tüm belgeleri hakeme ve diğer tarafa sunmakla yükümlüdür (IBA Kuralları m. 3/1). Taraflara uyuşmazlığa ilişkin bilgi kaynaklarının günışığına çıkarılması konusunda katı bir yardımda bulunma yükümlülüğü öngören bu kuralın amacı, özellikle karşı tarafın yargılamanın ileriki aşamalarında daha önce bilgi sahibi olunmayan bir delile dayanması hâlinde diğer tarafın sürpriz kararla karşılaşma riskinin bertaraf edilmesidir[322]. Taraflardan ve üçüncü kişilerden talep edilebilecek bu belgelerin *uyuşmazlık ile ilgili olması (relevant to the case)* gerekir[323]. Bununla birlikte hangi belgelerin, ne ölçüye kadar ibraz zorunluluğu altında olduğuna hakem heyeti karar verecektir; bu konuda hakem heyetine oldukça geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır[324]. Bu takdir yetkisini de sınırlandıran ölçütler elbette bulunur[325]. Nihayetinde bu ibraz yükümlülüğü ile hakem heyeti, tarafları veya üçün-

[321] IBA Delil Kuralları m. 8.
[322] Bu konuda bkz. Hacıbekiroğlu, s. 111.
[323] Ashford, s. 57.
[324] Ashford, s. 56.
[325] Hakem heyetinin delil ibrazı kararını *takdiren* verebilmesi için öncelikle talep eden tarafın, ibraz talebinde aşağıdakilerin yer alması ve talebin haklılığının belirli ölçüde ispat edilmesi gerekir (IBA Delil Kuralları m. 3/3-a, b, c):
"(a) (i) Talep edilen her belgenin o belgeyi tespite yeterli olacak derecede tarifi veya
(ii) Var olduklarına inanılması için makûl sebepler olan, talep edilen dar ve belirli bir belge kategorisinin yeterli detayda (konu dâhil) tarifi; belgeler elektronik ortamda muhafaza edilmişlerse, talep eden taraf belirli dosyaları, arama terimlerini, ilgili kişileri veya bu belgelerin verimli ve ekonomik bir şekilde aranması için diğer yolları belirleyebilir veya Hakem Heyeti bu belirlemenin yapılmasına karar verilebilir.
(b) Talep edilen belgelerin davayla ilgisine ve davanın sonucunu nasıl etkileyeceğine dair açıklamayı, ve

cü kişileri *genel bir ibraz yükümlülüğü (fishing expeditions)* ile karşı karşıya bırakmayı amaçlamazlar[326]. Ayrıca tarafların belirli sebeplerle delil ibrazdan kaçınması mümkün olmakla birlikte, kaçınma sebepleri/belgenin elinde olmaması/belgenin ibrazının çok zor veya imkânsız olması gibi sebeplerle de taraflara delil ibrazı kararına *itiraz hakkı* (IBA m. 3/5-8) tanınmaktadır.

c1. Somutlaştırma Yükünün Gereği Olarak Türk Hukuku Açısından Kuruma Duyulan İhtiyâcın Ortaya Konulması

aa1. Türk Hukukunda Dava Öncesi Bilgiye/Delile Erişme İmkânı

Dava öncesi bilgiye/delile erişme imkânları, Ortak Hukuk sistemlerinde yargılama hukuku kuralları ile düzenlenirken, bu Kıta Avrupası sistemlerinin pek fazla alışkın olmadığı bir durumdur. Bunun yerine Kıta Avrupası sistemlerinde dava öncesinde delile/bilgiye erişim imkânları -*yukarıda ele alındığı üzere*- maddî hukuk kuralları ile mümkün hâle getirilir. Maddî hukuk kurallarının da getirdiği bu düzenlemeler *genel* nitelikli olabileceği gibi, *özel* nitelikli de olabilir.

Maddî hukuk normlarımızda, çok sayıda belge/bilgi ibrazı yükümlülüğü öngören *özel* düzenleme bulunur[327]. Bunlar içerisinde acentenin, müvekkilinden belge talep etmesi (TTK m. 116/2)[328]; kollektif şirkette (TTK m. 225), komandit şirkette (TTK m. 310/1) ortakların şirketten bilgi/belge talep etmesi[329]; anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin, şirketten (TTK m. 392/1) veya yönetim kurulu başkanından (TTK m. 392/3) belge ve bilgi istemesi; anonim şirketlerde pay sahiplerinin, denetçilerden bilgi ve belge talep etmesi (TTK m. 437/2-3); adi ortaklıkta her ortağın ortaklığın işleyişiyle ilgili belge ve bilgi talep etmesi (TBK m. 631/1); alacağı

(c) (i) İstenilen belgelerin talep eden tarafın elinde, muhafazasında veya idaresinde olmadığına dair beyanı ya da söz konusu belgelerin talep eden tarafça ibrazının kendisi için ölçüsüz bir şekilde külfetli olacağı hakkında gerekçeli beyanı, ve
(ii) Talep eden tarafın, neden istenilen belgelerin diğer tarafın elinde, muhafazasında veya idaresinde bulunduğunu varsaydığına dair beyanı. (IBA Delil Kuralları m. 3/3) (http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx%3FDocumentUid%3D7E82E477-FE60-461C-80BF-032543F47B73+&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr).

326 IBA Committee Commentary (Ashford, s. 47).

327 Maddî hukukta kuralları ile öngörülen bu tür belge ibrazı zorunlulukları "yargısal/ usûlî olmayan ibraz yükümlülüğü", "dava öncesi ibraz yükümlülüğü", "mahkeme dışı ibraz yükümlülüğü", "özel hukuktan kaynaklanan ibraz yükümlülüğü" şeklinde adlandırılır (Erdönmez, s. 101). Maddî hukuktan kaynaklanan bu ibraz yükümlülükleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, s. 101-118.

328 Bu konuda bkz. Erdönmez, s. 35.

329 Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Oğuz Atalay, "Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması", **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan,** DEÜHFD Özel Sayısı, C. 16, 2014, (Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı), ss. 53-76.

devralan alacaklının, devreden alacaklıdan alacağa ilişkin belgelerin ibrazını talep etmesi (TBK m. 190); kiraya verenin, kiracıdan bazı belgeleri talep etmesi (TBK m. 341); işçinin, işverenden yapılan işlerle ilgili belge/bilgi talep etmesi (TBK m. 403, 404); işverenin, pazarlamacıdan belge talep etmesi (TBK m. 460); yayımlattıranın, yayımcıdan belge talep etmesi (TBK m. 497); Hasta Hakları Yönetmeliği[330]'ne göre, hastaların bilgi isteme hakkı (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 7) ve hastalara, rıza formlarının bir örneğinin verilmesi (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 26); işçinin, iş sözleşmesi ile ilgili belge talep etmesi (İş Kanunu m. 8); asıl işverenin, alt işverenden kayıtlı işçilere ilişkin belge talep etmesi (İş Kanunu m. 56/7) gibi hükümler maddî hukuktan kaynaklanan delil ibrazı kurallarıdır. Hatta bu kurallara uluslararası sözleşmelerde de rastlamak mümkündür. Örneğin 1994 tarihli Trips Anlaşması'nın 43. maddesi bu niteliktedir[331]. Bu örneklerin çoğaltılması da mümkündür.

> Bununla birlikte özel olarak bir kurala ayrıca yer vermek gerekir. Marka hukukunda "*Tecavüzü Kanıtlayan Belgeler*" başlığını taşıyan Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 65. maddesine göre: "*Marka sahibi, markanın kendi izni olmaksızın taklit edilerek kullanılması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden markanın kullanılması ile ilgili belgeleri vermesini talep edebilir.*" Bu hüküm temelde *maddî hukuktan kaynaklanan bir ibraz yükümlülüğü* olarak nitelendirilmekte ise de, bu hüküm hem dava açmadan önce hem de dava açıldıktan sonra *zarar miktarını belirleyebilmek için* başvurulabilecek bir kural olarak kabul edilir[332]. Bu hüküm sayesinde zarara uğrayan kişi, *dava dava açmadan önce* karşı taraftan talep edebileceği tazminat miktarını somutlaştırmak için belge/bilgi paylaşımında bulunmasını isteyebilecektir. Böylece dava açıldıktan sonra HMK'nın katı somutlaştırma yükü kuralı davacı açısından ispat hakkı ihlâli ihtimâllerini sona erdirebilecektir. Bu yönüyle Mark.KHK m. 65, tam da Türk hukukundaki ihtiyacı somutlaştırabilen örnek bir düzenlemedir.

Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere, *maddî hukukta* kişilere bilgi veya belge talep etmelerine olanak sağlayacak *-örneğin BGB § 809-814 gibi- genel nitelikli bir ibraz yükümlülüğü* düzenlenmez. Bu durum da, özellikle HMK'nın benimsemiş olduğu *katı somutlaştırma yükü* karşısında yargılama prosedüründe ciddi şekilde ispat hakkı ihlâllerine sebebiyet verebilecek niteliktedir. Zira HMK'da yer alan ibraz yükümlülüğüne ilişkin kurallar ancak bir dava açıldıktan sonra devreye girebilecektir. Medenî yargılama prosedüründe geçerli olan *somutlaştırma yükü* ise,

---

330 RG 01.08.1998, S. 23420.

331 Fikrî Mülkiyet Haklarinin Ticari Niteliklerine İlişkin Anlaşma (Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights).

332 Sabih Arkan, **Marka Hukuku,** Ankara 1997, s. 247; Erdönmez, s. 108.

bu belgelere dava açılmadan önce erişilebilmesini gerektirir. Daha doğrusu, ispat sürecinin silâhların eşitliği ilkesine ve âdil yargılanma hakkına uygun şekilde gerçekleştirilmesi zorunluluğu, bu gerekliliğe sebep olur.

bb1. Somutlaştırma Yükü Karşısında Sorunun Ele Alınması

Yargılama öncesi delile ve bilgiye erişim hakkı özellikle Türk hukuku gibi Kıta Avrupası hukuk sistemlerine dâhil yargılama hukuklarında oldukça önemlidir. Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil yargılama sistemlerinde, genellikle yargılama *vakıaları aydınlatıcı dava dilekçesi* şeklinde ifade edebileceğimiz "*fact pleading*" yani ayrıntılı vakıa açıklamalarına dayanan dava dilekçeleri ile başlatılır[333]. Bu durumun gereği olarak davacının, dava dilekçesinde sadece hukuka aykırılığın temeli olan hukukî sebebi bildirmesi (karş. HMK m. 119/1-g) ve talep sonucunu sunması (karş. HMK m. 119/1-ğ) yeterli değildir. Davacının, davasının dayanağı olan vakıaları ayrıntısıyla açıklaması (HMK m. 119/1-e) ve hâtta mümkünse bu iddialara ilişkin delillerini de dava dilekçesi ile birlikte sunması (HMK m. 121) veya en azından hangi vakıayı hangi delillerle ispatlayacağını (HMK m. 119/1-f) belirtmesi gerekir. Ardından davalının da, davacıya benzer şekilde cevap dilekçesini sunması gerekir (HMK m. 129). Sonrasında ise, davacı cevap dilekçesine cevap verir; davacının cevaba cevabına da, davalı ikinci cevap dilekçesini sunar (HMK m. 136). Böylece dilekçelerin değişimi aşaması sona ererek ön inceleme aşamasına geçilir (HMK m. 137). İşte ancak bu aşamada, mahkeme, tarafların dilekçelerinde belirtilen ancak eklenmeyen delillerin toplanmasına ve gerekiyorsa tarafları delil ibrazına zorlamaya başlar (HMK m. 137/1). Bu aşamada hâkimin delillerin toplanması için alacağı önlemler neticesinde, hâkimiyet alanında bulunmayan delilleri elde eden taraf içinse -*delillerin içeriğinden farklı yönde bilgiler elde etse bile*- artık iddiasını/savunmasını serbestçe değiştirme olasılığı kalmaz; zira ön inceleme aşamasında, artık bu değişikliği ya karşı tarafın rızası ile veya ıslah kurumu ile gerçekleştirebilir (HMK m. 141/1).

[333] Ayrıntılı bilgi için bkz. Edward Cooper, "Transnational Civil Procedure: Fact Pleading or Notice Pleading? A Viewpoint from the USA", **Uniform L.R.,** S. 4, 2001, ss. 857-859, 864-865; L.J. Priestley, "Transnational Civil Procedure - Fact Pleading v. Notice Pleading: its Significance in the Development of Evidence", **Uniform L.R.,** S. 4, 2001, s. 842; Richard Marcus, "The Revival of Fact Pleading under the Federal Rules of Civil Procedure", **Columbia L.R.,** C. 86, S. 3, Nisan/1986, (Fact Pleading), ss. 433 vd.; Stürner, Discovery, s. 872.

Belirttiğimiz bu esaslar ve özellikle tarafların dava ve cevap dilekçelerinde uyuşmazlık konusu vakıaları somutlaştırma gereklilikleri, Kıta Avrupası sistemlerinde bazı farklılıklar ve esneklik dereceleri ile genel olarak uygulanmaktadır. Bununla birlikte, aşağıda açıklanacağı üzere Türk medenî yargılama hukuku, diğer sistemlerle karşılaştırıldığında oldukça katı bir şekilde *somutlaştırma yükü* getirmektedir. Buna karşılık *Ortak Hukuk* sistemlerinde, kural olarak yargılama *bildirici dava dilekçesi* olarak ifade edebileceğimiz "*notice pleading*" denilen özet bir dava dilekçesi ile başlatılır; tarafların uyuşmazlıklarını yansıttıkları bu kısa ve öz dilekçeden sonra çok ayrıntılı bir ön tahkikat aşamasına geçilir[334]. Bu ön tahkikat aşamasında tarafların bilgiye ve delile ulaşma konusunda çok geniş bir yetki alanları bulunur ve sonrasında da asıl dava süreci olarak ifade edilen "*trial*" aşamasına geçilir.

Kıta Avrupası sistemlerinde dava ve cevap dilekçelerinin *kural olarak* tarafları bağlaması, bu çerçevede ve özellikle somutlaştırma yükü sebebiyle tarafların ayrıntılı bir vakıa açıklaması yükümlülüğü altına girmesi; ardından da, kendi hâkimiyet alanında bulunmayan delillere henüz erişememiş olduğu bir süreçte, aynı zamanda iddia ve savunmaların değiştirilememesi kuralı ile karşılaşması ispat hakkı açısından ciddi ihlâllere gebedir. Dolayısıyla belki tek başlarına, bu kadar ağır bir ihlâl tehlikesi barındırmayan *somutlaştırma yükü* ve *iddia ve savunmanın değiştirilmesi/genişletilmesi yasağı*, delil, hâkimiyet alanında bulunmayan taraf için adeta katmerli bir ispat güçlüğü ortaya çıkarabilecek niteliktedir. Bu durum da, dava öncesinde taraflara bilgiye/delile erişim imkânı tanınmasının önemini artırmaktadır.

Öncelikle, Kanun'un 194. maddesi çerçevesinde taraflara yüklenen *somutlaştırma yükü* ile taraflar uyuşmazlık konusu olan iddialarını çok daha somut, ayakları yere basan iddia ve savunmalarla açıklama yükü altında bırakılmıştır:

> (1) Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdırlar.
> (2) Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur. (HMK m. 194).

Hükümde yer alan "*taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdırlar.*" ifadesi, aslında hükmün ispat faaliyetini zorlaştırması için değil, aksine karşı tarafın ispat faaliyetini kolaylaştırması için düzenlenmiştir. Do-

[334] Cooper, ss. 857-859, 864-865; Priestley, s. 842; Stürner, Discovery, ss. 871-872.

layısıyla tarafların iddialarını, savunmalarını, hangi vakıaların hangi delillerle ispatlanacağını somut bir şekilde belirtmelerinin ispat hakkına önemli bir güvence sağladığı ve aynı zamanda yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için önemli olduğu konusunda şüphe bulunmaz.

Bununla birlikte özellikle uyuşmazlığın çetrefilli ve büyük olduğu davalarda tarafların somutlaştırma yüklerini dilekçelerin teatisi aşamasında kolaylıkla yerine getirmesi çok kolay değildir[335]. Bu durum özellikle davalı açısından büyük güçlükler arz edebilecek niteliktedir. Hele ki, dava öncesinde uyuşmazlık konusu hakkında gerekli bilgi ve belgeye erişme imkânı da olmayan taraf için zorluk katlanarak büyüyecektir. Ayrıca somutlaştırma yükünün taraflara dilekçelerin teatisi aşamasında yani yargılamanın başında yüklendiği, ancak tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları ve *yargılama veya dilekçelerin hazırlanması aşamasından önce erişemedikleri* bilgi ve delillere en iyi ihtimalle ön inceleme aşamasında ulaşabilmeleri, ispat faaliyetinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi açısından tehlikeler barındıracak nitelikte olduğu gibi karşı tarafın ispat hakkı -*karşı ispat faaliyeti*- açısından da ispat güçlükleri yaratabilecektir. Tarafın, iddia veya savunmalarının temelini teşkil eden delillere sonradan erişmesi, delillerin içeriği ile ilgili sonradan bilgi sahibi olması ise davasına ilişkin ispat hakkını olumsuz yönde etkileyecektir.

Tarafın delile ve içeriğine sonradan vakıf olması, her ne kadar taraflara tanınan ıslah ve sonradan delil sunulması imkânları karşısında ilk başta ispat hakkı ihlâli olarak potansiyel tehlike oluşturmuyor gibi bir intiba bıraksa da, durum bu kadar basit değildir. Zira en başta tarafın bu haklarını kullanması -*içeriğine vakıf olduğu delilden sonra yeni bir vakıa veya delil sunmak istemesi*- her şeyden önce kanunî sınırlamalara, karşı tarafın rızasına veya hâkimin takdirine bağlıdır. Kaldı ki, bazı durumlarda tarafın içeriğine vakıf olduğu delili gördükten sonra yeni bir savunma yapma veya yeni bir delil sunma ihtiyâcı hâsıl olmasa bile taraf, en başta iddia veya savunmasını çok daha güçlü argümanlarla yapma imkânını da kaçırmış olabilecektir. Türk yargılama hukuku sisteminin, büyük oranda yazılılık esası üzerinden yürütüldüğü dikkate alındığında, bir anlamda tarafların hüküm sürecini etkileyebilme ve do-

[335] Cevap süresinin de, kural olarak *iki hafta* olduğu ve ancak tarafın, uzatma talebini "*cevap dilekçesinin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız*" olduğunu ispatlaması hâlinde ilâve iki hafta daha süre alabileceği (HMK m. 127) dikkate alındığında, gerçekten de karmaşık uyuşmazlıklarda bu süre içinde delillere ulaşmanın ayrı bir güçlüğü bulunur.

layısıyla hâkimi ikna etme imkânlarının âdeta dilekçelerin teatisi aşamasına indirgenmiş olduğunu ifade etmek gerçek dışı olmayacaktır. Mahkemeler tahkikat aşamasında delillerin inceleneceği duruşmalarda gerçek anlamda delil incelemesi yapmadığından, sözlülük ilkesinin bir gereği olarak taraflar incelenen deliller üzerine duruşmalarda esasa ilişkin açıklamalarda bulunmadığından, esasında dilekçelerin teatisi aşamasından sonra gün ışığına çıkan delillerin incelenmesinden sonra taraflar duruşmada sadece dava veya cevap dilekçelerini tekrarlamaktadır veya kural olarak iddia ve savunmaları ile paralel olmak üzere ek açıklamalarda bulunmakla yetinmektedirler. Dolayısıyla tüm bu koşullar altında, tarafların -*bazen kötü niyetli olarak da*- dava veya cevap dilekçelerine somut olarak eklenmemiş olan delillerin içeriğine sonradan vakıf olması, kendilerinin ispat hakkını gerçek anlamda, etkin olarak kullanmalarına engel oluşturabilecek niteliktedir.

Bu anlamda taraflara etkin bir hukukî koruma sağlayacak araç ise, tarafların yargılama öncesinde hukukî ilişkinin tarafı olarak söz konusu hukukî ilişki kapsamında bilgiye ve delile erişme hakkına sahip olabilmesidir. Taraflara dava öncesinde belge ve bilgiye erişme hakkının tanınması Hukuk Muhakemeleri Kanunu gibi katı somutlaştırma yükünün kabul edildiği sistemlerde, ihtiyâcı daha somut bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu noktada hukuk sistemimizde uygulaması bulunan delil tespiti kurumu (HMK m. 400-405) da, bu ihtiyaca tam anlamıyla hizmet edememektedir. Delil tespiti talebinin kabulü için yargılamada kullanılmak istenen delilin kaybolma, yok olma tehlikesi altında bulunması gerekir (HMK m. 400/2). Oysa burada ifade edilmek istenen, böyle bir tehlike olmasa dahi tarafların gerçek ve etkin anlamda ispat haklarını kullanabilmeleri için dava öncesinde -*özellikle dilekçelerini vermeden önce*- karşı tarafın veya üçüncü kişilerin elinde bulunan delillere erişme imkânının olması gereğidir.

Örneğin yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabul edildiği tarihten bu yana çok yoğun tartışmaların yaşandığı belirsiz alacak davaları açısından ihtiyâç kendini somut olarak göstermektedir. Belirsiz alacak davasına konu olabilecek talepler konusunda kişiler, önceden yani dava açmadan önce birtakım bilgi ve belgelere ulaşma imkânına sahip olsalar, çoğu zaman belirsizlik ortadan kalkacak ve taraf Kanun'un 107. maddesi gereği dava şartı yokluğu sebebiyle davasının reddi rizikosunu en baş-

tan bertaraf edebilecektir. Bunun örneklerini özellikle iş davalarında rastlamak mümkündür[336].

Bunun yanı sıra yine ihtiyâç kendisini haksız rekabet, patent veya diğer sorumluluk davalarında da göstermektedir. Benzer durum tıp hukuku alanında sorumluluğa dayanan haksız fiil davalarında görülmüştür[337]. Tüm bu davalarda kişilerin dava başlamadan önce iddia ve savunmalarına temel teşkil edecek ve uyuşmazlığı aydınlatacak konularda önceden bilgiye ve delile erişmesi, kendilerinin hem ispat hakkını gereği gibi kullanabilmeleri için bir zorunluluk teşkil edecek hem yargılamanın âdil bir şekilde gerçekleştiğine delalet edecek ve hem de dava sonucunda verilecek hükmün maddî gerçeği yansıtabilmesi için bir subop görevi görecektir.

---

[336] Nitekim Yargıtay alacağın belirsiz olması ile alacağını ispat edecek delillere erişilememesini birbirinden ayırmakta ve elinde alacağı ispat etmek için gerekli olan delilleri bulunmayan davacıya belirsiz alacak davası açma imkânı tanımamaktadır: "...Davacının alacağının miktar veya değerini belirleyebilmesi için elinde bulunması gerekli bilgi ve belgelere sahip olmaması ve bu belgelere dava açma hazırlığı döneminde ulaşmasının da (gerçekten) mümkün olmaması ve dolayısıyla alacağın miktarının belirlenmesinin karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin sunulmasıyla mümkün hale geleceği durumlarda alacak belirsiz kabul edilmelidir. / .... Burada, alacağın belirlenebilir olması ile ispat edilebilirliğinin de ayrıca değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. *Davacının talep ettiği alacağı belirlenmesi objektif olarak mümkün, ancak belirlyebildiği alacağını ispat etmesi, kanunun öngördüğü şekilde ispatı (elindeki delillerle) mümkün değilse, burada da belirsiz alacak davası açılacağından söz edilemez. Çünkü, bir alacağın belirlenmesi ile onun ispatı ayrı şeylerdir. Davacı, talep konusu yaptığı alacağını çok net şekilde belirleyebilir; ancak her zaman onu ispat edecek durumda olmayabilir. Aksinin kabulü, her ispat güçlüğü olan alacağı belirsiz alacağa dönüştürmek gibi, hem kanunun amacına hem de genel ilkelere aykırı bir durumu ortaya çıkartabilir.* / Alacağın miktarının belirlenebilmesinin, tahkikat aşamasında yapılacak delillerin incelenmesi, bilirkişi incelemesi veya keşif gibi sair işlemlerin yapılmasına bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davası açılabileceği kabul edilmelidir. ... / …. Diğer taraftan davacı, dava konusu alacakların miktarlarının belirlenmesinde, işverenin elinde bulunan bilgi ve belgelere dayanmamakta, aksine işverence tutulan kayıtların muvazaalı olduğu gerekçesiyle nazara alınamayacağını iddia etmektedir. İşverenin maddî hukukdan doğan yükümlülüklerini (belge ve bordro düzenleme gibi) yerine getirmemesi, tuttuğu belgelerin gerçeği yansıtmaması, davadan önce işçinin alacaklarını inkâr etmesi ya da ikrar etmekle beraber yerine getirmemesi davacıya kural olarak belirsiz alacak davası açma imkânını vermez. İşçi bu durumlarda dahi, alacağının miktarını veya değerini belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açamaz (Simil, s. 412). / Ayrıca, yukarıda da belirtildiği gibi, salt bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir. …" 22. HD, 11.2.2014, 442/2051 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

[337] Esasında belirtilen bu uyuşmazlıklar bakımından -aşağıda üzerinde durulacağı şekilde- maddî hukuk kuralları birtakım dava öncesi bilgiye ve belgeye erişim imkânı sağlayan düzenlemeler getirir. Bu düzenlemeler getirilirken de, tarafların henüz uyuşmazlığa düşmeden karşı tarafdan bilgi talep etmesinin ihtiyaç nedenleri üzerinde durulur. Ancak aynı zamanda *dava öncesinde bilgiye ve belgeye erişim imkânı* tanıyan bu kanun maddelerinin, yaptırımının belirli olmaması sebebiyle amaca hizmet edemediği ve iyi bir şekilde uygulamaya geçirilemediği de belirtilir (bu konuda bkz. Simil, s. 188).

ccc. Dava Sürecinde Tarafların Bilgiye ve Delile Erişim Hakkı

a1. Genel Olarak

Yukarıda bilgilenme hakkı açısından yapmış olduğumuz açıklamalarda, ispat hakkının tam anlamıyla temin ve tesis edilebilmesi için kişilerin iddia ve savunma yapacakları, yani uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında tam olarak bilgi sahibi olması gerektiğini; bunun da karşı tarafın ve üçüncü kişilerin elinde bulunan delillere yani uyuşmazlığa ilişkin bilgi kaynaklarına ulaşabilmeleri ile mümkün olabileceğini açıkladık[338]. Dolayısıyla şayet kişiler açıklama yapmaları gereken vakıalara ilişkin deliller hakkında bilgi sahibi olabilirlerse, ancak ozaman ispat haklarını tam ve etkin olarak kullanabileceklerdir. Bu çerçevede öncelikle bir yargılama modelinde sistemin kişilere, hangi noktaya kadar karşı tarafın ve üçüncü kişilerin hâkimiyet alanında bulunan uyuşmazlık hakkındaki delillere erişme imkânı tanıdığı tespit edilmelidir. Biz bu başlık altında öncelikle bu sınırı tespit etmeye çalışacağız. Ancak bu tespiti yaptıktan sonra da, karşı tarafın ve üçüncü kişilerin her hâlükârda bu sınır çerçevesinde hâkimiyet alanında bulunan delilleri ibraz mecburiyeti altında olduğu düşünülmemelidir. Bir sonraki başlık altında ibraz mecburiyeti altında bulunan taraf ve üçüncü kişiler açısından ibraz mecburiyetinin -*süreye ve konuya ilişkin*- sınırları inceleneceği üzere, hemen her hukuk sistemi ibraz mecburiyeti bulunan kişiler açısından -*süreye veya konuya ilişkin olarak*- delil ibrazından kaçınma imkânı tanımaktadır. Bu kapsamda delil ibrazı mecburiyeti altında bulunan kişilerin kaçınma imkânlarını, genel olarak iki temel sebebe indirgemek mümkündür: (*i*) Teksif ilkesi ile sınırlandırılarak belirli bir usûlî kesitin geçirilmesinden sonra taraflar ve/veya üçüncü kişiler, delil ibraz etme mecburiyetten muaf tutulabilmekte; (*ii*) Taraf ve/veya üçüncü kişi, hukuk düzeni tarafından delil ibrazı mecburiyeti altında tutulmuş ve talep teksif ilkesine takılmadan başarı ile gerçekleştirilmiş olsa dahi, karşı taraf/üçüncü kişiler birtakım çekinme sebepleri karşısında yine delil ibraz etme mecburiyetinden muaf tutulabilirler.

Bütün bu değerlendirmeler de, doğrudan doğruya konumuzu dolayısıyla ispat hakkı ve sınırlamalarını ilgilendirir. Öncelikle, doğal olarak bir hukuk sisteminde ta-

[338] Bilgiye erişim hakkı ile karşı tarafın belge ibrazına zorlanması arasındaki menfaat çatışmasının çözümü konusunda önemli değerlendirmeler için bkz. Sonja Lang, **Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO** (Diss., Köln, Univ., 2007), Peter Lang, Frankfurt am Main 2007, ss. 18-25.

rafın ispat hakkını kullanmasını sağlayacak yegâne araç olan delile erişme imkânı, yani karşı taraftan ve/veya üçüncü kişiden bunu talep etme hakkı ne kadar genişletilirse, kişi ispat hakkını o kadar geniş bir alanda etkin şekilde kullanma imkânına sahip olur. Somutlaştırmak için oldukça uçta bir örnek vermek gerekirse, bir hukuk sisteminde kişiler değil üçüncü kişinin karşı tarafın hâkimiyet alanında bulunan bir delil hakkında yargılamanın hiçbir aşamasında bilgi sahibi olmazlar ise, sadece kararı verecek mercii her iki tarafın hâkimiyet alanında bulunan deliller hakkında bilgi sahibi olabiliyorsa, o hukuk sisteminde kişilerin gerçek anlamda ispat hakkının bulunduğundan söz edilmesi mümkün değildir. Zira bu durumda karşı tarafın delilleri hakkında bilgi sahibi olmayan kişi açıklama ve ispat hakkını gerçek anlamda kullanamamış olacağından, âdil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkı da ihlâl edilmiş olacaktır. Buna karşılık bir hukuk sisteminde yargılamanın taraflarına, zamanında ve ölçülülük ilkesinin sınırları içinde karşı tarafın ve belirli noktaya kadar üçüncü kişilerin hâkimiyet alanında bulunan delillere erişme imkânı tanınmakta ise, kişi yargılama sürecinde ispat hakkını tam ve etkin şekilde kullanabilecektir. Yine yargılamanın taraflarına bu imkân tanınmakla birlikte, şayet hukuk sistemi delil ibrazı mecburiyeti altında bulunan kişi -*karşı taraf ve üçüncü kişi*- açısından gereksiz ve ölçüsüz bir şekilde ibraz mecburiyetinden muafiyet sebepleri getiriyorsa, yine ispat hakkını kullanan kişi bu sefer muafiyet sebepleri yüzünden ispat hakkını tam ve etkin şekilde kullanamayacaktır.

Bu başlık altında duracağımız hususlar, ispat hukuku ve özellikle ispat hakkı açısından medenî yargılama sistemlerinde oldukça tartışma yaratan konulardır. Zira -*ispat hakkının temin edilmesi uğruna*- karşı tarafın ve üçüncü kişilerin hangi sınıra kadar delil ibrazı mecburiyeti altında bırakılabilecekleri; ayrıca, delil ibrazı mecburiyeti altında bırakılan kişilerin hangi geçerli sebeplere dayanarak bu yükümlülükten kurtulabilecekleri oldukça hassas bir konudur. Özellikle aşağıdaki ve beşinci bölüm altında yapacağımız açıklamalarda da yer vereceğimiz üzere, özel hayatın korunması hakkının genişlemesi ile birlikte bu tartışma konuları boyutlarını da genişletmektedir. Bu hassas durum karşısında ise, her hukuk sistemi kendi hukuk yapısının ve kültürünün taşıdığı özelliklere göre bir ortayolu bulma çabasındadır. Biz de aşağıda genel olarak hukuk sistemlerinin bu konudaki eğilimlerini ve Türk hukukundaki durumu ispat hakkı perspektifinden değerlendirmeye çalışacağız.

b1. Dava Sürecinde Tarafların Bilgiye ve Delile Erişim Hakkının Kapsamı

aa1. Dosyadaki Bilgi ve Belgelerin İncelenmesi

Bilgilenme hakkı, dava dosyasının incelenmesi hakkını da kapsamaktadır. Dava dosyasının içerisine dâhil olan tüm bilgi, belge ve tutanakların taraflara ve vekillerine açık olmasını, onlardan gizlenememesini ifade eden bu ilke Türk hukukunda da hukukî dinlenilme hakkının önemli unsurlarından birisi olarak kabul edilmiştir[339]. İsviçre hukukunda ise, ispat hakkını düzenleyen SchZPO m. 52'de, ispat hakkının unsurlarını örneklendirilirken, *açıkça* dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesi ve bunlardan suret alınması hakkından söz edilmiştir. Dolayısıyla İsviçre hukukunda bu hak *tarafların dava dosyasını inceleme hakkı (Recht auf Akteneinsicht)* ve *suret alabilme hakkı (Recht auf Anfertigen von Kopien)* birbirinden ayrılmıştır[340] [341]. Alman hukukunda da, dava dosyasını inceleme hakkı hukukî dinlenilme hakkının en önemli unsurları arasında kabul edilir[342]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da, açık bir şekilde hukukî dinlenilme hakkının unsuru olarak düzenlenmemişse de, tarafların (ve fer'î müdahillerin) dava dosyasını inceleme hakkı (HMK m. 161/1) ve örnek alma hakkı (HMK m. 158) bulunduğu doğrudan doğruya düzenlenmiştir.

Şüphesiz ki, hukukî dinlenilme hakkının belirtilen bu unsurları ispat hakkının da tamamlayıcı unsurlarıdır ve İsviçre kanunkoyucusu ispat hakkının bu yönünü açıkça zikretmemiş olsaydı dahi, yine dosyadaki belge ve bilgilerin incelenmesi ve bunlardan suret alınması, ispat hakkının önemli bir tamamlayıcısı olurdu. Çünkü taraflar ancak, dava dosyasında kendilerinin dâhil olduğu uyuşmazlığa ilişkin belge, bilgi ve tutanaklara ulaşma imkânına sahip olursa, uyuşmazlık hakkında tam bilgi sahibi olabilir ve bu kapsamda açıklama hakkını kullanabilir. Bu yönüyle

---

339 Bu konuda özellikle Türk hukuku bakımından hakkın içeriği ve öneminin hukukî dinlenilme hakkı ile ilişkisi hakkında bkz. Özekes, ss. 92-95.

340 Bu konuda bkz. Gehri ve Kramer, Art. 55, N. 5-6; Göksu (Brunner ve diğerleri), Art. 53, N. 28-38; Hurni (Berner Kom.), Art. 53, N. 67-73; Leuenberger ve Uffer Tobler, s. 130; Schenker (Baker & McKenzie), Art. 53, N. 18-21; Spühler / Dolge / Gehri, § 26, N. 62; Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 53, N. 27-32; Hans Ulrich ve Walder-Richli, **Zivilprozessrecht,** Schultess 2009, § 21, N. 21.

341 Alman hukukunda ise hukukî dinlenilme hakkını genel olarak düzenleyen GG m. 103, açıkça bir unsuru kurala taşımamıştır; ancak GG m. 103'ün uygulama alanına dava dosyasını inceleme ve suret alma hakkının (Recht auf Akteneinsicht) dâhil olduğu kabul edilir [*bkz*. Radtke ve Hagemeier (Epping ve Hillgruber), **Grundgesetz: GG Kommentar,** 2. Bası, Verlag C.H. Beck, Münih 2013, GG 103, N. 10]. Ayrıca ZPO § 299 *(Akteneinsicht)* da, dava dosyasını inceleme ve suret alınmasını düzenler ve bu maddenin de, hukukî dinlenilme hakkının bu unsurunu somutlaştırdığı kabul edilir (*bu konuda bkz.* Waldner, s. 57).

342 Wanga, s. 25.

yargılamayı şekillendiren, hükmün temelini oluşturan dava malzemesinin taraflarca incelenememesi, mutlak şekilde *hukukî dinlenilme hakkı*nın ihlâli olarak kabul edilirken[343], bu durumun ispat hakkı ihlâli oluşturacağı konusunda da şüphe duymamak gerekir. Çünkü dosyadaki bilgi ve belgeler için yeterli inceleme şansı tanınmaz ise, eksik bilgilenme sonucunda aynı zamanda açıklama hakkı ve dolayısıyla ispat hakkı da eksik kullanılmış olacaktır[344].

Dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesi hakkının ispat hakkı ile ilişkisi özellikle birtakım özel hukuk veya kamusal menfaatler sebebiyle dosya içerisindeki belgelerin taraflardan *gizlenmesi* hâlinde ortaya çıkar. Esasında çalışmamızın bu bölümü, ispat hakkının -*müspet*- kurucu unsurlarına ayrılmıştır ve ispat hakkı sınırlamaları ayrı bölümlerde incelenecektir. Bununla birlikte ispat hakkının sınırlandırılmasına ve ihlâline sebebiyet veren, en tartışmalı konulardan birisi, dava dosyasına dahil bilgi ve belgelerin taraflardan birinden gizlenip gizlenemeyeceği, başka bir anlatılma *taraf alenîyetinin (Parteiöffentlichkeit)* kaldırılıp kaldırılamayacağı sorunudur. Bu durum özellikle son yıllarda ticarî sırların, devlet sırlarının söz konusu olduğu davalar açısından yoğun şekilde gündeme getirilmeye başlanmıştır. Bu yönüyle konu, aşağıda ayrı bir başlık altında ayrıntısıyla incelenecektir[345] ancak, bu noktada da şu açıklığa kavuşturmalıdır ki, dava dosyasını inceleme ve bilgi alma hakkı, mutlaka her belge ve bilginin taraflara tebliğ edilmesi gerektiği yönünde yorumlanmamakla birlikte, *hukukî dinlenilme hakkı bakımından* mahkemeye ibraz edilemeyen veya taraflara gösterilmeyen veya incelettirilmeyen belgelerin hükme esas alınmasına da kesin şekilde engel olur[346]. Örneğin, dosyada yer alacak belgeyi gönderen resmî makam, belgenin gizli olduğunu ve tarafların haberinin olmamasını istiyorsa, mahkemenin bu belgeyi hükmüne dayanak yapamaması gerektiği kabul edilir[347]. Zira hukukî dinlenilme hakkına hizmet eden *taraf alenîyetinin (Parteiöffentlichkeit)* sınırlandırılması mümkün değildir ve bu sebeple

---

[343] Bu konuda bkz. Özekes, ss. 92-93; Pekcanıtez, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 774. Alman hukuku yönünde bkz. Waldner, s. 57.

[344] Özekes, s. 93.

[345] Bkz aşa. Dördüncü Bölüm, § 15, I, E.

[346] Bu konuda Türk hukuku bakımından bkz. Özekes, s. 93. Alman hukukunda aynı görüş için bkz. Waldner, s. 57. Bu konuda ayrıca bkz. Adloff, ss. 114-115; Stefan Späth, **The Parteiöffentlichkeit des Zivilprozesses, Die Informationspflichten des Gerichts gegenüber den Parteien** (Diss., Univ., Hamburg, 1995), LIT Verlag, Münster 1995, ss. 79-89.

[347] Özekes, s. 93. Ayrıca bkz. Engelmann, ss. 25-26.

yargılamanın hiçbir aşaması taraflardan habersiz ve onlardan gizli şekilde yürütülemez[348]. Dolayısıyla tarafın haberdar edilmediği ve inceleme imkânını bulamadığı bir delilin mahkemenin hükmüne dayanak oluşturması mümkün değildir[349]. Bu anlamda ispat prosedürü, taraflardan birisinden gizli yürütülemez[350]. Aksi hâlde hukukî dinlenilme hakkının her bir unsurunu ayrı ayrı ihlâl ettiği gibi, ispat hakkı açısından da mutlak şekilde ihlâl niteliği taşır. Bununla birlikte özellikle birtakım menfaatlerin korunması amacıyla, hukukî dinlenilme ve ispat hakkının bu şekilde sınırlandırılabileceği görüşleri de savunulur. Kanaatimizce bu eğilim, hukukî belirlilik, hukuk güvenliği, temel hakların korunması, hukuk devleti ilkesi gibi pek çok ilke ve hakkı ihlâl edebileceği gibi yargılamalarda en fazla kaçınılan tehlike olan keyfîliği de beraberinde getirebilecek niteliktedir. Bu konu aşağıda ayrıca incelenecektir; ancak bu noktada tarafların, dava dosyası içerisindeki belgeye, bilgiye, tutanağa erişme imkânının hukukî dinlenilme hakkı ve ispat hakkı açısından bir zorunluluk olduğu konusundaki tespiti yinelemek gerekir.

Bununla birlikte, özellikle yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve uyuşmazlıkla ilgili diğer tarafın menfaatlerinin korunması amacıyla *ölçülülük ilkesine* uygun şekilde dosyaların incelenmesi ve bunlardan örnek alınması konusunda bazı önlemler alınabilir. HMK m. 161'e göre, *gizli olarak saklanmasına karar verilen belge ve tutanakların incelenebilmesi hâkimin iznine bağlıdır* (HMK m. 161/2; aynı yönde bkz. HMK m. 158/2). Bu maddenin lafzı taraflardan bazı belgelerin ve delillerin gizlenebileceği şekilde anlaşılmaya müsaittir. Ancak kanunkoyucu madde gerekçesinde açık bir şekilde *davaya ilişkin deliller* ile *dava konusu ile doğrudan ilgili olmayan diğer belgeler* ayrımını yapmakta ve hiçbir şekilde taraflardan dava konusu ile ilgili delillerin gizlenemeyeceğini belirtmektedir[351].

---

[348] Özekes, s. 94. Bu anlamda *taraf alenîyeti* ile *duruşmaların alenîyeti* birbirinden farklı kavramlardır. Taraf alenîyeti, tutanakların, dosyaların, delillerin taraflarca ve vekillerince incelenebilmesini ve bunlardan örnek alınabilmesini ifade ederek daha fazla hukukî dinlenilme ve ispat hakkı ile ilişkilidir. Bu konuda bkz. Özekes, s. 94; Hakan Pekcanıtez, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", **İzBD,** Ekim/1999, (Alenîyet İlkesi), ss. 408-409; Späth, ss. 79-90. Bu konu (*duruşma alenîyetinin ve taraf alenîyetinin sınırlandırılmasının ispat hakkı ile ilişkisi*) aşağı ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 15, I, E, 5,

[349] Özekes, s. 93; Späth, ss. 111-112.

[350] Späth, ss. 111-113.

[351] "... Gizli olarak saklanmasına karar verilen belge ve tutanaklara gelince; 162 nci maddenin gerekçesinde açıklandığı üzere davanın hiçbir evrakı taraflardan ve davaya katılandan gizlenemez.
Taraflar, katılan veya vekilleri dava evrakını istedikleri zaman, kuralları çerçevesinde inceler. Ancak dava evrakı arasına getirilen veya konan belgelerin kapsamı davanın konusu ile doğrudan ilgili olma-

bb1. Tarafların ve Üçüncü Kişilerin Delil İbrazına Zorlanıp Zorlanamayacağı Sorunu

aaa1. Genel Olarak

Tarafların ve üçüncü kişilerin delil ibrazına zorlanabilmesinin mümkün olup olmadığı, zorlanabilecekse bunun ölçüsünün ne olduğu konusu oldukça önemli bir yargılama hukuku meselesidir. Aşağıda görüleceği üzere, pek çok hukuk sisteminde taraflar ve üçüncü kişiler delil ibrazına zorlanabilirler. Tarafların ve üçüncü kişilerin delil ibrazına zorlanması konusu, aynı zamanda o hukuk sisteminde taraflara ve üçüncü kişilere, uyuşmazlığa katkıda bulunma ödevinin hangi ölçüye kadar yüklendiği ile çok yakından ilgilidir[352]. Zira katkıda bulunma (*Die Mitwirkung*) yükü (*Pflicht*) / yükümlülüğü (*Obliegenheit*)[353] ne kadar geniş tutulursa, delil ibrazının da uygulama alanı o denli genişler. Bugün ise tarafların ve üçüncü kişilerin uyuşmazlığa katkıda bulunma yükümlülüğünün geniş bir şekilde kabul edilmesinin belirli sebepleri bulunur:

(1) *Gerçeğin ortaya çıkarılması*, pek çok hukuk sisteminde (*örneğin Avusturya ve İsviçre'de*) taraflara ve üçüncü kişilere katı bir şekilde bu yükümlülüğün getirilmesinin sebeplerinin başında gelir.

(2) *Delillere -ve dolayısıyla ispat hakkına- eşit erişim hakkının tanınması,* özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin bir gereği olarak yargılamanın taraflarına *eşit/eşdeğer silâhlarla ispat sürecini yönlenderebilme hakkı* tanır. Bu durum da, kimin hâkimiyet alanında olduğuna bakılmaksızın,

---

yan başka konuları da içerebilir. Bu cümleden olarak da gizlilik kararının alınmasına sebep olmuş olabilir. İşte dava dosyası içinde yer alan fakat dava ile doğrudan ilgisi olmayan belgelerin hangilerinin hangi kapsamda taraflar ve katılan ile vekillerince hâkimin kararı ile incelenebileceğinin kabulü, gizlilik dereceli resmî belgelerin ve ticarî sırların korunması bakımından zorunlu görülmektedir." (HMK m. 161, Gerekçe).

[352] Uyuşmazlığa katkıda bulunma yükümlülüğü, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıca inceleme konusu yapılacaktır. Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, § 10.

[353] Katkıda bulunma (*Mitwirkung*) yükü (*Pflicht*) ile yükümlülüğü (*Obliegenheit*) arasındaki ayrım özellikle bazı hukuk sistemlerinde oldukça önemlidir. Örneğin İsviçre hukukunda taraflar katkıda bulunma ödevini gereği gibi yerine getirmezler ise, aleyhe sonuçla karşılabileceklerdir. Bu yönden ödevin ihlâli onlar için bir *hak kaybı (Rechtsverlust)* oluşturacaktır. Bununla birlikte, üçüncü kişiler haklı bir sebep olmaksızın bu ödevi yerine getirmezlerse para cezası ile karşılaşabileceklerdir (SchZPO). Bu yönüyle katkıda bulunma ödevi taraflar açısından bir yük (*Obliegenheit / Last*) iken, üçüncü kişiler açısından bir yükümlülüktür (*Pflicht*) (*bu konuda bkz.* Berni (Baker & McKenzie), Art. 160, N. 3-5; Gehri ve Kramer, Art. 161, N. 9; Rodriguez, ss. 304-305, dn. 2; Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 160, N. 8. Bu durum Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Eğer taraflar katkıda bulunma ödevlerini yerine getirmezlerse, hâkimin aleyhe kararı ile karşılaşabileceklerdir. Bu yönüyle tarafların davanın aydınlanmasına katkıda bulunma ödevleri usûlî bir yük olarak aleyhe kararla karşılaşmaları riskini içerir. Bu konuda bkz. Oğuz Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı,** İzmir 2001, (Menfî Vakıaların İspatı), s. 143; Erdönmez, ss. 34-35, 97-100. Bu konu ayrıca çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alınacaktır. Bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 10, II, B.

uyuşmazlık konusu ispat aracının karşı taraftan/üçüncü kişiden talep edilebilmesini gerektirir. Bu sebeple de, günümüzde "*kimse kendi aleyhine olan delilleri göstermeye zorlanamaz (neme tenetur contra se edere) ilkesi*" gün geçtikçe zayıflamaktadır[354, 355].

Dolayısıyla çalışma konumuz açısından, delil ibrazı yükümlülüğünün iki yönlü önemi bulunur. Birincisi, gerçeğin ortaya çıkarılması amacına da hizmet etse, kişilere geniş bir şekilde delil ibrazı yükümlülüğü getirilmesi ispat hakkına hizmet eder. Nitekim ispat hakkı da, ancak *gerçeğe ulaşmayı hedefleyen bir yargılama prosedüründe mümkün olduğunca uyuşmazlığa ilişkin ispat araçlarının getirilmesini amaçlar.* İkincisi, yargılama sürecinde tarafları eşit silâhlarla kuşatmak yine ispat hakkının bir gereğidir. Ancak ispat prosedüründe eşit silâhlara sahip olan tarafların, eşit bir şekilde ispat hakkına sahip olması mümkün olabilir. İşte bu sebeplerle, taraflara ve üçüncü kişilere uyuşmazlığa katkıda bulunma yükümlülüğünün yüklenmesi ve bu çerçevede de, geniş bir şekilde delil ibrazı zorunluluğu yükletilmesi ispat hakkı açısından epeyce önemlidir.

Konunun ispat hakkını ilgilendiren bir diğer yönü de, delil ibrazından çekinme haklarıdır. Delil ibraz etme yükü yüklenen taraflara ve üçüncü kişilere delil ibrazından kaçınma hakkı tanınması, aynı zamanda ispat hakkının de sınırlandırılması anlamını taşır. Türk hukuk sisteminde de, -*aşağıda ayrıca inceleneceği üzere*- geniş bir şekilde delil ibrazı yükümlülüğü getirilmekte ancak, bu oranda da delil ibrazından kaçınma imkânları tanımaktadır. Bu konu da, ispat hakkının sınırlamaları çerçevesinde ayrı bir başlık altında çalışmanın ilerleyen bölümlerinde incelenecektir[356].

---

[354] Türk hukukunda delil ibrazı mecburiyetini bu şekilde AİHS m. 6'daki silâhların eşitliği ilkesi ve ispat hakkı ile ilişkilendiren görüş için bkz. Erdönmez, ss. 26-27. İsviçre hukukunda aynı yönde görüş için bkz. Nicolas Bracher, **Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess,** Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011, s. 13 (*naklen* Erdönmez, s. 28); Rodriguez, s. 305 (*Yazar aynı zamanda ispat hakkının da hukukî temeli olarak hukukî dinlenilme hakkını da ibraz zorunluluğunun temeli olarak belirtir*). Gerçeğin ortaya çıkarılmasının, temel yargılama amacı olduğu Avusturya hukukunda dahi, delil ibrazı zorunluluğunun ispat hakkı ve silâhların eşitliği ilkesine hizmet ettiği yönündeki aynı görüş için bkz. Kodek (Fasching ve Konecny), § 303, N. 12.

[355] Aynı zamanda yargılama prosedürerinde, delil ibrazından çekinme hakkı şeklinde yansıması bulunan bu ilkenin temel hakların geldiği bu noktada ve özelikle ispat hakkı açısından *makûl olmayan* bir sınırlama getirmesi sebebiyle, bu ilke ayrıca ileride ispat hakkının sınırlamaları açısından da ele alınacaktır. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 19, III.

[356] Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 19.

bbb1. Alman Hukukunda

Alman hukukunda yargılama süresince, taraflar ve üçüncü kişiler delil ibraz etmeye belirli bir oranda zorunlu bırakılmaktadır. Bu zorunluluk ZPO § 142'de düzenlenir. Bu kural üzerinde 2002 yılında yapılan değişiklikle, delil ibrazı zorunluluğunun sınırları biraz olsun genişletilmiştir[357]. Bu kurala göre:

> "(1) Mahkeme, taraflardan birinden veya üçüncü bir kişiden hâkimiyetinde bulunan ve taraflardan birinin dayandığı belgeleri veya diğer her türlü veriyi ibraz etmesini isteyebilir. Mahkeme, bunun için süre verebilir ve belirleyeceği süre boyunca ibraz edilen bu belgelerin yazı işleri bürosunda kalmasını isteyebilir.
>
> (2) Belgeyi ibrazı kendilerinden beklenemeyecekse veya Kanun'un § 383-385 arasındaki düzenlenen tanıklıktan çekinme hakları bulunuyorsa, üçüncü kişiler bu belgeleri ibraz yükümlülüğü altında bırakılamaz. Kanun'un § 386-390 arasındaki hükümleri uygun düştüğü oranda uygulanır.
>
> (3) Mahkeme, yabancı dilde hazırlanmış olan bir belgelerin, çevirinin hazırlanması için gereken koşulları sağlayan veya benzer niteliklere sahip olduğunu bildiren kişi için eyalet kanunlarınca şart koşulan şekilde eyaletçe onaylanan veya yetkilendirilen bir çevirmen tarafından çevrilmesine karar verebilir. Tercüman, onayladığında bu çeviri doğru ve tam kabul edilmelidir. ..." (ZPO § 142)

ZPO § 142 kuralı ile taraflar ve üçüncü kişiler, *yargılama (dava) sırasında* uyuşmazlıkla ilgili olan delilleri ibraz yükümlülüğü altında bırakılmaktadır. Dolayısıyla bir dava açılmasından önce bu maddenin uygulama alanı bulması mümkün değildir. Maddenin uygulama alanı ve ispat hakkı açısından hizmet ettiği amaç ileride, hâkimin ispat hakkının teminindeki rolü kapsamında ayrıca inceleme konusu yapılacaktır[358].

ccc1. İsviçre Hukukunda

1.1.2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Yargılama Kanunu (SchZPO), taraflara ve üçüncü kişilere uyuşmazlığın aydınlatılmasına katkıda bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Belgeyi ibraz zorunluluğu da bu kapsamda, tarafların ve üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülükleri ve buna ilişkin çekinme hakları kapsamında (SchZPO m. 160/1-b) talî olarak düzenlenmiştir[359]. Bu çerçevede Kanun'un 160 ilâ 168 maddeleri, tarafların ve üçüncü kişilerin bu yükümlülüğünü

---

[357] Değişikliğin temelinde yatan amaçlardan birisi de, delillerin ibrazı konusunda mahkemenin yetkilerini artırmak olmuştur. Bu konuda bkz. S. Lang, s. 106.

[358] Bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 9.

[359] Bu konuda bkz. Tarkan Göksu, "İsviçre Medenî Usûl Hukuku'nda Belgelerin İbrazı", Çev. Dişel, Buse, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı - X (1-2 Ekim 2012, İzmir),** Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 333.

düzenler. Öncelikle "*Mitwirkungspflicht (Katkıda Bulunma Yükümlülüğü)*" başlığını taşıyan SchZPO m. 160 şu genel düzenlemeyi öngörür:

> (1) Taraflar ve üçüncü kişiler, delillerin toplanmasına (Beweiserhebung) katkıda bulunma (Mitwirkung) yükümlülüğü altındadırlar. Bu kişiler özellikle:
>
> a. Taraf ve tanık olarak gerçeğe uygun şekilde (wahrheitsgemäss[360]) ifade vermek;
>
> b. avukatların yazışmalarında olduğu gibi, taraflardan birisi veya üçüncü kişiler hakkında meslekî temsil hariç olmak üzere Belgeleri (Urkunden) sunmak;
>
> c. Bilirkişi (Sachverständige) incelemesi marifetiyle kişi veya eşya üzerinde keşfe (Augenschein) katlanma zorunluluğu altındadırlar.
>
> (2) Reşit olmayan kişinin katkıda bulunma yükümlülüğü konusunda hâkim takdir yetkisini kullanır. Bu kararda çocuğun esenliği (Kindeswohl) dikkate alınır.
>
> (3) Katkıda bulunma yükümlülüğü altındaki kişiler, uygun olan bir ücret (eine angemessene Entschädigung) talep etme hakkına sahiptirler.

Böylece katkıda bulunma yükümlülüğü, delillerin toplanması konusunda *temel bir ilke (Grundsatz)* olarak[361] ve bütün delilleri kapsayıcı bir şekilde kabul edilmiştir[362]. Ayrıca katkıda bulunma yükümlülüğünün görünüm şekilleri maddede üç bent hâlinde sayılmışken, bu sayımın örnekseyici oladuğu da belirtilir[363]. Katkıda bulunma yükümlülüğü, hem taraflar hem de üçüncü kişiler için temel olarak *tanıklık yapma zorunluluğunu (yükümlülüğünü) (Zeugnis- und Aussagepflicht)* ve *ibraz yükümlülüğünü (Editionspflicht)* kapsar[364]. Her hukuk sisteminde olduğu gibi İsviçre hukukunda da tarafların (SchZPO m. 161-164) ve üçüncü kişilerin (SchZPO m. 165-166) delil ibrazı yükümlülüklerinin istisnaları bulunur ve bu durum *delil ibrazından ayrıcalık hakkı (Verweigerungsrecht)* olarak ifade edilir. Hangi koşullar altında tarafların ve üçüncü kişilerin delil ibrazından ayrıcalık hakkına sahip olduğu aşağıda ayrı bir bölüm altında incelenecektir[365].

SchZPO, bugüne kadar hiçbir kanton hukukunda düzenlenmediği kadar ayrıntılı ve katı bir şekilde tarafların ve üçüncü kişilerin delil ibrazına ilişkin düzenlemeler kabul etmiştir[366]. Kabul edilen bu ayrıntılı düzenlemelerle, İsviçre hukukunda gerçeğin ortaya çıkarılması menfaatinin yoğun şekilde hissedildiğini ifade etmek

---

[360] Gerçeğe uygun şekilde ifadesi, Kanun Tasarısı'nda yer almamasına rağmen sonradan Kanun metnine eklenmiştir. Bunun sebebi, İsviçre Ceza Kanunu'nda (StGB Art. 306) ve SchZPO m. 191'de gerçeğe uygun beyanda verme yükümlülüğü bulunur (bu konuda bkz. Brunner ve diğerleri, Art. 160, N. 4).

[361] Bu konuda bkz. Brunner ve diğerleri, Art. 160, N. 6; Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 160, N. 7.

[362] Berni (Baker & McKenzie), Art. 160, N. 1.

[363] Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 160, N. 32-33.

[364] Berni (Baker & McKenzie), Art. 160, N. 7-11; Berti, N. 374-375; Gehri ve Kramer, Art. 161, N. 2; Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 160, N. 10-30.

[365] Bu konuda bkz. Beşinci Bölüm, § 19.

[366] Erdönmez, s. 84.

hatalı değildir. Bu duruma -*maddî gerçeğe ulaşmaya*- oldukça önem atfedildiğinden, olabildiğince ispat imkânı genişletilmeye çalışılır[367]. Gerçeğin ortaya çıkarılması da, tarafların aydınlatma yükümlülüğü de ve dolayısıyla uyuşmazlığa ilişkin ispat araçlarının da olabildiğince yargılamaya getirilebilmesi ispat hakkının tesisinde en önemli etkiye sahip yargısal araçlardır. Bu yönüyle İsviçre hukukunda -*Alman hukukundaki gelişime benzer şekilde*- tarafların ve üçüncü kişilerin ibraz yükümlülüğü maddî hukuk kuralları ile sınırlanmamış; yargılama kuralları ile ibraz yükümlülüğü getirilmiştir. Bunun yanısıra taraflar yargılama kuralları ile delilin ibrazını isteyebileceği gibi maddî hukukun öngördüğü durumlarda da karşı taraftan veya üçüncü kişiden delil ibrazında bulunulabilecektir[368].

Tarafların ve üçüncü kişilerin ispat sürecinde katkıda bulunma yükümlülükleri, temelde yargısal bir bilgi edinme hakkının yargılama prosedürüne yansımasıdır. Esasında maddî hukukta da, bilgi alma hakkına ilişkin birtakım düzenlemeler yer alır. Örneğin eşler arasında bilgi alma hakkı, ortakların bilgi alma hakkı gibi. Maddî hukuktaki bilgi alma hakkı ile yargılama prosedüründeki bilgi alma haklarının farklı amaçlara hizmet ettiği kabul edilir ve birbirinden ayrılır[369]. Yeni Federal Kanun ile birlikte ibraz yükümlülüğünün maddî hukuk hükümlerine dayanması zorunluluğu kaldırılmıştır[370].

İsviçre hukukunda diğer hiçbir hukuk sisteminde görülmeyen bir düzenleme, ibraz yükümlülüğünü yerine getirmeyen üçüncü kişiler açısından kabul edilmiştir. SchZPO m. 167'ye göre, üçüncü kişiler ibraz yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, haklarında para cezası ve disiplin hapsi uygulanabileceği gibi, belgenin üçüncü kişiden *zorla* alınabilmesi de mümkündür. Böyle bir düzenleme *gerçeğin ortaya çıkarılması* amacına hizmet etmek üzere en radikal tercihlerde bulunan Avusturya hukukunda olmadığı gibi diğer Kıta Avrupası sistemlerinde ve hatta ABD hukukunda dahi bulunmamaktadır[371].

[367] Bu yönde bkz. T. Göksu, s. 331.
[368] Bu konuda bkz. Erdönmez, ss. 21-22.
[369] Bu konuda bkz. T. Göksu, s. 335.
[370] Bu konuda bkz. Erdönmez, s. 84.
[371] Bu konuda bkz. Erdönmez, s. 22.

İsviçre hukukunda belgelerin ibrazı zorunluluğu ispat hakkının temini için önemli bir araç olarak kabul edilmekle birlikte[372], belge ibrazı genel bir delil toplama aracı olarak kesinlikle kabul edilmez[373]. Örneğin tüm yazışmaların ve ticarî defterlerin tamamının ibrazının talep edilmesi uygun görünmez; belgenin tüm içeriğinin diğer tarafa sunulması kabul edilmez[374]. Açık bir şekilde genel bir delil toplanması aracılığıyla belgeleri elde etmek yönündeki bir talep kabul edilmemektedir[375].

ddd1. Türk Hukukunda

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İsviçre hukukunda olduğu *genel* bir ibraz yükümlülüğünü tüm delil türleri açısından kabul etmemiş; belge, tanık ve keşif delilleri açısından ayrı ayrı kurallar getirmiştir. Kanun, öncelikle herhangi bir maddî hukuk normuna atıfta bulunmaksızın "Taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadır." şeklindeki düzenleme ile belge ibrazını kabul eder (HMK m. 219). Kanun, üçüncü kişinin de, elinde bulunan belgeleri gerektiğinde ibraz zorunluluğu altında bulunduğunu kurala bağlamıştır (HMK m. 221). Tarafların belgeyi ibrazdan kaçınması, "*kabul edilebilir bir mazareti*" bulunmasına (HMK m. 220/3) bağlanmışken; üçüncü kişiler, *tanıklıktan çekinme sebeplerine* dayanarak belgeyi ibrazdan kaçınabilecektir (HMK m. 221). Belge ibrazından kaçınma sebepleri, İsviçre hukuku ile çok fazla değişiklik öngörmez[376]. Bunun hâricinde, delil ibrazı yükümlülüğü kapsamına dâhil olan *tanıklık yapma zorunluluğu (HMK m. 245), keşfe katlanma zorunluluğu (HMK m. 291)* ve *soybağı tespiti için inceleme (HMK m. 292)* HMK tarafından kabul edilen diğer delil ibrazı zorunluluğu türleridir. Bu yönüyle gerçeğin ortaya çıkarılması ve ispat hakkının temini için Türk kanunkoyucusunun da geniş şekilde delil ibrazına ilişkin düzenlemeler getirdiğini ifade etmek hatalı değildir.

Delil ibrazı zorunluluklarının, ispat hakkına tam anlamıyla hizmet etmesi özellikle önemini iki noktada belirginleştirir: (*i*) delil ibrazı zorunlulukları için kabul edilen ayrıcalıkların ölçüsü -*ki bu konu beşinci bölümde ele alınacaktır*-, (*ii*) tarafların ve üçüncü kişilerin delil ibrazı yükümlülüklerine uymaması hâlinde, karşılaşacakları

[372] Bu konuda bkz. T. Göksu, s. 336.
[373] Bu konuda bkz. T. Göksu, s. 336.
[374] T. Göksu, s. 336.
[375] T. Göksu, s. 336.
[376] Bu konu aşağıda ele alınacaktır. Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 19.

yaptırımlar. İsviçre hukukunun, özellikle üçüncü kişiler bakımından oldukça katı yaptırımlar kabul ettiği üzerine durulmuştu. Örneğin SchZPO m. 167, delil ibrazı yükümlülüğünü yerine getirmeyen üçüncü kişiler açısından *genel bir düzenleme olarak* para cezası öngörmüştür. Benzer şekilde katı bir delil ibrazı yükümlülüğü, Türk hukuku açısından da geçerlidir. Zira HMK m. 253'e göre tanık haklı bir sebebi bulunmamasına rağmen tanıklık yapmaz ise, *para cezasına* mahkûm edilir (HMK m. 253/1). Belgeyi ibraz veya bu konuda tanıklık yapmak zorunda olanlar hakkında, tanıklara ilişkin hükümler uygulanacağından (HMK m. 221/3, 2. cümle), para cezası hem -haklı sebep olmaksızın- belgenin ibraz edilmemesinde hem de tanıklık yapılmaması hâlinde söz konusu olacaktır. Yine keşfe katlanma zorunluluğu bulunan taraf ve üçüncü kişiler için de ağır yaptırımlar öngörülmüştür. Keşif yapılmasına taraflardan birinin karşı koyması hâlinde, o kimse ispat yükü kendisine düşen taraf ise bu *delilden vazgeçmiş sayılır* (HMK m. 291/2); karşı taraf ise, *iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılır* (HMK m. 291/2); keşif yapılmasına karşı çıkan üçüncü kişi ise, tanıklıktan çekinme sebeplerinden birisi bulunmuyorsa *keşfin zorla icra edilmesine* karar verilebileceği gibi, üçüncü kişi *para cezasına* da mahkûm edilebilmesi mümkündür (HMK m. 291/3). Soybağı tespiti için keşfe katlanma zorunluluğunda ise, kişilerin çekinme hakkı bulunmadığı gibi (HMK m. 292/2), haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin *zor kullanılarak yapılmasına* karar verir (HMK m. 292/1).

Bu kurallar dikkate alındığında Türk hukukunda da, gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler için geniş bir şekilde delil ibrazı zorunlulukları öngörüldüğü rahatlıkla ifade edilebilir. Delil ibrazı yükümlülükleri her ne kadar öncelikli olarak *gerçeğin ortaya çıkarılması* amacına hizmet etmekteyse de, ispat hakkının da teminine aynı oranda güvence sağlar. Zira ispat hakkı, tarafın, uyuşmazlığa ilişkin iddiasını ispat edebileceği her türlü belgeye ve bilgiye, mümkün olduğunca *engelle karşılaşmaksızın erişebilmesini* ve mahkemede kullanabilmesini gerektirir. Bu yönüyle en genç medenî yargılama kanunları olan HMK ve SchZPO, dava sırasında geçerli olan delil ibrazı zorunlulukları konusunda öngördükleri geniş uygulama alanı ile Kıta Avrupası ülkeleri arasında oldukça dikkat çekici tercihlerde bulunmuştur.

Bununla birlikte hukuk sistemimizde, Amerikan hukukunda olan *dava öncesi delil keşfi (pre-discovery)* kurumuna benzer şekilde tarafların, karşı taraftan veya

üçüncü kişilerden *doğrudan doğruya* bilgi ve belge taleplerine mahkemenin dahili olmaksızın gerçekleştirmesi de mümkün değildir. Taraflar kendi hâkimiyet alanlarında bulunmayan, ancak dilekçelerinde dayandıkları vakıalara ilişkin karşı tarafın veya üçüncü kişinin elinde bulunan delillere erişebilmek ve bu anlamda ispat haklarını kullanabilmek için dilekçelerinde bu delilleri belirtirler ve bu delillere ancak mahkeme aracılığı ile ulaşabilirler. Bu anlamda kişiler kendi elinde olmayan delillerin, resmî makam ve mercilerle üçüncü kişilerden getirtilmesini mahkeme aracılığı ile gerçekleştirebilirler (HMK m. 195). Dolayısıyla taraf ispat hakkını kullanabileceği delili, karşı tarafın veya üçüncü kişinin elindeyse de mahkeme aracılığıyla talep edebilir; gerek karşı tarafın (HMK m. 219) gerekse resmî mercii, kurum ve üçüncü kişilerin (HMK m. 221) kural olarak bu delili mahkemeye ibraz etme yükümlülüğü bulunur. Benzer şekilde ispat hakkını kullanmak isteyen tarafın ulaşmak istediği bilgi kaynağı üzerinde keşif deliline başvurulması gerekiyorsa, yine taraflar bu keşfin yapılmasını mahkeme aracılığı ile talep edebileceklerdir. Dolayısıyla Türk medenî yargılama sisteminde delile ulaşma ancak mahkeme aracılığı ile gerçekleşebildiğinden, Amerikan hukukunda olduğu şekilde tarafların mahkemenin dâhili olmaksızın delillere erişim imkânı bulunmaz.

Bazı durumlarda dayanılmak istenen belgenin mahkemeye getirilmesi zor veya sakıncalı ise, hâkim veya görevlendireceği bilirkişi tarafından o belge yerinde incelenir (HMK m. 218). Özellikle belge kavramının içerisine elektronik bilgi kaynakları da dâhil olduğundan, örneğin mahkeme belirli bir ticarî uyuşmazlığa ilişkin bir davada tarafın iddiasını karşı tarafın şirket içi yazışmaları ile ispat etmek istemesi üzerine veya şirketin yanıltıcı reklâm yaptığı iddiasını şirketin kendi elektronik bilgi ağında bulunan bilgi kaynakları ile ispat etmek istemesi üzerine o şirket içerisindeki bilgisayarlarda söz konusu bilgi kaynağına ilişkin veri bulunması için bilirkişi görevlendirebilir. Benzer şekilde bilirkişilerin de oy ve görüşünü açıklayabilmesi için bir şey üzerinde inceleme yapması zorunlu ise, mahkeme kararı ile gerekli incelemeyi yapabilir (HMK m. 278/4). Yine belirli koşullarda ispat hakkını kullanmak isteyen tarafın talebi üzerine, uyuşmazlık konusuna ilişkin keşif yapılması ve mahkeme veya görevlendireceği bilirkişi vasıtası ile gerçekleştirilecek bu keşfe karşı tarafın ve üçüncü kişilerin katlanma zorunluluğu (HMK m. 291, 292) bulunmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, *maddî hukukta* kişilere bilgi veya belge talep etmelerine olanak sağlayacak -*örneğin BGB § 810-814 gibi- genel nitelikli bir ibraz yükümlülüğü* bulunmaması, kanaatimizce ispat hakkının yargılamada etkin şekilde kullanılabilmesi açısından önemli bir eksikliktir. Bu durum, özellikle HMK'nın benimsemiş olduğu *katı somutlaştırma yükü* karşısında yargılama prosedüründe ciddi şekilde ispat hakkı ihlâllerine sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu konuda yukarıda üzerinde durulan HMK'daki *dava sırasında* uygulama alanı bulacak delil ibrazı zorunlulukları, hakkın temini için tek başına yeterli değildir. Şöyle ki, maddî hukuka dayanan ibraz zorunluluklarının, yargısal delil ibrazı zorunluluklarından temel farkı, dava başlatılmadan önce de -*belki de uyuşmazlığa düşen taraflardan birinin davacı olması ihtimali karşısında*- taraflara, bilgi/belge talep etmesi imkânı tanımasıdır[377]. Başka bir deyişle, HMK'da yer alan ibraz yükümlülüğüne ilişkin kurallar ancak bir dava açıldıktan sonra devreye girebilecektir. Medenî yargılama prosedüründe geçerli olan *somutlaştırma yükü* ise, bu belgelere dava açılmadan önce erişilebilmesini gerektirir. Daha doğrusu, ispat sürecinin silâhların eşitliği ilkesine ve âdil yargılanma hakkına uygun şekilde gerçekleştirilmesi zorunluluğu, bu gerekliliğe sebep olur. Bu sebeple, daha önce de ifade edildiği üzere HMK'da yer alan delil ibrazına ilişkin düzenlemelerin yanısıra, ispat hakkının tam anlamıyla temin edilebilmesi için Türk hukukunda da dava öncesi tarafları, birbirleri ile bilgi ve delil paylaşımı yapacakları, *dava öncesi bilgiye ve belgeye erişim imkânı tanıyacak* hukukî araçlar getirilmelidir.

c1. Dava Sürecinde Tarafların Bilgiye ve Delile Erişim Hakkının Sınırları

aa1. Süreye İlişkin Sınırlar, Teksif İlkesi ve İspat Hakkı

aaa1. Genel Olarak

İspat hakkının en önemli güvencelerinden birisi delil sunma hakkı olduğundan, delil ibrazına veya vakıaların ileri sürülme zamanına ilişkin bazı süre sınırlamaları getirilmesi en başta ispat hakkının sınırlanması olarak anlaşılabilir. Gerçekten de, uyuşmazlığa ilişkin vakıaların veya bilgi kaynağı niteliğinde olan delillerin yargılamaya getirilmesinin, belirli bir aşamadan sonra kabul görmemesi, temelde ispat hakkının sınırlanması anlamını taşır. Ancak bu sınırlamanın meşru ve hatta ana-

[377] Bu konuda ve maddî hukuktan kaynaklanan delil ibraz yükümlülüklerinin hukukî nitelikleri konusunda bkz. Erdönmez, ss. 76-78.

yasal temelleri olduğu gözardı edilmemelidir. Anayasa'da makûl sürede yargılanma hakkının (Ay m. 141), medenî yargılama hukuku sistemi içerisinde de teksif ilkesinin getirdiği bu sınırlama, *ölçülü olduğu sürece* ispat hakkı ihlâli olarak nitelendirilemez.

Usûl ekonomisi ve *teksif ilkesi (Eventualmaxime)*, daha önce de belirtildiği gibi, yargılamanın hem daha süratli hem de tahkikat aşamasının ve dolayısıyla yargılama sürecinin daha ucuz bir şekilde tamamlanmasına yönelik kanunkoyucu tarafından alınan tedbirlerin meşruluğuna hizmet eder. Teksif ilkesi, en basit şekliyle dava malzemelerinin, kural olarak yargılamanın belirli bir kesitine kadar getirilmesi zorunluluğunu ifade eder[378]. Bu ilke, HMK'da, belirli bir usûlî kesitten itibaren iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı şeklinde karşımıza çıkar[379]. Bu gereklilik aynı zamanda Anayasa'da makûl sürede yargılanma hakkı, başka bir ifadeyle usûl ekonomisi ilkesi ile örtüşür[380]. Yine benzer şekilde, delillerin belirli süre içerisinde dava veya cevap dilekçesinde gösterilmesi gereği (HMK m. 119, 129), makûl sürede yargılanma hakkının ispat hakkı üzerinde yarattığı bir sınırlamadır.

En başta belirtilen bu durumlar, ispat hakkının sınırlandırılması olarak görünebilirse de, esasında aynı zamanda ispat hakkının güvence altına alınmasını sağlayan gerekliliklerdir[381]. Zira vakıayı ileri sürme veya delil sunma süreci genişletildikçe, uyuşmazlığı yansıtan bilgi kaynağından, ispat aracından da -*zamansal olarak*- uzaklaşılmaktadır. Bu durum da hem karşı taraf açısından karşı delil sunma imkânını daraltmakta hem de ispat aracının güvenilirliği konusunda tereddütler yaratmaktadır[382]. Önceden yaşanan ve gün geçtikçe eskiyen iddiaların ve delillerin herhangi bir süre

---

[378] Bu konuda bkz. Alangoya ve diğerleri, s. 185; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 368; M. Kamil Yıldırım, "Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler", **Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan,** İstanbul 2003, (Teksif ve Sözlülük İlkeleri), s. 477. Teksif ilkesi, yazılılık ilkesinin tamamlayıcısıdır; sözlülük ilkesinin ana yargılama usulü olarak kabul edildiği, yargılamanın -Türk hukukunda olduğu gibi- belirli aşamalara kesin olarak bölünmediği Avusturya ve Almanya yargılama sistemlerinde bu ilkeye rastlanılmaz (Alangoya ve diğerleri, ss. 185-186).

[379] Alangoya ve diğerleri, s. 185; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 368. HMK'da kabul edilen iddia ve savunmanın değiştirilmesi/genişletilmesi yasağı sebebiyle, teksif ilkesi HUMK sistemine göre bir nebze yumuşatılmıştır (Pekcanıtez ve diğerleri, s. 369). HUMK'da bu yasak dava dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile başlarken (HUMK m. 185), HMK'da dilekçelerin değişimi aşamasının sonunda (HMK m. 141) başlar.

[380] Bu yönde bkz. Pekcanıtez ve diğerleri, s. 368. Buna karşılık teksif ilkesinin çok katı bir şekilde uygulanması, tarafların dava ile ilgili olduğundan şüphesi bulunan vakıaların dahi -hak kaybına uğramamak için- yargılamaya getirmesine sebebiyet verir, bu durum da yargılamaların uzaması ile sonuçlanır. Bu konuda bkz. Alangoya ve diğerleri, s. 186.

[381] Teksif ilkesinin, hak arama özgürlüğüne ve hukukî dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmediği yönünde bkz. Pekcanıtez ve diğerleri, s. 368.

[382] Bu konuda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, B, 4.

sınırlaması olmaksızın gündeme getirilmesi, karşı tarafın geçmiş olaylara ilişkin iddiaları yanıltma, yani karşı delil sunma imkânı bakımından delillere ulaşmasında ciddi zorluklarla karşılaşmasına neden olabilir[383]. Bu sebeple delillerin ibrazına ilişkin getirilen süre sınırlamaları bir yandan karşı tarafın ispat hakkının güvence altına alınmasını sağlarken, diğer yandan da hukukî belirliliğin ve güvenliğin tesis edilmesini sağlar[384]. Bununla birlikte öngörülen sürenin, uygulamada delili sunmayı veya ispat hakkı ihlâline karşı temyiz veya itirazı imkânsız kılacak şekilde kısa tutulmuş veya gereğinden fazla katı biçimde uygulanmış olması da, ayrı olarak ispat hakkı ve âdil yargılanma hakkı ihlâli oluşturur[385]. Çünkü bu durumun, ayrıca mahkemeye başvuru hakkının (Ay m. 36; AİHS m. 6) *özünün* ihlâli anlamını taşıdığı kabul edilir[386].

Yukarıda da ifade edildiği üzere *delil gösterilmesi, delillerin toplanması* ve *delillerin ibrazı* kurumları[387] ispat hakkının yargılama sürecinde en belirgin şekilde uygulama alanı bulan görünüm şekillerindendir. Bu aşamada ispat hakkına Anayasa'ya aykırı şekilde bir sınırlama getirilmesi, bu hakkın mutlak şekilde ihlâl niteliği taşır. Bu yönüyle bu süreçlere ilişkin getirilen süre sınırlamaları veya süre sınırlamalarının istisnaları, ispat hakkının güvencesi açısından önemlidir. Diğer yönden konu, son derece de hassastır. Bunun sebebi, ispat hakkına ve dolayısıyla *delillerin gösterilme-*

---

383 İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 217.

384 İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 217.

385 "Makûl bir çerçevede kabul edilmiş teksif ilkesi"nin hukukî dinlenilme hakkına ve âdil yargılanma hakkına aykırı sayılmayacağı yönünde bkz. Pekcanıtez ve diğerleri, s. 369. Benzer yönde görüşün dava açma ve temyiz süresi bakımından geçerli olduğu konusunda açıklamalar için bkz. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 217.

386 İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 217-218.

387 HMK'da zaman zaman bu kavramların birbiri yerine kullanıldığına rastlamakla birlikte, bunlar birbirinden farklı içeriklere sahiptir. Öncelikle medenî yargılamada kural olarak taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olması (HMK m. 25/2, 194/2), tarafların dilekçelerinde *delillerini göstermelerini* (HMK m. 119 ve 129) gerektirir. Zira bundan sonraki ispat faaliyeti, tarafların dilekçelerinde gösterdikleri bu deliller üzerinden gerçekleştirilecektir (HMK m. 137, 140/5, 146). Dava ve cevap dilekçelerinde delillerin gösterilmesinden sonra veya gösterilmesiyle birlikte dilekçelere eklenmek suretiyle *delillerin ibrazı*, mahkemeye sunulması gündeme gelecektir. Delillerin ibrazı, dava veya cevap dilekçesinde, tarafların uyuşmazlığı yansıttığı kanaati ile iddialarını dayandırdıkları ve bu anlamda uyuşmazlığı somutlaştıran delillerin *fiilî olarak* mahkemeye sunulmasıdır (HMK m. 121). Bununla birlikte ispat faaliyeti sadece taraflar üzerinden yürümez; hâkimin de belirli ölçüde ispat faaliyetine katkıda bulunma yetkisi mevcuttur. Tarafların hâkimiyet alanında bulunmayan, üçüncü kişilerde bulunan delillere erişememesi durumunda çoğunlukla *mahkemenin/hâkimin delilleri toplamasından* söz edilir. Bu şekilde gerek hâkimin yetkilerini kullanarak gerekse kullanmadan somut delillerin mahkemeye fiilen sunulması, ibraz edilmesi için alınacak önlemler genel olarak *delillerin toplanması* kavramı ile ifade edilir. Bununla birlikte delillerin toplanması için de tarafların yine dilekçelerinde uyuşmazlığa ilişkin delilleri belirtmeleri, açıklamaları, somutlaştırmaları gerekir ki bu açıklamalar üzerinden delillerin toplanması faaliyeti gerçekleştirilir (HMK m. 121).

si, toplanması ve ibrazı konularına getirilen her bir süre sınırlamasının, bir yandan da usûl ekonomisine (Ay m. 141) hizmet etmesidir. Bu sebeple anayasal açıdan, getirilen sürelerin bir yandan yargılamanın seri bir şekilde yürütülmesine hizmet etmesi (Ay m. 141), diğer yandan da hakkı -*ispat hakkını*- ölçüsüz şekilde sınırlamaması (Ay m. 36 ve 13) gerekir. Bu yönüyle konuya hassasiyetle yaklaşılması gerekir. Bu sebeple de, öncelikle ispat hakkına hizmet etmek üzere, delillerin gösterilmesine ilişkin temel kurallar üzerinde durulacak; ardından ise, süreye ilişkin getirilen istisnalar *delil sunma faaliyeti,* yani *ispat hakkı* çerçevesinden ele alınacaktır.

bbb1. Delillerin Gösterilme Zamanı

(i) Kural: Dilekçelerin Değişimi Aşaması ve İspat Hakkı

Yargılama sürecinde ispat faaliyeti, geçmişte yaşanan uyuşmazlığa ilişkin vakıaları hâkimin gözünde canlandırma amacına hizmet eder. Bu canlandırma faaliyetinin gerçekle uyuşması içinse uyuşmazlığı yansıtan bilgi kaynaklarının, delillerin bir an önce yargılamaya getirilmesi gerekir. Bu sebeple, hemen her hukuk sisteminde olduğu gibi davacı taraf dava dilekçesinde, davalı taraf da cevap dilekçesinde delillerini gösterirler (HMK m. 119, 129)[388]. Taraflar tek tek uyuşmazlık konusu vakıaların hangi delillerle ispatlanacağını belirttikten sonra, bu çerçevede bir ispat faaliyeti yürüteceklerdir (HMK m. 194)[389]. Hatta mümkün olması hâlinde, -*yani delil hâkimiyet alanlarında bulunmaktaysa*- aynı zamanda dava dilekçesine ve cevap dilekçesinde bu deliller fiilî olarak da eklenir (HMK m. 121).

Daha önceki açıklamalarımızda yer verildiği üzere, HMK'da dilekçelerin değişimi için öngörülen sürelerin, özellikle uyuşmazlığın karmaşık olduğu davalar açısından ispat hakkını ihlâl edebilecek nitelikte olduğu kanaatindeyiz. Özellikle -

---

[388] Dilekçelerde delillerin gösterilmemesinin yaptırımının ne olacağı, Kanun'dan açıkça anlaşılmaz. Yorum yolu ile bu durumda taraflara süre verilmesi gerektiği; taraflar, bu sürede hâlen delillerini sunmazlar ise aleyhe hükümle karşılaşma riski altında kalacakları kabul edilir (*bu konuda ayrıntı için bkz.* Muhammet Özekes, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler", **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, DEÜHFD Özel Sayı,** C. 16, 2014, (Dava Dilekçesinde Eksiklik), ss. 285-297. Ayrıca bkz. Güray Erdönmez, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı", **İBD,** C. 87, S. 5, 2013, (Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı), ss. 16-17. Bu yaptırımın hukuka aykırılığı veya uygunluğu konusunda tartışmaya girmemekle birlikte *'dilekçelerde deliller gösterilmez ise yaptırımı ne olacak?'* gibi çok temel bir sorunun cevabının Kanun'da açıkça yer almamasının ispat hakkı ihlâli niteliğinde olduğu kanaatindeyiz. Bu durum hem hukukî belirlilik ve ispat hakkı arasındaki ilişki hem de kanunîlik ilkesi bakımından ele alınacaktır. Bu konuda bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 6, I, B, a, bb, bbb ve Dördüncü Bölüm, § 14, II.

[389] Bu konuda bkz. Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, ss. 15-16; Pekcanıtez ve diğerleri, ss. 675-676.

maddî hukukta zamanaşımı süresinin çok kısa belirlenmesi gibi bir durum söz konusu değilken- herhangi bir süre sınırlamasına tâbi olmaksızın dava dilekçesini hazırlayan davacı karşısında, davalının cevap süresi ispat hakkı açısından sorunlara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Dava dilekçesinde davacının delillerini açıklama yükümlülüğü bulunmaktaysa da, elinde bulunan delillerin henüz dilekçelerin değişimi aşamasında mutlak olarak ibrazına zorlayacak bir kural bulunmadığından, davalı taraf, davacının delillerine henüz erişme imkânına sahip olmadan katı bir somutlaştırma yükü (HMK m. 194) altında cevap dilekçesini hazırlamak zorunda kalır. Bu durum ise, özellikle davalı taraf açısından ispat hakkı ihlâline sebep olabilir. Zira henüz karşı tarafın iddiaları hakkında -*delilleri somut olarak inceleyemiyorsa*- tam bilgi sahibi olmadan, kendisinin de kesin bir şekilde savunmalarının temelini oluşturması çok güçtür. Bu eksiklik hem hukukî dinlenilme hakkının (*bilgilenme, delile erişme hakkının*) hem de ispat hakkının ihlâli tehlikesini barındırır. Davacının, davalıya karşı -*işin doğası gereği*- sahip olduğu bu avantaj, örneğin Alman hukukunda özellikle davalının savunmalarını değiştirmesi konusunda katı kuralların benimsenmemesine ve bizdeki gibi savunmanın değiştirilmesi/genişletilmesi yasağının kabul edilmemesine sebep olur[390].

Bu durum karşısında ise, kural olarak iki hafta olan cevap süresinin uzatılmasına imkân tanıyan HMK m. 127/1, 2. cümlenin ölçülülük ilkesine uygun şekilde uygulanması büyük önem kazanır. Şöyle ki, davalı tarafa, uyuşmazlığın niteliğine ve özellikle davacının iddialarına göre ilâve cevap süresi tanınması gerekiyorsa, bunun yapılmaması mutlak şekilde ispat hakkını ihlâl eder. Kanun'un bu ifadesine göre, davalı tarafın iki haftalık süre içerisinde cevap dilekçesini hazırlamasının "*çok zor*" veya "*imkânsız*" olduğunu ispatlaması aranır. Kanaatimizce, mahkemenin burada ispat ölçüsünü düşürmesi, yaklaşık ispatla yetinmesi gerekir[391]. Burada mahkemenin bu konudaki kararını etkileyecek en önemli araçlardan birisi de, davacı tarafın dava dilekçesidir. Şayet dava dilekçesi ayrıntılı, uyuşmazlığın karmaşık olduğu anlaşılıyorsa hâkimin davalıyı ağır bir ispat güçlüğü altında bırakmadan süreyi uzatması gerekir.

---

[390] Bu konuda bkz. Postacıoğlu, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi, ss. 39-41.

[391] Bu yönde bkz. Hakan Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat,** Yetkin, Ankara 2013, ss. 244-245.

Kısaca ve özetle, medenî yargılama sistemimizde *yazılı yargılama usûlünde,* deliller dava ve cevap dilekçesi ile birlikte gösterilir ve sunulur. Kanunkoyucu, olabildiğince uyumazlığa ilişkin delillerin davanın başında açıklanmasını, belirlenmesini, hatta mümkün ise sunulmasını (HMK m. 119, 129); sunulamıyorsa da bu konuda tarafların bilgi vermesini (HMK m. 121) amaçlamıştır[392]. Dolayısıyla kural, delillerin dilekçelerin değişimi aşamasında gösterilmesi ve sunulmasıdır. Bu aşamada da mahkemece, tarafların delilleri sunması ve ibrazı faaliyetine yönelik verilecek her kararın, ispat hakkının en önemli ve belirgin görünüm şekli olduğu her zaman hâkim tarafından dikkate alınmalı; ölçülülük ilkesinin gerekliliklerine uyularak ispat hakkı ihlâllerine sebebiyet verilmemelidir.

(ii) İspat Hakkı Kapsamında Ön İnceleme Aşamasında Delil Gösterilmesi

Yukarıda belirtildiği üzere taraflar, dilekçelerin değişimi aşamasında delillerini göstermelidirler. Ön inceleme aşamasında, tarafların daha önce dayanmadıkları bir delili göstermesi (ve devamında ibraz etmesi), bundan sonraki başlık altında incelenecek olan HMK m. 145 çerçevesinde mümkün olabilecektir. Dolayısıyla bu aşamada, herhangi bir koşul aranmaksızın yeni delil gösterilmesi söz konusu olamayacak; *ancak* önceden (dava ve cevap dilekçelerinde) gösterilen delillerin ibrazı, mahkemeye sunulması için birtakım önlemler alınabilecektir[393]. Zira ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir (HMK m. 140/5). Kuraldan anlaşılacağı üzere bu aşamada toplanacak deliller, tarafların daha önce dilekçelerinde dayandıkları, ancak henüz mahkemeye ibraz edilmemiş olan delillerdir[394]. Öğretide bir kısım yazar tarafından, bu maddenin tanık dahil tüm deliller

[392] Bu konuda bkz. Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, ss. 17-18; Pekcanıtez ve diğerleri, ss. 675-676.

[393] Bu konuda bkz. Ömer Ulukapı ve Taner Emre Yardımcı, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi", **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan,** DEÜHFD Özel Sayı, C. 16, 2014, ss. 488-489; Yılmaz, Şerh, s. 891.

[394] Öğretide bazı yazarlar, dilekçelerinde belirtmemiş olsalar dahi, tarafların ilk defa ön inceleme duruşmasında daha önce dayanmadıkları delillerin ibrazını talep edebileceklerini kabul eder (*bkz.* Umar, Şerh, s. 433; Yılmaz, Şerh, s. 891). Buna karşılık öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, bu aşamada sadece tarafların daha önce dilekçelerinde gösterilen delillerin ibrazı için söz konusu tedbirler alınacaktır. Aksi hâlde, kanunkoyucunun gerçeğin ortaya çıkarılması ve ispat hakkına yönelik menfaat ile usûl ekonomisine yönelik menfaati dengelemesindeki amaç anlamsız kalır. Kanun'un açık ifadesi

için uygulanabileceğini belirtir[395]. Bununla birlikte maddenin lafzına bakıldığında, açıkça *belge* delilinden bahsedildiği görülür[396].

Bununla birlikte, ön inceleme aşamasında yeni delil gösterilmesine himzet eden -*HMK m. 145 ve 171 hâricinde*- bir başka düzenleme daha bulunur. HMK m. 139 kuralına göre, ön inceleme duruşmasına karşı tarafın gelmemesi hâlinde diğer taraf, herhangi bir sınırlamaya tâbi olmadan iddia ve savunmasını değiştirebilir veya genişletebilir. Bu durumda, duruşmaya gelmeyen tarafın, yapılan işleme itiraz hakkı bulunmaz (HMK m. 139/1-2. cümle). Böylece söz konusu istisnaî hüküm gereğince, duruşmaya gelen tarafın, diğerinin yokluğunda yeni vakıalar ileri sürmesi mümkün olduğu gibi, yeni deliller de ortaya koyabilir[397].

(iii) İspat Hakkı Kapsamında Tahkikat Aşamasında Delil Gösterilmesi

Tahkikat aşamasında, yeni delil gösterilmesi ancak -aşağıda üzerinde durulacak olan- HMK m. 145 çerçevesinde gerçekleştirilebilir[398]. Bununla birlikte özellikle tahkikat aşamasında, taraflar karşı tarafın açık rızası veya ıslah yoluyla iddia ve savunmalarını değiştirdikleri veya genişlettikleri takdirde (HMK m. 141/2), o vakıaları ispatlamak için yeni delil gösterebileceklerdir[399]. Bu çerçevede, taraflar belge sunabi-

---

de, bu şekilde bir yoruma engel niteliktedir (*bu konuda bkz*. Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, ss. 32-33; Ulukapı / Yardımcı, s. 489).
Bununla birlikte Yargıtay, ön inceleme aşamasında uyuşmazlık konusu vakıaların tespitiyle birlikte, tarafların daha önce dilekçelerinde göstermemiş olduğu tanık beyanlarına da başvurabilecekleri görüşündedir. Bu konuda bkz. 2. HD, 3.7.2013, 6356/18904; 2. HD, 5.12.2012, 9119/29279 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası). Hatta Yargıtay, bu kararlarında ön inceleme aşamasında henüz uyuşmazlık konusu vakıalar tespit edilmeden, tarafların dilekçeleri ile birlikte tanıkları bildirmesini beklemenin, tarafların ispat etme haklarını zedeleyeceği görüşünden yola çıkar. Öğretide benzer yönde görüş için bkz. Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, ss. 24-25; Yılmaz, Şerh, s. 1191. Öğretide de belirtildiği gibi henüz dilekçelerin teatisi aşamasında taraflara tanık listesi ibraz etme zorunluluğunun yüklenmesi ispat hakkını ihlâl eder. Taraflar sağlıklı bir şekilde tanık deliline dayanma konusundaki kararlarını, ancak ön inceleme aşamasında hâkim ile tarafların ortak görüşmesinden sonra verebilirler (*bu yönde bkz.* Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, ss. 24-25).

395 Umar, Şerh, s. 433; Yılmaz, Şerh, s. 891. Yargıtay da HMK m. 140/5 hükmünün tanık dâhil tüm deliller için uygulanabileceğini içtihat etmektedir. Bu konuda bkz. 2. HD, 5.12.2012, 9119/29279; 2. HD, 15.4.2013, 2012-25321/10648; 2. HD, 3.7.2013, 6356/18904; 2. HD, 11.12.2013, 16048/29319; 8. HD, 27.2.2015, 2014-21455/5326; 21. HD, 5.12.2012, 16743/22172 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

396 Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, ss. 31-33; Baki Kuru ve Ali Cem Budak. "Hukuk Muhakemeleri Kanunun Getirdiği Başlıca Yenilikler", **İBD,** C. 85, S. 5, 2011, s. 16; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 579; Ulukapı ve Yardımcı, s. 489.

397 Bu konuda ayrıca bkz. Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, s. 24; Pekcanıtez ve diğerleri, ss. 573-574.

398 Bu konuda bkz. Ulukapı ve Yardımcı, ss. 492-494.

399 Erdönmez, Delillerin İbrazı, s. 369.

lecek, tanık gösterebilecek veya yemin teklif edebileceklerdir. Bu durumda ise, tarafların HMK m. 145'de öngörülen şartların varlığını ispatlamaları aranmayacaktır[400].

Bununla birlikte öğretide de, yargı içtihatlarında da tarafların dava ve cevap dilekçeleri ile birlikte tanık listesi sunma hakkının bulunduğu belirtilmekle birlikte, tarafların bunu ispat hakkına da en iyi şekilde hizmet etmesi için tahkikat aşamasında yapabilecekleri kabul edilir[401]. Henüz dilekçelerin değişimi aşamasında taraflara tanık listesi ibraz etme zorunluluğunun yüklenmesi ispat hakkını ihlâl eder. Taraflar sağlıklı bir şekilde tanık deliline dayanma konusundaki kararlarını, ancak ön inceleme aşamasında hâkim ile tarafların ortak görüşmesinden sonra verebilirler.

(iv) İspat Hakkı Kapsamında Temyiz Aşamasında Delil Gösterilmesi

Delillerin gösterilme zamanı ile ilgili yaşanan önemli sorunlardan biri, temyiz aşamasında elde edilen bir belge veya bilginin delil olarak Yargıtay aşamasında dosyaya ibrazıdır[402] [403]. Öncelikle belirtmek gerekir ki, delillerle ilgili her türlü kararı

---

400 Erdönmez, Delillerin İbrazı, s. 369.

401 Bu konuda bkz. 2. HD, 3.7.2013, 6356/18904; 2. HD, 5.12.2012, 9119/29279 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası). Öğretide benzer yönde görüş için bkz. Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, ss. 24-25; Yılmaz, Şerh, s. 1191.

402 Yargıtay bir kararında, boşanma davasında hüküm mahkemesinin karar vermesinin ardından ve Yargıtay'ın temyiz incelemesi sırasında dosyaya düğün kaseti ibraz edilmesini kabul etmiş ve buna dayanarak bozma kararı vermiştir. Karar için bkz. 2. HD, 1.12.2009, 2008-17326/20518 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).
Bununla birlikte kararın karşı oyunda ortaya konulan görüşler, ispat hakkı ile âdil yargılanma hakkı arasındaki ilişki bakımından önemli değerlendirmeler içermektedir: "Davacı koca tarafından açılan boşanma davasında 10.7.2008 tarihinde verilen karar ile tarafların boşanmalarına hükmedilmiştir. / Davalı 'temyiz dilekçesine' eklediği fotoğraf ile davacının 10.08.2008 tarihinde yani 'karardan bir ay sonra' başka bir kadın ile düğün yaptığını bildirmiştir. / **Temyiz dilekçesine ekli fotoğraf ve bu konuda anlatımı içeren temyiz dilekçesi davacı kocaya tebliğ edildiği halde düğün yapılmadığı konusunda bir cevap verilmemiştir.** Başka bir anlatımla düğün olayı inkar edilmemiştir. / Değerli çoğunluk temyiz dilekçesine eklenen bu fotoğrafı ve davacının bu olayı inkar etmemesini dikkate alarak davacı kocanın 'karar tarihinden sonra' düğün yaparak sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle kendisini ağır kusurlu kabul etmiştir. / Bu düşünceye katılma olanağımız yoktur. /Şöyle ki; 1-Boşanma davalarında karardan sonra delil sunulamayacağı gibi temyiz dilekçesi ile yeni delil sunma olanağı da yoktur. 2-Her dava açıldığı tarihteki koşullara göre incelenir. Bu husus vazgeçilemez bir usul kuralıdır. 3-Boşanma davalarında temyiz safhasında bile delil sunma olanağı vermek bu davaları çıkmaza sokabilir. Bu uygulama boşanma davalarında birden fazla, sonsuz sayıda ve her aşamada delil sunma anlamına gelir ki Türk Medeni Kanununun madde 184 ve Hukuk Usulü Muhakemeleri hükümleri ile bu uygulama bağdaşmaz. **4-Olmaz ama bir an için temyiz aşamasında sunulan delilin dikkate alınabileceğini kabul etsek bile; a-Yerel mahkeme hâkimine en azından bu delili değerlendirme imkânı verilmesi gerekir. Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi gibi delil değerlendirme yetkisi bulunmamaktadır. b-Temyiz aşamasında sunulan yeni delillere ilişkin karşı tarafın savunmasının bile alınmasına gerek görülmemesi savunma hakkını zedeleyen ve silâhların eşitliğine aykırı bir davranış sayılabilir. c-Temyiz aşamasında sunulan delillerin (tanık, fotograf, CD vs.) mutlaka değerlendirilmesi isteniyorsa yapılacak olan bu delillerin hadise şeklinde (HUMK, m. 222-225) değerlendirilmesi için hükmün bu sebeple bozulması düşünülebilir. Temyiz aşamasında olması kenarda kalsın yerel mahkemede delil bildirme süresi sonuçlandıktan**

verecek mahkeme *hüküm mahkemesi,* yani *yerel mahkemedir*. Her ne kadar Türk hukukunda Yargıtay, temyiz incelemesinin *sadece hukuka uygunluk* denetimi yapması gerektiği ilkesini ve kuralını fazlasıyla dejenere etmiş durumda olsa da, delillerle ilgili her türlü kararı verecek mahkeme, hüküm mahkemeleridir[404]. Yerel mahkemenin yaptığı yargılama sürecinde de -*aşağıdaki başlıkta değinilecek olan*- HMK m. 145 hükmü ve kanaatimizce ıslah kurumu hâricinde, tarafların süresinden sonra delil göstermelerine hizmet eden bir kurum veya kural bulunmaz. Bu çerçevede HMK m. 145 çerçevesinde hâkimin yeni delil gösterilmesine izin vermesi de, ıslah kurumu da ancak tahkikat aşamasında, hüküm mahkemesinin karar oluşturması sürecinde gerçekleşebilir. Bu durumda, Yargıtay'ın dosyaya yeni delil ibrazına izin verme konusunda -HMK m. 145 veya başka bir düzenleme çerçevesinde- yetkiye sahip olmadığı aşikârdır. Dolayısıyla tarafların temyiz incelemesinde yeni bir delil ileri sürmesi ve Yargıtay'ın, bu delili kabul edip etmeme konusunda kendisini yetkili görmesi medenî yargılmanın pek çok kuralına, ilkesine aykırıdır. İspat hakkı açısından ise temyiz aşamasında *hüküm veren mahkemenin değil, Yargıtay'ın* yeni delil gösterilmesine izin vermesi en başta *doğrudanlık ilkesine, hukukî dinlenilme hakkına, eşit silâhlarla yargılanma hakkına, âdil şekilde delil sunma hakkına* aykırılık oluşturur.

Bu noktada akla gelebilecek bir diğer soru, temyiz incelemesindeki bozma kararından sonra yerel mahkemenin HMK m. 145 kapsamında yeni delil gösterilmesine izin verip veremeyeceği meselesidir. Öğretide çoğunlukla kabul edilen, kural olarak bu durumun hukuka aykırı sayılmayacağı, ancak usûlî müktesep hak sebebiyle tarafların bozma konusu dışında müktesep haklarının doğması sebebiyle yeni delil sunulmasının hukuka aykırı olacağı yönündedir. Oysa yargılama prosedüründe usûlî müktesep hak denilen bir kurum hukuken bulunmadığından ve ispat hakkına sınırlama getirecek şekilde fiilen kabul edilen bu kurumun, ispat hakkını ihlâl edecek şekilde yorumlanmasının mümkün olmaması sebebiyle[405], biz bozmadan sonra hü-

---

sonra bile delil bildirilemeyeceğinden ve davadan sonra oluşan örneğin sadakata aykırı davranışların ancak yeni bir boşanma davasının konusu olabileceğinden değerli çoğunluğun farklı uygulamasına katılamıyorum." (Karşı Oy Gerekçesi, 2. HD, 1.12.2009, 2008-17326/20518; Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

403 Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarının eleştirisi hakkında bkz. Nur Bolayır, "Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Temyiz İncelemesi Sırasında Yeni Delil Gösterilip Gösterilemeyeceği Sorunu", **GÜHFD,** S. 2, 2012, (Yeni Delil Gösterilmesi), ss. 141-143.

404 Bu yönüyle fiilî durumun ispat hakkı açısından oluşturduğu ihlâllere ilişkin açıklamalarımız için bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 6, II, D, 2.

405 Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 24.

küm mahkemesinin tekrar tahkikate başladığında HMK m. 145 hükmünün uygulanmasına engel bir durumun bulunmadığı kanaatindeyiz[406]. Bu durum ispat hakkının, yargılamanın her aşamasında ölçülülük ilkesine uygun şekilde uygulanması ve güvence altına alınmasına da hizmet eder. Aksi bir yorumun kabulü, kanunîlik ilkesine ve Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir.

ccc1. İddia ve Savunmanın Değiştirilmesi/Genişletilmesi Yasağı ile İspat Hakkı İlişkisi

İddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı (HMK m. 141), dava konusu olan vakıaların ancak belirli bir usûlî kesite kadar yargılamaya getirilmesini sağlayarak usûl ekonomisi ilkesine hizmet ederken bir yandan da teksif ilkesinin önemli bir sonucudur[407]. Bu yasak ile tarafların dava dilekçelerini yazarken iyi düşünmeleri gerektiği, iddalarını oluşturan vakıaları doğru bir şekilde tespit etmeleri gerektiği kabul edilir[408]. Bu çerçevede taraflar dilekçelerin değişimi aşamasında serbestçe iddia ve savunmalarını değiştirip genişletebilirler (HMK m. 141/1-1. cümle). Dolayısıyla tarafların iddia ve savunmayı değiştirme veya genişletme yasakları, ön inceleme aşamasından itibaren başlayacaktır. Bununla birlikte, kanunkoyucu ön inceleme duruşmasına gelmeyen tarafın yokluğunda, diğer tarafa iddia ve savunmasını -herhangi bir ek koşul aramaksızın- değiştirme veya genişletme yetkisi de tanımıştır (HMK m. 141/1-2. cümle). Bu istisnaî durum hâricinde ise, dilekçelerin değişimi aşaması tamamlandıktan sonra taraflar ya (*i*) karşı tarafın onayı ile ya da (*ii*) ıslah kurumuna başvurarak iddia ve savunmasını değiştirebilir, genişletebilir (HMK m. 141/2). Bu kapsamda gerek yasağın henüz uygulanmadığı süreçte -*dilekçelerin değişimi aşamasında*- gerekse yasağın geçerli olduğu ancak karşı tarafın onayı veya ıslah ile yeni vakıaların ileri sürülmesi hâlinde, bu vakıalara bağlı *yeni delillerin* de hiçbir engele takılmadan gösterilebileceğine şüphe bulunmaz[409]. Aksi yönde bir uygulama, ispat hakkının ihlâli anlamını taşır.

---

[406] *Yardımcı ve Ulukapı,* usûlî müktesep hakkın varlığını kabul etmekle birlikte, temyizden sonra taraflardan birinin HMK m. 145 uyarınca yeni delil gösterilmesi talebinin reddini, maddî gerçeğe ulaşmadaki menfaatin hiçe sayılması anlamına gelmesi sebebiyle hukuka aykırı bulmaktadır (Ulukapı ve Yardımcı, ss. 501-502).

[407] Bu konuda bkz. Alangoya ve diğerleri, s. 266; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 554.

[408] Pekcanıtez ve diğerleri, s. 554.

[409] Bu yönde bkz. Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, s. 22.

İddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağın en önemli sonucu, ıslah kurumudur (HMK m. 176 vd.). Şöyle ki, iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının katı şekilde uygulandığı hukuk sistemlerinde ıslah kurumu, sistemi yumuşatır ve maddî gerçeğe bir adım daha yaklaşılmasını sağlar. Bununla birlikte ispat hakkının, yargılama prosedüründeki görünüm şekillerinden biri olan *delil gösterilmesi* kurumunun, ıslaha konu olup olmayacağı tartışmalıdır. Türk hukukunda bir görüş, ıslah yolu ile yeni delil gösterilmesine imkân tanımaz[410]. Buna karşılık ikinci bir görüş ise, ıslah yoluyla yeni değil gösterilmesine engel bir kurumun, kuralın bulunmadığını belirtir[411]. Bu ikinci görüşe göre, kanunî süre geçirildikten sonra yeni bir delil göstermek iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının kapsamına girmekle birlikte; ıslah kurumu bu yasağın istisnası olduğundan, sonradan ıslah yoluyla yeni delil gösterilmesi mümkündür. Aynı zamanda delil gösterilmesi usûlî bir işlem olduğuna göre ve ıslahla, önceden yapılmış bir usûlî işlemde değişiklik yapılabilmesi mümkün olduğuna göre, ıslahla yeni delil gösterilmesine engel bir durum bulunmaz. Nitekim HMK m. 176 kuralı açıktır: "Taraflardan her biri, yapmış olduğu *usul işlemlerini* kısmen veya tamamen ıslah edebilir." (HMK m. 176/1). Kanaatimizce de, Kanun'da delillerin ıslah yolu ile ileri sürülemeyeceğini düzenleyen bir kural olmadığına göre; ıslah kurumu, temelde usûl ekonomisi amacıyla getirilen teksif ilkesini yumuşatarak hak arama özgürlüğünü sağlamaya hizmet ettiğine göre; kuralın ispat hakkının tanınması, istisnanın ise ispat hakkının *açıkça* sınırlandırılması olduğuna göre *ıslah yolu ile yeni delil gösterilmesine engel bir düzenleme HMK'da bulunmamaktadır*[412]. Bu sebeple de, ıslah yolu ile yeni delil ileri sürülemeyeceği yönündeki *yorumlar* özellikle kanunilik ilkesine ve Anayasa'ya aykırıdır[413].

---

[410] Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, s. 43; Güray Erdönmez, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Delillerin İbrazı", **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı X, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi (1-2 Ekim 2012 İzmir),** Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2012, (Delillerin İbrazı), s. 369; Ulukapı ve Yardımcı, ss. 493-494. *Pekcanıtez, Atalay ve Özekes* de, iddia ve savunmanın değiştirilmesi/genişletilmesi yasağına sadece *dava sebebinin (vakıaların)* ve *talep sonucunun* sonucunun dâhil olduğunu belirtmektedir (Pekcanıtez ve diğerleri, ss. 555-556).

[411] Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü,** C. III, 6. Baskı İstanbul 2001, (C. III), s. 4038; Abdurrahim Karslı, **Medeni Muhakeme Hukuku,** 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 706; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, **Medenî Usul Hukuku,** Değiştirilmiş 20. Baskı, Ankara 2009, s. 539; Yılmaz, Islah, ss. 412-413.

[412] Islah yolu ile delil gösterilmesinin mümkün olamayacağını kabul eden görüş bunu temelde iki sebeple gerekçelendirir: (*i*) Islah yolu, iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağının istisnasıdır; iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı, deliller açısından geçerli değil, dava sebebi ve talep sonucu açısından geçerlidir. (*ii*) Şayet taraflardan birisi, süresinde delil gösterememişse, kanunkoyucunun iradesi, sonradan delil gösterilmesini hâkimin takdirine bırakmış olmasıdır (HMK m. 145); ıslah yolu ile delil

Islah yoluna başvurarak yeni delil gösterilmesi, özellikle HMK m. 145'in uygulama alanının bulunmadığı ve karşı tarafın da, yeni delil gösterilmesine izin vermediği durumlarda önem kazanır. Bununla birlikte kötüniyetle delil gösterilmesi hem HMK m. 145 hem de HMK m. 182 (*kötüniyetli ıslah*) kapsamında korunamayacağından ancak taraflar kötüniyeti olmaksızın, delili o yargılama kesitine kadar sunamamış olmaları hâlinde HMK m. 176 çerçevesinde ıslaha başvurabilecektir. Dolayısıyla ıslah yoluyla delil ileri sürmek isteyen tarafın da, o güne kadar delili yargılama prosedürüne getirmemiş olmasında, kötüniyetinin bulunmaması gerekir (HMK m. 176).

ddd1. HMK m. 145 ile İspat Hakkı İlişkisi

Yukarıda da üzerinde durulduğu üzere davacı dava dilekçesinde (HMK m. 119/1, f), davalı da cevap dilekçesinde (HMK m. 129/1, e) dayandığı vakıalara iliş-

---

ileri sürülmesine imkân tanınması, kanunkoyucunun iradesine ters düşer (*bu konuda bkz.* Erdönmez, Delillerin İbrazı, ss. 369-370). Gerçekten de, ıslah, iddia ve savunmanın genişletilmesi/değiştirilmesi yasağının olumsuz etkilerinden korunmak amacıyla kabul edilen bir kurumdur. Bununla birlikte, Türk hukukunda davanın başında katı bir şekilde taraflara somutlaştırma yükü ve sonrasında iddia ve savunmanın değiştirilmesi/genişletilmesi yasağı getirildiğinden, esasında kanunda sağlanması gereken menfaat dengesinde *usûl ekonomisi* ilkesine oldukça ağırlık verildiği tespit edilebilir. İddia ve savunmanın değiştirilmesi/genişletilmesi yasağı son derece istisnaî bir kurum ve karşılaştırmalı hukukta, Türk hukukundaki şekliyle benzerine pek fazla rastlanmayan bir kurumdur. Zira genellikle hukuk sistemleri, tarafların iddia ve savunma yapmalarına -*usûl ekonomisine hizmet amacıyla da olsa*- katı bir şekilde engel olmaktan kaçınmaya çalışır. Dolayısıyla kanaatimizce, zaten istisnaî nitelikte bir kurum olan iddia ve savunmanın değiştirilmesi/genişletilmesi yasağına, Kanun'da (HMK m. 141 veya 145 veya 176 kapsamında) herhangi bir açık düzenleme bulunmazken *delilleri* de yorum yolu ile dâhil etmek ispat hakkının temin edilmesine ihlâl niteliğindedir. Bir yargılamada *ispat hakkının asıl, sınırlanmasının ise istisnaî* nitelikte olduğu ve sınırlamanın da *her hâlükârda* (Ay m. 13 gereğince) *kanun ile yapılması* zorunluluğu, yukarıdaki yorumun hukuka uygunluğunu tartışmalı hâle getirir. Bu sebeple kanaatimizce, hukuk sistemimizde -*HMK kapsamında*- ıslah yolu ile delil ileri sürülmesine engel herhangi bir kural bulunmadığından, ıslah yoluyla yeni delil ileri sürülebilir.

413 Islah yolu ile delil gösterilmesinin mümkün olmayacağını benimseyen görüşün bir diğer gerekçesi de, tarafların dilekçelerinde delillerini hasretmiş olduğu şeklindedir (*bkz.* Ulukapı ve Yardımcı, s. 493). Delillerin hasrı, tarafın ispatla yükümlü olduğu vir vakıayı ispat için bütün delillerini göstermesi ve bundan başka delili olmadığını bildirmesidir [*bu konuda bkz.* Tolga Akkaya, **Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Hasredilmesi** (Eskişehir Anadolu Üniv., SBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir 2003, ss. 60-61]. Delillerin hasrı denilen bu kavram ile taraf bundan sonra delil sunma hakkından feragat etmektedir. Ancak HMK'daki hükümlerden herhangi birisinin, tarafların bundan sonra delil sunamayacakları ve bu anlamda da delil sunma ve dolayısıyla ispat hakkından feragat ettiği şekilde yorumlanacak herhangi bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanaatimizce öğretide tanımlanan ve bazı yazarlarca varlığı kabul edilen "*delillerin hasrı*" kurumuna, HMK yer vermemiştir. Kaldı ki, HMK bu kuruma yer vermiş olsaydı dahi, delil sunma hakkından ve dolayısıyla ispat hakkından feragatin -*Anayasa karşısında*- ne derece geçerli olacağı ayrı bir temel haklar tartışmasını içerirdi (*yine de delillerin hasrı konusuna ispat hakkı çerçevesinde ayrıca değinilecektir, bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 26*). Kısaca, Kanun'da varolan ve özünde hak arama özgürlüğünü genişleten bir imkânın (HMK m. 176), Kanun'da olmayan ve temelde hak arama özgürlüğünü kısıtlayan bir kurumla (delillerin hasrı) engellemek hukuka uygun bir yorum yöntemi değildir. Böyle bir yorum yöntemi, *sınırlamanın dar yorumlanması* gerektiği yönündeki yorum ilkesi ile de çatışır.

kin delillerini göstermeli ve hatta her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini tek tek somutlaştırmalıdır (HMK m. 193). Bu durumda, dilekçelerin değişimi aşamasında tarafların delillerini göstermeleri ve mümkünse, bu delilleri de dilekçelerine eklemiş olmaları gerekir. O hâlde medenî yargılama sisteminde yeni bilgi ve belgeye erişme, bunu yargılama prosedüründe kullanma ve dolayısıyla ispat hakkı da, sınırsız bir hak değildir. Özellikle usûl ekonomisi ve teksif ilkesi gereğince belgeye ve bilgiye erişme ve bunu yargılamaya getirme hakkının da birtakım sınırlamaları bulunur. Burada cevaplandırılması gereken soru, taraflar sonradan elde edilen bu delilleri dava dosyasına sunduklarında, bu ispat aracı ispat hakkının ve özellikle de yargılamanın maddî gerçeğe ulaşma amacı gereği olarak dikkate alınmalı mıdır? Yoksa söz konusu olan ispat hakkı ile maddî gerçeğe ulaşma amacı olsa dahi, bu hakka usûl ekonomisi ilkesinin gereği olarak ve teksif ilkesi uyarınca sınırlama getirilerek delil red mi edilmelidir?

Bu soruların cevabı önemli oranda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesinde düzenlenir. Madde, öncelikle "Taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler." şeklindeki düzenlemesi ile temel kuralı ortaya koyar (HMK m. 145/1, 1. cümle). Ardından ise, bu duruma iki istisna getirir: (*i*) delilin sonradan ileri sürülmesi, yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya (*ii*) delilin, süresinde ileri sürülememesi tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, sonradan gösterilen delilin de kabul edilmesine mahkeme izin verebilecektir (HMK m. 145/1, 2. cümle)[414]. Bu iki olumsuz koşuldan birini taşımayan delil ibrazı talepleri, bir yandan tarafların ispat hakkını kullanmalarına hizmet edecek diğer yandan da çıkacak kararı, maddî gerçeğe bir adım daha yaklaştırabilecektir[415]. Bununla birlikte Kanun'da bu iki olumsuz şart belirtilirken "*veya*" bağlacının kullanılması ve dolayısıyla her iki koşulun birarada gerçekleşmiş olmasının aranmaması öğretide eleştirilmektedir. Gerçekten de, kanun-koyucu bu maddede iki koşulun birbirinden bağımsız şekilde gerçekleştirilmesini

[414] Öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, HMK m. 145 hükmü tüm delil türleri için geçerlidir ve bu anlamda örneğin, sonradan tanık dinletilmesi talebinin de HMK m. 145 çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir (*bkz.* Yılmaz, Şerh, s. 906). Yargıtay da, bu madde hükmünün sadece *belgeler* için değil, *tanık delili* için uygulanabileceğini kabul etmektedir. Bkz. 11. HD, 13.6.2014, 5534/11388 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası). Kanaatimizce aksine bir yorum HMK'nın sistematiğine aykırı olacağı gibi, kanunîlik ilkesini de zedeleyici şekilde ispat hakkını sınırlandırır.

[415] Bu yönde görüşler için bkz. Bolayır, Yeni Delil Gösterilmesi, s. 239; Ulukapı ve Yardımcı, s. 484; Bilge Umar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı", **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V (8-9 Eylül 2006 Ankara),** Ankara 2007, s. 101.

arayarak, makûl sürede yargılanma hakkı ile ispat hakkı arasındaki çatışmanın dengelenmesinde, usûl ekonomisine ağırlık vermiştir. Maddenin bu hâliyle, taraflardan birinin delil ibrazı talebinin reddi çok daha kolaylaştırılmıştır. Gerek hukukî dinlenilme (*bilgilenme ve dolayısıyla bilgiye erişim*) hakkı gerekse açıklama ve ispat hakkı açısından değerlendirildiğinde, madde düzenlemesindeki *'veya'* bağlacının *'ve'* şeklinde olması, ölçülülük açısından daha doğru olurdu.

Bununla birlikte delilin sonradan gösterilmesi talebi, yargılamayı geciktirme amacı taşımasa veya karşı tarafın kusurundan kaynaklanmasa dahi, birtakım sınırlamalara tâbidir. Örneğin, yeni delil gösterilmesi (*ve devamında ibrazı*) eğer yeni bir vakıanın yargılamaya getirilmesine sebep oluyorsa, bu durum iddianın ve savunmanın değiştirilmesi/genişletilmesi yasağına takılacaktır[416].

Kısacası, HMK m. 145 hükmü, dilekçelerin değişimi aşamasından sonra, tahkikat sona erinceye kadar tarafların daha önceden gösteremedikleri delilleri yargılamaya getirmelerine hizmet eder. Bu yönüyle HMK m. 145 kuralı, yargılama prosedüründe *delile erişim hakkı, delil gösterme hakkı* ve dolayısıyla *ispat hakkının* önemli bir güvencesidir. Madde uygulanırken ve yorumlanırken, maddenin hizmet ettiği bu amaç her zaman göz önüne alınmalı ve ispat hakkı lehine yorumlanmalı, uygulanmalıdır.

bb1. Tarafların Delil İbrazından Kaçınma Sebepleri ve İspat Hakkı

Yukarıda ele alınan şekilde ispat hakkını kullanan tarafın, karşı tarafın ve üçüncü kişilerin hâkimiyet alanlarındaki delile, bilgi kaynağına erişme hakları, her temel hakkın kullanılmasında olduğu gibi sınırsız bir hak değildir. Bu anlamda özellikle kişilerin özel hayatına, aile hayatına, ticarî sırlarına, kişisel bütünlüğünün korunması hakkına ölçüsüz müdahale içerecek delil ibrazı talepleri genel olarak hukuk düzenlerince sınırlandırılmaktadır[417]. Bu sebeple de hukuk düzenlerinde çeşitli menfaatler göz önüne alınarak erişilmek istenen delili hâkimiyet alanında barındıran taraflar ve üçüncü kişiler lehine delil ibrazından kaçınma imkânı tanınmaktadır. Bu

[416] Pekcanıtez ve diğerleri, ss. 365, 457; Cemil Kaya ve Recep Akcan,. "Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı", **İÜHFM,** C. LXVII, S. 1-2, 2009, ss. 132-133; Ulukapı ve Yardımcı, s. 485.

[417] Karşı taraf ile üçüncü kişinin elindeki delillere erişme imkânı ile ispat hakkı ve bu arada âdil yargılanma hakkı ile hukukî dinlenilme hakkı arasındaki güçlü bağ konusundaki açıklamalar hakkında bkz. Göksu, Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Başvurulabilmesi, ss. 251-254.

durumda karşı tarafın veya üçüncü kişinin hâkimiyet alanına müdahalede bulunmak suretiyle ispat hakkını kullanmak isteyen tarafa nazaran bu kişilerin korunmaya değer üstün menfaatlerinin bulunduğu varsayılır. Genel olarak yargılamanın taraflarına ve üçüncü kişilere tanınan bu çekinme hakları, özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ispat hakkının bir sınırlaması olarak kabul edilir. Bilhassa hukuk sistemimizde köklü bir geleneği temsil eden kesin delille ispat zorunluluğunun bulunmadığı, serbest delil sisteminin geçerli olduğu Alman hukukunda ispat hakkının neredeyse en önemli sınırlaması[418] olarak bu ayrıcalıklar ayrıntılı değerlendirme ve tartışmalara sebep olmaktadır.

Aşağıda üzerinde durulacağı üzere bazı hukuk sistemleri konuyu kanunlarında açık bir şekilde düzenleyerek hâkime takdir yetkisi tanımamaktalar, bazı hukuk sistemleri ise bu konuda hâkime geniş bir takdir yetkisi bırakmaktadır. Yine bazı hukuk sistemleri ispat hakkını kullanmak isteyen tarafın, korunmaya değer menfaatini -*hak arama özgürlüğü kapsamında ispat hakkını*- daha üstün tutmakta ve karşı taraf ile üçüncü kişiler lehine getirilen delil ibrazından kaçınma haklarını oldukça dar tutmakta; bazı hukuk sistemleri ise, delili hâkimiyet alanında bulunduran kişinin korunmaya değer menfaatlerini ispat hakkından daha üstün tutmak suretiyle delil ibrazından kaçınma haklarını oldukça geniş bir uygulama alanına sirayet edecek şekilde düzenlemektedir. Ancak her hâlükârda hâkim somut olayın özelliklerine göre ispat hakkını kullanmak isteyen tarafın hak arama özgürlüğü ile delili elinde bulunduran tarafın korumak istediği hukukî menfaati değerlendirmek ve menfaat dengesini ölçülü ve mâkul bir şekilde kurmalıdır[419].

Hiç şüphesiz ki, hukuk sistemlerinin bu konuda benimsedikleri tercihler, tamamen hukuk politikasının ürünleridir. Nitekim karşı tarafın veya üçüncü kişinin elindeki delile ulaşma, sadece bu delil ile lehine sonuç çıkarmayı amaçlayan tarafın ispat hakkına hizmet ederek tamamen öznel bir amaç arz etmemekte; aynı zamanda yargılamada *gerçeğe* ulaşılmasına önemli şekilde katkıda bulunarak nihaî olarak âdil ve gerçeği yansıtan kararlar verilmesine de hizmet etmektedir. Zira uyuşmazlığın çözümüne etkide bulunacak, bu anlamda gerçeği yansıtacak olan bilgi kaynağının

[418] Bir diğer çok önemli sınırlama sebebi olarak hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilmesi sorunu bulunur. Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 18.

[419] Bu yönde bkz. Göksu, Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi, s. 254. Ayrıca ispat hakkı sınırlamalarında menfaatlerin dengelenmesi zorunluluğu konusunda hâkime düşen görevlerin değerlendirilmesi konusunda bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 8.

yani delilin yargılamaya getirilmesi, aynı zamanda yargılamanın sosyal amacı olan adalet mekanizmasının sağlıklı bir şekilde işletilerek gerçeğe ulaşılmasını sağlayacaktır. Bu amaç da, delil ibrazı muafiyetlerinin dar tutulması yönündeki eğilimin öznel değil genel ve adaleti hedef alan yönünün yargılama kurallarına yansımasıdır. Dolayısıyla kısaca gerek Türk hukuku gerekse yabancı hukuk sistemleri farklı sebeplerle hem yargılamanın tarafları hem de üçüncü kişiler açısından delil ibrazından birtakım *kaçınma hakları* tanıyabilmektedir. Bu ayrıcalıklar karşılaştırmalı yargılama hukukunda genel olarak "*privilege*" terimi ile ifade edilmekte ve her yargılama sistemi kendi ideolojik ve kültürel altyapısı çerçevesinde bu imtiyazlara karşı geniş veya dar bir uygulama alanı tanımaktadır[420].

cc1. Somutlaştırma Yükü

Çalışmamızda daha önce, *katı şekilde somutlaştırma yükünün* uygulanmasının, taraflara dava öncesinde bilgiye ve belgeye erişim imkânları konusunda yeterli imkân verilmediğinde, ispat hakkının kullanımını oldukça güçleştirdiği; bu yönüyle özellikle Türk hukukunda olduğu gibi dilekçelerin değişimi aşamasında katı şekilde somutlaştırma yükünü benimseyen sistemlerde, dava öncesi bilgiye ve belgeye erişim imkânlarının *ispat hakkının sağlanabilmesi için* mutlaka etkin şekilde kullanılması gerektiği üzerinde durulmuştu.

Katı somutlaştırma yükünün, ispat hakkı bakımından bu potansiyel tehlikeleri bertaraf edildiği takdirde, somutlaştırma yükünün ispat hakkının sağlanması, güvence altına alınması için önemli bir amaca hizmet ettiği de gözardı edilmemelidir. Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırırlar, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtirlerse (HMK m. 194) sağlıklı bir şekilde ispat faaliyeti gerçekleştirilebilir. Hükümde yer alan "taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdırlar." ifadesi,

[420] Bu ayrıcalıkların bir kısmı sadece üçüncü kişiler açısından getirilmişken bir kısmı da üçüncü kişiler yanında davanın tarafları için de kabul edilmiştir. Bu ayrıcalıklar içerisinde en önemli olanları arasında "*kendi aleyhine delil ibrazından çekinme hakkı*", "*meslekî sır sebebiyle tanıklıktan veya delil ibrazından çekinme hakkı*", "*belirli dereceden yakınlarının aleyhine tanıklıktan veya delil ibrazından çekinme hakkı*", "*ticarî sır sebebiyle tanıklıktan veya delil ibrazından çekinme hakkı*", "*devlet sırrı sebebiyle tanıklıktan veya delil ibrazından çekinme hakkını*" saymak mümkündür. Tüm bu ayrıcalıklar, bu ayrıcalıkların temelinde yatan amaç çerçevesinde kimler için öngörüldüğü ve bu ayrıcalıkların kabul edilmesinin ispat hakkı ile ilişkisi çalışmamızın son bölümünde ayrı bir başlık altında her bir imtiyaz açısından ayrı ayrı ele alınacaktır. Burada ise delil ibrazı mecburiyetinin diğer yönünü yansıtan delil ibrazı muafiyetlerinin temel özelliklerini ve ispat hakkı ile ilişkisini genel hatları ile temel olarak ortaya koymaya çalıştık.

aslında hükmün ispat faaliyetini zorlaştırması için değil, aksine karşı tarafın ispat faaliyetini kolaylaştırması için düzenlenmiştir[421].

Somutlaştırma yükünün ispat hakkına da hizmet eden bu yönünün yanısıra, bu yük aynı zamanda ispat hakkı bakımından hem *bilgiye, belgeye erişim hakkının* hem de *açıklama hakkının* sınırını oluşturur. Medenî yargılamada geçerli olan taraflarca getirilme ilkesi ile birlikte düşünüldüğünde, somutlaştırma yükü, ancak tarafların dava dilekçelerinde somutlaştırdıkları vakıalar çerçevesinde bilgiye ve belgeye erişim imkânı verir. Dolayısıyla tarafların delile erişim imkânlarının sınırını, somutlaştırma yükü çizer.

Somutlaştırma yükü bir diğer yandan da aşağıda üzerinde durulacağı üzere, delile ulaşmak amacıyla karşı tarafın hâkimiyet alanına girilmesinin sınırlarını çizer. Zira taraflar, her hâlde *delile erişim imkânı bulunması* gerekçesi ile sınırsız şekilde karşı tarafın özel hayatına, hâkimiyet alanına giremez. Bu yönüyle karşı tarafın müdahalede bulunulacak hâkimiyet alanının sınırlarının çizilmesinde, bizim hukuk sistemimizde somutlaştırma yükü etkili olur.

---

[421] Bu amaç açıkça madde gerekçesinde belirtilmiştir: "Bu madde yeni bir düzenlemedir. **Maddenin amacı, bir yandan ispatın genel hükümleri çerçevesinde temel bir kavrama yer vermek iken, diğer yandan da uygulamada genel geçer ifadelerle somut vakıalara dayanmadan davaların açılıp yürütülmesinin önüne geçmektir.** / Birinci fıkrada, somutlaştırma yükü düzenlenmiştir. **Bir davada, ispat faaliyetinin tam olarak yürütülebilmesi, mahkemenin uyuşmazlığı doğru tespit ederek yargılama yapabilmesi, karşı tarafın ileri sürülen vakıalara karşı kendini savunabilmesi için, iddia edilen vakıaların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekir. Genel geçer ifadelerle, somut bir şekilde ortaya koymadan iddia veya savunma amacıyla vakıaların ileri sürülmesi durumunda, yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi mümkün olmayacağı gibi, vakıaların anlaşılması için ayrıca bir araştırma yapılması ve zaman kaybedilmesi söz konusu olacaktır.** Taraflar, haklarını dayandırdıkları hukuk kuralının aradığı koşul vakıalara uygun, somut vakıaları açıkça ortaya koymalıdırlar. Bu vakıaların somut olarak ileri sürülmesi, ilgili taraf için bir yüktür; bu yükü yerine getirmeyen sonuçlarına katlanacaktır. / İkinci fıkrada, somutlaştırma yükünün delillerle ilişkisi ortaya konulmuştur. Dava açılırken ve cevap dilekçesi verilirken taraflar, dayandıkları vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini de belirtmek zorundadırlar. **Delil bir ispat aracı olarak, ileri sürülen bir vakıanın doğruluğunu ispat etmeye yarar. Dolayısıyla her bir vakıa bakımından o vakıayı ispata yarayan ispat araçlarının da belirtilmesi önemlidir. Uygulamada, tarafların iddia veya savunmada bulunurken yeterli araştırma yapmadan vakıalar ileri sürdükleri veya bunların delillerini ortaya koymadan dilekçeler verdikleri görülmektedir. Özellikle taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda, mahkemenin yargılamayı doğru yürütebilmesi ve makûl bir sürede karar verebilmesi için, delillerin vakıalarla bağlantısı kurularak mahkeme önüne getirilmiş olması gerekir. Bu da tarafların dayandıkları delilleri ve her bir delilin hangi vakıanın ispatı için kullanılacağını belirtmeleriyle mümkündür.**" (HMK m. 194, Gerekçe).

aaa1. Delile Erişim Hakkının Sınırı Olarak Somutlaştırma Yükü

Medenî yargılamada *taraflarca getirilme ilkesi*nin geçerli olması, tarafların dilekçelerinde somutlaştırdıkları vakıalar ile yargılamanın ilerlemesini sağlar (HMK m. 25). Yargılama sırasında uyuşmazlıkla ilgili vakıalar hakkında hüküm kurulması ve bunun için delil ikame edilmesi, taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucudur. Yine bu ilkenin bir sonucu olarak uyuşmazlığın tarafları, iddia ve savunmaları ile bunun için kullanacakları delilleri dilekçelerinde somutlaştırma yükümlülüğü altındadır (HMK m. 194). Hâkimin, tarafların dilekçelerinde dayandıkları vakıalar ve deliller hâricinde kendiliğinden başka vakıaların araştırılmasına veya delillerin getirilmesine karar vermesi, *kural olarak* mümkün değildir (HMK m. 25/2). Bu yönüyle somutlaştırma yükü, aynı zamanda uyuşmazlık konularının hangi vakıalar çerçevesinde şekilleneceğini ve bunun için hangi delillerin inceleneceğini belirler. Dolayısıyla somutlaştırma yükü, tarafların uyuşmazlığın çözümü için hangi delillerin yargılamaya getirileceğini belirler ve aynı zamanda da delile erişim imkânlarının sınırlarını çizer. Bundan sonraki başlık altında inceleneceği üzere, somutlaştırma yükü tarafların, uyuşmazlıkla ilgili olsun olmasın tüm bilgi kaynaklarına erişmesini engeller; sadece uyuşmazlıkla ilgili olanları ayıklayarak yargılamaya getir(t)ilmesini sağlar. Böylece somutlaştırma yükü, bir yandan da ispat hakkı ile diğer korunmaya değer menfaatlerin dengelenmesinde önemli bir araç olma görevini üstlenir. Çünkü ispat hakkı, delile erişim imkânının herhangi bir sınır bulunmadan taraflara tanınmasını gerektirmez; sadece uyuşmazlıkla ilgili delillere erişim imkânı sağlar.

bbb1. Hukuk Sistemlerinin Ortak İhtiyâcı: Delile Erişim İmkânlarının Sınırlandırılması (Fishing Expedition ve Somutlaştırma Yükü Kurumlarının Karşılaştırılması)

Balıkavı gezisi (fishing expedition) yasağı, esasında hukuk sistemimize yabancı olan bir kavramdır. Balıkavı gezisi yasağı, temelini Ortak Hukuk sistemlerinden ve özellikle Amerikan hukukundan almaktadır. Balık avı gezisi yasağı, Ortak Hukuk sistemlerinin, yukarıda üzerinde durduğumuz dava öncesinde delile erişme hakkı konusunda taraflara tanımış olduğu olağanüstü yetkilerin ve bu kapsamda delillerin keşfi *(discovery)* kurumunun yaratabileceği olumsuz etkileri bir anlamda önlemeye

yönelmektedir[422]. FRCP 34'e göre taraflar, delillerin keşfi (*discovery*) aşamasında karşı tarafın elinde bulunan uyuşmazlıkla ilgili her türlü belge ve bilgiyi talep edebilmektedir. Bu taleplerin herhangi bir hedef, konu ve çerçeve çizilmeden yapılması, balık avında ağın atılmasına benzetilmekte; başka bir ifade ile genel bir talep ile tesadufî olarak karşı taraf aleyhine ve kendi lehine delil etme amacı ile delil keşfi kurumundan yararlanılmaya çalışılması kabul edilmemektedir[423]. Mahkemeler bu yöndeki delil keşfi taleplerini hukuka aykırı bulmaktadırlar. Bu anlamda örneğin sadece belirli bir konuya yönelik uyuşmazlıklarda tüm şirket içi yazışmaların, şirketteki tüm elektronik bilgi kaynaklarının incelenmesi balık avında ağ atılmasına benzetilmekte ve hukuken bu tip talepler korunmamaktadır.

Yukarıda HMK sistemi içerisinde karşı taraftan ve üçüncü kişiden delil ibrazı talebinde bulunulabileceği; bu delil ibrazı taleplerinin yerine getirilmemesi hâlinde, karşı taraf ve üçüncü kişi aleyhine uygulanabilecek yaptırımlar üzerinde duruldu. Bu yönüyle ispat hakkına sahip olan tarafın, bu hakkı kullanabilmesi için geniş yetkilere sahip olduğu belirtilmişti. Tüm bu yetkilerin kullanılması sırasında ispat hakkını kullanmak isteyen tarafın, ispat konusu olan ve iddiasını kanıtlayabileceği bilgi kaynağını dürüstlük kuralı çerçevesinde mümkün olduğunca somutlaştırması gerekir. Başka bir ifade ile ispat hakkını kullanmak isteyen taraf yukarıdaki maddelerden kaynaklanan taleplerini soyut, sırf karşı taraf aleyhine tesadüfî delil bulmak veya karşı tarafa ait kişisel bilgilere erişmek için kullanmamalı; mahkeme tarafların bu konudaki eğilimlerini hassas bir şekilde değerlendirmelidir.

Bazı durumlarda ispat hakkını kullanmak isteyen taraf için bu talebini somutlaştırması çok kolay olmayabilir; ancak mahkemenin yukarıda belirtmiş olduğumuz tüm kanunî taleplerde, ispat hakkını kullanmak isteyen ve talepte bulunan tarafın bu talebini inandırıcı bulması gerektiği için mahkeme burada hassasiyet ile talep sahibinin talebini iyi niyetle gerçekleştirip gerçekleştirmediğini değerlendirmelidir. Örneğin ispat hakkı sahibinin sırf karşı tarafın ticarî, meslekî veya işletmesel sırlarını öğrenmek amacıyla HMK m. 218 kuralından yararlanmak suretiyle karşı tarafın işyerinde, bilgisayarlarında bilirkişi incelemesi yapılmasını talep etmesi mümkündür. Temel hakların kullanılmasında oldukça hassasiyet arz eden bir diğer konu, temel

[422] Ayrıntı için bkz. Hay, ss. 54-56.
[423] Bu konuda bkz. Jacob, s. 99; Göksu, Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi, s. 272; J. Lang, s. 179.

hakların kötüye kullanıldığının tespit edilebilmesi ve önlenebilmesidir[424]. Aksi takdirde kişinin ispat hakkını araç olarak kullanmak sureti ile karşı tarafın özel ve meslekî hayatına haksız saldırıda bulunması mümkün olabilecektir. Özel hayatına ilişkin bilgilerin yargılama sürecinde korunması mecburiyeti, kimi zaman ispat hakkının sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple bu tip delil elde etme taleplerinin mahkemece kabul edilmemesi ve mahkemenin özellikle yukarıda üzerinde durmuş olduğumuz maddelerden doğan talepleri incelerken menfaatleri dengeleyerek değerlendirme yapması, yargılama hukukunda kişilik haklarının korunması için zorunludur. Türk hukukunda, Amerikan hukukunda bir yasak olarak kabul edilen balık avı gezilerine benzetilebilecek bu kurum, somutlaştırma yükü ile giderilir. Zira her iki kurumun da amacı, bir anlamda uyuşmazlık konusu vakıaları ve delilleri belirlemek; uyuşmazlıkla ilgisi bulunmayan delillere, tarafların diğer korunmaya değer menfaatlerini de gözeterek ulaşılmasını engellemektir. Her ne kadar Ortak hukuk sistemleri ile Kıta Avrupasına dahil yargılama sistemleri, bazı yönleri ile taban tabana zıt görünmekteyse de, bazı kurumların ortak amaçlara hizmet etmesi bu hukuk sistemleri arasındaki bağlantıyı ortaya koyar. Bu bağlantı da, her hukuk sisteminde ispat hakkının temini amacıyla, her türlü bilgiye ve delile erişim imkânı tanınmadığını gösterir.

bb. Yargılama ve Yargı Organı İşlemleri Hakkında Bilgilenme

Bilgilenme hakkının bir gereği olarak taraflar, yargılama ve yargı organlarının işlemleri hakkında bilgilendirilmelidirler. Bu durum tarafların, açıklama ve ispat haklarını kullanabilmelerinin de önkoşulu niteliğindedir. Bu sebeple ilgilinin, yargılamanın içeriği, mahkeme ve taraf işlemleri ile yargılamanın tüm aşamaları hakkında bilgi sahibi kılınması gerekir[425]. Çünkü taraflar kendileri açısından sonuç doğuracak bir yargısal işlem konusunda bilgi sahibi olamaz ise, o işleme ilişkin açıklama, itiraz ve ispat haklarını kullanmaları mümkün hâle gelmez. Yargıtay'ın da özellikle duruşma gününün taraflara tebliğ edilmemesi hâlinde, kişinin ispat hakkının zedeleneceği konusunda çok sayıda içtihadı bulunur.

[424] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 16.
[425] Özekes, s. 89.

c. İspat Hakkı Çerçevesinde Bilgilendirmenin Şekli

İspat hakkının bir gereği ve hukukî dinlenilme hakkının da bir unsuru olarak tarafların hukuka uygun tebligatlar ve davetiyeler aracılığı ile yargılama hakkında bilgilendirilmeleri gerekir. Tebligat veya davetiye gönderilmesindeki herhangi bir hukuka aykırılık, taraflar açısından ispat hakkının ihlâli ile sonuçlanır. Hatta taraflar, bilgilendirilmedikleri konularda kendiliğinden bilgi sahibi olsalar dahi, hukuka aykırılık ortadan kalkmaz. Zira kendiliğinden işlemi öğrenen tarafın, yeterli açıklama yapmak için zamanı kalmamışsa, ispat hakkı da ihlâl edilmiş olur. Asıl olan, ilgilinin zamanında ve gereği gibi bilgi sahibi olması[426] ve bu kapsamda da, ispat hakkını gerektiği şekilde kullanabilmesidir.

Hukukî dinlenilme hakkı açısından bilgilenme tefhim, tebliğ veya davetiye yoluyla gerçekleşir[427]. Taraflar ispat haklarını da etkileyecek şekilde bu bilgilendirme şekilleri üzerinde tasarrufta bulunamazlar; Kanunun, bilgilendirmenin şekli konusunda hangi yolu kabul etmişse, bilgilendirme bu şekilde gerçekleştirilmelidir[428].

İspat hakkına hizmet edecek şekilde bilgilendirilmenin mutlaka belirli bir şekilde yapılması şart değildir. Bununla birlikte bilgilendirmenin en yaygın şekli tebligat yoludur. Tebligat ise, uygulamada büyük bir sorun olmaya devam etmekte[429] ve usûlsüz tebligatlar kişilerin ispat hakkını doğrudan ihlâl etmektedir. Yargıtay'ın ise, bu konuda verdiği içitihatlar ispat hakkının güvence altına alınması açısından da önemlidir.

3. Açıklama Hakkı

a. Açıklama Hakkının İspat Hakkı ile İlişkisi

Bir yargılama prosedüründe kişilerin yargısal işlemler hakkında bilgilendirilmesi, karara etki edebilmesi açıklama hakkından daha az önemli olmamakla birlikte, kişilerin temel ihtiyâcı olan *kendini ifade edebilme* özgürlüğünün yargılama sürecine yansıması açıklamada bulunabilme imkânı ile sağlanabilir. Kişiler, her şeyden önce yargılama sürecinde de günlük hayatta olduğu gibi seslerini duyurabilmek, kendilerini ifade edebilmek isterler. Esasında hukukî dinlenilme hakkı da, kelime anlamıyla

[426] Bu konuda bkz. Özekes, s. 96.
[427] Özekes, s. 96.
[428] Özekes, s. 96.
[429] Nesibe Kurt Konca, "Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **TBB Dergisi,** S. 114, 2014, (Tebligata İlişkin Sorunlar), ss. 253-261.

ve somut olarak açıklama yani ispat hakkı kavramı ile karşımıza çıkar[430]. Bu anlamda kişilerin bilgi sahibi olduğu konularda açıklama (*das Recht auf Äußerung*)[431] ve ispat hakkına sahip olmaları, hukukî dinlenilme hakkının temel bir gereğidir ve ispat hakkının kullanılmasının da yegâne şeklidir. Yargı içtihatlarına da hukukî dinlenilme ve ispat hakkı çerçevesinde en fazla yansıyan temel yargısal hak, açıklama hakkıdır.

Açıklama hakkı, sadece yargılama içerisinde yer alarak açıklama yapabilmeyi ifade etmez; bunun dışında, bir tarafın her açıklaması için karşı tarafa da açıklamada bulunma imkânı verilmelidir[432]. Dolayısıyla açıklama hakkı ispat faaliyetine yönelik olabileceği gibi, ispat faaliyetine katkı sağlamayı amaçlamayan herhangi bir taraf işlemi veya mahkeme işlemi hakkında da olabilir. Bununla birlikte tarafın hükme tesir etmesine katkı sağlayacak, ispat faaliyetine yönelik her türden açıklama ispat hakkının konusunu oluşturur. Bu durumlarda tarafın bilgilendirilmemiş olması sebebiyle açıklama hakkını kullanamamış olması veya bilgilendirilmiş olsa dahi, açıklamada bulunabilmesi için yeterli derecede imkân tanınmayan hâllerde ispat hakkı da ihlâl edilmiş sayılacaktır.

Açıklama hakkı, her hak gibi sınırsız bir hak değildir[433]. Özellikle bilgiye ve belgeye erişim hakkının sınırlarını incelerken üzerinde durduğumuz teksif ilkesi ve dolayısıyla iddianın ve savunmanın genişletilmesi/değiştirilmesi yasağı; usûl ekonomisi ilkesi açıklama ve ispat hakkının sınırlamaları olarak karşımıza çıkar[434]. Yargı içtihatlarında da, açıklama hakkının bu sınırlamalarına sıklıkla dikkat çekilmektedir[435]. Burada önemli olan açıklama hakkına yapılan sınırlamaların ölçülülük ilkesine uygun olması[436] ve her hâlde ispat hakkının özüne dokunmaması[437] gerekir.

---

[430] Özekes, ss. 106-107.
[431] Bu konuda bkz. Warga, s. 27.
[432] Özekes, s. 107.
[433] "Açıklama hakkı, içini dökme hakkı değildir." (Waldner, s. 30). Bu konuda ayrıca bkz. Özekes, ss. 109-111.
[434] Açıklama hakkının sınırları konusunda ayrıca bkz. Özekes, ss. 108-113.
[435] "... açıklama hakkı sınırsız bir içini dökme hakkı değildir. Bu konuda hakkın özünü zedelemeyen, yargılamanın sağlıklı işlemesine yönelik sınırlamalar getirilebilir. Ancak, hakkı anlamsız kılacak sınırlamalar kabul edilemez. Bu çerçevede örneğin, makûl kabul edilebilecek, iddia ve savunmayı genişletme yasağı ile delil gösterilmesi konusunda getirilen sınırlamalar hukukî dinlenilme hakkına aykırı sayılmaz. Burada, teksif ilkesi ve usûl ekonomisi ortaya çıkacak, hukukî dinlenilme hakkı ihlâli sonucunu doğurmayan, teksif ilkesine ve usûl ekonomisine uygun olan sınırlamalar kabul edilebilecektir. Açıklama hakkının ne şekilde kullanılacağını ise, kural olarak ilgili yargılama usûlü belirler. Açıklama hakkının kullanılması için ilgiliye gerekli ortam hazırlanmasına rağmen, kişi bu hakkı kul-

b. Açıklama Hakkının Konusu ile İspat Hakkı İlişkisi

Açıklama hakkının konusu öncelikle uyuşmazlığa ilişkin vakıalar ve talep sonuçtur. Şöyle ki, hakkın bir diğer konusunu oluşturan deliller ve hukukî sebepler, öncelikle tarafların ileri sürdüğü vakıalar ve talep üzerinden gerçekleştirilecektir[438]. Bununla birlikte açıklama hakkının önemli bir kısmını da ispat ve deliller oluşturur. İspat edilemeyen bir vakıa, davaya esas alınamayacağından, ispat faaliyeti de vakıalarla birlikte açıklama hakkından bağımsız düşünülemez[439]. Bu noktada açıklama hakkı ile ispat hakkı arasındaki kopması mümkün olmayan bağ, kendisini somut şekilde gösterir. Tarafların iddia ve somutlaştırma yükü kapsamında ileri sürdükleri vakıalar konusunda ve karşı tarafın iddiaları karşısında açıklamada bulunmaları, ispat hakkı için zorunludur. Tarafların sadece açıklamalarını dinlemek ve ancak ispat hakkı tanımamak hukukî dinlenilme hakkına, âdil yargılanma hakkına, silâhların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturacaktır[440].

Açıklama hakkının konusu eşittir, ispat hakkı şeklinde bir önerme doğru olmayacaktır. Zira açıklama hakkı, ispat hakkının uygulanma şekillerinden birisidir. Açıklama hakkı da, yargılama prosedüründe ispat hakkının uygulama alanından farklılaşabilir. Yani açıklama hakkının her kullanımı, mutlaka ispat hakkına yönelik olmak zorunda değildir. Örneğin taraflardan birinin, görev itirazına ilişkin açıklamada bulunması, ispat hakkı ile ilgili değildir. Dolayısıyla açıklama hakkının kullanıldığı her durumda, açıklama hakkının konusu ispat hakkına yönelmez. Ancak ispat hakkının kullanıldığı her durumda taraflara sözlü veya yazılı şekilde açıklamada bulunma hakkı tanınmalıdır. Bu durum aynı zamanda karşı ispat faaliyetinden kaynaklanan ispat hakkı açısından da zorunludur.

---

lanıp kullanmamakta serbesttir, hakkını kullanmayarak haktan feragat edebilir....” HGK, 23.11.2011, 11-554/684 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

436 Bkz. Dördüncü Bölüm, § 14, VII.

437 Bkz. Dördüncü Bölüm, § 14, VIII.

438 Özekes, s. 120.

439 Özekes, s. 123.

440 Bu konuda bkz. Özekes, ss. 125-127.

c. Açıklama Hakkının Kullanılması Şekli ve İspat Hakkı İlişkisi

Açıklama hakkının, hukukî dinlenilme hakkına hizmet edebilmesi için bu hakkın yazılı veya sözlü şekilde kullanılmasının bir önemi yoktur[441]. Bununla birlikte yazılı ifadeler gibi, sözlü beyanlar da ispat hakkının teminine yönelebilecektir. Kişiler açıklama ve ispat haklarını gerek dilekçeleri aracılığıyla gerekse sözlü beyanları ile sağlayacaklardır. Burada önemli olan her ne şekilde açıklama hakkının kullanımına imkân verilecekse de, bu hakkın ispat hakkını zedeleyecek şekilde kullanılmamasıdır. Bu yönüyle tarafların ispat haklarını zedeleyecek şekilde sözlü beyanlarına sınırlandırma getirilmesi veya dilekçelerinin reddi ispat hakkının da ihlâl edilmesine sebep olur. Bu durum aynı zamanda tarafların eşit silâhlarla yargılanmasına da engel oluşturacağından, ispat hakkının çift yönlü olarak ihlâli gündeme gelir.

Açıklama hakkının kullanılabilmesi için duruşmaların ayrı bir önemi bulunur. Nitekim duruşmalar, ispat hakkının da gerçek anlamda tesis edilebilmesi için önemli bir gerekliliktir[442]. Duruşmalar, tarafların kendilerini yargılamanın süjeleri olarak görebildikleri; hem tarafların hem de vatandaşların hukukî dinlenilme ve âdil yargılanma hakkına uygun şekilde yargılamaların yapıldığını görmelerine imkân verir ve yargıya olan güveni sağlar[443]. Bu yönüyle her konu ile ilgili duruşma yapılması hukukî dinlenilme hakkının temini için zorunlu değilse de[444], ispat hakkının konusunu oluşturan meselelerde duruşma yapılması, hâkimin yargılamanın objelerine vesüjelerine doğrudan temas etmesi ispat hakkının temin edilebilmesi için zorunludur.

4. Dikkate Alınma Hakkı

a. Hakkın İspat Hakkı ile İlişkisi

Dikkate alınma hakkı, hukukî dinlenilme hakkının bir unsuru olarak Kanun'da düzenlenir. Bu hak, benzer ifadelerle diğer bütün hukuk sistemlerinde de geçerli olan temel bir yargısal haktır[445]. Taraflar açısından dikkate 'alınma' ve 'değerlendirilme'

---

[441] Bu konuda bkz. Özekes, s. 139.

[442] Duruşmalı yargılanma hakkının hem âdil yargılanma hakkı için hem de ispat hakkının kullanılmasına ilişkin özel bir önemi bulunur. Bu sebeple bu konu bundan sonraki başlık altında ayrıca incelenmiştir. bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, II, D.

[443] Özekes, s. 142.

[444] Bu konuda bkz. Özekes, s. 143.

[445] Dikkate alınma hakkı, *İsviçre* hukukunda *hükme tesir edebilme hakkı Recht auf Urteilbegründigung / Recht auf Begründigung des Entscheids*) şeklinde ifade edilir. Bu hak, "*Rechtliches Gehör (Hukukî*

hakkı, ispat hakkının uzantısı olarak bir talep hakkı içermekteyken, mahkeme açısından da bir yükümlülük getirir[446]. Tarafların bilgilendirildiği ve açıklama ile ispat hakkını kullandıkları bir yargılamada, dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğü yerine getirilmez ise tarafların açıklama ve ispat haklarını kullanmış olmalarının herhangi bir anlamı kalmayacaktır. Zira tarafların açıklama ve ispat hakkını kullanmalarının yegâne amacı, hâkimin karar verme sürecine etkide bulunabilmek, hâkimi ikna etmektir. Eğer taraflar, hâkimin ikna edilme sürecine olumlu veya olumsuz yönde etkide bulunmamışlarsa, hâkim tarafından tararfların açıklama ve ispat hakkını kullandıkları konular dikkate alınmamışsa bu durum hukukî dinlenilme hakkının ihlâli niteliğinde olacağı gibi ispat hakkını da ihlâl eder[447]. Tarafların ispat hakkının bir uzantısı olarak bu hak kapsamındaki yargımaya ilişkin faaliyetlerinin hükme tesir edebildiğini somut olarak görmeleri gerekir. Bu durum da, ancak kararın gerekçesinde somutlaşabilecektir.

b. Gerekçeli Karar Elde Etme Hakkı ve İspat Hakkı İlişkisi

Gerekçeli karar elde etme hakkı (right to a reasoned judgment), Ortak hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkmesi içtihatlarında başlı başına bağımsız bir hak olarak kabul edilirken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hukukî dinlenilme hakkı (HMK m. 27) kapsamında zikredilir[448]. Anayasa'da ise kararların gerekçeli olması gerektiği hak arama özgürlüğünü ve âdil yargılanma hakkını düzenleyen 36. maddede değil, 141. maddede belirtilir. Bu anlamda kararların gerekçeli olması zorunluluğu, aynı zamanda anayasal bir güvencedir. Anayasa Mahkemesi de, gerekçeli karar

---

Dinlenilme Hakkı)" başlığını taşıyan m. 53'de kanunî dayanağını bulur. SchZPO m. 53'de bu haktan açıkça bahsedilmese de mahkeme kararları ve öğretide, hukukî dinlenilme hakkının bu hakkı da kapsadığı ifade edilir. Bu konuda bkz. Göksu (Brunner ve diğerleri), Art. 53, N. 24-26; Hurni (Berner Kom.), Art. 53, N. 59-64; Leuenberger ve Uffer-Tobler, s. 130; Schenker (Baker & McKenzie), Art. 53, N. 17; Spühler / Dolge / Gehri, § 26, N. 64; Spühler / Tenchio / Infanger, Art. 53, N. 25-26.

446 Bu konuda bkz. Özekes, s. 154.

447 Bu konuda bkz. Özekes, ss. 153-154; Pekcanıtez, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 784.

448 Türk hukuk uygulamasında gerekçe ile ilgili sorunlar konusunda bkz. Çetin Aşçıoğlu, "Yargı Kararlarında Gerekçe", **Ticaret ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VIII (26-27 Nisan 1991),** Ankara 1991, ss. 47-76; Muhammet Özekes, "Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerekçe", **İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı (İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi) (Yargıtay-Ankara/3-4 Mayıs 2007),** Ankara 2007, (Gerekçe), ss. 72-99; Ertuğrul Uzun, "Yargıtay Kararlarından Örneklerle Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Zafiyeti", **Legal MİHDER,** S. 7, 2007, ss. 359-376.

elde etme hakkını âdil yargılanma ve hak arama özgürlüğünün bir parçası olarak kabul etmektedir[449].

Esasında gerekçeli karar elde etme hakkı, *dikkate alınma ve değerlendirilme hakkı*nın en temel ve somut gerekliliğidir. Zira kişiler, yargılamada iddia ve savunmalarının, ispat faaliyetlerinin hükme tesir edebildiğini en iyi şekilde gerekçeden anlayabilirler. Bu yönüyle âdil yargılanma hakkı ve hukukî dinlenilme hakkı açısından kararların gerekçeli olmasının ayrı bir önemi bulunur. Kişiler bilgilendirme hakkına konu olan iddia ve savunmalar üzerinde gerçekleştirdikleri açıklama haklarının mahkeme tarafından dikkate alınıp alınmadıklarını gerekçeden anlayabilirler. Bu anlamda gerekçe, ispat hakkı açısından *kurucu bir role* sahip değildir; ancak yargılama prosedüründe kişilerin ispat haklarının *yegâne koruyucusu*dur. Kısaca gerekçeli karar, doğrudan doğruya ispat hakkını tesis eden bir yargısal hak değildir; bununla birlikte, bir yargılama sürecinde mahkemenin tarafların ileri sürdükleri iddiaları ve bunun için gerçekleştirmiş oldukları ispat haklarını dikkate alıp almadığı ancak gerekçeden anlaşılabilir. Bu anlamda gerekçe, mahkemenin keyfî karar verip vermediğinin denetimini gerçekleştirir:

> "Adil yargılanma hakkının içinde barındırdığı temel haklardan olan ve dayanağını insan onuruyla eşitlik ilkesinden alan, hukuki dinlenilme hakkının üç unsuru vardır. Bunlar, tarafların yargılama konusunda bilgilenme hakkı, yargılamayla ilgili açıklama ve ispat hakkı, bu açıklamaların mahkemece dikkate alınıp değerlendirilmesi yükümlülüğüdür. Gerekçe özellikle tarafların yargılamada dikkate alındığının, açıklama ve delillerinin değerlendirildiğinin bir göstergesidir.
>
> Kararın gerekçeli olması hukuk devletinin ve hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir. Zira, mahkemenin keyfilikten uzak şekilde, hukuka ve kanuna uygun karar verip vermediği ancak gerekçeden anlaşılabilir. Bu sebepledir ki, Anayasa'da kararların gerekçeli olması özel olarak vurgulanmıştır"[450].

Bunun yanısıra gerekçede hangi delillere üstünlük verilerek hükme esas yapıldığının da ayrıca değerlendirilmesi gerekir (HMK m. 297/1-c). Bu durum da ispat hakkının ve hukukî dinlenilme hakkının zorunlu bir unsuru olarak kabul edil-

---

[449] "Gerekçeli karar hakkı adil yargılanma hakkının somut görünümlerinden biridir (B.No. 2013/1213, 4/12/2013, § 25). Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, kanun yoluna başvurma olanağını etkili kullanabilmek ve mahkemelere güveni sağlamak açısından, hem tarafların hem kamunun menfaatini ilgilendirmekte olup, kararın gerekçesi hakkında bilgi sahibi olunmaması, kanun yoluna müracaat imkânını da işlevsiz hale getirecektir. Bu nedenle mahkeme kararlarının dayanaklarının yeteri kadar açık bir biçimde gösterilmesi zorunludur." AYM 20.3.2014, 2013/1780; RG 10.5.2014, S. 28996. Benzer yönde başka bir karar için bkz. AYM 4.12.2013, 2013/1213; RG 27.12.2013, S. 28864.

[450] 13. HD, 24.4.2012, 9248/11079 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

mekte ve mutlak bir bozma sebebi teşkil etmektedir[451]. Ancak bunun için de şeklî veya matbu bir gerekçe yeterli değildir. Mutlaka somut olarak tarafların iddialarını, savunmalarını, bunun için sundukları delilleri değerlendirecek *gerçek* bir gerekçe hazırlanması gerekir[452]. Benzer şekilde karar ile çelişen gerekçe de temel hak ihlâli olarak kabul edilir[453].

Türk hukukunda özellikle hâkimin delilleri değerlendirme yetkisini, alınan bilirkişi raporlarının önemli ölçüde etkilediği ve hâtta bazı yargı kararlarında hiçbir açıklama ve değerlendirme yapılmaksızın sadece bilirkişi raporunun sonuç bölümünü karara alarak veya bizatihi bilirkişi raporuna atıf yapmak suretiyle kararlar verildiği gözlemlenmektedir. Şüphesiz ki, bu durum öncelikli olarak kişilerin dikkate alınma hakkını (HMK m. 27/3) zedelemektedir. Zira ispat hakkının bir uzantısı ve güvencesi olarak taraflar açıklamada bulundukları ve hakkında delil ibraz ettikleri iddiaların

---

451 "... Dava, taşınmaz üzerine ihtiyati tedbir konulması istemine ilişkindir. Talep, mahkemece reddedilmiştir. **Ancak, kararda, tarafların iddia ve savunmalarının özetlerini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri de kapsaması gerekir ve kararlarının gerekçeli olması anayasal zorunluluktur. Yargıtay incelemesi sırasında ancak bu gerekçe sayesinde kararın usul ve yasaya uygun olup olmadığı saptanabilecektir. Mahkemece, tarafların tüm delillerinin değerlendirilerek talebin hangi gerekçeyle reddedildiğinin karara yansıtılması gerekirken, yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması hatalıdır. Hukuk devleti ilkesi, Hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkını ihlâl edilmiştir.**..." 23. HD, 25.3.2013, 1740/1832(Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).
Benzer şekilde bkz.: "...'Kararın gerekçeli olması hukuk devletinin ve hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir. Zira, mahkemenin keyfilikten uzak şekilde, hukuka ve kanuna uygun karar verip vermediği ancak gerekçeden anlaşılabilir. Bu sebepledir ki, Anayasa'da kararların gerekçeli olması özel olarak vurgulanmıştır.' (Muhammet Özekes, 'Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerekçe', Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı, Ankara 2007, s. 78-79) / **Mahkemenin, yukarda sıralanan hukuki olgular ışığında, hükme dayanak alınan kanıtlar ile bu kanıtların diğer kanıtlara oranla üstün tutulma gerekçelerinin irdelenip tartışılarak karar gerekçesinde açıklanması zorunluluğunu öngören yasal gereklere uymaksızın; davanın reddine karar verilmesine ilişkin düzenlenen bilirkişi raporuna atıf yapılarak yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.**" 10. HD, 21.3.2011, 494/3830 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası). Aynı yönde başka kararlar için bkz. 12. HD, 10.7.2012, 6375/24178 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası); 12. HD, 4.6.2013, 14228/20636 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası); 10. HD, 27.9.2010, 6174/12163 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası); 10. HD, 15.9.2009, 2008-5342/14375 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası); 10. HD, 24.6.2008, 2007-24779/8902 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası); 12. HD, 25.6.2013, 18706/23826 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası); 12. HD, 18.3.2013, 2844/12029 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

452 Bu yönde bir karar için bkz. 12. HD, 4.6.2012, 3702/19080 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

453 "... Açıklanan bu hükümler [Ay m. 141/3 ve HMK m. 298/2 (yazar tarafından eklenmiştir)] en başta yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir ve emredici hükümlerden olup 'Kamu düzeni' amacı ile vazedilmişlerdir. ... / Görülmektedir ki, uyuşmazlıkların çözümünde yargıya düşen en önemli görevlerden birisi de açık ve net çözümler bulmak, anlaşılabilir, tutarlı kararlarla kamu düzen ve barışının sağlanmasına hizmet etmek olmalıdır. Taraflar ancak gerekçe sayesinde hükmün hangi maddî ve hukuki sebebe dayandırıldığını anlayabilecekleri gibi Yargıtay denetimi de ancak kararın gerekçe içermesi halinde mümkün olacaktır. ..." 13. HD, 24.4.2012, 9248/11079 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

neden reddedildiği konusunda bilgilenme hakkına sahiptir. Bu zorunluluk hukukî dinlenilme hakkı açısından dikkate alınma hakkı ile ifade edilir. Bunun yanısıra, belirtilen şekilde sadece bilirkişi raporuna atıf yapılmak suretiyle karar verilmesi, aynı zamanda hâkimin delilleri değerlendirme yetkisini ve doğrudanlık ilkesini de tamamen bertaraf etmektedir, ki bu ilkelerin ispat hakkının tesisindeki önemi üzerinde durulmuştur. Anayasa Mahkemesi önüne bireysel başvuru esnasında gelen bir olay hem sorunun ciddiyeti hem de ispat hakkının temini konusunda önemli değerlendirmeler içermektedir[454]:

> "Görüldüğü üzere, aleyhine açılan alacak davasında başvurucu tarafından borçlu olmadığını ifade eden ve buna ilişkin asıl iddia olarak dayanılan mecburi hizmet yükümlülüğünün çalıştığı kuruma aktarılmasının yapılması ve yapılan düzenleme uyarınca bu talep için süre şartının bulunmadığı itirazlarının **sadece bilirkişi raporunda değerlendirildiği, bilirkişinin uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye yardımcı olmaktan başka bir görevinin bulunmadığı ve hazırladığı raporun yargı kararı niteliği taşımadığı açık olduğundan, mahkeme kararında tartışılmayan ve gerekçelendirilmeyen başvurucunun iddiasının bilirkişi raporunda dile getirilmiş olması dolayısıyla karşılanmış olduğunun kabulünün mümkün olmadığı, kararın temyiz aşamasında da aynı iddia ileri sürülmüş olmasına rağmen temyiz hakkında verilen kararda da bu hususa ilişkin bir gerekçeye yer verilmediği görülmektedir.**
>
> Bu durumda, başvurucunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, **uyuşmazlığın çözümü için esaslı bir iddia olan mecburi hizmet yükümlülüğünün çalıştığı kuruma aktarılabileceği ve bunun için süre şartının bulunmadığı iddiası, İlk Derece Mahkemesi kararında tartışılmamış ve karşılanmamıştır. Başvurucu, tüketilmesi gereken ve etkili kanun yolu olan temyiz yolunda da aynı iddiayı dile getirmiş ise de Yargıtay kararında da bu iddia karşılanmamış ve İlk Derece Mahkemesinin iddiayı cevapsız bırakması tutumu aynen kabul görmüştür.** Bu nedenle, yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır."

c. Sürpriz Karar Verme Yasağı ve İspat Hakkı İlişkisi

Sürpiz karar verme (*Überraschungsentscheidung, decision by surprise*) yasağı aşağıda ayrı başlıklar altında ele alınmıştır. Sürpriz karar verme yasağı, hukukî dinlenilme hakkının zorunlu bir sonucu olarak kabul edildiğinden hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında, sürpriz karara sebep olmayacak şekilde taraflarla uyuşmazlığın belirli aşamalarında gereken bilgi paylaşımını gerçekleştirmelidir.

Yine sürpriz karar verme yasağı, ispat hakkının temininde hukukî güvenliğin bir gereğidir. Kişinin hukukî güvenlik ilkesinin gerekliliklerine uygun şekilde karar elde etmesi, süpriz karar yasağını gündeme getirir. Bu yönüyle ispat hakkının en

[454] Karar için bkz. AYM 8.5.2014, 2012/1269, § 56-57 (RG 18.7.2014, S. 29064).

önemli sonuçlarından birisi, tarafların sürpriz kararlar ile ispat hakkı ihlâlleri ile karşı karşıya bırakılmamasıdır.

D. Tarafların Hazır Bulunduğu Duruşmada Sözlülük Esasına Dayalı Yargılanma Hakkı

Aşağıda ayrı başlıklar altında değerlendirileceği üzere hem tarafların duruşmalı bir yargılamada yargılanma hakkı bulunur hem de yargılama prosedürünün sözlülük esasına dayalı olması gerekir. Bu iki unsur günümüzde Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi tarafından, Sözleşme'nin 6. maddesine göre âdil yargılanma hakkının temel unsurları olarak kabul edilmektedir. Âdil yargılanma hakkının bu iki unsurunun, aynı zamanda bir yargılama prosedüründe tarafların ispat hakkının gerçek anlamda güvence altına alınması için de büyük önemi bulunur. Bu iki hak, gerçek ve etkin bir ispat hakkı tesisi için şarttır. İspat hakkı açısından da, önemli bir güvence özellikle delillerin değerlendirileceği, tartışılacağı, tanıkların veya tarafların dinleneceği duruşmalara katılma. Taraflar ancak bu şekilde ispat haklarının konusunu oluşturan konularda etkin şekilde bilgilenme hakkına ve yargılamaya etkide bulunma imkânına sahip olabilirler. Bu sebeple özellikle tahkikat ve ispat sürecinde önem kazanan duruşmaların, ispat hakkını ihlâl etmeyecek şekilde usûlüne uygun olarak yapılması gerekir.

1. Duruşmalı Yargılanma Hakkı

Yargısal demokrasi açısından bakıldığında özellikle delillerin incelenmesi aşamasında duruşmalarda sözlülük ilkesinin geçerliliği, delillerin mahkeme tarafından ne şekilde değerlendirildiği konusunda hem yargılamanın taraflarının hem de o yargılamayı izlemek isteyen kamunun menfaatinedir. Bu anlamda yargılamanın demokratik olmasını da sağlayacak önemli bir etken, kişilerin ispat haklarını kullandıkları, kendilerini savundukları ve bu anlamda delillerin değerlendirildiği yargılama kesitlerinin halka açık olarak yapılacak duruşmalardır. Kamunun yargılama hakkında bilgilendirilmesi, hukukî *saydamlığın (transparency)* sağlanması, hukukî belirliliğin toplum tarafından demokratik yöntemlerle algılanması için yargılamanın sözlülük ilkesine dayanarak gerçekleştirilmesi bu hukuk sistemlerinde ayrıca önem taşımaktadır. Bu duruşmaların kamu menfaatine yönelen yönüdür.

Salt kişilerin menfaatleri açısından da bakıldığında, açıklama ve ispat hakkının kullanılabileceği en temel yargılama kesiti duruşmalardır. Bu sebeple yargı içtihat-

larında da, öğretide de tarafların açıklama ve ispat haklarını kullanabilmeleri için en temel şart olarak duruşma yapılması konusuna hassasiyetle yaklaşılmaktadır. Özellikle tahkikat aşamasında delillerin sözlü bir şekilde değerlendirileceği duruşmaların kişilerin ispat hakkını kullanabilmeleri için gerçekten de çok büyük bir önemi vardır. Duruşmaların ispat hakkı açısından önemi sebebiyle ön inceleme aşamasında[455], basit yargılama usûlünde[456] hâkimin duruşma yapmadan dosya inceleme yetkisini istisnaî olarak kullanması gerektiği, kuralın bu tip istisnaî nitelikteki hâkime duruşma yapmadan karar verme yetkisinin verildiği durumlarda dahi, duruşma yapılması yönünde olduğu kabul edilir. Bu anlamda kişilerin açıklama hakkında bulunacakları ve özellikle ispat araçlarını sunarak kendilerini ifade edebilecekleri her durumda mahkemenin duruşma açarak delilleri değerlendirmesi gerektiği kabul edilmektedir[457]. Gerçekten de yargılama kesitinde ve özellikle tahkikat aşamasında duruşma yapılması, tarafların ispat hakkını bu duruşmalarda kullanması ve sözlü olarak delillerin değerlendirilmesi hukukî dinlenilme hakkı açısından da ispat hakkı açısından da büyük bir öneme sahiptir. Bu durum da sözlülük ilkesini ispat hakkının kullanılması açısından temel bir unsur hâline getirmektedir. Özellikle de delillerin inceleneceği duruşmaların taraflara bildirilmesi de ispat haklarını kullanabilmeleri

---

455 "...Davalıya ön inceleme duruşmasına çağrı davetiyesi tebliğ edilmiş; ancak, davalı taraf belirlenen ön inceleme duruşmasına gelmemiştir. **Ön inceleme duruşmasında dava nihai olarak karara bağlanmayıp tahkikat aşamasına geçildiğine göre; davalının tahkikat duruşmasına davet edilmesi zorunludur. Davalının tahkikat duruşmasına katılmasına olanak sağlanmaksızın, tahkikatın yapılarak davanın esası hakkında hüküm kurulması; davalının hukuki dinlenilme hakkına aykırıdır**…." 3. HD, 2012-24707/10906 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

456 "… Mahkemece, HMK.'nın 320. maddesi uyarınca taraflar duruşmaya davet edilmeden dosya üzerinden karar verilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; bu karar davalı tarafından temyiz edilmiştir. / Savunma hakkı Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alındığı gibi, karar tarihinde yürürlükte bulunan HMK.nın 27. maddesi hükmüne göre de, davanın tarafları, müdâhiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olup, başka bir anlatımla, davalıya savunma hakkını kullanma olanağı verilmeden hüküm kurulamaz. HMK.'nın 320/1. maddesinde 'mahkeme mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar vereceği' belirtilmişse de bunun ancak ön inceleme aşamasında ve 'mümkün olan hallerde' olduğu belirtilmek suretiyle yasanın uygulama alanı dar bir çerçeve ile belirlenmiştir. ... Bu bağlamda, tarafların hukuki dinlenilme hakkı bağlamında ilk derece mahkemesince duruşma yapılması kural olup, mahkemece tarafların iddia ve savunmalarının toplanarak duruşma açılması ve tarafların açıklamaları dinlenildikten sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken dosya üzerinde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirir." 13. HD, 7.5.2013, 5237/11706 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası). Benzer şekilde bkz.: "...Davanın basit yargılama usulüne tabi olması bu hakkın ihlâl edilmesi suretiyle karar verilebileceği anlamına gelmez..." 2. HD, 13.3.2013, 2012-14579/6846 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

457 "...mahkemece şikayetin niteliği itibariyle duruşma açılarak taraf teşkili sağlandıktan ve varsa tarafların gösterecekleri deliller toplandıktan sonra şikayet hakkında karar verilmesi gerekirken evrak üzerinde ve eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." 12. HD, 1.4.2013, 2526/12300 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

açısından hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir[458]. Her ne kadar dilekçelerin teatisi ve diğer yargısal kesitler bir ölçüde yazılılık esası üzerinden yürütülebilirse de, özellikle delillerin inceleneceği, tartışılacağı tahkikat, sözlü yargılama ve karar kesitlerinde sözlülük ilkesine riayet edilmesi açıklama ve ispat hakkının kullanılabilmesi için temel bir unsur, gerekliliktir.

Duruşmalı yargılanma hakkının bir unsuru ve gerekliliği de *duruşmada hazır bulunma hakkıdır.* Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi bu gerekliliği açık bir şekilde hüküm altına almamışsa da, gerek ceza davaları açısından gerekse medenî davalar açısından tarafların böyle bir hakkı olduğu ve bu hakkın âdil yargılanma hakkının bir gerekliliği olduğu kabul edilmektedir[459]. Zira duruşmada hazır bulunma hakkı, aynı zamanda *duruşmaya etkili bir biçimde katılma hakk*ının ve *çelişmeli yargılanma hakkı* ile *hukukî dinlenilme hakk*ının bir parçasıdır[460] ve bu ilgi, duruşmada hazır bulunma hakkının ispat hakkıyla ilişkisini de pekiştirmektedir. Elbette duruşmada hazır bulunma hakkı, medenî hak ve yükümlülüklere ilişkin davalar için taraflar açısından mutlak bir anlam taşımaz[461]. Ancak tarafların kişilik özelliklerinin ve hayat tarzının, uyuşmazlığın çözümüne doğrudan katkı sağlayacağı davalar bakımından Mahkeme, duruşmada hazır bulunma hakkını âdil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul eder[462]. Dolayısıyla esasında ispat hakkı açısından önem arzeden durum, tarafların yazılı da olsa sözlü de olsa uyuşmazlığın çözümüne kendi lehine katkı sağlayabilmek için açıklamada bulunabilmeleridir. Bununla birlikte tarafın kişisel özelliklerinin ve kişisel beyanlarının uyuşmazlığın çözümüne önemli

---

458 "Davacı ön inceleme duruşmasından önce delil listesini ibraz etmiş, davalı ise cevap süresi geçtikten sonra cevap ve delil listesi sunmuştur, ön inceleme duruşması yapılmış ve anlaşamadıkları hususlar tespit edilmiştir. Davalı tarafından bildirilen tanıklar, süresinde bildirilmediği gerekçesiyle dinlenmesi talebinin reddine karar verilmiştir. **Ön inceleme duruşması yapılmadan, tensiple taraflara, dilekçelerinde göstermiş oldukları ve belge niteliğindeki delilleri sunmaları veya bulundukları yerlerle ilgili açıklamada bulunmaları için süre verilmesi bu anlamda sonuç doğurmaz. Delil, çekişmeli vakıaların ispatı için gösterilir. Ön inceleme duruşması yapılmadan, tarafların üzerinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar belirlenmeden, tarafların tanık listesi vermeleri de beklenemez.** Süresinde cevap ve delil bildirmeyen davalının, davacının dava dilekçesinde dayandığı vakıaları inkar etmiş olacağına göre, ön inceleme duruşmasından önce bildirdiği tanıkların da bu doğrultuda dinlenmesi gerekir." 2. HD, 11.12.2013, 16048/29319 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası). Benzer yönde bir karar için bkz. 2. HD, 28.3.2013, 2012-22296/8523 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

459 Harris ve diğerleri, s. 249; İnceoğlu, ss. 259-260.

460 Harris ve diğerleri, s. 249.

461 Harris ve diğerleri, s. 250; İnceoğlu, s. 260.

462 Harris ve diğerleri, s. 250. Örneğin boşanma sonrası ebveynlerin çocuğu görme hakkına ilişkin veya çocuğun gözetimi ile ilgili davalar, bu tür davalara örnek teşkil etmektedir (*bu konuda bkz.* İnceoğlu, s. 260).

katkılar sağlayacak olması hâlinde, ispat hakkı duruşmada hazır bulunma hakkı ile pekiştirilmektedir. Ancak ifade ettiğimiz üzere, ceza davaları hâricinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, duruşmada hazır bulunma hakkını mutlak olarak âdil yargılanma unsuru olarak görmemektedir; dolayısıyla medenî yargıya ilişkin davalarda ilgili tarafın, o uyuşmazlık için duruşmada hazır bulunma hakkının ispat ve açıklama hakkının kullanılmasında, âdil bir yargılama gerçekleştirilmesinde olumlu katkısı olduğunu belirtmelidir.

Yargılama prosedüründe, bazı durumlarda birtakım haklı menfaatlerin korunması amacıyla alenîyet ilkesi sınırlandırılabilir. Örneğin özel hayatın, çocukların, millî güvenliğin veya birtakım diğer menfaatlerin korunması amacıyla duruşmalar basına ve üçüncü kişilere kapatılabilir. Ancak bu durumların, duruşmalı yargılanma hakkının bir istisnası olduğu düşünülmemelidir. Zira bu durumda duruşma yargılama prosedüründe gerçekleştirilmekte, sadece yargılamanın tarafları dışındaki üçüncü kişilere duruşmalar kapatılmaktadır ve oldukça istisnaî bir uygulamadır.

Uyuşmazlığın tarafları, sadece sözlü olarak yapılan duruşmaya katılma hakkına sahip değildir. Aynı zamanda bu *duruşmaya etkili şekilde katılma hakkı*na, yani bu anlamda duruşmayı izleme, açıklamaları duyma hakkını içerir. Bu hak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından cezaî olmayan davalarda da, âdil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilir[463].

2. Sözlülük Esasına Dayalı Yargılanma Hakkı

Sözlülük ilkesinin (Mündlichkeitsgrundsatz; oral principle) yargılama prosedürlerinde önemli bir işlevi bulunur. Sözlülük ilkesi, yargılamayı âdeta canlı bir organizmaya dönüştürür; taraflar ile hâkim arasında delillerin tartışılacağı, uyuşmazlık konusu vakıaların değerlendirileceği, iletişime ve işbirliği ilkesine açık bir sürecin oluşmasına katkıda bulunur. Taraflar ne kadar iddia ve savunmalarını yazılı dilekçeler ile gerçekleştirse de, ispat hakkının temin ve tesisinde sözlülük ilkesi vazgeçilmesi mümkün olmayan bir ilkedir[464].

---

[463] Harris ve diğerleri, s. 253.

[464] Bu konuda bkz. Dieter Leipold, "Oral and Written Elements Within the Introductory Phase of Civil Procedure", **Oral & Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure (6-8 Nov'08, Universitat de València),** International Association of Procedural Law 2012, (Convergence with European Civil Procedure), ss. 119-163; Johanna Niemi Kiesiläinen, "Efficiency and Justice in Procedural Reforms: The Rise and Fall of the Oral Hearing", **Civil Justice Between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Alan Uzelac, Intersentia, Antwerpen 2008,

Ortak Hukuk dünyası açısından sözlülük ilkesi Kıta Avrupası dünyasına nazaran medenî yargılamada çok daha büyük önem taşımıştır. Bu durumun tarihî ve kültürel önemli birtakım sebepleri bulunmaktadır. Ortak Hukuk dünyasında jürili yargılamalar, halkın yargı faaliyetine katılımı olarak kabul edilerek temellerini demokratik toplum düzeninin gereklilikleri üzerine inşa etmiştir. Bu sistemde halkın yargı faaliyetine katılımına çok önem verilmiş ve jürili yargılamalar temel bir hak olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar jürili yargılamalar zamanla medenî yargılama alanında uygulama alanını kısmen de olsa yitirmişse de, jüri geleneğinin yargılama kültüründeki etkileri devam etmiştir. Bu anlamda kararın birbirini yakın zamanda izleyen en fazla birkaç oturumdan oluşan duruşma sürecinden geçilerek verilmesi ve duruşmaların sözlülük ilkesine dayanması, bu etkilerin birer sonucudur. Duruşmaların kamuya açık bir şekilde ve sözlü olarak gerçekleştirilmesi demokrasinin bir gerekliliği olarak kabul edilmiştir. Bu şekilde taraf vekillerinin açılış konuşmalarında dayandıkları temel hukukî gerekçeler ve deliller hakkında açıklamaları mahkeme tarafından doğrudan doğruya algılanabilecek; tanıklar sözlü ifadeler verecek, vekiller yazılı delilleri mahkemeye okuyacak ve savunmalarını sözlü bir şekilde mahkemeye doğrudan doğruya yansıtma imkânına sahip olacaktırlar[465].

---

ss. 29-45; J.W. Peyrano, "The Evidence Between Orality and Writing", **Oral & Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure (6-8 Nov'08, Universitat de València),** International Association of Procedural Law (Elektronik makale); Marcel Storme, "More Voice, Less Print - Why Court Proceedings Should Become More Oral", **Oral & Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure (6-8 Nov'08, Universitat de València),** International Association of Procedural Law (elektronik makale); Rolf Stürner, "Mündlichkeit und Schriftlichkeit im europaischen Zivilprozess", **Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag,** Sellier European Law Publishers 2012, ss. 991-1004; Michele Taruffo, "Orality and Writing as Factors of Efficiency in Civil Litigation", **Oral & Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure (6-8 Nov'08, Universitat de València),** International Association of Procedural Law (Orality and Writing) (elektronik makale); Zuckerman, Party-Control, ss. 65 vd.

[465] Zuckerman, Zuckerman on Civil Proceeding, s. 94. Bugün içinse özellikle İngiliz hukukunda gözle görülür şekilde sözlülük ilkesinden yazılılık ilkesine doğru önemli bir eğilim yaşanmaktadır. 1999 tarihli İngiliz Medenî Yargılama Kuralları, daha pek çok özelliğinde olduğu gibi yazılılık ilkesine olan eğilimini arttırarak Kıta Avrupası sistemlerinde yakınlaşmıştır. İngiliz hukukunda da artık taraflar yargılamanın başında mahkemeye, savunmalarını dayandırdıkları dökümanları ve tanık ifadelerini yazılı olarak vermekte; hâkim de duruşmanın başında bunları sözlü olarak okuyabilmektedir. Duruşmada ise normal şartlar altında yazılı deliller okunmamakta; tanık ifadeleri de hâkimin odasında ("*in chief*") alınmakta ve duruşma oturumunda tanık çapraz sorguya tâbi tutulsa dahi ifadesi ayrıca okunmamaktadır. İngiliz hukukunda bugün geçerli olan bu uygulama ile duruşmalara katılan kamu açısından yargılamada tarafların savunmaları ve delilleri konusunda pek çok açık noktanın kalabildiği ve sözlülük ilkesinin etkisini azaltmasıyla birlikte kamunun yargılama sürecini tam anlamıyla idrak etme şansından yoksun kaldığı ifade edilerek yazılılık ilkesi eleştirilmektedir (Zuckerman, Zuckerman on Civil Proceeding, s. 94).

Sözlülük ilkesinin bu önemli fonksiyonuna rağmen, bu ilkenin sadece demokratik yönü esas alındığında, bir toplumda yargıya güvenin sağlanması, hukukî saydamlığın kamu tarafından algılanabilmesi, hukukî belirlilik ilkesi çerçevesinde halkın hukuk yargılamaları hakkında bilgi edinme haklarının temin edilmesinin yolu sadece sözlülük ilkesinin mutlak şekilde uygulandığı yargılama süreçlerinden geçmemektedir. Aksine duruşmaların sözlülük esasına dayanarak gerçekleştirilmesi, alenîyet ilkesinin verdiği duruşmaların kamuya açık olma garantisi ile birleşse dahi, bu durum toplumda yaşayan herkesin o yargılama süreci hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamaz. Nihâyetinde duruşmaların yapıldığı salonlar mekânsal sınırlara tâbidir. Bu anlamda demokratik bir hukuk düzeninde bireylerin yargılama faaliyeti hakkında bilgi edinmelerinin, adalet mekanizmasının kamunun güvenini kazanabilmesi için hukukî saydamlık önemlidir. Bunun da yegâne aracı, âdil yargılanma hakkının sağladığı haklardan biri olan alenîyet, kamuya açıklık hakkından elde edilebilecek mahkeme kararlarına erişim hakkıdır. Mahkeme kararlarına erişim, hukukî belirliliğin, toplumun adalet mekanizmasına olan güveninin kurulması ve sağlanmasında başvurulacak ilk araçtır. Bu şekilde bireyler benzer durumlarda mahkemelerin ne şekilde karar verebileceğini öğrenme hakkına da sahip olabileceklerdir. Bugün gelişmiş hukuk sistemlerinde hukukî saydamlığın, hukukî belirliliğin sağlanması ve en önemlisi kamusal güvenin sağlanması, yani başka bir anlamda yargı faaliyetinin toplum içerisinde meşru temellerini kazanabilmesi için mahkeme kararları herkese açık hâle getirilmektedir. Bütün bu açılardan bakıldığında ispat hakkının tesisi için de temel bir gereklilik mahkeme kararlarına da ulaşımın etkin bir şekilde sağlanmasıdır. Böylece kişiler benzer durumdaki olaylar için mahkemelerin nasıl bir ispat sürecinden geçirilerek hükme gidildiği konusunda bilgilenecek, iddia ve savunmaları açısından kendilerine benzer olaylar örnek teşkil edecektir. Hukukî belirlilik ilkesi de, bireylerin benzer uyuşmazlıklarda içine girecekleri hukukî prosedür hakkında bireylere bir yol haritası oluşturabilmelidir. Ancak sadece mahkeme kararlarına etkin erişim ile yazılılık ilkesinin bertaraf edebileceği demokratik hakların tamamen temin edilmesi mümkün değildir.

Sözlülük ile şeklîlik veya şekilcilik farklı kavramlardır ve kesinlikle birbirinden ayırt edilmelidirler. Sözlülük ilkesi ispat hakkına hizmet eden bir yargılama ilkesi olmakla birlikte, şekilcilik ispat hakkı ihlâllerine sebebiyet veren yargısal bir

alışkanlıktır. Şekilcilik, ispat hakkının gereği olarak delillerin değerlendirilmesine veya delillere ispat hakkını temin edecek şekilde dayanılmasına engeldir. Türk medenî yargılama ispat sistemi ve uygulaması ise, ölçüsüz birtakım şekilci alışkanlıklara sahiptir. Buna verilebilecek temel örnek yargılama sürecinde, birtakım ispat araçlarının yargılamaya getirilebilmesinin, dilekçede gösterilen deliller içerisine "vs. diğer yasal deliller" ifadesinin yer alması şartına bağlanmasıdır.

E. Adalete ve Mahkemeye Etkin Erişim Hakkı

1. Mahkemeye Etkin Erişim Hakkı ve İspat Hakkı İlişkisi

a. Mahkemeye Başvuru Hakkı ve İspat Hakkı

İlgililerin, ispat hakkı ihlâllerine karşı mahkemeye başvuru / erişim hakkının bulunması Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinin bir gereğidir. Anayasa'nın 36. maddesinde kişilerin hak ihlâllerine karşı mahkemeye başvuru hakkının bulunduğu açıkça belirtilmiştir. Yine AİHS m. 13'de kişilerin, Sözleşme ile belirlenen temel haklarının ihlâl edilmesi hâlinde mahkemelere başvuru haklarının bulunduğu düzenlenir. İspat hakkının da, AİHS m. 6'dan çıktığı dikkate alındığında, ispat hakkı ihlâllerine karşı mahkemeye başvuru hakkı, temelini 13. maddeye dayandırır. AİHS m. 6 ise, *mahkemeye başvuru hakkı*nı açıkça kaleme almamıştır. Bununla birlikte mahkemeye başvuru hakkının, hukukun temel bir ilkesi olduğu, bu hak tanınmaksızın hakkaniyete uygun, alenî bir yargılamadan ve hukukî dinlenilme hakkından söz edilemeyeceği; dolayısıyla mahkemeye başvuru hakkı olmaksızın, âdil yargılanma hakkının içerdiği güvencelerden yararlanmanın imkânsız olacağı gerek AİHM gerekse Anayasa Mahkemesi tarafından haklı olarak kabul edilmekte[466]; böylece ispat hakkı ihlâllerine karşı mahkemeye başvuru hakkının temeli AİHS m. 6 kapsamına da dahil olmaktadır. Mahkemeye başvuru hakkı, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin başlangıcında belirtilen ve Avrupa Konseyi üyesi devletlerin *ortak mirası* olan "*hukukun üstünlüğü*" ilkesinin de temel unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir[467]. Bu sebeplerle ispat hakkı ihlâllerine

[466] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, ss. 215, 220-221.
[467] Harris ve diğerleri, s. 237.

karşı ilgililerin mahkemeye başvuru/itiraz haklarının bulunduğu konusunda bir tereddüt yoktur[468].

Mahkemeye başvurma hakkı, hak aramak için mahkeme önüne gidebilme olanağının *gerçekten, fiilen* ve *etkili* bir biçimde mevcut olmasını gerekli kılar[469]. Dolayısıyla mahkemeye başvurma hakkı sadece hukuken öngörülen sınırlamaların değil fiilen öngörülen sınırlamaların da kaldırılmasını gerekli kıldığından, kişilerin mahkemeye başvurma konusunda içinde bulundukları ispat hakkı güçlüklerinin de aşılması gerekir.

b. Mahkemeye Etkin Erişim Hakkı ve İspat Hakkı

İspat hakkının güvencesi için kişilerin aynı zamanda mahkemeye erişim haklarının etkin şekilde temin edilmiş olması gerekir. Mahkeme'nin bu konudaki kökleşmiş içtihatlarının temelini 1975 yılında verilmiş olan *Golder v. Birleşik Krallık* davası[470] oluşturmaktadır. Bu davada, bir cezaevi görevlisi hakkında hakaret davası açmak üzere avukatına mektup yazmak isteyen bir mahkûmun talebi İçişleri Bakanlığı tarafından reddedilmiş ve Mahkeme İçişleri Bakanlığı'nın bu red kararının Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında olduğuna karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre *Golder v. Birleşik Krallık* davasının da temelini oluşturduğu üzere mahkemeye erişim hakkı *hukukî* ve *fiilî erişimi* ifade eder. Zira bu kararda da belirtildiği üzere hukuken kişinin mahkemede dava açma hakkı bulunmasına rağmen, fiilen bir avukatla görüşmesine izin verilmediği için mahkemeye erişim hakkının ihlâl edildiğine karar verilmiştir. Bu kapsamda sadece kişinin kısmî veya geçici bir engelleme her türlü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından mahkemeye erişim hakkının ihlâli olarak kabul edilmektedir. Mahkemeye erişim hakkı ve bu hakkın sınırlandırılması sorunu Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarında da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne benzer yönde gelişmektedir[471].

Bunun haricinde mahkemeye etkili erişim hakkı farklı açılardan âdil yargılanma hakkı kapsamında kabul görmektedir. Mahkeme, hukuk davalarının

---

[468] Bu başvuru, aşağıda üzerinde durulacağı üzere aynı zamanda ispat hakkı ihlâllerine karşı hukukî çarelere ve kanunyollarına başvuru imkânını da kapsamaktadır. Bu konuda bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 6, II, D.

[469] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 215.

[470] ***Golder v. Birleşik Krallık,*** 21.2.1975, 4451/70, § 36 (Harris ve diğerleri, s. 237).

[471] AYM 20.3.2014, 2013/1780 (RG 10.5.2014, S. 28996). Benzer yönde başka bir karar için bkz. AYM 20.2.2014, 2012/603 (RG,19.3.2014, S. 28946).

açılabilmesi için gerekli olan yüksek miktardaki dava harç ve masraflarının da, kendi avukatlarını görevlendiren ve dava harçlarını ödeyen başvurucular açısından mahkemeye etkili erişim hakkının zarar verebileceği görüşündedir[472]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre mahkemeye etkili erişim hakkı aynı zamanda mahkemeye başvuru konusunda tutarlı bir sistemin var olmasını ve dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşmada *açık, pratik ve etkili fırsatlara* sahip olmasını gerektirir[473]. Yine bunların yanı sıra mahkemeye erişim hakkı, devletin bir davanın taraflarına usulüne uygun tebligat yapılmasını ve onları duruşmaların tarihi ve kararlar hakkında bilgilendirmesini de gerektirir[474].

Ancak mahkemeye erişim hakkı, pozitif temel haklar kategorisine dahil olduğundan mutlak bir hak değildir ve bu anlamda hakka sınırlama getirilebilir[475]. *Golder v. Birleşik Krallık* davasında belirtildiği üzere, pozitif temel hak olması sebebiyle bu hak, niteliği itibariyle devletin düzenleme yapmasını gerektirir ve bu düzenlemeler bireylerin ve toplumların ihtiyaçlar ve kaynaklarına bağlı olarak zaman ve mekan içinde değişebilir. *Ashingdane v. Birleşik Krallık* kararında[476] belirtildiği üzere devlet bu hakka kısıtlama getirirken belirli bir takdir yetkisine sahiptir, ancak sınırlama diğer temel haklarda olduğu gibi *hakkın özüne* zarar getirmemelidir. Ayrıca sınırlamanın *meşru bir amacı olmalı* ve sınırlama *orantılılık ilkesi* ile uyumlu olmalı yani kullanılan araçlar ile güdülen amaç arasında orantılılık ilişkisi bulunmalıdır[477].

Mahkemeye erişim hakkı, yukarıda da belirttiğimiz üzere hukuk kurallarının açık, bilinebilir, belirlenebilir olmasını gerektirir. Bu sebeple karışık ispat kuralları içeren kanunî düzenlemelerin ispat hakkını ihlâl tehlikesi altında bırakacağı şüphesizdir. Yine ispat kurallarının, hukukî güvenliğe hizmet etmesi; kişilerin ispat kuralları karşısında başvuracağı hukukî yollarda bilinebilir kural ve ilkeler çerçevesinde hak arama özgürlüklerini kullanmaları ispat hakkı açısından da kurucu niteliktedir.

---

[472] Bu konuda bkz. ***Weisman v. Romania,*** 25.5.2006, 63945 (hudoc).
[473] ***De Geouffre de la Pradelle v. Fransa,*** 16.12.1992, 12964/87 (***Harris ve diğerleri,*** s. 241).
[474] ***Bogonos v. Rusya,*** 68798/01 (hudoc); ***Sukhorucbchenko v. Rusya,*** 5.2.2004, 68798/01 (hudoc); ***Hennings v. Almanya,*** 16.12.1992, 12129/86.
[475] Harris ve diğerleri, s. 241.
[476] ***Ashingdane v. Birleşik Krallık*****,** 28.5.1985, 8225/78 (hudoc).
[477] Harris ve diğerleri, s. 241.

Anayasa Mahkemesi pek çok kararında, benzer hususları hukuk devleti ilkesi ile ilişkilendirmektedir[478].

2. Adalete Erişim Hakkı ve İspat Hakkı İlişkisi

a. Adalete Erişim Hakkı Konusundaki Gelişmelerin İspat Hakkına Etkisi

Adalete erişim kavramı özellikle 1970'li yıllardan itibaren medenî yargılama hukuku alanını da yoğun şekilde meşgul etmektedir. İlk bölümde yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz üzere esasında 19. YY, medenî yargılama hukuku alanında yoğun bir şekilde liberal düşüncenin hüküm sürdüğü bir tarihi süreç olmuştur. II. Dünya Savaşı'nın ardından yoğunluğu artan bir şekilde "sosyal devlet", "refah toplumu" kavramlarının gelişmesi, gün geçtikçe "temel haklar"ın da uygulama alanının genişletilmesine sebebiyet vermiş[479] ve elbet bu etkileşim adlî yönetim ve bu arada da medenî yargılama hukuku alanına da sirayet etmiştir. Adalete erişim kavramı ile birlikte medenî yargılama sistemleri liberal düşüncenin vücut bulduğu geleneksel bireyci anlayışı terk etmiş ve medenî yargılama sistemlerinin kamusal boyutu büyük bir önem kazanmıştır. Zira adalete erişim kavramı, temelde zayıf durumda bulunanların (*ekonomik gücü objektif ölçütler çerçevesinde yetersiz olan, tüketici, borçlu, işsiz, kiracı gibi*) mahkemeye ve adalete erişebilmeleri için yargılamanın süjeleri arasındaki eşitsizlikleri bertaraf etme temel düşüncesine dayanarak ortaya çıkmıştır. "*Zengin ve fakir karşı karşıya kaldığında özgürlük ezer, yasa ise kurtarıcı olur*" deyişi, zaman içerisinde devletin sadece kanun ile değil, oluşturacağı düzen ve sistemle hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesini sağlama görevi ile tamamlanmıştır[480]. Gün geçtikçe özellikle Avrupa Konseyi'nin konuyla ilgili projelerinin ve çalışmalarının artmasıyla birlikte, konu Türk medenî yargılama hukuku alanına da sirâyet etmiş ve 2000'li yıllar itibariyle çeşitli araştırmalara, çalışmalara konu olmaya başlamıştır[481].

Adalete erişim kavramı, oldukça geniş bir anlama sahiptir ve bünyesinde pek çok unsurun birlikte sağlanmasına bağlıdır. Adalete erişim kavramı sadece mahke-

---

[478] AYM 28.2.2013, 2012-116/32 (RG 13.8.2013, S. 28734); AYM 28.2.2013, 2012-116/32 (RG 13.8.2013, S. 28734).

[479] Bu konuda bkz. İbrahim Kaboğlu, "Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa'ya Yansıtılması Sorunu", **AYD,** S. 11, 1994, (Hak ve Özgürlük Anlayışı), ss. 238-242.

[480] Kaboğlu, Hak ve Özgürlük Anlayışı, s. 241.

[481] Türk medenî yargılama hukukunda adalete erişim kavramı, gereklilikleri, unsurları, tarihî gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Serdar Özbek, "Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim", **Legal MİHDER,** S. 4, 2006, (Adalete Erişim), ss. 907 vd.

melere erişimi bünyesinde barındırmaz, aynı zamanda çok daha geniş bir kavramı ifade eden adalete *etkin* erişim hakkını da bünyesinde barındırır[482]. Bu unsurların önemli bir kısmının da ispat hakkının gerçek anlamda uygulanabilmesi ve güvence altına alınabilmesi için önemli rolleri bulunur. Bu unsurlar içerisine adlî yardım talebinden yararlanma, avukatla temsil hakkı, mahkemeye erişim hakkı, bilgiye erişim hakkı, hukuk kurallarının basit ve anlaşılır olması, yargı kararlarına erişilebilir olması dahildir.

b. Adalete Erişim Hakkı Kapsamında Etkin ve Güçlü Hâkim Modelinin Gelişmesi

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gereklilikler, hukuk sistemlerini birtakım konularda eğilimlere sürüklemektedir. Bu çerçevede 21. YY itibariyle adalete erişim hakkı içerisinde hukuk sistemlerinin eğilimleri arasında özellikle delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, sözlülük ilkesine ağırlık verilmesi ve hâkimin taraflar arasında mevcut eşitsizlikleri kaldırabilmesi için yargılama sürecinde etkin ve güçlü yetkilerle donatılması öngörülmektedir. Bu anlamda hâkim, yargılama ve bu arada ispat sürecinde kendi sübjektif konumundan kaynaklanan güçlükler yaşayan tarafı, yetkileri çerçevesinde yönlendirebilecek ve tarafların eşit yargısal imkânlar çerçevesinde hak arama özgürlüklerini kullanmalarını sağlayacaktır. Bu durum esasen tamamen temel hakların gelişmesi ve eşitlik ilkesinin medenî yargılama hukuku alanında yoğun bir şekilde etkinliğini artırmasının bir sonucudur. Bu sebeple aşağıda üzerinde duracağımız hâkimin ispat sürecini yönetme yükümlülüğü ve bu yükümlülüğü kapsamında sahip olduğu tüm yetki ve görevler, temelini adalete etkin erişim hakkında bulmaktadır. Aşağıda da üzerinde duracağımız üzere hâkimin ispat sürecini yönetme konusundaki her bir hata, hukuka aykırılık, takdir yetkisini hatalı kullanması aynı zamanda tarafların ispat hakkını ihlâl edebilecek niteliktedir. Zira adalet erişim kavramı içerisinde medenî yargılama modellerinin hedeflediği herkes tarafından anlaşılabilecek basit ispat kuralları, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi ve özellikle hâkimin tarafları ispat süreci konusunda hukuka uygun bir şekilde yönlendirerek tarafları süpriz kararla karşılaşma tehlikesinden uzak tutmaktır.

[482] Türk hukuku açısından Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen *hak arama özgürlüğü*nün sadece mahkemelere erişim hakkını barındırdığı, *adalete erişim hakkının* ise çok daha üst bir kavram olarak temelini sosyal devlet ilkesinden aldığı haklı olarak belirtilmektedir. Dolayısıyla adalete etkin erişim hakkı, sadece mahkeme önünde hakkını arayabilme hakkını değil aynı zamanda etkin ve etkili bir yargılamanın yürütülmesini de bünyesinde barındırır.

c. Adalete Erişim Hakkı Kapsamında İspat Kurallarının Basit, Anlaşılır Olması Gereği

İspat kurallarının da hukukçu olmayan, hakkını kendisi savunmak isteyen her vatandaş için basitçe anlaşılır nitelikte olmasının adalete erişimin bir parçası olduğu belirtilmişti. Şüphesiz ki, bu konuda yargılama modellerinin tercih etmiş olduğu politik tercihler bu konuda birtakım farklılıklara sebebiyet verebilmektedir. İlk bölümde ideolojik düşünce yapılarının ispat sürecinde ve özellikle ispat hakkı üzerindeki etkisini incelerken örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde kanunkoyucunun ispat kurallarını anlaşılması zor bir şekilde kaleme almayı tercih ettiği üzerinde durmuştuk. Bu durum liberal düşünce yapısının avukatlık mesleği üzerindeki etkisi ile ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık bizim de dâhil olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sistemleri olabildiğince hukuk ve bu arada ispat kurallarını her bir hak arayanın anlayabileceği açıklıkta düzenlemeyi amaçlamaktadır. Bu amacın yetersiz olduğu durumlarda ise, hukuk sistemleri avukatla temsil mecburiyetini devreye sokmaktadır[483]. Özellikle uyuşmazlıkların daha büyük miktarlarda olduğu, daha karmaşık olduğu davalarda avukatla temsil mecburiyeti getirilmesi ispat hakkının etkin bir şekilde sağlanması için oldukça önemli bir teminattır. Aksi takdirde hukuk kurallarının ve ispat sürecinin karmaşık olduğu bir yargılama sürecinde avukatla temsil mecburiyetinin bulunmaması, kişilerin ispat hakkını kullanmasının önünde büyük bir engel teşkil eder. Şüphesiz ki, bir yargılama modeline avukatla temsil mecburiyetinin getirilmesi, öncelikle o sistemde adlî yardım müessesesinin çok iyi bir şekilde işletilmesine bağlıdır[484]. Aksi hâlde, yani avukatla temsil mecburiyetinin bulunduğu bir yargısal modelde adlî yardımdan yararlanmak -*ülkemizde olduğu gibi*- çok güç ve neredeyse imkânsız olursa, bu durum da kişilerin iddialarını ispat etme hakkı bakımından bir ihlâl teşkil edecektir.

---

[483] Avukatla temsil zorunluluğunun hizmet ettiği bu amaç hakkında bkz. Mine Akkan, **Avukatla Temsil Zorunluluğu,** Yetkin, Ankara 2010, (Avukatla Temsil), ss. 154-161.

[484] HMK'nın Tasarı hâlinde avukatla tesmil mecburiyeti getirilmiş olmasına rağmen, Kanun kabul edilirken ispat hakkının temininde çok önemli bir fonksiyonu olan bu kurum maalesef kaldırılmıştır. Bu konuda bkz. İbrahim Ercan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medenî Yargıda Avukat İle Temsil Zorunluluğu", **Legal MİHDER,** S. 5, 2006, ss. 1275-1300.

d. Adalete Erişim Hakkı Kapsamında Avukatla Temsil Hakkı

aa. Medenî Haklara ve Ödevlere İlişkin Davalarda Avukatla Temsil Hakkının Sağlanması Zorunluluğu Olup Olmadığı ve İspat Hakkına Etkisi

aaa. Temel İlke

Hukuk davalarında ücretsiz avukat yardımı, bazı koşullar altında mahkemeye ulaşma hakkının varlığı açısından zorunlu kabul edilebilmektedir[485]. Böyle bir zorunluluğun kabul edilmesini gerektiren bir durumda, tarafın ücretsiz avukat yardımından yararlanamaması, kendisi açısından ispat hakkı ihlâline sebebiyet verebilecektir. Zira taraf, ücretsiz avukat yardımından yararlanamadığı için açıklama hakkını gereği gibi kullanma imkânına sahip olamamışsa, bu durum âdil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir. Ücretsiz avukat yardımının zorunlu olduğu uyuşmazlıklar arasında ise, davanın karmaşıklığı nedeniyle kişinin davasını kendi başına etkili bir biçimde savunamaması veya iç hukukun avukat ile temsili zorunlu kılması durumlarında, -*şayet taraf, avukat masrafını karşılayacak ekonomik güce sahip değilse*- ücretsiz avukat yardımı zorunludur[486]. Bu zorunlu durumlarda, bu hizmetin sağlanamaması ispat hakkı ve âdil yargılanma hakkı ihlâli olarak kabul edilecektir.

bbb. Medenî Haklara ve Ödevlere İlişkin Davalarda Avukatla Temsil Hakkının Tanınmasını Gerektiren Ölçütler

Mahkemeye etkili erişim hakkı ise mahkemeye erişim hakkından biraz daha farklı unsurlar içermektedir. Mahkemeye etkili erişim hakkının temelleri ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 1979 yılında verdiği *Airey v İrlanda* davasında[487] atılmıştır. Bu davada eşinden boşanmak isteyen yoksul bir kadının adlî yardım talebini reddeden İrlanda Yüksek Mahkemesi'nin kararı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'ne aykırı bulunmuş ve İrlanda Devleti'nin, mahkemeye erişim hakkının devletlere, ücretsiz adlî yardım gibi ekonomik sonuçları olan pozitif yükümlülükler yüklemediği yönündeki iddiasını reddetmiştir[488]. *Airey v İrlanda* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, medenî hak ve yükümlülükleri ilgilendiren davalarda mahkemeye erişim hakkının kullanımında adlî yardımın Sözleşme'nin

---

[485] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 217.
[486] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 217.
[487] ***Airey v İrlanda****,* 9.10.1979, 6289/73 (Harris ve diğerleri, s. 238).
[488] Harris ve diğerleri, s. 238.

6/3, c maddesindeki ceza davalarında "adalet sisteminin gerektirdiği" adlî yardımla aynı nitelikte olmadığını vurgulamıştır. Zira Mahkeme'ye göre "adlî yardımın mahkemeye erişim hakkının etkili kullanılabilmesi için bir zorunluluk olduğu kabul edilirse, 6/1 maddesi devletin bazı durumlarda avukat yardımı sağlamasını gerektirebilir"[489]. Ancak ulusal hukuklarda avukatla temsil mecburiyeti bulunması hâlinde, devlet avukat yardımı sağlamak zorunda olabilecektir; bunun ötesinde ise mahkemeye erişim hakkı kapsamında zikredilen "hukukî yardım ihtiyacı", her davanın koşullarına bakılarak belirlenecektir. Bu durumda hukukî yardım ihtiyâcının mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde kabul edilebilmesi için aranacak koşullar içerisinde özellikle *davanın başvurucu için önemine*, *konuyla ilgili hukukun ve özellikle usûlün karmaşıklığına* ve *başvurucunun kendi kendini etkili bir biçimde temsil edip edemeyeceğine* bağlıdır; hâtta bu kapsamda, maddî vakıalar savunulabilir bir dava ortaya çıkarmıyorsa adlî yardım sağlama zorunluluğu da bulunmaz[490]. Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi içtihatları değerlendirildiğinde, Mahkeme'nin adlî yardım ihtiyâcının kabul edilmesinde özellikle ispat, tahkikat sürecinin karmaşıklığını ve tarafların kendilerini savunmaları için denk fırsatlara sahip olup olmadığı hususlarını büyük bir hassasiyetle tarttığı ve bu çerçevede adlî yardım ihtiyâcının mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir. Bu çerçevede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi her ne kadar ülkelerin benimsemiş olduğu ispat prosedürlerinin âdil olup olmadığını değerlendirme yetkisi bulunmuyorsa da[491], Mahkeme özellikle bir hukuk sisteminde karmaşık ispat prosedürlerinin benimsenmesini veya tarafların ispat ve tahkikat sürecinde denk fırsatlara sahip olmamasını Sözleşme'nin 6. Maddesi anlamında değişik anlamlarda âdil yargılanma hakkının ihlâli olarak görmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz çerçevede Mahkeme'nin ispat ve tahkikat sürecinin karmaşıklığı ile yargılamanın taraflarının denk savunma imkânına sahip olmalarını bir ölçüt olarak benimsemektedir. Bu çerçevede mahkemeye erişim hakkı kapsamında yargılamada hukukî temsil açıdan güçsüz bulunan taraf lehine adlî yardım talebini kabul ettiği *Steel ve Morris v Birleşik Krallık* davası[492] önemlidir. Mahkeme bu kararda çok hassas bir şekilde yukarıda belirtmiş olduğumuz hususları incelemiş

[489] Harris ve diğerleri, s. 239.
[490] Harris ve diğerleri, s. 239.
[491] Bu konuda aşağıda ele alınacaktır.
[492] ***Steel ve Morris v Birleşik Krallık*****,** 15.2.2005, 68416/01, § 61 (hudoc).

ve mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde davalı taraf lehine adlî yardım talebinin haklılığına kanaat etmiştir. Bu davada fast-food zinciri olan McDonald's, Londra'daki Greenpeace örgütünün hazırladığı bir broşürde McDonald's'ın çevresel ve sosyal nedenlerle eleştirilmesi gerekçesiyle iki başvurucu (*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuran ve Birleşik Krallık'ta görülen asıl davada davalı sıfatına sahip olan iki gerçek kişi*) aleyhine hakaret davası açmış ve bu dava neticesinde davacı McDonald's lehine £76,000 tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir[493]. Bunun üzerine başvurucular Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurarak yargılama sırasında reddedilen adlî yardım taleplerinden dolayı Sözleşme'nin 6/1 maddesinin ihlâl edildiğini ileri sürmüşler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de birazdan üzerinde durulacak hususların ihlâli sebebiyle başvurucuların talebini haklı ve hukuka uygun bulmuştur. Bu kapsamda yukarıda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mahkemeye erişim hakkının engellendiğinin kabulü için kullandığı ölçütler somut olayda şu şekilde uygulanmıştır[494]:

(i) *Davanın başvuru yönünden önemi kriteri:* Söz konusu davada davalılar mütevazi koşullara sahip insanlardır ve McDonald's £100,000 tutarında tazminat talep etmiştir. Dava bu açıdan başvurucular açısından oldukça önemlidir.

(ii) *Hukukun ve usûlün karmaşıklığı kriteri:* İkinci olarak davada gündeme gelen hukukî meseleler ve usûl, prosedür oldukça karmaşıktır. Bu davada çok sayıda belge ve 300 günden fazla süren duruşmalar söz konusu olmuş, 100 günden fazla zaman boyunca hukukî iddialar ileri sürülmüştür. Bu anlamda dava prosedürü oldukça karmaşıktır.

(iii) *Başvurucunun kendini etkili bir biçimde temsil edip edemeyeceği kriteri:* Söz konusu davada, başvurucular, dava boyunca kendi kendilerini temsil edebilmelerine, kendilerine açık olarak ifade edebilmelerine, becerikli olmalarına ve birkaç avukattan ücretsiz yardım alabilmiş olmalarına rağmen McDonald's ve başvuruculaların aldığı hukukî yardım arasında seviye farkı bulunmaktadır. Bu durum özellikle niteliği itibariyle zor olan davalarda adaletsizliğe yol açacak şekilde olmamalıdır.

ccc. Avukatla Temsil Hakkının Tamamlayıcısı Olarak Adlî Yardımdan Yararlanma Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *adalete etkili erişim* kapsamında ekonomik yönden güçsüz olan tarafa/taraflara ücretsiz adlî yardım imkânının tanınmasını devletin alabileceği yöntemlerden sadece biri olarak kabul etmektedir. Özellikle *usûlün, prosedürün* karmaşıklığının adalete etkili erişim kapsamında âdil yargılanma

[493] Bu konuda bkz. Harris ve diğerleri, s. 239.
[494] Harris ve diğerleri, s. 239.

hakkının ihlâli olmaması için devletin başka yöntemlere de başvurabileceği belirtilmektedir. Örneğin özellikle hakaret davaları açısından *A v. Birleşik Krallık* davasında[495], Mahkeme, "*yeşil form*" sistemi altında verilen iki saatlik ücretsiz adlî yardım ve ardından gelen koşullu ücret temelinde avukat görevlendirebilme imkânının başvurucunun açacağı hakaret davasında mahkemeye etkili erişim hakkı için yeterli olduğuna karar vermiştir[496].

bb. Avukatla Temsil Hakkının Tanınmadığı Davalarda İspat Hakkının Güvence Altına Alınması

Adalete erişim hakkının bir gereği olarak avukatla temsil edilmeyen kişilerin davasında, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için mahkemelerin, yani hâkimlerin, avukatla temsil edilen kişilerin davalarına nazaran daha özenli ve dikkatli olması gerekir[497]. Böyle bir durumda kişinin kendi kusurundan kaynaklanan konularda dahi devlet, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki güvenceleri sağlama konusunda pozitif yükümlülük altındadır[498]. Yargılamanın, başvurucunun tam olarak yargılamaya katılmasını sağlayacak biçimde yapılmaması mahkemeye başvurma hakkının ihlâlini oluşturabilecektir[499]. Bu kapsamda özellikle hâkimin ispat sürecini yürütme konusundaki yetkileri ve görevleri, özellikle kendisini avukatla temsil etmeyen taraf için ispat hakkının güvence altına alınmasında ciddi bir öneme sahiptir[500].

F. Doğrudanlık İlkesine Uygun Yargılanma Hakkı

1. Doğrudanlık İlkesinin İspat Hakkı Açısından Önemi

Doğrudanlık ilkesi, yargılamanın araya başka bir makam veya kişi girmeden kararı verecek mahkeme önünde ve onun tarafından yürütülmesini ve karar verilmesini ifade eder[501]. Hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesi de "*Herkes ... yargı mercileri önünde ... âdil yargılanma hakkına sahiptir.*" şeklindeki

---

[495] ***A v. Birleşik Krallık,*** 2002, 36 EHRR 917.

[496] Harris ve diğerleri, s. 240.

[497] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 217.

[498] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 217.

[499] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 217.

[500] İspat hakkının gerçek anlamda uygulanmasında ve güvence altına alınmasında hâkimin ispat sürecini yönetme konusundaki önemli yetkileri ve görevlerine ilişkin açıklamalarımız için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 7 ve § 8.

[501] A. Arslan, s. 2; Aziz Serkan Arslan, "Doğrudanlık İlkesi", **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı - XII (18-19 Ekim 2014, Isparta),** SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, (Doğrudanlık), ss. 133-143; Baumann s. 62; Leipold, Maximen, s. 347; Nesibe Kurt Konca, "Medenî Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğruyalık İlkesi", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan,** Ankara 2008, (Doğrudan Doğruyalık), ss. 599-625; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 376; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 90.

ifadesinde herkesin yargı mercilerinin *önünde* hak arama özgürlüğü bulunduğunu vurgulayarak doğrudanlık ilkesine yer vermiştir. Bu anlamda uyuşmazlık hakkında karar verecek mahkeme, dava malzemesiyle delilleri bizzat değerlendirmeli ve karar vermelidir[502]. Bu hak günümüz yargılama modellerinde geçerli olan yargısal temel haklar doktrini karşısında, temel bir hak olarak kabul edilir[503]. Nitekim aşağıda da üzerinde duracağımız üzere, deliller ile uyuşmazlık hakkında karar verecek hâkim arasında herhangi bir aracın girmemesini amaçlayan doğrudanlık ilkesi hem âdil yargılanma hakkının hem de hukukî dinlenilme hakkının çok önemli bir tamamlayıcısı rolüne sahiptir[504]. Doğrudanlık ilkesi, başka bir ifadeyle uyuşmazlıkla doğrudan ilgili olan delillerin yargılamaya getirilmesine o denli önem atfedilmiştir ki, Ortak Hukuk sistemlerindeki ispat modelinin babası olarak nitelendirilecek İngiliz hukukçu, filozof *Jeremy Bentham*'a göre delil türlerinin tasnifi için yapılan sınırlandırmalardan en önemlisi *doğrudan delil (direct evidence, unmittelbarer Beweis) – dolaylı delil (indirect evidence, mitelbarer Beweis)* ayrımıdır[505].

Tarafların yazılı ve sözlü açıklamalarını, sundukları dava malzemesini, delillerini hükmü verecek mahkeme *bizzat* inceler, tartışır, dikkate alır, değerlendirir ve tüm bunlara dayanarak kararının gerekçesini oluşturur[506]. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması ve tarafların tüm iddialarını, delillerini içerecek bir gerekçenin oluşturulması hukukî dinlenilme hakkı ile ispat hakkının tesisi için zorunludur ve sağlıklı bir gerekçenin oluşturulabilmesi için hâkimin dava malzemelerine ve delillere *doğrudan doğruya* temas etmesi, doğrudanlık ilkesinin şeklen değil tam anlamıyla tesisi için şarttır[507]. Yine benzer şekilde hâkimin delilleri bizzat incelemesi zorunluluğu ve tarafların değerlendirmelerine yer vermesi zorunluluğu, hukukî dinlenilme hakkı

---

[502] Pekcanıtez ve diğerleri, s. 376; A. Arslan, ss. 133-135.

[503] Bu konuda bkz. A. Arslan, s. 2. Alman hukuku bakımından bkz. Engelmann, s. 28. Alman hukukunda doğrudanlık ilkesinin, temel yargısal hak olarak temelleri arasında BVerfGG § 26 belirtilir. Bu kurala göre Anayasa Mahkemesi, gerçeğe ulaşılması için gerekli olan delilleri toplayabilir ve bu çerçevede delilleri doğrudanlık ve sözlülük ilkesine uygun olarak inceleyecektir.

[504] Hukukî dinlenilme hakkı ile doğrudanlık ilkesi arasındaki ilişki için bkz. Özekes, ss. 70-73; A. Arslan, ss. 159-162. Âdil yargılanma hakkı ile doğrudanlık ilkesi arasındaki ilişki için bkz. A. Arslan, ss. 167-170.

[505] Taruffo, Evidence, s. 27.

[506] Özekes, s. 73.

[507] Özekes, s. 73.

kapsamında açıklama hakkının ve bu arada ispat hakkının tesisi açısından doğrudanlık ilkesinin önemini daha fazla ortaya çıkarmaktadır[508].

Doğrudanlık ilkesi, HMK'nın 25 ve devamında "*yargılamaya hâkim olan ilkeler*" başlığı altında *açıkça* düzenlenmemiş olsa da, medenî yargılama hukukumuza şekil veren temel bir ilkedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da doğrudanlık ilkesini esas alan çok sayıda düzenleme bulunur. Bu düzenlemelerin başında HMK m. 197 yer alır. Bu madde uyarınca, kanunun belirlediği istisnalar dışında *deliller, hâkimin huzurunda dinlenir ve incelenir* (HMK m. 197). Esasında doğrudanlık ilkesi delillerin toplanmasında ve değerlendirilmesinde etkin olarak uygulanan ve bu anlamda da ispat hakkının tesisi açısından tamamen vazgeçilmesi mümkün olmayan[509] bir yargılama ilkesidir. Öyle ki Alman hukukunda ispat sürecinde doğrudanlık ilkesine özgü olmak üzere "*Grundsatz der Beweisunmittelbarkeit*" terimi kullanılır ve ispat sürecinde sözlülük ilkesi ile birlikte temel rol üstlenir[510]. Doğrudanlık ilkesi hukukî korunma talebinin bir gereğidir[511].

Yargıtay'ın, bir ceza davasında da olsa, doğrudanlık ilkesine ilişkin yaptığı tespitler ispat hakkının temini açısından bu ilkenin sahip olduğu soyut değeri ortaya koymaktadır:

> "... Kuşkusuz her yargıç, kanıtları değerlendirme ve vicdani kanı oluşturma açısından bağımsızdır. Ancak bu değerlendirme ve vicdani kanısının bozulan kararda ki değerlendirmenin tersine bir sonuca uluşma olasılığı varsa ve madde açısından asıl yetkili mahkemenin, yetkisiz mahkemenin yaptığı işlemlerini yineleme olasılığı bulunuyorsa, belge ve dolaylı kanıt niteliğinden bulunan ve yalnızca tanık anlatımlarını yansıtan tutanaklarla yetinmesi yerindelik ilkesine ve duruşmanın temel kurallarına aykırıdır. İşlemler yinelenmeli, kanıt kaynaklarıyla yüzyüzelik ve doğrudanlık ilkesi

---

[508] Özekes, s. 73; Waldner, s. 71.

[509] İspat hakkının gerçek anlamda tesisi için doğrudanlık ilkesinden tam olarak vazgeçilmesinin mümkün olmadığını belirtmemizin sebebi, bazı durumlarda yargısal dürüstlük kuralı ve usûl ekonomisi bağlamında âdil bir yargılamanın gerçekleştirilebilmesi için doğrudanlık ilkesine getirilen sınırlamaların mâkul kabul edilmesidir. Nitekim naip hâkim tayini, tarafların iddia ve savunmalarını yazılı olarak sunmaları, istinabe gibi kurumlar belirttiğimiz amaca hizmet etmektedir ve aşağıda konumuzla bağlantısı noktalarından bu istisnalara da yer verilecektir.

[510] Bu konuda bkz. Gregor Bachmann, " 'Allgemeines Prozessrecht' - Eine kritische Untersuchung am Beispiel von Videovernehmung und Unmittelbarkeitsgrundsatz", **ZZP,** C. 118, S. 2, 2005, s. 137; Maria Koukouselis, **Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozess, insbesondere bei der Zeugenvernehmung** (Freiburg-Breisgau, Univ., Diss. 1989), Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 1990, ss. 11-23; Norbert Pantle, **Die Beweisunmittelbarkeit im Zivilprozeß** (Freiburg Breisgau, Univ., Diss., 1990), Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 1991, ss. 6-8, 15-16, 26-28; Barbara Völzmann-Stickelbrock, "Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit - Nicht mehr zeitmäße oder unverzichtbare Elemente des Zivilprozesses?", **ZZP,** C. 118, S. 3, 2005, s. 368.

[511] Bachmann, s. 146.

uyarınca ilişki kurulmalı ve sözlülük ilkesi uyarınca da tanıklar bizzat dinlenilmeli, duruşmadan edinilen izlenimlere göre vicdani kanı yargısı oluşturulmalıdır. Tersi durumda elverişsiz araçlarla vicdani kanı oluşturanın yargısı, daha iyi araçlarla ve daha sağlıklı vicdani kanı oluşturanın yargısına üstün tutulmuş, olur, üstelik mahkeme, çelişki karşısında sanığın aleyhine olan tanıklığı niçin yeğlediğini de kararında açıklamak zorundadır.... / ...incelenen dosyadaki kararların niteliğin nazara alınarak görevli mahkemece olanaklar ölçüsünde toplanması mümkün olan delillerin yeniden toplanması tanık beyanları arasındaki çelişkilerin giderilmeye çalışılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinden direnme hükmü bozulmalıdır." [512]

Doğrudanlık ilkesi ile ispat araçlarının toplanması ve değerlendirilmesindeki bağlantı kurularak öğretide doğrudanlık ilkesi şu şekilde tanımlanır:

> "Doğrudanlık ilkesi, davanın açılmasından hüküm verilinceye kadarki bütün delil toplama evrelerinin, kararı verecek olan hâkim veya hâkimlerin denetiminde ve gözetiminde gerçekleşmesinden sonra bu şekilde elde edilen delillerin araya fazla zaman girmeden değerlendirilerek, içlerinden âdil bir hüküm tesisine doğrudan doğruya katkı sağlayacak olanların mahkeme tarafından seçilmesini konu alan bir usûl ilkesidir."[513]

Bu tanım dikkate alındığında doğrudanlık ilkesinin birtakım alt unsurlarının bulunduğu sonucuna varılabilir:

(i) İlk olarak, *davanın açılmasından hüküm verilinceye kadarki bütün delil toplama evrelerinin, kararı verecek olan hâkim/hâkimlerin denetiminde ve gözetiminde gerçekleşmesi* gerekir. Yukarıda da üzerinde durulduğu gibi, medenî yargılama sistemimizde dava malzemelerinin, yani uyuşmazlığa ilişkin vakıa ve delillerin mahkeme önüne getirilmesi görevi taraflara ait olmakla birlikte, delillerin toplanması meselesi tamamen tarafların insiyatifinde bulunmaz. Özellikle hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü ve görevi karşısında delillerin toplanması aşamasında hâkime önemli bir rol düşmektedir. Bu anlamda özellikle doğrudanlık ilkesinin yargılamada somutlaşmasını sağlayan duruşmaların yapılması, düzeni ile kısmen de olsa hangi delillerin ne zaman toplanması gerektiği konusunda tasarruf yetkisi hâkimdedir[514]. Bunun yanısıra delillerin toplanması ve incelenmesi aşamasında da mümkün olduğunca doğrudanlık ilkesine riayet edilmesi gerekir; bu çerçevede tanıkların dinlenmesi, keşfin yapılması sırasında doğrudanlık ilkesine uyularak bu delillerin hâkim huzurunda incelenmesi gerekir[515]. Bu durum aynı zamanda mahkeme ile taraflar arasındaki yargısal ilişkinin *(Prozess-*

---

[512] CGK, 17.5.1993, 4-128/156 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

[513] A. Arslan, s. 7.

[514] Bu konunun doğrudanlık ilkesi ile bağlantısı için bkz. A. Arslan, ss. 143-146.

[515] Hâkimin keşif esnasında tanıkları doğrudan dinlemediği bir olayda Yargıtay bu durumu, Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olması ve davalının savunmasındaki ispat imkânını kısıtlaması sebebiyle bozduğu bir karar için bkz. "...Mahkemece, bu hususlar gözardı edilerek ve davalılar vekilinin bildirmiş olduğu tanıkları dinlenmeden; başka bir anlatımla T.C. Anayasasının 36. maddesi uyarınca davalıya tanınan savunma hakkı kısıtlanarak ya da savunmasını ispat imkânı tanınmadan davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır." 8. HD, 25.10.2011, 5101/5433 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

rechtsverhältnis) bir gereğidir[516]. Doğrudanlık ilkesinin tam anlamıyla uygulanabilmesi için hâkime Kanun'un 30 ve 32. maddelerinin verdiği yetki çerçevesinde delillerin zamanında yargılamaya getirilmesi ve bunun için gereken önlemlerin alınması, aynı zamanda yargılamanın hâkim tarafından yürütülmesi ilkesini de ilgilendirmektedir[517]. Şüphesiz ki hukuk sistemimizde taraflarca getirilme ilkesi sebebiyle, hâkimin tarafların getirdiği vakıalar ve deliller ile bağlı olması, bunun ötesinde kural olarak kendiliğinden delil toplayamaması (HMK m. 25), doğrudanlık ilkesinin de bir gereği olan ispatın konusunu oluşturan vakıaya en yakın delillerin *hâkim tarafından* tespitini güçleştirir[518]. Bu bakımdan hâkimin gerçeğe uygun, âdil bir hükme ulaşabilmesi için uyuşmazlık konusu vakıaya en yakın delilleri de re'sen belirleyebilme ve taraflardan talep etme yetkisi kanaatimizce ispat hakkı ile doğrudanlık ilkesi arasındaki ilişkinin en güçlü bağlantı noktalarından biridir. Bu anlamda hem doğrudanlık ilkesinin hem de ispat hakkının tam anlamıyla tesis edilmesi önünde ölçüsüz bir engel yaratılmaması için HMK m. 31 ve 198 ile hâkime verilen yetkilerin geniş yorumlanarak uygulanması gerekir[519]. Aksi durumun kabulü aynı zamanda medenî yargılama hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda gerçeğe ulaşılmasını ve bu anlamda âdil bir karar verilmesini engeller[520].

---

[516] Bu konuda bkz. Bachmann, s. 144.

[517] A. Arslan, ss. 144-145.

[518] Bu konuda bkz. A. Arslan, ss. 145-146.

[519] Hâkimin 31. ve 198. maddelerinden doğan görev ve yetkilerini kullanmasıyla ispat hakkı arasındaki ilişki ayrıca aşağıda inceleneceğinden, burada konunun ayrıntısına girilmemektedir. Bu konuda bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 9, II.

[520] Hâkimin delillerin değerlendirilmesi, bu konuda sahip olduğu yetkiler ve ispat hakkı konusunda Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 1.6.1976 tarihinde vermiş olduğu bir karar ve bu kararda sunulan karşı oy gerekçesinde belirtilen görüşler dikkate değerdir. Davada uyuşmazlık konusu taşınmaz zilyetliğine ilişkindir. Keşifte dinlenen yerel bilirkişiler ile tanık ifadelerinin çelişmesi sebebiyle, yerel mahkemenin tekrar tanık dinlemeye karar vermesini Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 274. maddesine aykırı bulmuştur. Buna karşılık karşı oy gerekçesinde hem ispat hakkına vurgu yapılması hem de tarafların sahip olduğu ispat hakkından hareket edilerek hâkimin delillerin ikamesi aşamasında sahip olduğu yetkiler ve konumu konusunda önemli tespitler yapılmıştır. Bu anlamda karşıoy gerekçesi oldukça dikkate değerdir:

"...'Kanun, hilafını emretmedikçe iki taraftan her biri müddeasını isbata mecburdur'.

Her mecburiyet, aynı yönde olmak şartı ile hakkı da kapsar. O halde denilebilir ki (iki taraftan her biri müddeasını isbat hakkına sahiptir). Bu husus ihtilaflı olmadığından bu kuralı temel hak niteliği Anayasa hükümleri arasına koyan 31 inci maddeye değinmeğe gerek yoktur. Hukuk Usulünün 274 üncü maddesinin getirdiği kısıtlama şudur: Herkes dinleteceği şahitlerin kimliklerini bir listeye yazıp mahkemeye takdim edecek, bu listede gösterilmeyen kimse şahit olarak dinlenemeyecek ve ikinci bir liste verilemeyecektir. Listedeki şahitlerin hepsinin belli bir tarihteki tek bir oturumda dinleneceğine veya liste verilmemiş ise hiç şahit dinlenemeyeceğine yahut yine liste verilmeyen hallerde bütün şahitlerin tümünün birden bir oturumda dinlenmesinin zorunlu bulunduğuna dair kanunda hiç bir kısıtlayıcı hüküm yoktur. Aksine olarak 274 üncü maddedeki kısıtlayıcı kuralı yumuşatan iki madde daha vardır.

1- Usulün 244 üncü maddesi 'ikame ve beyan olunan delillerin tamamen istima ve tetkikinden sonra ... iki taraftan her biri yeni delil ibraz ve ikamesini isteyebilir. Hâkim muvafık görürse bu talebi kabul eder' demektedir. Bu madde 274 üncü madde ile tezat halinde değil, tamamlayıcı durumdadır. Hâkim kamu hizmeti görür, kanunlar hakkın korunup tanınmasını amaçlar, ileri sürülen bir delili hâkim vakıayı daha da aydınlatıcı nitelikte bulursa ve buna ihtiyaçta duyarsa o delili istima ve tetkikte yarar vardır. Kanun bu yararı gözeterek 244 üncü maddeyi sevk etmiş ve 274 üncü maddedeki kuralı zedelememek için de (hâkimin muvafık görmesi) koşulunu koymuştur. Bazı kıymetli arkadaşlarımız derler ki bu madde şahitten gayri deliller hakkındadır. Şahide şamil değildir. Bu düşünüş hem maddenin

(ii) İkinci olarak *delillerin toplanması ile değerlendirilmesi evreleri arasında fazla zaman harcanmaması* gerekir. Bu durum da, doğrudanlık ilkesinin zamansal açıdan bir gereğidir. Zira hâkimin doğrudan incelediği uyuşmazlığa ilişkin deliller ile hükmünü verme süreci arasındaki zaman dilimi ne kadar uzarsa, bu durum hem doğrudanlık ilkesini zedeler hem de hâkimi ispat araçlarından zamansal olarak uzaklaştıracağı için ispat hakkını da zedeler. Nitekim bu gereklilik aynı zamanda usûl ekonomisinin de bir gereğidir[521].

(iii) Üçüncü olarak da, toplanan deliller arasından *âdil bir hükmün tesisine doğrudan doğruya katkı sağlayacak olanların mahkeme tarafından seçilmesi* gerekir. Doğrudanlık ilkesinin gereği ve aynı zamanda amacı, hâkim ile taraflar ve ispat araçları arasındaki tüm engelleri kaldırarak hâkimin uyuşmazlığın süjelerine ve ispat araçlarına doğrudan doğruya temas edebilmesini sağlamaktır. Bunun bir sonucu da, hâkimin bu ispat araçları arasından âdil bir hükmün, yani gerçeğin tesisine doğrudan doğruya katkı sağlayacak olanları seçebilmesi gereğidir. Bu sonuç aynı zamanda medenî yargılamanın amacına hizmet ettiği gibi kamusal güveni temin edecek şekilde adaletin tesisini de sağlayacaktır. Nitekim Yargıtay'ın da delillerin doğrudan toplanması ve incelenmesi aşamalarında hâkim ile delil arasındaki doğrudanlık ilkesine dikkat çektiği kararları bulunmaktadır[522]. Şüphesiz ki

---

açıklığına ve hem kullandığımız dile aykırıdır. Şöyle ki: 244. maddede 'yeni delil ibraz ve ikamesini isteyebilir' denilmiştir. İbraz sözcüğü şahit dışındaki delilleri, ikame sözcüğü de şahidi ifade etmek içindir. Hukukta şahit dışındaki deliller için ikame ve şahit için ibraz kelimeleri kullanılmaz.
Eğer 244 üncü madde şahitten gayri deliller için konmuş olsaydı ibraz kelimesiyle yetinilir, ikame kelimesi kullanılmazdı. Kaldı ki 244 üncü madde usulün delillere ilişkin faslının 'umumi hükümler' bölümündedir, şahidi de kapsar.
2- 274 üncü madde karşısında hâkimi teçhiz eden hükümlerden ikincisi de usulün 75 inci maddesinin son fıkrasıdır. Fıkra 'hâkim davanın her safhasında iki tarafın iddiaları hududu dâhilinde olmak üzere kendilerini istima ve lazım olan delillerin ibraz ve ikamesini emredebilir' şeklindedir.
Bu hükme göre hakkın teslimine hizmet etmeğe memur olan hâkim lüzum görürse şahit ikamesini ve diğer delillerin ibrazını emredebilecektir. Buradaki koşul iki tarafın iddiaları hududu dâhilinde olmak kaydı ile hâkimin lüzum görmesi koşuludur. Bu hak tarafa değil yalnız hâkime tanınmıştır. 75 ve 244 üncü maddeler hâkimin bir hakem durumunda olmadığını veya başkası tarafından güdülen bir elektronik cihaz niteliğinde bulunmadığını, kanundaki kayıtlar dâhilinde hukukun uygulayıcısı olduğunu göstermektedir. Buraya kadar sahil ikamesinin koşul ve sınırlarını arza çalıştım.
Olayımıza gelince: Davacı şahit listesi vermemiş, hiç bir yerde ve hiç bir an şahitlerini tayin, tahdit ve delillerini hasretmemiştir. Birinci keşifte iki şahit dinletmiş, ondan epeyce sonra 7.11.1974 günlü oturumda hâkim yeniden şahit ve bilirkişi dinlemeye lüzum görmüş 30.1.1975 tarihindeki keşif sırasında getirilen şahitlerin ikamesini muvafık bulmuş dinlemiştir. Bu son keşifte davalılar şahit dinlenmesine razı olmadıklarını bildirmişlerse de usulün 274 üncü maddesindeki hal ve koşullar mevcut olmadığına ve ayrıca hâkim 244 ve 75 inci maddelerdeki yetkisini de kullanmış bulunduğuna göre yapılan işlemde kanuna aykırılık yoktur. **Davayı isbat bir hak olduğuna nazaran karşı tarafın bu isbata razı olmaması hukuki değerden yoksundur.** Bu nedenlerle usul ve kanuna uygun olan hükmün Onanması gerekir. Bozmaya karşıyım." 8. HD, 1.6.1976, 1975-8388/4625 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası). Bu kararın ve karşıoy gerekçesinin değerlendirilmesi hakkında ayrıca bkz. Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Getirilmesine İlişkin İlkeler,** İstanbul 1979, (İlkeler), ss. 168-169; A. Arslan, s. 147.

[521] Bu konuya, yukarıda usûl ekonomisi ve ispat hakkı arasındaki ilişki ele alınırken ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, B, 4.

[522] Hâkim ile bilirkişi delili arasındaki doğrudanlık ilkesine ilişkin bir karar için bkz.: "... **Hükme esas alınan, zararın tespitine dair rapora bakıldığında Cumhuriyet Savcılığı tarafından alınan raporda otel genel müdürüyle sahibinin olayın meydana gelmesinde asli kusurlu olduklarının tespit edildiğinin belirtildiği görülmektedir. Mahkemece bu raporla yetinilmiş yeniden kusura dair**

> çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alınacağı üzere bizim hukuk sistemimiz gibi kesin delille ispat zorunluluğunu kabul eden yargılama sistemlerinde, doğrudanlık ilkesinin bu amaca hizmet edebilmesi önemli ölçüde sınırlanmaktadır. Zira medenî yargılama hukuku sistemimizde, hâkim vicdanen ve objektif olarak aksi yönde kanaat oluşturmuş olsa dahi, kesin delillerle ispatın gerekli olduğu durumlarda belirli türden deliller aksi yönde bir hükmün verilmesine imkân vermektedir. Nitekim hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisinin önemli ölçüde doğrudanlık ilkesi ile hayata geçirileceği kabul edilir[523]. Bu durum hem ispat hakkını ihlâl etmekte hem de doğrudanlık ilkesine sınırlama getirmektedir. Hâkim aksi yönde sonuca varılmasını gerektiren delillere doğrudan doğruya temas etse ve bu deliller çerçevesinde vicdanî kanaatini oluştursa dahi, kararı ile vicdanî kanaati her zaman uyuşmayabilir. Bu durum aynı zamanda doğrudanlık ilkesinin bir unsuru olan âdil bir hükmün tesisine doğrudan doğruya katkı sağlayacak olan delillerin mahkeme tarafından ayıklanması gereğine engel teşkil eder. Yine bu nokta da yargılama sürecinde ispat hakkı ile doğrudanlık ilkesinin taşıdığı ortak amaca işaret eder.

Yukarıdaki unsurlar değerlendirildiğinde, doğrudanlık ilkesi ile ispat hakkı arasındaki güçlü bağ ve paralel yöndeki amaçlar kendisini göstermektedir. Öyle ki, doğrudanlık ilkesinin ispat hakkının tesisi için en gerekli olan yargısal ilkelerden biri olduğunu ifade etmek hatalı olmayacaktır. Bu tespit özellikle hâkim ile uyuşmazlığa ilişkin ispat araçları arasındaki bağın tamamen koparıldığı ortaçağ ispat sistemlerinde de gözlemlenmiş[524] ve bu sebeple de gelişmiş hukuk sistemlerinde âdil ve gerçeği yansıtan, bu anlamda toplum vicdanına mazhar olan kararların ortaya çıkabilmesi için doğrudanlık ilkesine verilen önem gün geçtikçe artmıştır[525].

Son olarak ifade etmek gerekir ki, doğrudanlık ilkesi mutlaka sözlülük ilkesinin uygulandığı bir yargılamayı gerektirmez. İspat hakkının tesisinde de önemli olan, tarafların delillerini ölçülülük ilkesi çerçevesinde mâkul şekilde sunabilmesi ve kural olarak hâkimin de delillere başka herhangi bir araç olmaksızın temas edebilmesidir.

---

rapor alınmamıştır. Oysa, ceza mahkemesinde alınan bilirkişi raporu hukuk hâkimini bağlamayacağı gibi, böyle bir rapora taraflardan birinin itirazı üzerine de, hukuk hâkimi, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmak zorundadır. Çünkü, ceza davasında yaptırılan bilirkişi incelemesiyle hukuk hâkiminin yaptıracağı bilirkişi incelemesi, her iki dava türünün amaç ve ilkeleri bakımından birbirlerinden çok farklı bulunmaktadır. **Hukuk hâkimini, kendisinin yaptırmadığı ve fakat başka bir amaçla ve başka bir görüş açısından yaptırılan inceleme sonunda elde edilen 'kusur' ve derecesiyle bağlı saymak, hem yasaya aykırı ve hem de tarafların haklarını ihlâl edici bir görüşün ifadesidir.** Kaldı ki, bahsi geçen raporun alındığı ceza davası halen derdest olup kesinleşmemiştir, dolayısıyla iş bu dava dosyasında kesin delil olamayacağı açıktır. Mahkemece yapılacak iş; dosyanın 3 kişilik uzman bilirkişi kuruluna tevdii edilerek, bahsi geçen ceza dava dosyası da dikkate alınarak, kusur yönünden inceleme yapılmak suretiyle varılacak sonuca göre karar vermek olmalıdır." 3. HD, 25.9.2013, 13947/13334 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

[523] Bu konuda bkz. Völzmann-Stickelbrock, ss. 373-374.

[524] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1, I.

[525] Bu konuda özellikle Alman medenî yargılama hukuku sisteminde yaşanan gelişmeler için bkz.

Bu temasın yazılı veya sözlü şekillerde yapılmış olması kural olarak tek başına bir hak ihlâline sebebiyet vermeyecektir. Ancak şüphesiz ki doğrudanlık ilkesi en iyi şekilde sözlülük ilkesi ile birlikte gerçekleşebilmektedir. Nitekim sözlülük ilkesi ile uyumlu olan bir yargılamada hâkim, tarafları ve tanıkları bizzat dinleyecek ve değerlendirebilecektir[526]. Bu durum şüphesiz ki, başta doğrudanlık ilkesinin de en önemli gerekliliklerindendir. Bununla birlikte yazılılık ilkesi de tamamen doğrudanlık ilkesine aykırılık teşkil etmediği gibi ,bazı durumlarda bilâkis hâkimin delille birebir temasa geçmesinde sözlülük ilkesine nazaran daha etkin rol oynar. Örneğin yazılı delillerin ibrazı veya tarafların dilekçelerini yazılı vermesi bu anlamda doğrudanlık ilkesini zedelemez[527]. İdeal şekilde ispat hakkının tesisi doğrudanlık ilkesine riayet edilen bir yargılama sürecinden geçmekteyse de, sözlülük ilkesinden vazgeçilen her durum ispat hakkı ihlâli olarak karşımıza çıkmaz. Buna karşılık örneğin tanığın mahkeme huzurunda değil, koşulları oluşmamasına rağmen yazılı ifadesi alınarak mahkemece bu şekilde beyanlarının dikkate alınması hem doğrudanlık ilkesine aykırılık oluşturur hem de ispat hakkı ihlâline sebebiyet verir.

2. Doğrudanlık İlkesinin İstisnalarının İspat Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

Her hukuk sisteminde olduğu Türk hukukunda da doğrudanlık ilkesinin pek çok istisnasına yer verilir[528]. Bu istisnalar çoğu zaman kaynak ve zaman tasarrufu yaratmak veya özellikle de son yıllarda teknolojik gelişmelerin bir gereği olarak kabul edilir. Bu kapsamda istinabe, naip hâkim uygulaması, tanığın ifadesinin yazılı olarak alınması, hâkim değişikliği ve modern iletişim araçlarının kullanılması doğrudanlık ilkesinin istisnaları arasında yer alır.

Az önce de ifade edildiği üzere, benzer istisnalar hemen her hukuk sisteminde bulunur. Burada doğrudanlık ilkesinin istisnası niteliğinde olan bu durumlara başvurulmasının, ispat hakkı ihlâli niteliğinde olmaması için ölçülülük ilkesi devreye girecektir. Her şeyden önce, istisnaî nitelikte olan bu durumların ancak ölçülülük ilkesinin gereği olarak *son çare (ultimo ratio)* olması gerekir. Yani hâkim gerçekten gerekli olmadıkça istisnaî nitelikte olan bu kurallara başvurmamalı; gerçekten durumun gerekleri, doğrudanlık ilkesinden sapılmasını gerektirmelidir. Bunun için de istisna

[526] A. Arslan, ss. 132-133; Özekes, s. 71; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 97.
[527] Özekes, s. 71.
[528] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. A. Arslan, ss. 171-240.

niteliğinde olan bu durumlara başvurulurken mutlaka Kanun'da aranan koşullar bulunmalıdır. Örneğin HMK m. 172'ye göre naip hâkim tayini için (*i*) isticvap olunacak kişinin, mahkemenin bulunduğu il dışında oturması ve (*ii*) bulunduğu yerde aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile isticvap olunmasının mümkün bulunmaması aranır (HMK m. 172/1). Bu iki koşul gerçekleşmeden, son çare olarak isticvap edilecek kişinin naip hâkim tarafından dinlenmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte kanunkoyucu çoğu durumda, gereklilik unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda uyuşmazlığa bakmakla görevli hâkime takdir yetkisi tanır. Örneğin *hâkim gerekli gördüğü hâllerde*, sözlü olarak dinlenmesi yerine, cevaplarını yazılı olarak bildirmesi için tanığa soru kağıdı gönderilmesine karar *verebilir* (HMK m. 246/1, 1. cümle). Kural tanığın hâkim tarafından sözlü duruşmada dinlenmesi olduğundan, hâkimin tanığın ifadesini yazılı olarak göndereceği soru kâğıdı ile değerlendirilmesi gerçekten gerekli olan istisnaî durumlarda uygulanmalıdır[529]. Nitekim bu *istisnaî* nitelikteki kuralın benzer şekilde kabul edildiği Alman hukukunda, tanığa yazılı soru kağıdı gönderilerek ifadesinin alınması yöntemi -*özellikle doğrudanlık ilkesini ve hâkimin, tanığın davranışlarını gözlemleme ve ölçme yetkisini kaldırdığından*- yoğun eleştirilere sebep olmuştur[530]. Bu sebeple, *istisnaî* nitelikte olan bu kurala başvurulmasında ölçülülük ilkesinin unsurlarının gerçekleşmesi son derece önemlidir[531]. Ölçülülük ilkesini aşan şekilde hâkimin, tanığa soru kâğıdı göndermesi ispat hakkının da ihlâli anlamını taşıyacaktır. Bu duruma öğretide verilen bir örnek, uyuşmazlık konusu vakıanın ispatında tanık delilinin tek ispat aracı olması ve bu durumda hâkimin, hiçbir gerekçe göstermeksizin tanığın yazılı soru kâğıdı ile ifadesine başvurmasıdır. Bu durumda ispat hakkının ihlâl edildiği ifade edilir[532]. Be-

---

[529] Tanık ifadesinin alınması hemen her hukuk sisteminde sözlülük esasına dayanmakla birlikte, yeni gelişen eğilim tanığın ifadesinin yazılı olarak *(written testimony)* alınmasıdır. Bu durum özellikle mahkemelerin zamandan ve masraftan tasarruf edilmesi için tercih edilir (Taruffo, Evidence, s. 30). Bununla birlikte tanığın ifadesinin yazılı şekilde alınmasına, Ortak Hukuk sistemleri çok daha alışkındır. Şöyle ki, Amerikan [FRE 31-32(a)] ve İngiliz hukuklarında dava öncesi araçlar *(pre-trial devices)* arasında *dava öncesi yazılı ifade alınması (pre-trial written statement)* şeklinde gerçekleşir. Bununla birlikte HMK m. 246 kuralına benzer düzenleme Fransa (CCP m. 200-203), Almanya (ZPO § 377), İsviçre (SchZPO 190/2), İspanya (EsCPC m. 265/1, 380, 381) gibi Kıta Avrupası sistemlerinde de bulunur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Taruffo, Evidence, s. 30-31.

[530] A. Arslan, s. 102; Koukouselis, s. 18.

[531] Bu konuda bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 14, VII.

[532] Bu konuda bkz. Mine Akkan, "Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi", **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, DEÜHFD Özel Sayı,** C. 16, 2015, (Soru Kâğıdı), s. 601. Yazar, daha çok yazılı soru kâğıdı gönderilmesinin hukukî dinlenilme hakkını da ihlâl edildiği durumlarda, ispat hakkının ihlâl edileceği görüşündedir. Bkz. Akkan, Soru Kâğıdı, ss. 601, 606.

lirtmek gerekir ki, ağır bir usûlî ihlâl barındırmasa dahi, son çare ilkesine başvurulmaksızın tanığın ifadesinin soru kâğıdı ile alınması yine de ispat hakkı ihlâli oluşturabilir. Zira şartları oluşmamasına rağmen tanığın ifadesinin bu yolla alınmış olması, kişinin karşı ispat hakkının kullanımını zorlaştıracağından ispat hakkı ihlâl edilmiş olur. Dolayısıyla böyle bir durumda ispat hakkının ihlâl edilmiş olması için hukukî dinlenilme hakkına da aykırılık olması şart değildir. Zira bir taraf ancak kendisinin de gözlemleyebildiği, ifadesini çürütmek için hangi davranışları ile ispatı sağlayabildiği ölçüde kanaat edinirse karşı ispat hakkını kullanabilir. Bu hâliyle tanığa ifadesinin soru kâğıdı ile gönderilmesi kendi başına, diğer tarafın -*tanığın ifadesini çürütmek için karşı argümanlardan yoksun bıraktığından*- karşı ispat hakkını sınırlandırır; bu durumun hukuka uygun kabul edilebilmesi için ölçülülük ilkesi gereğince bu yola başvurulmasının gerçekten gerekli olması gerekir.

Bunların yanısıra modern iletişim araçlarının, doğrudanlık ilkesinin istisnasını oluşturduğu kabul edilir[533]. Çünkü modern iletişim araçları ile tanıkların, bilirkişilerin ifadesine başrulduğu veya tarafların isticvaba ve yemine ilişkin beyanlarının alındığı duruşmalarda, hâkim fiziken bu kişileri mahkeme salonunda bulamaz. Bununla birlilte özellikle video yolu ile gerçekleştirilen duruşmalardan hâkim tarafların ve üçüncü kişilerin davranışlarını gözlemleyebilir, onlara soru yöneltebilir; taraflar da, yetkileri çerçevesinde kendilerine sorular sorabilir. Bu yönüyle bakıldığında, video konferans yolu ile yapılan duruşmalarda hâkim, fizikî anlamda olamasa da delil ile bir bağ kurar; taraflar da, karşı ispat hakları kapsamında ifadelerin içeriğine hâkim olabilirler, gerekli durumlarda müdahalelerde bulunarak ispat haklarını koruyabilirler. Biz bu sebeple, hukuk sistemlerinin örneğin video konferans yolu ile duruşmaların yapılmasına cevaz verdiği durumları, doğrudanlık ilkesinin bir sınırlamasından ziyâde, bu ilkeye hizmet eden bir kurum olduğu kanaatindeyiz. Zira video konferans yolu delillerin toplanmasında ve sunulmasında kabul edilmemiş olsaydı, fiziken duruşma salonuna getirilmesi mümkün olmayan kişiler naip hâkim tarafından dinlenecekti. Video konferans yolu ile delillerin incelenmesi, naip hâkim uygulamasından çok daha az doğrudanlık ilkesini zedeler ve ispat hakkının kullanımı bakımından da çok daha gücencelidir. Çünkü bu yöntemde de, kişiler ispat haklarını kullanmak üze-

[533] Bu konuda bkz. A. Arslan, ss. 236-242.

re delillerin sunulmasına aktif olarak katılabilecekler; sadece fiziken bazı delillerin mahkeme salonunda sunulması mümkün olmayacaktır.

Özetle, doğrudanlık ilkesi ispat hakkının temini açısından çok önemli bir temel ilkedir. Ancak doğrudanlık ilkesinin verdiği yetki ile taraflar hükme tesir edebilme imkânına sahip olacaklardır. Karşı taraf da, ancak doğrudanlık ilkesinin uygulandığı davalarda karşı ispat hakkını kullanabilecek bir pozisyona sahip olabilecektir. Bu sebeple doğrudanlık ilkesinin istisnalarına başvurulurken, mutlaka istisnanın uygulanması için kanunda aranan şartlar gerçekleşmeli; bu yola başvurulması, o delilin incelenebilmesi için son çare (ultimo ratio) olmalı ve her halükarda diğer tarafın karşı ispat hakkını engelleyecek önlemler alınmalıdır. Bu şekilde ölçülülük ilkesinin gerekliliklerine uyum sağlamayan istisnalara başvurunun, ispat hakkının ihlâli anlamını taşıyacağı gözardı edilmemelidir.

G. Tarafsız ve Bağımsız Bir Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı

1. Genel Olarak Hakkın Önemi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre, "Herkes âdil yargılanma hakkı çerçevesinde kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkına sahiptir." (AİHS m. 6/1). Anayasa'da ise, mahkemelerin bağımsızlığı 138. Maddede düzenlenmekte, tarafsızlığı ise özel olarak düzenlenmemektedir. Ancak öğretide de, yargı içtihatlarında da hâkimlerin bağımsızlığının ve tarafsızlığının Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen âdil yargılanma hakkının, ayrılmaz unsurları olduğu tereddütsüz olarak kabul edilmektedir[534]. Dolayısıyla mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, âdil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olarak kabul edilmektedir[535].

Mahkemelerin bağımsızlığı, başka herhangi bir kişi, kurum veya organdan emir almamak, yasamanın, yürütme erkinin ve diğer dış etkenlerin baskısı altında kalmamak, kararı verirken ve yargılamayı sürdürürken özgür olmak anlamına gelir. Tarafsızlık ise, yargılama yürütülürken taraf tutulmaması; taraflara karşı objektif

[534] Bu konuda bkz. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, ss. 235-238; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 281.

[535] Bu anlayışın Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarında da vurgulandığı tespit edilebilir. Örnek olarak bkz. AYM 20.3.2014, 2013/1780 (RG 10.5.2014, S. 28996). Bu konuda ayrıca bkz. Pekcanıtez ve diğerleri, s. 281.

olunması ve hâkimlerin yargılamayı sürdürürken kişiliklerinden sıyrılmaları anlamını taşır[536].

İspat hakkının tesisi açısından büyük oranda önem arzeden özellikle mahkemenin tarafsızlığının sağlanmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemelerin tarafsızlığını *öznel* ve *nesnel tarafsızlık* olarak ikiye ayırmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu ayrımını, Anayasa Mahkemesi'nin de bireysel başvurularda benimsemiş olduğu tespit edilmektedir[537]. *Öznel tarafsızlık,* mahkeme üyesi hâkimin, birey olarak mevcut davadaki kişisel tarafsızlığını ifade eder; *nesnel tarafsızlık* ise, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimi ifade eder ve mahkemenin hak arayanlara güven veren tarafsız bir görünüme sahip bulunması, tazafsızlığı sağlamak için alınmış olan tedbirlerin mahkemenin tarafsızlığı konusunda makûl her türlü kuşkuyu ortadan kaldırır nitelikte olmasını gerekli kılar[538].

2. Hâkimlerin Tarafsızlığının ve Bağımsızlığının İspat Hakkı İle İlişkisi ve Önemi

Hâkimin tarafsızlığı ilkesinin, ispat hakkının tesisi ve temininde önemli bir yeri bulunur. Hâkimin tarafsızlığı geniş anlamda genel eşitlik ilkesinin yargılamaya sürecine yansımış özel bir görünümüdür; dar anlamda ise, hâkimin sadece olaya ait unsurları kararına dayanak yapabilmesidir[539]. Hâkimin yargılama sürecinde ispat hakkına doğrudan etki eden pek çok işlemde -davayı sevk ve idare yetkisi çerçevesinde- takdir yetkisi bulunacağından, hâkimin taraflara eşit durması ve bu anlamda taraflardan birisinin ispat hakkını daha fazla gözetecek kararlar vermekten kaçınması gereklidir. Bunun yanısıra hâkim nihayetinde uyuşmazlığı *vicdanî kanaati* çerçevesinde çözüme kavuşturacağından, aynı zamanda nihaî olarak vereceği kararın da tarafsızlığını şüpheye düşürmeyecek nitelikte olması gerekir. Bunun için özellikle delillerin değerlendirilmesi sürecinde hâkimin tarafsızlığını koruması[540], hukuk devletinin bir gereğidir.

Hâkimin tarafsızlığı özellikle yargılama sürecinde aktif bir hâkim modelini benimseyen hukuk sistemlerinde daha büyük bir önem arzeder[541]. Zira aktif bir hâkim

[536] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 226.
[537] Örnek bir karar için bkz. AYM 20.3.2014, 2013/1780 (RG 10.5.2014, S. 28996).
[538] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, ss. 228-229.
[539] Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 103.
[540] Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 103-105.
[541] Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 104.

pek çok usûlî araçta takdir yetkisi ile pek çok konuda yargılamayı her anlamda sevk ve idare görevine sahip olacaktır. Bu durumda hâkimin tarafsızlığı, yargılamaya önemli oranda yön verecektir. Bu sebeple de hâkimin yargılamanın taraflarına eşit olması, onların silâhlarını da eşit bir şekilde kullanmalarını sağlayacaktır. Bu anlamda âdil yargılanma hakkının unsurları olan tarafsızlık ve silâhların eşitliği ilkesinin de birbirini tam anlamıyla tamamladığını ifade etmek mümkündür. Hâkimin ispat sürecinde tarafsızlığını koruyamadan vereceği bir karar, aynı zamanda diğer taraf aleyhine silâhların eşitliği ilkesinin de ihlâli anlamına gelecektir. Tarafsızlık yargılama sürecinde sadece hâkimlerin tarafsızlığı ile sağlanamaz. Tarafsızlık yükümlülüğü tahkim yargılamasında hâkim yerine karar verecek hakemler için de geçerlidir.

Bu noktada özellikle *öznel tarafsızlığın* tespiti için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve onu takip eden Anayasa Mahkemesi içtihatları önemli bir karine kabul etmektedir. Buna göre, uyuşmazlığa bakan hâkim için kişisel bir taraflılık olduğunu doğuracak açık emareler olmadığı ve ispatlanmadığı sürece, mahkeme üyelerinin tarafsız olduğu karine olarak kabul edilmektedir[542]. Bu karinenin kabul edilmesi özellikle ispat hakkı açısından büyük önem taşır. Zira aşağıda ayrı bir bölüm altında inceleyeceğimiz üzere, ispat hakkına saygılı idael bir yargılama sisteminde hâkimin ispat sürecinin yönetilmesi konusunda aktif rol üstlenmesi, sorumluluk alması gerekir.

---

[542] Bu konuda açıklamalar için bkz. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 229. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin önemli içitahları için bkz. ***Hauschildt v. Denmark,*** 24.5.1989, 10486/83, § 46-47 (hudoc); ***Fey v. Austria,*** 24.2.1993, 14396/88, § 28-29 (hudoc); ***Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium,*** 23.7.1981, 6878/75, 7238/75, § 58 (hudoc).
Bu konuda Anayasa Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukunda belirlenmiş ilkeleri takip etmektedir. Böyle bir kararın ilgili bölümü için bkz. "...Tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak üzere iki boyutu bulunmakta olup, bu kapsamda hâkimin birey olarak, mevcut davadaki kişisel tarafsızlığının yanı sıra, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin de dikkate alınması gerekmektedir (AYM, E. 2005/55, K. 2006/4, K.T.5/l/2006). Yargılamayı yürüten mahkeme üyelerinin taraflardan biriyle veya anlaşmazlık konusu ile maddî veya manevî yakın bir bağının bulunması veya yargılama sürecinde sarf ettiği ifadeleri ile tarafsız olamayacağı yönünde meşru bir kanaat uyandırması, bunun yanı sıra davadan önce dava ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunması da tarafsızlığı ihlâl edebilir. **Ancak, belirli bir uyuşmazlıkta yargılamayı yürüten hâkimin taraflardan birine yönelik önyargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaatinin veya menfaatinin, bu bağlamda kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir delil bulunmadığı ve bu husus kanıtlanmadığı müddetçe, tarafsız olduğunun bir karine olarak varsayılması zorunludur.** Bunun yanı sıra, yargılama makamının tarafsızlığına ilişkin her hangi bir meşru kaygı veya korkuyu bertaraf edecek yeterli güvenceleri sunması da gerekmekte olup, bu husus tarafsızlığın nesnel boyutuna işaret etmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Gregory/Birleşik Krallık, B. No. 22299/93, 25/02/1997, §§ 43-49; Fey/Avusturya, B. No. 14396/88, 24/2/1993, §§ 28-36; Hauschildt/Danimarka, B. No. 10486/83, 24/5/1989, §§ 46; McGonnell/Birleşik Krallık, B. No.28488/95, 08/2/2000, §§ 55-57)." AYM 20.3.2014, 2013/1780 (RG 10.5.2014, S. 28996). Aynı yönde bkz. AYM 26.2.2015, 2013/1313 (www.anayasa.gov.tr; erişim tarihi 31.8.2015); AYM 16.7.2014, 2013/2738 (www.anayasa.gov.tr; erişim tarihi 31.8.2015); AYM 16.7.2014, 2013/2744 (RG 16.10.2014, S. 29147).

Ancak Türk hâkimleri, tarafsızlıklarını kaybedecekleri kanaatinin oluşmasından çekindikleri için bu yetkilerini kullanmaktan da kaçınmaktadırlar. Bu yetkilerini kullanmalaları, ispat sürecindeki görevlerini yerine getirmeme sonucunun doğmasına sebep olmakta; bu durum da ispat hakkı ihlâli olarak karşımıza çıkmaktadır. Hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hem de Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu karineyi benimsemiş olmasının, Türk hâkiminin söz konusu çekimserliğinden kurtulması ve ispat hakkının gerçek anlamda güvence altına alınması için oldukça önemli bir gelişmedir. Nitekim -*tespit edebildiğimiz kadarıyla*- Anayasa Mahkemesi'ne hâkimin tarafsızlığı sebebiyle yapılan dört başvurunun tamamında Mahkeme, söz konusu karineyi temel alarak başvurucunun bu karinenin aksini *açık delillerle* ispat edemediği gerekçesiyle başvuruları esastan reddetmiştir[543].

Hâkimin, davadan önce uyuşmazlıkla ilgili doğrudan bağlantılı bir konumda bulunmuş olması, tarafsızlığı ihlâl edebilecektir[544]. Bu kapsamda taraflardan biriyle veya anlaşmazlık konusuyla ilgili maddî ve manevî yakın bir bağı olan veya bazı ifadeleri ile tarafsız olamayacağı yönünde meşru bir kanaat uyandıran mahkeme üyesinin davadan çekinmesi gerekir (bkz. HMK m. 34 ve 36).

3. Bilirkişilerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığının İspat Hakkı İle İlişkisi ve Önemi

Mahkemenin tarafsızlığı ve bağımsızlığı meselesine ispat hakkı sorunları açısından bakıldığında, hakkın bilirkişiler açısından da büyük önem arzettiği farkedilebilir. Zira hâkimlerin tarafsızlığının sağlanması hukuk uygulamasında belirli bir ölçüde sağlanabiliyorsa da, durum bilirkişilerin tarafsızlığında biraz daha farklıdır. İspat hakkına ilişkin konuya dair açıklamalarımıza başlamadan önce, bilirkişilerin tarafsızlığının "*bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı*"nın bir unsuru olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerine durmak isteriz. Kanaatimizce *âdil bir yargılama*nın gerçekleştirilebilmesi için bilirkişilerin de, hâkimler gibi tarafsız olması gerekir. Her ne kadar -*bilirkişi incelemesine sadece teknik konularda gidilebilmesi sebebiyle*- bilirkişinin inceleme yapacağı hususları öznelleştirme

[543] Bu kararlar için bkz. AYM 20.3.2014, 2013/1780 (RG 10.5.2014, S. 28996). Aynı yönde bkz. AYM 26.2.2015, 2013/1313 (www.anayasa.gov.tr; erişim tarihi 31.8.2015); AYM 16.7.2014, 2013/2738 (www.anayasa.gov.tr; erişim tarihi 31.8.2015); AYM 16.7.2014, 2013/2744 (RG 16.10.2014, S. 29147).

[544] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da bu yöndedir. Bu konuda bkz. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 230.

imkânının bulunmayacağı düşünülürse de, bilirkişinin de tarafsızlığını kaybedip uyuşmazlığa ilişkin bilgi kaynaklarını yanlış okuması, delilleri hatalı tespit etmesi ihtimâl dâhilindedir. Bilirkişinin, hâkimin yardımcısı olması[545], yürüttüğü kamusal faaliyette tarafsız olmasını gerektirir[546]. Kanaatimizce bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu yakın tarihli bir karar, *âdil bir yargılama* için aynı hâkimler gibi bilirkişilerin de *tarafsızlık* yükümlülüğü bulunduğunu; hatta bilirkişinin tarafsızlığının sağlanmasının, mahkemenin tarafsızlığı anlamına geldiği dolaylı şekilde belirtilerek uyuşmazlığa bakan hâkime pozitif bir yükümlülük getirilmektedir:

> "... Bu durumda Mahkemenin, bilirkişi kurulunun tarafsızlığını sağlamak için gerekli tedbirleri aldığı görülmektedir." [547]

Bu kapsamda bilirkişilerin de, hâkimler gibi tarafsızlık yükümlülüğü altında bulunduğu; bilirkişi tarafından yükümlülüğün ihlâli durumunda, -*aynı mahkeme üyesinin tarafsızlığını yitirmesi durumunda olduğu gibi- mahkemenin tarafsızlığı* ilkesinin de zedelendiği ve bu durumun da yargılamanın *âdil bir şekilde gerçekleşmesi*ne engel oluşturacağı sonuçlarına ulaşılmaktadır.

Bu konuda ispat hakkını da doğrudan etkileyen ilk sorun, hukuk uygulamamızda bilirkişilerin tarafsızlığının en başta mahkemeler tarafından çok fazla dikkate alınan bir unsur olarak görülmemesidir. Oysa Türk hukuk uygulamasında bilirkişilerin yargısal prosedürde sahip olduğu güçlü konum, bilirkişilerin tarafsızlığının önemini bir derece daha arttırmaktadır. Zira bugün her ne kadar hâkimler, bilirkişi raporları ile bağlı değilse de, genellikle uygulamada bilirkişi raporlarındaki görüşler mahkemeler tarafından aynen kabul edilmekte, bilirkişiler adeta hâkimin yerine geçerek uyuşmazlık hakkında karar vermektedir. Bu durumda bilirkişinin taraflardan birine sübjektif yaklaşması, diğer tarafın açıklama ve ispat hakkı ile delil ikame hakkını doğrudan doğruya etkileyecektir. Bütün bu tartışmalardan da bağımsız olarak bizim de katıldığımız görüşe göre bilirkişi hâkimin yardımcısı olup, hazırlamış olduğu rapor da tam anlamıyla uyuşmazlık konusu hakkında geçmişe ayna tutan bir bilgi kaynağı, yani delil niteliğine sahip değildir. Bu durumda da hâkimin tarafsızlığının ispat hakkı açısından taşıdığı önem, bir anlamda yargılamada yardımcısı olan bilirkişi açısından da geçerlidir. Bunlara ilaveten ileride üzerinde duracağımız üzere bir ta-

---

[545] Bu konuda bkz. Pekcanıtez ve diğerleri, s. 780; Toraman, ss. 42-43.
[546] Pekcanıtez ve diğerleri, s. 780; Toraman, ss. 318-320.
[547] AYM 26.2.2015, 2013/1313 (www.anayasa.gov.tr; erişim tarihi 31.8.2015).

rafın ispat hakkının temini için karşı tarafın veya üçüncü kişilerin birtakım hassas kişisel bilgilerinin delil olarak incelenmesi gerektiğinde, hâkimin bu görevi bilirkişi aracılığı ile yerine getirecek olduğu hâller de dikkate alındığında bilirkişinin tarafsızlığının bir derece daha önem kazandığını ifade etmek hatalı olmayacaktır.

Pek çok hukuk sisteminde bilirkişilerin âdil bir yargılama için taşıdığı önem gözönüne alınarak bu kişilerin tarafsızlığının güvence altına alınması için çeşitli önlemler kabul edilir. Bu önlemlerin bir tanesi bilirkişilerin görevlendirildikleri dosyalarda tarafsızlık yemini vermeleridir. Örneğin IBA Delil Kuralları'nda gerek tarafça atanan gerekse heyetçe atanan bilirkişiler taraflardan, hukuk danışmanlarından ve hakem heyetinden bağımsız olduklarına dair beyanda bulunurlar (IBA Delil Kuralları m. 5/2, c; 6/2). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre ise, bilirkişiler görevlendirildikleri her dava açısından bu tarafsızlık yeminini vermezler; ancak bilirkişi listelerine kaydedilmiş kişiler arasından görev verilen bilirkişilere göreve başlamalarından önce il adli yargı adalet komisyonu huzurunda bir kez genel bir yemin verdirilir (HMK m. 271/1; Bilirkişi Yönetmeliği m. 11/1). Bilirkişilerin gerçeğe aykırı şekilde, tarafısızlığını ihlâl edecek şekilde rapor düzenlemesi hem devletin tazminat sorumluluğuna sebebiyet verir (HMK m. 285-287) hem de birlirkişinin kasten gerçeğe aykırı rapor hazırladığı ceza mahkemesi tarafından tespit edilirse, bu durum hukuk davasında yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturur (HMK m. 375/1, f). Bununla birlikte hukuk uygulamamızda gerek bilirkişilerin hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümlerin gerekse gerçeğe aykırı beyanda bulunmalarından dolayı cezaî sorumluluk hükümlerinin gereği gibi uygulandığından söz etmek mümkün değildir. En başta mevzuatta yer alan bu hükümlere ilişkin yargı kararlarına dahi çok fazla rastlamak mümkün değildir. Dolayısıyla Türk hukukunda bilirkişilerin tarafsızlığının korunmasına ilişkin yeterli hukukî argüman bulunsa da, uygulamada bu araçlara çok fazla başvurulduğunu tespit etmek güçtür. Bu durum da, tespit edilmesi güç *gizli* ispat hakkı ihlâlleri olduğu konusunda kanaat uyandırmaktadır.

Gerçeğe aykırı beyanda bulunmanın bir yaptırımı olarak ispat hakkı açısından önem taşıyan yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturmasıdır. Zira hukukî sorumluluk kapsamında ortaya çıkan zararların giderilmesi verilen kararın ispat hakkına riayet edecek şekilde bozulmasını yani hatalı karar verilmiş olması durumunu değiştirmez. Bilirkişinin tarafsızlığını yitirerek bir taraf lehine gerçeğe aykırı beyanda bu-

lunmuş olması sebebine dayanarak bu rapora dayanılarak verilen kararın olağanüstü kanunyolu ile değiştirilebilmesi için bu durumun bir ceza mahkemesi kararı ile sabit olması ve bu ceza davasında da bilirkişinin *kasten* gerçeğe aykırı beyanda bulunduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu durum ise, bilirkişinin tarafsızlığını yitirerek ispat hakkına aykırı şekilde rapor hazırlaması ve bu raporun tarafların ispat hakkını zedelediğinin ortaya konulması konusunda önemli güçlükler doğurur.

Yine hukuk sistemlerinin bilirkişinin tarafsızlık içerisinde görevini ifa etmesi için aldığı önlemler arasında, bilirkişinin -*özellikle mahkemenin, bilirkişinin tarafsızlığından şüpheye düşmesi hâlinde*- kararı verecek mahkeme tarafından ifadesine başvurulmasıdır. Bu yol ile mahkeme bilirkişinin ifadesinde çelişkiler bulunup bulunmadığını, tarafsızlığını sorgulama imkânına sahip olur. Bu yetki pek çok sistemde mahkeme hâkimine tanınmaktadır. Örneğin IBA Delil Kuralları hakem heyetine, gerek tarafça atanmış gerekse hakem heyeti tarafından atanmış bilirkişinin sorgulanmasına imkân tanır (IBA Delil Kuralları m. 6/6). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise her ne kadar bilirkişinin görüşünü yazılı veya sözlü açıklamasına imkân verilmiş ise de (HMK m. 279/3; 281/2), bu yetki bilirkişinin tarafsızlığını sorgulayacak şekilde mahkeme tarafından ifadesine başvurulması imkânı vermemektedir. Kaldı ki, uygulamada bir nebze olsun mahkemeye bilirkişinin tarafsızlığını sorgulayabilme imkânı verebilecek sözlü şekilde görüş bildirmesi yoluna neredeyse hiç başvurulmamakta; hâkim çoğu zaman bilirkişiyi hiç görmemektedir.

Yine bu konuda alınabilecek bir diğer önlem bazı hukukî düzenlemelerde yer verildiği üzere, somut uyuşmazlıkta bilirkişi görevlendirmesi yapmadan önce atanması düşünülen bilirkişiye uyuşmazlığın tarafları ile arasındaki geçmiş ve mevcut ilişkisini içeren bir beyan alınması ve bilirkişinin bu beyanın ardından tarafsızlık yemini etmesidir. Bu düzenleme IBA Delil Kuralları'nda da, tarafça atanan bilirkişiler açısından öngörülmektedir (IBA Delil Kuralları m. 5/2, a). Mahkeme tarafından atanan bilirkişiler için bu saydamlığın sağlanması da, bilirkişi seçimi yapıldıktan sonra taraflara -*bilirkişinin seçimine*- itiraz etme imkânının tanınması yolu ile gerçekşeitirilir (bu yöndeki düzenlemeler için bkz. IBA Delil Kuralları m. 6/2; HMK m. 272). Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre hâkimler açısından uygulanan yasaklılık ve ret sebepleri bilirkişiler açısından da uygulanacağından, bilirkişinin tarafsızlığını şüpheye düşerecek bir durumun varlığı hâlinde tarafların bilirkişiyi red-

detmesi de mümkündür (HMK m. 272). Ancak bu durumun da Türk hukuk uygulamasında gerçek anlamda -*ispat hakkı*- hak ihlâllerini önleyebilecek şekilde uygulandığını ifade etmek kanaatimizce oldukça güçtür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ***X v. Avusturya*** davasında[548] ise, tarafa iddiasını destekleyen delilleri mahkemeye sunma hakkının bulunduğunu, aksinin Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen silâhların eşitliği ilkesini ihlâl edeceğine karar vermiştir. Bu anlamda yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ***Sara Lind Eggertsdottir v İzlanda*** davasında[549] vermiş olduğu karar ispat hakkı ve silâhların eşitliği ilkesi bakımından oldukça önemlidir. Zira bu davada da davacı taraf çocuklarının daha doğum sırasında ve doğumun hemen ardından yanlış ve eksik tedaviler sebebiyle doktorların ve hastanenin sorumluluğu yoluna başvurmuş, ancak bu davada bağımsız ve tarafsız bir bilirkişiden rapor alınmaması, bağlı kurumlardan birisinden alınan bilirkişi raporunun hem tarafların âdil bir şekilde iddialarını ispat etme haklarını hem de tarafsız ve bağımsız bir bilirkişiden delil etme haklarını ihlâl ettiğine karar verilmiştir.

Anlaşılacağı üzere özellikle ispat sürecinde tarafların iddia ve savunmalarını iddia ve ispat etme yönünden eşit olmayan imkânlar elde ederlerse, bu durum çoğu zaman 6. madde kapsamında silâhların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Bu örnekler aynı zamanda aşağıda âdil delil sunma hakkı kapsamında da zikredilmektedir. Burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ispat hakkı açısından silâhların eşitliği ilkesine getirdiği en önemli ölçüt, *yargılamanın taraflarının birbirleri ile eşit iddia, savunma ve ispat hakkına sahip olması* gereğidir. Bu anlamda ispat hakkına da aykırılık teşkil edecek olan ispat sürecindeki her bir eşitsizlik aynı zamanda, âdil yargılanma hakkı çerçevesinde silâhların eşitliği ilkesini de ihlâl edecek potansiyeli barındırmaktadır.

[548] ***X v. Austria,*** 24.02.1997, 19983/92 (hudoc).
[549] ***Sara Lind Eggertsdottir v. Iceland,*** 5.10.2007, 31930/04 (hudoc).

§ 6 İSPAT HAKKINI GÜVENCE ALTINA ALAN TEMEL İLKELER VE HUKUKÎ ARAÇLAR

I. TEMEL İLKELER

A. Hukuk Devleti İlkesi

1. İspat Hakkı Açısından Önemi

Modern hukuk sistemlerinde, ilkel hukuk sistemlerinden farklı olarak hakların yerine getirilmesi ve korunması yetki ve görevi devlete tanınmaktadır. Taraflar, haklarının ihlâl edildiği veya tehlike içerisinde olduğunu düşünüyorlarsa, kural olarak kendiliğinden hak sağlayamazlar (*ihkak-ı hak yasağı*) ve sınırlı durumlar hâricinde (*meşru müdafaa, kişinin hakkını kendi gücüyle koruması*[550] *gibi*) haklarının korunması konusunda güce başvuramazlar. Şayet taraflar haklarının ihlâl edildiğini veya tehlike altında bulunduğunu düşünüyorlarsa, kendileri güç kullanmadan devlet organlarına (*mahkeme, polis, icra organları, jandarma gibi*) başvurarak kendileri adına haklarının koruma altına alınmasını istemek zorundadırlar[551]. Bu durum, bireyler açısından hem bir hak hem de zorunluluktur.

Devlet açısından ise, kendisine başvuran ve hukukî koruma talep eden kişilerin bu taleplerini maddî hukuk kuralları çerçevesinde tespit etmek ve korumak bir görevdir[552]. Hukuk devletine dayanan yargısal sistemleri, ilkel hukuk topluluklarından ayıran temel fark da burada yatmaktadır. Devlet, hakkının korunması talebi ile kendisine başvuran kişilerin bu taleplerini maddî hukuk kuralları çerçevesinde tespit eder ve icra, infaz organları aracılığı ile de koruma altına alır[553]. Bu süreç içerisinde de devletin hakkın tespit ve temininde uyması gereken temel prensipler, anayasa ve uluslararası normlar bulunur. Bu kapsamda mahkeme yargılama faaliyetini yerine getiriken tarafların hukukî dinlenilme haklarını sağlamalı; taraflara tarafsız ve bağımsız bir yargı organı önünde haklarının tespit edileceğini garanti etmeli; yapılacak yargılamanın âdil bir yargılama olacağı garantisini vermelidir[554].

---

[550] Kişinin hakkını (ispat hakkını) kendi gücüyle korunması konusundaki açıklamalarımız için bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 18, II.
[551] Bu konuda bkz. Ansay, ss. 2-3; Habscheid, Das Recht auf Beweis, s. 306.
[552] Habscheid, Das Recht auf Beweis, s. 307.
[553] Habscheid, Das Recht auf Beweis, s. 307.
[554] Habscheid, Das Recht auf Beweis, s. 307.

Bu anayasal garantiler, taraflara uyuşmazlığın konusu olan vakıalar üzerinde etkin bir şekilde ispat hakkına sahip olmalarını gerektirir. Zira hak arama özgürlüğüne sahip olan her birey, uyuşmazlığa ilişkin konularda yargılamada haklılığını ispat etmeye yarayacak olan bilgi kaynaklarını, ispat araçlarını ve kendi aleyhine olan ispat araçlarının aksini ispat etme hakkına sahip olmalıdır[555]. Aksi takdirde bir hukuk devletinde, hak arama özgürlüğü çerçevesinde kendisine başvuran bireylerin maddî hukuk normlarına göre hak sahibi olup olmadığının âdil bir yargılama içerisinde tespit edilebilmesi mümkün olmaz. İspat hakkının, hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü ile arasındaki bu sıkı ilişki, özellikle yabancı hukuk öğretilerinde ispat hakkının temelini doğrudan doğruya hak arama özgürlüğü ile hukuk devletinden aldığı görüşünün benimsenmesine yol açmıştır. Kanaatimizce de ispat hakkı, ancak köklerini hukuk devleti ilkesinde salan ve temelini hak arama özgürlüğüne dayandıran bir sistemde gerçek bir güvenceye sahip olabilir. Nitekim münferit bir yargısal temel hak olarak kabul ettiğimiz *ispat hakkının*, temel hak ve özgürlüklere dayalı bir hukuk devletinde en iyi şekilde garanti edileceği konusunda şüphe duyulmaması gerekir.

Ülkemiz tarihî süreç içerisinde çok defa taraflara ispat hakkının sağlandığı, kendi aleyhlerine olan delillerin içeriğine erişebilmenin; bunlara karşı uyuşmazlığı gerçek anlamda yansıtan ilgili ve güvenilir ispat araçları ile ispat hakkını kullanabilmenin ve bu anlamda eşit silâhlarla donatılmış âdil bir yargılamanın, hukuk devletinin en büyük gerekliliği olduğunu tecrübe etmektedir. Hukuk devleti ilkesini benimsemiş olan bir yargı sisteminde bireylerin âdil bir yargılama kapsamında maddî hukuktan kaynaklanan haklılıklarını tespit ettirme ve buna göre hakların icrasını sağlamak için ihtiyâç duydukları en büyük gereksinim, haklılıklarını hukukun çizmiş olduğu sınırlar dâhilinde mahkemelerde dile getirme ve buna göre ispat hakkına sahip olmalarıdır. Aksi hâlde bireyler şayet mahkemede karşı tarafla eşit imkânlar çerçevesinde iddia ve savunmasını dile getiremez; bu anlamda kendilerine uyuşmazlığı yansıtan elverişli ve uygun deliller getirme imkânı tanınmaz; açıklama ve delillerinin mahkeme tarafından değerlendirilmeden, dikkate alınmadan karar verildiği kanısına ulaşırlarsa toplum nezdinde adaleti sağlama görevini üstlenen devlete olan güven sarsılır. Zaman içerisinde bireylerin, devlet mahkemeleri önünde

[555] Bu konuda bkz. Habscheid, Das Recht auf Beweis, ss. 306-307.

açıklama ve ispat haklarını, hukukî dinlenilme hakkının gereklilikleri içerisinde silâhların eşitliği ilkesine de riayet edilerek kullanamadıklarına dair inançları artarsa, bireyler haklarını korumak ve yerine getirmek için hukuk dışı alternatif yollara sapabilirler. Toplumun mahkemelere güveni azalır; Anayasa ile kendileri adına hakların korunması ve yerine getirilmesi görevini üstlenen devletin, yargı faaliyetini yerine getirememesinden dolayı itibarı toplum nezdinde zedelenir; bireyler haklarının korunması için hukuk dışı alternatif yöntemlere başvurmaya başlar. Böylece topluluk hâlinde yaşayan ülke bireyleri arasında uyuşmazlıklar daha da artar, kaos ortamı oluşur ve devlet organlarının bu duruma demokratik yöntemlerle müdahale edip işleri kontrol altına koyması neredeyse imkânsız hâle gelir. Dolayısıyla bireylerin devlet mahkemeleri önünde ispat hakkına, hukukî dinlenilme ve âdil yargılanma hakkının gerekliliklerine tam olarak uyularak haklarını koruma ve savunma imkânının, demokratik hukuk devletlerinin en temel çekirdeği ve gerekliliği olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

> "Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir."[556]

Hukuk devleti kavramının, bir üst kavram olması, tanımı konusunda birtakım zorlukları beraberinde getirmektedir[557]. Her ne kadar hukuk devletinin tanımını yapmak çok kolay olmasa da, hukuk devletinin unsurları hakkında kabul edilen temel ilke ve kurallar, hangi gereklilikleri yerine getiren devletin hukuk devleti statüsüne yerleşeceği konusunda rol üstlenmektedir. Gerçekten de hukuk devleti, temel ve üst bir kavram olarak, bünyesinde bir çok ilkenin ve kuralın etkin bir şekilde gerçekleştirilmesine bağlıdır. Bu yapıcı unsurlar arasında Anayasa'nın üstünlüğü ve

---

[556] AYM 28.4.2011, 2009-66/72 (RG 6.7.2011, S. 27986).

[557] Hukuk devletinin anlamı ve bu konuda tanım verilmesinin güçlüğü hakkında bkz. Hayrettin Ökçesiz, "Hukuk Devleti", **Hukuk Devleti,** Der. Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yayınları 4, İstanbul 1998, (Hukuk Devleti), ss. 17 vd. Ayrıca hukuk devleti kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Devleti Anlayışı, Hukuk Devleti" (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), **HFSA Yayınları 4**, İstanbul 1998, (Hukuk Devleti), ss. 148-150; ***Gözler,*** *Anayasa Hukuku,* s. 169-173; İbrahim Kaboğlu, "Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi", **Hukuk Devleti,** Der. Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yayınları 4, İstanbul 1998, (Hukuk Devleti), ss. 89-97; Mehmet Karaman, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hukuk Devleti** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2001, ss. 8 vd.; Hayrettin Ökçesiz, "Hukuk Devleti Olgusu", **Hukuk Devleti,** Der. Ökçesiz, Hayrettin, HFSA 4, İstanbul 1998, (Hukuk Devleti Olgusu), ss. 44-55. Hukuk devletinin tarihî gelişimi için ayrıca bkz. Karaman, ss. 19-35.

bağlayıcılığı, kuvvetler ayrılığının tam olarak sağlanması, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, hukukun evrensel ilkelerine saygı duyulması, kanun önünde eşitliğin sağlanması ve genellik ilkesine uyulması, yasama faaliyetlerinin ve özellikle kanunların Anayasa'ya uygunluğu ile yürütme organının faaliyetlerinin denetiminin sağlanması, âdil bir yargılanma süreci içerisinde yargısal faaliyetlerin denetiminin gerçekleştirilmesi yer almaktadır[558].

2. Hukuk Devletinin Unsurlarının İspat Hakkı İle İlişkisi

a. Anayasa'nın Bağlayıcılığı ile Üstünlülüğünün Sağlanması, Anayasa Yargısı ve İspat Hakkı Güvencesi

"*Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü*" başlığını taşıyan Anayasa'nın 11. maddesine göre; "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. / Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" (Ay m. 11). Buna göre, normlar hiyerarşisinin en üstünde Anayasa bulunmaktadır ve tüm pozitif hukuk kuralları geçerliliklerini Anayasa'dan almaktadır[559]. Bu sebeple, kanunların Anayasa'ya uygun olması zorunludur[560]. Zira anayasalar, üst norm olma nitelikleri sayesinde, öncelikle hak ve yetkiler ile bunların sınırlarını belirleyen hukukî çatıyı oluşturmaktadırlar[561].

---

[558] Bütün bu unsurların hukuk devletinde bulunması gerektiği yönünde bkz. Karaman, ss. 35-50; Ökçesiz, Hukuk Devleti, s. 27; Hayrettin Ökçesiz, "İnsan ve Hukuk Devleti", **Hukuk Devleti,** Der. Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yayınları 4, İstanbul 1998, (İnsan ve Hukuk Devleti), s. 41. Nitekim Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini tanımlarken, hukuk devletinin sağlaması zorunlu olan bu gerekliliklerden hareket etmektedir: "Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir." (AMK 27.03.1986, 1985-31/11 (http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-11.htm). Benzer kararlar için bkz. AMK 21.06.1991, 1990-20/17 (http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-17.htm); AMK 01.07.1998, 1996-74/45 (http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1998/K1998-45.htm).

[559] Ernst Hirsch, "Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri", **Birinci Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğler,** TBB Yayını, Ankara 1971, s. 3; Kabaoğlu, Hukuk Devleti, s. 91; Gözler, Anayasa Hukuku, s. 860.

[560] Hatta, *Hirsch* tarafından sadece kanunların değil, kanunların çok daha ötesinde *bütün mevzuatın ve hatta örf ve âdet hukuku kurallarının* dahi anayasaya uygun olması gerektiği belirtilmektedir (Hirsch, ss. 7, 12). Bunun yanı sıra *Hirsch*, hâkimin kanun boşluklarını doldururken de, anayasanın üstünlüğü ve kişileri bağlama ilkelerini mutlaka gözönüne almakla görevli olduğunu; özel hukuka ilişkin tüm işlem ve anlaşmaların anayasaya aykırı olması hâlinde, hâkimin Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. Maddelerindeki kuralları uygulamakla görevli olduğunu vurgulamaktadır (Hirsch, s. 7).

[561] Yılmaz Aliefendioğlu, "2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", **AYD,** S. 19, 2002, (2001 Anayasa Değişiklikleri), s. 141.

Kazuistik anayasa yapma yöntemi modern hukuk sistemlerinin tercihleri arasında bulunmadığından, anayasalar sadece temel ilkeleri ve esasları düzenler; Anayasa'ya bağlı olarak hukukî ilişkilerin ve esasların ayrıntılarının düzenlenmesi ise, kanunlara bırakılır[562]. Bu hâlde öncelikli olarak kanunların ve normlar hiyerarşisinde yer alan diğer normatif düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi, anayasa yargısına duyulan ihtiyacın ilk tâhlilde beliren yanıdır[563]. Bu gereklilik, hukuk sistemlerinde öncelikle soyut ve somut norm denetimlerinin doğmasına sebep olmuştur. Anayasaların bağlayıcılığı ve onun da ötesinde üstünlüğü ilkesinin benimsenmesinin zorunlu bir sonucu, anayasa yargısının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir[564]. Anayasa yargısı, kanunların Anayasa'ya uygunluğu denetimini gerçekleştirecek; bu sayede, Anayasa'ya aykırılığı tespit edilen bir kanun hükmünün iptali mümkün olabilecektir (bkz. Ay m. 150-153). Bu çerçevede, *Anayasa'nın üstünlüğü* karşısında, hak arama yoluna başvuran bireyin âdil bir yargılama içerisinde ispat hakkını kullanması sınırlandırılamayacak; Anayasa'ya aykırı olan ispat hakkı sınırlamalarının ise, *Anayasa'nın bağlayacılığı* karşısında hukuk düzenince reddedilmesi (*bu anlamda düzenlemelerin iptal edilerek yürürlüğünün kaldırılması*), medenî yargılama alanında da anayasa yargısı aracılığıyla gerçekleşecektir. Bu garanti aynı zamanda, anayasa yargısına davayı gören mahkeme aracılığıyla (*somut norm denetimi*) başvuru imkânı ile de sağlanabilecektir (Ay m. 152). Bunun yanısıra hukuk sistemimizde henüz kabul edilen anayasa mahkemesine bireysel başvuru imkânı (Ay m. 148/3) da, ispat hakkının güvence altına alınması ve özellikle ispat hakkı sınırlamaları konusunda yapılacak denetim açısından büyük öneme sahiptir[565]. Bu çerçevede özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamında kabul edilen alt ilkelere aykırılık hâllerinde[566], bireyler Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan başvuruda bulunma imkânına sahiptir. Bu anlamda anayasa yargısı, hukuk

---

[562] Mehmet Tevfik Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu,** Ankara 2007, (Anayasa Yargısı), s. 86; Mümtaz Soysal, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", **AYD,** S. 2, 1985, (Anayasaya Uygunluk Denetimi), s. 8. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Gülsoy, Anayasa Yargısı, ss. 83-88.

[563] Kaboğlu, Hukukun Genel İlkeleri, s. 299; Soysal, Anayasaya Uygunluk Denetimi, s. 8.

[564] Mehmet Tevfik Gülsoy, **Türkiye'de Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı** (İstanbul Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 1994, (Anayasa'nın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı), ss. 115 vd.; Soysal, Anayasaya Uygunluk Denetimi, s. 8.

[565] Nitekim anayasa yargısının, ispat hakkının 21. YY'da gelişimine olumlu yönde katkısı yukarıda ayrı bir başlık altında incelenmişti. Bu konuda bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1.

[566] Bu alt ilkeler aşağıda tek tek ele alınacaktır.

sistemlerinde ispat hakkının ve bu arada âdil yargılanma hakkının garanti altına alınmasında önemli bir konuma sahiptir.

b. Hukukun Evrensel İlkelerine Uygunluk ve Temel Hakların Güvence Altına Alınması

Temel hakların kuramsal temeli "*Toplum Sözleşmesi*"ne dayanır. Bu kurama göre insanların *tabiat hâlindeyken* barış içerisinde yaşayışları savaşa dönüşünce kendi aralarında yaptıkları bir sözleşme ile siyasal iktidarı kurmuşlardır[567]. Bu varsayıma göre, hak ve özgürlüklerinden bir kısmını devlet ve iktidarına devreden bireyler, haklarının sahibi olarak kalmışlardır. Siyasal iktidarın yani devletin görevi de, insan haklarının (temel hakların) kullanıldığı güvenlik ortamını yaratmaktır. Bu kapsamda devlet iktidarının sınırlarını çizen Anayasa da, *hakların ve özgürlüklerin güvencesini* ortaya koymuş olmaktadır[568]. Doğal hukuk öğretisi de temelini, doğal ortam ve insanın sahip olduğu haklar varsayımından alır. Bu sebeple insan hakları (temel haklar), devletten önce gelir. Devlet, sadece temel hakların güven içerisinde kullanılmasını sağlar[569]. Bu sebepledir ki, haklar ve özgürlükler anayasaların hemen başında, ilk bölüm/kısım olarak düzenlenir; siyasî kurumlar ise, sonraki bölümlerde hakların ve özgürlüklerin güvence altına alınmasına yönelik olarak örgütlenir[570].

Evrensel genel hukuk kuralları olarak kabul edilen temel hak ve özgürlükler, onsekizinci yüzyıldan itibaren ve özellikle de 2. Dünya Savaşı'ndan sonra yoğun bir şekilde uluslararası sözleşmelerde ayrıca düzenlenmeye başlanmış; bu şekilde, temel hak ve özgürlüklerin, bütün devletlerce uyulması zorunlu olan *evrensel birer hukuk ilkesi* hâline getirilmesi amaçlanmıştır[571]. Anayasamızın da "*Temel Hak ve Özgürlükler*" başlığı altında düzenlemekte olduğu bu temel hak ve özgürlükler (Ay m. 17-40),

---

[567] Kaboğlu, Hak ve Özgürlük Anlayışı, ss. 238-244.

[568] Kaboğlu, Hak ve Özgürlük Anlayışı, s. 238.

[569] Kaboğlu, Hak ve Özgürlük Anlayışı, s. 238.

[570] Kaboğlu, Hak ve Özgürlük Anlayışı, s. 238. Ülkelerin iç hukuk düzenlemeleri yapılırken evrensel nitelikli kabul edilen temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, aynı zamanda *insan haklarına dayalı* bir devlet için zorunlu bir unsurdur. Zira, insan haklarına dayalı bir devlet, sadece iç hukuk kurallarına ve anayasaya göre temel hakları düzenlemekle yetinemez; bu konuda evrensel nitelikli hukuk kurallarının dikkate alınması, özellikle uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan şekilde, temel hak ve özgürlüklerin korunması gerekmektedir. Evrensel insan haklarına uygunluğun sağlanmasının, hukuk devletinin gereklerinden olduğu yönünde bkz. Karaman, s. 48.

[571] İlhan Akın, **Temel Hak ve Özgürlükler,** İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1333, İstanbul 1968, ss. 23-24; Kaboğlu, Hak ve Özgürlük Anlayışı, ss. 241-242; Kaboğlu, Hukukun Genel İlkeleri, ss. 299-300. Ondokuzuncu yüzyılda, insan hakları konusunda uluslararası belgelerle kabul edilen anlayış hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, ss. 107-143; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş,** Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Beta, İstanbul 2003, ss. 201 vd.; Demircioğlu, ss. 40-46; Kaboğlu, Hak ve Özgürlük Anlayışı, ss. 241-244.

sadece Anayasa ile güvence altına alınmamış, Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu bir çok uluslararası sözleşmeye de konu olmuştur. Özellikle insan hakları kavramının, ondokuzuncu yüzyılda geçirmiş olduğu süreç, "*temel haklar*"ın, giderek artan bir şekilde uluslararası sözleşmelere konu edilmeye başlamasına sebebiyet vermiştir[572]. Dolayısıyla, kişilerin sahip olduğu temel hakların ulusal bir düzeyden çıkarılarak uluslarası bir platforma oturması da amaçlanmış; bu şekilde, tüm kişilerin sahip olduğu birtakım evrensel haklar, uluslararası düzeyde koruma altına alınmaya başlanmıştır. Temel hakların ve özgürlüklerin gün geçtikçe daha fazla önem kazanması, insan haklarına dayalı sistemlerin kabul edilmesi gereğini ortaya çıkarmıştır. Dolayısıyla ideal olanın, insan haklarını temel alan bir devlet anlayışı olması gerektiği benimsenmekte ve hatta hukuk devletinin dahi, "demokratik bir insan hakları devletidir." şeklindeki tanım önerisiyle, hedefin insan hakları olması gerektiği kabul edilir[573].

Bu çerçevede temel haklara yani hukukun evrensel ilkelerine uygunluk ispat hakkının güvence altına alınması açısından da oldukça önemlidir. Nitekim bundan önceki başlık altında ispat hakkının, temelini (kökenini) hak arama özgürlüğüne dayandırdığını belirtmiştik. İspat hakkının tam anlamıyla güvence altına alınabilmesi ise, hukuk devletinin gerekliliklerinin gerçekleşmesi ile sağlanabilecektir. Bu anlamda temelini bir *temel hak*ka dayandıran ispat hakkının da temin ve tesisinde, bu özelliği göz ardı edilmemelidir. Bu konu özellikle ispat hakkının sınırlandırılması meselesinde daha büyük bir önem kazanır. Temel bir hakkın sınırlandırılması, yine hem evrensel birtakım ilkeler çerçevesinde mümkün olabilir. Bu anlamda sınırlamanın hem hukuk devletinin gereklilikleri çerçevesinde evrensel ilkeler hem de Anayasa'nın üstünlüğü karşısında anayasal sınırlamalar ile uyumlu olması gerekir. İspat hakkının bizatihi kendisinin ve sınırlamalarının evrensel haklar ve ilkeler kapsamında güvence altına alınmasının teorik temellerini burada attıktan sonra, çalışmamızın üçüncü bölümünde bu evrensel ilkeler çerçevesinde ispat hakkı sınırlamaları değerlendirme konusu yapılacaktır[574].

---

572 Akın, ss. 23-24.

573 İbrahim Kaboğlu, "Nasıl Bir Çağdaş Anayasa ve Anayasa Yargısı?", **AYD,** S. 15, 1998, (Çağdaş Anayasa), s. 195.

574 Bu konuda bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 14.

c. Hukukun Üstünlüğünün Sağlanması ve İspat Hakkı

Hukuk devletinin yapıcı unsurlarından birisi de, hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır[575]. Hukukun üstünlüğünün sağlanması için salt hukuk kuralların uygulanması tek başına yeterli değildir. Nitekim hukuk devleti kavramı, *kanun devleti* anlamına gelmemektedir[576]. Nasıl ki, "*hukuk*" kavramı, "*kanun*" kavramından üstün, soyut bir kavramsa; "*hukuk devleti*" de, "*kanun devleti*"nden üstün bir kavramdır. Bu sebeple, devletin sadece kanun yapması yeterli değildir. Devletin yapmış olduğu kanunların, hukukun üstünlüğünü de sağlaması gerekir[577]. Hukukun üstünlüğünün sağlanması, özellikle kişilerin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin evrensel hukuk kuralları kapsamında korunmasını gerektirir. Bu açıdan kanunların, kişilerde adalete uygun olduğu kanaatini uyandırması özellikle o ülkede geçerli olan hukuk kurallarının, evrensel hukuk kurallarıyla örtüşmesiyle sağlanabilir. Bu açıdan hukukun üstünlüğünün sağlanması için, iç hukuk kurallarının yanı sıra evrensel nitelikte kabul edilen ve önemli bir kısmı uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan temel hakların ve özgürlüklerin, kişilere gerçek anlamda tanınması gerekir. İç hukuk kuralları açısından da, bu kuralların evrensel nitelikli hukuk kurallarıyla örtüşmesine kanunkoyucu tarafından özel bir özen gösterilmesi hukukun üstünlüğünün sağlanması için bir zorunluluktur. Bu anlamda da hukukun üstünlüğüne ve evrensel ilkelere uygunluk, özellikle temelini AİHS m. 6'dan alan ispat hakkı açısından ayrı bir güvence olulturur. Bu konudaki evrensel ilkelerin ve AİHM içtihatlarının iç hukuka uygunluğunu, bu ilkenin ispat hakkı üzerinde doğurduğu önemli bir etkidir.

d. Kanun Önünde Eşitliğin Sağlanması (Silâhların Eşitliği İlkesi) ve İspat Hakkı İlişkisi

Herkes kanunlar önünde eşittir. Anayasa'nın 10. maddesine göre, "*Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.*" (Ay m. 10/1) ve "*Devlet organ-*

---

[575] Bu konuda bkz. Kabaoğlu, Hukuk Devleti, ss. 90-91; Yaşar Karayalçın, "Hukukun Üstünlüğü (Kavram - Bazı Kavramlar)", **Hukuk Devleti,** Der. Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yayınları 4, İstanbul 1998, ss. 117-147; **AÜSBFD,** C. 47, S. 3-4, 1992, ss. 117-146; Karaman, ss. 10-11.

[576] Ernst Hirsch, "Kuvvet ve Hukuk", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı,** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No. 210, Ankara 1966, (Kuvvet ve Hukuk), s. 183; Karaman, s. 18. *Hirsch*, hukuku farklı iki kapsamda ele almaktadır. Bunlardan birincisi, belirli bir zaman ve yerde geçerli olan pozitif hukuk kurallarını kapsayan "*hukuk*"; diğeri ise, adaleti gerçekleştirmeye yönelen ve hakikati ifade eden "*hukuk*"tur. Hatta yazar, pozitif hukukunun tek başına "*hukuk*"un anlamını taşımaya yeterli olmadığını şu ifadelerle belirtmekedir: "*Yer ve zaman itibariyle devamlı olarak değişen pozitif hukuk, belli anda ve belli yerde sosyal iktidarın kullanılışını gösteren ve her vakit değiştirilmesi kaabil olan tesadüfi bir düzenleme tarzından başka birşey değildir.*" (Hirsch, Kuvvet ve Hukuk, s. 183).

[577] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 90.

ları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır." (Ay m. 10/4). Dolayısıyla eşitliğin sağlanması hem yasama organını hem de yürütme organının temel görevleri arasındadır. Yasama organı, hukuk düzeninin yaratıcısıdır. Millet adına hareket eden yasama organı, yaptığı kanunlarla toplumdaki kişilerin uyması gereken kuralları belirler. Bu çerçevede, yasama organı Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla bir konu hakkında doğrudan doğruya düzenleme yapma (kanun yapma) yetkisine sahiptir[578]. Bu esaslara dayanan kanun yapma faaliyeti, yasama organı tarafından gerçekleştirilen objektif (düzenleyici) işlemlerdendir. Objektif (düzenleyici) işlemlerin temel özelliği ise *genel, soyut, kişisel olmayan, sürekli* işlem niteliğinde olmalarıdır[579]. Dolayısıyla ilk etapta eşitlik ilkesi kanunkoyucu tarafından; ikinci olarak da yürütme organları tarafından uyulması gereken temel bir haktır.

Eşitlik ilkesinin mahkemeler önünde uyulması ise, yargılama hukuklarının özel olarak ilgilendiği bir konudur. Kanaatimizce yargılama prosedüründe eşitlik ilkesinin uygulanması biraz daha hassas bir değerlendirmeyi de beraberinde getirir. İspat hakkının eşitlik ilkesine uygunluğu konusunda da, âdil yargılanma hakkı kendi içerisinde bir alt ilke olarak *silâhların eşitliği ilkesi*ni oluşturmuştur. Bu ilkenin ispat hakkı üzerindeki doğrudan etkisi aşağıda âdil yargılanma hakkının alt başlıkları arasında ayrıca değerlendirilecektir. Dolayısıyla anayasal eşitlik ilkesinin (Ay m. 10), medenî yargılama prosedürüne yansıması âdil yargılanma hakkı (Ay m. 36) kapsamında, silâhların eşitliği ilkesi çerçevesindedir. Bu durum ispat hakkının güvence altına alınmasında, bireylerin eşit imkânlara sahip olmasının hayatî bir öneme sahip olması ile de açıklanabilecektir.

B. Hukukî Güvenlik İlkesi

1. Genel Olarak

Hukukî güvenlik ilkesi (Rechtssicherheit; legal certainty) ile ispat hakkı arasında önemli bir bağ bulunur. Esasında hukukî güvenlik ilkesi, hukuk devletinin bir unsuru olarak da kabul edilir[580]. Nitekim hukuk devletinin yapılan tanımlarından

---

[578] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 256.

[579] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 254. Kanun önünde eşitliğin sağlanması ve genellik ilkesine uyulmasının, hukuk devletinin gereklerinden olduğu yönünde açıklamalar için bkz. Karaman, ss. 47-48, 49-50.

[580] Bu konuda bkz. İsmail Köküsarı, **Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi,** Adalet, Ankara 2015, ss. 23-25.

birisi, *vatandaşlarına hukukî güvenlik sağlayan devlettir*[581]. Hukukî güvenliğin sağlanması aynı zamanda medenî yargılamanın en önemli amaçlarından birisi olarak kabul edilir[582]. Hukukî güvenlik ilkesinin unsurları ile ispat hakkı arasındaki güçlü bağ, bu iki temel ilkenin de ayrı başlıklar altında ele alınması konusunda bir tercihe yol açmıştır.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında hukukî güvenlik ilkesine ilk olarak 1989 yılında yer vermiş[583]; bireysel başvuru yolunun kabulüyle birlikte hukuk devleti ilkesi kapsamında ve temel hakların ve özgürlüklerin sınırları konusunda, bu ilkeye çok daha fazla vurgu yapmaya başlamıştır[584]. Anayasa Mahkemesi, yeni tarihli vermiş olduğu bir kararında, hukukî güvenlik ilkesini hukuk devleti ilkesi ile de ilişkilendirerek şu şekilde tanımlamıştır:

> "Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.
>
> Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir." [585]

Anayasa Mahkemesi'nin benimsemiş olduğu bu tanımdan ve ilkenin alt unsurlarından yola çıkarak hukukî güvenlik ilkesinin alt unsurlarının her birinin ispat

---

[581] Köküsarı, s. 23. Hukuk devleti ile hukukî güvenlik arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Köküsarı, ss. 21-27.

[582] Pflughaupt, ss. 96-100.

[583] Köküsarı, s. 311. Bu tarihten itibaren hukukî güvenliğe ilişkin verilen Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Köküsarı, s. 311-312.

[584] Bazı kararlar için bkz. AYM 25.2.2015, 2013/3578 (RG 27.5.2015, S. 29368); AYM 22.1.2015, 2013/4809 (RG 10.6.2015, S. 29382); AYM 6.3.2014, 2013/1436; AYM 6.2.2014, 2012/1246.

[585] AYM, 28.2.2013, 2012-116/32 (RG 13.8.2013, S. 28734).

hakkı ile ilişkisi üzerinde durulmalıdır. Zira bu gereklilikler hukuk devleti ilkesine dayanan bir sistemde ispat hakkına müdahale etmeyen, onu sınırlandırmayan ve en güvenceli şekilde hayata geçirilmesini sağlayacak güvenli zemini oluşturacaktır.

Kanaatimizce hukukî güvenlik ilkesi ile ilgili en önemli tartışmalı nokta, ilkeye aykırılık hâlinde karşılaşılacak yaptırımdır[586]. Hukukî güvenlik ilkesi, esasında hukuk devleti ilkesine benzer bir niteliğe sahip ve onun bir unsuru olmakla birlikte; Anayasa'da açıkça yer verilen bir kavram değildir. Özellikle örneğin ispat hakkını sınırlandıran bir düzenleme salt hukukî güvenlik ilkesini zedelediği için hukuka aykırı sayılacak mıdır? Bu sorunun cevabı çok açık değildir. Anayasa'da temel hakların ve özgürlüklerin sınırlanması nedenleri veya genel sınırlama ölçütleri getiren Anayasa'nın 13. maddesi dikkate alındığında, hukukî güvenlik ilkesinin bu aşamada anayasal temelinin *doğrudan doğruya* bulunmadığı ifade edilebilir. Bununla birlikte hukukî güvenlik ilkesi, Anayasa Mahkemesi'nin sıklıkla ve hatta -*bireysel başvuru kararlarıyla birlikte*- artan bir şekilde başvurduğu bir ilkedir. İlkeye özellikle temel haklara ve özgürlüklere müdahale söz konusu olduğunda başvurluyor olması, ilkenin ve ihlâlinin sonucunu daha önemli hâle getirmektedir. Anayasal *doğrudan* bir temelinin bulunmaması, bünyesinde doğasından kaynaklanan bazı belirsizlikleri barındırması ve Türk hukukunda hukukî güvenlik ilkesi ile unsurlarının tam anlamıyla tanınmıyor olması, ilkeye başvurulması konusunda keyfî kullanımlara yol açabileceği endişesi uyandırmaktadır. Bu yönüyle önemle belirtmek gerekir ki, bu başlık altında *özellikle hukukî güvenlik ilkesinin, ispat hakkının tam anlamıyla güvence altına alınabildiği bir hukukî zeminin oluşturulmasındaki katkısı çerçevesinde* ele alınmaktadır.

2. Hukukî Belirlilik ve İspat Hakkı İlişkisi

Hukukî belirlilik ilkesi, en basit ifadesiyle hukuk normlarının birbirleriyle çelişmeyecek şekilde *açık*, *anlaşılabilir* ve *öngörülebilir* olmasını gerekli kılar[587]. Hukukî belirlilik ilkesinin gereği olarak kuralların muhataplarınca anlaşılır olması, kuralla hangi fiillere ne tip hukukî neticelerin bağlandığının açıkça anlaşılabilmesi gerekir[588]. Bununla birlikte hukukî belirlilik ilkesine riayet, devletin tüm erklerini

[586] Hukukî güvenlik ilkesine aykırılık sorunu hakkında bkz. Köküsarı, ss. 357-371.
[587] AYM 22.2.2012, 53/27 (RG 6.7.2012, S. 28345). Ayrıca bkz. Köküsarı, ss. 313-316.
[588] Hukuk kuralları açısından hukukî belirliliğin bu gereklilikleri açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Köküsarı, ss. 69-90

sınırlandırır; yasama organı da, yürütme organları da, yargı organları da bu ilkeye uygun şekilde işlem ve faaliyetlerini yürütmekle yükümlüdür[589]. Bu çerçevede ispat hakkı için özellikle *yasama organının* ve *yargı organlarının* işlem ve faaliyetlerinde hukukî belirlilik ilkesine riayet önem kazanır.

a. Yasama İşlemlerinde Hukukî Belirlilik ve İspat Hakkı

aa. Yasama İşlemlerinde Hukukî Belirliliğin İspat Hakkı Açısından Anlamı

aaa. İspat Hakkını Güvence Altına Alan Kurallarda Hukukî Belirlilik

İspat hakkı açısından hukukî belirlilik, ispat kurallarının ispat hakkını güvence altına alabilmesi için öncelikli olarak *basit* ve *anlaşılır* olmasını gerektirir[590]. Gerek kişilerin delil olarak kullanabilecekleri bilgi kaynaklarının öngörülebilmesi gerekse kişilerin nasıl bir ispat prosedürü ile karşı karşıya kalacakları, kanunlarda açık bir şekilde kaleme alınmalıdır. Kişiler ispat prosedüründe kendileri açısından ispat hakkı ihlâline sebebiyet verecek şekilde karmaşık veya belirsiz ispat kuralları ile karşı karşıya bırakılmamalıdırlar.

İspat kuralları açısından hukukî belirlilik o kadar önemli bir ilkedir ki, çok defa açıkça dile getirilmese bile bazı kurumların özünde hukukî belirliliğin korunması yer alır. Örneğin *Postacıoğlu,* hukukumuzda kanunî delil sisteminin geçerli olmasının en önemli hizmetlerinden birisini de *hukukî güvenliği* ve *belirliliği* sağlaması olarak belirtir. Böylece taraflar, uyuşmazlığın öncesind ehangi tür delillerle iddialarını ispat edebileceklerini kanunî delil sistemi sayesinde bilebilirler ve buna göre uyuşmazlıkla ilgili kendilerine bir yön çizebilirler[591].

Kanunkoyucunun hukukî belirlilik açısından dikkat etmesi gereken husus, ispat kuralları arasında çelişki yaratmamasıdır[592]. İspat kuralları arasında çelişki bulunması hâlinde, şayet bu durum bir hukukî belirsizliğe sebep oluyorsa, ispat hakkı ihlâl

[589] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Köküsarı, ss. 70-102.
[590] Hukukî belirliliğin bu özellikleri taşıması gerektiği yönünde bkz. Köküsarı, ss. 72-80; 313-316.
[591] Postacıoğlu, s. 568.
[592] Hukukî belirliliğin kanun hükümleri arasında çelişkilerin bulunmaması gereğini içerdiği konusunda bkz. AYM 22.2.2012, 2011-53/27 (RG 6.7.2012, S. 28345). Bu konuda bilgi için bkz. Köküsarı, ss. 322-323.

edilmiş olacaktır. İspat hakkına yönelen kuralların basit, anlaşılır olması aynı zamanda adalete erişim hakkı kapsamında da kabul edilir[593].

bbb.İspat Hakkını Sınırlandıran Kurallarda Hukukî Belirlilik

Kanaatimizce hukukî belirliliğin ispat hakkı açısından en önemli noktası, özellikle ispat hakkını sınırlandırıcı düzenlemelerin de açık, belirli olması gereğidir. Dolayısıyla sadece ispat hakkının varlığına hizmet eden kuralların değil aynı zamanda ispat hakkının varlığını sınırlandıran kurallar da açık ve anlaşılır olmalıdır. Bu durum aynı zamanda aşağıda üzerinde durulacak olan hukukî öngörülebilirliğin de önkoşuludur. Zira açık olmayan ve içeriği belirsiz olan ispat hakkına ilişkin bir kuralın, taraflar açısından öngörülebilir olması da mümkün değildir.

Medenî yargılama hukukunda, ceza hukukunda geçerli olan *suçlarda ve cezalarda kanunîlik ilkesi* gibi bir ilke bulunmaz. Bununla birlikte temel bir hak olan ispat hakkına getirilecek sınırlamaların kanunla öngörülmesi zorunluluğu (Ay m. 13)[594] ve hukukî belirlilik ilkesinin bir gereği olarak kanunlarda ispat hakkına sınırlama niteliği taşıyan düzenlemelerin açık, belirgin ve kesin bir şekilde ifade edilmesi gerekir. Bu gerekliliğin, ispat hakkının keyfî şekilde sınırlandırmasına da engel olacağı gözardı edilmemelidir.

ccc. İspat Hakkı İhlâllerine Karşı Başvuru Yollarında Hukukî Belirlilik

Hukukî belirlilik ilkesinin gereği olarak taraflar, ispat hakkı ihlâllerine karşı hangi hukukî yollara başvurabileceklerini önceden bilebilmelidirler. İspat hakkı ihlâli ile sonuçlanabilecek herhangi bir işleme karşı ne şekilde, hangi sürede ve hangi merciiye itirazda bulunabileceklerini öngörebilecek durumda olmalıdır. Bu gereklilik kanunlarda bütün ayrıntılarıyla belirlenmemiş olsa dahi, ispat hakkını güvence altına almakla görevli mercii, bu konuda ilgili tarafı önceden bilgilendirmelidir.

bb. Bazı Örnekler

aaa. İİK m. 68b

İspat kurallarının *açık, belirgin olmaması* hâline verilebilecek bir örnek İcra ve İflâs Kanunu'nun 68b maddesidir. Kanunkoyucu esasında bu madde düzenlemesinde, bankaların kendi hâkimiyet alanlarında kendilerinin yarattıkları hesap özetlerine

[593] Bu konuda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, E, 2, c.
[594] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 14, III.

itirazın hükümden düşürülmesine yarayaca -*borçludan sâdır olmuş veya noterlikçe onaylanmış veya resmî makamların hazırladıkları belgelere eşit değerde olacak şekilde- delil* niteliği kazandırmayı amaçlamıştır (İİK m. 68b). Ancak bunu *doğrudan* ve *açık* bir şekilde belirtmek yerine, profesyonel bir hukukçunun bile birkaç defa madde düzenlemesini okuyarak anlayamayacağı türden kaleme almıştır. Kanaatimizce söz konusu hüküm, hukukî belirlilik ilkesini zedeleyerek ispat hakkının kullanımını güçleştiren ve sırf bu sebeple dahi hukuka aykırı bir düzenlemedir[595].

bbb. HMK m. 119 ve 130

Hukukî belirlilik, ilgili tarafın ispat hakkı ihlâli ile karşılaşmaması için örneğin delillerin hangi süre içerisinde, nasıl ibraz edilmesi gerektiği ve bunun yaptırımı konusunda açıklık bulunmasını da gerektirir. Bu anlamda kanaatimizce Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119 ve 130. maddeleri hukukî belirliliği zedeleyici niteliktedir ve ispat hakkı ihlâli oluşturma potansiyeli taşımaktadır. Şöyle ki gerek davacı, dava dilekçesinde gerekse davalı, cevap dilekçesinde iddiasının/savunmasının dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini belirtmek zorundadır (HMK m. 119/1-f; m. 129/1-e). Tarafların bu yükümlülüğü yerine getirmemesi durumunda ise, nasıl bir yargısal yaptırım ile karşılaşacakları maddede belirli değildir[596]. Bu anlamda kendilerinin ispat faaliyeti ile delil ibrazı imkânını kısıtlayabilecek ve ispat hakkı ihlâline sebebiyet verebilecek bu durum hakkında ka-

[595] Bu madde düzenlemesinin ispat hukuku kurallarına ve hukukun temel ilkelerine aykırılığı konusunda ayrıca bkz. Pınar Çiftçi, **İcra Hukukunda Menfaat Dengesi,** Adalet Yayınevi, Ankara 2010, ss. 169-180; Muhammet Özekes, "İcra ve İflâs Kanunu'nda Yer Alan Kredi Kurumları İle İlgili İcra Hükümlerinin Eleştirisi (Tebliğ)", **Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (8 Haziran 2007)**, ss. 103-119.

[596] Maddenin nasıl yorumlanması gerektiği konusu, öğretide ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir. Bu çerçevede tarafların iddialarının konusu olan vakıalarla birlikte delillerini hiç göstermemiş olmaları hâlinde, *iddia yükü*nü yerine getirmemiş oldukları; tarafların iddialarının temelini oluşturan vakıalar ve deliller konusunda açıklama yapmış, ancak bu açıklamaların tam belirlilik taşımaması hâlinde de, tarafların *somutlaştırma yükü*nü yerine getirmemiş sayılacağı kabul edilmektedir (Özekes, Dava Dilekçesinde Eksiklik, ss. 285-297). İspat hakkına sahip olan taraflar için belirtilen her iki yargısal yükümlülüğün -*iddia ve somutlaştırma yükünün*- de, ispat hukukunda etkili sonuçları vardır ve bu sonuçlar, tarafların ispat haklarını etkisiz kılabilecek niteliktedir. Söz konusu yaptırımlarla ilgili varılan görüşe katılmakla birlikte, bu durumun hukukî belirlilik ilkesi gereği -*tarafların ispat haklarının ihlâline sebebiyet vermemek için*- Kanun'da açıkça belirtilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira mevcut düzenlemedeki belirsizlik, mahkemelerin düzenlemeyi farklı yorumlamasına sebep olmakta; bu durum da hem hukukî istikrarı zedelemekte hem de ispat sonuçları üzerinde öngörülebilir yaptırımların bilinmemesi sebebiyle ispat hakkı ihlâllerine sebep olmaktadır. Bu sebeple kanaatimizce, taraflar dave veya cevap dilekçelerinde -*hataen veya kasten*- delillerini hiç bildirmemiş veya eksik bildirmiş olsalar dahi, bu eksiklik sebebiyle bir sonraki aşamada karşılaşacakları yaptırım konusunda *açık* bir şekilde bilgi sahibi olmalıdırlar. Bu gereklilik, ispat kurallarının -*ispat hakkı ihlâline sebep olmaması için- öngörülebilir* nitelikte olmaları gereğinin sonucudur.

nunkoyucu, tarafları belirsiz bir şekilde âdeta uyuşmazlığa bakacak hâkimin insâfına bırakmıştır. Bunun yerine Kanun'da, bu durumda örneğin hâkimin taraflara kesin süre vereceği yönünde bir düzenleme yer alsaydı, hükmün, hukukî belirlilik eksikliği ve ispat hakkı ihlâli potansiyeli giderilmiş olacaktı.

ccc. HMK m. 203

Hukukî belirliliğin aynı zamanda ispat hakkını sınırlandıran düzenlemeler bakımından da şüpheye yer vermeyecek açıklıkta olması gerektiğini belirtmiştik. Bu konuda verilebilecek bir örnek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 203. maddesidir. Senetle ispat zorunluluğunun istisnaları arasında sayılan "*İşin niteliğine ve tarafların durumlarına göre, senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukukî işlemler*"in (HMK m. 203/1-b) ne olduğu konusu bünyesinde belirsizlik içerir. Senetle ispat kuralı hukukî işlemlerin ispatı konusunda tarafların delil sunma hakkını doğurdan sınırlayan en önemli kuraldır. Böyle bir kurala istisna getiren hukukî düzenlemenin çok daha somut, belirli ölçütler getirmesi gerekirken özellikle maddede belirtilen "*teamülün*" nasıl belirleneceği hem taraflar için ispatı çok zor bir kavram hem de hâkim için somut ölçütler çerçevesinde takdir yetkisini hukuka uygun kullanabileceği zor bir kavramdır.

ddd. HMK m. 193

Yine ispat hakkını sınırlandıran düzenlemeler içerisinde belirsizlik içeren bir başka örneği delil sözleşmesini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinden vermek mümkündür. Bu maddeye göre "*Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir.*" (HMK m. 193/2). Burada yine ispat hakkına getirilen çok önemli bir sınırlama olan delil sözleşmesinin hangi koşullarda geçersiz sayılacağı hususu çok önemlidir. Ancak Kanun'da yer alan "*imkânsız kılan*" ve "*fevkalâde güçleştiren*" kavramları belirsizdir. Kanun'un gerekçesine bakıldığında maddenin ikinci fıkrasının aynen tekrarlanmasından başka bir ifadeye yer verilmediği görülmektedir. Bu konuda bugüne kadar Yargıtay kararları tarafından da bir ölçüt getirilmiş değildir. Oysa yukarıda ifade ettiğimiz üzere ispat hakkına ilişkin kuralların ve bu kapsamda ispat hakkına sınırlama getiren bütün düzenlemelerin *açık, belirli, yoruma mahal verme-*

yecek şekilde kaleme alınması ispat hakkının gerçek anlamda güvenceye alınması için ilk koşuldur[597].

b. Yargı Faaliyetlerinde Hukukî Belirlilik ve İspat Hakkı

Hukukî belirlilik sadece yasama organının veya idarî mercilerin uyması gereken bir temel ilke değildir; bir hukuk devletinde aynı zamanda mahkeme kararlarında da belilirlik bulunmalıdır[598]. Mahkeme kararlarında belirliliğin taşıması gereken özellikler ispat hakkının güvence altına alınması için çok önemlidir. Bunlar mahkeme kararlarının açık ve anlaşılır olması; kararların tebliği ve yayımlanması; mahkeme kararlarının gerekçeli olması ve gerekçelerin de tatmin edici olması gereğidir. Bu temel üç gereklilik de ispat hakkının güvence altına alınmasında önemli bir fonksiyon üstlenirler.

aa. Mahkeme Kararlarının Açık ve Anlaşılır Olması

Uyuşmazlığı nihaî olarak sona erdiren mahkeme kararlarının tarafları tatmin edebilmesi için öncelikle açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınması gerekir[599]. Aksi takdirde o kararın, tarafları tatmin etmesi söz konusu olmayacağı gibi açık, anlaşılır olmayan kararlar duruma göre kişilerin hukukî dinlenilme hakkını ve bu kapsamda ispat hakkının ihlâline sebebiyet verecek bir âdil yargılanma hakkı ihlâli niteliğini taşıyabilir[600]. Yayımlanmış mahkeme içtihatlarında sıklıkla karşılaşıldığı üzere bazen kararın gerekçe kısmı ile hüküm sonuç kısmı birbiri ile çelişmektedir[601]. Bazen ise,

---

[597] Bu madde düzenlemesine ilişkin *de laga feranda* önerimize çalışmamızın sonunda yer verişmiştir.

[598] "...belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla kanunlar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir." AYM 28.11.2013, 64/142 (RG 27.3.2014, S. 28954). Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Köküsarı, ss. 96-102.

[599] Köküsarı, s. 96.

[600] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes, ss. 166-184. Ayrıca bu konunun hukukî dinlenilme hakkı ve ispat hakkı bağlamında ele alınmasına ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, C, 4.

[601] Yargıtay kararlarında çelişkinin yarattığı olumsuzlukları ve olması gereken şu ifadelerle istikrarlı şekilde kabul edilmektedir: "Yasanın aradığı anlamda oluşturulacak kararların hüküm fıkralarının açık, anlaşılır, çelişkisiz, uygulanabilir olmasının gerekliliği kadar; kararın gerekçesinin de, sonucu ile tam bir uyum içinde, o davaya konu maddî olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; kısaca, maddî olgularla hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir. Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi sebeple haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri ve Yargıtay'ın hukuka uygunluk denetimini yapabilmesi için, ortada, usulüne uygun şekilde oluşturulmuş; hükmün hangi sebeple o içerik ve kapsamda verildiğini ayrıntılarıyla gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur." HGK 8.2.2012, 10-726/57 [Mehmet Akif Tutumlu, **Hu-**

gerekçe özeti yapılan iddia ve savunma ifadelerinin dosya kapsamında ileri sürülen iddia ve savunmalarla örtüşmemesi söz konusu olabilmektedir. Bu durumlar tarafların ispat faaliyeti ve delillerin değerlendirilmesi konularında belirsizlik taşıyorsa, tarafların karara itiraz imkânlarını kısıtlayacak bir belirsizlik olacağından ispat hakkı ihlâl edilmiş olacaktır[602]. Nitekim Yargıtay çoğu zaman, her ne kadar temelini ispat hakkına dayandırmıyor olsa da, bu tarz ispat hakkı ihlâllerini bozma sebebi olarak kabul etmektedir.

İspat hakkına hizmet etmek üzere kararın belirli bir sistematik içinde yazılması ve bu çerçevede tarafların iddialarının, savunmalarının, delillerinin sonuç kısmını kadar anlaşılır, açık bir şekilde kaleme alınması (HMK m. 297/1-c) hukukî belirlilik ilkesinin bir gereğidir[603].

bb. Kararların Tebliği/Tefhimi ve Yayımlanması

Hukukî belirlilik ilkesinin bir gereği kararların, uyuşmazlığın ilgililerine tebliğ edilmesi ve ayrıca kamuya açıklığın sağlanması için de kararların yayımlanmasıdır[604]. Esasında ispat hakkının gereği olarak kararların ilgililerin bilgisine sunulmasını, hukukî dinlenilme hakkı kapsamında[605]; kararların yayımlanmasını da, yargısal demokrasi ve âleniyetin ispat hakkı açısından önemi çerçevesinde ele almıştık. Aynı gereklilik ispat hakkının gerçek anlamda temini için hukukî güvenlik ilkesi çerçevesinden de önemlidir[606].

---

kuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçe, Seçkin, Ankara 2014, (Hüküm ve Gerekçe), s. 170].
Aynı yönde diğer bazı içtihatlar için bkz. HGK 17.4.2013, 2012-18-1077/561; HGK 22.6.2011, 11-344/436; HGK 28.4.2010, 11-195/238; HGK 24.2.2010, 1-86/108; HGK 21.10.2009, 9-397/453; HGK 18.6.2008, 3-462/432; HGK 19.3.2008, 15-278/254; HGK 23.1.2008, 14-29/4; HGK 5.12.2007, 3-981/936; HGK 19.4.2006, 4-142/229; HGK 25.9.1991, 355/440; HGK 10.9.1991, 281/415; HGK 19.6.1991, 323/391.

602 Bu konuda bir karar için bkz. HGK, 4.7.2012, 10-291/437 (Tutumlu, Hüküm ve Gerekçe, ss. 173-178).

603 Köküsarı, s. 97. Gerekçenin ne şekilde kaleme alınması gerektiği, gerekçenin hazırlanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes, ss. 174-184; Tutumlu, Hüküm ve Gerekçe, ss. 59-521.
Nisbeten yeni tarihli bir Yargıtay kararında bu gereklilik emsal nitelikte olmak üzere şu ifadelerle belirtilmiştir: "... ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek aöıklıktaki gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması, zorunludur." 17. HD, 9.4.2012, 10347/4301 (Tutumlu, Hüküm ve Gerekçe, ss. 165-166).

604 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Köküsarı, ss. 98-100.

605 Bu konuda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, C, 2, c ve 4, b.

606 Bu konuda bkz. yuk. § İkinci Bölüm, § 5, II, C.

cc. Kararların Gerekçeli Olması ve Gerekçenin Tatmin Edici Olması

Gerekçe ile hâkimin, olayı belirli bir şekilde tespit etmiş ve değerlendirmiş olmasının sebepleri, hukukî dayanakları belirtileceğinden kararların gerekçeli olması aynı zamanda hukukî belirlilik sağlayacaktır. Kararların gerekçeli olması, ispat hakkı kataloğunda üzerinde durduğumuz üzere ispat hakkına da hizmet eden önemli bir güvencedir[607]. Aynı zamanda gerekçe hem taraflar açısından hem de kamuoyu açısından yargısal prosedürün ve bu arada ispat sürecinin de değerlendirilmesine imkân sağlayacaktır. Gerekçe, hükmün üzerine inşa edildiği delilleri, vakıaları, bilimsel görüşleri ve takdir yetkisini kapsayacağından, bu yönüyle aynı zamanda adalete olan güveni sağlamayı temin ederek hukukî güvenliğin de inşasına zemin oluşturacaktır[608]. Yargıtay bu anlamda gerekçenin fonksiyonu hakkında çok doğru bir ifade kullanmaktadır: *Gerekçe, hâkimin tespit etmiş olduğu maddî vakıalar ile hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi yapar*[609]. Aynı zamanda ispat hakkının güvence altına alınmasına yönelik olarak gerekçeden hâkimin delilleri ne şekilde değerlendirdiği, vicdanî kanaatini ne şekilde tesis ettiği anlaşılacaktır. Bu durum hukuk uygulamasında belirlilik kazandırmakla birlikte ispat süreci konusunda hem tarafları hem de kamuoyunu aydınlatacaktır. Bu yönüyle de hukukî belirlilik ilkesi, ispat hakkının güvence altına alınmasını sağlayan önemli bir enstrümandır.

Gerekçenin aynı zamanda tarafları ve kamuoyunu tatmin etmesi gereği, hukukî belirliliğin ve güvenliğin bir gereğidir. Zira yukarıda ifade edildiği gibi uyuşmazlığın esası hakkında çok fazla bilgi vermeyen; tarafların ileri sürdüğü vakıaları ve delilleri değerlendirmeden görünürde bir gerekçe aynı zamanda tarafların ispat hakkını zedeleyebilecek aynı zamanda da hukukî dinlenilme hakkını ihlâl edecektir. Hukuk sistemimizde özellikle hukukî belirliliğin tesisine yönelik olarak tatmin edici gerekçe sorunu özellikle Yargıtay kararlarında çok yoğundur. Normal şartlar altında Yargıtay'ın temyiz incelemesinde *sadece hukuka uygunluk* denetimi yapması gerekirken, vakıaların ve delillerin değerlendirilmesi konusunda yetki sahibi değilken, çoğu zaman bu kurala aykırı şekilde hüküm mahkemelerinin delilleri değerlendirme

[607] Bu konuda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, C, 4, b.
[608] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Köküsarı, ss. 100-102.
[609] HGK 8.2.2012, 10-726/57 (Tutumlu, Hüküm ve Gerekçe, ss. 167-173).

yetkisine müdahale etmektedir. Bu müdahalenin hukuka aykırılığı bir yana[610], diğer yandan çoğu Yargıtay kararında kararın neden bozulduğunun gerekçelerine girilmeksizin "*Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmasına göre, Usul ve Yasa'ya aykırı bulunan yerel mahkeme kararının bozulması gerekir.*" şeklinde matbu ifadeler kullanılmaktadır[611] [612]. Bu tarz matbu bir gerekçe ile tatmin edici şekilde delillerin takdirinde neden hata yapıldığı açıklanmadan[613] bozulan kararların, *ispat hakkını ihlâl ettiği* ve aynı zamanda hukukî belirlilik ile güvenlik ilkelerine de aykırı davranıldığı konusunda şüphe duyulmamalıdır.

3. Hukukî İstikrar ve İspat Hakkı İlişkisi

a. Genel Olarak Hukukî İstikrarın İspat Hakkı Açısından Önemi

Hukukî istikrar, hukukî güvenlik ilkesini sağlamaya yönelik ilkelerden biri olarak kabul edilir ve en basit ifadesiyle, hukuk sisteminde hukukî normların ve bunların uygulanmasının devamlılık arzetmesi şeklinde tanımlanır[614]. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin hukukî güvenlik kavramı altında en az üzerinde durduğu alt ilke hukukî öngörülebilirliktir. Mahkeme, bu kavram ile *genel olarak* hukuk sisteminin istikrarlı olmasından bahsetmekte, bu anlamda kavramı da somutlaştırmamakta ve belirsizlik oluşmaktadır[615]. Bununla birlikte hukukî istikrarın hem yasama organ-

---

[610] Bu konunun ispat hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi hakkında bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, C, 4, b.

[611] Yargıtay bu tip gerekçeler için "*görünürde gerekçe*" (15. HD, 8.3.2000, 829/1121 [Tutumlu, Hüküm ve Gerekçe, s. 206]), "*yüzeysel gerekçe*" (21. HD, 13.2.2001, 941/1078 [Tutumlu, Hüküm ve Gerekçe, s. 209]; 21. HD, 21.2.2000, 1068/1347 [Tutumlu, Hüküm ve Gerekçe, s. 209]), "*sözde gerekçe*" (21. HD, 3.4.2001, 2458/2542 [Tutumlu, Hüküm ve Gerekçe, s. 216]) gibi ifadeler de kullanmaktadır.

[612] Bu gereklilik emsal nitelikte olmak üzere kanun yararına bozmaya konu edilmiştir: "... bu olgular ışığında davacının Tüketici Sorunları Hakem Heyetinden ne talep ettiği, hakem heyetinin verdiği kararın özeti, davacının talebi, davalının savunması, dosyada bulunan delillerin tartışılması, ret ve üstün tutulma sebeplerinin, sabit görülen vakıalarla, bunlardan çıkarılan sonuç ve hukukî sebebin kararda gösterilmesi gerekirken; Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararının neye ilişkin olduğu dahi belirtilmeksizin '*dosya kapsamı, taraf beyanları, hakem heyeti dosyası birlikte değerlendirildiğinde davacının davasının reddine karar verilmiştir*' gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma talebinin kabulü gerekmiştir." 13. HD, 30.11.2012, 9608/27487 (Tutumlu, Hüküm ve Gerekçe, ss. 163-164).

[613] Yargıtay'a göre direnme kararında, önceki (bozulan) kararda belirtilen gerekçeye atıf yapmak tarafları tatmin eden bir gerekçe sayılmaz. HGK 8.2.2012, 10-726/57 (Tutumlu, Hüküm ve Gerekçe, ss. 167-173).

[614] Köküsarı, s. 103.

[615] Köküsarı, s. 347. Anayasa Mahemesi'nin bu kavramı kullanma *konusundaki belirsizliğine yönelik* eleştiriler hakkında bkz. Köküsarı, ss. 344-347.

larınca hem yürütme ve yargı organlarınca uyulması gereken temel bir ilke olduğu alt unsurları ile birlikte kabul edilmektedir. Hukuk normları açısından hukukî istikrarı etkileyen unsurlar arasında normu yapan/değiştiren organ, normun içeriği ve türü ile normun değiştirilme usûlü açısından birtakım temel ilkeler kabul edilmektedir[616]. Yargı faaliyetinde hukukî istikrarın sağlanması içinse kararların istikrarlı olması için birtakım ölçütler temel alınmaktadır[617].

b. Hukuk Normlarında Hukukî İstikrar ve İspat Hakkı İlişkisi

Normatif düzenlemeler gereği bütün hukuk kurallarında olduğu gibi, ispat hukukuna ilişkin hukukî düzenlemelerin de sık değişimi hukukî güvenliği zedeleyebilir. Bununla birlikte bazı durumlarda kuralın içeriğinde düzenlenen konu, çağın ve toplumun hızlı değişimi nedeniyle daha sık veya hızlı değişimleri gerektirebilir[618]. Bu durumda, teknolojik gelişmelerin ispat hukukunda zaman içerisinde farklı ihtiyaçları doğurması ve buna kanunların ayak uyduramamasının, ayrı bir ispat hakkı ihlâli oluşturması söz konusu olabilir. Zira ispat hukukunun sınırlarını zorlayacak teknolojik gelişmelere hukuk kurallarının uyum sağlayamaması, kişilerin yargılama sürecinde ispat haklarının ihlâli ile sonuçlanabilecektir. Örneğin hukukumuza elektronik imzalı belgelerin delil olarak kabulü, teknolojik gelişimin hızıyla ispat hukukumuza gerçekleştirilen ani bir değişimin sonucuydu. 2001 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yapılan ek değişiklik ve sonrasında kabul edilen 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile bu tip belgelere ispat hukukumuzda delil değeri kazandırılmış oldu[619]. Şayet bu değişiklik yapılmamış olsaydı, teknolojinin gerisinde kalan ispat hukuku kuralları önemli bir ispat hakkı ihlâli oluşturabilecekti. Hatta Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 199. maddesinde belge kavramının (HMK m. 199) genişletilmiş olması, teknolojik gelişmelere ispat hukukunda uyum sağlanması amacıyla gerçek-

[616] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Köküsarı, ss. 104-110.
[617] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Köküsarı, ss. 116-137.
[618] Köküsarı, s. 107.
[619] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mine Erturgut, **Medenî Usûl Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi,** Yetkin, Ankara 2004, s. 1 vd.

leştirilmiş[620] ve ancak ispat hakkına önemli bir güvence sağlama gibi bir fonksiyona da sahip olmuştur[621].

Bununla birlikte ispat kurallarının, hukuk sistemlerinin uzun yıllarca süregelen yargılama geleneklerinin üstüne kurulu olduğu gözardı edilmemelidir[622]. Bu yönden de, ispat kurallarında ani, hızlı ve büyük gelişimler bu alanda hukukî istikrarın bozulup bazı ispat hakkı ihlâllerinin doğmasına sebep olabilir. Bu yönden kanunkoyucunun özellikle yerleşmiş birtakım ispat kurumlarını ve kurallarını değiştirirken toplumun ihtiyaçlarını ve geleneklerini göz önüne alarak makûl, ölçülü ve küçük adımlarla ispat sisteminde değişiklikler yapması hukukî güvenliğin bir gereğidir.

c. Mahkeme Kararlarında Hukukî İstikrar ve İspat Hakkı

aa. İspat Hakkı Açısından Önemi

Mahkeme kararlarında istikrar, mahkemelerin önceki kararlarında vermiş olduğu hükümlerle tutarlı kararlar vermesidir[623]. Türk hukukunda -*içtihadı birleştirme kararları hâricinde*- mahkeme kararları birbirini bağlamadığından, bu istikrar da mutlak bir bağlılık anlamına gelmez; burada aranan *makûl, rasyonel, istikrarlı* bir bağlılıktır. Zira mahkeme kararlarındaki istikrar ile ne mahkemelerin önceden vermiş olduğu bir karardaki hükümle tamamen aynı kararı vermesini gerektiren mutlak bir istikrar kastedilir ne de mahkemelerin önceki kararlarından tamamen bağımsız ve keyfî bir şekilde karar verebilmesidir[624].

Hukukî istikrar, ispat hakkının güvence altına alınması amacına da hizmet etmek üzere pekçok alt unsura sahiptir. Bunlardan bazıları aşağıda ayrı ayrı incelenecektir.

---

620 Bu konuda bkz. Hakan Pekcanıtez, "Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı", **HPD** 2006/Eylül, S. 8, (HMK Tasarısı), s. 76.

621 Aynı gelişim, teknolojide yaşanan yeniliklerin etkisi ile faks metinlerde bu denli kolay gerçekleşememiştir. Hukukumuzda bir süre faks metinlerinin delil değeri tartışma yaratmıştı. Bu gelişim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Recep Akcan, "Medeni Usul Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Delil Niteliği", **SÜHFD,** C. 9, S. 1-2, 2001, (Faks Metinlerinin Önemi), ss. 159-187.

622 Örneğin HUMK sisteminde geçerli olan senetle ispat kuralının HMK'da da kabul edilmesi Komisyon Başkanı Pekcanıtez tarafından şu ifadelerle açıklanmaktadır: "*Hukukî işlemerin belli miktar veya değerin üzerinde olması hâlinde senetle ispat kuralı mıhafaza edilmiştir. Akdeniz ülkeleri olan Fransa, İtalya ve Yunanistan hukuklarında da senetle ispat kuralı korunmaktadır. Yaklaşık yüz yılın üzerinde bir uygulaması olan ve uygulamada herhangi bir şikâyet konusu olmayan senetle ispat kuralı, Komisyonumuz tarafından da çoğunlukla kabul edilmiştir.*" Pekcanıtez, HMK Tasarısı, s. 77.

623 Köküsarı, s. 116.

624 Köküsarı, s. 116.

bb. Hukukî İstikrar, İçtihat Birliği ve İspat Hakkı İlişkisi

İçtihat birliği, bir hukuk sisteminde hukukî güvenliği ve kişilerin adalete olan inancını sağlayacak en önemli araçların başında gelir. Özellikle içtihat birliğinden sapan bir karar kişilerin adalet hissini rahatsız ediyorsa, söz konusu karar halk arasında dahi sübjektiflikle ve başka değerlerle karalanır. Bunun haricinde de halk ağzında *kaçak karar* terimi ile ifade edilen, istikrarlı içtihatlardan farklı türdeki kararlara her zaman önyargıyla yaklaşılır.

Oysa yukarıda üzerinde durduğumuz teknolojik gelişmeler, toplumsal değişimler, farklı yorum yöntemleri ve en önemlisi somut olayın özellikleri zaman zaman yerleşik içtihatlardan sapılmasını gerektirebilir. Burada önemli olan keyfî olarak nitelendirilebilecek ve konumuz açısından önemli olan tarafların ispat hakkını ihlâl edecek şekilde hukukî istikrardan sapılmamasıdır. Bu durum esasında sürpriz karar yasağı ile de açıklanmaktadır ve hukukî dinlenilme hakkının gereği olarak mevcut içtihat birliğinden dönülmesini gerektiren bir hüküm verilecekse, bu konuda tarafların önceden bilgilendirilmeleri ve gerekiyorsa açıklama hakkı tanınması gerekir[625]. Dolayısıyla mahkemeler belirli uyuşmazlık türlerinde, belirli ispat imkânlarını taraflara sağlamaktayken birden bire hukukî istikrardan sapılması, ispat hakkı ihlâllerine sebep olabilir.

Her uyuşmazlık bakımından, dikkat edilmesi gereken bir nokta "*somut olayın özellikleri gereği*" ifadesidir. Hâkimin altlama faaliyeti, soyut kuralların *somut olaya* uygulanmasını gerektiriyorsa da[626], bu kavram keyfîlik olarak anlaşılmamalıdır. Bu anlamda da, ispat hakkının ihlâline ve hukukî istikrarın bozulmasına sebep olacak türden içtihat sapmalarına gidilirken bunun gerekçeleri açık ve anlaşılır şekilde mahkeme tarafından kaleme alınmalıdır.

Bunların yanısıra mevcut içtihatların istikrarlı olmaması hâlinde, kişilerin haklarının zedelenmemesi için içtihatların birleştirilmesi yolu önemli bir kurumdur. Bu durum doğrudan doğruya tarafların ispat hakkını da etkilemektedir. Zira taraflar ispat faaliyetlerini, kanun hükümlerinde yer alan soyut koşul vakıalar ve mahkemelerin istikrar kazanmış içtihatlarına dayandırklarından -*ve hatta hukuk sistemimizde avukatların dilekçelerini neredeyse tamamen mahkeme içtihatlarına dayandırarak*

[625] Bu konuda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, II, B.
[626] Özekes, Temel Hukuk Bilgisi, s. 92.

hazırladıkları gözönüne alındığında- tarafların ispat konusunu belirleyebilmeleri açısından mahkeme içtihatları önemini artırır. Bu yönden, uyuşmazlığı gören mahkeme, şayet mevcut içtihat birliğinden sapacaksa bu durumu taraflarla müzakere etmesi ve gerekiyorse taraflara ilâve delil sunma imkânı tanıması, ispat hakkının bir gereğidir.

Son olarak bu başlık altında üzerinde durmak gerekir ki, hukuk sistemimizde hukukî istikrarı ve içtihat birliğini sağlamakla görevli mercii Yargıtay'dır. Yargıtay'ın içtihat birliğini sağlama görevi tüm hukuk kurallarında ve kurumlarında olduğu gibi ispat hakkının da, hukuk sisteminde güvence altına alınması yönünden de önemli bir fonksiyona sahiptir[627].

cc. Hukukî İstikrar, Kesin Hüküm ve İspat Hakkı İlişkisi

Hukukî istikrar çerçevesinde ispat hakkını ilgilendiren bir konu mahkeme kararlarının birbirine olan etkisi konusundadır ve bu çerçevede de özellikle iki meselenin üzerinde durmak gerekir. Bunlardan birincisi, ispat hakkını bir anlamda sınırlandıran kesin hüküm ile hukukî istikrar arasındaki ilişki; bir diğeri de, ceza hâkiminin verdiği mahkûmiyet kararın özel hukuk hâkimini bağlaması konusu ile hukukî istikrar ilişkisidir. Esasında her iki durumda da, yani görülmekte olan uyuşmazlığa ilişkin bir kesin hüküm (HMK m. 303) veya ceza mahkemesi hâkiminin mahkûmiyet kararı bulunması (TBK m. 74), hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesini sınırlandırdığı gibi tarafın, karara konu vakıalar hakkında ispat faaliyetini sürdürmesini gereksiz kılan düzenlemelerdir. Bu anlamda bu kurumların ispat hakkını sınırlandırdığı düşünülebilirse de, her iki kurumun da -*pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi*- hukuk sistemimizde meşru görülmesinin temelinde yatan sebep ortaktır: Hukukî istikrar. Zira söz konusu düzenlemeler bulunmasaydı ve dolayısıyla hukuk sistemimizde kesin hükmün bir delil değeri olmasaydı[628] veya ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı verdiği vakıalar hakkında hukuk mahkemesi tam aksi yönde karar verme imkânına sahip olsaydı, mahkemelere güven ve hukukî istikrar kaybolurdu. Uyuşmazlıklar nihaî şekilde çözümlenmez ve aynı vakıalara ilişkin birbirine aykırı kararlar çıkardı. Bir mahkemenin hükmünde vakıanın gerçekleştiği kanaati

[627] Bu konuda açıklamalarımız için bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 6, II, D, 2, a.

[628] Kesin hükme, kesin delil değeri tanınmasının, uyuşmazlıkların tekrar tekrar mahkemelerin önüne getirilmemesi ve kendiliğinden hak aramayı önlemesi amaçlarına hizmet etmek üzere hukukî güvenliğin bir gereği olduğu konusunda bkz. Köküsarı, ss. 258-261.

üzerinden hüküm kurması, ancak başka bir mahkemenin tam aksi yönde hüküm kurması toplumun adalet mekanizmasına olan güvenini sarsardı. Bu sebeple de, hukukî istikrarın ve özellikle yargıya güvenin sağlanabilmesi için hukukî güvenlik ilkesi uğruna, ispat hakkına bu tip bazı sınırlandırmalar getirilmesi makûl ve ölçülü olduğu gibi adalete olan güvenin tesisinde de önemlidir[629].

dd. Hukukî İstikrar, Hâkimin Takdir Yetkisi, Keyfilik ve İspat Hakkı İlişkisi

İspat hakkını etkileyecek şekilde hâkimin takdir yetkisi, yargılama ve özellikle ispat sürecinde iki noktada önemini hissettirir. Bunlardan ilki, hukuk sistemimizde kuralın kesin delille ispat zorunluluğu olmasına rağmen belirli uyuşmazlıklarda *hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi* bulunması (bkz. HMK m. 198); ikincisi ise, özellikle tahkikat sürecinde hâkimin ispat hakkını etkileyecek pek çok konuda -*hâkimin yargılamayı şeklî ve maddî anlamda yürütme yetkisi çerçevesinde*- delillere ve ispat sürecine ilişkin konularda takdir yetkisi bulunmasıdır. Dolayısıyla hâkim ispat sürecinde pek çok konuda takdir yetkisine sahiptir. Hem somut uyuşmazlığa konu yargısal prosedürde hem de sistemin bütünü içerisinde örneğin adlî yargıda yürütülen tüm yargısal prosedürlerde hukukî istikrarın sağlanması ve âdil yargılamanın gerçekleşmesi, hâkimin *keyfiyetten* uzak kalmasına bağlıdır. Dolayısıyla hâkimin üzerinde karar verme yetkisi olan delillere ve ispata ilişkin pek çok konuda takdir yetkisini hukukun sınırları içerisinde ve keyfîyetten uzak bir şekilde kullanması ispat hakkının da hukukî istikrarın da güvence altına alınmasında önemli bir unsurdur.

Bu anlamda örneğin hâkim hükmüne esas aldığı delilleri, diğerlerinden neden üstün tuttuğunu; hukukun izin verdiği uyuşmazıklar açısından vicdanî kanaatini hangi ispat faaliyeti üzerine inşa ettiğini objektif ve tarafsız bir şekilde belirlemelidir. Benzer şekilde tanık ifadelerinden bazılarına üstünlük tanınmışsa, çelişki içinde bulunan bilirkişi raporlarından biri hükme dayanak yapılmışsa[630], tarafların bazı davranışları hükmün oluşmasına etkide bulunmuşsa bunları kararında açıklamalıdır. Bu gereklilik ispat hakkına müdahale teşkil eden bazı yargısal kararların hukuka uygun-

[629] Bu noktada ispat hakkının sınırlanması ile ispat hakkının ihlâli aynı anlamları taşımadığına; ispat hakkını sınırlayan her durumun, bir ispat hakkı ihlâli oluşturmayacağına dikkat çekmek gerekir. Bu konuya ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 4, II, A.

[630] Gerekçede hangi bilirkişi raporuna üstünlük tanındığı belirtilmediği için bozma kapsamında değerlendirilen bir karar için bkz. 13. HD, 16.4.2013, 3710/10285 (Tutumlu, Hüküm ve Gerekçe, ss. 183-184).

luk denetimini elverişli kılacak ve her davada hâkimin ispat sürecini objektifleştirmiş olması, topyekünde de yargılama hukukunda hukukî istikrarı sağlayacaktır. Bu kapsamda da hâkimin takdir yetkisinin kullanılmasında *keyfilik* ile *hukukîlik* arasındaki sınırın tespit edileceği yer kararın gerekçesi olacaktır[631].

Bu noktada en önemli bir diğer husus hâkimin, kanunlarda düzenlenmemiş olmasına rağmen ispat hakkını sınırlandırıcı bir şekilde takdir yetkisinin kullanamayacak olmasıdır. Aşağıda ispat hakkı sınırlamalarında üzerinde ayrıntısıyla durulacağı üzere ispat hakkının temelini, Anayasa'nın 36. maddesinden alıyor olması, hakka getirilecek sınırlamaların da ancak kanunla ve açık bir şekilde düzenlenmesini gerektirir[632]. Dolayısıyla hâkim, kanunda hukukî dayanağı olmamasına rağmen takdir yetkisini kullanarak tarafların ispat hakkını sınırlandırıcı bir işlem yapamaz.

ee. Hukukî İstikrar, İspat Hakkı Temelli Yorum Yöntemleri ve İspat Hakkı İlişkisi

Hâkimler hüküm oluşturma sürecinde ortak değerler oluşturabilmek üzere ve hukukî istikrar ile hukukî güvenlik ilkesine de hizmet etmek üzere birtakım yorum yöntemlerinden yararlanırlar. Örneğin eğer hâkim, yorum yöntemi olarak temel hakların ve özgürlüklerin korunması ve genişletilmesi yoluna başvurursa, bu durum hak temelli yorum yöntemi olarak ifade edilir[633]. Bir yargılama sisteminde de âdil bir yargılama gerçekleştirilebilmesi ve ispat hakkının gerçek anlamda uygulanması ile güvence altına alınması amaçlanıyorsa, ispat hakkı temelli (odaklı) yorum yoluna başvurulmalıdır. İspta hakkı temelli yorum yönteminde, bu bölüm altında incelenen ispat kataloğundan yararlanılmalıdır. Zira bu katalogda bulunan diğer temel haklarla birlikte ispat hakkına dayalı bir yargısal prosedür, nihâyetinde âdil bir yargılama gerçekleştirilmiş olmasını sağlayacaktır.

Bununla birlikte ispat hakkı temelli yorum yöntemine başvurulması, ispat hakkının genişletilmesine sebep oluyorsa bu durumun başka diğer temel hakları ve özgürlükleri sınırlandırıp sınırlandırmadığının denetimi yapılmalıdır. İspat hakkının geniş yorumlanması, aynı zamanda karşı tarafın yargısal bir temel hakkını veya diğer

---

631 "...Gerekçenin ilgili bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini gösterir biçimde geçerli ve yasal olması aranmalıdır. *Gerekçenin bu niteliği yasa koyucunun amacına uygun olduğu gibi, kararı aydınlatmak, keyfiliği önlemek ve tarafları tatmin etmek niteliği de tartışma götürmez bir gerçektir.*" YİBK 7.6.1976, 3/4-3 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

632 Bu konuda bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 14.

633 Köküsarı, ss. 121-122.

bir temel hakkını sınırlandırabilecek nitelikteyse hâkimin ölçülülük ilkesinin gereklerine göre çatışan menfaatleri dengelemesi gerekir[634].

4. Hukukî Öngörülebilirlik ve İspat Hakkı İlişkisi

a. Yasama İşlemlerinde Hukukî Öngörülebilirlik ve İspat Hakkı

Anayasa Mahkemesi'ne göre hukukî öngörülebilirlik kanunların, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makûl düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesidir. Bu ilkeye göre, yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfî ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkta yazılmalıdır[635].

İspat hakkı açısından hukukî öngörülebilirliğin en önemli anlamı, kişilerin uyuşmazlık öncesinde dava yoluna başvurmayı düşündüklerinde aşağı yukarı ispat hakkı prosedürü konusunda konumlarını belirleyebilmeleridir. Bu anlamda ispat hakkına hizmet eden ve ispat hakkını sınırlayan hukukî düzenlemelerin *açık, belirli* olması (*hukukî belirlilik*), hukukî öngörülebilirliğin ispat hakkı açısından ilk şartıdır. Özellikle ispat hakkı sınırlamalarında hâkimin takdir yetkisinin yerinin olmaması, bunların açıkça kanunla düzenlenmesi gereği hukukî öngörülebilirliğin ilk koşulu normatif düzenlemelerdeki açıklıktır.

Bunun ötesinde hukukî öngörülebilirliğin sürpriz karar yasağıyla, ülkedeki içtihat birliği ile yakından ilişkisi vardır. Taraflar yerleşik içtihatlara göre dava açma kararı almış ve ispata ilişkin yol haritalarını belirlemişse, hukukî öngörülebilirliğin bir parçası olarak taraflar yargılamada sürprizle karşılaşmamalıdırlar.

b. Yargı Faaliyetlerinde Hukukî Öngörülebilirlik ve İspat Hakkı

Yargısal prosedürde ve özellikle ispat sürecinde öngörülebilirlik iki boyutludur. Birincisi, taraflar yürürlükteki normatif düzenlemeler ve istikrarlı mahkeme içtihatları çerçevesinde uyuşmazlık ile karşılaştıklarında nasıl bir ispat sürecinden geçeceklerini öngörebilmelidirler. Sistem, ispat sürecinde ve özellikle ispat hakkının kullanılmasında ilgililerin önüne sürpriz çıkarmamalıdır. İkinci boyut ise, somut uyuşmazlık içerisinde tarafların hükmü etkileyecek şekilde ispat faaliyetlerine ilişkin bir sürprizle karşılaşmamalıdırlar. Bu kapsamda taraflar, mevcut delilleri ile

[634] Bu konuya ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. Dördündü Bölüm, § 14, VIII, A.
[635] AYM 21.1.2010, 2008-94/13 (19.3.2010, S. 27526). Bu konuda ayrıca bkz. Köküsarı, ss. 327-328.

yargılamanın ne kadar kendi lehlerine olduğu, ellerindeki ispat araçlarının sonuca ulaşmak için kanaat verici nitelikte olup olmadığı, davayı kazanma imkânları konularında öngörü sahibi olabilmelidirler. bu gereklilik aynı zamanda hukukî dinlenilme hakkı kapsamında, sürpriz kararla karşılaşma yasağı şeklinde de ifade edilir. Bu gereklilik de, ispat sürecinde ancak hâkim ile taraflar arasında canlı bir yargısal diyoloğun kuruşması yolu ile gerçekleşebilir. Çalışmanın en başından bu yana, ispat hakkının tam anlamıyla güvence altına alınacağı bir yargılama sisteminin ancak taraflarla hâkim arasında ortak bir işbirliğinin, diyoloğun kurulması ile gerçekleşebileceği belirtilmektedir. Bu noktada da, hukukî öngörülebilirlik ile ispat hakkı ilişkisinde karşımıza tekrar aynı gereklilik çıkmaktadır: Hâkim ile tarafların işbirliği ve yargısal diyoloğun gelişmesi[636].

C. İspat Hakkı Çerçevesinde Yargılamanın Haysiyeti İlkesi

Yargılamanın haysiyeti ilkesi, medenî yargılama hukuku sistemimizde açıkça ifade edilen bir ilke olmamasına rağmen özellikle açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, medenî yargılama sistemini daha doğru bir ifade ile yargılama faaliyetlerini yöneten önemli bir ilkedir. İspat hakkının, yargılamanın tarafları ile ispatın süjeleri arasında her türlü engelin kaldırılmasını gerektiren bir değerler bütünü olduğu dikkate alındığında, birazdan ortaya konulacak bağlantı yargılamanın haysiyeti ilkesinin ispat hakkı açısından önemli bir güvence sağladığını gösterecektir.

Yargılamanın haysiyeti ilkesi, esasında hukuka aykırı delillerin kullanılması konusunda savunulan görüşlerden birisi olan *yargılamanın haysiyeti teorisi*nden temellerini almaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde bir hâkim tarafından 1928 yılında ortaya atılan *yargının haysiyeti teorisi*ne (*Judicial Integrity Theory*) göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delil, ilk olarak hukuka saygıyı sürdürmek için değerlendirme dışı tutulmalıdır; zira, eğer devlet bir kanun ihlâlcisi olursa, bu hukuku küçümsemeyi doğurur ve bu herkesi kendisi için bir kanun yaratmaya davet eder ki, bu anarşidir. Bu sebeple, yürütmenin (*polisin*) hukuku çiğneyerek elde ettiği bir delil yargı organlarınca kabul edilirse, bu durum hukukun bütünlüğünü (tamlığını) ve saygınlığını zedeler[637]. Dolayısıyla *yasama* organının verdiği yetkileri hukuka aykırı

[636] Bu konu başlıbaşına ayrı bir bölümün konusudur. Bu konuda bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 8.
[637] Mahmut Koca, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı", **AÜHFD,** C. IV, S. 1-2, 2000, s. 115.

yoldan delil elde etme şeklinde kullanan *yürütme*nin bu işlemini, *yargı* hukuka aykırı bulmaz ise kişilerin devlete olan inançları sarsılır. Bu teorinin vurguladığı bakış açısından yola çıkarak yargılamanın da, bir bütün olarak saygınlığını, güvenilirliğini sağlaması, hukuka güveni sağlamaya hizmet edececeği gibi hukuk devletine dayalı ve Anayasa'nın üstünlüğünü benimsemiş bir sistemi güvence altına alacaktır.

İspat hakkı, yargılama sisteminin bütününde anayasal sınırlar çerçevesinde ve Anayasa'nın üstünlüğünü uygulayan, devletin tüm erkleri ile hukuk devleti ilkesini uygulayan bir sistem içerisinde güvence altına alınabilecektir. Bu yönüyle yargılamanın haysiyeti ilkesi gereğince, yargılama sürecinde ispat hakkını güvence altına almaya yönelen önemli bazı önlemler kabul edildiği tespit edilebilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer verilen bu güvenceleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

(*i*) Hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmasının yasak olması (HMK m. 189/2)

(*ii*) Sahte senedin iptal edilmesine ilişkin HMK m. 212

(*iii*) Yalancı tanıklığın yasak olmasına ilişkin HMK m. 264 ve bunun için bazı önlemlerin alınmasına yönelik HMK m. 257[638] ile m. 258

(*iv*) Yalan yere yeminin yasak olmasına ilişkin HMK m. 239 ve bunun engellenmesi için bazı önlemler alınmasına yönelik HMK m. 226/3 ile m. 237

(*v*) Bilirkişinin cezaî sorumluluğuna ilişkin HMK m. 284[639]

(*vi*) Karara esas alınan senedin sahteliğine karar verilmiş olması hâlinde yargılamanın yenilenmesi başvurusuna imkân tanınmasına ilişkin HMK m. 375/1-d

(*vii*) İfadesi alınan tanığın, yalan tanıklık yaptığının ceza yargılamasında karara bağlanması hâlinde yargılamanın yenilenmesi başvurusuna imkân tanınmasına ilişkin HMK m. 375/1-e

(*viii*) Bilirkişinin veya tercümanın hükme esas alınan konu hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunduğunun tespiti hâlinde yargılamanın yenilenmesi başvurusuna imkân tanınmasına ilişkin HMK m. 375/1-f

---

638 "...menfaat ilişkilerine göre yeminsiz dinlenmeleri, iyiniyet kuralları ve doğruyu söyleme mükellefiyetiyle bağdaşmaz nitelikte görüldüğünden, bu maddede o kişilere yeminsiz dinlenme hakkı tanınmamıştır." HMK m. 257, Madde Gerekçesi.

639 "Maddede yer alan düzenleme ile, ceza hukuku açısından konumu hususunda uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri bertaraf etmek amacıyla, bilirkişinin, Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi olduğu hususu açık ve kesin bir dille ifade olunmuştur. Bu suretle, bilirkişinin, kamu görevlilerinin işleyebileceği suçları, yani bazı mahsus suçları işleyebileceğine, bu suçların aktif süjesi konumunda bulunabileceği hususuna açıklık getirilmiş ve ayrıca onlara yöneltilebilecek sözlü ve fiilî tecavüzlerin de önüne geçilmesi amacı güdülmüştür." HMK m. 284, Madde Gerekçesi.

(*ix*) Lehine karar verilen tarafın karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrarla veya yazılı delille tespit edilmiş olması hâlinde yargılamanın yenilenmesi başvurusuna imkân tanınmasına ilişkin HMK m. 375/1-g

(*x*) Lehine karar verilen tarafın, kararı etkileyen bir hileli davranışta bulunduğunun tespit edilmesi hâlinde yargılamanın yenilenmesi başvurusuna imkân tanınmasına ilişkin HMK m. 375/1-h

Yargılamanın haysiyeti ilkesi, öncelikle kişilere güvenilir, tabiri caiz ise *çürük* olmayan delillerle ispat faaliyetini yönlendirmelerini gerektirir. Bu durum esasında bizzat Anayasa'nın 36. maddesinden çıkar. Anayasa'nın 36. maddesine göre herkes, *meşru vasıta ve yollardan* yararlanarak hak arama özgürlüğünü kullanabilir. Maddedeki gereklilik sahte, gerçeğe aykırı olan deliller aracılığıyla tarafların ispat hakkını kullanmalarına engel oluşturur. Aksinin kabulü, Anayasa'nın üstünlüğünü, hukuk devleti ilkesinin gerekliliklerini zedeler. En önemlisi de sahte, gerçek dışı deliller aracılığıyla uyuşmazlıkların tespiti gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleyerek yargıya olan güveni zedeler.

Yargılamanın haysiyeti ilkesinin, ispat hakkı üzerindeki bu güvencesinin sağlaması da Türk Ceza Kanunu'nda "*Adliyeye Karşı Suçlar*" başlığını taşıyan 267 ilâ 298 madde arasında düzenlenen suç tiplerinin kabulüdür. Zira kanunkoyucu, pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi yargılama sürecinde gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel olabilecek birtakım fiileri *hukuk politikası olarak* suç kabul etmiş ve bu fiilerin gerçekleşmesini, kişilerin menfaatlerini zedelemesinin ötesinde yargının zedelenmesi olarak görmektedir. Bu suçların özellikle bazıları dikkate alındığında, yargılamanın haysiyeti ilkesinin ispat hakkı açısından sağladığı güvence çok daha kolaylıkla anlaşılabilir.

(*i*) Yalan tanıklığa ilişkin TCK m. 272[640]

(*ii*) Yalan yere yemine ilişkin TCK m. 275

(*iii*) Gerçeğe aykırı bilirkişiliğe ve tercümanlığa ilişkin TCK m. 276

(*iv*) Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüse ilişkin TCK m. 277

[640] Bu suç ile yargılamanın yalan tanık beyanlarıyla gerçeğe aykırı şekilde yönlendirilmesinin engellenmesi suretiyle adaletin doğru tecelli ettirilebilmesi amacı korunmaktadır [Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,** 7. Baskı, Seçkin, Ankara 2014, (Ceza Özel) s. 1094]. Mahkemenin kararı yalan tanıklığa dayanmasa veya bu beyanın hiçbir şekilde hükme ekişi olmasa bile, yalan beyan verilen hükme etki edebilme imkânına sahipse, fail suçu işlemiş olur (Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen ve A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler,** 14. Baskı, Ankara 2014, s. 1089). Bu durum göstermektedir ki, önemli olan yalan beyan ile adliyeyi yanıltma ihtimâlinin doğmuş olması. Bu yönüyle maddenin, yargılamanın haysiyetini koruma amacına hizmet ettiğini ifade etmek hatalı olmaz.

(*v*) Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmeye ilişkin TCK m. 281

(*vii*) Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüse ilişkin TCK m. 288[641]

Hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu hem de Türk Ceza Kanunu'ndaki benzer düzenlemelere bakıldığında yargılamada hukuk devletinin bir gereği olarak kişiler gerçeği yansıtmayan ve hatta kasıtlı olarak gerçeğe aykırı olan ispat araçları ile ispat faaliyetlerini yürütüp uyuşmazlığı sonlandıramayacaktır. Aksi takdirde yargılamanın amacı olan gerçeğe ulaşmak mümkün olmayacağı gibi, hukuk sistemi kendi içerisinde bütünlük de sağlayamayacak ve yargıya olan güven azalacaktır. İşte yargılama prosedürünün bizzat anayasal ilkeleri ve hakları hayata geçirmesi hukukun tamlığını, onurunu ifade eder. Bu yönüyle yargılamanın haysiyeti ilkesi, taraflara, gerçeği yansıtmayan, hatta gerçeği saptıran ispat araçları ile yargılanmamayı talep hakkı tanır. Bu yönden ilke, ispat hakkının önemli bir güvencesidir.

II. HUKUKÎ ARAÇLAR

A. Delil Tespiti

Delil tespiti, kişinin ispat hakkını kullanacağı, dolayısıyla ispat hakkının konusunu oluşturan delillerin güvence altına alınması amacıyla hemen her hukuk sisteminde kabul edilen bir geçici hukukî koruma önlemidir (HMK m. 400)[642]. Delil tespiti bir geçici hukukî koruma olmakla birlikte, burada koruma altına alınan şey dava konusu değil, davanın karara bağlanmasında ispat faaliyetine yardımcı olacak delillerdir[643]. Delil tespiti istenebilmesinin iki şartı bulunur. Bunlardan *birincisi,* ancak henüz inceleme sırası gelmemiş delillerin tespitinin istenebilmesidir. İnceleme sırası gelmiş bir delil hakkında ise, delil tespiti talebinde bulunulamaz. Zira o an yapılacak olan şey delil tespiti değil, bizatihi delilin incelenmesi olacaktır[644]. Bu anlamda talepte bulunanın, ileride açacağı davayı somutlaştırması gerekir[645]. Yani de-

---

641 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Onur Can Keskin, **Adil Yargılanma Hakkı ve İfade Özgürlüğü Çerçevesinde Adil Yargılanmayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2013.

642 Alman hukukunda delil tespiti ZPO § 487'de düzenlenir. Bu maddeye göre delil tespiti talebinde karşı taraf somutlaştırılmalı; ispat için gerekli vakıalar somutlaştırılmalı; ZPO § 485'e göre ispat araçları somutlaştırılmalı (*varsa tanıkların adları belirtilmeli*); bu delillerin tespinin gerekliliği ve mahkemenin yetkisi yaklaşık olarak ispat edilmelidir (ZPO § 487). Bu konuda ayrıca bkz. Albayrak, ss. 141-142.

643 Pekcanıtez ve diğerleri, s. 1051.

644 Bu konuda bkz. Pekcanıtez ve diğerleri, ss. 1051-1052.

645 Leyla Akyol Aslan, **Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti,** Yetkin, Ankara 2011, s. 239.

lil tespiti, genel bir talep ile *-fishing expedition yasağında olduğu gibi*[646]- karşı tarafın elinde bulunan delillere erişim imkânı tanımaz; tesadüfen delil elde etme aracı olarak kabul edilmez. *İkincisi* ise, delil tespiti talep edenin, delillerin vaktinden önce incelenmesine yönelik talebinde hukukî yararı bulunmalıdır[647]. Kanun'da hukukî yarar koşulu *delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimali* şeklindeki ifade ile açıklanmıştır. Bu hukukî yararın da yaklaşık olarak ispat edilmesi gerekir[648].

Delil tespiti talebinin kabul edilebilmesi için, talebin şartlarının yaklaşık olarak ispatı gerekir[649]. Yaklaşık ispatta ise hem her türlü delille ispat mümkün olabilecek hem de deliller hâkim tarafından serbestçe değerlendirilecektir[650]. Bu anlamda örneğin tanığın uzun bir tatile çıkacak olması, bir başka tanık ifadesi ile ispatlanabilir[651].

Bütün bu talepler incelenirken, delil tespiti talebinin kişilerin ispat haklarına hizmet ettiği; bu yönüyle temelini Anayasa'nın 36. maddesine dayandırdığı ve talebin hukuka aykırı şekilde reddi hâlinde, yargılama prosedüründe tarafın önemli şekilde hak ve menfaat kaybına uğrayabileceği dikkate alınmalıdır. Bu durumda kayba uğrayacak hak, şüphesiz ki tarafın hak arama özgürlüğü ve ispat hakkı olacaktır. Zira taraf, delil tespitine konu olan ispat aracını ispat faaliyetinde kullanamayacak ve bu talep haksız şekilde reddedilmişse, bu durum ispat hakkının ihlâline sebep olacaktır. Nitekim yaklaşık ispatla belirlenmesi gereken delil tespitinin şartları için ispat ölçüsünün yükseltilmesi, tarafların bu konuda ispat güçlüğüne girmesine sebep olacağı gibi bu durum yargılama prosedüründe de ispat hakkı ihlâli olarak karşımıza çıkabilecektir. Bu sebeple hâkimin, delil tespiti talebine ilişkin kararını verirken -*özellikle redderken*- ölçülülük ilkesine uygun hareket etmesi ve bu kararın taraflar açısından ispat hakkı ihlâli niteliğini taşıyabileceğini gözönüne alması gerekir.

---

646 Bu konuda bkz. yuk. § 5, II, C, 2, b, aa, ccc, c1, cc1, bbb1.
647 Bu konuda bkz. Pekcanıtez ve diğerleri, ss. 1051-1052.
648 Albayrak, s. 241.
649 Bu konuda bkz. Akyol Aslan, s. 90; Albayrak, s. 239.
650 Bu konuda bkz. Albayrak, s. 243.
651 Albayrak, s. 243.

B. İspat Güçlüklerinin Aşılması

1. İspat Hakkının Kapsamında İspat Güçlüklerinin Aşılması Zorunluluğu

İspat güçlükleri[652], delillerin sunulması sürecinde tarafların birtakım engeller sebebiyle uyuşmazlığı doğrudan veya dolaylı şekilde yansıtan delilleri ikame edememesi durumunu oluşturan engellerdir[653]. İspat güçlüğünde, tarafın elinde olmayan sebeplerle dayanmak istediği delili mahkemeye sunamaması sonucu doğar ve bu sonuç, diğer taraf karşısında kendisini dezavantajlı bir duruma iter. Taraflardan birinin ispat güçlüğü içerisinde olması, başlı başına bir yargısal temel hak ve ispat hakkı ihlâli olarak nitelendirilmez. Ancak aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecek olan önlemlerden birinin alınmaması hâlinde, bu ispat güçlüğünün aşılamaması delilini sunamayan taraf için ispat hakkı ihlâli teşkil eder. Zira ispat güçlüklerinin aşılamaması durumu, güçlük içerisinde bulunan tarafın ispat hakkını kullanamaması anlamını taşıyacak ve karşı taraf lehine silâhların eşitliği ilkesi bozulmuş olacaktır. Yargılama sürecinde tarafların ispat güçlüğü içerisine düşmesini, taraflar arasında mevcut olan eşitliğin bozulması olarak ifade etmiş ve bu durumda hâkimin bu eşitsizliğe müdahalede bulunarak bozulan dengeyi tekrar tesis edilmesini denkleştirici adaletin bir gereği olduğunu belirtmiştik[654]. Dolayısıyla ispat güçlüğüne düşen tarafın birtakım hukukî araçlarla bu durumdan çıkarılmaması ispat hakkının ihlâline sebebiyet vermesi hâricinde silâhların eşitliği ilkesini bozacağı gibi, hukukî dinlenilme hakkının da zedelenmesine sebep olur[655].

2. Somut Bazı Örnekler Çerçevesinde İspat Güçlükleri, İmkânsızlıkları

a. Genel Bazı Örnekler

İspat güçlüğü pek çok durumda karşımıza çıkabilir. İspatın her türlü çeşidinde karşılaşılabileceği gibi, ispat imkânsızlıkları menfî vakıalardan veya müspet vakıaların ispatından da kaynaklanabilir[656]. Dolayısıyla asıl ispat hakkı sahibi, karşı ispat hakkı sahibi, hatta aksini ispat hakkı sahibi; müspet vakıayı ispat edecek veya

---

[652] Bu başlık altında bahsedilecek olan 'ispat güçlükleri', öğretide 'ispat imkânsızlıkları' olarak da ifade edilir (*bu yönde bkz*. Atalay, Menfi Vakıaların İspatı, ss. 123-128).

[653] Bu konuda bkz. Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, ss. 123-124.

[654] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, B, 2.

[655] İspat güçlüklerinin aşılamamasının hukukî dinlenilme hakkı ve silâhların eşitliği ilkesini bozduğu konusunda bkz. Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, ss. 123-124.

[656] Bu konuda bkz. Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, ss. 123-124.

menfî vakıayı ispatlayacak taraf ispat güçlükleri yaşayabilir. Ölüm veya yaralanma olaylarında illiyet bağının ispatında, boşanma davasında kusurun ispatında, yapı malikinin sorumluluğunda binadaki işçilik veya malzeme eksikliğinin ispatında güçlükler yaşanması en fazla karşılaşılan durumlardan sadece birkaçıdır[657].

Bazı durumlarda ispatın konusunu oluşturan vakıanın ispatı, işin doğası gereği güçtür. Menfî vakıaların ispatı bu durumun en somut örneğidir. İspatın konusu ne olursa olsun, menfî vakıaları ispat etmek her zaman güçtür. Çoğu zamansa ispat güçlüğü kanunlarda belirlenen ispat yükü kurallarından veya yargısal kurallardan kaynaklanır. İspat yükü kuralları maddî hukuka ilişkin olduğundan, çoğunlukla tarafları ispat güçlüğüne düşüren bu kurallar temelini maddî hukuktan alır. Bununla birlikte yargılama kuralları da güçlüğün temelinde yatan sebebi oluşturabilir. Örneğin hukukumuzda senetle ispat zorunluluğunun (HMK m. 200) bulunması, çoğu vakıanın ispatı için tarafların takdiri delillere başvurmalarını imkânsız kılar. Bu durum da, bazı durumlarda tarafları ispat güçlüklerine iterek, bu güçlüklerin aşılmaması hâlinde ispat haklarını kullanamamaları ile sonuçlanır[658]. Bu sebepledir ki, hukuk uygulamamızda senetle ispat kuralının yaratabileceği bu güçlüklerin aşılması için çeşitli yollara başvurulabilir. Örneğin delil sözleşmesi akdedilmesi (HMK m. 193), senetle ispat kuralının yaratacağı güçlüklerin aşılabilmesi için başvurulacak yegâne araçtır. Bazı durumlarda ise, Yargıtay bu güçlüklerin aşılmasına içtihat yolu ile müdahalede

[657] Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, s. 123.

[658] Örneğin senetle ispat zorunluluğu sebebiyle iddiasını tanıkla ispat edemeyen ispat hakkı sahibi, tanığı dinletmek amacıyla -*koşulları olmamasına rağmen*- yargılamanın yenilenmesi yoluna bile başvurmuş; ancak kuralın yarattığı ispat güçlüğü aşılamadığından, ispat hakkı sahibi esasen bu hakkını kullanmaktan yoksun kalmıştır: "... Davacı, dava dışı B. D.'dan satın aldığı otomobilin bakiye borcuna karşılık satıcının istemi üzerine lehdar kısmına davalı adını yazarak keşide ettiği toplam 2.700.-TL. bedelli iki adet bonoyu davalıya teslim ettiğini, **sonrasında aracın ayıplı çıkması üzerine aracı dava dışı satıcıya teslim etmiş ise de, bedelsiz kalan bonoların iade edilmediğini, davalı yanca takibe konu edilmesi üzerine de açtığı menfi tespit davasının reddedildiğini, oto satış protokolünde tanık olarak yer alan ve kendisini bono düzenlenmesi konusunda ikna eden A. G.'ü tanık olarak dinletmek istemiş ise de, mahkemece kabul edilmediğini, oysa bu şahsın olayı çok iyi bildiğini belirterek tanığının dinlenmesini önceki kararın yok sayılması gerektiğini talep etmiştir.** / Davalı davaya cevap vermemiştir. / Mahkemece, davacının daha önceki yargılama sırasında mevcut olan delilinden farklı bir delil ileri sürmediği ve somut olayda yargılamanın iadesi koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. ... davacının yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükümün ONANMASINA... " 19. HD, 27.10.2010, 3623/12060 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

bulunabilmektedir. Senetle ispat kuralına karşı, *hayatın olağan akışı* veya *güçlü delil*[659] kavramlarının geliştirilmesinin temelinde, ispat güçlüklerinin aşılması yatar.

Yukarıda ifade edildiği üzere, ispat güçlüklerinin önemli bir kısmının temeli ispat yükü kurallarına dayanır. Bu sebeple, konuya maddî hukuktan çok sayıda örnek vermek mümkündür. Bununla birlikte konunun en fazla sorun teşkil ettiği alanlardan birisi, tıbbî sorumlulukta illiyet bağının ispatı konusundaki gelişmelerde görünmüştür. Bu konu, pek çok hukuk sisteminde benzer sorunlar oluşturmuştur. Örneğin tıbbî müdahaleden doğan hatayı veya müdahaleden doğan zararlar konusunda illiyet bağının ispatı konusunda yaşanan güçlükler, Alman hukukunda çoğu zaman hastaların *aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli* sebebiyle tıbbî sorumluluğa başvurmasına sebebiyet vermektedir[660]. Zira hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat yükü hastaya değil, hekime düşmektedir[661]. Buna karşılık tıbbî müdahaledeki yanlışlıklardan doğan ispat yükünün hastaya düşmesi, tıp hukukunda özellikle illiyet bağının ispatı konusunda önemli güçlüklerin oluşmasına sebebiyet verir. Bu güçlüğü aşmak için genellikle tıbbî sorumluluk davalarında ispat ölçüsü düşürülür[662].

Bununla birlikte örneğin boşanma davaları da, özellikle Türk hukukunda kanaatimizce en geniş alana sirayet eden sorunların başında gelmek üzere, ispat güçlüklerine yol açan kurallara dayanır. Örneğin boşanma sebeplerinin veya boşanmada kusurun ispatı, çoğu zaman ispat hakkı sahibini, karşı tarafın anayasal temel haklarını ihlâl edecek şekilde ispat yükü altında bırakır. Bu durum da, esasen tarafı ispat güçlüğü altında bırakır. Bir yandan ispat yükü kuralı sebebiyle aleyhe hükümle karşılaşması tehlikesi vardır, diğer yandan da ispat yükünü yerine getirmek için karşı tarafın temel haklarına saldırıda bulunmasının cezaî yaptırımı bulunur. Zina sebebiyle boşanma davaları örnek gösterilebilir. İspat hakkı sahibi, ispat yükünü yerine getirip boşanma kararını elde edebilmesi için karşı tarafın özel hayatına müdahalede bu-

---

659 "… Resmi belge veya yazılı delillerin bulunması, sigortalı sayılması gereken sürelerin saptanmasında **güçlü delil** olmaları itibariyle sonuca etkili olur iseler de; bu tür kanıtların bulunmaması, salt bu nedene dayalı istemin reddine nedene olmayıp, somut ve inandırıcı olmaları koşuluyla bordro tanıkları iş ilişkisini bilen veya bilmesi gereken komşu işyeri çalışanlarının bilgileri ile bunları destekleyen diğer kanıtlarla dahi sonuca gitmek mümkündür." (11 HD 14.10.2002, E.2002/6724, K.2002/8556 [YKD 2003, C. XXIX, S. 3, s. 426]).

660 Gerfried Fischer, "Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Çev. Efe Direnisa, **YÜHFD,** C. III, S. 2, 2006, s. 16.

661 Fischer, s. 15.

662 Bu konuda bazı örnekler için bkz. Ahmet Başözen, "İlâç Kullanımı Dolayısıyla Ortaya Çıkan Zararlarda İspat Sorunu", **Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan,** Adalet, Ankara 2009, ss. 115-152.

lunmazsa, boşanma davasında aleyhe sonuçla karşılaşacaktır. Böyle bir durumda, ispat yükü kuralları sebebiyle ispat hakkı sahibinin bir ispat güçlüğü içine düşürüldüğü şüphesizdir[663].

Ticaret hukuku alanında da konuya verilebilecek pek çok örnek bulunur. Örneğin pek çok hukuk sisteminde, rekabet hukukuna aykırı işlem ve eylemlerin ispatı konusu güçtür ve bu güçlüğün aşılması için rekabet kurullarına olağanüstü yetkiler verilir. İspat güçlüklerini aşmak için rekabet kurullarına tanınan olağanüstü yetkilerin ölçülülük ilkesine veya temel haklar öğretisine uygunluğu ise ayrı bir tartışma konusudur[664]. Marka hukuku[665], fikrî sinaî haklar hukuku[666] ve haksız rekabet davalarında[667] uygulanacak ispat yükü kuralları -*işin niteliği gereği*- pek çok durumda, tarafı ispat güçlüğü içine düşürebilecek niteliktedir.

Yine benzer şekilde işçinin iş sözleşmesinin geçersiz sebeplerle feshinin ispatı, ispat güçlüklerine sebebiyet verebilir. Örneğin işçinin iş sözleşmesinin sendikal sebeple feshedildiği, ispat güçlüğü yaratan bir ispat faaliyetidir. Bu sebeple de iş mahkemeleri oluşan ispat güçlüğünü aşmak için sendikal sebeple fesihte çeşitli yollara başvurur[668].

Uygulamada sıklıkla başvurulan dava veya şikâyet hakkının kötüye kullanılmasından dolayı açılan tazminat davalarında da, tarafın bu hakkını 'kötüye kullandığı'nın ispatı güçtür.

Görüldüğü üzere ispat hakkı güçlüklerine verilebilecek çok sayıda örnek vardır ve bunlar rahatlıkla çoğaltılabilir. Tüm bu örneklerde olduğu gibi ve yukarıda ifade edildiği üzere, oluşan ispat güçlüklerinin aşılması ispat hakkının bir gereğidir. Zira kişi, kendi kusuru olmaksızın şeklî veya maddî hukukun getirdiği düzenlemeler çerçevesinde birtakım ispat güçlükleri yaşıyorsa, bunların aşılması için bazı tedbirler

---

663 Bu konuya, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıca yer verilecektir. Bkz. Beşinci Bölüm, § 18, IV, B.

664 Bu konuya, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıca yer verilecektir. Bkz. Beşinci Bölüm, § 18, IV, D.

665 Bu konuda yaşanan birtakım ispat güçlükleri için bkz. Sevilay Uzunallı, **Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi,** Adalet, Ankara 2012.

666 Bu konuda ve özellikle FSEK m. 76 kuralının ispat hukukunun temel esasları bakımından değerlendirilmesi, sahip olduğu fonksiyon açısından bkz. Muhammet Özekes, "FSEK'de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi", **Legal Fikrî ve Sınaî Haklar Dergisi,** S. 1, 2005, (FSEK m. 76), ss. 77-87.

667 Bu konuda özellikle yanıltıcı reklamların ispatında birtakım güçlükler yaşanır.

668 Bu konuya, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıca yer verilecektir. Bkz. Beşinci Bölüm, § 18, IV, C, 2.

alınması, uyuşmazlığa bakmakla yükümlü olan hâkimin görevidir. Bunun için de, birazdan üzerinde durulacak olan tedbirlere başvurulması mümkün olacaktır.

b. Özel Bir Durum Olarak İspatın Engellenmesi (Delillerin Yokedilmesi) (Beweisvereitelung)

İspat güçlüğünün bir diğer türü de karşı tarafın, özellikle ve kusurlu şekilde dürüstlük kuralına aykırı olarak delili yok etmesi, bir başka ifade ile *ispatın engellemesi (Beweisvereitelung)* hâlidir. Bu durumda bir vakıa hakkında ispat yükünü taşıyan tarafın, iddiasını ispatlamaya elverişli delilleri, karşı tarafça yok edildiğinden ve ibrazı imkânsız kılındığından bir ispat hakkı ihlâli meydana gelecektir. İspatın engellemesi ile, davadan önce veya dava sırasında karşılaşılabilir. Bu durumda da oluşan ispat imkânsızlığı ispat hakkının temin edilebilmesi için aşağıda belirtilen hukukî imkânlar çerçevesinde çözümlenecek; bu gerekliliğin temel gerekçesi yargısal dürüstlük ilkesi (HMK m. 29) olacaktır[669]. Dolayısıyla hâkim, yargısal dürüstlük ilkesinin gerekliliği sebebiyle ispat imkânsızlığı içine itilen tarafın ispat hakkını tesis edecek bir önlem alacaktır.

Alman hukukunda da ispatın engellenmesi durumu, üzerinde epeyce durulmuş tartışmalı bir konudur. Bu tartışmalarla ve değerlendirmelerle ilgili bazı sonuçların Türk hukukuna ithâl edilmesi, ispat hakkının güvence altına alınması için gereklidir. Öncelikle, ispatın engellenmesi durumunda hâkimin birtakım önlemlerle oluşan ihlâli gidermesi *ispat hakkının* zorunlu bir gerekliliğidir[670]. Dolayısıyla karşı tarafın kastî davranışı ile delilin yok edilmesi hâlinde, hâkimin ispat hakkı ihlâl edilmiş olan taraf aleyhine sessiz kalması düşünülemez. Bu durumda, mutlaka karşı taraf aleyhine bir yaptırım uygulanmalıdır. İspatı engelleyen tarafa ne gibi yaptırımlar uygulanacağı konusu ise bir sonraki cevaplandırılması gereken sorudur. Böyle bir durumda uygu-

---

669 İspat güçlüğüne sebebiyet veren diğer durumlarda, tarafın bu güçlük içerisinden çıkarılması ispat hakkının temin edilebilmesi açısından *silâhların eşitliği ilkesi*nin bir gereğidir. Zira taraflar hukuk normları karşısında eşit olmalarına rağmen, bir sebepten dolayı varolan bu eşitlik bozulmuş ve taraflardan birisi ispat hakkını kullanamayacak bir duruma düşmüştür. Bu durumda, sonradan ortaya çıkan eşitsizliğin giderilmesi tarafların *eşit silâhlarla yargılanmayı talep hakları*nın bir sonucudur. Buna karşılık ispatın engellenmesi hâlinde, karşı taraf bilerek diğer tarafın ispat faaliyetini etkisiz bırakmak için delilleri bozmakta, kaybetmektedir. Burada da temel amaç oluşan bu eşitsizliğin giderilmesi ise de, aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırı davranan bu tarafın davranışına bir yaptırım bağlanmak istenir. Dolayısıyla amaç şüphesiz ki yine tarafların silâhlarını tekrar birbirine eş hâle getirmek ise de, dürüstlük kuralı diğer tarafın bu davranışının yaptırımsız kalmaması için ön plâna çıkar. Bu sebeple ispatın engellenmesi hâlinde alınabilecek önlemlerin temeli, yargısal dürüstlük kuralıdır (HMK m. 27).

670 Tobias Krautstrunk, **Beweisvereitelung, de amissione instrumentorum bis zur Verletzung prozessualer Mitwirkungspflichten,** Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2005, ss. 136-137.

lanacak yaptırım ZPO'da açıkça belirtilmemişse de, temelini genellikle yargısal dürüstlük ilkesinden almakla birlikte (ZPO § 148)[671] genel olarak iki görüş bulunur. Bu konuda ilk olarak kabul edilen görüş, delil ikame yükünün karşı tarafa geçirilmesidir; ikincisi ise, ispatı engelleyen tarafın bu davranışının, hâkimin hükmünü oluştururken dikkate alması gerektiğidir[672]. Dolayısıyla hâkim hükmünü oluştururken delili engelleyen tarafın bu davranışını gözönüne almakta, bunu bir emare olarak kabul etmekte ve gerekiyorsa davayı, ispatı engelleyen tarafın aleyhine sonuçlandırmaktadır. Türk hukukunda da, Alman hukukunda ağırlıkta olan bu görüş kabul edilir[673]. Kanaatimizce Alman hukukunda yaygın olan bu görüşün Türk hukuku açısından uygulanması, etkili sonuçlar doğurmayabilir. Zira Alman hukukunda kesin delille ispat zorunluluğu bulunmaz ve bu sebeple senetle ispatı gereken durumlarda dahi, karşı taraf kasten delili yok etmiş ve diğer tarafın ispat hakkının kullanımını etkisiz kılmışsa, hâkim tarafın bu davranışını dikkate alabilir. Türk hukukunda ise senetle ispat kuralı, örneğin senedin kasten yok edilmesi hâlinde, karşı tarafın davranışının hâkim tarafından dikkate alınmasına engel oluşturur; çünkü senedi ibraz edemeyen taraf, iddiasını ispat edememiş olacaktır.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, karşı tarafın ispatı engellemesi yani delili yok etmesi hâlini özel olarak düzenlemiş olmasına rağmen, bu kural aynı hâliyle HMK'ya alınmamıştır[674]. Bu durumda HUMK m. 331'e göre karşı tarafa yemin verdirilmekte idi. Karşı tarafın bu yemini eda etmemesi durumunda ise, ispat yükünü taşıyan tarafın senet münderecatı hakkındaki beyanı kabul edilebilmekteydi (HUMK m. 332). HUMK m. 331 ve 332 düzenlemelerine HMK'da yer verilmemesi, öncelikle karşı tarafın ispatı engellemesi durumunun Kanun'da -HUMK'da olduğu gibi- *doğ-*

---

[671] Bu konuda bkz. Krautstrunk, ss. 207-208; Stefan Schatz, **Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung** (Köln, Univ., Diss., 1992), ss. 49-53. Buna karşılık ispatın engellenmesinin tarafların, davaya katkıda bulunma yükümlülüğüne (*Mitwirkungspflicht*) aykırılık oluşturduğu görüşü de savunulur (*bu konuda bkz.* Krautstrunk, ss. 205-206; Schatz, ss. 19-20).

[672] Bu konuda Türk hukukunda yapılan değerlendirmeler için bkz. Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, ss.125-127.

[673] Bkz. Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, s. 127.

[674] Bu durumun sebebi madde gerekçesinde şu ifadelerle açıklanır: "Tarafın belgeyi ibraz etmemesinin sonuçlarıyla ilgili 1086 sayılı Kanunun 331 inci maddesindeki 'hasmının istimaline imkân vermemek kastıyla izaa veya imha veyahut ihfa etmediğine' ifadesine yer verilmemiştir. Çünkü, böyle bir durumda Tasarının 'Yemine konu olamayacak vakıalar'a ilişkin 229 uncu maddesinin (c) bendindeki ceza soruşturması ya da kovuşturmasıyla karşı karşıya bırakacak hâller ortaya çıkabilecektir. Zira, Türk Ceza Kanununun 208 inci maddesinde 'özel belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek' suç olarak kabul edilmiştir. Bu çelişkiye sebebiyet vermemek için belirtilen ifadenin karşılığına maddede yer verilmemiştir." (HMK m. 220, Gerekçe)

rudan doğruya ve açıkça düzenlememiş olması sonucunu ortaya çıkarmıştır. Bununla birlikte kanaatimizce böyle bir sorun karşısında başvurulacak önlemler HMK ve HUMK bakımından aynı kapıya çıkmaktadır. Şöyle ki, kanaatimizce karşı tarafın delili, diğer tarafın ispat hakkını engelleyecek şekilde zarara uğratması durumunda, HMK m. 220/3 hükmü öncelikle uygulama alanı bulmalı; bu hükmün uygulama alanına girmeyen konularda da, madde kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre ispat hakkına sahip olup da, bu hakkı karşı tarafın kastî davranışı yüzünden kullanamayan ve uyuşmazlıkla ilgili söz konusu delili sunamayan tarafın beyanı kabul edilmelidir[675]. Zira bu durum aynı zamanda maddede belirtilen *'kabul edilebilir bir mazaret'* olarak değerlendirilebilecektir (HMK m. 220/3). Böylece karşı tarafın kusuru ile -*ve hatta kusuru olmasa dahi*- ispatın engellenmesi hâlinde, ispat hakkı zedelenen tarafın beyanı doğru olarak kabul edilmelidir.

Kanaatimizce bu hüküm, belge delili dışındaki diğer delil türleri açısından da kıyasen uygulanmalıdır. Örneğin karşı taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın ispat faaliyetini engellemek amacıyla onun kilit tanığını tehdit ederek beyan vermesini engellemişse, yine HMK m. 220/3 kıyasen uygulanmalı ve ispat yükünü taşıyan tarafın beyanı kabul edilmelidir. Bu durumda da, esasen ispat yükünü taşıyan tarafın dayandığı delil karşı tarafça engellenmekte ve ispat hakkı ihlâl edilmektedir. Bu durumu düzenleyen doğrudan bir kural HMK'da bulunmadığından, m. 220/3 kıyasen uygulanmalı ve ispat hakkına sahip olan taraf, içine düşürüldüğü bu ispat güçlüğünden kurtarılmalıdır. Bunun için elbette ispat hakkına sahip olan ve somut vakıada ispat yükünü taşıyan tarafın, (*i*) kilit tanığının ifade vermesinin karşı tarafça engellendiğini ve (*ii*) ispat yükünü yerine getirmek için en önemli delilin bu tanık ifadesi olduğunu *yaklaşık olarak* ispat etmesi aranmalıdır. Örneğin tanığın ifade vermesinin karşı tarafça engellendiği yine başka tanıklar aracılığıyla ispat edilebilmelidir. Bu açıdan HMK m. 220/3 kuralı, oldukça önemli bir düzenlemedir ve bu kuralda benimsenen temel ilke, ispatın tüm türleri açısından ispatın engellenmesi hâlinde başvurulması gereken temel başvuru aracı olmalıdır.

---

[675] Nitekim Alman hukukunda da HMK m. 220/3 kuralına muadil olan bir kural ZPO § 444 düzenlemesidir. Bu kuralda da, karşı tarafın belgeyi bilerek zarara uğratması hâlinde diğer tarafın beyanının kabul edilebileceği kabul edilmektedir. Bu maddenin ispatın engellenmesi hâlinde taşıdığı bu fonksiyon hakkında bkz. Krautstrunk, ss. 243-244; Schatz, s. 58.
Yine karşı tarafın ispat konusu delili kaybetmesi hâlinde kanunkoyucu benzer bir sonucu ZPO § 427 bakımından da kabul etmiştir. Bu konuda bkz. Krautstrunk, ss. 252-253; Schatz, s. 57.

Ayrıca ispatın engellenmesi, delillerin yok edilmesi hâlinde temelini âdil yargılanma hakkına dayandıran ispat hakkının ihlâl edilmesi durumunda, karşı tarafın *âdil yargılamayı etkilemeye teşebbüse* suçundan (TCK m. 288) cezalandırılabileceği de unutulmamalıdır.

3. İspat Güçlüklerinin Aşılmasında Kanunî Karineler

a. İspat Güçlüklerinin Aşılarak İspat Hakkının Etkin Şekilde Koruma Altına Alınması

Aşağıda somut olayın uygulanmasında ispat güçlükleri ile karşılaşan hâkimin başvurabileceği araçlar üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte somut uyuşmazlığın çözümüne gelmeden önce, potansiyel birtakım ispat güçlüklerinin önüne geçilmesi pozitif hukuk normları ile gerçekleştirilebilir. Kanunkoyucu bazı durumlarda, karineler yolu ile taraflardan ispatı beklenemeyecek kadar güç veya imkânsız olan vakıalar açısından bu engelleri bertaraf edebilir. Bu anlamıyla kanunî karinelerin en başta gelen amaçlarından ve işlevlerinden birisi, tarafı ispat güçlüğünden kurtarmaktır[676]. Örneğin kanunkoyucu ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında (TMK m. 32) tam ispat aramış olsaydı, gaiplik kararı alınması çok güç olurdu[677]. Zira hukuk normunun, bir talebi veya savunmayı imkânsız veya elde edilmesi çok güç olan bir delile bağlamış olması hâlinde, hukuk normu boş bir ifadeden öteye geçemeyeceğinden[678], kanunkoyucu bazı öngörülebilir durumlarda karineler yolu ile bu ispat engellerini en baştan bertaraf eder.

Yukarıdaki örneklerde yer verilen durumlarda, kanunkoyucu genel hayat deneyimlerinin bir sonucu olarak ortaya çıkan hayat olayına ilişkin sonuçları, karine olarak kabul ederek bu konuda ispatı kolaylaştırır. Karine olarak kabul edilen olgunun işaret ettiği sonuç çoğu kez aynı şekilde gerçekleşmiş olduğundan, kanunî karineler genellikle bir olasılık hesabına dayanır. Örneğin, bir taşınırın zilyedi gerçekte de çoğu kez onun malikidir (TMK m. 985/1)[679].

---

[676] Bu yönde bkz. Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, s. 125; Fatma Tülay Karakaş, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", **AÜHFD,** C. 62, S. 3, 2013, ss. 738-739. Benzer yönde bkz. Sema Taşpınar, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", **AÜHFD,** S. 1-4, 1996, (Fiilî Karineler), s. 534.

[677] Bu konuda bkz. Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, s. 125.

[678] Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, s. 125.

[679] Karakaş, ss. 739-740.

Bu kapsamda özellikle adî kanunî karineler bir yandan, ispatı kolaylaştırarak ispat hakkının etkin şekilde kullanılmasını sağlarken diğer yandan da, aksi ispat edilebileceğinden aksini ispat hakkına sahip olan tarafın ispat hakkını ihlâl etmez. Burada karine temelinden yararlanarak ispat güçlüğünden kurtulan taraf, *asıl ispat* faaliyetini yürüten taraftır ve adî kanunî karine ile *asıl ispat hakkı* korunur[680]. Karşı taraf, yani *aksini ispat* faaliyetini yürütecek taraf da, bu kanunî karinenin aksini ispat edebilme imkânına sahip olacağından, *aksini ispat hakkı* da korunmuş olur[681]. Bununla birlikte *kesin kanunî karinelerde* ve *varsayımlar*da, aksini ispat hakkı ortadan kaldırılmış olur. Zira bunların aksinin ispatı mümkün olmadığından, *sadece* karineden lehine hak çıkaracak ve karine temelini ispat edecek olan tarafın ispat hakkı gözetilir. Burada artık asıl ispat faaliyetinden -*yani karine temelinin ispatından*- sonra bunu çürütecek nitelikte bir ispat faaliyeti söz konusu olmayacağından, karşı tarafın *aksini ispat hakkı* ortadan kalkmış olur. Bu sebeple özellikle *adî kanunî karineler* -*hem asıl ispat hem aksini ispat hakkına*- ispat hakkına her türlü hizmet etmekteyken, kesin kanunî karineler ile varsayımlar -*aksini ispat hakkının*- ispat hakkının sınırlandırılması niteliğindedir. Bu sebeple *adî karineler* bu bölüm altında, ispat güçlüklerinin aşılması için önemli bir önlem olarak incelenmiş; *kesin kanunî karineler* ve *varsayımlar* ise, ispat hakkının sınırlandırmaları arasında çalışmamızın beşinci bölümünde incelenmiştir[682]. Bu kapsamda aşağıda özellikle *ölçülülük ilkesine* uygun olmayan kesin kanunî karineler ile varsayımların ispat hakkını ihlâli üzerinde durula-

---

680 *Asıl ispat,* somut bir vakıa iddiası ortaya koyan tarafın yaptığı ispat faaliyetidir ve ispat yükü üzerine düşen tarafın karine temelini ispatı, asıl ispata yönelik bir faaliyettir (bu konuda bkz.). Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 7, I, B.

681 *Aksini ispat,* karine temelinin ispatlanmasının ardından karşı tarafın, kanunda sonuç bağlanan karinede, karine temelinin gerçekleşmemiş olduğunu veya karine temeli menfî bir vakıaya dayandırılmışsa vakıanın gerçekleşmiş olduğunu ispat faaliyetidir (bu konuda bkz. Ansay, s. 266; Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, s. 7; Alangoya ve diğerleri, s. 320; Necip Bilge ve Ergun Önen, **Medenî Yargılama Hukuku,** 3. Bası, Ankara 1978, s. 266). Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 7, I, B.

682 Bununla birlikte kesin kanunî karinelerin ve varsayımların, ispatı kolaylaştırmak yani ispat zorluklarını aşmak amacını taşımadığı düşünülmemelidir. Kesin karineler ve varsayımlar da, özünde ispatı kolaylaştırma amacı ile getirilir (bu konuda bkz. Karakaş, s. 749). Yine hukukî belirlilik ve hukukî güvenlik ilkeleri, kesin karine ve varsayımların hukuk sistemlerinde kabulünü gerektiren. Ancak kesin karineler ve varsayımlar diğer tarafın *aksini ispat hakkını* ortadan kaldırdığından, hukuk sistemlerinde çok istisnaî olarak başvurulması gereken bir kanunlaştırma yöntemidir. Bununla birlikte -*özellikle beşinci bölümde üzerinde durulacak olan*- ölçülülük ilkesine aykırı ve tabiri caizse *yerli yersiz* kesin karinelere, varsayımlara başvurmak o hukuk sisteminde ispat hakkını işlevsiz bırakır; ayrıca hukuk güvenliğini zedeler. Kesin karinelerin ve varsayımların, ispat güçlüklerinin aşılarak ispat hakkını güvence altına aldığı gerçeği ile birlikte, aşağıda daha çok bu kurumların ispat hakkı engeli olarak ne şekilde hukuk düzeninde baş gösterecekleri üzerinde durulacaktır.

caktır[683]. Adî kanunî karineler ve kesin kanunî karineler konusunda, üzerinde son olarak durulması gereken husus bu karinelerin birbirinden ayrılmasıdır. İfade edildiği üzere, kesin kanunî karineler karşı tarafın *aksini ispat hakkını* tamamen ortadan kaldırır. Bu sebeple kanun hükmünün kesin kanunî karine olduğu, lafzen açıklıkla kanun maddesinden anlaşılmalıdır[684]. Açıkça kesin kanunî karine olduğu anlaşılmayan bir karine, mutlak olarak adî kanunî karine olarak kabul edilmelidir. Bu durum, ispat hakkının kural sınırlandırılmasının istisna olmasının bir sonucudur.

Bununla birlikte adî kanunî karineler de, zaman zaman aksini ispat hakkını ihlâl edebilir. Öncelikle kanunkoyucunun karineler yoluyla ispat için öngördüğü düzenlemelerde ölçülü olması, sürekli olarak bir tarafın ispat hakkına hizmet edecek şekilde ilkeler benimsememesi önemlidir. Esasında adî kanunî karineler, karşı tarafın aksi ispat hakkını ortadan kaldırmaz; bununla birlikte adî kanunî karine getirilirken, karşı tarafın bu karinenin aksini ispat edebilmesi için hakkını sınırlandırıcı düzenlemeler getirilirse âdi kanunî karine de ispat hakkı engeline sebep olabilir. Bu durumun bir örneği İİK m. 280/3'de yer alır. İlk olarak, İcra ve İflâs Kanunu'nda tasarrufun iptali için öngörülen karinelerin, sürekli alacaklı lehine düzenlenmekte olduğu ve borçlunun ağır ispat kuralları getirdiği dikkat çekmektedir. İİK m. 278-280 arasında düzenlenen karinelerin önemli bir kısmı mehaz İsviçre hukukundan alınışken, İİK m. 280/3'de yer alan ticarî işletme karinesi, sonradan kanuna eklenmiş ve alacaklı lehine getirilen karineye karşı borçlunun aksini ispat hakkı oldukça sınırlandırılmıştır. Zira bu maddeye göre borçlu, alacaklı lehine getirilen karineden kendi lehine hak çıkarabilmesi için devrin, satış veya terk tarihinden en az 3 ay önce keyfiyetin yazılı olarak bildirilmesine veya tüm alacaklılarca duyulabilecek şekilde ilân edilmesine bağlanmıştır. Borçluya, karinenin aksini ispat için bu kadar sınırlandırıcı ispat araçları ile ispat zorunluluğu getirilmiş olması, öğretide de eleştirilmekte[685] ve temelde borçlunun ispat hakkını da ihlâl etmektedir.

---

683 Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 23.

684 Özekes, FSEK m. 76, s. 84.

685 Bu karinenin menfaatler dengesine aykırılığı, ölçülü olmadığı konusunda görüşler için bkz. M. Kamil Yıldırım, "Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi", **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan,** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı 2013, C. 19, S. 2, ss. 471-482.

b. Toplumsal ve Sektörel Kitlelerin İspat Güçlüklerinden Kurtarılarak İspat Hakkının Korunması

Karineler çoğu zaman ve özellikle tarafları ispat güçlüğü içerisine itebilecek durumlarda, ispatı kolaylaştırarak tarafların ispat hakkını etkin bir şekilde kullanmalarını sağlayacaktır. Kanunî karineler aynı zamanda hukukî güvenliğin veya kamu menfaatinin tesisini de sağlar. Kanunî karinelerin kamu menfaatini tesis yönündeki işlevi, bazı sosyal amaçlarla zayıf durumda olan kişilerin hukuk düzenince *topyekün şekilde ispat güçlüklerinden* korunması gerekliliği ile somutlaşır. Bu durumlarda, ispat hakkı da esasen kitlesel anlamda koruma altına alınmış olur. Örneğin tüketiciler, işçiler gibi hukuken özel olarak korunmaya ihtiyâç duyan kişiler için ispatı kolaylaştırıcı birtakım hükümler -*ve özellikle karineler*- getirilmesi bugün için evrensel ilkelere uygunluğun zorunlu bir sonucudur. Örneğin 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nde, iş sözleşmesinin geçerisiz sebeple sona ermesinde ispat yükünün işçiye yüklenmemesi için işçi lehine kanunî karinelerin getirilmesini tavsiye edilmektedir [686]. Bu evrensel ilkeye uygun olarak İş Kanunu'nda da, TMK m. 6'dan ayrılınarak feshin geçerli bir sebeple yapıldığının ispatı işverene yüklenmiştir. Bununla birlikte örneğin İş Kanunu m. 31 kuralı ile işçiye yüklenen, iş sözleşmesinin sendikal sebeple feshonlunduğunun ispat yükü işverene yüklenmiştir.

Benzer yönde tüketiciyi koruma amacıyla getirilen karineler de bulunur. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna'a göre, "Teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir. Bu durumda malın ayıplı olmadığının ispatı satıcıya aittir." (TKHK m. 10/1). Ayrıca karineler yolu ile tüketici aleyhine ispat kurallarının getirilmesi de mümkün olmayacaktır. Zira mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek, bir haksız şart olarak nitelendirilmiştir[687].

Belirtilen bu hâllerde, bazı sosyal ihtiyaçlar ve anayasal ilkeler (*sosyal devlet ilkesi, eşitlik ilkesi*) *çoğul anlamda toplumsal ve sektörel kitleleri* koruyacak şekilde karinelerin kabul edilmesini gerektirir. Bu grupların sosyo-ekonomik zayıflıkları aynı ölçüde ispat güçsüzlüklerine de sebep olabilmektedir. Özellikle sözleşmeye dayalı hukukî ilişkilerde tarafların oluşturdukları hukukun ispatına yarayan araçların, müza-

[686] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gizem Sarıbay, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Feshin Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları,** Legal, İstanbul 2007, ss. 143-145.

[687] Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik, EK-1 m. 1/1, bent n (RG 17.6.2014, S. 29033).

kere gücü güçlü olan tarafta yer alması, bunun gerekçesini oluşturmaktadır. Benzer şekilde hukuka aykırı bir fiilin ispatında zarar görenin hâkimiyet alanında bulunmayan, daha doğrusu zarar görenin ulaşması güç olan sadece bir ticarî işletmenin ticarî sırrı nitelğindeki bilgi ve eylemler de (üreticinin sorumluluğunda olduğu gibi) buna örnek olarak verilebilir.

c. Tekil Anlamda Kişilerin İspat Güçlüklerinden Kurtarılarak İspat Hakkının Korunması

Yukarıda üzerinde durulan durumların hâricinde ise, kanunî karineler genellikle *tekil anlamda* kişilerin ispat güçlüğü içinden çıkarılmasını amaçlar. Örneğin TMK m. 3/2 kuralı, TMK m. 3/1 karşısında kötü niyeti ispat durumunda olan tarafın, doğrudan doğruya kötü niyeti belirten vakıaları ispat etmek zorunda kalması ve böylece güç ispat şartları altında ezilmesini önlemek için ve ispatı kolaylaştırmak amacıyla getirilmiştir[688]. Yine boşanma davalarında, boşanma sebebinin varlığının ispatının önemli ispat güçlüklerine yol açtığı üzerinde durulmuştu. Bu durumun hemen her -*boşanma için sebep kabul eden*- hukuk sisteminde sorunlara sebep olması, zaman içerisinde boşanma hukukunda evlilik birliğinin temelden sarsılmasının kabul edilmeye başlanmasıyla sonuçlanmıştır. Bu çerçevede TMK m. 166 kuralı da, bu konuda önemli bir karine getirir[689]. Bu kurala göre, evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır (TMK m. 166/3). Dolayısıyla karineler hukuk gelişimi ile birlikte şekillenen ve temelde ispat güçlüklerini aşarak hukukî ilişkilerin daha kolay çözülmesini amaçlar. Yine örneğin TBK m. 104'e göre, "Borç senedi borçluya geri verilmişse, borç sona ermiş sayılır." şeklindeki düzenleme, ispatı kolaylaştıran bir adi kanunî karinedir[690].

---

[688] Yavuz Alangoya, "İspat Yükü Bakımında MK 3", **İÜHFM,** C. XXVII, S. 1-4, 1962, (MK 3), s. 358.

[689] Boşanma sebeplerinin geçirdiği bu evrimin ispat hakkı ile ilişkisi hakkında bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 18, IV, B.

[690] Bu hükme benzer şekilde borcun eda edildiğini kolaylaştıran, ispat güçlüklerini ortadan kaldıran diğer kanunî karinelere ilişkin bir değerlendirme için bkz. Necmeddin Berkin, "Borcun Eda Edildiğinin İspatı ve Bunu Kolaylaştıran Kanuni Karineler", **İktisadî Ticarî İlimler Akademisi,** S. 2, 1976, (Kanunî Karineler), ss. 129-139; Mustafa Alper Gümüş, "Makbuz Verilmesi ve Borç Senedi İadesine Bağlanan Yasal Karineler (BK m. 88)", **MÜHF-HAD**, C. 17, S. 1-12, ss. 351-374.

4. İspat Güçlüklerinin Aşılmasında Hâkim Tarafından Başvurulabilecek Yöntemler

a. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere özellikle ispat güçlüğü hâllerinde hâkimin ispat faaliyetine müdahale etmesi durumunda, hâkimin ispat sürecini denkleştirici adaletin gereği olarak yeniden tesis etmesinde kullanabileceği araçlar, *-HMK m. 220/3 düzenlemesi hâricinde-* kanunda genel prensipleri itibariyle düzenlenmemektedir. Ancak öğreti ve yargı kararlarında bu durumda başvurulabilecek temel araçlar konusunda birtakım esaslar benimsenir. Bunlar az sonra aşağıda incelenecektir.

Bu başlık altında bahsedilecek önlemler, az önce belirtilen şekilde karineler veya ispat ölçüsünün düşürülmesi yolu ile kanunkoyucunun önlem aldığı hâllerin hâricindedir. Zira kanunda ispat güçlüğünün aşılması için alınan önlemler (*ispat ölçüsünün düşürülmesi, karine getirilmesi gibi*) en baştan potansiyel ispat güçlüklerinin önünü kapatır. Ancak kanunkoyucunun öngöremediği durumlarda veya özellikle düzenlemediği konularda, oluşacak ispat güçlüklerinin aşağıda belirtilen hukukî araçlar yoluyla aşılması görevi hâkime aittir. Bu görevin yerine getirilmemesi, yukarıda da ifade edildiği üzere ispat hakkının ihlâli anlamına gelir. Bu yönüyle aşağıda ispat güçlüklerinin aşılması için alınabilecek önlemler, ispat hakkının güvence altına alınabilmesi için önemli hukukî araçlardır.

b. İspat Ölçüsünün Düşürülmesi ve İspat Hakkının Tesisi

İspat ölçüsünün düşürülmesi, ispat güçlüklerinin aşılması için ileri sürülen bir görüştür. İspat zorlukları ile karşılaşıldığında ispat ölçüsünün düşürülmesi yoluna başvuru bazı yönleri ile çekince ile karşılanır. Zira ispat ölçüsüne ilişkin kurallar kural olarak maddî hukuk normları ile belirlenmiş olduğundan[691] ve hâkimin de, maddî hukuk normlarını yargılama prosedüründe yorum yolu ile değiştirmesi mümkün olmadığından, bu görüş eleştirilir. Özellikle maddî hukuk kurallarında bazı vakıaların ispatında özellikle tam ispat ölçüsü aranırken, hâkimin takdir yetkisi ile ispat ölçüsü-

[691] İspat ölçünün düşürülmesi bazı şeklî hukuk kuralları ile de getirilebilir. Örneğin eski hâle getirme talebinde bulunan taraf, talebinin dayandığı sebepleri ve bunların delil ve *emarelerini* talep dilekçesinde gösterir (HMK m. 97/1).

nü düşürmesi, bu konuda alınabilecek hukuka uygun bir önlem olarak nitelendirilemez[692].

Bununla birlikte maddî hukukun, ispat ölçüsünün düşürülmesine cevaz verdiği durumlarda, ispat güçlüğü içinde olan taraf lehine ispat ölçüsünün düşürülmesi sorun teşkil etmez. Benzer şekilde kanunun, tam ispat ölçüsünü aradığı açık bir şekilde kuralda belirtilmemişse, bozulan dengenin iadesi ve taraflar arasındaki silâhların eşitlenebilmesi için ispat ölçüsünün düşürülmesi kabul edilir[693].

Esasında yukarıda belirttiğimiz çekincelerin temel sebebi, kanunlarda ispat ölçüsünün düşürülmesine cevaz veren genel bir düzenleme bulunmayışıdır. Örneğin Alman hukukunda ZPO § 294 ispat ölçüsünün düşürülmesine ilişkin temel kuralı düzenler, böylece yargılama sürecinde ispat ölçüsünün düşürülmesi yoluna başvurulması konusu -*bu yönüyle*- tartışma barındırmaz[694]. Buna karşılık öğretide, kanunda açıkça belirtilmeyen hâllerde hâkimin, kesin (tam) ispatı arayacağı görüşü de kabul edilir[695]. Kanaatimizce de bu görüş doğrultusunda tam kanaat kural, yaklaşık ispat ölçüsü ise istisnadır. Ancak istisnaî durumlarda ispat ölçüsünün düşürülmesi yoluna başvurulabilmesi için mutlaka kanunda açıkça buna cevaz veren bir düzenleme bulunması gerekmez[696]; kanunun bu durumu açıkça yasaklamamış olması yeterlidir. Zira ispat hakkının ihlâline sebebiyet veren bir ispat güçlüğü karşısında, ispat ölçüsünün düşürülmesi, istisnaî bir durumdur ve hâkimin bozulan bu dengeyi tekrar kurması âdil yargılanma hakkının (*eşit silâhlarla yargılanma hakkının*) gereğidir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, kanunun ispat ölçüsünü tam ispat olarak belirlediği veya açıkça ispat ölçüsünün düşürülmesi yoluna başvurulmasını yasakladığı durumlar hâricinde, Türk hukukunda da ispat ölçüsünün hâkim tarafından -*gereken durumlarda*- düşürülmesi mümkündür. İspat güçlüklerinin doğması hâlinde başvurulacak ispat ölçüsünün düşürülmesi yolunun, ispat hakkının tekrar temin edilebilmesi için önemli, etkili ve ölçülü bir önlem olduğu gözardı edilmemelidir. Bu şekilde ispat hakkı ihlâline sebebiyet veren taraf silâhları arasındaki eşitsizlik giderilecek ve taraflar arasındaki menfaat dengesi ispat sürecinde tekrar tesis edilebilecektir.

---

692 Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, ss. 137-138.
693 Bu konuda bkz. Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, s. 138.
694 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Albayrak, ss. 132-135.
695 Pekcanıtez ve diğerleri, s. 681.
696 Albayrak, s. 126; Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, s. 138.

c. Karşı Tarafın Vakıaların Aydınlatılmasına Katkısı ve İspat Hakkı

İspat yükünü taşıyan tarafın bir vakıayı ispatı çok güç olmasına rağmen ispat ölçüsü uygulanacak norm gereği düşürülemiyorsa ve bu durum ispat hakkının ihlâline sebebiyet veriyorsa, bu durumda karşı tarafın veya üçüncü kişilerin vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunması için başka birtakım önlemlere başvurulabilir[697]. İspat güçlüğü durumunda karşı tarafın vakıaların aydınlatılmasına katkısının artması, ispat hakkının temini ve dolayısıyla silâhların eşitlenmesi için etkili, önemli ve uygulama alanı geniş bir önlemdir[698]. Esasen tarafların ve üçüncü kişilerin davanın aydınlanmasına katkı yükümlülüğü, gün geçtikçe sınırlarını genişleten ve bu hâliyle başlı başına ispat hakkının temini açısından büyük öneme sahip olan bir ödevdir[699], ancak bu noktada özellikle ispat güçlüklerinin aşılması bakımından konunun önemi üzerinde kısaca durulacaktır.

İspat güçlüğü durumunda, karşı tarafın vakıaların aydınlatılmasına katkısı değişik şekillerde devreye girebilecektir. Bunlardan ilki, ispat yükünü taşımayan karşı tarafa açıklama ödevi kapsamında, bazı konularda *açıklama yapmasını istemek ve elindeki belgelerin ibrazını* talep etmektir[700]. Bu durum, karşı tarafın ispat yükü veya delil ikame yükü altında bulunmadığı zaman dahi, birtakım bilgi ve belge paylaşımı ile davanın aydınlatılmasına katkı sağlamaya yönelen bir ödevdir ve çoğunlukla belgelerin veya delillerin ibrazı zorunluluğu ile somutlaşır. Bu konu çalışmamızın çeşitli yerlerinde farklı açılardan ele alındığından, konunun esasına girmekten kaçınıyoruz.

İspat güçlüğü durumunda, karşı tarafın vakıaların aydınlatılmasına katkı yükümlülüğü ayrıca karşı tarafa *delil ikame yükünün yüklenmesi* yolu ile de gerçekleştirilebilir[701]. Bu durum da çeşitli delil türleri açısından kanunda düzenlenmektedir. Hâkim de, ispat güçlüğü hâlinde ispat yükünü taşımayan tarafa delil ikame yükü yükleyerek oluşan güçlüğün aşılmasını ve ispat hakkının tekrar tesisini sağlayabilir.

---

[697] Menfî vakıalarda yaşanan ispat güçlüklerinde, karşı tarafın vakıaların aydınlatılmasına katkısı yönünden benimsenen esaslar için bkz. aşa. Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, ss. 139-161.
[698] Bu yönde bkz. Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, s. 139.
[699] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. Üçüncü Bölüm § 10, II.
[700] Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, s. 144.
[701] Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, ss. 157-161; Pekcanıtez ve diğerleri, ss. 674-675.

d. Dolaylı İspattan Yararlanılması ve İspat Hakkı

Yargılama sonunda hâkim, vicdanî kanaatine göre karar verecektir (Ay m. 138/1). Ancak hâkimin bu vicdanî kanaati salt kendi kişiliğinde ortaya çıkacak adalet hissine dayanamaz. Hâkim, maddî hukuk kurallarına dayanarak ve şeklî hukukun çizdiği sınırlar dâhilinde vicdanî kanaatine göre karar vermelidir. Başka bir ifadeyle, hâkimin hükmüne esas alacağı vicdanî kanaatin objektifleştirilmesi gerekir. İspat hukuku kurallarının da, kanaatini objektifleştirmek isteyen hâkime tanınan hukukî araçlar olduğu ifade edilebilir. Zira, esas olarak hâkimin karşılaştığı temel sorun, belli bir vakıanın somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında ortaya çıkmaktadır. Tarafların ispat faaliyetleri sonucunda ister istemez hâkimde belli bir yönde vicdanî kanaat oluşacaktır. İşte hâkim bu kanaatini ortaya koyarken, ispat kurallarının kendisine verdiği imkânlar dâhilinde kanaatini objektifleştirebilir. Örneğin, uyuşmazlık konusu vakıanın varlığı hususunda hâkim tam olarak kanaat getiremiyorsa, ortaya çıkan belirsizliği ispat yükü kuralına (HMK m. 190) dayanarak bertaraf edecektir. Böylece hâkim ispat yükü üzerine düşen aleyhine karar verirken, kanaatini de objektif bir biçimde ortaya koymuş olacaktır.

Vicdanî kanaatin objektifleştirilmesi meselesinde, dolaylı ispat kurallarının netleştirilmesi ispat hakkı açısından da büyük öneme sahiptir. Şöyle ki, doğrudan ispatta, hâkim, uyuşmazlık konusu vakıa hakkında tarafların usûlüne uygun olarak ileri sürdüğü deliller çerçevesinde karar verirken, bu ispat faaliyetinin o vakıa hakkında kendisinde tam bir kanaat oluşturup oluşturmadığına bakacaktır[702]. Buna karşın dolaylı ispatta, uyuşmazlık konusu vakıa ile hayat tecrübesi kuralları uyarınca bağlantı bulunan diğer komşu vakıalar vasıtasıyla ispat faaliyetinde bulunulurken hâkimin objektif karar verme yükümlülüğü çok daha zorlaşmaktadır. Çünkü sadece komşu vakıaların varlığı hakkında değil, bu vakıalarla uyuşmazlık konusu yapılan vakıa arasındaki bağlantı hakkında da objektif olarak ortaya konulabilecek bir kanaate ulaşılması gereklidir. Esasında başka vakıaların ispatı yoluyla uyuşmazlık konusu vakıa hakkında hâkim belli bir sonuca ulaşmış olabilir; ancak, sorun hâkimin bu sonuca ne şekilde ulaştığını objektif olarak ortaya koymasında ortaya çıkacaktır. Hâkimin özellikle dolaylı ispat faaliyeti neticesinde oluşan vicdanî kanaatini objektifleştirememesi taraflar açısından ispat hakkının ihlâline sebebiyet verebilecek niteliktedir.

[702] Pekcanıtez ve diğerleri, s. 684.

Zira objektifleştirilemeyen bir vicdanî kanaat, keyfî karar anlamına gelir; keyfî karar ise, ispat hakkının ihlâli sonucunu doğurur. Bir diğer yandan da özellikle ispat güçlüğüne düşen tarafların bu durumdan çıkarılması için başvurulan en yaygın yöntemlerden bir diğeri, dolaylı ispata başvurulmasıdır. Özetle bir yandan ispat hakkının gereği olarak taraflar içine düşürüldüğü ispat güçlüğünden dolaylı ispata başvurularak çıkarılabilecek, diğer yandan da objektifleştirilemeyen bir dolaylı ispat faaliyeti keyfî karar verilmesine sebep olacağından yine ispat hakkının ihlâline sebep olacaktır. Bu sebeple dolaylı ispat faaliyeti, ispat hakkının güvence altına alınmasında önemli bir işleve sahip olmakla birlikte hassas şekilde başvurulması gereken bir ölçüttür.

Dolaylı ispat olarak adlandırdığımız usulî yol, esasen komşu vakıa kavramı üzerinden şekillenmektedir. Üst kavram olarak ispat faaliyetinin yapı taşı *vakıa* kavramı iken, dolaylı ispatta da *komşu vakıa* kavramı meselenin merkezinde bulunur. Komşu vakıalar vasıtasıyla, asıl vakıanın ispatı gerçekleştirilirken; bu iki vakıa arasında hayat tecrübesi kurallarına dayanan ilişki, dolaylı ispatın karakterini ortaya koyacaktır.

Dolaylı ispat vasıtası olarak görülecek komşu vakıaları (i) *emare* ve (ii) (fiili veya kanunî) *karine temeli* olarak iki farklı kavram altında incelemek mümkündür. Emare olarak ifade edilen komşu vakıaların ispatıyla, asıl vakıanın ispatı gerçekleştirilirken (*emare ispatı*); fiilî ve kanunî karinelerde karine temeli olarak görülen komşu vakıanın ispatlanmasıyla karine sonucu olan asıl vakıa ispatlanmış sayılmakta ve bu vakıanın ispat yükünü taşıyan taraf üzerindeki ispat rizikosunu bertaraf etmektedir. Burada bizim için önem arzeden konu *emare* ve *fiilî karineler*dir. Zira kanunî karineler, daha önce de ifade edildiği üzere ispat güçlüklerinin henüz kanunlaştırma aşamasındayken önüne geçilmesini amaçlar ve hâkimin ispat güçlüğü karşısında başvuracağı bir önlem değildir. Bununla birlikte hâkim ispat güçlüğü hâlinde, emare ispatından ve fiilî karinelerden yararlanma yollarına başvurabilecektir.

Örneğin sigorta davalarında sıkça hayat tecrübesi kurallarından yararlanılmaktadır. Tecrübe kurallarından hareket edilerek ispat süreci hakkında verilen kararların ispat hakkını ihlâl tehlikesi altında bırakması olasıdır. Bu sebeple özellikle sigorta davalarında, tecrübe kurallarından hareket edilerek yapılan değerlendirmeler bir yandan ispat rizikosunun gerçekleştiği yönünden bir ispat kolaylığı yaratmakta ise de, bu durum çoğu zaman sigortalı aleyhine de ispat hakkı sınırlamaları oluştura-

bilecek niteliktedir. Nitekim Yargıtay da bazı durumlarda, sigortacı lehine getirilen bu ispat kolaylıklarının sigortalı aleyhine sınırlamalara sebebiyet verdiği yönünde değerlendirmelerde bulunmaktadır[703].

e. İspat Eengellerini Aşmak İçin İspat Yükü Kuralının Değiştirilip Değiştirilemeyeceği Sorunu

İspat güçlüklerinin bulunması hâlinde alınabilecek bir önlem olarak hâkimin, ispat yükü kuralını somut olay açısından değiştirerek bu yükü diğer tarafa yüklemesi kabul edilir[704]. Bununla birlikte böyle bir durumda, hâkime kanunda açıkça izin verilmemesine rağmen maddî hukuk normlarının yorum yoluyla değiştirilmesi hukuka uygun kabul edilmez[705]. Gerçekten de hâkimin maddî hukuk kurallarını yorum yoluyla değiştirmesi hukuka uygun olmamakla birlikte, ispat yükü kuralının değiştirilmesi yukarıda başvurulabilecek önlemler arasından -*diğer taraf açısından*- en sert tedbirdir. Her ne kadar ispat hakkını kullanacak olan tarafın içine düştüğü bu güçlükten çıkarılması ispat hakkının tesisi bakımından şart ise de, alınacak bu önlemin de ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta ispat yükünü değiştirmek, amaca ulaşmak için çok daha kolay önlemler bulunmaktayken, diğer taraf açısından en ağır olan yöntemdir. Dolayısıyla böyle bir çözüm tarzının benimsenmesi, gereklilik ve dar anlamda ölçülülük ilkesi bakımından hukuka uygun bir araç olarak addedilemez[706].

C. İspat Hakkını Genişleten Delil Sözleşmeleri

Hukukumuzda senetle ispat kuralının geçerli olması, pek çok uyuşmazlığın çözümü için senet veya diğer kesin delillerin varlığını gerekli kılar. Bu durum ise pek çok davada ispat güçlüklerine yol açabilir. Yargıtay kimi zaman doğan bu ispat imkânsızlıklarını içtihat yoluyla aşmaya çalışır. Ancak bu içtihatlar da her zaman

---

[703] "...Dava, kasko sigortası sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Rizikonun gerçekleştiğine dair doğru ihbar mükellefiyetinin kasten yerine getirilmediği veya iyiniyet kurallarına açıkça aykırı şekilde sigorta teminatı dışında kalan bir hususu teminat içinde imiş gibi ihbar edildiği ve ispat yükünün yer değiştirdiği, kazanın davalı sigorta şirketinin iddia ettiği şekilde gerçekleşmesi halinde dahi teminat dışı olduğunun somut delillerle kanıtlanması gerektiğinden, sürücünün olay yerini terk etmesi tek başına hasarın teminat dışı kalmasına sebep olmayacağından, mahkemece davalı vekili tarafından bildirilen deliller toplanıp ispat yükünün yer değiştirdiğinin tespiti halinde davacı sigortalıya ispat imkânı verilmek suretiyle delilleri toplanıp sonuca göre karar vermek gerekir....". 17. HD, 10.5.2011, 2010-10927/4552 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

[704] Bu görüş Türk hukukunda fazla taraftar bulmamakla birlikte, Alman hukukunda azımsanmayacak oranda kabul gören bir görüştür. Bu konudaki -*özellikle menfî vakıaların ispatı çerçevesinden*- tartışmalar, değerlendirmeler için bkz. Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, ss. 128-137.

[705] Türk hukuku açısından bkz. Atalay, Menfî Vakıaların İspatı, s. 127; Umar ve Yılmaz, ss. 63-64.

[706] Bu konuda bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 14, VII, C ve D.

medenî yargılamanın kurum ve ilkeleri ile örtüşmeyebilir. Örneğin Yargıtay senetle ispat kuralını aşmak için "*hayatın olağan akışı*" kavramını hukuka uygun olmayan şekillerde kullanabilmektedir. Benzer şekilde Yargıtay'ın yine senetle ispat kuralının yarattığı ispat imkânsızlıklarını aşmak için ihdâd ettiği bir kavram "*güçlü delil*"dir. Oysa Türk kanunkoyucusu da hangi delilin ne kadar değere sahip olacağı konusunu hâkimin veya tarafların takdirine bırakmamış, kural olarak her bir delil türünü bir ispat değeri vermiş (*kanunî delil sistemi*) ve bu sistem içerisinde deliller, *kesin* delil ve *takdirî* delil ayrımına tâbi tutulmuştur. Bunun dışında *güçlü* delil şeklinde, bir üçüncü tür ispat aracı bulunmaz.

Senetle ispat kuralının yaratbileceği buna benzer güçlükleri aşmak için yararlanılabilecek bir yol, delil sözleşmesi akdedilmesidir. Örneğin taraflar senetle ispatı gereken bir vakıanın her türlü delille ispatlanabileceğini öngören bir sözleşme akdedebilirler. Bu, tarafların ispat hakkını daraltmadığı gibi aksine genişleten bir delil sözleşmesidir ve bu anlamda senetle ispat kuralının yarattığı, yaratabileceği güçlükleri bertaraf edebilecek niteliktedir. Buna karşılık ispat hakkını daraltan delil sözleşmeleri ispat hakkını -*ve bu kapsamda âdil yargılanma hakkını*- ihlâl edeceğinden geçerli olarak kabul edilmez. Bu anlamda ispat hakkını daraltan delil sözleşmeleri aşağıda ispat hakkı sınırlamaları başlığı altında ayrıca incelenecektir[707].

Delil sözleşmeleri hâricinde, tarafların ispat hakkını genişleten sözleşmeler arasında karine sözleşmesi de yer alabilir. Taraflar, sözleşme ile karineler kabul edip, ispat yükünü taşıyan taraf lehine karine temelinin ispatı yoluyla ispatın gerçekleşebileceğini kararlaştırmış olurlar[708]. Böylece sözleşme ile kabul edilen karineler kanunî karineler gibi işlev görür[709] ve asıl ispat faaliyetini yürütecek tarafın, ispat hakkını kullanmasını kolaylaştırır. Bununla birlikte kanaatimizce, tarafların sözleşme ile kesin karine veya varsayım getirmesi mümkün olmamalıdır. Zira bu durum, ispat hakkının sözleşme ile ortadan kaldırılması anlamını taşır. Bu durum ispat hakkından feragat etmenin mümkün olup olmadığı ve ispat sözleşmeleri[710] ile ispat hakkının ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı konuları ile ilgilidir.

---

[707] Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 22.
[708] Bilge Umar, "Hususi Hukukta Karineler", **Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan,** Ankara 1964, (Karineler), s. 186.
[709] Bu konuda bkz. Umar, Karineler, s. 186.
[710] Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 22.

D. Kanun Yolları

1. Genel Olarak

Bir yargılama modelinde, temel yargısal hak niteliğinde olan ispat hakkını güvence altına alacak yegâne araçlardan birisi kanunyollarına ve hukukî çarelere başvuru hakkıdır. Hakkın tesis edilmesi, güvence altına alınması, hakka saygı duyulması ancak ilgililerin bu hakkın ihlâl edildiği gerekçesiyle yapılan işleme, verilen karara itiraz hakkı ile mümkün olabilecektir. Dolayısıyla bir hukuk sisteminde ispat hakkının gerçek anlamda tesis edilmesi ve güvence altına alınabilmesi, mutlaka hakkın ihlâli durumunda kanunyollarına ve diğer hukukî çarelere başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesine bağlıdır.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken unsur ise, ispat hakkının nasıl ihlâl edildiği ve hukukî çareye başvurmaktaki amacın gözetilmesidir. Şayet ilgililer ispat hakkının ihlâl edilmiş olması sebebiyle aleyhe hükümle karşılaşmış ve verilen kararın hukuka aykırı olduğuna inanıyorlarsa, *olağan kanunyolları*na başvuru imkânını kullanmalıdırlar. Dava konusu olaya ilişkin kesin hüküm elde edilmiş olmasında rağmen, ispat hakkının kullanılmasını etkisiz bırakan birtakım ağır yargılama hataları, hileleri yapılmış ise ilgililerin başvurması gereken hukukî imkân olağanüstü kanunyolu olarak *yargılamanın yenilenmesi*dir. Eğer ilgililer ispat haklarına gereği gibi riayet edilmediği için Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama özgürlüklerinin veya âdil yargılanma haklarının ihlâl edildiği inancındaysalar, bu durumda *Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru* yolu kapsamında temel hak ihlâli sebebiyle tazminat veya yeniden yargılama isteme imkânına sahip olurlar. Bu imkânların kullanılmış olmasına rağmen, -*diğer koşulları da bulunuyorsa*- ispat haklarının ihlâl edilmiş olması sebebiyle gerçekleştirilen yargılamanın âdil bir yargılama olmadığına inanıyorlarsa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde koruma altına alınan âdil yargılanma haklarının ihlâl edildiği gerekçesiyle *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurma* hakkına sahip olacaklardır.

Yukarıda belirtilen bu imkânlar dikkate alındığında ispat hakkının ihlâl edilmesi hâlinde hakkın korunması, yeniden tesis edilmesi ve ilgililerin bu sebeple zararlarının doğmasını engelleyecek şekilde kanunyolu ve hukukî çare imkânlarının oldukça önemli bir uygulama alanına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim yargılama sisteminin bütünü içerisinde de kollektif olarak yine ispat hakkına hizmet etmek üze-

re ispat hakkının yargılama sistemi içerisinde yerini bulması ve bu hakkın yorumlanmasında, uygulanmasında hukukî istikrarı sağlayacak en önemli güvencelerden birisi hukukî çareler ve kanunyollarıdır. Bu hukukî çareler ve kanunyolları, ispat hakkı ile ilişkisi, hakkın güvence altına alınması için sahip olduğu fonksiyonla ilgisi olduğu oranda aşağıda ayrı ayrı incelenecektir. Bu inceleme esnasında söz konusu hukukî imkânların, ispat hakkının gelişiminde sahip olduğu fonksiyon, taşıdığı rol de ortaya konulacak; bu hâliyle de söz konusu imkânların ispat hakkının doğru bir şekilde uygulanmasında sahip olduğu önem rahatlıkla anlaşılabilecektir. Şimdilik sadece şunu belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun kabul edilip uygulanmaya başlandığı 2013 yılından bu yana kadar dahi, ispat hakkını doğrudan veya dolaylı şekilde etkileyecek, gelişimine katkı sağlayacak önemli başvurular yapılmış ve içtihatlar verilmiştir. Bunlara yer geldiğince çalışmanın çeşitli noktalarında değinilmekle birlikte, aşağıda da belirli bir kapsam dâhilinde temel esaslarıyla birlikte üzerinde durulacaktır.

2. Olağan Kanunyollarının İspat Hakkının Güvence Altına Alınmasındaki Fonksiyonu

a. Genel Olarak

İspat hakkının güvence altına alınmasında kanunyolu denetiminin oldukça önemli bir fonksiyonu bulunur. Nihâyetinde hüküm mahkemeleri, uyuşmazlık konularının tespiti, hangi ispat araçlarına başvurulacağının belirlenmesi, ispat araçlarının toplanması, delillerin değerlendirilmesi gibi ispat hakkı açısından en kritik konularda takdir yetkisini kullanır. Bu takdir yetkisinin ispat hakkını ihlâl edecek şekilde kullanılıp kullanılmadığının denetimden geçirilmemesi, ispat hakkı ihlâllerinin de üstünü örtecektir. Bu sebeplerle bir hukuk sisteminde ispat hakkının gerçek anlamda temin edilebilmesi için mutlaka, kanunyolu denetimi ile ispat hakkının konusunu oluşturan meselelerde kararların gözden geçirilmesi hukuk devletinin gereğidir.

İspat hakkının güvence altına alınması için kanunyolu denetiminin mutlaka üç dereceli olması gerekli olmamakla birlikte, önemli olan her denetim merciinin görev ve yetkilerini hukuka uygun olarak ve sınırları içerisinde kullanmasıdır. İspat hakkı ihlâllerinin vertaraf edilmesi için üst denetim merciinin denetimi gerekli olmakla birlikte, üst mercii bu denetimi yerine getirmek adına hüküm mahkemesinin yetkilerini kullanırsa, bu durum ayrı bir ispat hakkı ihlâline sebep olur. Örneğin hukuk sistemi-

mizde en büyük problemlerden birisi olan Yargıtay'ın çoğu zaman delillerin değerlendirilmesine müdahalede bulunması ve hatta bazı durumlarda kendisi *hüküm mahkemesiymiş gibi* kararlar vermesi, kanunyolu denetiminde ayrı ispat hakkı ihlâllerine sebep olur. Zira ispat hakkının güvence altına alınması için öncelikle delilleri değerlendirme yetkisi bulunan mahkeme tarafından doğrudanlık, sözlülük ilkelerine uygun olarak karar verilmesi gerekir. Delillere temas etmeyen, tarafları dinlemeyen bir merciin ispatın esasına ilişkin kararlar vermesi, bizatihi ayrı bir ispat hakkı ihlâli oluşturur. Sonuç olarak kanunyolu denetiminin ispat hakkının güvence altına alınması için çok önemli bir fonksiyonu bulunmakla birlikte, bu denetin yerinde ve gereğince gerçekleştirilmemesi ispat hakkının ihlâline sebebiyet verecektir.

b. Kanunyolunun Amacı ve İspat Hakkı İhlâllerine Karşı Kanunyolu Denetiminin Kapatılmasının Mümkün Olup Olmayacağı Meselesi

Daha önceki açıklamalarda da yer verildiği üzere, hak ihlâllerine ve bu arada ispat hakkı ihlâllerine karşı mahkemeye başvuru hakkı Anayasal ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış bir temel haktır. Bununla birlikte özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından *genel olarak* temyiz veya istinaf mahkemesi gibi bir üst mahkemeye başvurma hakkı, Sözleşme'nin 6. maddesinin zorunlu kıldığı bir güvence değildir[711]. Bu durumda taraflardan birinin ispat hakkının ihlâl edilmesi hâlinde istinaf veya temyiz kanunyoluna başvuru imkânının mutlak olarak tanınıp tanınmayacağı tartışması gündeme gelebilir. Hatta ispat ihlâli oluşturan bir karara karşı kanunyolunun kapalı olması, beraberinde başka bir hak ihlâlini daha gündeme getirebilecek ve böylece ihlâller artabilecektir.

Kanunyolu denetimi, hukuk sistemlerinde pek çok amaca hizmet eder[712]. En başta hâkimlerin, nihâyetinde insan olmaları ve hata yapma olaslıklarının bulunması her zaman için verilen kararlara karşı taraflara itiraz hakkı tanınmasını gerektirir[713]. Kanunyolu denetimi, verilen kararların hukuka uygunluğunun denetimini gerçekleş-

---

[711] Bu konuda bkz. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 215. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, iç hukukta temyiz veya istinaf gibi kanunyolu genel olarak tanınmış, bazı dava türleri için bu yol kapatılmış ise, bu durum ayrımcılık yasağı ile birlikte davaya konu hakkı ihlâl edebilmektedir. Bu konuda önemli bir içtihat olarak bkz. ***Sommerfeld v. Germany,*** 8.7.2003, 31871/96, § 64-66.

[712] Kanunyolu denetiminin hizmet ettiği amaçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, "Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindenliği Sorunu", **TBBD,** S. 1, 1988, (Yasayollarına Başvuru Hakkı), ss. 131-135.

[713] Yılmaz, Yasayollarına Başvuru Hakkı, s. 132.

tireceği için uyuşmazlıkların taraflarının da verilen kararın âdil olduğuna inancını sağlar[714]. Yine kanunyolu denetimi, içtihat birliğini sağlayarak bir hukuk sisteminde kuralların, kurumların, kavramların, yorum yöntemlerinin, diğer mahkeme içtihatlarının uygulanması konusunda ortak birtakım değerler oluşturulmasına katkı sağlar[715]. Bu yönlerden bakıldığında kanunyolu denetimi bir hukuk sisteminde hukukî güvenliği, istikrarı sağlar; tarafların, uyuşmazlığın âdil bir şekilde sonuçlandırıldığına inançlarını artırır ve toplumsal olarak adalet sistemine olan güvenin artmasına zemin oluşturur[716].

Kanunyolu denetiminin bütün bu fonksiyonları dikkate alındığında, ispat hakkı ihlâllerine karşı kanunyoluna başvuru hem temel bir ihtiyaç hem de zorunluluktur[717]. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında hak arama özgürlüğünün, iki dereceli bir denetim hakkı vermediği ve dolayısıyla temyiz hakkı tanımadığı yönünde Anayasa Mahkemesi kararı bulunur[718]. Anayasa Mahkemesi aynı görüşünü karar düzeltme açısından da belirtmektedir[719]. Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları, kanunyoluna başvuruyu âdil bir yargılamanın zorunlu güvencesi olarak değerlendirmez, devletin bu konudaki imkânları gözönüne alınarak kurulacak bir kanunyolu sistemini devletlerin takdir yetkisine bırakır. Ceza davalarında verdiği kararlar *önemsiz nitelikli cezalara karşı* özellikle devletin imkânları değerlendirildiğinde, kanunyolunun kapatılmış olmasını hak ihlâli olarak değerlendirmez. Bu durumda hukuk sistemlerinde *kural*ın, verilen kararlara karşı kanunyoluna başvuru imkânı tanınması; *istisna*nın ise, özellikle devletin imkânları gibi birtakım değişkenler göz önüne alınarak gibi bazı küçük ve önemsiz uyuşmazlıklar için kararın verildiği anda kesinleşmesi durumu olmalıdır. Bu çerçevede de, ispat hakkı ihlâllerine karşı kanunyoluna başvuru imkânının kapatılmış olmasının, olsa olsa önemsiz bazı küçük uyuşmazlıklarda kabul edilebileceği düşünülebilir.

---

[714] Yılmaz, Yasayollarına Başvuru Hakkı, ss. 132-133.

[715] Yılmaz, Yasayollarına Başvuru Hakkı, s. 133.

[716] Yılmaz, Yasayollarına Başvuru Hakkı, s. 133. Hukukî istikrar çerçevesinde konunun kanunyoluna başvuru hakkı çerçevesinden de, farklı bir açıdan değerlendirilmesi hakkında bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, I, B, 3, b, bb.

[717] Bu konuda ayrıca bkz. Bora Kaya, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Temyiz Hakkının Anayasal Boyutu", **Hukuk Gündemi Dergisi,** S. 6, 2006, ss. 38 vd.

[718] "Başvurucunun başvuru dilekçesinde ifade ettiği AYİM nezdinde temyiz, yani iki dereceli yargılanma hakkı, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmadığı gibi, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına da girmemektedir." AYM 20.11.2014, 2013/2892 (RG 14.3.2015, S. 29295).

[719] AYM 15.10.2014, 2013/5996 (RG 17.12.2014, S. 29208).

Bununla birlikte kanunyolu denetimi, aynı zamanda evrensel ilkeler gereğince her türlü karara karşı tanınması gereken bir imkândır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 1995 yılında bir Tavsiye Kararı hazırlamış ve İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'ne ek 7 no'lu Protokol uyarınca, Taraf devletlerin hükmün bir yüksek mahkemece temyizen incelenmesi imkânını sağlamaları gerektiği belirtilmiştir. *Hukukî ve Ticarî Davalarda Temyiz Sistemleri ile Usûllerinin İşleyişinin Geliştirilmesi Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (95) 5 Sayılı Tavsiye Kararı* uyarınca[720], *kural olarak* bir alt mahkemece (ilk derece mahkemesi) verilen *her kararın* bir yüksek mahkeme (ikinci derece mahkeme) tarafından *denetimi mümkün olmalıdır* (m. 1). Tavsiye Kararı'nın devamındaki düzenlemelerde özellikle usûl ekonomisini sağlamaya ve ilgililerin kısa zaman içerisinde uyuşmazlıklarını çözebilme menfaatlerine yönelik birtakım diğer önlemler düzenlenmiştir. Bu önlemler arasında *temyiz hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesi* (m. 4), *temyiz usullerinin etkinliğini geliştirme tedbirleri* (m. 6) gibi düzenlemeler öngörülmüştür. Dolayısıyla Avrupa Birliği mevzuatları uyarınca Türkiye Cumhuriyeti de, taraf devlet olarak yargı sistemi içerisinde kural olarak ilk derece mahkemesinin verdiği tüm kararlara karşı mümkün olduğunca ikinci derece mahkemeye başvuru imkânını sağlama yükümlülüğü altındadır.

Bu noktada, uyuşmazlığa ilişkin kanunyoluna başvuru imkânının kapatılmış olmasının -*bu sebeple ispat hakkı ihlâlinin de otomatik olarak kanunyolu denetiminden hariç tutulmasının*-, ispat hakkı ihlâli açısından Anayasa Mahkemesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru imkânını ortadan kaldırmamış olduğu dikkate alınmalıdır. İspat hakkı ihlâli, yargılama prosedüründe *âdil yargılanma hakkı ihlâli* olarak karşımıza çıkmaktadır. Âdil yargılanma hakkı ihlâli ise, mutlak olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruya ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruya imkân tanımaktadır. İspat hakkının -*norm alanının darlığı*- sebebiyle az veya çok ihlâl edilmesi mümkün değildir; ispat hakkı ihlâli bir yargılama prosedüründe ya vardır ya da yoktur[721]. Bu sebeple de, ispat hakkının ihlâl edildiği her durumda, yapılan yargılama da bütün olarak *âdil bir yargılama* olma özelliğini kaybedeceğinden, ispat hakkı ihlâllerine karşı olağan kanunyollarına başvuru mutlak bir

[720] Bkz. http://www.cepej.adalet.gov.tr/dosya/dokumanlar/REC_95_Tavsiye_Karari.pdf
[721] Bu konudaki açıklamalarımız ve değerlendirmelerimiz için bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 13, V.

anayasal haktır. Dolayısıyla ispat hakkı ihlâlinin yapıldığı yargılamada uyuşmazlık *önemsiz ve küçük* olduğu için kanunyolu denetimine tâbi olmasa bile, bu durum -*ispat hakkının âdil yargılanma hakkının ihlâline sebep olması durumunda*- Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru imkânını ortadan kaldıramaz. Taraflar verildiği anda kesinleşmiş olan bu kararın temelini oluşturan yargılamada ispat hakkının ihlâl edildiğini; bu yargılamanın bu sebeple *âdil yargılanma hakkı*na riayet edilerek gerçekleşmemiş olduğunu iddia ederek bahsetmiş olduğumuz yollara başvuru imkânına sahiptir

3. Yargılamanın Yenilenmesi Yolunun İspat Hakkının Güvence Altına Alınmasındaki Fonksiyonu

a. Yargılamanın Yenilenmesi Yolunun İspat Hakkının Gelişimine Etkisi

Olağanüstü kanunyolu olarak yargılamanın yenilenmesi kurumu, birtakım önemli sebeplerle ispat hakkının ağır şekilde ihlâl edildiği durumları da bünyesine alarak ispat hakkı açısından önemli bir güvence oluşturur. Hak arama özgürlüğünün önemli bir parçası olan yargılamanın yenilenmesi[722] kurumu, her ne şekilde olursa olsun mahkemelerin verdiği kararların adalete ve gerçeğe uygun olduğu varsayımı ile kesin hüküm kuralının istisnasıdır. Öyle ki, birtakım ağır yargısal hatalar karşısında verilen kararların hukuka uygun görünmesi ve bağlayıcılık kazanması, bizatihi kişilerin adalete olan inançlarını sarsar. Bu sebeple de aşağı yukarı benzer sebeplerle hemen her hukuk sisteminde yargılamanın yenilenmesi kurumu kabul edilir[723]. Dolayısıyla bu gereklilik, hukuk devletinin ve hukukî güvenliğin bir sonucudur[724].

Yargılamanın yenilenmesine sebep olan durumların bazıları -*aşağıda inceleneceği üzere*- temelde, bu delilleri sunan tarafın karşısında yer alan taraf açısından *karşı ispat hakkı*nın ihlâli niteliğindedir. Bu durum, özellikle hükme temel olan ispat araçlarının güvenilir olmaması, gerçeği yansıtmaması hâlinde geçerlidir. Zira ispat

---

[722] Anayasa Mahkemesi açık bir şekilde yargılamanın yenilenmesi kurumunun, hak arama özgürlüğünün önemli bir bütünleyicisi olduğunu ifade etmektedir: "...'Yargılamanın yenilenmesi' kurumu, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş olan hak arama özgürlüğü içinde yer alan dava hakkının bir parçasını oluşturmaktadır." AYM 20.5.2010, 2009-34/72 (RG 30.12.2010, S. 27801).

[723] Özellikle Fransız hukukundaki yargılamanın yenilenmesi sebepleri ile HMK'daki sebeplerin karşılaştırılması hakkında bkz. Mert Namlı, **Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi,** Beta, İstanbul 2014, ss. 173-176.

[724] Bu konuda bkz. Pekcanıtez ve diğerleri, s. 921.

hakkı, ispatın tüm türleri açısından geçerlidir ve aşağıdaki belirtilecek durumlarda güvenilir olmayan, gerçeği yansıtmayan delillere karşı diğer tarafın *karşı ispat hakkı* zedelenir. Tarafların sahte veya kesin şekilde gerçeği yansıtmayan deliller karşısında, bu delilleri çürütmek için yapacağı ispat faaliyeti hiçbir sonuç doğurmaz. Baştan etki doğurmayacağı, başarıya ulaşamayacağı belli olan böyle bir ispat sürecinin de tarafların ispat hakkını güvenceye aldığından söz edilemez.

İspat hakkı açısından yargılamanın yenilenmesi yolunun güvence oluşturması ise, özellikle aynı zamanda ağır ispat hakkı ihlâllerine sebebiyet verecek nitelikteki yargılama hatalarının ve hilelerinin yargılamanın yenilenmesi yolu ile düzeltilmesi imkânıdır. Aksi hâlde, yani yargılamanın yenilenmesi yolunun varolmaması hâlinde bu hatalar, eksiklikler, hileler ispat hakkı sahibi açısından önemli ihlâlleri barındırabilecek niteliktedir. Bununla birlikte yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden birinin gerçekleşmesi, doğrudan doğruya ispat hakkının ihlâli anlamını elbette taşımaz. Sadece HMK m. 375'de belirtilen yargılamanın yenilenmesine sebep olacak durumlar, çoğu zaman ispat hakkı ihlâllerini de beraberinde getirir.

b. Yargılamanın Yenilenmesi Yoluna Başvurulabilecek Ağır İspat Hakkı İhlâlleri

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesi, *sınırlı bir şekilde* yargılamanın yenilenmesi sebeplerini düzenleme altına almıştır[725]. Bu sebeplerden birinin varlığı hâlinde, kesin hükme rağmen ilgililerin başvurusu üzerine yeniden yargılama prosedürünün başlatılması mümkündür. Bu sebeplere bakıldığında özellikle ispat hakkının ağır şekilde ihlâli niteliğinde olan birtakım yargılama hatalarının, hilelerinin kurum kapsamında değerlendirildiği tespit edilir. Sınırlayıcı olarak sayılan bu sebepler içerisinde ispat hakkını doğrudan etkileyen, güvence altına alanları aşağıda kategorik olarak incelenmiştir.

aa. Hâkimin Tarafsız Olmaması Nedeniyle

Kanunda davaya bakması yasak olan hâkimin verdiği hüküm üzerine yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması düzenlenmiştir. Buna göre "Davaya bakması yasak olan yahut hakkındaki ret talebi, merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermiş veya karara katılmış bulunması" bir yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil eder (HMK m. 375/1-b). Bu yargılamanın yenilenmesi sebebinin

[725] Bu konuda bkz. Namlı, s. 177.

altında yatan temel gerekçe, tarafsızlığından şüphe duyulan hâkimin verdiği hükmün âdil yargılanma hakkına aykırılık taşımasıdır. Zira tarafsız mahkemece yargılanma hakkı, âdil yargılanma hakkının en önemli unsurları arasında yer alır[726].

İspat hakkının tesisi ve temini açısından da tarafsız mahkemenin önemi üzerinde durulmuştu[727]. İspat hakkının gerçek anlamda tesis edilebilmesi için ispat sürecini yöneten ve bu kapsamda hükmü verecek hâkimin tarafsızlığı ispat hakkının başta gelmesi gereken güvencesidir. Tarafsızlığını koruyamayan hâkim, kanaatimizce mutlak şekilde ispat hakkı ihlâli oluşturur. Tarafsız davranamayan hâkim, bu durumu kararına yansıtacak ve karara yansıyan bu durum, en başta taraflara ispat hakkı tanınırken bir taraf aleyhine silâhların eşitliğinin bozulması yoluyla gerçekleşecektir. Bu sebeple ispat hakkının tam anlamıyla güvence altına alınabilmesi, öncelikle tarafsız bir hâkim tarafından yargılamanın yürütülmesi için bütün önlemlerin alınmasını gerekli kılar. Bu durumda hâkimin tarafsızlığının bir yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturması, ispat hakkı açısından önemli bir güvence sağlar.

bb. Uyuşmazlıkla İlgisi Bulunan Delillerin Elde Edilememiş veya Gözden Kaçırılmış Olması Nedeniyle

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda uyuşmazlıkla ilgisi bulunan delillerin elde edilememiş olması veya gözden kaçırılmış olması ayrı bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Buna göre "Yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması" hâlinde taraflar yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabileceklerdir (HMK m. 375/1-ç). Esasen her yargılama modelinin amacı uyuşmazlığı tam olarak yansıtan deliller aracılığı ile uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktır. Bu durum aynı zamanda ispat hakkının da gerçek anlamda tesis edilmesi anlamını taşır. Bununla birlikte tarafların, kusurları ile veya kusursuz olmalarına rağmen birtakım delilleri mahkemeye getirememiş olmaları her zaman ihtimâl dâhilindedir. Hukuk sistemlerinde ise, bu delillerin hangi aşamaya kadar getirileceği meselesi büyük ölçüde bir hukuk politikasıdır. Türk hukuku bakımından, kesin hüküm kuralının bu sebeple gözardı edilmesi, sadece yargılama sırasında varolan ancak ulaşılamayan *belge* delili açısından kabul edilmiştir. Bazı hukuk sistemlerindey-

[726] Hâkimin tarafsızlığının konu bakımından önemi hakkında bkz. Namlı, ss. 186-188.
[727] Bu konuda bkz. İkinci Bölüm, § 5, II, G.

se, gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla kural çok daha geniş bir uygulama alanına sahip olacak şekilde kabul edilir[728]. Şüphesiz ki, bu konuda sınırlar ne kadar genişletilirse, ispat hakkı da bu denli güvenceye alınacaktır. Ancak mevcut hâliyle dahi (ç) bendi, ispat hakkının güvenceye alınması açısından önemli bir kuraldır.

Yargılama sırasında elde edilemeyen ancak sonradan elde edilen belgelere dayanarak yargılamanın iadesi talebinde bulunulabilmesi için tarafların yargılama sırasında o belgeyi ele geçirememeleri konusunda kusurlarının bulunmaması gerekir[729]. Bazı durumlarda Yargıtay içtihatları, tarafların belgeleri doğru kurumlardan istemesi gerektiği, bu konuda bir hata yapılarak doğru resmî kurumlardan ilgili belgelerin istenmemesi hâlinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyeceği yönündedir[730]. Örneğin tapu kayıtları veya banka kayıtları tarafların, yargılama süresince ulaşabilecekleri belgeler arasında yer alır[731]. Şüphesiz ki bu durum avukatla temsilin, ispat hakkının temininde ve özellikle de yargılama sürecinde kişilerin ispat

728 Bu konuda bkz. Namlı, ss. 250-251.

729 Bu durum mücbir sebepten kaynaklanabilir, tarafın elinde olmayan sebepten kaynaklanabilir veya karşı tarafın fiilinden kaynaklanabilir. Bu konuda bkz. Namlı, ss. 264-279.

730 "... Somut olayda mahkemece Bağ Kur'dan davacının sigortalılık süreleri istenildiğinde Bağ Kur yeni bir araştırma yapmadan davacının dosyasındaki mevcut bilgilere göre hizmetlerini bildirmiş ise de davacının 08.02.1991 - 14.02.1999 tarihleri arasında kendi nam ve hesabına nakliyecilik işi ile uğraştığına dair vergi kaydının yargılama devam ederken dosyaya girdiğinin anlaşılmasına göre; **SSK artık bu ticari faaliyetin varlığından haberdar olmakla, bu bilgiler ışığında Bağ Kur'dan gerekli bilgileri tekrar istemesinin mümkün olduğunun, oda kayıtlarının davacıdan değil ilgili odalardan istenebileceğinin kabulü gerekir. SSK.ca bu oda kayıtların istenilmemiş olmasına göre, SSK.'nun ulaşması ve temin etmesinde engel bulunmayan bu bilgilere yargılama sona erdikten sonra ancak Bağ Kur Adıyaman II Müdürlüğü'nün 11.03.2005 tarihli yazısıyla ulaştığı iddiasına** H.U.M.K 445.maddesi kapsamındaki yargılamanın yenilenmesi koşulları açısından itibar edilemeyeceğinden ve koşulları bulunmadığından mahkemece yargılamanın iadesi isteminin reddi yerine kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." HGK, 15.12.2010, 21-595/655 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).
Benzer bir karar için bkz. "Davacı Kamber Büyükşahin ile davalı Bağ-Kur'un temyiz itirazlarına gelince; Davalı SSK Başkanlığı davacı Kanber Büyükşahin'in hizmet tesbiti ve aylık bağlanması istemiyle açtığı davada aynı mahkemece davanın kabulüne dair verilen 2000/1460 Esas, 2002/243 Karar sayılı dosyasında yeni bir belgenin ele geçirildiğini ileri sürerek yargılamanın iadesini istemiştir. … / Somut olayda mahkemece Bağ-Kur'dan davacının sigortalılık süreleri istenildiğinde Bağ-Kur yeni bir araştırma yapmadan davacının dosyasındaki mevcut bilgilere göre hizmetlerini bildirmiş ise de davacının 8.2.1991-14.2.1999 tarihleri arasında kendi nam ve hesabına nakliyecilik işi ile uğraştığına dair vergi kaydının yargılama devam ederken dosyaya girdiğinin anlaşılmasına göre; SSK artık bu ticari faaliyetin varlığından haberdar olmakla, bu bilgiler ışığında Bağ-Kur'dan gerekli bilgileri tekrar istemesinin mümkün olduğunun, oda kayıtlarının davacıdan değil ilgili odalardan istenebileceğinin kabulü gerekir. SSK.ca bu oda kayıtların istenilmemiş olmasına göre, SSK.nun ulaşması ve temin etmesinde engel bulunmayan bu bilgilere yargılama sona erdikten sonra ancak Bağ Kur Adıyaman İl Müdürlüğü'nün 11.3.2005 tarihli yazısıyla ulaştığı iddiasına HUMK. 445. maddesi kapsamındaki yargılamanın yenilenmesi koşulları açısından itibar edilemeyeceğinden ve koşulları bulunmadığından mahkemece yargılamanın iadesi isteminin reddi yerine kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." 21. HD, 5.2.2009, 2008-2734/1538 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

731 Namlı, ss. 266-270.

hakkının konusu olan belge ve bilgiye erişmede profesyonel hukukî yardımın önemini ortaya koymaktadır. Şayet bir hukuk sisteminde avukatla temsil mecburiyeti bulunmuyorsa, adlî yardım müessesesi efektif bir şekilde çalıştırılmıyorsa en azından bu konuda etkin ve yetkin hâkimlerin varlığı şarttır.

Bununla birlikte tarafların, yargılama sürecinde teknolojinin gelişmesi sebebiyle ulaşamadıkları belgeler kanaatimizce yargılamanın yenilenmesi davasının konusunu oluşturabilir[732] ve bu durum, ispat hakkının bir gereğidir. Zira taraflar sırf teknolojik eksiklikler sebebiyle iddialarını ispat edemiyorlarsa ve sonradan bu eksiklik giderilmişse, taraflara iddialarını ispat etme olanağı tanımak ispat hakkının en önemli güvencelerinden biridir. Bu konuda verilebilecek en güzel örneklerden birtanesi *Tavlı v. Türkiye* davasıdır. Bu davada, eşinin doğum yapmasının ardından babalığın reddi davası açan başvurucunun talebi, mahkemece kan testine dayanılarak 1981 yılında reddedilmiştir. 1999 yılında ise, başvurucunun yaptırdığı DNA testiyle doğan çocuğun babası olamayacağını ortaya koyan rapora karşın Mahkeme, bilimsel gelişmenin bir yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edemeyeceğini belirterek başvurucunun talebini reddetmiştir[733]. Başvurucu bunun üzerine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin, özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlâl edildiğini öne sürerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, kararında yerel mahkemelerin varolan yasaları bilimsel gelişmeler ve toplumsal yansımaları ışığında yorumlaması gerektiğini belirterek başvurucunun talebini kabul etmiştir[734].

Yargılamanın yenilenmesi sebebinin kabul edilebilmesi için sonradan ele geçirildiği iddia edilen belgenin, davanın görüldüğü sırada varolduğunu yani bu belge-

---

[732] Öğretide *Namlı,* bu durumun -*bilimsel ve teknolojik değişimlerin*- mücbir sebep kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini kabul eder. Namlı, s. 276.

[733] ***Tavlı v. Türkiye,*** 11449/02 [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/11449_02.pdf], s. 1-2.

[734] "...Mahkeme bilimin gelişmesinin HUMK'nın 455. maddesine göre iadei muhakeme için sebep olarak kabul edilmemesi nedeniyle başvurana nesebin reddi hakkının verilmemesinin ulaşılmaya çalışılan yasal amaçlarla orantılı olmadığını kanaatindedir. Aile ilişkilerinin hukuki kesinliğinin korunması genel menfaati ve başvuranın babalık kanunî karinesini biyolojik kanıtlar ışığında tespit ettirme hakkı arasında adil bir denge tesis edilememiştir (bkz. üzerinde gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, Mizzi, yukarıda anılan ve Shofman, yukarıda anılan). Mahkeme ulusal mahkemelerin mevcut yasayı bilimsel gelişmeler ve bunun toplumsal yansımaları ışığında yorumlaması gerektiği kanaatindedir. / Mahkeme, sorumlu devletin kendisine verilmiş olan takdir payına rağmen başvurana AİHS tarafından tanınan özel hayata saygı hakkını koruyamadığına karar vermiştir. / Bu nedenle AİHS'nin 8. maddesi ihlâl edilmiştir. Bu konuda bkz. ***Tavlı v. Türkiye,*** 11449/02 [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/11449_02.pdf], s. 4-5. Kararın tam çevirisi için bkz. Kavak, ve Soykan, ss. 469-480. Ayrıca kararın değerlendirilmesi hakkında bkz. Namlı, ss. 274-275.

nin önceden belirlenmiş olduğunun kesin bir şekilde tespit edilebilmesi gerekir[735]. Aksi hâlde hileli bir şekilde sonradan düzenlenen bir belgeye dayanarak kesin hükme -yargılamanın yenilenmesi yolu ile- müdâhale de bulunulmuş olacağı gibi, karşı tarafın ispat hakkı da ihlâl edilmiş olacaktır[736].

cc. Hileli Davranışlar Nedeniyle

Kanunkoyucu birtakım hileli davranışlarla delil yaratılmasını veya delil sunulmasını hukuka aykırı kabul ederek çeşitli bentlerde bu durumu yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlemiştir. Bu hileli davranışlar, taraflardan (bent h ve d) veya üçüncü kişilerin davranışından (bent e ve f) kaynaklanabilir. Aşağıdaki hileli davranış olarak nitelendirilebilecek bu dört bentte düzenlenen durumların, esasında Türk Ceza Kanunu kapsamında da cezaî sonucu bulunur. Ancak kanunkoyucu aynı zamanda bu aşağıda belirtilen durumlarda verilen kararların gerçeği yansıtmaması ve hukukî güvenliği ağır şekilde zedeleyecek olması sebebiyle, bu durumları yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul etmiştir. Gerçekten de aşağıda belirtilen durumlara dayanılarak verilen kararlar ağır şekilde kamu güvenliğini zedeler. Diğer yandan da sahte olan delillere dayanılarak verilen kararlar, temelde tarafların ispat hakkını da ihlâl eder. Zira sahte olan, gerçeği yansıtmayan ve hileli şekilde oluşturulan delillere karşı kişilerin *karşı ispat hakkı* ihlâl edilecektir.

(*i*) *Lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması (HMK m. 375/1-h):* Maddenin uygulanabilmesi için öncelikle lehine karar verilen tarafın bir 'hile' yapmış olması gerekir. Hilenin ne olduğu konusu ise medenî yargılamada tartışmalıdır. Bu noktada TBK m. 36'da düzenlenen hilenin unsurlarının aranmayacağı, bu kavramın medenî yargılamada daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu kabul edilir[737] [738]. Bu maddenin uygulanması ile ilgili yargı içtihatlarında, Yargıtay'ın özellikle sıklıkla *tebligat hileleri*ni bu madde kapsamına dâhil ettiği görülür. Tebligat hileleri, çoğu zaman tarafların ispat

---

[735] Bu konuda bkz. Namlı, ss. 262-263.

[736] Bu yönde bir karar için bkz.: "... Tasarrufun iptali davası söz konusudur. Davacı, aleyhine sonuçlanan davadan sonra ele geçirildiği belirtilen senet nedeni ile yargılamanın yenilenmesini istemiştir. **Sunulan senedin hangi tarihte düzenlendiğinin belli olmadığı ve her zaman düzenlenebileceği sebebiyle davanın reddi yerindedir.**" 17. HD, 2.11.2010, 6841/9288 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

[737] Bu konuda bkz. Sabri Ansay, "Muhakemenin İadesi", **Adliye Ceridesi,** 1938, s. 490; Bilge Umar, "Türk Medenî Usul Hukukunda İadei Muhakeme", **İÜHFM,** S. 1-2, 1963, (İadei Muhakeme), s. 280; Saim Üstündağ, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445. Maddesinin 5. Bendine Dayanan Muhakemenin İadesi Talebine İlişkin Düşünceler", **İÜHF 50. Yıl Armağanı,** İstanbul 1973, (Muhakemenin İadesi), ss. 387- 401.

[738] Yargılanmanın yenilenmesi için aranan hile kavramı açısından, tarafın yargılamada sessiz kalmasının da durumun koşullarına gore *hile* teşkil edebileceği yönünde bir karar için bkz. 11. HD, 14.5.2002, 2750/4757 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası). Aynı yönde görüş için bkz. Namlı, s. 358.

hakkını da ihlâl etmektedir. Bu sebeple ispat hakkı açısından, bu sebebe dayanan yargılamanın yenilenmesi yolu ayrı bir öneme sahiptir[739]. Bununla birlikte madde kapsamına sadece tebligat hileleri girmez. Örneğin eski bir olayda, boşanma davası açan erkek eş, boşanmak istediği kadın yerine başka bir kadını mahkemeye getirterek dinletmiş ve böylece boşanmaya hükmedilmesini sağlamış; bu durumda da açılan yargılamanın yenilenmesi davası erkek eş aleyhine sonuçlanmıştır[740]. Bunun hâricinde karşı tarafla anlaşarak veya avukatların anlaşmasıyla birtakım yargılama hilelerinin yapılması bu madde kapsamına dahil edilmekte ve bu durumlar çoğu zaman karşı tarafın ispat hakkını da ihlâl etmektedir[741].

(*ii*) *Karara esas alınan senedin sahteliğine karar verilmiş veya senedin sahte olduğunun mahkeme veya resmî makam önünde ikrar edilmiş olması (HMK m. 375/1-d):* Bu maddenin uygulanması yönünden sadece senet delili değil, belge delili de madde kapsamına dahil kabul edilir[742]. Bu maddenin uygulanabilmesi için belgenin hükme esas alınması ve söz konusu senedin sahteliğinin kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyet kararı ile belirlenmiş olması veya resmî makam önünde ikrar edilmiş şarttır[743]. Daha önceki açıklamalarımızda da ifade edildiği üzere, senet ve belge delili uyuşmazlığı hâkimin önüne taşımaya ve bu anlamda geçmişte gerçekleşen olayı hâkimin gözünde canlandırmaya yarar en önemli ve güvenilir deliller arasındadır. Hâkim açısından bu denli güvenli olan bir delil bulunduğu takdirde, hâkim hükmünü bu delil üzerinden şekillendirecek; bu delilin sahte olması ise tartışmasız şekilde diğer tarafın ispat hakkını ihlâl edecektir. Daha önce de belirtildiği gibi, ispat hakkı en başta uyuşmazlıkla ilgisi bulunan güvenilir ispat araçları ile iddiayı somutlaştırma hakkı tanır. Bu yönüyle hüküm, ispat hakkı açısından oldukça önemli bir güvence sunar.

(*iii*) *İfadesi karara esas alınan tanığın, karardan sonra yalan tanıklık yaptığının sabit olması (HMK m. 375/1-e):* Tanık delili, bir yandan uyuşmazlığı tam olarak yansıtmaya yarayan doğrudan bir bilgi kaynağı teşkil ederken, diğer yandan tanığın yalan söyleyeceği, yanılacağı ihtimâli de her hukuk sisteminde tanık deliline belirli ölçüden mesafe ile bakılmasına sebep olur. Bu durum, hukuk sistemimizde tanığın yalan söylemesi durumunun tespiti hâlinde, verilen kararın yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturması ile güvence altına alınmak istenmiştir[744]. Tanığın yalan söylemesi hâlinde, diğer tarafın karşı ispat hakkının zedele-

---

[739] Yargıtay bir kararında tebligat hilesi ile tarafın yokluğunda yargılama yapılmasının, tarafın delil sunma hakkını ihlâl ettiğine işaret etmiştir: "... Somut olayda da koca bilerek yanlış adres göstermek suretiyle Yargıyı yanılgıya düşürerek kadının duruşmalara gelmesini ve delillerini göstermesini önlemiştir. Davacının yarattığı bu durumun hile ve hud'a olarak kabulü gerekir." 2. HD, 19.7.2007, 11640/11596 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası). Aynı yönde bir başka karar için bkz. 2. HD, 2006-18513/13729 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası); 14. HD, 14.10.2008, 6842/11634 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

[740] Bu olay için bkz. Ramazan Arslan, **Medenî Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme),** Ankara 1977, (Yargılamanın Yenilenmesi), s. 109, dn. 104; Namlı, ss. 360-361.

[741] Örneğin lehine hüküm verilen tarafın, bilirkişi ve tanıkları etkileyerek yanlış beyanda bulunmalarına sebep olması, karşı tarafın vekiliyle gizlice anlaşarak yazışmaları ele geçirerek kendi lehine kullanılması yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilir (1. HD, 8.7.1968, 3113/4949; Namlı, s. 360, dn. 761).

[742] Bu konuda bkz. Arslan, s. 88; Namlı, s. 288; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 925.

[743] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Namlı, ss. 289-297.

[744] Bu konuda bkz. Namlı, ss. 297-299.

neceği şüphesizdir. Ancak bu maddenin uygulama alanı bulabilmesi için tanığın ifadesinin hükme esas alınmış olması gerekir (HMK m. 375). Bu şart ise, ispatı çok kolay görünmeyen bir durumdur. Tanık ifadesi olmasaydı, mahkemenin farklı yönde bir karar verecek olmasının ispatı kolay görünmez. Bu durumun tespiti için de temel başvuru aracı, kararın gerekçesi olacaktır.

(*iv*) *Bilirkişi veya tercümanın, hükme esas alınan husus hakkında kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğunun sabit olması (HMK m. 375/1-f):* Bilirkişinin de taraflara karşı görevini yerine getirirken tarafsız olması âdil yargılanma hakkının gereğidir. Hâkimin yardımcısı konumunda olan birlişkişinin bu yükmlülüğünün ispat hakkı açısından önemi ve fonksiyonu üzerinde de durulmuştur[745]. Bu gereklilik yargılamanın âdil şekilde gerçekleştirilmesini engelleyeceğinden ve bu bilirkişi raporunun etkili olduğu bir karar ortaya çıktığında, hukukî güvenlik zedeleneceğinden kanunkoyucu bu durumu da kesin hüküm kuralının istisnası olarak kabul etmiştir[746]. Kural aynı zamanda tercümanları da kapsayacak şekilde kaleme alındığından, burada önemli olan gerçeğe aykırı beyan ile âdil yargılanmanın engellenerek gerçeğe aykırı düşen bir kararın çıkmış olmasıdır. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için de kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyet kararı olması gerekir (HMK m. 375)[747].

(*iv*) *Lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması (HMK m. 375/1-g):* Taraf beyanları da ispat sürecinde etkili bir ispat aracı olabildiğinden, yukarıda sayılan ispat araçlarına benzer şekilde taraf yemininin de gerçeğe aykırı olması hâli yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu şekilde yemin eda eden tarafın karşısında yer alan kişinin karşı ispat hakkının ihlâl edileceği şüphesizdir. Bu yönüyle bu sebep de, taraf yemini açısından ispat hakkının güvencesini tamamlar. Bununla birlikte yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilmek için yalan yeminin ne şekilde ispat edileceği; Yargıtay'ın, bu durumun ispatı için yazılı delil aranacağı yönündeki içtihatları, konuyu oldukça tartışmalı bir noktaya getirmektedir. Bu görüş doğrultusunda oluşan ispat hakkı ihlâlini gidermek için başka bir ispat hakkı ihlâline sebebiyet verildiğini ifade etmek hatalı olmaz[748].

Birinci fıkranın (e), (f) ve (g) bentlerindeki hâllerde yargılamanın iadesinin istenebilmesi, bu sebeplerin kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyet kararı ile belirlenmiş olması şartına bağlıdır. Delil yokluğundan başka bir sebeple ceza kovuşturmasına başlanamamış veya mahkûmiyet kararı verilememiş ise ceza mahkemesi kararı aranmaz. Bu takdirde dayanılan yargılamanın iadesi sebebinin, yargılamanın iadesi davasında öncelikle ispat edilmesi gerekir (HMK m. 375).

---

[745] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, G, 3.

[746] Bu konuda bkz. Namlı, ss. 318-329.

[747] Hazırlık soruşturmasına dayanılarak bilirkişi raporunun sahteliği iddiasına dayanarak yargılamanın iadesi talebinde bulunulamayacağı konusunda bkz. 4. HD, 25.2.2010, 852/1946 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

[748] Bu konu ileride ayrı bir başlık altında ayrıca değerlendirilecektir. Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 21, II. Bu konudaki eleştiriler hakkında bilgi için ayrıca bkz. Namlı, ss. 338-346.

dd. Âdil Yargılanma Hakkının İhlâl Edilmiş Olması Nedeniyle

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 19.1.2000 tarihinde R (2000) 2 sayılı *"İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Kararlarını Müteakiben İç Hukukta Bazı Dâvaların Yeniden Görülmesine İlişkin Tavsiye Kararı (The Re-Examination or Reopening of Certain Cases at Domestic Level Following Judgements of the European Court of Human Rights)"*nı vermiştir. Bu tavsiye kararının ardından pek çok medenî yargılama sistemi, âdil yargılanma hakkı ihlâlinin tespitini bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kanunlarına ithâl etmiştir[749]. Türk hukukunda da, 2003 yılında bu tavsiye kararı üzerine HUMK m. 445 maddesi ile konuya ilişkin değişiklik yapılmış[750] ve sonrasında bu düzenleme HMK'ya da alınmıştır. Buna göre "Kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması" bir yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil eder (HMK m. 375/1-i).

Bu madde ispat hakkı ihlâlleri açısından son derece önemli bir güvence sağlar. Zira AİHS m. 6 kuralının ihlâl edildiği AİHM tarafından karara bağlandığında, ihlâlin yargılamanın yenilenmesi yoluyla telafi edilmesi mümkünse, yargılamanın iadesi yoluna gidilebilecektir[751]. Bu durum da, AİHM tarafından ispat hakkının ihlâl edildiğinin tespiti hâlinde yargılamanın yenilenmesi davası açılabilmesi için sebep oluşturacaktır. Ancak az önce de ifade edildiği üzere, bu durumun yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturabilmesi için oluşan zararın bu yolla telafisi mümkün olmalıdır. Örneğin makûl sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiğinin tespiti durumunda, bu ihlâlin yargılamanın giderilmesi kurumu ile telafisi mümkün değildir[752]. Bununla birlikte ispat hakkı ihlâlinin pek çok türü, -AİHM tarafından karar verilmesi hâlinde- yargılamanın yenilenmesi davası ile telafi edilebilir niteliktedir.

---

[749] Almanya, Bulgaristan, İsviçre, Litvanya, Norveç gibi. Bu konuda bkz. Namlı, s. 239.

[750] 23.1.2003 tarihli ve 4793 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun m. 1.

[751] Bu konuda bkz. Namlı, ss. 241-249; Hakan Pekcanıtez, "Medenî Usul Hukukunda Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi (HUMK m. 445/11)", **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı,** Ankara 2004, (Yargılanmanın Yenilenmesi), s. 530; Musa Tanrıseven, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İhlal Kararları Sebebiyle Yargılamanın Yenilenmesi ve Uluslararası Hukukun İç Hukuka Etkilerindeki Değişim** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2010, s. 93 vd.

[752] Bu yönde bkz. Namlı, s. 248.

E. Diğer Başvuru Yolları

1. Anayasa Yargısının İspat Hakkının Güvence Altına Alınmasındaki Fonksiyonu

a. Anayasa Yargısının İspat Hakkının Gelişiminde Fonksiyonu

Anayasa yargısı, hukuk devleti ilkesini benimsemiş pek çok hukuk sisteminde temel hakların uygulanması ve güvence altına alınması konusunda önemli bir fonksiyona sahiptir[753]. Geniş anlamıyla anayasaya uygunluğu sağlamak için yapılan her türlü yargı işlemini veya anayasal sorunların yargısal usûllerle karara bağlanması sürecini ifade eder[754].

Tarihî gelişim açısından bakıldığında, anayasal hakların ve ilkelerin korunması, güvence altına alınması 19. YY'da salt yazılı anayasalara bırakılmaktaydı[755]. Bu yüzyılda anayasal hakların ve ilkelerin güvence altına alınması için anayasal yargı mekanizmasının kurulması, uygulanması söz konusu dahi değildi[756]. Ancak I. Dünya Savaşı sonrasında yaşanan gelişmeler, temel hakların ve özgürlüklerin, demokrasinin, hukuk devletinin korunması ve dolayısıyla Anayasa'nın üstünlüğünün güvence altına alınabilmesi için tek başına yazılı anayasaların yeterli güvenceyi sağlayamadığının tecrübe edilmesine sebep oldu[757]. Bu anlamda anayasa yargısının ilk olarak Almanya ve İtalya'da kurulması, bir rastlantının sonucu değildir[758]. Bu şekilde anayasa yargısı doğdu ve bugün için Avrupa devletleri içerisinde anayasa yargısının kabul edilmediği tek bir ülke dahi bulunmamaktadır[759]. Günümüzde anayasa yargısı,

---

753 Anayasa yargısının hukuk devletlerindeki fonksiyonları hakkında çalışmalar için bkz. Soysal, Anayasaya Uygunluk Denetimi, ss. 7-18.

754 Gülsoy, Anayasa Yargısı, s. 81.

755 Gülsoy, Anayasa Yargısı, s. 86; Bahadır Kılınç, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", **AYD,** S. 25, 2008, ss. 19-20.

756 Gülsoy, Anayasa Yargısı, s. 95.

757 Gülsoy, Anayasa Yargısı, s. 86; Kaboğlu, Hukukun Genel İlkeleri, s. 299; Osman Korkut Kanadoğlu, "Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi", **AYD,** S. 25, 2008, (Anayasa Mahkemesi), ss. 61-62; B. Kılınç, ss. 19-20. Bu konuda ayrıntılı bilgi ayrıca için bkz. Soysal, Anayasaya Uygunluk Denetimi, ss. 9-13; Yahya Kazım Zabunoğlu, **(Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlanması,** Ankara 1963, ss. 199-200.

758 Kaboğlu, Hukukun Genel İlkeleri, s. 299.

759 Gülsoy, Anayasa Yargısı, s. 95. Bu gelişimin üç dalga hâlinde gerçekleştiği ve sırasıyla bu dalgalar şu şekildeydi: 1. Dalga: Almanya, İtalya, Fransa ve Türkiye'de (Batı Avrupa) 50'li ve 60'lı yıllarda ilk dalga. 2. Dalga: Portekiz, İspanya, Yunanistan'da 70'li ve Belçika'da 80'li (Güney Avrupa ve Belçika) yıllarda ikinci dalga. 3. Dalga: Sosyalist sonrası devletlerde (Orta ve Doğu Avrupa) 90'lı yıllarda (Kaboğlu, Çağdaş Anayasa, s. 187). Ayrıca bu konuda bkz. Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi, ss. 61-63; Ergun Özbudun, "Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü", **AYD,** S. 24, 2007, (Demokrasi ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü), ss. 359-360.

hukuk devletinin ve demokrasinin temel şartlarından birisi olarak kabul edilir[760]. Bu gelişmeler Anayasa'nın üstünlüğünün sağlanması, temel hakların ve özgürlüklerin güvence altına alınması için modern hukuk sistemlerinin anayasa yargısına kurucu bir fonksiyon yüklediğini göstermektedir.

Anayasa yargısı, özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayarak demokratik hukuk devletine hizmet eden önemli bir araçtır[761]. Anayasa yargısının birinci görevi, şüphesizdir ki yasama, yürütme ve yargının Anayasa'ya uygun iş ve işlemler yaptığını denetlemek, bu anlamda Anayasa'nın üstünlüğünün hayata geçirilmesini sağlamak olmalıdır. Ancak bu görev anayasa yargısının kendine özgü işlevi olan, *temel hakların güncelleştirilmesini güvence altına alma* görevini[762] ikinci plana atmaz[763].

Anayasa yargısı, sadece Anayasa'yı temel alarak hareket etmemeli aynı zamanda hukuk sistemlerine bağlayıcılık kazandırdıkları uluslararası sözleşmelere uyumu da sağlamalıdırlar[764]. Zira her hukuk sisteminde anayasalar, o ülkede yaşanmış tecrübelerin ve ihtiyâçların ürünü olarak somutlaşırlar ve yakın geçmişlerinin tepkileri ile hükümleri şekillenir. Uluslararası sözleşmeler ise, evrensel gelişmeleri takip eden geçmişi değil, geleceği hedefleyen dinamik gelişimlerin somutlaşmış hâlidir[765]. Bu sebeple her devlet için uluslararası sözleşmeleri takip etmek, ona ayak uydurmaya çabalamak hukuk sistemlerini geçmişse dönük, statik bir kısırdöngüye mahkûm olmaktan kurtararak evrensel gelişmelerle diyolog kurulmasına, temel haklar konusunda dinamizm kazanılmasını sağlar[766]. Bu anlamda anayasa yargısı, sadece anayasalara bağlı olarak değil hukukun evrensel ilkelerini somutlaştıran uluslararası sözleşmelere uyum sağlamak amacıyla Anayasa'nın yorumlamasını ve doğru uygulanmasını amaçlamalıdır[767]. Türk anayasa yargısının özellikle bireysel başvuru yolunun kabulüyle birlikte gözle görülür oranda artan şekilde Avrupa İnsan Hakları Söz-

[760] Özbudun, Demokrasi ve Anayasa Mahemelerinin Rolü, ss. 361.
[761] Kaboğlu, Hukukun Genel İlkeleri, s. 301; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gülsoy, Anayasa Yargısı, ss. 120-125.
[762] Kaboğlu, Hukukun Genel İlkeleri, s. 304.
[763] Hatta temel hakların ve özgürlüklerin korunmasının anayasa yargısının öncelikli hedefi hâline dönüştüğü konusundaki eğilim için bkz. B. Kılınç, ss. 19-20. Anayasa yargısının işlevine ilişkin olarak ayrıca bkz. Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi, ss. 63-66.
[764] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Soysal, Anayasaya Uygunluk Denetimi, ss. 7-18.
[765] Soysal, Anayasaya Uygunluk Denetimi, ss. 17-18.
[766] Soysal, Anayasaya Uygunluk Denetimi, ss. 17-18.
[767] Soysal, Anayasaya Uygunluk Denetimi, ss. 17-18.

leşmesi'ne ve içtihat hukukuna bağlı kalması, ispat hakkının da diğer temel hakların da hukuk sistemimizde gelişimi açısından umut verici bir gelişmedir.

Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, gerek somut ve soyut norm denetiminde gerekse bireysel başvuru yolunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi çerçevesinde âdil bir yargılamanın ne şekilde gerçekleştirileceği konusunda temel felsefeyi ve ilkeleri özümsemeli; buna uygun olarak yargılama süreçlerinde, ispat hakkının tam güvenceye oturtulduğu bir prosedürün uygulanmasına katkı sağlamalıdır. Aşağıda değinileceği üzere, Anayasa Mahkemesi ispat hakkının güvenceye oturtulmasına oldukça olumlu katkılarda bulunabilme potansiyeline sahiptir. İspat hakkının yargılama hukukunda gerektiği şekilde uygulanmasında ve güvenceye oturtulmasında Anayasa Mahkemesi'nin oldukça önemli bir fonksiyonu bulunur. Bu fonksiyon somut ve soyut norm denetimi ile bireysel başvuruda birbirinden farklılık arzeder.

b. Somut ve Soyut Norm Denetimi

Anayasa Mahkemesi'nin, kanunların, Anayasa'ya ve ulusalarası sözleşmelere uygunluğunu denetleyebilme yetkisine sahip olduğu ilk mekanizma somut ve soyut norm denetimidir[768]. Bu yolların etkin şekilde kullanılması, yargılama prosedüründe kişilerin, ispat hakkını ihlâl eden kanunî düzenlemelerin iptal edilmesini saplayacaktır.

Örneğin bugün bir kanun maddesi ile hâkimin delilleri değerlendirme yetkisinin kanunyolu denetimine kapatıldığı kabul edilse, böyle bir düzenlemeye karşı öncelikle somut ve soyut norm denetimi mekanizmalarının işletilmesi gerekir. Zira ispat hakkı temelini âdil yargılanma hakkından alır ve böyle bir düzenleme esasında Anayasa'nın 36. maddesini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesini bertaraf etmeye yönelik bir düzenleme şeklinde değerlendirililir ve bir hukuk sisteminde ispat hakkı ihlâlinin denetimini imkânsız kılan her türlü düzenleme Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir. Bu yönüyle kanunların Anayasa'ya ve uluslararası sözleşmelere uygunluğunu denetleme imkânı öncelikle somut ve soyut norm denetimi yollarından geçer. Ancak bu şekilde ispat hakkının, bir hukuk düzeni içerisinde herkese

[768] Anayasa Mahkemesi'nin somut ve soyut norm denetimindeki görevlerine ve yetkilerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi, ss. 73-77.

eşit bir güvence ile hukukî güvenliği sağlayacak şekilde hayata geçirilmesi mümkün olabilir.

Türk hukuk uygulamasına bakıldığında, özellikle somut norm denetiminin mahkemeler tarafından etkin şekilde uygulandığını ifade etmek güçtür. Somut uyuşmazlığı gören mahkemeler genelde tarafların Anayasa'ya aykırılık iddialarını ciddiye almamakta veya hukuka aykırılığı tespit edememektedir. Bu durum ispat hakkı açısından da geçerlidir. Anayasa Mahkemesi'nin bugüne kadar ispat hakkını ihlâl eden kanunî düzenlemelere karşı etkin şekilde somut norm denetimi mekanizmasını işlettiğine rastlamak güçtür. Bu konuda tespit edilebilecek en somut örnek askerî yargıda gizli yargılama uygulamasına karşı defalarca kez Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi için başvuruların reddedilmiş olması gösterilebilir[769].

Sonuç olarak somut ve soyut norm denetimi, ispat hakkının bir hukuk düzeni içerisinde istikrarlı, herkes bakımından eşit şekilde kullanılabilmesini sağlayan genel bir araçtır. Bireysel başvuru yolu, ispat hakkı ihlâllerini somut uyuşmazlık bakımından bertaraf edebilecek nitelikteyse de, bu yol ispat hakkının hukuk sisteminin bütünü içerisinde hukuka uygun şekilde uygulanmasını ve güvenceye kavuşturulmasını tek başına sağlamayacaktır. Bu yönüyle somut ve soyut norm denetimleri, potansiyel ve gelecekteki ispat hakkı ihlâllerini de önleyebilecek nitelikte olan bir hukukî koruma mekanizmasıdır. Somut ve soyut norm denetimleri, ispat hakkının güvence altına alınmasında diğer hukukî araçlara nazaran çok daha geniş bir etki alanına sahip olduğundan, etkili şekilde kullanılması zorunludur.

c. Anayasa'ya Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

aa. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunun İspat Hakkının Gelişiminde Etkisi

aaa. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunun İspat Hakkın Gelişimine Katkısı

Bu çalışmanın hazırlanması sürecinde, inceleme konusunu esasen ve şeklen en fazla etkileyen gelişme belki de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun kabul edilmiş olmasıdır[770]. Bu başvuru yolunun kabulü, özellikle Avrupa İnsan Hak-

[769] Bu konuda bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 15, E, 5, b, dd.

[770] Bireysel başvuru yolunun medenî yargılamadaki önemi, fonksiyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanıtez, "Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti", **AYD,** S. 12, Ankara 1995, (Anayasa Şikayeti), ss. 257 vd.; Meral Sungurtekin Özkan, "Anayasal

ları Mahkemesi'ne temel hak ihlâli ile gerçekleştirilen başvuruların sayılarını azaltmaya ve dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde bulunan dava sayısının azaltılmasına yönelik bir adım olmuştur. Böylece Türkiye Cumhuriyeti devleti aleyhine hükmedilecek tazminatların da düşürülmesi amaçlanmıştır[771]. Bununla birlikte anayasal şikâyet veya bireysel başvuru olarak adlandırılan ve özel bir temel hak koruması sağlayan bu imkân, aynı zamanda otoriter ve totaliter yönetimleri geride bırakmış ve demokratik hukuk devletini yapılandırmaya çalışan ülkeler için bir ihtiyâçtır[772]. Temel hak şikâyeti, anayasal devlette temel hak korumasının taçlandırılması olarak ifade edilir[773]. İşte bu amaçlara hizmet etmek üzere ülkemizde de, diğer pek çok Avrupa ülkesinde olduğu gibi bireysel başvuru yolu kabul edilmiştir[774]. Bu kapsamda bireysel başvuru yolunun en köklü işlevi, temel hakların ve özgürlüklerin etkili şekilde hayata geçirilmesini sağlamaktır[775].

Bireysel başvuru yolunun kabul edildiği dönemden bu yana, en fazla başvurunun âdil yargılanma hakkı ihlâli sebebine dayanması[776], hem yargılama hukukları için önemli bir gelişimin başlangıcı olmuştur hem de inceleme konumuz kapsamında ispat hakkı ile sınırlamalarına yüklenen anlam ve içeriği önemli şekilde etkilemiştir.

Şikayet ve Adalete Erişim", **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan,** DEÜHFD Özel Sayı, C. 16, 2014, ss. 399-410.

771 Nevhis Deren Yıldırım, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruları Esas Bakımından İncelemesi", **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan,** MÜHF-HAD Özel Sayı, C. 19, S. 2, 2013, (Bireysel Başvuru), s. 485; Ece Göztepe, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (KHP V, 30-31 Mayıs 2015 Ankara)** (http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf) . (Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi), s. 3.

772 Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi, s. 80.

773 Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi, s. 80. Anayasa yargısının -*özellikle Türkiye için*- sayılan avantajlarından bazıları şu şekildedir: (*i*) Anayasa'ya uygun olduğu varsayılan bir kanunî düzenlemeye dayanan kamusal bir eylem veya işlem bir temel hakkı ihlâl edebilir; bireysel başvuru, böyle bir durumda o hakkın korunmasının en kestirme yoludur. (*ii*) Bireysel başvurunun asıl önem taşıyan yönü, Anayasa'nın hukuk düzeni içerisindeki üstünlüğünün ve etkinliğinin yaşama geçirilmesidir. (*iii*) Bireysel başvuru, özel hukuk ilişkilerinin hükme bağlanmasında temel hakların dikkate alınmasını zorunlu kılar (temel hakların yatay etkisi). (*iv*) AİHM'de Türkiye aleyhine açılacak dava sayısında önemli bir düşüş sağlayacaktır (Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi, ss. 81-82).

774 Bireysel başvuru yolu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. B. Kılınç, ss. 19-59.

775 B. Kılınç, ss. 27.

776 Sibel İnceoğlu, "Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi", **AHD,** C. 3, S. 5, 2014, (Başvuru Kararlarının Analizi), s. 172. Anayasa Mahkemesi'ne 23 Eylül 2012 ilâ 30 Nisan 2015 tarihleri arasında vermiş olduğu toplam 800 adet kararı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu kararlar içerisinde toplam 400 tanesi *ihlâl* kararıdır. 400 ihlâl kararı içerisinde, 301 adet karar Anayasa'nın 36. maddesinin ihlâline ilişkindir. Bu konuda bkz. Göztepe, Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 2.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolunda karara bağladığı içtihatlarında, yoğun bir şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihat hukukunu takip etme yönünde eğilim ve çaba içerisinde olduğu gözlemlenir[777]. Bu durum, esasında ispat hakkı kataloğunu incelerken esas almaya çalıştığımız Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile Anayasa Mahkemesi kararları arasındaki paralellikten de anlaşılabilmektedir. Anayasa Mahkemesi gerçekten de, Türk yargısında yargılamaların âdil şekilde gerçekleştirilebilmesine yönelik olarak önemli gelişmeler kaydetmeyi amaçlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu yönden verdiği bazı içtihatları gerçekten ispat hakkının gelişiminde ve yorumunda değerli katkılarla hukuk sistemimize önemli kazanımlar getirmektedir. Örneğin çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde üzerinde durulacağı üzere, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları ile bugüne kadar somut norm denetimine tâbi olmaktan kurtulan, askerî yargılamadaki gizli yargılama ve gizli delil uygulamasını ve buna ilişkin kanunî düzenlemeleri, âdil yargılanma hakkı çerçevesinde ilk defa hukuka aykırı addederek içtihat hukukumuzu önemli şekilde yönlendirmiştir. Bu gelişim umud vericidir. Zira 2004 yılında yapılan bir araştırmaya göre Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasa dönemindeki içtihatlarında toplam 24 kez Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden, 4 kez de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarından yararlanmıştır[778]. Bu durum Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukuktaki etkisi bakımından eleştirilmekte ve kaygı ile karşılanmaktaydı[779]. Bireysel başvuru yolunun açılmasıyla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin içtihat hukuku dikkate alındığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne veya Mahkeme içtihat hukukuna yer verilmeyen bir karara rastlanılamamıştır[780]. Kısa süre içerisinde büyük bir değişime sebep olan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun kabulü, hiç şüphesiz ki daha şimdiden ispat

---

[777] İnceoğlu, Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi, s. 151. Anayasa Mahkemesi'nin, AİHM ve minimum koruma odaklı bir içtihat hukuku benimsediği yönünde eleştiriler açısından bkz. Göztepe, Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi, ss. 4 vd.

[778] Şahnaz Gerek ve Ali Rıza Aydın, "Türk Anayasa Yargısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Yeri", **Amme İdaresi Dergisi,** C. 37, S. 3, Eylül/2004, s. 87.

[779] Bu konuda bkz. İbrahim Şahbaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", **TBBD,** S. 54, 2004, ss. 178-216; Tolga Şirin, **Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme,** Oniki Levha İstanbul 2013, ss. 111-116.

[780] Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin, AİHM içtihadlarını temel alırken sınırlı bir yorum yaptığı ve AİHM içtihatlarını temel alırken kendi temel hak ve özgürlükler doktrinini geliştirmemiş olması eleştirilmektedir. Bu konuda bkz. Göztepe, Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 15.

hakkını da etkileyecek şekilde büyük kazanımlar getirmiştir ve ileride de bu gelişimin devam edeceği yönünde önemli şekilde umut aşılamaktadır. Bu gelişmelerin hâricinde, ispat hakkının da özüne müdahale teşkil eden yargılamaların uzun sürmesi konusunda yaşanan sıkıntılar da çok sayıda Anayasa Mahkemesi kararında *patolojik şekilde* incelenmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin ispat hakkının gelişimine, bu spesifik içtihat katkılarının yanında sistemin bütünü içerisinde de önemli katkıları olmaktadır. Örneğin iç hukukumuzda ilk defa yargı içtihatlarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukunda kullandığı ispata ilişkin temel haklar ve ilkeler yeknesak tanımlara ve unsurlara kavuşmakta; bu durum da, iç hukuk uygulamamızda ispat hakkı kataloğunun da, yargısal temel hakların da gelişiminde evrensel ilkelerin takip edilmesi imkânı yaratmaktadır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi içtihatları, bu bölümde ortaya konulan *ispat hakkı katoluğunu* da bütünüyle destekler niteliktedir. Bu durum, aynı zamanda globalleşmenin ve Avrupa Birliği'nin etkisiyle sınırlarını kaldıran Kıta Avrupası sistemlerine gün geçtikçe yabancılaşmaya başlayan Türk hukuk uygulamasının olumsuz gelişiminin önünü kesmekte; Avrupa Birliği'nin temel haklar konusunda yaşadığı hızlı gelişimi takip etmek, bu gelişime ayak uydurabilmek için bir imkân doğurmaktadır. Bütün bu gelişmelerin ispat hakkının ve çalışmamızda ortaya koyduğumuz ispat hakkı katoloğunun yerleşmesi, gelişmesi için sağladığı olumlu katkı azımsanacak boyutta değildir.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin, anayasal hakları ve içeriklerini değerlendirirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihat hukukunu takip etmesi, *özellikle de* âdil yargılanma hakkı ve ispat hakkı açısından genişletici bir anlayışın benimsenmesini sağlamaktadır[781]. Örneğin Anayasa'nın 36. maddesinde âdil yargılanma hakkının tanımı ve unsurları yer almadığı halde, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesini Anayasa maddesine taşımaktadır[782]. Bu durum âdil yargılanma hakkının gelişimi çerçevesinde ispat hakkının kurucu unsurlarının gelişmesi bakımından olumlu bir unsurdur.

Bunların yanısıra bireysel başvurunun, ispat hakkının gelişimi açısından da oldukça önem arzeden diğer bir katkısı, temel hakların ve bu arada ispat hakkı katalo-

[781] İnceoğlu, Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi, s. 156.
[782] İnceoğlu, Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi, s. 156.

ğuna da dahil yargısal temel hakların hukuka uygun şekilde yorumlanıp uygulanması için ülkede *içtihat birliğini* sağlamasıdır[783]. İçtihat birliği, hukukî güvenlik ilkesinin en önemli unsurlarından birisidir. Böylece bireysel başvuru yolunun tanınmasıyla birlikte hüküm mahkemeleri de, korumakla yükümlü oldukları temel hakları hayata geçirmede daha hassas davranacaklardır. Bireysel başvurunun bu işlevi Alman hukukunda, *genel bir eğitim etkisi* (*generellen Edukationseffekt*) olarak ifade edilmektedir[784]. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi'nin, üst dereceli mahkemeler içerisinde belki ilk defa içtihat birliğinin istikrarlı bir şekilde sağlanması için yoğun bir çaba sarfettiğini ifade etmek, hatalı bir tespit olmayacaktır.

İspat hakkının gelişimine etki açısından, Anayasa Mahkemesi'nin eleştiriye açık içtihatları ve tutumu da bulunmaktadır. Bunların başında özellikle ispat hakkını doğrudan odak alan *delillerin değerlendirilmesi meselesindeki* içtihatlarıdır. Bir diğeri ise, *âdil yargılanma hakkı ihlâllerinin sonradan giderilmesi*ne ilişkin içtihatlarıdır. Anayasa Mahkemesi'nin özellikle bu iki yönde verdiği içtihatları, ispat hakkının gelişimine olumsuz etki yapabilecek niteliktedir. Bu yüzden bunlara özellikle dikkat çekilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

bbb. Delillerin Değerlendirilmesi Konusundaki İçtihatların İspat Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

Esasında Anayasa Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi delillerin değerlendirilmesi meselesine *kural olarak* girmemekte; delilleri takdir etme ve deliller hakkında karar verme yetkisi kararı veren yerel mahkemelerde olduğu için bu konuda kendisini yetkisiz addetmektedir[785]. Esasen hüküm mahkemesi uyuşmazlığa ilişkin vakıalarla doğrudan temasa girdiğinden; hangi delilin uyuşmazlıkla doğrudan ilgili ve ilgisiz olduğunu belirleme imkânına sahip olduğundan ve nihâyetinde *vicdanî kanaatine* göre delilleri değerlendirme yetkisine sahip olduğundan, Mahkeme'nin yaklaşımı haklı[786] ve ispat hakkını güvence altına alan bir sistemin ürünüdür.

---

[783] Bireysel başvurunun bu fonksiyonu Alman öğretisinde, bireysel başvurunun objektif işlevi olarak ifade edilmektedir. Subjektif işlevi ise, temel hakların ve özgürlüklerin anayasa yargısı yoluyla korunmasıdır (B. Kılınç, s. 26).

[784] B. Kılınç, s. 27.

[785] Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin yaklaşımı ve içtihatları daha önceki açıklamalarımızda ele alınmıştır. Bunun için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, B, 2, b, bb.

[786] Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu yöndeki görüşünün yerindenliği yönünde bkz. İnceoğlu, Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi, ss. 173-174.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin âdil yargılanma hakkı açısından gerçek bir değerlendirme yapmadan, delillerin değerlendirilmesi meselesinin yetki alanına girmediğinden bahisle başvuruları doğrudan reddetmesi, keyfî bazı uygulamaların doğmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir. Zira Anayasa Mahkemesi'nin bu konuya -*kanaatimizce amaçlanandan fazla bir oranda*- uzak durması, delilleri değerlendirme yetkisine sahip olan yerel mahkemelerin "kişilerin ispat hakkının zedelenebileceği" konusunda bir algı edinmelerine sebep olabilecektir[787]. Anayasa Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin benimsediği şekilde delilleri takdir yetkisinden uzak kalmasının temel sebebi, delillere doğrudan erişiminin bulunmamasıdır. Ancak bu durum nihâyetinde, gerçekleştirilen yargılamanın *âdil bir yargılama* olmasını engelleyecek şekilde keyfî delil değerlendirmelerine göz yumulacağı şekilde bir algı oluşturmamalı; tarafların ispat haklarını zedeleyebilecek bir uygulamayı cesaretlendirici nitelikte olmamalıdır[788]. Öğretide de, Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumu eleştirilirken, yapılması gerekenin mutlaka Anayasa Mahkemesi tarafından, yerel mahkemece o delilin neden değerlendirilip/değerlendirilmediği konusunda gerekçe eksikliğinin dikkate alınması ve bu durumun âdil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmesidir[789].

Gerçekten de Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin içtihatlarına bakıldığında, başvurucunun "*delillerin değerlendirilmediği*" veya "*eksik ya da hatalı değerlendirildiği*" talebine karşılık, yerel mahkemelerin neden delili değerlendirmediği konusunda tatmin edici gerekçesine rastlanamamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin, en azından bu yönden delillerin değerlendirilmesi konusunda başvuruları âdil yargılanma hakkı açısından ele alması ispat hakkı ihlâllerinin azalmasında çok büyük rol oynayacaktır.

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, delillerin değerlendirilmesi konusundaki yerel mahkemenin kararının hatalı bulunarak yargılamayı bir bütün hâlinde âdil olmaktan çıkardığı yönünde Anayasa Mahkemesi'nin hukukî denetimi yerinde uygu-

---

[787] Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki tutumunun kişilerin *ispat hakkını* ihlâl edebilecek kararların, Anayasa Mahkemesi'nin denetiminden hâriç tutulma riskinin olduğu yönündeki eleştiriler için bkz. İnceoğlu, Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi, s. 174.

[788] İnceoğlu, Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi, s. 174.

[789] İnceoğlu, Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi, s. 174. Benzer esaslara dayalı olarak özellikle hukuka aykırı deliller konusunda AYM'nin tutumunun eleştirisi konusunda bkz. Göztepe, Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi, ss. 25-30.

ladığı kararlarına rastlamak mümkndür. Anayasa Mahkemesi bir kararında, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hükme esas alınması konusunda, esasında delilleri değerlendirme yetkisinin hüküm mahkemesine ait olduğunu, ancak somut olayda delillerin değerlendirilmesi konusundaki hatanın yargılamayı bir bütün olarak âdil yargılanma hakkından yoksun bıraktığı konusunda görüş bildirmiştir[790]. Anayasa Mahkemesi'nin delillerin değerlendirilmesi konusundaki bu hassas denetimi ispat hakkının güvence altına alınabilmesi açısından çok büyük önem taşır. Anayasa Mahkemesi'nin delillerin değerlendirilmesine ilişkin hassas terazisini hukuka aykırı deliller dışında, yine yargılamayı bir bütün olarak âdil yargılanma hakkından yoksun bırakacak delil değerlendirmeleri için de kullanmasını temenni ediyoruz. İspat hakkının en fazla ihlâline sebebiyet veren *delillerin değerlendirilmesi* hususunda, Anayasa Mahkemesi'nin çekingen davranması ispat hakkı ihlâllerinin giderilmesine engel olacak niteliktedir.

ccc. Âdil Yargılanma Hakkı İhlâllerinin Sonradan Giderildiği Konusundaki İçtihatların İspat Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin ispat hakkı açısından eleştiriye açık olan diğer içtihatları da, yerel mahkeme yargılamasında gerçekleştirilen âdil yargılanma hakkı ihlâllerinin kanunyolunda dahi olsa düzeltilmesi durumunda ihlâlin ortadan kalktığı yönündeki kararlarıdır. Bu görüş de esasında temelini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihat hukukundan almaktadır. Ancak somut olay bazında değerlendirildiğinde, ispat hakkına ilişkin ihlâli ortadan kaldırır nitelikte durumlar için bu ilkenin uygulandığı kanaatine ulaşmak güçtür.

---

[790] Bu kararda konumuzu ilgilendiren önemli kıstasların belirtildiği ilgili bölüm şu şekildedir: "Mahkeme kararından anlaşıldığına göre, yargılamanın esaslı ve belirleyici delili, aramada ele geçen post, trofe ve boynuzlardır. Dayanılan diğer deliller ise, aramada elde edilen eşyaların değer ve niteliğini tespite ilişkin *'bilirkişi raporları'* ile kollukça tanzim edilmiş *'tespit tutanağı'*dır. Diğer bir anlatımla, hükmün esas ve belirleyici unsuru, gerçekleştirilen hukuka aykırı arama işlemi sonucunda elde edilen delillerdir. Bilirkişi raporları, aramada ele geçen delillerin değerlendirilmesine yönelik bir araçtır.
Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda, koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki *'kanuna aykırılığın'* yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlâl eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına adil yargılanma hakkını ihlâl edildiğine karar verilmesi gerekir." AYM 19.11.2014, 2013/6183, § 58-59 (RG 7.3.2015, S. 29288).

Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki tüm içtihatları, yerel mahkemenin yaptığı yargılama safhasında belirli delillerin ilgili taraftan saklanması, delilden haberdâr edilmemesi durumuna ilişkindir[791]. Anayasa Mahkemesi, tüm bu içtihatlarında temyiz[792] de olsa, karar düzeltme yolu[793] da olsa ve hatta yargılamanın yenilenmesi yolu[794] da olsa, başvurucuya delilin -*sonradan*- gönderilmesi hâlinde artık hukuka aykırılığın ortadan kaldırıldığından bahisle âdil yargılanma hakkının ihlâl edilmediğine karar vermektedir. Mahkeme'nin bu içtihatlarını, Yargıtay aşamasında tamamlanan dava şartlarına benzetmek mümkündür; ancak elbette, Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği şekilde hukuka aykırılığın ortadan kaldırılmasıyla birlikte *ispat hakkı*, *hukukî dinlenilme hakkı* ve *âdil yargılanma hakkı* ihlâl edilerek gerçekleştirilmiş olan yargılama prosedürü, bir anda *âdil* bir prosedüre dönüşmemektedir.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihatları da, belirttiğimiz şekilde ilk derece mahkemesindeki temel hak ihlâllerini (*hukukî dinlenilme, açıklama ve ispat hakkı ve âdil yargılanma hakkı ihlâllerini*) ortadan kaldırmaz[795]. Ayrıca bu konuya ilişkin bütün içtihatlarında Anayasa Mahkemesi, şayet taraf o belgeye, delile önceden erişmiş olsaydı da, farklı bir ispat faaliyetine girmeyecek olduğunu belirterek kanaatimizce son derece hatalı ve yetkisi dışında değerlendirmeler yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin, kişinin ilk derece mahkemesinde sahip olmadığı delile, sahip olmuş

---

[791] "Dosyanın incelenmesinden ilk derece yargılaması sırasında Başsavcılık ve Raportörün **görüşünün önceden taraflara tebliğ edildiği anlaşılamamaktadır.** AYİM Birinci Dairesinin davanın süre aşımı nedeniyle reddi kararında Başsavcılık ve Raportör görüşüne yer verilmemiştir. Başvurucu 9/7/2012 tarihli karar düzeltme istemli dilekçesinde Başsavcılık ve Raportör görüşünün kendisine tebliğ edilmediğini de ileri sürmemiştir. **Karar düzeltme incelemesi sırasında alınan Başsavcılık görüşünün ise başvurucuya tebliğ edilerek başvurucunun bu görüşlere cevap verdiği görülmektedir. Dolayısıyla başvurucu ilk derece yargılaması aşamasında tebliğ edilmemiş olsa bile karar düzeltme aşamasında Başsavcılık görüşünden haberdar olmuş ve buna yönelik görüşlerini hazırlama ve mahkemeye sunma imkânı bulmuştur.**
47. Diğer taraftan başvurucu eğer ilk derece yargılaması sırasında başsavcılık ve raportörün görüşü tebliğ edilmiş olsaydı mahkeme önünde dile getiremediği hangi ilave tezleri ileri süreceğine ilişkin olarak da herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Ayrıca AYİM'nin kararını verirken Başsavcılık ve raportörün görüşüne dayanmadığı da görülmektedir. Bu nedenle başvurucunun ilk derece yargılaması sırasında Başsavcılık ve raportörün düşüncesinin önceden tebliğ edilmemesi sebebiyle yargılamanın sonucunu etkileyecek usuli bir imkândan mahrum bırakıldığı söylenemez. Sonuç olarak somut olayda silâhların eşitliği ilkesinin ihlâl edilmediği anlaşılmaktadır." AYM 7.11.2013, 2012/660 (www.anayasa.gov.tr).

[792] AYM 3.4.2014, 2013/6833 (www.anayasa.gov.tr)

[793] AYM 7.11.2013, 2012/660 (www.anayasa.gov.tr); AYM 7.11.2013, 2012/998 (www.anayasa.gov.tr); AYM 16.5.2013, 2013/1134 (www.anayasa.gov.tr)

[794] AYM 15.10.2014, 2013/4186 (RG 17.12.2014, S. 29208).

[795] Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki içtihatlarının eleştirisi için bkz. İnceoğlu, Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi, ss. 176-177. Ancak yazar hukukî dinlenilme hakkının tezahürü olan *çelişmeli yargılanma hakkı* bakımından ihlâl olduğunu belirtmektedir.

olsa idi nasıl bir ispat faaliyeti içerisine dâhil olacağını belirleme yetkisi ve bilme olanağı bulunmaz. Bu durumda Anayasa Mahkemesi esasında bir varsayım üzerinden yargılamanın âdil şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda karar vermektedir ki; böyle bir hüküm verme ve gerekçelendirme faaliyeti, şüphesiz ki pek çok temel hakka aykırıdır. Bu yorum yöntemi, hukukî dinlenilme hakkını ve ispat hakkını, temelden sarsacak bir değerlendirmeye dayanmaktadır[796]. İspat hakkının güvence altına alındığı bir yargılama sistemi için Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili görüşünü tekrar değerlendirmesi zarurî niteliktedir.

bb. Anayasa Mahkemesi'ne Başvurulabilecek İspat Hakkı İhlâlleri

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolunda yapacağı denetim bir hukuka uygunluk denetimi değil, medenî yargıya ilişkin davada temel hakların ihlâl edilmiş olmasıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, medenî yargıya ilişkin verilen kararların hukuka uygunluğu denetimini yapan bir *süper temyiz* mahkemesi değildir[797]. Hukukun yanlış uygulanmış olması, kural olarak her durumda Anayasa'nın ihlâli anlamını taşımaz[798]. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin kendi görevini belirlemek adına benimsediği temel ilke, genel olarak tüm anayasa mahkemelerinin bireysel başvuru yolundaki işlevini ortaya koyar: Yargılamanın şekli, vakıanın tespiti ve değerlendirilmesi, basit hukukun yorumu ve somut olaya uygulanması hususları, tamamen görevli mahkemelerin işidir ve bunun kontrolü Anayasa Mahkemesine verilmemiştir; yalnızca özgül anayasa hukuku ihlâllerine karşı Anayasa Mahkemesine anayasa şikayeti yoluyla başvurulabilir[799].

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'ne ispat hakkının ihlâli sebebiyle yapılacak bireysel başvurular, gerçekleştirilen ihlâlin yargılamanın âdil şekilde gerçekleştirilmesine engel olmuş olmalıdır. İspat hakkı kataloğunu incelerken ortaya konulan temel esaslar ve ilkelere aykırılık hâlinde, ispat hakkı ihlâli aynı zamanda âdil yargılanma hakkını da engellemiş olacaktır. Bu yönüyle AİHS m. 6'ya aykırılık teş-

---

[796] Bu konudaki benzer yönde eleştiriler için bkz. İnceoğlu, Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi, ss. 176-177.

[797] Deren Yıldırım, Bireysel Başvuru, ss. 486-487. Oysa, bireysel başvuru yolu kabul edildiğinden bu yana, kişilerin Anayasa Mahkemesi'ne başvuruları temyiz incelemesi beklentisi ile yaptıkları, temel hak ihlâllerinin başvuruların temel noktası olmadığı belirtilmekte ve bu durum eleştirilmektedir. Bu konuda bkz. Deren Yıldırım, Bireysel Başvuru, ss. 488; Bertil Emral Oder, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruda İlk Evre", **Güncel Hukuk Dergisi,** S. 117, Eylül/2013, s. 19.

[798] Deren Yıldırım, Bireysel Başvuru, ss. 486.

[799] Deren Yıldırım, Bireysel Başvuru, ss. 488.

kil eden herhangi bir ispat hakkı engeli veya ihlâli Anayasa Mahkemesi'nin önüne bireysel başvuru yolu ile taşınabilecektir.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru

a. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru Yolunun İspat Hakkının Gelişiminde Etkisi

İspat hakkının gerek Türk hukukunda gerekse yabancı hukuk sistemlerinde köklerini salabilmesinin ve hukuk uygulamasında sahip olduğu, olacağı önemde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukunun çok büyük bir oranda katkısı bulunur. Çalışmamızın önceki bölümlerinde ele aldığımız üzere ispat hakkının gelişimi, temel olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kuruluşu ile başlamış ve Mahkeme'nin içtihat hukuku özellikle son yaklaşık elli yıldan bu yana ispat hakkının şekillenmesinde çok etkili olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çoğu zaman bu etkiyi açıkça *ispat hakkı* kavramını zikrederek yaratmamış, genellikle ispat hakkını doğrudan ve dolaylı şekilde etkileyen içtihatları ile hakkın içeriğinin doldurulmasında önemli etkide bulunmuştur. Nitekim çalışmamızda da, esasında epeyce güç bir mesele olan ispat hakkının içeriğinin belirlenmesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuyla ilgili içtihatları çok büyük oranda yolumuzu aydınlatmıştır. Bu sebeple ispat hakkının geçirdiği gelişimi, yargılama sistemlerindeki mevcut uygulama alanı ve anlamını, gelecekteki değişim ve gelişimini iyi bir şekilde kavrayabilmek için öncelikle konu ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukunu yakınen takip etmek gerekir. Bu yönü de ispat hakkının dinamik yapısını şekillendirmektedir.

Bir devlet, uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayarak kendisi açısından da hüküm ifade eder duruma getirirken -*çekinceler hâricinde*- sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki etkilerini bilerek ve öngörerek bunu gerçekleştirir[800]. Bu durum devletin, uluslararası sözleşmelere kanunlardan daha farklı, Anayasa'ya yaklaştırıcı, en azından Anayasa'ya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir ağırlık kazandırması gerektiği; Anayasa hükümlerinin artık uluslararası sözleşme ile birlikte düşünmek ve Anayasa'yı bu uluslararası sözleşme ile birlikte yorumlamak gerektiği

[800] Soysal, Anayasaya Uygunluk Denetimi, ss. 16-17.

ifade edilir[801]. Bu gereklilik, çalışmamız açısından da bir yorum yöntemini ortaya koymaktadır. Bu çalışmada, gerek ispat hakkı kataloğu oluşturulurken gerekse ispat hakkının sınırlamaları belirlenirken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin içtihat hukukundan ve yorum ilkelerinden hareket edilmiştir. Zira Anayasa'yı, Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hükümlerinden ve içtihat hukukundan ayrı yorumlamak düşünülemez. Bu sebeple de, ispat hakkının hukukumuzda yorumlanmasında, uygulamaya geçirilmesinde, sınırlarının belirlenmesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve içtihat hukukunun kurucu bir rolü bulunur.

b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvurulabilecek İspat Hakkı İhlâlleri

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olması sebebiyle ispat hakkı ihlâllerinde başvurulacak son çaredir. Bu başvuruda ilgili taraf, ispat hakkının ihlâl edilmiş olması sebebiyle yapılan yargılamanın bir bütün olarak Sözleşme'nin 6. maddesine aykırılık teşkil ettiğini iddia ve ispat edecektir. Buradaki talep, esasında doğrudan doğruya ispat hakkının ihlâli sebebiyle değil, ispat hakkının ihlâl edilmiş olması sebebiyle yapılan yargılamanın bütün olarak âdil bir yargılama olmadığına yönelik olacaktır. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine dayanan bir başvuruda *içerik olarak âdil bir karar verilip verilmediği değil, âdil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmamış olduğu* önem kazanmaktadır[802]. Yukarıda ispat hakkına dâhil olduğu tespit edilen herhangi bir hakkın yargılama sürecinde ihlâl edilmiş olması, ispat hakkının da ihlâl edilmiş olması için tek başına yeterlidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetiminden geçecek olan *âdil yargılanma hakkı,* bütün yargılama sürecine ilişkindir; dolayısıyla bu ilke ve alt unsurları ilk derece yargılaması kadar istinaf ve temyiz aşamalarında da geçerlidir[803]. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinde ispat sürecindeki hatalar ve eksiklikler ispat hakkının ihlâl edilmiş olmasına sebebiyet vermiş ve bu durum da yargılamanın bir bütün olarak *âdil şekilde* gerçekleştirilmesine engel olmuşsa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ihlâl edilmiş olacaktır. Yerel mahkemenin kararı üzerine temyiz veya istinaf denetimini yapan yargı merciileri önünde de bu ihlâlin devam

[801] Soysal, Anayasaya Uygunluk Denetimi, s. 17.
[802] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 209.
[803] İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 209.

ettirilmesi veya bu incelemelerde yeni bir ispat hakkı ihlâli doğması hâlinde, yine Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlâl edildiği sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak örneğin ilk derece mahkemesindeki ispat hakkı ihlâli sonradan istinaf veya temyiz incelemesinde düzeltilmiş ise, bu durumda yine her zaman Sözleşme'nin 6. maddesine aykırılık söz konusu olmayabilecektir[804]. Öyle ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'ye aykırılığın Anayasa Mahkemesi önünde yürütülen yargısal süreçte gerçekleşmesi hâlinde de, ihlâlin gerçekleştiğine karar verebilmektedir[805]. Örneğin Anayasa Mahkemesi tarafından tarafların iddiaları veya delilleri gereğince incelenmemiş, dikkate alınmamışsa veya karar ispat hakkını tatmin edici şekilde gerekçelendirilememişse, Anayasa Mahkemesi kararları da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne taşınabilir.

[804] Bu konudaki içtihatlar için bkz. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 209, dn. 5.

[805] Almanya Anayasa Mahkemesi'nin makûl sürede yargılanma hakkının sınırlarını geçmiş olması sebebiyle Anayasa Mahkemesi'nin gerçekleştirdiği yargılamanın âdil bir yargılama olmadığı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil ettiği yönünde bir karar için bkz. ***Buchholz v. Germany,*** 6.5.1981, 12952/87, § 48 (hudoc). Bu yönde benzer kararlar için bkz. ***Sramek v. Austria,*** 22.10.1984, 8790/79, § 35 (hudoc); ***Süssmann v. Germany,*** 16.9.1996, 20024/92, § 43-46 (hudoc).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSPAT HAKKININ YARGILAMANIN SÜJELERİ (TARAFLAR, HÂKİM VE VEKİLLER) ARASINDA DOĞURDUĞU İLİŞKİ

§ 7 İSPAT HAKKININ SÜJELERİ

I. HAKKIN SAHİBİ

A. Genel Olarak

Yargılama hukukunda temel bir yargısal hak olan ispat hakkının süjesi öncelikle taraflardır. Bu anlamda taraf kavramına davacı ve davalı dâhil olmakla birlikte, yargılama ile ilgisi bulunan tüm ilgililer ispat hakkına sahiptir. Müdahâle yoluyla davaya katılanların[1], geçici hukukî koruma talebinde bulunan talep edenin, çekişmesiz yargı işindeki ilgilinin ispat hakkı bulunur. Başka bir ifade ile yargılama ile ilgisi bulunan tüm ilgililerin, yargılamada ispat hakkına sahip olduğu konusunda tereddüt yoktur. Bu kişiler hukukî dilenilme hakkının da bir gereği olarak yargılama hakkında bilgi sahibi olup kendi veya karşı tarafın iddia ve savunmaları doğrultusunda öncelikle açıklama ve ispat hakkına, delil sunma hakkına sahiptir[2].

İspat hakkının yargısal bir temel hak olması, tarafların bu haktan feragat etmelerinin mümkün olup olmayacağı sorusunu gündeme getirir. Örneğin ilgilerin âdil yargılanma hakkından (AİHS m. 6; Ay m. 36) feragat edebilecekleri yönünde bir görüş kabul edilirse, bu durum ispat hakkından da feragat edilebileceği anlamını

---

1 Bu yöndeki kararlar için bkz. 4. HD, 20.12.2011, 2010-12635/13814 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası); 4. HD, 6.12.2011, 2010-11835/13063 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

2 "...Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2009/52E.-2009/105K. sayılı kararında da vurgulandığı üzere; taraflar duruşmaya çağrılmadan, bir başka deyişle taraf teşkili sağlanmadan hüküm verilememesi, Anayasa'nın 36. maddesi ile düzenlenen 'iddia ve savunma hakkının kullanmasına imkan tanınması ilkesi'nin doğal bir sonucudur. Gerçekten de savunma hakkını güvence altına alan T.C. Anayasası'nın 36. maddesi ile HMK.nun 27. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, mahkemece davalı taraf, dinlenmek ve savunması alınmak üzere kanunî şekillere uygun olarak davet edilmedikçe hüküm verilmesi mümkün bulunmamaktadır. Aksi halde savunma hakkının kısıtlanmış sayılacağı, gerek öğreti, gerekse yargısal kararlarda tartışmasız olarak kabul edilmektedir. / Taraf teşkili dava şartı olup, davanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir. Mahkemenin, dava dilekçesini ve duruşma gününü taraflara kendiliğinden tebliğ edip taraf teşkilini sağlaması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun amir hükmü gereğidir. / O halde, mahkemece, İİK'nun 134/2. maddesi uyarınca duruşma açılarak tarafların delilleri toplandıktan sonra oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, anılan maddeye aykırı şekilde dosya üzerinden inceleme yapılarak yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir." 12. HD, 4.7.2013, 18064/25148 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

taşıyacaktır. Bu konu, önemi sebebiyle çalışmamızın son bölümünde ayrıca incelenecektir.

B. İspatın Türlerine Göre Hakkın Sahipleri

Bilindiği üzere ispatın türleri *asıl ispat, karşı ispat* ve *aksini ispat* olmak üzere üçe ayrılır. Bu çerçevede ***Asıl ispat***, somut bir vakıa iddiası ortaya koyan tarafın yani, esas itibariyle ispat yükü altında bulunan tarafın iddia ettiği somut vakıayı ispat faaliyetidir. ***Karşı ispat*** faaliyeti ise, asıl ispat faaliyeti sonrasında ispat yükü altında bulunan tarafın, hâkimde oluşturduğu kanaati çürütmek veya sarsmak amacıyla, karşı tarafça yapılan ispat faaliyetidir[3]. Bu çerçevede asıl ispat faaliyetinin amacı, ortaya konulan somut vakıa hakkında hâkimde kanaat uyandırmaktır; karşı ispat faaliyetinin amacı ise, asıl ispat faaliyeti sonucunda hâkimde oluşan bu kanaati çürütmek veya sarsmaktır. ***Aksini ispat*** ise, asıl ispat ve karşı ispat faaliyetlerinden farklı olan istisnaî nitelikte bir ispat faaliyetidir. Kanunun bazı durumlarda, ispat yükü taşıyan taraf lehine karineler getirmesi hâlinde, ispat yükünü taşıyan taraf, karine sonucunu ispat etmesine gerek kalmadan -*sadece karine temelini ispatlayarak* - çekişmeli vakıayı ispatlamış sayılacaktır. İşte, bu durumda, kanunî karineden yararlananın kaşı tarafı, aleyhine oluşan bu karinenin "*aksini ispat*" ederek bu karineyi çürütecektir. Başka bir deyişle, karine temelinin ispatlanmasının ardından karşı taraf, kanunda sonuç bağlanan karinede, karine temelinin gerçekleşmemiş olduğunu veya karine temeli menfi bir vakıaya dayandırılmışsa vakıanın gerçekleşmiş olduğunu ispatlayacaktır[4]. Dolayısıyla ispat faaliyetini yapacak kişi ispat hakkını, bu üç ispat faaliyeti türünden biri ile gerçekleştirecektir.

İspatın her üç türü açısından da tarafların ispat hakkına sahip olacağı konusunda tereddüt etmemek gerekir. Nitekim öğreti ve yargı kararlarına bakıldığında da, ispatın her üç türü için tarafların ispat hakkına sahip olduğu kabul edilir. Şüphesiz ki, ispat faaliyetinin bu türleri niteliği itibariyle ispat hakkının kullanılmasında özellik arzedecektir. Örneğin bazı durumlarda asıl ispat hakkına sahip olan taraf lehine, bazı durumlardaysa karşı veya aksini ispat hakkına sahip olan taraflar lehine kanunkoyucu ispat ölçüsünü düşürebilir. Hatta örneğin karinelerde kanunkoyucu tamamen asıl

---

[3] Umar ve Yılmaz, s. 2, dn.5; Atalay, Menfi Vakıaların İspatı, ss. 6-7.

[4] Atalay, Menfi Vakıaların İspatı, s. 7.

ispat hakkı sahibi lehine ispatı kolaylaştırmaktadır. Dolayısıyla her üç türlü ispat faaliyetini yürütecek kişilerin de, ayrı ayrı ispat hakkına sahip olduğu şüphe götürmez.

II. HAKKIN MUHATABI

Yargılama sürecinde hükümden etkilenecek her bir ilgilinin ispat hakkının bulunduğunu belirtmiştik. Bu durumda ayrıca hakkın muhatabının, yani ispat hakkı sahibinin bu hakkına saygı duymakla yükümlü olan kişileri belirlemek gerekir. Bu belirleme, aynı zamanda ispat hakkının kimin tarafından ihlâl edilebileceğini ve ihlâl durumunda, ihlâl edenin sıfatına ve konumuna göre hangi hukukî yollara başvurulabileceği sorularını cevaplandıracaktır.

Hakkın muhatabı öncelikle elbette devlet, yani devlet adına yargı yetkisini kullanan mahkemelerde yargılamayı yürüten hâkimdir. Hâkim, bir yargılama sürecinde ispat hakkını tesis edecek ve sonrasında güvence altında kullanılması için gerekli olan bütün önlemleri öncelikli olarak alacak yargılama süjesidir. Bu yükümlülük şüphesiz ki temelini hukuk devleti ilkesinden ve âdil yargılanma hakkından (AİHS m. 6, Ay m. 36) alır. Bu çerçevede hâkimin ispat hakkının kullanılması ve güvence altına alınması için alması gereken her bir önlemin eksikliği, ispat hakkının ihlâli anlamını taşıyacak ve duruma göre farklı hukukî imkanlarla ihlâl ortadan kaldırılacaktır.

Hakkın ikinci dereceden muhatabı ise karşı taraftır. Zira yargılama prosedüründe ispat hakkına sahip olan kişi, *herkesten* bu hakka saygı duyulmasını talep edebilir. Bununla birlikte ispat hakkı ihlâli karşı tarafın davranışından dahi ileri gelse, ihlâl karşısında sorumluluk her zaman karşı tarafta olmayabilir. Zira her ne kaynaktan gelirse gelsin, yargılama sürecinde ispat hakkı ihlâllerini kaldırmak ve önlemek konusundaki mutlak yetki, uyuşmazlığa bakmakta olan hâkimdedir. Bu anlamda yargı organlarının ispat hakkı ihlâllerinden sorumluluklarını, âdeta özel hukuktaki tehlike sorumluluğuna benzetebiliriz. Şöyle ki, ispat hakkı ihlâl edildiğinde, bu sonuç hangi tarafın davranışından, kusurundan meydana gelirse gelsin, ortaya çıkan hukuka aykırılığı ortadan kaldırma görevi yani yargılamanın *âdil şekilde gerçekleştirilmesini sağlama* görevi mahkemededir. Bu sebeple de, ispat hakkı ihlâli karşı taraftan sâdır olsa bile, hâkim bu ihlâle karşı sessiz kalamaz; duruma müdahâle ederek ortaya çıkan hukuka aykırılığı -*ispat hakkı ihlâlini*- bertaraf etmek zorundadır. Delil sözleşmeleri buna verilebilecek tipik bir örnektir. Delil sözleşmesi ile bir taraf diğer ta-

rafa, zorla ispat hakkını ortadan kaldıran bir delil anlaşması kabul ettirse, burada ihlâl karşı tarafın eyleminden kaynaklanmakla birlikte, hukuka aykırılığı ortadan kaldırması beklenen süje mahkemedir. Zira geçersiz bir delil sözleşmesine dayanarak hüküm verildiğinde karar bozulacak, bir anlamda yaptırım mahkemenin yargılamadaki kusuru sebebiyle uygulanmış olacaktır. Dolayısıyla ispat hakkı söz konusu olduğunda, ihlâli gerçekleştiren kişi ile hakkın muhatabı, yani ispat hakkı ihlâl edildiğinde yaptırım uygulanacak mercii/kişi her zaman aynı kişiler olmayabilir. Oysa özel hukukta temel kural, hukuka aykırılığa sebebiyet veren kişinin hakkın muhatabı ve ihlâli durumunda başvurulacak kişi olmasıdır. Yargılama hukukunda ise ve özellikle ispat hakkı söz konusu olduğunda, çoğunlukla hakkın muhatabının devlet, yani somut yargılama faaliyetini yürüten mahkemeler olacağı tespit edilmektedir. Bu sonuç ise doğrudan doğruya yargılama hukuklarının, kamu hukuku niteliğinden; gerçekleştirilen faaliyetin de, temel bir hakkın yerine getirilmesi niteliğinde olan yargılama faaliyetinin niteliğinden kaynaklanır.

§ 8 İSPAT HAKKI AÇISINDAN TARAFLAR İLE HÂKİMİN İŞBİRLİĞİ İLKESİNİN ÖNEMİ

Taraflar, yargılamaya konu olan vakıaları ve delilleri getirirken hâkim de davayı aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde tarafların iddialarını ve savunmalarını netleştirmeli, doğru bir şekilde dava malzemesinin yargılama prosedürüne getirilmesine katkıda bulunmalıdır. Bu durum karşılaştırmalı hukukta *taraflar ile hâkim arasında işbirliği ilkesi (Kooperationsmaxime)* olarak ifade edilir[5]. Öyle ki, bu ilke aynı zamanda anayasal temellere de dayandırılmaktadır. Zira tarafların yargılama süresince sahip oldukları *hukukî dinlenilme hakkının (rechtliches Gehör)* bir unsuru da, hâkimin davayı aydınlatma ve soru sorma yükümlülüğü olarak kabul edilir[6]. Böylece hâkimin söz konusu yetkileri çerçevesinde davayı aydınlatması, uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunması; tarafların da, uyuşmazlığın temeline ilişkin malzeme-

[5] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Reinhard Greger, "Kooperation als Prozessmaxime, Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeingten Europa", **Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages,** Bielefeld 2000, (Kooperation), ss. 77-85; Nevhis Deren Yıldırım, "Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar", **Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı,** Ankara 2004, (Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi), ss. 817-818.

[6] Bu konuda bkz. Stürner, Verfahrensgrundsätze, s. 657.

leri -*dürüstlük ve doğruyu söyleme ödevi gibi yükümlülükler çerçevesinde*- getirmesi taraflar ile hâkim arasında işbirliği ilkesinin doğması ile sonuçlanır.

Hâkimin ispat sürecini yönetme yükümlülüğü olarak ifade etmeyi tercih ettiğimiz kavram, yargılama sürecinde tarafların ispat hakkını tam ve doğru bir şekilde kullanabilmeleri için hâkimin etkin ve yetkin bir şekilde ispat sürecini yönlendirmesini içerir. Bu kavramı karşılaştırmalı hukukta veya hukuk literatürümüzde en yakın şekilde karşılayabilecek medenî yargılama ilkesi ise, yukarıda belirttiğimiz gibi *hâkim ile tarafların işbirliği ilkesidir (Kooperationsmaxime)*[7]. Bu ilke kaçınılmaz olarak taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu bir medenî yargılama modelinde, hâkime özellikle soru sorma ve işaret etme ödevi kapsamında yetkiler vermekte; böylece re'sen araştırma ilkesinin külfetlerine maruz kalınmamakta, ancak hâkim de birtakım yetkiler çerçevesinde gerçeğe ulaşma konusunda daha etkin hâle getirilmektedir[8]. Bu kapsamda tarafların doğruyu söyleme ve dürüstlük ilkesine uyma yükümlülüklerinin katı şekilde benimsenerek taraflarca getirilme ilkesinin kabul edildiği bir sistemde etkin, yetkin ve donanımlı bir hâkimin yargılamayı yönetmesi, gerektiğinde taraflara sorular sorabilmesi ve en önemlisi de ispat süreci konusunda taraflara birtakım hususları işaret edebilmesi, kanaatimizce ispat hakkının en iyi şekilde temin edilebileceği bir yargısal zemin hazırlar. Aleyhe kararla karşılaşma rizikosu altında bulunan tarafların ispat hakkı kapsamında gerçekleştirdiği ispat faaliyetinin gidişâtı ve süreçte hâkimin kanaatine hangi uzaklıkta bulunduğu konusunda bilgilendirilmesi, tarafların ispat haklarını görünürde şeklen değil, gerçek anlamda kullanmalarını sağlayacaktır. Bu sebeple de kanaatimizce aşağıda üzerinde durulacağı üzere hâkimin davayı sevk ve idare yetkisi, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü bu kapsamda değerlendirilmeli ve hem ispat hakkının gerçek anlamda tesisi hem de gerçeğe ulaşılabilmesi için hâkimin ispat sürecinde tarafları bilgilendirmek, yönlendirmek konularında etkin ve yetkin olduğu bir sistemde taraflara âdil bir şekilde yargılanma hakkı sağlanmalıdır.

Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, maddî hukuktaki bir hakkın doğru şekilde tespiti ve sağlıklı bir karar verilmesi, sadece hâkimin kendi hukukî bilgisi çerçevesinde iç dünyasındaki düşünsel çalışması ile ortaya çıkamaz; *sağlıklı ve doğ-*

---

7 Bu konuda bkz. Deren Yıldırım, Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi, ss. 823-828.

8 Bu konudaki görüşler için bkz. Deren Yıldırım, Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi, ss. 823-826.

ru bir karar, en iyi şekilde ancak taraflarla mahkeme arasındaki canlı ve sağlıklı bir diyalogla ortaya çıkabilecektir[9]. Bu sebeple de, hâkimin ispat sürecinde taraflarla diyalog kurması, onları ispat sürecinde yönlendirmesi sağlıklı ve âdil bir yargılama için şarttır. Aksi durum, aynı zamanda tarafların ispat süreci hakkında hâkimde oluşan ve oluşacak kanaat üzerinde bilgi sahibi olmalarını engelleyecek ve bu durumda taraflar sürpriz karar ile karşılaşma olasılığı ile yüzyüze kalacaktırlar. Sürpriz karar yasağı ise, hukukî dinlenilme hakkının mutlak olarak ihlâli anlamına gelir ve yargılamanın bir bütün olarak âdil olmasını engeller.

Aşağıda üzerinde durulacağı gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yargılamanın *taraflar* ile *hâkim* arasında canlı bir diyolog şeklinde gerçekleştirilmesini sağlayan pek çok düzenleme bulunur. Ön inceleme kurumunun varlık sebebi ve bu konuya ilişkin getirilen kurallar, bu düzenlemelerin en başında gelir. Bunun hâricinde, örneğin mahkemenin*, tarafların da görüşünü almak suretiyle* bilirkişinin görevlendirilmesine karar vermesi (HMK m. 273/1) dahi, Kanun'un temel felsefesinde bu ilkenin benimsendiğini gösterir[10]. Türk hukuk uygulamasındaki temel sorun ise, ispat hakkının da güvencesini oluşturan bu diyoloğun taraflarla hâkim arasında kurulamaması; bu konuda yeterli eğitime ve bilince sahip olan hâkim ve avukatların pek fazla bulunmamasıdır.

§ 9 HÂKİMİN ROLÜ

I. İSPAT HAKKININ ETKİN ŞEKİLDE TESİS VE TEMİNİNDE HÂKİMİN ROLÜ VE ÖNEMİ

A. Genel Olarak

İspat hakkından bağımsız şekilde, medenî yargılama hukukunu tarih boyunca en fazla meşgul eden konuların başında hâkimin rolü ve yargılamadaki fonksiyonu gelmiştir. Elbette bu tartışmalar, çalışmamızın inceleme konusuna girmez. Bununla birlikte çalışmamızın ilk bölümünde de üzerinde durduğumuz gibi, hâkimin konumu ve yetkileri ile ispat hakkının güvence altına alınması arasında çok kuvvetli bir bağ

[9] Özekes, s. 56; Pekcanıtez, Âdil Yargılanma Hakkı, ss. 47-48.

[10] Esasında Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan, hâkimin, iki tarafı dinledikten sonra bilirkişiye sorulacak soruları tespit edeceği yönündeki düzenleme (HUMK m. 273) hem ispat hakkı hem de hukukî dinlenilme hakkı bakımından tarafları mutlak şekilde eşitlemekteydi. Düzenlemenin hukukî dinlenilme hakkı yönünden önemi için bkz. Özekes, s. 127.

bulunur. Bu bakımdan da, çalışmamızda ispat hakkı açısından hâkimin alabileceği, sağlaması gereken güvenceleri ayrıca ve daha ayrıntılı olarak inceleme gereği doğmuştur.

Esasen hâkimin ispat prosedüründeki ve ispat hakkının tesisindeki rolünde, temel belirleyici unsur, o hukuk sistemine hâkim olan ideoloji, hukuk kültürü ve tarihi, yargılama sisteminin özellikleri ve sorunları gelir[11]. Bu belirtilen konuların dışlanması suretiyle, sağlıklı bir şekilde hâkimin ispat hakkının temini sürecindeki rolünden bahsedemeyiz. Konunun bu yönü de, bir yandan ispat hakkının temini konusunda hâkimin rolünün ve görevlerinin son derece ulusal boyutta kaldığını göstermekte; diğer yandan da, hukuk tarihindeki gelişmeler, ispat hakkının tesisi için geçmişten ve diğer hukuk sistemlerinin tecrübelerinden ne gibi sonuçları hukuk sistemimize uygulayabileceğimiz konusunda önemli işaretler vermektedir. Biz de çalışmamızın bu bölümünde, mümkün olduğunca konunun sınırları dışına çıkmadan öncelikle hâkimin ispat hakkının tesisi ve teminindeki rolünü inceleyeceğiz.

Dava yönetimi (*Case management; Prozessleitung*) teorisi şeklinde ifade edilen kavram, esasında bir yargılama sürecinde gerçeğe ulaşılması için mahkeme tarafından yargılama kurallarının ve prosedürünün en etkili şekilde kullanılmasını amaçlamaktadır. Dava yönetimi kavramı içerisinde bu anlamda yargılama prosedürünü etkileyecek her türlü kural ve bizatihi yargılama prosedürlerinin tipolojileri girmektedir. Bu kapsamda yargılama usûllerini belirleyen kurallar, tarafların dava malzemelerinin (*vakıaları ve delilleri*) getirilmesi konusundaki yükümlülükleri, sürelere ilişkin kurallar, duruşmaların yürütülmesi gibi pek çok konu dava yönetimini etkileyen kavram ve kuralları konu alır[12]. Dava yönetimi konusundaki kurallar yargılama sistemlerinde genellikle hâkimin ön-yargılama/ön-tahkikat aşamasını kontrol altına alması ve tahkikatın yürütülmesi ile ilgilidir[13]. Son yarım yüzyıldır pek

---

[11] Hâkimin konumunun ve yetkilerinin, karşılaştırmalı yargılama hukuku tarihi bakımından inceleyen önemli bir çalışma için bkz. Habscheid, Richtermacht, ss. 175-196; Seif, ss. 535-556. Ayrıca bkz. Ernst Schilken, "Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü", Çev. Nevhis Deren Yıldırım, **İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku**, 3. Bası, İstanbul 2003, ss. 43-66.

[12] Bu konuda bkz. Gündüz, ss. 25-26.

[13] Gündüz, s. 26. Bu çerçevede pek çok yargılama modeli ön önceleme veya ön tahkikat aşaması olarak da ifade edebileceğimiz dilekçelerin teatisi ile tahkikat veya dava aşaması arasında yer alan usûlî süreçte önemli revizyonlar yapmıştır.
Yine bu konuda yaşanan gelişmelere bir başka örnek İskandinav ülkelerinde konuyla ilgili özellikle 1993 ve 2003 yıllarında yapılan reform çalışmalarıdır. 1993 reformundan önce İskandinav hukuk sistemlerinde ön tahkikat aşaması bulunmamaktaydı; bu durum da yargılamalarda doğrudanlığın, sözlü-

çok hukuk sistemi özellikle dava yönetimi çerçevesinde hâkimin aktifleştirilmesi konusunda önemli gelişmeler kaydetmektedir. Bu gelişmeler özellikle dava yönetimi ile davaların daha kısa sürede, daha ucuz ve etkin bir şekilde çözüme kavuşturulmasını amaçladığından konu pek çok araştırmaya, çalışmaya, projeye konu olmuştur[14].

Avukatla temsil zorunluluğunun bulunmadığı ve adlî yardım kurumunun da etkin şekilde çalışmadığı bir yargılama modelinde, hâkimin pasif kalması âdil olmayan kararların ortaya çıkmasına yol açacağı[15] gibi hâkimin pasifliği çoğu zaman yürütülen yargılamanın da âdil bir yargılama olmasını engelleyecektir. Hâkimin pasif kalması, işin doğası gereği yargılamanın âdil şekilde yürütülmesine engel olacaktır. Zira yargılama denilen süreç, özellikle taraflarca getirilme ilkesinin kabul edildiği yargılama modellerinde zaten tarafların mücadelesine dayanmaktadır. Her bir taraf kendi menfaatine uygun bir şekilde ispat sürecini yürütecek, bu durum da çatışan menfaatlerin ispat sürecine yansıması ile sonuçlanacaktır. Yargılama sürecinde taraflardan, çatışan menfaatlerine rağmen oyunu centilmence oynamalarını beklemek gerçekçi olmayacaktır. İşin doğası gereği yargılama bir çatışma sürecidir ve herkes kendi menfaatini korumak amacıyla centilmence olmayan birtakım taktikler ve usûlî araçlar kullanmak isteyebilir. Âdil şekilde yargılanma hakkı ise hâkimin sürece aktif bir şekilde müdahâle ederek âdeta oynanan oyunun centilmenlik kurallarına uygunluğunu sağlamalıdır. Aksinin kabulü, güçlü veya kurnazca usûlî araçları lehine kullanan tarafın yargılamadan gâlip çıkması ile sonuçlanacaktır. Dolayısıyla âdil bir şekilde yargılanma hakkı etkin, yetkin ve aktif bir hâkim aracılığıyla taraflar arasındaki mücadelenin âdil bir şekilde oynanmasını sağmalıdır. Bu durum aynı zamanda taraf-

---

lüğün ihmâline ve duruşmaların birbirinden uzun aralıklara yapılmasına sebebiyet vermiş ve tüm bu olumsuzluklar da yargılamaların uzaması konusunda önemli oranda şikâyetlere sebebiyet verince 1993 reformu ile ön tahkikat aşaması getirilmiştir [Laura Ervo, "Scandinavian Trends in Civil Pre-Trial Proceedings", **C.J.Q.,** S. 26, Ekim/2007, s. 466-467]. Zira 1993 reformu ile ön tahkikat ile tahkikat aşamasının ayrılması suretiyle doğrudanlığın, sözlülüğün ve duruşmaların olabildiğince yakın gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır (Ervo, s. 467). Bu şekilde avukatların davayı daha iyi bir şekilde ön tahkikat aşamasında hazırlaması amaçlanarak olası yargısal gecikmelerin önüne geçilmesi hedeflenmişti. Ancak bu reform ile ön tahkikat aşamasında tarafların dilekçelerini ve delillerini hazırlaması oldukça külfetli ve kapsamlı bir usûlî sürece dönüştüğünden, farklı problemlerin doğumuna sebebiyet vermiş; 2003 yılında tekrar önemli bir reform çalışması daha yapılmıştır. Ancak tüm bu önlemlere rağmen örneğin Finlandiya'da hâlen medenî yargıda davaların uzun sürmesinin önüne geçilemediği ifade edilmektedir (Ervo, s. 471).

[14] Bu konuda bkz. Ingo Saenger, "Case Management in Germany", **Litigation in England and Germany,** Edt. Peter Gottwald, Gieseking-Verlag, Bielefeld 2010, (Case Management in Germany), ss. 15-16 (bkz. dn. 114).

[15] Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 104.

ların şeklen değil esasen de ispat haklarını etkin bir şekilde kullanabilmeleri için gerekli olan zemini oluşturacaktır.

B. Karşılaştırmalı Hukuk Tarihi ve İspat Hakkı Perspektifleri ile Hâkimin Konumuna Kısa Bir Bakış

Medenî yargılamaya ilişkin bir konuda, meseleye karşılaştırmalı hukuk perspektifinden yaklaşmanın amacı, iç hukuk kurallarının diğer hukuk sistemlerinden farklarının ve problemli yönlerinin anlaşılmasını sağlar[16]. Türk hukuk sistemi, temelini Roma hukuku (*Roman Law*), ardından da Orta Çağ kilise hukukundan (*Canon Law*) alan ve günümüzde neredeyse Avrupa'nın tamamında geçerli olan Kıta Avrupası geleneğinden alır[17]. Temelini Ortak Hukuk geleneğinden alan İngiliz hukuku, ABD hukuk ise sistemimize oldukça yabancıdır[18, 19].

Kıta Avrupası hukukunu temelini Roma hukukundan almakla birlikte, karakteristik özelliklerini önemli ölçüde Fransız devrimi ile birlikte biçimlendirmiştir[20]. Devrimin ardından yürürlüğe giren Napolyon Medenî Kanunu (*Napoleonic Civil Code*) ve bunun ardından yürürlüğe giren Napolyon Medenî Yargılama Kanunu, bugünkü anlamda Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin çekirdeğini oluşturmuştur[21]. Napolyon kanunlarının ardından pek çok kıta Avrupası ülkeleri medenî yargılama kanunlarında çeşitli zamanlarda farklı boyutlarla revizyonlara gitmişse de, öz çekirdek değiştirilmemiştir[22]. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin ve özellikle Napolyon kanunlarının en belirgin ayırt edici özelliği basit, sade, meslekten olmayan kişilerin de anlayabileceği açıklıkta temel hukukî prensiplerin sistematik biçimde kod edilmesi ol-

---

16 John Langbein, "The Influence of Comparative Procedure in the United States", **Faculty Scholarship Series 1995,** Paper 505 (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/505), ss. 548-549. Ayrıca bkz. Main, s. 6.

17 Bu hukuk sisteminin temel özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Peter Cruz, **Comparative Law in a Changing World,** 3. Bası, Routledge Cavendish 2007, ss. 45-61; René David ve John E.C. Brierley, **Major Legal Systems in the World Today, An Introduction to the Comparative Study of Law,** 3. Bası, Stevens-Sons 1985, ss. 35-80.

18 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. David ve Brierley, ss. 308-440; Geoffrey Hazard, "From Whom No Secrets Are Hid", **Texas L.R.,** C. 76, 1998, ss. 1672 vd.; Main, ss. 9 vd.

19 İki hukuk ailesinin tarihi ve kültürel açıdan karşılaştırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. David ve Brierley, ss. 35-80, 308-440; Javier Martinez-Torron, **Anglo-American Law and Canon Law, Canonical Roots of the Common Law Tradition,** Duncker & Humblot, Berlin 1998, ss. 5-11, 61-73. Bu ayrılığın Kıta Avrupası medenî yargılama prosedürünün 12. YY itibariyle şekillenmeye başladığı; bu yüzyılda Ortak Hukuk'un ise, kendi ortak hukukunu çoktan geliştirmeye başlamış olması gösterilir (Martinez-Torron, s. 161).

20 Main, s. 6.

21 Jacob, ss. 3-6. Ayrıca bkz. Main, 6.

22 Jacob, ss. 3-6. Ayrıca bkz. Main, 7.

muştur[23]. Zira bu kanunları hazırlayan uzmanlar hukukun bir bütün olarak politik bir hüner olmaktan ziyade, bir bilim olduğu noktasından hareket etmişlerdir[24]. Napolyon kanunları ile birlikte hâkimlerin sahip olduğu yetkiler açısından önemli bir revizyon yapılmış ve hâkimlerin yetkileri, otoriteleri azaltılmıştır. Hâkimler hukuku uygulayacak, ancak verdikleri hükümler emsal olma üstünlüğüne sahip olmayacaktır. Aynı zamanda Napolyon kanunu ile birlikte avukatlar yargılamanın yürütülmesinde pasifleştirilerek bu konudaki temel yetki hâkimlere verilmiştir. Bununla birlikte mahkemeler artık avukatların müvekkillerinin menfaatleri uğruna dönüştürdükleri bir savaş alanı olmaktan çıkmış ve devletin birer kurumu hâline getirilmiştir[25].

Buna karşılık Ortak Hukuk dünyasında gelişmeler neredeyse tam tersi yönde ilerlemiştir. Ortak Hukuk sisteminin temeli monarşik yapının hâkimleri ve adalet sistemi ile şekillenen İngiliz hukukuna dayanmaktadır. İngiliz hukukunda parlamenter üstünlük geçerli olmasına rağmen, parlamento 12. YY'a kadar yazılı bir hukuk kuralı hazırlamamış ve hukuk sisteminde oluşan bütün boşluklar mahkemeler tarafından, önlerine getirilen uyuşmazlıklar hakkında verdikleri kararlar aracılığıyla doldurulmuştur. Böylece mahkemeler, parlamentonun otoritesine karşı koymadan ve saldırmaksızın, önceden vermiş oldukları kararları emsal nitelikte değerlendirerek *case method* ile oldukça geniş bir içtihat zenginliği oluşturmaya başlamıştır. İngiliz yerleşimcileri bu yöntemi Amerikan kolonilerine de taşımıştır. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, İngiltere'den daha erken bir aşamada hâkimlere belirli bir ölçüye kadar yargısal denetim yetkisi vermiştir. Bu çerçevede gerek İngiltere gerekse Amerika Birleşik Devletleri'nin, kıta Avrupası hukuk sistemlerinden farklı önemli bir özelliği genel hukuk prensiplerini şekillendiren kesimin, kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki gibi uzman bilim adamları değil hâkim, avukat ve politikacıların olması olmuştur. Hukuk Ortak Hukuk sisteminde bir bilim dalından ziyade pragmatik amaçlara hizmet eden bir faaliyet olarak görünmüştür[26]. Bu sebeple bu gelenekte, mahke-

[23] Jacob, ss. 3-6. Ayrıca bkz. Main, s. 7.
[24] Jacob, ss. 3-6. Ayrıca bkz. Main, s. 7.
[25] Jacob, ss. 3-6. Ayrıca bkz. Main, s. 7.
[26] Jacob, ss. 3-6. Ayrıca bkz. Main, s. 7. Ortak Hukuk geleneğinin bu özelliği ispat hukuku anlamında özel bir öneme sahip olur. Konunun bu yönü daha önce yargılama hukuku ideolojilerinin ispat hakkına etkisi kapsamında farklı bir boyuttan ele alınmıştır. Bu konuda bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1, III.

meler pasif bir konumda yer alır ve müvekkillerinin kişisel menfaatlerini en yüksek etkinlikte savunacak avukatların yargılama sürecinde başrolü oynar[27].

Bununla birlikte, iki ana hukuk geleneği arasındaki bu fark özellikle ondokuzuncu yüzyılın sonlarına doğru, yirmibirinci yüzyılın başlarında belirgin ölçüde kapanmaya başlamıştır. 1970'lerden itibaren kıta Avrupası hukuk sistemlerinde hâkimler mahkeme kararlarını emsal alarak, hatta kimi zaman yasa koyucunun iradesine karşı çıkarak kararlar vermeye başlamışlardır[28]. Benzer şekilde Ortak Hukuk -*özellikle Amerika Birleşik Devletleri*-, kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki hassasiyet ölçüsüne ulaşmamış olsa da, temel hukuk ilkelerinin kanunlaştırılmasına ağırlık vermiştir. Yine benzer şekilde Ortak Hukuk sistemlerinde hâkimin yetkileri ve konumları aktifleştirilirken; Kıta Avrupası geleneğinde de, Ortak Hukuk hukukçuları kadar olmasa da belirli ölçülerde agresifleştirilmektedir[29]. Tüm bu etkileşimler, yukarıda konunun ideolojik yönü üzerinde durulan esaslar çerçevesinde her hukuk sisteminde ispat hakkına yüklenen anlamın da değişik formlar kazanmasına sebep olmuştur.

C. Hukuk Sistemlerinde Hâkimin Aktifleştirilmesi Yönündeki Eğilimin Temelinde Yatan Sebepler

Medenî yargılama hukuku sistemlerinde, özellikle yirmibirinci yüzyıldan itibaren hâkimin yargılama sürecindeki rolü ve yetkileri konusunda geniş çaplı incelemeler, tartışmalar yapılmış ve bugün itibariyle hemen her medenî yargılama sistemi, daha aktif bir hâkimin yargılama sürecini yönetmesi konusunda revizyonlara gitmeyi tercih etmiştir. Bunun temelinde yatan önemli sebeplerden birisi, yargılamaların uzunluğu konusunda yaşanan problemlerdir[30]. Özellikle bu yüzyıl

---

27 Jacob, ss. 3-6. Ayrıca bkz. Main, s. 7.

28 Jacob, ss. 3-6. Ayrıca bkz. Main, s. 7.

29 Jacob, ss. 3-6. Ayrıca bkz. Main, ss. 7-8.

30 Bir yargısal sorun olarak yargılamaların gecikmesi, sorunlar, çözüm arayışları açısından seçilmiş literatür için bkz. W.D.H. Asser, "Within a Reosanable Time: A Joint Responsibility", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, ss. 23-29; Peter Gottwald, "Defeating Delay in German Civil Procedure", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, (Delay), ss. 121-129; A.W. Jongbloed, "Attempts to Accelerate Dutch Civil Procedure in teh Nineteenth and Twentieth Centuries", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, ss. 141-167; Paul Oberhammer, "Speeding up Civil Litigation in Austria: Past and Present Instruments", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, (Speeding Up), ss. 217-232; Paul Oberhammer ve Tanja Domej, "Delay in Austrian Civil Procedure and the Legitator's Response", **Within a Reasonable Time, The History of Due and Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Duncker & Humblot, Berlin 2010, (Within a Reasonable

itibariyle neredeyse tüm medenî yargılama modellerinin önündeki en önemli sorunlardan birisi, yargılamaların çok uzun ve masraflı sonuçlanması olmuş; bunu önlemek için de pek çok yargılama modeli hâkimin yargılama sürecindeki fonksiyonunu ve yetkilerini arttırma konusunda adımlar atmıştır[31].

Hâkimin yargılamadaki konumunun güçlendirilmesi yönündeki eğilimin bir diğer sebebi de, şüphesiz ki temel haklar konusunda yaşanan gelişmelerdir. Zira içinde bulunduğumuz yüzyılda, artık her ne pahasına olursa olsun yargılamanın sonunda bir hüküm elde edilmesi amacı bulunmamakta; yargılamanın aynı zamanda temel haklar öğretisinin gerekliliklerini de karşılaması beklenir. Bu anlamda âdil bir yargılama gerçekleştirebilmenin yolu, her şeyden önce tarafların eşdeğer silâhlarla yargılanmasını gerektirir. Taraflar arasındaki sosyo-kültürel veya ekonomik

---

Time), ss. 255-278; Walther Rechberger ve Thomas Klicka, "Accelerating Civil Litigation in Austria in the Twentieth Century", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, ss. 233-245; C.H. Remco van Rhee, "The Law's Delay; An Introdoction", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, (Delay), ss. 1-21; C.H. Remco van Rhee, "Measures to Speed up Civil Litigation in the Sixteenth Century Low Countries", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, (Speed Up), ss. 247-255; C.H. Remco van Rhee, "Introduction", **Within a Reasonable Time, The History of Due and Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Duncker & Humblot, Berlin 2010, (Within a Reasonable Time), ss. 7-35; Alan Uzelac, "Accelerating Civil Proceedings in Croatia - A History to Improve the Efficiency of Civil Litigation", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, (Efficiency in Civil Litigation), ss. 283-313; Alain Wijffels, "The Shadow of the Ancien Regime's Protracted Proceedings in the French Code of Civil Procedure (1806)", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, (French Code), ss. 361-376; Alain Wijffels, "Undue Delay and French Code of Civil Procedure (1806)", **Within a Reasonable Time, The History of Due and Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Duncker & Humblot, Berlin 2010, (Undue Delay), ss. 319-354; Martinez Velayos, "Measures to Accelerate Spanish Civil Procedure (1881-2003)", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, ss. 315-333; Pelayia Yessiou-Faltsi, "Civil Procedure in Greece (Nineteenth and Twentieth Centuries)", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, ss. 377-391.

30 Daha aktif bir yargılama modeli ve hâkimin, 20. YY'dan itibaren medenî yargılama hukukunda yargısal temel hakların gelişimi ile izlediği paralel eğilim hakkında bkz. Walter Rechberger, "Ein Rückblick auf das Prozessrecht des 20. Jahrhunderts", **Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Zivilverfahrensrechts,** Edt. Peter Gottwald, Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht e.V., Bielefeld-Gieseking 2002, ss. 7-12.

31 Bunun yanısıra alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine de yaygın bir şekilde başvurulabilmesi için hukuk sistemlerinin yaptığı revizyonlar bu konudaki en önemli gelişmelerden bir diğeridir (*medenî yargılama prosedürlerinde yaşanan ortak sorunların, medenî yargılama sistemlerini yakınlaştırması konusunda da bu hususa değinmiştik; bu konuda bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 2, II*). Özellikle yargı sürecinde hâkimin tarafları sulh ve arabuluculuğa da sevkedebilmesi için davanın erken aşamasında tarafların iddialarını, delillerini sağlıklı bir şekilde ön değerlendirmeye tâbi tutabilmesine, davanın erken aşamasında hâkimin belirli bir çerçevede ispat sürecini yönetmesini teşvik etmektedir.

farklılıkların, tarafların eşit şekilde hükme tesir edebilme haklarını ortadan kaldırmaması gerekir. Bu sebeple tarafların eşit imkânlarla yargılanmaları, eşit derecede ispat hakkına sahip olabilmeleri için hâkimin aktif şekilde yargılama ve bu arada ispat sürecini yönetmesi gerekir.

Yargılama modellerinin bu konuda attığı adımlar ile yargılama sürecinde pasif bir hâkim yerine, uyuşmazlığa yön verecek, yargılama sürecini yönetecek aktif bir hâkim modeli ile uyuşmazlıkların daha etkin, sağlıklı ve kısa sürede sonlandırılması amaçlanmıştır. Bu durum Kıta Avrupası hukuk geleneğinde genellikle *hâkimin davayı maddî anlamda sevk ve idare yetkisi* kavramı ile ele alınmaktayken; Ortak Hukuk geleneğinde *dava yönetimi (case management; Prozessleitung)* kavramının doğmasına ve gelişmesine sebep olmuştur. Dava yönetimi teorisi ile de hâkimin davayı sevk ve idare yetkisinde olduğu gibi, hâkimi yargılamada olabildiğince aktif bir konuma oturtmak ve yetkilerini arttırmak suretiyle daha etkin ve sağlıklı bir yargılama süreci yürütülmesi hedeflenmiştir. Bu şekilde hem yargılama usûl ekonomisi ilkesine uygun olarak daha basit, hızlı bir şekilde çözümlenecek hem de usûl hukukunun sosyal amacı olan gerçeğe ulaşılması ve adalete uygun karar verilmesi konusunda hâkimin yetkileri güçlendirilmiş olacaktır[32].

---

[32] Dava yönetimi çerçevesinde hâkimin yetkilerinin arttırılmasına, konumunun güçlendirilmesine yönelik çözüm arayışları, revizyonlar hakkında seçilmiş literatür için bkz. Allemeersch, ss. 79-89; E. Marlis Bajons, "Civil Procedure for Austria Revisited. An Outline of Recent Austrian Civil Procedure Reforms", **The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective (An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti in Florence, 12-13 December - 2003),** Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, G. Giappichelli Editore - Torino 2005, (Civil Procedure for Austria Revisited), ss. 117-130; A.W. Jongbloed, "Judicial Case Management and Efficiency in the Netherlands", **Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2008, (Judicial Case Management), ss. 93-107; Andreea Ciurea, "The Initiative of the Judge in Matters of Evidence. Aspects of Comparative Law", **Bulletin of the Transilvania Univ. of Braşov,** C. 5 (54), S. 1, 2012, ss. 93-98; Gar Yein Ng, "Case Management: Procedural law v. Best Practices", **Civil Justice Between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Alan Uzelac, Intersentia, Antwerpen 2008, ss. 103-129; **Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2008, ss. 111-133; Paul Oberhammer ve Tanja Domej, "Powers of the Judge: Germany, Switzerland and Austria", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Powers of the Judge / Germany, Switzerland, Austria), ss. 295-306; Paul van Orshoven, "Powers of the Judge: Belgium", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Powers of the Judge / Belgium), ss. 291-294; C.H. Remco van Rhee, "Introduction", **Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2008, (Judicial Case Management / Introduction), ss. 1-9; C.H. Remco van Rhee, "The Development of Civil Procedural Law in Twentieth Century Europe: From Party Autonomy to Judicial Case Management and Efficiency", **Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2008, (From Party Autonomy to Judicial Case Management), ss. 11-23; G. Rutgers ve J.W. Rutgers, "Reform of the Code of Civil Procedure in the Netherlands", **The Reforms of Civil Procedure in Comparative**

D. Hukuk Sistemlerinde Bu Amaçla Yapılan Revizyonlardan Bazı Örnekler

1. İngiltere Örneği

Konuyla ilgili gelişmeler kendisini taraf hâkimiyetinin oldukça yoğun bir şekilde hâkim olduğu Ortak Hukuk sistemlerinde de göstermektedir[33]. Hatta bu konudaki en radikal değişiklikleri, 1999 yılında İngiliz Medenî Yargılama Kuralları (*RCP*) ile İngiltere ve Galler'in kabul ettiğini belirtmek yanlış olmayacaktır. Birleşik Krallık'ta yaşanan bu gelişme, Kıta Avrupası sistemi için oldukça dikkat çekicidir; zira tarihî ve kültürel yapısı, Ortak Hukuk sisteminde tarafları çok güçlü ve aktif, hâkimi ise pasif ve kontrolsüz bırakmaktadır. Oysa yeni yapısıyla birlikte RCP, medenî yargılama modeli olarak taraf hâkimiyetini terk etmemekle birlikte, hâkimin çok daha aktif olduğu, yargılama sürecine müdahâlede bulunabildiği ve hâtta bazı yönlerden hâkime, Kıta Avrupası sistemlerinde dahi verilmeyen dava yönetimi yetkisi

---

Perspective (An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti in Florence, 12-13 December - 2003), Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, G. Giappichelli Editore, Torino 2005, ss. 131- 142; Saenger, Case Management, ss. 15-38; Yoshio Taniguchi, "Japan's Recent Civil Procedure Reform: Ist Seeming Success and Left Problems", **The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective (An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti in Florence, 12-13 December - 2003),** Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, G. Giappichelli Editore, Torino 2005, (Japan's Recent Civil Procedure Reform), ss. 92-110; Remme Verkerk, "What is Judicial Case Management? A Transnational and European Perspective", **Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2008, (Judicial Case Management), ss. 27-52; Remme Verkerk, "Powers of the Judge: The Netherlands", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Powers of the Judge / The Netherlands), ss. 281-289; Verkerk, Powers of Judge - England and Wales, ss. 307-314; R.Verkijk, "Beyond Winning: Judicial Case Management and the Role of Lawyers in the Principles of Transnational Civil Procedure", **Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2008, (Case Management), ss. 57-76; Gerhard Walter, "The German Civil Procedure Reform Act 2002: Much a Do About Nothing", **The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective (An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti in Florence, 12-13 December - 2003),** Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, G. Giappichelli Editore, Torino 2005, (The German Civil Procedure Reform Act 2002), ss. 67-89; Zuckermann, Court Case Management in England, ss. 1-14; Adrian Zuckermann, "Court Control and Party Compliance - The Quest for Effective Litigation Management", **The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective (An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti in Florence, 12-13 December - 2003),** Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, G. Giappichelli Editore, Torino 2005, (Court Control and Party Compliance), ss. 143-161.

[33] Taraf hâkimiyetinin yoğun bir şekilde yargılama sistemine yön vermesinin, yargılama sürecinde daha güçlü olan tarafın davayı kazanmasına sebebiyet verdiği gözlemlenmiş ve özellikle de son yarım yüzyıldır temel haklar konusunda yaşanan gelişmeler, bu çerçevede silâhların eşitliği ilkesi, âdil yargılanma hakkı, etkin hukukî koruma, adalete eşit erişim hakkı gibi kavramlar yoğun bir şekilde taraf hâkimiyetini kabul eden hukuk sistemlerinde, hâkimin yetkilerini ve tarafların rollerini tartışma konusu yapmaya başlamıştır. Buna karşılık Kıta Avrupa sistemlerinde hâkimin en başından bu yana nispeten aktif bir konumda olması, taraf hâkimiyetinin daha kontrollü şekilde kabul edilmesi, Kıta Avrupası'ndaki konuyla ilgili tartışmaları kısmen sınırlamıştır. Buna rağmen Kıta Avrupası hukuk sistemleri de temel haklar konusunda yaşanan gelişmeler karşısında kayıtsız kalmamış; daha âdil, daha eşit ve daha etkin bir yargısal prosedür için hâkimin konumunu değerlendirmeye almış; konu özellikle mâkûl sürede yargılanma hakkı bakımından kayda değer bir tartışma ortamı yaratmıştır.

bahşeden bir sistem benimsemiştir[34].

Bu kapsamda karşılaştırmalı medenî yargılama hukuku sistemlerinde de, yargılama sürecinde hâkimin sahip olduğu yetkileri *davanın niteliğine* ve özellikle de *uyuşmazlığın karmaşıklığına* göre sınıflandırma; bu sınıflandırma çerçevesinde de, hâkimin yetkilerinin belirlenmesine yönelik bir eğilim bulunmaktadır. Dolayısıyla dava yönetimi denildiğinde öncelikle hâkimin iki konudaki yetki ve görevleri akla gelmektedir. *Birincisi*, hâkime dava yönetimi kapsamında yargılama prosedürünü belirleme yetkisi tanınması; *ikincisi* ise, belirlenen yargılama prosedürü içerisinde de çeşitli araçlarla dava konusu, deliller ve taraf davranışları üzerinde denetleme, gözetleme ödevi verilmesidir.

Bu kapsamda dava yönetiminin ilk yönü, karşılaştırmalı hukukta hâkime uyuşmazlığın miktarına göre yargısal prosedüre karar verme yetkisi ile ele alınır[35]. Örneğin İngiliz Medenî Yargılama Kuralları'nda uyuşmazlıklar miktarları da dikkate alınarak kanunkoyucu tarafından üç gruba ayrılmış; uyuşmazlıkların türüne göre de hâkime prosedürü yönetme konusunda çeşitli yetkiler tanınmıştır. Benzer şekilde Alman hukukunda da belirli miktarın altında kalan uyuşmazlıklarda, hâkimin yargılama usûlünü kendisinin belirleyeceği düzenlenmiştir. Bu anlamda karşılaştırmalı hukukta uyuşmazlığın daha kısa sürede çözümlenmesi için konu odaklı bir tasnif değil, miktar odaklı bir tasnif belirlenmiş ve belirli miktarın altında kalan uyuşmazlıklarda hâkime yargılama prosedürünü belirleme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Dava yönetiminde taraf davranışları üzerinde birinci derecede

---

[34] Bu konuda bkz. Alangoya, İlkeler, ss. 100-102; Andrews, Modern Civil Process, ss. 24-25; Gündüz, ss. 28-33.
İngiliz hukukunda dava yönetimi kapsamında hâkimin güçlenmiş konumu ve yaşanan gelişmeler hakkında seçilmiş literatür için bkz. Andrews, ss. 22-25; Andrews, Order Out of Chaos, ss. 19-38; Andrews, Case Management, ss. 349-357; Andrews, Global Dimensions, ss. 3-30; Andrews, Competitive World, ss. 289-309; Andrews, The New English Civil Procedure Rules, ss. 161-181; Andrews, The Pursuit of Truth, ss. 69-96; Andrews, Accelerated Justice, ss. 79-104; Andrews, Going, Going, Gone, ss. 3-26; Darbyshire, ss. 170-175, 213-262; Dwyer, ss. 33-108; Jolowicz, ss. 185-221, 355-398; Kay ve diğerleri, ss. 37-53, 638-715; Slapper ve Kelly, ss. 187-224; Stürner, The English Reform as a Model for Further Harmonization, ss. 9-13; Verkerk, Powers of the Judge: England and Wales, ss. 307-317; Zuckermann ve Assy, ss. 47-63; Zuckermann, Court Case Management in England, ss. 1-14; Zuckermann, Effective Court Management, ss. 49-71; Zuckermann, Court Control and Party Compliance, ss. 143-161; Zuckermann, Wolf Report, ss. 31-42; Zuckermann, Party Control, ss. 65-88.

[35] Amerika Birleşik Devletleri'nde hâkim, dava yönetimi konusundaki yetkisini Federal Medenî Yargılama Kuralları Madde 1'den almaktadır. Bu düzenlemeye göre hâkim, her davayı ve yargılama prosedürünü adil, süratli ve ucuz olacak şekilde yorumlamalı ve yönetmelidir. Ancak hâkimin bu yetkisi, Amerika Birleşik Devletleri'nin liberal yapısında avukata verilen yetkileri ve konumu sarsacak kuvvette değildir. Bu konuda bkz. William Schwarzer, "Case Management in the Federal Courts", **C.J.Q.,** S. 15, Nisan 1996, s. 141.

mahkemenin denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunmakla birlikte, dava yönetiminin sağlıklı bir şekilde sonuç verebilmesi için tarafların ve özellikle avukatların da önemli rolü bulunur[36].

Dava yönetimi kapsamında ele alınan ikinci konu ise, yargılamaların zaman kaybetmeden süratli, etkin ve basit bir şekilde sonuçlandırılması için yargısal süreç üzerinde hâkime birtakım usûlî araçların tanınmasına yöneliktir. Bunlar özellikle iddiaların somutlaştırılması, vakıalar ve deliller üzerinde hâkimin denetim yetkisi, açık olmayan iddialar ve deliller hakkında açıklattırmada bulunması gibi yetkileri içerir. Bu şekilde hâkime tanınan usûlî yetkiler ve imkânlar ile hâkim yargısal süreç üzerinde aktif bir şekilde rol almakta, tarafların kötüniyetli olarak haksız şekilde sonuç elde etmeye veya yargılamayı geciktirmeye yönelik işlem ve davranışları engellenebilmektedir. Zira âdil bir yargılama süreci ve gerçek anlamda hukukî korumanın temin edilebilmesi için hâkimin sadece yargılama prosedürü hakkında takdir yetkisine sahip olması yeterli değildir; aynı zamanda yargılama prosedürünün de sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için birtakım yetkilere sahip olması gerekir. Esasında dava yönetiminin ikinci yönü olan yargısal süreç üzerinde hâkimin denetim ve gözetim yüküne hizmet eden kuralların önemli bir kısmı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da hâkime tanınan yetkiler ve yüklenen görevlerdir.

2. Almanya Örneği

Alman medenî yargılama hukukunda hâkimin *dava yönetimi (Prozessleitung)* kapsamında sahip olduğu bu yetkiler *şeklî dava yönetimi (formelle Prozessleistung)* ve *maddî dava yönetimi (materielle Prozessleistung)* yetkileri şeklinde ikiye ayrılır[37]. Duruşmaya hazırlık (ZPO § 273)[38]; uzlaştırma duruşması (ZPO § 278)[39];

---

36 Verkijk, Case Management, ss. 57-76.

37 Hanns Prütting, "Die materielle Prozessleitung", **Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag,** Verlag C.H. Beck, Münih 2004, (Prozessleitung), s. 18.

38 ZPO §273 düzenlemesi, mahkemenin duruşmayı tüm ayrıntıları ile birlikte ve zaman plânlamasına uygun olarak hazırlaması görevini şart koşmaktadır. Bu durum aynı zamanda hâkimin uyuşmazlık konusu vakıalara ilişkin sistemli bir şekilde bilgi edinmesini sağlayacaktır. Duruşmaya hazırlık aynı zamanda deliller konusunda da önemli özellikler taşır. Bu özellikler delillerin gerekli şekilde vakıaları açıklayıcı niteliğini pekiştirmeleri açısından önemlidir. Bu konuda bkz. Saenger, Case Management, s. 19.

39 Dava yönetiminin bir diğer unsuru da mahkemenin tarafları uyuşmazlığa veya belirli konularına ilişkin uzlaştırma yükümlülüğü bulunur. Bu yükümlülük ZPO §278'den doğmaktadır. Hâkim, uzlaştırma yükümlülüğünü yerine getirmek için önemli yetkilerle donatılmıştır. Bu çerçevede hâkim uyuşmazlık konusunda uzlaştırma sağlamak için uyuşmazlığa ilişkin vakıalar ve tarafların hukukî argümanları hakkında taraflarla *tartışmalı,* gerekiyorsa *sorular sormalıdır.* Dolayısıyla hâkim, uyuş-

hâkimin bilgilendirme yani davayı aydınlatma yükümlülüğü (ZPO § 139); mahkemenin bilgi kaynaklarının temininde sahip olduğu rol (*özellikle taraf ifadelerinin alınması, belgelerin ibrazı ve keşif gibi*) (ZPO § 144) dava yönetimi teorisi çerçevesinde değerlendirilen başlıca düzenlemelerdir[40].

Alman hukukunda 27 Temmuz 2001 yılında Alman Medenî Yargılama Kuralları'nda bir reform yapılmış ve önemli değişiklikler getirilmiştir. Bu reform çalışmasının başlıca hedeflerinden birisi de, ilk derecedeki yargılamayı güçlendirmektir[41]. İlk derecedeki yargılamanın güçlendirilmesi için de hâkime somut olarak hâkimin tarafları uyarma, *işaret etme yükümlülüğü (richterliche Hinweispflicht)* ile davayı aydınlatma yükümlülüğü üzerindeki yetkileri arttırılmıştır[42]. Bu çerçevede ilk olarak Alman Medenî Yargılama Kuralları § 139 yeniden düzenlenmiştir. Bu değişiklik ile kanunkoyucu, hâkimin *davayı maddî anlamda sevk yetkisi*nin bir görünümü olan *uyarma yükümlülüğünü (richterliche Hinweispflicht)* ZPO § 139'da bir bütün olarak yeniden düzenlemiş ve ZPO § 139/4'de de bu yükümlülüğün mümkün olduğunca erken yerine getirilmesi ile tutanağa geçirilmesini öngörmüştür[43]. ZPO § 139, Alman medenî yargılama hukuku için son derece büyük bir öneme sahiptir. Çalışmamızın ikinci bölümünde hukukî dinlenilme hakkını incelerken, bu hakkın unsurları arasında aynı zamanda hâkimin işaret etme yükümlülüğünün de sayıldığını belirtmiştik[44]. Benzer şekilde tarafların eşit silaâhlarla yargılanması gerekliliği, hâkimin işaret etme yükümlülüğünün temelini aynı zamanda AİHS m. 6'ya da-

---

mazlık konusu hakkında tarafların uzlaşma şansının bulunup bulunmadığını gözden geçirmelidir. Bu konuda bkz. Saenger, Case Management, s. 20. Ayrıca hâkimin işaret etme yükümlülüğü (ZPO § 139) ile uzlaştırma duruşması arasındaki ilişki için bkz. Rensen, Die richterliche Hinweispflicht, ss. 248-288.

40 Saenger, Case Management, ss. 19-32. Ayrıca bkz. Fritz Baur, "Die Aktivität des Richters im Prozess", **Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Teheran 1974,** Tübingen 1974, (Aktivität), ss. 187-294. Bu konuda karşılaştırmalı bir incelem için bkz. Helmut Weber, "Aktuelle Prozeßrechtsreform in England - Zugleich ein Beitrag zur Prozeßrechtsvergleichung am Beispiel des § 139 ZPO", **ZZPInt,** C. 5, 2000, ss. 59-74.

41 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Peter Gottwald, "2001 Reform Kanunu'nun Ardından Almanya'da Medenî Usûl Hukuku", Çev. Murat Atalı ve Mustafa Göksu, **Legal MİHDER,** S. 3, 2006, (2001 Reformu), ss. 687-704.

42 Alman Medenî Yargılama Kuralları'nda 27.07.2001 tarihinde gerçekleştirilen bu reform çalışmasındaki dava yönetimine ilişkin yetkilerin değerlendirilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Saenger, Case Management, ss. 19 vd. Ayrıca Alman hukukunda hâkimin bu çerçevedeki yetki ve görevleri için bkz. Fritz Baur, "Parteirechte und Richterpflichten im modernen Zivilprozeß- Wandlungen und Erfahrungen", **Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag,** Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viyana 1986, (Parteirechte), ss. 75-82.

43 Gottwald, 2001 Reformu, ss. 688-689.

44 Bu konuda ayrıca bkz. Rensen, ss. 80-81.

yandırır[45]. Bu madde, Alman medenî yargılama hukukuna karakterini veren en önemli düzenlemelerden biri olduğu için sistemin "*Magna Carta*"sı olarak ifade edilir[46]. ZPO § 139, tarihi kökenini dayandırdığı 1877 tarihli CPO (*Civilprozessordnung*) § 130'dan bu yana, Alman hukukunda hâkimin dava yönetimi yetkilerinin temel karakterini oluşturur[47].

ZPO § 139'un temel amaçları arasında tarafların silâhların eşitliği ilkesinin gereklilikleri çerçevesinde yargılamanın süjesi olabilmeleri, hukukî dinlenilme haklarının gerçek anlamda tesisi, usûl ekonomisi gibi ilkeler yer alır[48]. Bu maddenin tanıdığı yetkiler çerçevesinde hâkim taraflara sorular yöneltebilir, açıklamada bulunmalarını sağlayabilir. ZPO § 139/1 öncelikle mahkemenin taraflarla açık bir şekilde uyuşmazlık konusu vakıaları ve hukukî durumlarını karşılıklı olarak tartışmalarını, gerekli olduğu zamanlarda da mahkemenin taraflara soru yöneltmelerini öngörür. Şayet ifadeler belirsiz, deliller yetersiz ve eksik ise, mahkeme taraflara uygun tâlimatları vermekle yükümlüdür. Kısacası mahkeme, tarafların iddia ve savunmaları ile delillerini zamanında ve yeterli açıklıkta tamamlamaları için onları yönlendirme, yönetme yetkisine sahiptir (ZPO § 139/1, 2. cümle). Hâkimin -uyuşmazlığa ilişkin nihaî kararını açıklaması anlamını taşımayacak şekilde-, ZPO § 139/2'nin gereği olarak tarafların sürpriz kararla karşılaşmamaları için hâkimin hukukî değerlendirmesinde ve nihaî olarak hukukî görüşünün oluşmasında ilgili varsaydığı konularda tarafları bilgilendirme yükümlülüğü bulunur. Bu çerçevede mahkeme, aynı zamanda örneğin ispat yükünü yanlış değerlendiren tarafın durumunda olduğu gibi delillerin ibrazı konusunda eksiklikler yapan tarafın dikkatini çekmelidir. Başka bir ifade ile tarafların sürpriz kararla karşılaşmalarına sebep olacak her türlü eksiklik, yanlışlık konusunda tarafları uyarma yükümlülüğü bulunur[49]. Değişiklik öğretide de belirtildiği üzere, açık ve işbirliği içeren bir dava yönetim sisteminin modern Alman medenî yargılama sisteminin sorunsuz bir şekilde işlemesi ihtiyâcından kaynaklanmıştır[50]. Zira mahkemenin bu görevi çerçevesindeki hususlarda

---

45 Rensen, s. 119.
46 Bu konuda bkz. Prütting / Gehrlein, **ZPO Kommentar,** 7. Bası, 2015, § 278, N. 18; Saenger, Case Management, s. 20.
47 Bu maddenin tarihi gelişimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Rensen, ss. 9-56.
48 Maddenin belirtilen ve diğer amaçları için bkz. Rensen, ss. 133-140.
49 Bu konuda bkz. Saenger, Case Management, s. 21.
50 Gottwald, 2001 Reformu, s. 689.

kısıtlamalara gidilmesinin, bireylerin hukukî korunmasını riske sokmak anlamına gelebileceği haklı olarak belirtilmektedir[51].

Hâkimin maddî anlamda davayı yürütme yükümlülüğü, sadece ilgili vakıalar ve deliller konusunda tarafların dikkatini çekmekten de ibaret değildir; aynı zamanda tarafları bizzat dinleyebileceği (ZPO § 141) gibi, kendiliğinden birtakım delillere başvurulmasına da karar verme yetkisine sahiptir. Örneğin mahkeme kayıt ve belge ibrazına karar verebilir (ZPO § 142); keşfe karar verebilir (ZPO §144); duruşmaya hazırlık çerçevesinde resmî kurumlardan bilgi ve belge temin etmesi mümkün olduğu gibi, tanıkların ve bilirkişilerin çağırılması konusunda da karar verebilir (ZPO § 273).

Yine yukarıda belirttiğimiz 2001 yılında yapılan reform ile getirilen ve konumuzu ilgilendiren ikinci önemli değişiklik, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünü etkileyen ZPO § 142'nin yeniden düzenlenmesidir. Yeni ZPO § 142'ye göre mahkemenin, taraflara ellerinde bulunan belgeleri sunmaları için emir verme yetkisi bulunmaktadır. Madde ayrıca mahkemeye üçüncü kişilere de, tanıklık yaparak bilgi verme yükümlülükleri çerçevesinde, ellerindeki belgeleri ibraz etme konusunda emir verme yetkisi getirmiştir[52]. Yine yeniden düzenlenen ZPO § 144, taraflara ve üçüncü kişilere, özel mesken haricindeki incelemelere (keşiflere) müsaade etme (katlanma) zorunluluğu getirmiştir. ZPO § 144 gerek Kanun tasarısı hâlindeyken gerekse kabul edildikten sonra oldukça fazla tartışma yaratması, bu hükümle taraflara ve üçüncü kişilere iradelerine aykırı olsa da belgelerin ibrazı mecburiyeti getirmiş olmasıdır. Bu değişikliğin temelinde Ortak hukuk modelinde *discovery* kurumunun

---

[51] Gottwald, 2001 Reformu, s. 689. Yazarın bu değişiklik öncesinde uygulamada pek çok hâkimin Kanun'da yer alan uyarma görevini ciddiye almamış olduğunu; bu sebeple de, mahkemeler tarafından zamanına uygun olarak tarafların açıklamalarının yapıldığı kapsamlı bir ilk duruşmaya hazırlık çalışmasının lâyıkıyla yerine getirilmediğini belirtmesi, Türk medenî yargılama hukukundaki benzer sorunların, yoğunluğu daha farklı olsa da Alman medenî yargılama sisteminde de yaşanmış olduğuna dikkat çekmektedir (Gottwald, 2001 Reformu, s. 689). Yazar özellikle söz konusu reform çalışması öncesinde hâkimlerin bu görevini tam anlamıyla yerine getirmemesinin gerekçesini, (*i*) hâkimlerin bu yükümlülükleri çerçevesinde verecekleri hukukî tavsiyelerin tarafsızlıklarını şüpheye düşürebileceği endişesi taşımaları ile (*ii*) bazı davalarda da, bu aydınlatma eksikliğinin hâkimin tembelliğinden, örneğin dava dosyasına sadece duruşmadan önceki gün hızlıca göz gezdirmesinden kaynaklanması olarak belirtmektedir (Gottwald, 2001 Reformu, s. 689).

[52] Bu düzenleme bazı eleştiriler almaktadır. Özellikle avukatlar, bu düzenlemenin hassas, çoğu zaman da ticarî sırlar gibi özel ve gizli bilgi içeren belgeleri sunmak zorunda kalınmasına karşı, taraflara *açık bir* koruma taşımadığından yakınmışlardır. Bu görüşe göre, hangi belgelerin sunulması gerektiği her bir olayda hâkimlerin takdirine bırakılmamalı, bu yükümlülüğün sınırları kanunkoyucu tarafından çizilmelidir.

etkisi ile taraflar arasında bilgi ve belgelerin müşterek paylaşımı için tarafların belge ve bilgi paylaşımına zorlanabilmesi; teknolojik ve sosyolojik gelişmelerin, özellikle de uluslararası boyut taşıyan uyuşmazlıkların dünyadaki gelişime paralel olarak yargılama kurallarında revizyona gidilmesi gereğine dayanmaktaydı[53]. Değişiklikten önce bir belgeye, bilgiye dayanan ancak kendi hâkimiyet alanında bulunmayan taraf, diğer tarafı belge ve bilgi paylaşımına zorunlu kılamamaktaydı ve bu durumdan diğer taraf kendi lehine hak çıkarabilmekteydi. Reform ile birlikte tarafların bu şekilde belge ve bilgi paylaşımına zorlanabilmesi, aynı zamanda taraf hâkimiyetinin ve taraflarca getirilme ilkesinin önemini azalttığı şeklinde de algılanmıştır[54].

Hâkime dava yönetiminde bu denli geniş yetki tanınması hiç şüphesiz ki, hâkimin tarafsızlığını koruyamayacağı şüphesini de akla getirebilmektedir[55]. Ancak Alman hukukunda bu konuda sınır oldukça geniştir. Hâkimin dava yönetimi çerçevesinde işaret etme ve açıklattırma yükümlülüğünün sınırı, mahkemenin taraflardan daha önce sunmadıkları bir itiraz, talep, savunmayı yargılamaya getiremeyecekleri; bunun dışında ise genel olarak hâkimin tarafsızlığının şüpheye düşmesinin somut bazı görünümleri olması gerektiği noktasına ulaşılmaktadır[56]. Buna ilâve olarak ZPO § 139'un hâkime tanıdığı bu geniş yetki, Alman öğretisinde taraflarca getirilme ilkesinden ödün verildiği veya vazgeçildiği yönünde yorumlanmamaktadır. Aksine bu düzenlemenin tarafların prosedürel taktiklerini doğru ve sağlam geliştirmeleri için taraflara tanınan bir imkân olarak değerlendirilir[57].

---

53 Bu konuda bkz. Saenger, Case Management, s. 25

54 Saenger, Case Management, s. 25. Bu konuda ayrıca bkz. Urs Peter Gruber ve Erik Kießling, "Die Vorlagepflichten der § § 142 ff. ZPO nach der Reform 2002 - Elemente der 'discovery' im neuen deutschen Gerichtsverfahren?", **ZZP,** C. 116, S. 3, 2003, ss. 305 vd.; **Dieter Leipold,** "Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess", **Festschrift für Walter Gerhardt,** RWS Verlag Köln 2004, ss. 563-567; Ingo Saenger, "Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts aus deutscher Sicht", **ZZP,** C. 121, S. 2, 2008, (Beweisrechts), ss. 142-152; Gerhard Wagner, "Urkundenedition durch Dritte, Deutsches Recht und amerikanische Discovery", **Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag,** Mohr Siebeck 2009, ss. 801-804; Gerhard Wagner, "Urkundenedition durch die Prozessparteien", **Juristenzeitung,** 2007, ss. 706-715.

55 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Vural Karaaslan, "Hakimin Tarafsızlığı İlkesi ile Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki", **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı - XII (18-19 Ekim 2014, Isparta),** SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, ss. 97-131.

56 Bu konuda bkz. Saenger, Case Management, ss. 23-24; Stürner, ss. 22-32.

57 Bu konuda bkz. Saenger, Case Management, s. 23.

II. HÂKİME İSPAT SÜRECİNİ YÖNETME KONUSUNDA VERİLEN ARAÇLAR

A. Ön İnceleme Aşaması ve Hâkimin Tarafları Sulhe Teşvik Görevi

Hukukumuzda hâkimin, ispat hakkını da etkileyecek şekilde pek çok konuda yetkisi bulunur[58]. Bunların başında ön inceleme aşamasındaki yetklileri, ispat hakkının henüz davanın başında tesis edilebilmesi için önemli yetkiler barındırır. Ön inceleme aşaması ve hâkimin tarafları sulhe teşvik görevinin, hâkimin aktifleştirilmesinde ve ispat sürecini yönetmede önemli bir rolü bulunur. Bilindiği üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile dilekçelerin teatisi aşaması ile tahkikat aşaması arasına *ön inceleme* aşaması dâhil edilmiştir. Ön inceleme aşamasına geçilebilmesi için öncelikle taraflar dilekçelerinde dayandıkları iddiaları, hukukî sebepleri gerekçeleri ve delilleri ile birlikte ortaya koymalıdırlar. "*Ön incelemenin kapsamı*" başlığını taşıyan 137. Madde hükmüne mahkeme ön incelemede, dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir (HMK m. 137/1). Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez (HMK m. 137/2). Bu kapsamda hâkim, ön inceleme duruşmasında, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verebilmek için gerekli görürse tarafları dinler; daha sonra, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder (HMK m. 140/1). Hâkim uyuşmazlık konularını tespit ettikten sonra da, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder. Bu işlemlerden sonra hâkim sulh veya arabuluculuğa teşvik faaliyetinden bir sonuç alınıp alınamadığını tutanak ile tespit eder (HMK m. 140/3).

Bütün bu hükümler esasında tahkikat aşamasına geçilmeden önce taraflar ve hâkim açısından uyuşmazlığa ilişkin bir yol haritasının çıkarılmasını sağlar ve bu anlamda bu hükümlerin gereğinin yerine getirilmesi, tarafların ispat hakkını tam anlamıyla kullanabilecekleri bir ispat sürecine de hem tarafları hem de mahkemeyi

---

[58] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammet Özekes, "Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama: HMK Tasarısı'nda Ön İnceleme", **HPD,** S. 8, Eylül/2006, (Ön İnceleme), ss. 101-110. Ayrıca ön inceleme hükümleri hâricindeki hâkimin yetkileri konusunda bkz. Yavuz Alangoya, "Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasındaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında", **Kazancı Dergisi,** Mayıs/2005, (Dava Temeli), ss. 83-113.

hazırlar. Zira hâkimin tarafları sulh veya arabuluculuğa teşvik edebilmesi için öncelikle tarafların uzlaştıkları ve uzlaşamadıkları hususları tespit etmesi, delillere ilk görünüş itibari ile göz gezdirmesi, tarafların haklılık durumlarını genel bir intiba ile değerlendirmesi ve haklılık durumuna göre dayandıkları veya ellerinde bulunan delillerin iddialarının ispatı için yeterli olup olamayacağını belirlemesi gerekir. Bu noktada özellikle hâkim tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik ederken, tarafları ispat faaliyeti durumları ile ilgili de bilgilendirmeli; tarafların ellerindeki delillere göre, karşılaşabilecekleri ispat zorluklarını taraflara işaret etmeli ve taraflara ispat haklarının tehlikeye girmemesi için hukukî tavsiyelerde bulunmalıdır. Bu noktada hâkim, tarafsızlığının şüpheye düşüreceği kaygısını yaşamamalıdır. Zira bütün bu değerlendirmeleri yapmak zaten kanun gereği, tarafları sulhe teşvik etmek için gereklidir. Bu değerlendirmelerini taraflarla paylaşması, onlar için bir yol haritası belirlemesi bilâkis hukukî güvenlik ilkesinin bir gereğidir ve tarafların sürpriz kararla karşılaşma risklerini de bertaraf eder. Burada önemli olan hâkimin, yargılamanın her iki tarafına da eşit uzaklıkta olmasıdır. Bu noktada hâkimin bir tarafın ispat faaliyeti konusunda daha fazla açıklama yapması, taraflar arasında eşitsizlik uyguladığı anlamına gelmez. Hâkimin her iki tarafın iddialarını, uyuşmazlık konusu hakkında getirebildikleri veya getirebilecekleri delilleri, karşılaşabilecekleri ispat güçlükleri veya imkânsızlıklarını taraflarla objektif bir şekilde paylaşması, hâkimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir durum değildir[59].

Ön inceleme aşamasının, uyuşmazlık konusunun asıl inceleneceği tahkikat ve sözlü yargılama aşamalarına dava dosyasını ve tarafları hazırlamak amacını taşıdığı dikkate alındığında, hâkimin bu aşamada etkin ve yetkin şekilde uyuşmazlık konularını tespit ettikten sonra tarafları özellikle ispat araçlarının gidişâtı hakkında oluşan kanaatine ilişkin bilgilendirmesi ispat hakkının temini için şarttır. Hâkimin bu aşa-

[59] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, hukukî dinlenilme hakkı açısından hâkimin ispat prosedürü içerisindeki yerini ve özellikle delillerin yargılamadaki yerine verdiği önem şu şekilde vurgulanmaktadır: "…bir tarafın uyuşmazlığı dava yoluyla mahkeme önüne getirmiş olması, o tarafın, usul hukukunun kendisine tanıdığı tüm yol ve olanakları kullanarak, iddiasını kanıtlama istek ve amacını taşıdığı anlamında kabul edilmelidir. Dolayısıyla, bir davada, iddiasını kanıtlama yükü altında bulunan ve salt davayı açmak suretiyle böyle bir arzu içinde olduğunu ortaya koymuş olan taraf, usul hukukunun bu yöndeki kurallarının elverdiği tüm hakları kullanması gerekir. **Bu bağlamdan olarak, ihsası rey anlamı taşımamak kaydıyla, hâkim, davacıya, davadaki iddiasını usul hukuku açısından hangi tür delillerle kanıtlamakla yükümlü olduğunu bildirip, varsa o nitelikteki delillerin bildirilmesi için gerektiğinde kesin süre de vererek, ortaya çıkacak duruma uygun usulî işlemler yapmak zorundadır.** ..." HGK 8.10.2003, 13-536/558 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

mada yapabileceği ve hâtta kanaatimizce ispat hakkının gerçek anlamda temini için yapması gereken değerlendirmelere örnekler vermek isteriz. Uyuşmazlığın taraflarından birinin banka olduğunu ve bankanın dilekçesinin ekinde sunduğu banka sözleşmesinde "*Bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda sadece banka kayıt esas alınacaktır; karşı tarafın, bunun dışında herhangi bir delil sunma hakkı bulunmaz.*" şeklinde bir kayda yer verildiğini ve bu düzenleme sebebiyle de, karşı tarafın dilekçesine bu delilin aksini ispat için hiçbir belge sunmamış olduğunu varsayalım. Böyle bir düzenleme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesi karşısında mutlak şekilde hükümsüzdür ve bu sebeple hâkim bu hükme dayanarak tarafların ispat araçları konusunda bir değerlendirme yapamaz. Bu noktada hâkimin ön inceleme aşaması bitiminde söz konusu delil sözleşmesinin geçerli olmayacağını, bu sebeple de her iki tarafa da söz konusu vakıanın ispatı için varsa başka delil sunmaları konusunda tavsiye vermesi, ispat hakkının temini açısından önemlidir. Zira hâkim bu delil sözleşmesini her hâlükârda geçersiz kabul edeceği için bu geçersizliğin uyuşmazlığın taraflarınca da yargılamanın daha erken bir aşamasında öğrenilmesi ve bu kapsamda her iki tarafa da başka deliller getirebileceklerinin hatırlatılması, hem tarafların sürpriz kararla karşılaşmalarını engelleyecek hem de tarafların başka ispat araçları vasıtasıyla ispat haklarını kullanabilmelerine imkân verecektir.

Hâtta bunun ötesinde kanaatimizce hâkim ön inceleme aşaması tamamlanmadan -*veya en geç tahkikatın hemen başında*- ispat hakkına ilişkin bazı meseleleri ön sorun olarak incelemeli, gerekiyorsa sadece bu ön sorunlar hakkında duruşma açıp (HMK m. 140; HMK m. 163), delilin kabul edilebilirliğine, caiziyetine ilişkin problemli konuları çözüme kavuşturmalıdır[60]. Örneğin dava dilekçesinde davacı taraf hukuka aykırı yoldan elde edilen bir delile dayanmış, davalı taraf da üstüne basa basa cevap dilekçesinde bu delilin hukuka aykırı yoldan elde edildiğini, yargılamada kullanılamayacağını iddia etmiş olduğunu varsayalım. Kanaatimizce burada hâkim ön inceleme aşamasında, davalı tarafın bu iddiasını bir ön sorun olarak inceleyebilmeli; hukuka aykırı delil konusunda oluşan kanaatine göre, gerekiyorsa tarafların ispat haklarını kullanabilmeleri açısından başka ispat araçlarına *erken bir zamanda* başvurabilmelerine olanak tanınmalıdır. Her ne kadar Kanun'da ön inceleme aşamasında

[60] Delillerin caiziyetinin ispat hakkını sınırlandırıp sınırlandırmadığı meselesi tartışmalıdır ve bu konuya ayrıca ilerleyen bölümlerde yer verilecektir. Ancak delillerin caiziyeti HMK tarafından düzenlendiği için burada hâkimin bu konuda karar vermesi gerektiğinden bahsedilmektedir.

yapılacak işlemler belirlenmiş ve bu anlamda delillere, ispata ilişkin ön sorunlara yer verilmemişse de, hâkimin bu şekilde hareket etmesi hem usûl ekonomisine hizmet edecek hem de tarafların ispat hakkını, açıklama hakkını kullanabilmeleri açısından onlara yargılamanın daha erken bir aşamasında belirlilik sağlayacaktır. Zira ortada hukuka aykırı yoldan elde edilmiş bir delil varsa, yargılamanın başında da, sonunda da bu durum tespit edilse hükme esas alınamayacağı için taraflar açısından herhangi bir menfaat ihlâlinin olması mümkün olmayacaktır.

Dolayısıyla kanaatimizce ön inceleme aşaması, tarafların tahkikat aşamasına başlamadan önce, onlara ispat haklarını şeklen değil gerçek anlamda temin edilecek bir ispat süreci için yol haritasının çıkarılabileceği en uygun zamandır. Bu durum aynı zamanda usûl ekonomisi ilkesine de hizmet edeceği gibi hâkimin sürpriz karar verme riskini de belirli bir oranda bertaraf edebilecek bir önlemdir. Tarafların tahkikat aşamasının sonunda da olsa mutlaka karşılaşabilecekleri olduğu delillere ilişkin meseleler (*hukuka aykırı yoldan elde edilen delil, geçersiz delil sözleşmesi gibi*) hakkında, davanın erken bir aşamasında bilgi sahibi olması ve buna göre açıklama ve ispat haklarını kullanmaları, hukukî dinlenilme haklarının teminine hizmet edecektir. Bu çerçevede ön inceleme aşamasının sonunda, ispat imkânsızlıkları hakkında da hâkimin tarafları uyarmasını içerecek bir ispat haritasının çıkarılması, ispat hakkının temini için şarttır.

B. Hâkimin Davayı Sevk ve İdare Yetkisi

1. Genel Olarak

Hâkimin davayı sevk ve idare yetkisi ve bu idare yetkisinin ölçülülük ilkesine, menfaatler dengesine uygun bir şekilde yürütülmesi ispat hakkının yargılama sürecinde tesisi açısından zorunlu bir unsurdur. Şüphesiz ki uyuşmazlığın temel süjeleri davalı ve davacı olarak ifade ettiğimiz taraflardır ve özellikle taraflarca getirilme ilkesi ile tasarruf ilkesinin sonucu olarak uyuşmazlık konusunun kaderi genel ifade ile tarafların elindedir. Ancak taraflar uyuşmazlık içerisine girdikleri konularda uzlaşmaya varamazlar ve diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleri sonuçsuz kalır veya en baştan bu yollara başvurmamayı tercih ederek içlerinden en az biri, hakkının teminini devlet eliyle gerçekleştirme kararı alırsa, uyuşmazlık konusunun kaderi tamamen tarafların hâkimiyet alanında olmaktan çıkar. Uyuşmazlık konusu ile ilgili davacı tarafın mahkemeye başvurmasıyla birlikte, davalı taraf da mahkemelere gelmek

zorunda kalır ve her iki taraf da aleyhe sonuçla karşılaşma rizikosunu üstlenerek yargı organları önünde haklarını savunmaya başlarlar. Bu süreç ise artık uyuşmazlık öncesinde olduğu gibi sadece uyuşmazlık içinde olan taraflar -*davacı ile davalı*- arasındaki özel hukuk ilişkisi boyutunda kalmaz; taraflar ile mahkeme arasında kurulan bu ilişki kamu hukuku boyutu kazanır[61]. Uyuşmazlığı sonlandırma konusunda taraflar tasarruf yetkilerini korusalar bile, sürece ilişkin pek çok konuda karar verme yetkisi artık mahkemeye geçer. Dolayısıyla taraflar dava konusu ve davanın sonlandırılması meselelerinde hâlen yetki sahibi de olsalar, yargılamanın sevk ve idare yetkisi artık sadece mahkemeye aittir. Taraflar da -*ve hatta ilgililer de*- mahkemenin bu yetki içerisinde vereceği her türlü karara, emre uymakla yükümlüdürler. Yargılamanın hâkim tarafından yürütülmesi konusunda temel kural, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 32. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre:

> "(1) Yargılamayı, hâkim sevk ve idare eder; yargılama düzeninin bozulmaması için gerekli her türlü tedbiri alır.
>
> (2) Okunmayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan dilekçenin yeniden düzenlenmesi için uygun bir süre verilir ve dilekçe dosyada kalır. Verilen süre içinde yeni bir dilekçe düzenlenmezse, tekrar süre verilmez". (HMK m. 32).

2. Hâkimin Yargılamayı Şeklî ve Maddî Anlamda Yürütümü Ayrımı ve İspat Hakkı ile İlişkisi

Karşılaştırmalı hukukta hâkimin yargılamayı yürütme yetkisinin, hâkimin davayı maddî ve şeklî anlamda sevk ve idare yetkisi olarak ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir. Duruşma gününün belirlenmesi, tebligatların yapılmasına karar verilmesi gibi işlemler *hâkimin yargılamayı şeklî anlamda sevk ve idare yetkisine (formelle Prozessleistung)*; vakıaların ve delillerin aydınlatılmasına ve hâtta süreci maddî anlamda da yönlendirmeye ilişkin yetkiler ise *hâkimin yargılamayı maddî anlamda sevk ve idare yetkisi (materielle Prozessleistung)* kapsamında değerlendirilmektedir[62]. Bu çerçevede hâkimin davayı maddî anlamda sevk ve idare yetkisine, *soru sorma ödevi (richterliche Fragepflicht)* ve delillere *işaret etme ödevinin (richterliche Hinweispflicht)* dâhil olduğu kabul edilmektedir[63]. Kendiliğinden araştırma ilkesi de uygulansa, taraflarca getirilme ilkesi de uygulansa, kural olarak davanın maddî anlamda yürütülmesi karşılaştırmalı hukuk örneklerine bakıldığında genellikle mah-

---

61 Bu konuda bkz. Pekcanıtez ve diğerleri, s. 370.
62 Bu konuda bkz. Alangoya, İlkeler, ss. 3-4; Pekcanıtez ve diğerleri s, s. 370.
63 Bu konuda bkz. Alangoya, İlkeler, s. 4.

kemelere ait bir yetkidir. Yargılamanın şeklî anlamda yürütülmesi konusunda ise, genellikle iki ilke mevcuttur: Yargılamayı hâkimin yürütmesi ve yargılamayı tarafların yürütmesi[64]. Yargılamanın şeklen taraflarca yürütülmesi ilkesi, genellikle bireyci liberal düşüncenin hâkim olduğu hukuk sistemlerinde geçerlidir. Bunun en tipik örneği Amerika Birleşik Devletleri medenî yargılama sistemidir[65]. Buna karşılık Ortak Hukuk sistemine dâhil olan Birleşik Krallık'da yargılamanın şeklî anlamda yürütülmesi yetkisi taraflara aitken, 1999 yılındaki reform ile bu yetki büyük ölçüde mahkemelere geçmiştir.

Türk hukukunda hâkimin davayı maddî anlamda sevk ve idare yetkisinden, aşağıda bundan sonraki başlık altında üzerinde durulacak olan hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında sahip olduğu yetkiler anlaşılmakta ve bu kapsamda da hâkimin sahip olduğu yetkiler -*özellikle diğer hukuk sistemleri ile karşılaştırıldığında*- çok geniş kapsamlı olarak kabul edilmemektedir. Oysa karşılaştırmalı hukukta kabul edilen mahkemenin maddî anlamda yargılamayı sevk ve idare yetkisi, hâkime ispat hakkını odak alan önemli yetkiler bahşetmektedir. Bu anlamda örneğin tarafların ispat sürecindeki konumları, uyuşmazlık konusu üzerindeki belirsizlikten ne kadar uzaklaşıldığı, delillerin ikamesi tamamlandıktan sonra ispat yükünü taşıyan tarafın ispat faaliyetinde ilk görünüş itibariyle ne kadar başarılı olduğunun taraflarla tartışılması, değerlendirilmesi gibi görevler bu kapsamda kabul edilir. Hatta karşılaştırmalı hukukta hâkim dilekçelerin teatisi aşaması sona erip taraflar delillerini gösterdikten sonra, yargılamaya ilişkin bir yol haritası çıkarır ve tarafların ispat sürecini kendi lehlerine ne derecede yönetebilecekleri konusunda oluşan ön kanaatini taraflara açıklar; böylece tarafların ispat haklarını bu şekilde etkin olarak kullanabilmeleri mümkün olur. Aksi yönde bir uygulama genellikle açıklama hakkı kapsamında tarafların hukukî dinlenilme haklarının ihlâli olarak kabul edilir. Türk hukukunda ise, aşağıda üzerinde durulacağı üzere hâkimin davayı aydınlatma yetkisi bu denli geniş kapsamlı yorumlanmaz ve uygulanmaz.

---

64 Deren Yıldırım, Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi, s. 828.

65 Bu konuda bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 2, II, D.

3. Hâkimin Davayı Şeklî Anlamda Sevk ve İdare Yetkisinin İspat Hakkı Açısından Önemi

Yukarıda belirttiğimiz gibi tarafların uyuşmazlıklarını mahkemeye yansıtmasıyla birlikte yargısal sürece ilişkin pek çok karar verme yetkisi hâkime ait olmaktadır. Bu kapsamda taraflara süre verilmesi, gerektiğinde verilen sürelerin uzatılması; tarafların ve ilgililerin mahkemeye davet edilmesi; tebligatların yapılması; duruşma zamanın belirlenmesi; duruşmaların başlangıcı, sona ermesi, idaresi, duruşma sırasında taraflara söz verilmesi ve soru sorulması; deliller taraflarca gösterilse dahi delillerin gerektiğinde zorla ibrazının sağlanması; tanık, bilirkişilerin duruşmada hazır bulundurulması gibi hususların tamamı yargılamanın *şeklî anlamda* sevk ve idare edilmesi konusunda hâkimin yerine getirmesi gereken görevler ve aynı zamanda yetkilerdir[66]. Hâkimin bu konudaki görevlerini yerine getirirken ve bu çerçevede sahip olduğu takdir yetkisini kullanırken tarafların ispat hakkına riayet edecek şekilde kararlar vermesi gerekir. Yukarıda verilen tüm durumlarda hâkimin görevini hatalı olarak yerine getirmesi ve Kanun'un izin verdiği durumlarda kullandığı takdir yetkisini hatalı kullanması taraflar açısından ispat hakkı ihlâllerine rahatlıkla sebebiyet verebilir. Örneğin taraflara tebligatların kanuna uygun bir şekilde yapılması, tarafların ve ilgililerin duruşmaya davet edilmesi için mâkûl bir sürenin belirlenmesi hukukî dinlenilme hakkı kapsamında bilgilendirme hakkının en temel gerekliliklerindir. Ancak taraflara ve ilgililere tam ve gereğince bilgilendirme hakkının temin edilememesi, devamında ispat hakkı engeli olarak da yargılama sürecine yansır. Taraflar ancak bilgilendirildikleri hususlar üzerinde açıklama ve ispat hakkını kullanacaklarından, bu aşamada oluşan bir sakatlık sonrasını da etkileyecektir. Benzer şekilde örneğin yine tarafların sonradan delil sunmak istemesi üzerine, hâkimin bu talebi kabul etmesi veya delillerin ibrazı için mâkûl sürenin takdiri, ispat hakkı açısından önemli yetkilerdir. Zira burada taraf kötüniyetli olmamasına rağmen ve uyuşmazlığın çözümüne olumlu etki yapacak iken, hâkimin delil ibrazı talebini kabul etmemesi hâkimin davayı şeklî anlamda yürütümü kapsamında bir yetkinin hatalı kullanımıdır ve doğrudan doğruya ispat hakkını ihlâl edebilecektir. Veya aksi durumda, yani tarafın kötüniyetle sonradan delil ibrazında bulunmak istemesinin hâkim tarafından olumlu karşılanması, bu sefer karşı ispat hakkı bulunan taraf açısından bir ihlâl oluşturacaktır. Yine benzer şekilde son derece ayrıntılı ve kap-

[66] Pekcanıtez ve diğerleri, ss. 370-371.

samlı bir delil ibrazı için hâkimin asgarî süreyi belirlemesi, tarafın ispat hakkını kullanmasını güçleştirecek ve bu anlamda ihlâl oluşturacaktır.

Görüldüğü üzere hâkimin davayı şeklî anlamda yürütme yetkisi dâhilinde olan pek çok yetkinin kullanımı doğrudan doğruya tarafların ispat hakkı üzerinde etki doğuracak niteliktedir. Bu sebeple hâkimin bu yetki çerçevesinde kararlarını verirken menfaat dengesini gözetmesi ve ölçülülük ilkesine uygun davranması bir zorunluluktur. Yukarıda vermiş olduğumuz kötüniyetli delil ibrazı talebi örneğinde, hâkimin tarafların usûlî dürüstlük kuralına riayet edip etmediklerini değerlendirmemesi, yargılama ve ispat sürecinde dikkate alması gereken menfaat dengesini gözetmediği anlamına gelir. Veya kapsamlı şekilde delil ibraz hakkını kullanmak isteyen tarafa, hakkını etkin şekilde kullanabileceği şekilde mâkûl bir süre vermemesi, hâkimin ölçülülük ilkesini uygulamadığı anlamına gelebilecektir. Her iki durumda da tarafların ispat hakkı ihlâle uğrayabileceğinden, âdil yargılanma ilkesi ihlâl edilmiş olacaktır. Bu sebeplerle hâkimin şeklî anlamda davayı sevk ve idare yetkisini kullanırken tarafların her ikisinin de ispat hakkına riayet etmesi; bu kapsamda takdir yetkisini kullanırken menfaat dengesi ve ölçülülük ilkesinin gerekliliklerine uygun hareket etmesi ispat hakkının, hukukî dinlenilme hakkının ve âdil yargılanma hakkının temini için bir zorunluluk teşkil etmektedir.

4. Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimin Davayı Maddî Anlamda Sevk ve İdare Yetkisi Konusunda Yaşanan Gelişmelerin İspat Hakkı Açısından Önemi

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hâkimin yargılamadaki yetki ve konumunu güçlendirmeyi hedef alan dava yönetimi müessesesi değişik hukuk sistemlerinde son yıllarda büyük etkiler doğurmuştur. Bu konuda yani hâkimin -*özellikle ilk derece yargılamasında*- yetkilerini güçlendirme amacı ile pek çok hukuk sisteminde önemli değişiklikler yapıldığını belirtmiştik.

Bu ortak gelişim, yargılama hukuklarının ortak sorunlarının ortaya çıkardığı bir gereksinim olmuştur. Yargılama sürecinde etkin, yetkin ve aktif bir hâkim modeli tarafların ispat sürecini menfaat dengesine ve ölçülülük ilkesine göre yönetir; yapacağı yönlendirmeler ve işaret ettiği hususlarla tarafların ispat haklarını tam ve gerçek anlamda kullanmalarını sağlar. Türk medenî yargılama hukuku uygulamasında, hâkimin davayı maddî anlamda yürütümü konusunda sahip olduğu davayı aydınlatma ödevinin, diğer hukuk sistemlerindeki hâkimin yargılama sürecini yö-

netme şekli ile pek fazla benzeşmediği fark edilecektir. Esasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre ön inceleme aşamasının sonunda hâkimin ispat süreci, deliller, iddia ve somutlaştırma yüklerinin belirsiz olan uyuşmazlık konuları üzerindeki etkisi hakkında taraflara bir yol haritası çıkarabilmesi mümkün ve bunun ötesinde gereklidir. Ancak Türk medenî yargılama hukuk uygulayıcısı bu konuda sahip olduğu yetkileri kullanmaktan, tarafsızlığının şüpheye düşeceği endişesi ile uzak kalmaktadır. Bu sebeple hâkimin davayı maddî anlamda sevk ve idare yetkisi konusunda hukuk sistemlerinde yaşanan gelişmelerin, yargılama sürecinde ispat hakkının tam ve gerçek anlamda tesis edilebilmesi için lâyıkıyla uygulanabilmesi büyük önem taşır. Bu konuda hâkimlerin sahip olduğu yetkiler ve yerine getirmesi gereken görevler dikkate alındığında, bu yetki ve görevlerin doğrudan doğruya tarafların ispat hakkını kullanmaları üzerinde etki doğurduğu tespit edilebilecektir.

Bu gelişmeler içerisinde özellikle Almanya ve İngiltere örneği üzerinde yukarıda durulmuştu. Bu iki hukuk sistemi birbirine zıt hukuk ailelerinden gelmekle birlikte, bugün gelinen noktadaki benzerlikleri dikkat çekicidir. Yukarıda bu iki hukuk sisteminde hâkimin dava yönetim yetkilerinden bahsedilmişti. Özellikle ispat hakkını temin edecek ispat kuralları üzerindeki hâkimin yetkileri dikkate alındığında, gerçek anlamda ispat hakkın temin edilebilmesi için hâkimin söz konusu yetkileri kullanmasının önemi kendisini göstermektedir.

C. Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü

1. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin İspat Hakkının Tesisinde Fonksiyonu

a. Genel Olarak

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi hem taraf egemenliği üstünlüğünün bulunduğu davalar açısından hem de ispat hakkının temini için oldukça önemli bir görevdir. Zira hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü, taraf iradesinin üstün ve taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu bir yargılamada, tarafların iddialarının ve getirdikleri diğer dava malzemelerinin eksiklikler barındırması veya belirsiz olması hâlinde, bu eksikliklerin veya belirsizliklerin giderilerek âdil bir karara ulaşılması konusunda hâkimin taşıdığı yükümlülüğü ifade eder[67]. Hâkime davayı aydınlatma

[67] Nedim Meriç, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü", **Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı, DEÜHFD Özel Sayı,** C. 11, 2009, (Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü), s. 378. Bu konuda ayrıca bkz. Cemil Simil, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları", **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan,** DEÜHFD Özel Sayı, C. 16, 2014, (Davayı Aydınlatma), ss. 1351-1352.

yükümlülüğü kapsamında geniş yetkiler verilmesinin temeli konusunda genellikle dikkat çekilen nokta, medenî yargılama hukukunun sosyal amacı olarak doğru bir hüküm verilebilmesi ve gerçeğe ulaşılması hedefidir[68]. Yargılamanın âdil bir şekilde yürütülmesi ve nihâyetinde adalete uygun bir karar verilebilmesi, devletin yargı faaliyetinin temel amacıdır. Âdil bir yargılama ise ancak tarafların birtakım eksiklikleri, zayıflıkları sebebiyle yargılamaya dava malzemelerini eksik veya belirsiz getirmelerinin önüne geçilmesini sağlamalı; bu anlamda hâkim iki taraf arasındaki fırsat eşitsizliğini özellikle dengelemeli ve tarafların eksik veya belirsiz getirmiş olduğu vakıa ve delilleri aydınlığa kavuşturmalıdır[69]. Karşılaştırmalı hukukta haklı olarak belirtildiği üzere özellikle avukatla temsil zorunluluğunun bulunmadığı uyuşmazlık türlerinde, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde vakıalarını ve delilleri eksik, hatalı, belirsiz getiren taraflar arasındaki eşitsizliği gidermesi âdil bir yargılamanın (Ay m. 36, AİHS m. 6) gerçekleşmesi için çok önemli bir fonksiyona sahiptir.

Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü, medenî yargılama hukukunun *magna charta*sı olarak ifade edilmektedir[70]. Hâkime yükümlülük olarak tanınan ancak aynı zamanda eksik, belirsiz kalan dava malzemelerine işaret etme konusunda önemli yetkiler bahşeden bu kurum ile temelde taraf egemenliğine terkedilen medenî yargılama hukuku sistemlerinde gerçeğe ulaşılabilmesi için önemli bir adım atılmaktadır. Bu sâyede hâkim eksik ve belirsiz olan vakıa ve sebepler hakkında taraflarla tartışabilecek, onlara bu yöndeki kanaatini açıklayarak dava malzemesi üzerindeki belirsizliklerin, eksikliklerin giderilmesini sağlayabilecektir. Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün sahip olduğu tüm bu olumlu yönler, bu yetkinin hemen her medenî yargılama sisteminde gün geçtikçe daha fazla önem kazanmasına ve bu konuda sistemlerin revize edilmesine sebebiyet vermektedir.

b. Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğünün Sürpriz Karar Yasağı Açısından Fonksiyonunun İspat Hakkı ile İlişkisi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin en önemli fonksiyonlarından biri olarak da, tarafların hâkimin sürpriz kararıyla karşılaşma riskini bertaraf etmesi kabul

---

[68] Bu görüşü benimseyen yazarlar için bkz. Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, ss. 377 vd; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 373.

[69] Bu konuda bkz. Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, ss. 387-388.

[70] Bu konuda bkz. Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 390.

edilmektedir. Kural olarak dava malzemesi yani uyuşmazlığa ilişkin vakıalar ve ispat araçları üzerinde tanınan bu yetki *belirsiz, hatalı* veya *eksik* vakıa ve delillerin yargılama sürecinde açıklığa kavuşturulmasını sağlar. Yargılamada hâkime davayı aydınlatma yükümlülüğü sağlanmadığı takdirde eksik, belirsiz veya hatalı vakıa ve ispat aracından olumsuz yönde etkilenecek olanlar yargılama sürecinde kendi lehlerine hak çıkarmaya çalışan *taraflar* olacaktır. Söz konusu hata, belirsizlik hâkimin hüküm verme sürecini etkileyecek; bu arada ise, taraf açıklama ve somutlaştırma hak ve yükümlülüğünü doğru, tam veya eksiksiz şekilde gerçekleştirdiğine dair inancını korumaya devam edecektir. Taraflar açısından hukukî dinlenilme hakkı kapsamında kabul edilen en önemli unsurlardan birisi, sürpriz kararla karşılaşma yasağıdır. Bu kapsamda tarafların hukukî dinlenilme haklarının tam anlamıyla temin edilebilmesi için tarafların iddia ve savunmalarındaki eksikliklere, hatalara, belirsizliklere dikkat çekilmeli; hüküm sürecinde tarafın bu eksiklikler, yanlışlıklar sebebiyle beklemediği şekilde hak kaybına uğraması mümkün olduğunca engellenmelidir. Zira yargılama süreci, bir tuzak, tarafın kapana sıkışacağı anın beklendiği bir prosedür değildir. Bu sebeplerle de belirli ölçülerde hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde eksik, belirsiz, hatalı olan yargısal işlemler konusunda tarafları uyarması, onlara açıklattırma yapması ve uyuşmazlığı aydınlatması aynı zamanda hukukî dinlenilme hakkının en önemli gerekliliklerinden biri olan sürpriz karar verme yasağının teminine de hizmet eder.

c. Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğünün Etkin Hukukî Korunma Hakkı Açısından Fonksiyonunun İspat Hakkı ile Arasındaki İlişkisi

Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü, ispat hakkının köklerini dayandırdığı temel anayasal ilke ve kuralların da bir gereği olarak kabul edilmektedir[71]. Bireylerin etkin ve etkili hukukî korunma taleplerinin temin edilebilmesi için hâkime ait görev normlarının, somut olayda maddî gerçeğin tespit edilerek hakkın korunmasını ve bu sonuca da mümkün olan en kısa yolla, en az masrafla, en emniyetli şekilde ve kolaylıkla varılmasını sağlamalıdır[72]. Şüphesiz ki medenî yargılama hukukunun sosyal amacı olarak gerçeğe ulaşılmasında, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında geniş yetkilerle donatılması çok önemli bir etkiye sahip-

[71] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, ss. 377 vd; Karaaslan, ss. 65-88.

[72] Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 386.

tir. Ancak sübjektif hakların korunabilmesi ve sağlanabilmesi açısından da, bireysel anlamda ispat hakkının etkin ve etkili bir şekilde tesisi açısından da hâkimin davayı aydınlatma ödevinin çok önemli bir fonksiyonu bulunur.

d. Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğünün Usûl Ekonomisi Açısından Fonksiyonunun İspat Hakkı ile Arasındaki İlişkisi

Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün önemi, kendisini usûl ekonomisi ilkesinin uygulanması açısından da gösterir. Zira usûl ekonomisi ilkesi yargılamanın olabildiğince süratli, ucuz ve basit bir şekilde sonuçlandırılmasını gerektirir (Ay m. 141). Şüphesiz ki, etkin ve yetkin bir hâkimin tarafların eksik veya belirsiz bıraktıkları vakıalara, delillere işaret etmesi yargılamanın daha ucuz, çabuk ve basit bir şekilde sonuçlandırılmasına da hizmet edecektir[73]. Bu anlamda, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünü etkin bir şekilde yerine getirmesi aynı zamanda yukarıda üzerinde durduğumuz usûl ekonomisi ilkesine hizmet etmek suretiyle ispat hakkının tesisine bu yönden de dolaylı olarak katkı sağlayacaktır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, bu açıdan bir yandan usûl ekonomisine hizmet ederken diğer yandan da hâkimin zamansal açıdan da yine bu yükümlülüğü zamanında yerine getirmesi usûl ekonomisi ilkesinin bir gereğidir. Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün gereğini yerine getirmiş olmasının, etkin hukukî korumanın sağlanmasına; bu yükümlülüğün *zamanında* yerine getirilmiş olmasının da usûl ekonomisi ilkesine hizmet ettiği göz ardı edilmemelidir[74]. Dolayısıyla hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sadece yerine getirilmesi âdil bir yargılama için yeterli değildir; aynı zamanda hâkimin bu ödevini zamanında yerine getirmiş olması, âdil bir yargılamanın gerçekleşmiş sayılmasını sağlayabilecektir.

2. HMK'daki Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğüne İlişkin Düzenlemelerin İspat Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin genel nitelikteki iki hüküm kanaatimizce Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "*Hâkimin davayı aydınlatma ödevi*" başlığını taşıyan 31. maddesi ile "*Taraflarca getirilme ilkesi*" başlığını taşıyan 25. maddesidir. Kanun'un 31. maddesi hâkime söz konusu ödevi yüklerken,

---

[73] Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 389.
[74] Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 409.

25. madde bu ödevin sınırlarını çizmektedir. Kanun'un 31. maddesi son derece açık olarak bir şekilde hâkime davayı aydınlatma yükümlülüğü yüklemektedir:

> Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddî ve hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir. (HMK m. 31)

Kanun'un 25. maddesi ise taraflarca getirilme ilkesini düzenlemekle birlikte hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün de sınırlarını belirlemektedir:

> Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz. (HMK m. 25).

Bu madde hükmünün davayı aydınlatma ödevinin kullanılmasının önünde bir engel değil, bir sınırlama getirdiği göz ardı edilmemelidir. Zira hâkim davayı aydınlatma ödevinin gereğini yerine getirirken *tarafların ileri sürmediği vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz*, *onları hatırlatabilecek davranışlarda bulunamaz* ve Kanun'un belirlediği istisnalar hâricinde *re'sen delil toplayamaz*. Hâkim belirtilen bu sınırlamalara uyduğu sürece belirsiz, çelişkili, eksik kalan vakıaların, delillerin, talep sonucun, hukukî sebeplerin düzeltilmesi konusunda geniş bir takdir yetkisine ve hareket serbestisine sahip olacaktır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamına özellikle vakıalar, deliller, hukukî sebep girmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hâkimin vakıalar, deliller ve hukukî sebepler üzerindeki aydınlatma ödevi ve bu görevin ispat hakkı açısından önemi aşağıda ayrı başlıklar altında inceleme konusu yapılacaktır.

3. Vakıalar Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ve İspat Hakkı ile İlişkisi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, yargılama sürecinde kural olarak kronolojik açıdan ilk olarak vakıalar üzerinde etkisini gösterir. Taraflar ispat araçlarından önce uyuşmazlık konusu vakıaları yargılamaya getirirler ve sonrasında uyuşmazlık konusu olan bu vakıalar üzerinde delil ikamesi ve değerlendirilmesi safhalarına geçilir. Ancak belirtmek gerekir ki, hâkimin vakıalar üzerinde davayı aydınlatma ödevi, deliller bakımından olduğu kadar geniş çaplı değildir. Zira nihâyetinde medenî yargılama hukuku sistemimize hâkim olan ilke, taraflarca getirilme ilkesidir ve taraflarca yargılamaya getirilmemiş olan bir vakıanın hâkim tarafından istenmesi, re'sen dikkate alınması söz konusu olamaz. Bu anlamda da hâkimin davayı aydınlatma ödevinin deliller ile vakıalar üzerindeki etkisi farklılaşır. Birazdan

aşağıda ele alacağımız üzere hâkimin özellikle delillerin ikamesi aşamasında re'sen delil talebinde de bulunabilmesi, deliller üzerinde hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamını vakıalara nazaran oldukça genişletmektedir.

Bununla birlikte hâkimin vakıaların aydınlatılması noktasında çok fazla hareket serbestisinin bulunmaması, ispat hakkı açısından konunun önemsiz olduğu anlamına gelmez. İspat hakkının yargılama sürecinde tam anlamıyla tesis edilebilmesi açısından, hâkimin vakıalar üzerinde aydınlatma yükümlülüğü oldukça önemlidir. Bu çerçevede tarafların ileri sürdükleri vakıaların eksik veya belirsiz olması hâlinde, hâkim taraflardan bu eksiklikleri veya belirsizlikleri gidermelerini istemelidir. Bu şekilde taraflar eksik veya belirsiz vakıalar üzerinde açıklama haklarını tam anlamıyla kullanacaklar ve gereken durumlarda da, baştan belirsiz veya eksik olup hâkimin açıklattırdığı bu vakıalar üzerinde delil ikamesi yapacaklardır. Baştan eksik açıklanan, belirsiz bırakılan veya çelişkili olan vakıaların taraflara sonradan açıklattırılması, tarafların yeni bir vakıa ileri sürmesi ile sonuçlanmaz, ancak bazı durumlarda tarafların yeni delillerle bu vakıaları güçlendirmelerini gerektirebilir. Aksinin kabulü hâlinde, yani vakıaların belirsiz veya eksik kalması durumunda, taraflar ispat rizikosunu bu eksik veya belirsiz vakıalar üzerinden yükümleneceklerinden, eksik veya belirsiz vakıalar hakkında lâyıkıyla açıklama ve ispat haklarını kullanamamış olacaklar ve bu durum da, gerçekleştirilen yargılama sürecinin âdil bir yargılamanın gerekliliklerini (Ay m. 36; AİHS m. 6) karşılamasına engel olacaktır. Ancak burada özellikle vakıalar üzerinde hâkimin sadece *tamamlatma* ve *açıklattırma* yetkilerinin bulunduğunu; vakıalar üzerinde hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün, yeni vakıaların yargılamaya getirilmesi ile sonuçlanacak bir işaret etme ve aydınlatma yetkisi bahşetmediğinin[75] tekrar altının çizilmesi gerektiği kanaatindeyiz[76].

[75] Bu konuda bkz. Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, ss. 404-405; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 374.

[76] Buna karşılık bir boşanma davasında sadakatsizliğin temyiz aşamasında ortaya çıkması, karşı tarafça ileri sürülmesi üzerine hâkimin bunu dikkate almamasının doğru olmadığını; bu yeni vakıanın ve bu vakıaya -*sadakatsizliğe*- ilişkin sunulan delillerin -*fotoğrafların*- dikkate alınmamasının hükmü önemli ölçüde etkileyecek olması sebebiyle, hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında bu yeni vakıaya dayanan delilleri uyuşmazlığın çözümü için dikkate alması gerektiği konusunda -*kanaatimizce hukuka aykırı olan*- bir karar için bkz. 2. HD, 26.3.2013, 2012-7026/8290 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

Hâkimin vakıalar üzerinde aydınlatma yükümlülüğünün neleri kapsayabileceği konusunu örneklerle somutlaştırmak isteriz. Bu kapsamda hâkim, tarafların *eksik* şekilde açıkladığı vakıaları taraflara tamamlattırabilir[77]. Örneğin sözleşmeye dayanan bir uyuşmazlığa ilişkin davada taraf sözleşmeden genel olarak bahsetmiş ama sözleşmenin nerede, hangi tarihte gerçekleştiği konularını eksik bırakmışsa, hâkim o taraftan ileri sürmüş olduğu bu vakıanın biraz daha somutlaşabilmesi için tarafa açıklama yükümlülüğü getirebilir[78]. Benzer şekilde ayıplı bir malın ifasından doğan uyuşmazlıkta, taraf ayıplı ifadan söz etmiş ancak ayıplı ifanın ne olduğundan söz etmemiş ise, hâkim bu vakıanın yani ayıbın ayrıntılarının mahkemeye açıklanmasını taraftan istemelidir[79]. Taraf maddî tazminat talebinde bulunmuş ancak bu talebin neye ilişkin olduğunu açıklamamış, eksik bırakmışsa yine mahkemenin tarafa bu eksikliği açıklattırması gerekecektir[80]. Taraflarca eksik bırakılan ve hâkim tarafından açıklattırılmayan vakıalar, hüküm verme sürecinde, o vakıa üzerinde ispat yükünü taşıyan taraf açısından aleyhe sonuçla karşılaşma rizikosunu arttırdığından hâkim mutlaka açık olmayan bu vakıaları taraflara aydınlığa kavuşturmalıdır. Aksi durumun, ispat hakkını mutlak olarak ihlâli ile sonuçlanacağı konusunda tereddüt yaşanmamalıdır.

Benzer şekilde hâkim tarafların *belirsiz* bıraktığı veya tarafların ileri sürdüğü diğer vakıalarla *çelişki* taşıyan vakıaları taraflara açıklattırmalıdır[81]. Bu gereklilik hem hâkimin yargılama sürecinde maddî gerçeğe ulaşmasını[82] hem de tarafların ispat hakkının yargılama sürecinde tam ve etkin şekilde temin edilmesini sağlayacaktır. Buna verilebilecek bir örnek alacaklı ile borçlu arasında birden çok borç kaynağı bulunması durumunda, dava dosyasında bir ödeme belgesinin bulunması ancak bu ödemenin neye ilişkin olduğu konusunda tarafların açıklamada bulun-

---

77 Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin tamamlama fonksiyonu için bkz. Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, ss. 404-405.

78 Ansay, s. 148; Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, ss. 404-405.

79 Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 405.

80 Tarafın trafik kazası neticesinde uğramış olduğu maddî ve manevî tazminat davasında, davacının maddî tazminat talebinin neye ilişkin olduğu belirtilmediği için hâkimin bu konudaki belirsizliği aydınlatma ödevi kapsamında gidermesi ve buna göre maddî tazminat hesabı yapması gerektiği konusunda bkz. 17. HD, 10.6.2013, 2012-4799/8771 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

81 Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin tamamlama fonksiyonu için bkz. Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, ss. 405-406.

82 Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin açıklama fonksiyonun, maddî gerçeğe ulaşılmasına katkısı konusunda bkz. Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 405.

mamış olmasıdır[83]. Yine başka bir örnek tarafın açtığı davanın belirsiz alacak davası mı yoksa eda davası mı olduğu yönündeki talebini gösterebiliriz. Bu durumda hâkimin tarafa talebini açıklattırması, o tarafın söz konusu davalarda başvuracağı ispat sürecini de etkileyecek; bunun da ötesinde, tarafın belirsiz veya çelişkili olan talebinin belirlenmemesi, onun eksik ispat faaliyetine girmesine sebebiyet vererek aleyhe sonuçla karşılaşması riskini arttıracaktır.

Bu noktada son olarak şunu belirtmek isteriz ki, özellikle vakıalar üzerinde hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getireceği en önemli usûlî araçların başında, hâkimin usulüne uygun olarak tarafları dinlemesidir. Kanun'un 144. maddesi açık bir şekilde *tahkikat aşamasında mahkemenin, her iki tarafı usulüne uygun olarak davet edip davada ileri sürülen vakıalar hakkında dinleyebileceği*ni düzenlemektedir (HMK m. 144/1). Aşağıda ayrı bir başlık altında ayrıca üzerinde durulacağı üzere hâkimin vakıalar üzerinde davayı aydınlatma yükümlülüğün yerine getirebileceği en güzel usûlî araçların başında, bu hükümden kaynaklanan yetkisi bulunmaktadır. Bunun yanı sıra şayet gerekliyse, hâkim taraflardan söz konusu vakıaları açıklamalarını yazılı olarak da talep edebilir.

4. Deliller Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ve İspat Hakkı ile İlişkisi

Yukarıda üzerinde durduğumuz üzere hâkimin davayı aydınlatma ödevinin dava malzemeleri yani vakıalar ve deliller üzerinde önemli etkileri bulunur. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün vakıalar üzerindeki etkisi, deliller üzerindeki etkisinden çok daha azdır. Buna karşılık özellikle Kıta Avrupası medenî yargılama sistemlerinde, deliller üzerinde hâkimin davayı aydınlatma yetkisi çok daha geniş çaplıdır[84]. Bu durum öncelikle dava malzemesini yargılamaya getirme görevinin taraflara ait olması ve hâkimin vakıaların yargılamaya getirilme meselesine kural olarak müdahâle edememesinden kaynaklanır. Deliller üzerinde hâkime davayı aydınlatma konusunda geniş

---

[83] "*... Davacı bu ödemenin kıdem tazminatı ödemesi olmadığını belirtmiş, ancak ödemenin nedeni hakkında beyanda bulunmamıştır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevine dair düzenlemeye dayanılarak davacı asilinin beyanına başvurulmalı eğer davacı bu ödemenin kıdem tazminatı dışında başka bir alacağa ait ödeme olduğuna dair beyanda bulunursa bu beyanın işyeri belgeleri ile birlikte değerlendirilmesi suretiyle sonuca varılması gerekir...*" 7. HD, 27.5.2013, 3200/9844 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası). Benzer yönde başka bir karar için bkz. 23. HD, 9.7.2012, 2766/4744 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

[84] Bu konuda bkz. Karaaslan, s. 134.

yetkiler tanınabilmesinin temelinde ise, tarafların ispat hakkının tam ve etkin şekilde temin edilebilmesinin de sağlanması yatmaktadır. Zira delil ibraz etme hakkının, hukukî dinlenilme hakkı içerisinde özellikle açıklama hakkının ayrılmaz bir parçası olması, hâkimin özellikle delillerin ibrazı konusundaki eksikliklere ve yanlışlıklara olabildiğince müdahâle etmesini gerekli kılmaktadır[85].

Hâkimin deliller üzerinde davayı aydınlatma yetkisi genellikle iki şekilde uygulama görünümüne sahip olabilir. Bunlardan bir tanesi delillerin taraflarca çelişkili veya belirsiz bir şekilde ileri sürülmesi durumunda taraflara bunların *açıklattırılması* yükümlülüğü; diğeri ise, özellikle tarafların birtakım ispat araçlarını kullanırken bunların sonuçlarına *işaret etmesi* yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük aynı zamanda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan da doğrudan doğruya çıkarılabilir. Zira Kanun'a göre gerek davacının, dava dilekçesinde (HMK m. 119/1-f) gerekse davalının cevap dilekçesinde (HMK m. 129/1-e) iddia edilen ve savunulan her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini belirtmesi gerekir. Tarafların bu şekilde delillerini açıkça belirtmemesi veya hiç belirtmemesi durumunda hâkim davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde bu belirsizliği ve eksikliği taraflara tamamlattırmalıdır.

Hâkimin çelişkili veya belirsiz olan delilleri taraflara açıklattırması, şayet tanık beyanları arasında çelişki bulunuyorsa, tanıkları yüzleştirmesi[86] ve hâtta gerekiyorsa ek delil talebinde bulunması gerekecektir[87]. Zira çelişkili veya belirsiz delil

---

[85] Delil ibraz etme hakkının, hukukî dinlenilme hakkının ayrılmaz bir parçası olduğu ve bu sebeple de hâkimin deliller üzerinde davayı aydınlatma yükümlülüğünün büyük önem arz ettiği konusunda bkz. Karaaslan, s. 134; Waldner, s. 276.

[86] Tanık beyanları arasında çelişki bulunması hâlinde hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında bu tanıkları yüzleştirebileceği konusunda bkz. 16. HD, 4.6.2013, 3151/6206 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası); 22. HD, 3.12.2012, 7584/27072 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

[87] Deliller arasındaki çelişkinin giderilmesi için hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında taraflardan uyuşmazlığın çözümü için yeniden tanık ve delil bildirmelerinin istenmesi, bildirilecek yeni deliller dosya içine getirtildikten ve tanıklar hazır edildikten sonra mahallinde yeniden keşif yapılması gerektiği konusunda bkz. 16. HD, 4.6.2013, 3151/6206 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).
Somut olayın, yani uyuşmazlık konusu vakıalar üzerindeki belirsizliğin tarafların sunmuş olduğu delillerle -*bir tarafın sunmuş olduğu tek bir tanık beyanı ile*- aydınlanamamış olması sebebiyle hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereğince, mahkemenin taraflardan yeniden delillerini sunmaları için süre vererek bildirilen deliller toplandıktan sonra tüm deliller ile birlikte uyuşmazlık konusu belirsiz kalan vakıaların değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği yönünde bkz. 22. HD, 12.3.2013, 2012-16217/5078 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).
Yine başka bir kararda Yargıtay, davanın, feshin geçersizliği ve işe iade istemine ilişkin olduğunu; şoför olan davacının kusuru ile sebep olduğu yaralamalı trafik kazalarına karıştığı ve şirketi zarara uğrattığı gerekçeleriyle iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiğinin savunulduğu; davalı şirket tarafından ileri sürülen fesih sebebi ile ilgili savunma dikkate alındığında *hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereğince davacının karıştığı trafik kazaları ile ilgili evraklar -yani ispat araçları, deliller- temin edilerek* gerektiğinde de kusur ve zarar miktarı yönünden uzman bilirkişi görüşüne de başvurula-

ile, ispat hakkını kullanmak isteyen tarafın o ispat aracını yargılamaya getirmesi ile amaçlamış olduğu hedefe ulaşması mümkün olmayacaktır. Bu durumda ispat hakkının konusunu oluşturan ispat aracı üzerindeki belirsizlik veya çelişki giderilmelidir ki, taraflar şeklî anlamda değil gerçek anlamda ispat hakkını yargılama sürecinde kullanmış olabilsinler[88].

Öğretide kabul edildiği şekilde, şayet bir delil dava dosyasına girmişse, hâkim taraflardan o delilin ibrazını talep edebilecektir[89]. Örneğin hâkim, dava dosyasında uyuşmazlık konusu olan vakıalardan birisine şahit olan bir tanığın bulunduğunu tespit edebiliyorsa, bu tanığın dinlenilmesine karar verebilir[90].

---

rak uyuşmazlığın ve belirsizliğin çözüme kavuşması gerektiği yönünde kanaat bildirmiştir. Bu karar için bkz. 22. HD, 5.6.2012, 2011-12564/12530 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

88 Yargıtay içtihatlarında da belirsiz veya çelişkili olan ispat araçları arasındaki bu çelişki ve belirsizliklerinin giderilmesi gerektiği açık bir şekilde kabul edilmektedir.
Keşif esnasında dinlenen ve tutanağa geçirilen tanık beyanları ile mahkemede alınan tanık beyanları arasında çelişki bulunması hâlinde, hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında deliller arasındaki çelişkiyi gidermekle sorumlu olduğu yönünde kararlar için bkz. 1. HD, 1.11.2013, 18136/15018 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası); 16. HD, 30.9.2013, 7375/9293 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).
Tanık beyanlarına rağmen, uyuşmazlık konusu vakıalar üzerindeki belirsizlik giderilemediği takdirde, hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında tekrar tanıkların dinlenmesine karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. 9. HD, 21.12.2011, 2009-29770/48974 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).
Trafik kazasına dayanan tazminat davasında kaza tutanağı ile tespit dosyasındaki tutanakta kusurlu tarafın ve kusur oranlarının farklı gösterilmesi sebebiyle hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde bu deliller arasındaki çelişkinin giderilmesini sağlayarak kusurlu tarafı tespit etmesi -*ve devamında bu çerçevede tarafların açıklama ve delilleri çürütme yani ispat haklarını kullanması gerektiği*- konusunda bkz. 17. HD, 10.6.2013, 2012-4799/8771 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).
Keşif sırasında dinlenen *yerel bilirkişi ile mahkemede dinlenen tanık beyanları* arasında çelişki olması ve deliller arasındaki bu çelişkinin, hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında giderilmesi gerektiği konusunda bkz. 16. HD, 30.9.2013, 7375/9293 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası); 16. HD, 4.6.2013, 3151/6206 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).
Daha önce mahkemeye çağırılarak dinlenmiş olan tanıkların, uyuşmazlığın çözümü açısından eksik kalan vakıalar hakkında hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde *tekrar mahkemeye çağırılıp dinlenmesi gerektiği hakkında* bkz. 7. HD, 27.5.2013, 8671/10765 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).
Uyuşmazlık konusu vakıalara ilişkin tarafların sunmuş oldukları delillere rağmen belirsizliğin devam etmesi üzerine, *uyuşmazlık konusu vakıalara tanıklık yaptığı dosyadan anlaşılan tanığın taraflar talep etmemiş olmasına rağmen, hâkimin re'sen davayı aydınlatma ödevinin gereği olarak başvurulabileceğine ilişkin* karar için bkz. 22. HD, 3.12.2012, 7584/27072 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).
Geçersiz feshe dayalı davada, *uyuşmazlığa ve feshe sebep olan tutanaklardaki kişilerin taraflar talep etmemiş ve dayanmamış olmasına rağmen, hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında re'sen mahkeme tarafından tanık olarak çağırılıp imza attıkları tutanakları doğrulamaları gerektiği* konusunda bkz. 22. HD, 14.6.2012, 306/13529 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

89 Alangoya, İlkeler, ss. 89-90; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 425.

90 Ancak bu konuyla ilgili olarak Yargıtay içtihatlarında tam bir birliğin olduğunu ifade etmemiz güçtür. Yargıtay'ın çeşitli daireleri hâkimin davayı aydınlatma yükümlüğülüğünün (HUMK m. 75/3) kapsamını farklı yorumlamaktadır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı görüş ve değerlendirmeler için bkz. Alangoya ve diğerleri, ss. 288-289.

Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü konusunda *işaret etme yükümlülüğü*, hukuk sistemimizde özellikle tarafların birtakım ispat araçlarından veya ispat müesseselerinden yararlanırken bunların sonuçlarını taraflara hatırlatması ile sınırlı bir şekilde kabul edilir[91]. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu delillere ilişkin pek çok düzenlemesinde hâkimin işaret etme yükümlülüğüne yer vermiştir[92]. Örneğin senetle ispat etmekle yükümlü olan tarafın takdiri delillere başvurması durumunda, tarafın kesin delillerle ispata icazetinin bulunup bulunmadığını sorulması; yazılı delil başlangıcına dayanan tarafa tanık dinletebileceğinin hatırlatılması; tanığa veya yemin edene, gerçeğe aykırı beyanda bulunması durumunda, bu eyleminin sonuçlarının hatırlatılması hâkimin işaret etme yükümlülüğünün kapsamındadır[93].

Tarafların aynı zamanda talep sonuçları da belirsiz veya dava dilekçesinde belirttiği ile çelişkili ise, yine hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında tarafların talep sonuçları hakkında da açıklama yapmalarını istemesi gerekir[94]. Tarafların talep sonuçları, hangi vakıalar üzerinden hangi deliller ile ispat haklarını kullanacaklarını öncelikli olarak belirlediğinden, ispat hakkının yargılama sürecinde temin edilebilmesi için bu konuda da, varsa çelişkiler ve eksiklikler giderilmelidir[95].

5. Hukukî Sebepler Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi ve İspat Hakkı ile İlişkisi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun benimsediği önemli yapıtaşlarından birisi, katı bir şekilde dava dilekçesinde davacı tarafa (HMK m. 119/1-g), cevap dilekçesinde de davalı tarafa (HMK m. 129/1-f) hukukî sebeplerini bildirme zorunluluğu yüklenmesidir. Tarafların hukukî sebeplerini bildirmemesi veya yanlış bildirmesinin en önemli sonucu ise, taraflar açısından somutlaştırma yüklerini lâyıkıyla yerine getirememek ve bu sebeple ulaşılmak istenen usûlî hedefe ulaşılamaması olacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 194. Maddesi'ne göre *taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdırlar* (HMK m. 194/1). Bununla birlikte tarafların hukukî sebeplerini eksik veya yanlış bildirmeleri, hâkimin hukuku

---

91 Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında işaret etme fonksiyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 405.

92 Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 406.

93 Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 406.

94 Pekcanıtez ve diğerleri, s. 374.

95 Tarafların talep sonuçlarının ne olduğu konusunda belirsizlik ve çelişki olması hâlinde hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında bu belirsizliği bertaraf etmesi yönünde bkz. 3. HD, 24.1.2013, 2012-17701/1054 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası); 22. HD, 10.9.2012, 14428/17591 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası); 19. HD, 10.7.2012, 5059/11499 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

re'sen uygulaması kuralında (HMK m. 33) bir değişiklik yaratmaz. Dolayısıyla medenî yargılama sistemimize göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile taraflara hukukî sebeplerini somutlaştırma yükü getirilmişse de, hâkim uyuşmazlığa uygun hukuk normlarını re'sen bulmak ve uygulamakla yükümlüdür (HMK m. 33). Esasında hâkimin, hukuku re'sen uygulaması kuralına rağmen, yargılamanın taraflarına hukukî sebepler konusunda da somutlaştırma yükü yüklenmesinin en önemli sebebi, kanunkoyucunun temelde ispat sürecinde hâkim ile tarafların işbirliği prensibini benimsemiş olduğuna işaret etmektedir. Zira tarafların buradaki yükümlülüğü talep sonuçlarına ve uyuşmazlığa ilişkin vakıaya uygulanacak soyut normu bulmak, somut uyuşmazlıktaki vakıalarla örtüştürmek ve buna uygun ispat faaliyetine başlamaktır. Bu şekilde hâkimin âdil bir yargılama yaparak gerçeği yansıtan bir karar vermesi, tarafların sağladıkları katkı ile gerçekleşebilecektir. Bu konuda taraflara herhangi bir yükümlülük yüklenmeden, hukuk normunun belirlenmesi ve somut olaya uygulanması yükünün sadece hâkime yüklenmesinin olumsuz yanlarını, Türk medenî yargılama sistemi uzun süre boyunca olumsuz bir şekilde tecrübe etmiştir. Bu konuda -*özellikle avukatla temsil edilen davalarda*- tarafların vakıaları ve taleplerini somutlaştırmadan, genel geçer iddia ve taleplerle uyuşmazlığı hâkimin önüne getirmeleri, hâkimi uyuşmazlığın çözümünde tamamen tek başına bırakmakta; bu durum da hem tarafların sürpriz kararlarla karşılaşmasına hem de gereksiz yere zaman, para ve kaynak harcanmasına sebebiyet vermektedir[96].

Tarafların hukukî sebepler konusunda hatalı veya eksik bir belirleme yapması, yargılama sürecinde bunu hâkimin farkederek hukuka uygun olan hukuk normunu uygulaması ve tarafın bunu ispat sürecinde değil de karar aşamasında öğrenmesi, kendisi açısından sürpriz bir karar olacaktır. Bu sürpriz kararın önüne geçecek tek araç ise, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün hukukî sebepler üzerinde de uygulanmasıdır[97]. Zira hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün hukukî sebepler üzerinde geçerli olmayacağı gibi bir görüş kabul edilmesi hâlinde, taraf, kendisine göre somut uyuşmazlığa uygulanacak hukuk normuna ilişkin ispat faaliyetine girecek, bu hukuk normunun koşul vakıalarının ispatı için deliller temin edecek; ancak karar verildiğinde, hâkimin somut olaya -*hâkim hukuku re'sen uygular kuralı sebe-*

[96] Bu yönde bkz. Akkan, Avukatla Temsil, ss. 158-161.
[97] Bu konuda bkz. Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, ss. 395-396.

biyle- kendi dayandığı hukukî sebebi değil, başka bir hukukî sebebi uyguladığını fark edecektir. Bu aşamadan sonra ise, tarafın bu hatasını düzeltmesi mümkün olmayacak, hâkimin somut uyuşmazlığa uyguladığı hukuk normunun koşul vakıalarını ispat hakkından mahrum kalacaktır. Oysa ki, şayet hâkim tarafların dayandıkları hukukî sebepten farklı bir hukukî sebebe dayanıyorsa veya taraf birden çok hukukî sebebe dayanmış ve bu anlamda dayanılan hukukî sebep konusunda belirsizlik oluşmuş ise[98], bu durumu taraflarla tartışmalı ve taraflara bu hukukî sebep üzerinde somutlaştırma, açıklama ve ispat hakkı tanımalıdır. Hâtta hâkim tarafların dayandığı hukukî sebebe dayansa, ancak tarafların hukukî sebebin koşul vakıaları üzerinde açıklama ve ispat hakkını eksik, hatalı bir şekilde yerine getirdiğini saptasa dahi, yine bu konudaki belirsizlik ve eksiklikleri taraflarla tartışmalı ve bu konuda tarafların somutlaştırma ve ispat haklarını gerçek anlamda kullanabilmelerine imkân tanımalıdır. Bu açıdan bakıldığında, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin hukukî sebepler üzerinde tanınmasının, ispat hakkının kullanılmasında çok önemli bir fonksiyona sahip olduğu belirmektedir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun benimsemiş olduğu gibi hukukî sebepler üzerinde *katı* bir somutlaştırma yükü yüklemeyen karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde dahi, davayı aydınlatma yükümlülüğünün hukukî sebepler üzerinde de tanınabileceğini tespit etmek mümkündür[99].

6. Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinin, Hâkimin Ödevini İhlâlinin Sonucu: İspat Hakkı İhlâli

Son olarak bu genel başlık altında, hâkimin davayı aydınlatma ödevine uymamasının dolayısıyla bu yükümlülüğün hâkim tarafından yerine getirilmemesinin sonuçları üzerinde de durabiliriz. Tereddütsüz şekilde kabul edilmektedir ki, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bulunduğu durumlarda, hâkimin bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması, mutlak anlamda hukukî dinlenilme hakkının ihlâli ola-

---

[98] Alacaklının hem doğrudan hem dolaylı iflâs sebeplerine dayanarak açtığı davada, hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde tarafa hangi hukukî sebebe dayandığını açıklattırması gerektiği konusunda bkz. 23. HD, 11.3.2013, 857/1445 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası). Benzer şekilde hukukî sebeplerde belirsizlik olması hâlinde hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında hangi hukukî sebebe dayanıldığını açıklattırması gerektiği yönünde bkz. 8. HD, 3.7.2012, 5449/6688 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası); 17. HD, 7.6.2012,1406/7467 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası); 2. HD, 3.4.2012, 2011-12586/8165 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

[99] Bu konuda bkz. Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 395.

rak kabul edilmektedir[100]. Bu sebeple yukarıda üzerinde durulduğu üzere uyuşmazlığa ilişkin vakıalar, deliller, hukukî sebepler konusunda taraf iddia ve savunmaları eksik, çelişkili veya belirsiz ise taraflar hem açıklama ve ispat haklarını gerçek anlamda kullanamazlar hem de bu durum tarafların yargılama sonunda sürpriz kararla karşılaşmaları riskini oluşturur. Dolayısıyla bir anlamda hâkimin bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması, tarafların hukukî dinlenilme haklarını çift yönlü ihlâle uğratır. Bu durum bir temyiz sebebi olabilecektir[101].

Hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin yaşanılan en büyük problemlerin başında, hâkimlerin tarafsızlıklarını şüpheye düşürecekleri endişesi ile bu ödevlerini kullanmaktan imtinâ etmeleridir. Bu sorun sadece Türk hâkimleri için değil, pek çok hukuk sistemindeki hâkimlerin içinde bulunduğu bir kaygıdır. Özellikle hâkimin tarafları yönlendirmesi, onlarla deliller ve ispat süreci üzerinde tartışmalarda bulunması, hâkimleri, tarafsızlıklarını şüpheye düşürecek olması endişesi ile bu yetki ve görevlerini yerine getirmemeleri ile sonuçlanmaktadır. Gerçekten de hâkim, bu görevini yerine getirirken sınırı aşar ve bir taraf lehine tarafsızlığını ihlâl ederse, bu durum da yargılama açısından ayrı bir sorun teşkil edecek ve muhtemel şekilde hâkimin reddi (HMK m. 36/1-a) ile sonuçlanacaktır[102]. Bu noktada en hassas konu ise, hâkimin bu ödevini yerine getirirken sınırı hangi noktada aşmış sayılacağıdır. Ancak esasında bu sınırın belirlenmesi kanaatimizce çok da zor değildir. Öncelikle vakıalar açısından hâkimin yükümlülüğünün sınırı belirlidir: yeni bir vakıanın hâkim tarafından taraflardan talep edilememesi veya bunları ileri sürmelerini tavsiye edecek herhangi bir hatırlatmada bulunulamaması[103]. Bu anlamda örneğin hâkim, tarafların ileri sürmemiş olmasına rağmen taraflara zamanaşımı, takas gibi savunmaları hatırlatamayacaktır.

Deliller açısından ise, hâkimin zaten ispat süreci ve araçları konusunda taraflarla tartışması; özellikle ispat yükü kurallarında, oluşan kanaatine göre, taraflara belirsizlik noktalarına yakınlığı konusunda tavsiyelerde bulunması, hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında kabul edilmektedir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin hâkime, deliller ve ispat süreci üzerinde bahşettiği yetkiler oldukça geniş ol-

[100] Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 410; Özekes, s. 322; Pekcanıtez, Âdil Yargılanma Hakkı, s. 52.
[101] Bu konuda bkz. Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 410.
[102] Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 410; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 375.
[103] Bu konuda bkz. Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 410.

duğundan hâkimin özellikle ispat süreci konusunda taraflarla tartışmasının, onları yönlendirmesinin tarafsızlığını şüpheye düşürmesi çok kolay görünmemektedir. Deliller konusunda hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünü tarafsızlık lehine bozacak en somut örnek, hâkimin re'sen talep etmeye yetkili olmadığı bir delili, taraflar dayanmamış olmasına ve bu konuda dosyada herhangi bir açıklama bulunmamasına rağmen talep etmesi veya hatırlatmasıdır. Bunun hâricinde, hâkimin ispat yükünü taşıyan tarafın gösterdiği delillerin ikna faaliyetinde belirsizliği ne derecede ortadan kaldırdığının, iddiasının ispatı için başka delillere ihtiyâç duyulup duyulmadığının taraflara bildirilmemesi, bizatihi hukukî dinlenilme hakkının ihlâli olarak kabul edilmektedir. Bu durumda taraflar ispat hakkını tam ve gereğince kullanamamış olacaklarından, hukukî dinlenilme haklarının mutlak olarak ihlâl edildiği kabul edilmektedir. Öyle ki özellikle yargısal temel haklar konusunda duyarlılığını arttırabilmiş ve bu anlamda diğer medenî yargılama modellerine örnek olan hukuk sistemlerinde, özellikle ispat sürecinde hâkimin deliller, ispatın gidişatı, ispat yükü üzerine düşen tarafın süreçteki konumu konusunda taraflarla tartışmaması hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün ve bunun devamında tarafların hukukî dinlenilme hakkının ihlâli olarak kabul edilmektedir.

Bu açılardan bakıldığında medenî yargılama hukuku sistemimizde görülen hemen her davada hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle, ispat hakkı ve hukukî dinlenilme hakkı ihlâlleri yaşandığını belirtmemiz yanlış olmayacaktır. Zira yukarıda üzerinde durduğumuz üzere, deliller üzerinde hâkimin davayı aydınlatma ödevinin gereği, hâkimin dilekçelerin teatisi ve delillerin bildirilmesi aşamasından sonra taraflarla birlikte tartışarak, ispat ve dava süreci konusunda bir yol haritası çıkarmasıdır. Hâkim bu yol haritasında tarafların sundukları delillerin kabul edilebilirliği, ispat kuvveti konusundaki ilk kanaatini taraflarla paylaşmalı; uyuşmazlık konularına göre, hangi tarafın ispat faaliyetinin belirsizlik çizgisine daha yakın olduğunu açıklaması gerekir. Aksi durumda taraflar ispat hakkını etkin bir şekilde kullanamayacaklar, hâkimin aklı ile vicdanı arasında oluşacak ispat köprüsünden çok uzak bir noktada ispat sürecini yürütme riski ile karşı karşıya kalacaklardır. İspat bir ikna, hâkimin zihninde uyuşmazlığın canlandırılması süreci olduğundan tarafların ispat hakkını tam ve gereği şekilde kullanabilmeleri için hâkimin kafasında oluşan ispat süreci, yani hâkimin ispat süreci konusundaki algısını

bilmelidir. Aksi durumda taraflar boşuna bir ispat çabası içinde olabilecekleri gibi, hâkimin kafasında oluşan gerçek ile tarafların göstermek istedikleri gerçek arasında fark oluşabilecek ve bundan daha kötüsü taraflar bundan haberdâr dahi olmayacaklardır. Hâkimin zihnindeki ispat süreci ve gerçek ile tarafların ispat etmek istedikleri arasında belirsizlik, çelişki veya eksiklik yüzünden oluşacak farklılık ise, ancak karar aşamasında sürpriz karar şeklinde tarafların karşısına çıkabilecektir. Açıklamaya çalıştığımız tüm bu gerekçeler hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün ispat hakkı üzerindeki etkisinin, büyük hak kayıplarına sebebiyet vereceğini; hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, deliller ve ispat süreci üzerinde apayrı bir fonksiyonu olduğunu ve ihlâlinin âdil yargılanma ihlâline sebebiyet vereceğini göstermektedir. Kanaatimizce taraflardan biri hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirememesi yani hâkimin ispat sürecini yönetmemesi sebebiyle ispat hakkını tam olarak kullanamamış, bu sebeple davayı kaybetmiş ve zararı da oluşmuşsa, taraf ayrıca hâkimin sorumluluğu yoluna başvurmalıdır.

D. Hâkimin Tarafları Dinlemesi ve İsticvabı

Hâkimin tarafları dinlemesi ve isticvabı konularını, esasen daha önce ispat hakkının gelişimini etkileyen unsurlar arasında incelemiştik[104]. Hâkimin, sunulan delillerin güvenilir ve inandırıcı olup olmadığını değerlendirmesi, hâkimin hükmünü doğru bir şekilde tesis etmesi için önemli olduğu kadar, tarafların ispat haklarını dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanıp kullanmadıklarının tespiti açısından da son derece önemlidir. Hâkim, diğer delillerin güvenilirliğini ölçmek için birtakım araçlara sahiptir. Örneğin hâkim tanık ifadelerinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığını, bilirkişi raporunun gerçeği yansıtıp yansıtmadığını veya taraflarca/üçüncü kişilerce sunulan bir belgenin sahte olup olmadığını HMK'da kendisine tanınan yetkiler çerçevesinde inceleyebilir. Buna karşılık hâkimin, taraf davranışlarının ve işlemlerinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı konusunda başvurabileceği en önemli araçlar *tarafların dinlenmesi* ve *isticvap* kurumlarıdır[105]. Böylece dürüstlük kuralına uygun davranmak konusunda birinci derecede sorumluluk sahibi olan tarafların, ispat haklarını bu ilkenin gerekliliklerine uygun şekilde yerine getirip getirmedikleri denet-

[104] Bu konuda bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1, I, B, 2.

[105] Bu konuda bkz. Oruç Hami Şener, "Medeni Yargılama Hukukunda Tarafların İsticvabı", **YD,** C. 16, S. 1-2, 1990, (Tarafların İsticvabı), ss. 59-60; Erdal Tercan, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi", **Legal MİHDER,** S. 18, 2011, (Tarafların Dinlenmesi), ss. 1-56.

lenebilecektir. Bu hukukî imkânların, gerekli zamanlarda kullanılmaması yargılamada gerçeğe ulaşılmasının önünde engel olacağı gibi tarafların ispat haklarını âdil ve dürüst bir şekilde kullanıp kullanmadıkları da anlaşılamaz. Bu yönüyle hâkimin tarafları dinlemesi ve isticvabı ile delillerin değerlendirilmesi ve ispat hakkı arasında çok önemli bir bağ bulunur.

E. Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi İlkesi

1. Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirme İlkesinin İspat Hakkı Açısından Önemi

Hâkim yargılama sürecinin belkemiği olan ispat sürecinde, tarafların haklılıkları konusunda kendisini ikna edebilmeleri için pek çok bilgi kaynağı, ispat aracı ile karşı karşıya kalır. Bu bilgi kaynaklarını yeri geldiğinde inceler, bir uzmana inceletir, okur, izler, işitir, dinler, koklar. Bu faaliyetin tek amacı ise, tarafların uyuşmazlığı hâkimin gözünde canlandırmak suretiyle haklılıkları konusunda hâkimi ikna etme çabasıdır. Medenî yargılama sistemlerinde hâkimin önüne gelen bilgi kaynaklarını, ispat araçlarını serbestçe değerlendirmesine imkân veren sistemler *hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesini* kabul etmiş olurlar. Ancak bununla hâkimin delilleri herhangi bir ölçüt bulunmadan keyfî bir şekilde değerlendirebildiği sonucu çıkarılmamalıdır. Nitekim hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesini kabul eden yargılama sistemlerinde bu değerlendirmenin hangi ölçütler üzerinden yapılabileceği, hangi değerlendirme metodunun en doğru olduğu konusunda uzun uzadıya tartışmalar yapılmakta, konuyla ilgili pek çok teori ortaya atılmaktadır. Anayasımız'ın 138. Maddesi de hâkimin kararını Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak *vicdanî kanaatine* göre vereceği belirtilirken, buradaki vicdanî kanaatten ne anlaşılması gerektiği, hâkimin vicdanî kanaatini esas alan böyle bir sübjektivitenin ne şekilde objektifleştirileceği ayrı bir meseledir. Bunun yanısıra günümüzdeki teknolojik gelişmelerin ışığında hâkimin delilleri değerlendirme yetkisini objektifleştirmesinde en önemli araçların başında da bilimsel deliller gelmektedir. Bundan iki yüzyıl öncesinde hâkimin değerlendireceği deliller ile bugünün bilimsel delilleri, veri kaynakları arasında güvenilirlik ve rasyonellik açısından çok büyük farklılık bulunur. Bu anlamda günümüzde delilleri serbestçe değerlendirme

yetkisi bulunan hâkimlerin bu görevinin, geçmişe nazaran biraz daha kolaylaştığını ifade etmek haksız bir değerlendirme olmayacaktır[106].

Medenî yargılama hukuku sistemimizde de hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 198. Maddesi'nde düzenlenmiştir. Buna göre "*Kanunî istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir.*" (HMK m. 198). Ancak düzenlemede belirtilen kanunî istisnalar -*aşağıda değinileceği üzere*- çok geniş bir uygulama alanına sahip olduğundan medenî yargılama sistemimizde hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi, kural değil istisna niteliğindedir. Senetle ispat zorunluluğu hukukî işlemler açısından kabul edildiğinden ancak hukukî fiillerin ispatında takdirî delillere başvurulabilecek; bu durum da senetle ispat kuralının çok geniş bir uygulama alanına sahip olmasına sebebiyet verir. Dolayısıyla medenî yargılama hukuku sistemimizde hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi, çok sınırlı bir uygulama alanına sahiptir ve kural olarak hâkimin pek çok uyuşmazlıkta delilleri değerlendirme yetkisi bulunmaz, hâkim kesin delillerle bağlıdır.

Buna karşılık bugün karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde ve özellikle kesin delille ispat zorunluluğunun köklerini dayandırdığı Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yaklaşık iki yüzyıllık bir süreden bu yana hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi konusunda yetkilerinin arttırılması, hâkimi bağlayan ispat kurallarının gün geçtikçe yargılama geleneklerinden uzaklaştırılması konusunda ciddi bir eğilim bulunur. Nitekim bu konudaki gelişmelerini erken kaydeden Alman hukukunda Alman İmparatorluk Meclisi hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesini 1876 yılında

[106] Bilimsel veri kaynakları, ispat araçları konusunda yaşanabilecek en büyük sorun ise bu bilgi kaynaklarının doğrulanması problemidir. Zira hâkim, bilimsel bir veri kaynağının geçerliliğini her zaman kolaylıkla tespit edemeyebilir. Teknolojik gelişmenin hızı bilimsel ve özellikle teknik bilgi kaynaklarının güvenilirliliği konusunu hâkimin belirlemesi açısından büyük zorluklar yaratabilecek niteliktedir. Bir tarafın iddiasını bu şekilde bilimsel, teknik bir ispat aracı ile ispatlamak istemesi o kişi açısından ispat hakkının bir gereği olmakla birlikte; karşı tarafın da bozulmamış, çürük olmayan ispat araçları karşısında kendi lehine ispat hakkını kullanabilmesi âdil bir yargılama için şarttır. Bu sebeple hâkimin önüne bilimsel veya teknik bir bilgi kaynağının ispat aracı olarak getirilmesi hâlinde şayet karşı taraf bu bilgi kaynağının güvenilirliğinden, sağlamlığından şüphe duyuyor ise, buna itiraz etme hakkı ispat hakkının güvencesindedir. Böyle bir durumda kanaatimizce hâkimin söz konusu teknik, bilimsel bilgi kaynağının doğrulamasını tek başına gerçekleştirmesi mümkün olmadığından, bu incelemeyi bilirkişi yardımı ile gerçekleştirmelidir. Tarafların ispat hakkı, güvenilirliği ve doğruluğuna itiraz edilen bu bilgi kaynağının hâkimin kendi değerlendirmesi ile değil, bilirkişi yardımı ile doğruluğunun tespit edilmesini gerektirir.

Alman Medenî Yargılama Kanunu § 259 ile kabul etmiştir[107]. Bu düzenlemeye göre, mahkeme duruşmanın genel içeriğini ve ikame olunan delillerin sonucunu dikkate alarak kendi serbest kanaati ile bir iddianın hakikaten varolup olmadığına karar vermelidir; hükümde, hâkimin kanaatine etki eden gerekçeler gösterilmelidir; kanunî delil kuralları ile mahkeme, sadece bu kanunda gösterilmiş hallerle bağlıdır (ZPO § 259).

Alman Medenî Yargılama Kanunu'nun bu hükmü hâkimin delilleri değerlendirme yetkisi konusunda oldukça önemli bir düzenlemedir ve kanaatimizce tarafların ispat hakkının tesisine yönelik bir değerlendirme yetkisi açısından -aşağıda üzerinde duracağımız gerekçelerle- önemli ilkeler barındırmaktadır.

Medenî yargılama sistemlerinde ispat prosedürü -Türk hukukunun aksine- tamamen hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesine dayandırılsa bile, bu durumdan hâkimin hiçbir sınırlamaya tâbi olmadan, önüne gelen bütün bilgi kaynaklarını hükmüne temel alabildiği sonucuna ulaşılmamalıdır. Nitekim aşağıda sınırlamalarına değineceğimiz hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesini kabul eden sistemlerde de, hâkimin bu yetkisini sınırlayan pek çok kurum, kural, ilke bulunmaktadır. Ancak şüphesiz ki, Türk medenî yargılama hukuku sistemimiz açısından sınırlamaların niteliği ve niceliği daha önemli bir boyuttadır.

Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi ile ispat sürecinde taraflara tam ve gerçek anlamda ispat hakkının tesis ve temin edilmesi arasında çok sıkı bir bağ bulunmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde ispat hakkının tarihî gelişimini ele alırken, hatırlanacağı üzere ispat hakkının geçirdiği devinimi büyük ölçüde hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebilmesi üzerinden şekillendirmiştik. Hâkimin delilleri değerlendirmesi üzerindeki yetkileri akıldışı yöntemlerden, rasyonel yöntemlere doğru yol alabildiği ölçüde tarafların uyuşmazlığı ve hakikati gerçek anlamda yansıtan ispat araçlarını yargı organları önüne getirme fırsatı doğabilmiştir. Bu anlamda ispat araçlarının geçirdiği evrim ile hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi arasında yakın bir ilişki bulunmaktaydı ve bu yetkinin kullanımı ancak tarafların ispat haklarını gerçek anlamda temin edebilecekleri rasyonel, akılcı ispat araçlarının yargılamaya getirilebilmesi ile mümkün kılınabilmişti. Nitekim

[107] Alman hukukundaki bu gelişim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 8-10.

hâkimin delilleri değerlendirme yetkisinin bulunmadığı zamanlarda kanunî delillere büyük önem verilmekteydi; zamanla kanunî deliller yerini vicdanî delillere bıraktı ve bu evrimde vicdanî deliller de içinde bulunduğumuz yüzyıl içerisinde yerini genel itibariyle bilimsel delillere bırakmıştır. Bu şekilde akıldışı delillerden akılcı, rasyonel delillere, ispat araçlarına geçiş sağlanabilmiştir[108]. Hâtta bu konuda tanrısal, rollere bağımlı ve serbest ispat sürecine geçiş süreçleri üzerinde çalışmamızın ilk bölümünde tarihî gelişimi ele almıştık[109]. Bizim delilleri değerlendirme ve ispat rejimimizin ise hâlen büyük ölçüde kanunî delillere dayandığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Kanunî delillere ağırlık veren ispat rejimlerinin ise en temel özelliği, hâkime güven duymamasıdır. Bu güvensizlik, hâkimin tarafsızlığını koruyamayacağı veya bilgisizliği sebebiyle takdir yetkisini yanlış kullanacağı ve keyfî kararlar vereceği endişesine dayanmaktaydı. Bu sebeple de, hâkime delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi verilmesi yerine, hâkimin önüne gelen bilgi kaynaklarına kanunen bir ispat ölçüsü verilmekte; hâkim, tarafların getirdiği bu bilgi kaynağına, önündeki kataloğun -*yani kanunun*- bir ispat değeri verip vermediğini tespit ederek ve şayet vermiş ise, bu delil değerini hesaplamak suretiyle uyuşmazlığın ispat edilip edilmediğini belirlemektedir. Bu şekilde hâkime, önüne gelen bilgi kaynağını hiçbir değerlendirme yetkisi tanımayan, şeklî bir ispat prosedürünün tarafların ispat hakkını temin ve tesis edebilmesi mümkün değildir. Ancak yukarıda belirttiğimiz endişeler sebebiyle, bugün hâlen Türk medenî yargılama hukuku ispat rejiminde, kanunî delillere büyük bir ağırlık verildiği; uyuşmazlıkların bu delillerin hesaplanması yöntemi ile çözümlendiğini ifade etmek abartılı ve gerçek dışı olmayacaktır. Bu anlamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kanunî delil sisteminin yumuşatılması için önemli değişiklikler kaydedilmiş olmakla birlikte, hukuk uygulamasının hâlen bu şekilde devam ettiği bir vakıadır.

---

[108] Bu konuda ayrıca bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 29-31.

[109] Rolleri ayrıştıramayan ilkel toplumlarda delillerin ikamesi ve dolayısıyla değerlendirilmesi *kanunî ispat kuralları* ile gerçekleşmekteydi. Daha sonra delillerin ispat değerinde ve değerlendirilmesinde, kişilerin *rollerinin egemen olduğu* dönem başlamıştır. Yani taraf veya tanığın toplum içerisinde sahip olduğu rol, ispat değeri üzerinde de etki bırakıyordu. Bu sebeple örneğin tanık ifadeleri arasında bir hiyerarşi kabul edilmekteydi ve soyluların tanıklığının halktan olanlara, papazların tanıklığının din adamı olmayanlara, zenginlerin tanıklığının fakirlere, yaşlıların tanıklığının gençlere, Hristiyanların tanıklığının Yahudilere üstünlüğü bulunmaktaydı. Daha sonra ise, rasyonel esaslara dayalı serbest delil sistemine geçilmişti. Bu sistemde hâkim, rasyonel ilkeler çerçevesinde tarafların getirdiği bilgi kaynaklarının, verilerin gerçeği ispatlamaya elverişli ve yeterli olup olmadığı konusunda değerlendirme yapma yetkisine sahip oldu. Bu konuda ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1, I.

Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi, çalışmamızda savunduğumuz üzere ispat hakkının önemli birleşenleri olarak belirttiğimiz birtakım yargısal ilkelerle de büyük bir bağlılık içerisindedir. Zira çalışmamızda da temel tezimizi oluşturan önerme, ispat hakkının en iyi şekilde sözlülük, doğrudanlık ilkelerinin kabul edildiği; hâkimin uyuşmazlığın tespitine ilişkin bilgi kaynaklarına kural olarak ve doğrudan erişebildiği; bu anlamda ilgili (relevant) delillerin uyuşmazlığın taraflarınca herhangi bir sınırlama olmaksızın yargı organları önüne getirilebildiği ve bu kapsamda da tarafların hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde serbestçe açıklama hakkına sahip olacağı bir ispat sürecinde temin edilebileceği yönündedir. Nitekim hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisinin keyfîliğe dönüşmesine engel olacak ve bu anlamda da yetkinin hukukî, tam ve doğru bir şekilde uygulanmasına katkı sağlayacak *garantörler* sözlülük ilkesi, doğrudanlık ilkesi, hukukî dinlenilme hakkı, *delillerin sınırlandırılması (numerus clauses)* yasağı ve gerekçe gösterme zorunluluğu olarak kabul edilmektedir[110]. Bunun yanısıra hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesi, ancak hâkimin aktif bir şekilde ispat sürecini yönlendirebildiği; taraflara, belirli hususları işaret edebildiği; özellikle duruşmada tarafları dinleyebildiği, açıklamalarda bulundurabildiği, sorular sorabildiği bir sistemde sağlıklı bir şekilde uygulanabilecektir[111]. Bu çerçevede hâkimin davayı maddî ve şeklî anlamda sevk ve idare yetkisi, davayı aydınlatma ödevi, tarafları dinleyebilmesi konularında sahip olduğu yetkiler delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile bütünlük arzeden ilkelerdir.

Bütün bu değerlendirmeler dikkate alındığında ispat hakkının temin ve tesisi için bir yargılama sisteminin sahip olması gereken özellikler ile delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin tamamlayıcı ilkelerinin örtüştüğünü tespit etmek mümkündür. Bu anlamda ispat hakkının gerektirdiği doğrudanlık ve sözlülük ilkeleri; hâkimin davayı sevk ve idare yetkisi ile davayı aydınlatma ödevi kapsamında güçlendiği etkin, yetkin ve aktif bir hâkimin ispat sürecini yönlendirmesi ilkesi; bu kapsamda delillerin yargılamaya getirilmesi önünde kural olarak bir engel benimsenmemesi ve hâkimin önüne gelen delilleri serbestçe değerlendirebilmesi ilkesi; dava malzemelerinin taraflarca getirilmesi ilkesi ile birlikte taraflarla hâkimin işbirliği

[110] Walter, Beweiswürdigung, s. 84; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 28-30.
[111] Bu konuda bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 24.

içinde olması ve bu sebeple taraflara katkıda bulunma yükümlülüğü yüklenmesi; bu kapsamda da taraflara doğruluk ve dürüstlük ödevlerinin yüklenmesi gerekliklerinin tümü birbirini tamamlar ve yargısal prosedürde âdil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde ispat hakkının tesis ve temini açısından büyük harmoni oluştururlar. Dolayısıyla hâkimin delilleri değerlendirmesi ilkesinin, ispat hakkının tam ve doğru bir şekilde tesisi için önemli bir unsur olduğu kanaatindeyiz. Hâkimin delilleri değerlendirmesi yetkisini sınırlayan ve bu anlamda ispat hakkının da sınırlarını zorlayan meseleler ayrı ayrı aşağıda ele alınacaktır.

2. Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirme İlkesini Sınırlayan Kurum ve Kuralların İspat Hakkı ile İlişkisi

a. Kanunî Delil Sistemi, Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi İlkesi ve İspat Hakkı İlişkisi

Kanunî delil sistemi, genellikle hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesinin geçerli olduğu ispat sistemlerinin aksini ifade etmek için kullanılır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere hukukumuzda hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesinin geçerliliği, ancak kanunda belirtilen istisnalar dışında kabul edilmiştir (HMK m. 198). Bu anlamda Kanun'da belirtilen istisnalar ise senet (HMK m. 200 vd.), yemin (HMK m. 225 vd.) ve kesin hükümdür (HMK m. 303). Kanunî delil sisteminin bir gereği olarak hâkim, kanunen *kesin delil* olarak belirlenmiş olan bu delillerin hâkikati yansıtıp yansıtmadığını serbestçe takdir edemez. Bu deliller geçerli olduğu sürece hâkim, bu ispat araçlarının uyuşmazlığın temelindeki gerçeği temsil ettiğini kabul etmek durumundadır[112]. Bu durum karşılaştırmalı hukuk öğretisinde de, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesinin bir sınırlaması olarak kabul edilmekte ve kanunî delil sisteminden uzaklaşılmaya çalışılmaktadır. Nitekim çalışmamızın ilk bölümünde de, üzerinde durduğumuz üzere ispat hakkının gelişimi kanunî delil sisteminden hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesine doğru önemli gelişmelere dayanmaktadır. Kanunî delil sistemi ise hem hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesini bertaraf edebilmekte hem de ispat hakkını uyuşmazlığı doğrudan ispatlayacak ikna edici delillerle kullanmak isteyen tarafın da temel hakkına müdahâle teşkil etmektedir. Bu konuda özellikle senetle ispat zorunluluğunun tarihî gelişimi ve Türk medenî yargılama hukukundaki uygulama alanının

[112] Pekcanıtez ve diğerleri, s. 712.

ispat hakkı üzerindeki sınırlamalarına, çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıca yer verilecektir.

Kanunî delil sisteminin getirdiği bir diğer sınırlama da delillerin caiziyeti meselesidir. Kanunî delil sisteminde, tarafların hangi tür iddialarını hangi ispat araçları ile ispatlaması gerektiği kanunen önceden belirlenmiştir. Taraflar diledikleri şekilde, uyuşmazlığı en iyi ve doğrudan bir yolla ispatlayan yani uyuşmazlığı en iyi şekilde temsil edecek delilleri yargılamaya getiremezler. Kanunda belirtilen delillerin dışında başka deliller, belirli türden iddiaların ispatında kullanılmak isterse hâkim bunu otomatik olarak reddetmek durumundadır. Örneğin beşbin liralık bir borcun varlığına ilişkin olarak açılan bir eda davasında, hâkim hukukî işlemin ispatı için tarafın tanık dinletmek istemesi üzerine, bu talebi reddetmek durumunda kalacaktır. Bu durum delillerin caiziyeti olarak ifade edilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. Maddesi de bu konuda düzenleme öngörmektedir. Buna göre; "*Bir vakıanın gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir.*" (HMK m. 189/4). Delillerin caiziyeti hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesini sınırlandırdığı için kanunî deliller gibi, hukuk sistemlerinde yoğun eleştirilere konu olmaktadır. Zira tarafların gerçek anlamda açıklama haklarını yargılama sürecinde kullanabilmeleri için hâkimin bir delili değerlendirmeden reddetmesi yargılamanın âdil yargılanma haklarının tesisi açısından bir engel oluşturmaktadır. Delillerin caiziyeti meselesi, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesinin bir istisnasını oluşturmak suretiyle bu ilkenin bir sınırını oluşturmakla birlikte, yine çalışmamızın üçüncü bölümünde yer vereceğimiz üzere ispat hakkının da bir sınırlamasını oluşturmaktadır.

b. Katı Delil Sistemi, Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi İlkesi ve İspat Hakkı İlişkisi

Katı delil sisteminin benimsenmesi, esasen yargılamaya getirilebilecek delil türleri açısından bazı sınırlamaların bulunduğu anlamını taşır. Genellikle bu tür durumlarda hukuk sistemleri sınırlandırıcı şekilde *(numerus clausus)* hangi tür delillerin yargılamaya getirilebileceğini önceden belirler. Şüphesiz ki, bu durum hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesinin sınırlandırılması anlamını taşıdığı gibi, ispat hakkının da sınırlaması olarak nitelendirilir. Bu konu, ispat hakkı kapsamında hukuk literatüründe oldukça önem verilen bir konu olduğundan, çalışmamızın iler-

leyen bölümlerinde bu konuya ayrı bir başlık açılacaktır[113]. Bu sebeple burada konuya ilişkin açıklamalar yapılmayacaktır.

c. Yasak Deliller, Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi İlkesi ve İspat Hakkı İlişkisi

Yasak deliller (Beweisverbot) olarak ifade edilen sınırlama sebebi, delilin ikamesinin, elde ediliş şeklinin veya değerlendirilmesinin *hukuka aykırı* olduğu durumlarda hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesini sınırlandırmaktadır. Buradaki *hukuka aykırılık* kavramı içerisine her türlü hukuk normuna aykırılık girmektedir. Bunlar anayasaya aykırılık, medeni kanuna aykırılık, ticaret kanununa aykırılık ve hâtta yargılama kanunlarına aykırılık şeklinde farklı görünüm şekilleri ile hâkimin karşısına çıkabilir. Bu durum da ikame edilen delilin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı meselesini oldukça karmaşık bir hâle getirmektedir, ki çoğu zaman bu sorunun menfaatlerin dengelenmesi yolu ile çözüme kavuşturulduğuna birazdan açıklamalarımızda yer vereceğiz. Bu çerçevede örneğin anayasaya aykırı bir şekilde kişinin haberleşme özgürlüğüne müdahâle edilmek suretiyle telefonunun dinlenip ispat sürecinde bu telefon kaydına dayanılmasından, kişinin yazışmalarının, özel günlüklerinin delil olarak yargılamaya getirilmesine; kişiden ticarî sırlarını içerecek bir şekilde delil ikame etmesinin istenmesinden, usûlî dürüstlük kuralına aykırı şekilde delil ibraz edilmesi durumuna kadar pek çok örnek *yasak delil* veya *hukuka aykırı delil* olarak kabul edilebilmektedir. Zira yukarıda verdiğimiz örneklerde anayasalardaki haberleşme özgürlüğüne, medeni kanunlar ile yine anayasadaki kişinin özel hayatını koruma özgürlüğüne, ticaret hukuku mevzuatında koruma altına alınan ticarî sırlarına, medenî yargılama kanunlarında düzenlenen usûlî dürüstlük kuralına aykırılık söz konusudur. Dolayısıyla *yasak delil* veya *hukuka aykırı delil* denildiğinde çok genel bir kavram ortaya çıkmaktadır.

Hukuka aykırı delillerin temel özelliği ise, çoğu zaman yargılamada delil olarak kullanılması mümkün olamayacağından hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisini sınırlandırmasıdır[114]. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisinin kabul edildiği sistemlerde dahi, hâkimin serbestinin bir sınırı bulunmaktadır, ki bu sınırda en önemli rolü hukuka aykırı deliller üstlenmektedir. Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisini sınırlandıran

[113] Bu konuda bkz. Beşinci Bölüm, § 20.
[114] Bu konuda bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 239-246.

bu tür deliller aynı zamanda tarafların ispat hakkını da sınırlandıracağından çalışmamız açısından da oldukça önem arzetmektedir. Ancak biz hukuka aykırı delil, yasak delil meselesini bir başlık altına yığmak yerine karşılaştırmalı ve Türk hukukunda yargı içtihatları ile öğreti görüşlerinde hukuka aykırılığı tartışılan her bir durumu, yöneldiği ve koruduğu hukukî menfaati temel alarak bir tasnife tâbi tutmayı ve bu çerçevede her bir *hukuka aykırı delili* ayrı başlıklar altında incelemeyi tercih ettik. Zira yukarıda sözünü ettiğimiz üzere hukuka aykırı, yasak delil kavramı çok geniş bir kavramdır ve her bir görünüm şekli, temelinde barındırdığı menfaat ile ispat hakkını çatıştırmaktadır. Bu çatışmada menfaat dengesinin nasıl kurulacağı meselesi ise, her konunun içinde farklı dinamikleri barındırmaktadır. Örneğin bir hekimden hekimlik mesleği sebebiyle öğrendiği bir bilgiyi yargı sürecine getirmesinin talep edilmesi ile bir boşanma davasında eşlerden birinin yatak odasındaki kilitli çekmecesinden alınan günlüğü dayanılması durumunda korunan hukukî menfaatler ve kurulacak menfaat dengesi birbirinden çok farklıdır. Hukuka aykırı delil meselesinde genel bir çözüm belirlemek kanaatimizce mümkün ve doğru da olmadığından, her bir görünüm şeklini kendi dinamikleri içerisinde ispat hakkı karşısındaki durumu ile birlikte incelemek kanaatimizce daha yerinde olacaktır[115].

Ancak burada genel olarak belirtmek isteriz ki, hâkimin delilleri değerlendirme yetkisini kısıtlayan her bir durum aynı zamanda tarafların ispat haklarına da bir müdahâle teşkil eder. Zira hukuka aykırı kabul edilen ve hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisinin uygulanmamasına sebebiyet veren her bir görünüm şeklinde, esasında taraflardan birisi iddiasını ispat etmek, açıklama hakkını uyuşmazlıkla doğrudan *ilgili* olan bilgi kaynakları ile ispat etmek istemekte ve hakkını bu yönde kullanmayı tercih etmekte; ancak karşı tarafın çatışan menfaati bu delilin yargılama sürecinde hâkimin değerlendirilmesine tâbi kılınmasına izin vermemektedir. Bu durum şüphesiz ki hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesine engel teşkil ettiği gibi, delil ibraz etmek isteyen ve bu anlamda delil sunma hakkını kullanmak isteyen tarafın da ispat hakkını sınırlandırmaktadır. Bunun ötesinde bu durumun son derece

[115] Bu kapsamda örneğin dürüstlük kuralına aykırı şekilde ibraz edilen delilin hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesi ile karşı tarafın ispat hakkı çerçevesinde nasıl değerlendirilmesi gerektiğini, aşağıda usûlî dürüstlük ilkesinin ispat hakkı ile ilişkisi ve özellikle de üçüncü bölümde temel hakların kötüye kullanılmasından doğan ispat hakkı sınırlamaları çerçevesinde ele alınmıştır. Buna karşılık özellikle boşanma davalarında kişilerin özel hayatının korunması hakkını ihlâle uğratabilecek delil ibrazı taleplerini, yine üçüncü bölümde ispat hakkı ile özel hayatın korunması temel hakkının çatışması başlığı altında ele alınmıştır.

tartışma yaratan -özellikle hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi kapsamında- ayrı bir yönü, böyle bir engelin, hâkimin hakikate uygun karar vermesine ve dolayısıyla medenî yargılama hukukunun amacına aykırılık teşkil edip etmediği meselesidir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi hukuka aykırı delil meselesi, her bir somut görünüm şeklinin yöneldiği menfaat temel alınarak ayrı başlıklar altında incelenecek olmakla birlikte, karşılaştırmalı hukukta hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisine müdahâle oluşturan bu sorun hakkında benimsenen temel çözümün genel hatlarına burada yer vermek isteriz. Hukuka aykırı delil denildiğinde delillerin caiziyeti incelemesinden, usûlî dürüstlük kuralına aykırı delil ibrazı taleplerine; özel hayatın gizliliğinin veya konut dokunulmazlığının ihlâl edilerek delil elde edilmesine kadar örnekleri çok geniş bir uygulama alanına yaymak mümkündür. Bu örneklerin tümünde hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesine müdahâle edilmekte; tarafın uyuşmazlıkla doğrudan ilgili olduğunu düşünerek yargılamaya getirdiği, bu şekilde ispat ve açıklama hakkını kullanmak istediği ispat araçları, çeşitli *hukuk normlarına* aykırılığı sebebiyle incelenmeden hüküm verilmektedir. Bu konuda kanaatimizce de önceden kesin bir kural belirlemek oldukça zordur ve hukuken doğruluğu da tartışmalıdır.

Örneğin hemen hemen her hukuk sistemi, usûlî dürüstlük ilkesine aykırı şekilde geç getirilen delillerin yargılamaya kabul edilmesini çekince ile karşılar ve genellikle hâkime, bu tür taleplerin reddini sağlayacak imkânlar tanır. İşte bu noktada hangi tür delil ibrazı taleplerin usûlî dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi sebebiyle reddedileceğine ilişkin kazuistik bir yöntem benimsenmesi mümkün olmaz. Aksi durum aşırı şekilcilik olur ve âdil yargılanma hakkının ihlâline yol açabilir. Nitekim böyle bir talepte her iki tarafın da korunmaya değer menfaatinin bir temel hakka dayanıyor olduğunun gözardı edilmemelidir. Yargılamanın geç bir aşamasında eline yeni geçmiş bir delili, uyuşmazlığın ispatında kullanmak isteyen tarafın bu hakkı doğrudan doğruya *ispat hakkı*ndan kaynaklanmakta; karşı tarafın ise, -şayet gerçekten de iddia ettiği üzere bu delil, karşı tarafça kötüniyetle ve usûlî dürüstlük ilkesine aykırı şekilde ileri sürülüyorsa- bu usûlî dürüstlük ilkesine aykırı delil ibrazından korunma menfaati ise temellerini doğrudan doğruya âdil yargılanma hakkı kapsamında *silâhların eşitliği ilkesi*nden kaynaklanır. Zira silâhların eşitliği

ilkesi, yargılamanın taraflarına karşı tarafla eşit imkânlar çerçevesinde yargılanma hakkı bahşeder. Şayet gerçekten delil ibrazı talebinde bulunan taraf, bunu kötüniyetle ve yargılama prosedüründe karşı tarafın ispat hakkını engellemek saikiyle yapıyorsa, karşı tarafın da bu tür taleplerden korunması hakkı, âdil yargılanma hakkının bir gereğidir. Böyle bir durumda yapılacak en sağlıklı değerlendirme, bu tür uyuşmazlıklar için hâkime takdir yetkisi tanımaktan geçer. Bu anlamda önceden kanunkoyucu tarafından hukuka aykırı delillerin yargılamaya getirilmesi konusunda somut örneklendirmelere veya kazuistik belirlemelere gidilmesi ispat hakkının ve âdil yargılanma hakkının güvence altına alınması açısından son derece sakıncalıdır.

Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde de eğilim, bir delilin veya delil ibrazı talebinin hukuka aykırı olduğu düşünülüyorsa, hâkime bu konuda menfaatlerin dengelenmesi için değerlendirme yetkisi tanınması yönündedir. Nitekim zaten bu tip durumlarda her iki tarafın da talebi birer temel hakka dayanıyor olduğu için kanaatimizce de benimsenecek en doğru yöntem, hâkime menfaatlerin dengelenmesi suretiyle her bir uyuşmazlık açısından o delilin hukuka aykırılığını değerlendirme yetkisi tanınmasıdır. Burada şüphesiz ki, menfaat değerlendirmesinin somut olarak nasıl yapılacağı, hangi ölçütlerden yola çıkılacağı meselesi farklı bir konudur. Nitekim bu konu da her bir "hukuka aykırı" delil açısından ayrıca çalışmamız kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak bir örnekle görüşümüzü somutlaştırabiliriz. Kişinin hakkını *kendi gücüyle koruması (Selbsthilfe)*, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebeptir ve bu tür bir fiile hukukun sonuç bağlayabileceği her hukuk alanında (*ceza hukuku, tazminat hukuku vb.*) geçerli bir şekilde kabul görmektedir. Pekâlâ kişinin hakkını kendi gücüyle korumasının, ispat hukuku alanında da -hatta düşünüldüğünden çok daha geniş bir- uygulama alanı bulması mümkündür. Trafikte seyir hâlindeyken iki aracın çarpıştığını, şoförlerin araçlarından inerek oluşan zararı tespit etmeye çalıştığı sırada şoförlerden birinin diğerine hakaret etmeye başladığını varsayalım. Bu kişilerin yanlarında herhangi bir tanık da bulunmadığı ve olay mahalline polisin de çok geç geldiğini varsayalım. Böyle bir durumda hakarete uğrayanın bu fiili sonradan açacağı tazminat davasında ispat edebilmesi için bu konuda -takdirî delil de olsa- hâkimi inandırması gerekecektir. Hakarete uğrayan kişinin, cep telefonu ile -*gizleyerek veya açık bir şekilde*- karşı tarafın hakaretlerini kameraya alması

kural olarak kişinin kendi hakkını kendi gücüyle koruması şeklinde değerlendirilebilir[116].

Başka bir örnek de boşanma davalarından verebiliriz. Geçimsizlik sorunu olmayan çiftten biri bilgisayarı bozulduğu için diğer eşin bilgisayarını ödünç alıp kullandığı esnada eşinin kendisini aldattığını açık bir şekilde gösteren bir video kaydı ile karşılaşır ve buna dayanarak boşanma davası açar. Bu boşanma davasında eş, kullanmak istediği bu görüntü kaydını tesadüfen bulmuştur ve çiftin geçimsizliğini veya diğer eşin kendisini aldattığını gören, tanık olan hiçkimse de bulunmamaktadır. Oysa başka bir boşanma davasında, eşler arasında herhangi bir duygusal paylaşım olmadığı gibi eşlerden birisi oldukça kıskançtır ve uzun bir süre boyunca diğer eşin kendisini aldattığına inanmaktadır. Bunun için eşinin tek başına çalıştığı işyerine video kayıt sistemi kurar ve sonunda eşinin bir erkekle samimi görüntülerini yakalar. Bu davada ise, eşlerden biri uzun zamandır kendisini ladattığı şüphesi ile eşinin işyerine müdahâlede bulunmuş ve düzenek kurmuştur. Bu iki boşanma davasında dayanılacak görüntü kayıtları ve somut olayın özellikleri birbirinden oldukça farklıdır. İlk olayda, elde edilen görüntü kaydının hukuka aykırı olmadığı kabul edilebilirse de, ikinci olaydaki görüntü kaydının -bu veriler ışığında- hukuka uygun delil olarak kabul edilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Oysa her iki olayda da ispat hakkına karşılık gelen kişilerin anayasal haklarıdır. Zira söz konusu görüntü kayıtları, kişilerin özel hayatının dokunulmazlığı anayasal hakkına müdahâle oluşturmaktadır; ancak kanaatimizce her iki olaydaki menfaatlerin dengelenmesi ve ölçülülük ilkesi aynı sonuca ulaşılmasına engel olmaktadır. Dolayısıyla tüm bu örnekler dikkate alındığında, şayet *ses ve görüntü kayıtlarının her hâlükârda kişilerin özel hayatının gizliliği kapsamında değerlendirilip* hukuka aykırı delil sayılması yönünde genel bir kural benimsenmesinin doğru olmayacağı ortadadır. Bu durumda hâkime söz konusu delili değerlendirip değerlendirmeme konusunda menfaat dengesini ve ölçülülük ilkesini gözeterek takdir yetkisi tanınması temel haklar öğretisine uygun bir çözüm olacaktır.

Bu başlık altında son olarak üzerinde durmak istediğimiz konu, hukuka aykırı delillerin yargılama sürecinde kullanılıp kullanılamayacağı meselesindeki en ciddi potansiyel tehlikelerinden birisi olan hâkimin yukarıda belirttiğimiz şekilde değer-

[116] Bu konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. Beşinci Bölüm, § 18.

lendirme yaparken delilin içeriğine vâkıf olması ve bunu hükmüne temel almasıdır. Zira bu durum, özellikle hukuka aykırı delilin kabul edilmemesi hâlinde, ispat aracı olarak yargılamaya getirilmesi sakıncalı bulunan bilgi kaynağının hâkimin hükmünü etkilemesi söz konusu olabilecektir. Aşağıdaki başlıkta üzerinde duracağımız üzere hâkimin yargılamada özel bilgisini kullanması mümkün değildir; ancak hukuka aykırı delilin içeriğine vakıf olan hâkim, artık içeriğindeki bilgi kaynağına özel bilgisi sebebiyle sahip olmuş sayılacaktır. Zira hukuka aykırı kabul edilen delil, yargılamada delil olarak ikna faaliyetinde kullanılamayacağından, delilin içeriğindeki bilgi kaynağını hükmüne temel yapan hâkim bu delilin içeriğine özel bilgisi sebebiyle vâkıf olmuş sayılacaktır. Bu durumun bertaraf edilebilmesi şüphesiz ki, hâkimin delilin içeriğini incelemeden bir ön sorun olarak değerlendirip konuyla ilgili kararını vermesi ile sonuçlanabilecektir. Ancak hukuka aykırı delilin içeriğine vâkıf olmadan incelenebilmesi her zaman da çok kolay olmayabilir. Nitekim Yargıtay'ın da zaman zaman normal şartlar altında hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delil olarak değerlendirip hükme esas almaması gereken bir delil hakkında yaptığı hukuka aykırılık incelemesinde, delilin içeriğine vâkıf olduktan sonra o delilin dikkate alınmaksızın karar verilmesini adaletsiz bularak *duygusal* kararlar verdiğine rastlamak mümkündür. Bu durumda yani mahkemenin normal şartlar altında hukuka aykırı sayılması gereken bir delili, içerik denetimini yaptıktan sonra hükmüne temel almasını denetleyecek en önemli araç hüküm gerekçesidir. Hüküm gerekçesinin hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesinin en önemli unsuru olduğuna yukarıda değinmiştik. Hukuka aykırı delilin değerlendirilmesi konusunda da hüküm gerekçesi çok önemli bir fonksiyona sahip olacaktır ve hâkimin değerlendirmesi neticesinde o delili neden hukuka aykırı saydığı veya saymadığı ayrıntılı bir şekilde açıklanmalıdır. Aksi hâlde bu konuda hâkimin sahip olduğu takdir yetkisinin, menfaat dengesi ile ölçülülük ilkesine dayanıp dayanmadığının tespiti son derece zor olabilecektir.

d. Hâkimin Özel Bilgisini Kullanma Yasağı, Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi İlkesi ve İspat Hakkı İlişkisi

Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisini sınırlandıran bir diğer durum da, hâkimin özel yani uyuşmazlık dışında bildiği bilgileri hükmüne esas yapması yasağıdır. Bu yasak bir yandan haklı olarak hâkimin delilleri serbestçe değerlendir-

mesine sınır oluştururken diğer yandan da hiç şüphesizdir ki tarafların ispat hakkının temin ve tesisine mutlak olarak hizmet etmektedir. İspat faaliyeti, bir vakıanın gerçek olup olmadığı hakkında hâkimde kanaat uyandırma faaliyeti olduğu için bu "kanaat"i hâkimin dava dışında bildiği özel bilgisi ile mi oluşmuş olduğu yoksa tarafların ispat faaliyeti sonucunda mı oluşmuş olduğu medenî yargılama hukukunun oldukça tartışmalı meselelerinden biridir[117]. Konunun tartışmaya son derece açık bir yapıya sahip olmasında, bir yargılama sisteminde hâkimin uyuşmazlık dışında edindiği şahsî bilgisini kullanmasına izin verilmese dahi yargılama prosedüründe -bildiği şahsî bilgisine rağmen- hâkimin tarafsızlığını ne şekilde koruyacağı meselesi çözümü oldukça zor konulardan birisidir. Günümüzde özellikle uzun süredir konunun tartışıldığı karşılaştırmalı hukuk literatüründe hâkimin uyuşmazlığın dışında edindiği şahsî bilgisini kullanmasının yasak olduğu mutlak olarak kabul edilmektedir. Bugün konunun tartışmalı kısmı bu yasağın kaynağının ne olduğu konusundadır. Zira yasağın olmasını kabul eden görüşler yasağın kaynağı konusunda (*i*) taraflarca getirilme ilkesine, (*ii*) sözlülük ilkesine, (*iii*) hukukî dinlenilme hakkına, (*iv*) doğrudanlık ilkesine, (*v*) hâkimlik ve tanıklık sıfatlarının birbiriyle bağdaşmaması (bu konuda bkz. HMK m. 36, I, c), (*vi*) ispat hukukuna ilişkin usûlî güvenceye, (*vii*) hâkimin tarafsızlığına işaret etmektedir[118].

Öncelikle hâkimin uyuşmazlık dışında, şahsî bilgisini ispat sürecinde kullanmasını yasaklayıcı bir hüküm doğrudan doğruya Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almamaktadır. Ancak bu durum, bu konuda bir serbestisinin bulunması gerektiği anlamına gelmez. Zira yargılama sürecinde hâkimin uyuşmazlık dışında edindiği şahsî bilgisini kullanması en başta tarafların ispat hakkı olmak üzere hukukî dinlenilme hakkını ve âdil yargılanma hakkı başta olmak üzere pek çok yargısal hakkı ve ilkeyi ihlâl eder.

---

[117] Bu konuda literatürümüzde ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Atalı, "Medeni Usul Hukukunda Hakimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması", **Halûk Konuralp Anısına Armağan,** C. I, Yetkin, Ankara 2009, (Hâkimin Şahsî Bilgisini Kullanması), ss. 139 vd. Alman hukukundaki tarihî ve güncel tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atalı, Hâkimin Şahsî Bilgisini Kullanması, ss. 142-145.

[118] Bu konudaki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atalı, Hâkimin Şahsî Bilgisini Kullanması, ss. 145-156.

e. Delil Sözleşmesi, Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi İlkesi ve İspat Hakkı İlişkisi

Delil sözleşmelerinin hâkimin delilleri değerlendirme ilkesini sınırlandırdığı kabul edilmektedir. Zira baskın görüşe göre delil sözleşmelerinin iki türü bulunur: münhasır delil sözleşmeleri, münhasır olmayan delil sözleşmeleri. Buna göre tarafların belirli türden vakıaların ispatını, *sadece* belirli türden ispat araçları ile gerçekleştirmelerine imkân veren usûlî sözleşmeler *münhasır delil sözleşmeleri*; tarafların belirli bir vakıanın ispatını kanunda öngörülmüş delillerden başka ispat araçları ile de ispatlamalarına imkân veren usûl sözleşmeleri de *münhasır olmayan delil sözleşmeleri* olarak ifade edilmektedir. Birincisine verilebilecek örnek, tarafların haksız fiilin sadece tanıkla ispatlanabileceğini öngören bir sözleşme yapmaları durumu olabilir; ikincisine verilebilecek örnek ise, taraflar arasındaki bir sözleşmenin her türlü delille ispatlanabileceğini öngören bir delil sözleşmesi olabilir.

Şüphesiz ki yukarıda yapılan ayrım içerisinde hâkimin delilleri değerlendirme yetkisini kısıtlayıcı olan delil sözleşmesi türü, münhasır delil sözleşmesidir. Zira münhasır olmayan delil sözleşmeleri, diğerinin aksine çoğu zaman hâkimin sadece belirli ispat araçlarına dayanarak ispatlanmış sayabileceği vakıalar hakkında başka delillerin de getirilmesine cevaz verir. Esasında delil sözleşmeleri konusu çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıca ele alınacaktır. İspat hakkı penceresinden bakıldığında münhasır olmayan delil sözleşmelerini, biz *ispat hakkını genişleten delil sözleşmeleri* olarak ifade etmeyi tercih ediyoruz ve kanaatimizce bu tür, yani *ispat hakkını genişleten delil sözleşmeleri* özellikle Türk hukuku gibi kesin delille ispata üstünlük tanıyan ispat rejimlerinde ispat hakkını genişleten, bu anlamda ispat hakkının yargılama sürecinde tesis ve temininde önemli bir araçtır. Bu açıdan bakıldığında hâkimin delilleri değerlendirme yetkisinin olmadığı vakıalar üzerinde, taraflar kendi iradeleri ile hâkime takdiri delillere başvurmak suretiyle delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi tanıdığından, aynı zamanda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine de hizmet etmektedir[119].

Buna karşılık yukarıda *münhasır delil sözleşmesi* olarak ifade ettiğimiz ve temelde taraflara takdirî delillerle de ispat imkânı veren durumlarda, sözleşme akdedilmek sureti ile tarafların belirli vakıaları sadece belirli delillerle ispatlayabilmesini

[119] Bu konu ispat hakkının güvencesi olarak bu bölümün -ikinci bölümün- sonunda ayrı bir başlık altında ele alınmıştır. Bu konuda bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 6, II, C.

hüküm alan delil sözleşmeleri kanaatimizce *ispat hakkını sınırlandıran delil sözleşmeleri*dir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde ispat hakkı sınırlamaları arasında yer vereceğimiz bu tür delil sözleşmeleri, ispat hakkını sınırlandırdığı için kanaatimizce geçerli değildir[120]. Bu tür sözleşmeler benzer şekilde hâkimin de delilleri serbest değerlendirmesi ilkesini sınırlandırdığı, engellediği için bu açıdan da geçerliliğine şüpheyle yaklaşılan bir ispat sözleşmesidir[121].

§ 10 TARAFLARIN ROLÜ

I. TARAF HÂKİMİYETİNİN İSPAT HAKKININ ETKİN OLARAK TESİSİNDE ROLÜ

A. İspat Hakkı ve Eksen Kavramlar

Medenî yargılama hukukunda delillerin kim tarafından, nasıl getirileceği meselesi, bu hukuk dalının kalbinde yatan temel soruların başında gelir. Bir yandan da bu konu, tüm medenî yargılama sistemine yön veren, onu şekillendiren esasların başındadır. Bu sebeple delili kim talep eder, nasıl kabul edilir ve sunulur soruları hukuk sistemlerinin en fazla üzerinde durduğu konuların başındadır[122].

Medenî yargılama hukukunda kural olarak *tasarruf ilkesi (Dispositionmaxime, disposition principle)* geçerlidir[123]. Bu ilke kısaca, tarafların yargılamanın başlangıcını, konusunu ve sona ermesini belirleyebilmeleri; dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri anlamına gelir[124]. Medenî yargılama hukukunda mahkeme bir davayı görmeye kendiliğinden başlayamayacağı gibi, *açılan davada tarafların diledikleri gibi tasarrufta bulunma hakları da bulunmaktadır*[125].

---

[120] Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 22.

[121] Bu konudaki tartışmalar için bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 256-258. Ayrıca *Yıldırım* delil sözleşmelerini, *münhasır-münhasır olmayan delil sözleşmeleri* olarak ayırmaktansa *hâkimin serbestçe değerlendirme yetkisini sınırlandıran-sınırlandırmayan delil sözleşmeleri* şeklinde ayırmayı tercih etmektedir (Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 256).

[122] Bu konuda ayrıntı için bkz. Taruffo, Evidence, s. 55.

[123] İlkenin Alman hukukundaki geçerliliği ve kapsamı konusunda bkz. Adloff, s. 48. Benzer şekilde Fransız medenî yargılama sisteminde tasarruf ilkesinin geçerliliği ve kapsamı konusunda bkz. Adloff, s. 49. Bu konuyla ilgili ayrıca bkz. Yoshio Taniguchi,. "Between Verhandlungmaxime and Adversary System - In search for Place of Japanese Civil Procedure", **Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag,** C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Münih 1990, s. 489.
Bu ilkenin karşıt kavramı olan *kendiliğinden harekete geçme ilkesi* (*Offizialmaxime, official principle*) ise, ceza yargılamasında geçerli bir ilkedir ve medenî yargılama sisteminde uygulama alanı bulmaz.

[124] Kuru ve diğerleri, ss. 358-359; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 227.

[125] Alangoya, İlkeler, ss. 2-3; Alangoya ve diğerleri, ss. 182-183; Kuru ve diğerleri, ss. 358-359; Pekcanıtez ve diğerleri, ss. 228-229.

Medenî yargılama hukukuna karakterini veren bir diğer ilke olan ve tasarruf ilkesinin 'ikizi' olarak kabul edilen[126] *taraflarca getirilme (hazırlama) ilkesine (Verhandlungsmaxime)* göre, taraflar arasındaki uyuşmazlığın mahkeme tarafından çözümlenebilmesi için, ilk olarak davacının belirli bir taleple başvurması ve bu başvuruda da talebini haklı kılacak iddialarda bulunması, bunları somutlaştırması gerekecektir. Ayrıca tarafların ve özellikle davacı tarafın dayandığı hukukî sebebi de belirtmesi gerekmekle birlikte, dava malzemesi içerisinde hukukî sebep girmemektedir. Ancak bu aşamadan sonra mahkemenin görevi başlayacaktır[127]. Mahkeme, davacının iddiasını ve dayandığı hukukî sebebi göz önüne alarak ve davacı tarafça ortaya konulan somut vakıalara uygun hukuk normunu uyuşmazlığa uygulayacaktır. Bunun akabinde ise, hukuk normunun içerdiği koşul vakıaların somut vakıada gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit edecektir. Bu ilkenin karşıtı olarak benimsenen *kendiliğinden araştırma ilkesi* (*Untersuchungsgrundsatz*) ise, dava malzemelerinin yargılamaya getirilmesi konusunda belirli ölçülerde mahkemeyi de yetkilendirmektedir[128]. Genellikle velayet gibi çocukların menfaatlerini korumaya yönelik davalarda hukuk sistemleri genellikle kendiliğinden araştırma ilkesini kabul edebilmektedir[129].

Medenî yargılama hukukumuzda -*kural olarak- taraflarca getirilme ilkesi*nin geçerli olmasının bir sonucu olarak tarafların ayrıca yargılamanın her aşamasında ortaya çıkabilecek ön sorunlarla ilgili olarak öne sürdüğü çözüm isteminin dayandığı vakıa malzemesini de hâkim önüne getirmesi gerekmektedir; hâkim ancak tarafların getirdiği bu malzemelere göre değerlendirmesini yapabilecektir. O halde, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda *dava malzemelerinin toplanması ve mahkemeye sunulması* tarafların görevidir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, mahkeme, tarafların ileri sürmediği vakıaları kendiliğinden araştıramayacaktır

---

[126] Bu konuda bkz. Tanuguchi, s. 488.

[127] Gerçekten de, uyuşmazlık içinde olan taraflar, yargılmaya getirilecek vakıaların tarihsel gelişimini en iyi bilecek kişilerdir. O halde, hukuk sistemlerinde dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine ağırlık verilmesi, gerçeğe ulaşmak için izlenebilecek iyi bir yöntemdir (Alangoya, İlkeler, ss. 87-88; Mustafa Reşit Belgesay, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İsbat Teorisi, Hukuk ve Ceza Usulünde Deliller,** 3. Cilt, 3. Bası, İstanbul 1950, (İsbat Teorisi), s. 19; Bilge Umar, "İspat Yükü Kavramı ve Bununla İlgili Bazı Kavramlar", **İÜHFM,** S. 3-4, 1962 (İspat Yükü Kavramı), s. 796).

[128] Bu konuda bkz. Adloff, ss. 52-110.

[129] Bu konuda örnek olarak bkz. ZPO § 617, 618, 640 (1). Ayrıca bu konuda bkz. Adloff, ss. 53-54.

(HMK m. 25/1)[130]. Bu anlamda tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesi hukuk sistemimizin de dâhil olduğu Kıta Avrupası medenî yargılama sistemlerinin "*magna charta*"sı olarak addedilmektedir.

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi kuralının kabulü, elbette bizi yargılama sürecinin tarafların birbirleri ile kana kan, dişe diş mücadele ettikleri bir savaş alanı olacağı sonucuna götürmemelidir. Bu anlamda da karşılaştırmalı medenî yargılama hukukunda esasında son derece tartışma yaratan bir kavram *mücadeleci yargılama modelidir (adversarial system)*. Mücadeleci yargılama modeli olarak Türkçeye çevirebileceğimiz *adversary system*, *taraflarca getirilme ilkesi (principle of party control of facts and means of proof; Verhandlungsmaxime veya Beibringungsgrundsatz)* ile ifade edilen ilkeden farklıdır. Mücadeleci yargılama sistemi modeli, temelinde taraflarca getirilme ilkesini benimsemekle birlikte taraflarca getirilme ilkesinin ötesinde, yargılama sürecinde genel bir ifade ile taraf hâkimiyetini çok yoğun bir şekilde benimsemektedir. Yargılama sürecinde ve özellikle dava yönetiminde taraflara ağırlık veren bu sistem *yargılamayı tarafların sevk ve idare etmesi ilkesine (Parteibetrieb, Party Management)* dayanır[131]. Ancak bu iki kavram -*mücadeleci yargılama modeli ile taraflarca getirilme ilkesi*- çoğunlukla birbiri ile karıştırılmaktadır. Oysa bu iki kavram sistemler açısından çok farklı ilkelerin benimsenmesine sebep olmakla birlikte, ispat hakkının tesis edilmesi bakımından da tamamen farklı dinamiklere sahiptir.

Gerek Ortak Hukuk'a gerekse Kıta Avrupası'na dâhil medenî yargılama sistemlerinde kural, uyuşmazlığa ilişkin dava malzemelerinin (*vakıalar ve deliller*) yargılama sürecine getirilmesi görev ve yetkisinin taraflara ait olmasıdır. Bu anlamda medenî yargılama hukuku sistemlerinde kural -*eski sosyalist sistemler haricinde*-, dava malzemelerinin yargılamaya getirilmesinin mahkemelerin görev alanına girmemesi, bu görevin taraflara yüklenmesidir. Buna karşılık dava malzemeleri

---

[130] Bu konuda ayrıca bkz. Alangoya, Vakıalar, ss. 3, 9; Belgesay, İsbat Teorisi, s. 29; Kuru ve diğerleri, ss. 360-361; Pekcanıtez ve diğerleri, ss. 234-235; Umar, İspat, s. 796.

[131] Bu kavram için Türkçe literatürde bkz. Alangoya, İlkeler, s. 118. Yabancı literatürde bkz. Fisher, s. 175; Rechberger, Relations Between Parties, Judges and Lawyers, ss. 181-182; ***Taniguchi,*** *Adversary System*, s. 489; Andrea Wall, "Austria & Germany: A History of Successful Reforms", **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, s. 146. Bu ilkeye karşılık gelen yargılamayı *hâkimin sevk ve idare etmesi ilkesi* ("*Amtsbetrieb*", "*Official Managemant*") ise, daha önceki açıklamalarımızda yer verdiğimiz üzere yargılamanın sevk ve idaresi konusunda yetkileri artırılmış, güçlü bir yargılama modeline dayanır. Bu konuda bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 8 ve § 9.

yargılama sürecine uyuşmazlığın taraflarınca getirilmesine rağmen Ortak Hukuk sistemleri, temel olarak *mücadeleci yargılama modeline* yani *adversary system*'a dayanmaktadır. Yani bu yargılama modelinde hâkim çok daha pasiftir, yargılamada âdeta bir hakem görevi yüklenmektedir. Bunun karşıtı olan yargılama modeli *inuqostrial system* olarak ifade edilen *araştırmacı modele* dayanmaktadır, ki bu model genel olarak medenî yargılama sistemimizin de dâhil olduğu Kıta Avrupası sistemlerinin benimsemiş olduğu sistemdir.

B. İspat Sürecinde Taraf Hâkimiyetinin ve Taraflarca Getirilme İlkesinin İspat Hakkı Açısından Taşıdığı Önem

Yargılama sistemlerinde dava malzemelerinin kimin tarafından, hangi ölçüler çerçevesinde getirileceği konusu, esasında hukukî olduğu kadar da kültürel, sosyolojik ve ideolojik bir tercihtir[132]. Daha önceki açıklamalarımızda yer verildiği üzere, 21. YY itibariyle medenî yargılama sistemlerinin taraflarca getirilme ilkesini reddetmesi pek mümkün görünmemektedir[133]. Bunun en temel sebebi, gelişen ve deği-

---

[132] Bu ideolojik, sosyolojik tecrübelerin tarihî gelişimde dava malzemelerinin yargılama sistemlerine kimin tarafından getirileceği konusuna etkisi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Alangoya, İlkeler, ss. 118-129; Ekkehard Becker-Eberhard, "Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları", Çev. M. Kamil Yıldırım, **İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku,** Der. M. Kamil Yıldırım, 3. Bası, İstanbul 2003, (Dava Malzemesi), ss. 17-42; Rechberger, Relations Between Parties, Judges and Lawyers, ss.179 vd.; Taruffo, Evidence, s. 55; Wall, ss. 145-149.

[133] Günümüzde liberal hukuk anlayışının güçlü bir şekilde hâkim olduğu Ortak Hukuk sistemleri içerisinde özellikle Birleşik Krallık'ta hâkimin yargılama içerisindeki yetkilerini arttırma ve konumunu güçlendirme eğilimi bulunmakla birlikte, başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere Kanada, Avusturalya gibi diğer Ortak Hukuk sistemine dâhil ülkelerin medenî yargılama sistemlerinde de taraflarca getirilme ilkesi tüm gücüyle sisteme yön vermektedir. Bu konuda bkz. Cappelletti ve Garth, ss. 250-262; John Henry Merryman, **The Loneliness of the Comparative Lawyer,** Kluwer Law International 1999, ss. 115-116; Taniguchi, ss. 487-501.
Buna karşılık sosyal karakteri ağır basan Almanya ve Avusturya medenî yargılama sistemlerinde de taraflarca getirilme ilkesi, yargılama sistemine yön veren temel bir ilkedir. Hatta komünist hukuk sisteminin ortak mirasını paylaşan Doğu Avrupa ülkeleri, Rusya Federasyonu, Çin Halk Cumhuriyeti gibi sosyalizmin ve özellikle kendiliğinden harekete geçme ve araştırma ilkelerinin bir zamanlar medenî yargılama hukuku sistemlerinin temel özelliği olduğu ülkelerde dahi bugün taraflarca getirilme ilkesi büyük bir güçle tekrar yargılama sisteminin temeli hâline gelmiştir. Bu konudaki gelişmeler hakkında genel eğilim ve değerlendirmeler için bkz. Becker-Eberhard, ss. 17 vd.; Cappelletti ve Garth, ss. 157-275; Rechberger, Relations Between Parties, Judges and Lawyers, ss. 179-188; van Rhee, Judicial Case Management / Introduction, ss. 1-10; van Rhee, From Party Autonomy to Judicial Case Management, ss. 11-23; C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, "The Role of the Judge and the Parties in Civil Litigation in China and Europe: An Introduction", **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, ss. 27-52; Verkijk, ss. 57-76.
Birleşik Krallık'taki bu yöndeki gelişmeler hakkında bkz. Andrews, Case Management, ss. 335-347; Verkerk, Powers of the Judge / England and Wales, ss. 307-317; Zuckermann, Court Case Management in England, ss. 1-14.
Ortak Hukuk sistemindeki diğer hukuk sistemlerinde (ABD, Avusturalya, Kanada gibi) bu yöndeki gelişmeler hakkında bkz. Robert Casad, "Relationships of the Parties, the Judges and the Lawyers in the Common Law. The Case of United States", **XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol.**

şen dünya düzeni içerisinde toplum ihtiyaçlarının artması ile paralel şekilde hukuk dünyasına yansıyan uyuşmazlıkların da hem çeşitlenmekte olması hem de sayısal anlamda çoğalmakta olmasıdır. Uyuşmazlıkların gün geçtikçe daha fazla karmaşık bir hâl aldığı ve sayısal olarak da artış gösterdiği, bilgi kaynaklarının dünyanın ge-

---

III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, ss. 304-315; ***Glenn,*** *Relations Between Parties, Judges, Lawyers,* s. 235-241; Stephan Goldstein, "Relationships of the Parties, the Judges and the Lawyers in the Israeli Litigation System", **XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados,** Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, (Relationships of the Parties), ss. 363-380; Annette Marfording, "The Relations Between the Parties, Judges, and Lawyers in the Australian Civil Justice System", **XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados, Universidad Nacional Autónoma de México,** México 2005, ss. 153-178; Marjorie Tombe-Grootenhuis, "Relationships of the Parties, the Judges and the Lawyers in Civil Contentious Proceedings", **XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados, Universidad Nacional Autónoma de México,** México 2005, ss. 327-351.

Çin Halk Cumhuriyetinde bu yöndeki gelişmeler hakkında bkz. Chan, Efficiency and Truth in Civil Fact-finding, ss. 231-256; Fu Yulin, "Social Harmony at the Cost of Trust Crisis: Goals of Civil Justice in China", **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems,** Edt. Alan Uzelac, Springer, İsviçre 2014, ss. 167-182.

Japonya'da bu yöndeki gelişmeler hakkında bkz. Taniguchi, ss. 486-501.

Kıta Avrupası sistemindeki diğer hukuk sistemlerinde (Almanya, Avusturya, Belçika, Fransa, İtalya, Hollanda, Romanya gibi) bu yöndeki gelişmeler hakkında bkz. Allemeersch, ss. 79-89; Frederico Carpi, "The Parties and the Judge in the New Commercial Proceedings in Italy and the Ideological Choices", **C.J.Q.,** S. 25, 2006, ss. 70-79; Frederique Ferrand, "The Perspective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France", **The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective (An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti in Florence, 12-13 December - 2003),** Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, Giappichelli Editore, Torino 2005, ss. 7-31; Burkhard Hess, "'Mediation Judges' in Germany: Mutual Interference of EU Standards and National Developments", **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, (Mediation Judges), ss. 185-194; Irmgard Griss, "The Austrian Model of Cooperation Between Judges and Parties", **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, ss. 179-184; Cristina Giorgiantonio, "Civil Procedure Reforms in Italy: Concentration Principle, Adversarial System or Case Management?", **Quaderni di Ricerca Giuridica,** Banca D'Italia, S. 66, Eylül/2009, ss. 1-34; Rob Jagtenberg, "Mediation: A Desirable Case Management Tool for the Courts?", **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, ss. 281-196; Emmanuel Jeuland, "Case Management in France", **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, ss. 49-356; A.W. Jongbloed, "The Netherlands (1838-2005)", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (European Traditions / The Netherlands), ss. 93-107; van Rhee ve Verkerk, ss. 259-279; Oberhammer ve Domej, Powers of the Judge / Germany, Switzerland, Austria, ss. 295-304; van Orshoven, Powers of the Judge / Belgium, ss. 291-293; Thomas Pfeiffer, "Relationships Between The Parties, The Judges and The Lawyers in Germany", **XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados, Universidad Nacional Autónoma de México,** México 2005, ss. 87-101; Saenger, Case Management, ss. 15-38; Silvestri, Civil Procedure in Crisis, ss. 235-257; Wall, ss. 141-177; Wijffels, Powers of the Judge, ss. 269-279; Serban S. Vacarelu ve Adela Ognean, "Romania: Procedural Reforms: Plus Ça Change, Plus C'est La Meme Chose", **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, ss. 299-332; Verkerk, Powers of the Judge / The Netherlands, ss. 281-289.

nelinde yayılımcı bir politikanın ürünü olarak dağıldığı ve kişisel verilerin gün geçtikçe hem bir yandan kamusal alana yayıldığı hem de diğer yandan koruma ihtiyâcının her geçen gün daha önemli bir gereklilik oluşturduğu 21. YY dünya düzeninde, dava malzemesinin yine uyuşmazlığın birebir ilgilendirdiği taraflarınca getirilmesi gerektiğinin yadırganacak bir ilke olarak algılanması güçtür. Aksinin kabulü, uyuşmazlığı doğrudan konu alan dava malzemesinin dayandığı bilgiye ve belgeye erişimi oldukça güçleştirir, uyuşmazlıkla ilgisi bulunmayan kişilerin dava malzemesine erişme güçlüğü yargılamada gerçeğe ulaşmayı da tehlikeye sokar[134]; diğer yandan dava malzemelerinin toplanması adına, uyuşmazlığın taraflarının kişisel alanlarına yapılacak müdahâlelerde ölçülülük ilkesinin sınırları zorlanır ve kişisel bilgilerin korunması gereği karşısında kişilerin temel haklarının korunması daha da güçleşebilir. Aynı zamanda bireyselliğin özellikle Batı dünyasında ideolojik bir tercih olarak güçlenmesi, yargılama sürecinde de benzer ilkelerin paralel şekilde kabulünü gerekli kılmaktadır. Nitekim bugün sosyal yönü ağır basan, güçlü bir hâkim modelini sistemin yapıtaşı hâline getiren sistemlerde de, yargılama sistemlerine taraf hâkimiyeti hâkimdir[135]. Bu gerçekler karşısında bir yargılama sisteminin temel çekirdeğini de, taraflarca getirilme ilkesine dayandırması makûl ve hâtta modern dünya düzeni açısından neredeyse zorunlu bir tercihtir.

Diğer yandan medenî yargılama sistemlerinin *taraf-merkezli (party-centered)* olmasının bir diğer gerekçesi olarak da, tarafların *sınırsız şekilde uyuşmazlıkla ilgisi bulunan kabul edilebilir tüm delilleri mahkemeye sunma özgürlüğüne (unlimited freedom to present all relevant and admissible evidence)* sahip olduğu ile açıklanır. Zira tarafsız bu kadar geniş bir özgürlüğe sahipken ve bu durum hâkim açısından da anayasal bir zorunluluk teşkil ederken aksi yönde bir sistemin benimsenmesi doğru olmayacaktır. Bu esaslar, göstermektedir ki bizatihi ispat hakkının varlığı, taraflarca getirilme ilkesinin gerekliliğini ortaya koyar.

Medenî yargılama hukukunun amacının ispat hakkı ile ilişkisi konusunu incelerken üzerinde durduğumuz üzere, dava malzemelerinin yargılamaya taraflarca getirilmesi ilkesinin yargılama sistemlerinde kabul edilmesinin tarihi bir temel gerek-

[134] Bu yönde bkz. Habscheid, Richtermacht, ss. 186-189.

[135] Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi Fransa, Almanya gibi Kıta Avrupası sistemlerinde de, hukuk sistemlerine yön veren *temel ilke* taraf hâkimiyetidir. Bu konuda ayrıca bkz. Taniguchi, ss. 487-488.

çesi de, uyuşmazlığın taraflarının, o konu ile ilgili olan dava malzemelerine ve bilgi kaynaklarına, yani delillere esasında en yakın kişiler olmasına dayanmaktadır[136]. Bu sebeple medenî yargılama hukukunda, uyuşmazlıkla ilgisi bulunmayan, bu anlamda uyuşmazlık konusu olaylara ve delillere uzak olan bir süjenin yargılamaya dava malzemelerini getirmesi, gerçeğe uygun bir karar verilebilmesini de oldukça zorlaştırabilecektir. Esasında medenî yargılamada sırf dava malzemelerinin taraflarca getirilmesi sebebine dayanılarak bu hukuk dalının sadece şeklî gerçekle yetindiğinin ileri sürülmesi ironiktir[137]. Zira durumun tam aksi düşünülecek olursa, yani medenî yargılama hukukunda dava malzemelerinin uyuşmazlığın taraflarınca getirilmesi değil de uyuşmazlığa yabancı olan bir kişi, mercii tarafından getirilmesi hâli, esasında düşünüldüğünün aksine gerçeğin ortaya çıkarılmasında başlı başına bir engel oluşturabilecek niteliktedir. Zira uyuşmazlığın konusunu oluşturan hakikatle ilgili bilgi sahibi olmayan bir kişinin, o yargılama sürecine de gerçeği yansıtacak dava malzemelerini getirmeyi başarma olasılığı oldukça düşüktür; bu olasılığın arttırılması ise, ancak adalet mekanizmasında çok ciddi anlamda zamansal ve maddî anlamda kaynak temini zorunluluğu ile sağlanabilecektir, ki uyuşmazlıkların sayısal anlamda her geçen gün artış gösterdiği ve hayat ilişkileri ile doğru orantılı olarak gün geçtikçe karmaşık bir hâl aldığı günümüz dünyasında, zaten güç işleyen adalet mekanizmasına bir de dava malzemesinin getirilmesi konusunda bizatihi adalet çarkının teknisyenlerine bu yükün yüklenmesi çarkın işlemesini yavaşlatmaktan başka bir etki yaratmayacaktır. Dolayısıyla kanaatimizce uyuşmazlıkla birebir ilgisi bulunan kişilerce uyuşmazlığa ilişkin bilgi kaynaklarının yargılama sürecine getirilmesi -*yani taraflarca getirilme ilkesi*-, ispat hakkının önünde bir engel olarak nitelendirilmesi şöyle dursun, ispat hakkının gerçek anlamda tesisi için bir gerekliliktir. Uyuşmazlığa yabancı olan kişilerce dava malzemesinin yargılama sürecine getirilmesi, uyuşmazlığın gerçek ilgilileri açısından ispat haklarının kullanılamamasına ve güçleştirilmesine sebep olacağı gibi gerçeğin ortaya çıkarılması önünde de bir engel teşkil edecektir[138].

---

[136] Habscheid, Richtermacht, s. 187. Bu konudaki açıklamalarımız için ayrıca bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1, III, C.

[137] Bu konuda bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1, III, B.

[138] Nitekim günümüzde geçerli olan yargılama sistemi modelimize göre taraflarca getirilme ilkesinin uygulanmadığı, hâkimin kendiliğinden araştırma yetkisi ile donatıldığı en önemli hukuk alanlarından birisi aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklardır. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı aile hu-

Taraflarca getirilme ilkesinin yüzyıllardır önünde duran en önemli eleştiri, bu ilkenin yargılama sürecinde gerçeğin ortaya çıkarılmasında bir engel teşkil edeceği, ettiği endişesi olmuştur. Ancak taraflarca getirilme ilkesinin genel bir ilke olarak kabul edildiği ve uygulama alanı bulduğu medenî yargılama alanının, aynı ceza yargılamasında olduğu gibi maddî gerçeğe ulaşmayı hedeflediği konusunda şüphe duyulmamalıdır. Medenî yargılamanın şeklî gerçekle yetinmesi elbette mümkün olmamalıdır. Ancak bu anlamda kanaatimizce önemli olan nokta, gerçeğin ortaya çıkarılması için taraflara yüklenecek ödevler ve yine gerçeğin ortaya çıkarılması için önüne getirilen dava malzemeleri üzerinden hâkime tanınacak yetkilerin ölçülü bir şekilde belirlenmesi ve uygulanmasıdır. Taraflarca getirilme ilkesinin birtakım yan yükümler ile desteklenmesi hâlinde, taraflarca getirilme ilkesinin gerçeğin ortaya çıkarılmasının önünde bir engel teşkil etmesi söz konusu olmayacaktır. Zira taraflarca getirilme ilkesinin bizatihi kendisi gerçeğin ortaya çıkarılması için bir engel teşkil etmez; önemli olan medenî yargılama sisteminde gerçeğin ortaya çıkarılması için taraflarca getirilme ilkesinin tamamlayıcısı olarak nitelendirebileceğimiz taraflara getirilecek ek bazı yükümlülüklerin uygulama alanı bulması ve hâkime yüklenecek yetkiler ile ödevler konusunda yapılacak tercihlerdir. Bu anlamda bir yargılama sisteminde taraflarca getirilme ilkesini güçlendiren en önemli araçlardan biri ve belki ilki, *hâkimin davayı sevk ve idare yetkisi* ve bu çerçevede *hâkimin ispat sürecini yönetme yükümlülüğü* olmalıdır. Sistemin kendisi, öncelikle bu konuda yapacağı tercihler üzerinden şekillenmeli; güçlü ve donanımlı bir hâkim modeli, sistemin ana aktörü olmalıdır. Ancak böyle bir sistemde, yani hâkime ispat sürecinde belirli yetkilerin verildiği bir mekanizma içerisinde taraflarca getirilme ilkesi ispat hakkının gerçek anlamda tesisinin önünde bir engel olarak varlığını sürdüremeye-

---

kukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde ise, sistemin çok ciddî tıkandığı ve temel haklar anlamında uyuşmazlığın taraflarının önemli yargısal ihlâllerle karşı karşıya kaldığı bilinmektedir. Zira aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla gerek uyuşmazlığın taraflarınca gerekse hâkimler tarafından ispat hukuku alanında kişilerin özel hayatlarına ciddî müdahâlelerde bulunulmaktadır. Her ne kadar bu müdahâleler gerçeğin ortaya çıkarılması için *ispat hakkının tesisine* hizmet etmekteyse de, ispat hakkının tesisi kişilerin özel hayatlarının tamamına müdahâle hakkı tanımamalıdır. Bu anlamda ayrıca *hukuka aykırı yollarla elde edilen bulguların* delil olarak yargılama sürecine getirilmesi şeklinde karşımıza çıkan müdahâle alanı da, kişilerin diğer temel haklarına önemli bir müdahâle oluşturmaktadır. İspat hakkının özellikle aile hukuku gibi kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı hukuk alanlarında, diğer temel haklarla çatıştığı bu durumlar ve bunlara ilişkin değerlendirmelerimiz için bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 18, IV, B.

cek, hâtta aksine ispat hakkının tesisi açısından kurucu fonksiyonunu lâyıkıyla yerine getirebilecektir.

Bu kapsamda taraflarca getirilme ilkesinin bir diğer tamamlayıcısı da, tarafların yargılama süreci içerisinde yükümlülüklerini gerçeğe uygun şekilde yerine getirmelerini zorlayacak yaptırımların kabul edilmesi ve uygulanmasıdır. Başka bir deyişle hukuk sistemimiz açısından genel bir ilke ile anlamını bulan *tarafların davada doğruyu söyleme yükümlülüklerinin* bulunması, gerçeğin ortaya çıkarılması ve ispat hakkının tesisi açılarından önemli bir diğer araçtır[139]. Bu genel ilkenin yanı sıra yine temelde tarafların yargılamaya gerçeğe dayanan vakıaları ve bilgi kaynaklarını eksiksiz ve doğru bir şekilde getirmesi için özel düzenlemeler de getirilmesi ve uygulanması önemlidir. Örneğin taraflar açısından dava malzemesini yargılama sürecine sırf karşı tarafa zarar vermek amacıyla eksik veya yanlış getirilmiş olmasına bağlanacak yaptırımların uygulanması hem tarafların gerçek anlamda ispat haklarını kullanmalarını sağlar hem de dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin çarpıtılarak kullanılmasına veya kötüye kullanımına engel olur. Dolayısıyla sadece taraflarca getirilme ilkesinin varlığı, yargılamada gerçeğe ulaşılması için yeterli değildir. Buna ek olarak ancak hâkime yargılama sürecinde yüklenecek birtakım yetki ve ödevler; ayrıca yine bunlara ek olarak da, taraflarca getirilme ilkesinin, uyuşmazlığın taraflarınca kötüye kullanılması hâlinde uygulanacak yaptırımlarla yargılama sürecinde gerçeğin ortaya çıkarılması mümkün olabilecektir. Bu anlamda taraflarca getirilme ilkesinin gerçeğin ortaya çıkarılmasının -*özellikle tarafların vakıalarını ispat etme hakkının*- önünde bir engel teşkil etmemesi için yargılama sistemlerinde *tarafların davada doğruyu söyleme ödev ve yükümlülüğünün* etkin şekilde uygulanması önemli bir fonksiyona sahip olur. Dolayısıyla dava malzemelerinin taraflarca getirilmesi ilkesinin, yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlaması bir yandan *hâkime yargılama içerisinde verilen yetkilerle* diğer yandan da *tarafların yargılamada doğruyu söyleme ödevleri* ile beslenmelidir ki, bu ilke gerçeğin ortaya çıkarılmasının ve ispat hakkının önünde bir engel olarak varlık göstermesin.

---

[139] Bu konuda bkz. Erdal Tercan, "Medenî Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü", **Prof. Dr. Şakir Berki Armağanı,** SÜHFD, C. 5, Konya 1996, (Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü), ss. 181-183.

II. TARAF YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN İSPAT HAKKININ ETKİN ŞEKİLDE TESİSİ BAKIMINDAN TAŞIDIĞI ÖNEM

A. Genel Olarak

Tarafların yargılamadaki görevleri, sorumlulukları, ödevleri özellikle iki noktada ispat hakkı ile önemli ölçüde karşı karşıya gelir. Bunlardan birincisi, özellikle karşı tarafın ispat hakkını kullanabilmesi için diğer tarafın hangi ölçüde delil ibrazına zorlanabileceği konusudur. Bu konuda taraflara getirilen yükümlülüklerin uygulama alanı ne kadar genişletilirse, karşı taraf da diğer tarafın hâkimiyet alanında bulunan delile o derecede erişim imkânına sahip olabilecek ve ispat hakkını çok daha geniş bir alanda kullanabilme şansına sahip olacaktır. Bu durum ise, kişilerin hangi noktaya kadar delil ibrazına zorlanabileceklerine ilişkin derin bir tartışmayı gündeme getirir.

İkinci nokta ise, tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme ödevlerinin ispat hakkı üzerindeki etkisidir. Hiç şüphesiz ki tarafların doğruyu söylemediği, karşı tarafı ve mahkemeyi yanıltarak delil getirdiği bir yargılama sürecinde diğer tarafın gerçek anlamda ispat hakkını kullandığından söz edebilmek oldukça güçtür. Yine taraflardan birinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde ispat sürecini yönlendirdiği, bir kısım delilleri sakladığı veya çarpıttığı bir yargılama sürecinin tarafların ispat hakkını etkili bir şekilde kullanması için uygun ortamı yaratmadığı aşikardır. Bu durumda tarafların doğruyu söyleme ve dürüst davranma ödevlerine riayet etmemeleri, ispat hakkı üzerinde de olumsuz etki yaratacaktır. Daha önce de üzerinde durduğumuz gibi, ispat hakkının gerçek anlamda temin edileceği bir yargılama sisteminde dava malzemelerinin getirilmesi konusunda taraf hâkimiyetine üstünlük tanınması bir gereklilik ve gerçekliktir. Bununla birlikte taraf hâkimiyetinin üstünlüğü ancak dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüklerine gerçek anlamda yaptırımların bağlı olduğu sistemlerde, ispat hakkını zedelemez. Bu sebeple, bu konularla ispat hakkı arasındaki ilişki son derece hassas ve önemlidir.

B. Tarafların Uyuşmazlığa Çözümüne Katkıda Bulunma Yükümlülüğü ve İspat Hakkı ile Etkileşimi

İspat hakkının tesis edilmesinin taraflarla en önemli bağlantı içinde olduğu konuların başında, tarafların uyuşmazlığın çözümüne hangi oranda katkı sağlayacağı meselesi gelir. Bu kapsamda pek çok hukuk sisteminde kabul edilen *kişinin kendi*

aleyhine delil sunmaya zorlanamaması ilkesi ile tarafların uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunma yükümlülüğü çatışan değerler oluşturur[140]. Dolayısıyla bir tarafın ispat hakkını etkili şekilde kullanabilmesi için, diğer tarafın kendi aleyhine olan delilleri sunmak zorunda olup olmayacağı her hukuk sisteminde medenî yargılamanın en fazla tartışılan konularından birisidir. *Kendi aleyhine delil sunmaya zorlanamama ilkesi,* geçmişte akıldışı ispat araçları ile ispatın gerçekleştiği dönemde, temelini işkence yoluyla delil elde etmeye dayandıran yüzyılları aşan temel bir yargılama -*ceza ve medenî yargılama*- ilkesidir. Bununla birlikte içinde bulunduğumuz yüzyılda bu konudaki görüşler değişmeye başlamış, kişilerin belirli ölçülerde kendi aleyhlerine olan delilleri de ibraz etme yükümlülüğü altında bulundukları hukuk sistemlerince yavaş yavaş kabul edilmeye başlanmıştır. Esasında bu konu, çalışmamızın beşinci bölümünde ispat hakkının bir sınırlaması olarak, *kişinin kendi aleyhine olan delilleri sunmaktan kaçınması* ayrıcalığı kapsamında ele alınacaktır. Bu noktada sadece konunun, bu yönüyle de ispat hakkı açısından önemine vurgu yapmakla yetiniyor ve sonraki açıklamalarımıza atıfta bulunuyoruz.

Son olarak burada konuyla ilgili olan bir Anayasa Mahkemesi kararına yer vermek gerekir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı şekilde, tarafların doğruyu söyleme ve dürüstlük kuralına uygun davranması gerektiğini *açıkça* düzenleme altına alan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesi hakkında, yukarıda belirtilen sorun çerçevesinde Kanun'un yürürlüğe girmesinden çok kısa bir zaman sonra Anayasa Mahkemesi'ne başvurularak Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmuştur. Bu başvuruda Anayasa Mahkemesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesi ve bu madde kapsamında tarafların *kendi aleyhlerine beyanda bulunmaya zorlanıp zorlanmadığı* hususlarını incelemiş; ancak kuralın, kendi kendine suçlamama hakkı ile ilişkisi olmadığı sonucuna ulaşmıştır[141]. Kanaatimizce de, kendi ken-

[140] Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Birsen Ok, **Türk Medeni Yargılama Hukukunda Senedatın İbrazı Mecburiyeti** (Galatasaray Üniv., SBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış YL Tezi), İstanbul 2008.

[141] İtiraza konu olayda, itiraz konusu kuralın, tarafların, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlü kıldığını; bu durumun ise, "susma ve kendini suçlamama hakkı"nı ihlâl ettiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi öncelikle konuyu âdil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olarak kabul edilen "susma ve kendini suçlamama hakkı" (Ay m. 38/5) açısından değerlendirmiştir. Mahkeme, HMK m. 29'da yer alan kuralın, davanın usul ekonomisi ilkesine uygun olarak ve adil bir şekilde sonuçlanabilmesini sağlamak ve güvenilir bir yargılamayı teminat altına almak için taraflara yüklenen bir yük olduğunu; bu yükümlülüğün amacının, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin olarak tarafları gerçek dışı beyan ve delilleri ileri

dini suçlamama hakkının Kanun'un 29. maddesindeki yargısal yükümlülük ile doğrudan doğruya bir ilişkisi bulunmaz. Kaldı ki, kendi kendini suçlamama hakkı da âdil yargılanma hakkının bir unsuru olarak değerlendirilmekle birlikte, medenî yargılama hukukunda ispat hakkı ile pek çok noktada çatışabilmekte ve bu yönüyle de -*özellikle ispat hakkının tesis ve temini bakımından*- bazı yönlerden tartışma konusu yapılabilecek niteliktedir[142].

C. Doğruyu Söyleme ve Dürüst Davranma Ödevi

1. Doğruyu Söyleme ve Dürüst Davranma Ödevinin İspat Hakkının Temini Açısından Taşıdığı Fonksiyon ve Sahip Olduğu Önem

Usûlî dürüstlük kuralı ile doğruyu söyleme ödevi, pek çok hukuk sisteminde medenî yargılama sistemleri açısından maddî gerçeğin ortaya çıkarılması ve taraflarca getirilme ilkesinin olumsuz yönlerinin bertaraf edilmesi için zorlayıcı bir araç olarak kullanılmaktadır[143]. Tarafların doğruyu söyleme ödevleri yargılamanın her aşamasında geçerlidir ve özellikle bazı hukuk sistemlerinde, bu ödevin suistimâlinin ağır yaptırımları bulunur[144]. Bu anlamda taraflar dilekçelerini hazırlarken; iddia ve

---

sürmeme ödevi altına sokmaktan ibaret olup bunun taraflara kendi aleyhlerine olan hususları mahkemeye sunma veya aleyhlerine ileri sürülen hususları kabul etme ödevini yüklemediğini; bu kuralla, tarafların, aleyhlerine olan veya kendileri hakkında suç teşkil eden bir konuda açıklama yapmama hakkına sahip olup kuralın tarafları buna zorlayan bir yönünün bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme, aynı zamanda kuralın cezaî bir yaptırımı bulunmamasına ve sadece medenî yargılama sürecine ilişkin usûlî bir yükümlülük getirdiğini belirtmiştir. Bu sebeplerle de, Anayasa'ya aykırılık iddiasını reddetmiştir. AYM, 27.9.2012, 4-130 (RG 10.12.2013, S. 28847).

142 Kendi kendini suçlamama hakkının, ispat hakkı ile çatıştığı bir yönü çalışmanın ilerleyen kısımlarında ele alınacaktır. Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 19.

143 Bu yükümlülüğün medenî yargılamadaki işlevi konusunda bkz. Gottfried Baumgärtel, "Treu und Glauben im Zivilprozeß", **ZZP,** C. 86, S. 4, 1973, (Treu und Glauben), ss. 353-372; Hans Fasching, "Die Bedachtnahme auf Treu und Glauben im österreichischen Zivilprozeß", **Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag,** C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Münih 1990, (Treu und Glauben), ss. 101-110; M. Guldener, "Hukuk Muhakemeleri Usulünde Âfaki Hüsnüniyet Esası," Çev. Tahir Çağa, **AÜHFD,** C. III, S. 2-4, 1946, ss. 647-667; Muhammet Özekes, "Usulsüz Tebligat ve Dürüstlük Kuralı (Karar İncelemesi)", **Manisa Barosu Dergisi,** S. 66, 1998, (Usûlsüz Tebligat), s. 56; Muhammet Özekes, "Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekâlet Ücreti", **Legal MİHDER,** S. 1, 2005, (Vekâlet Ücreti), ss. 29-30.

144 Hukuk sistemlerinde geçerli olan bu yaptırımlar hakkında bkz. Angelo Dondi, "Abuse of Procedural Rights: Regional Report for Italy and France", **Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness,** Edt. Michele Taruffo, Kluwer Law International, The Hague 1999, ss. 109-124; Geoffrey C. Hazard, "Abuse of Procedural Rights: A Summary of View of the Common Law Systems", **Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness,** Edt. Michele Taruffo, Kluwer Law International, The Hague 1999, (Abuse of Procedural Rights/Summary), ss. 35-40; Geoffrey C. Hazard, "Abuse of Procedural Rights: Regional Report for the United States", **Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness,** Edt. Michele Taruffo, Kluwer Law International, The Hague 1999, (Abuse of Procedural Rights/US), ss. 43-52; Burkhard Hess, "Abuse of Procedure in Germany and Austria", **Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness,** Edt. Michele Taruffo, Kluwer Law Inter-

savunmada bulunurlarken; davanın birleştirilmesi, ayrılması, ıslah gibi usûlî araçları kullanırken; delillerini ibraz ederken veya karşı tarafta ve üçüncü kişide bulunan delillerin ibrazını talep ederken; kanunyollarına başvururken; geçici hukukî koruma önlemlerine başvururken kısacası yargılamaya ilişkin her bir usûlî kesitte ve her bir usûlî aracın kullanılmasında dürüstlük kuralına uygun davranmalılardır. Bunun yanı sıra yine taraflar dilekçelerini hazırlarken, somutlaştırma yüklerini yerine getirirlerken doğruyu söyleme ödevi altındadırlar. Hukuk Usûlü Muhakemesi Kanunu'nda tarafların doğruyu söyleme ve dürüstlük kuralına uyma yükümlülükleri açıkça yer almamasına rağmen, özellikle öğretide tarafların bu yükümlülüklerinin bulunduğu tereddütsüz olarak ifade edilmekteydi. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise, kanunkoyucu ayrıca bu konuyu açık bir şekilde düzenleme altına almak istemiş ve "*Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü*" başlıklı 29. maddeyi kaleme almıştır. Bu maddeye göre:

> (1) Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar.
>
> (2) Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler. (HMK m. 29)

İspat hakkının yargılama sürecinde tam ve gereği gibi tesis edilebilmesi için de taraflar ispat sürecinde hem dürüstlük kuralına uymak hem de özellikle uyuşmazlığa konu vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun biçimde yapmak zorundadırlar. Özellikle doğruyu söyleme ödevi kapsamında *davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını* gerçeğe uygun yapmak zorunda olmaları, bir başka anlatımla *ispat haklarını* gerçeğe uygun şekilde kullanmak zorunda oldukları anlamını taşır. Zira vakıalara ilişkin açıklama hakkının kullanılması ile kastedilen ispat hakkının da kullanılmasıdır. Bu zorunluluk aynı zamanda taraflar açısından bir *hak* da teşkil eder. Taraflardan birinin ispat hakkını dürüstlük ve doğruyu söyleme yükümlülüğü kapsamında kullanması zorunluluğu, diğer taraf açısından da, karşı tarafın ispat hakkını kullanırken doğruyu söyleme ödevine riayet etmesini bekleme hakkı olarak

---

national, The Hague 1999, (Abuse of Procedure), ss. 151-180; Francisco Ramos Méndez, "Abuse of Procedural Rights? Spain and Portugal", **Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness,** Edt. Michele Taruffo, Kluwer Law International, The Hague 1999, ss. 181-189; Piet Taelman, "Abuse of Procedural Rights: Regional Report for Belgium - The Netherlands", **Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness,** Edt. Michele Taruffo, Kluwer Law International, The Hague 1999, ss. 125-150; Michele Taruffo, "Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness", **Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness,** Edt. Michele Taruffo, Kluwer Law International, The Hague 1999, (Abuse of Procedural Rights), ss. 3-29.

karşımıza çıkar. Dolayısıyla uyuşmazlığın tarafları hem ispat sürecinde doğruyu söylemek ve dürüstlük kuralına uygun şekilde usûlî araçları kullanmak zorundadırlar hem de karşı taraftan bu yükümlülüğe uymasını bekleme hakkına sahiptirler. Nitekim dürüstlük kuralı ile doğruyu söyleme ödevine riayet edilmeden gerçekleştirilecek bir ispat süreci hem diğer tarafın ispat hakkını ihlâl edecek hem de davanın sonunda maddî gerçeği yansıtan âdil bir karara ulaşılmasını engelleyecektir. Bu sebeple de bir tarafın dürüstlük kuralına aykırı davranışı veya gerçeği saptırması, gizlemesi âdil bir kararın ortaya çıkmasına engel olacağı için aynı zamanda bir temyiz sebebi olabilecek; hâtta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesini de ihlâli edebilecektir. Bu anlamda tarafların ispat sürecinde ve özellikle de ispat hakkını kullanırken dürüstlük kuralı ile doğruyu söyleme ödevine uygun ispat faaliyetlerini yerine getirmeleri, ispat hakkının tam ve doğru bir şekilde yargılamada temin edilmesi ve bunun devamında âdil bir yargılamanın (Ay m. 36, AİHS m. 6) gerçekleşmiş sayılabilmesi için önemli bir zorunluluk teşkil eder.

2. Karşılaştırmalı Hukukta Konunun Önemi

Türk hukukunda olduğu gibi yabancı hukuk sistemlerinde de, tarafların doğruyu söyleme ödevleri medenî yargılama kuralları ile düzenleme altına alınmış ve özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ayrıca kişilerin doğruyu söyleme ödevlerine aykırı hareket etmesi durumları cezaî yaptırımlara tâbi kılınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu gereklilik ve gelenek modern yüzyılın bir icadı değildir ve bu anlamda tarafların yargılamada doğruyu söyleme ödevlerinin tarihî çok daha geriye kadar gitmektedir. Zira Orta Çağ Kilise hukukuna göre, yargılamaya dava dilekçesi (*libellus, libel*) ile başlanırdı. Bu dilekçede genel olarak davacının iddialarının temeli ortaya konulurdu. Ardından ise davalı taraf, davanın esasına ilişkin olmayan savunmalarını, def'ilerini (*exceptiones*) ortaya koyan bir dilekçe ile davacı tarafa karşılık verirdi. Bu def'iler mahkemenin yargılama yetkisi bulunmadığı, karşı tarafın taraf ehliyeti bulunmadığı veya başka bir mahkemenin uyuşmazlık konusunda hüküm verdiği şeklinde olabilirdi. Davalının bu itirazları, def'ileri kabul edilmediği takdirde ise davanın esası görüşülmeye başlanırdı. Davalı tarafın, davanın esası konusunda yaptığı itiraz aşaması *litis contestatio*, yani anlaşmazlığın tespiti aşaması olarak ifade edilir-

di[145]. İşte bu aşamada mahkeme tarafından, yargılamanın taraflarına ve onların avukatlarına, yargılamada sadece doğruyu söyleyeceklerine ve karşı tarafı zarara uğratmak amacıyla işlemler yapmaktan kaçınacaklarına dair yemin verdirilirdi. Bu yemin *iyi niyet yemini (Calumnia oath)* olarak adlandırılırdı[146]. Bu yemin, Orta Çağ Roman-Kanonik hukukunda şu şekilde formüle edilmekteydi:

> "İddia ve savunmaların tamamen doğru olduğuna yemin ediyorum; hakikati çarpıtmayacağımı, doğru olmayan bir ifade sunmayacağımı veya delilleri tahrif etmeyeceğimi ve yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet vermeyeceğimi size temin ederim."[147]

Modern hukuk sistemleri de benzer şekilde yargılamada tarafların gerçeği söylemesi ve dürüstlük kuralına uygun hareket etmelerini sağlayacak yaptırımlara başvurmaktadır. Alman hukukunda taraflara *doğruyu söyleme yükümlülüğü (Wahrheitspflicht)* getiren ZPO §138, 1933 yılında yapılan Kanun değişikliği[148] ile Kanun'a eklenmiş ve bu kuralın getirilmiş olması, Alman medenî yargılama hukukunun önemli özellikleri arasında sayılmaktadır[149]. Bugün de Alman hukukunda tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğü yargılamaya gerçek anlamda yön veren önemli bir kurumdur. ZPO § 138 hem taraflara somutlaştırma yükü getirmekte hem de sübjektif yargısal gerçeği beyan yükümlülüğü getirmektedir[150]. Böylece tarafların bilinçli olarak yalan beyanda bulunmaları yasaklanmaktadır[151]. Yine Alman hukukunda *güçlendirilmiş beyan (eidesstattliche versicherung)*[152] olarak ifade edilen ve aynı amaca hizmet eden bir başka araçta daha, taraflar ileri sürdükleri iddiaların doğru olduğu

---

[145] Verkerk, s. 14.
[146] Verkerk, s. 15; Litewsky, ss. 335-344.
[147] İngilizce metin için bkz. Verkerk, s. 15.
[148] 27.10.1933, Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Bu Kanun değişikliğinin temel esasları için bkz. Balkowski, ss. 37-50.
[149] Bu konuda bkz. Balkowski, ss. 40-41. Ayrıca bkz. Ernst Joseph Cohn, "Zur Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im deutschen und englischen Zivilprozessrecht", **Festschrift Fritz von Hippel zum. 70. Geburtstag,** Tübingen 1967, (Zur Wahrheitspflicht), ss. 41-61; Dirk Olzen, "Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß", **ZZP,** C. 98, S. 4, 1985, ss. 403-426.
[150] ZPO § 138: "Tarafların Vakıalar Hakkında Açıklama Yapma Ödevi:
(1) Taraflar vakıalara ilişkin açıklamalarını tam ve gerçeğe uygun bir şekilde yapmalıdırlar.
(2) Taraflardan herbiri hasmın iddia ettiği vakıalar hakkında açıklamada bulunmak zorundadır.
(3) Açıkça inkâr edilmemiş vakıalar, tarafın diğer açıklamalarından inkâr etme kastı taşıdığı anlaşılmıyorsa, ikrar edilmiş addolunur.
(4) Vakıa hakkında bilgi sahibi olunmadığı açıklaması, ancak tarafın bizzat gerçekleştirmediği işlemler veya bizzat algılamadığı konularda kabule şayandır." Maddenin Türkçe çevirisi için ayrıca bkz. Yıldırım, İlkeler Işığında HMK, s. 40.
[151] Yıldırım, İlkeler Işığında HMK, s. 40.
[152] Bu konuda bkz. Albayrak, s. 120.

konusunda beyanda bulunurlar[153]. Alman Ceza Kanunu'nun §156 da, benzer şekilde, tarafların bu beyanlarının doğru olmaması hâlinde, yani kişilerin resmî makamlar önünde yanıltıcı beyanda bulunmaları hâlinde hapis veya para cezasına mahkûm edilecekleri düzenlenmiştir.

3. Yargısal Dürüstlük ve Gerçeği Söyleme Ödevlerinin İspat Hakkı Bakımından Somut Görünüm Şekilleri

Tarafların doğruyu söyleme ve dürüstlük kuralına uygun şekilde davranmaları, yukarıda da belirttiğimiz şekilde yargılamanın her aşamasında çeşitli yükümlülükler şeklinde karşımıza çıkabilir. Ancak bizim konumuz için önem arzeden, tarafların *özellikle* ispat sürecinde bu yükümlülükleri yerine getirmeleridir. Zira bu yükümlülüklere uyulmadan gerçekleştirilecek bir ispat faaliyeti, mutlaka karşı tarafın âdil yargılanma ve ispat hakkını ihlâl edecektir. Tarafların ispat sürecinde ve ispat faaliyetinde bulunurken dürüst davranma ve doğruyu söyleme ödevlerine riayet etmeleri gereği farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Bu konudaki belli başlı ilke ve kuralları aşağıdaki şekilde belirleyebiliriz:

(1) Taraflar, dava ve cevap dilekçelerini hazırlarken uyuşmazlığın ve iddialarının temelini oluşturan vakıalar hakkında doğruyu söyleme ödevi altındadır. Bu anlamda taraflar iddialarını ileri sürerken ve buna uygun şekilde somutlaştırma yüklerini yerine getirirken dürüst davranmak ve doğruyu söylemekle yükümlüdürler.

(2) Taraflar, dava ve cevap dilekçelerinde dürüstlük kuralına uygun şekilde delil göstermekle yükümlüdürler. Bu anlamda taraflar delil ikame yüklerini dürüstlük kuralına uygun şekilde yerine getirmelidirler. Taraflar dava ve cevap dilekçelerinde diledikleri caiz delillere dayanabilirler, bu konuda dürüstlük kuralı (HMK m. 29) dışında tarafları engelleyen herhangi bir kural bulunmaz. Ancak dürüstlük kuralı, tarafın delilleri gösterme faaliyetini karşı tarafın ispat hakkını zedeleyen veya ihlâl eden bir şekilde kullanmasına engel olur. Örneğin taraflardan birisi kendi dava veya cevap dilekçesinde, gerekli olmadığı hâlde sırf karşı tarafı zor durumda

[153] Güçlendirilmiş beyan, Alman hukukunda hâkimin delilleri değerlendirmesine yardımcı olmakla birlikte hâkim, tarafın vermiş olduğu bu beyan ile tek başına beyan konusu vakıanın gerçekleşmiş olduğu yönünde kanaat oluşturmak zorunda değildir. Hâkim, tarafın bu beyanını dikkate alarak mutlaka bu beyan lehine ispat faaliyetini sonuçlandırmaz. Bu durum şüphesiz ki, Alman hukukunda bizdeki gibi kesin delillerle ispat zorunluluğunun kabul edilmemiş olması ve kural olarak hâkimin tüm delilleri serbestçe değerlendirme yetkisinin bulunmasının bir sonucudur. Ancak özellikle yaklaşık ispatın geçerli olacağı iddialarda kanunkoyucunun özel olarak ZPO 294/II'de aradığı güçlendirilmiş beyan, yaklaşık ispatın geçerli olduğu iddialarda dahi hâkimi bağlamaz. Zira ZPO 294'e göre *her kim iddialarını yaklaşık olarak ispatlar ise, yemin yerine geçen teminat (eidesstattliche versicherung) da geçerli olmak üzere bütün delil araçlarını kullanabilir* (Albayrak, s. 117). Bu hükme rağmen tarafın iddiasının doğruluğu konusunda vermiş olduğu bu beyan, yaklaşık ispata konu iddialarda dahi hâkimi bağlamaz (bu konuda bkz. Albayrak, s. 120); hâkim verilen beyanın gerçeği yansıtmadığı yönünde kanaat edinirse hem tarafın vermiş olduğu bu beyan dikkate alınmaz hem de taraf Alman Ceza Kanunu § 156 uyarınca cezaî yaptırımla karşı karşıya kalabilir.

bırakmak ve karşı tarafın ispat hakkını güçleştirmek için yirmi kişiyi tanık olarak gösterirse, bu durum hem usûlî dürüstlük kuralını (HMK m. 29) hem de karşı tarafın ispat hakkını ihlâl eder[154]. Zira sırf karşı tarafın ispat hakkını kullanmasını güçleştirmek için tarafın kendi ispat hakkını sınırsız, ölçüsüz, makûl olmayacak bir şekilde dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanmasını hukuk düzeni korumaz[155]. Nitekim çalışmamızın dördüncü bölümünde de ele alacağımız üzere temel haklar öğretisinde en hassas konulardan birini, -*ispat hakkı gibi*- bir temel hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi meselesi oluşturur. Zira içinde bulunduğumuz yüzyıl başlarında temel haklar konusunda yaşanan olumsuz tecrübeler temel hakların kullanımının genişletilmesi eğilimi göstermişse de, yüzyılın sonlarına doğru gelinen son nokta temel hakların kötüye kullanımının da engellenmesi ihtiyacı olmuştur.

(3) *Taraflar başka yerden getirilecek deliller konusunda dürüstlük kuralına uygun şekilde hareket etmek zorundadırlar.* Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 195. maddesine göre, *tarafların ellerinde bulunmayan ve incelenmesine karar verilen delillerin getirtilmesi için, mahkemece ilgili resmî makam ve mercilerle üçüncü kişilere bu husus bildirilir. Mahkemeye getirtilmesi mümkün olmayan deliller, bulunduğu yerde incelenebilir veya dinlenebilir* (HMK m. 195). Bu hüküm iki gerekliliği içerir: Birincisi, taraflar dürüstlük kuralı uyarınca, başka yerden delil getirtilmesi talebi, uyuşmazlığın çözümüne gerçekten etkili olacak ispat araçları için mümkün olmalıdır ki, bu konuda takdir yetkisi mahkemede olacağından, mahkeme taraf-

---

[154] Bu yönde bir karar için bkz. "… Dava, haksız eylem nedeni ile uğranılan maddî ve manevî zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Dosya kapsamından, davacının dava dilekçesindeki iddialarını ispat için 21 adet tanık gösterdiği, tanıkların dinletilmesi istemi hakkında bir karar verilmeden hüküm tesis edildiği anlaşılmaktadır. Davacının 21 adet tanık göstermesi, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen; "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." şeklinde açıklanan iyiniyet kuralı ile bağdaşmamaktadır. Ancak, davacıdan, dava dilekçesindeki iddialarını ispat için hangi tanıkların hangi olgu hakkında tanıklık yapacakları HUMK'nun 241, HMK'nun 240-241 doğrultusunda sorularak farklı konulara ilişkin tanıklık yapacak kişiler belirlenmeli ve davacıya maddî ve manevî zararını ispat için imkan tanınmalıdır. Davacıdan gösterdiği tanıklar içinden dava dilekçesindeki farklı olguları ispata yönelik bilgisi olanların isimleri sorularak bu tanıklar dinlendikten sonra bir karar verilmesi gerekir. ..." 4. HD, 29.11.2011, 2010-11075/12684 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

[155] "Davalı koca, 11.05.2011 tarihli delil listesinde tanık deliline de dayanmış, **on tanık ismi bildirmiştir**. **Mahkemece davalının tanıklarının üçü dinlenmiş, 18.10.2011 tarihli celse de davalı tarafın karar vermek için yeteri kadar tanığının dinlendiği, dinlenen tanıklar açısından yeterli kanaat oluştuğu, davalı tarafa verilen süreye rağmen tanıkların duruşmada hazır edilmediği gerekçesi ile tanıkların dinlenmesinden sarfınazar edilmiş**, ... **Çekişmeli vakıanın ispatı için tanık bildiren tarafın tanık sayısı hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmadığı sürece sınırlanamaz ve hâkim tanık sayısını belirleyemez. Aksi tutum adil yargılanma ve savunma hakkının kısıtlanmasına yol açar. Ancak, hâkim hangi tanığın hangi vakıanın ispatı için dinletilmek istendiğini ilgili taraftan sorarak (6100 S.HMK.md.240/2, 1086 s.HUMK.md.258/1); vakıa dinlenen bir kısım tanıklar anlatımı ile ispatlanmışsa, geri kalan tanıkların dinlenilmemesine karar verebilir (6100 s.HMK.md.241). Taraflarca fazla sayıda tanık bildirildiği takdirde; usulün bu zorlayıcı ve kolaylaştırıcı hükümlerinden yararlanarak, tanık dinlenmesi kolaylaştırabileceği gibi, bir kısım tanıklar da dinlenmeyebilir.** ... Davalı, tanıkları R.D. ve B.D.'nin dinlenilmesinden açıkça vazgeçmemiştir. Hâkimin yeterli kanaat edinildiği gerekçesi ile dinlenmesinden vazgeçtiği bu tanıklar için, ara kararından vazgeçerek yeniden dinlenme talebini kabul etmesi de yeterli kanaat edinilmediğini gösterir. Söz konusu tanıklar için masraf yatırıldığı ve davetiye tebliği edildiğine göre; tanıklar dinlenmeden; eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." 2. HD, 17.10.2012, 5455/24907 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

ların dürüstlük kuralına aykırı isteklerini reddedecektir. İkincisi, mahkemenin, tarafların uyuşmazlığın ve iddialarının haklılığını ispat edecek delilleri sırf başka yerde olması veya mahkemeye getirtilmesi mümkün olmadığı gerekçesiyle reddetmesi ispat hakkını ihlâl eder ve söz konusu düzenleme ile bu durum yasaklanmıştır. Özellikle bu hâlde, mahkeme gerekiyorsa davanın çözümüne etki edecek delilleri yerinde inceletmesi gerekecektir[156].

(4) *Taraflar, sonradan delil göstermek isterlerse bu talepleri dürüstlük kuralı içerisinde kullanılmalıdır.* "*Sonradan delil gösterilmesi*" başlığını taşıyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesinin yorumundan, bu konuda ancak tarafların dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyen taleplerinin dikkate alınabileceği anlaşılmaktadır. Nitekim bu hükme göre, ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi *yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa* veya süresinde ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir (HMK m. 145).

Nitekim Yargıtay uygulaması da, tarafların sonradan delil göstermesinin usûlî dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmediği durumlarda geçerli olacağı yönündedir[157]. Bu hükme göre şayet taraflardan birisi elinde olan bir delili sırf yargılamayı geciktirmek veya karşı tarafın ispat hakkını etkisiz kılmak için dilekçesinde belirtmemişse, usûlî dürüstlük kuralı uyarınca bu delile sonradan dayanması mümkün olmayacaktır. Bu konuda hâkim, tarafın önceden söz konusu delile neden dayanmamış olduğu konusunu iyi değerlendirmeli, gerekiyorsa tarafı dinlemeli (HMK m. 144) ve usûlî dürüstlük kuralına uygun karar vermelidir. Ancak bu konuda hâkimin takdir yetkisini hatalı kullanması hâlinin de, tarafın ispat hakkını mutlak olarak ihlâl edeceği göz ardı edilmemelidir. Zira tarafın bir kusuru bulunmamasına ve tarafın sonradan dayanmaktan istediği bu delil yargılamayı geciktirme amacı

---

156 "... **Somut olayda, davalı vekilince sunulan 06.07.2011 havale tarihli delil dilekçesinde, haftalık çalışma saatleri imza çizelgeleri delil olarak gösterilmiş, evrakların adet ve kapsam açısından fazla olduğu gerekçesiyle, işyerinde incelenmesi talep edilmiştir. Mahkemece, gösterilen delilin bulunduğu yerde incelenmesi talebi hakkında bir karar verilmeden, sonuca gidilmesi hatalıdır.** 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 195. maddesi hükmü nazara alınarak, gerekirse talebe konu çizelgeler, bulunduğu yerde bilirkişi marifetiyle incelenmeli, davacının fazla çalışma alacağı hakkında bir sonuca gidilmelidir. Yazılı şekilde eksik inceleme ve araştırmayla karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir. …" 22. HD, 19.3.2013, 4669/5886 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

157 "Dava, işçilik alacakları istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, temlik edilen alacakla ilgili düzenlenen ibranameye itibar edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Somut olayda, alacaklarını temlik eden davacı ile temlik alan diğer davacı arasında temlikname düzenlediği ve bunu dosyaya sunduğu halde davalı tarafça ödeme veya ibranameye dair herhangi bir savunmada bulunulmamıştır. **Dava açıldıktan sonraki bir tarihi taşıması ve yine dava açıldıktan iki yıl sonra dosyaya sunulması gibi olgular dikkate alındığında ibranamenin sonradan düzenlendiği izlenimini doğrulamaktadır. Ayrıca 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145/1. maddesi hükmüne göre, kanunda belirtilen süreden sonra delil gösterilemeyeceği, ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebileceği hükme bağlanmış olup bu düzenleme karşısında davalı yanın yazılı ve sözlü savunmalarında bahsedilmeyen delil listesinde de bildirilmeyen ve karar aşamasında dosyaya ibraz edilen ibranameye dayanılması da mümkün değildir.** Belirtilen hususlar dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır." 22. HD, 4.6.2013, 2012-18797/13531 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

taşımıyor olmasına rağmen, hâkimin, sonradan delil göstermek isteyen tarafın talebini reddetmesi ispat hakkı ihlâli oluşturacaktır. Bu konuda, yani hâkimin 145. Madde'ye göre yapacağı inceleme kanaatimizce yaklaşık ispat ölçüsünde değerlendirilmeli ve gerekiyorsa tarafın ifadesine (HMK m. 144) de başvurulmalıdır. Hâkimin 145. Madde'nin uygulanması konusunda kullanacağı hukuka aykırı takdir yetkisi, yargılamanın bir bütün olarak âdil bir şekilde görülmesine engel teşkil edeceğinden, bu durum Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'ne aykırılık oluşturacaktır.

(5) *Taraflar ispat sürecinde veya bu süreci etkileyecek her bir usûlî işlemde dürüstlük kuralına uygun hareket etmek zorundadırlar.* Taraflar örneğin delil ibraz ederken veya delil ibrazı mecburiyetlerini yerine getirirken dürüstlük kuralına riayet etmekle yükümlüdürler. Taraflar dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde, sırf karşı tarafın ispat hakkını kullanmasına engel olacak şekilde delil ibrazı yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmamalıdırlar. Bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu da çeşitli hükümlerle, dürüstlük kuralına aykırı hareket etmeyi amaçlayan tarafın bu hareketini engellemeye yönelik kurallar öngörmektedir. Özellikle bu konuda Yargıtay'ın eski tarihli bir kararı emsal niteliktedir. Bu kararda ispat yükü üzerinde düşen tarafın iddiasını dayandırdığı vakıaların doğruluğunu ispat edebilmek için gösterebileceği senedin diğer tarafça kaybedilmesi hâlinde, o tarafın söz konusu iddianın sadece senetle ispatlanabileceğini ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı ve bu durumda ispat yükü altında olan tarafın başka deliller de getirebileceği belirtilmiştir[158]. Bunun yanısıra örneğin taraflardan birinin uyuşmazlığa ilişkin vakıaları ikrar edip, sonradan bu ikrarı yok sayacak şekilde talepte bulunması da usûlî dürüstlük ilkesine aykırı kabul edilmektedir[159]. Bu

---

[158] "Davacı, murisinin davalıya borç para vererek ondan senet aldığını, ancak ağır hastalığı sebebiyle hastaneye götürülürken davalının muhafaza edeceğini beyanla murisini kandırıp borçlusu bulunduğu senedi almaya muvaffak olduğunu iddia eylemiştir. Bu iddiaya karşı, davalının hadisede şahit dinletilemeyeceğini ileri sürmesi MK'nun 2 nci maddesi hükmüne aykırı bir hareket teşkil eder. Bu itibarla varit olan özel daire (4. HD) ilâmına uyularak davalıya atfeylediği vakıalar davacıya ispat ettirilmek ve davalının iddia veçhile senedi elde etiiği sabit olduğu takdirde esas alacağında (tanıkla) ispat ettirilmesi cihetine gidilmek lâzım gelir." HGK 8.10.1958, 4-45/43 [Ramazan Arslan, **Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı,** Ankara 1989, (Dürüstlük Kuralı), s. 91, dn. 250]. Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen bu uyuşmazlıkta 4. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu karar, konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar içermektedir: "Davalı tarafın ölümcül hasta olan ve davalı tarafça hastahaneye kaldırılmak üzere bulunan Ayşe'nin borç senetlerinin evde bırakıldığı veya hastahaneye götürüldüğü takdirde kayıp olacağını söyleyerek bu senetlerin kendisine teslimini sağlamış bulunduğu vakıasının sübutu halinde davalının bu davanın senetle ispatını ileri sürmesi MK'nun 2 nci maddesi hükümlerine aykırı bir hareket teşkil eder. **MK'nun 2 nci maddesi hükmü yalnız esas hukuk sahasında değil, usul sahasında da tatbik yeri bulur. Bu itibarla, az önce bildirilen vakıaların geçmiş olduğu davacı tarafa ispat ettirilmek ve bu cihet sübut bulduğu takdirde esas alacak hakkındaki şahitler de dinlenmek ve her iki cihete ilişkin şahitler aynı zamanda dinlense dahi ilk önce afakî iyi niyete aykırı bir hareket olup olmadığı meselesinin sabit sayılıp sayılmayacağı düşünülmek, ancak bu meselenin sabit sayılması halinde esas alacak hakkındaki şahit sözlerinin ve diğer karine ve emarelerin takdiri cihetine gitmek gerekir.** Mahkemece bu cihetler düşünülmeksizin şahit dinletme isteğinin reddedilmiş bulunması usul ve kanuna aykırıdır." 4. HD, 27.11.1957, 7231/7005 (Arslan, s. 91, dn. 250).

[159] Bu konuda bir karar için bkz. "... Katılma payı alacağı davasında mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Davacı boşanma davası sırasında '...boşanma nedeniyle eşimden herhangi bir nafaka, maddî ve manevî tazminat, yargılama gideri ve vekalet ücreti istemiyorum. Karşı taraftan herhangi bir eşya ve başkaca alacağa ilişkin haklarımdan feragat ediyorum...' şeklinde beyanda bulunmuştur. Ara-

anlamda ispat sürecinde sonuç doğuracak olan ispat sözleşmeleri de akdedilirken taraflar dürüstlük kuralının gereğini yerine getirmelidirler. Maddî hukukta nasıl ki dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan sözleşmeler hukuk âleminde geçersiz sayılmaktadır, aynı mantık usûl sözleşmeleri açısından da geçerli olacaktır.

(6) *Taraflar uyuşmazlık konusu vakıalar ve deliller hakkında açıklamada bulunurken dürüst davranmak ve doğruyu söylemekle yükümlüdürler.* Taraflar gerek dilekçelerinde yazılı olarak gerekse bazı durumlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 144. Maddesi çerçevesinde sözlü olarak uyuşmazlık konusu vakıalar ve deliller hakkında açıklamada bulunmaktadırlar. Tüm bu yazılı ve sözlü açıklamalarda, taraflar dürüstlük ve doğruyu söyleme yükümlülüğü altındadır. Bu durum aynı zamanda yukarıda üzerinde durduğumuz hâkimin ispat sürecini yönetme görev ve yetkisi açısından da zorunludur. Zira medenî yargılama hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda kural olarak taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olması, hâkimin önündeki dava malzemesinin tarafların insiyatifinde bulunması anlamını taşır. Bir başka ifade ile hâkimin değerlendirip, şekil vereceği maddî gerçeğin harcı tarafların hâkimiyet alanındadır ve hâkimin ispat hakkını tesis edecek şekilde ispat sürecini yönetebilmesi, her şeyden önce önüne gelen malzemenin gerçeği yansıtacak dava malzemeleri olmasına bağlıdır. Bu sebeple hem tarafların ispat hakkını tam anlamıyla temin edecek hem de uyuşmazlık hakkında verilecek kararı maddî gerçeğe taşıyacak olan, her şeyden önce tarafların *dürüstlük ve doğruyu söyleme ödevlerine* riayet edecek şekilde dava malzemesini hâkimin önüne getirmelerine bağlıdır. Aksi hâlde taraflar da amaçlanan usûlî hedefe varamayacağı gibi yargılama bir bütün olarak âdil bir yargılama olarak kabul edilemeyeceğinden, dürüstlük ve doğruyu söyleme ödevine aykırılık aynı zamanda Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'ni de ihlâl edecektir.

(7) *Taraflar delillere ilişkin onların ispat gücünü etkileyecek şekilde beyanda bulunurken veya bizatihi kendi beyanları delil niteliğine dönüşürken mutlak olarak doğruyu söyleme ve dürüst davranma yükümlülüklerine uygun hareket etmek zo-*

---

larındaki anlaşmaya göre boşanmaya karar verilmesini istediğine ve **davalı kadının da bu anlaşmadaki düzenlemeye güvenerek boşanmayı kabul ettiğine göre; bundan sonra davacının bu beyanını yok sayarak görülmekte olan bu davayı açıp, talepte bulunması 'Dürüst Davranma' kuralına da aykırılık teşkil etmektedir. Boşanma dava dosyasındaki bu beyan mahkeme içi ikrar niteliğinde olup; görülmekte olan davada kesin delil niteliğini taşıdığı ve ayrıca davacının bu ikrarına rağmen eldeki davayı açarak tamamen aksini ileri sürmekle dürüstlük kuralına aykırı davrandığının ve bu durumun hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğinin kabulü gerekir**. ..." 8. HD, 12.4.2011, 2010-4983/2095 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası). Benzer yönde başka bir karar için bkz. "Dava, evlilik birliği içinde satın alınan taşınmaza katkı nedeniyle alacak istemine ilişkindir. Kural olarak, anlaşmalı boşanma davasında taraflar arasında akdedilmiş olan boşanma protokolünde yer alan mal rejimi hukukundan kaynaklanan anlaşma maddelerinin mahkeme kararında yer alması veya protokolün mahkemece onaylanması gerekir. Mal rejiminden kaynaklanan talepler boşanmanın ferilerinden olmadığından ayrıca dava konusu edilebilirler. **Somut olayda, davacının dava dilekçesinin ekinde boşanma protokolünü mahkemeye sunmuş olması, boşanma davasındaki beyanları, boşanma kararının hüküm kısmı ve tarafların hiçbir zaman protokoldeki imzalarını inkar etmemiş olmaları, protokolün mahkemece onaylandığı, dikkate alındığında, boşanma dava dosyasındaki bu belge ve beyanların mahkeme içi ikrar niteliğinde olduğu; böylece, görülmekte olan davada kesin delil niteliğini taşıdığı ve ayrıca davacının bu ikrarına rağmen eldeki davayı açarak tamamen aksini ileri sürmekle dürüstlük kuralına aykırı davrandığının ve bu durumun hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğinin kabulü gerekmiştir.**" HGK, 24.2.2010, 2-96/106 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

rundadırlar. Bu durum özellikle yemin ve isticvap delili açısından çok büyük bir önem taşır. Yeminin hâkimi bağlayan bir kesin delil niteliğine sahip olduğu düşünüldüğünde, tarafa, tek bir beyanı ile uyuşmazlık konusu vakıanın gerçek olup olmadığı konusunda kesin delil oluşturma imkânı yaratan bu delilin dürüstlük ilkesi ve doğruyu söyleme ödevinin ifasında çok büyük önem taşıdığı ortaya çıkmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 233. maddesine göre "*Size sorulan sorular hakkında, gerçeğe uygun cevap vereceğinize ve hiçbir şey saklamayacağınıza namusunuz, şerefiniz ve kutsal saydığınız bütün inanç ve değerler üzerine yemin eder misiniz?*" ifade ile taraflar yeminin konusunu oluşturan vakıalar hakkında doğruyu söylemekle yükümlü kılınır (HMK m. 233/4). Türk Ceza Kanunu'nun 275. maddesi de yukarıdaki şekilde yemin eden tarafın yalan yere yemin etmesi hâlini cezaî yaptırıma tâbi tutmuştur. Buna göre: Hukuk davalarında yalan yere yemin eden davacı veya davalıya bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir (TCK m. 275/1)[160]. Dava hakkında hüküm verilmeden önce gerçeğin söylenmesi halinde, cezaya hükmolunmaması (TCK m. 275/2), bu suç bakımından yalan ifadenin yargılamayı olumsuz etkilemesinin ve gerçeğin ortaya çıkarılmasının temel aldığı tespit edilebilir.

Buna karşılık yalan yere yemin için uygulanacak yaptırım Türk hukuk sisteminde çok ender olarak başvurulan bir yaptırımdır ve bu anlamda hukuk sistemimizde, tarafların doğruyu söyleme ve dürüstlük davranma yükümlülüklerine aykırı şekilde yalan yere yemin etmelerinin yeterli derecede hukuk uygulamasında engellenebildiğini ifade etmek güçtür[161]. Benzer yükümlülük isticvap açısından da geçerli-

[160] 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2004 yılından bu yana 275. madde ile ilgili Yargıtay'a intikal etmiş uyuşmazlık sayısı -ulaşabildiğimiz kadarıyla tespit edildiği üzere- son derece azdır. Tarafımızca bu konuda verilmiş çok az sayıda Yargıtay kararına ulaşılabilmiştir. Bu tespit de, medenî yargılama hukukundaki tarafların doğruyu söyleme ödevlerinin ihlâlinin hukuk sistemimizde neredeyse yaptırımsız kaldığını göstermektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, taraflarca getirilme ilkesinin kabul edildiği bir yargılama modelinde tarafların ispat hakkına saygılı bir şekilde yargılamanın yürütülüp âdil bir şekilde sonuçlandırılması, ancak kişilerin dürüstlük ve doğruyu söyleme ödevlerine riayet etmesi ile mümkün olabilir. Bu sebeple kanaatimizce Türk Ceza Kanunu'ndaki yaptırımın daha etkin bir şekilde uygulanabilmesi gerekir.

[161] Yukarıdaki dipnotta da belirttiğimiz üzere yalan yere yemin ile ilgili Yargıtay'a yansımış uyuşmazlık sayısı son derece azdır. Bu uyuşmazlıklardan birisinde de ceza mahkemesi, hukuk davasında yalan yere tanıklık yaptığı iddia edilen kişinin cezalandırılabilmesi için -hukuk davasındaki ödeme vakıasının ispatı açısından aranan- kesin delille ispat zorunluluğunu arayan Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı'na atıfta bulunarak yalan yere yeminin ispatlanamadığına karar vermiştir: "İstem yazısında **'Marmaris Cumhuriyet Başsavcılığınca, şüphelinin müsnet suçu işlemediğini beyan etmesi, müsnet suç yönünden yapılacak delil değerlendirmesinde tanıkla ispat yasağı bulunması, şüphelinin müşteki tarafından ibraz edilen mesaj kayıtlarını kabul etmemesi, mesaj kayıtlarının bu kapsamda usulüne uygun delil ve yazılı delil başlangıcı sayılamayacak olması ve müşteki tarafından yazılı bir belge ibraz edilememesi gerekçeleriyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş ise de, Müştekinin, şüpheliye elden 3.000,00 Türk lirası borç para verdiğini, ancak şüphelinin ödememesi üzerine ilamsız icra takibi yaptığını, şüphelinin itiraz etmemesi sebebiyle takibin kesinleştiğini, bilahâre şüphelinin menfi tespit davası açtığım, Düzce 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2009/435 esasına kayden görülen dava sırasında, Marmaris Sulh Hukuk Mahkemesince talimatla beyanı alınan davacı-şüpheliye borcu olup olmadığı hususunda yemin teklif edildiğini ve şüphelinin 16.02.2010 tarihli celsede borcu bulunmadığına dair yemin ettiğini ve bu nedenle davayı kaybettiğini, ancak şüphelinin bu olaylardan önce 16.01.2007 tarihinde cep telefonu ile mesaj çekerek borcu olduğunu kabul ettiğini ve ödeyeceğini bildirdiğini, bu haliyle şüphelinin hukuk mahkemesinde yalan yere yemin etme suçunu işlediğini iddia ederek şikayetçi olduğu nazara alındığında, Dosya kapsamınsa göre, şüphelinin Marmaris Cumhuriyet**

dir. İsticvap her ne kadar yemin delili gibi hâkimi bağlayarak kesin delil niteliği taşımasa da, isticvapta da tarafların dürüstlük ve doğruyu söyleme ödevlerine riayet etmeleri de çok önemlidir. Ancak belirtmek gerekir ki, kanaatimizce isticvap yemine nazaran çok daha güçlü ve itibar edilen bir ispat aracıdır. Zira yeminde, tarafın yalan yere yemin ettiğinin anlaşılabilmesi için hâkimin yemin eden tarafın davranışlarını ve ifadesini ölçme imkânı bulunmazken isticvapta hâkim, delil elde etmek için tarafın ifadelerini, doğru söyleyip söylemediğini, ifadesinin delil değeri taşıyıp taşımayacağını değerlendirme yetkisine sahiptir. Yeminde tarafın yalan söylemesi ve sadece şeklen Kanun'daki usûle göre yemin ederek uyuşmazlık konusu vakıanın ispatını kolaylıkla gerçekleştirmesi ve bu durum karşısında hâkimin takdir yetkisine sahip olmayarak tarafın yemini ile bağlı olması hem ispat hakkı açısından ciddi bir potansiyel tehlike oluşturur hem de yargılamada tarafların dürüstlük ve doğruyu söyleme ödevlerine riayet edip etmediklerinin değeri bulunmaz. Zira çalışmamızın başından bu yana savunduğumuz görüş, şeklî ve ispat değeri uyuşmazlık öncesinde belirlenmiş olan ve bu anlamda da hâkimin üzerinde değerlendirme yetkisi olmayan bilgi kaynaklarının delil olarak kabul edilmesinin ispat hakkını ihlâl ettiğidir. Bu sebeple kanaatimizce yemin delili hem ispat hakkının gerçek anlamda temini hem de tarafların yargılamadaki dürüst davranma ve doğru söyleme ödevlerine uyduklarının etkin şekilde denetlenebilmesi için yemin -*mevcut ispat sistemi içerisinde*- başvurulması gereken son ispat aracı olmalıdır. Bunun yerine hâkimin, tarafların beyanlarını, doğruyu söyleyip söyleme-

---

Savcılığındaki 26.03.2010 tarihli ifadesinde, 0505 ... ... nolu telefon hattının kendisine ait olduğunu ve 2006 yılından beri fiilen kendisinin kullandığını beyan etmesi karşısında, mesajları kendisinin çekmediğini, müşteki ile ortak arkadaşları olup, bu arkadaşlarından birisinin müştekiye mesajları yazmış olabileceği yönündeki beyanlarının hayatın olağan akışına uygun bulunmadığı, şüphelinin kullandığı cep telefonunu bir başkasının ele geçirerek müştekiye borcu kabul ettiğine dair mesaj çekmesinin mantıklı bir açıklamasının bulunmadığı, kaldı ki bu cep telefonunun hâlen şüpheli tarafından kullanılmaya devam edildiğinin anlaşıldığı, bu haliyle mevcut delillerin kamu davası açılmasını gerektirir nitelikte bulunduğu ve bu delillerin mahkemesince değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin, itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.' denilmektedir.

… İncelenen dosyada, yakınan K. Ç.'ın şüpheli aleyhine 3.000 TL'lık alacağı için ilamsız icra takibi başlattığı, borçlu G. D.'in itiraz etmediği takibin kesinleşmesinden sonra sulh hukuk mahkemesinde menfi tespit davası açtığı, davalı yakınanın teklifi üzerine davacı şüphelinin talimat mahkemesinin 16.2.2010 tarihli oturumunda yemin ettiği, yakınanın 04.03.2010 tarihinde şüpheli hakkında yalan yere yemin suçundan soruşturma yapılması amacıyla savcılığa şikayette bulunduğu, Düzce 2. Sulh Hukuk Mahkemesince davalının borcun varlığını usulünce kanıtlayamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verildiği görülmektedir. **Marmaris Cumhuriyet Başsavcılığı, şüpheliye yükletilen suçla ilgili olarak tanıkla ispat yasağı olması, şüphelinin cep telefonu mesajı gönderdiğini kabul etmemesi, mesajın bu kapsamda delil veya yazılı delil başlangıcı sayılmaması ve müşteki tarafından yazılı bir belge ibraz edilmemesi nedenleriyle kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Anılan kararda yazılı belge ile isbatı gereken bir konuda hukuk mahkemesinde yalan yere yemin etmekten sanık bulunan kişinin ceza mahkemesindeki yargılanmasında H.U.M.K.'nun 287, 288, 289 ve 290. maddeleri hükümleriyle kayıtlı olarak, yazılı delil arayıp ona göre karar vermesi gerektiği yolundaki 02.04.1941 tarih ve 19/12 sayılı İ.B.K. kararı dayanak gösterilmiştir. 765 sayılı T.C.Y. dönemine ait bu içtihadın, 5237 sayılı T.C.Y. döneminde de geçerliliğini sürdürmemesi için yasal herhangi bir neden yoktur. Bu durumda somut olay açısından cep telefonu mesajının hukuk mahkemesinde yalan yere yemin etme suçundan kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturmadığı ve 28.05.2010 tarihli kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ile merciin itirazın reddine ilişkin kararının hukuka uygun olduğu anlaşılmaktadır**. ..." 4. CD, 30.11.2011, 2606/22901 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

diklerini çok daha iyi şekilde denetleyebileceği isticvap deliline başvurulması hem ispat hakkının yargılama sürecinde gerçek anlamda temini hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. Maddesi karşısında medenî yargılama hukukunun amacı ile de modern medenî yargılama modellerinin benimsemiş olduğu ilkeler çerçevesinde de çok daha uyumlu ve gereklidir.

4. Ara Değerlendirme

Türk hukuk uygulayıcısı ise, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere dürüstlük kuralının medenî yargılama süreçlerinde uygulanması konusunda maalesef yetersizdir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesi hukuk uygulamasında hak ettiği değeri görmemektedir ve bu durum hem yargılamanın etkinliğini hem de ispat hakkının tam ve doğru şekilde sonuç doğurmasını olumsuz yönde etkilemektedir. Usûlî dürüstlük kuralının Yargıtay içtihatlarına yansıyan çok az uygulaması bulunur[162] ve bunların önemli bir kısmı da avukatlık ücreti ve özellikle seri davalarda avukatın hak kazandığı ücret ile ilgilidir[163]. Halbuki yukarıda da belirttiğimiz üzere özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin medenî yargılama prosedüründe benimsemiş olduğu taraflarca getirilme ilkesi, usûlî dürüstlük kuralının etkin ve sağlıklı bir şekilde uygulanması neticesinde âdil bir karara ulaşılmasını sağlar. Özellikle tarafların ispat hakkının tam ve gereği gibi temini için özellikle ispat sürecinde usûlî dürüstlük ilkesine riayet edilmesi çok büyük bir önem taşır. Zira tarafların uyuşmazlığın temeli olan dava malzemelerini (*vakıalar ve ispat araçları*) ileri sürerken, somutlaştırma yüklerini yerine getirirken, ispat yükü gereğince ispat faaliyetini gerçekleştirirken usûlî dürüstlük ilkesine uygun hareket etmemesi, karşı taraf için çoğu zaman ispat imkânsızlıklarına veya ispat hakkının ihlâline sebebiyet verir. Bu sebeple özellikle ispat sürecinde kişilerin ispat hakkına riayet edecek şekilde usûlî dürüstlük ve doğruyu söyleme yükümlülüklerinin gerekliliklerinin yerine getirildiği konusunda mahkemenin ciddi şekilde hassasiyet göstermesi gerekir. Yargıtay kararları arasında ise, ispat sürecinde ve özellikle somutlaştırma yükü yerine getirilirken usûlî dürüstlük ilkesine uygun davranılması gerektiği, aksinin kabulünün -*kararda üstü kapalı bir şekilde imâ edilmiş olsa dahi*- tarafların ispat hakkını zedeleyeceği konu-

[162] Bununla birlikte Yargıtay'ın eski tarihli usûlî dürüstlük kuralı ile ispat hakkını dolaylı olarak ilişkilendirdiği emsal nitelikte bir kararı da bulunmaktadır. Bu karar için bkz. yuk. dn. ... (HGK 8.10.1958, 4-45/43).

[163] Bu yönde kararlar için bkz. 10. HD, 16.9.2013, 15662/16389 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası); 8. HD, 9.11.2012, 7921/10135 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası); 12. HD, 10.9.2012, 18690/25539 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası); 10. HD, 17.5.2012, 9247/9006 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası); 10. HD, 29.12.2011, 13383/20959 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

sunda çok sınırlı karara ulaşılabilmektedir[164].

Hukuk sistemleri ispat hakkının tam olarak tesisi için katı şekilde dürüstlük ve doğruyu söyleme ödevlerine riayet edilmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu yönüyle haklı olarak belirtildiği üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesinde tarafların bu yükümlülüklerine uymamaları hâlinde bu davranışın yaptırımsız bırakılmış olması, hukuk uygulamasında bu kuralın yerleşmesini güçleştirmektedir[165]. Diğer bazı hukuk sistemlerinde olduğu gibi tarafların, doğruyu söyleme ödevini yerine getirmemeleri hâlinde yargısal bir yaptırıma tâbi olmaları, Türk hukuku gibi ilkenin uygulanmasında çok yönden sorunlu olan bir sistemi bir nebze olsun sistemi kontrol altına alabilecek bir önlemdir. Tarafların doğruyu söyleme ödevlerine riayet ettikleri bir yargılamanın, tam ve gerçek anlamda ispat hakkının etkinliğini sağlayacağı konusunda da şüphe bulunmaz. Zira hem âdil bir kararı yansıtacak olan maddî gerçeğe dayalı bir kararın verilmesi hem de tarafların ispat hakkını dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanabilmeleri katı bir şekilde yargılama sürecinde doğruyu söyleme ödevine riayet edilmesi ile sağlanabilir.

---

[164] Bir Yargıtay kararında ise, bu sefer mahkeme Kanun'un 29. maddesinin uygulanması konusunda oldukça marjinal bir görüş benimsemiş ve Kanun'un 29. maddesine dayanarak ispat yükü kuralını değiştirmiştir. Mahkeme İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesine göre ispat yükü üçüncü kişi üzerinde olmasına karşın, 29. maddenin varlığına da atıfta bulunmak suretiyle ispat yükünü davalı alacaklı üzerine yüklemiştir: "Davacı, dava dışı oğlunun borcundan dolayı davalı (alacaklı) tarafından icra ve iflas Yasası'nın 89. maddesi gereğince tebliğ ettirilen haciz ihbarnameleri nedeniyle borçlu olmadığını belirterek, takip borçlusuna borçlu olmadığının tespiti isteminde bulunmuş, mahkemece, davacının takip borçlusuna borçlu olmadığını ispat edemediği gerekçesiyle istemin reddine karar verilmiştir. / Medeni Kanunun 6. maddesi ve HMK'nın 190. maddesi gereğince iddia sahibi iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Genel kural ve İİK'nun 89. maddesi hükmü böyle olmakla birlikte; / **Somut olayın özelliğine göre ispat yükü yer değiştirebilir. Bu bağlamda, davacı takip borçlusuna borcu bulunmadığını belirtmiş, davalı tarafından verilen cevapta, davacı ile borçlu arasında borcu doğuran bir hukuki ilişkiden söz edilmemiş, sadece davacının borçlu olmadığını ispat etmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Şu durumda takip borçlusunun davacıdan alacaklı olduğunu belirten borç doğuran bir ilişkinin davalı (alacaklı) tarafından ileri sürülmesi gerekir. Böyle bir ilişkiye dayanmadan soyut olarak borçlunun davacıdan alacaklı olduğu ileri sürülemez ve bu ilişkinin neye dayalı olduğu açıklanmadan davacıdan borçlu olmadığını ispat etmesi beklenemez. Somut olayda takip alacaklısı olan davalı, soyut alacak iddiasının dayanağını somut olarak göstermemiştir. Dosyada alacağın varlığına ilişkin bilgi ve belge bulunmamaktadır. Davacı üçüncü kişi iddiasını ispat ederken ileri sürdüğü vakıaların aydınlatılması için davalı alacaklının doğruluk ödevine (HMK m.29) uygun hareket ederek takip borçlusunun üçüncü kişiden neden alacaklı olduğunu açıklaması gerekir.**" 19. HD, 23.1.2013, 2012-15204/1182 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

[165] Bu yönde bkz. Yıldırım, İlkeler Işığında HMK, s. 40.

§ 11 AVUKATIN ROLÜ

Medenî yargı sistemimizde avukatla temsil zorunluluğu bulunmamakla birlikte, davaların çok büyük bir orandaki kısmı avukatla temsil edilir. Bu durum da, ispat hakkının tesisinde avukatların rolünü ön plâna çıkarır. Bu yönüyle ispat hakkının tesisinden ve temininden birinci derecede sorumluluk yargı görevini yerine getiren ve somut uyuşmazlığa bakmakla görevli olan hâkimlerde ise de, avukatların da sorumluluğu bulunur. Bu sorumluluk çalışmamızın dördüncü bölümünde ele alınacağı üzere, sözleşmesel (özel hukuk) tazminat sorumluluğu olabileceği gibi avukatın meslekî disiplin sorumluluğunu da gündeme getirebilir. Bu kapsamda avukatın ispat hakkının tesisinde ve güvence altına alınmasında sahip olduğu yetkiler çerçevesinde, aşağıda kalem kalem belirlenen unsurları Kanun'a ve âdil yargılanma hakkına uygun olarak gerçekleştirmesi gerekir.

(i) Dürüst davranma ve gerçeği söyleme yükümlülüğü: Esasen bu yükümlülükler yukarıda üzerinde durduğumuz üzere, yargılamanın tarafları açısından kabul edilmiştir. Bununla birlikte avukatların, müvekkillerinin bu ödevlerine aykırı şekilde ispat haklarına ilişkin araçları kullanıp kullanmadığı konusunda denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunur. Dolayısıyla tarafların bu yükümlülüklerine uygun şekilde ispat haklarını kullanmalarını sağlamak öncelikle avukatların meslekî disiplin ve özen yükümlülüklerinin bir sonucudur.

(ii) Avukatlar kasıtlı bir şekilde, gerçeğe dayanmayan deliller yaratarak veya yargılamaya getirerek ispat hakkının ihlâline sebebiyet vermemelidir[166]. Şüphesiz ki bu durum aynı zamanda bir suç teşkil edebilir veya yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edebilir. Bununla birlikte bu noktaya gelmeyen örneğin hukuka aykırı yollarla elde edilen deliller de avukatlar tarafından yargılamaya getirilmemelidir. Benzer şekilde avukatın yalan tanıklık yapan birisinin beyanlarına ispat aracı olarak dayanması veya gerçeğe aykırı olduğunu bildiği bir bilirkişi raporunu iddialarına dayanak yapması, ispat hakkının ihlâline sebebiyet verecektir.

(iii) Benzer şekilde avukatlar, uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlamayacağını bildiği ve bunun açıkça anlaşılabilir olduğu durumlarda, etkisiz delilleri yargılamaya sunarak özen yükümlülüğünü ihlâl etmek suretiyle de müvekkilinin ispat hakkını ihlâl etmiş olur. Avukatın, müvekkilinin ispat hakkını yargılamada kullanacağı yetkili kişisi olduğu, bu yönüyle müvekkilinin lehine sonuç çıkması için ispat hakkının gerekli özen yükümlülüğü çerçevesinde tesisi için çaba sarfetmesi gerektiği unutulmamalıdır.

---

[166] Amerikan hukuku bakımından konunun değerlendirilmesi konusunda bkz. Alexander Tanford, "The Ethics of Evidence", **American Journal of Trial Advocacy,** C. 25, 2002, ss. 510-511.

(iv) Avukatın duruşmalara düzenli katılması, makûl sürede yargılanma hakkını ihlâl edecek hukuka aykırılıkları gerçekleştirmemesi de dolaylı olarak ispat hakkının güvence altına alınmasına hizmet eder.

(v) Avukat özen yükümlülüğü çerçevesinde, belki en önemli olan görevlerinden biri olan dilekçede iddiaları ve delilleri somutlaştırma yükümlülüğünü (HMK m. 198), gereğince yerine getirmelidir. İspat hakkının etkin şekilde kullanılabilmesi her şeyden önce vakıalarını ve vakıaları ispat edecek delilleri dilekçede doğru bir şekilde somutlaştırmasına bağlıdır. Bu konudaki bir eksikliğin, müvekkillinin ispat hakkı ihlâline sebebiyet vereceği gözardı edilmemelidir.

(vi) Son olarak avukatlar, müvekkillerinin ispat haklarının ihlâl edilmesi durumunda, âdil yargılanma hakkı ihlâline sebebiyet veren bu hukuka aykırılığı somutlaştırarak gerekli hukukî çarelere başvurmalıdır. Bu kapsamda temyiz, yargılamanın yenilenmesi, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, AİHM'ne başvuru avukatın başvurabileceği hukukî imkânlardır.

Yukarıdaki unsurlardan birtanesinde hukukî bir hata yapılması veya ispat hakkı ihlâline sebep olunması hâlinde, yargılamada silâhların eşitliği ilkesinin bozulacağı göz ardı edilmemelidir. Belirtilen şekillerden biri vasıtasıyla gerçekleşen ispat hakkı ihlâline karşı, tarafların dördüncü bölümde üzerinde duracağımız hukukî imkânlar çerçevesinde hukukî yollara başvuru imkânı bulunacaktır.

DÖRDÜNÜCÜ BÖLÜM

İSPAT HAKKININ SINIRLAN(DIRIL)MASI

§ 12 KAVRAMSAL OLARAK İSPAT HAKKININ SINIRLARI VE İSPAT HAKKININ SINIRLANMASI

Her hak gibi ispat hakkının da kullanımının birtakım sınırları bulunur. Günümüzde sınırları olmayan bir hakkın bulunduğunu ifade etmek güçtür. Öncelikten hemen her hakkın kullanılması bakımından birtakım evrensel ortak değerlerin, sınırların bulunduğu kabul edilir. Bununla birlikte *ayrıca* her anayasal temel hakkın da, tâbi olduğu bir sınırlama rejimi bulunur. Bu sınırlar da, anayasal temel hakların sınırlandırılması sonucunu doğuran ve hakkın kullanımına müdahâle teşkil eden kuralları belirler.

Öncelikle toplumsal yaşamda herkes için özgürlük, "paylaşılmış" bir özgürlüktür; paylaşma olgusu, zorunlu olarak temel hakları "kısmî"leştirir ve sınırlar. Bu durum aynı zamanda hakların ve özgürlüklerin kullanılmasında eşitlik ilkesinin bir sonucudur[1]. Bu sınır ispat hakkı bakımından da karşımıza çıkar. İspat hakkı, yargılamanın her iki tarafına tanınan, eşit olarak paylaşılan bir hak bahşeder. Silâhların eşitliği ilkesi de, bu temel esastan hareket eder. İkinci bir sınırlama, hiçbir özgürlüğün kullanımının şiddet ögesini içerememesidir[2]. Bu sınırı dahi ispat hakkında görebilmek mümkündür. Örneğin korkuya ve tehdite dayalı olarak elde edilen ikrar, tanık beyanı, belge medenî yargılama prosedüründe ispat aracı olarak değerlendirilmez. Benzer şekilde içerisinde tehdit barındıran dava dilekçeleri kabul olunmaz (HMK m. 32/2) veya duruşma sırasında şiddete başvurarak yargılamayı etkileyen kişilerin bu davranışlarına cevaz verilmez (HMK m. 151). Şiddet içeren bu davranışlar, ispat hakkının kullanılmasına yönelik olsa bile, hakkın bu şekilde kullanılmasına cevaz verilmez. Yine bir başka evrensel sınır, özgürlüklerin kötüye kullanımı yasağıdır (Ay m. 14; AİHS m. 17)[3]. İspat hakkının da kötüye kullanılmasına medenî yargılama sistemleri cevaz vermez (örneğin HMK m. 145). Temel hakların -özgürlüklerin- bir başka evrensel sınırlaması, kamu düzenidir[4]. Kamu düzeni çok ge-

1 Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s. 255.
2 Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s. 256.
3 Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s. 256.
4 Kaboğlu, Anayasa Hukuku, s. 256.

nel bir ifade olması ve herbir hukuk alanında farklı dinamiklere sahip olması, bu konuda kesin bir sınır getirilmesini zorlaştırır. Bununla birlikte her temel hakta olduğu gibi, ispat hakkının kullanılmasında da bazı durumlarda kamu düzeni bir sınır oluşturabilmektedir. Bu konu, aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir[5].

Hemen hemen her hukuk sisteminde, benzer esaslar çerçevesinde neredeyse tüm temel hakların, özgürlüklerin sınırını oluşturan bu unsurlara rastlamak mümkündür. Bu sınırların ötesinde aynı zamanda her hukuk sistemi, anayasasında temel hakların sınırlanması konusunda bir *sınırlama rejimi* kabul eder[6]. Yukarıda üzerinde durduğumuz durumlar, hakların *sınırları*nı oluşturmaktayken; anayasal sınırlama rejimleri, o hakkın *sınırlandırılması*nı düzenler. Temel hakların ve özgürlüklerin sınırlanması, norm alanı anayasa tarafından belirlenmiş bir temel hakka, kanuna dayanılarak dışarıdan yapılan ve söz konusu hakkı kullanan kişinin kullandığı norm alanını daraltıcı sonuçlar doğuracak her türlü müdahâleyi ifade eder[7]. Aşağıda da, ayrı bir paragraf altına Anayasamız'da benimsenen sınırlama rejimi çerçevesinde ispat hakkının ne şekilde *sınırlanacağı* üzerinde durulacaktır. Dolayısıyla hakkın sınırları ile hakkın sınırlan(dırıl)ması farklı kavramları ifade etmektedir.

Son olarak dikkat edilmesi gereken bir diğer ayrım da hakkın sınırlanması ile hakkın ihlâlinin de farklı kavramları ifade ediyor olmasıdır. Bu bölüme ilişkin açıklamalarımızın sonunda yer verdiğimiz üzere, hakkın sınırlandığı her durum, ispat hakkının ihlâli anlamını taşımaz. Zira ispat hakkının sınırlandığı bazı durumlar meşru ve anayasal ölçütler çerçevesinde hukuka uygundur. Hâl böyle iken, sınırlama denetiminden başarı ile geçememiş, bu anlamda sınırlandırma rejiminin ve diğer sınırlama sebeplerinin gerekliliklerini taşımayan veya bunları aşan bir müdahâle, ispat hakkının ihlâline sebep olacaktır. İhlâlin tespiti ve sınırlamadan farkının doğru bir şekilde tespiti, hakkın ihlâli durumunda başvurulacak hukukî yollar bakımından da önem taşır.

İnceleme konumuz açısından, hak arama özgürlüğünün (Ay m. 36; AİHS m. 13) ve âdil yargılanma hakkının (Ay m. 36; AİHS m. 6) hangi sınırlara sahip olduğu, hangi sınırlama ölçütleri kapsamında *sınırlanabileceği*, hangi durumların hakkın

---

5 Bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 15, II.

6 Kaboğlu, Anayasa Hukuku, ss. 255-256. Bu konuda ayrıca bkz. Eren, ss. 20-21.

7 Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü,** Ankara 1982, (Hakkın Özü), ss. 21-23.

ihlâlini oluşturduğu büyük öneme sahiptir. İspat hakkı temelini normatif düzlemde de, dogmatik düzlemde de bu iki temel haktan alır. Bundan sonraki bölümlerde de, ispat hakkı perspektifinden bu iki temel hakka ilişkin sınırlar, sınırlamalar, ihlâller üzerinde durulacaktır.

§ 13 İSPAT HAKKI SINIRLAMALARINA KATEGORİK BİR BAKIŞ

I. GENEL ÇERÇEVE

Çalışmamızın önceki bölümlerinde ispat hakkının gelişimini, kuramsal temellerini, ispat hakkı kataloğunu ve ispat hakkının bir çerçeve hak olarak yargılama sürecinde etkin bir şekilde tesis edilmesinde yargılamanın süjelerinin rolünü inceledik. Yapılan bu incelemeler, ispat hakkının özellikle yargılama sürecindeki fonksiyonu, hukukî temeli ve niteliği ile hakkın unsurları bakımından önem taşımaktaydı. Bu hukukî temelleri attıktan sonra ise, bu bölüm itibariyle her temel hakta olduğu gibi ispat hakkının da yargısal bir temel hak olarak *sınırlandırılması* konusuyla ilgilenilecektir. Diğer tüm temel haklar gibi ispat hakkının sınırlandırılması meselesi de son derece hassas bir değerlendirmeyi gerektirecektir. Hukuk sistemimizde ispat hakkının sınırlandırılmasının söz konusu olabileceği pek çok kurumun, kuralın uygulamasının bulunması da konuya çok daha hassas şekilde yaklaşılmasını gerektirir.

Giriş bölümünde değinildiği üzere, medenî yargılama hukukunda ispat hakkı bugüne kadar başlı başına bu kapsamda bir bilimsel çalışmanın konusu yapılmamıştı. Bu sebeple ispat hakkını konu alan bir çalışma için önceki bölümlerde ele alınan incelemeler konunun kuramsal temellerinin ortaya konulması açısından oldukça önemlidir. Fakat konunun kuramsal temelleri kadar önem arzeden bir diğer mesele, bu hakka getirilen veya getirilecek sınırlamalardır. İspat hakkı, yargılama sürecinde ve özellikle ispat sürecinde pek çok temel hakkın, menfaatin yoğun bir çatışma içerisinde bulunduğu bir gerilimi temsil eder. Bu gerilimin nasıl çözüleceği, hangi ilke ve kurallardan hareket edileceği, çoğu zaman ispat hakkının tesis edilmesi kadar fazla önem taşır. Nitekim bu konuda yapılacak hatalı bir hukukî değerlendirme, ispat hakkını ihlâl edebilecek potansiyeli barındırmaktadır.

İspat hakkı sınırlamalarına ilişkin yapılacak kategorik bir yaklaşım, temel hakların dikey ve yatay etkisini temel alarak bir tasnife tâbi tutulabilir. *Temel hakların*

dikey etkisi, temel hakların devlet ile özel kişiler arasında etkili olması demektir; eş deyişle, özel kişilerin, temel haklarını devlete karşı ileri sürmesidir[8]. Buna karşılık *temel hakların yatay etkisi* ise, temel hakların özel kişiler ile diğer özel kişiler arasındaki ilişkilerde etkili olması; yani, özel kişilerin temel haklarını diğer özel kişilere karşı da ileri sürebilmesi anlamına gelir[9]. *Yatay ve dikey etki* esasında temel hakların yükümlülerini (muhataplarını) belirleme açısından anayasa hukuku öğretisinde yapılan bir ayrımdır. Bu tasnif ispat hakkı sınırlamaları açısından yorumlanacak olursa, ispat hakkı ihlâl edilen kişi, şayet bu ihlâl devlet organları tarafından gerçekleştiriliyorsa, devlete karşı (*dikey etki*); buna karşılık özel kişiler tarafından gerçekleştiriliyorsa (*yatay etki*), bu kişilere karşı hukukî korunma talebinde bulunabilir[10].

Bu kapsamda aşağıda tek tek üzerinde durulacak olan sınırlamalar kaynaklarına göre, muhatabının devlet veya yargılamanın karşı tarafı yani özel kişi olmasına göre ispat hakkının yatay ve dikey etkisinden söz etmek mümkündür. Bu çerçevede taraf usûlî işlemlerinden kaynaklanan sınırlamalar ile temel hak çatışmasından kaynaklanan sınırlamaların bir kısmının -*kişinin kendi ihmâl veya kusurundan değil, karşı tarafın hareketinden kaynaklanan ispat hakkı ihlâlinden doğan sınırlamaların*- ispat hakkının yatay etkisi kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Buna karşılık özellikle hâkim işlem ve davranışlarından kaynaklanan sınırlamalar, kanun hükmünden kaynaklanan sınırlamalar, kamu menfaatinden kaynaklanan, sistemden veya ispat kurumlarının kendi bünyesinden kaynaklanan sınırlamaların önemli bir kısmı ispat hakkının dikey etkisi kapsamında değerlendirilebilir. İspat hakkının yatay ve dikey etkisi kapsamında yapılan değerlendirme, temelinde ispat hakkının uyulmasına saygı göstermek yükümlülüğü altında bulunan

---

8 Gözler, Anayasa Hukuku, s. 538.

9 Gözler, Anayasa Hukuku, s. 538; Serozan, Medenî Hukuk, s. 142.

10 Bununla birlikte Alman anayasa hukukunda temel hakların yatay etkisi, "*temel hakların üçüncü kişiler üzerindeki etkisi" ("Drittwirkung von Grundrechten", "third party effect of fundamental rights")* kavramı altında incelenmektedir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, Anayasa Hukuku, ss. 538-539; Eric Engel, "Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)", **Hanse L.R.,** C. 5, S. 2, 2009, ss. 165-169). Buradaki üçüncü kişi, devlet dışında temel hakkın yükümlüsü olabilecek özel kişi(ler)dir. Bu kavram da kendi içerisinde *doğrudan yatay etki* ve *dolaylı yatay etki* olmak üzere ikiye ayrılır. *Üçüncü kişiler üzerindeki doğrudan [yatay] etki (unmittelbare Drittwirkung; direct horizontal effect),* temel hak ve hürriyetlerin, özel kişiler arasındaki ilişkilere doğrudan uygulanabilir olması demektir. Buna karşılık *üçüncü kişiler üzerindeki dolaylı [yatay] etki (mittelbare Drittwirkung; indirect horizontal effect)*, özel kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerinin temel hak ve hürriyet normlarına uygun olarak yorumlanması demektir (bu konuda bkz. Gözler, Anayasa Hukuku, s. 539; Engel, ss. 165-166).

ödevli kişiyi, yani hakkın ihlâli durumunda *muhatabı*[11] ifade ettiğinden bu ayrım, ihlâle karşı başvurulacak hukukî koruma açısından farklılık yaratacaktır. Bu hukukî korunma yöntemleri her bir ihlâl açısından ayrıca ele alınacaktır[12].

Yukarıda belirlenen esaslar çerçevesinde, aşağıda kaynağına göre ispat hakkı sınırlamalarına ilişkin kategorik bir yaklaşım çizilmiştir. Bu kategori içerisindeki her bir sınırlama, içeriksel açıdan çalışmanın farklı noktalarında inceleme konusu yapılmaktadır. Bu sebeple aşağıda sadece kuşbakışı bir tablo çizilecek, verilen örneklerin esasına ilişkin açıklamalar ve ayrıntılar çalışmanın ilgili bölümlerinde ayrıca değerlendirilecektir.

II. TARAF USÛL İŞLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN SINIRLAMALAR

Taraf usûl işlemlerinden kaynaklanan ispat hakkı sınırlamaları, yargılama öncesinde ve sırasında gerçekleştirilen birtakım hukukî işlemlerin yargılamada ispat hakkını ihlâl etmesi şeklinde oluşabileceği gibi, aynı zamanda tarafların yargılama sürecinde kendisinin birtakım hatalarından, kusurlarından da kaynaklanabilir. Bu anlamda *yargılama öncesinde* ispat hakkını sınırlandıran birtakım hukukî işlemlere verilebilecek en başta gelen örnek, delil sözleşmeleri olabilir. Belirli hukukî ilişkiler içerisine dâhil olan kişiler, o hukukî ilişkiden doğabilecek anlaşmazlıklar için uyuşmazlık öncesinde delil sözleşmesi sözleşmesi akdedebilirler[13]. Bununla, kişiler uyuşmazlık konusunun ispatının hangi deliller aracılığı ile gerçekleştirilebileceğini düzenleyebilirler. Benzer şekilde kişiler uyuşmazlık öncesinde uyuşmazlık konusu vakıaların ispatı konusunda, genel kuraldan farklı düzenlemelere gidecek şekilde ispat yükü sözleşmesi akdedebilir. Ne var ki, kanaatimizce bu şekilde yapılacak uyuşmazlık öncesi ispat sözleşmelerinin, ispat hakkını sınırlandırması durumunda bu sözleşmelerin geçersiz olması gerekir[14]. Böyle bir durumda ispat hakkı zedelenen veya ihlâl edilen kişi, uyuşmazlık dava konusu yapıldığında bu sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebileceği gibi hâkim de re'sen, taraflardan birinin ispat hakkını ze-

---

11 Hakkın muhatabı konudanda ayrıca bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 7, II.

12 Bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 17.

13 Bu konudaki ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, II, C ve bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 19, I ve II.

14 Böyle bir delil sözleşmesine, ispat hakkı sınırlanan tarafın *hakkından feragat ettiği* şeklinde bir yorum getirmek mümkün ise de, temel bir hak olan ispat hakkından feragatin de Bununla birlikte hakkın doğumundan sonra geçerli olabileceği kanaatindeyiz. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 4.

deleyen bir ispat sözleşmesini geçersiz kılabilecektir. Bu tip uyuşmazlık öncesi akdedilen ispat sözleşmelerinin, ayrıca hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisini bertaraf etmesi sebebiyle geçersiz olması gerektiği belirtilmekte ise de[15], kanaatimizce burada sınırlandırmanın hukuka aykırılığına sebebiyet veren unsur ispat hakkının hukukî niteliğinden, yani onun temel bir yargısal hak olmasından kaynaklanır. Bu şekilde taraflar kendi iradeleri ile yargılama sürecinde ispat hakkı ihlâline sebebiyet verebilecek birtakım işlemleri, yargılama öncesinde gerçekleştirebilirler.

Yargılama aşamasında taraf usûl işlemlerinden doğabilecek ispat hakkı ihlâlleri ise karşımıza çok farklı şekillerde çıkabilir. Bu durum tarafların delilleri ileri sürme zamanından, delil ibrazından haksız kaçınma sebeplerinin öne sürülmesine; dürüstlük kuralına aykırı delil ibrazı taleplerinden, somutlaştırma ve delil ikame yükünün hatalı yerine getirilmesine kadar pek çok usûlî işlemi barındırabilir. Bu durumların da yine her biri ilgili olduğu konu çerçevesinde değerlendirilecektir. Ancak genel bir ölçüt olarak bir taraf, karşı tarafın hukuka aykırı usûlî işlemi sebebiyle ispat hakkının ihlâli tehlikesi ile karşı karşıya kalıyorsa, bu usûlî işleme ilişkin itirazını süresinde ve usûlüne uygun olarak ileri sürmelidir. Bu itirazı haksız olarak reddedildiği takdirde, bu durum bir bozma sebebi teşkil edecektir. İspat hakkı ihlâllerinin en yaygın görünüm şekillerinden birisi, tarafın kendisinin veya karşı tarafın hatalı usûlî işlemi sebebiyle ispat hakkının sınırlandırılmasıdır.

III. HÂKİMİN İŞLEMLERİNDEN VE DAVRANIŞLARINDAN KAYNAKLANAN SINIRLAMALAR

Hâkimin işlemlerinden ve davranışlarından kaynaklanan ispat hakkı sınırlamaları da, yargılama sürecinde çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. İspat sürecinde hâkim ispat ve deliller üzerinde pek çok konuda karar verme ve takdir yetkisine sahip bir süjedir[16]. Nitekim hâkimin ispat sürecini yönetme konusunda yükümlülüğü de, ispat hakkını etkileyecek bir çok işlemde hâkime yetki tanır. Bu açıdan hâkimin bazı durumlarda ispat sürecindeki bu yetkilerini hatalı kullanarak ispat hakkı sınırlamalarına veya ihlâllerine yol açması olağandır. Bu durumların

[15] Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. yuk. III. Bölüm, § 8, II, E, 2, e.

[16] Hâkimin yargılama sürecinde ispat hakkının tesisi ve güvence altına alınmasındaki rolü, fonksiyonu hakkında açıklamalarımız için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 8 ve § 9.

başında delillerin ibrazı konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmış durumlarda[17] hâkimin takdir yetkisini hatalı kullanması sayılabilir. Örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlendiği gibi taraf, dilekçelerin teatisi aşamasından sonra yeni bir delil ileri sürmek isterse, bu konuda takdir yetkisi hâkimde olacaktır (HMK m. 145). Hâkimin bu takdir yetkisini ölçüsüz veya hukuka aykırı şekilde reddetmesi durumunda, ispat hakkı ihlâl edilen kişinin bu red kararına itiraz hakkı olmalıdır. Benzer şekilde esasında diğer tarafın sonradan delil ibraz talebinde bulunması, dürüstlük kuralı ile bağdaşmıyorsa ve buna rağmen hâkim, bu delil ibrazı talebini kabul ediyorsa bu durum da diğer taraf açısından ispat hakkı ihlâli oluşturur (HMK m. 145). Zira ispat hakkının da kötüniyetle kullanımından, karşı tarafın delil ibraz etme hakkı ve açıklama hakkı zedelenebilir. Böyle bir durumda karşı tarafın da böyle bir talebin kabulüne itiraz hakkı bulunur.

Hâkimin *işlemlerinden* ispat hakkı ihlâllerine yol açacak somut başka bir uygulama alanı da, özellikle delillerin değerlendirilmesi meselesinde karşımıza çıkar. Hâkim, uyuşmazlığa ilişkin hükmünü tarafların delil ikame, somutlaştırma ve ispat faaliyetleri neticesinde delilleri değerlendirerek oluşturur. Bu durumda hâkimin delilleri değerlendirme sürecindeki hukuka aykırılıklar, kural olarak ispat hakkı ihlâllerine sebebiyet verebilir. Örneğin hâkim, uyuşmazlığın çözümünü bilirkişiye bırakmış ve somut olayda uyuşmazlığı değerlendirmeden bilirkişi raporundaki görüşleri aynen tekrarlamaktan ibaret bir hüküm kurmuş ise, burada kanaatimizce her iki tarafın da ispat hakkı ihlâl edilmiş olmakla birlikte, şüphesiz ki karar lehine çıkanın, bu karara itiraz etmesi hayatın olağan akışı ile örtüşmemektedir. Ne var ki, bu durumda âdil bir yargılamanın diğer tüm unsurları ile birlikte ispat hakkının tamamlayıcısı olan kanunî hâkim güvencesi, doğrudanlık ilkesi, tarafların karara etki edebilme hakkı, açıklama hakları pek çok yönden ihlâl edilmiş olur. Yine hâkimin tanık ifadelerini değerlendirirken hukuka aykırı bir değerlendirme yapması veya delil ibrazından kaçınma hakları konusunda hâkime takdir yetkisi tanındığı durumlarda, bu takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanılması tarafların ispat hakkını ihlâl edecek nitelikte işlemlerdir.

[17] Örneğin hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda delil gösterilmesini isteyebilir (HMK m. 31). Başka örnekler için bkz. HMK m. 185/2; HMK m. 189/4.

Kısacası hâkime ispat sürecinde deliller ve ispat kuralları üzerinde takdir yetkisi tanınan her durumda, hâkimin hukuka aykırı ve özellikle ölçülülük ilkesine uymayan kararlar vererek tarafların ispat hakkını ihlâl etmesi olası bir ihtimâldir. Burada önemli olan hâkimin söz konusu hatalı takdir yetkisine tarafların itirazda bulunabilmesidir. Bu noktada da karşımıza kararın "gerekçe" kısmının ispat hakkının temin ve tesisindeki önemi çıkmaktadır. Zira hâkimin ispat süreci üzerinde takdir yetkisini hatalı kullandığının anlaşılabileceği en önemli araç gerekçedir. Bu sebeple ispat hakkının gerçek anlamda tesis ve temin edilebilmesi için öncelikle kararın gerekçesinin, Kanun'un belirlemiş olduğu usûle uygun olarak yazılması şarttır. Bu durum sadece uyuşmazlık hakkında verilen nihaî karar için geçerli değildir. Tarafların ispat hakkını etkileyecek her bir ara kararda ve özellikle ispat kuralları hakkındaki takdir yetkisinin olumsuz yönde sonuçlandığı her bir kararında, hâkimin ispat kuralları üzerindeki takdir yetkisini hangi gerekçelere dayandırdığı verilen kararların gerekçe kısmından anlaşılmalıdır[18].

Hâkimin *davranışlarından* kaynaklanabilecek ispat hakkı ihlâlleri ise özellikle hâkimin tarafsızlığını koruyamadığı hâllerde karşımıza çıkabilir. Hâkimin tarafsızlığını kaybetmesi hâli, hâkimin yargılamayı yürütmesine engel bir durum olmakla birlikte bu durumun gözardı edilmesi ile tarafsızlığını yitirmiş bir hâkimin ispat süreci üzerinde etki yaratma olasılığı mevcuttur. Tarafsızlığını yitiren bir hâkim şüphesiz ki, mutlak olarak taraflardan birinin ispat hakkını da esasında zedelemiş olacaktır. Yine bu konuda karşılaşılabilecek bir diğer sorun da, hâkimin kişisel bilgisini ispat sürecinde kullanması meselesidir[19]. Bu konu yine ayrı bir başlık altında konumuz açısından ayrıca değerlendirilmiştir. Ancak şunu da burada eklemek gerekir ki, yine hâkimin kişisel bilgisinin davada kullandığının ve bu şekilde ispat hakkının ihlâl edildiğinin anlaşılabileceği yegâne yollardan birisi, yine kararda ki gerekçe kısmıdır. Gerekçe kısmında tarafların ileri sürmemiş olduğu veya açıklamada bulunmadığı bir vakıa hakkında hâkim kanaate ulaşmışsa, bu durumun da yine gerekçe kısmından anlaşılabilemesi mümkün olacaktır.

Son olarak üzerinde durulması gereken konu, hâkimin sadece müspet davranışları ile değil menfî davranışları ile de ispat hakkı ihlâllerine sebebiyet verebile-

[18] Kararın gerekçesinin ispat hakkı üzerindeki bu fonksiyonu hakkında ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm, § 5, II, C, 4 ve İkinci Bölüm, § 6, I, B, 2, b, cc.

[19] Bu konuda bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, E, 2, d.

ceğidir. Örneğin daha önceki açıklamalarımızda ele alındığı şekilde, ispat hakkının tesisi açısından hâkimin davanın yürütülmesi konusunda sahip olduğu yetkiler son derece önemli bir fonksiyona sahiptir. Bu anlamda hâkimin davanın şeklî ve maddî anlamda yürütümü konusunda sahip olduğu yetkileri hatalı kullanması gibi, bu yetkileri ve görevleri hiç yerine getirmemesi de ispat hakkı ihlâllerine sebebiyet verebilecektir[20].

IV. KANUN HÜKMÜNDEN KAYNAKLANAN SINIRLAMALAR

İspat hakkına yönelik her müdahâle, getirilen her sınırlama mutlak olarak hakkın ihlâli sonucunu doğurmaz. Bazı koşullar altında ve gereklilikler karşısında, ölçülülük ilkesinin sınırları içinde ispat hakkına yönelik sınırlamalar mâkul ve hukuka uygun kabul edilebilir. Kanunlarda da ispat hakkına yönelik pek çok sınırlama düzenlenmektedir. Delil ibrazına getirilen şeklî ve maddî sınırlamalar[21], teksif ilkesinin ve usûl ekonomisinin gereği olarak yargılama sürecindeki süreye ilişkin sınırlamalar[22], kesin delille ispat zorunluluğu[23], delil ibrazı mecburiyetine tanınan istisnalar[24] ve daha akla gelebilecek pek çok sınırlama kanunlar tarafından ispat hakkına müdahâle teşkil eder.

Esasında ispat hakkının, kanun hükmünden kaynaklanan sınırlamaları çalışmamızın çeşitli bölümlerinde yer yer ele alınmaktadır. İspat hakkına sınırlama getiren her bir kurumun, kuralın kendine özgü düzenleniş amacı, dinamikleri bulunur. Spesifik olarak bu hususlar dikkate alınmadan genel bir kabul ile ispat hakkına getirilecek her tür kanunî sınırlama reddedilecek olursa, ispat hakkının temin ve tesisi için pek çok kural, ilke, anayasal hak gözardı edilmiş olabilir. Bu sebeple ispat hakkına kanunlarda sınırlama getiren temel kurumların, kuralların ayrı ayrı ele alınmasında fayda bulunur. Bununla birlikte hukuk sistemimizde kanunlarla getirilen pek çok sınırlamanın, mevcut anayasal sınırlama rejimi karşısında hukuka uygunlukları tartışmalıdır. Bu konu, aşağıda anayasal sınırlama rejimi çerçevesinde ayrıntısıyla ele alıncaktır.

---

20 Bu konuda bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9.

21 Bu konuda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, C, 2, b, bbb. Ayrıca delillerin caiziyeti açısından bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 20, III.

22 Bu konuda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, C, 2, b, cc1.

23 Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 21.

24 Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 19.

İspat hakkının öncelikle kanunkoyucu tarafından temin ve tesis edileceğinin her zaman gözönüne alınması gerekir. Bu anlamda kanunkoyucunun ispat hakkına herhangi bir sınırlama getirirken ölçülülük ilkesinin gerekliliklerine uygun davranması son derece önemlidir. Zira kişilerin iddia ve savunmalarını ispat edebilme hakkına bir sınırlama getirilecekse, öncelikle anayasal sınırlama ölçütlerinin gereği yerine getirilmeli ve müdahâle, amacı gerçekleştirmeye uygun ve elverişli olmalı ve amaçlanan sonuç ile getirilen sınırlama arasında belirli bir makûl ölçü bulunmalıdır. Aksi takdirde ispat hakkına sınırlama getiren bir kanun hükmünün anayasal meşru temelleri tartışmaya açık hâle gelir. Bu noktada ise, ispat hakkının hak arama özgürlüğü ile âdil yargılanma hakkı ve düşünceyi açıklama özgürlüğü gibi temel hakların yargılamadaki tezahür şekillerinden biri olduğu ve güçlü bir anayasal güvence sistemine sahip olduğu gözardı edilmemelidir. Dolayısıyla kanunkoyucu bir düzenleme ile temeli anayasal temel haklara ve ilkelere dayanan ispat hakkına sınırlama getirirken düzenlemenin meşru temellere dayanmasına, ispat hakkının sınırlandırılmasına sebep olan amacın korunmak istenen meşru amaca hizmet ettiğine ve aynı zamanda ölçülülük ilkesine uygun bir müdahâle teşkil ettiğini belirlemesi gerekir. Aksinin kabulü ispat hakkına ölçüsüz müdahâle içeren bir kanunî düzenlemenin, anayasaya ve uluslararası sözleşmelere aykırılığı sorununu gündeme getirecektir.

V. YORUM YÖNTEMLERİNİN HATALI / EKSİK UYGULANMASINDAN KAYNAKLANAN SINIRLAMALAR

Hukukun varlık sebebine hizmet edebilmesi için hukuk kurallarının *zaman*, *yer* ve *anlam* bakımından doğru uygulanması gerektiği ve bu kapsamda ispat hakkına ilişkin kuralların uygulanmasında başvurulacak yorum yöntemleri üzerinde durulmuştu[25]. Bu çerçevede de yorum yöntemlerinin eksik veya hatalı uygulanmasının, ispat hakkı ihlâllerine sebep olacağı da daha önce belirtilmişti.

Yargı içtihatlarına ve zaman zaman da öğreti görüşlerine bakıldığında ise, ispat hakkına ilişkin kuralların anlam bakımından uygulanmasında zaman zaman hukukî hatalara düşüldüğünü ifade etmek hatalı bir tespit olmaz. Bu durum ise, çoğu zaman ispat hakkının ihlâli ile sonuçlanabilmektedir. Nitekim ispat hakkının anlam bakımından uygulanması konusunda en fazla ihmâl edilen yorum yöntemi ve bu anlamdaki eksiklik, temel haklara getirilen sınırlamaların dar yorumlanması gerektiğine

[25] Bu konuda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 4, II.

ilişkin ilkedir. Yargı içtihatlarına veya kuralların yorumlanması konusundaki hukukî yorumlara bakıldığında, özünde ispat hakkını ve dolayısıyla hak arama özgürlüğünü temel alan kurallara sınırlayıcı yorumlar yapıldığına ve bu sınırlandırıcı yorumların da hangi ilkelere ve kurallara dayandığının belirtilmediğine rastlanır. Bu durum, temeline hak arama özgürlüğünü alan her kuralda olduğu gibi ispat hakkının uygulanmasında da, temel hak ihlâllerine sebep olmaktadır. Bu sebeple sadece kanun maddelerinin ispat hakkının gereklerine uygun şekilde kaleme alınmış olması yeterli değildir; aynı zamanda ispat hakkına ilişkin kuralların anlam bakımından uygulanması esnasında yorum yöntemlerinin de doğru bir şekilde uygulanması gerekir.

VI. TEMEL HAK ÇATIŞMALARINDAN KAYNAKLANAN SINIRLAMALAR

Temel hakların gün geçtikçe uygulama alanlarını genişletmesi, bünyesine alt unsurları ilâve etmesi, genişleyici şekilde yorumlanmaları aynı zamanda farklı temel hakların çatışması (*Grundrechtskollision* veya *Grundrechtskonflikte*) sorununu gündeme getirmektedir. İspat hakkı da, temel bir hak olması sebebiyle bu konuda kendine düşen payı almaktadır. Bazı durumlarda ispat hakkına getirilen müdahâleler başka birtakım menfaatlerin, temel hakların korunması gereğinden doğabilir. Böyle bir durumda sınırlama getirilmek istenen ispat hakkı ile karşı tarafta bulunan meşru diğer temel hakka ilişkin menfaat ciddi bir gerilim oluşturabilir. Nitekim bundan sonraki açıklamalar gösterecektir ki, ispat hakkının -anayasal sınırlama rejiminin gereklerine uygun olarak- en fazla rastlanılan sınırlama türü, temel hak çatışmalarından doğmaktadır.

Daha önce de ifade edildiği üzere ispat süreci pek çok karşılıklı menfaatin, temel hakkın çatıştığı yoğun bir gerilim alanıdır. İspat hakkının bir yargılama sürecinde tam ve doğru anlamda tesis ve temin edilebilmesi için öncelikle bu gerilimin menfaatler dengesine ve temel hak sınırlamalarına uygun bir şekilde çözülmesi gerekir. İspat sürecindeki bu gerilimi soyut anlamda öncelikle çözüme kavuşturacak, öncelikle kanunkoyucudur. Bu konuda kanunkoyucunun atması gereken ilk adım, ispat hakkına sınırlama getirebilecek tüm durumlarda temel haklar öğretisine uygun hukukî düzenlemeler benimsemektir. Fakat diğer yandan da bu normatif düzenlemelerde ispat hakkına getirilecek sınırlamaların, aynı zamanda âdil yargılanma hakkına, hak arama özgürlüğüne ve hatta yargısal demokrasiye müdahâlede bulunduğu da gözardı edil-

memelidir. Bu sebeple, kanunkoyucu temel hak çatışmalarını giderirken bu hassas gerilimi dikkatli şekilde dengelemelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu konuda getirilen bir kural, hukuka aykırı delillere ilişkin 189. maddedir. Bu madde ile kanunkoyucu hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin ispat aracı olarak kullanılamayacağını düzenlerken, ispat hakkı ile diğer temel haklar -*özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti gibi*- bir denge kurmuş ve özellikle bir hukuk politikası olarak böyle bir müdahâlenin meşru olmayacağını kabul ederek menfaat dengesini ispat hakkı aleyhine kullanmıştır[26].

Bununla birlikte, kanunkoyucunun her menfaat çatışmasını kanunî kurallar çerçevesinde düzenlenmesi mümkün değildir. Pek çok temel hak çatışması hâlini kanun açıkça düzenlemez ve hâkime menfaatleri (temel hakları) dengeleme görevi verilir. Eşdeyişle bazı durumlarda, temel hak çatışmasının çözümü gerçek anlamda hâkimin takdir yetkisi gerektirebilir. Delil ibrazından kaçınma sebeplerinde, bu durumun örneklerine rastanabilir.

Bu kapsamda ispat hakkının temini için gerekli olan en önemli unsur, temel haklar öğretisine hâkim, temel hak sınırlamaları açısından ölçülülük ilkesinin uygulanması konusunda bilgi ve sağduyu sahibi olan etkin, yetkin ve ispat sürecinde aktif bir hâkim modelinin gelişebilmesidir. Nitekim bugün uyuşmazlıklar o kadar karmaşıktır ki, kanunun kazuistik bir yöntem ile her ihtimâli düzenleme altına alması mümkün olmadığı gibi doğru da değildir. Nitekim ortada çatışan *iki temel hak* var ise, her hâlükârda hâkimin bu haklar arasında mâkul bir denge bulabilmesi için takdir yetkisine sahip olması ve bunu doğru bir şekilde kullanabilmesini sağlayan hukukî yeterliliğe ve temel haklar sağduyusuna sahip olması gerekir. Aşağıda üzerinde durulacak bazı ispat hakkı sınırlamaları, çok hassas bir şekilde menfaatlerin dengelenmesini, ölçülülük ilkesinin tam ve doğru biçimde uygulanmasını gerektirir. Bunun için de en temel gereklilik delilleri değerlendirme yetisi güçlü, temel haklar öğretisini -Anayasa'nın üstünlüğü kapsamında- içselleştirmiş hâkimlerdir.

---

[26] Aynı yönde bkz. CMK m. 206/2, 217/2. Hatta kanunkoyucu bu hassas dengeyi özel hayatın korunması temel hakkı lehine kullanırken bunu sadece yargılama kuralları (HMK m. 189/4; CMK m. 206/2, 217/2) ile sınırlamamış; özel hayatın birtakım değerlerine müdahâleyi aynı zamanda bir suç olarak kabul etmiştir (bu konuda bkz. TCK m. 116, 132-135). Dolayısıyla hukuka aykırı delilleri kullanma yasağı sadece birer yargılama kuarlından ibaret olmayıp *temel hakları saygılı demokratik hukuk devletinin* gerektirdiği bir hukuk politikasıdır. Bu konuda bkz. Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, "Özel Hayata ve Hatyatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", **ABD,** Y. 67, S. 4, Güz/2009, s. 9.

VII. KAMU MENFAATİNDEN KAYNAKLANAN SINIRLAMALAR

Kamu menfaatinden kaynaklanan ispat hakkı sınırlamaları, şu ana kadar üzerinde durduğumuz sınırlamalardan biraz daha farklı bir niteliğe sahiptir. Öncelikle "*kamu düzeni*", "*kamu menfaati*" gibi kavramlar hukukun her alanında olduğu gibi yargılama hukuku kurallarının yorumlanmasında ve uygulanmasında da, beraberinde sübjektif değerlendirme ölçütlerini getirebilecek niteliktedir. Zira kamu menfaatinden kaynaklanan hangi sebeplerin ispat hakkını sınırlandırabileceği de, yukarıda üzerinde durulan sınırlama sebeplerinde olduğu gibi doğrudan veya dolaylı yoldan kanundan ve Anayasa'dan ilk bakışta çıkarılamayabilir. Bu sebeple özellikle ispat hakkına ilişkin kurum ve kurallar yorumlanırken kamu menfaati konusunda yapılacak değerlendirmelerin hassasiyetle gerçekleştirilmesi gerekir.

Kamu menfaatinden kaynaklanan ispat hakkı sınırlamaları denildiğinde üzerinde durulması gereken en temel düzenleme Anayasa'nın 141. maddesidir. Bu çerçevede, kamu menfaatine hizmet eden usûl ekonomisi ve alenîyet ilkesinin sınırlandırılması, ispat hakkına kamu menfaatinden kaynaklanan başlıca müdahâlelerdir. Her iki ilke de ispat hakkı açısından ayrı ayrı çalışmamızda ele alınmıştır.

Usûl ekonomisi ve alenîyet ilkesinin haricinde, kanunda özellikle kamu menfaatinin korunması amacına hizmet etmek üzere ispat hakkına bazı sınırlamalar getirildiğinde de rastlamak mümkündür. Örneğin tanığın ailesinin veya belirli dereceden yakınlarının aleyhine tanıklık yapmasına bir yandan yargılamada yalancı tanık beyanına dayanılarak hüküm çıkmasına sebep olabileceği hem de kişilerin aile ilişkilerini bozabileceği gerekçeleri ile çekince ile yaklaşılmakta ve tanığa, karşı tarafın ispat hakkını sınırlandıracak şekilde ifade vermekten kaçınma hakkı tanımaktadır. Bu çerçeveden bakıldığında adalet sisteminin dejenere edilmemesi, yargılama faaliyetinin yalan beyanlar üzerine kurulmasının yargının saygınlığını da azaltacağı düşüncesi ve tabi ki medenî yargıda gerçeğe ulaşılmasının kamusal bir menfaat de barındırması düşüncesi[27] ispat hakkına yapılan böyle bir müdahâleyi meşru kılabilmektedir.

Benzer şekilde *gerçeğin ortaya çıkarılması kamusal menfaatinin* de zaman zaman ispat hakkına sınırlamalar getirdiğine rastlanabilir. Yeni İsviçre Medenî

[27] Medenî yargılamada, uyuşmazlık özel hukuk kişilerinin uyuşmazlığı da olsa, gerçeğe ulaşılmasının kamusal bir yönü olduğu konusunda bkz. Alangoya, İlkeler, s. 120.

Yargılama Kanunu'nun ispat hakkını etkileyen birtakım özel düzenlemelerine bakıldığında, ispat hakkını sınırlayan şekilde çok defa kamu menfaati kavramına ve özellikle gerçeğin ortaya çıkarılması menfaatine atıfta bulunulduğuna rastlanmaktadır. Bu sebeple çalışmamızda, İsviçre hukukundaki bu durumu ayrı bir başlık altında ve ispat hakkına etkisi çerçevesinde ayrıca inceleyeceğiz.[28].

Burada genel bir ifade ile kamu menfaati sebebiyle ispat hakkına getirilecek sınırlamalar konusunda, özellikle kamu menfaatinin yorumlanmasında ve uygulanmasında *keyfî* değerlendirmelerden kaçınılması gerektiğini belirtmek gerekir. Zira kamu menfaati gibi objektif kriterlere doğrudan doğruya bağlanması güç değerlendirme ölçütlerinin önündeki en önemli risklerin başında keyfî uygulamalar yer alır. İspat hakkının sınırlandırılmasının anayasal sınırlama rejimine tâbi olması; bu anlamda ispat hakkının sınırlamaları açısından da, kanunîlik ilkesinin geçerli olması, kamu menfaati kavramının da mutlaka temelini Anayasa'dan almasını gerektirmektedir. Bu çerçevede yukarıda da belirtildiği gibi, usûl ekonomisi ve alenîyet ilkesi öncelikle bu kapsamda değerlendirilir. Kanaatimizce ispat hakkını sınırlandıran kamu menfaati kavramının içinin doldurulmasında ve yorumlanmasında, öncelikli olarak Anayasa'nın temel alınması gerekir ve bu şekilde yorumda keyfîlikten uzaklaşılması sağlanabilir.

VIII. SİSTEMDEN VEYA İSPAT KURUMLARININ KENDİ BÜNYESINDEN KAYNAKLANAN SINIRLAMALAR

Medenî yargılama modelleri, ispat rejimleri konusunda farklı sistemler kabul edebilirler. Bu durum yargılama modellerinin genel yapısının, sosyolojik ve kültürel farklılıkların, tarihî gelişimin ispat rejimleri üzerindeki yansımalarından birisidir[29]. Bazı yargılama modellerinin ispat rejimi üzerindeki tercihleri, o sistemde birtakım ispat hakkı sınırlamalarına doğal olarak yol açabilmektedir. Nitekim *ispat hakkı sınırlamaları* konusunu da bir nebze evrensellikten uzaklaştıran, göreceli hâle getiren temel unsur da bu durumun yarattığı sonuçtur[30].

---

[28] İsviçre hukukunda gerçeğin bulunması menfaatine yönelik olarak ispat hakkına getirilen sınırlamalar, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrı bir başlık altında ele alınacaktır. Bu konuda bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 15, II.

[29] Kültürel, sosyolojik, tarihî gelişmelerin ispat resjimleri üzerindeki etkisi daha önce ele alınmıştır. Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1.

[30] İspat hakkı ("*das recht auf beweis*", "*right to prove*"), hemen tüm yargılama sistemlerinde yargısal bir hak olarak hukukî dinlenilme hakkının, âdil yargılanma hakkının ve hak arama özgürlüğünün bir parçası, uzantısı olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla ispat hakkının varlığı, bugün bütün hukuk sistem-

Bu sınırlama türünün somut ve tipik örneklerinden birisi olarak hukuk sistemimizde geçerli olan *kesin delille ispat zorunluluğu*nun göstermek mümkündür. Kesin delille ispat zorunluluğu -*her ne kadar Türk medenî yargılama öğretisinde eleştirilmekte ise de*-[31], Türk medenî yargılama hukuku sisteminde ispat rejiminin temel çekirdeğini oluşturan neredeyse yüzyılı aşkın bir hukuk tecrübesinin uygulanma şeklidir. Kesin delille ve özellikle senetle ispat zorunluluğu, Fransız medenî yargılama modelini takip eden ülkelerde olduğu gibi, hukuk sistemimize de 19. YY'da geçmiş[32] ve Türkiye gibi diğer bazı Akdeniz ülkelerinde önemli bir hukuk kültürü oluşturmuştur[33]. Bununla birlikte kesin delille ispat zorunluluğu Almanya veya diğer kuzey Avrupa hukuk kültürlerine yabancı bir kavramdır[34]. Kıta Avrupası'nın önemli bir kesiminde olduğu gibi Ortak Hukuk sistemlerinde de, belirli vakıaların *ancak* belirli türden ispat araçları ile ispatlanabilmesini düzenleyen ku-

---

lerinde *temel bir yargısal hak* olarak kabul edilmektedir (*bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 3 ve § 4*). Bununla birlikte ispat hakkı sınırlamaları, ispat hakkının hukukî temelinde olduğu gibi tam ve kesin ölçüler çerçevesinde yeknesak olarak hukuk sistemlerinde belirgin değildir. Kanaatimizce bunun en önemli sebeplerinin başında da, ispat kurumları ve kuralları konusunda sistemlerin yapmış olduğu farklı tercihler yer almaktadır.

31 Senetle ispat zorunluluğunun hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığı konusundaki görüş için bkz. Konuralp, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, ss. 10-11; Meriç, s. 43, dn.; Yıldırım, Senetle İspat Zorunluluğu, s. 141; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 209-211; Yıldırım, İlkeler, s. 209. Buna karşılık usûl kanununda yer alan kesin delillerle ispata ilişkin düzenlemelerin emredici karaktere sahip olması nedeniyle, tarafların iddia ve savunma haklarına aykırı olmadığına ve bu sebeple Anayasa aykırılık iddiasının ileri sürülemeyeceğine ilişkin görüş hakkında bkz. Yavuz Alangoya, "Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan,** Ankara 2004, (Senede Karşı Senetle İspat Kuralı), s. 522. Ayrıca bkz. Habscheid, Persönlichkeitsrecht, s. 852.

32 Senetle ispat kuralına ilişkin kural, Cumhuriyet'ten önce Fransız hukukunun etkisiyle 1296 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu'nun 80. ve devamı maddelerinde ilk olarak düzenlenmiştir (*bu kouda ayrıntılı bilgi için bkz.* Postacıoğlu, Şehadetle İspat, s. 11; Murat Yavaş, **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları,** Turhan Kitabevi, Ankara 2009, ss. 33-36; Yıldırım, Senetle İspat Kuralı, s. 118). Ayrıca bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 20.

33 Bu sonuç özellikle Fransız medenî yargılama modelini takip eden hukuk sistemlerinde geçerli olmuştur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yavaş, ss. 40-54. Senetle ispat zorunluluğu, çoğunlukla tanıkla ispat yasağı şeklinde hukuk sistemlerinde yer bulmaktadır. Buna ilişkin olarak İtalyan Medenî Kanunu m. 2721 hükmüne göre 2.75 Euro'yu [*bu konuda bkz.* Yavaş, ss. 40-42]; Belçika Medenî Kanunu m. 1341 hükmüne göre 375.-Euro'yu [*bu konuda bkz.* Yavaş, s. 43] aşan hukukî işlemlerde tanıkla ispat yasağı ve dolayısıyla senetle ispat zorunluluğu söz konusudur. Çeşitli hukuk sistemlerinde senetle ispat zorunluluğu Türk hukukunda olduğu gibi -önemli bir kurum olarak- kanunlarda kendisine yer edinmiş; bununla birlikte bu hukuk sistemlerinin neredeyse tamamında senetle ispat kuralına, onun uygulama alanını oldukça daraltacak şekilde istisnalar getirilmiştir. Bu konu çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıca incelenecektir. Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 20.

34 İsveç, Norveç, Hollanda, Almanya, Avusturya gibi kuzey ve orta Avrupa ülkelerinde senetle ispat kuralı kabul edilmemektedir. Bu konuda bkz. Yavaş, ss. 37 vd.

rallar sınırlandırıcı olarak kabul edilmektedir ve bu sistemlerin ispat rejimlerine yabancı görünmektedir[35].

Objektif olarak değerlendirildiğinde günümüzde bütün medenî yargılama modellerinde ispat edebilme imkânının, başka bir deyişle ispat hakkının önünde duran her türlü *sınırlandırıcı* düzenleme genellikle kabul görmemekte ve kural olarak hak arama özgürlüğüne bir sınırlandırma olarak değerlendirilmektedir[36]. Buna rağmen *kesin delille ispat zorunluluğu* gibi belirli türden iddiaların ancak belirli türden delillerle ispatlanmasına imkân tanıyan sınırlandırıcı kuralların hâlen bazı ispat rejimlerinde varlığını devam ettirmesi, yerleşmiş hukuk kültürünün bir sonucudur[37]. Kanaatimizce delil sunma imkânını sınırlandıran ve bu anlamda hem ispat rejimlerinin hem de temel haklar öğretisinin sınırlarını zorlayan bu kural da, -*pragmatik yararına rağmen*- teknolojik yaşantının ve temel haklar öğretisinin gösterdiği gelişim karşısında çok daha uzun süre gücünü aynı şekilde korumayı başaramayacaktır. Nitekim 2011 yılında kabul edilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki *belge* kavramı ile *delil başlangıcı* konusunda yaşanan gelişmeler ve kanunkoyucu tarafından yapılan tercihler, kesin delille ispat zorunluluğunun akıbeti konusunda önemli bir göstergedir. Ne var ki, bugün hukukçular arasında bir anket çalışması yapılsa ve medenî yargılama hukukunun en önemli kuralının ne olduğu sorulsa, belki de azımsanmayacak sayıda hukukçunun vereceği cevapların başında kesin delille ispat zorunluluğu gelir. Zira pek çok uygulamacıya göre bugün medenî yargılama hukuku ispat rejimimizi ayakta tutan kurum, kesin delille ispat zorunluluğudur.

Türk hukukunda olduğu gibi medenî yargılama sisteminin veya hukuk geleneğinin bütünü içerisinde yaşanan gereksinimlerin sonucu olarak kabul edilen ancak esasında ispat hakkını sınırlandıran kurumlara, kurallara başka hukuk sistemlerinde de rastlamak mümkündür. Örneğin Alman hukukunda geçerli olan -*ve Türk*

---

[35] Ortak hukuk sistemlerinde geçerli olan belirli türden vakıaların belirli delillerle ispat edilemeyeceğinin, kural olarak her tür vakıanın her tür delille ispat edilebileceği yönünde genel değerlendirmeler için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1, B, C ve § 2, I, C.

[36] Hukuk sistemlerinin bu yönde girmiş olduğu yönelim hakkında ve bu çerçevede hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisinin ispat hakkı açısından taşıdığı önem hakkında bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, E.

[37] *Özekes* kesin delil-takdiri delil ayırımını HUMK'un [HMK'nın] tercihini göz önünde tutarak yani bir sistem tercihi olarak hukukî dinlenilme hakkına -özellikle açıklama hakkı kapsamında- aykırı görmez (Özekes, s. 128).

hukuk sisteminde aksi kabul edilmiş olan- katı delil sistemi (Strengbeweis) de, ispat edilecek vakıaların sadece kanunda sayılmış olan delillerle ispatlanmasına olanak tanıdığından, kanunda sayılmayan delillere ispat aracı olarak başvurulmasına imkân tanımadığından ispat hakkını sınırlandıran bir başka kurumdur[38]. *Serbest delil sisteminin (Freibeweis)* aksini ifade eden *katı delil sistemi* de hukuk sistemlerinin ispat rejimleri konusunda yaptıkları tercihin bir sonucudur. Bu açıdan bakıldığında Türk hukuku gibi diğer hukuk sistemlerinin de ispat rejimi bazında yapmış olduğu bazı temel tercihler o hukuk sistemine yön vermekle birlikte, ispat hakkını da sınırlandırabilmektedir.

Toplumun sosyolojik yapısının, hukuk uygulaması geleneğinin yönlendirdiği -*esasında objektif olarak ispat hakkı sınırlaması olarak kabul edilecek*- bu tarz birtakım kurum ve kurallardan, sistemin bütünü içerisinde olabildiğince kaçınılmalıdır. Bu tip kurum ve kurallar, kanaatimizce ispat hakkı ve özellikle ispat hakkının sınırlamaları konusunun en fazla tartışmaya açık, göreceli konularının da başında gelir. İspat hakkının diğer sınırlamaları örneğin taraf işlemlerinden, hâkimin kusurundan, kanundan kaynaklanan ispat hakkı ihlâlleri aşılması nispeten daha kolay engeller oluşturur. Buna karşılık ispat hakkı sınırlamaları içerisinde kurumun/kuralın ispat hakkını ölçüsüzce sınırlandırdığı ve ispat hakkı ihlâllerinin bertaraf edilmesi için sistem bazında değişikliğe gidilmesini gerektirecek bu tarz ispat hakkı sınırlamaları ise, aşılması en güç olan sınırlama türleridir. Bu güçlük ihlâlin, sınırlamanın niteliğinden değil; sistemin tercihi olarak uzun zamandır süregelen uygulamanın yarattığı alışkanlığın terkedilmesi konusundaki psikolojik engeldir. Hukuk sistemlerinin kendi bünyesinden doğan bu tür ispat hakkı sınırlamaları, bir tercihin ürünüdür ve o hukuk sisteminde kemikleşmiş bir uygulamanın yansımasıdır.

Bu tür ihlâl yaratan kurum ve kurallar, genellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de Anayasa Mahkemesi'nin de temel hak ihlâli değerlendirmesinden hariç tutulabilmektedir. Zira bu tür sınırlamalar genellikle hâkimin delilleri takdir yetkisiyle ilişkili olduğundan, hukuk politikası olarak bu konuya Mahkeme'nin

[38] Bu konuda bkz. Habscheid, Recht auf Beweis, s. 312. Türk hukukunda Yıldırım da, katı delil sisteminin ispat hakkının yanı sıra hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisini kısıtlaması bakımından bu sisteme eleştiri ile yaklaşmaktadır. Bu konuda bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 87-90. Ayrıca bu konu ilerleyen bölümlerde ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 20.

müdahâlesi tercih edilmemektedir[39]. Bu anlamda çoğu zaman söz konusu kurallara ve kurumlara ilişkin değişiklik yapma gücü sadece kanunkoyucunun yetki alanına girer. Ne var ki, insan davranışlarında olduğu gibi hukuk sistemlerinde de en zor yenliklerden birisini, yıllar boyunca alışılagelmiş uygulama geleneğinin değiştirilmesine sebebiyet verecek reformlar oluşturur. Bu sebeple buraya kadar saymış olduğumuz ispat hakkı sınırlamaları içerisinde aşılması en güç olan kanaatimizce hukuk sistemlerinin tercihleri neticesinde ortaya çıkan hukuk kurallarının veya kurumlarının sebebiyet verdiği ispat hakkı sınırlamalarıdır. Bu sınırlamalar günün birinde ölçülülük ilkesini aşacak derecede temel hak ihlâline sebebiyet verse dahi, hukuk kültüründe yapılması gereken değişiklik için altyapı hazır olmayabilir ve bu sebeple bu tür ihlâller gelişen hukuk karşısında bir süre daha devamlılığını sürdürerek ispat hakkının karşısında engeller yaratmaya devam edebilir.

Buna rağmen bu konuda aşılmaması gereken ölçüt, sistemin bütünü içerisinde değerlendirildiğinde ispat hakkına sınırlama getiren bu kural ve kurumların, o ispat rejimi üzerine hâkimiyetini kurmaması olmalıdır. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere her hukuk sistemi bünyesinde -az veya çok- ispat hakkını sınırlandırıcı birtakım temel tercihlerde bulunabilir. Ancak bu tercihler o sistemleri tamamen hâkimiyet alanına alacak bir uygulama alanına sahip olmamalıdır. Örneğin Almanya'da katı delil sistemi kabul edilmekle birlikte, Kanun'da sayılan ve bizim hukuk sistemimizde *belge* kavramına karşılık gelen delil türü, büyük ölçüde ispat rejimini ve yargılama sürecini katı delil sisteminin dezavantajlarından korumaktadır. Bir başka örnek yine senetle ispat kuralını kabul eden diğer hukuk sistemlerinden verilebilir. Fransız hukukunda senetle ispat kuralı kabul edilmekle birlikte örneğin ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Bunun yanısıra Fransız içtihadı da, özellikle bir tarafı tüketici gibi zayıfın korunmasını gerektiren uyuşmazlık türlerinde senetle ispat kuralını yumuşattığı da belirtilmektedir[40].

Türk hukukunda, kesin delille ve özellikle senetle ispat zorunluluğu çok geniş bir uygulama alanına sahiptir ve yıllardan bu yana ispat rejimimizde pek çok sorunlu uygulamaya, ispat güçlüğüne sebebiyet vermiştir. Şayet Hukuk Muhakemeleri Kanunu önemli ölçüde belge ve delill başlangıcı kavramlarında uygulamayı rahat-

[39] Bu konuda bkz. aşa. § 6, II, E, 1, c, aa, bbb ve § 6, II, E, 2, b.
[40] Bu konuda ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. Beşinci Bölüm, § 21, II.

latıcı bir tercihte bulunmamış olsa idi, senetle ispat kuralı çok daha erken bir zamanda sistemi daha da fazla tıkama noktasına getirecekti. Buna rağmen çalışmanın ilerleyen bölümlerinde daha ayrıntılı şekilde üzerinde durulacağı ve daha önce de farklı konular etrafında incelendiği üzere, bir sistem tercihi olarak senetle ispat zorunluluğunun Türk hukukunda katı bir şekilde yıllarca uygulanmış olması, ispat hakkını ölçüsüzce sınırlandırdığı gibi[41], aynı zamanda hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisini de sınırlandırması sebebiyle[42] katmerli bir ispat hakkı ihlâli oluşturmaktadır. Sistemlerin ispat rejimini etkileyecek herhangi bir kurum veya kuralı yargılama modeline ithâl ederken o kuralın veya kurumun ispat hakkını sınırlandırma konusunda anayasal sınırlama rejiminin gerekliliklerini sağlaması gerekir[43]. Aksi hâlde kabul edilecek bir kurum veya kural temel hak ihlâli olarak gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerekse Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan doğruya âdil yargılanma hakkı ihlâli olarak taşınabilecektir[44].

§ 14 İSPAT HAKKI SINIRLAMALARININ ANAYASAL DENETİMİ

I. ANAYASAL SINIRLAMA REJİMİNİN TEMEL ESASLARI

A. Genel Çerçeve

Sınırlama, genel bir ifadeyle bir temel hakkın ve özgürlüğün koruduğu alana dışarıdan girilmesi ve bu alanın daraltılması anlamını taşımaktadır[45]. Türk hukukunda da, diğer pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi bir temel hakka müdahâle edilebilmesi, bu anlamda hakkın koruduğu alanın daraltılması birtakım ölçütlere bağ-

---

41 Senetle ispat zorunluluğunun, anayasal sınırlandırma rejimi kapsamında özel sınırlama sebeplerinin varlığı, ölçülülük ilkesi ve hakkın özüne müdahâle açısından taşıdığı hukuka aykırılıklar ilerleyen açıklamalarımızda ele alınacaktır.

42 Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, § 9, II, E.

43 Bu çerçevede özellikle sınırlamanın kanunîlik ilkesine, ölçülülük ilkesine uygun olması ve hakkın -*ispat hakkının*- özüne müdahâle etmemesi gerekir. Bu konu, bundan sonraki paragrafta (§ 14) ele alınacaktır.

44 Temelini Anayasa'nın 36. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine dayandıran ispat hakkının ihlâli durumunda, kişiler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinin kendilerine tanıdığı güvence ile anayasal şikayet ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru hakkına sahiptir. Bu konuda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, II, E, 1, c, bb ve 2, b.

45 Gözler, Anayasa Hukuku, s. 543; Sağlam, Hakkın Özü, s. 23.

lanmıştır[46]. Temel hakların tâbi olduğu sınırlama rejiminin ölçütleri Anayasalar ve temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmeler tarafından belirlenmektedir. Sınırlamaların özel olarak normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan hukuk normları tarafından belirlenmesi, temel haklar açısından *özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna olması kuralı*ndan kaynaklanır. Bu şekilde temel haklara getirilecek sınırlamaların da belirgin, açık bir şekilde Anayasalarda belirlenmesi gereği doğar[47]. Bu ihtiyacın bir sonucu olarak da gelmiş olduğumuz yüzyılda temel hakların sınırlamaları konusunda Anayasalar ve uluslararası sözleşmeler *ortak* birtakım değerler belirlemektedir. Nitekim 1982 Anayasası'nın mevcut sınırlama rejimi pek çok yönüyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sınırlama ölçütlerine benzerlik gösterir. Bu benzerlik hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tarafı olmamızdan hem de demokratikleşmenin bir koşulu olarak bilinçli bir şekilde sağlanmaya çalışılmaktadır[48].

İspat hakkının, özelde "yargısal" bir temel hak olması ve genelde bir "temel" hak olması özellikle ispat hakkına getirilen sınırlamalar açısından oldukça önem taşımaktır. Hukukî temelinin hak arama özgürlüğü ve âdil yargılanma hakkı (Ay m. 36) olduğu ispat hakkına getirilecek sınırlamaların, yapılacak müdahâlelerin Anayasa'nın sınırlama rejimi çerçevesinde değerlendirilmesi yine Anayasa'dan kaynaklanan bir zorunluluktur. Bunun için anayasal sınırlama sisteminin üzerinde durulması gerekir.

1. Anayasa m. 13'ün İspat Hakkının Sınırlandırılmasındaki Fonksiyonu

Bir temel hakkın sınırlanabilmesi için Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" başlığını taşıyan 13. maddedeki gerekliliklerin sağlanması gerekir. Anayasa'nın 13. maddesi ise 3.10.2001 tarihli değişiklikten sonra şu şekilde bir düzenleme öngörmektedir:

> "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." (Ay m. 13)

---

[46] Bu konuda ayrıntı için bkz. Arda Atakan, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler** (Marmara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2006, s. 3 vd.

[47] Bu konuda bkz. Eren, s. 15.

[48] Eren, s. 66.

Anayasa'nın 13. maddesi, 3.10.2001 değişikliği ile birlikte temel hakların kısıtlanmasını daha sıkı koşullara bağlamış ve pek çok unsurun birlikte gerçekleşmesini aramıştır[49]. Söz konusu Anayasa değişikliği ile birlikte Anayasa'nın 13. maddesi "*genel sınırlama hükmü*" olmaktan çıkarılarak "*genel koruma hükmü*" hâline getirilmiştir[50]. 1982 Anayasası'nın benimsemiş olduğu sınırlama rejiminin karakteristik özelliği, devlet erklerinin korunmasını hedef alması ve temel hakların ikinci plânda

---

[49] 3.10.2001 tarihli Anayasa değişikliğinden önce 13. madde düzenlemesi şu şekildeydi:
"**Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması**
MADDE 13.- Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.
Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.
Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir."
Buna göre 13'üncü maddenin önceki hâli, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını bazı şartlara bağlamıştı. Bu şartlar şunlardı:
1. Sınırlama kanunla olmalıdır.
2. Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
3. Sınırlama (a) "genel sınırlama sebeplerine" veya (b) "anayasanın ilgili maddesinde öngörülen özel sebeplere" dayanmalıdır.
4. Sınırlama "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ne aykırı olmamalıdır.
5. Sınırlama öngörüldüğü amaç dışında kullanılmamalıdır. [Kemal Gözler, "Anayasa Değişiklinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", **ABD,** S. 4, 2001, s. 55; Mehmet Sağlam, "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", **AYD,** S. 19, 2002, (2001 Anayasa Değişiklikleri), s. 259].

Anayasa'nın 13. maddesindeki değişikliklerin gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ***Gözler,*** *Anayasa m. 13,* s. 55 vd.; Hasan Tahsin Fendoğlu, "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Ay. m. 13)", **AYD,** C. 19, 2002, (2001 Değişikliği), ss. 123-125; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, ss. 140, 147-156.

[50] Eren, ss. 77, 81; İsmet Giritli, "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması", **AYD,** S. 19, 2002, ss. 90-91; Sibel İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa", **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme,** 3. Baskı, İstanbul 2013, (Güvence Rejimi), s. 23; Fazıl Sağlam, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", **AYD,** S. 19, 2002, s. 289; Tanör ve Yüzabaşıoğlu, s. 140; Necmi Yüzbaşıoğlu, "2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerine Bir Değerlendirme", **Anayasa ve Uyum Yasaları (13-14 Aralık 2002),** TBB Yayımı 2003, (2001 Değişiklikleri), s. 30. Temel haklar ve özgürlükler hukukunda gerçekleştirilen bu değişiklik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fendoğlu, 2001 Değişikliği, ss. 116-121, 126-134; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku,** Ankara 2009, ss. 112-115.
Kademeli sınırlama sistemi olarak ifade edilen Anayasa'nın 2001 değişikliği ile benimsenen yeni hâlinde sınırlama ölçütleri şu şekilde belirlenmiştir: *(1)* sınırlamada hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede yer alan *özel sebeplerle bağlılık; (2)* sadece *kanunla sınırlama; (3)* Anayasanın *sözüne ve ruhuna uygunluk; (4)* hak veya özgürlüğün *özüne dokunma yasağı; (5) demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk; (6) ölçülülük ilkesine uygunluk; (7) laik Cumhuriyetin gereklerine uygunluk* (bu unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, ss. 78-81, 66-137; Gözler, Anayasa m. 13, ss. 56-63; İnceoğlu, Güvence Rejimi, ss. 23-24; F. Sağlam, ss. 55 vd.; Tanör ve Yüzabaşıoğlu, s. 140).

olmasıydı[51]. Bu hâliyle temel hakların sınırlanması *-özellikle 1961 Anayasası ile karşılaştırıldığında-* çok daha kolaydı. Bu durum ise, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne uyum sürecini hedef aldığı günlerde bir revizyona gidilmesi ihtiyacını doğurmuştu ve anayasal sınırlama rejimi konusunda 2001 yılında önemli bir reform yapılması ile sonuçlanmıştı. Böylece bütün modern demokratik hukuk sistemleri gibi *anayasaların temel hakların bekçisi olması* konusunda önemli bir adım atılmış oldu[52]. Bu yönüyle 13. maddedeki değişiklikle esasında temelini Anayasa'nın 36. maddesine dayandıran ispat hakkının sınırlandırılması da son derece güçlemiş olmaktadır.

2001 değişikleriyle birlikte temel hakların ve özgürlüklerin sınırlandırılması *sadece* ilgili maddelerde belirtilen sınırlama sebeplerine inhisâr ettirilmiş, bunun dışında genel sınırlama sebepleri tamamen kaldırılmıştır[53]. Böylece temel hakların sınırlanmasında *katmerli sınırlama sistemi*nden, *kademeli sınırlama sistemi*ne geçiş sağlanarak özgürlükçü bir anlayış benimsenmiş oldu[54]. Haklı olarak belirtildiği üzere 2001 değişikliği ile benimsenen bu yeni yaklaşım, genel sınırlama sebeplerine yer vermeyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemine uygun olduğu gibi, "özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna olması" gerektiği anlayışı ile de uyumludur[55]. Bununla birlikte özel sınırlama sebeplerinin varlığı da, tek başına temel hakların sınırlanması

---

[51] 1982 Anayasası'nın, temel haklarda değişim yapıldığı 2001 yılına kadar temel hakların sınırlandırılması rejimi konusunda benimsemiş olduğu esaslar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, ss. 96-99, 101-106; Kaboğlu, Anayasa Hukuku, ss. 247-259; Bülent Tanör, **İki Anayasa, 1961-1982,** 5. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2013, ss. 121-124; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, ss. 134-136, 140-141.

[52] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 141. Değişiklikten önceki anayasal sınırlama sistemi, temel haklara düşük değerler biçerek temel hakları, evrensel içeriklerinden soyutlayıp, millîleştirme kaygısı ile şekillendiği yönünden ağır şekilde eleştiri almaktadır [Mithat Sancar, "İnsan Hakları Açısından 1982 Anayasası", **Amme İdaresi Dergisi,** C. 25, S. 2, 1992/Haziran, (1982 Anayasası), s. 9]. Bu konuda özellikle bkz. Sancar, ss. 5-10.

[53] Türk anayasa hukuku literatüründe bu sebeplere "genel sınırlama sebepleri" denilmekteydi ve toplam dokuz adet genel sınırlama sebebi bulunmaktaydı: 1. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, 2. Millî egemenlik, 3. Cumhuriyetin korunması, 4. Millî güvenlik, 5. Kamu düzeni, 6. Genel asayiş, 7. Kamu yararı, 8. Genel ahlâk, 9. Genel sağlık. Ayrıca ilgili maddelerde belirlenen özel sınırlama sebeplerinin haricinde Anayasa'nın 13. maddesinde şu düzenleme yer almaktaydı: "*Bu maddede yer alan sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.*"
Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, ss. 79-86; Fendoğlu, ss. 122-123, 126-134; Gözler, Anayasa m. 13, ss. 54-55; Yunus Heper, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası'nın 14. Maddesindeki Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,** Y. 5, S. 18, 2014/Temmuz, ss. 238-239; Özbudun, ss. 112-113; M. Sağlam, ss. 243-245; Sancar, ss. 10-16; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 124.

[54] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 140. Ayrıca bkz. Tamer Bozkurt, "'Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş' Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle 'Sözleşme Hürriyeti' Açısından Durum", **ABD,** Y. 66, C. 1, 2008, s. 135; ***Eren,*** s. 78-81; ***Kaboğlu,*** *Hak ve Özgürlükler Anlayışı,* s. 248-250.

[55] Eren, ss. 78-81; Giritli, ss. 90-91; İnceoğlu, Güvence Rejimi, s. 24; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 141; Yüzbaşıoğlu, s. 31.

için yeterli değildir. Temel hakların sınırlanabilmesi için *kadameli sistem* olarak ifade edilen bu yeni sisteme göre, temel haklara yapılan bir müdahâlenin meşru sayılabilmesi için şu şartların varlığı birlikte aranmıştır:

(i) Öncelikle Anayasa'nın 13. maddesi *genel sınırlama sebeplerini* kaldırmış, temel hak ve özgürlüklerin sadece ilgili maddelerde belirtilen *özel sebeplerle* sınırlandırılabileceği kabul edilmiş;

(ii) İkinci olarak sınırlamanın ancak kanun ile yapılabileceği düzenlenmiş (*kanunîlik ilkesi*);

(iii) Üçüncü olarak 1961 Anayasa'sında kabul edilen *öze dokunma yasağı* tekrar Anayasa'ya eklenmiştir;

(iv) Dördüncüsü, demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine aykırı olmama ölçütü, 2001 değişikliği ile birlikte *demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama* şeklinde değiştirilmiş;

(v) Son olarak 2001 değişikliği ile *ölçülülük ilkesi* temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında somut norm ölçütü olarak kabul edilmiştir[56].

Anayasa'nın 13. maddesi dikkate alındığında, bir temel hakkın sınırlanabilmesi için kanunîlik ilkesi ve özel sınırlama sebeplerinin yanında, demokratik toplum düzeni, hakkın özü, ölçülülük ilkesi gibi birtakım kavramlara yer verildiği tespit edilmektedir. Temel haklar hukukunda bir sınırlama ölçütü olarak *demokratik toplum düzeni gereklilikleri*, -1961 Anayasası'sında kabul edilen *hakkın özü* kavramı yerine- 1982 Anayasası ile birlikte hukuk sistemimize dâhil olmuştu[57]. 1982 Anayasası'nda, 1961 Anayasası'na Alman Anayasası'ndan ithâl edilen *hakkın özü* kavramı yerine *demokratik toplum düzeninin gereklilikleri* kavramına geçişin temel sebebi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sınırlama ölçütü olarak *demokratik toplum düzeni gerekliliklerini* tercih ediyor olmasıydı[58]. Bununla birlikte 1982 Anayasası'nın temel haklar rejimine, yine Alman Anayasası'nda bulunan ölçülülük ilkesi dâhil edilmişti[59]. 2010 Anayasa değişikliklerinde ise 1961 Anayasası'nda yer verilen hakkın özü kavramı, tekrar Anayasa'nın 13. maddesine eklenerek temel haklar rejiminin bir parçası olmuştur. Dolayısıyla mevcut sisteme bakıldığında, özellikle 2010 Anayasa değişikliğinden sonra tüm bu kavramlara (*hakkın özü, demokratik toplum düzeninin gereklilikleri, ölçülülük ilkesi*) hep birlikte yer veren bir temel haklar rejimimiz bulunduğu

---

[56] Bu konuda bkz. Yüksel Metin, **Ölçülülük İlkesi - Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi,** Ankara 2002, s. 210.

[57] Mümtaz Soysal, "İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği", **AYD,** S. 3, 1986, (İnsan Hakları), s. 45.

[58] Soysal, İnsan Hakları, s. 45. Ayrıca bkz. Sancar, 1982 Anayasası, s. 14.

[59] Soysal, İnsan Hakları, s. 45.

görülmektedir. Bu anlamda bugün *teorik olarak* Anayasa'da düzenlenen bir temel hakkın sınırlaması çok sıkı şartlara bağlıdır.

2. Ara Değerlendirme

Bugünkü anayasal sınırlama rejiminin şekillenmesinde önemli etkisi bulunan 2001 Anayasa değişiklikleri -*temel hakların sınırlanmasını oldukça katı şekilde güçleştirdiğinden*- çok olumlu değerlendirmeler almıştır. Bununla birlikte, reformun -*hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesini ve özellikle ispat hakkını*- olumsuz yönde etkileyen birtakım özellikleri de bulunur. Bunun en başında, Anayasa'nın 36. maddesinde de olduğu gibi, bazı anayasal güvenceye alınmış temel hakların özel sınırlandırma sebeplerinden yoksun bırakılmış olmasıdır. Nitekim değişikliklerin bu yönü, zaman içerisinde 2001 Anayasa roformunun en fazla eleştirilen noktalarından biri hâline gelmiştir[60]. Söz konusu eksikiliğin, ispat hakkı açısından da önemli soruları beraberinde getirdiği ele alınacaktır.

Aşağıda, temel hakların sınırlandırılması için gerekli ölçütleri belirleyen Anayasa'nın 13. maddesinin unsurları dikkate alarak ispat hakkı sınırlamalarının ölçütleri her bir unsur açısından ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeler ispat hakkı ile ilgili iki önemli tespitin gün ışığına çıkmasını sağlamıştır:

(i) İspat hakkının sınırlanması bakımından, Anayasal sınırlama rejiminin benimsemiş olduğu -*ve yukarıda sayılan*- ölçütlerin bir kısmı ispat hakkı açısından bazı tartışmalara sebep olabilecek niteliktedir. Anayasal sınırlama sebeplerinin, hak arama özgürlüğünü ve âdil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesi çerçevesinde ayrıca ve başlı başına bugüne kadar incelenmemiş olması, konuyla ilgili pek çok tartışmanın ilk olarak bu çalışma kapsamında yapılmasına sebep olmuştur. Aşağıda her bir unsur üzerinde durulurken inceleneceği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin de bugüne kadarki içtihatları yolumuzu aydınlatacak nitelikte bir istikrar arzetmemektedir. Bu hâliyle ispat hakkının sınırlanması, önemli bir sorundur ve beraberinde birtakım kritik tartışmaları da getirmektedir.

(ii) Aşağıda tek tek unsurlar incelendikten sonra ortaya çıkacağı üzere, bugün kanunla bile olsa ispat hakkının sınırlanması çok kolay bir mesele değildir. Anaysa'nın 2001 değişikliği ile birlikte benimsemiş olduğu -temel haklara ve özgürlüklere yapılacak sınırlamaları güçleştiren- *temel hakları koruyucu kadameli sistem* bugün herhangi bir temel hakkın olduğu gibi Anayasa'nın 36. maddesine yapılacak bir müdahâle ile ispat hakkının sınırlanmasını da son derece güçleştirmektedir.

[60] Bu durum, değişikliğin yeterince hazırlık yapılmadan gerçekleştirildiği; konuyla ilgili öneri ve görüşlerin dikkate alınmadan kanunlaştırma faaliyetinin tamamlandığı; bu durumun, ciddi birtakım anayasal sorunları beraberinde getirdiği gibi eleştiriler yapılmasına sebebiyet vermiştir. Bu konuda bkz. İbrahim Kaboğlu, "2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye", **AYD,** S. 19, 2002, (Ulusal-üstü Etki), ss. 108-109; F. Sağlam, ss. 288-289.

Böylece ispat hakkına kanun ile yapılan bir müdahâle, getirilen bir istisna sırf kanunkoyucu tarafından kabul edilmiş olduğu için tek başına yapılan müdahâlenin Anayasa'ya uygunluğunu göstermez[61]. Bir sınırlamanın kanunla düzenlenmiş olması, belki sınırlama rejiminin -*şeklî açıdan*- en sorunsuz, temel özelliklerinden sadece birisidir. Aynı zamanda kanunla getirilen sınırlamaların mutlaka diğer ölçütleri de karşılamış olması[62], ispat hakkına yapılan bir müdahâleyi ancak meşru kılabilecektir.

B. İspat Hakkı Sınırlamalarının Sınırlama Rejiminden Kaynaklanan Bazı Özellikleri (*İspat Hakkının Asıl, Sınırlamanın İstisna Olması İlkesi*)

Konuya ilişkin özel sınırlandırma ölçütlerine geçmeden önce, yine ispat hakkının *temel bir hak* olması sebebiyle, sınırlandırma rejiminin sahip olduğu birtakım ilkelere değinmek gerekir[63]. Sınırlandırma rejiminde önem kazanan ilkelerden başlıcası, temel bir hak olması sebebiyle *ispat hakkının, asıl; sınırlamanın ise, istisna* olacağıdır[64]. Bu durum anayasa hukuku öğretisinin temel haklar konusunda benimsediği en önemli ilkelerden birisidir. *İspat hakkının, asıl; sınırlamanın ise, istisna olmasına* bağlanan önemli sonuçlar olacaktır[65]:

(i) Her temel hakta olduğu gibi ispat hakkının da çok sayıda sınırlama ile müdahâleye uğraması, bu hakkı kullanılamaz hâle getirir. Bir temel hakka getirilen sınırlamalar genel ve özel sınırlama sebeplerini karşılasa dahi, bir hakkın kullanımına getirilen istinaların o hakkı nihâyetinde kullanılamaz duruma getirmesi de "*özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna*" olması ilkesine ters düşer[66]. *"In dubio pro libertate",* bu ilkeye göre, tereddüt hâlinde temel hakların, tüm etki ola-

---

61 Örneğin daha önceki bir çalışmamızda -*henüz Hukuk Usûlü Muhakemeleri yürürlükte iken ve ispat hakkı açık bir kanunî düzenleme ile Kanunumuzda yer almamışken- ispat hakkını daraltan/sınırlandıran* delil sözleşmelerinin geçerli olmayacağı belirtilmiştir. Öğretide ise, Kanun'da açıkça delil sözleşmesinin düzenlenmiş olması sebebiyle, -*ispat hakkını daraltan delil sözleşmelerinin geçersiz olacağı yönündeki*- böyle bir görüşün ["HMK m. 193/2 karşısında bu görüşe katılmak zordur. Aksi halde kanun koyucunun delil sözleşmesine hiç izin vermemesi gerekirdi." gerekçesiyle] geçerli olamayacağı ifade edilmiştir (bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, **HMK'nın Zaman Bakımından Uygulanması,** Yetkin, Ankara 2013, s. 243, dn. 533). Oysaki anayasal sınırlama rejimine göre ispat hakkına getirilen bir sınırlamanın kanunî, normatif düzenlemesinin bulunması, yapılan müdahâleyi tek başına meşru kılmaya yeterli değildir. Dolayısıyla ispat hakkını sınırlandıran delil sözleşmelerinin akdedilmesini yasaklamamış olan bir kanunî düzenlemenin (*kanunîlik ilkesinin karşılanmış olması*), anayasal meşruiyeti tek başına sağlamamaktadır. İspat hakkını daraltan delil sözleşmeleri, hakkın özünün sınırlanması bakımından hukuka aykırılıklar taşır. Bu konu ileride ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 22.

62 Yapılan bu müdahâlenîn ayrıca aşağıdaki başlıklarda (bkz. III, IV, V, VI, VII) açıklanmış olan koşulları da sağlaması gerekir.

63 İspat hakkının uygulanması konusunda başvurulması gereken yorum yöntemleri konusunda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 4, II.

64 Bu konuda bkz. Gözler, Anayasa Hukuku, s. 547; Kapani, s. 233.

65 Bu konuda bkz. Gözler, Anayasa Hukuku, ss. 547-548.

66 Gözler, Anayasa Hukuku, s. 547.

naklarını ortaya koyabilecekleri yani yayabilecekleri şeklinde yorumlanmaları gerekir[67].

(ii) Bu ilkeye bağlı olarak sınırlamanın mutlaka *ayrıca* ve *açıkça* yapılması gerekir[68]. Dolayısıyla ispat hakkına getirilen sınırlamaların -*özel sınırlama sebebi (Ay m. 13) gereği*- zaten kanun ile yapılması gereklidir; ancak bu sınırlamanın da *ayrıca* ve *açıkça* düzenlenmesi gerekecektir.

(iii) Şayet ispat hakkının kapsamı veya sınırlanması konusunda bir tereddüt yaşanırsa, *hakkın varlığı geniş, sınırlamanın ise dar yoruma tâbi tutulması gerekir*[69]. Böylece -*açıkça bir düzenleme/kural yer almasa da*- temel ilke, ispat hakkının karine olarak varlığıdır[70].

Bu temel ilkeler her zaman ispat hakkı sınırlamalarında uyulması gereken başlıca prensipler olmalıdır. Bu durum ispat hakkının "*temel hak*" kriterinden kaynaklanır. Bunun ötesinde ise aşağıda üzerinde duracağımız şartların *tümü* olmaksızın ispat hakkına müdahâlede bulunulması, bu müdahâleyi Anayasa'ya aykırı hale getirecektir.

Sonuç olarak ve özetle, normatif hukukî temelini Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesinde bulan ispat hakkının kaynağını teşkil eden Anayasa'nın 36. maddesine göre herkes serbestçe ispat hakkını kullanma özgürlüğüne sahiptir. Bu anlamda ispat hakkı *asıl*, ispat hakkına getirilecek sınırlamalar, yapılacak müdahâleler ise *istisnaî* nitelikte olmalıdır. Bu sebeple de, her temel hak ve özgürlükte olduğu gibi *ispat hakkı* da kamu gücü tarafından yalnızca Anayasa'da belirtilen nedenlerle sınırlanabilir. İspat hakkına yönelik her türlü müdahâle anayasal meşruluğa sahip olmak zorundadır[71]. İspat hakkına, Anayasa tarafından yasaklanan bir amaç için yapılan bir müdahâle de hukuka aykırı olacaktır[72]. Bu temel ilkeleri konunun çekirdeğine alarak Anayasa'nın 13. maddesinde temel hakların sınrılandırılması için gerekli unsurları tek tek ispat hakkı üzerinde uygulamak gerekir.

---

67 Sancar, s. 15; Mithat Sancar, **Temel Hakların Yorumu** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1995, s. 325 vd.; Rona Serozan, "Hukukta Yöntem", **Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan,** Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı, S. 8, C. 3, 2013, (Hukukta Yöntem), s. 2427.

68 Gözler, Anayasa Hukuku, s. 547.

69 Bu konuda bkz. Gözler, Anayasa Hukuku, s. 547.

70 Gözler, Anayasa Hukuku, s. 547. Ayrıca hukukî güvenlik ilkesi gereğince ispat hakkı temelli yorum yönteminin ispat hakkının uygulanmasında başvurulması gerekir. Bu konuya ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, I, B, 3, c, ee.

71 Temel haklar konusundaki bu zorunluluklar hakkında bkz. Metin, Ölçülülük İlkesi, s. 23.

72 Metin, Ölçülülük İlkesi, s. 23.

C. Karşılaştırmalı Hukukta Temel Hakların Sınırlanması Rejiminden Örnekler ve İspat Hakkı Bakımından Temel Esasları ile Değerlendirilmesi

Sınırlama rejimine ilişkin ölçütlerin tek tek ispat hakkı üzerinde somutlaştırılmasına ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce, bir parantez açarak inceleme yöntemimizi de etkileyen bir konuya değinilmesinde fayda bulunur. Bu çalışmanın diğer bölümlerinde mümkün olduğunca, gerektiği ölçüde karşılaştırmalı hukuktaki kurumların, kuralların içeriğine ve Türk hukukunda ispat hakkının gelişimi açısından yabancı hukuk sistemlerinden ne tür kazanımlar çıkarılabileceği üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Benzer bir karşılaştırma özellikle temel hakların sınırlama rejimi konusunda da büyük önem arzeder. Zira ispat hakkının içeriğinin belirlenmesi kadar hangi ölçüde, nereye kadar, hangi gerekçelerle hakka müdahâlelerde bulunabileceği, hakkın sınırlandıralabileceği önemlidir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, günümüzde temel hakların gelişiminin ulaştığı noktada temel hakların uygulanması ve sınırlanması konusunda, evrensel bazı ölçütler kabul edilir. Bu durum demokratikleşmenin ve küreselleşmenin etkisidir. Sınırlama rejiminin ispat hakkı açısından değerlendirilmesi noktasında ise, incelememiz karşılaştırmalı hukuka *doğrudan doğruya* başvurmayı güçleştirir. Bunun temel sebebi ise, ispat hakkının dayanağını oluşturan *hak arama özgürlüğü* ve *âdil yargılanma hakkı*nın farklı hukuk sistemlerinin Anayasalarında düzenleniş yeri ile ilgilidir.

İspat hakkının hukukî temelleri konusunda açıkladığımız üzere, hukuk sistemlerinde hakkın dayanağı konusunda farklı görüşler bulunur. Bu hukukî dayanaklar açısından İsviçre hukukunda *genel eşitlik ilkesi* ile *hukukî dinlenilme* ve *âdil yargılanma hakkı*; Alman hukukunda *hukuk devleti ilkesi, hak arama özgürlüğü* ve *âdil yargılanma hakkı* bulunur[73]. Genel eşitlik ilkesi, yargısal prosedürde *silâhların eşitliği ilkesi*ne dönüştüğünden; silâhların eşitliği ilkesi ile hukukî dinlenilme hakkının da *âdil yargılanma hakkının* birer parçası olması sebebiyle kanaatimizce de, ispat hakkının temeli *âdil yargılanma hakkına* ve elbette Alman hukukunda da belirtildiği üzere, *hak arama özgürlüğüne* dayanır. Bu durumda ise, sınırlama getirilecek bu temel hakkın/hakların Anayasalarda düzenleniş yerini ve tâbi olduğu sınırlama ölçütlerini belirlemek gerekir.

[73] Bu konuda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 3.

Türk hukukunda Anayasa'nın 36. maddesi hem *hak arama özgürlüğü*nü hem de *âdil yargılanma hakkı*nı düzenlemektedir. Anayasa'nın 36. maddesi, Anayasa'nın sistematiği içerisinde İkinci Kısım, İkinci Bölüm'de "*Kişinin Hakları ve Ödevleri*" başlığını taşıyan 17 ilâ 40. maddeler arasında yer almaktadır. Dolayısıyla sistematik olarak hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. madde diğer temel haklarla birlikte düzenlenmiştir. Bu anlamda *hak arama özgürlüğünün*, kişinin temel hakları arasında belirtilen bir *temel hak* olduğu ve sınırlama rejimi olarak da Anayasa'nın 13. maddesine tâbi olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır[74].

Buna karşılık Anayasamız'da âdil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğünü karşılayan 36. maddenin, özellikle Federal Almanya Anayasası'nda düzenleniş yeri ve tâbi olduğu sınırlama rejimi Türk hukukundan önemli derecede ayrılmaktadır. Alman hukukunda hak arama özgürlüğünü karşılayan *hukukî koruma talebi hakkı (Justizgewährungsanspruch)*, *"Temel Haklar (die Grundrechte)"* başlığını taşıyan Anayasa'nın 1 ila 18. maddeleri arasında değil[75]; *"Yargı (die Rechtsprechung)"* başlığı altında ayrı bir maddede düzenlenmiştir. Ayrıca öğreti ve mahkeme içtihat-

---

[74] Hak arama özgürlüğünün, diğer temel haklar birlikte kişinin hakları kapsamında düzenlendiği ve Anayasa'nın 13. maddesine tâbi olduğu konusunda bkz. Bozkurt, ss. 134-142 [*Aynı çalışma ayrıca* Hukuk Gündemi ss. 144-153'de yayımlanmıştır]; Tijen Dündar Sezer, "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", **AHD,** S. 5, C. 3, 2014, ss. 375-411; Ozan Ergül, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (10 Ocak-14 Ocak 2012),** C. I, ss. 190-200; Fendoğlu, 2001 Anayasa Değişikliği, ss. 111-149; Giritli, ss. 90-91; Levent Gönenç, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (10 Ocak-14 Ocak 2012),** C. I, ss. 201-206; Gözler, Ay. m. 13, ss. 53-67; Y. Metin Özdemir, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası'nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması", **AHD,** S. 5, C. 3, 2014, ss. 413-442; F. Sağlam, ss. 288-310; Sağlam, 2001 Anayasa Değişiklikleri, ss. 233-266; Necmi Yüzbaşıoğlu, "Türk Anayasa'sının Avrupa Anayasası'na Uyum Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme", **AYD,** S. 22, 2005, (Uyum Sorunu), ss. 342-349. Ayrıca bkz. B. Kaya, ss. 38-40.
Tanör/ Yüzbaşıoğlu, hak arama özgürlüğünü "*Koru[n]ma Hakları*" şeklinde ayrı bir kategori altında incelemektedir. Ancak Yazarlar, hak arama özgürlüğünün kişinin temel hakları arasında düzenlendiğini, bu anlamda bu temel haklar arasında yer aldığını ve 13. maddeye tâbi olarak sınırlanabileceğini sadece kategorik açıdan daha faydalı bir sınıflandırma olacağı için bu hakkın ana başlığını *koru(n)ma hakları* şeklinde tasnife tâbi tuttuklarını özellikle belirtmektedir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 203).

[75] "(1) Bu Anayasaya göre, bir temel hakkın bir yasayla veya bir yasaya dayanarak sınırlandırılması halinde, bu yasanın olaya sınırlı olmayıp genel nitelikte olması şarttır.
(2) Bir temel hakkın özüne hiçbir sebeple dokunulamaz.
(3) Yerli tüzel kişiler de, nitelikleri gereği uygulanabildiği ölçüde temel haklardan yararlanırlar. (4) Bir kamu erki tarafından hakları ihlâl edilmiş olan herhangi bir şahsa yargı yolu açıktır. Diğer yargı yolların yetki ve görevleri saklı olmak üzere, adli yargı yolu izlenir. Onuncu maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmü saklıdır." Federal Almanya Anayasası m. 19 (Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) (http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf). Hükmün Almanca, orjinal metni için bkz. https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01/245122

larında da, hukukî koruma talebi hakkı bir *temel hak (Grundrecht)* olarak nitelendirilmemekte, *temel hakka özdeş bir hak, temel hak benzeri (grundrechtsgleichen Recht)* olarak nitelendirilmektedir[76]. Federal Alman Anayasası'nın 19. maddesi de *"Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü"* başlığını taşımaktadır ve ilk 18 maddede belirtilen temel hakların sınırlama rejiminin temel ölçütlerini belirtmektedir. Dolayısıyla Türk Anayasası'nın *hak arama özgürlüğünü* temel haklar arasında, kişinin diğer temel hakları ile birlikte düzenlemiş olması ve 36. maddenin sınırlama ölçütlerini doğrudan doğruya 13. maddeye bağlamış olması yönlerinden, hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda Alman hukukundan oldukça farklılaşmıştır.

İsviçre Anayasası ise, Türk hukukundaki anayasal kısıtlama rejimine daha fazla benzerlik gösterir ve ispat hakkının hukukî temelini oluşturan hak arama özgürlüğü T.C. Anayasası'nda olduğu gibi temel haklar arasında düzenlenmiştir. Zira İsviçre Federal Anayasası'nın *"Temel Haklar (Grundrechte)"* başlığını taşıyan 1. bölümünde 7 ilâ 34. maddeleri arasında temel haklar sayılmış ve 36. maddede temel hakların sınırlama rejimine yer verilmiştir[77]. Bu düzenlemeler arasında hak arama özgürlüğünü ve âdil yargılanma hakkını karşılayan hükümler de, Anayasa'nın 29[78], 29a[79] ve 30[80]. maddelerinde düzenlenmiştir. Sınırlama rejimine ilişkin *"Einschränkungen von Grundrechten"* başlığını taşıyan 36. madde de, sınırlama ölçütleri olarak (*i*) *kanunîlik ilkesini (gesetzliche Grundlage), (ii) özel sebeplere bağlı sınırlama ilkesini (kamu yararı [öffentliches Interesse] ve diğer temel haklarla çatışma [Schutz von Grundrechten Dritter] sebeplerine bağlı olarak), (iii) orantılılık ilkesini (Verhältnismässigkeit) ve (iv) hakkın özü (Kerngehalt der Grundrechte) ilkesini* benimsemiş-

---

[76] Bu konuda bkz. Winfried Hassemer, "Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)", **AYD,** S. 21, 2004, s. 172; Schmidt Bleibtreu ve Klein, GG Art. 103, Rn. 1; Zuck, s. 85.

[77] Bu konuda bkz. https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/isvicre.pdf (Erişim tarihi, 14.9.2015). Resmî ve orjinal dildeki versiyonu için bkz. https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html#a8 (Erişim tarihi, 14.9.2015).

[78] Anayasa'nın 29. maddesi "*Genel Yargılama Güvenceleri*" (*Allgemeine Verfahrensgarantien*) başlığını taşımakta ve adil yargılanma hakkının temel unsurlarını düzenlemektedir. Bu kapsamda yargılamaların âdil şekilde görülmesi, yargısal eşitlik kuralı, usûl ekonomisi ilkesi, hukukî dinlenilme hakkı, adlî yardım gibi temel unsurlar güvence altına alınmıştır (SchBV Art. 29).

[79] Anayasa'nın 29a. maddesi "*Hak Arama Garantisi*" (*Rechtsweggarantie*) başlığını taşımakta ve temel olarak herkesin hakkını aramak için hukukî yollara başvuru imkânına sahip olduğunu düzenlemektedir (SchBV Art. 29a)

[80] Anayasa'nın 30. maddesi "*Adlî Yargılama*" (*Gerichtliche Verfahren*) başlığını taşımakta ve âdil yargılanma hakkının digger bazı unsurlarını (*kanunî hakim güvencesi, alenî yargılanma hakkı gibi*) düzenlemektedir (SchBV Art. 30).

tir[81]. Bu yönden İsviçre hukuku ile Türk hukukundaki anayasal sınırlama rejimleri benzer görünmektedir. Ne var ki, özellikle temel hakların *sadece* kamu yararı ve diğer temel haklarla çatışması sebebine bağlı sınırlama ölçütü, Türk hukuku bakımından önemli farklılıklar oluşmasına sebep olur.

Diğer yandan Anayasamız'ın 13. maddesi ile -*özellikle 2001 Anayasa değişikliklerinden sonra*- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sınırlama ölçütleri arasında büyük oranda benzerlikler bulunmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin 2000'li yıllardan itibaren ve özellikle bireysel başvuru yolunun kabulünden sonra önemli oranda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukunu takip etme yönündeki çabası, sınırlama rejiminiin yorumlanmasında da sistemi Avrupa Birliği'ne uyumlu hâle getirmeye katkı sağlamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sınırlama ölçütleri de (*i*) temel haklara ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların *kanunla,* (*ii*) ilgili maddelerde belirtilen *meşru sebeplerle,* (*iii*) *demokratik toplum gerekliliklerine* uygun şekilde yapılacağı kabul edilmektedir[82].

Bu başlık altında son olarak üzerinde durmak istediğimiz husus, yine konunun incelenmesi yöntemi ile ilişkilidir. Hukuk sistemimizde temel hakların sınırlandırılması konusunda azımsanmayacak miktarda bilimsel eser bulunmasına rağmen, özel olarak *hak arama özgürlüğünün sınırlanması* konusu bugüne kadar hakettiği değeri görememiştir[83]. Hak arama özgürlüğünün medenî yargılama hukuku bakımından anayasal sınırlama ölçütlerinin, sınırlanmasının sadece tek bir makale çalışmasında -*gider avansı çerçevesinde ve özellikle ölçülülük ilkesi kapsamında*-[84]

---

81 SchBV 36.

82 ***Eren,*** s. 66. Genel olarak Sözleşme'de kabul edilen sınırlama ölçütlerinin uygulanması, yorumlanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Y. Aria, "The System of Restrictions", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Edt. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn ve L. Zwaak, 4. Bası, Intersentia, Antwerpen 2006, ss. 333-350.
Ayrıca söz konusu sınırlama ölçütlerinin her bir madde bakımından yorumlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Harris ve diğerleri, ss. 39 vd.; Mowbray, ss. 64 vd.

83 Doğrudan doğruya hak arama özgülüğünü konu alan ancak hakkın *sınırlamaları*ndan söz etmeyen iki yükseklisans çalışması için bkz. Onur Çetin, **Hak Arama Hürriyeti** (Dokuz Eylül Üniv., SBE, Kamu Hukuku, Yayımlanmamış YL Tezi), İzmir 2007; Hasan Güngörmüş, **Ceza Yargılamasında Hak Arama Özgürlüğü** (Polis Akademisi Başkanlığı, Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Suç Araştırmalı Anabilim Dalı, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı), 2010.

84 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen gider avansının, Anayasa'nın 36. Maddesinin sınırlama ölçütleri çerçevesinde ve özellikle ölçülülük ilkesi kapsamında ayrıntılı şekilde değerlendirildiği; aynı zamanda hak arama özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların dolaylı olarak temel esasları ile incelendiği bir çalışma için bkz. Evren Kılıçoğlu, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Gider Avansına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Değerlendirmeler", **Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi,** S. 99-100, Kasım-Aralık/2012, (Gider Avansı), ss. 43-126 (*özellikle* ss. 60-63). Bunun yanısıra yine gider

haricinde incelendiğine rastlanılamamıştır. Hak arama özgürlüğünün sınırlanması konusundaki bu eksiklik, şüphesiz ki ispat hakkının sınırlanması konusuna da sirayet etmektedir. Aşağıdaki değerlendirmelerin bu çerçevede ele alınmasında fayda bulunduğu kanaatindeyiz.

II. KANUNÎLIK İLKESİ

Anayasa'nın 13. maddesi, temel hakların ve özgürlüklerin "*ancak kanunla*" sınırlanabileceğini belirtmiştir[85]. Bu koşul aynı zamanda pek çok anayasada ve uluslararası sözleşmede temel hakların ve özgürlüklerin kısıtlanması konusunda temel alınan bir ölçüttür[86] ve sınırlamanın sadece *yasama organı* tarafından *kanun* ile gerçekleştirilebilmesinin pek çok amacı ve yararı bulunur[87]. Elbette bu amaçlar içerisinde temel hakların ve özgürlüklerin yürütme organına karşı korunması da sağlanmış olur[88]. Bunun yanısıra kanun genel bir işlemdir ve toplumda yaşayan herkes tarafından ulaşılması kolaydır. Bu çerçevede kanunların açık, seçik ve herkesçe ulaşılabilir olması, demokratik hukuk devletilerinde hukukî güvenliğin temin ve tesisinde rol oynar; temel hakların ve özgürlüklerin etkin bir şekilde uygulanabileceği uygun ortamı hazırlar[89]. Bu gereklilik, yani sınırlamanın ancak kanunla ve kişilerin rahatlıkla erişebileceği bir kanun ile getirilmiş olması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde de temel bir gerekliliktir[90, 91].

---

avansı konusu "*gider avansının hak arama hürriyeti ile ilişkisi*" başlığı altında başka bir çalışmada daha incelenmiştir; ancak bu çalışmada sınırlama rejimi üzerinde durulmamış, konunun *sosyal devlet* ve *hukuk devleti ile* fakat incelenmiştir. Bu çalışma için bkz. Mustafa Serdar Özbek, **Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı,** Yetkin, Ankara 2013, ss. 157-160.

85 Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan kanun ile düzenleme koşulu, 1961 Anayasası'nda da "*ancak kanunla*" şeklinde düzenlenmişken, 1982 Anayasası'nda *ancak* edadı 13. maddeye alınmamıştı. 2001 Anayasa değişikliğinde ise, 13. madde kapsamına tekrar *ancak* adadı alınmış; böylece temel hakların ve özgürlüklerin *ancak kanunla* sınırlanabileceği şeklinde madde revize edilmiştir. Bu şekilde bir vurgulamanın 2001 Anayasa değişikliği ile tekrar gündeme gelmesinin sebebi olarak temel hakların sınırlanması konusundaki yetkinin demokratik ve temsilî bir organ olan yasama organı tarafından gerçekleştirilmesinin önemine dikkat çekmek için tekrar madde metnine dâhil edildiği ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, ss. 148-149.

86 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından da *kanunla sınırlama* ölçütünün, sınırlama sistemindeki anlamı ve önemi hakkında genel değerlendirmeler için bkz. Arai, ss. 336-339.

87 Gözler, Anayasa Hukuku, ss. 548-549. Ayrıca bkz. Aydın, ss. 107-108.

88 Eren, ss. 66-67; Gözler, Anayasa Hukuku, s. 549.

89 Eren, ss. 66-67; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 148. İspat kurallarının açık, anlaşılır, kesin ifadelerle normatif düzenlemelerde yer alması gereği aynı zamanda ispat hakkına gerçek bir koruma sağlarken, diğer yandan da demokratik hukuk devletinde hukukî güvenliği sağlar. Bu konu ile ilgili açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, I, B, 2, aa.

90 Eren, s. 69; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 148. Kanunların açık, ulaşılabilir ve kesin olması ile ispat hakkı arasındaki -*hukukî güvenlik ilkesi çerçevesindeki*- ilişki bakımından değerlendirmelerimiz için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, I, B, 2, a.

Bu kapsamda ispat hakkına sınırlama getirebilecek herhangi bir hukukî düzenlemenin mutlaka -aranan diğer koşullarla birlikte- kanundan kaynaklanması gerekir. Tüzük, yönetmelik vb. düzenleyici işlemlerle tarafların yargılama sürecinde sahip olacakları ispat ve açıklama hakkı ve bununla bağlantılı bilgilenme, dikkate alınma, karara etki edebilme hakkı, âdil delil sunma hakkını herhangi şekilde sınırlandıracak bir hukukî düzenleme Anayasa'ya aykırı olacaktır[92]. Bu anlamda kanundan kaynaklanmayan ancak kişilerin ispat ve açıklama hakkını etkin kullanmasına engel olacak bir sınırlamanın Anayasa'ya aykırılığı sebebiyle kişilerin hukukî yollara başvurma imkânı bulunacaktır.

İspat hakkını doğrudan etkileyen bu duruma, esasında yıllar önce *Konuralp* tarafından dikkat çekilmişti[93]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesine ilişkin bir düzenleme Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda yer almamaktaydı. Dolayısıyla özellikle soybağı davalarında kişiden kan ve doku nakli alınabilmesine izin veren herhangi bir kanunî düzenleme hukuk sistemimizde yer almamaktaydı. *Konuralp* tarafından medenî yargıya ilişkin davalarda karşı taraftan kan ve doku nakli alınması konusundaki eksikliğin, Anayasa'nın 17. maddesi gereğince müdahâlenin kanunla yapılması gereğine aykırılık oluşturduğuna dikkat çekilmişti[94]. Bu durum, gelişen teknolojiye ispat kurallarının yetersiz kaldığı ve bu yönüyle ispatın zorlanan sınırlarından biri olarak nitelendirilmişti. Şüphesiz ki, ispat hakkına hizmet eden, ancak kişinin vücut bütünlüğüne müdahâle oluşturan bu imkân daha sonradan açık bir şekilde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinde düzenlenmemiş olsaydı, bu müdahâle Anayasa'ya aykırılık teşkil edecek ve ispat hakkı, sahibine tam bir güvence sağlayamamış olacaktı. Bu, özellikle soybağı davalarında iddiasını ispat etmek isteyen taraf için uyuşmazlık ile ispat araçları arasında bir engel oluşturmuş olacak ve ispat hakkı ihlâl edilmiş olacaktı. Bu sebeple kanunîlik ölçütü sadece ispat hakkı

Konunun özel hayatın korunmasına ilişkin AİHS m. 8 çerçevesinde ele alınan açıklamalarımız için bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 15, I, C.

91 Gerek Anayasa Mahkemesi'nin, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu yöndeki içtihatları ve değerlendirilmeleri hakkında bkz. Eren, ss. 69-72.

92 Anayasa'nın 13. maddesinin gerekçesinde, maddedeki *kanun* ile şeklî anlamda kanunun kastedildiği şu ifadelerler belirtilmektedir: "*... yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve hürriyetlerin sınırlanamayacağı*" (Eren, s. 68). İdarî düzenleyici işlemler bakımından yeterince *açık* ve *somut olmayan*, kanunda öngörülenin dışında idareye yeni bir sınırlama getirme olanağı tanıyan işlemler, kanunla düzenlenme ölçütünü ihlâl etmiş olurlar (Eren, s. 70).

93 Konuralp, İspatın Zorlanan Sınırları, ss. 102-107.

94 Konuralp, İspatın Zorlanan Sınırları, s. 104.

sınırlamaları açısından değil, aynı zamanda ispat hakkına hizmet etmek üzere diğer anayasal temel haklara müdahâleyi gerektiren durumlar için de geçerlidir.

Konuya ilişkin bir başka örneği, ispat hakkı ihlâline sebebiyet veren bir düzenleme olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanması ile ilgili göstermek mümkündür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120. maddesinde Adalet Bakanlığınca gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarın, davacı tarafından dava açarken mahkeme veznesine yatırılması zorunluluğu öngörülmüştür (HMK m. 120/1). Dolayısıyla maddede sadece Adalet Bakanlığınca bir gider avansı tarifesi (*düzenleyici idarî işlem*) çıkarılacağı ve tarifede dava açılırken davacının yatırması gereken tutarın belirleneceği belirtilmiştir[95]. Buradaki temel sorun, kanunkoyucunun hak arama özgürlüğüne müdahâlede bulunarak ispat hakkını da etkileyici şekilde *gider avansı*nın içeriğine nelerin dâhil olacağını, ne tür masrafların ne kadar alınacağını belirlemeden olduğu gibi takdir yetkisini yürütme organına vermiş olmasıdır. Konunun ispat hakkı açısından da tartışmalı yönleri bulunduğundan ayrıca ilerleyen bölümlerde gider avansı meselesi ele alınacaktır[96]; ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120. maddesinin *sınırlamayı kanun ile getirmemiş* olmasından kaynaklı olarak kanunîlik ilkesinin ihlâl edildiği açıktır[97]. Yine bir başka örneği, kan ve doku nakli alınabilmesinin medenî yargıda görülen diğer dava türleri açısından da geçerli olup olmayacağına ilişkin -*öğretideki bir tartışmadan*- göstermek mümkündür. Bu konu ileride ayrıntısıyla -*özellikle kanunîlik ilkesi kapsamında*- açıklanacağından sadece sorunu belirtip atıf yapmakla yetiniyoruz[98].

Sonuç olarak ve özetle, Anayasa'nın 13. maddesi gereğince ve "*ispat hakkının asıl, sınırlamanın istisna olması*" ilkesi uyarınca ispat hakkına getirilecek herbir sınırlamanın kanunda açıkça öngörülmesi gerekir. İspat hakkının temel haklarla çatışması sebebiyle sınırlandırılması hâlinde de, ispat hakkına getirilen her sınırlamanın yine kanunî dayanağı bulunmalıdır. Aynı zamanda ispat hakkı uğruna müdahâlede bulunulacak hak, temel bir hak ise bu hakka müdahâle edecek durumun da yine kanunla düzenlenmesi gerekir. Bu gerekliliklere uyulmadığı takdirde, yapılan müdahâle Anayasa'ya aykırılık sorununu gündeme getirecektir.

---

95 Kılıçoğlu, Gider Avansı, s. 56.
96 Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 25.
97 Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Kılıçoğlu, Gider Avansı, ss. 55-60.
98 Bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 15, I, C, 1, c.

III. ÖZEL SINIRLAMA SEBEBİNİN VARLIĞI (SORUNU)

A. Sorunun Tespiti ve Görüşler

1. Sorunun Tespiti

Daha önce de ifade edildiği üzere, 2001 Anayasa değişikliği ile birlikte temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması *sadece* ilgili maddelerde belirtilen sınırlandırma sebeplerine inhisâr ettirilmiş, bunun dışında genel sınırlama sebepleri tamamen kaldırılmıştır. Örneğin konut dokunulmazlığı hakkına yapılacak bir sınırlandırma ancak Anayasa'nın 21. maddesinin, 1. fıkrasının, 2. cümlesinde sayılan sebeplerle; haberleşme hürriyetine yapılacak bir sınırlandırma sadece Anayasa'nın 22. maddesinin, 2. fıkrasında sayılan sebeplerle; seyehat hürriyetine yapılacak bir sınırlandırma da yalnızca Anayasa'nın 23. maddesinin, 3. fıkrasında belirtilen sebeplere dayandırılabilecektir. Her bir temel hakkın ilgili olduğu maddedeki özel sınırlandırma sebeplerinden birinin bulunmaması hâlinde, o temel hakka başka herhangi bir sebeple sınırlandırma getirilemeyecektir. Nitekim 2001 Anayasa değişikliklerinin temelinde yatan düşünce de, zaten temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarına ilişkindir.

İspat hakkının da hukukî temelini oluşturan hak arama özgürlüğüne ilişkin Anayasa'nın 36. maddesi ise, hiçbir sınırlandırma sebebi öngörmemektedir. Anayasa'nın 36. maddesi sadece hak arama özgürlüğünü tanımakta, ek olarak herhangi bir sınırlandırmadan bahsetmemektedir. Anayasa'nın 36. maddesi tekrar hatırlanacak olursa:

> "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.
>
> Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz." (Ay m. 36)

Bu durum temelini hak arama özgürlüğüne dayandıran ispat hakkının, hangi sebeplere binaen sınırlanabileceği sorununu gündeme getirir. Örneğin İsviçre Federal Anayasası'nda temel haklar için sadece iki tane genel sınırlama sebebi öngörülmüştür: Kamu menfaati ve temel hak çatışması (SchBV Art. 36). Bu şekilde herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmeyen Anayasa'nın 36. maddesinin sınırlandırılması, -*Anayasa'nın 13. maddesi karşısında*- söz konusu olamayacak mıdır?

Özellikle dikkat çekilmesi gerekir ki, Anayasa'nın 36. maddesinde özel sınırlama sebebine yer verilmemesinin yargısal temel haklara ilişkin yarattığı sorun esasında çift yönlüdür. Zira düzenleme şuan için hem *hak arama özgürlüğü* hem de *âdil yargılanma hakkı* bakımından sınırsız bir hâle dönüşmüştür. Bu yargısal temel hakların birbirinden farklı niteliklere ve içeriklere sahip olduğu şüphesizdir. *Hak arama özgürlüğü* başlığını taşıyan bu hükme âdil yargılanma hakkının eklenmesi de yine 2001 Anayasa değişikliği ile gerçekleşmiştir[99]. Böylece her ne kadar madde başlığı sadece "*Hak Arama Hürriyeti*" şeklinde belirlenmişse de, 36. madde aynı zamanda *âdil yargılanma hakkı*nı da uygulama alanına almaktadır. Bu durumun yarattığı en önemli sonuçlardan birisi, Anayasa'da özel sınırlama sebebi öngörülmeyen 36. maddenin uygulama alanına sadece hak arama özgürlüğünün girmemesi, aynı zamanda âdil yargılanma hakkının da dâhil olmasıdır. Böylece âdil yargılanma hakkına getirilecek her bir sınırlamanın da, yine -*özel sınırlama sebebinin eksikliği sebebiyle*- Anayasa'ya aykırılığı gündeme gelebilecektir[100]. Bu durumda âdil yargılanma hakkının hangi ölçütler çerçevesinde sınırlanabileceği konusundaki değerlendirmelerimize aşağıda yer verilecektir.

2. Öğreti Görüşleri

Hak arama özgürlüğüne ilişkin Anayasa'nın 36. maddesinin hiçbir özel sınırlama sebebi getirmiyor olması ve Anayasa'nın 13. maddesinin de temel hakların ve özgürlüklerin ancak ilgili maddelerdeki *özel sınırlama sebepleri* çerçevesinde sınırlanabileceğinin kabul edilmesi, maddenin yorumlanması konusunda belirsizlikler ve boşluklar oluşturmuş, öğretide çeşitli görüşlerin ortaya atılmasına sebebiyet vermiştir[101]. 2001 Anayasa değişiklikleri, sınırlamaların sınırının daraltılması konusundaki yaklaşımı ve 13. maddedeki genel sınırlama sebebinin kaldırılması yönünden çok olumlu tepkiler toplamıştır[102]. Zira genel sınırlama sebebinin varlığı, her zaman devlete temel hakka müdahâle için geniş bir uygulama alanı bırakır[103]. Bununla

---

[99] Bkz. 4709 sayılı Kanun m. 14. Bu konuda ayrıca bkz. Fendoğlu, 2001 Değişikliği, s. 119.

[100] Nitekim çeşitli kanunî düzenlemelerin, âdil yargılanma hakkının pek çok yönünü sınırlandırdığı ve bu yüzden de Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı sebebiyle yapılan bir başvuru örneği için bkz. AYM, 4.7.2013, 2012-100/84 (RG 2.8.2013, S. 28726).

[101] Bkz. bu konuda Yüzbaşıoğlu, s. 345.

[102] Bu olumlu değerlendirmeler için genel olarak bkz. Bozkurt, s. 135; Dündar Sezer, s. 377; İnceoğlu, ss. 23-24; Kaboğlu, ss. 105-107; Yüzbaşıoğlu, Uyum Yasaları, s. 31.

[103] Bozkurt, s. 135; Y.M. Özdemir, s. 417. Ayrıca temel haklar hukukunda *genel sınırlama sebebinin* sakıncaları, *özel sınırlama sebeplerinin* gerekliliği konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Korkut

birlikte Anayasa'nın önemli bazı maddelerinde sınırlama sebeplerine yer verilmemiş olması, değişikliğin yeterince hazırlık yapılmadan gerçekleştirildiği; konuyla ilgili öneri ve görüşlerin dikkate alınmadan kanunlaştırma faaliyetinin tamamlandığı; bu durumun, ciddi birtakım anayasal sorunları beraberinde getirdiği gibi eleştiriler yapılmasına sebebiyet vermiştir[104]. Nitekim zaman içerisinde Anayasa Mahkemesi'nin de konuyla ilgili farklı yönlerde içtihatlarda bulunması, eleştirilerin de etkisini artırmıştır[105]. Bugün için mevcut Anayasa'nın temel haklar konusundaki en önemli sorununun, sınırlama sebebi öngörülmeyen temel hakların sınırları konusunda olduğu yönünde genel bir kanaat mevcuttur.

İlk olarak savunulan görüş, 36. maddenin özel sınırlama sebebi öngörmemiş olması sebebiyle "*hak arama özgürlüğü*"nün hiçbir şekilde kısıtlanmasının söz konusu olamayacağı, dolayısıyla bu hak için kanunkoyucunun özellikle bir sınırlama sebebi öngörmemesinin hakka herhangi bir kanunla sınırlama getirilmesine engel olduğu yönünde olmuştur[106]. Yine benzer şekilde 2001 Anayasa değişikliği sonrasında hak arama özgürlüğünü kısıtlayan her durumun Anayasa'ya aykırılık oluşturduğu; ancak her temel hakkın bir sınırının olduğu; bunun için de biran önce Anayasa'nın 36. maddesinde değişiklik yapılarak özel sınırlama sebeplerinin düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir[107]. Bu konuda ortaya atılan en eski görüşlerden biri olan *F. Sağlam*'a göre, hak arama özgürlüğünün norm alanı dar olduğundan, bu hakka yapılacak her müdahâle, hakkın özünün kaybolmasına sebebiyet verecektir; bu sebeple hakkın norm alanının dar olması sebebiyle hak arama özgürlüğüne müdahâle edilemez[108]. Bununla birlikte özellikle 2001 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 36. maddesinin koruma alanına âdil yargılanma hakkının da dâhil edildiği dikkate alındığında, bugün için söz konusu anayasal hükmün norm alanının son derece genişlemiş olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır.

Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması,** İstanbul 2001, ss. 24-26; Y.M. Özdemir, ss. 417-420.

104 Bu konuda bkz. Kaboğlu, Ulusal-Üstü Etki, ss. 288-289.
Ayrıca 2001 Anayasa değişikliğinin süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaboğlu, ss. 105-118.

105 Bu eleştiriler için bkz. Y.M. Özdemir, s. 415.

106 Gözler, Anayasa m. 13, s. 64.

107 Köküsarı, s. 175. Yazar, her ne kadar konuya ilişkin değerlendirmeleri sadece birtakım idarî kararlara karşı kanunyoluna başvuru imkânının kaldırılmış olmasının Anayasa'nın 36. maddesi karşısında Anayasa'ya aykırı temel hak sınırlaması olması yönünden yapmışsa da, konu ile ilgili yaptığı tespitler ve öneri Anayasa'nın 36. maddesine yönelik genel nitelikte eleştiri ve önerilerdir.

108 Sağlam, Hakkın Özü, ss. 106-107.

Bu konuda ileri sürülen ikinci görüş ise, öğretide ağırlıklı olarak benimsendiği üzere birtakım anayasal temel ilkelerden ve esaslardan hareket ederek özel sınırlama sebebi öngörülmeyen hakların da sınırlanabileceği yönündedir. Bu görüşü paylaşanlar arasındaki temel görüş farklılığı ise hangi anayasal temel ilkelere dayanılarak temel hakların veya özgürlüklerin sınırlanabileceği konusundadır. *Özbudun* ve *M. Sağlam*'a göre hiçbir temel hak sınırsız kullanılamayacağı için her temel hakta olduğu gibi özel sınırlama sebebi belirtilmeyen temel haklarda da, "*işin, tabiatın doğası*" gereği sınırlamasının mümkün olabilecektir[109]. *Tanör / Yüzbaşıoğlu*'na göre, her hakkın ve özgürlüğün kendi niteliğinden doğan "*norm alanını*" çizen nesnel ve doğal sınırları vardır; bir hakkın ve özgürlüğün kullanım alanı dışına çıkan taşkınlıklar *yabancı cisim* durumundadır ve bunların hukukun koruma alanı içerisine girmesi mümkün değildir[110]. Bu görüşler karşısında ispat hakkının da, temel bir hak olarak sınırsız şekilde kullanılamayacağı; işin doğasından kaynaklanan şekilde, birtakım sınırlamalara tâbi olacağı ileri sürülebilir. Ancak bu konuya ilişkin değerlendirmelerimizi, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin içtihatlarına da değindikten sonra belirtmeyi tercih etmekteyiz.

3. Anayasa Mahkemesi İçtihatları

Anayasa Mahkemesi'nin 2001 Anayasa değişikliklerinden sonraki tarihli içtihatları konuya ilişkin kesin prensiplerin belirlenmesi açısından çok yeterli değildir. Anayasa Mahkemesi'nin özellikle önceki tarihli -2000'li yılların başındaki- içtihatları, özel sınırlama sebebi öngörmemesi sebebiyle hak arama özgürlüğüne herhangi bir kısıtlama getirilemeyeceği yönündeydi. Sonraki içtihatlarında Mahkeme görüş değiştirmekle birlikte, sınırlamanın sınırları konusunda farklı ilkelere başvurmuştur. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi bazı içtihatlarında da, hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması sorununa girmemekte, doğrudan doğruya bazı kanun maddelerini Anayasa'nın 36. maddesine aykırı bulduğu için iptal etmektedir. Bu içtihatlarında Mahkeme'nin, hiçbir şekilde Anayasa'nın 36. maddesinin sınırlanamayacağı görüşünü mü taşıdığı; yoksa söz konusu maddenin bazı koşullar altında sınırlandırılmasını

[109] M. Sağlam, 2001 Anayasa Değişiklikleri, ss. 254-255.
[110] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, ss. 120-121. Benzer yönde bir başka görüş için bkz. Fendoğlu, s. 188.

kabul etmekle birlikte, somut kanunî düzenlemelerin bu sınırı aşması sebebiyle mi iptal kararı verdiği anlaşılamamaktadır[111].

(*i*) Hak Arama Özgürlüğünün Sınırlanamayacağı Yönündeki İçtihatları: Anayasa Mahkemesi'nin önceki tarihli bazı içtihatlarında, Anayasa'nın 36. maddesinde herhangi bir sınırlama sebebi bulunmaması sebebiyle bu hakkın sınırlanamayacağı yönünde bir görüş benimsediği tespit edilmektedir[112]. Anayasa Mahkemesi yeni tarihli sayılabilecek 2010 yılında verdiği bir başka kararı da, yine Anayasa'nın 36. maddesinin özel sınırlama sebebi öngörmemesi sebebiyle hakkın sınırlandırılamayacağı yönündedir[113]. Anayasa Mahkemesi'nin aynı gerekçelerle -*Anayasa'nın 36. maddesinin özel sınırlama sebebi öngörmemesi sebebiyle*- hak arama özgürlüğünün sınırlanamayacağı yönünde farklı tarihlerde vermiş olduğu başka içtihatları daha bulunur[114]. Mahkeme'nin bu yöndeki içtihatları, sınırlama sebebi öngörmeyen anayasal temel hakların hiçbir şekilde sınırlanamayacağı, bu durumun da son derece sakıncalı sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle eleştirilmektedir[115].

(*ii*) Hakkın Objektif Sınırlarından Kaynaklanan Sınırlama Sebeplerine Dayanılarak Hak Arama Özgürlüğünün Sınırlandırılabileceği Yönündeki İçtihatlar: Anayasa Mahkemesi yeni tarihli verdiği kararlarında Anayasa'nın 36. maddesinde özel sınırlama sebeplerinin öngörülmemiş olmasını, hakkın sınırlanamayacağı anlamına gelmeyeceğini belirtmekte; hak arama özgürlüğünün "*hakkın objektif sınırlarından*", "*işin doğasından*" kaynaklanan birtakım sınırlamalara[116] tâbi olacağını ifade etmektedir[117].

---

[111] Bu şekilde kaleme alınmış Anayasa'nın 36. maddesine ilişkin verilen bazı Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. AYM 6.6.2013, 35/75 (RG 22.11.2013, S. 28829); AYM 20.10.2011, 54/142 (RG 29.12.2011, S. 28157); AYM 10.7.2013, 2012-107/90 (RG 21.11.2013, S. 28829); AYM 4.2.2010, 2007-97/32 (RG 10.12.2011, S. 28138); AYM 14.1.2010, 2009-27/9 (RG 17.3.2010, S. 27524); AYM 18.10.2005, 2003-7/71 (RG 22.2.2006, S. 26088).

[112] "İtiraz konusu kuralla, kendisine 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca harcamalara katılma payı tahakkuk ettirilen bir mükellefin buna karşı dava açabilmesi, söz konusu payın yarısının önceden ilgili belediyeye ödemesi şartına bağlanmıştır. **Harcamalara katılma paylarına karşı dava açılabilmesinin böyle bir şarta bağlanarak sınırlandırılmasının, ilgili belediyelerin söz konusu gelirleri öncelikle tahsil ederek projelerini kısa sürede tamamlamaları ve bu konudaki dava sayısının azaltılarak mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi gibi kamu yararına yönelik nedenlere dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlama nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın dava hakkının düzenlendiği 36. maddesinde bu hakkın sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu nedenlerle, dava hakkının sınırlandırılması Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır.** İptali gerekir." AYM 28.3.2002, 2001-5/42 (RG 5.9.2002, S. 24867). Ayrıca bu kararın değerlendirilmesi için bkz. ***Dündar Sezer,*** s. 387-388.

[113] AYM, 24.3.2010, 2007-33/48 (RG 21.6.2010, S. 27619).

[114] Bu içtihatlar için bkz. AYM 20.3.2002, 2000-48/36 (RG 1.6.2002, S. 24772).

[115] Bu konuda bkz. Bertil Emrah Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma,** Beta, İstanbul 2010, (Yorum Yöntemleri), s. 62. Ayrıca bkz. Dündar Sezer, s. 390.

[116] Anayasa Mahkemesi'nin sözünü ettiği "*işin doğasından kaynaklanan sınırlamalar*" anayasa hukuku öğretisinde "*içkin sınırlamalar*" olarak ifade edilmektedir. *İçkin sınırlamalar,* temel hakların koruduğu alana dışarıdan getirilmemiş sınırlamalar yani hakkın kendinde mündemiç olan sınırlamalardır;

(*iii*) Temel Hak Çatışmasına Dayanılarak Hak Arama Özgürlüğünün Sınırlandırılabileceği Yönündeki Görüşler: Anayasa Mahkemesi 2001 değişikliğinden sonra verdiği birtakım kararlarında da, Anayasa m. 36'da düzenlenen hak arama özgürlüğü ile m. 141'de düzenlenen yargılamanın ucuz, basit ve süratli şekilde görülmesini talep hakkının çatıştığını; bu çatışan haklar içerisinde mâkûl bir dengenin oluşturulması gerektiğini içtihat etmektedir[118]. Anayasa Mahkemesi yine yakın tarihli bir iptal davasında, öncelikle hak arama özgürlüğünün işin doğasından kaynaklanan bazı sınırlamaları bulunduğu üzerinde durmuş; akabinde ise, çatışan iki temel anayasal hak arasında çatışan menfaatleri dengelemeyi amaçlamıştır. Bunu yaparken de, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ölçülülük ilkesinden yararlanmış olması dikkat çekici ve önemli bir değerlendirmedir[119].

---

burada temel hak sınırlanmamakta, zaten sınırlı bir şekilde doğmaktadır (Gözler, Anayasa Hukuku, s. 545; Kanadoğlu, ss. 5-6).

[117] "**Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir.** Ayrıca, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanımına ilişkin düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz." AYM 22.11.2012, 132/179 (RG 26.7.2013, S. 28719). Aynı yönde bkz. AYM 20.3.2014, 2013/1780 (RG 10.5.2014, S. 28996); AYM 20.2.2014, 2012/603; RG, 19.3.2014, S. 28946.

[118] "Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri, diğerinin sınırını oluşturabilmektedir. Hak arama özgürlüğü Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede hak arama hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 142. ve davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını ifade eden Anayasa'nın 141. maddelerinin, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır."AYM 24.5.2012, 2011-134/83 (RG 13.2.2013, S. 28558). Anayasa Mahkemesi'nin aynı esaslardan hareket ederek karara bağladığı diğer kararlar için bkz. AYM, 18.10.2012, 40/158 (RG 12.5.2013, S. 28645); AYM 22.3.2012, 2011-125/46 (RG 13.2.2013, S. 28558).
Ayrıca bkz. AYM 23.7.2009, 2006-65/114 (RG 7.10.2009, S. 27369). Bu kararın değerlendirilmesi hakkında bkz. Dündar Sezer, ss. 392-393; İnceoğlu, ss. 24-25.

[119] "Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. **Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanımına ilişkin düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.**" AYM 27.12.2012, 35/203 (RG 12.7.2013, S. 28705). Anayasa Mahkemesi'nin aynı yöndeki diğer iki kararı için bkz. AYM 22.5.2013, 2012-108/64 (RG 12.7.2013, S. 28705).

B. Ara Değerlendirme

Kanaatimizce de ispat hakkının temelini oluşturan Anayasa'nın 36. maddesinde neredeyse diğer tüm temel hakların aksine, herhangi bir özel sınırlama sebebi getirmemiş olması, medenî yargılamada pek çok sorunu gündeme getirmektedir. Zira işin doğası gereği, her temel hak gibi hak arama özgürlüğü de sınırsız bir şekilde kullanılamayacaktır. Ancak "sınırlamanın sınırı"nın belirlenmesi konusunda Anayasa'nın 36. maddesi sessiz kalmış; bu durum da hak arama özgürlüğünden ve/veya âdil yargılanma hakkından doğan her usûlî hakkın herhangi bir sebeple sınırlandırılmasını, özellikle 2001 Anayasa değişiklikleri sonrasında sorunlu hâle getirmiştir. İspat hakkı da -*hem hak arama özgürlüğü bakımından hem âdil yargılanma hakkı bakımından*- hukukî temelini Anayasa'nın 36. maddesinden alması sebebiyle, ispat hakkına yapılacak en küçük bir sınırlandırmanın dahi Anayasa'nın 36. maddesi karşısında Anayasa'ya aykırılığı söz konusu olabilecektir. Aynı zamanda 2001 değişiklikleri ile birlikte 36. maddenin kapsamına âdil yargılanma hakkının da dâhil edilmiş olması, sınırlama sorununun âdil yargılanma hakkının unsurlarına da sirayet ettirmiş; böylece konu ispat hakkı kataloğuna dâhil olan unsurlar açısından da sorunlu hâle gelmştir.

Daha önce de belirtildiği gibi hiçbir temel hak sınırsız şekilde kullanılamaz. Örneğin yargılamanın tarafları sırf ispat haklarını kullanabilmek amacıyla ve Anayasa'nın 36. maddesinin de herhangi bir sınırlama sebebi getirmemiş olmasına dayanarak sonsuz şekilde *delil sunma hakkı*na sahip değildir. Örneğin tarafların "*sınırsız*" şekilde ispat hakkına sahip oldukları gerekçesiyle yargılamanın son aşamasında, önceden hâkimiyet alanlarında bulunmasına rağmen delili sunmayıp son aşamada bu delili ileri süremezler. Aksinin kabulü yargılamaların aşırı derecede gecikmesine, hatta sonunda devletin hak dağıtma görevini yerine getirememesi sonucuna kadar varabilecektir. Kanaatimizce burada -*özellikle Anayasa'nın 36. maddesinin mevcut düzenlemesi karşısında*- Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak yapılacak bir değerlendirme ile hak arama özgürlüğü ve bu arada ispat hakkına sınırlama getirilebilecektir. Bu kapsamda getirilebilecek sınırlamalara dört başlık altında toplamak mümkündür:

(i) Mevcut düzenlemeler karşısında Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun şekilde yapılacak değerlendirmede, hak arama özgürlüğünün *ilk olarak* ancak usûl ekonomisine dayanan *kamu menfaatinin* (Ay m. 141/4) gereklilikleriyle

sınırlandırılması mümkün olabilecektir. Bunun yanısıra Anayasa'nın aynı maddedeli açık düzenlemesi ile alenîyetin kaldırılmasını gerektiren özel sebeplerle (Ay m. 141/1), kısıtlı şekilde mümkün olabilecektir. Aksi hâlde, yani hak arama özgürlüğünün ve ispat hakkının sınırsız bir temel hak olarak kabul edilmesi ve bu sebeple hiçbir sınırlandırmaya sahip olmaması gerektiği kabul edildiği hâlde, öncelikle Anayasa'nın 141. maddesindeki yargının fonksiyonunu işlevsiz hâle getirebilecektir. Bir parantez açarak belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 141. maddesindeki kamu menfaati de kanaatimizce herhengi bir şekilde geniş anlamda yorumlanabilecek tarzda bir "*kamu menfaati*" değil, ancak madde düzenlemesinin amaçladığı usûl ekonomisine yönelik bir "*kamu menfaati*" olmalıdır. Bunun ötesinde -*senetle ispat zorunluluğunda olduğu gibi*- örneğin sosyolojik sebeplerin -*Türk insanının dürüst olmaması varsayımında olduğu gibi*-, anayasa hukuku anlamında hak arama özgürlüğünü kısıtlayacak nitelikte "*kamu menfaati*" kavramı içerisine dâhil edilmesi oldukça güçtür. Zira Anayasa'nın 141. maddesinin amaçladığı kamu menfaati usûl ekonomisine yöneliktir[120]. Dolayısıyla kamu menfaati kavramı oldukça geniş yorumlanabilecek ve bu anlamda da temel hakların sınırlandırılması konusunda keyfîlik ölçüsüne takılabilecek nitelikte tehlikeli bir kavram olduğundan, Anayasa'nın özüne ruhuna uygun bir şekilde sistematik yorum ile bu sonuca varılmalıdır.

(ii) *İkinci olarak* ispat hakkının, diğer temel haklarla çatışması hâlinde sınırlandırılması zaten özel sınırlandırma sebebinin aranmasını gerekli kılmaz; zira burada işin doğası gereği çatışan temel haklar arasında mâkûl bir denge oluşturulmaya çalışılır. Bu konu, aşağıda başlı başına inceleme konusu yapılacaktır[121].

(iii) *Üçüncü olarak* Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ve bu maddenin içtihat hukukunun, Anayasa'nın 36. maddesine sınırlama getirdiği durumlarda ispat hakkının sınırlanması bakımından özel sebebin varlığı gerekli olmayacaktır. Daha önce sorunun tespiti kapsamında da ifade ettiğimiz üzere, âdil yargılanma hakkının unsurlarının çok geniş bir uygulama alanına dağılmış olması, bu konularda getirilecek istisnaî düzenlemelerin tamamının Anayasa'ya aykırılığı sorununu gündeme getirebilecek niteliktedir[122]. Bu anlamda silâhların eşitliği ilkesine, mâkul sürede yargılanma hakkına getirilecek sınırlamaların Anayasal denetimden geçmesi gerekir. Örneğin âdil şekilde delil sunma hakkına, karşı delil sunma hakkına, tanıkların dinlenmesinde veya bilirkişi deliline başvurmada silâhların eşitliğini bozacak düzenlemelere yapılacak her müdahâlenin Anayasa'nın 36. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir[123]. Bununla birlikte anayasa hukukunda özel sınırlama sebeplerine yer verilmeyen hakların sınırsız hâle mi geldiği sorunu tartışılırken ne öğretide ne de Anayasa Mahkemesi

---

[120] Bu durum da, özellikle delil ibrazına ilişkin getirilen zamansal sınırlamaların; teksif ilkesi gereğince vakıaların, delillerin, talep sonucun belirli bir yargısal kesite kadar gerçekleştirilmesi zorunluluklarının anayasal meşru temellerini oluşturmaktadır. Bu konuda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5.

[121] Bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 15; Beşinci Bölüm, § 18.

[122] Oysa öğretide yapılan değişikliğin, âdil yargılanma hakkının varlığına açık olarak vurgu yapılmasının ötesinde hukuk düzeninde herhangi bir değişiklik yapmadığı ifade edilmektedir (Aydın, ss. 135-136). Bu görüşe yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde katılma olanağı bulunmamaktadır.

[123] Âdil yargılanma hakkının ve bu kapsamda silâhların eşitliği ilkesinin unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, ss. 105 vd.

içtihatlarında âdil yargılanma hakkına ilişkin bir değerlendirme yapılmamaktadır[124]. Oysa, âdil yargılanma hakkının günümüzde sahip olduğu uygulama alanı -*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine ilişkin içtihat hukukuyla birlikte*- müthiş bir genişlemeye ulaşmıştır. Kanaatimizce âdil yargılanma hakkına getirilen sınırlamalar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde belirtilen sınırlama ölçütleri çerçevesinde değerlendirilmelidir[125]. Sözleşme'nin "*Âdil Yargılanma Hakkı*" başlığını taşıyan 6. maddesinde, özellikle âleniyet ilkesinin sınırlandırılması konusunda esaslar getirmektedir; bunun hâricinde, âdil yargılanma hakkının hangi esaslar çerçevesinde sınırlanabileceği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde belirlenmektedir[126]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, maddenin sınırlandırılmasına yönelik verdiği içtihatların Türk hukuku açısından Anayasa'nın 36. maddesinin meşru sınırlama sebeplerinden biri olması gerektiği haklı olarak kabul edilmektedir[127]. Ancak bu durumda dahi, *ölçülülük ilkesi* ile *hakkın özü ölçütleri*nin devreye girmesi gerektiği kabul edilmektedir[128].

(iv) Dördüncü olarak ise, temel hakların kötüye kullanılması yasağı (Ay m. 14; AİHS m. 17) bazı durumlarda Anayasa'nın 36. maddesinin sınırlanmasına sebep olabilir. Bu sınırlamanın da meşru sayılabilmesi için özel sınırlama sebebinin belirtilmiş olması gerekmez. Anayasa'nın 14. maddesi *genel bir sınırlama* sebebi olarak tüm temel haklar açısından uygulanır. Bu konu da aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir[129].

Sonuç olarak ve özetle, salt pozitivist perspektiften bakıldığında temelini hak arama özgürlüğüne dayandıran her usûlî hakkın sınırlandırılmasında olduğu gibi, ispat hakkının sınırlandırılması da, mevcut anayasal pozitif normlar karşısında Anayasa'ya aykırıdır. Anayasa'nın 13. maddesine göre ancak özel sınırlama sebepleri çer-

---

[124] Âdil yargılanma hakkının içeriği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında ayrıntılı olarak ele alınmasına rağmen, âdil yargılanma hakkının *sınırlanması* yönünü -*alenîyet ilkesinin sınırlandırılması konusu haricinde- doğrudan doğruya* inceleyen bir çalışma bulunmamaktadır (*hem Anayasa hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından alenîyet ilkesinin sınırlandırılması konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz.* Konca Kurt, ss. 241 vd.). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bazı durumlarda âdil yargılanma hakkının sınırlanabileceği yönündeki içtihatları ise, özellikle AİHS'nin 8. maddesine ilişkin içtihat hukukunda belirmektedir. Dolayısıyla bu yöndeki içtihatlara ve değerlendirmelere, 8. maddeye ilişkin verilen kararlar kapsamına ulaşılabilir. Fakat bu konu, bugüne kadar *âdil yargılanma hakkı*nın sınırlanması veya *âdil yargılanma hakkının diğer temel haklarla çatışması* kapsamında incelenmemiştir. Bu sebeple de çalışmamızda, özellikle *âdil yargılanma hakkının unsurlarının diğer temel haklarla çatışması* konusu ayrı başlık altında ayrıntılı olarak incelenmiştir (*bu konuda bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 15; Beşinci Bölüm, § 17, 18, 19*). Bunun sebebi de, ispat hakkı kataloğuna âdil yargılanma hakkının neredeyse tüm unsurlarının dâhil olması ve âdil yargılanma hakkının diğer temel haklarla çatışması durumunun çoğu zaman ispat hakkının da sınırlanması anlamına gelmesidir.

[125] Türkiye Cumhuriyeti devleti Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olduğundan, Anayasa'nın 90. maddesinin bir gereği olarak Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen esaslar âdil yargılanma hakkının, yargılama sisteminde uygulanması konusunda bağlayıcılığa sahiptir.

[126] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, s. 26. Mahkeme, özellikle diğer temel haklarla âdil yargılanma hakkının çatışması hâlinde âdil yargılanma hakkının sınırlanabileceği görüşündedir.

[127] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, s. 26.

[128] İnceoğlu, s. 26.

[129] Bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 16.

çevesinde sınırlandırılabilecek temel haklar kapsamında, hak arama özgürlüğünü ve âdil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesi hiçbir özel sınırlandırma sebebi öngörmemiştir. Fakat bir hak, temel hak niteliğinde dahi olsa, sınırsız şekilde kullanılamayacağı için ispat hakkının da -*Anayasa'da yer almamasına*- rağmen belirli koşullar altında sınırlandırılması işin doğası gereğidir. Bu sınırlandırma sebepleri de ancak Anayasa'nın sözüne, ruhuna uygun yorum yöntemleri ile belirlenebilir. Bu çerçevede kanaatimizce ispat hakkını sınırlandıracak herhangi bir kanunî düzenlemenin, Anayasa'nın 13. maddesinin gereklilikleri ile -*yani aşağıda belirtilen diğer unsurları da karşılaması koşulu ile*- ancak yukarıda belirlemiş olduğumuz dört durum kapsamında sınırlanması mümkün olacaktır.

IV. ANAYASA'NIN SÖZÜNE VE RUHUNA UYGUNLUK

Anayasa'nın 13. maddesinde aranan ölçü normlardan bir diğeri "*Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olma*" kriteridir. "*Anayasa'nın sözü*"ne uygunluk ile aranan, yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın temel haklara ve özgürlüklere ilişkin herhangi bir hükmüne aykırılık teşkil etmemesi hâlidir[130]. Başka bir deyişle, *söz* ile kastedilen, Anayasa'da yer alan bütün maddelerdir; *ruh* ise, Anayasa'nın bütünü ve ondan çıkan temel anlamdır[131]. Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereğince, Anayasa hükümlerinin birbiriyle çelişkiye düşmeden yorumlanması gerekir[132]. Bu anlamda Anyasa'nın sözünden, Anayasa metnindeki somut hükümler ve ek güvenceler anlaşılır[133]. Örneğin Anayasa'nın açık hükmüne rağmen, hiçkimse dava açma ve kendini savunma hakkında mahrum bırakılamaz.

Bununla birlikte "*Anayasa'nın ruhu*" yorumlanması çok kolay bir kavram ve objektif olarak tanımlanabilecek nitelikte değildir[134]. Kanaatimizce Anayasa'nın ruhu ölçütü, örneğin Anayasa'nın 141. maddesi ile 36. maddesi arasındaki ilişki kurulurken sistematik yorum yöntemi ile birlikte değerlendirilebilecek bir kriterdir. Nitekim daha önce de üzerinde durulduğu gibi, Anayasa'nın 36. maddesinde herhangi bir özel sınırlama sebebine yer verilmemiş olmasına rağmen, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak sistematik yorum yöntemi ile özellikle *yargılamaların makûl sürede*

[130] Gözler, Anayasa Hukuku, s. 551.
[131] Eren, s. 91; Özbudun, s. 116. Ayrıca bkz. Aydın, ss. 108-109.
[132] Eren, s. 91.
[133] Özbudun, s. 115; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 149. Ayrıca bkz. Aydın, s. 108.
[134] Bu konuda bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 150.

sonuçlanmasına hizmet edecek kamu menfaatinin gereği olarak ispat hakkına birtakım sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Bu durumun dahi, ölçülülük ilkesinin süzgecinden geçirilmesi gerektiği atlanmamalıdır. Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunluk, sübjektif özellikler barındırabileceği için ispat hakkının sınırlanmasında özellikle dikkatle değerlendirilmesi gereken bir kriterdir. Bu ölçüye, ispat hakkının ölçüsüzce sınırlanmasına; hakkın kural, sınırlamanın istisna olması gereğine ve diğer unsurlara aykırı şekilde başvurulmamalıdır.

V. DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİ

Demokratik toplum düzeninin gereklilikleri, 1961 Anayasası'nda yer almamaktaydı, 1982 Anayasası ile birlikte *hakkın özüne dokunma yasağı* kavramı yerine metne alınmıştır[135]. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de pek çok maddede sınırlamanın ölçütü olarak demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine başvurduğu görülmektedir[136]. Hatta bu maddeler arasında âdil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi de yer alır. Bununla birlikte özellikle 1961 Anayasası'nda kabul edilen *hakkın özü* kavramına göre, *demokratik toplum düzeninin gereklilikleri* ölçütü çok daha belirsiz ve hukukî olmaktan çok siyasî bir kavram olması sebebiyle eleştirilmiştir[137]. Anayasa Mahkemesi'nin daha eski tarihli içtihatlarında, Anayasa'nın Başlangıç bölümünde belirtilen şekilde demokratik toplum düzeninin gerekliliklerini "*evrensel demokratik değerler*" üzerinden değil, "*bu Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni*" şeklinde adeta "*millîleştirmiş*" olması da temel hakların sınırlanması konusunda önemli kaygıların doğmasına sebep olmuştu[138]. Ancak zaman içerisinde Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki tutumu "Türkiye'ye özgü demokrasi" anlayışından evrensel demokrasi kavramına doğru bir evrilme göstermiştir[139].

Anayasa Mahkemesi özellikle yakın tarihli içtihatlarında, çoğunlukla demokratik toplumun gerekliliklerini özellikle temel hakların ve özgürlüklerin korunması; bu

[135] Bu konuda bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, ss. 150-152.
[136] Bu konuda ayrıntılı bilgi için Arai, ss. 340-342; Eren, ss. 139-142.
[137] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 151.
[138] Bu konuda bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, ss. 151-152. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, ss. 147-150.
[139] Bu konuda bkz. Özbudun, ss. 118-119; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 152. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, ss. 147-150.

çerçevede özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olması ile açıklamaktadır. Bu konuda yeni tarihli bir örnek karar şu şekildedir:

> "Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir."[140]

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, geçmişte olduğu gibi güncel içtihatlarında da demokratik toplumun gerekliliklerinin belirlenmesinde ölçülülük ilkesinden yararlanmaktadır[141]. Anayasa Mahkemesi'nin özellikle son yıllarda verdiği içtihatlar, demokratik hukuk düzeninin gerekliliklerini tamamen hakkın özü kavramı ile birlikte değerlendirmeye yönelmiştir. Buna göre, bir temel hakkın özünü ortadan kaldırıcı bir düzenleme, aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine de aykırılık taşıyacaktır[142]. Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları çerçevesinde, ispat hakkı açısından demokratik toplum düzeni kriterinde dikkate alınması gereken hususlar şu şekilde özetlenebilir:

(i) ispat hakkının varlığı temel ilke, sınırlanması ise istisnaî nitelikte olmaldır.

(ii) Sınırlama ölçülülük ilkesine uygun şekilde gerçekleştirilmesi ve ispat hakkına ölçüsüz bir müdahâlede bulunulmamalıdır.

---

[140] AYM 6.2.2013, 2011-123/26 (RG 31.12.2013, S. 28868). Benzer yönde bkz. AYM 3.10.2013, 60/104 (RG 28.12.2013, S. 28865); AYM 6.6.2013, 35/75 (RG 22.11.2013, S. 28829); AYM 22.5.2013, 2012-108/64 (RG 12.7.2013, S. 28705); AYM 18.10.2012, 2010-82/159 (RG 23.7.2013, S. 28716).
Bu konuda benzer yönde başka bir karar için bkz. "Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve sadece yasayla sınırlandırılabilirler." AYM 24.9.2008, 2006-142/148 (RG 25.12.2008, S. 27091). Aynı yönde bkz. AYM 23.7.2014, 2013-150/132, (RG 8.8.2014, S. 29082).

[141] "Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir." AYM 29.1.2014, 2013-130/18 (RG 13.5.2014, S. 28999)

[142] Bu konuda bkz. Özbudun, s. 120.

(iii) Her hâlükârda ispat hakkının özünü, tamamen zedeleyecek şekilde sınırlandırmalar, bu ilkeye aykırılık teşkil edecektir.

Demokratik toplum düzenine yüklenen bu genel anlamın ötesinde ayrıca, Anayasa Mahkemesi içtihatları incelendiğinde hak arama özgürlüğünün tam ve etkin bir şekilde tesis ve temin edilmesi, demokratik hukuk düzenlerinin en önemli göstergeleri arasında sayılmaktadır[143]. Demokratik toplum düzeninin gereklilikleri ile kastedilen, çoğulcu, özgürlükçü ve katılımcı demokrasilerde özgürlüklerin belirli bir seviyede olmasıdır[144]. Örneğin yasama organı verilecek yargı kararlarının kamu ile paylaşılmamasını veya bundan sonra bütün duruşmaların halka kapalı şekilde gerçekleştirileceği yönünde bir kanunî düzenleme kabul ederse, bu durum hak arama özgürlüğü açısından demokratik toplum düzenine aykırılık teşkil edecektir. İspat kurallarının, hukukî güvenliğe hizmet etmesi; kişilerin ispat kuralları karşısında başvuracağı hukukî yollarda bilinebilir kural ve ilkeler çerçevesinde hak arama özgürlüklerini kullanmaları ispat hakkı açısından da kurucu niteliktedir[145].

VI. LAİK CUMHURİYETİN GEREKLİLİKLERİ

Laik Cumhuriyetin gereklilikleri kavramını temel hakların sınırlanmasında belirli, kesin, hukukî bir ölçüt olarak belirlemek güçtür. Temel hakların sınırlanmasında *ispat hakkını etkileyecek şekilde* nasıl bir başvuru kriteri olması gerektiği konusunda Anayasa Mahkemesi'nin de ilkesel bir kararına rastlanılamamıştır[146]. Bununla birlikte kriterin temel haklar ve demokratik toplum perspektifiyle uyumlu bir şekilde uygulanması gerektiği ifade edilmektedir[147].

Bu ölçüt, ispat hakkının sınırlanması bakımından da çok istisnaî durumlarda karşılaşılabilecek bir sınırlama ölçütüdür. Hatta modern ispat sistemlerinde, ispat hakkına yapılan sınırlamaların bu ölçüte başvurmaya gerek olmaksızın sınırlama rejimine uygun olması gerekir. Zira laik düzenin gerekliliklerine aykırı bir ispat

---

143 "... Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar. Hak arama özgürlüğü demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olup tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alınmalıdır." AYM 6.6.2013, 35/75 (RG 22.11.2013, S. 28829).

144 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, ss. 175-183.

145 Bu konuda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, II.

146 Bununla birlikte konuyla ilgili pek çok Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirildiği konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, ss. 121-135.

147 Tanör ve Yüzbaşıoğlu, ss. 152. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, ss. 106-135.

sınırlamasını somutlaştırmak gerekirse, belirli bir dinî inanışı olmayan kişilerin tanıklıklarının mümkün olmamasının kabulü örnek gösterilebilir. Esasında bu yönde düzenlemeler hem Orta Çağ ispat sistemlerinde hem de bundan neredeyse sadece yüzyıl önce Osmanlı hukuk sisteminde uygulama alanı bulmuştu[148]. Ancak böyle bir düzenlemenin, akılcı ispat kurallarına dayalı bir sistemde ispat hakkının güvence altına alınması gereğinden çok uzak olduğu açıktır. Böyle bir kural, akılcı olmamakla birlikte hâkimin de delilleri değerlendirmesine ölçüsüz bir müdahâle taşıdığı gibi ispat hakkını ağır şekilde sınırlar. Dolayısıyla laik toplum gerekliliklerinin, ispat hakkının sınırlanması bakımından 21. YY'da ilkel ve akıldışı ispat araçlarına geri yöneliş olmaması için bir tür güvence oluşturduğu ifade edilebilirse de, ispat hakkının günümüzdeki sınırlamalarının anayasal denetiminde büyük bir fonksiyonu bulunmaz. Yukarıda verilen örneklerdeki gibi birtakım ispat kurallarının hukuk sistemine dâhil edilmesi, laik toplum gerekliliklerinin ötesinde ispat araçlarının taşıması gereken temel özellik olan 'akılcı olma' özelliğini taşımaması sebebiyle sistemin dışına itilecektir.

VII. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

A. Genel Olarak

Ölçülülük ilkesi, bir özgürlük ya da hakkı sınırlandırmada başvurulan aracın, sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması; sınırlandırma aracının, amaç için gerekli olması; araçla amaç arasında ölçülü bir oran bulunmasını gerekli kılmaktadır[149]. Başka bir ifadeyle ölçülülük ilkesi, sınırlandırma amacının gerçekleşebilmesi için *gerekli, elverişli* ve *zorunlu* bir araca başvurulması ve ulaşılmak istenen amaç ile başvurulan sınırlandırma aracı arasında mâkûl bir oranın bulunmasını gerekli kılan temel bir ilkedir[150]. Bu anlamda ölçülülük ilkesinin başlıca uygulama alanı temel haklar ve özgürlüklerdir[151]. Ölçülülük ilkesinin işlevi, kanun ile meşru bir amaca dayanarak yapılacak bir sınırlamanın nasıl ve ne ölçüde yapılabileceğini göstermektir[152]. Zira ölçülük ilkesi sınırlama getirilecek olan temel

[148] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1.
[149] Yücel Oğurlu, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi,** Seçkin, Ankara 2002, s. 21; Özbudun, s. 116.
[150] Oğurlu, s. 21. Ayrıca bkz. Eren, ss. 95-96.
[151] Metin, s. 20.
[152] Eren, s. 95.

hakta *sınırlamanın sınırını* belirler[153]. Böylece sınırlamanın *amacına* uygun şekilde temel hakka müdahâlede bulunulması sağlanır.

Anayasa'nın 13. maddesi, açık bir şekilde ölçülülük ilkesini bir sınırlama ölçütü olarak kullanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da, ölçülülük ilkesiyle aynı anlama gelmek üzere *orantılılık ilkesi* (*proportionality*) bir başvuru aracı olarak kullanılır[154]. Gerçekten de temel hakların sınırlanması rejiminde, ölçülülük ilkesi en önemli başvuru araçlarının başında gelir[155].

İspat hakkına getirilecek sınırlamaların -*kaynağı ne olursa olsun*- her hâlûkarda ölçülülük denetiminden geçirilmesi şarttır. Bu zorunluluk, ispat hakkının hukukî niteliğinden -*yargısal temel hak olmasından*- kaynaklanır. Öçülülük ilkesi ispat hukukunda ve özellikle ispat hakkının temin ve tesisinde, uyulması gereken temel bir norm ölçütüdür. Bu çerçevede de hem kanunlaştırma faaliyetinde hem de ispat hukuku alanında yapılan normatif düzenlemelerin yorumlanmasında ve ispat hakkının somut olayda kullanılmasında ölçülülük ilkesinin gözetilmesi gerekir.

Anayasa ve idare hukuku başta olmak üzere, hukuk düzeninin *genelinde* uygulama alanı bulan ölçülülük ilkesinin temelinde, hukukî ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenleme ihtiyâcı yatmaktadır[156]. Ölçülülük ilkesinden bahsedildiğinde, bir "*amaç*", bu amaca erişmek için kullanılan bir "*araç*" ve amaçla araç arasındaki "*ölçü*" akla gelir[157]. İşte ölçülülük ilkesi, bu üç sacayağının üzerinde yükselir. Buna uygun olarak, ölçülülük ilkesi üç alt ilkeye ayrılmıştır: (i) *Elverişlilik İlkesi*, (ii) *Gereklilik İlkesi*, (iii) *Dar Anlamda Ölçülülük (Oranlılık) İlkesi*[158]. Elverişlilik ve gereklilik ilkesi uyarınca başvurulacak aracın, amaca ulaşılmasına uygun ve gerekli olması gerekir. Dar anlamda ölçülülük ilkesi uyarınca ise, araca başvurulmasıyla ortaya çıkan menfaat ihlâli ile amaçla elde edilecek menfaat arasında uygun bir oranın bulunması lâzımdır. Bu anlamda ölçülülük ilkesi amaç, araç ve ölçü

---

153 Metin, s. 20.

154 Eren, ss. 93-94; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 154. Ayrıca bkz. Arai, ss. 340-342.

155 Ölçülülük ilkesi, 2001 Anayasa değişikliğine kadar Anayasa'nın 13. maddesinde yer almamaktaydı; hatta ilkeye 1961 Anayasası'nda da yer verilmemişti. Bununla birlikte 1961 Anayasası döneminde dahi, adından açıkça bahsedilmese dahi temel hakların sınırlanmasında ölçülülük ilkesi önemli bir başvuru aracı olarak kullanılmaktaydı. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, ss. 154-155. Ayrıca bkz. Eren, ss. 94-95; Özbudun, ss. 116-117.

156 Söz konusu ilkenin genel tanımı ve anlamı için bkz. Metin, ss. 20 vd.

157 Metin, ss. 20-21.

158 Metin, ss. 26 vd.; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 155.

arasındaki üçgen şeklinde bir ilişki bağına benzetilmektedir[159]. Bu genel açıklamalardan sonra söz konusu unsurların ispat hakkının temin edilmesinde, uygulanmasında ve yorumlanmasında nasıl gerçekleştirileceği üzerinde durulacaktır.

B. Elverişlilik İlkesi

Elverişlilik ilkesi, alınan tedbirle istenilen sonuca ulaşılmasını, yani tedbirin ulaşılmak istenen amaç için uygun olmasını ifade eder[160]. Başka bir ifadeyle, elverişlilik ilkesinde, temel hakkı sınırlamak için kullanılan araç (getirilen kanun maddesi), sınırlama amacını gerçekleştirmek bakımından elverişli olmalıdır[161]. Bu çerçevede denetim konusu, tedbirin amaca uygunluğu ya da elverişliliği olmaktadır[162]. Elverişlilik ilkesine göre alınan tedbirin yardımıyla istenilen neticeye yaklaşılıyorsa araç elverişli, buna karşılık kullanılan araç güdülen amaca ulaşmayı zorlaştırıyor ya da amaca erişme bakımından hiçbir etki göstermiyorsa, araç elverişsizdir[163]. Eş deyişle kullanılan aracın güdülen amacı gerçekleştirmeye gerçekten uygun olup olmadığı araştırılır[164].

Elverişlilik denetiminde yaşanan önemli problemlerden birisi, kanunkoyucunun yapmış olduğu bir düzenlemede hangi amaçları güttüğünün her zaman açık bir şekilde belli olmaması; çoğunlukla çeşitli amaçların bir araya gelmesinden oluşan bir '*amaçlar demeti*' söz konusu olmasıdır. Yine de ölçülülük ilkesinin uygulanabilmesi için bütün güçlüklerine rağmen, sınırlama getiren yasal düzenlemenin amacının tespit edilmesi bir *zorunluluktur*[165].

Bu çerçevede kişilerin herhangi bir hukukî uyuşmazlıkta kural olarak *serbestçe* ispat hakkını kullanma ve bu arada delillendirme hakları bulunduğuna göre, bu hakka ilişkin her bir kanunî sınırlamanın ölçülülük ilkesi çerçevesinde denetime tâbi tutulabilmesi için, öncelikle sınırlayıcı kanunî düzenlemelerin *getiriliş amacı*nın belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla kanunkoyucunun ispat hakkını ve delillendirme hakkını sınırlandırdığı her bir kanunî düzenlemede, bu sınırlandırmanın hangi amaçlar güdülerek düzenlenmiş bulunduğu belirlenmelidir. Bunun anlaşılabileceği önemli yön-

[159] Metin, ss. 20-21.
[160] Metin, s. 26. Ayrıca bkz. Eren, s. 96.
[161] Eren, s. 96.
[162] Metin, s. 26.
[163] Metin, s. 26. Ayrıca bkz. Eren, s. 96.
[164] Metin, s. 26.
[165] Metin, s. 27.

temlerden birisi, *kanun gerekçeleri*dir. Ne var ki, madde gerekçeleri genellikle bu gereklilik gözönüne alınarak kaleme alınmaz. İspat hakkı ihlâlinin bulunup bulunmadığının denetimi açısından, kanunkoyucunun öncelikle sınırlamayı hangi amaçla yaptığının tespit edilmesi korumanın birinci aşamasıdır.

Elverişlilik ilkesinin ispat hakkına uygunlanması bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan birtakım örnekler üzerinde durmak gerekir:

(i) Delillerin getirilmesine ilişkin süreye ilişkin sınırlamalar: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, kural olarak sonradan delil gösterilmesini yasaklamıştır (HMK m. 145/1). Bu durum öncelikle ispat hakkına getirilen bir sınırlama olarak görülse de, kanunkoyucu madde gerekçesinde böyle bir sınırlama getirilmesinini sebebinin "*davaların uzamasının önlenmesi*" olduğunu yani usûl ekonomisi sebebiyle böyle bir düzenleme getirildiğini belirtmiştir. Kanunkoyucunun, tarafların ispat hakkını sınırlandırarak belirli bir süre içerisinde delil sunma yükümlüğünü getirmesinin amacı esasında *kamu menfaatine* dayalı usûl ekonomisi ilkesidir. Bu durum da, konuya ilişkin kanunî düzenlemelerin anayasal sınırlama ölçütleri çerçevesinde değerlendirilebilmesini -*bu yönüyle*- mümkün hâle getirmektedir.

(ii) Delil ibrazından kaçınma sebepleri: Kural olarak ispat hakkını kullanmak isteyen tarafın dayandığı deliller karşı tarafın veya bir üçüncü kişinin elinde olursa, bu delillerin ibrazının talep edilmesi ispat hakkının güvencelerinden birisidir (örneğin HMK m. 219 ve 221). Zira bir taraf sırf ispat konusu delilin, kendi hâkimiyet alanında bulunmaması sebebiyle ispat hakkını kullanmaktan *kural olarak* yoksun bırakılmamalıdır. Kanunkoyucu bu sebeple uyuşmazlığın taraflarına ve üçüncü kişilere, delili ibraz zorunluluğu yükler. Ancak kanunkoyucu birtakım özel sebeplerle (çalışma özgürlüğünün, özel hayatın, aile hayatının korunması amaçlarıyla) tarafları ve üçüncü kişileri delil ibrazından muaf tutabilir. Bu durumda kanunkoyucunun ispat hakkının sınırlandırılması ile sonuçlanacak delil ibrazı muafiyetlerini hangi sebeplerle getirmiş olduğu, hangi amaca hizmet ettiğinin belirlenmesinin önemi ortaya çıkmaktadır[166].

Yukarıdaki örneklerde de somutlaştırdığımız üzere ispat hakkına getirilen bir sınırlamanın ölçülülük ilkesi çerçevesinde denetime tâbi tutulabilmesi için öncelikle sınırlamanın hangi *meşru amaca hizmet etmek için* getirildiğinin belirlenmesi gerekir.

Bununla birlikte, medenî yargılama sistemimizde ispat hakkını sınırlandıran bazı düzenlemelerin hangi amaçlarla ispat hakkını ve dolayısıyla hak arama özgürlüğü ile âdil yargılanma hakkını (Ay m. 36) sınırlandırdığını belirlemek her zaman kolay olmamaktadır. Senetle ispat kuralı bu örneklerden birisidir. Hükümet Gerekçe-

[166] Kanunkoyucunun her bir delil ibrazı muafiyeti için hangi dinamiklerden hareket ettiği, delil ibrazı muafiyetlerinin hangi amaçlara hizmet ettiği aşağıda her bir muafiyet için ayrı ayrı incelenecektir. Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 19.

si'nde, sadece senetle ispat kuralının devam ettirildiği belirtilmekte, böyle sınırlayıcı bir düzenlemenin hangi amaçla getirildiğinden söz edilmemektedir. Yine ispat hakkını düzenleyen Kanun'un 189. maddesinde de "Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz." (HMK m. 189/3) şeklinde senetle ispat kuralını hedefleyen düzenleme, ispat hakkının istisnası olarak belirlenmiştir. Madde gerekçesinde de "Üçüncü fıkra ile ... senetle ispat zorunluluğunun temel dayanağı olan kanunî delil sistemi esası muhafaza edilmiştir." şeklinde açıklama ile istisnaî nitelikteki bu kuralın getiriliş amacı belirtilmeden sadece kuralın devam ettirildiği belirtilmektedir. Oysa şuana kadar yapılan açıklamalarda da ifade edildiği üzere, ispat hakkının anayasal bir hak olmasının en önemli sonuçlarından birisi, *ispat özgürlüğünün asıl, sınırlamanın ise istina olduğu* kuralıdır. Bu sebeple istisnaî nitelik taşıyan müdahâlenin, hangi amaçla getirildiği mutlaka kanunkoyucu tarafından açık ve anlaşılır bir şekilde madde gerekçesinde kaleme alınmalıdır[167]. Dolayısıyla ispat hakkına sınırlama getiren bir düzenlemenin *usûl ekonomisine* mi, *diğer kişilerin anayasal menfaatlerinin korunmasına* mı, hangi amaca hizmet etmek üzere getirildiği belirlenmelidir. Anayasal bir temel hakka müdahâle öngören bir düzenlemenin, hangi amaçla getirildiğinin *belirlenememesi* başlı başına yapılan müdahâleyi ölçülülük denetiminin henüz başındayken Anayasa'ya aykırı hâle getirecektir.

C. Gereklilik İlkesi

Gereklilik ilkesi, güdülen amaca aynı derecede elverişli bir çok araç arasından en az müdahâlede bulunan araçla erişmeyi ifade eder. Bu anlamda birçok mümkün ve elverişli araç arasından bireylere ve kamuya en az zarar verecek olan aracın yani temel hakkı en az sınırlayıcı olanın seçilmesi gerekir[168]. Gereklilik ilkesinin özü "elverişli birçok araç arasından ilgililer açısından en yumuşak aracın seçilmesi gereği"ne dayanmaktadır[169].

İspat hakkının tesis ve temin edilmesi konusunda gereklilik ilkesine elverişli pek çok örnek göstermek mümkündür. Alenîyetin sınırlandırılması açısından ilk örneği sonutlaştırmak mümkündür. Kanunkoyucu bazı durumlarda alenşyet ilkesinin sınırlandırılmasına imkân tanımıştır (HMK m. 28; Ay m. 141; AİHS m. 6/3). Bu hü-

[167] Bu gereklilik aynı zamanda, ispat hakkının hukukî güvenlik ilkesi ile ilişkisi kapsamında da önem kazanır. Bu konuda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, II, 2, a, aa.
[168] Metin, s. 30. Ayrıca bkz. Eren, s. 96.
[169] Metin, s. 31.

kümden ohareket edilerek kişilerin ticarî sırları, özel hayatının korunması gibi sebeplerin varlığı durumunda alenîyet ilkesinin sınırlandırılabileceği ve hatta, alenîyet ilkesinin taraflar açısından da tamamen kaldırılarak bazı durumlarda gizli yargılama yapılmasının mümkün olabileceği ileri sürülmektedir[170]. Belirttiğimiz son durumda, uyuşmazlığa ilişkin delillerin ispat hakkına sahip olan ve uyuşmazlığın tarafı olan kişiden saklanabilmesi söz konusu olabilmektedir[171]. Bu görüşe göre karşı tarafın kişisel bilgileri veya sırları sebebiyle, uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayacak ispat aracı hakkında ispat hakkına sahip olan tarafın tamamen bilgisiz bırakılabileceği, hatta sadece hâkimin hükmü hakkında bilgi sahibi edilebileceği belirtilmektedir. Kanaatimizce alenîyet kuralının, ispat hakkına sahip olan taraf aleyhine kaldırılması, o tarafın hem ispat hakkını hem de hukukî dinlenilme hakkını ihlâl edecek *ölçüsüz* bir araçtır. Hâkimin böyle bir durumda, diğer tarafın özel hayatının saldırıya uğramasını veya kişisel sırlarının ifşasını engelleyici önlemler alarak ispat hakkını ihlâl etmeyecek şekilde ispat sürecini yönetmesi mümkündür. Örneğin bu konuda tarafsız bir bilirkişi seçimi ile ticarî veya imâlat sırrının ortaya çıkmasına sebebiyet verecek teknik detaylara yer vermeyen bir bilirkişi incelemesi yaptırması veya sırrın / korunması hedeflenen özel hayat kesitinin niteliğine göre duruşmayı kamuya kapatması veya dava dosyasında özel bilgileri içeren belge ve delillerin ancak mahkemenin izni ile üçüncü kişilerle paylaşılması konusunda kararlar verebilmesi mümkündür (karş. HMK m. 153; HMK m. 158/2; HMK m. 161/2). Hâkimin bu durumda alabileceği -*ileri sürülen*- önlemler içerisinde *en ağır olanı* ise, *gizli yargılama* yapılarak tamamen diğer tarafın bilgisi olmaksızın ispat aracının inceleme ve denetiminin yapılması; ispat hakkını kullanmak isteyen tarafın itiraz imkânını kaldıracak önlemlerin alınması olabilecektir. Bu şekilde kişinin ispat hakkını ölçüsüz şekilde özünü de zedeleyici nitelikte alınan bir önlem, elverişlilik denetiminden geçemeyecek ve anayasal ihlâl oluşturacaktır. Zira daha az sınırlayıcı bir müdahâle ile aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilebilecek ise, bu durumda kullanılan araç gereksizdir[172].

Bu çerçevede hâkimin, kişilerin ispat faaliyetlerini veya delil sunma ve karşı tarafın sunduğu delil hakkında bilgi edinme haklarını *sınırlandırıcı* bir karar verirken

[170] Bu konuda bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 15, I, E, 5.
[171] Şüphesiz ki, Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları aksi yöndedir. Bu konuda bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 15, I, E, 5.
[172] Metin, s. 30.

şu soruları gereklilik ilkesi çerçevesinde cevaplandırması ölçülülük ilkesi açısından önemlidir[173]:

(1) *Başvurulan tedbir ilk olarak ilgililere ve kamuya ne gibi dezavantajlar getirmektedir?* Örneğin karşı tarafın özel hayatını veya sırlarını korumak lehine, ispat hakkını kullanmak isteyen tarafın, karşı tarafın getireceği delil hakkında hiçbir bilgiye sahip olmamasının, uyuşmazlığın tarafları açısından taşıdığı dezavantaj nedir? Verilen örnekte hiç şüphesiz ki, kendisinden ispat araçları gizlenen tarafın ispat hakkı, açıklama ve hükme etki edebilme hakkı tamamen kişinin elinden alınmakta; devlet yargısı ise, temel yükümlülüğü olan âdil şekilde hak dağıtma görevini (Ay m. 36; AİHS m. 6) yerine getirememektedir. Bu yönüyle hem ispat hakkına sahip olan taraf hem de kamu aleyhine önemli dezavantajlar getirilmektedir.

(2) *Başka elverişli tedbirler var mıdır? Varsa bu tedbirlerin dezavantajları nelerdir?* Örneğin ispat konusu delillerin tartışılacağı duruşma hakkında gizlilik kararı verilmesi veya dava dosyasında söz konusu delil hakkında gizlilik kararı verilmesi ve incelemenin hâkimin iznine tâbi kılınması (HMK m. 153) bu konuda alınabilecek diğer önlemlerdendir. Belirtilen son önlemin uygulanması durumunda, gizli olarak saklanmasına karar verilen belge ve tutanakların incelenebilmesi hâkimin açık iznine bağlıdır (HMK m. 161). Böyle bir tedbirin olsa olsa tek dezavantajı, hâkimin açık iznini gerektirdiğinden hâkimin işyükünü artırabileceği endişesi olabilecektir.

(3) *Söz konusu tedbirlerin dezavantajları birbiriyle mukayese edilir ve gereklilik açısından ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmek için en yumuşak araç seçilir.* Böyle bir durumda ispat hakkını kullanmak isteyen tamamen bilgisi dışında ispat sürecinin yürütülmesi mi, yoksa belirli belgelerin dava dosyası içerisinde gizliliğine mi karar verilmesi, amacı yani diğer tarafın özel hayatı veya sırlarının korunması açısından en yumuşak araçtır, bunun belirlenmesi gerekir. Kanaatimizce alınabilecek önlemlerin dezavantajları açısından değerlendirildiğinde, hiç şüphesiz ki bir tarafın ispat hakkını tamamen bertaraf eden bir karar alınması gereklilik ilkesini ihlâl edecek niteliktedir.

D. Dar Anlamda Ölçülülük (Orantılılık İlkesi)

Dar anlamda ölçülülük ilkesi, bir aracın, ulaşılmak istenen amaç ile orantısızlık içinde bulunmamasını ifade eder[174]. Başka bir deyişle, müdahâlenin ağırlığı ile müdahâleyi meşrulaştıran nedenlerin önemi ve zorunluluğu arasında yapılacak genel bir tartımda *katlanılabilirlik* sınırlarının korunmuş olması gerekir. Orantılılık ilkesi çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmede somut olayın özellikleri dikkate alınarak çatışan menfaatlerin mâkûl bir denge içinde olup olmadığı belirlenir[175]. Nitekim Fransız hukukçu *Guy Braibant,* ölçülülük ilkesininin sahip olduğu fonksiyonu ve

[173] Bu sorular için bkz. Metin, s. 32.
[174] Metin, s. 37. Ayrıca bkz. Eren, s. 96.
[175] Metin, s. 38.

hizmet ettiği amacı "*sineğin çekiçle ezilmemesi*" şeklindeki benzetme ile ifade etmiştir[176]. Bu anlamda orantılılık ilkesi değerlendirilirken şu soru ve sorunların cevabı aranmalıdır[177]:

(1) *Başvurulan tedbirle ne gibi dezavantajların ortaya çıkmasına engel olunuyor?* Yukarıda özel hayatın veya ticarî sırların korunması konusunda vermiş olduğumuz örnekten devam etmek gerekirse, karşı tarafın birtakım hukuken korunmaya değer menfaatleri için duruşmalar, tahkikat işlemleri veya birtakım deliller hakkında mahkemenin gizlilik kararı vermesi, diğer tarafın bilgisi olmaksızın tahkikatın yürütülmesine imkân vermekte; böylece karşı tarafın özel hayatınına ilişkin değerlerin / ticarî sırlarının ifşa edilmesine, bu bilgilerin üçüncü kişilere aktarılmasına ve özellikle de ispat hakkına sahip tarafın bu bilgilere erişmesini engellemektedir.

(2) *Başvurulan tedbir ne gibi dezavantajlara yol açmaktadır?* Yukarıdaki örnekte gizlilik kararı verilmesi, tarafların ve ilgililerin doğrudan doğruya dava dosyasını ve içeriğindeki belgeleri inceleme imkânını kaldırdığı için ispat hakkına ciddi bir müdahâle getirmektedir.

(3) *Her iki dezavantaj birbirleriyle değerlendirilir ve menfaat çatışmasının makûl bir denge üzerine oturtulup oturtulmadığı belirlenir.* Bu durumda bir taraftan ispat hakkını kullanmak isteyen kişinin hukukî dinlenilme, bilgilenme, açıklama hakkı, eşit silâhlarla yargılanma hakkı gibi pek çok temel hakkının ihlâli tehlikesi bulunmakta; buna karşılık alınabilecek gizlilik kararına ilişkin önlemle diğer tarafın özel hayatına ilişkin bilgilerin veya ticarî sırrının, üçüncü kişiler nezdinde öğrenilmesine engel olunmaktadır. Bu konuda taraf menfaatleri değerlendirildiğinde, gizlilik kararı ile kişinin özel hayatına yapılan makûl bir müdahâle, diğer tarafın ispat hakkının tamamen kullanılmaz hâle getiren dezavantajlı durumun bertaraf edilmesini sağlayabilmektedir. Başka bir anlatımla ilk durumda (*karşı tarafın dâhili olmadan ispat sürecinin sonuçlandırılması yönteminde*) kişinin ispat hakkı ortadan kaldırılırken -*hakkın özüne müdahâle edilirken*-, ikinci durumda (*kısmî gizlilik kararı ile o delilin incelenmesi yönteminde*) kişinin ispat hakkını kullanmasına imkân verilmekte, buna karşılık diğer tarafın özel hayatına ufak çapta müdahâlede bulunulmakla birlikte hâkimin güvencesi ile özel hayatına ilişkin bilgiler koruma altına alınmaktadır. Bu menfaatler değerlendirildiğinde ispat hakkını kullanacak tarafı tahkikat ve ispat sürecinin dışına itmektense, kısmî bir gizlilik kararı ile mâkûl ölçüde ispat hakkını kullanmak isteyen tarafa bilgi ve delil sağlanması menfaatler dengesine çok daha uygun bir çözüm olarak görünmektedir.

Orantılılık ilkesinin değerlendirilmesi ve bu çerçevede ölçülülük denetiminin somut olayda gerçekleştirilmesi, kolay bir mesele değildir. Bu anlamda somut uyuşmazlıkta öncelikle ölçülülük ilkesinin yardımıyla menfaatleri dengeleyecek organ, soyut anlamda *kanunkoyucu*; sonrasında ve somut anlamda ise *hâkimdir*. Bu sebeple

[176] Metin, s. 20.
[177] Metin, ss. 38-39.

hâkim ispat hakkının terazinin bir tarafında bulunduğu her ön sorunda, tarafların menfaatlerini dengelemek ve ölçülü, makûl bir hukukî değerlendirme yapmak zorundadır.

Menfaatlerin dengelenmesi konusu bazı örneklerle somutlaştırılabilir: Yukarıda da değindiğimiz üzere yargılamanın taraflarının ve üçüncü kişilerin, ticarî sırlarının ifşasını gerektirdiği durumlarda delil ibrazından kaçınma hakları Hukuk Muhakemeleri Kanunu tarafından kabul edilmiştir (örneğin HMK m. 220/3 ve 221/3)[178]. Uyuşmazlık konusunun bir alacak olduğunu, taraflardan birinin ödemeyi banka aracılığıyla gerçekleştirmiş olduğunu ve buna ilişkin de iddiasını somutlaştırmak amacıyla banka kayıtlarına dayanmış olduğunu varsayalım. Banka kayıtları soyut anlamda ticarî sır kavramı içerisinde kabul edilse dahi, bu uyuşmazlıkta bankanın ticarî sırrına dayanarak delil ibrazından kaçınmasında dar anlamda ölçülülük ilkesi zedelenir. Böyle bir durumda mahkemenin, bankaya ticarî sırlarının korunması amacıyla delil ibrazından kaçınma hakkı tanıması, anayasal bir hak olan ispat hakkını ihlâl eder ve mahkemenin, her somut olayda gözetmesi gereken menfaat dengesini değerlendirmediğini gösterir. Zira menfaatler dengesi açısından değerlendirildiğinde, bankanın ticarî sırrının ifşası anlamına gelen sadece bir mudisine ilişkin hesap hareketlerini mahkemeye ibraz etmesinin, kendisine bir zarar vermediği açıktır. Buna karşılık mahkemenin aksi yönde bir karar vermesi, iddiasını sadece banka kayıtları ile ispatlayabilecek taraf için ispat hakkını tamamen kullanılamaz hâle getirir ve bu anlamda âdil yargılanma hakkı mutlak olarak ihlâl edilmiş olur. Bu iki menfaat değerlendirildiğinde, bankanın ticarî sırrına dayanarak kayıtlarını ibrazdan çekinmesi, ölçüsüz bir önlem alınması anlamına gelir.

Hâtta verilen bu örneğin, ispat hakkının tesisinde menfaat dengesinin mahkeme tarafından sağlanmasının önemine vurgu yapmak için biraz daha uç noktalara götürülmesi mümkündür. Şöyle ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, delil ibrazında bulunulan tarafın, ibraz ettiği delilin kendisi için suç soruşturması başlatılmasına sebebiyet verecek olması hâlinde üçüncü kişinin delil ibrazından kaçınabileceğini düzenlemektedir (HMK m. 221 atfı ile HMK m. 250/1, b). Yukarıda vermiş olduğumuz alacağa ilişkin uyuşmazlıkta, borçlunun ödeme vakıasının ispatı için yine banka kayıtlarına dayanmak istediğini; ancak gerçekte bankanın vergi kaçakçılığına ilişkin

[178] Ayrıca bu konu ileride ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 19.

fiilinin ortaya çıkacağı düşüncesi ile banka kayıtlarını ibraz etmekten kaçınma hakkını kullandığını varsayalım. Burada esasında belki de ödeme yapmış olmasına rağmen kendisine karşı haksız olarak dava açılmak suretiyle yargılamaya ve mahkemelere getirilmek zorunda bulunan borçlunun iddiasını -*ödeme vakıasını*- ispat etme ve bu anlamda ispat hakkını kullanma menfaati karşısında, bankanın, davalı tarafın ispat hakkını kullanabilmesi için gerekli olan ispat aracını, vergi kaçakçılığının ortaya çıkmaması ve bu sebeple suç soruşturması ile karşı karşıya kalmaması için kaçınma menfaati bulunur. Bu durumda mahkemenin, bankanın delil ibrazından kaçınma talebini Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 221'in atfı ile m. 250'ye dayanarak kabul etme yetkisi bulunmakta ise de, mahkemenin vereceği bu karar menfaatler dengesini göz ardı eden ve bu sebeple de âdil yargılanma hakkını mutlak olarak ihlâl eden bir karar olacaktır.

Başka bir örneği yine ticarî sırların ifşası üzerinden, fakat bu sefer üçüncü kişilerin değil tarafların delil ibrazı muafiyetinden kaçınma hakları üzerinden vermek mümkündür. Kanun'da açıkça belirtilmemekle birlikte tarafların ticarî sırlarının ifşasını gerektiren delil ibrazı taleplerinden kaçınabilecekleri genel olarak kabul edilmektedir. Haksız fiilden kaynaklanan bir davada, davacı tarafın, davalı otomobil üreticisine tazminat davası açtığını ve bu davada kendi kusuru olmaksızın otomobilinin bir anda alev alması vakıasına dayandığını varsayalım. İspat yükü altında bulunan davacı tarafın ispat hakkını kullanabilmesi, ancak davalı otomobil üreticisinin, otomobilin üretim sürecine ilişkin birtakım bilgileri yargılamaya getirebilmesi ile gerçekleşebilir. Öyle ki davacının, karşı tarafın kusurunu ispat edebilmesi için otomobilin hatalı üretilmiş olduğunu ispat etmesi ve bunun da ancak üretim sürecinin yargılamada incelenmesi yolu ile mümkün olduğu dikkate alındığında, otomobil üreticisinin, ticarî sır sebebine dayanarak karşı tarafın ispat hakkını kullanmasını imkânsız hâle getirmesi, menfaatler dengesini bertaraf edecek bir taleptir. Şüphesiz ki, burada yapılacak incelemede otomobilin üretim sürecinin tüm ayrıntılarının yargılamaya getirilmesi de, davalı tarafın ticarî sırlarının korunmaması anlamına gelecektir. Burada menfaatler dengesine uygun, mâkul bir yol teknik bilirkişi vasıtası ile otomobilin birden alev almasına sebebiyet veren üretim hatasının incelenmesine yönelik ispat aracına başvurmak olacaktır. Bu şekilde gerek davacı tarafın ispat hakkını

kullanması imkânsız hâle gelmeyecek gerekse davalı tarafın ticarî sırlarının tamamının yargılamaya getirilmemiş olması sağlanabilecektir.

Aksi yönde bir örnekle durumu somutlaştırmak da mümkündür: Tamamen orjinal bir yöntemle ekektrik süpürgesi üretmiş olan bir kişinin, aynı yöntemin kendi rızası hilâfına kullanılmak suretiyle aynı malın üretildiği iddiası ile tazminat davası açmış olduğunu varsayalım. Burada davacı taraf hukuka aykırılığın tespiti ve zararının tazmini için kendi ticarî sırrını yargılama sürecine getirmiş ve ifşa etmiştir. Bu durumda davalı tarafın kendi ticarî sırrına dayanarak delil ibrazından kaçınma talebinin mahkeme tarafından kabul edilmesi, menfaatler dengesini gözardı edebilecek ve karşı tarafın ispat yükünü yerine getirmesi konusunda ölçüsüz ve gereksiz bir ispat güçlüğü yaratacaktır. Zira davacı taraf ispat hakkını kullanabilmek amacıyla kendi ticarî sırrından kısmen de olsa yargılama sürecinde feragat etmiş ise, karşı tarafın bundan kaçınması hakkaniyete ve menfaat dengesine uygun olmayacaktır.

Yukarıda vermiş olduğumuz örneklerin önemli bir kısmında menfaat dengesi ihlâllerine sebebiyet verebilecek delil ibrazı kararlarının kanunî dayanakları bulunmaktadır. Ne var ki, kanunî dayanağının bulunması, mahkemenin yukarıdaki örneklerde verilen ön sorunlar hakkında vereceği kararları tek başına meşru hâle getirmemektedir. Bu durumda yukarıda belirtmiş olduğumuz sorular çerçevesinde bir ölçülülük denetimi yapılması ve bunun neticesinde varılan değerlendirmeye göre deliller hakkındaki ön meseleler için karar verilmesi gerekir. Aksi durumda ispat hakkı sınırlamalarının konusunu oluşturduğu ön meseleleri çözüme kavuşturmak oldukça güçleşebilecektir. Yargılama sürecinde ispat prosedürü, yoğun bir şekilde bir yanda ispat hakkını diğer yanda da kanunî ve hâtta anayasal dayanakları bulunan başka menfaatlerin sıklıkla çatışabildiği bir gerilim alanıdır. Bu gerilim alanında, hâkimin kimi zaman delillere ilişkin verdiği kararlar, nihaî olarak yargılamada âdil bir karara ulaşılmasını sağlayacaktır. Dolayısıyla hâkimin ispat hakkına temas eden her bir ön sorunda menfaatler dengesine uygun bir değerlendirme yapması, ispat hakkının yargılama sürecinde gerçek anlamda tesisi için şarttır. Hâkimin salt kanunu uygulaması, çoğu zaman menfaatler dengesini gözeten kararlar verilmesini ve nihaî olarak da ortaya âdil bir karar çıkarılmasını tek başına sağlamayacaktır. Bu sebeple hâkim her somut olayın özelliğine göre menfaatler dengesini sağlamalı ve ispat hakkını öl-

çüsüz müdahâlelerden korumalıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere *menfaatleri dengeleyecek organ, soyut anlamda kanunkoyucu, somut anlamda ise hâkimdir*.

E. İspat Hakkının Tesis ve Temininde Ölçülülük İlkesinin Uygulanmasına Örnek: SchZPO m. 156

SchZPO m. 156 ispat hakkının sınırlandıracak şekilde delil ibrazında *korunmaya değer menfaatlerin güvenceye alınmasını (Wahrung schutzwürdiger Interessen)* düzenlemektedir. Buna göre mahkeme, *delillerin toplanmasının (Beweisabnahme)*, tarafların veya üçüncü kişilerin özellikle *işletme sırları (Geschäftsgeheimnis)* gibi *korunmaya değer menfaatlerini (die schutzwürdigen Interessen)* tehlikeye düşürmesi hâlinde *gerekli tedbirleri (die erfordlichen Massnahmen)* alır. Bu madde tarafların delil ibrazından kaçınmasını ucu açık bırakan ve bu konuda hâkime takdir yetkisi tanımayı hedefleyen bir düzenlemedir. Esasen İsviçre hukukunda tarafların ve üçüncü kişilerin delil ibrazından kaçınma hakları özel hükümler çerçevesinde ve ayrıntılı şekilde SchZPO m. 160-168 arasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere rağmen, aynı amaca hizmet etmek üzere ayrıca SchZPO m. 156 da kanunî zemine oturtulmuştur. Böylece aynı amaca hizmet etmek üzere iki farklı hukukî araç bulunur. SchZPO m. 156 kuralına, çekinme hakkının varlığını ispat konusunda güçlük yaşayan tarafların ve üçüncü kişilerin başvurabileceği kabul edilir[179]. Dolayısıyla taraflar ve üçüncü kişiler, SchZPO m. 160-168 arasında düzenlenen çekinme hakkından yararlanamayacaklarında, SchZPO m. 156 hükmüne başvurabilecekler ve mahkeme bu yönde gerekli tedbirleri alabilecektir.

Madde ile ilgili olarak dikkat çeken ilk nokta, İsviçre kanunkoyucusunun öncelikle birtakım menfaatlerin tehlikeye düşmesi ihtimâline karşılık alınabilecek önlemler konusunda takdir yetkisini mahkemeye vermiş olmasıdır. Dolayısıyla alınacak önlemlerin türüne, takdir yetkisine göre karar verecek olan davayı gören mahkemedir. Alınabilecek tedbirler üzerinde birazdan durulacaktır. İkinci olarak, maddenin uygulanabilmesi için sınırlayıcı bir sayım yapılmamış; korunacak menfaat açısından işletme sırları örnek gösterilmiştir. Öğretide bu madde kapsamında korunacak menfaatler içerisinde *tarafların veya üçüncü kişilerin kişilik haklarının korunması (Persönlichkeitsschutz der Parteien und Dritten)*[180], *devletin korumaya değer menfaatleri*

[179] Göksu, s. 338.
[180] Brunner ve diğerleri, Art. 156, N. 6. Bu konuda ayrıca bkz. Göksu, s. 338.

(staatliche Schutzinteressen) kabul edilmektedir[181]. Bununla birlikte maddenin somut, elle tutulur şekilde tarafların veya üçüncü kişilerin menfaatlerinin tehlike altında bulunması gerektiğini kabul etmektedir; soyut bir tehlikenin varlığı, tedbir alınmasını gerektirmeyecektir[182].

Maddede belirtildiği üzere mahkemenin "*gerekli (erfordlichen)*" tedbirleri alması gerekir[183]. Bu ifade ile kanunkoyucunun ispat hakkının *sınırlanmasında ölçülülük ilkesini* uyguladığı görülmektedir. Nitekim İsviçre öğretisinde SchZPO m. 156'da belirtilen tedbirlere karar verilirken, mahkemenin *ölçülülük ilkesine uygun koruma tedbirleri (Die Verhaltnismassigkeit der Schutzmassnahmen)* almak zorunda olduğu açıkça kabul edilir[184]. Nitekim İsviçre kanunkoyucusu, madde gerekçesinde de özellikle alınacak tedbirlerin ölçülü ve gerekli olmasını vurgulamıştır[185]. Bu hâliyle SchZPO m. 158 kuralı, ispat hakkının sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesinin uygulanması konusunda örnek bir düzenlemedir. Bu kapsamda mahkemelerin ölçülülük ilkesine uygun alabileceği tedbirler ise öğretide şu şekilde belirlenmektedir:

1. *Tarafın dosyayı inceleme hakkının (das Akteneinsichtsrecht)* konu, yer veya kişi itibariyle sınırlandırılması[186],
2. İtiraz edilen belgelerin, kopya alınırken gizlenmesi veya karartılması[187],
3. *Keşfe katılımın (die Teilnahme am Augenschein)* sınırlandırılması veya tamamen kaldırılması[188],
4. *Tanığın sorgulanmasında (Zeugeneinvernahmen)* alenîyetin kaldırılması[189],
5. *Patent yargılamasında (Patentprozessen)* olduğu gibi, taraflardan birisince ibraz edilen *imalât sırlarını (Fabrikationsgeheimnis)* içeren *teknik dökümanların (technische Unterlagen)* diğer tarafın yokluğunda mahkemece bizzat incelenmesi[190],
6. Yalnızca ispatın sonuç kısmının özeti ayrılarak dava dosyasında ulaşılabilir hâle getirilmesi[191],

---

[181] Brunner ve diğerleri, Art. 156, N. 6.
[182] Brunner ve diğerleri, Art. 156, N. 8.
[183] Brunner ve diğerleri, Art. 156, N. 13. Bu önlemin alınabileceği Gerekçe'de de belirtilmiştir. Bkz. Botschaft ZPO, s. 7314.
[184] Brunner ve diğerleri, Art. 156, N. 14.
[185] "... Die Schutzmassnahmen müssen jedoch verhältnismässig sein und sind auf das Erforderliche zu beschränken." (Botschaft ZPO, s. 7314).
[186] Brunner ve diğerleri, Art. 156, N. 13.
[187] Brunner ve diğerleri, Art. 156, N. 13. Ayrıca bu yönde bkz. Göksu, s. 339.
[188] Brunner ve diğerleri, Art. 156, N. 13. Bu önlemin alınabileceği Gerekçe'de de belirtilmiştir. Bkz. Botschaft ZPO, s. 7314.
[189] Brunner ve diğerleri, Art. 156, N. 13.
[190] Brunner ve diğerleri, Art. 156, N. 13. Ayrıca bu yönde bkz. Göksu, s. 339.

7. *Çok ekstrem durumlarda (in Extremfall),* eğer *sır saklama menfaati (Geheimhaltungsinteresse)*, *gerçeğin ortaya çıkarılması menfaatine (das Interesse an der Wahrheitsfindung)* ağır basarsa, o delilin toplanmasından (o delile başvurulmasından) vazgeçilmesi[192].

Ölçülülük ilkesinin uygulanmasıyla ilgili alınabilecek bu önlemlerin ise bazıları ispat hakkına önemli ölçüde müdahâle teşkil etmektedir. Bu yönüyle, özellikle -*Türk hukuku*- bakımından bu tedbirlerin uygulanması sorun teşkil edebilecektir. Bununla birlikte sayılan tedbirlerde önem arzeden bir nokta kanaatimizce, 7. numarada belirtilen tedbirdir. Öğretide bu tedbirin uygulanması adetâ *son çare (ultimo ratio)* olarak kabul edilir ve bu ekstrem durumda dahi, varılan en uç nokta o delile dayanılmasından vazgeçilmesidir. Dolayısıyla, İsviçre hukuku bakımından örneğin ticarî sırrın korunması için ne pahasına olursa olsun, ticarî sırrı içeren delili, karşı taraftan gizlemek suretiyle yargılamaya getirmek amaçlanmaz. Bunun yerine o delile dayanmaktan vazgeçilmesi de, makûl ve ölçülü bir tedbir olarak nitelendirilir. Bu değerlendirmeler, özellikle ticarî sırların korunması pahasına gizli yargılama yapılması konusundaki görüşlere karşı önemli argümandır.

VIII. HAKKIN ÖZÜNE DOKUNMA YASAĞI

A. Hakkın Özü Kavramı

İlk olarak kısaca Anayasa'da sözü edilen *hakkın özü* üzerinde hem gelişimsel hem de kavramsal olarak kısaca durmak gerekir. Zira ispat hakkının özü belirlenirken *doğrudan doğruya* hakkın özü kavramının anayasal anlamından hareket edilecektir. 2001 Anayasa değişiklikleri ile sınırlamanın sınırı olarak demokratik toplum düzeninin gereklerinin yanında "öze dokunma yasağı"nın getirilmesi ("çifte korse") ve böylece sınırlama rejiminden özgürlükleri koruma rejimine geçiş, 1982 Anayasası'nda kabul edilen en köklü değişikliklerden biri olarak değerlendirilir[193] ve temel hakların sınırlanması rejiminde çok önemli bir fonksiyon yüklenir.

Hakkın özüne dokunma yasağı, başka bir ifade ile temel hakların ve özgürlük-

---

[191] Brunner ve diğerleri, Art. 156, N. 13. Ayrıca bu yönde bkz. Göksu, s. 339.

[192] Brunner ve diğerleri, Art. 156, N. 13.

[193] Hatta bu kavram olmadan geçirilen 20 yıl boyunca ölçütün eksikliğinin çok defalar dile getirildiği ifade edilmekte ve 2001 Anayasa değişiklikleri ile kavramın tekrar Anayasa metnine kazandırılmasının önemi şu ifadelerle çarpıcı şekilde vurgulanmaktadır: "Bununla [*hakkın özü kavramının tekrar Anayasa metnine dâhil edilmesiyle*] ülke anayasacılığı, kendisine kaybettirilmiş olan değerlerden birini daha bunca yıl aradan sonra yeniden kucaklama durumuna gelmiştir." (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 153). Anayasal değişikliğin temelinde, Avrupa Birliği'ne uyum sağlama çabası zikredilmektedir (Yüzbaşıoğlu, s. 344). Bu konuda ayrıca bkz. Eren, s. 97.

lerin özüne dokunmama ilkesine göre, bir temel hak ve özgürlük kural olarak sınırlandırılabilecek, ancak sınırlandırılırken dahi temel hakkın veya özgürlüğün tamamı ortadan kaldırılamayacak; bu temel hakkın ve özgürlüğün sınırlandırılmamış bir "*özü*" mutlaka kalacaktır[194]. Bir başka ifadeyle bir hakkın veya özgürlüğün özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu özgürlüğü anlamsız kılacak olan aslî çekirdeğidir[195]. Anayasa Mahkemesi de, hakkın özü konusunda benzer esasları çıkış noktası olarak almaktadır:

> "Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir. Ancak bu durumda sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu söylenebilir."[196]

Hakkın özü kavramının önemine rağmen, aynı zamanda yoruma açık, tespiti zor olan bir kavram olması sebebiyle de eleştirilmektedir[197]. Hâtta temel hakların sınırlandırılmasında somut bir ölçü norm olarak kabul edilmesini, anayasa hukuku öğretisinde sert bir şekilde eleştirenler de bulunur[198]. Buna karşılık özellikle *demokratik toplum düzeninin gereklilikleri* kriteri ile karşılaştırıldığında, *hakkın özü* kriterinin temel hakların korunması açısından çok daha önemli bir güvence sağladığı da kabul edilir[199].

B. İspat Hakkı Bakımından Hakkın Özü

1. Türk Hukuku Bakımından

Hakkın özü kavramı, yukarıda belirtildiği üzere anayasal sınırlama rejimine tâbi bir terimdir ve temel hakların sınırlanmasında başvurulan bir araçtır. Ancak kanaatimizce *hakkın özü* bir sınırlama ölçütü değil, diğer sınırlama ölçütlerinin denetimi neticesinde *temel haktan geriye kalan değerler bütünüdür.* Başka bir ifadeyle özel sınırlama sebeplerine dayanarak kanun ile Anayasa'nın ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gerekliliklerine uyum sağlayan, ölçülülük ilkesinin

---

[194] Sağlam, Hakkın Özü, s. 158. Bu konuda ayrıca bkz. Eren, ss. 97-98; Gözler, Anayasa Hukuku, ss. 552-553; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 153.

[195] Sağlam, Temel Hakların Özü, s. 158. Bu konuda ayrıca bkz. Eren, ss. 97-98; Gözler, Anayasa Hukuku, s. 553; Özbudun, s. 117.

[196] AYM 26.12.2013, 67/164 (RG 27.3.2014, S. 28954). Aynı yönde bkz. AYM, 10.10.2013, 6/111 (RG 9.5.2014, S. 28995).

[197] Bu konuda bkz. Özbudun, s.117.

[198] Gözler, Anayasa Hukuku, s. 553.

[199] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 151.

süzgecinden geçirildikten sonra temel haktan geriye kalan değerler, o temel hakkın *özünü* oluşturur. İşte ortaya çıkan bu *değerler bütününe*, yani *hakkın özüne* yapılan müdahâle de *hakkın ihlâli* olarak nitelendirilecektir[200]. Nitekim Alman anayasa hukuku öğretisinde de, ölçülülük ilkesi, öze dokunma durumunun olup olmadığını tartma noktasına varmadan önce, getirilen sınırlamaların hukuka uygunluğu denetimini yapmak için başvurduğu bir araçtır[201]. Gerçekten de hakkın özü kriteri, sınırlama rejiminde ölçülülük denetiminden geçildikten sonra başvurulacak son halkadır[202]. Şimdi bu değerlendirme sonucumunuzun, temelleri ve somut örnekleri üzerinde durmak isteriz.

Hakkın özü kavramı 1961 Anayasası'nda ölçülülük ilkesinin yerine kullanılan bir kavramdı ve Anayasa Mahkemesi tarafından da çok sık başvurulan bir sınırlama aracıydı[203]. 1982 Anayasası ise, 2001 Anayasa değişikliğine kadar hakkın özü kavramına yer vermemişti[204]. Kavramlar arasında bu gidiş geliş trafiği sebebiyle, Anayasa Mahkemesi pek çok kararında demokratik toplum gereklilikleri kavramını kullanırken, hakkın özü kavramını destek norm olarak kullanma eğilimi göstermiştir[205]. Gerçekten de pek çok temel hakkın temin ve tesisinde bu kavramların birbirinden tam olarak ayrılması da güçlük arzedebilir. Yine de ispat hakkı açısından konunun içinden çıkılmaz bir durumda olduğu kanaatini taşımamaktayız. Zira kavramın ispat hakkı açısından netliği, bizatihi kavramın neyi ifade ettiğinin ortaya konulmasıyla somutlaşır. Hakkın özünden ne anlaşılması gerektiği 1961 Anayasası yürürlükteyken

---

[200] Bu sebeple ispat hakkının ihlâli konusu, anayasal denetime ilişkin açıklamalardan sonra konuyla bağlantısı sebebiyle birazdan ele alınacaktır (bkz. aşa. Dördüncü Bölüm)

[201] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 154.

[202] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 155. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, temel hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, sınırlamanın amaç ve sebebine göre değil, sınırlamadan sonra o temel haktan geriye ne kaldığına bakarak belirlemek gerekir (Eren, s. 99).

[203] Soysal, İnsan Hakları, s. 45; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 153. 1982 Anayasası'nda ise, *hakkın özü* kavramı, kavrama Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer verilmediğinden, bir sınırlama ölçütü olmaktan çıkarılmış; bu kavram yerine demokratik toplum gerekleri ölçütü sınırlama rejimine dâhil edilmişti (Soysal, İnsan Hakları, s. 45).

[204] Aliefendioğlu, s. 156.

[205] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 153. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, kuruluşundan itibaren hak ve özgürlüklerin özünün belirlenmesinde "hakkın kullanılabilir" durumda kalmasını ölçü olarak kullanmış; 1982 Anayasası'nın ilk hâlinde bu kavrama yer verilmemiş olsa dahi, Mahkeme, demokratik toplum düzeninin gerekleri kapsamında "öze dokunmama" ile ilgili görüşlerini geliştirerek devam ettirmiştir (*bu konuda bkz.* Aliefendioğlu, ss. 156-157).
Demokratik toplum düzeninin gerekleri ile öz ilkesinin uzlaştırılması ve etkileşimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, ss. 99-106.

sahip olduğu yoğun uygulama alanı neticesinde, hukuk sistemimizdeki ifade şekli şu şekilde yerleşmiştir:

> "*Bir hak ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü şekilde kullanılmaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı*" olan sınırlamalar öze dokunmuş sayılır[206].

Bu ölçüt içerisinde ispat hakkı açısından kanaatimizce önem kazanan kavram, *ispat hakkını tamamen kullanılmaz hâle getiren* ve *amacına ulaşmasını engelleyen* ifadeleridir. Bu çerçevede tarafların herhangi bir şekilde delil sunmasını engelleyici, lehine hüküm elde edebilmek için âdil şekilde ispat faaliyetini sürdürmesini engelleyici tüm sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Bu kapsamda bakıldığında, tarafların delil sunmaları için birtakım süreye ilişkin sınırlamalara tâbi olması dahi, hakkın özünü etkileyen bir müdahâle olarak değerlendirilebilir. Belirttiğimiz bu son örneği anayasal meşruluk zeminine oturtan ölçüt, *ölçülülük ilkesi*dir. Burada yukarıda belirttiğimiz sınırlama ölçütleri sonucunda, hakkın özüne müdahâle edilip edilmediği açığa çıkmaktadır. Başka bir ifade ile ispat hakkına yönelen bir müdahâle, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ve özellikle de ölçülülük ilkesinin denetim süzgecinden geçirildikten sonra, geriye kalan alan artık hakkın özüdür ve bu alana yapılan müdahâle ile hak ihlâl edilmiş demektir. Yukarıda vermiş olduğumuz örneğe dönecek olursak, delil ibrazı için taraflara 7 günlük süre tanınmış olduğunu varsayalım. Bu süre, ölçülük ilkesinin de denetiminden geçtikten sonra makûl bir süre olarak nitelendirilebiliyorsa, delil ibraz etme süresinin 7 güne inhisâr ettirilmiş olması, hakkın özüne müdahâle teşkil etmemektedir.

Böyle bir yorum yöntemine başvurulabilmesinin temel gerekçesi, Anayasa'nın belirlemiş olduğu *kadameli sınırlama sistemi*nin bizatihi kendisidir. Kadameli sınırlama sistemi ile Anayasa'da sınırlama ölçütleri arasında organik bir bağ kurulur. Her sınırlama ölçütüne başvurulmasında âdeya dış çemberden, içe doğru bir denetim yapılır ve nihâyetinde diğer sınırlama ölçütlerinin denetiminden kalan çekirdek, o hakkın özünü oluşturur.

Bu çerçevede *hakkın özü* kavramının, ispat hakkı açısından özellik arzeden iki farklı yönü üzerinde durulmalıdır. *İlk olarak* hakkın özü kavramı, *ispat hakkı ihlâlinin tespiti* açısından hem bir başvuru aracı hem de varılan bir sonuçtur. Yukarıda ifa-

[206] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 153.

de ettiğimiz üzere, kişilerin ispat hakkını kullanmalarına engel olacak şekilde hakkın özüne müdahâle eden her hukukî düzenleme, işlem veya karar hak arama özgürlüğünü ihlâl edecektir. Böyle bir ihlâli tespit edebilmek için anayasal sınırlama ölçütlerinin süzgecinden geçirildikten sonra geriye kalan *değerler alanına*, yani *hakkın özüne* söz konusu düzenleme ile müdahâle edilip edilmediği belirlenmelidir. Örneğin taraflar arasında "*Bu sözleşmeden doğan her türlü uyuşmazlıkta borçlu taraf delil gösterme hakkından feragat etmektedir.*" veya "*Bu sözleşmeden doğan bütün uyuşmazlıklar sadece senetle ispat edilebilir.*" şeklindeki herhangi bir -*kanunî veya iradî*- düzenleme ispat hakkının özüne müdahâlede bulunmaktadır.

İkinci olarak ise, hakkın özü kavramı, *ispat hakkının diğer temel haklarla çatışması hâlinde* başvurulacak bir ölçüt olarak karşımıza çıkar. Zira ispat hakkı uğruna başka bir temel hakka yapılan bir müdahâle, bu sefer çatışma içinde bulunulan diğer temel hakkın özüne müdahâle teşkil ediyorsa, bu ölçüt bir sınırlama aracı olarak tekrar karşımıza çıkar. Fakat bu sefer *ispat hakkı*nın değil, *korunmaya değer diğer temel hakkın* özü, sınırlamanın sınırını çizer. Örneğin kanunda "*Kişiler, iddialarını ispatlayabilmek için aile fertlerinin ve iş arkadaşlarının her türlü mektuplarına, elektronik postalarına, kişisel yazışmalarına mahkemede delil olarak dayanabilirler.*" veya "*İş sözleşmesinin haksız feshedilmediğini işveren, işçinin kişisel bilgisayarındaki her türlü veri ile ispatlayabilir.*" veya "*Boşanma sebibinin ispatı için eşler, ortak konutta elde edilmiş kişisel bilgi, ses veya görüntü kaydından yararlanabilirler.*" şeklinde düzenelemeler öngörülecek olsa, bu düzenlemeler hiç tereddütsüz özel hayatın korunması temel hakkının özüne ölçüsüz şekilde müdahâlede bulunduğundan, Anayasa'ya aykırılık teşkil eder.

İspat hakkının özüne yapılan müdahâle konusunda üzerinde durulması gereken son nokta, müdahâlenin *az* veya *çok* yapılmasının ihlâli etkileyip etkilemeyeceği meselesidir. Daha açık bir anlatımla, buraya kadar üzerinde durduğumuz sınırlama ölçütlerinin süzgecinden geçirildikten sonra geriye *hakkın özüne ilişkin bir dokunulmaz alan* belirdi. Bu alan *hakkın özü* olarak nitelendirildi. Peki bu *dokunulmaz, öz, çekirdek* alana az veya çok müdahâlede bulunması ispat hakkının ihlâlinin belirlenmesi açısından önem arzeder mi? Bu sorunun önem kazanmasının temel sebebi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesidir. Bu maddeye göre, taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını *imkânsız kılan* veya *fevkalâde güçleştiren* delil sözleşme-

leri geçersizdir (HMK m. 193/2). Bu maddede sözü edilen "ispat hakkının kullanımının *imkânsız kılınması*",ispat hakkının "özüne müdahâle teşkil eden" şeklinde anlaşılmalıdır. O hâlde, "*fevkalâde güçleştiren*" terimi ile hakkın özüne *birazcık* müdahâle edilmesi midir? Gerek öğretide gerek madde gerekçesinde gerekse yargı içtihatlarında her iki kavramın arasında bir fark olup olmadığı, bu kavramların nasıl yorumlanması gerektiği konusunda açıklık yoktur. Bu durumda da, kanunkyucunun bu iki farklı kavramı kullanmayı tercih etmesinin özel bir sebebi olup olmadığı, kanunkoyucunun *fevkalâde güçleştiren* ifadesi ile ispat hakkına biraz müdahâle edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir.

Burada kanaatimizce ispat hakkının "*az*" veya "*çok*" ihlâl edilmesi söz konusu değildir. Zira bir temel hak, yapılan bir müdahâle ile ya "*sınırlanır*" ya da "*sınırlanmaz*"; bir temel hakkın *az* veya *çok* sınırlandırılmış olması, temel haklar öğretisinin tanıdığı bir kavram değildir ve böyle bir sınırlama derecesine anayasa hukuku öğretisinde de rastlanamamıştır. Dolayısıyla yapılan müdahâle sonucunda şayet ispat hakkının "*sınırlandırılmış*" olduğu sonucu çıkıyorsa, bu durumda yapılan müdahâlenin yukarıda belirtmiş olduğumuz ölçütler çerçevesinde "*temel hakların sınırlandırılması rejiminin denetimi*"ne tâbi tutulması gerekir.

2. İsviçre Hukuku Bakımından

Esasında ispat hakkının anayasal denetimi konusunda karşılaştırmalı hukukla yapılacak bir kıyaslamanın bizi doğru bir değerlendirmeye götüremeyeceğini; hukuk sistemleri arasında ispat hakkının temelini oluştran ispat hakkının anayasal temelinde farklılıklar olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu durumun temel sebebi de, hukuk sistemlerinde kabul edilen anayasal sınırlama rejimi konusundaki ve hak arama özgülüğüne ilişkin düzenlemelerdeki farklılıklardır. Bu sebeple ispat hakkı İsviçre hukukunda da, bizim hukukumuzdaki düzenlemesine benzer şekilde kaleme alınmış olmasına rağmen, anayasal denetim konusunda ortak bir kadere sahip değildir. Buna rağmen İsviçre öğretisinde *Komfel* tarafından ispat hakkının özü konusundaki değerlendirmelerin üzerinde durulması, değerlendirmeye katkı sağlayacak niteliktedir.

Öncelikle İsviçre öğretisinde de, her anayasal hakkın bir özünün bulunduğu belirtilerek ispat hakkının özü açısından dört temel unsurun bulunduğu kabul edilmektedir. Şayet bu dört unsurdan birtanesine müdahâle edecek bir sınırlama getirilirse,

ispat hakkının özünün zedeleneceği kabul edilmektedir[207]. Bu unsurlar dikkate alındığında, ispat hakkının büyük oranda hukukî dinlenilme hakkı ile ilişkilendirildiği tespit edilebilir. Nitekim ispat hakkı sınırlamalarının özü belirlenirken önemli derecede kişilerin yargılamada kendilerini ifade edebilecekleri en önemli haklardan birinin ispat hakkı olduğu, bu yönüyle hakkın hukuk devleti ilkesi ve demokrasinin yargılama sürecinde işlerlik kazanması açısından büyük öneme sahip olduğu belirtilerek bu dört unsur ispat hakkının özü olarak belirlenmektedir[208]. Bununla birlikte hakkın özü ile ilgili yapılan bu değerlendirmelerin, Türk hukuk sistemi açısından tam uygulanabilir olduğu kanaatini taşımamaktayız.

İspat hakkının özünün ilk unsuru olarak ispat yükünü taşıyan tarafın uyuşmazlığa ilişkin tüm ilgili vakıaları ileri sürme ve karşı tarafın da bunlara itiraz (karşı koyma) hakkı olmalıdır. Bu gereklilik bizim hukuk sistemimizde de özellikle hukukî dinlenilme hakkının unsurlarından açıklama hakkı ve elbette bağımsız olarak ispat hakkının ilk gereğidir[209].

İkinci olarak, taraflar uyuşmazlık konusuna ilişkin vakıaları ispat edebilmek için her türlü *akla uygun (rasyonel)* delili getirebilmelidir. Başka bir ifadeyle uyuşmazlık öncesinde kategorik olarak delil tipleri daha baştan ispat sürecinden dışlanmamalı yani sınırlı sayı yasağı (*verbots eines numerus clauses für Beweismittel*) geçerli olmalıdır[210]. Özellikle tarafların ispat hakkı kapsamında uyuşmazlıkla ilgili olan, akılcı delilleri getirebilme hakkı bizim de ispat hakkı kataloğuna dâhil ettiğimiz ve bu anlamda ispat hakkının özünün önemli bir parçası olarak nitelendirdiğimiz bir gerekliliktir[211]. Bununla birlikte delillerde sınırlı sayım (*numerus clauses*)

---

[207] Kofmel, ss. 146-147.

[208] Kofmel, ss. 146-147. *Komfel* tarafından yargılamada demokrasinin sağlanması, hukuk devletinin gereklilikleri ispat hakkının sınırlanması çerçevesinde özel olarak değerlendirilmektedir. Biz bu konuları ispat hakkının sınırlanması sisteminden tamamen soyutlayarak, ispat hakkının güvencesi olarak nitelendirmekteyiz. Kanaatimizce ispat hakkına yönelik sınırlama rejiminde hukuk devletinin fonksiyonu, ancak *demokratik toplum düzeninin* gereklilikleri ve *sınırlamanın Anayasa'nın ruhuna uygun olması gerekliliği* çerçevesinde önem kazanmaktadır.

[209] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. § 5, II, C, 3, b.

[210] Kofmel, s. 147. Örneğin taraflar uyuşmazlık öncesinde bir delil sözleşmesi kadederek "*Bu ilişkiden doğan tüm uyuşmazlıklar sadece ticarî defterler ile ispat olunabilir*" şeklinde bir düzenleme kabul ederlerse, bu hüküm aynı zamanda *delillerde sınırlı sayım yasağına* aykırılık teşkil edeceği için bu yönden *de* geçersiz olur. Bu konu aşağıda delil sözleşmeleri bakımından ayrı bir başlık altında (bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 22), delillerde sınırlı sayım yasağı (bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 20) bakımından ayrı bir başlık altında incelenecektir.

[211] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, C, 2, b, aa.

yasağı kanaatimizce hakkın özünün belirlenmesi konusunda bir ölçüt olmaktan çok, hakkın özüne yapılan müdahâle sonucunda ortaya çıkan bir ihlâl türüdür[212].

İspat hakkının özüne dâhil üçüncü unsur, karşı tarafın veya üçüncü kişilerin korunmaya değer hukukî değerlerini ihlâl etmeyen, objektif ve uygun olan ispat araçlarının vakıanın varlığı veya yokluğu hakkında *hâkimin kanaati oluşuncaya kadar* ibrazını kabul etme (*delillerin kabulünü talep etme hakkı*) şeklinde belirtilmektedir[213]. İlk olarak kanaatimizce burada karşı tarafın ve üçüncü kişilerin korunmaya değer hukukî değerleri, yine bir ispat sınırlaması olarak karşımıza çıkar. Bu durumda da anayasal denetim çerçevesinde bir değerlendirme yapılır, çatışan temel menfaatler, hukukî değerler arasında bir denge sağlanır[214]. Kanaatimizce bu durum da, ispat hakkının özüne dâhil bir unsur olarak değerlendirilemez; fakat ispat hakkının kullanımı karşı tarafın/üçüncü kişilerin değerlerine *ölçüsüzce* saldırı teşkil ediyorsa, bir tür sınırlama olarak karşımıza çıkar. Hâkimin kanaati oluşuncaya kadar delil ibraz etme hakkı ise, özellikle hukuk sistemimizde teksif ilkesi, usûl ekonomisi ve yargısal dürüstlük kuralı ile sınırlanır. Dolayısıyla bu ölçütün de, ispat hakkının sınırlanmasının sonucu olarak nitelendirilmesi gerekirken, ispat hakkının bir unsuru olarak dikkate alınması kanaatimizce yerinde değildir

Son olarak yukarıda belirtilmiş olan üç unsurun esaslarına uygun olarak yürütülen ispat sürecinin sonunda hâkim tarafından dikkate alınma hakkı, ispat hakkının özü bakımından bir unsur olarak belirlenir[215]. Kanaatimizce bu unsur da, ispat hakkı kataloğuna dâhil olan bir haktır ve ispat hakkının özünü oluşturan unsurlardan birisidir.

Bu dört unsurun ispat hakkının içinin doldurulmasında büyük önem taşıdığı şüphesizdir. Bununla birlikte *Komfel*'in bu belirlemesine özellikle bir nokta üzerinden katılma olanağı bulunmaz. Şöyle ki, bu şekilde hakkın özünün *kazuistik olarak* dört unsura indirgeyerek belirlenmesinin ispat hakkının içeriği ile uyumlu olmadığı kanaatindeyiz. Daha açık bir ifadeyle ispat hakkının özü sadece yukarıda sayılan dört unsura indirgenemez. Çalışmamızın ikinci bölümünde ortaya konulduğu üzere, ispat hakkı pek çok ilkeyi ve hakkı bünyesine alan bir haklar kataloğundan oluşan bir de-

[212] Bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 20.
[213] Kofmel, s. 147.
[214] Bu konuda aşağıda ayrıntılarıyla ele alınmıştır. Bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 15.
[215] Kofmel, s. 147.

ğerler bütünüdür. Bu değerler bütününün parçası olan ve ispat hakkı kataloğuna dâhil olan her bir unsur, ispat hakkının özünü oluştrabilir. Bunun için yapılması gereken, yukarıda da üzerinde durulduğu şekilde Anayasa'nın 13. maddesine göre yapılan müdahâleyi anayasal denetimden geçirmek ve geriye kalan özü, çekirdeği ispat hakkının da özü olarak kabul etmektir.

§ 15 İSPAT HAKKI İLE ÇATIŞAN TEMEL HAKLAR (TEMEL HAKLAR ÇATIŞMASI) VE KAMU MENFAATİ

I. TEMEL HAKLAR ÇATIŞMASI

A. Sorunun Ortaya Konulması

1. Genel Olarak

Daha önceki açıklamalarımızda ispat hakkının temelinin -*ispat yükü gibi*- maddî hukuk normuna değil, bizatihi Anayasa'nın kendisine ve uluslararası sözleşmelere dayandığını ifade etmiştik. İspat hakkı özellikle temelini hukuk devleti ilkesi, hak arama özgürlüğü, eşitlik ilkesi, âdil yargılanma hakkı gibi yargısal birtakım temel haklara ve ilkelere dayandırmaktadır. İspat hakkının sahip olduğu hukukî nitelik, beraberinde başka tartışmaları da gündeme getirmektedir. Yüzyılımızda uluslararası kuruluşların, uluslararası arenada bağlayıcılığı bulunan pozitif normların etkisi ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile birlikte hukuk sistemlerinin kabul ettiği temel haklar kartelası gün geçtikçe genişletilmektedir[216]. Bu durum ise gündeme *temel hakların çatışması (Grunsrechtskollision)* sorununu beraberinde getirir.

Çalışma konumuz olan ispat hakkı açısından çatışma ele alınacak olursa, ispat hakkı bir *çerçeve hak* niteliğinde olduğundan bünyesinde barındırdığı *yargısal temel haklar* bazı zamanlarda birbirleri ile çatışabilmekte, bazı zamanlarda da bu yargısal temel hakkın unsurları, diğer *temel haklar*la çatışabilmektedir. Başka bir ifade ile çalışmamızın ikinci bölümünde ortaya koyduğumuz ispat hakkı kataloğundaki alt unsurların birbiriyle çatışması söz konusu olabileceği gibi, bu kataloktaki alt yargısal hakların da başka temel haklarla da çatışması söz konusu olabilir. Bu duruma alenî

[216] Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında kabul edilen temel hakların, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile yorum yoluyla genişlemekte olduğu ve genişleyen bu haklar çerçevesinde temel hak çatışmalarının kapsamının genişlediği konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Mehmet Şerif Yılmaz, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri** (Marmara Üniv. SBE, Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2010, ss. 69 vd.

yargılanma hakkının kaldırılması veya makûl sürede yargılanma hakkı (*usûl ekonomisi ilkesi*) uygulanması hâllerinde de rastlanabilmektedir. Bunun dışında ispat hakkı temelini dayandırdığı âdil yargılanma hakkına (Ay m. 36; AİHS m. 6) tamamen yabancı birtakım diğer temel haklar ile de çatışabilmektedir[217]. Bu durumun da tipik örneği aşağıda üzerinde durulacağı üzere özel hayatın gizliliği hakkında (AİHS m. 8) pek çok yönden karşımıza çıkabilmektedir.

Tüm bu durumlarda ise, yani ispat hakkı ile diğer bir temel hakkın çatışması hâllerinde gündeme gelecek bir diğer sorun, bu temel haklar içerisinde hangisine öncelik verileceği yani çatışan temel haklar arasında nasıl bir denge oluşturulacağı sorunudur. Bu noktada öncelikle temel haklar arasında herhangi bir üstünlüğün bulunmadığı dikkate alınmalıdır[218]. Yani ispat hakkının başka bir temel hak ile çatışması hâlinde, temel haklar öğretisi uyarınca herhangi bir temel hakkın diğerine üstünlüğü bulunmayacağından uyuşmazlık öncesi -*apriori olarak*- temel bir kural, prensip getirmek doğru olmayacaktır. Nitekim bu durum Anayasa Mahkemesi'nin de bir kararında açıkça dile getirilmiştir:

> "Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur." [219]

2. Anayasal Hakların Çatışması Hâlinde Menfaatlerin Dengelenmesi

Anayasaların bir kısmı temel haklar çatışması olması hâlini, Anayasa'da özel olarak bir sınırlama sebebi olarak düzenler. Örneğin çalışmamızın daha önceki bölümlerinde, İsviçre Federal Anayasası'na ilişkin düzenlemede sınırlama sebeplerinden biri olarak temel hakların çatışmasını düzenlediğini belirtmiştik. Anayasamız'da

---

[217] Anayasal temel hakların çatışması konusu, hukukumuzda ilk olarak *Kanadoğlu* tarafından ayrıntıları ile ele alınmıştır. *Kanadoğlu, gerçek bir temel hak çatışmasını,* aynı ya da farklı temel hakların farklı temel hak sahiplerince karşılıklı özgürlük ihlâli sonucunu doğuracak şekilde kullanılması olarak tanımlamaktadır (Kanadoğlu, s. 5).

[218] Hiçbir temel hakkın diğerine üstünlüğü bulunmadığı konusunda bkz. M. Sağlam, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 257. *Sağlam'*a göre aralarında genel-özel ilişkisi bulunmayan iki temel hak normunun birbiriyle veya bir başka Anayasa hükmü ile çatışması durumunda, çatışan haklar *pratik uyuşum ilkesi* uyarınca oranlı bir şekilde sınırlanarak optimal bir çözüm bulunmaya çalışılacaktır (M. Sağlam, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 257).

[219] AYM 1.10.2009, 67/119 (RG 6.11.2010, S. 27751).

ise, temel hakların çatışması durumu özel olarak bir sınırlama sebebi olarak kabul edilmemiştir. Ancak gerek Anayasa Mahkemesi içtihatlarından anlaşılacağı üzere gerekse öğretide temel hakların çatışması hâlinin anayasal hakların bir sınırlama türü olarak kabulü hususunda herhangi bir tereddüt bulunmaz. Zira temel hak çatışmalarının çözümü, devlete yüklenen bir görev olarak kabul edilir[220]. Bu yönüyle temel hak çatışmalarının çözümlenmesi için *yasama organının*, kanunlaştırma faaliyeti sırasında; *yürütmenin*, idarî işlemleri gerçekleştirirken; *yargının* da, somut olaydaki temel hak çatışmalarını çözümlemek suretiyle uyuşmazlığı sona erdirme görevi bulunduğu kabul edilir[221]. Bu anlamda en önemli yüklerden birisi, mahkemelere düşmektedir. Nitekim temel hak çatışması meselesinin sisteme büyük yön verdiği ve Türk Anayasa hukuku açısından da sıklıkla yararlanılan Alman hukukunda, anayasal temel hakların çatışmasının giderilmesi konusunda en önemli fonksiyonu hüküm mahkemelerinin üstlendiği ve çatışmanın giderilmesi konusunda bütün hüküm mahkemelerinin ortak değerler üzerinden hareket ederek kurumun sorunsuz uygulanmasını sağladıkları ifade edilmektedir[222]. Ve şüphesiz ki, temel hak çatışmalarının çözümlenmesi ve hukuk sisteminde yeknesak bir uygulamaya sahip olabilmesinde en büyük rol, anayasal denetimi yapacak olan anayasa mahkemelerine düşmektedir. En azından Almanya'da temel haklar çatışmasının çözümlenmesi için Federal Anayasa Mahkemesi'nin işlevi ve görevleri, kurucu ve kritik bir öneme sahip olmuştur[223].

Bu durumda çatışan temel hakların ne şekilde çözümleneceği, hangi ilkelerden yola çıkılması gerektiği gibi soruların yanıtlanması gerekir. Bu konudaki başvurulacak ilke, *pratik uyuşum ilkesi* olarak adlandırılır. Bu ilkeye göre, bir temel hak başka bir temel hakla veya anayasanın başka bir hükmüyle çatıştığında, gerek temel hakkın gerekse anayasanın koruduğu hukukî değerin varlık ve etkilerini optimal seviyede koruyacak bir çözüm (pratik uyuşum) yolu bulunmalıdır; bu şekilde her anayasal değerin birbirini bertaraf etmeden *oranlı bir biçimde* etkilerini sürdürmeleri sağlanacaktır[224].

Bu durumda her bir çatışan temel hak açısından ve hâtta her somut olayın özellikleri dikkate alınarak ve Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir değerlendirme yap-

[220] Kanadoğlu, s. 35.
[221] Kanadoğlu, ss. 35-38.
[222] Kanadoğlu, s. 37.
[223] Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kanadoğlu, ss. 38-44.
[224] Kanadoğlu, s. 115-117; Sağlam, 2001 Anayasa Değişiklikleri, s. 255, dn. 48.

mak ve çatışan temel hakları dengelemek gerekecektir. Zira bu durumda varılan sonuç, yani çatışan hakların dengelenmesi aynı zamanda temel hakların sınırlandırılması anlamına gelecektir, ki temel hakların sınırlandırılması ancak birtakım temel kriterler çerçevesinde (Ay m. 13) mümkün olabilecektir. Bu noktada ise sadece ispat hakkının temelini dayandırdığı âdil yargılanma hakkı açısından değil, diğer tüm temel hakların sınırlandırılmasında kullanılan birtakım kriterler uygulama alanı bulacaktır. Bunlar özellikle *özel sınırlandırma sebeplerinin mevcudiyeti, kanunîlik ilkesine uygunluk, demokratik toplum düzeninin korunması, hakkın özüne dokunulamaması ilkesine uygunluk ve ölçülülük ilkesi* olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Göre Çatışan Hakların Dengelenmesi

Temel hakların önemli bir kısmı -*bazıları daha ayrıntılı olmak üzere*- Anayasa'nın yanısıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de düzenlenir. Temel hakların gün geçtikçe uygulama alanını genişletmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de önüne, çatışan temel hakların dengelenmesi sorununu taşımaktadır. Çatışma, çalışmamızın bundan sonraki kısmında ele alınacağı üzere ispat hakkı ile diğer temel haklar arasında da gerçekleşebilmektedir. Çatışan temel hakların dengelenmesi meselesi, iç hukukta olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından da Mahkeme açısından da çözümü en zor olan sınırlama biçimidir[225].

Mahkeme'ye göre, temel haklar çatışmasında çatışan haklardan hangisinin daha değerli olup üstün tutulması gerektiği yolunda bir değerlendirmeye gitmek doğru bir çözüm değildir[226]. Mahkeme, bu durumda devletlerin, ortak bir yol bulmasının en âdil sonuç olacağı görüşündedir; böylece çatışmada denge bulunarak her iki hakkın da hukuk düzenince korunması mümkün olabilecektir[227].

---

[225] Ş. Yılmaz, s. 290.

[226] Ş. Yılmaz, ss. 290-291.

[227] Ş. Yılmaz, s. 291. AİHM, ***Ollinger v. Avusturya*** (***Ollinger v. Austria*** [29.6.2006], 76900/01 (hudoc)) kararında, bu konuya ilişkin bir değerlendirme yapmış ve ulusal mahkemenin kararının, menfaatlerin dengelenmesi konusunda âdil bir sonuç olmadığına karar vermiştir. Başvuruya ilişkin olayda, II. Dünya Savaşı'nda Naziler tarafından öldürülen Yahudiler anısına Salzburg belediye mezarlığında düzenlenecek bir tören ile yine aynı savaşta öldürülen Nazi subayları anısına düzenlenecek bir törenin, aynı gün ve saate denk gelmiş; Avusturya yetkilileri, taraflar arasında çatışan hakların çözümünü öldürülen Yahudiler anısına düzenlenecek töreni iptal ederek bulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, olayda ihlâl kararu vermiş ve devletin gerekli güvenlik önlemleri alarak her iki törenin birden aynı anda yer almasına izin verebileceği yönünde değerlendirme yaparak çatışan hakların dengelenmesinde bu çeşit bir çözüm bulmuştur. Bu kararın değerlendirilmesi hakkında bkz. Ş. Yılmaz, s. 291.

Bu çerçevede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çatışan temel hakların değerlendirilmesi konusundaki çözümü, Anayasa Mahkemesi kararlarında olduğu gibi çatışan temel haklardan birine üstünlük tanımak yönünde değil, bunun yerine âdil bir çözüm bulma yönündedir. Bu konuda aynı anayasal hakların çatışmasında olduğu gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de başvurduğu temel araç *ölçülülük ilkesi*dir[228].

Bununla birlikte aşağıda ispat hakkı ile çatışan diğer temel haklar üzerinde değerlendirme yapılırken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili maddeye ilişkin öngördüğü sınırlama sebepleri üzerinde durulacaktır. Temel hakların çatışması hâlinde bu sınırlama sebepleri doğrudan doğruya uygulanmasa da, o temel hakka getirilen sınırlamaların sınırını belirlemek yönünden önem taşır. Böylece ispat hakkına yönelik menfaat uğruna, başka bir temel hakka sınırlama getirildiğinde sınırlamaların sınırları konusunda başvurulacak norm kriterleridir. Özellikle de, ispat hakkının pek çok durumda -*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında*- özel hayata müdahâlelerde bulunduğu dikkate alınarak Sözleşme'nin 8. maddesinde öngörülen sınırlama ölçütlerine ayrıca yer verilmiştir.

B. İspat Hakkının Özel Hayatın Korunması Hakkı İle Çatışması

1. Genel Olarak

Özel hayatın gizliliği hem Anayasamız'da hem de âdil yargılanma hakkında olduğu gibi çok sayıda uluslararası sözleşmede özel olarak düzenlenmektedir. Özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı hakkı, özellikle bireyselliğin ön plâna çıktığı günümüzde, klasik temel haklara nazaran farklı bir önem kazanmıştır[229]. Özel hayatın

---

[228] Bu konuda bkz. Ş. Yılmaz, ss. 289-291.

[229] Mahremiyet hakkı Anglo-Amerikan hukukunda 1890 yılında *Samuel D. Warren* ve *Louis D. Brandeis* tarafından kaleme alınan "*The Right to Privacy*" (Harward Law Review, 1890, IV-No 5, s. 193-220) makale çalışması ile ilk olarak hukuk literatürüne girmiş ve sonrasında geliştirilmiştir. Yalnız kalabilme hakkı (*right to be let alone*) veya mahremiyet hakkı (*right to privacy*) olarak da ifade edilen özel hayatın gizliliği temel hakkın teorik temelleri ve tarihçesi hakkında bkz. Gail Lasprogata, Nancy J. King ve Sukanya Pillay, "Regulation of Electronic Employee Monitoring: Identifying Fundamental Principles of Employee Privacy through a Comparative Study of Data Privacy Legislation in the European Union, United States and Canada", **Stanford Technology L.R.,** S. 4, 2004, (elektronik makale), § 6-15; Yaşar Salihpaşaoğlu, "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Bir Değerlendirme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. XVII, S. 3, 2013, ss. 228-233. Ayrıca bkz. Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı,** İstanbul 2011, ss. 1-2. Özel hayatın korunması hakkının felsefî temelleri ve gereksinimleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Nurdan Okur, **Anayasa Hukuku Açısından Özel Ha-**

gizliliği Anayasa'nın 20. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde özel hayatın gizliliği kapsamına ailenin korunması, haberleşmenin gizliliği ve konut dokunulmazlığı da dâhil edilmesine rağmen, Anayasa'da özel hayatın gizliliği (Ay m. 20), haberleşmenin gizliliği (Ay m. 22) ile konut dokunulmazlığı (Ay m. 21) farklı maddelerde düzenlenmiştir[230]. Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında, ilk fıkrada hakkın varlığı, kapsamı belirtilmiş ve bu hakka hem devletin hem de bireylerin saygı göstermesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre;

> Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." (Ay m. 20/1).

Bu fıkranın devamında ise hakkın sınırlamaları, yani özel hayatın gizliliğine hangi hâllerde ve hangi koşullar altında müdahâle edilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre;

> "Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar" (Ay m. 20/2).

Özel hayatının korunması yukarıda belirttiğimiz üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında "*Özel ve Aile Hayatına Saygı*" başlığı altında düzenlenmiştir[231]. Buna göre;

> "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.
>
> 2. Bu hakkın kullanılmasına, bir kamu makamının müdahâlesi, ancak müdahâlenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli

---

yatın Gizliliği ve Korunması (Gazi Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2010, ss. 3-47.

[230] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Okur, ss. 49 vd. Ayrıca bkz. Erdoğan, ss. 192-196; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 170.

[231] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan Öncü, ss. 9 vd.; Seda Erten, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması** (İstanbul Üniv., SBE, Avrupa Birliği Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2009, ss. 3 vd.; Aalt W. Heringa ve Leo Zwaak, "Right to Respect For Privacy", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights,** Edt. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn ve L. Zwaak, 4. Bası, Intersentia, Antwerpen 2006, ss. 663-750.

bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir." (AİHS m. 8)[232]

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında "*özel hayat*" kapsamında birtakım unsurların bulunduğu genel olarak kabul edilmektedir. Daha önce de belirttiğimiz üzere bu madde özel hayat ve aile hayatına, konut ve haberleşme dokunulmazlığına ilişkin menfaatleri düzenlemektedir[233]. Fakat bugün için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi bireysel menfaatlerin korunması konusunda *esnek* bir yaklaşımla yorumlanmakta ve maddenin uygulama alanı genişletilmektedir[234]. Bugün için özellikle bu madde kapsamında önemini koruyan meseleler arasında arama ve elkoymaya ilişkin önlemlerin uygulanması, gizli dinleme, babalık ve kimlik hakları konumuz üzerinde de önemli etkiler doğurmaktadır[235]. Madde kap-

---

[232] Benzer düzenleme 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesi uyarınca da kabul edilmiştir. Ayrıca 16 Aralık 1966'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve 23 Mart 1976 itibariyle yürürlüğe giren *Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi* (*International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR*)'nin 17. maddesinde kişisel hakların gizliliği "*Mahremiyet Hakkı*" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. Okur, ss. 49-61.

[233] Özel hayatın dokunulmazlığına saygı duyulması, temel hak kategorileri içerisinde *negatif yükümlülükler* içerisine girmesidir (Harris ve diğerleri, s. 346). Sözleşme'nin 8. maddesinde belirtilen değerlere *keyfî müdahâle yapılmaması* yükümlülüğü klasik *negatif* türde bir yükümlülüktür ve AİHM tarafından keyfî müdahâleleri önleme, 8. maddenin *aslî* amacı olarak ifade edilmektedir (*bu konuda bkz.* Harris ve diğerleri, s. 368). Başka bir ifade ile örneğin âdil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi *pozitif yükümlülükler* içerisinde kabul edilmekte ve devlete bu temel hakkın tesisi ve temini konusunda yükümlülükler getirmektedir (Bu konuda bkz. Arai-Takahashi, s. 33). Devlet, sadece hakka dokunmama yolu ile hak arama özgürlüğünün ve âdil yargılanma hakkının gerekliliklerini yerine getiremez. Bununla birlikte benzer bir durum negatif yükümlülükler içinde olduğu kabul edilen özel hayatın korunması hakkı açısından da geçerlidir. İlk tahlilde hiç şüphesiz ki, özel hayatın dokunulmazlığında devletin temel görevi öncelikle bu alana müdahâle etmemektedir. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği kapsamına dâhil olan her durumda devletin, kişilerin özel hayatına müdahâle etmeme sadece buna saygı duyma yükümlülüğü bulunmaktadır (Harris ve diğerleri, ss. 346-347). Bununla birlikte özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumu bu temel hakkın devlete negatif yükümlülük getirmenin yanı sıra, bu hakkı ve unsurlarını güvence altına alabilmek için birtakım görevler yüklediği yönündedir (*bu konuda bkz.* Yutaka Arai-Takahashi, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportşonality in the Jurisprudence of the ECHR,** Intersentia, Antwerpen 2002, s. 60; Arslan Öncü, ss. 47-57. *Ayrıca bu konuda bazı AİHM kararları için bkz.* ***Airey v. İreland***, 9.10.1979, A. 32, § 32; ***X and Y v. Netherlands***, 26.3.1985, A. 91, § 23; ***Kroon and Others v. Netherlands***, 27.10.1994, A 297-C, § 31). Devletin bu yükümlülükleri (*i*) kamu makamlarının haklardan yararlanılmasının etkili bir biçimde sağlanmasını güvence altına almak için önlem alma yükümlülüğü, (*ii*) kamu makamlarının haklardan yararlanılmasının özel hukuk kişilerince müdahâle edilmeksizin sağlanmasını güvence altına almak için önlem alma yükümlülüğü, (*iii*) kamu makamlarının özel hukuk kişilerinin diğer kişilerin haklardan yararlanmasını etkili bir biçimde sağlamalarını güvence altına almak için önlem alma yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir (*bu konuda bkz.* Harris ve diğerleri, s. 346). Bu yükümlülükler dikkate alındığında devletin aynı zamanda kişilerin özel hayatına müdahâle edilmeksizin delil elde etmelerini sağlama ve güvence altına alma konusunda yükümlülüklerinin bulunduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Örneğin devletin bir kanun maddesi ile bir kişinin ispat hakkını kullanabilmesini, sadece başka bir kişinin konutuna gizlice girerek veya özel eşyalarına erişerek elde etmesini kabul etmesi, aynı zamanda yukarıda belirttiğimiz devletin yükümlülüklerine de aykırı hâle getirmektedir.

[234] Heringa ve Zwaak, s. 664.

[235] Harris ve diğerleri, s. 367.

samında kişilerin korunmaya değer *özel hayat* kavramı kapsamında ayrıca şu değerlerin bulunduğu kabul edilmektedir:

(i) Kişilerin fiziksel ve ruhsal dokunulmazlığı ve manevî ve düşünsel özgürlüğü (*fiziksel ve manevî şahsiyet*)[236];

(ii) Kişilerin onur ve şöhretine karşı yapılan saldırılara ve benzer hukuka aykırı davranışlara karşı korunması[237];

(iii) Kişilerin isim ve kimliğinin izinsiz şekilde kullanılmasına karşı korunma hakkı[238];

(iv) Kişilerin gözlenmeye, izlenmeye ve taciz edilmeye karşı korunması[239];

(v) Kişilerin meslekî sır kapsamına giren bilgileri paylaşılmasına karşı korunması[240].

Yukarıda belirtilen bu kategorilerin önemli bir kısmı bazı durumlarda ileri sürülen hak iddiaları açısından ispat hakkı ile önemli şekilde çatışabilmektedir. Bu anlamda örneğin özel hayatın korunması kapsamında aile hayatının korunması (*aile üyelerinin tanıklıktan, yeminden kaçınması gibi sebeplerle*), ispat hakkına sınırlandırma getiren önemli bir alt temel haktır. Yine benzer şekilde özel hayatın korunması kapsamında özellikle kişilerin gözlenmeye, izlenmeye, taciz edilmeye karşı korunması hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların delil olarak değerlendirilmesi kapsamında ispat hakkının çatıştığı çok önemli bir diğer uygulama alanıdır[241]. Kişilerin maddî ve manevî varlığının korunması kapsamında bir kişinin genetik soyu hakkında bilgi edinmesi hakkı, babalık testi için kişilerden zorla DNA örneği alınması konusunda ispat hakkı ile çatışan yine önemli bir örnektir[242]. Dolayısıyla bu uygulama örneklerinden anlaşılacağı üzere özel hayatın korunması kapsamında pek çok alt temel hakkın ispat hakkı ile çatışması söz konusu olabilmektedir. Bu anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi (*âdil yargılanma hakkı kapsamında ispat hakkı*) ile 8. maddesi (*özel hayatın korunması hakkı*) arasındaki ilişkinin ve çatışmanın tespiti ve değerlendirmesi konumuz açısından büyük önem arz eder. Özel hayatın dokunulmazlığı ile ispat hakkının yargılama süre-

---

[236] Arslan Öncü, ss. 83-171; Heringa ve Zwaak, ss. 686-688; Hao Wang, **Protecting Privacy in China, A Research on China's Privacy Standards and the Possibility of Establishing the Right to Privacy and the Information Privacy Protection Legislation in Modern China,** Springer, Heidelberg 2011, s. 79.

[237] Arslan Öncü, ss. 172-173; Wang, s. 79.

[238] Arslan Öncü, ss. 206-245; Wang, s. 79.

[239] Arslan Öncü, ss. 181-190; Erten, ss. 105-135; Heringa ve Zwaak, s. 673; Wang, s. 79.

[240] Heringa ve Zwaak, s. 672; Wang, s. 79.

[241] Bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacaktır. Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 17, § 18.

[242] Bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacaktır. Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 18, IV, B.

cinde çatıştığı her bir durum aşağıda ayrı ayrı inceleme konusu yapılacaktır. Bu başlık altında ise özel hayatın korunması karşısında ispat hakkının hangi ölçütler çerçevesinde sınırlanabileceğine ilişkin *temel ölçütleri* değerlendirmektir. Böylece bu başlık altında *genel ve soyut anlamda* ispat hakkı ile özel hayatın çatışabileceği durumlar belirlenecek, sınırlama konusunda *temel ölçütler* üzerinde durulacak; Beşinci Bölüm'de ise, özel hayat ile ispat hakkının çatışması hâllerine ilişkin düzenlemeler, temel hak çatışmasının dengelenmesi bakımından *özel ve somut anlamda* incelenecektir.

2. Özel Hayatın Sınırlandırılmasının Temel Ölçütleri

a. Genel Olarak

Özel hayatın gizliliğine yapılacak bir müdahâle bu hakkın sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Özellikle ispat hakkı ile özel hayatın korunması hakkının çatıştığı pek çok durum olduğu ve bu durumlarda ispat hakkına üstünlük tanınmasının, özel hayatın korunması hakkına müdahâle teşkil edeceği dikkate alındığında hangi durumlarda özel hayatın korunması hakkının sınırlandırılabileceğinin tespiti konumuz açısından önem taşır. Aşağıda Beşinci Bölüm'de spesifik olarak ele alınacağı üzere ispat hakkının belki en fazla çatışma içerisine girdiği temel hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen geniş anlamda özel hayatın korunması hakkıdır. Tek tek ele alınacak olan ve ispat hakkı ile çatışan değerler incelenirken özellikle aşağıdaki unsurların hangisinin ispat hakkının sınırlanmasında meşru bir sebep oluşturacağı ve oluşturmayacağı konusunda, bu başlık altındaki açıklamalarımıza atıfta bulunulacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayatın korunması hakkına ilişkin 8. maddesi, pek çok hukukî menfaati -*konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, ailenin korunması, kişinin maddî ve manevî değerinin korunması gibi*- dünyesinde barındırdığından bu maddedeki sınırlama sebeplerinin incelenmesi, çalışmamız açısından da önem kazanmaktadır. Aşağıdaki sınırlama sebeplerine yer verilirken olabildiğince Anayasamız ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki farklılıklara da dikkat çekilecektir. Bu çerçevede özel hayatın gizliliğinin sınırlandırılması, birtakım koşulların varlığına yani *özel sınırlama rejiminin* ölçütlerine bağlıdır[243]. Bu kapsam-

[243] Arslan Öncü, s. 366. Bir de maddenin uygulanması ile ilgili olarak hak bakımından dışarıdan getirilen sınırlamalar için değil, hakkın *kendisinde varolan sınırları* ifade eden "*içkin sınırlamalar doktrini*"

da ispat hakkının temini açısından bir başkasının özel hayatına müdahâle edilebilmesi için öncelikle (*i*) *yasanın buna izin vermesi*, (*ii*) maddede belirtilen *sekiz sebepten birine hizmet amacı taşıması* ve (*iii*) her halükârda müdahâlenin *demokratik toplumun gereklerine* uygun olması gerekecektir.

b. Kanunun İzin Vermesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine göre, bir kişinin ispat hakkının temini için başka bir kişinin özel hayatına yapılacak müdahâlenin meşru sayılabilmesi için öncelikle müdahâlenin kanun ile öngörülmesi (*in accordence with law*) gerekir[244]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu koşul kapsamında özel hayata müdahâle teşkil eden bir eylemin öncelikle iç hukukta bir temelinin bulunmasını aramaktadır. Bu anlamda özel hayata müdahâle teşkil eden eyleme izin veren bir kanunî düzenleme iç hukuk kurallarında yer almıyorsa, müdahâle en baştan Sözleşme'nin 8. maddesine aykırılık teşkil edecektir[245]. Bu durumun bir örneğine açıklamalarımızın daha önceki bölümlerinde yer verildiği üzere, soybağı davalarında kişiden kan ve doku nakli alınmasına ilişkin bir düzenlemenin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 192. maddesinden önce hukuk sistemimizde düzenlenmemiş olması sebebiyle, bu tip davalarda karşı taraftan kan ve doku örneği alınmasının kanunîlik ilkesini ihlâl ettiği ve anayasal bir sorun teşkil ettiği belirtilmiştir[246]. Bu şekilde ispat hakkının sağladığı güvence gereğince soybağı davalarında kan ve doku örneğinin alınması büyük bir gereklilik arzetmekle birlikte, kanunla düzenleme koşulu 2011 yılına kadar sağlanmamış olduğundan ispat hakkı sınırlanmaktaydı. Dolayısıyla kanunîlik ilkesi sağlanmadan, ispat hakkına hizmet etme amacını taşısa dahi, özel ha-

---

her temel hakkı olduğu gibi, 8. maddeyi de sınırlamaktadır (*bu konuda bkz.* Arslan Öncü, ss. 360-366). Fakat bu konuda temel hak çatışmaları açısından inceleme alanımıza sirayet etmemektedir. Zira temel hak çatışması, doğasında zaten dışarıdan müdahâle ile gerçekleşir.

244 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Atilla Nalbant ve Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi**, 2. Cilt, 2. Baskı, Legal, İstanbul 2013, ss. 11-14.

245 Arai, ss. 336-337; Arslan Öncü, s. 366; Osman ve Nalbant, s. 11. Burada Mahkeme'nin aradığı hukuka uygunluk mutlaka düzenlemenin kanun ile getirilmiş olmasını aramamaktadır. Mahkeme'ye göre hukuka uygunluk öngören düzenleme anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi bir mevzuat hükmüne dayansa veya içtihat hukukuna ve hatta uluslararası normlara bile dayansa, bu koşulun sağlanması için yeterlidir (***The Sunday Times v. The United Kingdom,*** 29.4.1979, 5358/74, § 47) (*bu konuda ayrıca bkz.* Osman ve Nalbant, s. 11). Şüphesiz ki hukuk sistemimizde *normlar hiyerarşisi* çerçevesinde en üst norm Anayasa ve uluslarası sözleşmeler olduğundan, iç hukukumuzda Anayasa'ya aykırı bir normatif düzenleme ile özel hayata müdahâle edilmesi -*iç hukukumuz*- bakımından ayrı bir Anayasa'ya aykırılık sorunu doğuracaktır.

246 Bkz. Konuralp, İspatın Zorlanan Sınırları, ss. 104-105. Bu konuya iişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 14, III.

yatın sınırlandırılması mümkün olmayacaktır. Bu gereklilik, keyfî şekilde özel hayatın korunması temel hakkına müdahâleye engel olacaktır[247].

Bu ön koşula ek olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *müdahâleye yasa ile izin verilmesi* koşulunun sağlanmasında, bu müdahâleyi içerecek yasanın kişilerce erişebilir olmasını ve söz konusu yasanın belirgin ve anlaşılır olmasını aramaktadır[248]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında müdahâleye yasa ile izin verilmesi unsuru, özellikle telefon dinlemelerinde özel bir hassasiyete sahiptir[249].

> Mahkeme ilk olarak ***Malone v. Birleşik Krallık*** başvurusunda, başvurunun yapıldığı dönemde telefon dinleme tedbirinin ayrıntılarının kamuoyuna duyurulmayan idarî düzenlemelere dayandığını belirterek gizli telefon dinlemelerini, en başta bu hukuka aykırılık yönünden özel hayatın korunması hakkının ihlâli olarak değerlendirmiştir[250]. Mahkeme'nin ***Kruslin v. Fransa***[251] ile ***Huvig v. Fransa***[252] başvurularında verdiği kararlar da, bu anlamda ve konumuz açısından önemlidir. Mahkeme bu davalarda Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81, 151, 152. maddeleri ile bunlara ilişkin içtihadın, polisin gerçekleştirdiği gizli telefon dinlemelerine Fransız hukukunda yasal dayanak oluşturduğunu kabul etmekle birlikte, yasayı niteliği itibariyle açık ve belir-

---

[247] Bu konuda bkz. Harris ve diğerleri, ss. 407-415; Osman ve Nalbant, C. II, s. 11. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi buradaki *yasa ile düzenlenme* kriteri hakkında ***Times v. Birleşik Krallık*** davasında, (***The Sunday Times v. The United Kingdom,*** 29.4.1979, 5358/74 [hudoc]) önemli kriterler getirmiştir: İlk olarak, yasanın yeterince erişilebilir olması gerekmektedir. Vatandaşlar belirli bir davaya uygulanacak hukuk kurallarının ayrıntıları konusunda yeterli bilgiye sahip olmalıdır. İkinci olarak ise, bir normun vatandaşların kendi davranışlarını düzenlemelerini sağlayacak bir açıklık ve belirginlikle ifade edilmediği sürece 'yasa' olarak değerlendirilmesi mümkün değildir (Harris ve diğerleri, s. 349; Gözübüyük / Gölcüklü, s. 331). Bu kriter özellikle temel hakka yapılacak olan sınırlandırmanın keyfîliğinin önlenmesi için Mahkeme'ce kabul edilen içtihadî prensiplerdir (*bu konuda bkz.* Harris ve diğerleri, ss. 349-350). Bu kriterin sağlanmasına yönelik olarak örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi benzer şekilde ***Silver v. Birleşik Krallık*** davasında [A 61 (1983); 5 EHRR 347], hükümet, mahkûmların iletişiminin, ilgili idarî düzenlemelere ek olarak kabul edilmiş ancak yayımlanmamış olan cezaevi emir ve talimatlarına dayanılarak sınırlandırılması hâlinde, cezaevi emir ve talimatlarını 'yasaya uygun olarak' müdahâle edildiğini kanıtlamak amacıyla kullanılamayacağını kabul etmiştir (bu kararla ilgili bkz. Harris ve diğerleri, s. 350; Osman ve Nalbant, C. II, s. 11).

[248] Bu gereklilik AİHM içtihat hukukunda "*quality of law*" olarak ifade edilir. Bu konuda bkz. Arai, ss. 336-337.

[249] Bu konuda bkz. Harris ve diğerleri, ss. 407-412. Hukuka aykırı yollarla telefon dinlemeleri sonucunda elde edilen bilgilerin delil değeri ve ispat hakkı ile ilişkisi aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 18, III.

[250] ***Malone v. The United Kingdom,*** 2.8.1984, 8691/79 (hudoc). Bu davada yerel mahkeme, telefon dinlemelerine ilişkin herhangi bir yasak bulunmamasını, hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran bir ölçüt olarak değerlendirmiş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, istikrarlı bir idarî uygulamaya dayansa dahi,telefon görüşmelerinin gizlice dinlenmesini kamu makamlarının takdir yetkisinin kullanımının kapsamı ve biçimine ilişkin yeterli açıklığın bulunmaması ve yasada açıkça telefon dinlemenin ayrıntılarına yer verilmememiş olmasını özel hayata müdahâle olarak nitelendirmiştir. Bu konuda bkz. ***Harris ve diğerleri,*** s. 408. Nitekim bu karardan sonra Birleşik Krallık'ta 1985 yılında İletişimin Dinlenmesi Kanunu (*Interception of Communications Act, 1985*) çıkarılmıştır.

[251] ***Kruslin v. France,*** 24.4.1990, 11801/85 (hodoc) (Harris ve diğerleri, ss. 350, 409-410).

[252] ***Huvig v. France,*** 24.4.1990, 11105/84 (hudoc) (Harris ve diğerleri, s. 350).

gin kabul etmemiştir[253].

Temel hakların sınırlandırılması konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sınırlamanın yasa ile açıkça düzenlenmesi koşulunun yanı sıra yasadaki açıklığın idarenin keyfî davranmasını engelleyecek şekilde olmasını belirtmektedir[254]. Kanunîlik unsurunun bu gereklilikleri, aynı zamanda hukukî güvenlik ilkesine hizmet etmektedir[255]. Aynı zamanda Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında temel hakların sınırlandırılabilmesi için de açık, belirgin, kesin kanunî düzenlemeler çerçevesinde müdahâlenin gerçekleşmesi gerektiği kabul edilir[256].

c. Meşru Amaçların Varlığı

Müdahâleye kanunun izin vermesi koşulunun yanı sıra, maddede belirtilen sebeplerden birisine dayanarak [*(i) toplumda ulusal güvenlik, (ii) kamu güvenliği, (iii) ülkenin ekonomik refahı, (iv) düzenin korunması, (v) suç işlenmesinin önlenmesi, (vi) sağlığın veya (vii) ahlakın veya (viii) başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*] bir tedbir alınması mümkün olabilir. Bu sebepler ise, oldukça muğlak kavramları içerdiğinden, sebeplerin içlerinin doldurulması oldukça hassasiyet arzeden bir meseledir ver her somut uyuşmazlık açısından özellik arzedebilir[257].

Bu noktada önem arzeden durum kişinin ispat hakkını kullanabilmesi için karşı tarafın özel hayatına müdahâle etmesinin, yukarıda sayılan sebeplerden hangisine/hangilerine dâhil olabileceğinin değerlendirilmesidir[258]. Zira ispat hakkının temini

---

253 "Telefon görüşmelerinin kaydedilmesi veya diğer şekillerde dinlenmesi özel hayata ciddi bir müdahâle oluşturur. Bu nedenle özellikle açıklık taşıyan bir 'yasaya' dayanmalıdır. Özellikle bu amaçla kullanılan teknolojinin giderek daha fazla gelişmesi karşısında konu ile ilgili açık, ayrıntılı kurallar koyulması zorunludur." Bu davada özellikle yasada kimlerin, hangi süreyle dinleneceğinin açık olmamasını yasanın belirliliği koşulunu karşılamadığını belirtmiştir. Bu karar için bkz. Harris ve diğerleri, s. 350.

254 Ulusal güvenlik gerekçesiyle sınır dışı uygulamasını konu alan ***Al-Nashif v. Bulgaristan*** davasında Mahkeme bu gerekliliği açık bir şekilde kabul etmiştir Bu karar için bkz. ***Al-Nashif v. Bulgaria,*** 20.9.2002, 50963/99 (hudoc). "Temel insan haklarını etkileyen bir konuda idareye denetimsiz bir iktidar sağlayacak şekilde kaleme alınarak tanınan takdir yetkisi hukuk devletine aykırı olacaktır. Bu nedenle yasalar yetkili makamlara verilen takdir yetkisinin kapsamını ve ilgili tedbirin meşru amacını göz önünde tutarak keyfî müdahâlelere karşı bireylere yeterli koruma sağlanması için bu yetkinin kullanılma biçimini yeterli açıklıkla belirtmelidir. Demokratik bir toplumda hukuka uygunluk ve hukuk devleti kavramları, ulusal güvenliğin söz konusu olduğu durumda dahi, temel insan haklarını etkileyen önlemlerin, alınan kararın gerekçelerinin ve ilgili delillerin değerlendirilebileceği; gerekli olduğu durumlarda gizli bilgilerin kullanımına uygun usûlî sınırlamaların getirilebileceği, bağımsız bir kurum önünde bir tür çelişmeli yargılamaya konu olmasını gerektirmektedir." Harris ve diğerleri, s. 352.

255 Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, I, B, 2, a.

256 Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 14, III.

257 Bu sınırlama sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arai, ss. 339-340; Arslan Öncü, ss. 369-373.

258 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurularda, başvurucular genellikle devletlerin özel hayata müdahâle teşkil eden meşru sebebin gerçek sebep olmadığını, devletin yukarıda sayılan sebep-

amacına hizmet etse dahi, özel hayata müdahâlenin meşru kabul edilebilmesi için yukarıdaki sebeplerden birisi bulunmalıdır. Bu şartlar içerisinde de, özellikle *başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*[259] veya *kamu güvenliği*[260] gibi sebeplere dayanılarak özel hayatın gizliliğine, ispat hakkının temini için müdahâle edilebilmesi mümkün görünmektedir. Ancak bu sebeplerin varlığı hâlinde, yani ispat hakkı ile özel hayatın yukarıdaki sebeplerden birisi çerçevesinde çatışması hâlinde, ispat hakkına üstünlük tanınması gerçekten gerekli olmalıdır. Örneğin bir boşanma davasında, sırf zinanın ispatı için taraflardan birinin cinsel hayatının mahremiyetine müdahâle edilmesi gerekli olmadığı gibi, son çare ilkesine de uygun değildir. Buna karşılık örneğin bir babalık davasında, ispat hakkını kullanabilmek amacıyla erkekten kan ve doku örneği alınabilmesi ölçülülük ilkesine uygun bir araçtır. Dolayısıyla bir hukuk politikası olarak özel hayata saygı, temel bir ilke olarak kabul edilmeli ve ispat hakkını ilgilendiren noktalarda düzenlemeler buna uygun şekilde gerçekleştirilmelidir. İspat hakkı, "*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*" veya "*kamu güvenliği*" çatısı altında mutlak şekilde özel hayata müdahâle yetkisi bahşetmez. İspat hakkının, bu belirtilen sebeplerden birinin varlığı gerekçesiyle özel hayatın gizliliğine müdahâlede bulunabilmesi ancak yapılan müdahâlenin gerekliliği ve ölçülülüğü ile değerlendirilebilir.

d. Demokratik Toplumun Gereklilikleri

Yukarıda belirtmiş olduğumuz sekiz sebepten birinin de müdahâleyi meşru kılabilmesi için yine bu sebeplerin *demokratik bir toplumun* gereklerine uygun olması gerekir. Kanun ile müdahâleye izin verilmesi koşulu, yukarıda da belirttiğimiz açıklamalar çerçevesinde nispeten daha objektif bir kriter olmakla birlikte *demokratik toplumun gereği* olarak ispat hakkının özel hayata üstün tutulması gerekliliğinin, özünde sübjektif bir kritere dayanması sebebiyle üzerinde durulmaya ihtiyaç gösterir.

---

lerin arkasına gizlenerek farklı saiklerle müdahâlede bulunulduğunu ifade edilmekte; ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de çok kolay bir şekilde bu meşru amaçlar dışındaki saiklerle müdahâlede bulunulduğu sonucuna ulaşmamaktadır (Harris ve diğerleri, ss. 352-353). Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tam tersi yönde, yani devletlerin meşru sebeplerin arkasındaki saiklerin varlığı çerçevesinde özel hayata ölçüsüz müdahâle edildiği yönünde içtihatları da azımsanacak sayıda değildir. Bu konuda bkz. Harris ve diğerleri, s. 353.

[259] Bu sınırlama ölçütü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından genellikle çozukların koruma altına alınması ve evlat edinme davalarında başvurduğu bir araçtır (*bu konuda bkz.* Arslan Öncü, s. 373).

[260] Bu ölçüt Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihat hukukunda genellikle cezaevindeki mahkûmların hakları açısından değerlendirilmiştir; Mahkeme, bu kriteri özel hukuk davalarında pek fazla uygulamamaktadır (*bu konuda bkz.* Arslan Öncü, s. 370).

Yukarıda söz edilen müdahâle sebepleri bulunsa dahi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi müdahâlenin izlenen meşru amaçla orantılı olmasını aramaktadır[261]. Bu noktada da, karşımıza yine orantılılık ilkesinin önemi çıkmaktadır[262].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ***Olsson v. İsveç*** davasında[263] demokratik toplumun gereklilikleri ölçütünü şu şekilde ifade etmiştir:

> "Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre gereklilik kavramı, bir müdahâlenin toplumsal ihtiyaç baskısına cevap vermesi gerekliliğine işaret eder ve özellikle, müdahâlenîn izlenen amaçla orantılı olması gerekir."

Demokratik toplum gerekliliklerine uygun olarak özel hayatın sınırlandırılması ölçütü, ulusal makamlara oldukça geniş bir takdir yetkisi bırakmaktadır[264]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin takdir alanı doktrini çerçevesinde ve demokratik toplumun gereği olarak bazı temel haklara yapılan müdahâleleri değerlendirdiği durumlardan birisi, Sözleşme ile korunan temel hakların birbiri ile çatışması hâlinde "*müdahâle ile korunacak menfaat*"in belirlenmesi ölçütüdür. Nitekim bazı durumlarda bir temel hakka yapılan müdahâlenin nedeni, Sözleşme'nin koruduğu diğer haklardan yararlanılmasının korunması olmaktadır[265]. Bununla birlikte yukarıdaki içtihatta da belirtildiği gibi, Mahkeme bu durumda "*sosyal ihtiyaç baskısı*" nı ölçüt olarak kullanmakta ve ayrıca müdahâlenin, "*izlenen meşru amaç ile orantılı/ölçülü olmasını*" aramaktadır[266].

Mahkeme bazı temel hakların ve bu temel hakların bazı yönlerinin diğerlerinden daha önemli olduğu görüşündedir[267]. Bu anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, özel hayatın korunması kapsamına giren birtakım alt unsurlara müdahâle konusunda çok daha katı davranmaktadır. Örneğin Mahkeme'ye göre, kişinin cinsel hayatı, özel hayatının en mahrem noktalarından biridir ve bu anlamda bu alana

---

[261] Harris ve diğerleri, s. 353.

[262] Nitekim Anayasa'nın 13. Maddesi kapsamında da demokratik toplumun gereklilikleri ölçülülük ilkesinin denetiminden geçtikten sonra hakkın özü kriteri ile birlikte değerlendirilen bir ölçüttür. Daha önce yapılan açıklamalarda, Anayasa'nın demokratik toplumun gerelilikleri kriterini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu şekilde uygulama eğilimi içinde olduğu belirtilmişti. Bu konuda bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 14.

[263] ***Olsson v. Sweeden,*** 24.3.1988, 10465/83 (hudoc). Bu karar için bkz. Arai, ss. 337-338; Harris ve diğerleri, s. 353.
Ayrıca Mahkeme'nin, 8. maddenin uygulanması konusunda bıraktığı takdir alanına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan Öncü, ss. 378-384.

[264] Bu ölçüte ilişkin olarak devletin takdir alanı doktrini ("the margin of appreciation doctrine") hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arai-Takahashi, ss. 1-19.

[265] Harris ve diğerleri, s. 359.

[266] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arai, ss. 340-342; Arslan Öncü, ss. 374-377.

[267] Bu konuda bkz. Harris ve diğerleri, ss. 356, 416.

yapılacak herhangi bir saldırı, özel hayatın gizliliğini ihlâl edebilecektir[268]. Mahkeme, yine benzer şekilde avukat-müvekkil arasındaki gizliliğini de özel hayatın ve haberleşme özgürlüğünün korunması kapsamında en hassas meselelerden biri olduğunu belirtmektedir[269]. Dolayısıyla bu ölçüt özellikle ispat hakkı uğruna, özel hayata müdahâlede bulunulurken bu iki temel hak arasındaki çatışmanın ölçülülük ilkesine uygun şekilde çözümlenip çözümlenmediği noktasında önemli bir araç hâline gelir.

İspat hakkının tesisi/temini amacıyla özel hayatın gizliliğine yapılan her bir müdahâlenin meşruluğu, belirtilen bu sebeplerin varlığına bağlıdır. Özellikle temel hak çatışmasının bulunduğu durumlarda, müdahâle için bu koşulların sağlanıp sağlanmadığının tespiti oldukça önemlidir. Her müdahâle teşkil eden özel durumda, üzerinde durulan bu temel ölçütlerin hepsi teker teker ispat hakkı karşısında değerlendirilerek hukuka uygun bir sonuca ulaşılmalıdır.

3. İspat Hakkının Teminine Yönelik Olarak Özel Hayata Müdahâlenin Meşruluğu

a. Mahkeme Kararına Dayanmayan Müdahâlenin Meşruluğu

Özel hayatın unsurları içerisinde kişinin giz alanına, haberleşmesine ilişkin unsurların, konut dokunulmazlığının ve kişisel bilgilerinin dâhil olduğunu belirtmiştik. Bu durumda özellikle ispat hakkının teminine yönelik olarak özel hayatın bu unsurlarına müdahâlenin meşru olup olmayacağının değerlendirilmesi gerekir. Örneğin sırf kişinin iddiasını ispat edebilmesi için diğer tarafın günlüğüne, bir başka kişi ile yaptığı telefon mesajlarına veya elektronik postalara delil olarak dayanılabilir mi? Bu durumlara özellikle bir mahkeme kararı olmaksızın dayanılmasının mümkün olup olmayacağı önemlidir. Zira çalışmamızın bundan sonraki kısmında ayrı başlıklar altında inceleneceği üzere hukuk uygulamamızda kişilerin özel hayatına ilişkin bu

---

[268] Mahkeme ***Dudgeon v. The United Kingdom*** davasında bu hassasiyeti şu şekilde vurgulamıştır: "Söz konusu olay [özel, rızaya dayalı, reşit bireyler arasındaki eşcinsel ilişkilerin suç olarak düzenlenmesi], özel yaşamın en mahrem yönüyle ilgilidir. Bunun sonucu olarak, kamu otoriteleri tarafından yapılan müdahâlelerin 8 (2) maddesi anlamında haklı olduğunun kabul edilebilmesi için özel olarak ciddi gerekçelerin mevcut bulunması zorunludur." Bu karar için bkz. Harris ve diğerleri, s. 356.

[269] Avukat-müvekkil ayrıcalığı konusunda ilk önemli içtihat olan *Niemietz v. Almanya* davasında Mahkeme, özellikle avukatın bürosunun bir suçun önlenmesi ve başkalarının haklarının korunması amacıyla gerçekleştirilmiş olsa bile bu aramanın AİHS m. 8, (2)'ye aykırılık oluşturduğuna karar vermiştir. Mahkeme gerekçesindeki şu ifadeler, konunun hassasiyetini ortaya koymak açısından oldukça önemlidir: "...aranan kişi avukat olduğunda, mesleki gizliliğie tecavüz edilmesi, adaletin gereği gibi dağıtılması üzerinde olumsuz sonuçlar yaratarak, Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan hakları da ihlâl edebilir." ***Niemietz v. Germany,*** § 37 (bkz. Harris ve diğerleri, s. 418). Bu karara ve konuya ayrıca Beşinci Bölüm'de yapacağımız açıklamalar altında değinilecektir.

unsurlara, *özellikle* bir mahkeme kararı olmaksızın müdahâlede bulunulmaktadır. Örneğin mahkeme kararı olmaksızın, yargılamada delil olarak kullanılmak üzere kişilerin mesajlarına, telefon kayıtlarına, elektronik postalarına veya giz alanına ilişkin birtakım bilgi kaynaklarına erişilebilmektedir[270].

Kanaatimizce bu şekilde hele ki, bir mahkeme kararına dayanmayan -ve kanunî dayanağı da bulunmayan- delil elde etme yöntemleri mutlak olarak temel hak çatışmasında -*ispat hakkı lehine olmak üzere*- özel hayatın dokunulmazlığına ölçüsüz bir müdahâle teşkil eder. Dolayısıyla tarafların herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın özel hayatın unsurlarına müdahâlede bulunulması mümkün değildir. Örneğin ceza yargılamasında iletişimin tespiti kararı verilebilmesi, kişilerin özel hayatına müdahâle teşkil etmekle birlikte iletişimin tespiti kararı verilebilmesinin kanunî düzenlemesi bulunduğu gibi, hâkimin kararına ihtiyaç duyulması da müdahâleyi anayasal meşru zemine oturtabilmektedir[271]. Bu sebeple medenî yargılama açısından da, delil elde edebilmek amacıyla kişilerin özel hayatına bu şekilde mahkeme kararı bulunmaksızın müdahâlede bulunulması, anayasal ihlâlleri gündeme getirecektir. İspat hakkının temini amacına hizmet etmek üzere özel hayatın unsurlarına mutlak şekilde müdahâle teşkil eden bu uygulamalar çalışmanın son bölümünde ayrıca ele alınacaktır. Burada sadece şunu yinelemek gerekir ki, ispat hakkının temini amacına yönelik olsa da, kişilerin özel hayatına müdahâle teşkil eden -*özellikle*- delil elde etme ve ibraz yöntemleri, temel bir hakka müdahâlede bulunduğundan mahkeme kararına ihtiyaç duyar. Dolayısıyla mahkeme kararına dayanmayan bu şekildeki delil ibrazları, Anayasa'nın 20.-22. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddelerine aykırılık teşkil eder. Konu ayrıca aşağıda ele alınacaktır.

---

[270] Özellikle boşanma davaları gibi birtakım uyuşmazlık türlerinde bu uygulamalara sıklıkla başvurulduğu bilinen bir gerçektir. Bu durumun gerekçesi olarak boşanma davalarında hâkimin boşanmaya karar vermek için ciddi delilleri araması olduğu ifade edilir ve bu yollara kişiler sevkedilir. Öyle ki, ülkemizde sırf boşanma davası açabilmek için henüz dava yoluna başvurmadan delil elde edilmesini teşvik amacıyla özel dedktiflik şirketleri bulunur ve bu şirketlerde kendilerini 'özel dedektif' olarak isimlendiren şahıslar herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın, sırf delil elde etme amacıyla kişilerin özel hayatlarına müdahâle ederler. Kendilerini özel dedektif olarak nitelendiren bu şahıslar herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın, boşanma davalarında delil toplamak amacıyla diğer tarafın çeşitli kişisel verilerini araştırmak, kişileri takip etmek gibi bazı konularda kendilerinin yetkili olduklarını kamuoyuna duyurmakta, reklamlarını yapmaktadır. Bu durumda elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edileceği gibi, çoğu durumda bu kişilerin faaliyetleri aynı zamanda suç teşkil eder. Bu şekilde sakat delillerle mahkemelere başvuru yerine, maddî hukukdaki ispat yükü kuralları belirlenirken ispat hakkının teminini güçleştirecek, imkânsız kılacak kurallar kabul edilmemelidir. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Beşinci Bölüm,

[271] Bu konuda bkz. Ersan Şen, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", **CHD,** S. 3, 2007/Nisan, ss. 97-136.

b. Mahkeme Kararına Dayanan Müdahâlenin Meşruluğu

aa. Genel Olarak

İspat hakkının teminine ve delil elde edilip ibraz edilmesine yönelik olarak özel hayatın unsurlarına yapılacak bir müdahâle açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer nokta, bu müdahâlenin bir mahkeme kararı ile gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Örneğin taraflar ve üçüncü kişiler açısından öngörülen delil ibrazı mecburiyeti, anayasal meşruluğu sağlamaya yönelik bir mahkeme kararı olarak kabul edilebilir mi? Veya kanunî dayanağı bulunmamasına rağmen, taraflardan birisi medenî yargılamaya ilişkin bir davada mahkemeden iletişimin tespiti kararı alabilir ve uygulatabilir mi? Bütün bu durumlarda ispat hakkının teminine yönelik böyle bir müdahâle anayasal meşru zemin üzerine oturabilir mi? Bu olasılıklar üzerinde tek tek durulacaktır.

bb. HMK m. 219 ve 221 Kurallarının Özel Hayata Müdahâleyi Meşru Kılacak Hukukî Araçlar Olarak Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu

Çalışmanın daha önceki bölümlerinde üzerinde durulduğu üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219. maddesi taraflar açısından, 221. maddesi de üçüncü kişiler açısından belge ibrazı mecburiyeti öngörmektedir. Karşı tarafın veya üçüncü kişilerin delil ibrazı mecburiyeti altında bulunması, kişinin iddialarını ispatlayabilecek bilgi kaynaklarına yani delillere erişim imkânı bakımından ispat hakkının önemli bir unsuru ve tamamlayıcısıdır[272]. Bununla birlikte, ispat hakkının teminine yönelik olsa bile karşı tarafın ve üçüncü kişilerin delil ibrazı emirlerini her durumda yerine getirmeleri, bu sefer kendileri açısından birtakım menfaatlerin ihlâl edilmesine sebep olabilir. Nitekim bu sebeple kanunkoyucu hem tarafların hem de üçüncü kişilerin bazı durumlarda belge ibrazından kaçınabileceklerini kabul etmektedir. Örneğin üçüncü kişiler, tanıklıktan çekinme hakkının tanındığı sebeplere binaen belge ibrazından da kaçınabileceklerdir (HMK m. 221/3). Burada tartışma yaratan unsur ise, tarafarın ve üçüncü kişilerin özel hayata müdahâle teşkil edecek konularda belge ibrazına zorunlu kılınıp kılınamayacaklarıdır. Zira bu soruya olumlu yönde cevap verildiğinde, bir anlamda ispat hakkının temini amacıyla anayasal koruma altında bulunan özel hayata *mahkeme kararı -delil ibrazına yönelik mahkeme emri-* ile müdahâle

[272] Bu konuda bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5.

meşru sayılabilecektir. Bu kapsamda örneğin hâkim bir boşanma davasında, boşanma sebebi teşkil edecek konuları eşlerden birinin günlüğüne yazdığını öğrenmiş ise, HMK m. 219 kapsamında bu günlüğün mahkemeye ibraz edilmesini talep edebilir mi? Veya bir alacak davasında ödemenin yapıldığını üçüncü kişiye elektronik posta yazışmaları esnasında kabul eden alacaklının üçüncü kişi ile yaptığı bu yazışmaların ibraz edilmesi mahkeme tarafından talep edilebilir mi?

Öncelikle şunu açıklığa kavuşturmak gerekir ki, kanunkoyucu Hukuk Muhakemeleri'nin 219. veya 221. maddelerinde, kaçınma sebebi olarak *özel hayatın korunması* menfaatini kabul edilmemiştir. Dolayısıyla öncelikle özel hayatlarına müdahâle teşkil edeceği gerekçesiyle tarafların veya üçüncü kişilerin delil ibrazı emirlerini yerine getirmekten kaçınmaları en baştan mümkün değildir[273]. Her ne kadar örneğin *şeref ve haysiyetin korunması* üçüncü kişiler açısından bir kaçınma sebebi ise de[274], bu durum özel hayatın dokunulmazlığına dâhil unsurlardan çok daha belirsiz ve dar kapsamlıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda özel hayatın korunması menfaatinin bir kaçınma sebebi teşkil etmemesi de, konuyu tartışılır hâle getirir. Bazı hukuk sistemlerinde tarafların ve üçüncü kişilerin özel hayatlarının korunması menfaati, belge ibrazı açısından bir kaçınma sebebi oluşturmakta[275] ve böylece ispat hakkının teminine yönelik olsa da, mahkeme kararı ile özel hayatın dokunulmazlığı hakkına müdahâle edilmesi yolu açılmamaktadır. Bizim hukuk sistemimizde, bu durumun bir delil ibrazından kaçınma sebebi teşkil etmemesi, *ispat hakkının korunması pahasına anayasal bir hak olan özel hayatın korunmasına -HMK m. 219 ve 221 getirdiği zorunluluk çerçevesinde- mahkeme kararı ile müdahâle edilip edilemeyeceği* sorununu doğurmaktadır.

Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, özel hayatın korunması sebebiyle delil ibrazına muafiyet tanınması hâlinde, hâkimin öncelikle ölçülülük ilkesi çerçevesinde

---

[273] Bu yönde bkz. S. Lang, s. 225.

[274] HMK m. 221'in atfı ile m. 250/1-b gereğince üçüncü kişiler şeref ve haysiyetlerinin zedeleneceği gerekçesiyle belge ibrazından kaçınabilir. Bu kaçınma sebebine ilişkin açıklamalarımız için bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 19.

[275] Bu konuda bkz. Erdönmez, ss. 337-339. Belirtmek gerekir ki, özel hayatın korunmasını bir kaçınma sebebi olarak kabul eden sistemler, kanaatimizce yerinde olarak bu durumu *mutlak* bir kaçınma sebebi olarak kabul etmemiş; mahkemeye, özel hayatın hangi unsurunun müdahâle altında bulunduğuna bağlı olarak bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu konuda bkz. Erdönmez, s. 339. Karşılaştırmalı hukuktaki durum hakkında ayrıca bkz. S. Lang, ss. 221-221.

çatışan menfaatler arasında bir değerlendirme yapması gerekir[276]. Bu konuda getirilen ölçütlerden birisi, tarafın kişisel kullanımı için düzenlemiş olduğu belgelerdir[277]. Bu anlamda örneğin günlükler sadece kişilerin kendi kullanımı için düzenlenmiş olduğundan, ibrazının özel hayatın korunması hakkını ihlâl ettiği kabul edilir[278]. Dolayısıyla tarafın, belgenin içeriğini gizli tutma iradesi varsa ve belgenin içeriği tarafın özel yaşamıyla ilgiliyse, taraf belge ibrazından kaçınabilecektir[279].

Sonuç olarak ve özetle, HMK m. 219 ve 221 ispat hakkının bir sınırlaması şekline bürünerek, -*maddelerde açıkça yer verilmemiş olmasına rağmen*- özel hayatın korunması menfaatine hizmet etmek üzere belge ibrazından kaçınma imkânını verebilir. Bu durumda mahkemenin ibraz kararıyla dahi, kişilerin dokunulamayan bir özel alanlarının bulunduğu sonucu doğmaktadır. Her ne kadar bu sonuç ispat hakkının sınırlandırılması anlamını taşımaktaysa da, temel hakların çatışması hâlinde ölçülülük ilkesine uygun şekilde yapılacak bir değerlendirme sonucunda, mahkeme kararıyla dahi olsa, kişilerin bazı alanlarına müdahâle edilmesi engellenir.

bb. Özel Hayata Müdahâle Teşkil Edecek Delil Tespiti Talepleri

Esasen yukarıdaki başlıkta belirtilen temel ilkeler, özel hayata müdahâle teşkil edecek delil tespitleri açısından da geçerlidir. Eğer taraflardan birisi, yargılama süresince özel hayatının korunması menfaatine binaen delil ibrazından kaçınabilecekse, o delilin delil tespiti yolu ile de ibrazı mümkün olmamalıdır. Aksi durumun kabulü, yargılama süresince ulaşılamayacak bir delile, delil tespiti yolu ile ulaşılmasını sağlar ki, bu durum kanunun dolanması anlamını taşır. Dolayısıyla ölçülülük ilkesinin denetiminden geçirilerek bazı durumlarda ispat hakkına karşılık özel hayatın korunması menfaatinin üstün tutulması mümkündür ve bu durumda, delil tespitine dayanan bir mahkeme kararıyla dahi, müdahâle sağlanarak ispat hakkına üstünlük tanınamaz.

---

[276] Erdönmez, ss. 340-341. Yazar, burada özel hayatın korunması ile karşı tarafın sübjektif hakkının yerine getirilmesi arasında bir menfaat dengesi kurulması gerektiğini belirtmektedir. Bununla birlikte burada özel hayatın korunması menfaati karşısında, diğer tarafın ispat hakkı yani hak arama özgürlüğü yer alır. Burada Anayasa m. 20 ile m. 36 arasında bir çatışma vardır. Bu sebeple de, sübjektif hakkın yerine getirilmesi menfaati bu şekilde ispat hakkı olarak anlaşılmalıdır.

[277] Erdönmez, s. 342.

[278] Erdönmez, ss. 342-343. Ayrıca bkz. Rolf Stürner, **Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses,** Mohr Siebeck, Tübingen 1976, ss. 197-198.

[279] Erdönmez, s. 343.

dd. Medenî Yargıda İletişimin Tespiti ve Benzeri Yönde Mahkeme Kararı Tesis Edilip Edilemeyeceği Sorunu

Uygulamada belirli bir süre özellikle boşanma davası açmadan önce, eşler ve şüphelenilen üçüncü kişiler aleyhine iletişimin tespiti kararı veren mahkemeler olmuştur[280]. Oysa ki, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda iletişimin tespiti ve denetlenmesine ilişkin önlemlerin (CMK m. 135) medenî yargıda görülmekte olan boşanma davaları açısından uygulama alanı bulması mümkün değildir. Zira Anayasa'nın 13. maddesi ve özellikle kanunîlik ilkesi, buna engel teşkil eder. Bu hukuka aykırı uygulama ile bir süre Turkcell ve Avea bu iletişimin denetlenmesi kararlarının gereğini yerine getirmiş; Telekom ve Vodofon ise, bu müzekkerelerin gereğini yerine getirmekten kaçınmıştır[281]. Hatta bu tip talepler sadece evli olan eş aleyhine gerçekleşmemekte; aynı zamanda şüphelenilen kişi aleyhine de yapılmakta ve bazı mahkemeler de üçüncü kişiler aleyhine iletişimin denetlenmesine karar verebilmektedir[282]. Oysa ki, telekomünikasyon şirketlerinin, müşterilerine ait bilgileri gizli tutma yükümlülüğü bulunur. Bu anlamda kanunî bir temeli olmaksızın, telekomünikasyon şirketlerinin müşterilerine ait bilgileri başkaları ile paylaşması hukukî sorumluluğunu gerektirir[283]. Bununla birlikte öğretide boşanmadaki kusurun ispatında yaşanan güçlükler sebebiyle iletişimin tespitine ihtiyaç bulunduğu[284], hatta bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na, CMK'da olduğu gibi özel düzenleme konulması gerektiği[285] belirtilmektedir. Bununla birlikte ispat hakkına hizmet etme amacı taşısa dahi, özel hayatın korunması hakkının, kanunîlik ilkesine ve Anayasa'ya aykırı şekilde medenî yargılamada verilecek bir iletişimin tespiti kararı ile dolanılması mümkün değildir. Bu yönüyle medenî yargıda, kanunî temeli bulunmadığından iletişimin tes-

---

[280] Mustafa Ateş, "Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller", **Terazi Hukuk Dergisi,** S. 18, 2008/Şubat, (Hukuka Aykırı Deliller), s. 99.

[281] Ateş, Hukuka Aykırı Deliller, s. 99.

[282] Ateş, Hukuka Aykırı Deliller, s. 100; bu konuda boşanma davasında yaşanan uygulama hakkında ayrıca bkz. Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 334-339.

[283] Telekomünikasyon şirketlerinin özel hayatın korunması (Ay m. 20), haberleşme özgürlüğü (Ay m. 22) çerçevesinde müşterilerine karşı olan bu yükümlülükleri hakkında bkz. Mine Kaya, "Telekomunikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması", **ABD,** S. 4, Y. 68, 2010, ss. 307 vd.; ***Özdemir, Nevzat:*** Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta, İstanbul Nevzat Özdemir, **Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma,** Beta, İstanbul 2003, ss. 292-296. Ayrıca Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesine göre de, kanunların ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar hâricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının izni olmaksızın, telekomünikasyonun üçüncü şahıs tarafından dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi veya gözetimi yasaktır.

[284] Ateş, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 104-105.

[285] Ersan Şen, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller,** İstanbul 1998, (Hukuka Aykırı Deliller), s. 125.

piti yoluyla ispat hakkının tesisi pahasına özel hayatın korunması temel hakkına Anayasa'ya aykırı şekilde müdahâlede bulunulması mutlak şekilde hukuka aykırıdır.

4. İspat Hakkının Özel Hayatın Korunması Hakkı İle Çatışmasına İlişkin Ara Değerlendirme

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bazı durumlarda kişilerin ispat hakkını kullanması, karşı tarafın ve bazı durumlarda da uyuşmazlığın tarafı olmayan üçüncü kişilerin özel hayatına müdahâle edilmesini gündeme getirebilecektir. Bu durum çoğu zaman kanunlarca getirilen delil ikame yükü veya delil ibrazı yükümlülüklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkabilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları, özellikle karşı tarafın veya üçüncü kişinin özel hayatın gizliliğine müdahâle oluşturan bu tip uygulamalarda, müdahâleye olumsuz yönde yaklaşım gösterebilmektedir. Bu durum ise, özellikle iddiasını karşı tarafın veya üçüncü kişinin elinde bulunan delile dayandıran kişi açısından ispat hakkının sınırlandırılması sorununu doğurabilecektir. İspat hakkının sınırlandırılması, resmin tamamı göz önüne alındığında hak arama özgürlüğüne ve âdil yargılanma haklarına sınırlandırma teşkil edebilecektir. Bu sebeple de ispat hakkı ile özel hayatın gizliliği ve korunması haklarının çatışması esasında son derece hassas bir değerlendirmeye ihtiyaç duymaktadır. Özel hayatın korunması hakkı kapsamında korunan her bir hukukî değer (*ailenin korunması, kişinin giz alanına müdahâle yapılamaması, kişinin konutuna ve haberleşmesine dokunulamaması*) ile ispat hakkının çatıştığı durumlar için en başta genel geçer bir kural koymak ve birisine diğerine göre üstünlük tanımak mümkün değildir. Yapılması gereken, yukarıda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de müdahâle ölçütleri çerçevesinde kullandığı araçlardan yola çıkarak somut olayın değerlendirilmesi üzerine sonuca ulaşmaktır. Menfaatlerin dengelenmesinde, ölçülülük ilkesinin önemli bir fonksiyonu bulunur. Bu çalışmada da, hukuk sistemimizde ispat hakkı ile özel hayatın korunması hakkının en fazla çatışma içerisinde girdiği uygulamaların başlıcalarını belirlenip bu uyuşmazlık türleri açısından -*ispat hakkı ile özel hayatın korunması hakkı kapsamında*- nasıl bir menfaat değerlendirilmesi yapılması gerektiği ayrıca inceleme konusu yapılmıştır[286].

[286] Bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 18.

C. İspat Hakkının Kişi Dokunulmazlığı ile Kişinin Maddî ve Manevî Varlığını Koruma Hakkı İle Çatışması

1. İspat Hakkının Kişi Dokunulmazlığı ile Çatışması

a. Beden Muayenesi ve Örnek Alınmasına Katlanma Yükümlülüğü

Anayasa'nın 17. maddesine göre *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz."* (Ay m. 17/1-2). Anayasa'nın da güvence altına almış olduğu bu temel hak sebebiyle gerek maddî hukuk gerekse yargısal kurallar ile kişilerin maddî ve manevî varlığına müdahâle edilmesi kural olarak yasak olduğundan özellikle beden muayenesi ve kişilerden örnek alınması gibi istisnaî hükümlerin Anayasa'ya uygun bir şekilde Kanun ile sınırlarının ve koşullarının açıkça düzenlenmesi gerekir. Aynı zamanda kişilerden tıbbî amaçla alınacak kan ve doku örnekleri gibi biyolojik numuneler kişisel veri kapsamında da korunduğundan[287], müdahâlenin ayrıca Anayasa'nın 20. maddesine de uyum sağlanmış olması gerekir.

Ceza Muhakemesi Kanunu genel olarak şüphelinin, sanığın ve diğer kişilerin beden muayenesini ve vücudundan örnek alınmasını ayrı ayrı hükümler altında düzenlemiştir. Bu çerçevede Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesi "şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması"nı, 76. madde "diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması"nı birer güvenlik tedbiri olarak düzenlemiştir (CMK m. 75-76). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise konu sadece soybağının tespiti ile ilişkili olmak üzere düzenleme altına alınmıştır. Bu maddeye göre[288];

> (1) Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kul-

[287] Kişisel veri, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nda "Belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgileri" ifade etmektedir (Bkz. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı m. 2) (http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Basbakanlik/Kanuntas/kisiselveriler.pdf; Son erişim tarihi: 7.10.2014).

[288] Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan önce konuya ilişkin özel düzenleme Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nda düzenlenmemekteydi ve konu ile ilgili Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesi uygulanmaktaydı.

lanılarak yapılmasına karar verir. (2) Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamaz. (HMK m. 292)

Öğretide Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun söz konusu 292. maddesinin kıyas yolu ile medenî yargılamaya ilişkin tüm davalarda uygulanabileceği; aynı zamanda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 76. maddesinin de tüm medenî yargılamaya ilişkin uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulabileceği belirtilmektedir[289]. Böyle bir yorum her ne kadar yargılama sürecinde ispat hakkının -*bu konuya ilişkin*- herhangi bir sınırlandırmaya takılmadan kullanılmasına imkân vermekte ise de, aşağıda açıklayacağımız gerekçeler öncelikle böyle bir yoruma Anayasa hukuku ve temel haklar öğretisi açısından karşı çıkmakta, ayrıca medenî yargılama hukukunda kişisel hakların korunması açısından ciddi sorunlara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu çerçevede biz de öncelikle ispat hakkı ile kişinin maddî ve manevî varlığını koruma hakkı bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin amacını, uygulama alanını ve bu maddenin ispat hakkını da etkileyen birtakım özelliklerini ele alacağız; ardından bu maddenin kıyas yolu ile ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 vd. maddelerinin, başka bir deyişle genel bir beden muayenesine veya örnek alınmasına katlanma yükümlülüğünün medenî yargılama hukukunda bulunup bulunmadığı sorununu değerlendireceğiz. Aşağıdaki değerlendirmelerimizden anlaşılacağı üzere, konunun doğrudan doğruya ispat hakkı ile ilgisi bulunmakta ve ispat hakkının sınırlamaları konusunda önemli etkiler yaratmaktadır.

b. Soyabağının Tespitine İlişkin HMK m. 292

aa. Düzenlemenin Amacı

Aile hukuku bakımından çocuğun soybağı birtakım karineler veya hukukî olayların gerçekleşmesi veyahut hukukî işlem yolu ile birlikte kurulmaktadır[290]. Genellikle biyolojik soybağın kurulması çoğu zaman hukukî soybağının da kurulmasını beraberinde getirir. Ne var ki, bazı durumlarda hukukî soybağı ile biyolojik soybağı birbiri ile örtüşmez ve çocuğun soybağının hukukî anlamda tesis edilmesi veya değişti-

[289] Ali Cem Budak, "Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller", **YÜHFD,** C. III, S. 2, 2006, (Tıbbî Deliller), s. 340.

[290] Türk Medenî Kanunu'nun 282. maddesine göre çocuk ile anne arasındaki soybağı *doğum* veya *evlat edinme* yolu ile; baba ile de *ana ile evlilik*, *tanıma, mahkeme kararı* veya *evlat edinme* yolu ile kurulur (TMK m. 282). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Serozan, **Çocuk Hukuku,** Vedat Kitapçılık 2005, (Çocuk Hukuku), ss. 166 vd.; K. Ali Sonat, "Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Dayalı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri", **MÜHF - HAD,** C. 19, S. 3, s. 333.

rilmesi ihtiyâcı doğar[291]. Çocuğun soybağının doğru bir şekilde belirlenmesi hukuken kişinin kimliğini, gerçek anne ve babasını öğrenme hakkının, genetiği hakkında bilgi edinme hakkının bir ön koşuludur ve bu sebeple önemli menfaatleri barındıran bir *temel hak* olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi son zamanlarda verdiği bir kararda, çocuğun nesebini öğrenme temel hakkının önemini şu ifadelerle burgulamıştır:

> "Kişinin genetik babasıyla nesep ilişkisi kurabilmesi maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının bir gereğidir. Bireyin ana babasını bilme, babasının nüfusuna yazılma ve bunların getireceği haklardan yararlanma, ana ve babasından velayete bağlı görevlerini yerine getirmelerini isteme hakkı, onun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi kapsamındadır. Hukuk devleti ilkesi de kişinin genetik-biyolojik kökenini bilme ve soybağı ilişkisini kurma hakkının önündeki engelleri kaldırmayı gerektirir."[292].

Böyle bir iddia ile karşı karşıya kalan bireyin henüz kendisine karşı dava

---

[291] Sonat, s. 324. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi soybağının tespiti için kan ve doku incelemesinden söz etmişse de, esasında kan ve doku alınması sureti ile soybağının tespiti amacıyla diğer bilimsel ve araştırma yöntemlerine nazaran en yaygın şekilde uygulanan yöntem gen incelemeleridir. Temelini DNA incelemesine dayandıran gen incelemesi yöntemi, kişiler arasındaki biyolojik ilişkinin varlığını veya yokluğunu çok büyük bir kesinlikle ortaya koyabilen diğer yöntemlere göre daha kesin, doğru sonuçlar ortaya koyan bilimsel bir ispat aracı hâline gelmiştir (Bu konuda bkz. Sonat, ss. 326-327). Zira bu yöntem esasen, soybağı ilişkisi araştırılan kişilere ait DNA molekülleri üzerinde yapılan bir seri biyokimyasal uygulama sonucunda ilgililerin DNA profillerinin çıkartılmasına ve bunların birbiriyle kıyaslanmasına dayanmaktadır. Her bireyin DNA profili, kendine özgü, karakteristik bir yapıda olduğundan, bu yöntem sayesinde soybağı araştırılan kişiler arasında -çocuk ile anne veya çocuk ile yasal baba ya da baba olduğu iddia edilen kişi arasında- biyolojik bağlantının mevcut olup olmadığı bilimsel bir kesinlikle tespit edilebilmektedir (Bu konuda bkz. Sonat, s. 328). Nitekim 17 Ocak 2007 tarihli DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı'nın 2. maddesine göre de DNA analizi, DNA profili elde etmek amacıyla DNA örneği üzerinde yapılan bilimsel testtir (Tasarı metni için bkz. http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Gorus/Kanunlar/dna.pdf; erişim tarihi 4.10.2014). Bu kapsamda kişiden alınacak kan ve doku dışında saç, tükürük, gözyaşı, idrar, sperm gibi her türlü biyolojik numune üzerinden soybağının tespitine yönelik DNA incelemesi yapılması mümkündür (Sonat, s. 329).

[292] AYM 10.10.2013, 62/115 (RG 10.12.2013, S. 28847). Kararın devamında soybağının tespiti davasının zamanaşımı süresi ile içerisine ispat hakkını da dâhil eden hak arama özgürlüğü arasındaki ilişkiyi önemli ifadelerle belirtmiştir: "... 4721 sayılı Kanun'un soybağına ilişkin hükümlerinden, soybağının reddi davası açma hakkını bir hak düşürücü süreyle sınırlayan kanun koyucunun hukuken kurulan soybağı ilişkisinin sürekli dava tehdidi altında kalmasını istemediği anlaşılmaktadır. Hak arama özgürlüğü, demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olup tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alınmalıdır. Buna göre hukuken kurulan soybağının sürekli olarak dava tehdidi altında olması engellenirken, kişinin temel hak ve hürriyetlerinden olan maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile hak arama hürriyetinin zarar görmemesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle bu hakların sınırlandırılmasıyla umulan kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengenin olması gerekmektedir. Bu bakımdan soybağının reddi davasına ilişkin sürenin kaçırılmasında bir kusuru bulunmayan kişinin genetik babasıyla soybağı ilişkisi kurma hakkını sınırlayan itiraz konusu kural, küçüğün maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkını, hak arama hürriyetinin özünü hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde zedelemektedir. "

açılmadan önce, davadan bağımsız olarak bu iddianın gerçekliği konusunda kendi rızası ile bilimsel araştırma yöntemlerine başvurmasının hukuken geçerliliği -*özellikle Türk hukukunda*- tartışmalıdır[293]. Zira rızası olmaksızın kişinin, söz konusu iddianın ispatı için tıbbî müdahâleye tâbi tutulması Anayasa'nın 17. maddesi ile Türk Medenî Kanunu'nun 24. maddesinin birer istisnasını teşkil eder ve çocuğun kimliğini belirleme hakkı karşısında, baba olduğu iddia edilen kişinin de kişisel bütünlüğünün ve kişilik haklarının korunması menfaati bulunur[294]. Buna karşılık soybağı hukukunun en temel amaçlardan biri, çocuğun korunmasıdır[295]. Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da çoğu zaman üzerinde durulduğu gibi çocuğun ana ve baba yönünden soybağının kurulmuş olması, onun kişiliğinin oluşumu

---

[293] Günümüzde gen teknolojisi alanındaki gelişmeler sonucunda gen incelemesinin, kolaylaşması, maliyetinin düşmesi ve yaygınlaşması sonucunda soybağının tespiti için kişiler tarafından salt isteğe dayalı olarak, henüz kendilerine karşı açılan bir dava olmadan veya kendileri soybağına ilişkin bir dava açmadan önce de kullanılabilen bir olanak hâline gelmesine katkı sağlamıştır. Aynı zamanda bu hizmetin adlî tıp kurumu dışında, özel laboratuvar tarafından da gerçekleştirilebilmesi, söz konusu imkânın daha rahat kullanılmasına olanak sağlar (Bu konuda bkz. Sonat, ss. 325 vd.). Ne var ki, gen incelemesinin kişinin kişisel verilerinden olması, bunların birtakım kurum ve kuruluşlar aracılığıyla yapılabilecek olması ve özellikle DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı'nın 5. maddesinde benimsenen görüş, bu analizlerin salt kişilerin kendi iradesi ile dava dışında yapılması imkânını tartışmalı hâle getirmektedir. Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Sonat, ss. 331 vd.
Gen incelemelerinin Türk Medenî Kanunu'nun 24. maddesi kapsamında kişilik haklarının korunmasına müdahâle teşkil edip etmediği iki yönden tartışmalıdır: *Birincisi*, gen incelemesi için gerekli olan biyolojik numunenin kişinin vücudundan alınmasının, onun vücut bütünlüğüne müdahâle teşkil edip etmediğidir. Günümüzün gelişmiş teknolojileri özellikle tek bir saç telinden, kıldan veya tükürük salgısından gen incelemesinin mümkün olması, bu tartışmanın hararetini bir nebze olsun azaltabilmektedir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sonat, s. 338). *İkincisi* ise, gen incelemesi sonucunda tespit edilen, kişinin genetik bilgisinin *kişisel veri* olması özelliğinden kaynaklanır. Zira bu bilgi, ilgilinin kişiliğinin ayrılmaz bir parçası ve yansıması, onun varlığını belirleyen temel şifre olması itibariyle, kişisel veri niteliğindedir. Kişinin sahip olduğu irade serbestîsi ilkesi kapsamında kişisel verileri üzerinde *kendi geleceğini belirleme hakkına (informationelle Selbstbestimmungsrecht)* sahip olduğu kabul edilmektedir. Kişinin genetik bilgisi de kişisel veri olarak kabul edildiğinden, bu bilginin incelenmesi, tespiti veya açıklanması kişilik hakkı kapsamında korunan kişisel verilere bir müdahâle teşkil eder. Bu bilgilerin, gen incelemesi kapsamında araştırılması ve tespit edilmesi, kullanılan biyolojik materyalin türünden bağımsız olarak, ilgilinin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkına ve dolayısıyla onun kişilik hakkına bir müdahâle teşkil eder (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sonat, ss. 338-339).
Konunun özellikle bu iki yönü soybağı davasından ve tabi ki HMK m. 292 düzenlemesinden bağımsız olarak -*hem çocuğun hem de babanın rızası olsa dahi*- bu testlerin yaptırılabilinip yaptırılamayacağı meselesini tartışmalı hâle getirmektedir. Kaldı ki, konunun bir de *gizli şekilde yaptırılan babalık testleri* boyutu da bulunur. Türk hukukunda konu ile ilgili açık düzenleme bulunmaz iken, pek çok hukuk sisteminde bilimin ve tekniğin gelişmesi sonucunda karşılaşılan bu sorunlar ve uygulamalar örneğin Alman kanunkoyucusunu konu ile ilgili düzenleme yapma yoluna itmiştir. Bu konular aşağıda -*yine aynı başlık altında*- değerlendirilecektir.

[294] Bununla birlikte kişilerin genetik kodlarını temsil eden DNA da, özel hayatın gizliliği kapsamında koruma altında olan bir değerdir. Bu konuda bkz. Hürol Çankaya, **Biyoteknoloji ve İnsan Hakları** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2009, ss. 437-438.

[295] Bu konuda bkz. Serozan, Çocuk Hukuku, s. 162; ayrıca bkz. Sonat, s. 332.

bakımından belirleyici rol oynar[296]. Bunun yanısıra Türk Medenî Kanunu m. 327 vd. hükümlerinde ana babaya, çocuğun bakımı ve korunması yönünden bazı hak ve ödevler getirilmiştir. Çocuğun, ana babanın kendisine sağlayacağı bu bakım ve koruma olanaklarından yararlanması, yasal soybağı ilişkisinin kurulmuş olması sayesinde mümkün olabilir[297]. Belirttiğimiz bu gerekçelerle özellikle son yıllarda pek çok hukuk sistemi birtakım revizyonlara giderek çocuğun soybağının belirlenmesi konusunda güçlü yaptırımlar öngören düzenlemelere başvurmaktadır. Bu gereklilikler ispat hukuku ve özellikle de ispat hakkı bakımından, babalığın tespiti için ispat hakkı lehine olmak üzere birtakım zorlayıcı tedbirlere başvurma imkânlarını yaygınlaştırmaya başlamıştır.

İşte yukarıda belirttiğimiz Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yargılama sistemimize bu açamla dâhil olmuş bir kuraldır. Bu kuralın 2011 yılı itibariyle Türk medenî yargılama hukukunda da kabul edilmesinin en önemli sebeplerinden birisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuyla ilgili yaratmış olduğu içtihat hukukudur[298]. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da tartışılan önemli bir konu, babalık davasında davalı erkekten zorla DNA örneği alınması sorunu olmuştur. Bu davalarda yoğun olarak tartışılan hukukî sorun, bir yandan babalık davasında iddiada bulunan tarafın iddiasını ispat etme imkânının, karşı tarafın irade ve hâkimiyet alanına bırakılması; diğer tarafın da soybağının tespiti için kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir müdahâleye izin verip vermeme konusunda takdir hakkına sahip olması olmuştur. Diğer bir yandan özellikle Mahkeme içtihatlarının şekillenmesinde çocuğun korunması ve özellikle çocuğun kimli-

[296] Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına aşağıda yer verilecektir. Ayrıca bkz. Serozan, Çocuk Hukuku, s. 144; Sonat, ss. 332-333.

[297] Bu konuda bkz. Sonat, ss. 332-333.

[298] Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin düzenlenmesinden önce uygulama alanı bulunan Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesi, HMK'daki düzenlemenin tamamen zıttı yönde bir düzenleme içermekteydi. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra TMK m. 284 düzenlemesinin yürürlükten kalkmamış olması, hangi kanun hükmünün uygulanması gerektiği konusunda uzun tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bu konudaki tartışmaların çalışmamıza yansıtılması, konumuzun amacını aşmaktadır [*bu konudaki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.* Arif Barış Özbilen, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,** Y. 12, S. 24, 2013, ss. 108-115]. Elbette aynı konuyu düzenleyen sonraki özel hüküm, önceki genel hükmün uygulamasını ortadan kaldıracaktır. Bu sebeple de kanaatimizce de soybağının tespitine ilişkin davalarda HMK m. 292 düzenlemesi uygulanacaktır.

ğini belirleme hakkının, baba olduğu iddia edilen kişinin kişilik haklarına yapılacak müdahâleye göre üstün bir yarar taşıyıp taşımadığı tartışma konusu yapılmıştır[299].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Mikulic v. Hırvatistan davası*nda, evlilik dışı bir çocuğun açtığı babalık davasında, baba olduğu iddia edilen kişinin altı kez başvurulmasına rağmen DNA testi yaptırmayı reddetmesi imkânı tanıyan düzenlemeyi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bulmuştur. Mahkeme, baba adayının DNA testi yaptırmama hakkı ile çocuğun soybağını tespit hakkı arasındaki çatışmayı iddianın ispatı yöntemleri düzleminde değerlendirerek çocuğun menfaatinin üstün tutulması gerektiği sonucuna varmış; Hırvat kanunlarına göre babalığına hükmedilecek kişinin teste zorlanamayacağı hükmü nedeniyle DNA testi yaptırmayan Hırvat yetkililerin Sözleşme'den doğan pozitif yükümlülüğü yerine getirmediğine ve çocuğun özel yaşam hakkının ihlâl edildiğine hükmetmiştir[300].

bb. Düzenlemenin Uygulama Alanı ile İspat Hukuku ve İspat Hakkı Açısından Önemi

aaa. Düzenlemenin Uygulama Alanı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi kapsamında soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanma zorunluluğu soybağının reddi davasında (TMK m. 286), tanımanın iptali davasında (TMK m. 297)[301]

---

[299] Bu konudaki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.

[300] Kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz. Mowbray, ss. 147-148; Sultan Üzeltürk, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı,** İstanbul 2004, s. 162.

[301] Tanımanın iptali davasında ispat yükü, Türk Medenî Kanunu'nun 299. maddesinde "*Davacı, tanıyanın baba olmadığını ispatla yükümlüdür.*" şeklinde (TMK m. 299/1) özel olarak belirtilmiştir. Bu durumda davacının, tanıyan kişinin "baba olmadığını" -bu anlamda menfî bir vakıayı- tanıyan ile ana arasında bir cinsel ilişkinin bulunmadığını veya olmuşsa dahi çocuğun bu cinsel birliktelikten doğmadığını ispat etmesi gerekir [İbrahim Özbay ve Şerife Nar Aksan, "Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul", **EÜHFD,** C. XIV, S. 3-4, 2010, s. 202]. Şüphesiz ki bu şekilde menfî bir vakıayı yine menfî vakıalar ile ispat etmek oldukça zor bir iştir. Bu noktada da tanımanın iptali davasında, kişilerin ispat hakkını kullanabilmesi için bilimsel yöntemlerin önemi ortaya çıkmaktadır. Zira teknoloji ve bilimin geldiği nokta itibariyle herhangi bir biyolojik numuneye dayanarak yapılacak bir DNA testi ana-baba ölmüş olsa dahi, kişinin ana-babası ile ilişkisinin tespitinde çok önemli güvenilir ve bilimsel bir yöntemdir (*bu konuda bkz.* Özbay ve Aksan Nar, s. 202).
Benzer şekilde Türk Medenî Kanunu'nun 299. maddesinin 2. fıkrasına göre; "*Ana veya çocuk tarafından tanıyanın baba olmadığı iddiasıyla açılan iptal davasında ispat yükü, tanıyanın, gebe kalma döneminde ana ile cinsel ilişkide bulunduğuna ilişkin inandırıcı kanıtları göstermesinden sonra doğar.*" (TMK m. 299/2). Bu durumda tanıyanın, davacı ana ile cinsel ilişkide bulunduklarına ilişkin delilleri, onun gerçek baba olabileceği hakkında bir tür adi karine oluşturacak; bunun üzerine ana ve çocuk her türlü delille bu karineyi çürütme yoluna gidecektir. Tanıyan, gebe kalma döneminde ana ile cinsel ilişkide bulunduğuna ilişkin inandırıcı deliller getirebilirse, bu sefer davacı tarafın bu iddiayı çürütmek için delil getirmesi gerekecektir (*bu konuda bkz.* Özbay ve Aksan Nar, s. 203). Elbette bu tip iddiaların ispatı her zaman çok kolay değildir. Şayet erkek kısır ise, bu durumda ispat imkânı çok güç

ve babalık davasında (TMK m. 301) söz konusu olabilecektir. Türk Medenî Kanunu sistematiği içerisinde kişinin genetik soybağı hakkında bilgi edinme hakkının tanındığı dava türleri bu şekilde belirlenmiştir[302]. Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi, bu davalarda uygulama alanı bulabilecektir. Bunun yanısıra Kanun'un 292. maddesi, sadece baba açısından değil çocuk açısından da uygulanabilecektir. Zira düzenlemede öncelikle "*herkes*"in soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğu belirtilmekte (HMK m. 292/1); ayrıca üçüncü kişilerin, tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamayacağı da düzenleme altına alınarak (HMK m. 292/2) maddenin aynı zamanda üçüncü kişiler açısından da uygulama alanı bulacağı hükme bağlanmaktadır[303].

bbb. Düzenlemenin İspat Hukuku ve İspat Hakkı Bakımından Taşıdığı Özellikler

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. Maddesi babalığın tespiti konusunda getirdiği ispat kolaylığı ile önemli bir ispat güçlüğünün aşılmasına bilimsel gelişmelerin katkısı ile çözüm getirir. Bu çözümün, aynı zamanda karşı tarafın vücut bütünlüğüne müdahâle yolu ile gerçekleştirilmesi, ispat hakkı ile vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkının çatışması ile sonuçlanır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin ispat hakkı açısından özellik arzeden bir diğer yönü, bu maddenin hâkime tanıdığı yetkinin kullanılabilmesi için hâkimin mutlaka DNA incelemesi için bilirkişiye başvurmak zorunda olması; bilirkişi raporunun ise takdiri bir delil olması sebebiyle hâkimin kural olarak bu rapor ile bağlı olmayacağı; bu sebeple de bu delile ancak baba olduğu iddia edilen davalı ile ana arasındaki cinsel ilişkinin varlığı hususunda ciddi belirtiler ve deliller bulunduğu takdirde DNA testine başvurulabilmesi gerektiği yönündeki görüşlerdir[304]. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu görüşlerin ortaya ilk atıldığı za-

---

olmayabilir ancak "kısırlık" da erkek açısından özel hayatın bir parçası olan cinsel yaşantısının en mahrem noktasıdır ve bu anlamda kısırlığın ispatı ile tanımanın iptalinin sağlanması yerine, soybağının tespitine yarayacak bir biyolojik numune ile ispat imkânı son derece kolaylaşacak ve bu arada da erkeğin cinsel yaşantısı ispatın konusu olmaktan kurtulacaktır.

302 Bu konuda bkz. Sonat, s. 369.

303 Buna karşılık HMK m. 292 düzenlemesinden önce uygulanmakta olan Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin düzenlemesi davanın tarafları dışında üçüncü kişileri kapsama dâhil etmemekteydi. Bu konuda bkz. Özbilen, ss. 112-113.

304 Bu tartışmalar için bkz. Erten ve diğerleri, s. 578; Konuralp, İspatın Zorlanan Sınırları, s. 107; Özbay ve Aksan Nar, s. 203.

manlar, bilimsel delillerin bu derece kolay ulaşılabilir, yaygın ve ileri teknoloji ürünü olmayan zamanlardı. Bu sebeple bu görüş her ne kadar günümüzde de geçerliliğini korusa da, yaşanan teknolojik ve bilimsel gelişmelerin ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi karşısında DNA deliline başvuru konusunda çok büyük bir çekince yaşanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca DNA incelemelerinin bugün bilimsel gelişmeler ışığında kesinliğe yakın bir gerçeği yansıtması; bu incelemeleri yapan aynı zamanda özel kuruluşlar olması bu delilin doğruluğunu teyit etmek için başka kurum/kuruluşlara da gen incelemesi yaptırma olanağı tanımaktadır. Bu durum da, kişilerin ispat hakkını güvenilir ispat araçları ile kullanabilmesini mümkün kılmakta ve ispat hakkının önemli bir güvencesini oluşturmaktadır. Bunun yanısıra özellikle kişilerin özel hayatının yargılama prosedüründe de korunması gereği ve DNA testlerinin soybağının tespitinde taşıdığı önem ile sağladığı kolaylık karşısında önemli bir bilimsel delil olduğu görüşündeyiz. Bu şekilde hem davacı taraf ispat hakkını en güvenilir, sağlam ve bilimsel bilgi kaynakları ile ispat etme olanağı bulmakta; hem de kişilerin özel hayatının en mahrem noktaları olan cinsel hayatlarının dava sürecinde çok fazla tartışma konusu yapılmasına gerek duyulmaksızın iddianın ve gerçeğin ortaya çıkarılması sağlanmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin ceza yargılamasındaki tezahürü olarak ifade edebileceğimiz Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 ve 76. maddeleri konusunda yapılan önemli bir değerlendirme kanaatimizce HMK m. 292 hükmü açısından da geçerlidir. Bu durum ispat hakkının kullanılması ile ölçülülük ilkesinin uygulanması arasındaki önemli bağlantıyla ilgilidir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 ve 76. maddelerinde öngörülen "*koruma tedbirleri*"nin, -*aşağıda da üzerinde duracağımız üzere*- Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerinin istisnalarını oluşturması sebebiyle, ceza hukuku öğretisi özellikle bir suça ilişkin delil elde edilebilmesi için kan ve doku alınabilmesinin *ölçülülük ilkesi gereğince* gerçekten de suça ilişkin delil elde etmek için *gerekli* ve *elverişli olmasını*; ayrıca da 75 ve 76. maddelerin ancak *son çare* olarak uygulanması gerektiği, başka bir ifade ile suça ilişkin delil elde etmek için kişilerin vücut bütünlüğüne ve özel hayatına müdahâlede bulunabilmesi için söz konusu suça ilişkin başka yollarla delil elde edilememesini aramaktadır[305]. Kanaatimizce ceza yargılaması açısından bir suçun ortaya çıkarılması

[305] Bu konu aşağıda ele alınacaktır. Bkz. aşa. Dördüncü Bölüm, § 14.

kadar önemli bir kamu menfaati söz konusuyken dahi, ölçülülük ilkesinin bu denli hassasiyetle uygulanması, aynı şekilde ilkenin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi açısından da geçerliliğinin kaçınılmaz olarak kabul edilmesini etkileyecektir. Ölçülülük ilkesinin bu delillere başvuruda bu denli hassas bir denetimden geçirilmesinin sebebi şüphesiz ki, DNA incelemesi ile delil elde etmek için Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerine müdahâlede bulunuyor olmasından ve anayasal ölçülülük ilkesinden kaynaklanmaktadır. Soybağına ilişkin davalarda DNA incelemesine imkân tanıyan (HMK m. 292) kanunkoyucu ise, âdeta ölçülülük ilkesini hangi durumlarda bu yola başvurulacağını somutlaştırarak kendisi uygulamıştır. Zira dikkat çekilecek olunursa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu kişilerden doku alınarak DNA incelemesi gibi bilimsel yöntemlerle elde etme imkânını *sadece* soybağının tespiti davaları açısından kabul etmiş; bunun yanısıra genel bir düzenleme şeklinde Kanun'da herhangi bir uyuşmazlık açısından kan ve doku nakline katlanma zorunluluğu öngörememiştir. Bu yönü de Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 292 hükmünü, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükümlerinden ayıran en önemli yönüdür. Kanunkoyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na bu düzenlemeyi getirirken hem soybağının tespiti davalarının taşıdığı *kamusal* menfaat ve özellikle *kişinin kimliğini belirleme* menfaati hem de soybağının tespiti davalarında babalığın, cinsel birlikteliğin varlığını/yokluğunu ispat etmek imkânı dışında ispatının son derece güç olmasını göz önüne almıştır. Dolayısıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun konuyla ilgili benzer fakat çok daha geniş olan düzenlemesi açısından kabul edilen ölçülülük ilkesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinde bizatihi kanunkoyucu tarafından kaleme alınmış ve son derece sınırlı uyuşmazlıklarda "sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla" kabul edilmiştir. Bu sebeple söz konusu maddenin günümüzün bilimsel gelişmeleri ve 2011 yılında kabul edilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi karşısında, uygulanması konusunda çok fazla tereddüt yaşanılmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz.

ccc. Düzenlemenin Uygulama Alanı Bakımından Kabul Edilen İspat Ölçüsünün İspat Hakkı İle İlişkisi

Soybağı davalarında özellikle davacı taraf açısından çocuğun kendisinden olmadığı konusunda yüksek ispat ölçüsü kabul edilmesinin birtakım sakıncaları bulunur. Genellikle kadının çok kişiyle cinsel ilişkiye girdiğinin ispatı gibi ispatı güç olan

birtakım ölçütler benimsemek uygulamada gizli şekilde DNA testi veya babalık testi yaptırılması sorununu ortaya çıkarır. Nitekim bu durumun somut örneği Alman hukukudur. Alman Medenî Kanunu'na göre soybağının reddi davasının şartları, dava açmaya yetkili kişilerden olmak (BGB § 1600) ve davayı iki yıllık hak düşürücü süre (BGB § 1600b/I) içerisinde açmaktır. Alman Yüksek Mahkemesi, yerleşik hâle gelen içtihadında, bu şartlara ek olarak nesebin reddi davası açan babadan "objektif açıdan çocuğun kendisiyle olan soybağında şüphe uyandırmaya elverişli vakıaları yargılamaya getirmesini ve bunları inanılır kılmasını" istenmektedir[306]. Yüksek Mahkeme tarafından Kanun'da öngörülmemesine rağmen babalığın iptali davasının bir şartı olarak aranan "başlangıç şüphesinin somutlaştırılması, haklı gösterilmesi zorunluluğu", Alman uygulamasında annenin çok kişiyle cinsel ilişkide bulunduğuna dair tanığa ya da bu hususta annenin bir ikrarına sahip olmayan hukukî babayı ispat güçlüğü içine sokmaktadır[307]. Bu ispat güçlüğünden kurtulmanın yolu ise, kendisinden ve çocuktan saç ve tükürük gibi örnekler almak suretiyle genetik inceleme yapan bir sağlık kurumundan özel babalık raporu temin etmek olmuştur[308]. Bu uygulama Alman kanunkoyucusunu harekete geçirmiş ve eskiden sadece açılmış bir davada gen incelemesi yapılmasına olanak tanınırken, yeni kanunî düzenleme ile kişilerin dava açmadan önce veya bu soybağı davasından bağımsız bir şekilde özel kurumlarda DNA incelemesi yaptırılması olanaklı hâle gelmiştir.

Son olarak üzerinde durmak istediğimiz husus, kan ve doku alınabilmesinin, soybağı davasında ancak mahkemenin talebi üzerine gerçekleştirilebileceğidir. Şayet erkek bu kan ve dokuyu vermekten kaçınırsa, duruma göre babalığına hükmedilebilme sonucu dahi mevcuttur. Bu katı düzenlemelerin varlığına rağmen kadın veya çocuğun, hukukî veya biyolojik babadan *gizlice* saç, tükürük, doku alınarak davada kullanılmak üzere delil olarak dayanması mümkün değildir. Zira gen incelemesine imkân verecek bu tip dokuların, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi uyarınca kullanılabilmesi için öncelikle kişinin iradesi dışında alınmamış olması yani

[306] Evren Kılıçoğlu, "Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebinin Tanınması - Yargılama Hukuku Perspektifinden Bir Bakış-", **MÜHF - HAD,** C. 16, S. 3-4, 2010, (Gizli Babalık Testi), s. 283.
[307] Kılıçoğlu, Gizli Babalık Testi, s. 283.
[308] Kılıçoğlu, Gizli Babalık Testi, s. 283.

hukuka uygun yollarla elde edilmiş olması gerekir[309]. Nitekim Kanun'un 189. maddesi açık bir şekilde hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların delil olarak kullanılamayacağını düzenleme altına almıştır (HMK m. 189). Alman hukukunda da anne ve çocuktan habersiz ve gizli olarak alınan örneklerle temin edilmiş bir DNA raporu, çocuğun *kendisi hakkındaki bilgileri bizzat belirleme (informationalle Selbstbestimmung)* temel hakkına hukuka aykırı bir müdahâleyi içerdiğinden mahkemede kullanılması kabul edilmemektedir[310]. Bir yandan Alman Medenî Kanunu'nda gen incelemesine başvurulabilmesi için yüksek bir ikna, ispat ölçüsü aranması diğer yandan da bu ispat ölçüsünü yerine getiremeyen ancak iddiasını da ispat etmek isteyen kişilerin gizli babalık testi yaptırma yoluna girmeleri içtihatlara da yansımış ve problem hâlini almıştır. Zira uygulamada yaşanan bu sorunlar sonunda 13.2.2007 tarihinde Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin önüne anayasal şikâyet yolu ile gelmiş ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu kararında[311], Federal Mahkeme'nin dava dışında gerçekleştirilen gizli babalık testlerinin hukuka aykırı olduğu ve yargılamada kullanılamayacağı şeklindeki içtihadını doğru bulmuş, yani gizli babalık testlerini yargılamada dikkate almayan içtihadı onaylamıştır[312]. Bununla birlikte Federal Anayasa Mahkemesi bu kararında çocuğun anayasal kişilik hakkının bir parçası olarak soybağını öğrenme hakkının anayasal bir hak olduğu gibi, babanın da genetik (biyolojik, doğal) soybağı ilişkisini öğrenme temel hakkının var olduğu kabul etmiş; fakat soybağının reddi davasının açılması için de öngörülen mâkûl şüphenin ailenin korunması için gerekli olduğuna, bu sebeple de kanunkoyucuyu konuyla ilgili düzenleme yapmaya çağırmıştır[313]. Bu kararın üzerine Alman Medenî Kanunu'nda değişiklik yapılmış ve yeni eklenen Alman Medenî Kanunu (BGB) § 1598a ile soybağının iptali davasının yanında ve bundan bağımsız olarak yargılama dışında gerçekleşecek olan biyolojik babalığın tespitine ilişkin bir prosedür kabul edilmiş ve bu prosedüre dayanarak inceleme yapmak isteyen taraf için güçlü bir şüphe yarata-

[309] Kişinin biyolojik numunesinin kendisinden habersiz şekilde gen incelemesine tâbi tutularak bu bilginin tespit edilmesi, aynı zamanda Türk Medenî Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenen kişilik haklarının korunması hakkına da haksız bir müdahâle niteliği taşır. Bu konuda bkz. Sonat, ss. 339-340.

[310] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Gizli Babalık Testi, ss. 283-284.

[311] BVerfG, NJW 2007, s. 753 vd.

[312] Kararın değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Gizli Babalık Testi, ss. 285-287.

[313] Kılıçoğlu, Gizli Babalık Testi, ss. 285-286.

cak ispat faaliyetine girmesi aranmamıştır[314]. Türk hukukunda ise, yukarıda da değindiğimiz üzere hukukî babanın biyolojik baba olup olmadığının soybağı davaları dışında -*yani dava yolu dışında*- tespit edilmesine imkân veren açık bir düzenleme olmadığı gibi konu medenî hukuk öğretisi açısından da tartışmalıdır. Tartışmanın temelinde şüphesiz ki, daha önce üzerinde durduğumuz üzere gen incelemelerinin kural olarak kişilerin vücut bütünlüğünün ve özel hayatının sınırlanması anlamına gelmesidir.

Özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yeni düzenlemesiyle bu tartışmaların büyük oranda çözüme kavuştuğu ifade edilebilir. Şöyle ki, öncelikle kişilerden biyolojik numune almak kişilerin vücut bütünlüğüne ve özel hayatının ve kişisel verilerinin korunması hakkına bir müdahâle teşkil eder. Bu anlamda da, aynı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 vd. maddeleri açısından ifade edilen ölçülülük ilkesi ve son çare ilkesinin bu önlem açısından da dikkate alınması gerekir[315]. Bu gereklilik her şeyden önce incelemenin, Anayasa'nın 17. ve 20. maddeleri ile koruma altına alınan temel haklara müdahâle etmesi sebebiyle Anayasa'nın 13. maddesinden doğar. Hâl böyle iken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi kaleme alınırken kanunkoyucu kendisi ölçülülük ilkesini *kanun yapma faaliyeti* sırasında uygulamış ve böyle bir önlemin sadece *soybağı* davalarında ve *ancak kişiye zarar vermemesi* koşulu ile uygulanabileceğini düzenlemiştir. Bu anlamda doku ve örnek alınmasına *katlanma yükümlülüğü* (HMK m. 292) sadece soybağına ilişkin davalarda uyuşmazlığın taraflarının menfaatleri dikkate alınarak *sınırlı* ve *amaca uygun* şekilde belirlenmiştir. Bunun yanısıra Alman kanunkoyucu gibi Türk kanunkoyucusu gen incelemesi için kadının başka bir erkekle birlikteliği konusunda güçlü bir şüphe oluş-

---

[314] Alman soybağı hukukunda, tanınan yeni talep hakkıyla, anne ve çocuğun -ister evlilik içinde doğma ister babalık karinesine dayalı olarak kurulmuş olsun- hukukî babanın talebi ile biyolojik soybağının tespitine ilişkin inceleme ve araştırmalara katlanma yükümlülükleri -ve hatta gerektiğinde bu yükümlülüğün zorla yerine getirilebilmesi bakımından-, şüphe sebeplerini somutlaştırma ve gerçeğe yakın gösterme şartı aranmamıştır. Yani, test için gerekli örnekleri vermek bakımından -gerektiğinde zor kullanılarak yerine getirilebilen- şartsız ve süreye bağlı olmayan bir katlanma yükümlülüğü öngörülmüştür (Kılıçoğlu, Gizli Babalık Testi, s. 302). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Gizli Babalık Testi, ss. 287-292. Ayrıca düzenlemeye ilişkin eleştiriler hakkında bkz. Kılıçoğlu, Gizli Babalık Testi, ss. 292-293.

[315] Bu gereklilikler ceza muhakemesi öğretisinde oranlılık ilkesi ve ikincillik ilkesi olarak zikredilmektedir. Öncelikle *oranlılık ilkesi*ne göre, tıbbî muayenenin yapılabilmesi veya vücuttan örnekler alınabilmesi için, müdahâlenîn, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmamasını gerektirir. *İkincilllik ilkesi*ne göre ise, şayet başka tedbirler ile aynı sonuca ulaşabilmek mümkünse bu tedbire başvurulmamalıdır [Veli Özer Özbek, "Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", **YÜHFD,** Özel Sayı: Türk-Alman Hukuku Sempozyumu, C. III, S. 2, 2006, (Tıbbî Deliller), ss. 367-368].

turması gibi bir ispat ölçüsünü soybağı davaları açısından öngörmemiştir. Buna rağmen öğretide bazı yazarlarca öne sürüldüğü şekilde, gen incelemesi yoluna başvurulabilmesi için kadının başka erkek/erkeklerle birlikteliğinin mâkûl ölçüde ispat edilmesi aranmamalıdır. Böyle bir durum hem birtakım ispat güçlüklerine sebebiyet verecek hem de gereksiz bir şekilde karşı tarafın kadının haysiyetsiz yaşam sürdüğü veya başka erkeklerle ilişki içerisinde olduğunun ispat edilmesi gibi kadının özel hayatına gereksiz şekilde müdahâleye sebebiyet verecektir. Aynı zamanda bu konuda oluşabilecek ispat güçlükleri uygulamada *gizli şekilde babalık testi* yaptırılmasına ve temelde hukuka aykırı olan bu bilginin yargılamada delil olarak kullanılması gibi hatalı uygulamalara sebebiyet verebilecektir. Oluşabilecek tüm bu sakıncaların ise, soybağına ilişkin bir dava açıldığında mahkemenin kendiliğinden karşı taraftan tükürük salgısı veya saç kılı gibi basit bit biyolojik numunesi alınarak yaptırılabilecek bir DNA incelemesi ile kolaylıkla önlenebilir. Aynı zamanda bu inceleme yöntemi ile soybağına ilişkin davalarda kesin ve bilimsel sonuçlara varmak mümkün olabileceğinden aynı zamanda hukukî güvenlik, usûl ekonomisi gibi ilkeler de temin edilmiş olacaktır.

c. Medenî Yargılama Hukukunda Genel Bir Beden Muayenesine ve Örnek Alınmasına Katlanma Yükümlülüğü Bulunup Bulunmadığı Sorunu

aa. CMK m. 75 vd.nın Medenî Yargıda Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

Yukarıda da değindiğimiz üzere öğretide savunulan bir görüşe göre, soybağının tespiti dışındaki hukuk davaları bakımından, beden muayenesi ve bedenden örnek alınmasına katlanma yükümlülüğü açısından medenî yargılama ile ceza yargılaması arasında farklılık kabul etmenin haklı bir nedeni bulunmadığı; beden muayenesi ve bedenden örnek alınmasına katlanma yükümlülüğü ile ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan ayrıntılı hükümlerin, "anayasa hukuku bakımından muhakeme hukukunun diğer bir dalı" olan medenî yargılama için de geçerli sayılması gerektiği; buna göre de Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'deki[316] kural ve sınırlamaların *kıyasen* medenî yargılamaya

[316] RG 1.6.2005, S. 25832.

ilişkin davalarda da uygulanması gerektiği belirtilmektedir[317]. Ancak bu görüş temel haklar öğretisinin ilkeleri, Anayasa hükümleri ve temelini Anayasal ilke ve kurallara dayandıran ceza hukuku ilkeleri bakımından önemli sorunları tartışma konusu yaptığı gibi; böyle bir görüşün kabul edilmesi -*nihâyetinde ispat hakkına hizmet edecek olsa dahi*- yargılama sürecinde kişilik haklarının korunması açısından oldukça önemli sorunlar doğurabilecek niteliktedir.

Yukarıdaki görüşün kabul edilmesi, her şeyden önce kanunîlik ilkesine aykırılık teşkil eder[318]. Anayasa'ya göre kişilik haklarına müdahâle oluşturacak böyle bir sınırlamanın ancak Kanun ile öngörülmesi gerekir (Ay m. 17). Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 ve devamında düzenlenen beden muayenesi ve kişiden örnek alınmasına ilişkin hükümler ise, doğrudan doğruya ceza soruşturmaları açısından öngörülmüştür. Bu maddelerde öngörülen söz konusu koruma tedbirlerinin *sadece* "bir suça ilişkin delil etmek amacıyla öngörüldüğü"; söz konusu maddelerde öngörülen yetkilerin *başka bir amaçla* kullanılamayacağı vurgulanmaktadır[319]. Nitekim yukarıda belirttiğimiz görüş de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesinde yer alan *iç beden muayenesi* için aranan "*üst sınırı iki yıl ve iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suç*" koşulunun medenî yargılamaya ilişkin davalarda bu maddenin uygulanmasına engel teşkil edeceği; fakat Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 76. maddesinde düzenlenen "*dış beden muayenesi*"nin medenî yargılamaya ilişkin davalarda kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır[320]. Oysa ki Anayasa'nın 17. maddesine müdahâle niteliği taşıyan Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 75 ve devamı maddelerinin[321] somut olaya uygulanabilmesi için mutlaka söz konusu beden muayenesini ve-

---

[317] Budak, Tıbbî Deliller, s. 340.

[318] Temel hakların sınırlandırılması rejiminde kanunîlik ilkesinin geçerli olduğu; bu yönüyle hem ispat hakkına sınırlama getiren her bir müdahâlenîn hem de ispat hakkının diğer temel haklara müdahâle edeceği her bir düzenlemenin kanunîlik ilkesine uyumlu olması gerektiği konusundaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 14, II.

[319] Özbek, Tıbbî Deliller, ss. 365, 370, 374; Ayşe Nuhoğlu, "Beden Muayenesi", **YÜHFD Özel Sayı: Türk-Alman Hukuku Sempozyumu,** C. III, S. 2, 2006, ss. 324-325.

[320] Budak, Tıbbî Deliller, s. 341.

[321] Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. ve devamı maddelerinin Anayasa'nın 17. maddesine istisna oluşturduğu; bu sebeple sınırlama öngören bu maddelerin temel hakların sınırlanması konusunda uyulması gereken temel ilke ve kurallara uyumlu olması gerektiği; bu çerçevede özellikle bir suça ilişkin delil etme amacı ile dahi olsa ölçülülük ilkesinin de somut olaya uygulanması neticesinde böyle bir tedbirin uygulanmasının "*son çare ilkesi*" ile uyumlu olması gerektiği; dolayısıyla bir suça ilişkin delil elde etme amacıyla dahi olsa, beden muayenesi ve örnek alınmasının gerçekten suçun ispatı için başka delillerle ispat etme olanağının bulunmaması hâlinde başvurulması gereken bir koruma tedbiri olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Özbek, Tıbbî Deliller, ss. 365, 366, 368-369, 371, 374. Ayrıca bkz. Nuhoğlu, ss. 323-324.

ya örnek almanın bir suça ilişkin delil elde etme amacına yönelik olması gerekir; *kıyas yolu ile* Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen bu düzenlemenin başka yargılama alanlarında uygulanması, aynı zamanda *temel hakların kural, istisnaların ise dar yorumlanması prensibi*ne aykırılık teşkil eder. Yine benzer şekilde *temel hakları sınırlayan hukukî düzenlemelerin kıyasa tâbi tutulması,* Anayasa'ya aykırılık teşkil eder. "Genetik İnceleme Sonuçlarının Gizliliği" başlığını taşıyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 80. maddesi de tüm bu sebeplerden dolayı istisnaî nitelikte olan bu düzenlemelerin başka alanlara sirayet etmesini önlemek için özel kural öngörmüştür:

> (1) 75, 76 ve 78 inci Madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez.
>
> (2) Bu bilgiler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir. (CMK m. 80)[322]

Dolayısıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 80. maddesi karşısında, ceza soruşturmalarında yapılan gen incelemeleri, mahkûmiyet kararı hâricinde derhal imhâ edilecek ve hâtta medenî yargıya ilişkin bir davada dahi kullanılması mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce bu madde hükmü sebebiyle mâhkûmiyet kararı ile sonuçlanan bir ceza davasının, bekletici mesele yapılması hâlinde dahi bu kişisel verinin medenî yargıya ilişkin davada delil olarak kullanılması mümkün olmayacaktır. Zira kişisel verilerin korunması, özel hayatın korunması hakkının (Ay m. 20) oldukça önemli bir bölümünü oluşturur ve bu alanda yapılacak her türlü sınırlamanın Kanun ile öngörülerek Anayasa'nın sınırlama koşullarını (Ay m. 20/2 ve Ay m. 13) sağlaması gerekir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 ve devamı maddelerinin uygulanabilmesi için aranan koşullar katı bir şekilde kabul edilmekte ve bu şartlardan herhangi bir bulunmaması hâlinde yapılacak muayene veya alınacak örneğe dayanılmasının hukuka aykırı delil ortaya çıkaracağı ceza hukuku öğretisinde tereddütsüz olarak kabul edilmektedir[323]. Bu şartların hiçbirinin ise, medenî

[322] Aynı yönde bkz. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 14. Ayrıca bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, Tıbbî Deliller, ss. 377-379; Nuhoğlu, ss. 335-336.

[323] Bu konuda bkz. Özbek, Tıbbî Deliller, ss. 360 vd; Nuhoğlu, ss. 329-334.

yargılamaya ilişkin bir davada uygulanması veya geçerli olması söz konusu olamayacaktır.

Belirttiğimiz bu tartışmaların medenî yargılama hukukunda ne gibi örneklerle somutlaşabileceği üzerinde de durmak gerekir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesi *sanık* veya *şüphelinin* üzerinde yapılacak olan iç beden muayenesini; buna karşılık 76. madde *suçun mağduru* ve *diğer kişiler* üzerinde yapılacak iç ve dış beden muayenesini konu alır. Öğretide ileri sürüldüğü gibi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 76. maddesinin *kıyasen* medenî yargılama hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda da uygulanması, *örneğin* nişanın bozulmasından kaynaklanan bir tazminat davasında kadının "*kızlık muayenesi*"ne karar verilebilmesine imkân verecektir. Oysa ki uygulamada sıklıkla bu koruma tedbirlerinin yanlış uygulanması neticesinde özellikle kadınların kişisel haklarının, Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olarak ihlâl edilmesi yeni Türk Ceza Kanunu'nda hukuka aykırı genital bölge muayenesi yapılmasının ayrıca suç olarak düzenlenmesine sebebiyet vermiştir[324]. Dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesine istisna teşkil eden Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 76. maddesinin, bu madde hükmünde aranan koşulların hiçbiri gerçekleşmemiş iken *kıyasen* medenî yargılamaya ilişkin uyuşmazlıklarda da uygulanabileceğini kabul etmek, doğrudan doğruya anayasal temel hak ihlâli oluşturacaktır. Aynı zamanda böyle bir kabul ispat hakkının temin edilmesine hizmet verse bile, bu tedbir bu sefer de *insan onuruna yakışır şekilde ispat hakkını kullanma* temel menfaatine aykırı olacaktır[325]. Böyle bir durumda -*yani medenî yargılamaya ilişkin bir davada*- şayet mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 76. maddesinin uygulanmasına karar vererek kadın üzerinde beden muayenesi yapılmasına karar verirse, duruma göre Türk Ceza Kanunu'nun 287. maddesi uygulama alanı bulabileceği gibi hâkimin hukukî ve idarî sorumluluğuna gidilmesi de mümkün olabilecektir.

Tüm bu değerlendirmelerin sonucu olarak öğretide savunulduğu üzere, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. ve devamı maddelerinde düzenlenen güvenlik tedbirlerinin, medenî yargılama hukukuna kıyasen uygulanması kanaatimizce mümkün değildir. Böyle bir görüş kabul edilmesi, aynı zamanda Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kabul edilen diğer başka güvenlik tedbirlerinin de delillerin korunması amacı

[324] Bu konuda bkz. Özbek, Tıbbî Deliller, s. 374.
[325] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5.

ile medenî yargılama hukukunda uygulanmasının mümkün hâle gelebileceği gibi bir sonuç doğar. Bu hâlde örneğin bir delilin korunması için Ceza Muhakemesi Kanunu'nun öngördüğü arama, yakalama gibi güvenlik tedbirlerine başvurulabilmesi de mümkün olabilecek midir? Zira bu güvenlik tedbirleri arasında -*örneğin arama, yakalama, elkoyma veya beden muayenesi*- hukukî niteliği itibariyle herhangi bir fark yoktur. Kanunkoyucu medenî yargılamaya ilişkin uyuşmazlıklar açısından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 vd. maddelerinin *kıyasen* uygulanabileceğini öngören bir düzenlemeyi kabul etmemiş olduğu gibi, diğer güvenlik tedbirleri için de böyle bir kabul yoktur. Dolayısıyla kanaatimizce Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 vd. maddelerinin -*ve bu arada ceza muhakemesinde delillerin güvence altına alınması için kabul edilen diğer herhangi bir güvenlik tedbirinin*- medenî yargılama hukukunda uygulanması mümkün değildir. Şayet kanunkoyucu medenî yargılama hukuku alanında bu tedbirleri uygulamak yönünde bir irade gösterirse, bunun Anayasal ilkelere ve hakkın sınırlandırılması ölçütlerine uygun olarak Kanun ile açıkça düzenlenmesi veya yine *açık* bir şekilde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili madde düzenlemesine atıfta bulunması gereklidir. Konuya ilişkin düzenlemelerin Kanun ile ayrıca ve açıkça düzenlenmeden medenî yargılamaya ilişkin davalarda kişilerin biyolojik numunelerinin doğrudan doğruya kullanılması mümkün değildir.

bb. Alkol Muayenesi Testinin İspat Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

CMK'da yer alan hükümler ile medenî yargı arasındaki ilişki kurulurken, özel olarak trafik kazası sonrası yapılan alkol muayenelerinin medenî yargıdaki uygulama alanı üzerinde de durmak gerekir. Bu uygulama, ispat hakkına hizmet etmek üzere getirilecek düzenlemelerin anayasal gereklilikleri karşılaması gerektiği konusunda önemli bir örnek oluşturacaktır. Kişinin, alkollü bir şekilde araç kullanırken bir başka kişinin ölümüne veya yaralanmasına sebep olduğunu, bu durumda kişiden alınacak kan testi ile alkollü bulunduğu tespit edilerek ve bu delile dayanılarak ceza soruşturması başlatılmış olduğunu varsayalım. Failden kan alınması, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesi çerçevesinde değerlendirilecek olursa, bu durumda bu biyolojik numunenin medenî yargılamaya ilişkin bir davada -*örneğin tazminat davasında*- kullanılması mümkün olamayacaktır. Zira Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. ve 80. maddelerinin açık düzenlemeleri, bu tip bir kişisel verinin her ne sebeple olursa olsun başka bir davada delil olarak kullanılmasına imkân tanımaz. Ancak bu

konuda Karayolları Trafik Kanunu'nda ve Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde özel düzenleme getirilmiştir[326] ve bu düzenleme sayesindedir ki, trafik kazalarının hemen ardından alınacak biyolojik bir numunenin medenî yargılamaya ilişkin davalarda da uygulanması, bu yolla kusurun ispatı mümkün kılınabilmektedir. Bununla birlikte bu somut düzenleme kanun ile değil, yönetmelikle düzenlenmiş olduğundan Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olarak ve kanunîlik şartına uyulmadan elde edilen bir delil niteliğinde bulunduğundan, trafik kazaları sonrasında elde edilen deliller de hukuka aykırı niteliktedir.

Şöyle ki, öncelikle Karayolları Trafik Kanunu'nda kişilerin araç kullanırken alkol ve uyuşturucu kullanıp kullanmadıklarının tespiti için emniyet güçlerine yetki verilmiş ve konuyla ilgili düzenlemelerin Yönetmelik ilke düzenleneceği hüküm altına alınmıştır (KTK m. 48)[327]. *Karayolları Trafik Yönetmeliği*'nin[328] 159. maddesine göre de, işleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukukî sorumluluğu bakımından Yönetmelik'in 85 ilâ 111. maddelerindeki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir (KTY m. 159). Bu maddeler arasında, Yönetmelik'in 97. maddesine göre ise sürücülerin alkol ve uyuşturucu madde ile araç sürmeleri yasaklanmış ve aynı madde, trafik görevlilerince sürücüler üzerinde *her zaman* alkol kontrolüne tâbi tutulabileceklerini; uyuşturucu veya uyarıcı madde kontrolünün ise durumundan şüphe edilen sürücüler üzerinde her zaman yapılabileceğini düzenlemiştir (KTY m. 97)[329]. Dolayısıyla medenî yargılamaya ilişkin bir uyuşmazlıkta kişilerden biyolojik numune alınarak yapılacak incelemelere *hukuka uygun yolla elde edilmiş bir delil* niteliği kazandırılmak isteniyorsa, Karayolları Trafik Yönetmelik'in ilgili hükmünde olduğu gibi *ancak yönetmelik hükmü ile değil kanun hükmü ile* bunun açıkça düzenlenmesi gerekir. Aksi durum, kişisel verilerin medenî yargılamaya ilişkin davalarda hukuka ve Anayasa'ya aykırı kullanımı anlamını taşıyacaktır.

---

[326] Karayolları Trafik Kanunu'nda trafik suçları bağlamında deliller ve ispat fonksiyonları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Kemal Yıldız, "Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu", **YÜHFD Özel Sayı, Türk-Alman Hukuku Sempozyumu,** C. III, S. 2, 2006, (Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu), ss. 407 vd.

[327] Maddenin uygulama alanı hakkında bkz. Yıldız, Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu, ss. 412-413.

[328] RG 18.7.1997, S. 23053.

[329] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu, ss. 412-417.

cc. HMK'da Kan ve Örnek Alınmasına İmkân Tanıyan Genel Bir Düzenleme Bulunup Bulunmadığı Sorunu

Bu konuda üzerinde duruşması gereken ikinci konu, medenî yargılamada ispat hakkının teminine yönelik olarak kan ve doku nakline izin veren *genel* nitelikli bir düzenleme bulunup bulunmadığıdır. Zira öğretide özel hüküm sebebine dayanarak hâkimin -HMK m. 292 uygulamasının hâricinde- kan ve doku nakli alınabilmesine karar verebileceği belirtilir. Bu çerçevede HUMK m. 367 düzenlemesin başvurulabileceğini ve hâkimin, beden muayenesi veya bedenden örnek alınması hakkında iki tarafı dinledikten sonra "gereken tedbirleri" alabileceği kuralının ve Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 23. maddesinin (C) bendinin 2. paragrafında yer alan "Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu ve İhtisas Kurulları ilgili kişileri gerektiğinde muayene ve bunları usulüne göre dinleyebilir. Her türlü tetkikatı yapar ve yaptırabilir." hükmünün, tarafların beden muayenesi ve örnek alınması için zorla Adli Tıp Kurumu'na gönderilmesine olanak verdiği görüşündedir[330]. Söz konusu maddenin -özel hüküm sebepleri çerçevesinde- mahkemenin Adlî Tıp Kurumu'ndan görüş istemesi durumu, Kurum'un kişilerin üzerinde her türlü biyolojik numuneyi sınırlama olmaksızın alabileceği yönünde yorumlanamaz. Zira Adlî Tıp Kanunu'nun 2. maddesi Adli Tıp Kurumu'nun görevleri arasında, "mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirme" bildirmiştir. Böylece Kurum'un yetkisi, inceleme konusu yapılacak konu üzerinde mahkemenin kararı ile somutlaşacaktır. Örneğin soybağının tespiti için Adli Tıp Kurumu'nun incelemesine başvurulmasına karar verilmişse, Adlî Tıp Kurumu ancak somut bu kararı konu alan konularda inceleme yapma yetkisine sahiptir; 23. maddede yer alan inceleme yetkisi sınırsız bir yetki değildir. Adlî Tıp Kurumu, kişilerden örnek alınması veya muayene yapılmasına imkân tanınan tüm durumlarda bu yetkisini Adli Tıp Kanunu'ndan değil, kanunlarda bu konuda mahkemeye inceleme yetkisi tanıyan düzenlemelerden almaktadır. Adlî Tıp Kurumu her bir somut olayda, olayın özelliklerine göre hangi belge ve bilgilere başvurulabileceğini somutlaştırmakta[331] ve beden muayenesi veya bedenden örnek alınması taleplerini yerine getirebilmek için *mahkeme* veya *savcılık kararı* aramaktadır. Bu mahkeme/savcılık kararının konusunun bizatihi *beden mua-*

[330] Kuru, C. III, s. 2876.
[331] Rapor Düzenlemede Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurul ve Dairelerinin İstediği Belge ve Materyaller (http://www.atk.gov.tr/pdf/belgevemateryaller.pdf; Son erişim tarihi: 7.10.2014).

yenesi veya *doku alınmasına* ilişkin olmalıdır. Dolayısıyla somut olarak beden muayenesi veya doku alınmasına ilişkin talebinin bulunmadığı bir "mahkeme kararı"na dayanarak Adlî Tıp Kurumu'nun kişiler üzerinde beden muayenesine veya örnek alınmasına kendiliğinden karar vermesi uygulaması Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil edecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sadece soybağı davası için kabul ettiği gen incelemelerinin diğer uyuşmazlıklara gerek Kanun'un 292. maddesi gerekse başka maddeler aracılığıyla ulaşılmaya çalışılması Anayasa'ya aykırıdır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu genel bir düzenleme şeklinde -*CMK'da olduğu gibi*- beden muayenesi ve doku alınmasına imkân tanımadığı için kıyasen veya yorum yolu ile Anayasa'ya aykırı şekilde uygulamalara başvurulması hukuken doğru olmayacaktır.

Sonuç olarak esasında gerek Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükümlerinin *kıyasen* gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun konuya ilişkin açık düzenlemesi bulunmamasına rağmen Anayasa'ya aykırı şekilde beden muayenesi ve doku alınmasına medenî yargılamaya ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanmasına imkân tanımak temelde ispat hakkının teminine hizmet etmekteyse de, Anayasa'ya aykırılık teşkil eder. Temel haklar öğretisinin geldiği noktada, kişisel verilerin medenî yargılama prosedüründe de dikkate alınması ve korunması gerekir. Konunun aynı zamanda bu boyutu da, yapılan müdahâleyi Anayasa'ya aykırı hâle getirmektedir.

2. İspat Hakkının Maddî ve Manevî Varlığın Korunması Hakkı ile Çatışması

a. Tanık Koruma Kanunu ve Medenî Yargılamada İspat Hakkı ile Etkileşimi

Kişilerin maddî ve manevî varlığını koruma ihtiyâcı da, ispat hakkı karşısında meşru bir koruma zemini oluşturabilecek niteliktedir[332]. Bu çerçevede örneğin tanığın maddî varlığını koruyabilmesi için birtakım kaçınma sebepleri ispat hakkının bir sınırlaması olarak karşımıza çıkabilir. Tanık koruma tedbirleri ülkemizde 5726 sayılı ve 27.12.2007 tarihli "*Tanık Koruma Kanunu*"[333] ile uygulanmaktadır. Bu Kanun'da tanığın güvenliğini koruyabilmek amacıyla çeşitli önlemlerin alınabilmesine

[332] Bu kapsamda Alman hukukunda tanığın korunması için medenî yargılamada alınan tedbirler hakkında bkz. Ulrich Haas ve Martin Beckmann, "Justizgewährungsanspruch und Zeugenschutzprogramm", **Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag,** Mohr Siebeck, Tübingen 2001, ss. 171-195. Türk hukuku açısından bkz. Yusuf Solmaz Balo, **Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma** (Selçuk Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya 2009.

[333] RG 5.1.2008, S. 26747.

imkân tanınmış; bu konudaki önlemler arasındaki en uç tedbir olarak da tanığın kimliğinin gizlenmesine imkân tanınmıştır. Ancak bu Kanun'un amacı, *ceza muhakemesinde* tanıklık görevi sebebiyle, kendilerinin veya bu Kanun'da belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya malvarlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunmaları zorunlu olan kişilerin korunması amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin esas ve usûlleri düzenlemektir (TKK m. 1). Dolayısıyla Kanun'un 1. maddesi uyarınca tanık koruma tedbirleri sadece ceza yargılamasında alınabilecek bir tedbirdir. Hatta ceza yargılamasında da her suçun yargılamasında değil, belirli suçların - *ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçların*- yargılamasında, tanık koruma tedbirlerine başvurulabilecektir (TKK m. 3).

Medenî yargıda ise, böyle bir ihtiyâcın hiç gerekli olmadığı düşünülebilir. Bununla birlikte bazı durumlarda, ispat hakkının ve kişi varlığının korunması açısından benzer ihtiyaçların doğması ihtimâl dâhilindedir. Örneğin kasten adam öldürmeden mahkûm olmuş bir kişiye karşı mirasçıların tazminat davası açması hâlinde, genellikle ceza dosyasındaki bu tarz bir delil medenî yargıda verilen hükmün de temelini oluşturacaktır. Başka bir ifade ile ceza hâkiminin, suç oluşturan fiilin ispatı sonucunda yaptığı değerlendirme ile hukuk hâkiminin bağlı olduğu ağırlıklı olarak kabul edildiğinden[334], böyle bir durumda doğal olarak gizli tanık ifadesi medenî yargıya ilişkin davada da hükmün temelini oluşturacak delillerden birisi olacaktır. Bu durumda gizli tanık olarak ifadesi alınan bir kişinin ifadesinin alınış usûlü ile ilgili bir hukuka aykırılık varsa ve bu durum temyiz aşamasında ileri sürülmemiş veya dikkate alınmamış ise, medenî yargılama prosedürü açısından da ispat hakkı ihlâli ortaya çıkacaktır. Her ne kadar Tanık Koruma Kanunu'nda tanığın kimliğinin saklı tutularak ifadesinin alınmasının, diğer tarafın savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamayacağı belirtilmiş ise de (TKK m. 9/1, b. 10), ülkemizde ceza yargısındaki gizli tanıklık kurumunun amacına uygun olmayan şekilde ve ölçülülük ilkesini zedeleyerek uygulanması karşısında bu durum ispat hakkı açısından da sorun oluşturabi-

[334] Bu konuda bkz. Buse Dişel, "Ceza Mahkemesinin Mahkûmiyet Kararının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi ve Bekletici Sorun Yapılması", **Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı,** DEÜHFD Özel Sayı, C. 11, 2009, s. 192 ve dn. 20'de belirtilen yazarlar.

lecektir[335]. Dolayısıyla sınırlı da olsa, gizli tanıklık kurumunun medenî yargılama prosedüründe bir ispat hakkı ihlâli oluşturması potansiyeli bulunur.

Gizli tanıklık kurumunun bizatihi kendisi de, ispat hakkını sınırlandıran ve ispat hakkını ihlâl potansiyeli taşıyabilecek bir koruma tedbiridir. Zira bir kişi kendi aleyhine tanıklık yapan kişinin, tanıklığa konu olaya tanık olup olmadığını veya vakıa ile ilgisini çoğu zaman sadece tanığın kimliğini biliyorsa çürütebilir. Bu durum karşı ispat faaliyeti açısından, tanığın ispata konu vakıaya tanıklık yapmadığı, o sırada bu kişinin başka bir yerde olduğu ile ispatlanabilecektir. Ancak gizli tanıklıkta diğer tarafın bu imkânı bertaraf edilmektedir. Esasında Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesi, kapsamlı bir şekilde ele aldığı düzenlemesi ile birlikte gizli tanığın ifadesinin alınması usûlünde, bu ifadeden karşı tarafın savunma hakkının kısıtlanmaması için önlemler almıştır. Bu sebeple kanaatimizce ceza yargılamasında dinlenen gizli tanığın dinleme usûlü, bu maddede belirtilen esaslara aykırı bir şekilde bu husus gözden kaçırılmış ise, medenî yargıda hâkim bu tanığın ifadesine dayanarak davayı sonuçlandırmamalıdır. Nitekim Kanun'da hakkında tedbir uygulanan tanığın ifadesinin tek başına hükmün tesisine yeterli olmayacağı ifade edilmiştir (TKK m. 9/1, b. 8).

b. HMK m. 250 Düzenlemesinin İspat Hakkı ve Anayasa'nın 17. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Her ne kadar Tanık Koruma Kanunu medenî yargıda doğrudan uygulanmamaktaysa da ve buna benzer bir uygulama medenî yargı açısından geçerli değilse de, tanığın maddî ve manevî varlığını ispat prosedüründe koruma ihtiyâcı bazı durumlarda belirebilir ve bu durumda da, karşı tarafın ispat hakkına ölçülülük ilkesine uygun birtakım müdahâleler yapılması zorunluluğu doğabilir. İlk bakışta medenî yargıda, ceza yargısındaki gizli tanıklık tedbirlerinin hizmet ettiği amacın, tanığın güvenliği ve malvarlığının korunması sebeplerine dayanarak tanıklıktan kaçınabilmesi hakkı ile kısmen karşılandığı düşünülebilir. Örneğin tanığın tanıklıktan çekinme sebepleri içerisinde tanıklık konusunun kendisinin veya

[335] Ceza yargısındaki tanık koruma tedbirleri arasından özellikle gizli tanıklığın, âdil yargılanma hakkının ihlâli yönünden incelenmesi yönünde ayrıntılı bir çalışma için bkz. İsmail Gökçe, **Ceza Muhakemesindeki Gizli Tanık İfadelerinin Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi** (Maltepe Üniv., SBE, İnsan Hakları Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2012, ss. 5 vd.

yakınlarının ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına sebebiyet verecek olması durumunda kabul edilebileceği konusundaki düzenlemenin (HMK m. 250/1, b) tanığın maddî ve manevî varlığını koruma hakkı ile ilgili olduğunun düşünülmesi mümkündür. Bununla birlikte kanaatimizce tanığın veya yakınlarının ceza soruşturması/kovuşturmasına maruz kalacağı sebebiyle çekinme hakkı tanıyan bu kural, kişinin maddî ve manevî varlığını korunması amacına hizmet etmez. Her ne kadar bu çekinme sebebi, kimsenin kendi kendini suçlamaya zorlanamayacağı ilkesi ile ilişkilendirilse de, kanaatimizce -*özellikle medenî yargı açısından*- ispat hakkına ölçüsüz bir müdahâle içerir. Burada ulaşılmak istenen sonuç ile ispat hakkının kısıtlanmasına yönelik meşru amaç arasında ilişki yoktur. Hatta bir kişinin bir suç işlemesi ve bunun ortaya çıkacağı gerekçesi ile tanıklıktan çekinmesi, bizatihi Anayasa'nın 17. maddesine aykırıdır. Bunun haricinde ise tanığın maddî ve manevî varlığını koruma amacına yönelen bir kaçınma sebebi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almamaktadır.

Böyle bir düzenleme ceza yargılamasında tanığın çekinme hakkını düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almaz; ne var ki, ceza yargılamaları açısından tanığın kişi hürriyetinin ve güvenliğinin korunmasına yönelik olarak başlı başına bir kanun -*Tanık Koruma Kanunu*- yer almaktadır. Kanaatimizce Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 250. maddesinin (b) bendindeki tanıklık konusunun, tanığın kendisinin veya yakınlarının suç soruşturması veya kovuşturmasına sebebiyet vermesi nedenine tanınan çekinme hakkı kaldırılmalı; onun yerine aynı ceza muhakemesinde olduğu gibi ancak tanığın maddî ve manevî varlığını tehlikeye düşürecek durumlarda çekinmesine imkân tanıyan bir düzenleme getirilmelidir. Aksi durumda örneğin tanıklık konusu hakkında tanıklığının gerçekleşmesine ilişkin ciddi tehditler alan bir kişinin, tanıklıktan çekinme hakkı olmayacak ve tanığın kişi güvenliği tehlikeye düşecektir. Şüphesiz ki her bir çekinme hakkı, ispat hakkını sınırlandıran düzenlemeler olarak yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılmasında bir engel teşkil eder. İspat hakkının temel haklar yelpazesine dâhil tek hak olmadığı, diğer temel haklara üstünlüğü bulunmadığı ve bazı durumlarda diğer temel hakların, ispat hakkının sınırlandırmasının meşru olduğunu belirtmiştik. Burada önemli olan ispat hakkının sınırını oluşturan diğer temel hakkın meşru ve korunmaya değer olmasıdır.

Bu konuyla ilgili incelenmesi gereken bir diğer konu da, kişinin malvarlığına

ciddi bir saldırı tehlikesi bulunması hâlinde, Anayasa'nın 17. maddesinin ispat hakkına sınırlandırma teşkil etmesidir. Kural olarak bir kişinin kendisinin veya yakınlarının malvarlığı değerlerine zarar gelmesi tehlikesi altında bulunması, delil ibrazından kaçınma sebebidir. Bu anlamda da çoğu zaman kişilerin bu kaçınma sebebine sahip olması, malvarlığı değerlerinin korunması dolayısıyla mülkiyet hakları (Ay m. 35) ile ilişkilidir. Fakat bazı durumlarda kişilerin malvarlığına yönelen bir tehdit, kişilerin güvenliği ve hürriyetinin korunması kapsamında da değerlendirilebilir. Zira malvarlığına yapılan tehdit dolaylı olarak kişi güvenliğini de ihlâl ediyorsa, Anayasa'nın 17. maddesi ispat hakkının da bir sınırlamasını oluşturabilecektir. Örneğin işçinin işvereni aleyhine tanıklık yapması söz konusu olduğunda, işçi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na dayanarak (HMK m. 250/1, a) gereğince tanıklıktan çekinebilecektir. Bu çekinme hâli esasında Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının değil, 17. madde kapsamında kişi güvenliğinin ispat hakkı ile çatışması hâlidir. Çünkü işçinin işvereni aleyhine tanıklık yapmaya mecbur bırakılması, işçiyi işsiz bırakma tehlikesi ile karşı karşıya bırakmakta ve bu durumda işçi, sosyal güvenliğini kaybetme riski ile karşılaşmaktadır. Bu örnekte mülkiyet hakkını temel alan malvarlığına ilişkin bir tehdit, dolaylı yoldan kişi güvenliğini zedelemektedir.

Belirttiğimiz düzenlemenin bir benzeri yemin delili (bkz. HMK m. 226/1, c) ve isticvap delili açısından da kabul edilmiştir. Bu düzenlemelerde de kanaatimizce kişilerin ceza soruşturması veya kovuşturmasına maruz kalmalarının çekinme sebebi olarak çıkarılması ve bunun yerine kişinin güvenliğini tehlikeye düşürecek olması hâlinde çekinme sebebinin kabul edilebileceği düzenlenmelidir. Şüphesiz ki, bu şekilde kişilerin can güvenliğini tehlikeye düşürecek olması hâlinde kaçınma hakkı mutlak bir kaçınma sebebi olarak düzenlenmemeli; hâkim gizli bir duruşmada bu durumu bir ön mesele olarak incelemeli ve takdiren karar vermelidir.

c. Anayasa m. 17 Hükmüne Hizmet Etmek Üzere Başvurulacak Araçlar

aa. HMK m. 151

Duruşmalarda tarafların, tanıkların ve hatta duruşmada dinlenecek olan bilirkişilerin güvenliğini koruyan önemli bir düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 151. maddesidir. Bu maddeye göre duruşmanın düzenini bozan kişilerin duruşmadan çıkarılması mümkün olduğundan örneğin, duruşma sırasında tarafları veya tanıkları

tehdit yolu ile etki altına sokmak isteyen kişilerin bu davranışları engellenebilecektir[336]. Hiç şüphesiz ki, bu şekildeki tehditlerin duruşma dışında gerçekleşmesi olasıdır; bu durumda tanıklar ile tarafların tehdit altında oldukları konular hakkında çekinme hakları bulunmadığından verecekleri ifadeler muhtemelen gerçeği yansıtmayacaktır. Bu durum, çekinme haklarının aynı zamanda ispat hakkının güvencesini oluşturduğunu gösterebilmektedir. Yukarıdaki örnekte tehdit alan tanığın sırf bu sebeple çekinme hakkının da bulunmaması, tanığı yalan söylemek durumunda bırakabilecek; bu sefer karşı taraf, tanığın beyanının yalan olduğu konusunda ispat yükünü taşıyacak ve bu durumun da ispatı her zaman çok kolay olamayabilecektir.

bb. HMK m. 32/2

Yargılama süresince kişilerin maddî ve manevî varlığını korumaya ve ispat hakkını sınırlandırmaya yönelik alınabilecek bir tedbir HMK m. 32'de yer alır. Bu kurala göre, hâkim uygunsuz veya ilgisiz olan dilekçelerin yeniden düzenlenmesi için uygun bir süre verir; bu dilekçe dosyada kalır, ancak yeni dilekçe düzenlenmezse, tekrar süre verilmez (HMK m. 32/2)[337]. Böylece bir dilekçe, karşı tarafın manevî varlığını zedeleyecek veya maddî varlığına müdahâle edecek şekilde tehditler içeriyorsa, hâkim o dilekçeyi kabul etmez. Böylece tarafların ispat hakkını kullandıkları dilekçelerin, karşı tarafın maddî / manevî varlığını zedelemesi -*yani açıklama ve ispat hakkının kötüye kullanılması*- hâlinde hâkim dilekçeyi kabul etmeyerek yenilenmesine karar verecektir. Hukukî tartışma ise, özellikle uygunsuz dava dilekçesi veren kişinin dilekçesini yenilememesi durumunda, ilk dilekçenin akıbetiyle ilgilidir. Öğretide *bir görüş,* bu durumda uygunsuz içerikte de olsa, eski dilekçenin dosyada kalacağını, yani tarafın açıklama ve ispat hakkını uygunsuz içerikte de olsa bu dilekçe ile kullanacağı belirtilir[338]. Buna karşılık *Umar,* böyle bir durumda uygunsuz içerikte dilekçe sunan tarafın, yeni dilekçe de sunmamış olduğu için dilekçesinde belirtilenlerin dikkate alınamayacağını kabul eder[339]. Oysa uygunsuz içerikte de olsa, dilekçenin dosyadan çıkarılması, dilekçedeki uygunsuz olmayan ve açıklama ile ispat hakkının kullanılmasını sağlayan içeriğin de dosyadan çıkarılmasına sebebiyet verir ki, bu durum da mutlak şekilde tarafların hukukî dinlenilme hakkının ve ispat hakkının ihlâli

[336] HMK m. 151 kuralının uygulama alanı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Umar, Şerh, s. 475; Yılmaz, Şerh, ss. 941-942.
[337] Bu konuda bkz. Umar, Şerh, ss. 146-150; Yılmaz, Şerh, ss. 368-370.
[338] Pekcanıtez ve diğerleri, s. 372; Yılmaz, Şerh, ss. 368-369.
[339] Umar, s. 149.

anlamını taşır. Dolayısıyla HMK m. 32, kişilerin maddî ve manevî varlığını koruma-ya yönelen bir tedbir ise de, bu hükmün tarafların açıklama ve ispat hakkını sınırlandırıcı şekilde yorumlanması, anayasal ölçütlere aykırılık teşkil eder.

d. Ara Değerlendirme

Tüm bu değerlendirmelerden sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'muzda tanıkların ve tarafların maddî ve manevî varlığını koruma hakkının amacına hizmet eden bir delil ibrazı muafiyetinin bulunmaması, kanaatimizce ispat hakkı açısından da tehlikeler barındırmaktadır. Zira ispat hakkı aynı zamanda hukuka uygun yollarla elde edilen ve güvenilir delillerle ispat faaliyetinin yürütülmesini gerektirir. Burada tehdide, zorlamaya dayalı bir tanık ifadesinin hukuka uygun bir delil teşkil etmesi söz konusu olmadığı gibi güvenilir bir ispat aracı olduğundan da bahsedilemez. nite-kim Alman hukukunda tanıkların mal ve can güvenliğinden endişe duymaları hâlin-de, yargılamada alenîyetin kaldırılabileceği ve duruşmanın gizli yapılabileceğine ilişkin düzenleme bulurken (GVG § 172/1a)[340], benzer bir düzenlemenin Türk huku-kunda bulunmaması önemli bir eksiklik içerir.

Ayrıca bu tip durumlara medenî yargıya ilişkin davalarda rastlanmasının güç olduğu düşünülmemelidir; aksine, toplumumuzda ufak bir kavgaya dahi insanlar baş-larına bir şey geleceği endişesi ile tazminat veya ceza davalarında tanıklık yapmak istememektedir. Başka bir örneği iş uyuşmazlıklarından vermek mümkündür. Bir işyerinde çalışanlardan birisinin, bir başka çalışana taciz ettiği gerekçesiyle iş söz-leşmesine son verilmek istenmesi ve uyuşmazlık çıkması hâlinde, tacize uğrayan kişi bu yargılamada tanık olarak dinlendiğinde maddî ve manevî varlığının tehlikeye düşmesi endişesi ile tanıklık yapmak istemeyebilecektir. Böyle bir durumda çalışan işverenine karşı tanıklık yapmadığından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 250. maddesinin (a) bendi de uygulama alanı bulamayacaktır. Peki örneğin böyle bir du-rumda, hâkim bu tanığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesine -*alenîyetin kaldırılmasına*- dayanarak diğer tarafın yokluğunda dinleyebilecek midir, bu konu-daki tartışmalı meselelerden bir diğeri de bu sorundur.

Yukarıda alenîyetin kaldırılması konusunda üzerinde durduğumuz üzere Hu-kuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK m. 28/1) ve Anayasa'da (Ay m. 141/1)

[340] Bu konuda bkz. Klein, s. 76.

alenîyetin kaldırılması sebepleri daha sınırlı bir şekilde kabul edilmiş ve özellikle genel ahlâk ile kamu güvenliğinin kesin olarak gerektirmesi koşullarına bağlanmıştır. Buna karşılık Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde "*davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda*" ifadesi, tanığın can güvenliğinin gerektirmesi durumunda duruşmalarda alenîyetin kaldırılabileceği yönünde yorumlanabilecektir. Dolayısıyla tanığın can güvenliğinin gerektirmesi durumunda duruşmaların gizli yapılmasına Anayasa ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri izin vermemekteyse de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi buna imkân tanımaktadır[341]. Fakat burada önem arzeden durum, alenîyetin duruşmada kaldırılması durumunda duruşmaya üçüncü kişilerin alınamayacak olmasıdır; yoksa davanın taraflarının da duruşmaya alınmayarak tanığın dinlenilmesi mümkün değildir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi, yukarıdaki düzenlemenin bir devamı olarak "*duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir*" ifadesine yer vermektedir. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere tanığın can güvenliğinin tehlikede olması durumunda taraflar duruşmada bulunacak ancak üçüncü kişilere duruşma kapalı gerçekleştirilecektir. Bu şekilde örneğin basın mensuplarının da duruşmaya alınması söz konusu olmayacağından, tanığın tanıklık yaptığı konu basına sızmayacak ve bu şekilde tanık, ifadesinin basın organları aracılığı ile kamuoyu ile paylaşılması endişesi yaşamayacaktır.

Bu çerçevede kanaatimizce tanığın ifadesinin alınacağı duruşmanın tarafın veya tarafların yokluğunda gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi de, tarafların veya taraflardan birinin yokluğunda delil incelemesi yapılmasını alenîyet ilkesinin istisnası kapsamında değerlendirmemektedir. Zaten aksinin kabulü, tarafların hukukî dinlenilme hakkını, silâhların eşitliği ilkesini ihlâl edecektir.

Bunun yanısıra Tanık Koruma Kanunu'nun da, medenî yargıya ilişkin uyuşmazlıklarda kıyasen uygulanması mümkün değildir. Kanun'un uygulama alanının

[341] *Kurt Konca,* haklı olarak tanığın can ve mal güvenliğinin korunması sebebiyle alenîyetin sınırlandırılmasını adaletin selameti açısından (AİHS m. 6/1) yerinde mümkün kabul etmektedir (Kurt Konca, s. 268). Kanaatimizce de uluslararası sözleşmeler de Anayasa'nın 90. maddesi gereğince bağlayıcı ve kanun hükmünde olduğundan, kanaatimizce Türk medenî yargılama hukuku uygulamasında tanığın can güvenliğinin tehlike altında bulunması hâlinde, üçüncü kişilere karşı alenîyetin kaldırılması mümkündür.

medenî yargıya ilişkin uyuşmazlıkları kapsamıyor olması, öncelikle böyle bir kıyasa imkân vermemektedir. Bunun yanısıra kanaatimizce Tanık Koruma Kanunu'nda tarafların yokluğunda tanık ifadesinin alınmasına imkân tanıyan düzenlemesi (TKK m. 5/1, b) kişilerin ispat hakkını, âdil yargılanma hakkını, hukukî dinlenilme hakkını ihlâl niteliği taşıyabilecek bir niteliktedir ve bu anlamda çok hassas bir şekilde uygulanması gereken bir tedbirdir. Dolayısıyla medenî yargılamaya ilişkin kurallar sonuç olarak tanığın can güvenliğinin tehlikede olması hâlinde, alenîyetin kaldırılmasına imkân vermekte; ancak bu durum, sadece üçüncü kişilere karşı geçerli olmakta, yoksa yargılamanın taraflarının bulunmadığı bir yargılamada tanık ifadesinin alınması mümkün olmamalıdır. Bu sonuç ise yukarıda belirttiğimiz örnekte, iş arkadaşının tacizine uğrayan çalışanın işten çıkarılmasına ilişkin uyuşmazlıkta, tacize uğrayan kişiyi tehdit altında olsa dahi tanıklık yapma zorunluluğu altında bırakabilecek; bu durumda tanık ya gerçeği yansıtmayan bir ifade verecek veya kendi can güvenliğini tehlikeye atacaktır. İlk olasılıkta, işverenin gerçeğe aykırı tanık beyanının aksini ispat konusunda yaşayacağı güçlük hiç şüphesiz ki ispat hakkı ihlâli oluşturacaktır. Ne var ki, ispat hakkı, karşı tarafın kişi güvenliğini tehlikeye düşürecek şekilde de uygulanmamalıdır. Bu sebeple kanaatimizce en uygun çözüm, tanıkların güvenliğinin ve yaşam hakkının ciddi bir tehlike altında bulunması durumunda, bu kişilere tanıklıktan çekinme hakkı tanınmasıdır.

Böyle bir durumda ise, şayet söz konusu uyuşmazlığın sadece tanık ifadesi ile çözümlenmesi mümkün ve tanık da çekinme sebebine dayanmış ise, artık mahkemenin dolaylı ispat araçları kullanarak uyuşmazlık hakkında kanaat oluşturması mümkün olacaktır. Bu durumda mahkeme bu vakıa -*taciz vakıası*- doğrudan doğruya ispatlanamadığı için dolaylı ispat araçlarına başvuracak; örneğin işten çıkarılan işçi hakkında daha önce benzer şikâyetler olup olmadığını araştıracak; gerekiyorsa psikolojik testten geçirecek; diğer iş arkadaşlarının, kendisi ile ilgili gözlemlerine başvurabilecektir. Şayet hâkim olaydaki tek tanık olan kişinin ifadesine başvurmadan –*ve tanık çekinme hakkını kullanmadan*-, bu dolaylı ispat araçlarına başvururs a, bu durum da ispat hakkına aykırılık teşkil edebilecektir. Zira kişilerin ispat hakkının tam anlamıyla temin edilebilmesi için öncelikle, uyuşmazlık ile ilgili doğrudan ispat araçlarına başvurulmalı; bu ispat araçlarına başvurulamıyor veya ortaya bir ispat güçlüğü veya imkânsızlığı çıkıyorsa bu durumda dolaylı ispat araçlarına başvurulmalıdır. Bu

sebeple de en doğru yöntem tanıkların kişi güvenliğinin tehlike altında olması hâlinde, bu kişilere tanıklıktan çekinme imkânı tanınması[342]; bu kişilerin tanıklıktan çekinmesi üzerine de uyuşmazlığın dolaylı ispat araçları ile ispatlanmasına imkân tanınmasıdır.

C. İspat Hakkının Diğer Bazı Temel Haklarla Çatışması

1. İspat Hakkının Mülkiyet Hakkı İle Çatışması

Mülkiyet hakkı, diğer temel haklar gibi Anayasa (Ay m. 35) ve uluslararası sözleşmeler kapsamında korunan temel bir haktır[343]. Temel haklar arasında herhangi bir üstünlük sıralaması olmadığından, mülkiyet hakkı da zaman zaman ispat hakkı ve bu hakkın özünde yatan hak arama özgürlüğü ile çatışabilecektir. Bu durum özellikle de delil ibrazından çekinme hakları kapsamında karşımıza çıkar. Bu çerçevede özellikle iki çekinme sebebi ispat hakkını sınırlandırarak, mülkiyet hakkını koruma amacıyla delil ibrazı muafiyeti sağlar. Bunlardan birincisi, tanığın veya tarafın, kendisinin veya yakınlarının maddî zarara uğrayacağı endişesiyle bazı delilleri ibrazdan/sunmaktan kaçınma hakkına sahip olmasıdır. Bu durum, tanıklar açısından HMK m. 250/1-a'da; belgeyi ibraz zorunluluğu altında bulunan üçüncü kişiler açısından HMK m. 221/3'de (HMK m. 250/1-a'ya atıf suretiyle); isticvap delili açısından HMK m. 175'de (HMK m. 250/1-a'ya atıf suretiyle) düzenlenmiştir. Bu çekinme sebebi belirlenen kişilere "maddî zarar gelecekse" uygulanacaktır. Maddî zarara uğrmak ise, kişilerin malvarlığında pasifinde bir artışa sebebiyet verecektir. Bu yönüyle kanunkoyucunun burada mülkiyet hakkını temel alarak bu çekinme sebebini kabul ettiği açıktır.

Mülkiyet hakkına dayanan ikinci çekinme sebebi ise, ticarî sırların korunması amacıyla getirilen düzenlemelerdir. Ticarî sırlar, hukukî niteliği itibariyle mülkiyet hakkı kapsamında koruma altına alınan hukukî değerlerdir[344]. Bu sebeple ticarî sırların ifşasının engellenmesine yönelik delil ibrazı muafiyetleri de, temelde mülkiyet hakkını korumaya yönelen ve bu yönüyle ispat hakkını sınırlandıran düzenleme-

---

[342] Ayrıca olması gereken hukuk açısından, Türk hukukunda bu sebeple tanık ifadesi alınırken alenîyetin kaldırılabilmesi olanağının tanınması gerektiği konusunda bkz. Kurt Konca, s. 269, dn. 106.

[343] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Haydar Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı** (İstanbul Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi), İstanbul 2008, ss. 5 vd.

[344] Gemalmaz, ss. 273-277.

lerdir. Bu konu çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Her temel hakkın çatışmasında olduğu gibi, ispat hakkı ile mülkiyet hakkının çatışması hâllerinde de korunan hukukî menfaatler dikkate alınmalı ve özellikle hâkime takdir yetkisi tanınan durumlarda bu temel hak çatışmasının ölçülülük ilkesine uygun şekilde çözümlenmesine özen gösterilmelidir[345]. Örneğin salt belge ibraz edecek üçüncü kişinin maddî zarara uğrama tehlikesi karşısında, uyuşmazlıkta tek delil olarak dayanılan delilin ibrazından kaçınma hakkı tanınmamalıdır. Özellikle üçüncü kişiye veya karşı tarafa, ifşası hâlinde maddî zarar verecek olan delil hâricinde, ispat hakkına sahip olan kişinin başka bir delili bulunmuyorsa, bu kişi söz konusu ibraz muafiyeti sebebiyle ispat güçlüğü içerisinde bırakılmamalıdır. Burada hâkim korunan hukukî değer ile sonuca ulaşmak için başka bir araç olup olmadığı konusundaki değerlendirmesini yani ölçülülük denetimini sağlıklı şekilde gerçekleştirmelidir. Bu kapsamda temel hak çatışmalarının giderilmesi için başvurulan yorum yöntemleri, ispat hakkı ile mülkiyet hakkının çatışması hâlinde de anayasal ilkelere uygun şekilde uygulanmalıdır.

2. İspat Hakkının Basın Özgürlüğü ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ile Çatışması

a. Korunan Hukukî Menfaat ve Ayrıcalığın Uygulama Alanı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin *düşünceyi açıklama özgürlüğü* kapsamında hüküm altına aldığı basın özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesine göre;

> "Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahâlesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir." (AİHS m. 10)

Bu çerçevede basın özgürlüğünün tesisi için en önemli addedilen güvencelerden birisi de, gazetecilerin haber kaynağını açıklamama haklarıdır *(journalists' privilege; confidentiality of journalists'sources[346])*. Gazeteciler için haber kaynağının giz-

---

[345] Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında da ölçülülük ilkesi temel bir başvuru aracıdır. Bu konuda bkz. Gemalmaz, ss. 475 vd.

[346] Gazetecilerin sahip olduğu bu ayrıcalık Ortak Hukuk sistemlerinde *gazetecilere ilişkin ayrıcalık* (*journalists' privilege* veya *journalistic privilege*) şeklinde ifade edilirken; Kıta Avrupası'nda *gazetecilerin haber kaynaklarını gizli tutma hakkı* (*right to a confidentiality of journalisrs' sources*) olarak ifade edilir. Bu konuda bkz. Richard M. Mosk ve Tom Ginsburg, "Evidentiary Privileges in International Arbitration", **The International and Comparative Quarterly,** C. 50, S. 2, Nisan/2001, ss. 355-356. Ayrıca karşılaştırmalı hukukta bu ayrıcalığın uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kayıhan İçel, **Kitle İletişim Hukuku,** Beta, İstanbul 2015, ss. 307-310.

lenmesi yönündeki temel hakkın tanınması, esasen gazetecilik mesleğinin demokratik hukuk düzenlerinde sahip olduğu fonksiyon ile açıklanmaktadır[347]. Demokratik bir hukuk devletinde kişilerin haber alma hakkının sağlanması, gazeteciler ile haber kaynakları arasında da bir güven ilişkisinin kökleşmesi ile sağlanabilir. Gazetecilerin toplumu bilgilendirecek haberlere ilişkin kaynaklarını ifşa etmesi, onların kaynakları ile arasındaki güven ilişkisini zedeler ve *basının kamuoyuna bekçilik yapması (public watchdog)* söz konusu olamaz[348]. Bu sebeple de özellikle yaklaşık son yirmi yıllık süreç içerisinde gazetecilerin haber kaynaklarını saklı tutma hakkı ile ilgili oldukça önemli gelişmeler yaşanmıştır[349].

Bu gelişmelerin başında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile Avrupa Konseyi'nin R (2000) 7 sayılı Tavsiye Kararı gelmektedir. Söz konusu Tavsiye Kararı'nın bir anlamda hukukî zeminini oluşturan ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 1996 yılında vermiş olduğu *Goodwin v. Birleşik Krallık* kararı[350] olmuştur. Kararda ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü kapsamında kabul edilen haber kaynağının gizli tutulması hakkı şu şekilde özetlenmiştir:

> "Haber kaynaklarının korunması, basın özgürlüğünün temel koşullarından biridir. Bu güvence olmazsa kaynaklar, kamuoyunu yakından ilgilendiren konularda kamuoyunu aydınlatmada basına yardımcı olmaktan vazgeçebilirler. Bunun sonucunda basının kamuoyu adına bekçi köpeği [public watchdog] olmasına yönelik kritik rolü zarar görebilir ve basının doğru ve güvenilir bilgi ve haber verme yeteneği kötü yönde etkilenebilir. Haber kaynağının açıklanmasına yönelik bir kararın kamu yararının bunun gerektirdiğini ortaya koyacak şekilde gerekçelendirilememesi 10. Madde'ye aykırılık ar-

---

[347] Bu konuda bkz. Harris ve diğerleri, s. 479; Monica Macovei, **İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz,** İnsan Hakları El Kitapları, No. 2, s. 16 vd.; Mosk ve Ginsburg, ss. 355-356; Pantazopoulos, ss. 329-330.

[348] Habercilerin bizatihi âdil yargılanma hakkının gelişimine olan katkıları da, toplum üzerindeki bu sorumluluklarına dayanır. Gazetecilik bu yöndeki sorumlulukları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Olcay Uçak, **Mesleki Etik Kapsamında Basının Adil Yargılanma Hakkı İlkesine Yaklaşımı** (Marmara Üniv., SBE, Gazetecilik Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2010, ss. 64 vd. Ayrıca bkz. Ferhat Yıldız, **Türk Anayasa Hukukunda Basın Özgürlüğü** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2012, s. 15 vd.

[349] Gazetecilerin sahip olduğu bu ayrıcalık 1970'li yıllarda pek çok hukuk sisteminde reddedilmekteydi. İskoçya, İrlanda, İngiltere bu ülkeler arasında sayılabilir (*bu konuda bkz.* Mosk ve Ginsburg, s. 355). Ne var ki, özellikle 1980'lerden itibaren hukuk sistemleri temel haklar öğretisinin güçlenmesiyle konuyu yavaş yavaş gündeme almaya başlamıştır. Bu anlamda örneğin İngiltere'de 1981 yılında kabul edilen Mahkemeye İtaatsizlik Kanunu'nun (*Contempt of Court Act*) 10. Bölümü'nde yer alan düzenleme önemli bir adım olmuştur (*bkz. aşa. bir sonraki dipnot*). Amerika Birleşik Devletleri'nde de söz konusu ayrıcalık düşünceyi açıklama ve basın özgürlüğü temelinde anayasal bir hak olarak bazı eyaletlerde açık kanunî düzenlemeler ile koruma altına alınırken ABD Yüksek Mahkemesi'nin söz konusu hakkı sınırlı şekilde de olsa tanımaya başlaması 1970'ler itibari ile gerçekleşmiştir (*bu konuda bkz.* Mosk ve Ginsburg, s. 356).

[350] ***Goodwin v. United Kingdom***, 27.3.1996, 17488/90 (hudoc).

zeder."[351]

Bu kararın ardından ise Bakanlar Komitesi R (2000) 7 sayılı "*Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Haklarıyla İlgili İlkeler (On the Right of Journalists not to Disclose Their Sources of Information)*" hakkındaki Tavsiye Kararı'nı 8 Mart 2000'de kabul etmiştir[352]. Bu Tavsiye Kararı bilgi kaynağının gizli tutulması hakkı ve özellikle konumuz açısından çok önemli düzenlemeler öngörmektedir. Zira bu İlkeler'de benimsenen ölçütler mutlaktır ve bu ölçütler karşısında temel bir hak olarak tanınan *haber kaynağının gizli kalması hakkı* aşağıda örneklendireceğimiz bazı durumlarda ispat hakkını önemli bir şekilde sınırlandırabilecektir. Bu sebeple konumuzla ilgisi oranında bu ilkeler üzerinde tek tek durmak isteriz:

(i) Tavsiye Kararı'nın 1. ilkesine göre, üye devletler kendi hukukî düzenlerinde ve

---

[351] *William Goodwin* isimli kişi Londra'da Morgan Grampian Şirketi'nin yayımladığı *The Engineer* dergisinde stajyer gazeteci olarak çalışmaktadır (***Goodwin v. United Kingdom****,* § 10). *Goodwin*'e daha önce bazı şirketlerin çalışmalarıyla ilgili bilgi vermiş olan biri telefon eder ve gazeteciye *Tetra Şirketi*'nin beş milyon sterlin borç alacağını, zarar ettiğini ve malî sorunları olduğunu bildirir. *Goodwin* de Şirket hakkında bir haber yapmak ister ve kendisine verilen bilginin doğruluğunu kontrol etmek, ayrıca ilgili bilgiyle ilgili görüş almak için Tetra Şirketi'ne başvurur. Söz konusu bilgi Tetra Şirketi'nin üst düzey yetkililerine verilmiş olan ve üzerinde "*son derece gizli (strictly confidential)*" ifadesi yer alan gizli şirket plânı taslağından elde edilmiştir. Söz konusu taslağın sekiz adet kopyası hazırlanmış, ancak içlerinden birisi kaybolmuştur (***Goodwin v. United Kingdom****,* § 11). Tetra Şirketi, bilgilerin haber yapılması hâlinde diğer firmaların kendilerine olan güvenlerini kaybedeceğini, siparişlerin iptal edileceğini ve hâtta şirketin iflâsa sürükleneceğini belirterek haberin durdurulması için mahkemeye başvurur (***Goodwin v. United Kingdom****,* § 13). Mahkeme, Goodwin ve Grampian Şirketi'ne, telefon konuşması notlarının, ellerinde veya kaynakta bulunan Tetra Şirketi'ne ait tüm plân kopyalarının teslimini, kaynak kişinin kimliğinin Mahkeme'ye bildirilmesi emrini vererek söz konusu yayını geçici durdurma kararı alır. Mahkeme, kararında 1981 tarihli *Mahkemeye İtaatsizlik Kanunu*'nun (*Contempt of Court Act*) 10. Bölümü'nde yer alan "*Hiçbir mahkeme bir kişiden açıklama yapmasını talep edemez ve hiç kimse sorumlu olduğu yayında yer alan bilginin kaynağını açıklamayı reddettiği için mahkemeye itaatsizlikten suçlu bulunamaz. Meğer ki, mahkeme adalet veya ulusal güvenlik yararına veya düzensizliğin veya suçun engellenmesi için açıklamada bulunmanın gerekli olduğuna kanaat getirmiş olsun.*" hükmündeki istisnayı *adalet yararına* (*in the interest of justice*) gördüğü için uygulamıştır (*Goodwin v. Birleşik Krallık,* para. 14-15). Goodwin ve Morgan Grampian Şirketi söz konusu mahkeme emrini yerine getirmez ve çeşitli aşamalardan geçtikten (*bu aşamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Goodwin v. Birleşik Krallık,* para. 17-18) sonra nihaî olarak Goodwin *mahkemeye itaatsizlikten* beşbin İngiliz sterlini para cezasına mahkûm edilir (***Goodwin v. United Kingdom****,* § 19). Bunun üzerine Goodwin, 27 Eylül 1990 tarihinde *haber kaynağını ifşa etmesini* içeren mahkeme emrinin ifade özgürlüğünü ihlâl ettiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında, ifade özgürlüğünün demokratik hukuk toplumlarının ana dayanaklarından birisi olduğunu ve basına tanınan korumanın özel bir önemi haiz olduğunu belirterek konu ile ilgili görüşünü yukarıda belirtmiş olduğumuz şekilde özetlemiştir.
Ayrıca bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Duygu Doğan, **Doğru Haber ve Bilgi Verme Görevi Doğrultusunda Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Haklarının Basın Özgürlüğündeki Yeri** (Ankara Üniv., SBE, İletişim Fakültesi, Gazetecilik Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2008, ss. 110-114; Fikret İlkiz, "Gazetecilerin Haber Kaynakları Gizlidir", **İBD,** C. 86, S. 3, 2012, ss. 24-38. Basının toplum içerisindeki bu işlevi konusunda ayrıca bkz. İçel, ss. 135-138.

[352] Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R (2000) 7 (http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec(2000)007&expmem_EN.asp).

hukuk uygulamalarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde yazılı hakların tanınması adına ve asgarî standart olarak değerlendirilmesi gereken bu ilkeler doğrultusunda, gazetecilerin haber kaynağını gizli tutma haklarının (*ifşa etmeme haklarının*) açık ve ayrıntılı bir şekilde korunmasını sağlamak zorundadır[353].

(ii) Tavsiye Kararı'nın 2. ilkesine göre, gazetecilerle olan meslekî ilişkileri sonucunda, topluma basın yoluyla kaynak belirten bir haber hakkında bilgi edinen her kişi, tıpkı gazeteci gibi bu ilkeler ile tanınan korumadan yararlanacaktır[354]. Böylece Sözleşme'nin 10. madde kapsamında belirtmiş olduğumuz haber kaynağının korunması hakkı sadece profesyonel olarak gazetecilikle iştigâl eden meslek sahipleri açısından kabul edilmemektedir. Burada korunun menfaat "*haber kaynağı*"nı odak aldığından haber kaynağı her kimin tasarruf alanında ise, o kişi de 10. maddedeki korumadan yararlanacaktır[355]. Bu anlamda her ne kadar temeli basın özgürlüğüne dayansa da, esasen koruma ifade özgürlüğü çerçevesinde üçüncü kişilere de sirayet edebilir.

(iii) Tavsiye Kararı'nın 3. ilkesi sınırlamanın sınırlarını belirtmesi yönünden özellikle önem arz eder. Zira ispat hakkı karşısında basın özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasındaki sınırlama sebepleri burada çok daha somut bir şekilde ifade edilmiştir. Buna göre gazetecilerin kaynak belirten haberleri açıklamama hakları, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilenler dışında hiçbir şekilde kısıtlanamaz. Bu kapsamda 10. maddenin 2. fıkrasında getirilen sınırlamalardan birinin konusuna giren bir haber kaynağının açıklanması ulusal hukukça öngörülse ve hâtta söz konusu haber, kamu yararı doğrultusunda gazetecinin kaynak açıklamama hakkının önüne geçse -*yani kamu yararı üstün tutularak haberin kaynağının belirtilmesine karar verilse*- dahi, üye devletlerin yetkili makamları *haber kaynağını gizli tutma hakkının önemine* ve *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında bu hakka tanınan üstünlüğü* husûsî olarak dikkate almalıdır. Ancak bu durumda verilen karar yeterince hayatî ve ciddi bir özellik taşıyacaktır (*a bendi*). Bu karar bu anlamda tatmin edici bir karar olmalıdır. Üye devlet, haber kaynağının açıklanması yönünde karar almadan önce tüm alternatif yolları tüketmiş olmalıdır. Böyle bir kararda haber kaynağının açıklanması ile elde edilecek hukukî yarar, açıklanmamasından doğacak kamu yararının önüne geçmelidir. Bu gereklilik ise yalnızca haber kaynağının açıklanmasının gerekliliğinin kanıtlanmasına, gerekliliğin yeterince hayatî ve ciddi olmasına, haber kaynağının açıklanması gerekliliğinin temel bir toplumsal gereksinime cevap vermesine bağlıdır ve ayrıca üye devletler haber kaynağının açıklanması gereği konusunda belirli ölçüde takdir yetkisine sahip ise de, bu takdir yetkisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi denetimine tâbidir *(b bendi)*. Son olarak ilkede çok önemli bir düzenleme daha getirilmiştir ki, yukarıda bahsedilen tüm koşullar, gizli tutma hakkının ileri sürüldüğü tüm *idarî, hukukî prosedürlerin her evresinde* uygulanmalıdır (*c bendi*)[356].

---

[353] Recommendation No. R (2000) 7, Principle 1 (Right of non-disclosure of journalists).
[354] Recommendation No. R (2000) 7, Principle 2 (Right of non-disclosure of other persons).
[355] Ayrıca bu yöndeki içtihatlar için bkz. ***Voskuil v. Netherlands,*** § 43.
[356] Recommendation No. R (2000) 7, Principle 3 (Limits to the right of non-disclosure).

(iv) Tavsiye Kararı'nın 4. ilkesi ise, konumuz açısından asıl önem arz eden haber kaynağına ilişkin bilgilerin gazetecilerden yargılama süreci içerisinde de talep edilemeyeceğini düzenlemektedir. Bu ilkeye göre, bir gazetecinin, bir kişinin onur veya haysiyetine tecavüzü dolayısıyla görülmekte olan bir davada sözü edilen delillerin doğrulanması için yetkili makamlar ulusal yargılama hukuku kuralları uyarınca kendilerine ibraz edilen tüm delilleri inceleyebilir, ancak gazetecilerden kaynak belirten bilgi kaynaklarını açıklamaları talep edilemez[357].

(v) Tavsiye Kararı'nın 5. ilkesinde, yukarıda belirtilen ölçütlere uygun olan bir açıklama kararının ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin birtakım kıstaslar getirmektedir. Buna göre ilk olarak haber kaynağının açıklanmasına yönelik talep, sadece sözü edilen haberin açıklanmasından doğrudan hukukî yararı olan kişi veya resmî makam tarafından gerçekleştirilebilir (*a*). Böyle bir açıklama talebinden önce gazeteciler, haber kaynağını ifşa etmeme hakkı ve bu hakkın sınırları konusunda yetkili makamlarca bilgilendirileceklerdir (*b*). Haber kaynağını açıklamadığı gerekçesiyle bir gazeteci hakkında verilen her türlü yaptırım, Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesinde âdil yargılanma hakkına uygun şekilde gazetecinin dinlendiği bir davanın sonucunda ve hukukî makamlarca verilebilecektir (*c*). Gazeteci, haber kaynağını belirtmediği gerekçesiyle hakkında karar verilen her türlü yaptırımın bir başka hukukî makamın denetiminden geçmesini talep edebilecektir (*d*). Haber kaynağının açıklanması yönündeki talebe, yetkili makamlar veya mahkeme örneğin Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca alenîyetin kaldırılmasına veya haberin gizliliğine bizatihi uyarak sözü edilen haber kaynağının açıklanmasına yönelik birtakım tedbirler alabilecektir (*e*) [358].

(vi) Tavsiye Kararı'nın 6. ilkesinde ise, haber kaynağının açıklanmasına karar verilen durumlarda, bu dava dışında, söz konusu haber kaynağının başka davalarda delil olarak kullanılamayacağını; ayrıca gazetecilerin yazışma ve görüşmelerinin engellenemeyeceğini, dolayısıyla da gazetecinin veya haber kaynağı kişinin gözlem altına alınması, izlenmesi, konut ve işyerinde arama yapılması yönündeki kararların ve bu amaçlarla ede edilen yazışma ve tutanakların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi çerçevesinde hukuka aykırı olduğunu ve bunun gibi hukuka aykırı yollarla elde edilen bulguların delil olarak kullanılamayacağını düzenlemektedir[359].

Görüldüğü üzere Tavsiye Kararı'nda kabul edilen ilkeler basın özgürlüğü, düşünce özgürlüğü ve haber kaynağını gizli tutma hakkını çok sağlam bir temel hak zeminine oturtmakta ve bu konuda getirilebilecek sınırlamaları Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında olduğu gibi kesin bir şekilde belirlemektedir. Söz konusu Tavsiye Kararı'nda belirtilen ilkelerden, yani 2000 yılından sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, 10. madde çerçevesinde kabul ettiği haber kaynağını gizli tutma

[357] Recommendation No. R (2000) 7, Principle 4 (Alternative evidence to journalists' sources).
[358] Recommendation No. R (2000) 7, Principle 5 (Conditions concerning disclosures).
[359] Recommendation No. R (2000) 7, Principle 6 (Interception of communication, surveillance and judicial search and seizure).

(*ifşa etmeme*) hakkına ilişkin içtihatlarında aynı hassasiyeti göstermeye devam etmiştir.

> Bu anlamda Mahkeme'nin vermiş olduğu ***Voskuil v. Hollanda*** davası[360] dikkat çekicidir. Davanın dikkat çekici yönü, silâh kaçakçılığına ilişkin bir suçun ortaya çıkarılması ve ispatlanabilmesi için dahi Mahkeme'nin, haber kaynağını koruma hakkını üstün tutmuş olmasıdır[361]. Yine benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ***Sanoma Uitgevers B.V. v. Hollanda*** davasında[362], haber kaynağını açıklamaya zorlanan derginin 10. madde anlamında özgürlüğünün ihlâl edildiğine karar vermiştir. Bu davaya konu uyuşmazlıkta, yasadışı bir otomobil yarışında çekilmiş resimleri -*ancak kimliği ve görüntüsü gizlenerek çekilmiş kişilere ait resimleri*- yayınlayan *Autoweek* dergisinin, bu resimleri başka bir suç soruşturması için polise teslim etmesi istenmiş; yayıncı şirket de, bu resimleri teslim etmesinin gizli haber kaynaklarının ifşası anlamına geleceğini belirterek talebi reddetmiştir[363]. Nihaî olarak önüne gelen bu uyuşmazlıkta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucu şirketin ifade özgürlüğüne müdahâlenin kanunla öngörülmüş olmadığına; başvurucu şirkete, bahse konu ceza soruşturmasının, haber kaynaklarının korunmasındaki kamu yararından öncelikli olup olmadığını bağımsız biçimde değerlendirileceği yeterli yasal güvenceler içeren yargılamanın sağlanmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir[364].

Belirtmek gerekir ki, yukarıda söz edilen Avrupa Konseyi'nin R (2000) 7 sayılı Tavsiye Kararı, Türk hukukundaki hukukî düzenlemeleri de olumlu yönde etkilemiştir. 5680 sayılı ve 15.7.1950 tarihli eski Basın Kanunu'nun 15. maddesinde, Avrupa Konseyi'nin Tavsiye Kararı'nın ardından 3.12.2002 tarihinde yapılan değişiklikle "Mevkute sahibi, haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamaz." şeklinde bir ibare eklenmişti[365]. Bu durum söz konusu Tavsiye Kararı'na Türk hukuku açısından da işlerlik kazandırma amacıyla yapılmıştır. Akabinde 9.6.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5187 sayılı yeni Basın Kanunu'nun[366] "*Haber kaynağı*" başlıklı 12. maddesi "Süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dâhil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz." ibaresi ile tekrar haber kay-

---

[360] ***Voskuil v. Netherlands,*** 22.2.2008, 64752/01 (hudoc).

[361] Bu davada bir gazeteciye, silâh kaçakçılığı hakkındaki bir ceza soruşturması hakkında gazeteye yazmış olduğu iki makaleyle bağlantılı olarak haber kaynaklarını gizli tutma hakkı verilmemiş ve kendisini haber kaynaklarını açıklamaya zorlamak için iki haftayı aşkın bir süre gözaltında tutulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hükümet'in haber kaynaklarının kimliğini öğrenme konusundaki çıkarlarının, başvuranın bu kaynakları gizleme konusundaki çıkarlarından daha ağır olmadığını tespit etmiş ve Sözleşme'nin 10. Maddesi'nin ihlâl edildiği yönünde karar vermiştir (***Voskuil v. Netherands***).

[362] ***Sanoma Uitgevers B.V. v. Netherlands,*** 14.9.2010, 38224/03 (hudoc).

[363] ***Sanoma Uitgevers B.V. v. Netherlands***, § 15-16.

[364] ***Sanoma Uitgevers B.V. v. Netherlands***, § 59-101.

[365] Kanunî değişiklik süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İlkiz, ss. 33-37.

[366] RG 26.6.2004, S. 25504.

nağını açıklamama temel hakkını yeni Basın Kanunu çerçevesinde de kabul etmiştir.

Ne var ki, 17 Nisan 2014 tarihinde kabul edilen 6532 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un[367] 3. maddesi, 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesinde değişiklik yaparak Millî İstihbarat Teşkilatı'nın söz konusu Kanun (2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu) kapsamındaki görevlerini yerine getirirken kullanacağı yetkiler içerisinde basın kaynağını açıklamama temel hakkını bertaraf etmektedir. Bu düzenleme uyarınca;

> "Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir. Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamazlar." (6532 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 3).

Görüldüğü üzere söz konusu Kanun değişikliği sadece gazetecilerin sır saklama yükümlülüğünü bertaraf eden bir düzenleme getirmemekte, aynı zamanda bankacılar dâhil sır saklama yükümlülüğü altında bulunan tüm kişilerin yükümlülüğünü bertaraf etmektedir. Bir olağanüstü hâl kanunu olarak nitelendirilebilecek bu Kanun'un olağanüstü yetkileri barındıran bu düzenlemesinin yukarıda sözünü ettiğimiz hukukî düzenlemeler ve aşağıda üzerinde duracağımız Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları karşısında hukuken kabulü mümkün değildir. Zira yukarıda da sözünü ettiğimiz üzere haber kaynağının korunması hakkı, çağdaş hukuk devletlerinde düşünce özgürlüğünün bir tezahürü olarak katı bir şekilde korunmaktadır. Bu esaslar çerçevesinde söz konusu Kanun değişikliğinin, ispat hakkı karşısında olsa dahi temel haklar öğretisi açısından hukukî meşruiyet kazandığından söz etmemiz mümkün değildir.

b. İspat Hakkı ile Basın Özgürlüğünün Çatışmasında Menfaatlerin Dengelenmesi

Haber kaynağının gizliliği temel hakkı ile ispat hakkının çatıştığı uyuşmazlıklar -*yukarıda incelediğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında*

[367] RG 26.04.2014, S. 28983.

da- genellikle ceza davalarının konusunu oluşturmakla birlikte *Goodwin* davasında olduğu gibi medenî yargılamaya ilişkin uyuşmazlıklarda da ayrıcalığın önemli bir uygulama alanı bulunmaktadır. Ayrıca söz konusu madde medenî davalar ile ceza davaları arasında herhangi bir ayrım gözetecek şekilde kabul edilmediği gibi, benzer uyuşmazlıklara medenî yargıya ilişkin davalarda da rastlanması mümkündür. Ayrıca konuyla ilgili oldukça önemli düzenlemeler öngören Avrupa Konseyi'nin R (2000) 7 sayılı *Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Haklarıyla İlgili Tavsiye Kararı*'nda medenî davalar ile ceza davaları arasında fark gözetilmemiş; bunun ötesinde haber kaynaklarının gizli tutulması hakkını doğrudan düzenleyen 4. ilkesinde çok açık bir şekilde hakaret davalarından -*kişinin onur ve haysiyetine tecavüz dolayısıyla açılan davalardan*- söz edilmiş ve 3. ilkenin c bendinde de söz konusu ilkelere ulusal hukuklardaki tüm idarî ve yargısal prosedürlerin her aşamasında riayet edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda örneğin hakaret içeren bir gazete haberine dayanarak zarar gördüğünü iddia eden kişinin açtığı haksız fiile dayalı tazminat davasında veya tecavüzün ref'i davasında, ispat hakkı ile yukarıda belirtmiş olduğumuz basın özgürlüğünün çatışması söz konusu olabilecektir. Özellikle davacı taraf hakaret konusu oluşturan haberin yanlış, yanıltıcı, yalan haber olduğunu iddia ediyorsa, çoğu zaman bu iddiasını haber kaynağını çürüterek gerçekleştirmesi gerekir. Bu durumda da basın özgürlüğü karşısında, davalı tarafı haber kaynağını açıklama yükümlülüğü altında tutmak yukarıda sözü edilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve Tavsiye Kararı çerçevesinde mümkün olmayacaktır. Yani davacı taraf uyuşmazlık konusu olan vakıaları ispat hakkı çerçevesinde doğrudan doğruya ispat edemeyecektir. Yine bunun dışında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin karara bağladığı *Goodwin* davasındaki uyuşmazlığın çıkması hâlinde de benzer esaslar uygulanacaktır. Hatırlanacak olursa bu davada bir şirketin malî durumunun iflâs noktasına kadar bozulduğu, şirket içerisindeki çok gizli belgelerden birisinin çalınması sonucunda gazeteciye ulaşmış ve bunun haber yapılması üzerine, yetkililer hem haberin kaldırılmasını hem de gazetecinin haber kaynağına el konulmasını talep etmiştir. Bu durum esasında Türk hukuku açısından değerlendirilecek olursa, ticarî itibarın zedelenmesine yönelik tazminat davalarında sıklıkla karşılaşılabilecek bir uyuşmazlık tipidir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu davada da, söz konusu talebi 10. maddenin ihlâli olarak değerlendirmişti. Bu şekilde medenî yargılama açısından ör-

nekleri daha da çoğaltmak mümkündür.

Bu kapsamda kanaatimizce konumuz açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer nokta da, yukarıda vermiş olduğumuz örnek uyuşmazlıklar dışında da medenî yargıya ilişkin herhangi bir uyuşmazlıkta gazetecilerin haber kaynağını açıklamasını gerektirecek bir müdahâlenin Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında *kamu yararı* teşkil edip etmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

> Bu çerçevede yapılacak bir değerlendirme ise ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *kamu yararını üstün* tuttuğu içtihatları yolu ile başarıya ulaşabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında pedofiliye ilişkin bir belgesel yapmak isteyen gazetecinin pedofili topluluğuna üye olup kimliğini gizleyerek çektiği video kayıtlarının istenmesini, yani gazetecinin haber kaynağını açıklamasını istemesini yeterli derecede kamu yararı olduğu yönünde değerlendirmiştir[368]. Zira burada Mahkeme'nin söz konusu durumu ağır bir kamu yararının bulunduğu şeklinde takdir etmesi, haber kaynağını ifşa etmeme temel hakkına yapılan müdahâlenin, Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında ağır toplumsal zararı olabilecek ciddi bir suçun önlenmesini sağlamak amacı taşımasıdır. Buna karşılık bir bakanın vergi kaçakçılığı yaptığı haberini yayınlayan gazetecinin evi ve işyerine haber kaynağının tespiti için polis tarafından yapılan aramaları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ***Roemen ve Schmit v. Lüksemburg*** kararında[369] Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâli olarak görmüştür[370]. Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ***Tillack v. Belçika*** kararında[371] Alman haftalık dergisi *Stern* için çalışan bir gazetecinin, Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Bürosu'ndan (*European Anti-Fraud Office, OLAF*) elde edilen gizli belgelere dayanarak Avrupa kurumlarındaki çarpıklıklar hakkında yazılar hazırlayıp bunları yayınlamasının ardından evinde ve işyerinde yapılan aramalarda haber kaynaklarına elkonulması üzerine[372] önüne gelen davada Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir[373]. Bu içtihatlara bakıldığında salt suç oluşturan bir ceza soruşturması veya malî suç soruşturması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 10. maddenin 2. fıkrasındaki sebeplere binaen haber kaynağını açıklamama hakkına müdahâleyi gerektirmemektedir. Mahkeme, müdahâlenin Sözleşme'ye uygun olması için *ağır bir kamu yararını*

---

368 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2005 yılında önüne gelen *Nordisk Film & TV A/S v Danimarka* davasında bir gazeteci Danimarka'da pedofili ile ilgili bir belgesel hazırlamak amacıyla kimliğini gizleyerek bir pedofili derneğine kaydolmuştur. Gazetecinin, çekeceği belgesel ile ilgili görüntüler ve kişisel notlarını mahkemeye teslim etmesi istenmiş. Bu kapsamda haber kaynağının açıklanmasına yönelik mahkeme kararı Sözleşme'nin 10. Maddesini aşabileceği söz konusu olmuş ise de, kayıtların gizli olarak alınması ve kayda alınanların icazet vermemesi dolayısıyla uyuşmazlık konusu video ve notlar geleneksel anlamda haber kaynağı olarak kabul edilemediğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuruyu reddetmiştir (bkz. ***Nordisk Film & TV A/S v. Denmark,*** 8.12.2005, 40485/02 [hudoc]).

369 ***Roemen and Schmit v. Luxembourg,*** 25.5.2003, 51772/99 (hudoc).

370 Bu davada aramalar gazetecinin işlemiş olduğu bir suç sebebiyle değil, yapmış olduğu bir haberin kaynağının bulunması için yapıldığından Mahkeme gazetecilik meslekî gizliliğinin ihlâl edildiğine karar vermiştir (***Roemen and Schmit v. Luxembourg***, § 47-60). Ayrıca benzer yönde bir başka karar için bkz. ***Ernst and others v. Belgium,*** 15.7.2003, 33400/96 (hudoc).

371 ***Tillack v. Belgium***, 27.2.2008, 20477/05 (hudoc).

372 Bkz. ***Tillack v. Belgium***, § 6-7.

373 Bkz. ***Tillack v. Belgium***, § 38-41.

aramaktadır. Bu kadar ağır bir kamu yararına ise medenî yargılamaya ilişkin davalarda çok fazla rastlamak mümkün değildir. Dolayısıyla medenî yargılamaya ilişkin davalarda çoğunlukla karşılaşılacak durum, gazetecilerin haber kaynağını ifşa etmeme hakkına riayet edileceğidir.

Bu ve buna benzer durumlarda kanaatimizce en doğru yöntem, davacı tarafın iddiasını doğrudan değil, dolaylı yollarla ispat etmesine imkân tanımak ve bu kapsamda ispat ölçüsünü düşürmek olmalıdır[374]. Zira basın özgürlüğü kapsamında kişilerin haber kaynağını açıklatmaya zorlanamaması karşısında, hâkimin delilleri değerlendirmesini doğrudan konu alan haber kaynağının güvenilir olup olmadığının tespiti ve takdiri, ancak diğer dolaylı delillerle ispatlanabilecektir. Örneğin kişi söylentiye dayalı olarak kendi şöhret ve onurunu zedeleyen bir haberin yayınlanması durumunda, doğrudan doğruya iddiasını haber kaynağının güvenilemez olduğu olgusu ile ispatlayabilecekken, basın özgürlüğü karşısında karşı taraf haber kaynağının ifşasına zorlanamayacaktır. Bu durumda ise, davacıya -*zaten takdiri delillerle ispatı mümkün olan bu vakıa hakkında*- dolaylı ispat yöntemi ile iddiasını ispatlama olanağı tanınmalı ve ispat ölçüsü düşürülmelidir. Yani bu durumda davacı taraf, esasında habere konu olayın gerçek olmadığını -*menfî bir vakıayı*- başka delillerle ispatlayabilmeli, hâkim dolaylı ispata izin vermeli ve de ispat ölçüsünü düşürmelidir. Aksi durumun kabulü böyle bir durumda davacının ulaşmak istediği yalan, yanıltıcı, doğru olmayan habere dayanan haksız fiil sebebiyle talep ettiği tazminata ulaşamamasına sebebiyet verir; bu durum da, bir anlamda davacının ispat hakkı karşısında, davalı tarafın basın ve düşünceyi açıklama özgürlüğünün üstün tutulduğu, dolayısıyla çatışan temel haklar arasında makûl bir dengenin bulunamaması anlamına gelecektir. Oysa ki özellikle temel hakların çatışması hâlinde yapılması gereken, bu temel haklar arasında makûl dengenin sağlanmasıdır. Buna yardımcı olan aracımız ise ölçülülük ilkesidir. Aksi bir durum, bir temel hakkın diğer temel hak uğruna feda edilmesi, yok sayılması anlamına gelecektir ki, temel haklar hukukunun yirmibirinci yüzyılda hedeflediği sonuç bu değildir. Bu durumda temel haklara dayalı demokratik bir hukuk devletinin gerekleri yerine getirilmiş olamayacaktır.

[374] İspat hakkının güvencelerinden ispat ölçüsünün düşürülmesi, dolaylı ispata olanak tanınması gibi yöntemlere ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6.

3. İspat Hakkının İnanç Özgürlüğü İle Çatışması

İspat hukukunun gelişimine bakıldığında, tarihte inanç özgürlüğünün ispat hakkı önünde önemli bir sınırlandırma getirmiş olduğunu tespit etmek mümkündür. Bir zamanlar *delillerin kraliçesi* olarak kabul edilen *ikrar*ın bizatihi kendisi, esasında inanç özgürlüğünün -*ozamanlar ispat hakkının varlığından söz edilemese de*- ispat hakkını sınırlandırması konusunda somut bir örnek olmuştur.

İspat hakkının inanç özgürlüğü ile çatıştığı önemli bir örnek Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu yürürlükteyken geçerli olan yemin şekliydi. Zira bu yemin şekli "*Allah*"ı merkez alan bir yemin metni içeriyordu. Bu durum da, Müslüman ve diğer dinlerin mensubu olan inanç sahipleri için bir ayrımı ifade etmekteydi. Yeminin, ispat hakkının güvence altına alınmasına duyulan inanç yemin edecek kişinin Müslüman olmaması hâlinde, -*yemin metni onun için kutsal bir ifadeyi barındırmayacağından*- yemin etmesi ile etmemesi arasında bir fark yoktu. İnançları temel alan yemin metninde, kendi kutsal değerleri üzerine yemin etmeyen birisinin rahatlıkla yalan söyleyebileceği olasılığı karşısında, bu durum ispat hakkının ihlâli ile sonuçlanabilecek niteliğe sahipti. Ne var ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile bu yemin metni değiştirilmiş ve bütün inanç sahiplerini kapsayıcı şekilde kaleme alınmıştır.

4. İspat Hakkının Çalışma Hakkı İle Çatışması

Anayasa'nın 49. maddesi "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir." ifadesiyle çalışma hakkını temel bir anayasal hak olarak güvence altına almaktadır. Çalışma hakkı ile ispat hakkının çatıştığı nokta, aşağıda ayrıca ele alınacağı üzere belirli meslek gruplarının icra ettikleri mesleklerin niteliğinden kaynaklı olarak delil ibrazından çekinme hakkına sahip olmalarıdır. Örneğin avukatlar, doktorlar, malî müşavirler, eczacılar meslekleri sebebiyle öğrendikleri müvekkillerine, müşterilerine ait bilgileri ifşa etmeme yükümlülüğü altındadır[375]. Esasında getirilen bu yükümlülüklerin temelinde, belirli meslek gruplarından olan kişilerle kişisel bilgilerini paylaşan kişilerin özel hayatının korunması hakkı (Ay m. 20; AİHS m. 8) ve menfaati yatmaktadır.

[375] Genel bir hüküm ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 249. maddesi uyarınca "*Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler.*" (HMK m. 249/1, 1. cümle). Ayrıca belirli meslek sahiplerinin tanıklıktan çekinebilecekleri özel kanunlarda da düzenleme altına alınmaktadır. Bu konuda bkz. Avukatlık Kanunu m. 36, Basın Kanunu m. 12.

Öncelikli olarak korumanın amacı kişisel bilgilerini paylaşan kişilerin özel hayatının korunması hakkıdır. Aşağıda bu meslek gruplarının sahip olduğu ayrıcalıklar tek tek incelenecektir[376]. Ancak burada özellikle ispat hakkı ile çatışan nokta, aynı zamanda çalışma hakkının etkin şekilde tesisi için bu meslekleri icra eden kişilerin meslekleri sebebiyle öğrenmiş oldukları bilgileri ifşa etmeme yükümlülüğü altında olmaları sebebiyle kendilerinden yargılama sürecinde tanıklık yapmaları veya delil ibraz etmelerinin istenmesi durumunda (*tanıklık yapma mecburiyeti açısından HMK m. 245; belgelerin ibrazı mecburiyeti açısından HMK m. 221*), bu kişilerin tanıklıktan ve delil ibraz etme yükümlülüğünden kaçınabilmeleridir (*tanıklığa ilişkin olarak HMK m. 249; belgelerin ibrazına ilişkin olarak HMK m. 221'in atfı ile 249*). Böylece ispat hakkını sadece bu kişilerin tanık beyanları veya bu kişilerin elinde bulunan belge ve bilgilerle kullanmak isteyen taraf için bu durum ispat hakkının sınırlandırılması ile sonuçlanabilecektir.

Esasında yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere bu kaçınma hakkının temelinde öncelikle karşı tarafın özel bilgilerinin, özel hayatının korunması menfaati yatar. Bununla birlikte aynı zamanda "*meslekî sır*" sebebiyle delil ibrazı hakkı tanınan belirli meslek gruplarının ortak özelliği, bu mesleklerin icrasının *güven ilişkisi* üzerine kurulu olmasıdır. Zira kanunlarda meslekî sırrı koruma yükümlülüğü getirilen ve bunun devamında söz konusu meslekleri icra eden kişiler açısından delil ibrazından kaçınma hakkı tanınan bu meslekler alelâde meslekler olmayıp *kamu güvenini* gerektiren mesleklerdir. Dolayısıyla çalışma hakkının yanında aynı zamanda bir *kamusal menfaatin* bazı durumlarda, ispat hakkına üstün tutulduğunu ifade etmek yanlış olmaz. Şayet söz konusu meslekleri icra eden kişilere, meslekleri sebebiyle öğrenmiş olduğu bilgileri saklama ve bunun devamında buna ilişkin delil ibrazından kaçınma hakkı verilmeseydi, söz konusu mesleklerin icrası toplum içerisinde neredeyse imkânsız hâle gelecekti.

Örneğin bir doktorun, kendisine bir hastalık, rahatsızlık sebebiyle başvuran ve hastalığının tedavisi için doktoru ile özel hayatına ilişkin bilgileri paylaşan hastaya ilişkin öğrendiği kişisel bilgiler meslekî sır saklama yükümlülüğü şemsiyesi altında koruma altına alınmamış olsaydı, kişiler güven içerisinde rahatlıkla doktorlara başvuramazdı. Benzer şekilde bir kişi kendisinin dâhil olduğu mevcut veya potansiyel

[376] Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 19.

uyuşmazlığa ilişkin hukukî yardım almak için avukata başvurduğunda, hukukî yardım almak amacıyla yaptığı kişisel paylaşımlar meslek sırrı kapsamında korunmasaydı, kişiler rahatlıkla hukukî danışmanlık için avukata başvuramazdı. Nitekim aşağıda açıklanacağı üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu sebeple, kişinin hukukî uyuşmazlığa ilişkin özgürce ve rahatlıkla hukukî danışmanlık almasını adalete erişimin ve bu kapsamda da âdil yargılanma hakkının zorunlu bir unsuru olarak kabul etmektedir[377]. Yine örneğin malî müşavirlerin sır saklama yükümlülüğü altında korunması, kendilerine malî danışmanlık için başvuran kişilerin serbestçe kendileri ile ekonomik kişisel bilgilerini paylaşabilmesini sağlamaktadır. Belirtmek gerekir ki, Türk yargı sisteminde meslekî sır sebebiyle çekinme hakkı sadece Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda medenî yargıya ilişkin davalar açısından değil kamu menfaatini koruma yönü çok daha ağır basan ceza yargısı açısından da Ceza Muhakemesi Kanunu açısından kabul edilmektedir[378]. Nitekim ceza yargısı açısından da düzenlemenin hem sır sahibinin kişisel haklarını korumak olduğu hem de sır saklama yükümlülüğü bulunan meslek gruplarını korumak olduğu belirtilmektedir[379].

Bu mesleklerin ortak özelliği aynı zamanda karşı tarafın güven içerisinde kendisine ilişkin kişisel bilgileri bu meslekleri icra eden kişilerle paylaşmaması durumunda, bu mesleklerin tam anlamıyla icrasının mümkün olmamasıdır. Zira örneğin, bir öğretmenin mesleğini icra edebilmesi için öğrencilerine ilişkin kişisel bilgileri haiz olmadan da öğretmenlik mesleğini kamu güvenliğini zedelemeyecek şekilde yerine getirmesi mümkündür. Buna karşılık bir doktorun mesleğini, tıp biliminin gerektirdiği uzmanlık çerçevesinde kamu güvenliğini zedelemeyecek şekilde yapabilmesi için mutlaka hastasına ilişkin bazı kişisel bilgileri, hastasının özel hayatına ilişkin en azından rahatsızlığın tedavisi için gerekli olduğu kadarını haiz olması gerekir. Bu mesleklerin ortak yönü karşı tarafın, özel hayatına ilişkin bilgileri bu meslekleri icra eden kişilerle güven içerisinde paylaşamaması hâlinde, bu mesleklerin kamu güvenliğini zedelemeden icra edilemeyecek olmasıdır. Nitekim bu sebeple belirli meslekleri icra eden kişilerin meslekî sırrın korunması şemsiyesi altında birleşmesi, sa-

[377] Bu konuda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 19.

[378] CMK m. 46 uyarınca (*i*) avukatlar veya stajyerleri veya yardımcıları, (*ii*) hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensupları, (*iii*) malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin, bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler meslek sırrı kapsamında kabul edilir (CMK m. 46).

[379] Centel ve Zafer, s. 248.

dece Türk hukukuna özgü bir sistem değildir. Gerek Ortak Hukuk sistemlerinde gerekse Kıta Avrupası hukuk sistemleri içerisinde belirli türden meslekleri icra eden herkes birbirinden az veya çok farklı uygulama alanları ile birlikte benzer hakların ve yükümlülüklerin süjesini oluşturur[380]. Dolayısıyla ispat hukukuna doğrudan yansıması olan ve bazı durumlarda ispat hakkının bir sınırını oluşturan bu yükümlülük ve muafiyet dünyanın hemen her yerinde aynı mantıktan hareket edilerek güvence altına alınmıştır.

Yukarıda verdiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere belirli meslekleri icra eden kişiler için meslekleri sebebiyle öğrenmiş oldukları sırları "meslekî sır saklama yükümlülüğü" altında korumaları kendileri açısından sadece basit bir hukukî yükümlülük değildir. Sır saklama yükümlülüğü, belirli meslekleri icra eden kişiler açısından bir "hak"tır. Bu durum, aynı zamanda anayasal çalışma hakkının ispat sürecine bir yansımasıdır. Toplumsal anlamda güven unsuru üzerine özel hayata ve kişisel bilgilere erişilemeden bu mesleklerin icrası, o mesleklerin kamu güvenliğine mazhar bir şekilde icra edilmesine engel oluştururken diğer yandan bireysel olarak bu meslekleri icra eden kişiler açısından da çalışma hakkının kullanılmasına engel teşkil eder. Zira bir psikolog ne kadar iyi bir eğitim almış olursa olsun, danışanının özel hayatına ilişkin öğrenmiş olduğu bilgileri meslekî sır saklama yükümlülüğü altında koruyamaz ve böylece devamında danışanına ilişkin bir davada o kişinin özel hayatına ilişkin bilgileri ifşa etmek zorunda kalırsa, psikologların çalışma özgürlüğü kısıtlanmış olur. Bu örneklerin avukatlar, doktorlar, malî müşavirler, psikolojik danışmanlar ve hâtta eczacılar açısından da çoğaltılması mümkündür. Meslekî sır sebebiyle delil ibrazından çekinme hakkı -*aşağıda ayrıntıları üzerinde durulacağı üzere*- her ne kadar öncelikle bu hizmetten yararlanan kişilerin özel hayatının korunması amacına hizmet etmekteyse de, ispat hukuku alanındaki bu muafiyetler aynı zamanda meslek sahiplerinin çalışma hakkının da korunmasına hizmet eder. Aşağıda üzerinde durulacak olan ispat hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran meslekî sır sebebiyle delil ibrazından çekinme hakkının koruduğu menfaat çift yönlüdür.

Burada özellikle ispat hakkı ile çatışabilecek olan nokta meslekî sırrın korunmasının kapsamının o ülke sisteminde ölçülü bir şekilde kanunkoyucu tarafından belirlenmesi, düzenleme altına alınmasıdır. Zira hangi meslekleri icra eden kişilerin

[380] Bu konuda bir karşılaştırmalı çalışma için bkz. Mosk ve Ginsburg, ss. 345 vd.

meslekî sırrın korunması yükümlülüğü altında olduğu ülke sistemlerinde kanunkoyucu tarafından belirlenir. Bu durumun sebebi yukarıda sözünü etmiş olduğumuz üzere konunun kamu güvenliğine ilişkin yönüdür. Hâtta bazı hukuk sistemlerinde meslekî sırrın korunması gerektiği kanunların yanısıra açıkça anayasal düzenlemelerle de koruma altına alınmıştır. Başka bir ifadeyle meslekî sır saklama yükümlülüğü anayasal bir hakkın ve aynı zamanda bir yükümlülüğün konusudur. Bu sebeple hangi mesleklerin meslekî sır saklama yükümlülüğü ve devamında da yargılama sürecinde delil ibrazından muafiyet hakkına sahip olduğunun kanunkoyucu tarafından hassas bir değerlendirme sonucu belirlenmesi gerekir. Şayet özel hayatın korunması hakkı ve çalışma hakkının sağlanması amacıyla toplum içerisinde hemen her mesleği icra eden kişiler açısından bu yükümlülük ve dolayısıyla muafiyet tanınırsa, bu durumda ispat hakkı aşırı derecede sınırlandırılmış olur. Örneğin bir hukuk sisteminde sır saklama yükümlülüğü çok geniş bir şekilde tüm meslek gruplarına sirayet edecek şekilde belirlenirse, tanık ifadesinin ve delil ibrazının uygulama alanı son derece daralmış olur. Bu durumda da kişilerin iddialarını ispat etmek için başvuracağı deliller çok fazla sınırlanır ve ispat hakkı ölçüsüz şekilde ihlâl edilmiş olur. Ancak bunun yanında Türk hukuk sisteminde de kabul edilen doktorların, psikologların, psikiyatristlerin, avukatların, malî müşavirlerin sır saklama yükümlülüğü ve bu kapsamda hem ceza hem de medenî yargıya ilişkin davalarda delil ibrazından muafiyet hakkı hemen hemen dünyanın her hukuk sisteminde kabul edilmektedir. Ayrıca bu ayrıcalıkların aynı zamanda ceza davaları açısından da geçerli olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu çerçevede yeni bir meslek grubuna bu ayrıcalığın tanınması konusunda bir adım atılacaksa, ispat hakkının tehlikeye atılmaması için başvurulacak kriter, bu yükümlülüğün o mesleklerin icrası için *gerekli* olup olmadığıdır. Bu konuda karşılaştırmalı hukuk sistemlerindeki durumun da incelenmesi yararlı olabilecektir. Dolayısıyla çalışma hakkının tesisine yönelik olarak meslekî sır saklama yükümlülüğünün süjeleri belirlenirken yine başvurulacak temel araç, *ölçülülük ilkesi* ve bu kapsamda da o meslek grubunun kamu güvenliğini de zedelemeden mesleğini icra edebilmesi için böyle bir muafiyetin *gerekli* olup olmadığının saptanmasıdır. Ancak bu şekilde oluşturulacak bir denge bir yandan özel hayatın ve çalışma hakkının korunmasına hizmet edebilecek diğer yandan da ispat hakkını gereksiz ve ölçüsüz müdahâlelerden koruyabilecektir.

5. İspat Hakkının Sözleşme Özgürlüğü İle Çatışması

a. Medenî Yargılamada İrade Serbestisinin ve Sözleşme Özgürlüğünün Anlamı

Medenî yargılama hukukunda, kural olarak taraf hâkimiyetinin ağır bastığını; bu anlamda dava malzemelerinin yargılamaya getirilmesi konusundaki temel yükümlülüğün ve sorumluluğun tarafların üzerinde olduğunu belirtmiştik. Bu durum, medenî yargılama prosedüründe belirli oranda taraflara irade serbestisini sunmaktadır. Gerçekten de taraflar bir uyuşmazlığı mahkeme önüne getirip getirmemekte, uyuşmazlığa ilişkin hangi bilgi kaynaklarını hâkimin önüne getireceklerinde, uyuşmazlığı hangi aşamada sonlandıracaklarına kural olarak ve belirli ölçülerde karar vermeye yetkilidirler. Bu durumda da, taraf hâkimiyetinin, medenî yargılama prosedüründe hangi orana kadar geçerli olacağı ve özellikle tarafların hangi ölçüye kadar sözleşme özgürlüğüne sahip olacakları sorusu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Zira taraflar sahip oldukları irade serbestisi uyarınca, istedikleri her konuda sözleşme akdedebilecekler midir, yoksa bu konuda belirli bir sınırlandırmaya tâbi olacaklar mıdır? Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bu sorular medenî yargılamanın gri alanlarından biri ve üzerinde oldukça tartışılan bir konudur. Nitekim konunun aynı zamanda o hukuk sistemine hâkim olan ideoloji ve temel felsefesi ile ilişkisi, tartışmayı bir nebze ucu açık bırakır.

Bununla birlikte bu durumun, öncelikle mutlak olarak ispat hakkına ilişkin sözleşmeler açısından geçerli olduğunu ifade etmek güçtür. Ayrıca hukuk sistemlerinin, gün geçtikçe hâkimin konumunun ve yetkilerinin güçlendirilmesi yönündeki eğilimi, hâkimin yetkilerini ve delilleri değerlendirme yetkisini sınırlandıran kurum ve kuralların da dar yorumlanmasına sebebiyet vermektedir. Aynı zamanda temel hakların içerisinde bulunduğu gelişim ve yargılama prosedüründe etkisini artıran önemi, tarafların pek çok konuda yargısal sözleşme akdetmesine engel oluşturur.

b. İspat Hakkı Bakımından Sözleşme Özgürlüğünün Korunacağı Durumlar

İspat hakkının karşısında sözleşme özgürlüğünün korunacağı durumlar, yalnızca ispat hakkını sınırlandırmayan veya silâhların eşitliği ilkesini bozmayan ispat sözleşmeleri açısından geçerlidir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alınacağı üzere, ispat hakkını sınırlandıran delil sözleşmeleri hakkın özünü sınırlandıracağından geçersizdir. Buna benzer şekilde, bazı durumlarda bir taraf

aleyhine ispat yükünü değiştiren delil sözleşmeleri de geçersiz olacaktır. Tüketici sözleşmelerinde tüketiciye yüklenen ispat yükü anlaşmaları bu duruma örnektir.

İspat hakkı karşısında, sözleşme özgürlüğünün korunabilmesi için söz konusu ispat sözleşmesi ile ispat hakkının özüne müdahâlede bulunulmamalı; bu anlamda yapılan müdahâle ölçülülük ilkesinin gerekliliklerini karşılamalıdır. Bu konu çalışmamızın çeşitli bölümlerinde, farklı yönleriyle incelendiğinden ayrıntıya girilmeyecektir[381].

6. İspat Hakkının Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları İle Çatışması

Anayasa'nın 41. maddesine göre ailenin Türk toplumunun temel yapısı olması sebebiyle, ailenin huzur ve refahı ile çocukların korunması amacıyla devlet belirli önlemleri almakla yükümlüdür[382]. Bu durum aynı zamanda Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin de bir gereğidir[383]. Bu çerçevede ailenin ve çocukların korunması, sosyal ve ekonomik haklar içerisinde temel bir hak olarak kabul edilir. Bu kapsamda medenî yargılamada, özellikle ispat hakkı ile ailenin ve çocuğun korunması hakkının çatıştığı bazı durumları tespit etmek mümkündür. Bu şekilde ispat hakkı ile bu temel hakların çatıştığı birinci durum, çekinme sebeplerindedir. Delil ibraz edecek olan kişiye, ailesinin aleyhine olacak birtakım ispat araçlarını mahkemeye sunmaktan kaçınma hakkı, pek çok delil türü açısından kabul edilmiştir. Bu kaçınma hakkı tanık delili açısından (HMK m. 248, 250), üçüncü kişiler açısından belge ibrazında (HMK m. 221/3 atfıyla m. 248) kabul edilmiştir.

İspat hakkı ile çocukların menfaatlerinin karşı karşıya geldiği bir diğer durum, özellikle velâyet davalarında ispatı kolaylaştırmak için belirli bir dereceye kadar özel hayatın korunması hakkından vazgeçilebileceğidir. Esasen bu durumda çocuğun korunması ile ispat hakkı çatışmamakta; bilâkis çocuğun menfaatlerini koruyabilmek için birtakım iddiaların ispatında, özel hayatın korunması hakkına müdahâlede bulunulabilmektedir. Örneğin bir velâyet davasında, devletin çocuğu koruma görevi (Ay m. 41), annenin veya babanın haysiyetsiz yaşam sürdüğünün ispatı için bu kişilerin

---

[381] Hakkın özüne dokunmayan ve ölçülülük ilkesinin gerekliliklerini karşılayan ispat sözleşmelerine ilişkin bazı açıklamalar için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6. İspat hakkını sınırlandıran delil sözleşmelerinin geçersizliği konusunda bkz. aşa. Beşinci Bölüm, § 22.

[382] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Çocuk Hukuku, ss. 35-36. Ayrıca bkz. Cem Baygın, **Soybağı Hukuku,** Oniki Levha, İstanbul 2010, ss. 259 vd.

[383] Çocuğun, Çocuk Hakları Sözleşmesi karşısında da gözetilme ve korunma yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Çocuk Hukuku, ss. 49-54.

özel hayatına belirli derecede müdahâleyi meşru kılabilir. Bu anlamda bir boşanma davasında *hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan bir delilin,* velâyet davasında delil olarak kullanılması bazı durumlarda mümkün olabilecektir. Dolayısıyla, eşlerden birinin diğerini aldattığına dair cinsel hayatının ve giz alanının ayrıntılarını ortaya koyan bir görüntü kaydı, bir boşanma davasında hukuka aykırı delil olarak değerlendirilecek iken, yukarıda üzerinde durduğumuz örnekte olduğu gibi bir velâyet davasında hukuka aykırı delil olarak nitelendirilmeyebilir[384]. Zira devletin çocuğun menfaatini, ruhsal ve fiziksel gelişimini koruma ve tesis etme yükümlülüğü karşısında, bu kamusal menfaat uğruna kişinin özel hayatına müdahâlede bulunulabilmelidir[385].

E. Temel Haklar Çatışmasında Menfaatlerin Dengelenmesi İçin Kullanılacak Bir Araç: Alenîyetin Sınırlandırılması

1. Genel Olarak

Daha önceki açıklamalarımızda alenîyet ilkesinin, ispat hakkının bir yargılama prosedüründe gereği gibi tesis edilmesi ve güvence altına alınabilmesi için gerekli olan yargısal bir temel hak olduğundan ve öneminden söz edildi. Bu başlık altında ise, buraya kadar üzerinde durduğumuz diğer birtakım temel haklarla ispat hakkının çatışması hâlinde yargılama prosedürlerinde koruyucu bir önlem olarak kullanılan alenîyetin sınırlandırılması incelenecektir. Zira aşağıda açıklanacağı üzere birtakım temel hakların (*özel hayat, mülkiyet hakkı gibi*) korunması amacıyla alenîyet ilkesi

---

[384] Bu durumda dahi delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olması, bu delilin yargılamada kullanılıp kullanılamayacağı konusunda tereddütler uyandırmaktadır. Türk hukukunda *Serozan,* soybağına ilişkin davalarda da, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hiçbir şekilde kullanılmaması gerektiğini; örneğin DNA analizi için erkekten *gizlice* saç veya sıvı örneği alınmasının, kişilik haklarına ihlâl niteliği taşıyacağını ve dolayısıyla bu şekilde gizlice elde delillerin soybağına ilişkin davalarda kullanılmasının mümkün olamayacağını belirtmektedir. Nitekim yazarın görüşünü belirttiği tarihte hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesi hükmü mevcut olmamasına rağmen, bu yasak hukukun temel ilkelerinden çıkarılarak benimsenmiştir. Bu konuda bkz. Serozan, Soybağı, ss. 760-761.

[385] Velâyet, ebeveynin temel bir hakkı değil, çocuğun sağlıklı bir ortamda büyüyüp, sağlıklı bir erişkin olabilmesi için çocuğa tanınan bir temel haktır. Bu anlamda velâyet, önemli kamusal nitelikleri barındıran bir hukukî kurumdur (*bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.* Serozan, Çocuk Hukuku, ss. 250-254). Kanaatimizce velâyet davasını, boşanma davasından ayıran temel özellik de çocuğun korunmasına yönelik kamusal menfaat ve devletin pozitif yükümlülüğüdür.
Nitekim Zürih Yüksek Mahkemesi de, 1983 yılında verdiği bir kararında, kamusal menfaatler ile ispat hakkı arasındaki ilişkiyi kurarak velâyet davasında babanın çocuğu ile arasında geçen konuşma kaydını, hukuka aykırı bir delil olarak nitelemesine rağmen delil olarak kullanılmasını hukuka uygun bulmuştur. Bu karar için bkz. Kılıçoğlu, s. 225, dn. 710.
Soybağının tespiti davalarında hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kılıçoğlu, Babalık Testleri, ss. 279 vd.; S. Bettina Reichenbach, "Zivilprozessuale Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Informationen am Beispiel heimlicher Vaterschaftstests", **AcP,** S. 206, 2006, ss. 598 vd.

sınırlandırılmakta ve böylece çoğu zaman ispat hakkına da bir sınırlama getirilmektedir. Bununla birlikte esasta anayasal bir gerekliliğe dayanan *alenîyetin sınırlandırılması* konusunda (Ay m. 141), ölçülülük ilkesinin aşılması ispat hakkının güvencesi bakımından önemli sakıncaları içerir. Özellikle yargılamada alenîyetin tamamen *kaldırılması* hâlinde, artık ölçülülük ilkesinin sınırları aşılmış olur. Bu durum, çalışmada özellikle *gizli yargılama* terimi ile ifade edilmekte ve ispat hakkı açısından taşıdığı sakıncalar ele alınmaktadır. Buna ilişkin açıklamalardan önce ise, ilk olarak alenîyetin ölçülülük ilkesine uygun şekilde *sınırlandırılması*nın ispat hakkı ile diğer temel hakların çatışması bakımından sahip olduğu önemli bir fonksiyon incelenecektir.

2. Alenîyetin Sınırlandırılması İhtiyâcının Çıkış Sebepleri

Endüstri ve teknoloji toplumunun getirilerinin 20. YY'dan bu yana artarak yaşamın her alanına yayılmış olması, toplumun ihtiyaçlarını da yönlendirmekte ve bir üst yapı kurumu olan hukukî ilişkilerin düzenlenmesinde de etkili olmaktadır. Bunun konumuzla da yakından ilgisi olan bir yönü sınaî, ticarî, teknolojik alanlarda yaşanan gelişmelerin hukuka bir yansıması olarak ticarî ve sınaî sırların korunması meselesidir. Teknolojinin müthiş bir gelişme ile hayatımıza her gün yeni ürün ve hizmetler sunabilmesi için dünya çapında milyonlarca şirket, milyarlarca dolar yatırım yaparak bir ürün veya hizmetin geliştirilmesinde kendi yöntemlerini kullanarak yeni tüketim malları ve hizmetler geliştirmektedir. Bu gelişimin doğal bir sonucu da rekabet hukuku, sınaî ve fikrî hukuk alanlarının sürekli bir devinim içerisinde olmasıdır.

Bu gelişmeler yargılama hukukunda özellikle sınaî, fikrî ve ticarî sırların korunması ihtiyâcını ortaya atmıştır. Ortak Hukuk sisteminde yargılama öncesi karşı tarafın delillerine geniş çapta ulaşma imkânı veren delillerin keşfi yani *discovery* kurumunun özellikle ticarî ve sınaî sırların ifşa edilmesine imkân tanıyan uygulaması, konunun Ortak Hukuk sistemine dâhil medenî yargılama hukuklarında önemli tartışmalara konu edilmesine yol açmıştır. Bu alanda Kıta Avrupası dünyasında yaşanan gelişmeler de çok farklı olmamıştır. Her ne kadar Kıta Avrupası dünyasında, *discovery* kurumuna benzer, yargılama öncesi delile ulaşma süreci bulunmuyorsa da, bu sırların yargılama sürecinde delillerin toplanması ve ibrazı aşamasında ifşa edil-

mesi mümkündür[386]. Bu ifşa, bazı zamanlarda özellikle sır niteliğinde olan bilginin, zaten ihtilâf içerisinde bulunulan yargılamanın karşı tarafının hâkimiyet alanı içerisine girmesine sebebiyet vermektedir. Bu durumda yüksek miktarlarda yatırım yapılmış bir ticarî, sinaî sırrın karşı tarafça öğrenilmesi, kamuya ifşa edilmesi medenî yargılama sürecinde mülkiyet hakkının ihlâli olarak değerlendirilebilir. Bu sebeple de hemen her medenî yargılama sisteminde ticarî ve sınaî sırların korunması meselesi, özellikle son 40-50 yıldan bu yana yoğunluğu artan bir şekilde tartışma konusu yapılmıştır, yapılmaktadır[387].

Bazı durumlarda ise, yargılamada alenî hâle getirilmesi sakıncalı bulunan bilgiler kamu güvenliğine veya milli güvenliğe, başka bir anlamda devlet sırlarına ilişkin olarak görülmüş ve bu sebeple yargılamada alenîyet ilkesine sınırlandırmalar getirilmiştir. Burada elbette amaç devlet erkinin gücünün ve ulusal güvenliğin korunmasına ilişkin bir meseledir ve devlet sırrı olabilecek bazı bilgilerin yargılama sürecinde ifşa edilerek alenî hâle gelmesi uygun görülmemektedir[388]. Devlet sırrı sebebiyle alenîyetin kaldırılması bugün için neredeyse hemen her medenî yargılama ve ceza yargılaması hukuklarının düzenlediği ve uyguladığı bir konudur[389]. Hatta, devlet sırrı sebebiyle delil ibrazından çekinme hakkı medenî yargılama hukukunda dahi gün geçtikçe uygulama alanını genişletmektedir. Her ne kadar ilk tahlilde, devlet sırrı sebebiyle delil ibrazından çekinme hakkının sadece ceza davalarında uygulama alanı bulabileceği, medenî yargılama da söz konusu muafiyetin çok yoğun uygulama alanı bulamayacağı düşünülse dahi, bu çok doğru bir tespit olmayacaktır. Özellikle 11 Eylül 2011, New York'daki İkiz Kuleler'e yapılan terör saldırısının ve ardından yaşanan siyasal ve politik olaylar, gün geçtikçe yoğunluğunu artıran şekilde devletlerin terörizme karşı hassasiyet kazanmasına sebep olmaktadır[390]. Bu durum hiç şüphesiz ki öncelikle, bir hukuk politikası olarak devlet sırlarının uygulama alanının genişlemesine sebebiyet verdiğinden, sonuçlarını medenî yargılama hukukunda da göster-

[386] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, C, 1, b.
[387] Genel olarak bu konudaki yaklaşımlar hakkında bkz. Kurt Konca, ss. 281-285.
[388] Bu konuda bkz. Kurt Konca, ss. 261-267.
[389] Bu konuda bkz. Seyit Kaymaz, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı,** Seçkin, Ankara 2014, ss. 21 vd.
[390] Devletlerin güvenlik önlemleri gerekçesiyle 2001 yılından itibaren ciddi oranda artan şekilde gizli yargılamara doğru gösterdiği eğilim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. G. V. Harten, "Gizli Deliller Karşısında Yargılamanın Zaafiyeti", Çev. Kabak, Emine, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat,** Edt. Yener Ünver, Prof. Dr. Veli Özer Özbek'e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin, Ankara 2014, ss. 615-642.

mektedir. İkincisi ise, aşağıda örneklerini vereceğimiz üzere esasında devlet sırrı sebebiyle delil ibrazından çekinme hakkı medenî yargıya ilişkin davalarda da azımsanmayacak sayıda örneğe konu olabilecek bir uygulama alanına sahiptir. Özellikle Türk hukukunda ceza yargısının, idarî yargının ve askerî yargının uygulama alanına giren bazı meselelerin karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde medenî yargılamanın uygulama alanına giriyor olması, ister istemez konu ile ilgili yapılacak incelemenin de boyutunu genişletmektedir.

Bunların yanısıra bazı durumlarda özel hayatın veya devlet tarafından özel bir gözetim ve koruma altında bulunması gereken kişilerin korunması amacıyla da alenîyet ilkesine sınırlamalar getirilmektedir[391]. Örneğin aile hukukuna ilişkin davaların kamuya kapalı duruşmalarda yapılması, özel hayatın ve özellikle de kişilik haklarının ve ailenin korunmasına hizmet eder. Benzer şekilde çocukların taraf olduğu birtakım davalarda çocuğun gelişiminin korunabilmesi için alenîyet ilkesine sınırlandırmalar getirilebilmektedir. Yine tıbbî sorumluluk davalarında hastaların özel hayatlarının korunması ihtiyâcı kamusal menfaate ağır basmakta ve alenîyet ilkesi sınırlandırılabilmektedir. Yine temel hakların önemini artırması ve bireyselliğin ön plâna çıkması, alenîyetin sınırlandırılması sebeplerin genişletilmesinin gerekçelerinden birisini oluşturur[392].

Belirtilen tüm bu durumlarda, yargılama sürecinde alenî hâle getirilmesi istenmeyen ve makûl sebeplerin bulunduğu durumlarda, neredeyse bütün hukuk sistemlerinde *az veya çok oranda* alenîyetin sınırlandırılması kabul edilir. Bu durumlar, özel hukuk haklarının veya kamu düzeninin korunmasını gerekli kılan, hukukî ve hâtta anayasal temellere dayanan taleplere dayanmaktadır. Zira ticarî sırların korunmasına temel teşkil eden mülkiyet hakkı (Ay m. 35) da, küçüklerin ve ailenin korunmasına temel teşkil eden özel hayat (Ay m. 20, 41) da anayasal ve hâtta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında korunan birer *temel hak* teşkil eder. Diğer yanda ise, alenîyet ilkesinin sınırlarına takılan ve temelde iddia etmek istediği vakıa hakkında ispat hakkını kullanmak isteyen kişinin hak arama özgürlüğü (Ay m. 36) bulunmaktadır. Alenîyetin sınırlandırılması durumunda çoğu zaman, bu gerekliliğin sebebini

[391] Bu konuda bkz. Kurt Konca, ss. 276-277.

[392] Nesibe Kurt Konca, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması", **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı - XII (18-19 Ekim 2014, Isparta),** SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, (Aleniyetin Sınırlandırılması), s. 73.

bir temel hak oluşturacağından ve çatışan haklar temel, anayasal haklardan olduğu için öncelikle sorunun çözümü için *a-priori*, uyuşmazlık öncesi genel bir formülasyon hazırlamak doğru değildir. Zira bilindiği üzere temel haklar arasında herhangi bir öncelik, üstünlük bulunmaz. Tüm temel haklar Anayasa'nın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin karşısında eşit bir konumdadır[393]. Bu sebeple de bir yandan mülkiyet veya özel hayatın, aile hayatının korunmasını talep eden tarafın korunması gereken temel hakkı; diğer tarafta yargılamada alenîyetin kaldırılması ile birlikte hukukî korunma talebine müdahâlede bulunulacak tarafın ispat hakkına ilişkin temel hakkı bulunmaktadır. Hatta öyle ki, alenîyet ilkesinin ölçülülük ilkesine uygun şekilde sınırlandırılmasında, bu durum çoğu zaman temel hakların çatışması açısından önemli bir araç olacaktır. Örneğin özel hayata ilişkin bir delilin paylaşılacağı bir duruşmada, alenîyet ilkesi sınırlandırılmazsa, delil ibraz edecek taraf o bilgi kaynağını yargılamaya hiç getirmeyecek ve böylece taraf ispat hakkını gereği gibi kullanamayacaktır. Bu sebeple alenîyet ilkesinin sınırlandırılması, ölçülü uygulandığı hâllerde çatışan temel hakların dengelenmesinde önemli bir fonksiyon yüklenir.

Alenîyet ilkesinin sınırlandırıldığı her yargılamanın ispat hakkını zedeleyeceği gibi bir sonuç da çıkarılmamalıdır. Zira alenîyet ilkesinin sınırdırılmasında temel kural, alenîyetin öncelikle üçüncü kişilere karşı kaldırılması olmalıdır. Bu durumda üçüncü kişiler dava ile ilgili bilgilere, duruşmalara erişememekle birlikte pek tabiki taraflar için -*hukukî dinlenilme hakkının varlığı sebebiyle*- yargılama gizli olarak yürütülmemektedir. Bu durumda da tarafların ispat hakkının zedelendiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Fakat aşağıda görüleceği üzere bazı uyuşmazlık türlerinde ve alenîyetin sınırlandırılmasının bazı yöntemlerinde, tarafların ispat hakkını da sınırlandıracak şekilde yöntemlere başvurulduğuna rastalamak mümkündür.

Aşağıda üzerinde durulacağı üzere alenîyetin yargılama sürecinde sınırlandırılması konusunda tam anlamıyla yeknesak ölçütler yoktur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin veya yabancı hukuk mahkemelerinin kararları ile karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalara baktığımızda alenîyetin sınırlandırılmasının çok çeşitli biçimlerde ele alındığı görülecektir. Bu çerçevede varılan en uç nokta, delil ibraz etme yükümlülüğü altında bulunan tarafın ticarî sır gibi bir temel hakka (Ay m. 35) dayanarak alenîyetin kaldırılması talebinin üzerine, karşı tarafın delilleri ib-

[393] Bu konuda bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 11, V.

razını talep eden tarafın ve hâtta vekilinin yokluğunda yargılamanın gerçekleştirilmesidir. Bu durumda talepte bulunan açısından en temel hakkı olan hak arama özgürlüğü, âdil yargılanma hakkı, hukukî dinlenilme hakkı, silâhların eşitliği ilkeleri çatısında aynı zamanda ispat hakkı da bertaraf edilerek karşı tarafın ticarî sırrına konu oluşturan mülkiyet hakkının korunması tercih edilmektedir.

Sonuç olarak yukarıda çizmiş olduğumuz tablo göstermektedir ki, birtakım özel hukuka veya kamu hukukuna dayanan meşru gerekçeler çerçevesinde kişilere veya devlete ait sırların veya menfaatlerin söz konusu olduğu bir yargılama sürecinde, belirli türden bilgi ve belgeleri kamudan ve hâtta karşı taraftan gizlenmesini haklı gösteren hukukî sebepler bulunduğu farklı ölçüler çerçevesinde genel olarak kabul görmektedir. Bu sebeple neredeyse hemen her hukuk sisteminde alenîyetin sınırlandırılmasını kabul eden hukukî düzenlemeler de bulunur. Bu düzenlemelerin önemli bir kısmı aynı zamanda anayasalardan da temelini almaktadır. Ulusal hukukî kuralların ötesinde, alenîyetin sınırlandırılması uluslararası sözleşmelerde de düzenlenmiştir. Dolayısıyla alenîyetin sınırlandırılması müessesesinin hukukî temelleri ve bugün için pek çok sistemde hem ulusal hem anayasal hem de ulusötesi düzenlemeler çerçevesinde kabul edilmesi, kurumu belirli ölçüde tartışma konusu yapmaktan çıkarmaktadır. Özellikle belirli türden yargılamalarda alenîyetin sınırlandırılmasında kamusal ve kişisel menfaatlerin bulunduğu kabul edilmektedir. Burada çözümü gereken konular alenîyetin hangi ölçüler çerçevesinde sınırlandırılacağı, ölçülülük ilkesine uygun sınırlamalar getirildiğinde bu uygulamanın temel hak çatışmalarının giderilmesinde üstlendği fonksiyonun tespitidir.

3. Alenîyetin Sınırlandırılmasının Koşulları

a. Sınırlandırmanın Koşulları ile İspat Hakkının İlişkisi

Aşağıdaki açıklamalarımızda Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta alenîyet ilkesinin hangi koşullar altında sınırlandırılacağı ele alınacaktır. Bu açıklamalarımızdan önce, alenîyet ilkesinin sınırlandırılması ölçütlerinin ispat hakkı açısından hangi sebeplerle önemli olduğu üzerinde kısaca durulmalıdır. Herşeyden önce alenîyetin ilkesinin yerinde, makûl ve hukukun ihtiyaçlarını karşılayan sebepler çerçevesinde sınırlandırılması -*buna uygun sınırlandırma ölçütlerinin kabul edilmesi*- aynı zamanda kişilerin güven içerisinde ve insan onuruna yakışan şekilde ispat hak-

larını kullanabilmelerine imkân tanır. Örneğin özel hayatın korunması menfaatinin bazı özel durumlarda, alenîyetin sınırlandırılması için bir ölçüt olarak kullanılamaması, kişilerin insan onuruna yakışan şekilde ispat haklarını kullanmalarına engel oluşturur. Kişilerin, aldatma sebebine dayalı ve üçüncü kişilere açık görülen bir boşanma davasında ispat haklarını, hukuka uygun ve insan onuruna yakışan şekilde kullanmaları oldukça güçtür. Benzer şekilde ticarî sırların kısmen de olsa değerlendirileceği bir yargılama sürecinin herkese açık şekilde yapılması, bu konudaki ispat faaliyetinin gereği gibi gerçekleştirilmesi zorlaştıracaktır. Kişiler bu durumda özel hayatlarının, şeref ve itibârlarının veya ticarî sırlarının korunması için ispat faaliyetini gereği gibi yürütebilmeleri açısından birtakım psikolojik engellere takılabilecektir. İspat hakkının, hâkim ile ispat faaliyetinin objeleri ve süjeleri arasında engel yaratılmamasını talep hakkı olduğu dikkate alındığında, alenîyet ilkesinin sınırlandırılması için başvurulacak sebeplerin önemi kendisini göstermektedir. Sınırlandırma ölçütlerinin gereği gibi uygulanmaması, ispat faaliyetinde hâkim ile ispat araçları arasındaki bazı fiilî olmayan engeller yaratacağından ispat hakkı ihlâli oluşturabilecek niteliktedir.

Alenîyetin sınırlandırılması hâlleri gerçekten gerektirici, kuvvetli ve kaçınılmaz sebeplere dayandırılmalıdır[394]. Bu anlamda objektif ölçütler değerlendirilmelidir. Aksi hâlde alenîyetin sınırlandırılması için kabul edilecek sebepler, keyfîyete yol açabilecekse bu durum da yargılamada ispat hakkı ihlâli olarak görünüm kazanacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre alenîyet ilkesine getirilen istisnalar hangi amaçlara hizmet etmek için getirilmişse, o meşru amaçlarla ölçülü olacak şekilde uygulanmalıdır[395].

b. Türk Hukukunda

Alenîyet ilkesinin istisnaları, hemen her hukuk düzeninde normatif temellere oturtulmuştur. Bu çerçevede Türk medenî yargılama hukukunda alenîyet ilkesine getirilen istisnalar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ve Anayasa'da belirtilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesi 1. fıkrasında öncelikle duruşmaların alenî olacağı kurala bağlanmış; 2. fıkrasında ise bu kurala istisna getirilmiştir. Hukuk

[394] Zuckermann, Zuckermann on Civil Proceeding, s. 100.
[395] ***The Sunday Times v. The United Kingdom,*** 29.4.1979, 5358/74 (hudoc); ***Campbell and Fell v UK,*** ECtHR 1984.

Muhakemeleri Kanunu m. 28 hükmü uyarınca, duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak *genel ahlâkın* veya *kamu güvenliğinin* kesin olarak gerektirdiği hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilir (HMK m. 28/2)[396]. Görüldüğü üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu sisteminde alenîyetin kaldırılması iki duruma inhisâr ettirilmiştir: (*i*) Genel ahlâk veya (*ii*) kamu güvenliği. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bu düzenlemesi, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesine tekabül etmektedir ve hemen hemen aynı şekilde kabul edilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesi de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile aynı yönde alenîyetin sınırlandırılmasını (*i*) genel ahlâk ve (*ii*) kamu güvenliğine inhisâr ettirmiştir (bkz. Ay m. 141/1)[397]. Oysa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesi, Tasarı hâlindeyken daha geniş şekilde alenîyetin kaldırılması sebepleri düzenlenmişti; bu yönü ile AİHS m. 6 ile uyum sağlamaktaydı; ancak sonraki müdahâle ile Kanun maddesi bu özelliğini kaybederek mevcut hâline dönüştürülmüştür[398].

Anayasa'daki ve aynı yöndeki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki bu kurallar birtakım tartışmalara gebedir. Öncelikle bu iki sebep hem çok muğlaktır hem de pek çok temel hakkı koruma dışında bırakmaktadır. Örneğin çocuğun korunması için duruşmada alenîyetin kaldırılması her iki kavramın da uygulama alanına girmemektedir veya benzer şekilde ticarî sırların tartışılacağı bir duruşmanın kapalı şekilde gerçekleştirilmesi bu düzenleme karşısında mümkün olmayacaktır. Gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gerekse Anayasa'da yer alan *genel ahlâk* kavramının belirsiz ol-

---

396 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kurt Konca, Aleniyetin Sınırlandırılması, ss. 75-76.

397 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kurt Konca, Aleniyetin Sınırlandırılması, ss. 73, 75.

398 Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesi, Bilim Komisyonu'nda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki esaslar çerçevesinde çok daha geniş bir şekilde ele alınmış iken, Taslak madde değiştirilmiş ve mevcut hâli ile kanunlaşmıştır. Bilim Komisyonu'ndaki Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın son hâlinde *âleniyet ilkesi*ni karşılayan 33. maddeye göre "Genel ahlak, kamu düzeni, millî güvenlik, küçüklerin korunması veya yargılama ile ilgili kişilerin özel hayatının gizliliği ya da taraflardan birinin ticarî sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekçesiyle duruşmanın bir kısmının yahut tamamının gizli olarak yapılmasına taraflardan birinin talebi üzerine yahut re'sen mahkemece karar verilir." (HMK Tasarısı, Adalet Komisyonu, m. 33/2). Tasarı'nın bu düzenlemesi görüldüğü üzere özel hayatın, ticarî sırların korunması gibi menfaatleri sınırlandırma sebebi olarak kabul etmekteydi. Bu hâliyle Tasarı düzenlemesi, uluslararası sözleşmelerle de uyum sağlamaktaydı (Adalet Komisyonu Gerekçesi). Bununla birlikte Tasarı'da yapılan değişiklik ile genel ahlak ve kamu düzeni hâricindeki bütün sınırlama sebepleri Kanun metninden çıkartılmıştır. Bu konuda bkz. Hakan Pekcanıtez, "Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı", **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V (8-9 Eylül 2006 Ankara),** Ankara 2007, (HMK Tanıtım), s. 19.

ması, konu ile ilgili tartışma yaratan noktalardan ilkidir[399]. Bir başka tartışma, genel ahlâk ve kamu güvenliği dışındaki sebeplerin koruduğu menfaatler gereğince alenîyet ilkesinin kaldırılıp kaldırılamayacağı sorunudur. Örneğin özel hayatın veya meslek sırlarının korunması sebebiyle verilebilecek bir gizlilik kararı Kanun'a ve Anayasa'ya aykırı mı düşecektir? Benzer şekilde ticarî sırların korunması için duruşmaların gizli yapılmasına ilişkin verilebilecek bir karar, ne kamu güvenliğine hizmet etmektedir ne de genel ahlâka ilişkindir. Bu durumlarda alenîyetin sınırlandırılmasına ilişkin verilecek bir ara kararın Kanun'a ve Anayasa'ya aykırılığı söz konusu olabilecektir. Kuralın, alenî yargılama olması ve alenî yargılanma hakkının *yargısal bir temel hak* teşkil etmesi, sınırlama niteliğindeki sayımların tahdidî olması sonucunu doğurur. Bu durumda da, güncel birtakım haklı ihtiyaçlar dâhilinde olsa da alenîyetin sınırlandırılması mümkün olamayacaktır[400].

Farklı hukuk sistemlerine bakıldığında da, alenîyetin sınırlandırılmasına karar verilebilecek hâller çok daha belirli, somut şekilde belirlendiği tespit edilebilmektedir. Bununla birlikte aşağıda inceleneceği üzere, özellikle Türk hukuku gibi iç hukuk mevzuatlarında alenîyetin sınırlandırılmasını çok dar kapsamlı kabul eden hukuk sistemlerinde AİHS m. 6'da belirlenen sınırlama sebepleri çok daha fazla önem kazanır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi konuyla ilgili çok daha geniş bir uygulama alanı belirlemiştir. Maddenin ilk cümlesinde yine kuralın, duruşmaların alenî şekilde gerçekleştirilmesi olduğu belirtilmiş; ikinci cümlesinde ise, alenîyetin kaldırılması sebeplerini sıralanmıştır. Bu düzenlemeye göre,

> "... demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde, veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir." (AİHS m. 6/1)

---

[399] Alenîyetin sınırlandırılması sebebi olarak genel ahlâkın kabulünün, karşılaştırmalı hukukta da eskimiş bir ölçüt olduğu konusunda bkz. Kurt Konca, ss. 258-259.

[400] Alenîyetin kaldırılması kuralı ile ilgili en önemli özellik, alenîyet ilkesi anayasal bir temel hak olduğundan sınırlamanın kanun ile belirlenmiş olması şarttır. Dolayısıyla kanun ile belirlenmeyen bir sebebe binaen verilecek bir gizlilik kararı bizatihi Anayasa'nın 141. maddesinin, 1. fıkrasına aykırılık oluşturacaktır. Bu yönde bkz. Kurt Konca, ss. 242-244. Ayrıca alenîyetin sınırlandırılması sebeplerinin revize edilmesi ve uluslararası sözleşmelere uyum sağlanması gerektiği konusundaki haklı eleştiriler için bkz. Kurt Konca, Aleniyetin Sınırlandırılması, s. 96.

Bu durumda örneğin -ahlâka aykırılık sebebine ilişkin olmayan- özel hayatın korunması sebebine dayanılarak medenî yargılama prosedüründe duruşmaların alenîyetinin kaldırılması talep edilebilecektir. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesinde özel hayatın korunması amacıyla duruşmaların kapalı oturumda yapılmasına imkân verilmese de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi doğrudan uygulanacaktır (Ay m. 90). Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde belirtilen sebeplere binaen duruşmaların kapalı yapılması mümkün olabilecektir. Ayrıca söz konusu düzenleme yargılamayı yapan hâkime "*adaletin selametine zarar verebileceği*" özel durumlarda da duruşmalarda alenîyeti kaldırmasına imkân veren bir takdir yetkisi tanıdığından, istisnaî hükmün uygulama alanı son derece geniştir.

c. Karşılaştırmalı Hukukta

Karşılaştırma için özellikle biri Ortak Hukuktan diğeri Kıta Avrupası'ndan olmak üzere iki sistem seçilecektir. Ortak Hukuk dünyasından bir sistem incelemesini İngiliz hukuku açısından yapmak mümkündür. İngiliz medenî yargılama hukukunda alenîyet ilkesine getirilen sınırlamalar CPR m. 39.2 (3)'de düzenlenmiştir. Buna göre (*a*) şayet alenîyet, duruşmanın amacına zarar verecekse, (*b*) duruşma, millî güvenliğe ilişkin meseleleri kapsıyorsa, (*c*) duruşma gizli, mahrem bilgileri (kişisel finansal bilgiler de dâhil) kapsıyorsa ve alenîyet bu mahremiyete zarar verecekse, (*d*) özel duruşma çocukların veya hastaların menfaatlerini korumak için gerekliyse, (*e*) eğer bir tarafa bildirimde bulunulmaksızın (*without notice*) yapılan bir başvuru varsa ve eğer muhatabın alenî duruşmada bulunması bir haksızlık ortaya çıkaracaksa, (*f*) tröst yönetimi veya miras yönetiminden kaynaklanan çekişmesiz yargı işlerini kapsıyorsa, (*g*) duruşmanın adaletin menfaati (*interest of justice*[401]) açısından alenî yapılmaması konusunda mahkeme takdir yetkisi kullanıyorsa, alenîyet ilkesinin sınırlandırılması mümkündür (CPR 39.2.(3)).

CPR'de getirilen bu istisnaların, önemli ve telafisi güç zararlara yol açabilecek sonuçlara engel olabilecek durumlarda uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, genel kural olan alenîyetten ayrılmak için sağlam temellere otur-

[401] "*Interest of justice*" yani adaletin menfaati ifadesi benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında da alenîyet ilkesinin istisnası olarak belirtilmiştir. Bu kavramın uygulama alanına ayrıca yer verilecektir.

tulmuş olması ve bu sebeplerin, alenîyet kuralının uygulanmasının sağlayacağı menfaate ağır basması gerekmektedir[402]. Bu durumda mahkeme, alenîyetin uygulanmasının adaletin amacına zarar vereceğine kanaat etmelidir[403]. Aynı zamanda alenîyetin kaldırılmasına karar verildiğinde, bu sınırlama, istisnaların hizmet ettiği amaçların hedeflediği minimum gereklilikleri karşılamalıdır. Bu anlamda mahkeme, sadece hassas bilgilerin (*sensitive information*) tartışılacağı oturumları kamuya kapalı gerçekleştirmelidir[404]. Örneğin duruşmalar sadece ticarî sırların veya gizli, mahrem bilgilerin inceleneceği oturumlarda kamuya kapalı gerçekleştirilmelidir[405].

Kıta Avrupası sisteminden bir örnek için Alman hukukundan yararlanmak mümkündür. Alman hukukunda alenîyetin kaldırılması sebepleri farklı menfaatler açısından kabul edilen bir uygulamadır. *Alman Mahkeme Teşkilâtı Kanunu'nda (Gerichtsverfassungsgesetz, GVG)*, aile hukukundan kaynaklanan davalarda (*Familien- und Kindschaftssachen*) duruşmaların alenîyeti kaldırılacağı düzenlenir (GVG § 170)[406]. Bu anlamda aile hukukuna ilişkin davalarda, mutlak sınırlandırma esas alınmıştır. Tarafın veya tanıkların kendilerinin veya ailelerinin menfaatleri zarar görecekse, duruşma kısmen veya tamamen kamuya kapalı yapılır (GVG § 171 (b))[407]. Sınırlı koşullar altında yine tarafların veya tanıkların ticarî sırlarının, devlet sırlarının korunması amacıyla veya dinlenecek tanığın 16 yaşından küçük olması hâlinde duruşmaların kısmen veya tamamen kapalı gerçekleştirilmesi mümkün olabilir (GVG § 172)[408]. Yine tanıkların mal ve can güvenliğinden endişe duymaları hâlinde, yargılamada alenîyetin kaldırılabileceği ve duruşmanın gizli yapılabileceğine ilişkin düzenleme bulunur (GVG § 172/1a).

Benzer sınırlama sebepleri İsviçre hukukunda da düzenlenir. *"Aleniyet ilkesi (Öffentlichkeit des Verfahrens)"* başlığını taşıyan SchZPO m. 54'e göre, kamusal veya yargılamaya katılan kişilerin korunmaya değer menfaatlerin bulunması hâlinde alenîyet tamamen veya kısmen kaldırılabilir (SchZPO m. 54/3); aile hukukuna ilişkin davalar ise alenî değildir (SchZPO m. 54/4). İsviçre hukukundaki sınırlama sebeple-

[402] Zuckermann, Zuckermann on Civil Proceeding, s. 103.
[403] Zuckermann, Zuckermann on Civil Proceeding, s. 103.
[404] Zuckermann, Zuckermann on Civil Proceeding, s. 103, dn. 98'deki kararlar.
[405] Zuckermann, Zuckermann on Civil Proceeding, s. 103.
[406] Bu konuda ayrıntı için bkz. Klein, s. 76.
[407] Bu konuda ayrıntı için bkz. Klein, ss. 70-73.
[408] Bu konuda ayrıntı için bkz. Klein, ss. 74-75.

rinde özellikle dikkat çeken iki özellik bulunur. Birincisi, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda alenîyet ilkesinin mutlak şekilde sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. İkincisi ise, hâkime "yargılamaya katılan kişilerin korunmaya değer menfaatleri" ifadesi ile sınırlama sebeplerinin değerlendirilmesi konusunda geniş bir yetki tanınmış olmasıdır.

4. Alenîyetin Ölçülülük İlkesi Çerçevesinde Sınırlandırılması

a. Genel Olarak

Buraya kadarki açıklamalarımızda da belirtildiği üzere, alenîyetin sınırlandırılmasının da çeşitli ölçütleri bulunur. Esasen alenîyet ilkesinin hangi sebepler karşısında sınırlandırılacağı dahi, ispat hakkını etkileyen önemli bir etkendir. Öyle ki, alenîyetin sınırlandırılması sebeplerinin yerinde bir şekilde belirenmesi, bir yandan ispat hakkının güven içerisinde kullanılmasını sağlayacak; diğer yandan da, ispat hakkının sınırlandırılmasına sebebiyet verecektir. Diğer yandan alenîyetin ne şekilde sınırlandırılacağı, konunun ispat hakkını etkileyen bir diğer yönüdür. Eğer bu konuda da yerinde bir değerlendirme yapılmaz ve şeklî açıdan alenîyet ilkesi kaldırılırken ölçülülük ilkesinin sınırları aşılırsa, ispat hakkı bir kez daha ihlâl tehlikesi ile karşı karşıya kalır. Bu sebeple alenîyetin sınırlandırılması sebebinin varlığına karar verildiğinde, alenîyetin ne şekilde kaldırılacağı konusunun da iyi bir şekilde değerlendirilmesi gerekir.

b. Duruşmalarda Alenîyetin Kaldırılması (Kapalı Duruşma Yapılması)

Duruşmaların alenî şekilde yapılmaması, alenîyetin sınırlandırılmasının ilk ve hukuk düzenlerince en fazla kabul edilen türüdür. Duruşmaların alenî yapılmaması, kamu güvenliğinin gerektirmesi veya yargılamanın taraflarının ve özellikle çocukların zarar görmemesi veya tarafların özel hayatlarının, ticarî sırlarının duruşmada değerlendirilecek olması gibi sebeplerin varlığı hâlinde hukuk düzenlerince *genellikle* kabul edilir. Yine benzer şekilde dava konusunu veya alacaklının alacak hakkını güvence altına almaya yönelik bir tedbir olarak da duruşmaların alenîyeti kaldırılabilir. Bu konuda hukuk sistemlerince kabul edilen temel uygulama, yargılamanın taraflarının duruşmaya katılması ancak kamunun, basının ve do-

layısıyla üçüncü kişilerin duruşma salonuna alınmaması şeklindedir[409]. Bu durumu alenîyetinin sınırlandırılmasının klâsik uygulanma şekli olarak ifade etmek hatalı olmaz.

Duruşmaların alenî yapılmaması durumunun bir başka türünü, Ortak Hukuk dünyasında hâkimin özel odasında yapılan (*hearings in chambers; in camera*) duruşmalar oluşturmaktadır. Bu durumda da yine kanunlarla belirlenen bazı durumlarda özellikle ülke güvenliğinin veya tanıkların güvenliğinin sağlanması menfaatleri söz konusu ise duruşmanın kamuya kapalı bir şekilde, hâkimin özel odasında (*in camera*), sadece tarafların katılımıyla gerçekleştirilmesi mümkündür[410]. Türk hukukunda ise, bu şekilde bir uygulama tam anlamıyla bulunmamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu sistemimize göre duruşmanın alenîyetinin kaldırılması hâlinde de, duruşma yine mahkeme salonunda gerçekleştirilecektir (bkz. HMK m. 149)

Duruşmaların alenî yapılmaması durumunun bir diğer türünü*, tek taraflı duruşmalar (ex parte hearings veya without notice[411])* oluşturmaktadır. Bu durumda mahkeme duruşmayı tek tarafın yokluğunda sürdürmektedir. Tek taraflı duruşmaların tipik örneği geçici hukukî koruma önlemlerinin karara bağlandığı duruşmalardır. Geçici hukukî korumaların konusunu oluşturduğu bu duruşmaların alenî değil, daha doğrusu aleyhine talepte bulunanın yokluğunda yapılmasının en önemli sebepleri, hem durumun aciliyeti hem de diğer tarafın talepten haberdâr olması hâlinde dava konusunun veya delillerin zarara uğrama tehlikesinin bertaraf edilebilmesidir. Ne var ki, taraflardan birine kapalı şekilde duruşmanın gerçekleştirilmesi istisnaî bir yöntemdir. Bu durumun hukukî dinlenilme hakkını zedelememesi için de mutlaka duruşmaya çağrılmayan tarafın sonradan bilgilendirilmesi ve varsa itirazlarını bildirmesi istenmelidir; bunlar yapılmaz ise, bir tarafın yokluğunda yapılan duruşmalar mutlak şekilde hukukî dinlenilme hakkını ve pek tabi ki ispat hakkını ihlâl edecektir.

---

409 Kurt Konca, ss. 241-242.

410 Örneğin CPR m. 33 hâkimin özel odasında (*in camera*) gerçekleştirilebilecek duruşma düzenlenmektedir.

411 İngiliz hukukunda *ex parte* ifadesi artık medenî yargılamada kullanılmamakta, sadece ceza yargılamasında kullanılmaktadır. Medenî yargılamada ise CPR'nin yürürlüğe girmesinden sonra *ex parte*, yani tek taraflı yargılama ifadesi yerine yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi taraflardan birinin yokluğunda, bir tarafa haber verilmeden yapılan duruşmalar için *bildirim yapılmaksızın (without notice)* ifadesi kullanılmaktadır (Oxford Dictionary of Law, s. 219). Nitekim yargılamanın her iki tarafına da duruşmanın yeri ve zamanının önceden bildirilerek yapılmasını ifade eden ve *ex parte* teriminin karşıtı olan *inter partes* ifadesi de, 1999 tarihli CPR'nin yürürlüğe girmesinden sonra *with notice* kavramı ile belirtilmeye başlanmıştır (Oxford Dictionary of Law, s. 590).

Duruşmaların alenîyetinin kaldırılması hâlinde, *kural olarak -bir tarafın bilgisi olmadan, ex parte yapılan duruşmalar hariç-* taraflar duruşmaya katılacak, istedikleri şekilde delillerini mahkemeye sunacaklar, deliller hakkında gereğince bilgi sahibi olabilecekler ve deliller duruşmada değerlendirilecektir.

Alenîyetin sınırlandırılmasının bu klâsik uygulanma şekli, kural olarak ispat hakkının sınırlandırılması anlamını taşımaz. Zira duruşmalarda alenîyetin kaldırılmasında, yargılamanın tarafları duruşmaya katılmakta, ispat ve delillerin incelenmesi prosedüründe tam anlamıyla bilgi sahibi olabilmekte ve açıklamada bulunabilmektedir. Bu uygulama türünde, sadece üçüncü kişiler duruşmalara alınmamaktadır. Buna rağmen alenîyet ilkesinin, halkın yargılama sürecine demokratik katılım hakkını sağladığı ve hukukî güvenlik ilkesine hizmet ettiği dikkate alındığında, mahkemenin bu tedbire başvurmasını gerektiren önemli menfaatlerin bulunduğunu ölçülülük ilkesi çerçevesinde tespit etmesi zorunluluktur.

c. Dava Dosyasında Alenîyetin Sınırlandırılması

Dava dosyasında alenîyetin kaldırılması, bu konuda alınabilecek ikinci önlemdir. Hukuk sistemimizde de kabul edilen bu tedbir, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 158. maddesi ile 161. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Kanun'un "*Tutanak örneği verilmesi*" başlığını taşıyan 158. maddesi, 1. fıkrada dava dosyasında bulunan tutanakların tamamının veya bir kısmının örneklerinin, talep hâlinde taraflara ve fer'i müdâhile verilebileceğini düzenlemiş; 2. fıkrada ise, tutanağın eki niteliğinde bulunan ve gizlilik kararı kapsamında kalan belgelerin örneğinin sadece hâkimin izni ile verilebileceği belirtilmiştir (HMK m. 158). Yine benzer şekilde Kanun'un "*Dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi*" başlığını taşıyan 161. maddesinin 1. fıkrasında zabıt kâtibinin gözetimi altında taraflar ve fer'i müdâhilin, dava dosyasını inceleyebileceği belirtilmiş; 2. fıkrada da, gizli olarak saklanmasına karar verilen belge ve tutanakların incelenebilmesinin hâkimin açık iznine bağlı olduğu belirtilmiştir (HMK m. 161).

Söz konusu iki maddenin birlikte değerlendirilmesinden çıkan sonuç mahkeme takdir yetkisine göre belirlediği durumlarda, duruşma tutanakları ve birtakım belgeler hakkında gizlilik kararı verebilir. Bu durumda söz konusu belge ve tutanakların incelenmesi de, hâkimin iznine bağlanabilir. Bu düzenlemeler özellikle yargılamaya ilişkin birtakım belgelerin taraflardan gizli tutulup tutulamayacağı sorusunu akla getir-

mektedir. Nitekim hukuk sistemimizde *Erdönmez,* bu düzenlemelerden hareket ederek yargılamada birtakım ispat vasıtalarının taraf veya taraflardan gizlenebileceği; bu anlamda hukuk sistemimizde, -*aşağıda değinilecek olan*- gizli yargılama yapılmasının mümkün olduğu görüşündedir. Biz bu görüşe ispat hakkı, hukukî dinlenilme hakkı, eşit silâhlarla yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü, hukuk devleti ilkesi, ölçülülük ilkesi gibi sebeplerle katılmamaktayız ve buna ilişkin gerekçelerimizi özellikle gizli yargılamaya ilişkin açıklamalarımızda sıralayacağız. Bununla birlikte kanaatimizce kanunkoyucunun söz konusu maddeler ile kastı bazı özel durumlarda dava dosyası üzerindeki alenîyetin kaldırılmasına imkân tanımasıdır ve bunu aşacak bir yorum yapılmamalıdır. Bunun sebebini ise, bizatihi madde gerekçesinde bulmak mümkündür. Madde gerekçesinin ilk cümlesi, açık bir şekilde *davanın hiçbir evrakının, taraflardan ve davaya katılandan gizlenemeyeceğini* belirtilir[412].

Bu düzenleme ile amaçlanan durumu bazı örneklerle somutlaştırmak isteriz. Taraflardan birisi, iddiasını ispatlamak amacıyla karşı tarafın ticarî defterlerine dayanmış ve bunların incelenmesini talep etmiş olsun. Bu durumda mahkeme ticarî defterlerin sadece uyuşmazlığı ilgilendirecek kısmını tarafların incelemesine sunabilir. Veya bir velâyet davasında eşler arasındaki elektronik postalar delil olarak sunulmuş ise, bu elektronik postaların tamamının çıktısının değil, sadece velâyet davasını ve çocuğu konu olacak yazışmaların incelenmesine izin verilebilir. Bu durumda dava dosyasında kısmen de olsa, alenîyet kaldırılmış olacak; ancak, tarafların ispat hakkı sınırlandırılmamış olacaktır. Bu anlamıyla söz konusu düzenlemelerin ispat hakkını sınırlandırıcı şekilde değil; bilâkis, ispat hakkının güvencesini oluşturacak şekilde kaleme alındığı kanaatindeyiz.

Yine maddenin uygulanmasıyla ilgili en önemli özellik, kanaatimizce hangi

[412] "*Davanın hiçbir evrakı taraflardan ve davaya katılandan gizlenemez.* Taraflar ve katılan dava evrakını istedikleri zaman, kuralları çerçevesinde inceler. Mahkemeler dava evrakının taraflarca incelenmesini kolaylaştıracak tedbirleri de almalıdır. Bu tedbirler kapsamında tutanakların örneklerinin tamamen ya da kısmen taraflara veya katılana verilmesi hüküm altına alınmıştır. Ancak dava evrakı arasına getirilen veya konan belgelerin kapsamı davanın konusu ile doğrudan ilgili olmayan başka konuları da içerebilir. Hatta bu bölümler gizlilik kararının alınmasına da sebep olmuş olabilir. İşte bu gibi evrakın örneklerinin hangilerinin hangi kapsamda taraflara ve katılana verilebileceğine hâkimin karar vermesi gizliliğin korunması bakımından uygun bulunmuş ve bu çerçevede ikinci fıkra hükmü konulmuştur.
Kendisine gizlilik taşıyan belge örneği verilen taraf, katılan veya vekillerce gizliliğin ihlâl edilmesi, tabiî olarak ihlâli yapan kişinin sorumluluğunu gerektirir." (HMK m. 158, madde gerekçesi)

belge ve tutanaklar hakkında hangi ölçüde alenîyetin kaldırılacağı konusunda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmış olmasıdır. Bu durumda hâkim, söz konusu dosya üzerinde alenîyetin kaldırılmasına karar verirken bir yandan inceleme talebinde bulunan tarafın ispat hakkının bir gereği olarak talepte bulunduğunu dikkate almalı, diğer yandan da karşı tarafın korunmaya değer menfaatini göz önüne almalıdır. Bu durumda bir tarafın korunan menfaati -*ispat hakkı*- sabitken, diğer tarafın menfaati uyuşmazlığın türüne göre değişkendir. Diğer tarafın menfaati özel hayatın korunması hakkına (Ay m. 20) dayanabileceği gibi ticarî sırların korunmasında olduğu gibi mülkiyet hakkına (Ay m. 35) dayalı olabilir. Hâkimin de menfaatlerin temel aldığı hakları belirleyerek anayasal sınırlar ve ölçülülük ilkesi kapsamında takdir yetkisini kullanması gerekir.

d. Kararın Alenî Duruşmada Verilmemesi

Alenîyet ilkesine getirilen bir diğer sınırlama da, hükmün alenî şekilde verilmemesidir. Esasında bu durumun doğrudan doğruya ispat hakkını ihlâl edeceğinden bahsetmek güçtür. Zira karar alenî duruşmada verilmese dahi, her hâlükârda tarafların bilgisine sunulacak ve özellikle gerekçeli karar elde etme hakkının[413] sağladığı güvence ile ispat hakkının gereği yerine getirilmiş olacaktır. Ancak karar alenî duruşmada, alenî şekilde verilmemiş ise de, mutlaka nihaî kararın yayımlanması bireyler için ispat hakkının bir güvencesidir. Çünkü toplumda yaşayan bireylerin ileride uyuşmazlık içerisine düşmeleri hâlinde, ne tür bir ispat prosedüründen geçeceklerini, hangi ispat güçlükleri ile karşılaşma olasılıklarını öngörebilme haklarının bulunduğunu ve bunun hukukî güvenlik ilkesi ile ispat hakkının çakıştığı bir durum olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla kararlar alenî duruşmada verilmese dahi, -*korunmak istenen menfaate ilişkin bilgiler kararda karartılmak suretiyle*- yayımlanması ispat hakkının güvencesi olduğu gibi adalete etkin erişim hakkının da bir gereğidir.

5. Alenîyetin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesinin Aşılması: İspat Hakkının İhlâl Edilmesi

a. Genel Olarak

Alenîyet ilkesinin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesinin aşılması ve yargılamanın taraflardan birinden gizli şekilde gerçekleştirilmesi, ispat hakkının ihlâli anlamına gelir. Bu durum genellikle *taraf alenîyetinin (Parteiöffentlichkeit)*

[413] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, C, 3.

yargılamada kaldırılması olarak ifade edilir ve ispat hakkının yanısıra âdil yargılanma hakkının, silâhların eşitliği ilkesinin, hukukî dinlenilme hakkının ihlâline sebebiyet verir. Bu şekilde taraflardan birisi, ispat hakkını kullanacağı birtakım delillerin içeriği hakkında bilgi edinemez ve yargılama onun aleyhinde gizli şekilde yürütülür[414].

Gizlilik demokratik devlette çelişkinin kaynağıdır[415]. Bazı durumlarda gizlilik ihtiyâcı, özellikle güvenlik önlemleri alınması konusunda gereçketen gerekli olabilir. Ceza yargılaması ve özellikle terör suçları ile mücadelede sıklıkla başvurulmaya eğilim gösteren gizlilik, gün geçtikçe medenî yargılamalarda da önemli ölçüde gündeme gelmeye başlamış ve bu hâliyle, medenî yargılama hukukunda oldukça tartışılan bir konu hâlini almıştır. Bu durum, sadece devletlerin güvenlik önlemleri çerçevesinde gündeme gelmemekte, aynı zamanda fikrî ve sınaî hakların korunması amacına yönelik olarak başvurulan bir tedbir hâlini almıştır. Bazı hukuk sistemleri ise, bu konuda daha marjinal adımlar atmıştır. Örneğin Birleşik Krallık'da 2013 yılında kabul edilen bir kanun *(Justice and Security Act 2013)* ile medenî yargılama sisteminde gizli yargılama yapılmasının önü açılmıştır. Bu kanun ile birlikte *kamu menfaati dokunulmazlığı (public interest immunity)* olan durumlar için özel bir *gizli yargılama prosedürü (closed material procedure)* kabul edilmiştir[416]. Bununla birlikte, bu konuda yaşanan söz konusu gelişmeler, ağır eleştirilere de konu olmaktan kurtulamamıştır[417]. İngiliz yanısıra, çoğu hukuk sisteminde konuya ilişkin normatif düzenleme bulunmasa da, mahkeme içtihatları ile uygulamanın önü açılmış ve en azından geride hararetli tartışmalar bırakmıştır. Konuya ilişkin bu uç uygulamalara genellikle de haksız rekabet, fikrî ve sınaî haklar hukuklarında rastlanır.

Gizli yargılama yapılmasının da birkaç görünüm şekli bulunduğu kabul edilir.

---

414 Bununla birlikte gizli yargılamanın mümkün olduğunu kabul eden Alman mahkeme kararları ve öğreti görüşleri bulunur. Bununla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Güray Erdönmez, "Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış", **Halûk Konuralp Anısına Armağan,** C. 1, Yetkin, Ankara 2009, ss. 223-240.

415 Harten, s. 616.

416 Bu konuda ayrıntı için bkz. Adam Tomkins, "Justice and Security in the United Kingdom", **Israel L.R.,** ISSN 0021-2237, Mayıs/2013, ss. 1-43

417 Bu konuda bkz. Martin Chamberlain, "The Justice and Security Bill", **C.J.Q.,** C. 31, S. 4, 2012, ss. 424-429; Martin Chamberlain, "Update on Procedural Fairness in Closed Proceedings", **C.J.Q.,** C. 28, S. 4, 2009, ss. 448-453; Martin Chamberlain, "Special Advocates and Procedural Fairness in Closed Proceedings", **C.J.Q.,** C. 28, S. 3, 2009, ss. 314-326; Adrian Zuckermann, "Closed Material Procedure - Denial of Natural Justice: Al Rawi v The Security Service 2011 UKSC 34", **C.J.Q.,** C. 30, S. 4, 2011, ss. 344-359.

Bunlardan ilkinde, yargılama ve özellikle ispat süreci tamamen ispat yükünü taşıyan tarafın tarafın yokluğunda yürütülmektedir. Bu kişi yargılamada toplanan hiçbir delil hakkında bilgi sahibi olamadığı gibi elde edilen deliller hakkında açıklama hakkına da sahip olamamaktadır[418]. Esasında bizim hukuk sistemimizde bu yargılama türü tipik bir şekilde uygulanmaktadır. Hatta uygulamanın aynı zamanda normatif temelleri de bulunur. Bu yargılama türüne, hem idarî yargıda (İYUK m. 20) hem askerî yargıda (AİYK m. 52) rastlamaktayız. Şüphesiz ki bizim inceleme konumuzu sadece *medenî yargıda* ispat hakkı ve sınırlamaları oluşturur. İncelemelerimizde ceza hukukunu dahi ele almamaktayız, sadece bazı gereken durumlarda sadece karşılaştırma amacı ile bu hukuk alanına başvurmaktayız. Ne var ki, aşağıda özel olarak askerî yargıdaki bu uygulama örneğine ayrıntılı şekilde yer verdik. Bunun sebebi, medenî yargılama sisteminde de gizli yargılamaya izin verilmesinin önünde yatabilecek potansiyel ağır ispat hakkı ihlâllerinin somutlaştırmasına yardımcı olmasıdır. Yargılamanın bir taraf aleyhine gizli yürütülmesi, ticarî sırların korunması amacıyla da gündeme gelebilmektedir. Türk hukuk uygulamasında, devlet sırrı sebebiyle gizli yargılama yapılması oldukça önemli bir uygulama alanına sahiptir. Ancak kanaatimizce yargılamanın taraflardan birinden gizlenerek yürütülmesi ve bu tarafın delillerin içeriğine erişememesi, zaten ispat hakkı açısından silâhların eşitliği ilkesini yerle bir etmekteyken; hele ki, ispat yükünü taşıyan taraf ve dolayısıyla ispat hakkını öncelikle uygun delillerle kullanma ihtiyâcı bulunan taraf aleyhine getirilmesi, hukukî dinlenilme hakkı ile birlikte ihlâli katmerli bir hâle dönüştürür. Bu durumun hukuk devleti ilkesinin gereklilikleri ile örtüşmediği izaha ihtiyâç duymaz[419]. Nitekim Alman hukukunda uygulamasına rastlanan gizli yargılamaya bu yönüyle karşı duran görüşün ağırlıklı olduğunu ifade edebiliriz[420].

Gizli yargılamanın ikinci bir görünüm şekli, bu sefer ispat yükünü taşımayan taraftan gizli şekilde delillerin toplanmasıdır[421]. Bu noktada en uç kabul edilen nokta

---

[418] Bu konuda Erdönmez, ss. 452-479. Ayrıca bkz. Späth, ss. 112-130.

[419] Bu konuda bkz. Gottfried Baumgärtel, "'Geheimverfahren' im Zivilprozess zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nach Schweizer Vorbild?", **Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag 6. April 1989,** Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1989, (Geheimverfahren), s. 1; S. Lang, ss. 245-246.

[420] Alman hukukundaki bu yönde görüş için bkz. Stürner, Aufklärungspflicht, s. 225 Ute Ploch-Kumpf, **Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung in der Gesamtrechtsordnung** (Köln, Univ., Diss., 1995), Peter Lang, Berlin 1996, s. 203.

[421] Bu konuda ayrıntı için bkz. Erdönmez, ss. 480-500.

ise, üçüncü kişinin sırlarının korunması için her iki tarafın da delillerin toplanmasının dışında bırakılmasına karar verilmesidir[422]. Bu durumda her ne kadar taraflar arasındaki silâhların eşitliği ilkesi bir taraf aleyhine bozulmamaktaysa da, taraflar ispat hakkını kullanacakları vakıalar ve deliller üzerinde açıklama haklarını kullanamamaktadırlar. Bu uygulama örneklerine, karşılaştırmalı hukukta genellikle ticarî sırların korunması için rekabet hukukunda veya fikrî sınaî haklar hukukunda rastlanır. Fakat başvurulan bu yöntemlerle, hem tarafların deliller hakkında bilgi sahibi olma ve açıklama yapma hakları bertaraf edilmiş olur hem de hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi kaldırılmış olur. Bunun yanısıra silâhların eşitliği ilkesi de tamamen bertaraf edilir.

Belki de aşağıda gizli yargılamanın uygulanma şekilleri ele alındıktan sonra yapılması gereken bir değerlendirmeyi, şimdiden dile getirme gereği duymaktayız. Kanaatimizce tarafların uyuşmazlığa ilişkin bilgi kaynaklarından, delillerden bilgi sahibi olamadıkları ve üzerinde açıklama hakkını kullanamadıkları her türlü yargılanma şekli, *mutlak* olarak ispat hakkını ihlâl eder. Esasen özellikle ispat prosedüründe, *ispat sürecinin şeffaflığı (Transparenz der Beweisaufnahme)* kuraldır[423]. Taraflardan, dava dosyasına girmiş olan bir delilin gizlenmesi aynı zamanda taraflar açısından alenîyetin kaldırılması anlamını taşır ki, bu durumda mutlak şekilde ihlâl edilen sadece ispat hakkı da değildir; hukukî dinlenilme hakkı, âdil yargılanmanın pek çok unsuru, hak arama özgürlüğü, hukuk devleti ilkesi, hukukî güvenlik ilkesi pek çok yönüyle ihlâl edilir, zedelenir. Öyle ki, burada artık çatışan menfaatlerden birisi olan ispat hakkının *özü* zedelenmiştir. Konuya ilişkin açıklamalarımıza aşağıda yer verilecektir.

b. Türk Hukukundan Bir Uygulama Örneği: Askerî Yargıda Gizli Yargılama

aa. Konunun Önemi

Çalışmamızın bu kısmında özel olarak askerî yargıda alenîyet ikesinin kaldırılmasını incelemek istiyoruz. Şüphesiz ki askerî yargıya ilişkin uyuşmazlıklar, konumuza dâhil değildir ve hatta askerî yargı kendine özgü iç dinamikleri olan bir yargılama türüdür. Buna rağmen konuya özel olarak çalışmamızda yer vermemizin sebebi, nihâyetinde *askerî* yargı da olsa, tüm yargı türlerinin temel esaslarına ve ku-

[422] Bu konuda ayrıntı için bkz. Erdönmez, ss. 502-503.
[423] Bu konuda bkz. Späth, ss. 111-113.

rallarına uymakla yükümlü olduğu Anayasa çatısı altında alenîyet ilkesinin varlığının önemini ortaya koymaktır. Aynı şekilde alenîyetin keyfî ve ölçüsüz bir şekilde kaldırılmasının ispat hakkı açısından taşıyabileceği sakıncaları bu yargılama türünden örnekler vererek açıklayacağız. Yukarıda İngiliz medenî yargılama sistemini, 2013 yılında yapılan değişiklikle kabul edilen gizli yargılamaların hem ispat hakkı hem hukukî dinlenilme hakkı açısından ne kadar büyük sakıncalar içerdiği yönünden eleştirdik. İngiliz hukukuna yönelik bu eleştirilerimizin yanında, Türk hukuk sisteminde askerî yargıdaki gibi hukukî dinlenilme hakkının ve özellikle ispat hakkının ihlâl edildiği böyle bir uygulama örneğine yer vermemek doğru olmayacaktır.

Bunun yanısıra hukuk sistemimizde ceza yargısında ve medenî yargılama hukukuna ilişkin *kanunî düzenlemelerde* alenîyet ilkesinin kaldırılması konusunda *kural olarak* belirli bir hassasiyet mevcuttur. Buna karşılık askerî yargıdaki hukukî düzenlemeler temel haklar perspektifi ve ispat hakkı açısından son derece sorunludur. Bu sebeplerle biz de çalışmamızda, askerî yargıda alenîyetin ölçüsüzce kaldırılmasına, ispat hakkı açısından doğuracağı ciddi ihlâlleri somutlaştırmak adına özel olarak yer vermeyi tercih ettik. Ayrıca askerî yargıda da olsa, ceza yargısında da olsa, medenî yargıda da olsa alenîyetin varlığı ve sınırlandırılması konusundaki ilkeler temelini, Anayasa'dan almaktadır. Tüm yargı türlerinde alenîyet ilkesinin uygulanmasını ortak bir çatıda toplayan Anayasa karşısında, bu hakkın nasıl sınırlandırıldığı ve bu sınırlandırmanın da ispat hakkını ne şekilde ihlâl ettiğinin incelenmesi, medenî yargılama alanında da konuya ilişkin yapılan değerlendirmelere yön kazandıracaktır.

Bu kapsamda son olarak ayrıca zikredilmesi gereken düzenleme İYUK m. 20/3 kuralıdır[424]. Bu kural da, idarenin elindeki bilgi ve delilleri karşı taraftan gizlemek suretiyle yargılamada kullanmasına imkân verir ve bu yönüyle ispat hakkını, silâhların eşitliği ilkesini, hukukî dinlenilme hakkını bertaraf eder. Nitekim madde bu yönleri ile ve özellikle "karşı delil sunma hakkı"nı ve âdil yargılanma hakkını ihlâl etmesi yönlerinden oldukça eleştirilmektedir[425].

bb. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu m. 52

[424] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Melikşah Yasin, **İdari Yargılama Usulünde İspat,** Oniki Levha, İstanbul 2015, ss. 24-32.
[425] Bu konuda bkz. Yasin, s. 29.

aaa. Temel Esaslar

1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'na göre, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Türk Milleti adına; askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetimini ve diğer kanunlarda gösterilen, görevleri yapar (AYİMK m. 20/1). Bu kapsamda askerî kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden dolayı; yetki, sebep, şekil, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından bahisle menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılacak iptal davaları, aynı idarî işlem ve eylemlerin haklarını ihlâl etmesi hâlinde açılacak tam yargı davaları, doğrudan doğruya ve kesin olarak Askerî Yüksek İdare Mahkemesinde çözümlenir ve karara bağlanır (AYİMK m. 21/1). Kanun'da belirtilen bu uyuşmazlıklar hakkında karar verebilmek üzere Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nde görülecek davalarda uygulanacak yargılama usûlü ve kuralları ayrıca düzenlenmiştir (bkz. AYİMK m. 34-71). Kanunyollarından, geçici hukukî korumalara; delillerin toplanmasından, duruşmaların düzenine kadar pek çok konuda özel düzenleme getiren bu Kanun'un 52. maddesi "*Dosya İçinde İnceleme*" başlığını taşıyarak esasında gizli yargılamanın koşullarını ve özelliklerini hükme bağlamaktadır.

1602 Sayılı Kanun'un 52. maddesinde öncelikle askerî yargı mahkemelerine söz konusu davalara ilişkin uyuşmazlıklarda, taraflardan ve ilgili yerlerden belge ve bilgi talebinde bulunma yetkisi tanınmakta ve talepte bulunulan kişi ve mercilerin bu konudaki talepleri yerine getirmek zorunda olduğu belirtilmektedir (AİYMK m. 52/1). Maddenin 2. fıkrasında ise talepte bulunulan kişilerin ve kurumların ancak istenilen bilgi ve belgeler (*i*) Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğine ve yüksek menfaatlerine, (*ii*) Türkiye Cumhuriyetinin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, -*Başbakan, Genelkurmay Başkanı veya ilgili Bakan gerekçesini bildirmek suretiyle*- söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebileceği düzenlenmektedir (AİYMK m. 52/2). Bu düzenlemelerin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri ile oldukça benzer yönde olduğunu ifade edebiliriz.

Buna karşılık 19.6.2010 tarihinde, 6000 sayılı Kanun ile değiştirilen[426] ve yeni eklenen fıkralarla birlikte, Kanun'un 3 ilâ 6. fıkraları, 2. fıkrada sayılan sebepleri genişleterek *davanın taraflarından* uyuşmazlık ile ilgili bilgileri saklama ve yargılamayı gizli yürütme yetkisini düzenlemektedir. Bu düzenlemelere göre öncelikle dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin, taraf ve vekillerine açık olduğu belirtilmekte (AYİMK m. 52/3, 1. cümle); fakat ardından çok geniş uygulama alanına sahip olan istisnaî düzenlemeler öngörülmektedir. Bu düzenlemelere göre; mahkeme tarafından getirtilen veya idarece gönderilen bilgi, belge ve dosyalar başka şahıs ve makamların (*i*) özel bilgilerine, şerefine veya güvenliğine ilişkin ise; (*ii*) idarenin soruşturma metotlarının gizli tutulmasını gerektiriyorsa; (*iii*) taraf ve vekillerine incelettirilmemesi kaydı düşülmüş ise taraf ve vekillerine incelettirilemez.

Bu çerçevede taraf ve vekillerine incelettirilemeyecek nitelikteki bilgi ve belgeler, dosyada bulundukları yer itibariyle taraf ve vekillerine açık olan diğer evraktan ayrılamaz nitelikte iseler, taraf ve vekillerine incelettirilecek suretleri, ilgili bölümleri idare tarafından karartılarak ayrıca gönderilir (AYİMK m. 52/4). Davacı taraf veya vekili, karartılan veya verilmeyen bilgi ve belgelerin savunmaya esas teşkil edecek unsurlar olduğu iddiası ile mahkemeye itiraz edebilir. Yapılan bu itiraz, mahkeme tarafından incelenerek haklı görülen hususlarda, mahkemenin belirleyeceği çerçevede daha önce karartılan veya verilmeyen bilgi ve belgeler karşı tarafa incelettirilebilir (AYİMK m. 52/5). Bu hükümlere göre elde edilen ve gizlilik derecesine sahip bilgi ve belgeler, taraf ve vekillerince mahkeme hâricinde, diğer bir maksatla kullanılamaz. Aksine davranışta bulunanlar hakkında ilgili kanun hükümleri saklıdır (AYİMK m. 52/6).

Bu düzenlemelere göre özetle Mahkeme, oldukça geniş bir çerçeveye yayılan gerekçelerle hakkında gizlilik kararı verilen bilgi ve belgeleri, diğer tarafa veya vekiline göstermeden inceleyebilecek, hükmünü bunların üzerine inşa edebilecektir. Her ne kadar Kanun'un 5. fıkrasında davacı tarafın itirazı üzerine söz konusu bilgilerin ve belgelerin davacı tarafla paylaşılabileceği konusunda bir takdir yetkisi Mahkeme'ye verilmişse de, aşağıda üzerinde duracağımız gibi düzenleme mevcut hâli ile silâhların eşitliği ilkesini tamamen zedelemektedir.

[426] 19.6.2010 tarih ve 6000 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG 30.6.2010, S. 27627) m. 20.

bbb. Silâhların Eşitliği ve İspat Hakkı Açısından Düzenlemenin Değerlendirilmesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, düzenleme 2010 yılı Kanun değişikliğinden önce de benzer esasları benimsemişti; 2010 yılındaki Kanun değişikliği ile ise, gizlilik kararı ile açıklama ve ispat hakkı davacı aleyhine çok daha ayrıntılı düzenlemelerle kısıtlanmıştır. Bu değişiklikten önce de öğretide, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 52. maddesinin söz konusu düzenlemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen "*hakkaniyete uygun yargılanma hakkı*"na, bu çerçevede "*silâhların eşitliği ilkesi*"ne aykırı olduğu belirtilmekteydi[427].

Daha önce de açıklamalarımızda yer verdiğimiz üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi çerçevesinde silâhların eşitliği ilkesi, mahkeme önündeki süreçte tarafların eşit olmasını ve bu eşitliğin yargılama sürecinde devam ettirilmesini esas almaktadır. Bu kapsamda yargılama sürecinde yapılan her usûlî işlem, bu arada delillerin ve karşı delillerin sunulması, iddia ve karşı iddiada bulunulması işlemlerinin silâhların eşitliği ilkesini temin etmesi gerekir. Bu sebeple de Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 52. maddesinin "gizli" belgelerin davacıya gösterilmemesi yönündeki düzenlemesi, silâhların eşitliği ilkesi ve dolayısıyla hakkaniyete uygun yargılanma hakkı açısından ihlâl niteliğindedir[428].

Uygulamada genelde Milli Savunma Bakanlığı ilk cevap dilekçesinin ekinde, söz konusu 52. madde kapsamında değerlendirilmek üzere, "gizli" kaydıyla birtakım belgeleri mahkemeye sunmakta; idare sunduğu bu "gizli" belgelere göre yaptığı işlemin hukuka uygun olduğunu ileri sürmekte ve bu belgelere dayanılarak davanın reddini talep etmektedir[429]. Mahkeme de, bu belgeleri davacıya tebliğ etmeden, davacıdan, idarenin cevabına cevap vermesini istemektedir. Bu durumda şüphesiz ki davacının bu gizli belge ve bilgileri incelemeden, idarenin delillerini görmeden, idarenin cevabına ve iddialarına gerçek anlamda cevap vermesi mümkün değildir; dolayısıyla davacı, gerçek anlamda idarenin sunduğu delilleri tartışma ve çürütme imkânına sahip olmamaktadır[430]. Bu sebeplerle, düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları

[427] Kemal Gözler, "Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu", **İnsan Hakları Yıllığı 1999-2000,** C. 21-22, (Askerî Yargı), s. 85.
[428] Gözler, Askerî Yargı, s. 85.
[429] Gözler, Askerî Yargı, s. 85.
[430] Gözler, Askerî Yargı, s. 85.

Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamında ayrı ayrı *silâhların eşitliği ilkesine*, *çelişkili yargılanma hakkına* -başka bir ifade ile hukukî dinlenilme hakkına- ve *alenî yargılanma ilkesi*ne aykırılığı söz konusudur[431]. Hiç şüphesiz ki bu hukuka aykırılıklar aynı zamanda Anayasa'nın 36. maddesini de ihlâl niteliği taşımaktadır. Bu ihlâllerin ortak özelliği kişiyi ispat hakkından ve karşı tarafın delillerinden bilgilenme hakkından yoksun bırakmak suretiyle hakların ihlâl edilmiş olmasıdır.

ccc. Anayasa Mahkemesi'nin İspat Hakkını Temel Alan İçtihatları

Bu değerlendirmelere karşın Kanun'un 52. maddesindeki düzenlemeler pek çok kez somut norm denetimi çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmek istenmişse de, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi bu başvuruları ciddi görmeyerek reddetmiştir[432]. Gelgelelim, bireysel başvuru imkânının hukuk düzenimizde kabul edilmesiyle birlikte bu konuda da önemli gelişmeler yaşanmıştır. Anayasa Mahkemesi 26.6.2014 tarihinde[433] ve sonraki tarihlerde vermiş olduğu kararlarda, 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 52. maddesinin uygulanarak davacıdan gizlenen bilgi ve delillere dayanılarak Mahkeme'nin karar vermesini, Anayasa'nın 36. maddesi çerçevesinde hak arama özgürlüğünü ihlâl niteliğinde değerlendirmiş ve davacı taraf lehine tazminata hükmetmiştir.

> 26.6.2014 tarihli uyuşmazlığa konu olayda, eşleri arasında sürtüşme bulunan ve aynı lojmanda yaşayan iki subayın aralarında da sürtüşme olması; subaylardan birisinin lojmanına, geceleri lüks arabalarla akrabalarının ziyarete gelmesi ve bu hususların tanıklarla ispat edilmesi üzerine bu subaylar üzerinde denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunan komutanın, bu görevini yerine getirmediği gerekçesiyle Van garnizonuna ataması yapılmıştır. Başvurucu davacı komutan, bu atama işleminin iptaline ilişkin açtığı davada, Jandarma Genel Komutanlığı tarafından savunmaya ek olarak gönderilen gizli ve gizli olmayan delillerin incelettirilmesini talep etmişse de, bu talebi reddedilmiştir[434]. Başvurucu iddiaya konu bilgi ve belgeleri inceleme yetkisinin tanınmamasını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamında ihlâl olarak nitelendirerek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur[435]. Başvuruda davacı taraf, 52. maddede belirtilen gizlilik sebeplerinin bulunup bulunmadığı hususunu değerlendirmeye dahi imkân vermeyecek şekilde gerekçesiz olarak talebinin reddedildiğini belirtmiştir[436]. Anayasa Mahkemesi de, söz konusu gizlilik kararının başvurucu tarafın âdil yargılanma hakkının ve hak arama özgürlüğünün özellikle silâh-

[431] Bu konuda bkz. Gözler, Askerî Yargı, s. 85.
[432] Gözler, Askerî Yargı, s. 85, dn. 2.
[433] AYM 26.6.2014, 2013/6428 (RG 11.9.2014, S. 29116).
[434] AYM 26.6.2014, 2013/6428, Paragraf 8-18.
[435] Başvurucu bu iddiasının yanısıra, ayrıca Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin tarafsız ve bağımsız olmadığını ve masumiyet karinesinin de ihlâl edildiğini ileri sürmüş (AYM 26.6.2014, 2013/6428, Paragraf 27); ancak bu iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar verilmiştir.
[436] AYM 26.6.2014, 2013/6428, Paragraf 77.

ların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılanma hakkı bakımından ihlâl edildiğine karar vererek başvurucu lehine tazminata hükmetmiştir[437].

ddd. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İçtihatları

Anayasa Mahkemesi yukarıda sözü edilen kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye aleyhine sonuçlandırdığı iki karara atıf yaparak görüşünün temelini ortaya koymuştur. Gerçekten de ***Miran v. Türkiye***[438] ile ***Güner Çorum v. Türkiye*** başvurularında[439], Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin görülen davada "*gizli*" ibareli belgelere başvuranın erişiminin imkânsız olmasını, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlâli olarak kabul etmiştir[440]. Bu kararda kanaatimizce en önemli ayrıntı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özellikle gizliliğe konu uyuşmazlık ile ilgili yaptığı nitelendirmedir. Mahkeme'nin, ihlâl kararı verirken özellikle,

> "... bu dosya milli güvenliğe veya misilleme riski altındaki tanıkları korumaya veya soruşturma metotlarını gizli tutma gerekliliğine bağlı zorunluluklarla bu yönde bir uygulamayı haklı çıkarabilecek hiçbir unsuru içermemektedir"

şeklindeki ifadesinden, gizlilik kararı verilen uyuşmazlığın da devlet güvenliğine ilişkin olmasını aramaktadır. Oysa Anayasa Mahkemesi'ne konu uyuşmazlıklara bakıldığında, genel hükümler dairesinde haksız fiil sorumluluğunu gerektirmeyecek kadar ciddilik içermeyen, devletin güvenlik tedbirleri ile ilgili olmayan "komutan-

---

437 AYM 26.6.2014, 2013/6428, Paragraf 77-78.

438 ***Mirav v. Turkey,*** 21.4.2009, 43980/04 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

439 ***Güner Çorum v. Turkey,*** 31.10.2006, 59739/00 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası). Bu davada Gülhane Askerî Tıp Akademisi'nde sivil memur statüsünde hemşire olarak çalışan başvurucu hakkında, Milli Savunma Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu, 4 Nisan 1999 tarihinde başvuranın kurumunun nizamını bozacak ideolojik ve siyasi faaliyetleri yürütmesi ve yasadışı bir örgütün sempatizanlığını yapması dolayısıyla görevinden azledilmesine karar vermiştir.
Başvurucu, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'ne bu kararın iptali ve işten çıkarılmasına yönelik alınan tedbirlerin askıya alınması talebine dayanarak dava açmış; askerî personel olmadığını öne sürerek ve bu mahkemenin bağımsızlığına ve tarafsızlığına itiraz ederek mahkemeden öncelikli olarak sivil mahkeme lehine görevsiz kılınmasını talep etmiştir; ayrıca hakkında oluşturulan delillere itiraz eden başvuran Hacı Bektaş-ı Veli derneğinin üyesi olmadığını (bunu belgelemiştir) belirterek yasadışı bir örgütün faaliyetlerine katıldığını inkar etmiştir. Milli Savunma Bakanlığı ise, ilgilinin azledilmesinin titizlikle incelenen bir soruşturmaya dayandığını, buna ilişkin belgelerin mahkemeye sunulduğunu ifade etmiştir.
Askerî Mahkeme, başvuranın görevden alınma kararının iptali talebini reddetmiş; Mahkeme kararında "gizli" ibareli bir zarfta iletilen bilgi ve belgelerden, ilgilinin görevini icra ederken siyasî ve ideolojik faaliyetlere devam ettiğinin ve aşırı sol bir örgütün mensubu olduğunun ortaya çıkarıldığına dayanarak verilen görevden azil kararının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.
Bu karar üzerine davacı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş; Mahkeme ise, "gizli" ibaresi taşıyan zarfın içindeki bilgi ve belgelere dayanılarak ve kendisine hiçbir haklı gerekçe bulunmamasına rağmen bu deliller gösterilmeyerek soruşturmanın yürütülmesinin, başvurucunun âdil yargılanma hakkını hiçe saydığını belirterek başvurucu lehine tazminata hükmetmiştir.

440 AYM 26.6.2014, 2013/6428, § 72.

ların eşlerinin lojmanda dedikodu yapıp birbirlerini çekememeleri" gibi sebeplere binaen gizli yapılmıştır. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukunda benimsemiş olduğu ilkelere aykırıdır[441], ölçülülük ilkesinin sınırlarını fazlasıyla aşarak "keyfî" sebeplere dayanarak ispat hakkını ihlâl etmektedir.

Esasında ***Güner Çorum v. Türkiye*** başvurusu ile eşzamanlı olarak bu olaya çok benzer başka bir uyuşmazlık da yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gitmiştir. ***Aksoy (Eroğlu) v. Türkiye*** başvurusunda[442] da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yine Gülhane Tıp Akademisi'nde sivil memur statüsünde hemşire olarak çalışan başvurucunun, yasadışı bir örgütün sempatizanı olarak ve siyasî faaliyetler yürüterek kurumunun düzenini bozduğu gerekçesiyle memuriyetine son verilmiş; bu karara karşı başvurucunun açtığı iptal davasında, Milli Savunma Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu'nun gönderdiği ve "*gizli*" ibaresi bulunan bir zarf içerisindeki bilgi ve belgelere dayanarak görevden alınma kararının Yüksek Askerî İdare Mahkemesi tarafından hukuka uygun bulunmasını Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlâli olarak kabul etmiştir. Bu karar üzerine Yüksek Askerî Mahkemesi Kanunu'nun 52. maddesinde -*yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere*- değişikliğe gidilmiş ve eklenen 4 ilâ 6. fıkralar ile birlikte, dosyanın ve delillerin gizlenmesinin belirli sebeplere binaen yapılabilmesi ile karşı tarafa bu gizlilik kararına itiraz etme olanağı tanınmıştır. Maddenin bu hâliyle âdil yargılanma hakkının ve özellikle silâhların eşitliği ilkesinin temin edileceği amaçlanarak kanun değişikliğinin yapıldığı madde gerekçesinde de belirtilmiştir[443].

---

[441] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devlet güvenliği söz konusu olduğu durumlarda askerî yargıda delillere ilişkin belirli oranda sınırlamalar getirilebilmesini ihlâl olarak değerlendirmemektedir. ".... Bazı hallerde, başka bir bireyin temel haklarını saklı tutmak veya önemli bir kamu yararını korumak için bazı kanıtları savunmanın bilgisine sunmamak gerekebilir. Bununla birlikte, AİHS'nin 6 § 1. maddesi uyarınca, yalnızca, savunma haklarını sınırlayan mutlak gerekli önlemler meşrudur (Van Mechelen ve diğerleri-Hollanda, 23 Nisan 1997 tarihli karar). Üstelik, sanığa adil bir yargılanma garanti edilmek isteniliyorsa, haklarının sınırlanmasıyla savunmaya çıkarılan her zorluk hukuki makamların önünde izlenen yargılama usulüyle yeterince telafi edilmelidir (Doorson-Hollanda, 26 Mart 1996 tarihli karar, Van Mechelen ve diğerleri, Fitt, ve Jasper). AİHM'ye göre, bu tür ilkelerin, özellikle davada kazanılmak istenilen şey ışığında başvuran açısından -ağır disiplin suçlarına dayalı görevden alma- hususuna uygulanması gerekir (Bkz. mutatis mutandis, Fitt)." ***Güner Çorum v. Turkey,*** 31.10.2006, 59739/00 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

[442] ***Aksoy (Eroğlu) v. Turkey,*** 31.10.2006, 59741/00 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

[443] Madde Gerekçesi şu şekildedir: "Madde ile, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde görülen davalarda gizli bilgi ve belgelerin taraf ve vekilleri tarafından incelenebilmesine ve suretlerinin alınabilmesine imkan tanınması; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında makul olarak karşılanan kıstasların (kamu yararı, şahitlerin korunması, soruşturma metodlarının gizli tutulması) Türk Silahlı Kuvvetlerinin hizmet özelliği gereği istisna tutulması; taraf ve vekillerine, karartılan veya verilmeyen

cc. Askerî Yargıda Gizli Yargılamaya İlişkin Ara Değerlendirme

Bütün bu hukukî düzenlemeler askerî yargıda gizli yargılama yapılmasına imkân vermekte iken, Türkiye Cumhuriyeti gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerekse Anayasa Mahkemesi tarafından bu hukukî düzenlemelerin verdiği yetki sebebiyle tazminata mahkûm edilmekte ve konu ile ilgili içtihat hukuku, sorunun ciddiyetini apaçık şekilde ortaya koymaktadır. Ülkemizde askerî yargının pek çok hukuk sisteminin çok gerisinde hukukî düzenlemelere sahip olduğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları çerçevesinde çok ciddi âdil yargılanma hakkı ihlâlleri barındıran bir yargı türü olduğu sıklıkla ifade edilmekte, bu konu üzerinde tezler yazılmaktadır[444]. Fakat elbette askerî yargının kendi içerisinde âdil yargılanma hakkı açısından bu kadar fazla ihlâli barındırması, ispat hakkı açısından söz konusu düzenlemenin ciddiyetini bertaraf etmez.

Yukarıda yer verdiğimiz Mahkeme kararlarının ilgili bölümlerinden anlaşılacağı üzere gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gerekse Anayasa Mahkemesi'nin temel dayanak noktası alenîyet ilkesinin kaldırılması konusunda ölçüsüz bir müdahâlenin *ispat hakkını aşırı derecede sınırlandırdığı* ve bu durumun da *silâhların eşitliği ilkesini* ihlâl ettiği yönündedir. Bu açıdan bu alanda yaşanan gelişmelerden ve özellikle Mahkeme içtihatlarından çıkarılan sonuçların ve varılan ilkelerin, medenî yargıda alenîyetin kaldırılması konusuna önemli şekilde kılavuzluk etmesi gerektiği kanaatindeyiz. Hukukî güvenliğe hizmet eden ve temelinde anayasal bir yargısal temel hakkı ifade eden alenîyet ilkesi sınırlandırılırken, tarafların delillere erişim ve delillerden bilgi sahibi olabilme imkânlarının ellerinden alınmaması; bu delillere karşı savunmada bulunmalarına imkân tanınması; bu anlamda tarafların sahip olduğu ispat hakkının gerekliliklerine saygı duyulması; böylece yargılama süre-

---

bilgi ve belgeler için itiraz yolunun açık olması; incelenen veya suretleri verilen bilgi ve belgelerin mahkemede savunma dışında kullanılmasının önüne geçilmesi sağlanarak silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde adil yargılanma hakkının korunması amaçlanmıştır." (6100 sayılı Kanun, 16. Madde Gerekçesi; http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss501.pdf). Kanunlaştırma aşamasında bu Madde aynı gerekçe ile 6100 sayılı Kanun'da 20. Madde olarak kanunlaşmıştır.

444 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Fırat Acil, **Askeri Yargının Hukuk Devletindeki Yeri** (Gazi Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2008; Özgür Çörez, **Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askeri Yargı (Ceza) Sistemi** (Dokuz Eylül Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İzmir 2007; Alaattin Karakaya, **Askeri Yargının Yargılama Birliği İlkesi ve Uluslararası Standartlar Açısından Değerlendirilmesi** (Bahçeşehir Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2008; Ahmet Korhan Mastı, **Askeri Yargıda Disiplin Mahkemeleri ve Temel Hak ve Hürriyetler** (Gazi Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2004.

cinde silâhların eşitliği ilkesinden ödün verilmemesi bu konuya ilişkin tespit edilen temel prensiplerdir.

6. İspat Hakkı Açısından Alenîyetin Sınırlandırılmasına İlişkin *Ara Değerlendirme*

Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, günümüzde bazı uyuşmazlık türleri açısından ve çeşitli sebeplerle alenîyetin sınırlandırılmasının bir gereksinim olduğu açıktır. Bununla birlikte, bu konuda alınabilecek önlemlerin de ispat hakkını az veya çok sınırlandırdığı açıktır. Bu sebeple alenîyetin sınırlandırılması için alınacak önlemlerin herbirinin mutlaka ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi, çatışan temel hakların hassas bir terazide dengelenmesi gerekir. Ayrıca alenîyet ilkesinin, temel bir yargısal hak olduğu ve yargılama prosedüründe gerek ispat hakkının güvence altına alınabilmesi gerekse yargılamada şeffaflığın sağlanması ve bu ilkenin, kişilerin adalete olan inanıcını ve hukukî güvenliği sağladığı her zaman göz önüne alınmalıdır. Bu yönüyle alenîyet ilkesinin hem öznel olarak uyuşmazlığın taraflarının hem de nesnel olarak toplumun adîl yargılanma hakkına olan ihtiyaçlarını karşıladığı gözardı edilmemelidir[445].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çocukların korunması amacıyla özellikle aile hukukuna ilişkin davalarda alenîyetin sınırlandırılmasına hassasiyetle yaklaşmakta ve bu durumu Sözleşme'nin 6. maddesinde sayılan istisnalar kapsamında değerlendirmektedir. Bu kapsamda örneğin İngiltere'de 1991 tarihli *Aile Yargılamaları Kuralları (Family Proceedings Rules)*, 4.16 (7) No'lu Kural'da belirtilen "*aksi mahkemece karar verilmedikçe, ... bu Bölüm'de belirtilen başvurular hâkimin odasında (in chambers) gerçekleştirilir*" kuralının uygulanmasını Sözleşme'nin ihlâli olarak değerlendirmemiş; hatta ceza ve medenî davaları karşılaştırarak, alenîyet ilkesi açısından çok daha yüksek bir kamuya açıklık beklentisi duyulan ceza davalarında dahi tanıkların özel hayatının veya güvenliğinin korunması, gerçeğin ortaya çıkarılması için dava konusu bilgilerin taraflar arasında serbestçe değiş tokuşunun

[445] "... Yargılamanın kamuya açık olması (alenîyet ilkesi), yargılamanın taraflarını keyfî kararların verilmesine karşı koruyarak ve kamuya adalet yönetiminin kontrolünü sağlayarak yargılamanın âdil bir şekilde gerçekleştirilmesini garanti altına almaya yardımcı olur. Kamu tarafından yapılacak bu denetim -çoğu kez bu denetim teorik veya potansiyel kalsa da-, uyuşmazlığın tarafları açısından duruşmaların, iddia ve savunmaların, tanık ve bilirkişilerin bağımsız ve tarafsız bir hâkim tarafından sevk edildiği, yine ileri sürülen delillerin ilgililiğinin ve hukukî dinlenilme hakkına riayet edildiğinin bağımsız ve tarafsız bir hâkim aracılığıyla gerçeğin ortaya çıkarılması için bir garantidir."(Zuckermann, Zuckermann on Civil Proceeding, s. 92).

sağlanması için yargılamanın alenîyetinin Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde zaman zaman sınırlandırılabileceği belirtilmiştir[446].

Alenîliğin kaldırılmasının ölçüsü, özellikle zaman ve kaynaklar tarafından biçimlendirilmelidir. Bu konuda da ölçülülük ilkesine riayet edilmesi gerekir. Örneğin yargılamanın diğer aşamalarında alenîliğe kafî derecede saygı duyulmuş ise, yargılamanın sadece bir aşamasında alenîliğin kaldırılması da sorun teşkil etmeyecektir[447]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre şayet ilk derece mahkemesindeki yargılama alenî şekilde gerçekleştirilmişse, temyiz incelemesinin tamamıyla dosya üzerinden yapılması yine Sözleşme'nin ihlâli anlamına gelmemektedir[448]. Başka bir karara göre de, alenîyet özellikle hukukî sorunlar hakkında karar veren mahkemeler açısından önem arz eder; bu sebeple çoğunlukla "denetim" rolü üstlenen üst mahkemelerin alenîyet ilkesine riayet etmesi şart değildir[449] [450]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, Sözleşme'nin 6. maddesinin kararların alenî bir şekilde verilmesi şeklindeki ifade, mutlaka kararın alenî şekilde okunmasını gerektirmez; verilen hükmün kamuya açık olması, hükme kamunun ulaşabilir olması yeterlidir[451]. Bu yönden alenîyetin sınırlandırılması, özellikle yargılamanın tüm aşamalarında gerçekleşmiş ise ispat hakkının ihlâli potansiyelini önemli ölçüde taşıyacaktır.

Demokrasinin en önemli ayaklarından birini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde temellerini bulan, açıklama ve bilgi edinme özgürlüğü oluşturur. Bu maddeye göre haber ve bilgi alma ve verme özgürlüğü ancak maddenin 2. fıkrasında belirtilen sebeplerin varlığı durumunda sınırlandırılabilir. İşte alenîyet ilkesi de, kamunun yargılamalar hakkında bilgi edineceği ve bu anlamda da bireylerin adalet mekanizmasına karşı güven kazanmasını sağlayacak yegâne araçtır[452]. Hukukî

---

[446] Adaletin gereklilikleri veya tanıkların güvenliğinin veya özel hayatının korunabilmesi için alenîyet beklentisinin yüksek olduğu ceza davalarında *dahi* bu ilkenin sınırlandırılması ve dolayısıyla alenîyet ilkesinin kaldırılabilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. ***Doorson v Netherlands,*** 16.02.1996; ***T. v the United Kingdom,*** 16.12.1999, 24724/94.

[447] Bu yönde bkz. ***Pretto and Others v Italy*****,** 08.12.1983, 7984/77; ***Jan-Ake Andersson v Sweeden,*** 29.10.1991, 11274/84 (hudoc). Alenî şekilde gerçekleştirilen duruşmaların ardından temyiz aşamasında alenîyetin çok önem arz etmediği konusunda bkz. ***Helmers v Sweeden***.

[448] ***Axen v Germany,*** ECtHR 08.12.1983, 8273/78.

[449] ***Le Compte, Van Leuven and De Meyere v Belgium***.

[450] Türk hukuku açısından da, üst mahkemelerde alenîyetin kaldırılmasına ilişkin ilke ve kuralların uygulanabileceğinin, alenîyetin üst derece mahkemelerinde de belirli sebeplerle sınırlandırılabileceği yönündeki görüş için ayrıca bkz. Kurt Konca, s. 245.

[451] ***Pretto and Others v Italy*****,** 08.12.1983, 7984/77.

[452] Zuckermann, Zuckermann on Civil Proceeding, s. 93.

güvenliğin sağlanması sadece alenî duruşmalar aracılığı ile gerçekleştirilebilir[453]. Bu sebeple ispat hakkının ve hukukî güvenliğin bir gereği olarak yargılamaya yabancı olan kişilerin de duruşmaların ne şekilde gerçekleştiği, tarafların ne gibi ispat faaliyeti neticesinde lehlerine hüküm elde ettiğini bilmeleri gerekir[454]. Bu sebeple alenîyetin sınırlandırılmasının hem ispat hakkı açısından hem de hukukî güvenlik açısından istisnaî bir durum olduğu gözardı edilmemelidir.

II. KAMU MENFAATİNE DAYALI İSPAT HAKKI ÇATIŞMALARI

A. Usûl Ekonomisine Dayanan Kamu Menfaati İle Çatışması

Anayasa'nın 141. maddesine göre, devletin yargılamaları olabildiğince kısa süre içerisinde ve ucuz şekilde yürütme konusunda pozitif yükümlülüğü bulunur. Bu yükümlülüğün bir gereği olarak yargılama sürecinde taraflar hem ispat sürecinde hem dilekçelerin değişimi aşamalarında, kısacası yargılamanın her aşamasında birtakım süreye ilişkin sınırlamalara tâbi tutulur. Mâkul sürede yargılanma hakkı, beraberinde ekonomik yargılanmayı da getirir. Zira yargılama süreci uzadıkça, maliyet de artar ve ekomomik bir yargılama gerçekleşmiş olmaz. Bu kapsamda da mâkul sürede yargılanma hakkı, ilk tahlilde ispat hakkının bir sınırlaması olarak karşımıza çıkar. Yargılama sürecinde, usûl ekonomisi gözetilerek getirilen her bir tedbir tarafların ispat hakkını da kısıtlayıcı niteliktedir. Bu durumda ispat hakkı ile usûl ekonomisine uygun şekilde yargılanma hakkının çatışması söz konusu olacaktır. Çatışmada ise, önem kazanan husus çatışmanın *ölçülülük ilkesine uygun* şekilde çözülmesidir.

İspat hakkı kataloğunu oluştururken ispat hakkını güvence altına alan haklar arasında ekonomik yargılanma hakkı ile makûl sürede yargılanma hakkı da dâhil edilmiştir. Bu başlık altında ise, bu hakların ispat hakkını sınırlandırmasından bahsedilmektedir; bu durumda bir çelişki olup olmadığı akla gelebilir. İlk tahlilde, yargılama prosedürlerinde usûl ekonomisi ilkesinin geçerliliği, ispat hakkının bir sınırlaması olarak görünür. Zira bu ilke gereğince, yukarıda da üzerinde durulduğu üzere hem şeklen hem madden ispat hakkının kullanımı sınırlanır. Ancak konuya daha derin bir perspektiften bakıldığında, usûl ekonomisi ilkesinin aynı zamanda bir

[453] Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Kurt Konca, ss. 26-27.
[454] Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Kurt Konca, ss. 27-28.

yargılama sürecinde ispat hakkının tam anlamıyla güvence altına alınabilmesi için önemli bir araç olduğu göz çarpar. Daha önceki açıklamalarımızda da değindiğimiz üzere, ilk olarak makûl sürede yargılanma hakkı, ispat hakkını kullanacak tarafa en güvenilir ispat araçları ile iddiasını ispatlama imkânı tanıdığından esasında daha çok bir güvence niteliğine sahiptir. Gerek uyuşmazlığın tarafları gerekse uyuşmazlık hakkında karar verecek makam, uyuşmazlıkla ilgili delillerden *-zamansal olarak da-* ne kadar uzaklaşırsa, ispat hakkı o derece zedelenir. İspat hakkının, tarafa her şeyden önce uyuşmazlıkla *ilgili*, en doğru ispat araçları ile iddiasını ispatlama hakkı tanıması gereği gözardı edilmemelidir. Bu yönüyle usûl ekonomisi bir yandan hakkın kullanımına sınırlamalar getirdiği için ispat hakkına müdahâle teşkil eder; diğer yandan ise, tarafların ispatın süjelerinden ve objelerinden uzaklaşmasını önleyerek ispat hakkına hizmet eder.

B. Diğer Sebeplerden Kaynaklanan Kamu Menfaati İle Çatışması

İspat hakkının, usûl ekonomisi hâricinde diğer sebeplerden kaynaklanan kamu menfaati ile çatışması durumuna da kanunda rastlanır. Bu sebeplerin başında, yukarıda üzerinde durulan şekilde kamu yararı veya millî güvenlik sebebiyle alenîyetin sınırlandırılması durumu gelir (HMK m. 28/2; SchZPO m. 54/3).

Bunun hâricinde zaman zaman *kamu menfaati* adına başka kurallarla da ispat hakkına müdahâle edilebilmektedir. Bu durumun tipik örneğini İsviçre hukukundan göstermek mümkündür. İsviçre hukukunda yukarıda belirttiğimiz kamu menfaati sebebiyle alenîyetin sınırlandırılması hâricinde özellikle bir maddede daha, ispat hakkına *kamu menfaati* sebebiyle müdahalede bulunulur. SchZPO m. 53 uyarınca *üstün bir kamu menfaati veya özel menfaat (überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen)* bulunmadıkça taraflar, özellikle dava dosyasını inceleyebilir ve kopyasını alabilirler (SchZPO m. 53/2). Bu maddeden anlaşılmaktadır ki, ispat hakkının en önemli dayanaklarının başında gelen hukukî dinlenilme hakkı *üstün kamu menfaatinin* gerektirmesi durumunda bazı sınırlamalara tâbi olabilir. Bu kapsamda maddede, ispat hakkına da sınırlama teşkil edecek şekilde *dava dosyasının incelenmesi ve dosyadan kopya alınması hakkı* sınırlanabilmektedir. Bu hakkın ise, ispat hakkının da hukukî dinlenilme hakkının da en önemli unsurlarından birisi olduğu üzerinde durulmuştu. HMK'da böyle bir düzenleme öngörülmediğinden, benzer durumun Türk hukuk uygulamasında yer bulabilmesi mümkün değildir.

§ 16 İSPAT HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

I. GENEL OLARAK TEMEL HAKLARIN KÖTÜYE KULLANILMASI SORUNU

Temel haklar yaratıcı olduğu kadar, özellikle özgürlüklerin çatışması durumunda yıkıcı da olabilmektedir[455]. En başta şunu ifade etmek gerekir ki, bir temel hakka sınırlandırma getirilmesi ile temel hakkın kötüye kullanımı sebebiyle yasaklanması birbirinden farklı durumlardır. Temel hakkın kötüye kullanımı, *özel bir kastın* varlığını gerektirmektedir. Bu kastın saptanması ise oldukça güçtür, kimi zamanda imkânsızdır. Bu belirsizlik herhangi bir ölçü olmaksızın hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımının keyfî bir şekilde saptanmasına da cevaz vermemektedir. Bu durum, yani hakkın kötüye kullanılması sebebiyle yasaklanması, hakkın yasaklanması sonucunu doğurabilecektir. Temel hakların *-kötüye kullanımı sebebiyle de olsa-* yasaklanması ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin benimsediği bir sonuç değildir[456]. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesi "*Hakları kötüye kullanma yasağı*" başlıklı hükmü ile[457] çift yönlü bir düzenleme getirmektedir: Bir yönüyle özgürlüklerin yok edilmesi yasaklanırken; diğer yönüyle, özgürlüklere getirilecek sınırlamaların Sözleşme'de öngörülen sınırları aşamayacağına yöneliktir[458].

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere temel hakların kötüye kullandığının tespiti her zaman kolay olmayan ve pek çok durumda da oldukça zorluklar arzeden bir durumdur. Bununla birlikte özellikle aşağıdaki başlıkta inceleneceği gibi, aynı güçlük kanaatimizce ispat hakkının kullanımı açısından geçerli değildir. Diğer temel haklara kıyasen ispat hakkının kötüye kullanılması konusundaki *kast*, kendini hukuk uygulamasında çok daha belirgin şekilde gösterir. Nitekim taraflardan birinin ispat hakkını kötüye kullandığı yönünde açık bir emare bulunmuyorsa, *-aynı diğer temel hakların kötüye kullanımında olduğu gibi-* ispat hakkının da kötüye kullanım amacı

---

455 Sevtap Yokuş, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması,** Yetkin, Ankara 2002, s. 16. Yazar "temel haklar" terimi yerine "insan hakları" terimini kullanmışsa da, insan hakkı olarak kabul edilen temel hakların sadece insana özgülenmemesi, uygulama alanının gerçek ve tüzel kişiler dışındaki cansız varlıklara da sirayet ettirebilmesi sebebiyle biz "temel haklar" ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz.

456 Yokuş, s. 17.

457 **AİHS m. 17:** Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.

458 Yokuş, ss. 17-18.

taşımaksızın yerine getirildiği varsayılmalıdır. Bu durum özgürlüklerin kural, sınırlamaların istisna olmasının doğurduğu doğal bir sonuçtur.

II. İSPAT HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI

İspat hakkının kötüye kullanılmasının tipik örneğini hukuka aykırı delil *yaratılması* durumu oluşturur. Zira burada delil hukuka aykırı yollarla elde edilmenin sınırını aşarak, âdeta karşı tarafa tuzak kurulması şekliyle elde edilmiştir. Kural olarak hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamada kullanılması mümkün değilken, hukuka aykırı şekilde *yaratılan* delil mutlak anlamda ispat hakkının sınırını oluşturarak hukuka aykırı delil olarak kabul edilir. Nitekim çok sınırlı durumlarda da olsa -*hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı hâlinde*- hukuka aykırı deliller değerlendirilme ihtimaline sahipse de, karşı tarafa tuzak kurulması şeklinde elde edilen deliller kullanılamaz. Bu durum tipik şekilde hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Sonuç olarak hukuka aykırı şekilde *yaratılan*, başka bir anlamda karşı tarafa adeta tuzak kurulmak suretiyle elde edilen delil, ispat hakkına hizmet etmek amacıyla da olsa hukukun hizmetine sunulmamalıdır. Bu sebeple de burada görünen, şeklen ispat hakkının temini olsa da, hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeni hiçbir zaman korumayacaktır.

Yargıtay da, delilin hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olunması ile hukuka aykırı şekilde yaratılmış olması hâllerini birbirinden ayırarak hukuka aykırı şekilde yaratılmış delilleri mutlak olarak *hukuka aykırı delil* olarak nitelendirmekte ve re'sen söz konusu delilin yargılamada kullanılmayacağını benimsemektedir[459]. Yargıtay'ın bu yaklaşımı hukuka uygun ve menfaat dengesini doğru bir şekilde de-

[459] "...Yargısal uygulamada somut olayın özelliğine göre farklı yaklaşımlar olmakla birlikte temelinde bir delilin hukuka aykırı olarak elde edilmesi hukuka aykırı olarak yaratılmasının farklı olarak ele alındığı, hukuka aykırı yaratılan delilin hiçbir şekilde kabul edilmemesine karşın, hukuka aykırı olarak elde edilen delil konusunda olayın özelliğine göre farklı değerlendirmelerde bulunulduğu görülmektedir. / Bir delinin mahkemece kabul edilmesi için, gerek öğretide yeralan ağırlıklı görüş, gerekse de Hukuk Genel Kurulu Kararlarında ortaya konulan ölçüt; o delilin usulsüz olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesidir. Vurgulanmalıdır ki, bir delilin usulsüz olarak elde edilmesi ayrı, usulsüz olarak yaratılması ayrı bir olaydır. Usulsüz olarak elde edilen bir delil somut olayın özelilğine göre değerlendirilebilirse de; usulsüz olarak yaratılan bir delilin hiç bir şekilde delil olarak kabulü olanaklı değildir. …" 3. HD, 21.1.2013, 2012-23195/698 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).
"...Somut olaya gelince; mahkemece, hükme esas alınan ses kaydı davacının rızası dışında oluşturulmuş olup bu durum ceza mahkemesi kararı ile de belirlenmiştir. O halde bu şekilde oluşturulmakla usulsüz olarak yaratılmış bu delilin hükme esas alınması mümkün değildir. Mahkemece sabit olmayan davanın reddine karar verilmesi gerekirken itibar edilmeyen gerekçelerle davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir." 3. HD, 14.1.2013, 2012-22755/2 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bilişim Bankası).

ğerlendirdiği içtihatlardır. Zira bir delilin hukuka aykırı yollarla elde edilmesi ile hukuka aykırı şekilde yaratılması arasında çok fark bulunur.

İspat hakkının kötüye kullanıldığı bir diğer durum olarak da, karşı tarafın özel hayatına müdahalede bulunabilmek için delil ibrazı talebinde bulunulması durumudur. Bu kötüye kullanım, Ortak Hukuk sistemlerinde *fishing expedition yasağı* olarak ifade edilirken, bizde bu sakınca tarafların dilekçelerinde uymakla yükümlü oldukları somutlaştırma yükü ile karşılanır. Böylece taraflar ispat hukuku kuralları ile karşı tarafın özel hayatına, kişisel bilgilerine erişemez. Bu konuya daha önce değinildiğinden ayrıntısına girilmeyecektir[460].

§ 17 İSPAT HAKKININ İHLÂLİ VE İHLÂLİN SONUÇLARI

I. İSPAT HAKKININ *İHLÂLİ* İLE *SINIRLANMASI* KAVRAMLARI ARASINDAKİ FARK

İspat hakkının *ihlâli* ve ispat hakkının *sınırlanması* farklı kavramlardır. İspat hakkının sınırlanmasının hangi ölçütler çerçevesinde gerçekleştirilebileceği bundan önceki bölümde incelenmiştir. Buna göre anayasal sınırlama ölçütlerinden başarı ile meşruluk kazanamamış her bir sınırlama, ispat hakkı ihlâli oluşturacaktır. Dolayısıyla ispat hakkının ihlâlinin ne anlama geldiği cevaplandırılacak olursa, ispat hakkının sınırlanması (*anayasal*) denetiminden başarıyla geçememiş her bir sınırlama hâli, ispat hakkının ihlâli anlamını taşıyacaktır. Bu kapsamda müdahâlenin anayasal denetimini yapacak esasa ilişkin ölçütlerden demokratik toplum düzenin ve Cumhuriyetin laik düzeninin gerekliliklerini karşılayan, Anayasa'nın ruhuna uygun şekilde bir müdahâle yapılıp yapılmadığı denetlenecek; yapılan müdahâle ölçülülük ilkesinin süzgecinden geçirilecek ve haktan geriye kalan bu *öze* bir sınırlama getirilmiş ise, ispat hakkı ihlâl edilmiş olacaktır. Bu denetim anayasal sınırlama rejiminin (Ay m. 13) gereği olarak ispat hakkının ihlâlinin tespiti anlamını taşır.

Bu durumda ortaya çıkan sonuç, her ispat hakkı sınırlamasının, mutlaka ispat hakkının ihlâli anlamını taşımayacağıdır. Zira ispat hakkı sınırlamalarının bazıları, anayasal meşru zemine dayanır. Örneğin ispat hakkı ile özel hayatın korunması hakkının çatışması hâlinde, bazı durumlarda ispat hakkının sınırlanabileceğinin ka-

[460] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5.

bulü mümkündür[461]. Buna göre ispat hakkı sınırlamalarının tamamı, ispat hakkının ihlâli anlamına gelmez; fakat ispat hakkının ihlâl edildiği her durum, aynı zamanda ispat hakkının sınırlandığı anlamına gelir.

Bununla birlikte çalışmamızın ikinci bölümünde ortaya koyduğumuz ispat hakkı kataloğuna dâhil hakların ihlâli bazı durumlarda tespiti son derece kolay, mutlak ihlâller oluşturur. Örneğin ispat hakkına sahip olan kişilerin duruşmalardan haberdâr edilmemesi -*hukukî dinlenilme hakkının da ihlâli suretiyle*- ispat hakkının mutlak olarak ihlâlini oluşturur. Benzer şekilde kişilerin iddialarının, delillerinin, açıklamalarının değerlendirilmediği, tatmin edici şekilde açıklanmadığı bir mahkeme gerekçesi yine ispat hakkının mutlak olarak ihlâli anlamını taşır. Yine hâkimin tarafsızlığı ihlâl edilmişse, tarafların birisinden hükme esas alınan deliller gizlenmişse, karşı taraf kötüniyetle elinde bulunan delillere karşı tarafın erişimini engellemişse, tanıkların dinlenmesinde veya bilirkişi deliline başvurulmasından taraflardan birinin eşit silâhlarla yargılanma hakkı ihlâl edilmişse ispat hakkının da ihlâl edildiği kabul edilir. Zira bu vermiş olduğumuz örnekler âdil bir yargılamanın gerçekleştirilebilmesi için mutlak ve şeklî zorunluluklardır. Dolayısıyla özellikle ispat hakkı kataloğunda belirlenen hakların ihlâline sebebiyet veren bir müdahâle varsa ve bu durum yargılamanın âdil bir şekilde yürütülmesine engel olmuşsa, bu durum ispat hakkının ihlâli anlamını taşır.

İspat hakkının ihlâlinin tespiti açısından anayasal denetim rejimi ise, iki yönden önem kazanır. Bunlardan *birincisi*, ispat hakkı kataloğunda belirlenen hakların ihlâl edilmesi hâlinde ortaya çıkan ispat hakkı ihlâlinin temellerini oluşturur. Başka bir ifadeyle ispat hakkı kataloğunda belirtilen hakların ihlâlinin neden ispat hakkı ihlâli oluşturduğunun cevabı, temellerini anayasal denetim rejiminde bulur. *İkinci* olarak ise, bazı durumlarda ispat hakkının ihlâlinin tespiti zorlaşır. İspat hakkına getirilen bir sınırlamanın, yapılan bir müdahâlenin meşru olup olmayacağı ise ancak anayasal denetim rejiminin sağladığı araçlarla belirlenebilir. Örneğin kişinin kendi rızası olmadan elde edilen günlüğünün delil olarak kullanılması yoluyla iddiaların ispat edilmesi durumunda, eğer bu delil hukuka aykırı delil olarak nitelendirilirse taraflardan birinin ispat hakkı sınırlanmış olur. Eğer hukuka aykırı delil olarak nitelendirilmez ve hükme temel alınırsa, bu sefer karşı tarafın özel hayatına bir sınırlama,

[461] Bkz. Beşinci Bölüm, §18-19.

müdahâle getirilmiş olur. Böyle bir durumda hangi sonucun kabulü hâlinde ispat hakkının ihlâl edilip edilmeyeceğinin belirlenmesi, yukarıda belirlemiş olduğumuz mutlak ispat hakkı ihlâlleri kadar kolay değildir. İşte bu noktada yukarıda ele alınmış olan anayasal sınırlama rejiminde kullanılan araçlar, önemini çok belirgin olarak gösterir. Böyle bir durumda diğer sınırlama ölçütleri ile birlikte özellikle ölçülülük denetiminin neticesinde yapılan müdahalanin hukuka uygunluğu tespit edilebilecektir. Benzer örnekler delil ibrazından kaçınma sebepleri bakımından veya diğer temel haklarla ispat hakkının çatışması bakımından rahatlıkla çoğaltılabilir.

Anayasal sınırlama rejiminin, ispat hakkı ihlâlinin tespitinde taşıdığı önem medenî yargılamaya ilişkin pek çok kuralın ve kurumun gözden geçirilmesini gerektirir. Örneğin senetle ispat kuralı, kanun ile getirilmektedir. Bu anlamda Anayasa'nın 13. maddesinde aranan ilk unsuru -*kanunîlik unsurunu*- karşılamaktadır. Anayasa'nın 36. maddesinde özel bir sınırlama sebebi düzenlenmemiş olmasına rağmen -*dolayısıyla hak arama özgürlüğünün hiçbir şekilde sınırlandırılamayacağı sonucu çıkmasına rağmen*-, senetle ispat kuralı ile bu maddeye bir müdahâle getirilebileceği düşünülse bile, bu kuralın getiriliş amacının ve ispat hakkını kısıtlaması yönünden gereklililiğinin *ölçülülük ilkesi* gereğince tartışılması gerekir. Başka bir örneği delil ibrazından vermek mümkündür. Hâkimin, takdir yetkisine dayanarak uyuşmazlığın çok karmaşık olduğu bir davada tarafa bir haftalık delil ibrazı süresi verdiğini varsayalım. Bu kararın ispat hakkı ihlâli -*ve devamında âdil yargılanma hakkı [Ay m. 36] ihlâli*- oluşturup oluşturmadığı konusunda anayasal sınırlama rejiminin ölçütlerine başvurulmalıdır. Çünkü hâkim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan kaynaklanan -*kanunî*- bir yetkiyi kullanıyorsa da, şayet verilen sürenin ispat hakkını engelleyecek şekilde kısa olduğu düşünülüyorsa, yine ölçülülük ilkesinin denetimi neticesinde yapılan sınırlamanın mâkul olup olmadığı değerlendirilir ve ispat hakkının ihlâl edilmiş olup olmadığı tespit edilir. Örnekleri çoğaltmak mümkündür, ne var ki her somut olayda ihlâlin tespiti için başvurulması gereken temel araçların, anayasal sınırlama araçları olduğu gözardı edilmemelidir.

II. İHLÂLİN ORTADAN KALDIRILMASI YOLLARI

İspat hakkının ihlâli ile sınırlandırılması arasındaki fark tespit edildikten sonra şayet bir ihlâlin bulunduğu sonucuna ulaşılmaktaysa, bu ihlâlin yani hukuka

aykırılığın çeşitli yöntemlerle ortadan kaldırılması imkânı bulunur[462]. İspat hakkı ihlâlinin ortadan kaldırılmasının ilk yolu şüphesiz ki, kanunyolu denetimidir. Bu kapsamda yerel mahkemenin gerçekleştirdiği yargılama sürecinde eğer bir ihlâl bulunuyorsa, ilk olarak bu durum istinaf veya temyiz denetiminde düzeltilebilecektir. Kanunyolu denetiminde giderilmemiş olan bir ispat hakkı ihlâli, eğer yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturmaktaysa, bu durumda ihlâlin bu yolla da giderilmesi imkânı bulunur.

Olağan ve olağanüstü kanunyollarında giderilemeyen ispat hakkı ihlâlleri için, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmak ve gerekiyorsa ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunmak da imkânlar dâhilindedir. Zira çalışmamızın çeşitli kısımlarında üzerinde durulduğu şekilde, ispat hakkının ihlâl edildiği her durum Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ihlâli anlamına gelir. Bu durumda ispat hakkı ihlâlinde, hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması mümkün olduğu gibi, tazminat yoluyla da hukuka aykırılığın giderilmesi mümkün olabilecektir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar üzerine yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi hâlinde, hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması imkânı bulunacaktır.

İspat hakkının ihlâli durumunda, hukuka aykırılığın giderilmesi yollarına çalışmamızın daha önceki bölümlerinde kısmen yer verilmiştir. Bu kapsamda olağan ve olağanüstü kanunyollarının, ihlâlin giderilmesindeki fonksiyonları üzerinde durulmuştu. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurunun, ispat hakkı ihlâlinin giderilmesindeki etkisi incelenmişti. Bu sebeple bu başlık altında bunlara ayrıca yer verilmeyecek; özellikle -çalışmamızın daha önceki bölümlerinde üzerinde durulmayan- ispat hakkı ihlâli durumunda tazminat sorumluluğu üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda aşağıda ispat hakkının ortadan kaldırılması yolları arasından devletin, karşı tarafın ve avukatın tazminat sorumluluğu değerlendirilecektir. Bunların hâricinde, oluşan ihlâlin ortadan kaldırılmasını tam olarak sağlayamasa da, ispat hakkı ihlâli durumunda

[462] Bu anlamda yargısal temel hakların ihlâli hâlinde anayasa şikâyetinden, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru, kanunyolları gibi pek çok imkân bulunur. Bu konuda Alman hukukunda yargısal temel hakların ihlâli hâlinde başvurulabilecek bu imkânlara ilişkin genel değerlendirme için bkz. Musielak, ss. 66-69; Tavolari, ss. 221-248; Warga, ss. 55 vd.

hâkimin ve avukatın disiplin sorumluluğu ile ayrıca cezaî yaptırımlar üzerinde de durulacaktır.

III. İHLÂLİN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

İspat hakkının ihlâli, ispat hakkı sahibine pek çok hukukî yola başvuru imkânı tanır. Bu hukukî imkânlar özellikle ihlâlin ne şekilde gerçekleştiği ve kim tarafından gerçekeşleştirildiği yönünden farklılık taşır. Başvurulacak hukukî çarenin belirlenmesi, aynı zamanda ihlâle uğrayan tarafın hukukî çareye başvurmaktaki amacı ile de şekillenir. Örneğin ispat hakkı ihlâl edilen taraf, salt ispat hakkının ihlâli suretiyle ortaya çıkan hukuka aykırı kararın düzeltilmesi amacındaysa, bu durumda olağan kanunyollarına başvurmalıdır. Kararın hukuka aykırılığının düzeltilmesini, iç hukuk yollarını tükettikten sonra gerekiyorsa ve koşulları mevcutsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yolu ile de gerçekleştirebilecektir.

Bunların ötesinde ihlâle uğrayan taraf hukuka aykırılıkla birlikte veya bağımsız şekilde, ispat hakkının ihlâline sebebiyet veren yargılama süjelerinin sorumluluğu yoluna da gidebilir. Bunun için hâkimin sorumluluğu, avukatın sorumluluğu söz konusu olabilir. Hatta ispat hakkı ihlâline sebebiyet veren hukukî hata bilirkişiden veya tanıktan kaynaklanıyorsa, -*koşulları mevcut olduğu takdirde*- ispat hakkı sahibinin bu hakkı Türk Ceza Kanunu hükümleri ile de koruma altına alınır. Şimdi başvurunun amacına, elde edilmek istenen sonuca ve ihlâlin kaynağına göre başvurulacak hukukî imkânları kısaca değerlendirmek isteriz.

B. Hukuka Aykırılığın Ortadan Kaldırılması

Yukarıda da üzerinde durduğumuz şekilde ispat hakkı ihlâl edilen tarafın amacı bu ihlâli ve etkilerini ortadan kaldırmak ise, başvuracağı yollar istinaf başvurusu veya karar düzeltme, temyiz veya -AİHM tarafından verilen kararın lehine olması hâlinde- yargılamanın yenilenmesi yollarından birisi olacaktır. Böylece yargılama esnasında oluşan ispat hakkı ihlâli, etkileri ile birlikte ortadan kaldırılmış olacaktır.

C. Geçersizlik

İspat hakkını ihlâl eden normatif düzenlemelerin ve ispat sözleşmelerin geçersizliği, ispat hakkı ihlâli durumunda uygulanabilecek bir başka yaptırım türüdür. El-

bette normatif düzenlemelerin geçersizliği ile ispat sözleşmelerinin geçersizliği farklı hukukî denetimlere tâbi olacak ve farklı hukukî dayanakları bulunacaktır.

1. Pozitif Hukuk Normlarının Geçersizliği

Öncelikle ispat hakkını ihlâl eden kanunî düzenlemeler, *somut norm denetimi* çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'ne başvuru konusu yapılabilir. Somut norm denetimi çerçevesinde bu şekilde ispat hakkını ihlâl eden kanunî düzenlemeler iptal edilir. Hangi durumlarda ispat hakkının ihlâli için Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi çerçevesinde başvurulabileceği ve bu hukukî aracın ispat hakkının güvence altına alınması için taşıdığı önem üzerinde daha önceki açıklamalarımızda durulmuştur. Ayrıca soyut norm denetimi yoluyla da, oluşabilecek ihlâllerin önceden önlenmesi mümkündür. Böylece ispat hakkını ihlâl eden bir kanunî düzenleme, soyut veya somut norm denetimi yollarıyla giderilebilir. Bu konuya ilişkin daha fazla ayrıntı için daha önceki açıklamalarımız gözönüne alınmalıdır[463].

Bu noktada son olarak dikkat çekilmek istenen husus, ispat hakkına sınırlama getirecek hukukî düzenlemelerin *ancak kanun* kapsamında getirilebileceğidir. Zira Anayasa'nın 13. maddesine göre temel haklara getirilecek sınırlamaların *kanunla* düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla bir kanuna dayanılmadan kanun hükmünde kararname, tebliğ, genelge ve benzeri bir düzenleme ile ispat hakkının sınırlandırılması mümkün değildir. Böyle bir düzenlemenin kabulü yine somut norm denetimi çerçevesinde Anayasa Makemesi'ne taşınabilecektir.

2. İspat Sözleşmelerinin Geçersizliği

İspat sözleşmeleri, çalışmamızın çeşitli bölümlerinde üzerinde durduğumuz üzere tarafların kendi iradeleri ile ispat haklarına bir müdahâleyi barındırır. Bu müdahâlenin hukuka aykırılık taşıması hâlinde ispat sözleşmesinin geçersizliği gündeme gelecektir. Bu konu özellikle delil sözleşmeleri çerçevesinde ayrı bir başık altında incelenecektir.

İspat hakkını sınırlandıran ispat sözleşmelerinin geçersizliği, özellikle delil sözleşmeleri kapsamında çeşitli kurallar çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu kuralların başında ispat hakkını sınırlandıran delil sözleşmelerinin geçersiz olacağını belirten Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesi yer alır. Bunun yanısıra örneğin

[463] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, II, D, 4, b.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Yönetmeliği'nde açık bir şekilde, tüketicinin gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandıran veya ispat yükünü tüketiciye yükleyen delil sözleşmelerinin geçersiz olacağı belirtilmiştir (Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik, EK-1 m. 1/1, bent n)[464]. Hangi durumlarda ispat sözleşmelerinin ve özellikle delil sözleşmelerinin ispat hakkını ihlâl edeceği, çalışmamızda ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bu şekilde ispat hakkını ihlâl eden bir ispat sözleşmesinin geçersizliği ise ayrı bir konudur. Kısaca ve özetle, ispat hakkı ihlâlleri karşısında geçersizlik yaptırımının uygulanması, özellikle delil sözleşmelerinin ispat hakkını sınırladığı durumlarda gündeme gelecektir.

D. Tazminat

1. Devletin Tazminat Sorumluluğu

İspat hakkının ihlâli hâlinde tazminat sorumluluğu çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Öncelikle ispat hakkının ihlâli, Anayasa'nın 36. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamında bir ihlâl niteliği taşıdığından, ilk olarak bireysel başvuru ve AİHM başvurusu neticesinde tazminat sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Zira belirtilen bu hukukî çarelerde, Anayasa Mahkemesi'nin veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlâl hâlinde tazminata hükmetmesi, sıklıkla başvurulan bir hukukî imkândır.

Anayasa Mahkemesi'ne veya AİHM'e başvuru hâlinde tazminata hükmedilmesi ve hükmedilen tazminat miktarını aşan bir zararın oluşması hâlinde, aynı zamanda aşan zararlar için de ayrıca devlet aleyhine tazminat davası açılması mümkündür. Bu tazminat sorumluluğunun temeli Anayasa'nın 125. maddesine dayanır. Bu kapsamda, hâkimin sorumluluğu çerçevesinde de devletin tazminat sorumluluğunun doğması mümkündür. Bu hâlde de, yine sorumluluğun temelini Anayasa'nın 125. maddesi oluşturur. Hâkimin sorumluluğu yoluna başvurmadan, ispat hakkı ihlâline karşı devlet aleyhine tazminat davası açılabilmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. Maddesinde aranan sebeplerden birisinin bulunması şart değildir. Bu yönüyle devlet aleyhine tazminat davası açılması, sadece hâkimin sorumluluğu sebeplerinden birisine dayanan ispat hakkı ihlâlleri açısından söz konusu olmayacaktır.

[464] RG 17.6.2014, S. 29033.

2. Özel Hukuktan Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu

a. Karşı Tarafın Tazminat Sorumluluğunun Bulunup Bulunmayacağı Meselesi

Yukarıdaki başlıkta ispat hakkının ihlâli hâlinde devletin tazminat sorumluluğu üzerinde durulmuştu. Bunun ötesinde, ispat hakkının ihlâli durumunda, davanın karşı tarafının tazminat sorumluluğu bulunup bulunmayacağı meselesi üzerinde de durulmalıdır. Örneğin bankaların tüketici hukukuna aykırı şekilde, karşı tarafın ispat hakkını sınırlayan delil anlaşmalarını dayatmaları hâlinde, karşı tarafın tazminat sorumluluğuna gidilebilir mi, bunun cevaplandırılması gerekir.

İspat hakkının ihlâli durumunda, çok sınırlı durumlar hâricinde kanaatimizce karşı tarafın tazminat sorumululuğuna gidilmesi pek mümkün görünmemektedir. Zira böyle bir durumda sözleşmeden veya haksız fiilden doğan tazminat sorumluluğu için karşı tarafın kusurlu olması gerekir. Oysa ki ispat hakkının ihlâl edilerek yargılamanın âdil şekilde yapılmamasından dolayı kusur ve sorumluluk birinci derecede devlete aittir. Çünkü hak dağıtma görevi devletindir; hak dağıtırken ispat hakkını ihlâl ederek veya ispat hakkının ihlâl edilmesine göz yumarak âdil bir yargılamanın gerçekleştirilmesi görevini devlet yerine getirmemiştir. Dolayısıyla ispat hakkının ihlâli karşı tarafın eyleminden kaynaklansa dahi, burada âdil yargılanmanın gerçekleştirilmesini denetleme ve bu anlamda taraf davranışları üzerinde denetim ve gözetim yetkisi, görevi ve sorumluluğu devlettedir. Devlet bu gözetim ve denetim yetkisini gereğince kullanmayarak taraflardan birinin ispat hakkının ihlâline sebebiyet vermişse, eylem karşı taraftan sâdır olsa dahi sorumluluk devletindir. Bu anlamda ispat hakkının ihlâli karşı tarafın eyleminden veya davranışından kaynaklanıyorsa da, devletin denetim yetkisini tam veya yeterince kullanmamış olması, karşı tarafın sorumluluğu yoluna gidebilmek için hukuka aykırılık ve illiyet bağı unsurlarını koparmaktadır.

Bununla birlikte bazı durumlarda, devletin de denetim ve gözetim yetkisini kullanmasına engel olacak şekilde ispat hakkı ihlâl edilmişse, istisnaî olarak karşı tarafın tazminat sorumluluğuna gidilebilir. Örneğin karşı taraf, tanıklardan birisi ile anlaşarak yalancı tanıklığa dayalı hüküm kurulmasına sebebiyet vermişse ve bu durum -yargılamanın yenilenmesine konu edilmemiş olsa dahi- ceza mahkemesince tespit edilmişse, karşı tarafın da tazminat sorumluluğuna yol açabilir. Benzer şekilde

sahte belgeye dayanılarak hüküm kurulması sağlanmışsa, bu durumdan kaynaklanan ispat hakkı ihlâli karşı tarafın sorumluluğuna yol açabilir. Buna benzer durumlar genellikle yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturan hâllerle örtüşmektedir. Bu gibi durumlarda, karşı tarafın tazminat sorumluluğunun kaynağı kural olarak haksız fiil sorumluluğuna dayanacaktır.

b. Avukatlık Sözleşmesinden Doğan Tazminat Sorumluluğu

Avukat, temsil görevini yerine getirirken işini özenle yerine getirme yükümlülüğü altındadır[465]. Bu sebeple temsil ettiği tarafın ispat hakkının, kusuru veya ihmâli ile ihlâl edilmesine sebep olmuşsa, bu durumda sözleşmeye aykırılık sebebiyle oluşan zararlardan sorumlu olacaktır (TBK m. 506/2-3). Örneğin delil ibrazı için verilen kesin süreyi ihmâli ile kaçırmış ve ispat hakkına sahip olan taraf bu sebeple delillerini sunamadan hüküm elde etmişse, bu durumda hem âdil yargılanma hakkının ihlâline sebep olmuş hem de tarafın ispat hakkını kullanmasına engel olmuştur.

Buna benzer durumlarda ispat hakkı ihlâl edilen taraf oluşan zararını ispat etmek suretiyle sözleşmeye aykırılığa dayanarak avukatın tazminat sorumluluğuna başvurabilir. Bu durumda hükmün temyiz edilmiş olması veya avukatın aynı zamanda cezaî veya disiplin sorumluluğu yollarına da başvurulmuş olmasının, avukatın sözleşmesel sorumluluğuna kural olarak etkisi bulunmaz. Bununla birlikte ispat hakkı ihlâl edilen kişi, durumun koşullarına göre avukatın aynı zamanda disiplin sorumluluğu yoluna da başvurabilir. Bu yola başvurabilecek kişi, ispat hakkı ihlâl edilen karşı taraf da olabilir; yani avukatın disiplin sorumluluğu yoluna başvurmak için ihlâle uğrayan kişi ile avukat arasında sözleşmesel ilişki bulunması gerekli değildir. Örneğin avukat, hukuka aykırı deliller yaratmak suretiyle veya uyuşmazlığın çözümüne etkide bulunacak tanıklara baskı uygulayarak hükmün ortaya çıkmasına sebep olmuş ise, hem avukatlık onuruna hem mesleğin düzen ve gerekleri ile dürüst şekilde mesleğini ifa etme yükümlülüğüne aykırı davranmış olur. Bu sebeplere bianen de avukatın disiplin sorumluluğu yoluna başvurulması da mümkündür[466].

[465] Bu konuda ayrıntı için bkz. Semih Güner, **Avukatlık Hukuku,** 5. Bası, Yetkin, Ankara 2011, s. 438.
[466] Bu konuda bkz. Güner, ss. 700-701.

E. Hâkimin Hukukî Sorumululuğu

İspat hakkı ihlâline sebebiyet veren hâkim, durumun özelliklerine göre şahsen de (HMK m. 49) oluşan zararlardan sorumlu olabilir. Örneğin taraflardan birine açıkça kayırmak suretiyle ispat hakkının ihlâline sebebiyet vermiş, mesela sırf taraflrdan birine karşı tarafsızlığını yitirmiş olması sebebiyle diğer tarafın delillerini incelemeden hükmünü oluşturmuşsa, bu ihlâl aynı zamanda hâkimin sorumluluğuna da sebebiyet verebilir. Benzer şekilde farklı bir anlam yüklenemeyecek şekilde açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırılık sebebiyle ispat hakkı ihlâle uğramışsa, yine hâkimin sorumluluğu gündeme gelebilecek yaptırım türlerinden birisidir. Bu durumlarda hâkimin sorumluluğu yoluna başvuru, şüphesiz ki ispat hakkı ihlâli sebebiyle ortaya çıkan hukuka aykırılığı tek başına ortadan kaldırmaz; ssdece ispat hakkının ihlâline sebebiyet veren hâkim için bir yaptırım oluşturur. Bununla birlikte hâkimin sorumluluğu yolu, ispat hakkı ihlâlini ortadan kaldıracak diğer yaptırım türleri ile birlikte başvurulabilecek bir yoldur. Dolayısıyla bu kapsamda ispat hakkı ihlâl edilen kişi, hem hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması için temyiz yoluna başvurabilir hem de hâkimin sorumluluğu yoluna gidebilir.

F. Ceza Yaptırımı

İspat hakkının ihlâli doğrudan doğruya cezaî sorumluluğa sebep vermez; ancak ispat hakkına -*özellikle ağır ispat hakkı ihlâllerine*- sebep olan birtakım iş ve işlemler özel olarak cezaî yaptırıma tâbi tutulmuştur. Bu durum, dolaylı şekilde ispat hakkının ihlâli bakımından bazı durumlarda cezaî sorumluluğun doğmasına sebep olur. Örneğin yalan tanıklık yapan kişi için (TCK m. 272); yalan yere yemin eden kişi için (TCK m. 275); gerçeğe aykırı şekilde bilirkişilik ve tercümanlık yapan kişi için (TCK m. 276); yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüse eden kişi için (TCK m. 277) cezaî sorumluluk söz konusu olabilecektir. Tüm bu suçların ortak özelliği, suç oluşturan eylemin aynı zamanda yargılama prosedüründe taraflardan birinin ispat hakkının ihlâl etmiş olmasıdır. Bunların yanısıra diğer unsurlarının bulunması hâlinde, durumun gereğine göre ispat hakkının ihlâline sebebiyet veren kişinin âdil yargılamayı etkilemeye teşebbüse suçundan (TCK m. 288) dolayı da yargılanması olasılık dâhilindedir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

İSPAT HAKKI SINIRLAMALARINA İLİŞKİN SEÇİLMİŞ KONULAR

§ 18 TEMEL HAK ÇATIŞMASINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNE AYKIRILIK: HUKUKA AYKIRI YOLLARDAN ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANILMASI YASAĞI

I. HUKUKA AYKIRI YOLLARDAN DELİL ELDE ETME VE BUNLARIN YARGILAMADA KULLANILMASI SORUNU

A. Genel Olarak

Yukarıdaki bölümde temel hakların çatışması altında, özel hayatın gizliliği ve diğer temel haklar ile ispat hakkının çatıştığı, çatışabileceği çok çeşitli durumların ve düzenlemelerin bulunduğuna değinilmişti. Özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ile diğer birtakım temel hakların, ispat hakkının sınırını oluşturacağı durumları *hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların delil olarak kullanılamaması* yasağı çatısı altında toplamak mümkündür. Zira yargılamaya ispat hakkının bir uzantısı olarak getirilmek istenen hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların elde edilme yöntemleri dikkate alındığında, çoğu durumda bu yöntemlerin aynı zamanda kişilerin özel hayatına ve diğer temel haklarına müdahâle teşkil ettiği veya en azından bu haklarla çatıştığı kolaylıkla tespit edilmektedir.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamaya getirilemeyeceği "*İspat Hakkı*" başlığını taşıyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesinde ispat hakkının en önemli sınırlamalarından birisi olarak ayrıca kaleme alınmıştır. Bunun yanı sıra hukukî dinlenilme hakkı kapsamında m. 27 ile yargı içtihatlarına bakıldığında, bugüne kadar ispat hakkı ile ilgili verilen kararların önemli bir kısmının hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamaya getirilemeyeceği ilkesi ile ilgili olduğu görülmektedir. Bu anlamda hukuka aykırı bulguların delil olarak yargılamaya getirilememesi, özel hayatın gizliliğinin ve diğer temel hakların korunması karşısında bazı durumlarda üstün tutulmakta; bununla birlikte bu yasak, aynı zamanda ispat hakkının bir sınırlandırılması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızın bu bölümünde biz de açıklamalarımızda ilk olarak -esasında kavramsal olarak son derece geniş bir uygulama alanına yayılan- "hukuka aykırı de-

lil", "yasak delil"den ne anlaşılması gerektiği üzerinde duracağız. Ardından özellikle ispat hakkının bir sınırlaması olarak Türk hukuk uygulamasında oldukça önemli olan birtakım hukuka aykırı delil kullanımlarını uyuşmazlık türlerine göre ele almaya çalışacağız. Ardından da genel olarak hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran "hukuka uygunluk koşulları"nı, hukuka aykırı delil uygulamaları açısından ele alacağız. Şüphesiz ki, ispat hakkının en önemli sınırlamalarından birisi olan hukuka aykırı deliller bünyesinden oldukça derin tartışmalarını barındıran başlı başına önemli bir kurumdur. Çalışmamızın ispat hakkının sınırlamalarını da kapsaması, konuya ilişkin ayrıntılı ve önemli tartışmalara değinilmesini de gerektirir. Ancak bu konunun başlı başına önemli ölçüde uygulama alanına sahip olduğu ve çalışmamızın sadece "ispat hakkı açısından hukuka aykırı deliller"i kapsamadığı dikkate alındığında, konunun sadece belli başlı yönlerine ve özellikle Türk hukuk uygulamasında sorun yaratan yönlerine yer verildiği dikkate alınmalıdır[1].

B. Türk Hukukunda Hukuka Aykırı Delil Sorunu

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin bir davada kullanılıp kullanılamayacağı meselesi esasında sadece Türk hukukunda değil Kıta Avrupası'na dâhil olan hukuk sistemlerinden Ortak Hukuk'a dâhil olanlara kadar pek çok ülkede uzun zamandan bu yana yoğun şekilde tartışılmakta olan bir sorundur[2]. Uygulama, önemini öncelikle ceza davalarında göstermiş, zaman içerisinde medenî yargıya ilişkin davalarda da hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılıp kul-

---

1 Hukuka aykırı delillerle ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 1 vd.

2 Karşılaştırmalı medenî yargılama hukuku sistemlerinde hukuka aykırı delil uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cenk Akil, "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi", **AÜHFD,** C. 61, S. 4, 2012, (Hukuka Aykırı Deliller), ss. 1226-1239; Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 71-87; Pekcanıtez, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 793-799. Ayrıca bu konuda bkz. Gottfried Baumgärtel, "Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess", **Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag,** C. II, Dr. Peter Deubner Verlag 1983, (rechtswidrig erlangter Beweismittel), ss. 477 vd.; Andreas Fink, **Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess,** 1994 Köln, ss. 74 vd.; J. Walther Habscheid, "Beweisverbot bei illegal, insbes. Unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts, erlangten Beweismitteln", **Gedächtnisschrift für Peter Arens,** C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Münih 1993, (Beweisverbot), ss. 187 vd.; J. Walther Habscheid, "Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht", **Gedächtnisschrift für Hans Peters,** Springer Verlag 1967, (Persönlichkeitsrecht), ss. 840 vd.; Georg Kodek, "Even if you steal it, it would be admissible - Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprzess, Recht ohne Grenzen", **Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag,** Sellier European Law Publishers 2012, (Rechtswidrig erlangte Beweismittel), ss. 523 vd.; Egbert Peters, "Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozess", **ZZP,** C. 76, S. 3, 1963, (rechtswidrig erlangter Beweise), ss. 145 vd.; Tresenreuter, ss. 45 vd.

lanılamayacağı tartışması, yoğunluğunu artmıştır. Hukuk uygulamamızda özellikle hukuka aykırı delil elde edilmesine sebep olacak hassas ve kişisel bilgiler, genellikle boşanma davaları, velâyete ilişkin davalar gibi aile hukuku ile ilgili davalarda yoğun bir şekilde kullanılmak istenmektedir. Ancak bu durum, her zaman bu bilgilerin kullanılmasını haklı ve hukuka uygun hâle getirmemektedir[3].

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılama sürecinde kullanılamamasının pek çok hukukî dayanağı bulunur. Bu düzenlemelerin içerisinde başlıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayatın korunmasına ilişkin 8. maddesi, Anayasa'nın özel hayatın korunmasına ilişkin 20. maddesi, konut dokunulmazlığının korunmasına ilişkin 21. maddesi, haberleşme özgürlüğünün korunmasına ilişkin 22. maddesi[4], yine özel hayatın korunması hakkına ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun 23 ve 24. maddesi, aynı zamanda konunun yargısal süreçteki yansıması olan silâhların eşitliği ilkesi ve âdil yargılanma hakkının temelini teşkil eden Anayasa'nın 36. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi yer alır. Aynı zamanda özel hayatın, haberleşmenin gizliliğine ve konut dokunulmazlığına ilişkin Türk Ceza Kanunu m. 132-135 ile m. 116 düzenlemeleri de, yine hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların yargılamada kullanılmamasını garanti altına alan hükümlerdir[5].

Hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller genellikle kişilerin özel hayatına, haberleşme özgürlüğüne, konut dokunulmazlığına yapılan müdahâlelerle ele geçirilmektedir. Kişinin telefonuna gizlice casus program yerleştirerek konuşmaları kayda almak, telefon mesajlarına gizlice erişmek haberleşme hürriyetine (Ay m. 22; AİHS m. 8; TCK m. 132-133)[6]; kişinin peşine dedektif takmak veya gizlice görüntü

---

3 Harris ve diğerleri, s. 423.

4 Haberleşme hürriyeti Anayasa'da ayrı bir madde olarak düzenlenmiş olmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde *özel hayatın korunması*na ilişkin 8. maddede hükme bağlanmıştır. Haberleşmenin gizliliği temek bir hak olması sebebiyle, bu hakka yapılacak müdahâlelerin Anayasa'nın aradığı sınırlandırma sebeplerine uygun olması gerektiği tereddütsüz kabul edilmektedir [*bu konuda bkz.* Ergun Özbudun, "Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975,** C. I, Ankara 1977, (Haberleşmenin Gizliliği), s. 285; Hayrınüsa Özdemir, "Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler", **EÜHFD,** C. XIII, S. 1-2, 2009, ss. 285-287].

5 Benzer paralellik içerisinde karşılaştırmalı hukukta da, hukuka aykırı delillerin kullanılamamasına yönelik gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanıtez, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 793-801.

6 Bu konuda bkz. Ateş, ss. 97-100; Pekcanıtez, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 844-848; Süha Tanrıver, "Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi", **TBBD,** S. 65, 2006, (Hukuka Aykırı Deliller), s. 373.

kaydını almak[7] özel hayatın dokunulmazlığına (Ay m. 20; AİHS m. 8; TCK m. 134-135)[8]; kişinin ses ve görüntü kaydını elde etmek için gizlice diğer tarafın konutuna girerek düzenek kurmak konut dokunulmazlığı (Ay m. 21; AİHS m. 8; TCK m. 116)[9] ile birlikte özel hayatının korunması hakkına (Ay m. 20; AİHS m. 8; TCK m. 134-135)[10]; kişinin bilgisayarından birtakım belge, bilgi, resim, malî kayıtlarına erişmek ve ayrıca delil olarak kullanmak üzere bunları kaydetmek[11] özel hayatın dokunulmazlığına aykırılık teşkil eder[12]. Bütün bu şekillerde âdil olmayan bir yöntem ile

---

7 Kişinin gizlice görüntü kaydının alınması, Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesinde düzenlenen *özel hayatın gizliliğini ihlâl suçu*nu oluşturacaktır. Bu suçla korunan hukukî değer, *özel hayat*tır; özel hayatın gizliliği ise, varlığımızın özgür olmasının görünümlerinden biridir (Özbek ve diğerleri, s. 545). Bu suçun konusu, özel hayat alanına giren tüm faaliyetlerdir. Ancak özel hayata ilişkin olan haberleşme ile kişiler arasındaki konuşmaların gizliliğine ve kişisel verilere yapılan müdahâleler hakkında ayrıca düzenlemeler bulunduğundan (TCK m. 132, 133, 135, 136, 138) bu düzenlemelerdeki suçlar oluşur; dolayısıyla TCK m. 134 kapsamında özel hayatın gizliliği haberleşme, konuşma ve kişisel veriler dışında kalan özel hayat alanına ilişkin faaliyetlerdir (Özbek ve diğerleri, ss. 546-547). Bu suç kapsamına, *genel hayat alanı içinde geçen süre içinde kişinin görüntülenmesi, fotoğrafının çekilmesi* de girdiğinden (Özbek ve diğerleri, s. 547), verdiğimiz örnekte TCK m. 134 hükmünün unsurları gerçekleşecektir. Bu suçun konusunu, özel hayatın gizliliğinin ihlâli (TCK m. 134/1) ve ayrıca kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası (TCK m. 134/2) oluşturmaktadır (bu konuda bkz. Özbek ve diğerleri, ss. 548-551).

8 Pekcanıtez, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 846-848; Tanrıver, Hukuka Aykırı Deliller, s. 373.

9 Bu yönde bkz. Necmeddin Berkin, **Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi,** İstanbul 1981, (Medenî Usûl Hukuku Rehberi), ss. 734-735. Şayet kişiler evli bile olsa, ayrı evlerde yaşıyorlarsa veya ayrılık kararı almışlarsa ve buna rağmen bir eş, diğerinin konutuna *-özellikle konumuz açısından delil elde etmek amacıyla-* izinsiz giriyorsa, Anayasa'nın 116. Maddesi'nde düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlâl suçunun oluşabileceği belirtilmektedir (Ateş, Hukuka Aykırı Deliller, s. 102). Buna karşılık karı ve kocanın, evlilik birliği devam ettiği ve hâkim tarafından ayrılık kararı verilmediği sürece birbirlerine karşı bu suçu işleyemeyecekleri yönünde içtihatlar ve öğreti görüşleri bulunur (*bu konuda bkz*. Artuk ve diğerleri, ss. 349-350; Özbek ve diğerleri, ss. 403-404; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu,** C. III, Madde 86-146, Adalet, Ankara 2010, ss. 3739, 3775-3776). Bu suç ile korunan hukukî değer, kişilerin konutlarında huzur ve güven içinde özgürce yaşayabilmeleridir (bu konuda bkz. Artuk ve diğerleri, ss. 338-339; Özbek ve diğerleri, s. 398; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler,** 10. Baskı, Ankara 2014, s. 290).

10 Pekcanıtez, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 847-848; Tanrıver, Hukuka Aykırı Deliller, s. 373.

11 Kişisel veri olarak nitelendirilebilecek bu veriler, Türk Ceza Kanunu'nun 135. Maddesi'nde düzenlenen *kişisel verilerin kaydedilmesi suçu*nu oluşturabilecektir. Bu suçla korunan hukukî değer, *özel hayatın korunması*dır. Bu suç bakımından eylem, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak *kaydedilmesi*dir (Özbek ve diğerleri, s. 554). Burada herhangi bir kanun hükmü kişilere boşanma davasında delil olarak kullanılmak üzere başkasına ait kişisel verileri alma ve kaydetme yetkisi tanımadığından, suç bakımından söz konusu olabilecek *kanun hükmünün yerine getirilmesi* gibi bir hukuka uygunluk sebebi söz konusu olamayacaktır (Özbek ve diğerleri, s. 557).

12 Ateş, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 100-102; Pekcanıtez, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 843-848. Teknolojinin gelişmesi ile birlikte kişilerin özel hayatına yapılacak saldırılar akıl alamayacak şekilde genişlemektedir. "Elektronik gözetleme (electronic surveillance)" adı da verilen fiziksel gözetleme ("physical surveillance"), "optik veya akustik âletler kullanmak suretiyle, kişinin bulunduğu yerleri, davranışlarını ve konuşmalarını, onun bilgisi ve iradesi dışında gözetlemektir" (Özbudun, Haberleşmenin Gizliliği, s. 271). Teknolojik gelişmeler, eskiden ancak duyu organlarıyla yapılabilen, dolayısıyla tespiti ve korunması pek zor olmayan fiziksel gözetlemeye, hemen hemen sınırsız yeni olanaklar tanımaktadır: Çeşitli telefon dinleme araçları, gizli mikrofon ve teypler, minyatür radyo verici ve alıcıları, yüzlerce metre uzaktan hattâ karanlıkta fotoğraf çekebilen fotoğraf makineleri, gizli televiz-

âdeta âdil bir oyunun (*fair-play)* kurallarına aykırı şekilde delilleri elde edip bunu yargılama sürecinde kullanmak aynı zamanda yargılama prosedürü içerisinde silâhların eşitliği ilkesine ve âdil yargılanma hakkına (Ay m. 36; AİHS m. 6) aykırılık oluşturacaktır[13].

Bu sebeplerle kanunkoyucu bu tarz hukuka aykırı uygulamalarla delil elde edilmesinin önlenmesini sadece yargılama kuralları (HMK m. 189/3; CMK m. 206/2, 217/2) ile sınırlı tutmak istememiş; aynı zamanda kişinin güven içerisinde yaşamını sürdürebilmesi için bu gerekliliğe kamusal bir sonuç bağlamış ve Türk Ceza Kanunu'nda ayrı birer suç olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla kanunkoyucunun iradesi, hukuka aykırı yoldan elde edilmesi durumunda o delillerin kullanılamayacağını sadece yargılama kurallarına inhisâr ettirmek yönünde şekillenmemiş; aynı zamanda kamu düzeninin bir parçası olarak Türk Ceza Kanunu'nda yukarıda örnek olarak sayılan fiilleri suç olarak kabul etmiştir. Bugün hukuka aykırı bulguların davada delil olarak kullanılamaması sadece birer yargılama hukuku kuralından ibaret değil, aynı zamanda bir hukuk politikasının sonucudur. Bu hukuk politikası ise, yirmibirinci yüzyılın gereği olan *temel haklara saygılı hukuk devleti* olmanın zorunlu bir sonucudur.

Bu çerçevede temelini Anayasa'nın 20, 21, 22. maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinden alan özel hayatın, konut dokunulmazlığının, haberleşmenin korunması kronolojik olarak ülkemizde önce ceza hukukuna ilişkin mevzuata (TCK m. 132-135, 116; CMK m. 206/2, 217/2) ithâl edilmiş[14]; bir anlamda

---

yon alıcıları, bu âletlerin herkesçe bilinen en yaygın çeşitleridir (Özbudun, Haberleşmenin Gizliliği, s. 271; Pekcanıtez, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 789-790). Teknolojinin gelişmesi ile paralel şekilde internet yoluyla elde edilen kişisel verilerin boşanma davalarındaki uygulama alanına ilişkin bkz. Selin Sert, "İnternet Yoluyla Elde Edilen Kişisel Verilerin Genel Boşanma Sebepleri Arasında Değerlendirilmesi Meselesi", **TBBD,** S. 116, 2015, ss. 286 vd.

13 Bu konuda özellikle bkz. Gottfried Baumgärtel, "Ausprägung der prozessualen Grundprinzipien der Waffengleicheit und der fairen Prozeβführung im zivilprozessualen Beweisrecht", **Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht,** Viyana 1993, (Waffengleichheit)*,* ss. 32-33.

14 Ceza muhakemesinde de hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların yargılamada delil olarak kullanılması yasaklanmıştır. Bu yasağın tarihî gelişimi, mevcut durumu ve uygulama alanı hakkında bkz. Güçlü Akyürek, "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", **TBB Dergisi,** S. 101, 2012, ss. 61 vd.; Ali Rıza Çınar, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", **TBBD,** S. 55, 2004, ss. 31 vd.; Feyzullah Avcı, **Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali** (Selçuk Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Konya 2006, s. 35 vd.; Koca, ss. 105 vd.; Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 6. Baskı, Seçkin 2014, (Ceza Muhakemesi Hukuku), ss. 728-741; Özgün Öztunç, **Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller** (Marmama Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2010, ss. 159 vd.; Bahri Öztürk, **Ceza Muhakemesi Huku-**

2011 yılı itibariyle de, medenî yargıya ilişkin temel mevzuatımız olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na dâhil edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, "*Hukuka aykırı yollardan elde edilen bulgular delil olarak kullanılamaz.*" şeklindeki düzenlemesini (HMK m. 189/3) "*İspat Hakkı*" başlığı altında, ispat hakkının bir sınırlaması olarak kabul etmiştir[15].

Özet olarak, özellikle geçtiğimiz yaklaşık son yarım yüzyıldır temel haklar konusunda yaşanan evrensel gelişmeler; kişinin salt toplumsal yaşantının bir ferdi olmaktan çıkarılarak aynı zamanda *bireysel* olarak önemini artırmasıyla birlikte kişilerin özel hayatı, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü hassas bir gelişme içerisine girmiştir. Bu durum da, hukuka aykırı yollardan kişilerin özel hayatına, kişisel verilerine, iletişim araçlarına, konutuna müdahâle edilememesinin önemini artırmış; bu durum yargılama sürecinde de kişilik haklarının ve özel hayatının korunması gereğini somut bir şekilde ortaya koymuştur. Bu gelişmelerin bir sonucu ve aynı zamanda bir parçası olarak, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılmasını yasaklamıştır (Ay m. 36/8, CMK m. 217/2, 206/2; HMK m. 189/3).

Genel olarak hukuk sistemimizde hukuka aykırı delillerin kullanılmasına ilişkin mevzuatta bu olumlu gelişmeler yaşanırken medenî yargılama hukukunda konunun uygulama yönü birtakım hukukî sorunları beraberinde getirecek niteliktedir. Öncelikle yukarıda hukuka aykırı delil uygulamalarının karşısında bulunan temel hakların tümü esasında özellikle yaşadığımız yüzyıl itibariyle hukuk sistemlerinin yoğun bir şekilde ilgilendiği bir meseledir. Nitekim konunun ulusal ve ulusötesi hukuk belgelerinde yer almaya başlaması ve buna ilâveten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının gün geçtikçe ulusal hukuk sistemlerine yön vermesinin temel hakların

---

ku, 8. Baskı, Seçkin 2014, s. 164; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** Adalet, Ankara 2014, ss. 54-57; Doğan Soyaslan, "Ceza Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller", **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. VII, S. 3-4, 2003, Cumhuriyetin Sekseninci Kuruluş Yılına Armağan, ss. 9 vd.; Hamide Zafer, **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134),** Beta, İstanbul 2010, s. 12 vd.

15 Kanunkyucunun özel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılamayacağını düzenlemesi ile birlikte konu, medenî yargılama öğretisinde tartışma alanını genişletmiştir. Türk hukukundaki ağırlıklı görüş, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılmasının hukuk devletine, Anayasa'ya, dürüstlük kuralına ve nihâyetinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na aykırılık teşkil etmesi sebebiyle kullanılamayacağı yönündedir. Bu yönde bkz. Akil, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 1247-1249; Alangoya ve diğerleri, ss. 300-303; Berkin, Medenî Usul Hukuku Rehberi, ss. 734-735; Bolayır, ss. 69-72; Karslı, ss. 549-550; Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 36 vd.; Pekcanıtez, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 789 vd.; Pekcanıtez ve diğerleri, ss. 692 vd.; Tanrıver, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 368 vd.; Umar, Şerh, ss. 538-539; Üstündağ, ss. 788; Yıldırım, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 861 vd.

gelişmesi konusunda çok önemli adımları oluşturduğu inkâr edilemez. Ancak özellikle temel haklara saygılı demokratik hukuk sistemlerinde, bu hakların sadece anayasalarda, ulusal ve uluslararası belgelerde düzenlenmesi yeterli değildir. Temel hakların etkin şekilde tesisi, aynı zamanda toplumda yaşayan kişilerin temel haklar konusunda da yeterli bilgiye sahip olmasını gerektirir. Dolayısıyla şayet bir toplumda yaşayan kişiler haklarının ne olduğunu, hangi ölçüye kadar temel haklardan yararlanacağı, temel hakların sınırlandırmalarının neler olduğunu bilmiyorsa temel haklara saygılı gerçek hukuk devletleri için amaç gerçekleşmiş sayılmamaktadır.

Nitekim günümüzde kanaatimizce ispat hakkının ve diğer temel hakların medenî yargılama alanında yarattığı en büyük sıkıntı, yaşanılan ihlâller konusunda farkındalık eşiğinin son derece düşük olmasıdır. Karşılaştırma yapmak gerekirse, -*düzenlemelerin hukuka uygun uygulanmaması sorunu bir yana*- bugün ceza yargılaması hukukunda medenî yargılamaya nazaran temel hakların yeri ve önemi konusundaki farkındalık çok daha yüksektir. Medenî yargılama hukukuna ilişkin içtihatlara bakıldığında -*hukukî dinlenilme hakkı, usûl ekonomisi, silâhların eşitliği ilkesi gibi*- yargısal temel hakların unsurları hâriç özel hayatın, insan onurunun, kişilik haklarının korunması gibi temel haklar konusundaki ölçütler maalesef hak ettiği değeri alamamaktadır. Örneğin ülkemizde belirli bir süre yerel mahkemeler boşanma davalarında delil elde edebilmek için tamamen hukuka aykırı şekilde Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen iletişimin tespiti yönünde kararlar vermiş ve önemli GSM şirketleri de bu mahkeme kararlarının gereğini yerine getirmiştir. Bununla birlikte, bu hukuka aykırı uygulamanın dava konusu, temel hak ihlâli şikâyeti yapıldığı yönünde hiçbir mahkeme kararına da tarafımızca erişilememiştir. Boşanma davalarındaki bu hukuka aykırı uygulamanın temel hak ihlâli olarak mahkemeler önüne getirilmemiş olması, maalesef bu konudaki bilgi eksikliğinin durumunu ortaya koymaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz nedenlerden dolayı günümüzde temel haklara dayalı hukuk devletleri sadece temel hakları düzenleme altına almakla yetinmemekte, toplumun her bir kişisinin temel haklar konusunda bilgilendirilmesini hedeflemektedir. Buna verilebilecek en güzel örneklerden birisi gelişimini hızla sürdüren ve içeriksel olarak sınırlarının gün geçtikçe genişlemekte olduğu *kişisel verilerin korunması* ko-

nusunda yaşanan gelişmelerdir[16]. Avrupa Konseyi'nin önderliğinde yapılan araştırmaların Avrupa yurttaşlarının önemli bir kısmının kişisel verilerinin korunmasına ilişkin temel haklarını yeterli oranda bilmemekte olduğunu göstermiş ve sırf bu sebeple kişilerin verilerin anlaşılması, yaygınlaşması, farkındalığın yükseltilmesi için pek çok önlem alınmaya başlanmıştır[17].

Bu sebeple de ispat hakkının Anayasa'ya uygun ve hukuk devletinin gerekliliklerı çerçevesinde temin ve tesis edilebilmesi, öncelikle ispat hakkı ile çatışma hâlinde bulunabilecek diğer temel hakların ve bunlara ilişkin sınırlamaların daha çok tartışılması, değerlendirilmesi, bilgilerin yaygınlaştırılması ile mümkün olabilecektir. Dolayısıyla ispat hakkı sınırlamalarına, salt hak arama özgürlüğü perspektifinden yaklaşmak, buna karşın diğer temel hak ve özgürlüklerin tâbi olduğu ilke ve kuralları göz önüne almamak doğru bir yaklaşım tarzı olmayacaktır. Aksi durum, hukuka aykırı delil uygulamasının, her geçen gün medenî yargılama hukuku sistemimizde temel haklar öğretisindeki gelişmelere zıt bir şekilde ve olumsuz yönde etkileyecektir. Bu sebeple aşağıdaki açıklamalarımızda bu bakış açısının ve düşünce yapısının temel dayanak noktası yapıldığının göz ardı edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

II. HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRACAK SEBEPLERİN (HUKUKA UYGUNLUK UNSURLARININ) HUKUKA AYKIRI DELİLLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Anayasamız pek çok temel hakkın kullanımı için *sınırlar* öngörmüştür. Örneğin "***14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla*** *ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir*" (Ay m. 24/2) veya "*herkes ...* ***silâhsız ve saldırısız*** *toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir*" (Ay m. 34/1)[18]. İspat hakkının temelini

---

[16] Bu konuda bkz. Küzeci, ss. 129-130. Ayrıca bkz. Doğan Kılınç, "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", **AÜHFD,** C. 61, S. 3, 2012, ss. 1089-1169.

[17] Avrupa Barometresi'nin, 17 Nisan 2008'de açıkladığı araştırması, Avrupa yurttaşlarının verilerin korunmasına ilişkin haklarını tam olarak bilmediklerini ortaya koymuştur (bu konuda bkz. Eurobarometer Survey Reveals that EU Citizens are not Fully Aware of their Rights). Bu konuda bkz. Küzeci, s. 129. Kişisel verilerin tam anlamıyla korunabilmesi ise, hukuksal düzenlemelerin yanında, kişilerin de haklarının neler olduğunu ve bunları nasıl kullanacakları konusunda bilgi sahibi olmaları ile gerçekleşebilecektir. Bu sebeple de örneğin Avrupa Konseyi, 108 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'nin imzaya açıldığı gün olan 28 Ocak'ı Veri Koruma Günü olarak ilân etmiş; ayrıca kişisel verilerin korunması hakkında çok sayıda toplantılar, kişilerin konuyla ilgili eğitilmesi, bilinçlendirilmesi için çeşitli etkinlikler yapılmaktadır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Küzeci, ss. 129-130).

[18] Örnekler için bkz. Gözler, Anayasa Hukuku, s. 544.

oluşturan *hak arama özgürlüğü* de, Anayasa'nın koymuş olduğu sınıra uygun olarak kullanılmalıdır: "***Meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle*** *yargı merciileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" (Ay m. 36/1). Dolayısıyla ispat hakkına ilişkin temel hakkın kullanılması, *meşru vasıta ve yollardan* yararlanmak suretiyle gerçekleşebilecektir[19]. Bu anlamda Anayasa'nın 36. maddesi dikkate alındığında ispat hakkının sınırını, *meşru vasıta ve yollardan elde edilen* deliller oluşturur. Meşru vasıta ve yollardan elde edilme kavramı ise, elbette yoruma açıktır. Ancak burada meşru vasıta ve yolların ancak Anayasa'da sayılan diğer temel hakların gerekliliklerine uygun olması hâlinde gerçekleşebileceğini ifade etmek mümkündür. Dolayısıyla örneğin özel hayatın gizliliğine saygı duyulmaksızın ve bu gizliliğin ihlâl edilebileceği özel sınırlama sebepleri bulunmazken veya haberleşme özgürlüğüne saygı duyulmaksızın ve bu özgürlüğü kısıtlayan özel sınırlama sebepleri bulunmazken ispat hakkının kullanılabilmesi için elde edilen deliller *meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle* ispat hakkının ve dolayısıyla hak arama özgürlüğünün kullanılması anlamına gelmeyecektir.

Bununla birlikte her hukuka aykırılık durumu, o delilin hukuka aykırı delil sayılmasını gerektirmeyebilecektir. Bilindiği üzere hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran birtakım unsurlar bulunur ve bunlar *hukuka uygunluk sebepleri* olarak ifade edilir. Bazı durumlarda bu hukuka uygunluk sebeplerinin, bir delilin hukuka aykırı değerlendirilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırması mümkündür. Eş deyişle, hukuka uygunluk sebeplerinin hukuka aykırı deliller açısından da gerçekleşmesi mümkündür. Hukuka uygunluk sebepleri (*i*) onay, (*ii*) meşru savunma, (*iii*) üstün yarar ve (*iv*) kanunun verdiği yetkinin kullanılması olarak kabul edilir. Bu sebepler içerisinde onayı, daha fazla ispat hakkından feragat ve ispat sözleşmeleri bakımından; üstün yararı, diğer tarafın temel haklarının ispat hakkı ile çatışması hâlinde ve kamu menfaati bakımından ele aldık. Kanunun verdiği yetkinin, ispat hakkını etkileyecek şekilde hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin meşru zeminini oluşturması kanaatimizce çok mümkün görünmemektedir. Kanunun verdiği yetkiye dayanan meşru sebebi, örneğin en fazla boşanma davaları veya iş sözleşmesinin feshi sebepleri bakımından değerlendirmek mümkün olabilir. Zira bu uyuşmazlıklarda, kanun -*normalde*- hukuka aykırı yoldan elde edilebilecek delillerin

[19] Bu konuda bkz. Gözler, Anayasa Hukuku, s. 544.

yargılamaya getirilmesini şart koşmaktadır. Ancak aşağıda bu uyuşmazlık türlerine ayrıca değinileceği üzere, kanunkoyucunun tarafları hukuka aykırı delil elde etmeye zorlayacak şekilde ispat yükü kuralları getirmesi pek çok ilkeye ve temel hakka aykırıdır. Bu sebeple, bu hukuka uygunluk sebebinin (*kanunun verdiği yetkiye dayanma*) hukuka aykırı delil uygulamasında başvurulacak bir ölçüt taşımadığı kanaatindeyiz.

Bununla birlikte hukuka uygunluk sebepleri içerisinde, meşru savunmanın hukuka aykırı deliller bakımından ayrı bir önemi bulunur. Bu duruma daha önce, kısmen de olsa ispat hakkının kötüye kullanılması konusunda değinmiştik. Zira aşağıda belirtilen şartlar oluştuğu takdirde, ispat hakkının bir sınırını oluşturan hukuka aykırı deliller bakımından bu hukuka uygunluk sebebinin geçerli olabilmesi mümkündür. Bu sebeple de, bu durumu ayrıca inceleme konusu yapmayı tercih ettik.

B. Meşru Savunma (Kendiliğinden Hakkın Korunması)

Bir kişi, yargılamada iddia ettiği vakıanın ispatında kullanmak istediği ispat aracının tehlike altında olması hâlinde yani delilin bozulma, kaybolma, tahrip olma ihtimâli varsa; şayet bu delil bir tanık beyanı ve tanık da ağır hasta ise, mahkemeye başvurarak ispat hakkının korunması amacıyla yukarıda üzerinde durduğumuz üzere delil tespiti yoluna başvurabilir. Ancak kişinin her zaman ispat hakkının konusunu oluşturan ispat aracını koruyabilmek, onu güvence altına alabilmek için mahkemelere başvurarak hukukî koruma, delil tespiti istemek için zamanı olmayabilir. İşte bu durumda istisnaî olarak kişiye, ispat hakkının konusunu oluşturan delili kendi kendine koruyabilme hakkı tanınmalı ve kişinin bu sebeple karşı tarafın hâkimiyet alanına yapabileceği müdahâleler meşru sayılabilmelidir.

Kişinin hakkını kendi gücüyle koruması ("*Selbsthilfe*"), hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebeptir ve bu tür bir fiile hukukun sonuç bağlayabileceği hemen her hukuk alanında (*ceza hukuku, tazminat hukuku vb.*) geçerli bir şekilde kabul görmektedir. Örneğin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum olarak kişinin kendi hakkını kendi koruması, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir:

> Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz. (TBK m. 64/3)

Pekâlâ kişinin hakkını kendi gücüyle korumasının, ispat hukuku alanında da hâtta düşünüldüğünden çok daha geniş bir şekilde uygulama alanı bulması mümkündür. Trafikte seyir hâlindeyken iki aracın çarpıştığını, şoförlerin araçlarından inerek oluşan zararı tespit etmeye çalıştığı sırada şoförlerden birinin diğerine hakaret etmeye başladığını varsayalım. Bu kişilerin yanlarında herhangi bir tanık da bulunmadığını ve olay mahallîne polisin de çok geç geldiğini varsayalım. Böyle bir durumda hakarete uğrayanın bu fiili, sonradan açacağı tazminat davasında ispat edebilmesi için bu konuda -takdirî delil de olsa- hâkimi inandırması gerekecektir. Hakarete uğrayan kişinin, cep telefonu ile -*gizleyerek veya açık bir şekilde*- karşı tarafın hakaretlerini kameraya alması kural olarak kişinin kendi hakkını kendi gücüyle koruması şeklinde değerlendirilebilmelidir.

Kişinin kendi hakkını kendisinin koruması için aranan unsurlar tek tek incelendiğinde[20], bu meşru sebebin ispat hukukunda da uygulanabileceği tespit edilebilir:

(*i*) *Bir hakkın korunması söz konusu olmalıdır:* Güce başvuran kimse, bunu, bir hakkını korumak amacıyla yapmalıdır[21]. Değerlendirmelerimiz açısından korunmaya değer hak, elbette ispat hakkıdır. Âdil yargılanma hakkının unsurlarından olan ispat hakkının korunmaya değer olduğu şüphesizdir. Dolayısıyla koruma altına alınacak ispat hakkı da, kişinin ileride uyuşmazlık konusu olacak vakıa iddiasını ispatlamak istediği ispat araçlarını konu almalıdır.

(*ii*) *Yetkili organların zamanında müdahâlesi mümkün olmamalıdır:* Buradaki yetkili organ ile kastedilen genellikle mahkeme, icra memuru, polis, jandarma gibi kamu makamlarıdır. Kişinin kendi hakkını korumasının meşru sayılabilmesi için bu makamların müdahâlesinin, gereken zamanda mümkün olamaması gerekir[22]. Yukarıda vermiş olduğumuz olayda örneğin polislerin kaza mahallînde olması hâlinde dahi kişinin, ispat hakkını koruyabilmesi için görüntü kaydına ihtiyâcı olabilecektir. Zira polisin kaza mahallînde bulunması, kişinin ispat hakkının konusunu oluşturan *kendisine hakaret teşkil eden fiili içerecek bilgi kaynağını* koruma altına alma amacı taşımaz. Bunun yanısıra kişinin böyle bir durumda delil tespiti yaptırmak için mahkemeye başvurup ispat hakkının korunabilmesi için müdahâle talep etmesi de mümkün olamayacağından, ispat hakkının korunabilmesi için örneğin kişinin görüntü kaydını kendi hakkını koruması için alması hukuka uygun kabul edilmelidir.

(*iii*) *Hakkın korunması için başka bir imkân mevcut olmamalıdır:* Güce başvurulmadığı takdirde, hak kaybolmalı veya kullanımı önemli ölçüde zorlaşmış ol-

[20] Bu unsurlar için bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 15. Bası, Yetkin, Ankara 2013, ss. 611-613.
[21] F. Eren, s. 611.
[22] F. Eren, s. 611.

malıdır[23]. Örnek olayda kişi şayet hakareti kayda almaz ise, yargılama sürecinde bu fiili ispatlaması aşırı derecede zorlaşacak ve hâtta imkânsız hâle gelebilecektir. Bu sebeple özellikle yanında kendisine tanıklık yapacak birinin bulunmaması durumunda böyle bir müdahâlenin meşru sayılması gerekecektir. Hatta kanaatimizce somut örnekte karşı tarafın yanında tanıklık yapacak birileri olsa ve hakarete uğrayan kişinin yanında bir tanık bulunmasa durumunda, görüntü veya ses kaydı alınması meşru olacaktır. Zira kişi, kendisine hakaret edildiği o an, karşı tarafın yanında bulunan kişinin kendisine tanıklık yapıp yapmayacağını -*ki hayatın olağan akışına göre bu kişi tanıklığı kabul etmeyecektir*- değerlendiremez

(*iv*) *Güç kullanma uygun ve dengeli olmalıdır:* Kullanılacak kuvvet sonunda ihlâl edilecek hukukî menfaat ile korunacak hukukî menfaat arasında bir denge, uygunluk bulunmalı; korunan hukukî menfaat daha üstün olmalıdır[24]. Başka bir deyişle müdahâle -olaydaki ses veya görüntü altına almak suretiyle karşı tarafın özel hayatına yapılan saldırı- ölçülülük ilkesine göre hukuka aykırı olmamalıdır. Burada kişinin korumak istediği hukukî menfaat, *ispat hakkı*dır. Bu uğurda karşı tarafın menfaatine yapılan müdahâle, *kişinin özel hayatının korunması* temel hakkına yöneliktir. Şüphesiz ki, kişinin özel hayatının korunmasını talep hakkı da aynı ispat hakkı gibi Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle korunan temel bir haktır. Ancak burada ispat hakkına üstünlük tanınmasının sebebi, karşı tarafın hakaret ettiği kişinin kişisel manevî bütünlüğüne ve insan onuruna saldırıda bulunması ve bu durumu kişinin ancak o an yapabileceği bir ses veya görüntü kaydına dayanarak ispatlayabilecek olmasıdır. Kişinin böyle bir saldırı altındayken karşı tarafın ses veya görüntüsünü kayda alarak onun özel hayatına saldırıda bulunması, aynı zamanda ispat hakkını kullanabilmesine yöneliktir. Şüphesiz ki özellikle bu unsur bakımından hâkim her olayı kendi özellikleri çerçevesinde hassas bir değerlendirme yapacaktır. Ancak burada özellikle kişinin o an, yargılamada ileri süreceği vakıa iddiasını ispatlayabilecek bir aracının bulunmaması hâlinde, karşı tarafın özel hayatına yapılabilecek bir müdahâle meşru sayılabilir.

Bütün bu belirttiğimiz unsurların gerçekleşmesi durumunda kişinin kendi kendine ispat hakkını koruması için karşı tarafın özel hayatına veya diğer temel haklarına müdahâle etmesi, hukuken korunabilecektir. Başka bir ifade ile normal şartlarda hukuka aykırılığı söz konusu olabilecek bu müdahâle, kişinin kendi hakkını kendisinin koruyabilmesinin unsurları gerçekleştiğinde hukuka aykırı delil olarak nitelendirilemeyecek ve yargılama sürecinde delil olarak kullanılabilecektir. Belirtilen bu dört unsurun gerçekleşmesi hâlinde yapılan müdahâlenin hukuka uygun olacağı kabul edilmektedir[25]. Ne var ki, yine de hakkın korunması için başvurulan aracın öl-

[23] F. Eren, s. 612.
[24] Eren, s. 612.
[25] Eren, s. 612.

çülü olması şarttır. Tam da bu durumu somutlaştıran emsâl bir kararı, Ceza Genel Kurulu vermiştir[26]:

> "Müdâhil; İcra Hukuk Mahkemesinin dosyasında aleyhine verilen kararın tashihi karar aşamasında Yargıtay'da lehine dönüştürebileceklerinden bahisle sanıkların kendisinden para istediklerini ileri sürüp şikayetçi olmuş, kanıt olarak cep telefonu ile kayıt ettiği ve taraflara ait olduğunu iddia ettiği konuşmalara dayanmıştır. Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi[27] kapsamında değerlendirmesi, bu bağlamda hakim kararı olmadığından bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi olanaklı olmayıp, *rüşvet istenmek suretiyle sanıklar tarafından kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği suçla ilgili olarak, bir daha elde edilme olanağı bulanmayan kanıtların yetkili makamlara sunulmak amacıyla toplandığının, dolayısıyla hukuka uygun olduğunun kabulü gerekmektedir*."

4. Hukuk Dairesi de, hukuka aykırı delil iddiası bulunan bir uyuşmazlıkta benzer sonuca ulaşmıştır[28].

Hâkimin bu konuda karar verirken menfaat dengesini ve ölçülülük ilkesini çok hassas bir şekilde uygulaması gerekir[29]. Örneğin eşlerden birisi, diğer eşe şiddet uy-

---

[26] CGK, 21.6.2011, 2010-5-187/131 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

[27] Türk Ceza Kanunu m. 135'e göre; Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye "bir yıldan" üç yıla kadar hapis cezası verilir (TCK m. 135/1); kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır (TCK m. 135/2).

[28] "Dosya kapsamından, davalılardan B. K.'in gözlükçü olarak işyerinin bulunduğu; davacının da göz doktoru olduğu ve hastaları ailesine ait işyerlerine yönlendirdiği iddia edilerek davalılardan B. K.'in de aralarında bulunduğu kişiler tarafında şikayet dilekçesi verildiği, bunun üzerine; davacı tarafından haksız şikayet hukuksal nedenine dayalı olarak tazminat davası açıldığı, yargılama aşamasında eldeki davaya konu kayıtların delil olarak sunulduğu anlaşılmaktadır. / Uyuşmazlığın çözümünde, sunulan kayıtların hukuka aykırılık oluşturup oluşturmadığı irdelenmelidir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.06.2011 gün ve 2010/5-187 E – 2011/131 K sayılı kararında da: 'Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur.' denilerek delil amaçlı ve kişinin kendisine yönelen eylemler nedeniyle ses kaydı yapılmasının hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir. / Somut olay, yukarıdaki açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde dava konusu edilen eylemin hukuka aykırı olmadığının kabulü ile istemin tümden reddi gerekirken bir bölümünün kabul edilmiş olması kararın bozulmasını gerektirmiştir."4. HD, 20.6.2012, 2011-4664/10806 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).
Kararın karşı oy gerekçesinde uyuşmazlık konusu olayda, zarar görenlerin doktorun muaynehanesine özellikle delil elde etme amacıyla, önceden hazırlanarak gittikleri; dolayısıyla ***ani gelişen olaylar üzerine cep telefonlarını çıkarıp ses kaydı*** almadıkları belirtilerek söz konusu ses kaydının hukuka aykırı delil olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Gerçekten de yukarıdaki Yargıtay kararından olayların nasıl geliştiği anlaşılmamaktadır. Kararın Karşı Oy belirtilenler üzerine kanaatimizce de Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, hakkın kendi kendine korunması konusunda hatalı bir değerlendirme yapmıştır.

[29] Örneğin Yargıtay bir başka kararda, tuzak kurmak suretiyle delil elde edilmesini hukuka aykırı bularak tazminat sebebi olarak kabul etmiştir: "Davacı, davalılar tarafından yapılan yayında, gerçek dışı eklenti ve montajlarla kişilik haklarına saldırıldığını iddia ederek manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Somut olayda davacı doktorun, davalı kadını taciz ettiği iddia edilmektedir. Taciz id-

gulamaktadır; ancak bunu başkalarının göremeyeceği, duyamayacağı zamanlarda yapmaktadır. Dışardan bakıldığında ise, son derece eşine iyi davranan bir eş konumundadır. Şiddete mâruz kalan ve bunu boşanma davasına dayanak yapmak isteyen eşin yine şiddete uğradığı sırada bu olayı görüntü altına alması ve sonrasında boşanma davasında buna dayanması kanaatimizce menfaatler değerlendirildiğinde meşru kabul edilmelidir. Benzer bir örnek yine hakaret davalarından verebiliriz. İki kişi telefonda konuşurken biri, diğerine birden hakaret etmeye başlamış ve diğer taraf da telefonu megafona bağlayıp bunu ses kaydına almışsa, yine karşı tarafın özel hayatına yapılan bu müdahâle -*şayet bu telefon kaydı, sırf delil etme etmek amacıyla özel ve kastî olarak telefona düzenek kurmak suretiyle yapılmamışsa*- de meşru kabul edilmeli ve söz konusu ses kaydına hakarete dayalı tazminat davasında dayanılabilmelidir.

Bununla birlikte özellikle *hakkın korunması için başka bir imkân mevcut olmaması*, yani o vakıayı ispatlayabilmek amacıyla o an başvurulabilecek başka bir ispat aracının bulunmaması unsuru hassasiyetle incelenmelidir. Örneğin boşanmak isteyen eşin, diğer eşin istememesi üzerine boşanmak için tek çare olarak karşı tarafın özel hayatına, konutuna, işyerine müdahâlede bulunarak plânlı bir şekilde âdeta tuzak hazırlaması meşru görülmemelidir. Şüphesiz ki Türk boşanma sistemi kural olarak ve özellikle uygulamada serbest irade ilkesine dayanmadığından, tarafların mutlaka kusura dayanan bir boşanma sebebini hâkimin önünde ispatlaması gereği; Türk hâkiminin de tarafların bir kusuru bulunmadıkça, sırf tarafların serbest boşanma iradesi sebebiyle eşleri kolay kolay boşamadığı dikkate alındığında[30], tarafların sırf boşanmak için bu tarz yollara başvurması kaçınılmaz olmaktadır. Ancak kanaatimizce buna rağmen yine de ispat hakkının korunması amacıyla *kişinin kendi hakkını kendi koruyarak* karşı tarafın özel hayatına müdahâle etmesi, delil elde etmek amacıyla karşı tarafa âdeta tuzak kurması şekline -örneğin diğer eşin işyerine veya evine gizli kamera sistemi kurdurmak; dedektif tutmak; telefonuna kaçak program yerleştirmek gibi- dönüşmemeli, bu şekilde yorumlanmamalıdır.

---

diasında bulunan kadın, tanıdığı gazeteciyle birlikte hareket ederek davacı doktorun muayenesinde gizli çekim yapmış; daha sonra da bu çekimler televizyonda yayınlanmıştır. Taciz eden doktor hakkında yasal yollara müracaat edilmeden gazetecilerle gizli çekim yapılıp televizyonda yayınlanması kişilik haklarına saldırı oluşturur. Bu durum karşısında kişilik hakları saldırıya uğrayan kişi manevi tavninat talebinde bulunabilir." HGK, 7.3.2007, 4-98/110.

30 Türk boşanma sisteminin bu özelliklerinin ispat hakkı üzerinde doğurduğu bu olumsuz sonuçlar, hemen aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

III. TEMEL HAKLARA -HUKUKA AYKIRI- MÜDAHÂLELERLE DELİL ELDE EDİLMESİ VE İSPAT HAKKI

A. Genel Olarak

Bu başlık altında, çalışmanın Dördüncü bölümünde ele alınan anayasal sınırlama rejimi çerçevesinde ispat hakkına yapılan *hukuka aykırı* müdahâleler ele alınacaktır. Bu kapsamda incelenecek konular, özellikle anayasal denetim kapsamında *ölçülülük ilkesinin* denetiminden geçemeyen ve bu anlamda da, temel hak çatışmasında ispat hakkının korunması pahasına diğer temel haklara yapılan ölçüsüz müdahâleleri konu almaktadır. Çalışmanın daha önceki bölümlerinde de, *ispat hakkı ile diğer temel hakların çatışması* sorunu *temel ilkeleri ve genel esasları* ile ele alınmış; bu kapsamda temel haklar çatışmasının temel ilkeleri, uygulama şekilleri ortaya konularak makûl bir menfaat çatışması dengelenmesinin hangi sınırlar içerisinde gerçekleştirileceği üzerinde durulmuştur. Bu yönüyle çalışmada daha önce inceleme konusu yapılan *temel hak çatışmaları* ile bu başlık altındakiler birbirinden ayrılmaktadır. Kanaatimiz aşağıda örnekleri ile üzerinde durulacak olan sorunlarda, ispat hakkının diğer temel haklarla çatışması durumlarının ölçülülük ilkesinin sınırlarını aşarak hukuka aykırı uygulamalara sebebiyet vermesidir.

B. Konut Dokunulmazlığına Yapılan Müdahâlelerle Delil

Konut dokunulmazlığı, hiç kimsenin konutuna izinsiz girilememesini, arama yapılamamasını ve buradaki eşyalara el konulamamasını ifade eder[31]. Konut dokunulmazlığı Anayasa'nın 20. maddesinde bağımsız bir hak olarak ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde özel hayatın bir unsuru olarak güvence altına alınan temel bir haktır.

Kanunkoyucu özellikle temel hakların gösterdiği gelişim çerçevesinde konut dokunulmazlığına saygı hakkını sadece bir anayasal norm olarak düzenlemekle yetinmemiş; aynı zamanda ceza hukuku anlamında kişinin konut dokunulmazlığına yapılan hukuka aykırı müdahâleyi suç olarak düzenlemiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 116. maddesinde hüküm altına alınan bu suç ile korunan hukukî değer, kişilerin konutlarında huzur ve güven içinde özgürce yaşayabilmeleridir[32].

---

[31] Kalabalık, s. 450. Ayrıca bkz. Doğru ve Nalbant, C. II, s. 9.

[32] Artuk ve diğerleri, ss. 338-339; Özbek ve diğerleri, s. 398; Soyaslan, s. 290.

Medenî yargılama hukukunda konumuzla ilgili konut dokunulmazlığının tartışma yarattığı husus, özellikle kişinin ispat hakkını kullanabilmek için ve bu amaçla delil elde edebilmek için bir başka kişinin konutuna gizlice girip giremeyeceği noktasında toplanmaktadır. Nitekim bu durum delil elde etmek için hukuka aykırı bir arama, elkoyma fiili ile gerçekleşebileceği gibi, bazı durumlarda da örneğin konuta gizli kamera sistemi kurmak ve bu yolla delil elde etmek şeklinde gerçekleşebilmektedir. Oysa verdiğimiz bu örneklerde, kişinin konut dokunulmazlığı hakkı ihlâl edildiği gibi aynı zamanda özel hayatın dokunulmazlığı hakkı da ihlâle uğrar[33]. Bu durumda da, konut dokunulmazlığına saygı temel hakkının, ispat hakkı karşısında bu hakka temel bir sınırlama oluşturduğu tespit edilmektedir.

Medenî yargılama sistemimizde özellikle boşanma davalarında sıklıkla konut dokunulmazlığı hakkının ihlâl edilebildiği görülmektedir. Aşağıda ayrı bir başlık altında üzerinde durulacağı üzere eşler boşanma sebebini veya karşı tarafın kusurunu ispat için konut dokunulmazlığı hakkını ihlâl edebilmektedir[34]. Konut dokunulmazlığı hakkının ihlâline Türk Ceza Kanunu'nun 116. maddesi uyarınca cezaî sonuç bağlayabilmek için Yargıtay eşlerin evli olmamasını aramaktadır. Başka bir ifade ile Yargıtay suçun oluşabilmesi için mağdur ile fail arasında evlilik bağının bulunmamasını şart koşmaktadır[35]. Buna karşılık kişiler evli bile olsa, ayrı evlerde yaşıyorlarsa veya ayrılık kararı almışlarsa ve buna rağmen bir eş, diğerinin konutuna -*özellikle konumuz açısından delil elde etmek amacıyla*- izinsiz giriyorsa, Anayasa'nın 116. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığını hakkının ihlâlinin oluşabileceği belirtilmektedir[36].

Bununla birlikte konut dokunulmazlığı ile korunan hukukî menfaatler bu yere erişim, bu yeri kullanma, bu yerden dışarı atılmama/tahliye edilmeme; somut ve fiziksel olsun olmasın konuta izinsiz girilmesi; konuttan huzurlu bir şekilde yararlan-

---

[33] Konuta yönelik müdahâlelerde korunan tek hukukî menfaatin 'konuta saygı hakkı' olmadığı; konuta saygı hakkı ile korunmak istenen hukukî değerin aynı zamanda özel hayatın korunması hakkı olduğu; hâtta şayet konutta aile ile birlikte yaşanıyorsa, aynı zamanda konut dokunulmazlığı ile birlikte aile yaşamına saygı hakkının gündeme geldiği kabul edilmektedir (*bu konuda bkz.* Arslan Öncü, s. 194). Bazı durumlarda da konutta yapılan delil araştırmaları neticesinde kişilerin meslekî veya özel yazışmalarına rastlanmış ve delil olarak elkonulmuş ise, bu durumda özel hayatın korunması hakkı ile haberleşme özgürlüğünün de birlikte ihlâl edilmiş sayıldığı kabul edilmektedir. Bu yönde bir karar için bkz. ***Niemietz v. Almanya***. Ayrıca bu yönde açıklamalar için bkz. Arslan Öncü, ss. 194-195.

[34] Bu yönde bkz. Berkin, Medeni Usul Hukuku, ss. 734-735.

[35] Bu konuda bkz. Artuk ve diğerleri, s. 349-350; Özbek ve diğerleri, ss. 403-404; Yaşar ve diğerleri, ss. 3739, 3775-3776.

[36] Ateş, Hukuka Aykırı Deliller, s. 102.

ma hakkı olarak kabul edilmektedir[37]. Bu durumda kanaatimizce evli eşlerden birinin eve gizli kamera yerleştirmesi, izinsiz konuta girilmesi çerçevesinde değerlendirilemese de, korunan bir diğer hukukî yarar olan 'konuttan huzurlu bir şekilde yararlanma hakkı' kapsamında bu davranış değerlendirilerek konut dokunulmazlığını ihlâl olarak kabul edilebilir. Zira eşlerden herhangi birinin gizli kamera ile gözetlenmesi veya konutundaki özel eşyalarının sınırsız şekilde aranması, özel hayatın dokunulmazlığını ihlâl ettiği gibi, kanaatimizce konut dokunulmazlığını ihlâl olarak da nitelendirilebilecektir. Bu sebeple bazı durumlarda evli eşlerden birinin, diğerine konutta gözetleme sistemi kurması veya özel eşyalarına erişerek delil elde etmesi kanaatimizce -TCK m. 116 kapsamında suç sayılıp sayılmayacağı tartışması bir yana- Anayasa'nın 21. maddesinin ihlâli olarak değerlendirilebilir.

Bununla birlikte Yargıtay çeşitli kararları ile aksi yönde içtihatlarda bulunmaktadır. Özellikle Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, eşler arasında özel hayatın dokunulmazlığı hakkının *geçerli olmadığı*, bu anlamda erkek eşin aldatmayı ispat edebilmek için konuta ses kayıt cihazı yerleştirmesinin hukuka aykırı olmadığını ve Anayasa'nın 20. maddesine de aykırılık teşkil etmediğini kabul ettiği bir kararı kanaatimizce Anayasa'ya, Türk Ceza Kanunu'nun ruhuna, temel haklara dayalı hukuk devleti ilkesine ve daha pek çok ilke ve kurala aykırılık taşıyan ve pek çok yönden tartışma yaratan bir içtihattır[38].

---

[37] Bu konuda bkz. Harris ve diğerleri, s. 384.

[38] "... Bir delilin elde edilişi, kişilerin Anayasa ile tanınmış hakların ihlâli suretiyle gerçekleşmiş ise, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekeceğinde duraksama bulunmamaktadır. Delilin elde edilişinde hukuka uygunluk nedenleri varsa, o zaman kanuna aykırılık ortadan kalkar. Kuşkusuz Anayasaya göre; herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Anayasa m.20/1) Ancak, evlilik birliğinde eşlerin, evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları da yasal bir zorunluluktur. (TMK.m.185/3) Eşlerden birinin, bu alana ilişkin özel yaşamı, evlilikle biraraya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşı olan diğer eşi de en az kendisininki kadar yakından ilgilendirir. O nedenle, evlilikte, evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı alanıdır. Bu alanla ilgili de eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanı , diğer eş için dokunulmaz değildir. Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekanı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek , eşinin alenî olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tesbit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlâlinden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz. Aksine, aile birliğine ilişkin ortak yaşanılan mekana davalının, meşru olmayan bir amaç için arkadaşlarını kabul etmesinde, aile hayatının gizliliğini ihlâl söz konusudur. Bu bakımdan sözü edilen delilin elde edilişinde hukuka aykırılık bulundu-

Bunların yanısıra delil elde etmek amacıyla işyerlerine yapılan müdahâleler de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında konut dokunulmazlığını ihlâl olarak nitelendirilebilmektedir. Dolayısıyla bir yerin "konut" sayılabilmesi için aranan "bireyin o yer ile 'yeterli ve devam eden bağları'nın varlığı" ölçütü[39] sadece evlerin değil aynı zamanda işyerlerinin de konut sayılabilmesine imkân vermektedir[40]. Bu durumda da, işyerlerinde delil elde etmek için yapılan aramalar da konut dokunulmazlığının ihlâli çerçevesinde hukuka aykırı delil sorununu gündeme getirebilmektedir[41]. Nitekim bu şekilde ispat hakkının temini için delil elde etmek amacıyla işyerlerinde yapılan aramalar özellikle rekabet hukukunda ve iş hukukunda hukuka aykırı

ğundan söz edilemez. O halde yapılan soruşturma ve toplanan delillerle; davalı-davacının; meşru olmayan bir amaç için karşı cins de dâhil olmak üzere arkadaşlarını müşterek konuta aldığı ve sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerçekleşmiştir. Bu halde, taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Gerçekleşen olaylar karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu koşullar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, davacı-davalı koca tarafından açılan boşanma davasının da kabulüne karar verilmesi gerekirken isteğin reddi doğru bulunmamıştır." 2. HD, 20.10.2008, 2007-17220/13614.

39 Bu ölçütün uygulanmasına ilişkin bkz. Arslan Öncü, s. 192; Doğru ve Nalbant, C. II, s. 9; Harris ve diğerleri, s. 382; İnceoğlu (Edt.), s. 319.

40 Bu konuda bkz. Arslan Öncü, ss. 192-194; Doğru ve Nalbant, C. II, s. 9; Harris ve diğerleri, s. 383; İnceoğlu (Edt.), s. 319. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilk olarak ***Niemietz v. Almanya*** davasında işyerlerinin de konut dokunulmazlığı kapsamında koruma altına alınabileceğine ve konutun meslek sahibi bir kişinin işyerini de kapsayabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme kararında, bu görüşünü, bir kişinin mesleğine veya işine ait faaliyetlerin kişinin özel konutunda yapılabileceğinden ve işle o kadar ilgili olmayan faaliyetlerin de bir ofiste veya ticari mekanda yapılabileceğinden hareket ederek, bu konuda kesin ayrımlar yapmak her zaman pek mümkün olmayacağı ile ifade etmiştir (karar için bkz. ***Niemietz v. Germany,*** ECHR, 16.12.1992, 13710/88 (hudoc)). Bu karar hakkında ayrıca bkz. Arslan Öncü, s. 193; Harris ve diğerleri, s. 383; Kilkelly, s. 33. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yeni tarihli içtihatlarında da, bazı durumlarda şirketlerin merkez, şube ve diğer iş eklentilerini 'konut' olarak nitelendirdiği gözlemlenebilir. Bazı kararlar için bkz. ***Societe Colas Est and Others v. France,*** , 16.4.2002, 3797197 (hudoc); ***Petri Sallinen and Others v. Finland,*** , 27.9.2005, 50882/99 (hudoc). Bu konuda ayrıca bkz. Arslan Öncü, ss. 193-194; İnceoğlu (Edt.), s. 319.

41 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde konut dokunulmazlığı, özel hayatın korunması kapsamında değerlendirildiği için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bazı durumlarda konut dokunulmazlığının ihlâli unsurlarının tartışma yarattığı hâllerde bu tartışmalara girmeksizin kararları genel olarak AİHS m. 8 çerçevesinde özel hayatın dokunulmazlığının ihlâli kapsamında değerlendirmektedir. Örneğin işyerlerinin 'konut' olarak nitelendirildiği tüm AİHM kararlarında, başvurucular serbest meslek sahipleridir (*bu kararlar için bkz.* Arslan Öncü, s. 193). Buna karşılık bir kamu kurumunda -üst mahkemede, Yargıtay'da- çalışan bir kişinin işyerinde yapılan bir delil aramasının konut dokunulmazlığına ihlâl gerekçesiyle yapılan bir başvuruda, AİHM kamu kurumlarının konut dokunulmazlığı çerçevesinde 'konut' sayılıp sayılmayacağı tartışmasına çok fazla girmeden, en azından kamu kurumunda da çalışıyor olsa kişinin masasındaki çekmecenin ve dosya dolabının *özel hayatın korunması* kapsamına gireceğini ve dolayısıyla bu şekilde elde edilen delilin AİHS m. 8 anlamında bir ihlâl oluşturduğuna karar vermiştir (***Peev v. Bulgaria,*** 26.7.2007, 64209/01 [hudoc]). Bu sonuç AİHS'nin konut dokunulmazlığına saygı hakkını, özel hayatın korunması hakkı ile birlikte 8. maddede düzenlemesi ile doğmuştur. Ancak özellikle bu şekilde örneğin konut sayılıp sayılmayacağı şüpheli bir yerde elde edilen delil sebebiyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılması hâlinde kanaatimizce hem Anayasa'nın 20. hem de 21. maddesine dayanılması bu konuda doğabilecek mağduriyetleri önleyebilecektir.

delil sorunu hakkında önemli tartışmalar yaratmaktadır. Rekabet hukuku ve iş hukukundaki bu uygulamalara ve ispat hakkı çerçevesinde varılan sonuç ve değerlendirmeler yukarıdaki açıklamalarımızda yer almaktadır.

Bu kapsamda konut dokunulmazlığı hem kamusal organların hem de özel kişilerin konutlara yapacağı haksız ve hukuka aykırı müdahâlelere karşı konutu koruma altına almaktadır[42]. Bu anlamda delil elde etme amacıyla -medenî yargılama hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda yeri olmasa da- kamu organlarınca yapılan haksız bir arama işlemine karşı da, özel kişiler tarafından konutta yapılan araştırma neticesinde elde edilen deliller de konut dokunulmazlığı hakkını ihlâl ederek ele geçirilmiş sayılır.

C. Haberleşme Özgürlüğüne Yapılan Müdahâlelerle Delil Elde Etme

1. İspat Hakkı ile Haberleşme Özgürlüğünün Çatışması ve İspat Hakkı Karşısında Haberleşme Özgürlüğüne Yapılacak Müdahâlelerin Sınırı

a. Sorunun Ortaya Konulması

Haberleşme özgürlüğü de gerek Anayasa ve uluslararası sözleşmeler gerekse ceza hukuku normları çerçevesinde güvence altına alınan temel haklardandır. Haberleşme özgürlüğü aynı zamanda kişinin özel hayatının korunması çerçevesinde kabul edilen en önemli unsurların başında gelir.

Medenî yargılama hukukunda ise, ispat hakkının kullanılabilmesi ve özellikle delil elde edilebilmesi için haberleşme özgürlüğüne birtakım müdahâlelerde bulunulabilmektedir. Bu müdahâlelerin çeşitli uyuşmazlıklar çerçevesinde ne şekilde gerçekleştiğine ilişkin örnekler üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır. Gerek iş hukuku gerek ticaret hukuku gerekse aile hukuku uyuşmazlıklarında kişiler yargılamada delil olarak kullanılmak üzere çeşitli yollarla başka kişilerin haberleşme özgürlüğüne müdahâlelerde bulunabilmektedir. Örneğin kişinin telefonuna gizlice casus program yerleştirerek konuşmaları kayda almak, telefon mesajlarına gizlice erişmek; kişinin bilgisayarından birtakım belge, bilgi, resim, mesaj, malî kayıtlarına erişmek haberleşme özgürlüğüne (Ay m. 22; AİHS m. 8; TCK m. 132-133)[43] aykırılık teşkil eder.

Bu şekilde haberleşme özgürlüğüne müdahâle edilerek delil elde edilmesi, bir

---

[42] Harris ve diğerleri, s. 387.

[43] Bu konuda bkz. Ateş, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 97-100; Pekcanıtez, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 844-848; Tanrıver, Hukuka Aykırı Deliller, s. 373.

yandan ispat hakkının temin edilmesine hizmet etmekteyken diğer yandan bu özgürlüğe yönelik temel hakka müdahâle teşkil eder. Dolayısıyla burada iki temel hakkın birbiri ile çatışması durumu söz konusudur. Özel hayatın korunması çerçevesinde haberleşme özgürlüğünün de hangi ölçütler çerçevesinde sınırlandırılabileceği, bu hakka hangi ölçütler çerçevesinde müdahâle edilebileceği daha önceki açıklamalarımızda ele alınmıştır. Burada özellikle telefon dinlemeleri, iletişimin kayda alınması, elektronik iletişim araçlarının tespiti konusunda bazı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihatlarını ele alarak ispat hakkı ile haberleşme özgürlüğünün çatışması durumu üzerinde durmak isteriz.

b. Haberleşme Özgürlüğüne Yapılabilecek Müdahâlelerin Sınırı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen haberleşmeye saygı hakkı posta, telefon, faks ve kişisel internet gibi araçları koruma altına almaktadır[44]. Özel veya işyerlerinde yapılan telefon görüşmeleri de Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında 'haberleşme' olarak kabul edilir. Bu anlamda bireylerin iletişim için birbirlerine ilettikleri tüm sözler haberleşmeye saygı hakkı kapsamında değerlendirilir[45]. Mahkeme telefon dinlemeleri, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması gibi iletişime dâhil olan bütün fiilleri Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde değerlendirmeye almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir delil elde etmek amacıyla kişilerin haberleşme araçlarına yapılan müdahâleleri Sözleşme'nin 8. maddesinin, 2. fıkrasının gereklilikleri çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu kapsamda haberleşme özgürlüğüne yapılan bir müdahâlenin hukuka uygun sayılabilmesi için (*i*) müdahâlenin yasa ile öngörülmüş olması, (*ii*) meşru amaçlardan birinin olması ve (*iii*) müdahâleye, demokratik toplumda gerekli olması koşullarının somut olayda bulunması gerekir[46].

Yukarıdaki hukuka uygunluk şartları açısından değerlendirme yapıldığında, öncelikle Türk medenî yargılama hukukunda, özellikle yargılama öncesinde delil elde etme amacı ile kişilerin haberleşme özgürlüğüne müdahâle öngören bir düzenleme bulunmadığını belirtmek gerekir. Dolayısıyla kişilerin, medenî yargıda bir dava aç-

---

44 Doğru ve Nalbant, C. II, s. 10; Mowbray, s. 181.

45 Doğru ve Nalbant, C. II, s. 10; Mowbray, s. 181.

46 Bu unsurlar hakkında bkz. Doğru ve Nalbant, C. II, ss. 11-19. Ayrıca 8. maddeye ilişkin bu genel sınırlama ölçütlerine daha önceki açıklamalarımızda yer verilmiştir. Bu konuda bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 15.

madan önce mahkemelere başvurarak iletişimin tespiti veya haberleşme özgürlüğüne dâhil olan haberleşme kayıtlarına erişme imkânı tanıyan bir mahkeme kararı elde etmeleri mümkün değildir. Yargılama sırasında ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun maddesinin hâkime verdiği yetki çerçevesinde kişilerin elektronik bilgi kaynaklarını -*örneğin bilgisayar kayıtlarının, elektronik postalarının*- yargılamaya getirmek zorunda bırakılmasının, Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında aranan türden bir hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği düşünülebilir[47]. Zira bazı durumlarda haberleşme özgürlüğü kapsamında koruma şemsiyesi altında bulunan birtakım belgelerin, yargılama sırasında belgeleri ibraz mecburiyeti kapsamında yargılamaya getirilmesi söz konusu olabilir. Ancak bu durumda da, hâkimin söz konusu belgelerin haberleşmenin gizliliği esasları çerçevesinde korunduğunu gözeterek ölçülülük ilkesine uygun tedbirler kapsamında belge ibrazına karar vermesi kanaatindeyiz.

Bu kapsamda kanaatimizce değerlendirilmesi gereken bir diğer husus dava öncesinde veya sırasında delil tespiti yolu ile iletişimin tespiti kararı verilebilip verilemeyeceğidir. Delil tespiti, kaybolma veya bozulma riski taşıyan uyuşmazlığa ilişkin delilleri güvence altına alan ve bu şekilde yargılamada hem gerçeğe ulaşılmasına hem de ispat hakkına hizmet eden bir kurumdur[48]. İlk bakışta delil tespiti yolu ile iletişimin tespiti kararı verilebileceği ve bu durumun kanunun verdiği yetkiye dayandığı düşünülebilir. Ancak özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukuku incelendiğinde haberleşme özgürlüğü gibi temel bir hakka müdahâle içeren yasanın, konuyu açıkça, tereddütsüz olarak düzenlemesi gereği bu taleplerin önünde engel teşkil eder. Örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açık bir şekilde hangi koşullar altında kişilerin telefonlarının dinlenebileceği, iletişimin tespiti kararı alınabileceği düzenlenmiş olsa idi yasaya uygunluk unsurunun karşılandığını ifade

---

[47] Daha önceki açıklamalarımızda yer verdiğimiz üzere hâkimin emri üzerine karşı taraf ve üçüncü kişiler haberleşme özgürlüğü kapsamına da girebilecek birtakım belge ve bilgileri yargılamaya getirme zorunluluğu altında bırakılırken örneğin kişinin ticarî sırlarının, meslekî sırlarının, kişisel verilerinin de korunması gerekir. Karşı taraf veya üçüncü kişi bu koruma şemsiyesinden yararlandırılmaksızın ibraz mecburiyeti getirildiği takdirde, özünde kişilerin haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatın korunması temel hakkına getirilen böyle bir sınırlama *ölçülülük ilkesinin* gerekliliklerini karşılamaktan yoksun kalır. Aynı zamanda yargılamada gerçeğe ulaşılmasına hizmet eden ibraz yükümlülüğünün hukuka uygun bir uygulama alanına sahip olması, ibraz yükümlülüğü altında bırakılan kişilerin temel haklarının da gözetilmesi zorunluluğunun önemini artırır.

[48] Delil tespitinin ispat hakkının bir güvencesi olması bakımından sahip olduğu fonksiyon bakımından bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6.

etmek mümkün olabilirdi[49]. Ceza yargılamasında iletişimin tespitini düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu, bu anlamda Sözleşme'nin aradığı açık düzenlemeye sahiptir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ***Kruslin v. Fransa*** davasında, Fransız Ceza Yargılaması Kanunu'nda yer alan "soruşturma hâkimi, yasaya uygun olarak gerçeğin ortaya çıkarılması için yararlı olduğunu düşündüğü tüm soruşturma tedbirlerini alır." şeklinde genel bir yetkiyi içeren maddeyi telefon dinlemesine yönelik mahkeme kararı verilebilmesi için yeterli bulmamış; böyle bir düzenlemenin keyfî uygulamalara sebebiyet vereceğine karar vermiştir[50]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uzun süredir istikrarlı şekilde şekillendirdiği bu görüşü ile haberleşmeye saygı hakkına kamu makamlarının, hangi şartlar içinde ve hangi hallerde potansiyel tehlike oluşturan bu müdahâleye başvurmaya yetkili olduklarını düzenleyen hükümlerin *herkesin erişebileceği nitelikte* ve *açıklıkta olmasını aramaktadır*[51]. Hatta Mahkeme'ye göre bu konuda -haberleşmeye müdahâle konusunda- kullanılabilecek teknoloji devamlı olarak geliştiği için konu ile ilgili kuralların çok açık ve ayrıntılı olması hayati önem arz etmektedir[52]. Bu içtihatlar da değerlendirildiğinde, rahatlıkla medenî yargılama hukuku uygulamasında -Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu yönde açık bir düzenleme bulunmadığından- delil elde etme amacıyla haberleşmenin tespitine yönelik

---

[49] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ***Khan v. Birleşik Krallık*** davasında, eroin kaçakçılığı ile ilgisi bulunduğu şüphesi ile gözetim altına alınan bir kişinin, yine benzer suçlardan dolayı şüpheli olan bir tanıdığının evine dinleme cihazı yerleştirilmesini, 8. Maddenin 2. Fıkrasına aykırı bulmuştur. Mahkeme, iç hukukta bir kişinin hakkına keyfî şekilde müdahâle edilmesine karşı yeterli koruma sağlanması gerektiğini; yasal düzenlemelerin, hangi durumlarda ve hangi şartlar altında kamu makamlarınca bu şekilde gizli tedbirlere başvurabileceğine ilişkin yeterli göstergelerin bireylere yeterince açık bir şekilde sağlanması gerektiğine karar vermiştir (Harris ve diğerleri, s. 409). Bu karar için bkz. ***Khan v. The United Kingdom,*** 4.10.2000, 35394/97, § 25-27 (hudoc). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin benzer şekilde iletişimin tespiti ve telefon dinlemelerini aynı sebeple hukuka aykırı bulduğu diğer kararları için bkz. ***PG and JH v. The United Kingdom,*** 25.12.2001, 44787/98, § 37-38 (hudoc); ***Kruslin v. France,*** 24.4.1990, 11801/85, § 27-36 (hudoc); ***Armstrong v. The United Kingdom,*** 16.10.2002, 48521/99, § 19-20 (hudoc); ***Chalkey v. The United Kingdom,*** 12.9.2003, 63831/00, § 24-25 (hudoc).

[50] ***Kruslin v. France,*** 24.4.1990, 11801/85, § 17, 27-36 (hudoc). Ayrıca bkz. Harris ve diğerleri, ss. 409-410.

[51] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre yasaya uygun bir dinleme kararı verilebilmesi için (*i*) dinleme kararı verilmesini gerektirebilecek suçların niteliği, (*ii*) iletişimi denetlenebilecek kişi kategorilerinin tanımlanması; (*iii*) bu şekilde bir denetlemenin süresi ile ilgili sınır; (*iv*) elde edilen verilerin incelenmesi, kullanılması ve depolanması gereken önlemler ve elde edilen verilerin silinebilmesi veya silinmesi gerektiğine ya da kayıtların yok edilebilmesi veya yok edilmesi gerektiğine dair koşulların düzenlemede yer alması gerekir (bu konuda bkz. Harris ve diğerleri, s. 411). Bu konudaki bazı içtihatlar için bkz. ***Weber and Saravia v. Germany,*** 29.6.2006, 54934/00, § 95 (hudoc); ***Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria,*** 28.6.2007, 62540/00, § 76 (hudoc).

[52] ***Kopp v. Switzerland,*** 25.3.1998, 13/1997/797/1000, § 72 (hudoc).

herhangi bir mahkeme kararı verilmesi, mutlak şekilde Anayasa'ya ve uluslararası sözleşmelere aykırılık oluşturacaktır.

Belirtmek gerekir ki, üzerinde durduğumuz bu içtihatlar dinleme, gözetlemeye ilişkin *yerel mahkeme kararlarını* veya *kamu makamının müdahâlelerini* haberleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirmektedir[53]. Buna karşın Türk hukukunda sıklıkla karşılaşıldığı üzere *mahkeme kararı olmaksızın* ve bir *yasa hükmüne dayanmaksızın*, özellikle dava öncesi özel kişiler tarafından -*delil elde etmek amacıyla*- haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahâleler bu içtihatların tartışma konusu dışında kalmıştır. Ancak kamu makamları açısından dahi haberleşme hürriyetine müdahâle için *açık, tereddütsüz ve ayrıntılı* hukukî dayanak arayan içtihat hukukunun, özel kişiler tarafından herhangi bir *yasal yetkiye dayanmadan* ve/veya *mahkeme kararı olmaksızın* yapılan müdahâleler *evleviyetle* Sözleşme'nin 8. maddesine hukuka aykırı müdahâle teşkil edecektir.

Buna ek olarak belirtmiş olduğumuz gerekçeler çerçevesinde, Türk medenî yargılama sisteminde iletişimin tespiti veya konuşmaların kayda alınmasına izin veren herhangi bir *genel nitelikli düzenleme* bulunmadığından, kanaatimizce bir mahkeme kararına dayanılsa da kamu otoriteleri tarafından kamu gücüne dayanılarak ve re'sen karar alınarak haberleşmeye müdahâle edilmişse de özel kişiler tarafından herhangi bir karara dayanılmaksızın gerçekleştirilmiş olsa da, delil elde etmek amacıyla yapılan dinlemeler veya iletişimin tespitleri hukuka aykırı olacaktır. Hukuka aykırı bir delilin ise, medenî yargılama sistemimizde yargılamada değerlendirilmesi bizatihi Hukuk Muhakemeleri Kanunu tarafından yasaklanmıştır. Bu anlamda temel haklar öğretisi çerçevesinden bakıldığında, Türk medenî yargılama sistemimizde haberleşme özgürlüğü ihlâl edilerek elde edilen bir delili mutlak kullanma yasağı bulunduğunu ifade etmek gerekir.

3. Haberleşmenin Gizliliğini İhlâl Suçu ve İspat Hakkı

Haberleşme özgürlüğüne müdahâle edilerek elde edilen delillerin hukuka uygunluğu ve özellikle meşruluğu belirlenirken hukuk kurallarını sistemin bütünü içerisinde değerlendirmeden sonuca ulaşılması son derece hatalı olacaktır. Bu anlamda haberleşme özgürlüğüne Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı

[53] Bu konuda bkz. Mowbray, s. 181.

şekilde müdahâlede bulunurken bu hukuka aykırılığın ceza hukuku anlamında bir suç fiili oluşturduğu göz ardı edilmemelidir. Örneğin kişinin telefon mesajlarına, kayıtlarına gizlice erişmek; kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması hukuk sistemimizde haberleşmenin gizliliğini ihlâl suçunu oluşturmaktadır. "*Haberleşmenin gizliliğini ihlâl*" başlığını taşıyan Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesi uyarınca, suçla korunan hukukî yarar, *haberleşme özgürlüğü*dür[54]. Bu kapsamda da haberleşme özgürlüğü, hak sahibinin dilediği kimselerle dilediği biçimde haberleşmesinin engellenmemesi ve bu haberleşmenin ilgililerin izni olmadıkça üçüncü kişilerin algı ve müdahâlesinden korunmasını ifade eder[55]. Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesinde düzenlenen suçun maddî unsurunu da, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlâli oluşturur[56]. Buradaki *gizliliğin ihlâli*, haberleşmenin içeriğinin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesidir[57]. Aynı zamanda suçun oluşması için *kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi*, haberleşme içeriğinin yetkisiz üçüncü kişilere aktarılması, onların öğrenilmesinin sağlanması gerekir[58]. Haberleşme gizliliğinin ihlâlinin, haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleştirilmesi nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir (TCK m. 132/1, c. 2). Bu anlamda kayıt konuşmanın bir ses kayıt cihazı ile belirlenmesi, mektubun bir kopyasının yapılması durumları nitelikli hâl kapsamında değerlendirilir[59].

Yine benzer şekilde, Türk Ceza Kanunu'nun 133. maddesinde de, *kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması* suçu düzenlenmiştir. Suçla korunan hukukî değer, yine *özel hayatın gizliliği*dir[60]. Aynı zamanda suçun düşünce özgürlüğü ile de ilişkisi bulunur; zira, kişiler arasında gerçekleştirilen alenî olmayan konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması korkusu yaşayan kişiler düşüncelerini özgürce ifade edemezler[61]. Bu suç bakımından cezalandırılan eylemler arasında, (*i*) kişiler arasındaki alenî olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleme veya bunları ses alma cihazı ile kaydetme (TCK m.

[54] Özbek ve diğerleri, s. 523; Soyaslan, s. 341; Yaşar ve diğerleri, s. 4078.
[55] Özbek ve diğerleri, s. 523.
[56] Özbek ve diğerleri, s. 524.
[57] Özbek ve diğerleri, s. 525.
[58] Özbek ve diğerleri, ss. 526-527; Soyaslan, s. 342.
[59] Özbek ve diğerleri, ss. 531-532.
[60] Özbek ve diğerleri, s. 537; Yaşar ve diğerleri, s. 4091.
[61] Özbek ve diğerleri, s. 538.

133/1)[62], (*ii*) kişiler arasındaki alenî olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa etmek (TCK m. 133/3) de yer alır[63]. Benzer şekilde Türk Ceza Kanunu'nun 133. maddesinde düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu açısından, meşru savunmanın hukuka uygunluk sebebi oluşturması mümkündür[64]. Bu duruma örnek olarak, tehdit edilen kişinin tehdit edenin sesini kaydetmesi durumu verilebilir[65]. Nitekim kanaatimizce aynı durum boşanma davalarında da bir hukuka uygunluk sebebi oluşturarak kişinin karşı taraftan gizlice kayıt altına aldığı konuşma delil olarak kullanılabilecektir. Örneğin eşlerden biri diğerini aldatmış ve bunu telefonda itiraf etmiş; diğer tarafın bu konuşmayı kaydetmesi meşru savunma sınırları çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Görüldüğü üzere haberleşme özgürlüğüne ispat hakkı pahasına da olsa müdahâlede bulunulması Türk Ceza Kanunu anlamında suç oluşturur. Bu durumda özellikle özel kişiler tarafından delil elde etmek amacıyla bir başkasının haberleşme hürriyetine yapılan müdahâleler aynı zamanda suç oluşturmaktadır. Suç oluşturan bir fiilin cezalandırılmaması ise, kural olarak ancak hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmasına bağlıdır. Bu bağlamda kanunun -*yani Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun*- kişilere delil elde etmek için başkasının haberleşme hürriyetine müdahâlede bulunabileceğini düzenleyen bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığı önem arzeder. Zira böyle bir düzenleme, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu duruma imkân veren bir düzenleme bulunmamakla birlikte; aynı zamanda bu tip durumlar "hukuka aykırı delil" kapsamında değerlendirilerek yasaklanmaktadır. Dolayısıyla örneğin boşanma davasında veya başka bir uyuşmazlık hakkında delil elde etmek amacıyla bir başkasının haberleşme hürriyetine yapılan müdahâle ispat hakkının teminine hizmet etse de kanaatimizce eylemi suç olmaktan çıkarmamaktadır.

Bu noktada üzerinde durulması gereken yine diğer bir nokta, medenî yargılama hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta bir mahkeme kararına dayanılarak delil elde etmek için haberleşmenin dokunulmazlığı temel hakkına müdahâlede bulunulmasının Türk

[62] Bu konuda bkz. Özbek ve diğerleri, ss. 540-542.
[63] Bu konuda Özbek ve diğerleri, ss. 542-543.
[64] Özbek ve diğerleri, s. 543.
[65] Özbek ve diğerleri, s. 543.

Ceza Kanunu anlamında eylemi suç olmaktan çıkarıp çıkarmayacağı meselesidir. Zira hukukumuzda medenî yargılamaya ilişkin uyuşmazlıklarda, kanunda bu yetki verilmemiş olsa dahi özellikle boşanma davalarında bazı yerel mahkemelerin iletişimin tespiti kararı verdiği bilinmektedir. Şüphesiz ki, Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlâl suçu bakımından kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk unsurudur (TCK m. 24/1)[66]. Bu anlamda örneğin mahkemenin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesine dayanılarak verilen bir iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararı hukuka uygunluk sebebi olacaktır[67]. Ancak medenî yargıya ilişkin uyuşmazlıklarda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin uygulanma imkânı bulunmadığından, medenî yargıda mahkemelerin vereceği bu yönde bir iletişimin tespiti kararı, eylemi suç olmaktan çıkaracak bir hukuka uygunluk sebebi (TCK m. 24/1) oluşturmaz. Zira CMK m. 135 uyarınca iletişimin denetlenmesi tedbiri ancak belirli suç tiplerinin söz konusu olduğu durumlarda verilebilir[68].

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin haberleşme hürriyetine ilişkin vermiş olduğu bir karar oldukça önemli ve emsal niteliktedir. Karara konu olayda özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlık için -avukatlık ücret sözleşmesinin hile ile imzalatıldığını ispat edebilmek için- davacının evinde gizlice konuşmalarının kaydı alınmış, CD'ye kaydedilmiş, CD çözümü de noter aracılığı ile güvence altına alınmak istenmiş. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bu kararında hem bu ses kaydının hukuka aykırı elde edilmesi sebebiyle delil teşkil edemeyeceğine karar vermiş hem de suç oluşturan eylemler hakkında işlem yapmaması gereken noterin ve böyle bir işlemi notere yaptıran avukatın eylemlerinin suç oluşturması ve haklarında bir ceza davası bulunması sebebiyle davacının kişilik haklarını da zarara uğrattıklarından bahisle noter aleyhine tazminata hükmetmiştir[69]. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bu kararında, olması gerektiği gibi konu-

---

66 Özbek ve diğerleri, ss. 528-529.

67 Özbek ve diğerleri, s. 529.

68 Bu konuda bkz. Centel ve Zafer, ss. 421-422; Doğan ve diğerleri, Ceza Muhakemesi, ss. 461-462; Öztürk (Edt.), ss. 536-537; İbrahim Şahbaz, **İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller,** Ankara 2009, s. 5 vd.; Ünver ve Hakeri, s. 437.

69 "... Dava konusu olayda; davacı avukatın, önceki vekil edeni olan dava dışı A.'ün hile ile avukatlık ücret sözleşmesi imzalattığını kanıtlamak amacıyla, davacının evinde isteği dışında gizlice sesini kaydettiği, daha sonra davacının ses kaydı bulunan CD'yi davalının avukatı B.'e vermiştir. Davalı avukat, konuşmaların gizlice kaydedilmesi nedeni ile CD'nin Ceza Muhakemesi Yasası'nın 206/2-a ve 217/2 maddeleri uyarınca hukuka uygun elde edilmiş delil niteliği taşımadığını bilmesi gerekir. Buna rağmen davalı A.E.'a ait İzmir 27. Noterliği'ne başvurarak CD'nin çözümünü yaparak emanete

yu sadece hukuka aykırı delil boyutu ile incelememiş, bir bütün içerisinde söz konusu eylemin Türk Ceza Kanunu anlamında suç oluşturması gerçeğini de gözönüne alarak kararını vermiştir. Bu anlamda karar ispat hakkı karşısında haberleşme hürriyetine müdahâlede bulunulamayacağını gerekçeleriyle birlikte ele alan emsal nitelikte bir karardır.

C. Kişisel Verilere Erişerek Delil Elde Etme

Kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın korunması hakkı kapsamında kabul edilen önemli bir alt temel haktır. Özel hayat kavramının geniş yorumlanması gerektiği yönünde eğilimi bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir kişinin özel hayatı ile ilgili veri toplanmasını, bu verilerin saklanmasını ve kullanılmasını Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir[70]. Esasında kişisel veriler, ayrı bir düzenleme bulunmaksızın Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde mutlak olarak koruma altındadır. Ancak kişisel veri kavramının gün geçtikçe genişlemesi ve konuyla ilgili birçok alanda uyuşmazlıkların doğması konuyu ayrı olarak Avrupa Birliği nezdinde koruma şemsiyesi altına sokma ihtiyacı doğurmuştur. Mahkeme'nin, kişisel verilerin toplanması, saklanması ve kullanılmasına ilişkin başvurular üzerine verdiği birçok kararda, Avrupa Konseyi tarafından 28 Ocak 1981 tarihinde kabul edilen ve 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe giren "*Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi*

---

alınmasını istemiştir. Davalı noter başkatibi E. daire dışında notlar alıp çözümü yapmış, davalı noter katibi H. de tutanaklara geçirmiş, çözümleme ve emanet tutanağı noter başkatibi tarafından imzalanarak saklanmak üzere CD'yi emanete almıştır. / Davalı noter, Adalet Bakanlığı'nın 93/27, 95/55 ve 98/16 sayılı genelgeleri gereğince, ceza soruşturması ve kovuşturmasına neden olabilecek bir konuda noterlerin tespit yapmaması gerektiği bildirilmesine rağmen bu hususa aykırı davranmıştır. İşlem noter katibi H. tarafından hazırlanarak başkatip E. tarafından imzalanmıştır. Davalı noter, genelgeye uygun işlem yapmayan katip ve başkatip üzerinde gerekli denetim ve gözetim, hatta onları bilgilendirme görevlerini yerine getirmediğinden kusurludur. / Noter başkatibi E. ise, CD'nin daire dışında deşifre edilmiş çözümlerini tutanaklara geçirip noter adına imzaladığı için sorumlu bulunmaktadır. / Davalı Noter Katibi H., sadece CD çözümünü tutanaklara yazmış olup herhangi bir sorumluluğu bulunmadığından ona yönelen davanın reddi yerinde görülmüştür. / Gizlice kaydedilmiş CD'nin kanıt olarak kullanılamayacağını bilmesi gereken ve çözüm yaptırarak emanete aldıran davalılardan Avukat B.'in eylemi, amacı böyle olmasa bile davacının kişilik haklarına saldırı oluşturur. / Dosyadaki kanıtlardan; ses kaydının yasaya aykırı olarak, gizlice elde edildiği anlaşılmaktadır. Gizli yollardan ses kaydedilmesi, davacının gizli kalması gereken ye açıklanmasında kamu yararı bulunmayan özel yaşamı ile ilgili sırların dışarıya yansıtılması, davacının kişilik haklarına saldırı oluşturur. / Yerel mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, davalıların kusurlu eylemleri ile Anayasa'ya TCK'na ve İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı davranışlarıyla davacının kişilik haklarına saldırıda bulundukları benimsenip davacı yararına uygun bir tutarda manevî tazminat takdir edilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle, istemin tümden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir." 4. HD, 23.6.2010, 2009-8119/7573.

[70] Bu konuda bkz. Yaşar Salihpaşaoğlu, **Türkiye'de Basın Özgürlüğü** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2007, ss. 244-245; Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması,** İstanbul 2008, s. 10 vd.

Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına Dair Sözleşme (Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data)"ye atıfta bulunması, Mahkeme'nin, bu Sözleşme'deki "kişisel veri" tanımını benimsediğini ortaya koymaktadır[71].

Konumuz açısından da özel hayatın korunması kapsamında kişisel verileri ayrı bir başlık altında ispat hakkı ile ilişkisi oranında değinmemizin sebebi, kişisel veri olarak kabul edilen birtakım değerlerin yargılama sürecine, kişilerin ispat hakkını kullanabilmesi için yargılamaya getirilebilmesidir. Bu durum çoğunlukla hukuka aykırı delil olarak kabul edilir ve kişilerin ispat hakkını kullanması, bu kişisel veriye dayansa dahi mahkemelerce verinin delil olarak kullanılmasına imkân verilmez[72]. Kişisel verilerin yargılama sürecinde kullanılmak istenmesine verilebilecek örnekler kişilerin tıbbî kayıtlarının -*ve özellikle DNA verilerinin*[73]-, telefon dökümlerinin, çekilmiş video veya fotoğrafların ispat hakkını kullanmak isteyen tarafça yargılamaya getirilmesini göstermek mümkündür.

IV. TÜRK HUKUK UYGULAMASINDAN ÖRNEKLER

A. Genel Olarak

Türk hukukunda hukuka aykırı delil uygulamasında sebebiyet unsurların birtanesi de, bazı uyuşmazlık türleri açısından taraflara yüklenen ispat yükleridir. Bazen maddî hukuk kuralları öyle ispat yükü kuralları düzenler ki, tarafların ispat yükünü,

---

71 Salihpaşaoğlu, s. 244.

72 Bu konuda ayrıntı için bkz. Manfred Dauster ve Franz Braun, "Verwendung fremder Daten im Zivilprozess und zivilprozessuale Beweisverbote", **NJW,** Y. 53, S. 5, 2005, ss. 313-319. Örnek bir karar için bkz. "Somut olayda; davacı, müdür olarak çalıştığı okulda öğretmenler arasında yaşanan huzursuzluğu gidermek için davalı öğretmen Derya'yla görüşmek istemiş, davalının bir sonraki gün evine davet etmesi üzerine eşi ve çocuğu ile birlikte kendisini ziyaret etmiştir. Bu ziyaret sırasında davacının ses ve görüntüsü gizlice kaydedilmiş ve Mustafa isimli şahsa verilmiştir. / Davacının beyanlarından rahatsızlık duyan Mustafa, Cumhuriyet Savcılığı ve Milli Eğitim Bakanlığı'na şikayette bulunmuştur. Cumhuriyet Savcılığınca yapılan tahkikat sonucunda 'şüphelinin konuşmalarının gizlice kaydedildiği CD'nin CUMK.nun 206/2-a, 217/2. maddeleri uyarınca rızası dışında kaydedilmesi nedeniyle hukuka uygun elde edilmiş delil niteliği taşımadığı' gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. / Davalıların gizlice ses ve görüntü kaydetme biçiminde gerçekleşen bu eylemi, davacının şeref ve haysiyetine tecavüz etme amacı güdülmemiş olsa bile, kişilik haklarına saldırı oluşturur. Yukarıda anılan yasal düzenlemeler karşısında TMK.nun 24. maddesi yollamasıyla BK.nun 49. maddesi uyarınca davacı lehine manevi tazminat takdiri gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir." 4. HD, 26.10.2007, 2006-13723/13089. Ayrıca bkz. Güray Dağ, **Kişisel Verilerin Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Olarak Kullanılması** (Marmara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2011, s. 35 vd.; Uğur Ersoy, **Bir İnsan Hakları Olarak "Kişisel Verilerin Korunması"** (Gazi Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2009, s. 20 vd.

73 DNA verilerinin özel hayatın korunması hakkı ile ilişkisi konusunda bkz. Çankaya, ss. 437-438.

karşı tarafın özel hayatına müdahâle etmeden yerine getirebilmesi; bu anlamda yargılamada kendi lehine hak elde etmesi mükün değildir. Bunun tipik örneği boşanma davalarıdır. Bunun hâricinde aşağıda ayrıca bazı iş davalarına ve rekabet hukuku uyuşmazlıklarına da değinilecektir. Bu başlık altında yapacağımız tespitler de, ispat yükü kurallarının ispat hakkı üzerindeki önemini ve bazı ispat hakkı ihlâllerinin giderilebilmesi için öncelikle maddî hukuk normlarında değişikliğe gidilmesi gerektiğini gösterecektir.

B. Boşanma Davaları

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delil denildiğinde, özellikle medenî yargıda akla gelen konuların başında boşanma davaları bulunur. Nitekim bu sebeple medenî yargıya ilişkin davalarda ve özel olarak boşanma davalarında hukuka aykırı delillerin kullanılması sorunu, uzun zamandır gerek yargı içtihatlarında gerek öğretide tartışılan bir konudur[74]. Daha önceki açıklamalarımızda temel hak çatışmasında, diğer temel haklara yapılan ölçüsüz müdahâleler karşısında ispat hakkının korunmayacağından bahsetmiştik. Ancak özellikle boşanma davaları açısından özel hayatın korunması hakkına üstünlük tanıyıp ispat hakkını temel hak çatışmasında ikinci plâna itmek her zaman adalet hissini tatmin eden bir çözüm olarak görünmemektedir. Nitekim kanaatimizce Yargıtay'ın da boşanma davalarında hukuka aykırı delillerin kullanılmasına ilişkin içtihatlarında zaman zaman birbirine tamamen zıt yönde kararlar vermesinin temelinde de bu durum yatmaktadır. Bazen bir yandan boşanmak isteyen tarafa, "zina"nın ispat edilmesi yükü yüklenmekte (TMK m. 161) diğer yandan da "kişinin cinsel hayatı, özel hayatının en mahrem kısmıdır; bu alana bu şekilde müdahale edilmesi mümkün değildir; bu sebeple davada kullanılmak istenen hukuka aykırı yollarla elde edilen fotoğrafa/video kaydına ve sair delile dayanılamaz" denilmektedir. Bazı durumlarda da kişilere, lehlerine tazminata hükmedilebilmesi için

[74] Boşanma davalarında hukuka aykırı delil uygulamaları için bkz. Ateş, Hukuka Aykırı Deliller, s. 89 vd. Hukuka aykırı elde edilen bulguların genel olarak medenî yargıdaki durumu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Alangoya ve diğerleri, ss. 300-303; Bolayır, ss. 69-75; Karslı, ss. 549-551; Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 36 vd.; Pekcanıtez, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 779 vd.; Tanrıver, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 368 vd.; Mehmet Akif Tutumlu, "Hukuk Davasında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İspat Değeri", **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan,** C. II, Ankara 2010, (Hukuka Aykırı Deliller), ss. 2155 vd.; Yıldırım, Hukuka Aykırı Deliller, ss. 861 vd. Yabancı hukukta konuya ilişkin tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için özellikle bkz. Baumgärtel, rechtswidrig erlangter Beweismittel, ss. 477 vd.; Fink, ss. 74 vd.; Habscheid, Beweisverbot bei illegal, ss. 187 vd.; Habscheid, Persönlichkeitsrecht, ss. 840 vd.; Kodek, Rechtswidrig erlangte Beweismittel, ss. 523 vd.; Peters, rechtswidrig erlangter Beweise, ss. 145 vd.; Tresenreuter, ss. 45 vd.; Zeiss, ss. 377 vd.

"karşı tarafın kusuru"nun ispat edilmesi yükü (TMK m. 174) yüklenmekte[75], ancak diğer yandan "kişilerin gizlice izlenmesi, kayda alınması suç oluşturur; bu şekilde elde edilen bir delil yargılamada kullanılamaz" denilmektedir. O hâlde, örneğin eşinin kendisini aldattığını düşünen ve zina sebebiyle evliliğini sonlandırmak isteyen taraf, karşı tarafın özel hayatına müdahale etmeden bu iddialarını nasıl ispatlayabilecek, boşanmayı nasıl sağlayabilecek; bu iddiaları ispat etmek için hangi *hukuka uygun* bilgi kaynağına delil olarak dayanabilecektir? Bu sorular bizi, Türk Medenî Kanunu'ndaki boşanma sebeplerinin (TMK m. 161-166), yargılamada, özellikle ispat ve ona bağlı olarak yargısal temel haklar bakımından doğurduğu sorunlara götürmektedir.

Özel hayatın korunması kapsamında kişilerin evlenmesi kadar bu evliliği sonlandırma özgürlüğünün bulunması da, özel hayatın korunması hakkına dahil temel bir hak olarak kabul edilir[76]. Boşanmak isteyen tarafın ise boşanabilmesi için hukuk sistemimizde Türk Medenî Kanunu'nun 161 ilâ 166. maddelerinde sayılan durumlardan birinin varlığını ispat etmesi şarttır. Bu anlamda boşanma temel hakkının kullanımının bir anlamda ispat hakkına bağlı olduğu boşanma davalarında, bu hakkın -*ispat hakkının*- ayrı bir öneminin bulunduğu yadsınamaz. Ancak şüphesiz ki nihâyetinde boşanma hakkı gibi temel bir hakka hizmet etse dahi, ispat hakkının kullanımının da bağlı olduğu birtakım temel ölçütler, evrensel ilkeler ve kurallar vardır.

Türk hukukunda boşanma sebeplerinin kusura dayanması ve hâkimin pek çok durumda taraf iradelerini aşacak şekilde boşanma kararı üzerinde etki sahibi olması, boşanmak isteyen tarafları boşanma davasında kullanmak üzere delil bulma arayışı içerisine itmektedir. Bu sebeple, boşanmak isteyen taraf boşanma sebebinin gerçekleştiğini ispat edebilmek için dava açmadan önce veya dava sırasında birtakım casusluk faaliyetlerine dahi başvurmaktadır. Nitekim ülkemizde boşanma davalarında kullanılmak üzere delil elde etmek için telefonlara takılan casus programlar, evlere ku-

---

[75] Türk Medenî Kanunu'nun 174. maddesine göre, karşı tarafın kusurunu ispat ile tazminat talebinde bulunulabilmesi ve bu anlamda tazminatın miktar ve esaslarının belirlenmesinde kusurun sahip olduğu fonksiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, ss. 64-69, 96-101; Hasan Petek, "Terke Dayalı Boşanmada Manevî Tazminat", **DEÜHFD,** C. 12, S. 2, 2010, ss. 53-63; Emine Serin Of, **Boşanmanın Malî Sonuçları** (Selçuk Üniv., SBE, Yayımlanmamış YL Tezi), Konya 2008, ss. 33-53, 53-68.

[76] Arslan Öncü, ss. 277-278.

rulan gizli kamera sistemleri, özel dedektiflik şirketlerine başvuru uygulamalarına[77] sıklıkla rastlanabilmektedir.

Bu tip hukuka aykırı uygulama sorunlarının temel sebebi de, boşanma sebeplerinde ve boşanmanın malî sonuçlarında kusurun başrolde olmasıdır. Nitekim bu sorunlar sadece bizim ülkemizde yaşanmamaktadır. Kusura dayalı boşanma sistemini benimseyen tüm ülke modelleri, benzer sorunlarla karşı karşıya kalmıştır. Türk boşanma hukuku sistemi maalesef mevcut hâliyle, boşanmak isteyen tarafları bu yöntemlere başvurulmasına sevk etmekte, âdeta taraflar için bu yöntemi zorunlu bir yol hâline getirmektedir. Zira Türk boşanma hukukunda geçerli olan kusur esası, karşı tarafın özel hayatına, insan onuruna müdahale ederek savunma yapmak ve ispat faaliyetini gerçekleştirmek zaruretini doğurmaktadır.

Öyle ki, Türk hukuk uygulamasında boşanma sebeplerinin ispatı son derece güçtür. Boşanmak isteyen taraf için Kanun'da öngörülen bazı boşanma sebeplerinin aşılması son derece güç birtakım ispat güçlüklerine neden olduğu aşikârdır[78]. Bunun da ötesinde, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda hâkimin boşanma olgularına vicdanen kanaat getirmedikçe boşanmaya karar vermemesi konusundaki yetkisi (TMK m. 184), Türk hâkimini, kimi zaman boşanma davalarında boşanma sebebinin gerçekleştiği yönünde yüksek bir ispat ölçüsüne sürüklemekte[79] kimi zaman da duygusal yönü ağır basan, dolaylı ispat yöntemleri ile ispatlandığını kabul ettiği olgular üzerinden boşanmaya karar vermesi sonucunu doğurmaktadır. Genellikle de hâkimler, evlilik birliğinin sosyal önemine binaen eşleri evlilik birliğini sürdürmesine teşvik etmeyi amaçlarken boşanmak isteyen tarafın boşanma sebebinin gerçekleştiğini kendilerine inandırması için yüksek ölçüde ispat faaliyeti içerisine girmesine sebebiyet

---

77 Boşanma davalarında dedektiflik uygulaması hakkında bkz. Mustafa Kaygısız ve Hanifi Sever, **Dünyada Türkiyede Uygulamada Dedektif Sizsiniz,** Seçkin, Ankara 2014, ss. 123-124; Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, s. 371.

78 Boşanma davalarındaki ispat güçlüklerinin, delil elde edilmesi konusunda zorluklar yaratması ve bu sebeple kişilerin hukuka aykırı delil elde etme yollarına başvurduğu konusunda bkz. Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Deliller, s. 43.

79 Örneğin Türk Medenî Kanunu'nun 166. Maddesi'ndeki genel boşanma sebebine dayanarak hem kadının hem de erkeğin karşılıklı olarak birbirine açtığı boşanma davalarında, hâkimin taraf iradelerine ve tanık beyanlarına rağmen tanık beyanlarını yetersiz görmesi sebebiyle evlilik birliğinin devamı yönünde her iki boşanma davasını da reddederek verdiği bir karar için bkz. 2. HD, 7.4.2008, 3940/4791 (Aras, Boşanma, ss. 202-203). Benzer yönde başka bir karar için bkz. 2. HD, 7.7.2008, 2007-10949/10026 (Aras, Boşanma, s. 203).
Benzer şekilde tanık ifadelerine ve fiilî ayrılığa rağmen mahkemenin, ortak hayatın çekilmez hâle gelmemesi sebebiyle evlilik birliğinin devamı yönünde verdiği bir karar için bkz. 2. HD, 5.5.2008, 2007-8675/6513 (Aras, Boşanma, s. 209).

vermektedir[80]. Bir yandan boşanmak isteyen taraf boşanma sebebinin gerçekleştiğine dair yoğun bir ispat aracı bulma çabasına girmekte diğer yandan da çağdaş hukuk sistemlerinde pek geçerliliği kalmamış olan Türk Medenî Kanunu'ndaki kusura dayanan boşanma sebeplerinden birini ispatlamaya çalışmaktadır. Böyle bir süreçte hem hâkimin vicdanî kanaate ulaşması hem de boşanmak isteyen tarafın ispat hakkını kullanması oldukça güçleşmektedir.

Türk hukukunda geçerli olan kusura dayalı boşanma sebepleri dikkate alındığında, bu eski geleneksel anlayışın temel haklar konusunda yaşanan gelişmeler karşısında pek çok hukukî sorun yarattığı aşikârdır. Tarihî açıdan bakıldığında da, Türk hukukunda 1926 tarihli Medenî Kanun'dan önce boşanma çok daha kolaydı ve temel olarak kusur ilkesine dayanmamaktaydı. O zamanlar üzerinde geleneksel Katolik evlilik anlayışının hüküm sürdüğü İsviçre Medenî Kanunu, Türk medenî hukukuna adapte edilirken bu sistemdeki boşanmaya ilişkin hükümler de benzer şekilde esas alınmış ve bu sistem 1926 yılı itibariyle ülkemizde uygulanmaya başlanmıştı. Bundan sadece yarım yüzyıl öncesine kadar boşanmayı yasaklayacak kadar muhafazakâr bir yapıya sahip olan Katolik evlilik anlayışının hüküm sürdüğü toplumlardaki boşanma sistemlerinde dahi, günümüzde kusurlu boşanma sisteminden vazgeçilmekte ve boşanmada özellikle irade ilkesine üstünlük tanınmaktadır. Bu gelişmeler karşısında Türk boşanma hukukunda kusur ilkesine hâlen son derece önemli bir değer atfedilmesi, ispat hukuku alanında ve birebir ispat hakkının kullanılmasında, aşılması son derece güç hukukî sorunlara sebebiyet vermektedir. Bu durum maddî hukuk kurallarının, şeklî hukuk kuralları ile arasında çözülmesi mümkün olmayan bağı gözler önüne sermekte ve bu anlamda maddî hukukun yarattığı sorunların, şeklî hukukta aşılmasının güçlüğünü ortaya koymaktadır. Nitekim mehaz İsviçre Kanu-

[80] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin uzun zamandır içtihatları, hâkimin boşanmaya karar vermesi için *tam bir vicdanî kanaate ulaşmasını* zorunlu görmektedir (Tutumlu, C. I, s. 150). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin yukarıda belirttiğimiz (*bkz. dn. 54*) yeni tarihli içtihatlarının yanı sıra, nispeten eski tarihli görüşlerinde de benzer esası güçlü bir şekilde uyguladığını gözlemlemek mümkündür. Örneğin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, anlaşmalı boşanmaya ilişkin 16.2.1993 tarihinde verdiği bir kararda, *anlaşmalı boşanmaya ilişkin davada dahi* ispat ölçüsünü şu şekilde belirlemiştir: "Taraflar tek bir konuda anlaşmamış olsalar dahi, Medeni Kanunun 134/3 [TMK m. 166/3] maddesi uyarınca delil toplanmadan karar verilemez. Bu gibi hallerde tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delilleri toplanıp, Medeni Kanunu'nun 134. Maddesinin 1, 2, 4 [TMK m. 166/1, 2, 4] fıkralarına göre değerlendirme yapılmalıdır. **Hâkim gösterilen olayların varlığına vicdanen inanmadıkça boşanmaya karar veremez.**" 2. HD, 16.2.1993, 768/1377 (Tutumlu, C. I, s. 151). "Boşanma veya ayrılığa karar verilebilmesi için geçimsizlik meydana getiren **vakıaların kesinlikle ispatı ve bunların davalı taraftan meydana getirilmiş olduğunun kabulü gerekir**." 2. HD, 12.12.1967, 734/5340 (Tutumlu, C. I, s. 151).

nu'nda da gerçekleştirilen reform ile mevcut modelin zıttı yönünde olan boşanmada kusur ilkesinden *tamamen* vazgeçilerek eşler arasında işbirliği ve anlaşmanın sağlanması, İsviçre kanunkoyucusunun temel tercihi olmuştur.

Yargısal temel haklar perspektifinden bakıldığında da, kişilere kusura dayalı boşanma sebebini ispat etme yükümlülüğünün temel haklar konusunda yaşanan gelişmelere rağmen hâlen hukuk sisteminde korunması kanaatimizce doğru değildir. Kusura dayanan boşanma sebebinin ispatının güçlüğü ve imkânsızlığı bir yana; kişilerin insan onuruna yakışan bir şekilde iddia, somutlaştırma ve ispat faaliyeti yapma hakkı bulunur. *Gilles* tarafından haklı olarak dikkat çekildiği üzere, bugün medenî yargılama hukuku ile Anayasa arasında ilişki kurulurken sadece doğal hâkim güvencesi, hak arama özgürlüğü gibi kavramlar akla gelmemekte; aynı zamanda yargılama prosedürlerinde insan onurunun korunması da aranmaktadır[81]. Hayatlarının belirli bir döneminde aynı yastığa başkoymuş eşler, evlilik birliğini sonlandırmak veya boşanma neticesinde lehine tazminat hükmedilebilmesi için karşı tarafın kusurlarını ispat yükümlülüğü altında bırakılmamalıdırlar. Zira genel bir ifade ile ispat hakkı, yargılamanın taraflarına sadece hukuka uygun bir şekilde yargılama sürecinde açıklamada bulunma imkânı tanımaz; aynı zamanda insan onuruna yakışır bir şekilde iddia, savunma ve ispat faaliyetini gerçekleştirme imkânı tanır. Nitekim karşılaştırmalı hukuklarda da, belirli yargısal işlemlerin ileri sürülmesi ve araştırılması, kişilik hakkı veya özel hayatı aşırı derecede ihlâl edebileceğinden veya tehlikeye düşürebileceğinden, kanunlar bazı maddî hukuka ilişkin talepleri önceden reddetmiştir[82].

Boşanma davalarında kusura ilişkin ispat faaliyetinin konusu olan bilgi kaynakları ile ispat araçlarını boşanma yargılamasının hâricinde düşündüğümüzde, bütün bunların esasında kişilerin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı unsurlar olduğu göz ardı edilmemelidir. Boşanma davasının hâricinde kişileri takip etmek için dedektif tutmak; ne yaptığını belgelemek adına ses veya görüntü kaydını almak; kişilerin özel mektuplarını, günlüklerini, bilgisayar kayıtlarını veya cep telefonu mesajlarını ele

---

81 Peter Gilles, "Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Alanının Korunması", Çev. Hakan Pekcanıtez, **İzBD,** Y. 61, Ocak/1996, (Kişilik Hakları), s. 10.

82 Gilles, Kişilik Hakları, ss. 15-16. Örneğin Almanya'da aile hukuku alanında eşlerin karşılıklı yükümlülükleri hakkında eşlerin ortak yaşamın tanzimini dava etmeleri, sadakatsizlik nedeniyle diğer eşin ikaz edilmesi, yükümlülüğün hatırlatılması veya buna uygun olarak verilen kararın cebrî icra yoluyla talebi yasaklanmıştır [*bu konuda bkz.* Gilles, Kişilik Hakları, s. 16].

geçirmek; başlarına gelen rahatsızlıkları belgelemek adına rapor alınmasını istemek gibi olgular, mutlak olarak kişilerin özel hayatına ve Anayasa'da korunan pek çok temel hakkına haksız müdahale teşkil eder. Boşanma yargılamalarında alenîyetin kaldırılması da bu anlamda çözüm için yeterli değildir. Zira burada önemli olan sadece bu özel bilgilerin, mahkeme huzuruna ve üçüncü kişilerin de dâhil olduğu bir alana saçılması değil; tarafların, insan onuruna aykırı veya Anayasa'nın temel haklarını ihlâl edecek şekilde ispat faaliyeti yapma yükümlülüğü altında bırakılmasıdır. Bugün gelişmiş hukuk sistemlerindeki temel düşünce yapısı, evliliği sonlandırma olgusunun, bu kadar temel hakkın ihlâline göz yumacak kadar kamusal bir menfaat barındırmadığı; boşanmanın tüm sonuçları açısından tam anlamıyla olmasa da, ayrılığın sadece eşleri ilgilendiren bir karar olması yönündedir.

Bütün bu belirttiğimiz gerekçeler çerçevesinde Türk hukukunda boşanma davalarının, hukuka aykırı delil uygulamaları bakımından önemli ölçüde ispat hakkını ve dolayısıyla yargılama sistemini dejenere ettiği görüşündeyiz. Bu dejenerasyonun büyümesini engellemek için kusurun boşanma sebepleri arasından çıkarılması ve tarafların boşanma davalarında ispat haklarını, insan onuruna uygun şekilde kullanmalarına imkân verilmesi gerekir.

C. İş Hukuku Uyuşmazlıkları

1. Sorunun Ortaya Konulması

İş hukukundan doğan uyuşmazlıklar, ispat hakkı ile özel hayatın unsurlarının çatıştığı en temel uygulama örneklerinden bir diğerini oluşturur. Özellikle bireysel iş hukukunda iş sözleşmesinin feshi sebepleri ve sosyal güvenlik hukukunda Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sahip olduğu birtakım yetkiler konuyu iş hukukunun en tartışmalı konularından biri hâline getirmektedir. Biz de bu çerçevede öncelikle bireysel iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda ispat hakkı ile özel hayatın çatışması; sonrasında da sosyal güvenlik hukukunda konunun yerini inceleyeceğiz.

İş Kanunu'nun 18. ve devamı maddeleri iş sözleşmelerinin hangi sebeplere dayanarak feshedilebileceğini düzenlemektedir. İşverenin keyfî olarak iş sözleşmelerini sonlandırması mümkün olmadığı için Kanun'da belirtilen sebeplerden birinin sağlanması şarttır. Fesih bildirimi, bozucu yenilik doğuran bir hak olarak inşaî dava açmaya ihtiyaç olmaksızın kullanılan bir haktır. Bu anlamda işverenin Kanun'da belirtilen sebeplerden birine dayanarak iş sözleşmesini feshettiği her durumda yargılama

yapılması gerekmeyecektir. Ancak işçinin, işverenin fesih sebebini hukuka aykırı bulduğu ve bunun için dava açma yolunu tercih etmesi hâlinde, ispat hakkı ile özel hayatın çatışması sorunu çoğunlukla gündeme gelecektir. Zira İş Kanunu'nda yer alan bazı fesih sebepleri doğrudan doğruya özel hayata saygı kapsamında koruma altına alınan unsurlara yöneldiğinden bu sebeplerin ispatı da özellik arz edecektir.

Fesih sebeplerindeki bu durum bir açıdan boşanma hukuku açısından yaptığımız tespitlerle paralel özellik arz etmektedir. Burada da maddî hukuktan kaynaklanan bazı hakların kullanımı ispat hakkının kullanılması ve yargılamada özel hayat ile kişilik haklarının korunması bakımından sorunlar yaratabilmektedir. Zira işverenin feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat etmesi için -aşağıda tek tek örnekleri üzerinde duracağımız üzere- işçinin özel hayatına dâhil olan birtakım kişilik değerlerini yargılamaya getirmesi gerekecektir. Bazı durumlarda ise, -yine aşağıda ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere- işveren geçerli bir sebep bulabilmek için yargılama *hukuka aykırı delil* olarak addedebilecek birtakım ispat araçlarına erişme eğilimi göstermektedir. Bütün bu durumlarda geçerli sebebin ispatı için yargılamaya getirilecek deliller bir yandan ispat hakkının tesisine hizmet etmekteyse de, diğer yandan özel hayata saygı hakkı ile çatışabilmektedir. Bu sebeple bu çatışmanın ele alınması ve çatışmanın temel haklar öğretisine uygun şekilde çözülmesi hem ispat hakkının tesis ve temini hem de yargılamada kişilik haklarının korunması bakımından önem arz eder. Bu çerçevede öncelikle iş sözleşmesinin feshi için kabul edilen kanunî sebepleri üzerinde durmak isteriz.

2. İspat Hakkı ile Özel Hayatın Çatıştığı Bazı Fesih Sebepleri

İş Kanunu'nun 18 ile 25. maddelerinde belirtilen sebeplerin işveren açısından, 24. maddesinde belirtilen sebeplerin de işçi açısından gerçekleşmesi hâlinde iş sözleşmesinin feshi hukuka uygun olacaktır. Ancak bu fesih sebeplerinin bazılarının feshten doğan davalarda ispat edilmesi, daha doğru bir ifade ile ispat edilmek zorunda olması, ispat hakkının bir sınırlaması olarak yargılama sürecinde özel hayata saygı hakkına üstünlük tanınmasını gerektirebilecektir. Bu fesih sebeplerine örnekleri ile birlikte kısaca değinerek hukukî sorunu değerlendirmek isteriz.

a. İşçinin Hastalığından Doğan Fesih Sebebinin İspatında

İş Kanunu işverene, bazı koşullar altında işçinin sağlık sorunları sebebiyle iş sözleşmesini feshetmesine olanak tanımıştır. Hiç şüphesiz ki örneğin özellikle işçinin çalışmasının bedenî güce dayanması ve işçinin de işini ifa edemeyecek şekilde hastalığa yakalanarak işini gereği gibi veya hiç yerine getirememesi hâlinde işverene bu hakkın tanınması olağandır[83]. Nitekim Türk iş hukuku uygulamasında hastalık sebebiyle fesih, oldukça yaygın olarak başvurulan bir fesih sebebidir. Ancak maddî hukukun işverene verdiği bu imkândan yararlanılması, hastalığın yargılama sürecinde ispatında işçinin kişilik haklarının tamamen gözardı edilmesi gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira bu fesih sebebinin uyuşmazlık konusu olması hâlinde bazı durumlarda işçinin alkol veya uyuşturucu bağımlısı olması; HIV virüsü taşıması; AIDS, Hepatit-B gibi hastalığına veya kansere yakalanmış olması; devam eden ruhsal rahatsızlıklar geçiriyor olması durumlarının ispat edilmesi gerekir[84]. Hiç şüphesiz ki bu durumların ispatı da çalışmamızda üzerinde durduğumuz üzere işçinin özel hayatının ispat hakkının temini için yargılamada ortaya konulmasına ve çoğu zaman da tıbbî kayıtlar gibi kişisel verilerin en önemli yanlarının dava dosyasına saçılmasına neden olabilecektir. Dolayısıyla işçinin hastalığının iş sözleşmesinin feshi sebebi oluşturduğu hâllerde bu hastalıkların yargılamada ispat edilmesi için delil getirilmesi kaçınılmaz olmakla birlikte bu davanın ispat aşamasının konusunun, işçinin özel hayatının en mahrem noktaları üzerine kurulu olduğu unutulmamalıdır. Bu sebeple mahkeme ispat ve tahkikat sürecinde dosya üzerinde ve duruşmalar hakkında gerekli önlemleri almalıdır. Dosyadaki tıbbî kayıtların kişisel veri olduğu göz önüne alınarak

---

[83] Bireysel iş hukuku uygulamasında hastalık sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için iki temel koşul aranır: (1) Tedavi ihtiyacı doğuran, normalden sapan bedensel veya ruhsal bir durumun varlığı; (2) bu durumun uzun bir süre veya ortadan kalkmayacak şekilde işçinin, kısmen veya tamamen iş görme edimini olumsuz yönde etkilemesidir. Bu konuda bkz. Ulaş Baysal, **İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebeple İş Sözleşmesinin Feshi,** Adalet, Ankara 2011, s. 49.

[84] İş Kanunu'nun 25. maddesi, işçinin üç tür hastalığı hâlinde işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı tanır. Bunlar: (1) İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi; (2) işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda; (3)(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerinde (belirli bildirim sürelerine uyulmak şartıyla) (İşK. m. 25, I). Bu sebepler için ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Baysal, ss. 47-81; Ali Cengiz Köseoğlu, **İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi,** Beta, İstanbul 2011, ss. 178-190; Burcu Savaş, **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenlerle Feshi,** Beta, İstanbul 2012, ss. 45-50.

bu belgelerin alenî hâle getirilmesine engel olunmalı ve özellikle tıbbî durumun değerlendirileceği ve tıbbî delillerin inceleneceği duruşmalarda üçüncü kişilere karşı alenîyet kaldırılmalıdır (HMK m. 28/2). Zira burada önemli olan fesih sebebinin geçerliliğini ispat hakkının işverene verilmesidir; işçinin özel hayatının ve hastalık durumunun üçüncü kişilere ifşasının sağlanması değildir.

Bu konuda tartışma yaratan bir diğer konu da işverenin, işçinin hastalığından şüphelenmesi hâlinde iş sözleşmesini feshetmek -ve büyük ihtimalle işe iade davasında delil olarak kullanmak- için işçiyi doktor raporu almaya veya kan testi yaptırmaya zorlayıp zorlayamayacağı meselesidir. Her ne kadar konu doğrudan doğruya maddî hukuk normlarının uygulama alanına giriyor gözükse de, aynı zamanda bu bilgi kaynakları daha sonra ispat hakkının kullanımı açısından delil niteliği taşıyacağından önem taşır. Zira işverenin rutin bir sağlık kontrolü için işçiyi sağlık kontrolüne göndermesindeki asıl amacı haklı fesih için ve muhtemel işe iade davası için delil elde etmek ise, bu durum hukuka aykırı delil sorununu gündeme getirebilecektir. Bunun dışında örneğin işveren, alkol bağımlılığı sorunu olduğundan şüphelendiği bir işçinin sözleşmesini İş Kanunu'nun 25. maddesine göre feshetmek istiyorsa, işçiden zorla kan örneği alıp bunu işe iade davasında delil olarak kullanabilecek midir? Kanaatimizce bu durumda elde edilen kan testi hukuka aykırı delil olarak nitelendirilebilecektir. Zira medenî yargılama hukukunda zorla kan ve doku örneği alınması sadece soybağına ilişkin davalara özgülendiği gibi, davadan önce işverenin kendiliğinden delil tespiti yapması mümkün değildir.

Dolayısıyla işçinin hastalığından doğan bu fesih sebebine dayanarak görülecek fesih davalarında, yukarıda verilen örneklerin tümünde bir yandan işverenin yargılama sürecinde ispat hakkı gözönüne alınmakta; ancak diğer yandan, ispat hakkının teminine yönelmiş olsa da, -*temel hak çatışması kapsamında*- işçinin özel hayatına ilişkin bilgilerin korunması gereği ortaya çıkmaktadır.

b. İşçinin Dinî İnancı, Vicdanî Kararı ve Siyasî Görüşünden Doğan Fesih Sebebinin İspatında

İş hukuku öğretisinde işçinin dini inancı, vicdani kararı ve siyasî görüşünden dolayı işverenin verdiği işi yapmamakta ısrar etmesi durumunun, işverene İş Kanunu'nun 25. maddesi, II. fıkra, h bendine dayanarak haklı sebeple fesih imkânı

tanıdığı kabul edilmektedir[85]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre kişinin dinî inancı, siyasî görüşü özel hayata saygı hakkının en hassas unsurlarını teşkil eder. Bu fesih sebebine dayalı bir işe iade davasında işverenin iş sözleşmesinin feshinin hukuka uygunluğunu ispat etmesinin tek yolu, işçinin dinî inancı ve siyasî görüşünün işi ifa etmesine engel oluşturması olacağından son derece hassas şekilde yargılamanın yürütülmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının da bir gereğidir[86]. Yine bu tip bir uyuşmazlıkta da, aynı zamanda kişisel veri olan bu bilgilerin dava dosyasında karartılması ve duruşmalarda alenîyetin kısmen kaldırılması alınabilecek temel önlemler arasındadır.

c. Diğer Bazı Fesih Sebeplerinin İspatında

Yukarıda ayrı ayrı üzerinde durduğumuz fesih sebeplerinin yanısıra yine fesih sebebinin geçerliliğinin yargılamada ispat yükünün özel hayata saygı hakkı ile çatıştığı durumlarda da ispat hakkının kullanılması bakımından benzer güçlükler yaşanacaktır. Örneğin boşanma başlı başına bir fesih sebebi olmamakla birlikte ayrılık veya boşanma olayı işçinin iş ilişkisine önemli ölçüde zarar veriyorsa, işyeri düzenini tahdit ediyor ise davranıştan veya yetersizlikten dolayı iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi söz konusu olabilecektir[87]. Benzer şekilde işçinin işyeri dışında suç işlemesi, gözaltına alınması, tutuklanması gibi vakıalar da bazı durumlarda haklı nedenle iş sözleşmesinin feshini gündeme getirebilecektir[88]. İşçinin işyerinde normalin üzerinde güven duyulması gereken bir konumu varsa ve maaşına sık sık haciz konuluyorsa, bu durum da işveren açısından iş sözleşmesinin feshinde haklı (İş K m. 25/II) veya duruma göre geçerli sebep teşkil (İş K m. 18) edebilecektir[89]. Bütün bu fesih sebeplerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda benzer şekilde ispat hakkının konusunun yine işçinin özel hayata saygı kapsamına giren değerler olduğu gözardı edilmemelidir.

3. Delillerin Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilmesinden Kaynaklanan İspat Hakkı Sorunları

İş uyuşmazlıklarında, yargılama sürecinde ispat hakkı bakımından ortaya çıkan bir diğer üzerinde durulması gereken nokta da hukuka aykırı delil sorunudur. Bo-

85 Bu konuda bkz. Baysal, ss. 125-127.
86 Bu konuda ayrıca bkz. Savaş, ss. 210-211.
87 Bu konuda bkz. Baysal, s. 135.
88 Bu konuda bkz. Baysal, ss. 137-142.
89 Bu konuda bkz. Baysal, ss. 144-150.

şanma davalarında eşlerin boşanma sebeplerini ve özellikle kusuru ispat edebilmek amacıyla boşanma davası açmadan önce girdiği delil elde etme arayışına iş hukukunda kimi zaman işverenler girebilmektedir. Zira işveren şayet işçiden şüpheleniyorsa veya şüphe duymasa dahi bazı işverenler, işçinin bilgisayarlarını, elektronik postalarını hukuka aykırı olarak denetleyebilmekte; bazı durumlarda da, işçinin bizatihi kendisi görüntü kayıt cihazı ile haberi olmaksızın gözetlenebilmektedir. Daha sonra işçinin haberi ve onayı olmaksızın elde edilen bu hukuka aykırı delile dayanılarak işveren işçinin sözleşmesini feshedebilmekte; işçinin açacağı işe iade davasında da, işveren hukuka aykırı yoldan elde edilmiş olan bu delili, ispat aracı olarak kullanmak isteyebilmektedir. Bu anlamda hukuka aykırı delil uygulaması iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda sıkça karşılaşılabilecek potansiyeli yüksek bir uygulama alanına sahiptir.

İşçinin gerek fiilî olarak görüntü kayıt cihazı ile gerekse bilgisayarlarının, elektronik postalarının *izlenmesi* ve işçinin *gözetlenmesi* ("*monitoring and surveillance*") veya işyerinde işçinin özel eşyalarının aranması sadece hukukumuzda tartışma konusu yaratan bir mesele değildir; hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde işçinin hukuka aykırı gözetlemelere ve özel hayatına müdahâlelere karşı korunması az veya çok tartışılmakta, bu konuda gerekli önlemler alınmaya çalışılmaktadır[90]. Burada konunun oldukça hassasiyet arzetmesinin temel nedeni, genellikle işverenin ticarî veya işletme sırlarının işçi tarafından açığa çıkarılacağı şüphesi ve bu çerçevede endüstrüel casusluğu ("*industrial espionage*") önlemek veya işyerindeki verimliliği arttırma amacı veya işverenin bilgisayarlarındaki bilgilere izinsiz girişi önlemek

[90] Bu konuda bkz. Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları,** Legal, İstanbul 2006, s. 196. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde işçilerin, işyerinde özel hayatına saygı duyulmasının bu anlamda işveren karşısında bazı önlemlerin alınması gerektiği Amerikan Sivil Haklar Derneği (American Civil Liberties Union), İşyerinde Adalet ve Ulusal İşçi Hakları Enstitüsü (Workplace Fairness, and National Work Rights Institute) tarafından yapılan çalışmalar çerçevesinde oldukça önemli kabul edilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde gelişen teknolojik yaşamın işyerinde işçinin özel hayatının gizliliği açısından yarattığı sorunlar ve bu konuda alınan (hukukî ve etik) önlemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Lasprogata ve diğerleri, Para. 65-85; Johnathan Yerby, "Legal and Ethical Issues of Employee Monitoring", **Online Journal of Applies Knowledge Management,** C. 1, S. 2, 2013, ss. 44-55.
Avrupa Birliği hukukunda ise konuyla ilgili temel düzenlemeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi ve Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Direktifi (Data Protection Directive 95/46/EC) bulunur. Bu düzenlemeler çerçevesinde işverenlerin, işyerinde de olsa özel eşyalarına dokunamaması, haberleşme özgürlüğüne müdahâle edememesi gerektiği genel olarak kabul görmektedir. Bu konuda bkz. Handbook on European Data Protection Law, European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe 2014, ss. 14-21; Herbert, ss. 385-395; Lasprogata ve diğerleri, Para. 28-64.

veyahut işçiler arasında taciz şikayetini tespit edebilmek gibi amaçlar ile yukarıda belirtilen hukuka aykırı yollara başvurabilmesidir[91]. Zira bu çerçeveden bakıldığında işverenin gerek kendi mülkiyet hakkının korunması gerekse başkalarının hak ve menfaatlerinin korunması gerekliliği karşısında işçinin de özel hayatının korunmasına yönelik menfaati çatışır. Bu iki maddî hukuka ilişkin menfaat ise, yargılama prosedüründe hukuka aykırı delil uygulaması kapsamında ispat hakkının bir sınırlaması olarak görünüm kazanır.

İşverenin kimi durumlarda iş sözleşmesinin feshinde haklılığını ortaya koymak kimi durumda da ticarî veya işletme sırlarının işçi tarafından ifşa edileceği şüphesi ile işçinin özel hayatına müdahâle olarak nitelendirilecek bu delil elde etme yöntemleri genellikle ve kural olarak hukuk düzenince korunmamaktadır. Zira işyerinde *özel hayatın gizliliğinin korunması (privacy at workplace)*, işçinin kişisel verilerinin işyerinde de korunmasını gerektirmekte ve izinsiz, hukuka aykırı şekilde işçinin bilgisayarlarının, elektronik postalarının, iletişiminin izlenmesi ile kişinin görüntüsü alınmak suretiyle izlenmesi özel hayatın ihlâli olarak değerlendirilmektedir[92]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da işçinin işyerinde özel hayatına saygı hakkı çerçevesinde haberleşmesine, özel eşyalarına dokunulamaması hakkına sahip olduğu; hukuka aykırı gözetlemeler karşısında da yine işçinin özel hayatının korunması hakkının ihlâl edileceği içtihat edilmektedir[93]. Nitekim özel hayata saygı, sadece hakkın kullanımının yasaklanması ile ihlâl edilmez; gizliliğe saygı gösterilmemesi de işçilerin özel hayatın korunması temel hakkını ihlâl edebilecektir[94].

Bununla birlikte tüm temel hakların kısıtlanmasında olduğu gibi şayet işveren açısından işçinin özel hayatının dokunulmazlığına sınırlama getirecek koşulların (AİHS m. 8/2) varlığı hâlinde, bu tür uygulamaların hukuka aykırı olmayacağı kabul edilir. Ancak burada sınırlama koşullarının tamamının somut olayda gerçekleştiğinin hassas bir şekilde tespiti gerekir. Örneğin işe ve işyerine ilişkin gizli bilgilerin rakip-

---

91 Bu sebepler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Lasprogata ve diğerleri, § 3.

92 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Herbert, ss. 385-386; Lasprogata ve diğerleri, § 25; Sevimli, ss. 197 vd.

93 Bu konuda bkz. Herbert, s. 386; Lasprogata ve diğerleri, § 25-30.
Örneğin ***Halford v. Birleşik Krallık*** başvurusunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *işyerinde* yapılan ister iş amaçlı ister özel amaçlı telefon konuşmalarının tamamını Sözleşme'nin 8. Maddesi'ndeki haberleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirmiş ve yapılan müdahâleyi Sözleşme'ye aykırı Kabul etmiştir (***Halford v. The United Kingdom,*** 25.6.1997, hudoc). Karar hakkında ayrıca bkz. Lasprogata ve diğerleri, § 26-27.

94 Bu yönde bkz. Sevimli, s. 198.

lere sızdırılmasının önlenmesi, klasik olarak Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrası anlamında üstün hak kıstası bakımından örnek verilmektedir[95]. Bu şekilde işçi ile işveren arasında özel hayata müdahâle edilerek elde edilen bir bilgi kaynağından kaynaklanan bir uyuşmazlık çıkması hâlinde (*örneğin sözleşmenin feshedilmesi üzerine işçinin de işe iade davası açması durumunda*), işverenin yaptığı müdahâlenin Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasına uygun olup olmadığının belirlenmesi ön koşuldur. Zira Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasına aykırı olarak özel hayata müdahâle sonucu bir bilgi kaynağı, delil elde edilmesi ve bunun uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak bilgi kaynağı olması, bu delilin "hukuk"a uygun olup olmadığını ortaya çıkaracaktır. Dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bir müdahâle sonucunda elde edilen delil, "hukuk"a uygun delil sayılmayacak dolayısıyla yargılamada da kullanılamayacaktır.

Genel olarak şayet işveren herhangi bir sebeple işçinin özel yaşantısına müdahâlede bulunarak bir delil elde ediyorsa ve bunu da iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkta kullanmak istiyorsa, kanaatimizce alınması gereken ilk ve temel önlem kişisel verilerinin kaydedildiği konusunda baştan işçiyi bilgilendirmesidir. Örneğin işçi elektronik postaları üzerindeki trafik işleyişi ve virüs taramasının yapıldığı, belli oranın üzerindeki indirme (download) işlemlerine karşı uyarı sisteminin bulunduğu konusunda işçiyi önceden uyarmalıdır. Bu durumda önceden bilgilendirilen ve onayı alınan işçinin elektronik postalarının rutin denetiminden elde edilen deliller haberleşme özgürlüğüne haksız müdahâle teşkil etmez ve hukuka aykırı olarak nitelendirilmez[96]. Bununla birlikte bazı durumlarda işçinin rızası, hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması için yeterli değildir. Örneğin işyerinde işçinin telefonlarının dinlenmesi ve üçüncü bir kişi ile yaptığı konuşmanın kayda alınarak iş uyuşmazlığına ilişkin yargılamada kullanılması durumunda, yapılan müdahâle hukuka uygunluk unsurlarını taşımayacağından bu yolla elde edilen delil de hukuka aykırı delil olarak değerlendirilecektir. Zira bu durumda haberleşme özgürlüğü aynı zamanda işçinin telefonda görüştüğü üçüncü kişi açısından da ihlâl edildiğinden ve burada işçinin rızası bu-

[95] Bununla birlikte sırf ekonomik yararın, işçinin özel hayatına müdahâle edebilmek için üstün hak kıstası ile uyumlu olmadığı; bu durumda hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmek amacıyla işçinin önceden rızasının alınması gerektiği ifade edilmektedir (Sevimli, ss. 199-200).

[96] Sevimli, ss. 202-203.

lunsa dahi, üçüncü kişinin rızası bulunmadığından müdahâle hukuka aykırı olacak[97] ve bu yolla elde edilen delil de yine hukuka aykırı delil olarak nitelendirilecektir[98]. Benzer şekilde işverenin uyuşmazlık içinde olduğu işçinin, işyerinde alınmış görüntü kayıtlarını yargılamada kullanabilmesi, ancak işçinin *önceden* işyerinde görüntü kayıt sisteminin bulunduğu konusunda bilgilendirilmesi hâlinde hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilir[99] ve bu durumda işverenin yargılamada kullanmak istediği görüntü kaydı hukuka aykırı delil olarak nitelendirilemeyebilir. Ancak bu şekilde elde edilen bir delilin hukuka aykırı olarak nitelendirilmemesi için sadece işçinin bilgilendirilmesi ve onayının alınması da yeterli değildir; aynı zamanda gizli görüntü kaydı alınmasının gerekli olması aranır[100]. Bununla birlikte Türk hukuku açısında haklı olarak ifade edildiği üzere işverenin her hâlükârda işyerinde aldığı görüntü kaydı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'ne aykırılık teşkil eder. Şöyle ki, gereklilik unsurunun karşılanabilmesi için işverenin bir suç işlendiği gibi ağır bir şüphenin bulunması hâlinde görüntü kaydı alabileceği kabul edilmekte olduğuna göre, bir suç eylemi hakkında *işverenin kendisinin* dinleme ve görüntü alması Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesine göre suç oluşturacaktır. Zira bu maddeye göre "*Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.*" (CMK m. 135).

D. Rekabet İhlâlinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda İspat Hakkı ile Temel Hakların Çatışmasında Menfaatlerin Dengelenmesi Sorunu

Türk hukukunda da rekabetin korunması 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile sağlanmaktadır. Bu Kanun uyarınca Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlâllerinin tespiti açısından yargılama sürecini ve özellikle ispat hakkını ilgilendiren önemli birtakım olağanüstü yetkileri bulunur. Bu yetkiler kapsamında Rekabet Kurulu şikâyet üzerine veya re'sen harekete geçerek Kanun'a

---

97 Bu konuda bkz. Sevimli, s. 202.

98 Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ***Halford v. Birleşik Krallık*** başvurusunda da benzer sonuca ulaşmıştır. Bu davada Birleşik Krallık'da rütbeli bir polis olan Bayan Halford'un işyerinde birisi özel kullanımına özgülenmiş iki telefon hattı bulunmaktadır. Bu telefonların kullanımı konusunda bir sınırlama getirilmemiş olmasına rağmen kendisinin açtığı cinsiyet ayrımcılığı davasında, bu telefon görüşmelerinden elde edilen kayıtlar kullanılmak istenmiştir. Mahkemede, davalı Birleşik Krallık, işveren tarafından temin edilmiş olan telefonların önceden bilgilendirilme yapılmaksızın gizli dinlenebileceği iddia edilmişse de, Mahkeme tarafından yapılan müdahâle Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı kabul edilmiştir. Karar için bkz. ***Halford v. The United Kingdom***. Kararın iş hukuku uygulamasındaki önemi hakkında bkz. Sevimli, ss. 203-205.

99 Sevimli, ss. 203-204, 206-207.

100 Gereklilik unsurunun içeriği konusunda bkz. Sevimli, ss. 204-206.

aykırı rekabet uygulamaları yapıldığı düşünülen şirkette, kurumda ön araştırma yapabilmekte (RKHK m. 40); bu kapsamda şirketten her türlü bilgi ve delil talebinde bulunabilmekte (RKHK m. 14)[101] ve yerinde inceleme yapabilmekte (RKHK m. 15)[102]; yazılı veya sözlü şekilde verilmesi istenen bilgi ve belge talebinden kaçınılması durumunda şirket/kurum, önemli birtakım idarî para cezası yaptırımlarına (RKHK m. 16 ve 17) tâbi olabilmektedir[103]. Bu tespitler neticesinde görülecek olan uyuşmazlık her ne kadar medenî yargıya tâbi olmasa da, özel hukuk alanında ispat hakkına önemli etkiler yaratan ve sonuçlar doğuran bu konuyu çalışmamız çerçevesinde de ayrıca inceleme gereği olduğu kanaatindeyiz.

Zira yukarıda özel hayatın ispat hakkı ile çatışması noktasında yaptığımız açıklamalara, rekabet kurulunun sahip olduğu bu yetkiler somut birer örnek teşkil eder. Yukarıda üzerinde durduğumuz üzere rekabet hukukunda, rekabeti tespit edecek olan denetim kuruluşlarına verilen bilgi ve belge toplama yetkisinin temeli ta-

---

[101] Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, rekabet ihlâllerinin incelenmesi ile ilgili olarak Rekabet Kurulu'na çok geniş ölçüde bilgi ve belge isteme hakkı tanımaktadır:
RKHK m. 14: "Kurul, bu kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir. / **Bu makamlar, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurulun belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır.**" (RKHK m. 14)
Bu maddenin devamında "*Yerinden İnceleme*" başlıklı 15. madde hükmü ile Kurul'un yetkileri daha da genişletilmektedir:
"Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:
a) **Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir,**
b) **Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir,**
c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir.
İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundururlar.
(Ek fıkra: 4971 - 1.8.2003 / m.25 A) **İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür.** Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır." (RKHK m. 15)
Görüldüğü üzere söz konusu maddelerde herhangi bir muafiyetten söz edilmemekte ve Kurul'a, rekabete ihlâli soruşturmasında çok geniş bir bilgi ve belge yetkisi tanınmaktadır. Bu durumda şayet örneğin rekabet ihlâli yapıldığı iddiası ile bir anonim şirketin belgeleri incelenirken, kurum için avukatın söz konusu ihlâle ilişkin vermiş olduğu hukukî danışmanlıklara ilişkin yazışmalar, e-maillerin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesi kapsamındaki meslekî sır kapsamına girmesi durumunda kurum içi avukat söz konusu belgelerin ibrazından kaçınabilmesi veya tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak ifade vermekten kaçınması söz konusu olabilecektir.

[102] "... İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır." (RKHK m. 15)

[103] Rekabet Kurulu'nun delil toplama sürecine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ejder Yılmaz, "Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II (9 Nisan 2004, Kayseri),** (2004), ss. 78-86.

mamen rekabet hukukunun kamusal amacına ve özellikle de rekabet ihlâllerinin ispatının güçlüğüne dayandırılmaktadır[104]. Bunun yanısıra rekabet hukukunda rekabet ihlâllerinin tespiti için özel hukuk alanında ve hâtta ceza hukuku alanında dahi görülmeyen birtakım imkânlar rekabet kurullarına bahşedilmektedir. Bu kapsamda tanınan imkânlar içerisinde rekabet ihlâllerinin her türlü delille ispat edilebilmesine karşın rekabet ihlâlinin varlığının kabulü için ispat ölçüsü konusunda geniş bir serbestliğin tanınması ve çoğu zaman da ispat ölçüsünün oldukça düşürülmesi[105]; Kurul lehine önemli birtakım karineler[106] kabul edilmesi[107, 108], ispat güçlüğünün aşılıp de-

---

[104] Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girip uygulanmaya başlamasından bu yana Rekabet Kurulu'nun karşılaştığı en önemli sorunun, rekabet ihlâllerinin tespiti konusundaki ispat güçlükleri olduğu yönünde bkz. Gönenç Gürkaynak, Korhan K. Yıldırım, M. Hakan Özgökçen ve A. Buğra Aydın, "Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları", **Rekabet Dergisi**, C. 12, S. 4, 2011, s. 76.

[105] Avrupa Toplulukları Komisyon kararlarında da, Avrupa Birliği çerçevesinde de kesin bir ispat ölçüsünün ilkesel olarak benimsenmediği, her somut olaya göre Komisyon'un ispat ölçüsünü *düşük* veya *yüksek* tuttuğunu, bu şekilde somut olay adaletine göre ispat ölçüsünün belirlendiği ve bu gerekçelerle Avrupa Toplulukları Komisyonu'nun ispat ölçüsünün belirlenmesi konusunda geniş bir yetki alanının bulunması önemlidir. Bu çerçevede benzer yetkileri Rekabet Kurulu'nun da paralel şekilde kullandığı Rekabet Kurulu kararlarından anlaşılmaktadır. Avrupa Toplulukları Komisyonu'nun rekabet ihlâlleri konusunda sahip olduğu ispat ölçüsü kriterlerinin belirlenmesinde serbestliğinin geniş olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gürkaynak ve diğerleri, ss. 84-90.

[106] **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. Maddesi'nin, 1. Fıkrası**'nda, "*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.*" ifadesine yer verildikten sonra, düzenlemenin devamında bu gibi hâllere örnekler verilmiştir. Örnekseyici olarak belirtilen bu durumların (RKHK m. 4, II, a-b-c-d-e-f bentlerindeki hâllerin) varlığı hâlinde rekabet ihlâlinin bulunduğu karine olarak kabul edilmiştir. Bu durumda ise, "*Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.*" hükmü getirilerek (RKHK m. 4/III) karinenin adî bir karine olduğu ve Kanun'da (RKHK m. 4, II, a-b-c-d-e-f bentlerindeki hâllerin) varlığının Rekabet Kurulu tarafından ispatlanması hâlinde karşı tarafın da bu hâllerin uyumlu eylem olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulacağı belirtilmiştir. Benzer bir başka karine de **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 59. Maddesi** ile getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, "*Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer. Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir.*" (RKHK m. 59).

[107] Yukarıda dipnotta belirtildiği üzere rekabet ihlâllerinin tespiti açısından Rekabet Kurulu lehine Kanun'da birtakım karineler kabul edilmiştir. Kanun'un 4. maddesi birtakım hayat olayları belirlenerek bu durumların varlığı hâlinde teşebbüslerin uyumlu eylem hâli içinde olduğunun kabul edileceğini belirtilerek söz konusu hâllerin uyumlu eylem teşkil etmediğinin ispat yükünü [*bu anlamda menfî bir vakıanın ispatını*] teşebbüslere yüklemiştir. Kanun'un gerekçesinde açıkça Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlâlinin tespiti açısından ispat güçlüğü altında olması sebebiyle söz konusu karinelerin kabul edildiği belirtilmiştir. Ancak bu karineler vasıtasıyla teşebbüslere menfî vakıanın ispatı yükünün yüklendiği ve menfî vakıaların ispatının, işin doğası gereği oldukça güç ve hâtta bazı durumlarda imkânsız olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu durumda Kanun gereği aksini ispat faaliyetini yürüterek Kanun'un 4. Maddesi'nde belirtilen hâllerin uyumlu eylem niteliğinde olmadığını ispat yükü altında olan teşebbüsler lehine ispat ölçüsü düşürülmelidir. Ayrıca Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrası ile geti-

lil elde edilmesi amacıyla pişmanlık kurumunun kabul edilmesi[109] gibi önlemler sayılabilir.

Türk hukukunda da, genel olarak Avrupa Birliği hukukunda olduğu gibi rekabeti denetleyecek kurulların delillerin[110] toplanmasına ilişkin yetkileri son derece geniş yorumlanmaktadır. Esasında Türk rekabet hukukundaki bu yöndeki -*bilgi ve belgelerin araştırılması konusundaki*- eğilimler, genel olarak Avrupa Topluluğu'nun belge ve bilgi toplama konusunda gösterdiği eğilim ile paralellik arz etmektedir. Avrupa Topluluğu önceki tarihli kararlarında rekabet ihlâllerinin tespiti bakımından oldukça düşük ispat ölçülerini kıstas olarak almakta idi. Örneğin sadece belirli türden ibarelerin bulunması, Avrupa Topluluğu açısından rekabetin ihlâlinin varlığı

---

rilen karineler sebebiyle *ispat yükünün yer değiştirdiği* ifade edilmekte ise de [*bu görüşte bkz.* Pelin Uyanık, **Rekabet Hukuku Açısından Delil** (Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu Yayımı, No. 120, Ankara 2003, s. 67; Gürkaynak ve diğerleri, s. 92], bu doğru bir ifade değildir. Zira kanunî karinede kendisine ispat yükü düşen taraf (*Rekabet Kurulu*) yine karinenin temelini ispat yükü altındadır (*örneğin Rekabet Kurulu, rekabet ihlâli yapıldığı iddia edilen teşebbüsün Kanun'un 2. fıkrasında bent bent sayılan hâllerin birini veya buna benzer hâllerden birini gerçekleştiğini, yani* ***karine temelini*** *ispatlayacaktır*). Bunun dışında lehine *adî kanunî karine* getirilen Rekabet Kurumu, karine sonucunu ayrıca ispat yükü altında değildir. Bunun akabinde ise, uyumlu eylem içinde olduğu ileri sürülen teşebbüsler, karinenin aksini ispat etme durumunda olacaktırlar.

[108] Kanunkoyucu Kanun'un 4. maddesinin, 2. fıkrasında saymış olduğu bentlerdeki durumlardan birinin varlığı hâlinde rekabet ihlâlinin gerçekleştiğini *adî bir karine* olarak kabul etmiş ve bu anlamda *ispat ölçüsünü düşürmüştür.* Zira Kanun'un bu düzenlemesi bulunmasaydı, Rekabet Kurulu'nun, Kanun'un 2. fıkrasında belirtilen hâllerden birinin varlığını ispatlaması, tek başına rekabet ihlâlinin varlığı için yeterli görülmeyebilecekti. Zira çoğu rekabet ihlâlinde, ihlâlin varlığının kabulü için çok daha yüksek bir ispat ölçüsü aranmaktadır. Dolayısıyla bu fıkra düzenlemesi ile esasında kanunkoyucu rekabet ihlâllerinde söz konusu olan veya olacak ispat güçlüklerinin aşılabilmesi için Rekabet Kurulu lehine âdeta çifte bir koruma öngörmektedir. Nitekim "*uyumlu eylem karinesi*" olarak ifade edilen bu kanunî imkânların ABD ve AT rekabet hukuklarında kabul edilmediği, bunun da bilinçli bir tercih olduğu, zira bu şekilde getirilecek karinelerin hukukun evrensel ilkeleri ile uyumlu olmadığı tespitleri dikkate alındığında (*bu konuda bkz.* Gürkaynak ve diğerleri, s. 94), Rekabet Kurulu'nun, Türk rekabet hukuku uygulamasında mehaz alınan ülkelerdeki (*ABD, AT*) rekabet kurullarının sahip olmadığı ispat kolaylıklarından yararlanabildikleri göz ardı edilmemelidir. Zira ABD rekabet hukukunda teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde olduğunun tespiti ve ispatı için alelâde bir ispat ölçüsü aranmadığı, tek bir emarenin uyumlu eylemin ispatı yeterli olmadığı, bunun için güçlü emarelerin varlığının gerektiği yönündeki içtihatlar için bkz. Gürkaynak ve diğerleri, s. 96. ATAD'ın paralel yöndeki içtihatları için bkz. Gürkaynak ve diğerleri, ss. 96-100.

[109] Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin 6. fıkrası gereğince Kanun'a aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Rekabet Kurumu ile aktif işbirliği yapanlara, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle 16. maddenin 3. ve 4. fıkralarında belirtilen cezaların verilmeyebileceği veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim yapılabileceği düzenlenmiştir. Kanun'un 16. maddesinin son fıkrasında, işbirliği hâlinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartlarının, işbirliğine ilişkin usûl ve esasların Rekabet Kurulu'nun çıkaracağı yönetmeliklerle belirleneceği hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede ***Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik*** (RG 15.02.2009, S. 27142) kabul edilmiştir. Yönetmelik'in "*Para Cezası Verilmemesi*" başlığını taşıyan 4. maddesinde açıkça ispat güçlüğünün aşılması için kişilerin işbirliği yapması hâlinde ceza uygulanmayacağı belirtilmiştir.

[110] Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlâlleri için başvurabileceği delillere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, 2004, ss. 69-78.

açısından yeterli görülebilmekte idi. Ancak rekabet ihlâllerinin varlığının son derece düşük ispat ölçüsüne indirgenmesi yoğun tartışmalara konu olmuş ve hatta rekabetin tespiti açısından rekabet kurumlarını '*ortaçağ papalığına*' benzetenler dahi olmuştur[111]. Bunun üzerine Avrupa Topluluğu, rekabet ihlâllerinin varlığı konusunda daha yüksek ispat ölçüleri kabul etmeye başlamış ve bu kapsamda da rekabet ihlâli araştırması yapılan şirketlerde yapılacak soruşturmalarda delil ve bilgi aranması konusundaki yetkiler çok büyük ölçüde genişleme eğilimi göstermiştir. Başka bir ifade ile ispat ölçüsünün yükseltilmesi, rekabet kurallarının rekabet ihlâllerini tespit edebilmeleri için daha fazla şirket içine girebilmeleri ile geniş ölçüde belge ve bilgi toplama yetkisine sahip olabilmeleri ile sonuçlanmıştır. Nitekim sadece Türk hukuku açısından değil, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın pek çok kararında rekabet kurullarının, şirketin her türlü yazışmalarına dayanarak rekabet ihlâllerini ispat edebileceği vurgulanmaktadır[112]. Bununla birlikte yaklaşık ispatla ispatlanabilecek rekabet ihlâlleri açısından rekabeti tespit edecek Rekabet Kurulu'nun, şirketlerin içinde her türlü incelemeyi yapabilmesi beraberinde sakıncalar taşıdığı kanaatindeyiz. Her ne kadar bu yetkiler rekabet kurullarının rekabetin ispatının güçlüğü ve dolayısıyla ispat haklarının etkin bir şekilde tesis edilmesine yönelik ise de, konu diğer temel haklar açısından ölçüsüz bir müdahâle teşkil etmektedir. Bu yönüyle ispat hakkı ile

---

[111] Bu konuda bkz. Gürkaynak ve diğerleri, s. 85. Örneğin Avrupa Toplulukları Komisyonu 1987 yılında ***Sandoz*** *davasında* verdiği kararda, *Sandoz* tarafından düzenlenen faturaların üzerinde "*ihracat yasaklıdır*" ibaresinin bulunmasını *tek başına* rekabet ihlâlinin varlığının kabulü için yeterli bulmuştur. Bu karar için bkz. Gürkaynak ve diğerleri, ss. 85-86.

[112] Hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin ***Irish Sugar*** *Komisyon kararında*, teşebbüslerden birinin yetkilisinin ajandasındaki el yazısı, toplantıya katılan bir teşebbüs yetkilisinin toplantı notları, teşebbüslerden birinin yönetim kurulu toplantısının kayıtları, İngiliz Adil Ticaret Ofisi'ne yapılan şikayet sonucunda başlayan incelemede görev alanlar ile toplantıya ilişkin teşebbüs yetkililerinin verdiği yeminli beyanlar ("*affidavit*") ve bu inceleme kapsamında elde edilen belgeler, birbirlerine yazdıkları mektuplar gibi belgeler delil olarak kullanılmıştır. Hatta bir yetkilinin odasında bulunan isimsiz ve tarihsiz bir not, el yazısı ile yazılan bir "*iç belge*" ("*internal notes*"), operasyon raporu dahi deliller arasında yer almıştır. Bu karar için bkz. *14.05.1997 tarih ve 97/624/EC sayılı Komisyon Kararı (IV/34.621,35.059/F-3-Irish Sugar plc), 22/09/1997, OJ L 258/1-34*. Ayrıca bu kararın değerlendirilmesi hakkında bkz. Uyanık, s. 54.
Komisyon, yine ***Cartonboard*** *kararında* gizli ve kişisel yazışmalara dayanarak rekabet ihlâlini tespit etmiştir. Bu Karar'da Komisyon fiyat incelemelerinin yanı sıra yerinde incelemeler sırasında çok gizli ve suçu gösteren belgeler elde etmiştir. Özellikle kartel toplantılarına ilişkinkişisel notlar ve üretimin kontrolü ve fiyat belirlemeye yönelik tabloların kopyaları ("*blueprint*"), bu belgeler arasındadır. Kartel toplantılarının Zürih'teki lüks otellerde yapıldığı ve sekreteryayı İsviçreli teşebbüsün muhafaza ettiği belgelerden anlaşılmıştır. Toplantılara ilişkin çok sayıda kişisel not delil olarak kullanılmıştır. *13.07.1994 tarihli Komisyon Kararı (IV/33.126), 19/09/1994, OJ L 243/1*. Ayrıca bu kararın değerlendirilmesi hakkında bkz. Uyanık, s. 55.

diğer temel haklar çatışmasında, ispat hakkına ölçülülük ilkesinin sınırlarını aşan bir müdahâle ile üstünlük tanındığını ifade etmek hatalı olmaz.

Özellikle yukarıda ayrıntılı şekilde üzerinde durduğumuz Avrupa Birliği bünyesinde özel hayatın ve bu kapsamda kişisel verilerin korunmasının önemini arttırması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konuda hassasiyeti, meseleyi rekabet hukuku uygulamaları ile çatışabilecek bir noktaya doğru sürüklemektedir. Rekabet Kurulu'nun ispat faaliyetini yürütebilmesi, başka bir ifade ile ekonomik kamu düzeninin korunması uğruna Rekabet Kurulu lehine ispat hakkının ölçüsüz bir şekilde genişletilmesinin temel haklara müdahâle açısından taşıdığı sakıncalar kanaatimizce kaygı vericidir. Kaldı ki Türk rekabet hukukundaki rekabet ihlâllerinin varlığının ispatını Rekabet Kurulu lehine *karineler getirilmek suretiyle* kolaylaştıran hükümlerin varlığı ve hâtta günümüzde artık bu karineler sebebiyle rekabet ihlâlleri konusunda Kurum'un '*keyfî*' kararlar aldığı yönündeki eleştiriler[113] de dikkate alındığında, Kurum'un ayrıca 14. ve 15. maddeden doğan yetkilerini kullanması konusunda çok daha sınırlayıcı bir yorum yapmak gerektiği kanaatindeyiz. Zira mevcut rekabet hukuku düzenlemeleri çerçevesinde, bir teşebbüsün rekabet ihlâli yaptığı konusunda çok güçlü delillerin veya emarelerin varlığı gerekli olmamakta, zaten Kanun pek çok rekabet ihlâlini kapsayacak şekilde Kurum lehine ispat kolaylıkları -*karineler*- getirmektedir. Bu durumda kanaatimizce ayrıca teşebbüslerin özel alanına müdahâle yetkisi barındıran ve dolayısıyla müdahâlede bulunulan giz alanının *niteliği gereği* olağanüstü yetkiler barındıran 14. ve 15. maddenin uygulama alanının dar yorumlanması gerekmektedir.

Bu koşullar altında özellikle rekabet hukukunda ispat güçlüklerinin aşılabilmesi için Rekabet Kurulu'na tanınan kolaylıkların (*RKHK m. 5, 59 gibi*) *istisnaî* nitelikte olduğu unutulmamalı ve *gerekli olmadıkça* ek, olağanüstü yetkilere başvurulmamalıdır. Ölçülülük ilkesinin hem idarenin işlemlerinde hem de temel haklara müdahâlede kullanılması gereken en önemli araç olması zorunluluğu göz ardı edilmemelidir. Temelinde Anayasa'da belirtilen temel hak ve özgürlüklere, anayasal sınırlama sebeplerine uyulmadan doğrudan sınırlama getiren bir Kanun hükmüne (RKHK m. 15) dayanarak *gerekli* ve *ölçülü* olmayan bilgi ve belge talepleri ile inceleme ve araştırma uygulamaları bir taraftan rekabet ihlâlini tespit edecek kurumun

[113] Gürkaynak ve diğerleri, s. 117.

içinde bulunduğu ispat güçlüğünün aşılmasını *bir kademe daha* kolaylaştıracaksa da, diğer yandan temel hakların, işyeri dokunulmazlığının, kişisel verilerin korunması açısından ihlâller barındıracak niteliktedir[114]. Zira bugün açıkça ifade edilmese de, Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlâlinin tespiti için şirketlerin çöp kovalarına kadar arama yaptığı bilinmektedir. Bu anlamda rekabet hukukunun -*Anayasa'ya uygunluğu tartışmalı olan*- iç dinamikleri çerçevesinde *dahi*, Kurul'un arama ve inceleme yetkisi *ölçülülük ilkesinin* gereklerine uygun olmalıdır. Aksi halde ekonomik düzenin korunması pahasına ve nihayetinde ispat hakkının temini amacına hizmet etmek üzere, hukuk devleti ilkesinden ödün verilmesi gerekir, ki bu durum demokratik hukuk devletlerinin amaçladığı bir sonuç olamaz. Sonuç olarak rekabet hukukun iç dinamikleri değerlendirildiğinde, Kanun'da lehine çok önemli ispat kolaylıkları tanınan Rekabet Kurulu'na aynı zamanda temelinde Anayasa'ya aykırı olarak kurum, kuruluş ve şirketler içerisinde her türlü bilgi ve belge arama yetkisi tanınan hükümlerin istisnaî nitelikte olduğu gözardı edilmemeli ve ispat hakkının bu şekilde ölçüsüz olarak bir taraf lehine temini için olağanüstü müdahâlelere cevaz verilmesinin doğru olmadığı dikkate alınmalıdır. Kanaatimizce ekonomik düzenin korunması pahasına yargısal ve diğer temel hakların sınırlarının bu denli zorlanması demokratik hukuk devletinin gerekleri ile bağdaşmaz.

---

[114] Nitekim *Yılmaz* tarafından da yerinde inceleme yetkisinin (RKHK m. 15), belirli oranda rekabet ihlâli konusunda şüphelerin bulunması hâlinde kullanılması gerektiği belirtilmektedir. Yazara göre yerinde inceleme yetkisi, ortada somut bir şüphenin varlığını gerektirir; elde rekabet ihlâlini gösteren belge, bilgi, emare yoksa, yerinde inceleme yetkisinin kullanılamaması gerekir. Zira yerinde inceleme yetkisi, hukukî niteliği itibariyle ceza yargılamasındaki "arama" müessesesine benzer ve arama, anayasal güvence altında bulunan konut dokunulmazlığına, özel hayatın gizliliğine, kişi özgürlüğüne ve vücut bütünlüğüne müdahâle oluşturan bir koruma tedbiridir. Bu sebeple aramanın şartları Anayasa'da düzenlenmiştir ve usûlüne uygun hâkim kararı olmadıkça kimsenin üstü, özel kağıtları, eşyası, konutu aranamaz ve bunlara el konulamaz; aksi takdirde yapılan işlem geçersizdir (Anayasa m. 20, 21). Yerinde inceleme yetkisi, bir teşebbüsün özel iç dünyasına girme anlamına geldiğinden bu yetkinin kullanılmasında genel hukuk kurallarına ve özellikle temel hak ve özgürlüklerine riayet etmek şarttır (Yılmaz, 2004, ss. 82-83).
Bu anlamda kanaatimizce bağımsız idarî otorite niteliğinde olan bir kuruma, Anayasa'da konut -*ve bu arada işyeri*- dokunulmazlığı ile özel hayatın gizliği açısından müdahâlede bulunulabilmesi aranan mahkeme kararı olmaksızın girilebilmesi; bu anlamda Rekabet Kurulu'na, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 15. Maddesi ile çok geniş bir müdahâle yetkisi verilmesi Anayasa'ya tamamen aykırıdır. Anayasa'da yukarıda belirtmiş olduğumuz temel haklara müdahâle edilebilecek durumlar açıkça belirtilmiştir, bunun dışında ise ancak Kanun'un temel hakları sınırlandırmasına ilişkin genel sınırlama sebepleri çerçevesinde müdahâlede bulunulabilecektir. Bu çerçevede bu koşulların hiçbirisinin varlığı aranmaksızın Rekabet Kurulu'na Anayasa'ya aykırı şekilde temel haklara müdahâle yetkisi verilmesi ve bunun da ölçüsünün son derece geniş yorumlanması hukukî güvenlik ile hukuk devleti ilkelerine gözle görülür şekilde zarar verir niteliktedir.

E. Diğer Bazı Tür Uyuşmazlıklardan Örnekler

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun boşanan eşlerin birlikte yaşamaya devam etmesi hâlinde ölüm aylığının kesilmesi için 5510 sayılı Kanun'un 56. maddesi uyarınca "*birlikte yaşama*" vakıasını emarelerle ispat etmesi gerekir. Bu uyuşmazlık türünde birlikte yaşama vakıasının ispatı için kişilerin özel bilgilerine, özel hayatın gizliliği haklarına *kamu yararı -SSK'nun hukuka aykırı olguyu ispat hakkının temini-* için müdahâle edilmesinin sıkıntı yaratan bir uygulama olduğu bilinmektedir. Bu uygulama karşısında Anayasa'nın 20. maddesinnin ihlâl edildiğine yönelik çok sayıda dava açılmaktadır[115].

[115] Yargıtay'ın bu yöndeki içtihatları, ispat için yapılacak araştırmaların son derece ayrıntılı bir nitelik taşımakta; kişilerin aile yaşantısından, özel yaşantısına, banka bilgilerinden, elektrik faturalarına kadar pek çok konuda inceleme yetkisi vermektedir. Bu konuda çok sayıda içtihat bulunmakla birlikte sadece araştırmaların içeriğinin derinliğine ve özel hayata, kişisel ve hassas bilgilere yapılan müdahâlenin sınırlarına işaret edebilmek için güncel tarihli bir kararda, yapılması gereken araştırmanın niteliği konusunda benimsenen ilkelere özellikle yer vermek isteriz: "... 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 56'ncı maddesinin İkinci fıkrasına dayalı açılan bu tür davalarda eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun tüm açıklığıyla ve özellikle taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu dönem yönünden ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu aşamada, ayrıntıları yukarıda açıklandığı üzere Anayasa'nın 20'nci maddesi ile 5510 saydı Kanun, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri Ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, 4857 sayılı İş Kanunu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri göz önünde bulundurulmak suretiyle yöntemince araştırma yapılmalı, tarafların göstereceği tüm kanıtlar toplanmalı, bildirilen ve dinlenilmesi istenilen tanıkların ifadeleri alınmalı, davacı ile boşandığı eşinin yerleşim yerlerinin saptanmasına ilişkin olarak; muhtarlıktan ikametgah senetleri elde edilmeli, İlgili Nüfus Müdürlüklerinden sağlanan nüfus kayıt örnekleri ile yerleşim yeri ve diğer adres belgelerinden yararlanılmalı, adres değişiklik ve nakillerine ilişkin bilgilere ulaşılmalı, özellikle ilgili Nüfus Müdürlüğü'nden adres hareketleri, tarihleriyle birlikte istenilmeli, ilgililerin su, elektrik, telefon aboneliklerinin hangi adreste kimin adına tesis edildiği saptanmalı, seçmen bilgi kayıtları getirtilmeli, varsa çalışmaları nedeniyle resmi/özel kurum ve kuruluşlara verilen belgelerde yer alan adresler dikkate alınmalı, boşanan eşler 4857 sayılı Kanun hükümleri kapsamında yer almakta iseler adlarına ödeme yapılabilecek özel olarak açılan banka hesabı bulunup bulunmadığı belirlenmeli, boşanan eşlerin kayıtlı oldukları bölge/bölgeler yönünden kapsamlı Emniyet Müdürlüğü/Jandarma Komutanlığı araştırması yapılmalı, anılan mahalle/köy muhtar ve azalarının tanık sıfatıyla bilgi ve görgülerine başvurulmalı, böylelikle 'boşanılan eşle eylemli olarak birlikte yaşama' olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği, toplanan kanıtlar ışığı altında değerlendirildikten sonra elde edilecek sonuca göre karar verilmelidir. / Bu maddî ve hukuki olgular gözönünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu davanın kabulüne karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir." 10. HD, 3.11.2011, 7225/15311 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası). Aynı yönde diğer bazı güncel kararlar için bkz. 10. HD, 3.3.2014, 2013-14660/4412 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası); 10. HD, 24.2.2012, 2010-11457/929 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

§ 19 DELİL İBRAZI AYRICALIKLARINDAN DOĞAN SINIRLAMALAR

I. DELİL İBRAZI AYRICALIKLARININ ÖNEMİ, AMACI VE UYGULAMA ALANI

Delil ibrazı muafiyetleri şeklinde kullanmayı tercih ettiğimiz kurum, çeşitli ilişkiler sebebiyle tarafların veya üçüncü kişilerin yargılama ve özellikle ispat sürecinde sahip oldukları kaçınma sebepleridir. Bu kaçınma sebepleri sayesinde taraflar veya üçüncü kişiler delil ibraz etme yükümlülüğünden kurtulabilmektedirler. Bu anlamda delil ibrazı muafiyetleri ispat hakkına müdahâle eden, ispat hakkını sınırlandıran oldukça önemli bir kurumdur. Delil ibraz etme yükümlülüğüne istisnalar getiren bu kurumun ispat hakkı karşısında nasıl değerlendirilmesi gerektiği, kanaatimizce bu çalışmanın en önemli noktalarından birisini teşkil eder.

Yukarıda yaptığımız açıklamalarda hukuk sistemlerinin, tarafların ve üçüncü kişilerin, yargılama sürecine dava malzemelerini -*uyuşmazlığın temelini oluşturan vakıa ve bunları temsil eden ispat araçları olarak delilleri*- getirmekle yükümlü tutulup tutulamayacağı meselesinin son derece hassasiyet arz ettiğini belirtmiştik. Zira dava malzemelerinin yargılama sürecine getirilmesi külfetinin kime yükleneceği, bu külfetin kimler için bir yükümlülük yani zorunluluk teşkil edebileceği, bu aşamada mahkemenin müdahâlenin ne ölçüye kadar olması gerektiği gibi sorular esasında medenî yargılama hukukunun sorunları olmakla birlikte, hukuk sistemlerinin, sistem olarak yapacağı tercihlerle ilgilidir. Bu tercihte hiç şüphesiz, daha önceki açıklamalarımızda da yer verdiğimiz şekilde, o hukuk sistemini ideolojik, siyasî, toplumsal, tarihî olarak etki altına alan düşünce yapısının çok önemli bir katkısı olacaktır. Benzer şekilde delil ibrazı muafiyetleri de, karşılaştırmalı hukuk alanında, medenî yargılama hukuku sistemlerini keskin bir şekilde birbirinden ayıran önemli bir yol ayrımını temsil eder. Zira hukuk sistemlerinin, delil ibrazı muafiyetleri konusunda yapmış oldukları tercihler, aynı delil ibrazı mecburiyeti meselesinde olduğu gibi, medenî yargılama hukuku sistemlerini birbirinden coğrafik, ideolojik, yapısal anlamda nerdeyse gözle görülür şekilde ayırır.

Yukarıdaki açıklamalarımızda da yer verdiğimiz üzere, hukuk aileleri konusunda yapılan Kıta Avrupası ve Ortak Hukuk sistemi ayrımı en temel ve köklerini oldukça eskiye dayandıran bir ayrımdır. Ancak yirmibirinci yüzyıla gelindiğinde, hâkim olan düşüncenin özellikle yakınlaştırma (*harmonisation*) çabaları hasebiyle bu

ayrımın genel olarak korunmaması gerektiğine yönelik olduğu gözlemlenmektedir. Bu durumun konumuzla ilgili kısmı ise, özellikle delil ibrazı muafiyetleri konusunda kabul edilen temel esasların bu iki sistemi birbirinden en keskin şekilde ayıran kurumlar olmasıdır. Bu durumun temelinde yatan asıl sebep, öncelikle her iki hukuk ailesinin dava öncesinde delil toplama araçları konusunda taraflara vermiş olduğu yetkilerle ilgilidir. Ortak hukuk sistemleri aynı zamanda dava öncesinde taraflara çok geniş ölçüde dava malzemesini toplama yetkisi (*pre-trial devices*) verdiğinden, dava sürecinde ispat aşamasında da delil ibrazı muafiyetlerini oldukça genişletme eğilimi içerisindedir. Zira bu hukuk ailesine dâhil yargılama modellerinde taraflar, dava öncesinde delilleri toplama konusunda çok önemli şekilde insiyatif sahibidir. Bu kadar bireysel, liberal şekilde taraflara dava öncesinde delil toplama yetkisinin tanınması, davaya yani yargılamaya başlandıktan sonra da önemli ölçüde tarafların delil ibrazı muafiyetleri ile sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır.

Yargı sistemlerinin bu konuda yapacağı tercih aynı zamanda, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere yargılama modellerinin amaçları ile de paralellik arz eder. Ortak Hukuk sistemleri temelde uyuşmazlık çözüm odaklıyken, Kıta Avrupası sistemleri aynı zamanda sosyal barışın sağlanması yani gerçeğe ulaşılması konusunda daha net bir hassasiyet taşır. Delil ibrazı muafiyetleri ise, daha fazla özel hakları ve bireyselciliği temel alan, buna karşılık gerçeğe ulaşılmasının önünde engel niteliğindeki bir kurum olarak görülür. Zira medenî yargılama sistemine getirilen her delil ibrazı muafiyeti ile yargılamada gerçeğe ulaşılması konusunda bir engel ihdâs edilmiş olur. Bu sebeple de Kıta Avrupası hukuk sistemleri delil ibrazı muafiyetlerine Ortak hukuk sistemlerine nazaran daha uzak mesafededir.

Bütün bu farklılıklarla birlikte, aşağıda görüleceği üzere delil ibrazı muafiyeti sağlayan kurum ve kuralların çok büyük bir kısmı hem Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde hem de Ortak Hukuk sistemlerinde kanunla veya içtihat hukukuyla kabul edilmekte ve uygulama alanı bulmaktadır. Ancak uygulama alanları çok açık bir şekilde büyük farklılıklar taşır. Buna karşın özellikle yirmibirinci yüzyılda bu iki hukuk ailesini özellikle delil ibrazı muafiyetleri konusunda -*ölçüleri ve sınırları birbirinden tamamen farklı olmakla birlikte*- birbirine oldukça yakınlaştıran bir diğer olgu temel haklar konusunda yaşanan gelişmelerin paralellik arz etmesidir. Zira yukarıda üzerinde durulduğu üzere, ispat hakkı ile çatışma içerisinde olan hemen her delil ib-

razı muafiyeti temelinde başka bir temel hakka ilişkin menfaati korumayı amaçlar. Örneğin avukatın sır saklama yükümlülüğü, özel hayatın korunması hakkı ile adalete erişim hakkının; hekimin sır saklama yükümlülüğü, özel hayatın korunması hakkının; gazetecilerin haber kaynağını gizli tutma hakkı, düşünce özgürlüğü ile basın özgürlüğünün; aile ilişkileri sebebiyle çekinme hakkı, özel hayat kapsamında ailenin korunması hakkının; ticarî sırların korunması, mülkiyet hakkının güvence altına alınmasının yargılama hukukuna bir yansımasıdır. Dolayısıyla içinde bulunduğumuz yüzyıl içerisinde temel haklara ilişkin hukuk sistemlerinin ortak kaygı ve ihtiyâçları, yansımasını medenî yargılama hukuku alanında da göstermektedir.

II. ÇEŞİTLİ SIRLARDAN DOĞAN AYRICALIKLAR

A. Medenî Yargılama Hukuku Açısından Sır Kavramı ve İspat Hakkı ile İlişkisi

Medenî yargılama hukukunda sır kavramı oldukça geniş bir uygulama alanına sirayet etmekte ve özellikle konumuz açısından taraflara ve üçüncü kişilere birtakım imtiyazlar tanımak suretiyle diğer tarafın ispat hakkını sınırlandırmaktadır. Zira taraflardan birisi, iddiasını karşı tarafın veya üçüncü kişinin beyanı veya hâkimiyetindeki ispat aracı ile ispatlamak isteyebilir ve bu anlamda ispat hakkını karşı tarafın veya üçüncü kişinin hâkimiyetinde bulunan bilgi kaynağı ile kullanmak isteyebilir. Ancak bu durum, bazı hâllerde tarafların veya üçüncü kişilerin meslekleri veya kişisel sebeplerle sahip oldukları "*sır*" kapsamına girebilmekte ve kanunî düzenlemeler çoğu zaman kanunen "*sır*" kapsamı içerisine dâhil olan konuda tarafa veya üçüncü kişilere beyanda bulunmaktan veya delil ibrazından kaçınma hakkı tanır.

Medenî yargılama hukuku açısından sır kavramı bugüne kadar pek fazla üzerinde durulmayan ancak özellikle ispat hakkı açısından çok önemli özellikleri barındıran birtakım delil ibrazı muafiyetlerini ifade etmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun pek çok maddesinde çeşitli türde *sır*lardan bahsedilir, ancak bunların tanımı veya ispat hukuku açısından taşıdığı özellikler pek fazla üzerinde durulmayan meselelerdir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun çeşitli maddelerinde sır sahibi kişilerin tanıklıktan veya delil ibrazı taleplerinden kaçınabilecekleri belirtilmektedir (bkz. HMK m. 242, 249, 250, 277 gibi). Bu anlamda ispat hakkının kanaatimizce en önemli sınırlandırmalarından bir tanesini, *sır* sebebiyle tarafların veya üçüncü kişilerin sahip olduğu delil ibrazı muafiyetleridir.

Sadece ispat hakkı penceresinden konuya bakıldığında, bir tarafın iddiasını ispat etmek için ve ayrıca yargılama hukukunda gerçeğe ulaşılmasının yegâne araçları olabilecek birtakım delillerin yargılamaya getirilmesi konusunda diğer tarafın veya üçüncü kişilerin *sır* sebebine dayanarak delili ibraz etmekten kaçınması, çok makûl ve ölçülü görünmeyebilir. *Sır* kavramı nisbeten kişisel, objektif olmayan bir değerlendirme ölçütünü de beraberinde getirebildiğinden, bu konudaki yaklaşımlar da doğal olarak örneğin evrensel ve objektif değerlendirme ölçütlerine dayanan temel hakların çatışmasından doğan ispat hakkı sınırlamalarından daha farklı olacaktır. İdeal bir ispat rejiminde kişilerin ispat hakkını kullanabilmesi konusunda önündeki tüm engellerin olabildiğince kaldırılması, yargılamanın amacı açısından da tarafların menfaatleri açısından da gerekli ve hâtta nerdeyse zorunludur. Bu gerekliliğe karşın medenî yargılama sisteminde birtakım bilgilerin *sır* kapsamına dâhil edilmesi ve devamında da bu *sır*lar sebebiyle taraflara delil ibrazı muafiyeti tanınmasının ispat hukuku açısından meşru temellerinin olup olmadığı, konumuz açısından sorgulanması gereken en önemli noktalardan birini teşkil etmektedir. İspat hakkını konu alan bilimsel bir çalışmanın temel amacı ispat hakkının önündeki engellere işaret etmek ve olabildiğince bu engellerin bertaraf edilmesine yönelik çözüm önerileri getirmek olmakla birlikte, yargılama hukuku müesseselerinin veya temel yargısal hakların tek taraflı -*yani sadece ispat hakkının koruduğu menfaat açısından*- incelenmesi, yapılan değerlendirmeleri objektiflikten uzaklaştırabilecektir. Bu sebeple biz de çalışmamızın bu bölümünde ispat hakkını sınırlandıran en önemli sebeplerin birini teşkil eden medenî yargılama hukuku açısından *sır* addedilen bilgilerin temelinde yatan sebepleri ve bunlara ispat hakkı açısından bir muafiyet tanınmasının özünde yatan düşünceler ile getirilen çözümlerin ölçülü olup olmadığını ele almaya çalışacağız.

Belirtmek gerekir ki, medenî yargılama hukukunda ispat hakkına sınırlandırma getiren *sır* sebebine dayanan delil ibrazı muafiyetleri sadece Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da düzenlenmemiştir. Ayrıca özel kanunlarda da sır sebebiyle delil ibrazı muafiyetine cevaz veren pek çok düzenleme bulunmaktadır. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda sır sebebiyle delil ibrazından muafiyet sağlayan her bir düzenleme birtakım farklılıklarla birlikte benzer şekillerde Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda da delil ibrazı muafiyeti sağlayan imkânlar olarak düzenleme altına

alınmıştır. Bu çerçevede özellikle meslekî sır sebebiyle çekinme hakkı, devlet sırrı sebebiyle çekinme hakkı ceza yargılaması sisteminde de taraflara ve üçüncü kişilere delil ibrazı muafiyeti sağlayan sır çeşitleridir. Bu konudaki karşılaştırmalarımıza aşağıda her bir muafiyet incelenirken, o konu altında yer verilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, medenî yargılama hukukunda sır olarak muafiyet getiren delil ibrazı sebeplerinden bazıları ile ceza hukuku kuralları arasında organik bir bağ da bulunur. Zira örneğin medenî yargılama hukuku kurallarına meslekî sır sebebiyle delil ibrazından çekinme hakkı tanınmasında, meslek sahiplerinin meslekî sırları ifşa etmesi hâlinde bu fiillere cezaî sorumluluk yükleyen cezaî hükümlerin gelişiminin de etkisi bulunur. Dolayısıyla esasında medenî yargılama hukuku kurallarında da, meslekî sır sebebiyle delil ibrazından çekinme hakkı, temelini aynı zamanda bu sır konusu bilgilerin açığa çıkarılmasının suç teşkil etmesinden de almaktadır. Zira suç sayılan bir fiili, tanıklık yapma mecburiyeti çerçevesinde bir yükümlülüğe dönüştürmek mümkün olamayacağından belirli meslek gruplarının meslekî sır sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkı bulunmaktadır.

Eski Türk Ceza Kanunu'nun 198. maddesinde "*bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırra vakıf olup da meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse mahkûm olur.*" şeklinde bir düzenleme bulunmasına rağmen, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda 198. maddeyi karşılayan bir hüküm yer almamaktadır. Ancak, bu durum yeni Türk Ceza Kanunu'nda konuya ilişkin düzenleme yer almadığı anlamına gelmez; aksine yeni Türk Ceza Kanunu'nda söz konusu fiil daha ağır bir cezaî yaptırıma tâbi kılınmıştır. Türk Ceza Kanunu "*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*" başlığı altında 136. maddede, kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişinin, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu anlamda tıbbî kayıtların gizliliği anlamında kişisel veri, gerçek kişilere ilişkin olarak bir hastalık sebebiyle hekim veya diğer sağlık personeli tarafından edinilen her türlü bilgiyi ifade eder[116]. Bu düzenlemeye ek olarak Kanun'un 137. maddesinin, b. bendinde de, bu suçun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesine daha ağır (yarı oranında

[116] Erkan Küçükgüngör, "Tıbbi Kayıtlarda Sır Saklama Yükümlülüğü", **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Kasım 2010, Ankara),** Ankara Barosu 2010, s. 565.

arttırılır) ceza öngörülmüştür. Dolayısıyla bir hekimin, meslekî faaliyeti sırasında hastası veya yakınları hakkında öğrendiği kişisel bilgileri açıklaması, sır saklama yükümlülüğünün ihlâli olup, cezaî yaptırıma tabîdir. Kanun metninde yer verilen kişisel bilgi, sır kavramından daha geniş yorumlanmaya müsait olduğundan eski düzenlemeye göre korumanın arttırıldığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Ayrıca bu düzenleme, bizim de buraya kadar ortaya koymaya çalıştığımız üzere kişisel verilerin temel haklar karşısında koruma alanının genişletilmesi ve kişisel veriler konusunda yaşanan gelişmelerin bir sonucudur.

Esasında yukarıda üzerinde durulduğu üzere söz konusu, sırların korunması ihtiyâcı ve menfaatinin temelinde yine bu sırların dayandığı temel haklardır. Bu çerçevede esasında sır sebebiyle delil ibrazı muafiyetlerinin meşru temelleri yukarıda ispat hakkı ile diğer temel hakların çatışması başlığı altında kuramsal anlamda incelenmişti. Bu noktada ise, delil ibrazı muafiyeti tanıyan her bir sırrın normatif düzenlemesinin yukarıda temelleri atılmış olan kuramsal ve anayasal esaslarla örtüşüp örtüşmediği ve ispat hakkı karşısında nasıl bir uygulama alanına sahip olduğu, olması gerektiği konuları üzerinde durulacaktır. Yeri geldikçe de özellikle bu muafiyetlerin anayasal temelleri konusunda yukarıda yapmış olduğu değerlendirmelere atıfta bulunulacaktır.

B. Meslekî Sırlardan Doğan Ayrıcalıklar

1. Genel Olarak

Delil ibrazından muafiyet sağlayan bu imkân, genel olarak *ayrıcalık (privilege)* kavramı ile ifade edilmektedir. Bu ayrıcalığın örneğin münhasıran yargılama sürecinde meslekî sır kapsamına giren konularda mahkemenin ve karşı tarafın bilgi istemesi durumunda, avukatların meslek sırrı kapsamında sahip oldukları delil ibrazından çekinme hakları ise *hukukî ayrıcalık (legal privilege)* şeklinde ifade edilir. Pek çok medenî yargılama sistemi, uyuşmazlığın aydınlığa kavuşması ve üçüncü kişinin elinde olan delil ile iddiasını ispat etme durumunda olan kişinin ispat hakkına erişebilmesi için *kural olarak* taraflara ve üçüncü kişilere yargılama sürecinde kendilerinden istenen bilgi kaynaklarını, yani delilleri ibraz etme zorunluluğu yüklemektedir[117]. Genellikle yargılama sistemlerinde her kim olursa *üçüncü kişi ko-*

[117] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5.

numunda olan herhangi bir meslek mensubunun -*meslekî sırra dayanarak*- bu yükümlülükten kaçınabilmesi, özel bir kaçınma hakkının yani muafiyetin (*privilege*) hukuk düzenince tanınması koşuluna bağlıdır. Bu sebeple taraflara, *özel olarak* yargılama sürecinde meslekî sırları içeren delilleri ibraz yükümlülüğünden ayrıcalık tanınması gereklidir, ki koruma tam anlamıyla amaçladığı hedefe hizmet edebilsin[118].

Bu anlamda hasta-doktor, müvekkil-avukat, din adamı-inanan arasındaki bilgi paylaşımı bu kapsamda kabul edilmektedir. Belirli türden profesyonel meslek sahiplerinin, mesleklerinin icrası sebebiyle öğrenilen kişisel bilgileri yargılama sürecinde ifşa etmesini engelleyen bu düzenlemeler temelinde güven ilişkisini dayanan mesleklerin olması gerektiği şekilde icra edilebilmesini sağlamaktadır[119]. Aksi takdirde bu türden meslek icra eden kişilerden hizmet alan kişiler özel hayatlarına ilişkin bilgileri güven ortamı içerisinde paylaşamazlar; bu durum da çoğu zaman mesleğin icrasını oldukça zorlaştırır. Meslekî sır sebebiyle delil ibrazından kaçınma hakkı, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da özel hayatın korunması kapsamında ayrıca korunmaktadır. Bu kaçınma sebebi bazı durumlarda söz konusu mesleği icra eden kişilerin, hizmet alanlar ile aralarındaki iletişimi de kapsayabileceğinden aynı zamanda haberleşme özgürlüğünü ve yine bu mesleği icra eden kişilerin işyerlerinin aranmasına engel olduğundan konut dokunulmazlığı hakkını da ilgilendirebilmektedir. Esasında meslekî sır sebebiyle çekinme hakkı ile amaçlanan birtakım anayasal temellere dayanan hukukî düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları

---

[118] Meslekî sır sebebiyle delil ibrazından kaçınma muafiyeti hukuk sistemlerinde farklı terimlerle ifade edilmektedir. Bu terimler içerisinde *privilege, professional secret, confidentiality, secrecy, privacy* yer alır. Bu terimlerin tamamı, esasında hak sahibi ile belirli kişilerin içinde olduğu hukukî ilişki sebebiyle o kişilere delil ibrazı muafiyeti tanınmasını sağlar. Buna karşılık *muafiyet* veya *ayrıcalık* olarak Türkçe'ye çevrilebilecek olan *privilege* terimi Ortak Hukuk sistemlerine özgü iken *meslekî sır* olarak çevirebileceğimiz *professional secret* veya *secrecy* Kıta Avrupası hukuk sistemlerine özgü bir terimdir. Bu kavramlar arasındaki farklılıklar için ayrıca bkz. Daniel Shuman, "The Origins of the Physican-patient Privilege and Professional Secret", **Southwestern L. J.,** S. 39, 1985, s. 661.

[119] Bu konuda ayrıca bkz. Küçükgüngör, s. 555. Nitekim Roma hukukunda güvene dayalı hukukî ilişkilerin en önemli örneği olan vekâlet sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda şayet bu kişi yargılanır ve dava aleyhine sonuçlanırsa, bu kişi şerefsiz (*infamia*) durumuna düşmekte ve gerek kamu hukukundan gerekse özel hukuktan doğan birtakım hakların sahibi olma yetkisi kısıtlanmaktaydı (Küçükgüngör, ss. 555-556). Öyle ki şerefsizlik statüsüne düşen birisi seçme-seçilme hakkını kaybediyor; yargı mercilerine başvurma, tanıklık yapma ve başkasını temsil etme haklarını ve yetkilerini kaybetmekteydi (Küçükgüngör, s. 556). Dolayısıyla Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde tarihî kökenleri itibariyle de birtakım hukukî ilişkiler içerisinde bulunan veya birtakım meslekleri icra eden kişilere güven duyulması; bu kişilerin, ilişkinin diğer tarafındaki kişilere ilişkin sırları saklaması oldukça önemli kabul edilmiştir.

Mahkemesi içtihatları ile belirli türden meslek icra eden kişiler ile bu kişilerden hizmet alanlar arasında güven ortamına dayalı dokunulamaz bir çekirdek alan oluşturmaktır. İki temel hakkın çatışmasına sebebiyet veren bu gibi durumlarda, dokunulması arzulanmayan bu çekirdek alana ispat hakkı sebebiyle müdahâle edilmesi de oldukça hassas bir konu arz etmektedir.

2. Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü

a. İspat Hakkı Açısından Önemi ve Uygulama Alanı

Avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin güven unsuru üzerine kurulu olması ve avukatların, müvekkillerinin menfaatlerine en uygun şekilde mesleklerini icra edebilmesi için avukatlar dünyanın hemen her yargılama sisteminde bazı farklılıklarla birlikte temel olarak sır saklama yükümlülüğü altındadır. Sır saklama yükümlülüğü aynı zamanda avukat ile müvekkil arasındaki ilişkiyi koruma altına alarak müvekkilin, uyuşmazlığa ilişkin konularda güven içerisinde avukatı ile bilgi paylaşımı içine girmesini teşvik eder[120].

Avukatların sır saklama yükümlülüklerinin en önemli sonuçlarından birisi de müvekkillerine ait kişisel bilgilerin paylaşılmasının söz konusu olduğu bir yargılamada, gizlilik kapsamına giren konulara ilişkin avukatlardan mahkemelerin, kamu otoritelerinin ve üçüncü kişilerin bilgi istemesi durumunda bu bilgiyi paylaşmaktan kaçınma hakkına sahip olmalarıdır[121]. Bu kapsamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda avukatlara meslekî sırlarına ilişkin konularda delil ibrazından ve tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Kanun'un 249. maddesinin, 1. fıkrası, 1. cümlesi uyarınca "*Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler.*" (HMK m. 249/1). Hâtta meslekî sır sebebiyle delil ibrazından kaçınma hakkı, avukatlık mesleği açısından kanunkoyucu tarafından bir kat daha artırılmış ve sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına muvafakat verilse dahi, diğer mesleklerden farklı olarak avukatların bu muvafakate rağmen, sırrı açıklamaktan kaçınabileceği düzenlenmiştir [HMK m. 249/1, 2. cümle; AvK m. 36/2]. Tanıklığa ilişkin bu hüküm, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 221. maddesinin, 3. fıkrası gereğince belgeyi ibraz etme

[120] Sime Blake, **A Practical Approach to Effective Litigation,** 7. Bası, Oxford Univ. Press, 2009, ss. 63-64; Dirk van Gerven, "Professional Secrecy in Europe", **Professional Secrecy of Lawyers in Europe,** The Bar of Brussels, Cambridge Univ. Press 2013, s. 1.

[121] van Gerven, s. 2.

yükümlülüğü veya belgeyi ibraz etmeyen ve tanık olarak dinlenmesine karar verilen avukat hakkında da uygulanacaktır. Bu kapsamda Türk medenî yargılama hukuku mevzuatına göre avukatların, müvekkilleri ile olan temsil ilişkisi çerçevesinde herhangi bir uyuşmazlıkta bu ilişki kapsamına giren *sırları* ibrazdan kaçınma hakkı ve bu konuda tanık olarak gösterilmesi hâlinde yine tanıklıktan kaçınma hakları bulunmaktadır. Söz konusu *gizlilik* genellikle *sır saklama yükümlülüğü (professional secrecy)* veya *avukat-müvekkil ayrıcalığı (attorney-client privilege)* olarak ifade edilmektedir ve temel olarak avukatların müvekkillerinden hukukî danışmanlık hizmeti verirken edindikleri bilgiyi gizli tutma yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir. Hukuk sistemimiz açısından da avukatların sır saklama yükümlülüklerinin hukukî dayanağını öncelikli olarak Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinin 1. fıkrası oluşturur. Bu düzenlemeye göre "Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır." (AvK m. 36/1).

Avukattan yasal danışmanlık almak ve devamında mevcut veya potansiyel uyuşmazlık konusunda hukukî danışmanlık alan kişinin almış olduğu bu hizmetin meslekî sır kapsamında korunması gerektiği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi anlamında *âdil yargılanma hakkı* kapsamında kabul edilmektedir. Zira eğer kişiler haklarını ve yükümlülüklerini öğrenmek için avukatı ile yaptığı görüşmelerin gizlilik esası çerçevesinde korunacağı konusunda güvene sahip olmaz ise, hak arama ve hukukî yardım almak konusunda kendilerini özgür hissedemezler. Dolayısıyla kişilerin hukukî danışmanlık almak konusunda sahip olduğu güven aynı zamanda adlî sistemlerin kalitesi konusunda önemli bir etken teşkil eder[122]. Bunun yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kişinin özgürce avukattan hukukî danışmanlık almak için yaptığı bilgi paylaşımının kendisi aleyhine kullanılmayacağının garanti altına alınmasının, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında koruma altına alındığı yönünde içtihatları da bulunmaktadır[123].

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere avukatların sır saklama yükümlülüğüne ilişkin muafiyet konusunda Ortak Hukuk sistemleri ile Kıta Avrupası hukuk sis-

[122] van Gerven, s. 1.
[123] *R (Morgan Grenfell and Co Ltd) v Special Commissioner of Income Tax [2002] 3 All ER 1.* Ayrıca bu konuda bkz. Blake, s. 63.

temlerinin yaklaşımları birbirinden oldukça farklıdır. Bu sebeple biz de aşağıda öncelikle bu farklılığı temel hatları ile ortaya koyacağız ve ardından özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin avukatların sır saklama yükümlülüklerini temel birer yargısal hak olarak kabul ettiği bazı içtihatlar üzerinde duracağız.

b. Yargısal Temel Bir Hak Olarak Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü (AİHM İçtihatları)

Âdil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisi olan *silâhların eşitliği* (*equility of arms*) ilkesi, yargılamanın taraflarının olabildiğince eşit imkânlara sahip olmasını gerektirmektedir. Zira ancak her bir tarafın savunmaları ve hukukî menfaatleri konusunda bilgiye erişebildiği bir yargılama âdil yargılanma hakkını garanti altına alabilir[124]. Dolayısıyla yargılama sürecinde tarafların eşit imkânlara sahip olabilmesinin ilk ön koşullarından birisi de, tarafların her birinin hukukî danışmanlık ve yardım alabilmesi ve bu anlamda da hukukî yardım almak konusunda özgür olabilmeleridir. Avrupa Birliği Hukuku'nda de avukatın sır saklama yükümlülüğünün hukukî temeli tam olarak açık olmamasına rağmen iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki avukatın sır saklama yükümlülüğünün hukukî temelini, hukukî yardım almak konusunda kişilerin sahip olduğu özgürlüğe ve bu anlamda demokratik hukuk devletinin gerekliliklerine dayandırmakta iken; diğer görüş, avukatın sır saklama yükümlülüğünün temelinin tamamen âdil yargılanma hakkından türediğini kabul etmektedir[125].

Hem ceza davaları hem de hukuk davaları için uygulama alanı bulan[126] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında bir kısım temelini bulan âdil yargılanma hakkının pek çok alt unsuru bulunmaktadır. Bu unsurlardan birisi de hem ceza davalarında hem de medenî davalarda geçerli olan mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, taraflardan her birinin, dava veya savunmasını etkili bir şekilde yerine getirebilmesi için kendisini diğer tarafın karşısında dezavantajlı bir duruma sokacak koşulları bertaraf edebilecek imkânlara sahip olmasını ge-

[124] van Gerven, s. 5.

[125] Bu konudaki görüş ve değerlendirmeler için bkz. van Gerven, ss. 4-5.

[126] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin 1. Fıkrası'nın herhangi bir ayrım yapılmaksızın hem hukuk davaları hem de ceza davaları açısından uygulama alanı bulduğu; buna karşılık 6. maddenin 2. ve 3. fıkralarının münhasıran ceza davalarında uygulama alanı bulması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.

rektirir[127]. Bu yüzden de her bir tarafın gerekli olduğu takdirde davasını, savunmasını hazırlayabilmesi için *hukukî yardım alma hakkı (right to a legal assistance)* bulunmaktadır[128]. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi her hâlükârda hukukî yardım alma hakkını, medenî yargıya ilişkin davalarda mahkemeye erişim hakkının zorunlu bir unsuru olarak görmemektedir. Mahkeme'ye göre hukukî yardım alma hakkı, özellikle kişinin kendi iddia ve savunmasını hazırlayabilmesi için hukukî görüş almasını gerektiren davalarla sınırlıdır[129]. Bu gibi durumlarda kişiye hukukî yardım alma imkânının sağlanması gerekir[130]. Bu anlamda kişinin *hukukî yardım alma hakkını (right to a legal assistance) etkin* bir şekilde kullanabilmesinin bir önkoşulu da, müvekkilin avukatı ile paylaştığı bilgilerin gizli kalacağı ve aleyhine kullanılmayacağından emin olarak özgürce konuşabilmesine bağlıdır[131]. Dolayısıyla *hukukî yardım alma hakkının (right to a legal assistance)* garanti altına alınabilmesini sağlayan *avukatın sır saklama yükümlülüğü (professional secrecy)* veya *avukat-müvekkil ayrıcalığı (attorney-client privilege)* bu yönüyle âdil

---

[127] Bkz. ***Dombo Beheer v. Hollanda,*** 27.10.1993, A-274; ***Andrejeva v. Litvanya,*** 18.02.2009, Rep. 2009. Bu konuda ayrıca bkz. van Gerven, s. 6.

[128] ***Salduz v. Türkiye,*** 27.11.2008, hudoc. Bu konuda ayrıca bkz. van Gerven, s. 6.

[129] Ceza davalarında avukatla temsil, her ceza davası için bir *haktır*. Kişilere tanınan bu hak ve devlete herkese avukatla temsil hakkını kullanabilmesi için yüklenen yükümlülük, temelini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasından almaktadır. Zira bu fıkra uyarınca "*Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir: ... c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek.*". Ancak bu fıkra Madde'nin açık ifadesinden anlaşılacağı üzere sadece ceza davaları için getirilmiştir. Buna karşılık medenî davalarda "avukatla temsil hakkı (*right to a legal assistance*)" her dava açısından mahkemeye erişim hakkının bir unsuru olarak *yargısal hak* olarak kabul edilmemiştir. Medenî davalarda hukukî yardım alma ve dolayısıyla avukatla temsil imkânının 6. Madde anlamında yargısal bir hak olarak kabul edilebilmesi için Mahkeme içtihat yoluyla birtakım kriterler kabul etmiştir. Medenî davalarda avukatla temsil hakkı, âdil bir yargılamanın avukatla temsili gerektirdiği her davada uygulama alanı bulacaktır. Bu durum özellikle kişinin iddia ve savunmasını yapabilmesi için hakları ve yükümlülükleri konusunda daha fazla bilgilendirilmesini gerektiren uyuşmazlıklar açısından söz konusu olacaktır (bu konuda bkz. van Gerven, s. 7). *Airey v İrlanda* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, medenî hak ve yükümlülükleri ilgilendiren davalarda mahkemeye erişim hakkının kullanımında adlî yardımın Sözleşme'nin 6 (3) (c) maddesindeki ceza davalarında "adalet sisteminin gerektirdiği" adlî yardımla aynı nitelikte olmadığını belirterek ancak ulusal hukuklarda avukatla temsil mecburiyeti bulunması hâlinde, devletin avukat yardımı sağlamak zorunda olabileceğini; bunun ötesinde ise mahkemeye erişim hakkı kapsamında zikredilen "hukukî yardım ihtiyacı", her davanın koşullarına bakılarak belirleneceğini ifade etmiştir. Bu durumda hukukî yardım ihtiyacının mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde kabul edilebilmesi için aranacak koşullar içerisinde özellikle davanın başvurucu için önemine, konuyla ilgili hukukun ve özellikle usûlün karmaşıklığına ve başvurucunun kendi kendini etkili bir biçimde temsil edip edemeyeceğine bağlıdır (bu konuda bkz. *Airey v İrlanda [1979]*, A 32, 2 EHRR 305 [Harris ve diğerleri, s. 238]). Bu konuda mahkemeye erişim hakkı, avukatla temsil ve ispat hakkı arasındaki ilişkiye ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk.

[130] Bu konuda bkz. ***Larin v. Rusya,*** 20.05.2010; ***Krčmář v. Çek Cumhuriyeti,*** 03.03.2000.

[131] Bu konuda bkz. ***Modarca v. Moldova,*** 10.05.2007; ***Campbell v. Birleşik Krallık,*** 25.03.1992, A-233. Ayrıca bkz. van Gerven, s. 7.

yargılanma hakkının unsurlarından hem *mahkemeye erişim hakkının (right of access to courts)* tesisi hem de yargılamanın taraflarının *eşit silâhlara sahip olmasının (equility of arms)* gereği olarak kabul edilmektedir. Aksi durumun -*avukatın sır saklama yükümlülüğünün bulunmadığı bir adalet sisteminin*- kabulü, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6. maddesinde belirtilen ve amaçlanan adalet mekanizmasının işlemesini de engelleyecektir[132].

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin avukatın sır saklama yükümlülüğünün temelini Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında da değerlendirdiği önemli içtihatları bulunmaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesi kişinin özel hayatını, konutunu, haberleşmesini garanti altına almaktadır. Bu çerçevede avukatın sır saklama yükümlülüğünü de ihlâl edecek şekilde avukatın işyerinde arama yapılması veya müvekkili ile yapılan yazışmalara elkonulması, telefonlarının dinlenilmesi bazı durumlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlâli olarak değerlendirebilmektedir[133]. Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında özel hayatın gizliliğinin, haberleşmenin ve konut dokunulmazlığının sınırlandırılabileceği durumlar belirtilmiştir. Avukatın sır saklama yükümlülüğünün de söz konusu durumların varlığı hâlinde sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Bu konuya ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu *Campbell v. Birleşik Krallık* davasında özellikle 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen durumlarda müvekkil [mahkûm] ile avukatı arasındaki yazışmaların okunabileceği, bunun haberleşmenin gizliliğini ihlâl etmediğine karar verilmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının yanı sıra, CCBE'nin avukatın sır saklama yükümlülüğüne ilişkin temel iki düzenlemesi bulunmaktadır. Bunlardan birisi 2006 tarihli *Avrupa Avukatlık Mesleği Ana İlkelerine İlişkin Tüzük* (*Charter of Core Principles of the European Legal Profession*); diğeri de temelleri 1988 yılına kadar giden ancak 2008 yılında önemli revizyonlara uğrayan *Avrupa Avukatlarına İlişkin Davranış Kuralları*'dır (*Code of Conduct for European Lawyers*). Her iki düzenlemede de avukatın sır saklama yükümlülüğünün önemi ayrıca vurgulanmıştır.

---

[132] Bu konuda bkz. ***Niemitz v. Almanya,*** 16.12.1992. Ayrıca bkz. van Gerven, s. 7.

[133] Bu konuda bkz. 16.11.1992, ***Niemitz v. Almanya,*** A-251; ***Roemen and Schmidt v. Lükemburg,*** 25.02.2003.

Avrupa Birliği Barolar ve Hukuk Kurumları Konseyi, Avrupa Avukatlık Mesleği Ana İlkelerine İlişkin Tüzük'ün uygulanmasını açıklayan şerhinde *avukatın müvekkilinin işini gizli tutma ve meslek sırrına saygı gösterme hak ve ödevi*ni düzenlemiştir. Yine *Avukatların Davranış Kurallarına İlişkin Tüzük*'ün 2.3 Paragrafı'nda avukatların "*Sır Saklama*" başlığı altında benzer esaslar benimsenmiştir. Bugün için hem Kıta Avrupası'nda gerek Avrupa Birliği'ne üye devletlerden gerekse üye olmayan devletlerden büyük bir çoğunluğu CCBE Davranış Kuralları'nı aynı düzenlemeler çerçevesinde kodifiye etmiştir[134].

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özellikle 1982 yılından bu yana avukatların sır saklama yükümlülüğünü temel bir yargısal hak olduğu yönünde içtihatlarda bulunmaktadır. Ancak yine de konu özellikle karşılaştırmalı hukukta yoğun bir şekilde tartışmalara sebebiyet vermektedir. Bu tartışmaların temel sebebi yukarıda açıkladığımız üzere Kıta Avrupası Hukuk Sistemleri ile Ortak Hukuk sistemlerinin kuruma yüklediği içerik farkından kaynaklanmaktadır. Bu durum özellikle sınırötesi uyuşmazlıklarda ve özellikle sınırötesi kişisel verilerin korunması konusunda temelini ispat hakkına da dayandıran önemli tartışmalara dayandırmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da bu sebeple önem kazanmakta ve bu içtihatlar üzerinde çokça tartışma yapılmaktadır. Ancak içtihatların konusu bu çalışmanın boyutunu aşacağından biz aşağıda sadece konuyla ilgili en önemli Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını konumuzla bağlantısını kurarak incelemeye çalışacağız.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, avukat-müvekkil ayrıcalığını inceleme fırsatını ilk olarak 1982 yılında gördüğü *Australian Mining & Smelting Europe Ltd. v. European Commission* davasında [AM & S] bulmuştur. Bu dava Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında avukat-müvekkil ayrıcalığı konusunda oldukça önemli bir yere sahiptir. Bu dava Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne AM & S'nin, Avrupa Toplulukları Komisyonu'nun (*Commision of European Communities*), rekabet ihlâlinin tespiti için *AM & S* Şirketi'nin bünyesinde yapılmış olan soruşturma

[134] Bu çerçevede 2006 tarihli CCBE kurallarını kodifiye eden hukuk sistemlerini şu şekilde sıralamak mümkündür: Arnavutluk (2008), Ermenistan (2008), Belçika (2007), Bosna Hersek (2009), Çek Cumhuriyeti (Çek Cumhuriyeti Barosu'nun Resmî Gazetesi'nde CCBE Kuralları'nın tamamen Çek diline çevrilmiş şekilde yayımlanması, 2007), Danimarka (1999 yılında kabul edilmekle birlikte, 2006 yılında revize edilmiştir), Estonya (2009), Finlandiya (2007), Makedonya (2007), Gürcistan (2008), Yunanistan (2008). [*Bu veriler CCBE, Resmî internet sitesinden elde edilmiştir.*]

ile ilgili verdiği karara itiraz neticesinde gelmiştir. Bu davanın hukukî temelinde, AM & S'in avukatlarının, avukat-müvekkil ayrıcalığını ileri sürerek Komisyon'un yaptığı soruşturmadaki belge isteme talebini reddetmesi bulunmaktadır. Belgelerden bilgilerin avukat-müvekkil ayrıcalığı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi ile birlikte hukukî uyuşmazlık aynı zamanda hakkında gizlilik, meslekî sır iddiası bulunan belgelerin Komisyon tarafından uygulanıp uygulanamayacağı da kararda tartışma konusu olmuştur. Komisyon'un AM & S'den talep ettiği bu belgelerden bir kısmı kurum-içi (in-house counsel) avukatlar bir kısmı da şirket bünyesinde çalışmayan bağımsız avukatlar tarafından hazırlanmıştır. Bu kapsamda ayrıcalık çerçevesinde değerlendirilmesi istenen belgelerin bir kısmı hukukî tavsiye talebine ilişkin belgeler, bir kısmı hukukî tavsiye içeren belgeler, bir kısmı da hukukî tavsiyeyi özetleyen belgelerdir. Bu arada AM & S'e destek amacıyla yanına *Birleşik Krallık devleti ve Avrupa Topluluğu Barolar ve Hukuk Danışma Kurulu (Consultative Committee of the Bars and Laws Societies of the European Community, CCBE)*[135]; Komisyon lehine ise Fransa Cumhuriyeti katılmışlardır. Bu konuda özellikle Avrupa Topluluğu Barolar ve Hukuk Danışmanı Kurulu'nun yapmış olduğu savunma oldukça önemli niteliktedir. *CCBE (Müdâhil),* hem uyuşmazlığın asıl tarafı AM & S'den hem de Birleşik Krallık'dan bir adım daha öne atarak hukukî ayrıcalık (meslekî sır) ilkesinin Avrupa Topluluğu tarafından tanındığını ve bu kapsamda da her bir üye devletin hukukuna dâhil olduğunu belirterek bu ayrıcalığın "*temel, anayasal veya insan hakkının bir garantisi*" olduğunu ifade etmiştir[136]. Buna iddiaya karşılık ise *Avrupa Toplulukları Komisyonu (Commission of the European Communities*), avukat-müvekkil arasındaki ayrıcalığın önemli olmakla birlikte, Birlik hukukunda ilkesel olarak kabul edilmemiş olduğunu ve de mahkemenin önüne *uyuşmazlıkla ilgili tüm delilleri sunma gerekliliğinin*, avukat-müvekkil ayrıcalığı karşısında ağır basan bir menfaat olduğunu, bu sebeple de belgelerdeki ayrıcalık iddiasının mahkeme önüne getirilmesinden önce mutlaka Komisyon tarafından yapılacak güçlü bir doğrulamaya ihtiyaç bulunduğunu ileri sürerek savunmasını

[135] Şimdiki ismiyle Avrupa Topluluğu Barolar ve Hukuk Kurumları Konseyi (*Council of the Bars and Law Societies of the European Community, CCBE*).

[136] "…confidentiality of communication between lawyer and client is recognized as a fundamental, constitutional or human right, accessory or complementary to other such rights which are expressly recognized; and that as such, this right should be recognized and applied as part of 'the law' in terms of Article 164 of the EEC Treaty…" (AM & S v European Commission, s. 1600).

yapmıştır[137]. Görüldüğü üzere esasında söz konusu uyuşmazlıkta taraflar arasından tartışılan en önemli konulardan birisi, avukatın sır saklama yükümlülüğünün yargısal bir temel hak olarak kişilerin uyuşmazlığa ilişkin tüm iddialarını ispat etme hakkı karşısında üstün tutulup tutulmaması gerektiği noktasında toplanmıştır. Avrupa Adalet Divanı ise, bu uyuşmazlığa ilişkin verdiği kararda öncelikle avukat-müvekkil ayrıcalığının tüm üye devletlerde değişik biçimlerde kabul edildiğini ve bu sebeple Topluluk hukuku nezdinde de avukat-müvekkil ayrıcalığının Topluluk nezdinde de tanınması gerektiğine karar vermiş ve avukat-müvekkil arasındaki ayrıcalığı Topluluk hukuku nezdinde tanırken özellikle *avukatlardan hukukî danışmanlık alma özgürlüğünün (freedom of consultation with lawyers)* önemine vurgu yapmıştır[138].

Yukarıdaki hukukî düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları göstermektedir ki, günümüzde özellikle yargılamanın taraflarının silâhların eşitliği ilkesi çerçevesinde âdil yargılanma hakları ve adalete erişim kavramları doğrultusunda avukatın sır saklama yükümlülükleri temel bir yargısal hak olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple kişilerin iddialarını ispat edebilmek amacıyla avukatların tanıklığına veya avukatın elinde bulunan müvekkil-avukat yazışmalarına dayanılması, bu anlamda avukatlardan belge ibraz edilmesinin istenmesi mümkün değildir. Bu durum kimi zaman tarafın iddiasını ispat etme imkânını kaybetmesi şeklinde bir ispat hakkı ihlâli olarak görülebilirse de, temel haklar doktrinin avukatın sır saklama yükümlülüğüne yapılacak herhangi bir müdahâleye cevaz vermediği yukarıdaki açıklamalarımızda da belirtilmiştir. Gerek Ortak Hukuk gerekse Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde çeşitli amaçlarla bir takım meslekî ayrıcalıkların tanındığını belirtmiştik. Bu meslekî ayrıcalıklar içerisinde avukatların sır saklama yükümlülüğü, ispat hakkı karşısında dahi mutlak olarak korunmakta ve müdahâleye izin verilmemektedir. Hatta öyle ki, ispat hakkı karşısında en geniş uygulama alanına sahip olan meslekî ayrıcalık grubunun avukatlara ait olduğunu ifade etmek hatalı olmaz. Bu sebeple burada herhangi bir sınırlama söz konusu olmayacağı için ölçülülük ilkesinin

[137] *AM & S v European Commission*, s. 1598.

[138] Bununla birlikte Avrupa Adalet Divanı, bu ayrıcalığın bir şirketin hukuk departmanında işverene bağımlı olarak çalışan avukatlar için geçerli olmayacağına karar vermiştir (*AM & S v European Commission*, s. 1611). Kurum-içi avukatların avukatın delil ibrazı muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacakları meselesi ise konumuzdan bağımsız ayrı bir tartışma konusudur ve burada konunun ayrıntılarına girilmeyecektir.

de bu noktada ispat hakkı lehine işletilerek bu temel hakka müdahâle edilmesi söz konusu olamayacaktır[139].

3. Hekimlerin Sır Saklama Yükümlülüğü

Hekimlerin sır saklama yükümlülüğü, tarihî süreç içerisinde meslek sırrı sebebiyle sahip olunan en eski ayrıcalıktır. Bu ayrıcalığın temelinde hastanın özel hayatının korunması menfaati bulunur[140]. Hasta-hekim arasındaki bilgi paylaşımının korunması eski Yunan'da ortaya atılan ve yüzyıllardır evrensel olarak geleneğini koruyan Hipokrat yemininin önemli bir parçasını teşkil etmektedir. Zira Hipokrat yemininin bir bölümü de hekimlerin meslekleri sebebiyle hastaları hakkında öğrendik-

[139] Şunu belirtmek gerekir, ki Avrupa Birliği yukarıda üzerinde durmuş olduğumuz içtihatlarının yanı sıra zaman zaman kabul etmiş olduğu birtakım Direktifler veya Adalet Divanı bünyesinde vermiş olduğu diğer bazı kararlar çerçevesinde de avukat ile müvekkil arasındaki gizliliğin kapsamını *kısıtlama* yönünde eğilim göstermekte ve bu anlamda bu temel hakka birtakım istisnalar getirmektedir. Bunlara örnek olarak verilebilecek bir düzenleme Avrupa Birliği'nin 2001 tarihinde kabul ettiği Kara Paranın Aklanmasında Malî Sistemin Kullanılmasının Önlenmesine İlişkin 91/308/EEC sayılı Avrupa Birliği Direktifi'dir. Bu Direktif'te *belirli koşullar çerçevesinde* avukatların, müvekkillerine ilişkin bilgileri yetkili kurumlarla paylaşmak zorunda olduğu belirtilmiştir (m. 2). Direktif'in devamında ayrıca avukatların adlî bir tahkikat sırasında veya müvekkilinin savunulması veya temsil edilmesi görevlerini icra ederken, tahkikat öncesinde, tahkikat sırasında veya sonrasında, müvekkillerinden aldıkları ya da müvekkillerinden biri hakkında elde ettikleri bilgiler için Direktif'de yüklenen bildirim yükümlülüğü dışında tutabileceklerini düzenlemiştir (m. 6). Bu hükümler, Avrupa Birliği'nin avukatların meslekî sır sebebiyle delil ibrazından kaçınma hakkının uygulama alanının daraltılması eğiliminde olduğu yönünde yorumlanmaktadır (Lutfalla ve Saulou, s. 7).
Avrupa Birliği'nin söz konusu Direktifi temel alınarak kabul edilen 11/10/2006 tarihli ve 5549 sayılı *Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun*'a dayanılarak çıkarılan *Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik*'in (10.12.2007 t. ve 2007/13012 s.lı Bakanlar Kurulu kararı; RG, 9.1.2008, 26751, C. 5, S. 47) 4. Maddesi çerçevesinde, "*Savunma hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35 inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki işlerden taşınmaz alım satımı, şirket, vakıf ve dernek kurulması, idaresi ve devredilmesi gibi işlerle sınırlı olmak üzere serbest avukatlar*", Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında Kanun'un uygulanmasından *yükümlü sayılmıştır*. Ancak Danıştay Onuncu Dairesi'nin 10/6/2008 tarihli ve 2008/1675 sayılı kararı ile bu bentte yer alan "*Savunma hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35 inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki işlerden taşınmaz alım satımı, şirket, vakıf ve dernek kurulması, idaresi ve devredilmesi gibi işlerle sınırlı olmak üzere serbest avukatlar*" ibaresinin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir. Daha sonra bu ibare Danıştay Onuncu Dairesi'nin 23/1/2013 tarihli ve 2008-1675/508 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.
Yukarıdaki Direktif'e konu olan ve özellikle rekabet hukuku ihlâllerinde avukatların sır saklama yükümlülüğü kısmen bertaraf edilerek *üstün kamu yararı* gerekçesiyle özellikle kamusal güç kullanan mercilerin ispat hakkını kullanabilmesi için avukatın sır saklama yükümlülüğüne istisnalar getirilebilmektedir. Ancak bu tip istisnalara, salt medenî yargıya ilişkin uyuşmazlıklarda rastlanmamakta; bu anlamda medenî yargıya ilişkin davalarda mutlak olarak avukatın sır saklama yükümlülüğüne riayet edildiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.

[140] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. M. Cumhur İzgi, "Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri", **Türkiye Biyoetik Dergisi,** C. 1, S. 1, 2014, ss. 25-37; Mustafa Kolenoğlu, **Sağlık Mesleği Mensuplarının Sır Saklama ve Suçu Bildirme (İhbar) Yükümlülüğü** (İstanbul Üniv., Adli Tıp Enstitüsü, Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2009, s. 15 vd.; Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı** (Marmara Üniv., SBE, Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2010, ss. 305-310.

leri bilgileri her koşulda gizli tutacakları şeklindedir[141]. Hekimlerin sır saklama yükümlülüğünün, medenî yargılama hukukunda geçerliliği ve kanunlarda düzenlenmiş olması, esasında konunun ceza hukukunun bir yansımasının sonucudur. Zira ilk olarak 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda hekimlerin ve bunun yanı sıra cerrah, ebe, eczacı, sağlık memurlarının mesleklerinin icrası sırasında öğrenmiş oldukları bilgileri saklamakla yükümlü oldukları, aksi durumun cezaî sorumluluğa yol açacağının düzenlenmesiyle birlikte özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda da hekimlerin sır saklama yükümlülüğü uygulama alanına kavuşmuştur[142]. Zira hâlen Türk hukuk sisteminde olduğu gibi özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda da hekimlerin meslekî sır sebebiyle çekinme haklarının bulunması, temelinde meslek sebebiyle öğrenilen bilgilerin ifşa edilmesinin ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesine de bağlıdır (bu konuda bkz. TCK m. 134). Bununla birlikte hekimlerin sır saklama yükümlülüğü psikologlar, psikiyatristler[143], tıp hekimlerini de kapsayacak şekilde çok geniş bir yelpazede değerlendirilmektedir.

Yirminci yüzyıla gelindiğinde, hekimin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin ilk uluslararası antlaşmaya rastlamak mümkündür. Uluslararası olan veya olmayan çatışma durumlarında silâhlı güçler ve insanî yardım örgütleri tarafından uyulması beklenen standartları belirleyen 12 ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne ek Uluslararası Silâhlı Çatışmaların Kurbanlarının Korunmasına İlişkin (1) No.lu Protokol Madde 16'da, ilk olarak uluslararası bir antlaşmada hekimlerin sır saklama yü-

---

[141] Bu konuda ayrıca bkz. Sinem Karasu, **Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü,** Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 60; Küçükgüngör, s. 558.

[142] Bu konuda bkz. Karasu, ss. 55-56. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan aynı şekilde alınan ve 1926 tarihine kadar geçerli olan 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayün'de de meslekî sırrın ifşası bir suç olarak düzenlenmiş, sadece ceza miktarı farklı şekilde belirlenmiştir (Karasu, ss. 58-59).

[143] Bu konuda bkz. Nesrin Çobanoğlu, "Tıp Etiği Açısından Tıbbi Bilgilerin Mahremiyeti", **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Kasım 2010, Ankara),** Ankara Barosu, 2010, s. 519; Küçükgüngör, ss. 559-560.

2 Haziran 2002 Türkiye Psikiyatri Derneği 1. Olağanüstü Genel Kurulu Tarafından kabul edilen "Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları" Madde 6, sır saklama yükümlülüğünü düzenlemektedir. Madde'de herhangi bir psikiyatrik muayene ve sağaltım altındaki kişiyle ilgili bütün bilgilerin hasta-hekim ilkeleri çerçevesinde saklı tutulması gerektiği belirtildikten sonra **(Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları m. 6)** özellikle bu kişilerin tanıklığı konusunda özel bir düzenleme getirilmektedir. Bu düzenlemeye göre "Hasta hekim ilişkisi içinde edinilmiş olan bilgiler gerekli görüldüğünde mahkemede tanıklıktan ya da bilirkişilikten çekilmek için bir gerekçe oluşturabilir. Kişinin özel yaşamı, özel ilişkileri, savunma düzenekleri gibi psikolojik yapısıyla ilgili özel bilgiler istenildiğinde bunların mahkemede sunulması kişinin açık ve anlaşılır iznine bağlıdır. Ruh hekimi kişi için yararlı olmadığını düşündüğünde, kişi izin vermiş de olsa, bu tür bilgileri açıklamak zorunda olmadığını bilmelidir." **(Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları m. 6)**. Bu düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile uyum sağlamaktadır. Şayet danışanın/hastanın rızası olması hâlinde psikiyatrın tanıklık yapması mümkündür.

kümlülüğü düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, tıbbî etkinliklerde bulunan hiç kimse, mensubu olduğu tarafa ya da karşı tarafa mensup bir kişiye -*karşı tarafın kanunlarınca zorunlu olduğu zamanlar dışında*-, bakımı altında bulunan ya da bulunmuş olan yaralı ve hastalar ile ilgili bilgi vermeye, söz konusu tıbbî personel üyesinin verilecek bu bilgiyi ilgili hastalara ya da hastaların ailelerine zarar getireceğini düşünmesi durumunda, zorlanmayacaktır. Ancak bulaşıcı hastalıkların zorunlu olarak bildirilmesi hakkındaki yönetmeliklere uyulacaktır (1 No.lu Protokol m. 16 (3)). Yine Cenevre Sözleşmesi'ne İlişkin (2) No.lu Protokol Madde 10'da da, benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre tıbbî hizmetlerde bulunan kişilerin profesyonel zorunlulukları doğrultusunda bakımları altındaki yaralılar ve hastalarla ilgili edindikleri bilgilere yasalar gereğince saygı gösterilecektir (1 No.lu Protokol m. 16 (3)). Ardından hasta haklarının belirlenmesinde çok önemli etkiye sahip olan 1981 tarihli *Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi*'nin 4. Maddesi'nde "*Hasta hekimden, tüm tıbbî ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı duyulmasını bekleme hakkına sahiptir.*" şeklinde yer verilen hükümde hastaların özel hayatının korunmasının önemi vurgulanmıştır. Arkasında konuyla ilgili daha ayrıntılı düzenlemeler içeren 28-30 Mart 1994 tarihli *Amsterdam Hasta Hakları Bildirgesi* kabul edilmiştir. Bu Bildirge'de "*Mahremiyet ve özel hayat*" başlığı altında hastaların özel hayatına ve tıbbî kayıtlarının gizliliğine ilişkin önemli düzenlemeler öngörülmüştür[144]. Yine bu metnin ardından 1995'de, 1981 tarihli Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi gözden geçirilmiş ve "*Gizlilik Hakkı*" başlığı altında konuyla ilgili daha ayrıntılı düzenlemeler kabul edilmiştir[145].

---

[144] Amsterdam Hasta Hakları Bildirgesi'ne göre, hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki ve kişiye özel diğer tüm bilgiler, ölümden sonra bile gizil olarak korunmalıdır; hastaya ait bu bilgiler, yalnızca hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir; hastanın kimliğine dair bilgiler korunmalıdır; hastalar, tanıları, tedavileri ve bakımları ile ilgili kayıtlara, diğer dosyalara, teknik kayıtlara ve tıbbi dosyalarına bakabilme ve kendi dosyalarının ve kayıtlarının kopyasını alabilme hakkına sahiptir; hastanın tanı, tedavi ve bakımı için gerekli olmadıkça ve ek olarak hasta izin vermedikçe hastanın özel ve aile hayatına girilemez; tıbbi girişimler ancak kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi durumunda yapılabilir (bunun anlamı önerilen girişimin hastanın onayı veya isteğine göre ve kişinin ihtiyacı durumunda yapılabileceğidir); sağlık kurumlarına başvuran hastalar, özellikle sağlık personelinin kişisel bakımlarını veya muayene ve tedavilerini yapacağı durumda kurumların özel hayatlarının korunmasını sağlayan fiziksel özelliklere sahip olmasını bekleme hakkına sahiptirler **(Amsterdam Hasta Hakları Bildirgesi m. 4).**

[145] 1995 tarihli Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'ne göre; hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi ve kişiye özel diğer tüm bilgiler ölümden sonra bile gizli olarak korunmalıdır; istisna olarak hasta yakınlarının kendileri ilgili sağlık risklerini öğrenmeleri açısından bu bilgilere ulaşabilme hakkı olabilir; gizli bilgiler sadece hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir. Hastanın açık olarak izin vermediği durumlarda bu bilgiler sadece bilgilendirilmesi ge-

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin[146] "*Bilgilerin Gizli Tutulması*" başlığını taşıyan 23. maddesi şu şekildedir:

> "Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.
>
> Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.
>
> Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir.
>
> Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz."

Aynı zamanda Kanun'un "*İlkeler*" başlığı altında 5. maddesinin, 1. fıkrasının, f bendinde de "Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." şeklinde yine hastaların özel hayatının korunması kapsamında, mahremiyet ilkesine gönderme yapılmaktadır. Benzer şekilde yine Kanun'un "*Mahremiyete Saygı Gösterilmesi*" başlığını taşıyan 23. maddenin de hasta mahremiyetine ve hekimlerin sır saklama yükümlülüğünü ilgilendiren birtakım düzenlemeler yer almaktadır. Tıbbî Deontoloji Tüzüğü'nün[147] 4. maddesi uyarınca da "Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanunî mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez." Benzer şekilde Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 9. maddesi hekimlerin sır saklama yükümlülüğünü düzenlemektedir[148]. Aynı zamanda Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı[149] da "*tıbbî kayıtlar, bilgiler ve sırlar*" başlığı altında sağlık personelinin hasta hakkında edinmiş olduğu bilgileri çok hassas bir şekilde koruma altına alarak kişisel verilerin korunması konusunda oldukça önemli düzenlemeler öngörmekte; Kanun Tasarısı devamında hastaya ait sırların ve kimliğin ifşası aynı

---

reken diğer sağlık personeline verilebilir; hastanın kimliğine ait tüm bilgiler korunmalıdır, bu bilgilerin korunması usulüne uygun yapılmalıdır, bu tür verilerin alındığı insan ürünleri de aynı şekilde korunmalıdır **(Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi m. 8).**

146 RG 1.8.1998, S. 23420.

147 4/12578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile 13 Ocak 1960 tarihinde yürürlüğe konulmuştur (RG 10436, 19.2.1960).

148 Metin için bkz. http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=65:hekl-meslek-etkurallari&catid=4:t&Itemid=31 (Son erişim tarihi: 7.10.2014). Ayrıca bkz. Çobanoğlu, ss. 514-515; Küçükgüngör, s. 559.

149 Tasarı *Malpraktis Kanun Tasarısı* olarak da bilinmektedir.

zamanda cezaî müeyyideye de tabi tutulmaktadır[150].

Yukarıda belirtmiş olduğumuz hukukî çerçeve hekimlerin aynı zamanda yargılama sürecinde tanıklıktan ve delil ibrazından ayrıcalıklı, muaf olmalarını gerektirir. Zira maddî hukuk kurallarında getirilen sır saklama yükümlülüklerinin, şeklî hukuk kuralları ile bertaraf edilmesi korumanın amacına hizmet etmez. Bu sebeple de yargılama kuralları hekimlere meslekî sır sebebiyle delil ibrazından çekinme hakkı tanır. Nitekim yukarıda da üzerinde durduğumuz Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, *Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler* (HMK m. 249/1). Hukuk Muhakemeleri Kanunu, medenî yargıya ilişkin davalarda söz konusu "meslek sahipleri"nin belirlenmesi işini özel kanunlara bırakarak maddenin uygulama alanını genişletmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 249. maddesinin ceza davalarındaki muadilini karşılayan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ise, meslek ve sürekli uğraşıları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecek kimselerin kapsamına hekimlerin ve ebelerin yanında diş hekimi, eczacı ve diğer bütün tıp meslek ve sanatlarının mensupları dâhil edilmek suretiyle ayrıntılı bir düzenleme yapma yolunu tercih etmiştir.

Yargılama kurallarının hekimlerin ve sağlık mensuplarının lehine getirdiği bu korumanın ise ispat hakkını ilgilendiren en önemli kısmı, özellikle iddiasını hekimin tanıklığı veya hekimin elindeki tıbbî kayıtlarla ispat etmek isteyen ve hâtta bazı durumlarda sadece bunlarla ispat edebilecek kişinin, ispat hakkının sınırlandırılmasıdır. Zira bazı durumlarda taraf iddiasını, hekimin tanıklığı veya hekimin hâkimiyet alanındaki delillerle ispatlayabilecekken yukarıda gerekçelerini ortaya koyduğumuz sebeple, yani kişisel verilerin ve özel hayatın korunması pahasına bu delillere başvurulamaması sonucunun doğmasıdır. Bu durumun ispat hakkına bir sınırlandırma getirdiği şüphesizdir. Ancak kişisel verilerin ve özel hayatın korunması amacıyla ispat hakkının sınırlandırılmasının meşru sebepleri bulunmaktadır. Bu durumda ise, aşağıda da üzerinde durulacağı üzere ancak özel hayatın korunması hakkının istisnaları çerçevesinde ispat hakkına üstünlük tanınabilecektir.

---

[150] **Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı Madde 39:** "Bu Kanun'un 10 uncu maddesinde belirtilen sır saklama yükümlülüğüne veya 11 inci maddesinde belirtilen hastanın kimliğinin anlaşılmaması prensibine aykırı hareket edenlere, altı aydan üç yıla kadar hapis ve bir milyar liradan beş milyar liraya kadar ağır para cezası verilir."

Hekimlerin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin günümüzde en fazla tartışılan konulardan birisi de kişilerin tıbbî kayıtların[151] açıklanması ve bizim açımızdan yargılama sürecinde ispat hakkının temini vesilesiyle ifşası meselesidir. Yukarıda kişisel verilerin temel bir hak olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi kapsamında korunduğunu, kişisel verilerin hukuka aykırı kullanımın kişilerin özel hayatına müdahâle oluşturduğunu belirtmiştik. Ayrıca Türkiye'nin de 3 Aralık 2003 tarihinde imza attığı[152] 1996 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi de bu konuda özel düzenleme öngörmektedir[153]. Zira bu Sözleşme'nin "*Özel Yaşam ve Bilgi Edinme Hakkı*" başlığını taşıyan 10. maddesi uyarınca

> "(1) Herkes, kendi sağlığı hususundaki bilgilerle ilgili olarak, özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. (2) Herkes, kendi sağlığı hususunda toplanmış her bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir. (3) İstisnaî durumlarda, 2'nci paragrafta belirtilen hakların kullanımına, hastanın yararı için kanunî kısıtlamalar getirilebilir.".

Dolayısıyla tıbbî verilerin korunması hakkı temelini hem İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 10. maddesinden hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinden almaktadır. Nitekim aşağıda da üzerinde durulacağı üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, kişilerin özel ve aile hayatı içerisine kişisel ve tıbbî verilerin girdiğini belirtmiş ve taraf ülkelerin tıbbî kayıtların gizliliğine ilişkin düzenlemeleri yapmakla yükümlü olduğunu belirtmiştir[154]. Bu anlamda Mahkeme, tıbbî kayıtların gizliliğinin sağlanmasını, hastanın özel hayatına saygı gösterilmesi gereğinin yanında genel olarak tüm tıp görevlilerine ve bütünde sağlık hizmeti-

---

[151] Tıbbî kayıtların en önemli parçasını, belirli bir süre arşivde saklanmak zorunda olan *hasta dosyaları* oluşturur. Bu dosyalar kime, ne için, nerede, ne zaman, nasıl bir hasta bakımı ve tedavi hizmeti verildiğini gösteren önemli bilgi kaynaklarıdır. Tedavi sürecinin kayıt altına alınması, sonraki tıbbî müdahâlelerin sağlıklı bir şekilde yapılmasını sağlayacaktır (*bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz.* Pervin Somer, "Tıbbi Kayıtlar", **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Kasım 2010, Ankara),** Ankara Barosu 2010, ss. 526-527; Küçükgüngör, ss. 554-559). Aynı zamanda özellikle tıbbî müdahâleden doğan bir sorumluluk davasında da, uyuşmazlığa ilişkin doğrudan doğruya ilgili bilgi kaynakları olarak bu kayıtların delil değeri bulunacaktır.

[152] 5013 Sayılı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Haklarının ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunması Hakkında Kanun için bkz. RG 20.4.2004, S. 25439.

[153] Bu Sözleşme, Türkiye tarafından 4.4.1997 tarihinde imzalanmış; TBMM tarafından 3.12.2003 tarihinde onaylanmış ve 5013 sayılı Kanun ile yürürlüğe girmiştir (RG 9.12.2003, S. 25311). Bu Sözleşme'nin amacı, 1. Maddesi'nde belirtilmiştir: "Bu Sözleşmenin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak; biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayrım yapmadan herkese, bütünlüklerine ve diğer hak ve temel hürriyetlerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır. Tarafların her biri, bu Sözleşme hükümlerinin yürürlüğe konulması için kendi iç hukuklarında gerekli tedbirleri alacaktır." **(İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 1).**

[154] Bu konuda bkz. Küçükgüngör, s. 561.

ne güven duyulmasına hizmet edeceği düşüncesinden hareket etmiştir[155].

Bu çerçevede kişisel veri türlerinin birini oluşturan tıbbî kayıtların da ifşa edilmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında özel hayatın ihlâli şeklinde değerlendirilebilecektir[156]. Bu anlamda tıbbî kayıtların gizliliği esastır[157]. Bu çerçevede ispat hakkı ile tıbbî kayıtların açıklanması meselesinin çatışması her zaman mümkün olabilecektir. Öncelikle belirtmek gerekir ki tıp mesleğini icra eden pek çok meslek grubu için *tıbbî kayıt tutma ve bunları saklama yükümlülüğü* öngörülmektedir[158]. Böyle bir yükümlülük şüphesiz ki özellikle yanlış mü-

[155] Bu konuda bkz. Küçükgüngör, s. 561.

[156] Bu konuda ayrıca bkz. Küzeci, ss. 127-128; Küçükgüngör, s. 561. Ayrıca tıbbî kayıtların eksiksiz ve sağlıklı bir şekilde tutulması ancak hastanın hekime duyduğu güven ile gerçekleşebilecektir. Tıbbî kayıtların eksiksiz ve sağlıklı bir şekilde tutulması ise hastalığın teşhisi ve tedavi yönteminin belirlenmesi konusunda da büyük önem taşır. Dolayısıyla tıbbî kayıtların gizliliğinin sağlanması, hastanın sağlığına kavuşması açısından büyük rol oynar [*bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz.* Somer, ss. 526-527; Küçükgüngör, ss. 555-556; Zarife Şenocak, "Özel Hukukta Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Sorumluluk", **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Kasım 2010, Ankara),** Ankara Barosu 2010, s. 623]. Nitekim tıbbî kayıtların önemi sebebiyle tıbbî dosyaların arşivlenmesini konu alan *Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbî Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi* bu kayıtların nasıl arşivleneceğini ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir. Yönerge'nin amaç maddesi ise şu şekilde bir düzenleme öngörmektedir: "*Bu Yönergenin amacı, yataklı tedavi kurumlarına muayene, teşhis ve tedavi amacıyla gelen hastalara, yaralılara, acil ve adlî vak'alara ait kayıtların, düzenlenen ve kullanılan dokümanların toplanmasına ve bu dokümanların hastaların daha sonraki başvurularında veya araştırmacılar* ***veyahut adlî makamlarca her istenildiğinde derhal hazır bulundurulması için*** *merkezi tıbbî kayıt ve arşiv sistemi içinde tasnif ve muhafaza edilmesine ilişkin usûl ve esasları belirlemektir.*" (**Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbî Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi m. 1**). Ancak şüphesiz ki, burada adlî makamlarca talep edilmesi durumu, hekimlerin meslek sırları ile koruma altına alınmayan tıbbî kayıtları içermektedir. Bu durum çoğunlukla yanlış müdahâle veya hatalı tedavi sebebiyle doktor veya hastane veya devlet aleyhine açılacak tazminat davalarında söz konusu olabilecektir. Bunun yanısıra aşağıda üzerinde duracağımız üzere bir uyuşmazlıkta hekimlerin sır saklama yükümlülüğü uygulama alanı bulmaktaysa, aynı zamanda tıbbî kayıtların da gizliliği esastır.

[157] Bu konuda ayrıca bkz. Somer, s. 543; Küçükgüngör, ss. 554 vd.

[158] *Yataklı tedavi kurumları* açısından getirilen yükümlülük için bkz. **Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbî Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi m. 1;** *hekimler, dişçiler, ebeler* açısından getirilen yükümlülük için bkz. 1219 sayılı **Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 72;** *röntgen, radiyom ve elektrikle tedavi müesseseleri* açısından getirilen yükümlülük için bkz. 3153 sayılı **Radyoloji, Radiyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun m. 5;** *sağlık ocakları* açısından getirilen yükümlülük için bkz. 224 sayılı **Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun m. 10, (2);** *aile hekimleri* açısından getirilen yükümlülük için bkz. 5258 sayılı **Aile Hekimliği Kanunu m. 5, (3)** ile **Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği (RG 25.1.2013, S. 28539) m. 28-33;** *özel hastaneler* açısından getirilen yükümlülük için bkz. **Özel Hastaneler Yönetmeliği (RG 27.3.2002, S. 24708) m. 48-50, 34** ile **Özel Hastaneler Tüzüğü (RG 10.1.1983, S. 17924) m. 29;** *ayakta teşhis ve tedavi yapılan özel sağlık kuruluşları* açısından getirilen yükümlülük için bkz. **Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik (RG 15.2.2008, S. 26788) m. 27;** *hastane acil servisleri* açısından getirilen yükümlülük için bkz. **Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği (RG 11.5.2000, S. 24046) m. 8/c;** *acil sağlık hizmetleri sunan bütün hizmet birimleri* açısından getirilen yükümlülük için bkz. **Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği (RG 11.5.2000, S. 24046) m. 33-34;** *yataklı tedavi kurumları* açısından getirilen yükümlülük için bkz. **Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği (RG 13.1.1983, S. 17927) m. 12/4.**

dahâle veya hatalı tedaviden doğan tazminat davalarında veya hekim-hasta sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sebebiyle açılacak eda davalarında önemli bir ispat aracı yaratılmasını sağlamaktadır. Zira bu kayıtlar, açılacak tazminat veya eda davalarında hasta açısından da hekim açısından da uyuşmazlığın çözüme kavuşması için önemli bir ispat aracı oluşturacaktır[159]. Bu tip uyuşmazlıklarda, yani *hasta ile hekim arasındaki* sözleşmeden veya duruma göre vekâletsiz iş görme veyahut haksız fiilden kaynaklanan davalarda, tıbbî kayıtlar sözleşmenin varlığının, ücretin belirlenmesinin, uygulanan tedavi yönteminin veya yapılan müdahâlenin doğru olup olmadığının ispatında önemli bir ispat aracı olacaktır. Bu anlamda hasta ile hekim arasındaki uyuşmazlıklarda, hasta hekimin sır saklama yükümlülüğünü kendi rızası ile somut davada kaldırdığından, bu belgelerin ifşası ve bu şekilde ispat hakkının kullanılması, kişisel verilerin ve özel hayatın korunması hakkının ihlâl edildiği anlamına gelmeyecektir.

Bununla birlikte hasta ile hekim arasındaki uyuşmazlıklar dışında herhangi bir davada bu kayıtlara ispat aracı olarak dayanılmak istenmesi, her ne kadar ispat hakkına hizmet eden bir amaç taşısa da, kişisel verilerin ve özel hayatın korunması hakkı (Ay m. 20) karşısında tartışmalı hâle gelecektir. Bu tip sorunlu durumlara özellikle aşağıda vereceğimiz örnek uyuşmazlıkta olduğu gibi boşanma davalarında sıkça rastlanması mümkündür.

Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Somer, ss. 529-546; Küçükgüngör, ss. 559-564; Mehmet Demir, "Hasta Tasarrufları ve Tıbbi Kayıt: Alman Hukukunda Konuya İlişkin Yasal Düzenleme", **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Kasım 2010, Ankara),** Ankara Barosu 2010, ss. 622-624.

[159] Hukukumuzda kural olarak bir kişinin kendi yarattığı bir belge, bilgi kaynağı *kendi lehine* delil oluşturamaz. Bunun en önemli istisnasını ise, ticarî defterler oluşturur. Bir başka istisnaya ise *1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (RG 14.4.1928, S. 863)* Madde 72'de rastlamak mümkündür. Bu Madde'ye göre hekimlerin, dişçilerin, ebelerin kanunen tutmak zorunda olduğu hastalarına ilişkin tıbbî kayıtlar içeren tıbbî defterleri bu kişiler lehine delil oluşturabilir. Düzenleme şu şekildedir: "İcrayı sanat eden tabipler, diş tabipleri, dişçiler ve ebeler nümunesi veçhile ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti tarafından tertip ve mahalli sıhhiye memurlarınca musaddak, hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar. *Bu defterlerin kuyudu ücretten mütevellit davalarda sahibi lehine delil ittihaz olunabilir.* Şu kadar ki müstanidi iddia olan kaydın hilafı vesaik veya delaili muteberi saire ile isbat edilebilir." (**Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 72**).
Bazı durumlarda ise tutulan tıbbî kayıtlar resmî belge niteliğindedir. Örneğin Aile Hekimliği Kanunu'na göre; "Aile hekimlerinin şahsi kayıtları ilgili il ve ilçe sağlık idare birimlerinde tutulur. *Aile hekimlerinin kullandığı basılı veya elektronik ortamda tutulan kayıtlar, kişilerin sağlık dosyaları ile raporlar, sevk belgesi ve reçete gibi belgeler resmi kayıt ve evrak niteliğindedir.* Bu kayıt ve belgeler, hekimin ayrılması veya kişinin hekim değiştirmesi halinde eksiksiz olarak devredilir. İlgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ve resmi tabiplerce düzenlenmesi öngörülen her türlü rapor, sevk evrakı, reçete ve sair belgeler, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde aile hekimleri tarafından düzenlenir." (**Aile Hekimliği Kanunu m. 5, (3); Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği m. 28**)

LL v. Fransa başvurusunda[160], başvurucu, eşi tarafından hileyle elde edilmiş olan kendisinin alkolizm problemi olduğunu gösteren tıbbî kaydının boşanma davasına getirilmesinin ve mahkemenin bu kaydı hükmüne esas alarak başvurucunun kusurlu olduğu yönünde kanaatle boşanmaya karar vermesinin Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlâli olduğunu ileri sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özellikle boşanma davalarında kişilerin gizli bilgilerinin açıklanmasının sıklıkla karşılaşılan bir durum olduğunu belirtmekle beraber, 8. maddenin 2. fıkrasına göre yapılacak müdahâlenin, yargılamanın kendine özgü özelliklerinin ve somut olayın koşullarının kesin bir şekilde müdahâleyi gerektirmesi durumunda müdahâlenin ölçülü şekilde gerçekleştirilmesi ve mümkün olduğunca sınırlı tutulması gerektiğini belirtmiş; söz konusu belgenin boşanma davasında kullanılmasının 8. maddenin 2. fıkrasının ihlâli olarak değerlendirmiştir[161].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tıbbî kayıtların açıklanmasının özel hayatın korunması temel hakkına aykırılık teşkil etmemesi için katı bir şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 2. fıkrasındaki koşulların varlığını gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede karşımıza yine özel hayat kapsamında korunan tıbbî kayıtların ifşasının yani özel hayata müdahâlenin somut olayın koşullarına göre gerekli ve ölçülü olması aranmaktadır.

Müdahâlenin 8. Maddenin 2. fıkrasına uygunluğuna verilebilecek bir örnek Mahkeme'nin ***TV v. Finlandiya*** başvurusunda[162], bir mahkûmun HIV-pozitif olduğunun, cezaevinde kendisi ile doğrudan temas içerisinde olan ve bu bilgiyi gizli tutmakla yükümlü olan cezaevi personeline açıklanması, başkalarının haklarının korunması açısından haklı görülmüştür[163]. Mahkeme ***Z v. Finlandiya*** başvurusunda[164], kişinin mahremiyeti ve hekimlik mesleği ile sağlık hizmetlerine genel olarak güven duyulması arasındaki ilişki sebebiyle sağlıkla ilgili verilen bilgilerin gizliliğine önemle vurgu yapmıştır. Zira bu davada başvurucu, HIV durumu ile ilgili ayrıntılar da dâhil olmak üzere tıbbî verilerinin bir ceza yargılaması sırasında açıklanmasının 8. maddenin ihlâli olduğunu ileri sürmüş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, bir kişinin HIV olduğu ile ilgili bilgilerin son derece mahrem ve hassas niteliği karşısında, devletin bu bilginin hastanın rızası olmaksızın bildirilmesini veya açıklanmasını zorunlu kılması, etkili bir korumanın sunulması için güvencelerin sağlanıp sağlanmadığına dair incelemenin Mahkeme açısından çok dikkatli şekilde yapılması gerektiğini vurgulamıştır[165]. Mahkeme bu davada kişinin tıbbî kayıtlarının ceza davasında açıklanmasını 8. maddenin 2. fıkrası kapsamında gerekli olduğuna karar vermekle birlikte isminin ve HIV olduğunun temyiz mahkemesi kararında yayınlanmasını herhangi bir meşru amaç için gerekli olmadığını da belirtmiştir[166].

---

[160] ***LL v. France***,12.2.2007, 7508/02 (hudoc). Bu karar hakkında ayrıca bkz. Harris ve diğerleri, s. 423.
[161] ***LL v. France,*** § 45-46.
[162] ***TV v. Finland,*** 2.3.1994, 21780/93.
[163] Bu konuda bkz. Harris ve diğerleri, s. 422.
[164] ***Z v. Finland,*** 25.2.1997, 22009/93 (hudoc).
[165] ***Z v. Finland,*** § 96. Ayrıca bu konuda bkz. Harris ve diğerleri, ss. 422-423.
[166] ***Z v. Finland,*** § 101.

Kişilerin tıbbî verilerinin saklı tutulması farklı kanunlarda da koruma altına alınmıştır. Örneğin 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'a göre hekim, kan veya sıhrî hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerinin mevcut olduğu hâller ayrık olmak üzere alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak zorundadır (2238 sayılı Kanun m. 7/I, bent f). Benzer şekilde Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü'nün[167] 4. maddesi de "*Eczacı, meslek ve sanatının icrası sırasında öğrendiği sırları, kanunî zorunluluk olmadıkça ifşa edemez. / Meslekî toplantı veya yayınlarda hastanın kimliği açıklanamaz.*" şeklinde eczacıların sır saklama yükümlülüğünü düzenlemektedir.

Bu konuda dikkat edilmesi gereken en önemli nokta, ispat hakkı uğruna sırrın açıklanmasını gerektirecek durumda ölçülülük ilkesi değerlendirmesinin doğru bir şekilde yapılmasıdır. Hastaya ilişkin sırların açıklanmasında sırrın açıklanması ile hastanın göreceği zarar ve ona sağlanacak yarar arasındaki oran göz önüne alınmalıdır. Yani sırrın açıklanması ile hastanın göreceği yarar hastanın göreceği zarardan daha fazla ise ispat hakkının temini için gerekli açıklamalar yapılmalıdır[168].

Hekimlerin sır saklama yükümlülüğünün temeli öncelikli olarak kişilerin kişisel verilerinin ve özel hayatının korunmasını konu aldığından, söz konusu ayrıcalığın hekimlerin yanı sıra tıp eğitimi sırasında hastalarla kişisel ilişkiye geçen tıp öğrencilerini[169]; hekimin mahiyetinde çalışan asistan, stajyer, hastabakıcı, hemşire, hastane başhekimi, idarî memurları[170]; hastanın laboratuar incelemelerini, konsültasyonlarını yapan kısacası kişinin aldığı sağlık hizmetinin sürecine katılan herkesi[171] kapsadığı kabul edilmektedir. Bu anlamda yargılama sürecinde meslek sırrı sebebiyle delil ibrazından kaçınma hakkına bu kişiler sahip olacaktır.

Hekimlerin ve sağlık görevlilerinin sır saklama yükümlülüğü, meslekleri sebebiyle öğrendiği kişisel bilgileri koruma altına almaktadır. Bu anlamda gizlilik kapsamında korunacak bilgiler esasında yukarıda üzerinde durduğumuz hastanın tıbbî verilerini ve kayıtlarını içermektedir. Başka bir ifade ile koruma altında olanlar has-

[167] RG 27.7.1968, S. 12961.
[168] Bu konuda bkz. Karasu, s. 74.
[169] Karasu, ss. 110-111.
[170] Karasu, ss. 114-115; Küçükgüngör, s. 556.
[171] Bu konuda bkz. Karasu, s. 115; Küçükgüngör, s. 556. Sağlık görevlileri arasında bu paylaşımın gerekliliği ve bu durumun hasta haklarını zedelemediği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, ss. 604-605.

tanın tedavisi amacıyla öğrenmiş olduğu bilgilere ilişkindir. Örneğin komada olan bir hastayı tedavi için çağırılan hekimin hastanın yanında bulunan mirasçılarının birbiriyle tartışarak hastanın vasiyetnamesini yırttıklarını görmesi hâlinde bu konuda tanıklık yapmaya zorlanabilir veya hekim tedavi sırasında hasta bakıcının hastanın eşyalarını çaldığını görmesi hâlinde de tanıklık edebilir[172].

Hekimlerin sır saklama yükümlülüğünün ispat hakkı açısından yarattığı bir sorun, sırrın ifşası durumunda hastanın, yani sır sahibinin açtığı davada sırrın açıklanması sebebiyle uğramış olduğu zararın ispatı meselesidir. Kişinin tıbbî kayıtlarının, kişisel bilgilerinin rızasına aykırı şekilde yargılama sürecinde hekim tarafından ifşa edilmesi hastanın bu sebeple uğramış olduğu zararların tazmini sonucunu doğurur. Bu durumda örneğin boşanma davasında hâkimin kısmen re'sen araştırma yetkisinin bulunması sebebiyle taraflardan birinin hekimini dava sırasında tanık olarak dinleyip dinleyemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir. Örneğin kadının evlenmeden önce bakireliğini kaybedip daha sonra tıbbî yollarla tekrar kazanması ve erkeğin bu durumu evlendikten sonra öğrenmesi hâlinde, boşanma davasında erkeğin bu durumu ancak kadının önceki tıbbî müdahâlesine ilişkin önceki kayıtlarla ispat etmesi mümkün olabilecektir[173]. Bu durumda kanaatimizce hekimin sır saklama yükümlülüğü, boşanma davasında da aynı şekilde devam edeceğinden kadının rızası olmaksızın hekimin tanıklığına veya elindeki tıbbî kayıtlara dayanılması mümkün değildir. Zira boşanma davasında kısmen re'sen araştırma ilkesinin geçerli olması, sadece medenî yargılamada kural olarak uygulanan taraflarca getirilmesi ilkesinin

[172] Belgesay, Tıbbî Mesuliyet, s. 154; Karasu, s. 92.

[173] Bu örnek bir hukuk internet forum sitesinden alınmıştır: "Dört senedir devam eden boşanma davamda son aşamaya gelindi. En son yapılan celsede mahkeme hakimi önümüzdeki celse karara bağlayacağım dedi. / Ancak ben yeni bir bilgiye sahip oldum, araştırdım ve doğruluğuna maalesef kanaat getirdim. / Öğrendiğim gerçek şuydu; 5 sene evvel evlendiğim eşim daha evvel yaşadığı bir ilişki sonucu kızlığını kaybetmiş bu durum sebebiyle de annesiyle beraber doktora giderek 'kızlık zarı diktirme' operasyonu yapmışlar. Bahsi geçen doktoru araştırdım buldum, hasta bilgilerini kimseye veremem dedi. Bunun üzerine benimle aynı sektörde çalışan bir arkadaşım vasıtasıyla (bu ara da ben bilgisayar sektöründe çalışıyorum ve her doktorun bir bilgisayarcısı vardır diye düşünerek hareket ettim) bilgisayar kayıtlarından ilgili operasyon kayıtlarına ulaştım. Hatta operasyon öncesi hastaya ve annesine (eşim ve kaynanam) imzalatılan sözleşmenin de bir fotokopisine sahibim. O sözleşmede kendi isteğiyle operasyon yaptırdığı sorumluluğun onlara ait olduğunu ve 350 milyon TL bedel alınacağı yazıyor. İmzalar da mevcut. / Henüz kimseyle paylaşmadım bu konuyu ancak eniştesi ile paylaşmayı düşünüyorum. Bu onur kırıcı olayın davaya yansımadan boşanmanın bitmesi için. / Çok zorda kalırsam bu iğrenç olayı, mahkemeye yansıtmalı mıyım? Elimdeki deliller geçerli midir, doktoru şahit yazsam şahitlik etmek ve bilgi vermek zorunda mıdır, çocuğumun velayetini almam için yeteri kadar iğrenç bir olay mıdır hukuken? / Bu konu hakkında fikri olanlar, benimle paylaşırlarsa sevinirim." (http://www.hukuki.net/showthread.php?21572-Doktor-hasta-sirlari-elde-etmeyle-velayet-alinir-mi; Erişim tarihi: 12.5.2014).

istisnasını teşkil eder; hekimin sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen Kanun'un 249. maddesinin istisnasını teşkil etmez. Bu noktada boşanma davalarının kamu düzenine ilişkin olduğu, bu sebeple de 249. maddenin uygulanmaması gerektiği ileri sürülebilirse de, bu iddia hukuka uygun olmaz. Aksi takdirde kamusal yararın ağır bastığı ceza davalarında da hekimin sır saklama yükümlülüğünün bulunmasını hukukî bir gerekçeyle açıklamak oldukça güçleşir. Dolayısıyla bu çerçevede, yukarıda verdiğimiz boşanma davası örneğinde olduğu gibi taraflardan birinin içerisinde bulunduğu ispat güçlüğünün aşılması ve o taraf lehine ispat hakkının temini için hekimin sır saklama yükümlülüğünün hukuka aykırı şekilde ihlâl edilmesi, sır sahibi açısından genel hükümler çerçevesinde tazminat sorumluluğu doğurur[174]. Bu tazminat davasında sır aile gibi dar bir çevreye ifşa edilmişse de veya yerel veya ulusal bir gazetede yayımlanması suretiyle geniş bir çevrede ifşa edilmişse de, zarar gören sır sahibi fiili ve zararını ispatla yükümlüdür. Böyle bir iddianın uyuşmazlık konusu yapıldığı bir yargılamada hem zarar gören sır sahibinin kişilik haklarının korunması hem de zarar verenin ispat hakkının temini için yapılması gereken Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun maddesine göre yargılamanın taraflar dışında üçüncü kişilerden gizli olarak yürütülmesidir (AİHS m. 6/1).

Hekimlerin sır saklama yükümlülüğü ile ispat hakkının çatıştığı bir diğer sorun, hekimlerin bilirkişiliği meselesidir. Burada taraflardan biri hakkında meslekî sırra sahip olan -*yani taraflardan biri olan hastayı tedavi etmiş olan*- hekimin bilirkişiliğine başvurup başvurulamayacağı, ispat hakkı açısından sorun yaratabilecek niteliktedir. Yukarıda söz ettiğimiz üzere meslekî sırrın korunması, ölçülülük ilkesi aksini gerektirmiyorsa ispat hakkı karşısında koruma altında olacaktır. Başka bir ifade ile şayet somut olayın özellikleri ölçülülük ilkesi gereğince kişinin hekimine aktardığı kişisel verilerin ifşasını gerektirmiyorsa (örneğin velayet davası, velayeti almak isteyen ebebeyn çocuğa zarar verici bir tıbbî müdahâle yaptırdıysa), her ne kadar karşı taraf iddiasını söz konusu hekimin tanıklığı ile ispat edebilecekse de, hekim meslekî sır sebebiyle tanıklıktan çekinebilecektir. Bu durumda hekimin meslekî sır ayrıcalığının, o hekimin davada bilirkişiliğine başvurmak suretiyle aşılıp aşılmayacağı sorununun değerlendirilmesi gerekir. Esasında böyle bir durum hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Zira o hekimin hekimlik mesleği sebebiyle kişi

[174] Bu konuda bkz. Karasu, s. 118.

hakkında sahip olduğu bilginin yargılamada ifşası, meslekî sırrın korunması yükümlülüğü karşısında mümkün olmayacağından karşı taraf, usûlî haklarını ve bu arada ispat hakkını kötüye kullanmak suretiyle o hekimin bilirkişiliğine başvurulmak suretiyle bilginin ifşasını sağlamaya yönelebilir. Bu durum aslında hukukun yasakladığı bir sonuca, hukukun izin verdiği başka bir yolla ulaşmayı hedeflediğinden hakkın kötüye kullanılması teşkil eder[175]. Böyle bir durumda şayet sır sahibi, hekimin sahip olduğu bilginin ifşasına onay vermiyorsa, hekim tanıklık yapamaz. Sır sahibi olan hekimin bilirkişiliğine başvurulması durumunda, şüphesiz ki sır sahibi bilirkişiye itiraz hakkına sahiptir. Mahkeme de taraflardan birinin hekimliğini yapmış bir hekimin, yargılamada bilirkişiliğine başvurmamalıdır. Şayet koşulları var ise, bu durumda hekim veya sır sahibi kişi tanık olarak dinlenebilir ki, bu kişi meslekî sır sebebiyle çekinme hakkına sahip olacaktır. Zira aksinin kabulü, aynı zamanda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 270. maddesine de aykırılık teşkil edecektir. Bu maddeye göre bilirkişilik yapmakla zorunlu olanlar dahi, tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak bilirkişilikten çekinebilecektirler (HMK m. 270/2). Dolayısıyla taraflardan biri hakkında meslekî sır sebebiyle çekinme hakkına sahip bir hekimin, o yargılamada bilirkişiliğine başvurulması mümkün değildir. Aksi durumun kabulü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na aykırılık teşkil edeceği gibi, usûlî hakların ve özellikle ispat hakkının kötüye kullanılması anlamını da taşıyacaktır[176].

4. Gazetecilerin Sır Saklama Yükümlülüğü

Gazetecilerin sır saklama yükümlülüğü, basın özgürlüğünün bir sonucu ve ayrılmaz parçasıdır. Biz de bu kapsamda gazetecilerin sır saklama yükümlülüklerini, ispat hakkı ile basın özgürlüğünün çatışmasına ilişkin başlık altında inceledik. Konu, daha önce ayrıntısıyla ele alındığından burada sadece ilgili açıklamalarımıza atıfta bulunmakla yetiniyoruz[177].

---

[175] Bu davranışın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği konusunda bkz. Özekes, Hukuk Başlangıcı, ss. 66-67; Serozan, Medenî Hukuk, ss. 283-285.

[176] *Feyzioğlu*, benzer esasları kısmen ceza yargılaması açısından benimsemektedir. *Feyzioğlu*'na göre, hâkim tarafından yargılama sırasında sanığı muayene yapması için görevlendirilen hekim, tanık değil bilirkişi olmakta, bu nedenle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46. Maddesi hükmünün uygulanması, yani bilirkişinin tanıklıktan çekinmesi söz konusu olmamalıdır (Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Tanıklık, s. 163).

[177] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 15, I, D, 2.

5. Malî Müşavirlerin, Muhasebecilerin ve Özel Denetçilerin Sır Saklama Yükümlülüğü

3568 sayılı ve 1.6.1989 tarihli Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun[178] 43. maddesi "*Meslek sırları*" başlığı ile müşavirlerin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin düzenleme getirmiştir. Buna göre; "Meslek mensupları ve bunların yanlarında çalışanlar, işleri dolayısıyla öğrendikleri bilgi ve sırları ifşa edemezler, çeşitli kanunlarla muhbirlere tanınan hak ve menfaatlerden faydalanamazlar." Ancak, Kanun'un devamında yer verilen "Tanıklık, sırrın ifşası sayılmaz." ifadesi ile sır saklama yükümlülüğü, bu Kanun kapsamında tanıklıktan çekinme sebebi olmaktan çıkarılmıştır[179]. Bu düzenlemenin varlığına rağmen müşavirler ve muhasebeciler medenî yargılamaya ilişkin davalarda tanıklık yapmaktan çekinebileceklerdir. Zira HMK m. 249 her türlü mesleği kapsayacak şekilde meslekî sır sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkını düzenlemiştir. Burada özel kanun-genel kanun çatışması bulunduğundan ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu 3568 sayılı Kanun'dan sonra kabul edilip yürürlüğe girdiğinden, HMK hükmünün esas alınması gerekir. Benzer şekilde malî müşavir ve muhasebeciler, belge ibrazından kaçınma hakkına da sahiptirler[180].

Bu düzenlemeler dikkate alındığında, kişilerin ekonomik bilgilerine ilişkin kişisel verilerinin korunması pahasına, ispat hakkına önemli bir sınırlama getirilmiş olduğunu ifade edebiliriz. Öyle ki davacı veya davalının ekonomik bilgileri konusunda önemli ölçüde bilgi sahibi olan malî müşavir ve muhasebecilerin hem tanıklıktan hem de belge ibrazından kaçınma hakları bulunur. Bu durum da, bu kişilerin bilgi sahibi olabilecekleri herhangi bir vakıa hakkında mahkemeye getirilmelerine engel oluşturur. Bununla birlikte bu kaçınma sebebinde hem tarafların kişisel verilerinin (ekonomik hayatlarına ilişkin bilgilerinin) korunması amacına hizmet etmek üzere, özel hayatlarının korunması hem de malî müşavir ve muhasebecilerin, güvene dayalı olan mesleklerini serbestçe icra edebilme menfaatlerinin güvence altına alındığı görülür. Bu yönüyle gözetilen menfaatler dikkate alındığında, ispat hakkına ölçüsüz bir müdahâlede bulunulduğunu ifade etmek güçtür.

---

[178] RG 13.6.1989, S. 20194.

[179] 3568 Sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Malî Müşavirler ve Yeminli Malî Müşavirlerin Çalışma Usûl ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in (RG 20391, 3.1.1990) "*Sır saklama*" başlığını taşıyan 6. maddesi de kanunî düzenlemeyi aynı şekilde tekrarlamıştır.

[180] HMK m. 221/3 atfı ile HMK m. 249 gereğince.

6. Diğer Mesleklerde Sır Saklama Yükümlülüğü

Yukarıda belirtilenlerin hâricinde de belirli meslek grupları sır saklama yükümlülüğü altındadır. Örneğin Bankacılık Kanunu'na göre banka görevlileri mşterilerine ait sırları saklamakla yükümlüdür (Bankacılık Kanunu m. 73)[181]. Bununla birlikte Bankacılık Kanunu'nun 73. maddesinde aynı zamanda banka sırrını saklama yükümlülüğünün ihlâli sayılmayacak hâller de belirtilmiştir ve bu durumlar incelendiğinde, sır saklama yükümlülüğünün çok sayıda istisnası olduğu görülür[182]. Bu kapsamda bankalar *müşteri sırrı* niteliğinde olan bilgileri saklama yükümlülüğü altında olmakla birlikte, mahkemeden belge ibrazı talebinde bulunulduğunda Bankacılık Kanunu'nun 73. maddesi uygulama alanı bulmayacaktır.

Her ne kadar bir meslek olmasa da görevleri sebebiyle delil ibrazından çekinme hakkına sahip olanlar arasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bilirkişiler sayılmaktadır. Buna göre "*Bilirkişi, görevi sebebiyle yahut görevini yerine getirirken öğrendiği sırları saklamak, kendisi ve başkaları yararına kullanmaktan kaçınmakla yükümlüdür.*" (HMK m. 277).

Yine benzer bir düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nda "*Genel Hizmet Sözleşmesi*" başlığı altında işçinin yükümlülükleri arasında sayılan "*özen ve sadakat borcu*"nun bir parçasını oluşturur. Buna göre "*İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.*" (TBK m. 396/4).

C. Devlet Sırlarından Doğan Ayrıcalıklar

Devlet sırrını içeren belgelerin yargılamada kullanılması meselesi beraberinde pek çok tartışma konusunu gündeme getirir. Her şeyden önce medenî yargılama hukukunda devlet sırrının korunması, korumak için hizmet ettiği menfaat bakımından yukarıda incelenen sırlardan biraz daha farklı bir niteliğe sahiptir. Zira yukarıda üzerinde durulan çekinme sebeplerinin her biri, temelinde yine bireyler için getirilmiş olan anayasal temel haklara dayandırılmaktadır. Bu kapsamda aile sırrı sebebiyle çe-

[181] Maddenin uygulama alanı ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Pınar Çağla Kandıralıoğulları, **Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü,** Oniki Levha, İstanbul 2011, ss. 9-26.

[182] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kandıralıoğulları, ss. 153-201; Kemal Doruk Tekin, **Banka Sırrı Kavramı Yönünden Bankalarda Sır Saklama Yükümlülüğü,** Adalet, Ankara 2010, ss. 81-102.

kinme hakkı, özel hayatın korunmasına; ticarî sır sebebiyle çekinme hakkı, mülkiyet hakkının korunmasına; meslekî sır sebebiyle çekinme sebebi, özel hayatın korunması veya çalışma hayatının korunması hakkına hizmet etmektedir. Devlet sırrı ise, yukarıda belirttiklerimizden farklı olarak bireyler açısından kabul edilen temel bir hak olmadığı gibi, diğer haklar gibi başlı başına özel bir uygulama alanına da sahip değildir. Devlet sırrı, özellikle kamu güvenliği kavramı ile de karşımıza çıkmakta ve bu yönden, özellikle ispat hakkının bir sınırlaması olarak nitelendirilebilmesi için oldukça ucu açık bir kavram hâlini almaktadır. Bu sebeple medenî yargılamada, çok sınırlı hâllerde bu çekinme sebebinin uygulama alanı bulması gerekir. Devlet sırlarına ilişkin bilgi olması gerekçesiyle, delilin ibraz edilmesinden, tartışılmasından kaçınılmasına mümkün olduğunca uzak durulmalıdır. Zira belirsiz ve ucu açık bir kavram olması sebebiyle, devlet sırrı ciddi ispat hakkı potansiyeli taşıyabilecek niteliktedir.

Devlet sırrı sebebiyle, ispat hakkının hangi şekilde ihlâl edilebileceği sorusu karşısında ispat hakkı ile alenîyet ilkesi arasındaki bağ kendisini gösterir. İspat hakkı gibi âdil yargılanma hakkından türemiş diğer bir temel yargısal hak olan âlenî yargılanma hakkının istisnasını devlet sırları oluşturmakta ve bu anlamda ispat hakkı ile çatışmaktadır. Yukarıda alenî yargılanma ilkesine getirilen istisnaların, özellikle ölçülülük ilkesini aşan tedbirlerle uygulanması hâlinde bireylerin ispat süreci ve deliller hakkında bilgilendirilmesi hakkını dahi sınırlamakta olduğunu, bu anlamda hukukî dinlenilme hakkını da ihlâl tehlikesi ile karşı karşıya bıraktığını belirtmiştik. Bu yönden devlet sırrı çoğu zaman alenîyet ilkesinin kaldırılması suretiyle ispat hakkının ihlâline sebebiyet verebilecektir.

Son olarak konuyla ilgili doğrudan açık bir düzenleme öngörmeyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak ceza muhakemesinde benimsenen somut madde düzenlemelerinden kısaca bahsetmek gereklidir. Ceza muhakemesi hukukunda duruşmaların doğrudanlık ve sözlülük ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi oldukça önemli bir yargısal ilkedir. Bu sebeple de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 209 ilâ 215. maddeleri uyarınca yazılı belgelerin duruşmada okunması zorunluluğu bulunur. Belgelerin okunması mecburiyetine uyulmaması, duruşmada okunmayan belge-

lerin hüküm kurulurken dikkate alınamaması ile sonuçlanacaktır (CMK m. 217)[183]. Yazılı belgelerin duruşmada okunması mecburiyeti, devlet sırlarına ilişkin önemli bir düzenlemeye yer verilmesine yol açmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca, öncelikle bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgelerin, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamayacağı hükme bağlanmış (CMK m. 215/2) ve devamında bunların mahkemede ve özellikle duruşmada nasıl inceleneceğini düzenlemiştir. Buna göre devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir; bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir (CMK m. 215/2). Bu düzenlemenin sadece hapis cezasının alt sınırının beş yıldan fazla olan suçlar bakımından uygulanacağı ayrıca belirtilmiştir (CMK m. 215/3). Hapis cezasının alt sınırının beş yıldan az olan suçlar bakımından ise, devlet sırrını içeren belgenin duruşmada okunması, incelenmesi özellik arzetmemektedir[184].

Ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan bu kuralların kıyasen medenî yargılama hukukuna uygulanması mümkün ve gerekli olmamakla birlikte, bu düzenlemeler özellikle konuya ilişkin açık bir madde getirmeyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda devlet sırlarının nasıl inceleneceği konusunda önemli fikirler vermektedir. Öncelikle devlet sırrı sebebiyle delillerin incelenmesi ve belgelerin okunmasının farklılık göstermesi, özellikle belirli suç türleri açısından geçerlidir. Kanunkoyucu burada temel hakların korunması bakımından ölçülülük ilkesini temel alan önemli bir tedbir almıştır. Bu yönden medenî yargılamada da, devlet sırrının ileri sürüldüğü her durumda, duruşmanın bir taraf aleyhine kapatılması yoluna gidilmemelidir.

D. Ticarî Sırlardan Doğan Ayrıcalıklar

Ticarî Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nın 2. maddesinin a bendinde ticarî sır şu şekilde tanımlanmıştır:

> "Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî,

[183] Bu konuda bkz. Feridun Yenisey, "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil", **CHD,** S. 4, 2007/Ağustos, ss. 28-29.

[184] Yenisey, s. 29. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Kaymaz, ss. 112-131.

kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri ifade eder."

Ticarî sırların, medenî yargılama prosedüründe bir çekinme sebebi olarak taraflarca ileri sürülmesi mümkündür[185]. Ticarî sırlar, yukarıdaki tanımından da anlaşılacağı üzere meslekî sırlardan farklılık arz etmektedir. Ticarî sırlar ile müşteri sırları arasındaki temel fark, müşteri sırlarının bir meslekî sır saklama yükümlülüğü getirmesine karşılık ticarî sırlarda böyle bir meslekî sır saklama yükümlülüğünün bulunmamasıdır[186]. Bu anlamda ticarî sırlar gerek uluslararası arenada gerekse yabancı hukuk sistemlerinde anayasal temel bir hak olan mülkiyet hakkı kapsamında kabul edilmektedir[187]. Bu sebeple kişilerin ticarî sırları kapsamına dâhil olan bir bilgiyi yargılama sürecinde açıklamak zorunda bırakılması, o kişinin mülkiyet hakkına müdahâle olarak kabul edilebilmektedir. Bu anlamda hak arama özgürlüğüne dayanan ispat hakkının kullanılması, ticarî sırların ifşası talebini içerdiği takdirde hak arama özgürlüğü ile diğer bir temel hak olan mülkiyet hakkının çatışması söz konusu olmaktadır.

Ticarî sırların yargılama prosedüründe koruma altına alınabilmesi için, tarafların ispat haklarının tamamen bertaraf edilmesine sebep olacak şekilde gizli yargılama uygulamasında gidilebileceği ileri sürülen görüşlerden birisidir. Bu eğilim karşısında, özellikle bu uyuşmazlık türü açısından çatışan menfaatleri belirlemek ve bu menfaatlerin korunması amacıyla hukuk sistemlerinin genellikle benimsemiş olduğu esaslar üzerinde durmak isteriz. Bir yargılama prosedüründe tarafların uyuşmazlık ile ilgili bilgi kaynaklarına, delillere erişmeleri ve bu deliller hakkında açıklamada bulunabilmeleri yargılamada kendi lehlerine sonuç çıkarabilmeleri için bir zorunluluktur. Zira ispat yükü, iddia yükü ve somutlaştırma yükü tarafların delil-

[185] Ticarî sırların medenî yargılama prosedüründe çekinme hakkı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda bkz. Erdönmez, ss. 351-356.

[186] Müşteri sırrı, bankacılık mesleğinin yerine getirilmesi sırasında, müşteri yani sır sahibi tarafından çıklanmaması öngörülen ve başkaları tarafından da bilinmeyen, müşteriye ait özel bilgi ve belgelerdir (Kandıralıoğlu, s. 83). Ayrıca bkz. Sezin Öztürk, **Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu (TCK m. 239)** (Dokuz Eylül Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İzmir 2009, s. 7-8; Mustafa Gökhan Tekşen, **Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu,** Yetkin, Ankara 2012, s. 7 vd.

[187] Bu iki sır arasındaki fark hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Mehmet Emin Bilge, **Ticari Sırların Korunması,** 2. Baskı, Ankara 2005, s. 13 vd.; Erdönmez, ss. 349-351.

ler hakkında bilgi edinmesini ve açıklamada bulunmasını gerektirir. Dolayısıyla bu durum hak arama özgürlüğünün ve adalete erişimin yegâne yoludur. Bu menfaatin temelini de Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğü ile âdil yargılanma hakkı güvencesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki âdil yargılanma hakkı oluşturur. Bu anlamda ispat hakkı, *temel bir yargısal hak* olarak Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koruması altındadır.

Çatışan menfaatlerin diğer tarafında ise, tarafların rekabet hukuku uyuşmazlıklarında veya fikrî sınaî haklar hukukundan kaynaklanan anlaşmazlıklarda bu hukuk alanlarınca korunan ticarî sırları bulunur. Ticarî sırlar da yine Anayasa tarafından mülkiyet hakkı kapsamında koruma altına alınmıştır. Zira mülkiyet hakkı da hem Anayasamız (Ay m. 36) hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından koruma altına alınan *temel bir haktır.*

Bu durumda karşımızda her ikisi de Anayasa ve uluslararası sözleşmeler tarafından koruma altına alınmış *temel hak* bulunur. Bu temel haktan herhangi birine üstünlük tanıma olanağı bulunmaz. Ancak bu çatışan menfaatler arasında uygun bir denge bulma zorunluluğu, ölçülülük ilkesinin dayattığı bir çözümdür. Bu noktada da, özellikle her iki temel hakkın korunmasına hizmet eden yan faktörlerin incelenmesi gerekir.

Ticarî sırlar, hukuk sistemimizde hem ticaret hukuku hem borçlar hukuku alanlarında pek çok korumaya sahiptir. Öncelikle bir işçi ile işveren arasındaki ilişkide dahi ticarî sırların korunması, temel olarak borçlar hukuku kuralları ile koruma altına alınır. Ticarî sırların korunması kapsamında rekabet hukukunda ve fikrî sınaî haklar hukukunda pek çok normatif koruma düzenlemesine de rastlamak mümkündür. Ticarî sırların özel hukuktaki koruma alanında, sözleşme özgürlüğünün verdiği yetki de bulunur. Bir hukukî ilişkinin tarafları kendi aralarında ticarî sırların ifşa edilmemesi için bir sözleşme akdedebilirler ve hukukun sınırları içerisinde sözleşmenin ihlâli hâlinde diledikleri tazminatın ödenmesini kararlaştırabilir. Ticarî sırların korunması özel hukukla da sınırlı değildir. Aynı zamanda bu bilgilerin ifşası ceza hukuku anlamında da cezaî yaptırıma tâbidir. Hatta aynı zamanda Hukuk Muhakemeleri Kanunu da, gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin ifşasını ayrıca yaptırıma tâbi tutmuştur (HMK m. 158). Bir yargılama prosedüründe ticarî sırları ifşa etmeme yükü altında bulunan kişinin sorumluluğu pek çok hukuk alanında koruma altına

alınmıştır. Şayet sırrı ifşa etmeme yükü altında olan taraf sırrı ifşa ederse hem cezaî yaptırımla karşılaşacak[188] hem de medenî yargılama prosedüründe yaptırıma tâbi olacak hem de özel hukuk anlamında sorumluluğu[189] doğacaktır. Bu anlamda gerek sözleşmeden kaynaklanan gerek haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası açabileceği gibi koşulları varsa haksız rekabet davası dahi açılabilmesi mümkündür. Bütün bunlar temelini mülkiyet hakkına dayandıran ticarî sırların korunmasına hizmet eder. Böylece ticarî sırların hukuk sistemlerinde çok kalın bir zırh ile koruma altına alındığını ifade etmek hatalı olmayacaktır.

Buna karşılık ispat hakkı sadece yargılama prosedüründe söz konusu olan bir temel haktır. Bu anlamda da, karşı tarafça veya mahkemece ihlâli hâlinde kanunyolları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru hâricinde bir koruma kalkanına sahip değildir. Her iki hakkın ihlâli de birbirinden çok farklıdır. İspat hakkının bir yargılama prosedüründe ihlâlinin, aynı zamanda kamusal boyutu da vardır. Zira ispat hakkının ihlâli, hukukî güvenliğin zedelenmesine, hukuk devletine bağlı olan ilkelerin zarara uğramasına sebep olur. Dolayısıyla her iki temel hakkın büründüğü koruma zırhı karşılaştırıldığında, arada büyük bir uçurumun bulunduğu rahatlıkla tespit edilebilir. Ticarî sırların sahip olduğu bu koruma kalkanına rağmen bir de yargılama sürecinde sırf ticarî sırların korunması için tarafların yargılamada adalete erişebilmek, lehlerine hak elde edebilmek için sahip oldukları yegâne araç olan ispat hakkının ellerinden alınması ölçlülük ilkesi ile taban tabana ters düşer. Bu amaçla kişilerin deliller hakkında bilgi sahibi olabilme ve açıklama yapma hakları ellerinden alınırsa, hak arama özgürlüğünden ve savunma hakkından geriye herhangi bir unsur kalmaz. Nitekim hakkın özü, burada tamamen ihlâl edilmiş olur.

Bir başka noktaya daha dikkat çekmekte fayda vardır. Taraflardan birinin ispat hakkı bertaraf edilerek ve hatta hâkimden delilleri değerlendirme yetkisi dahi alınarak izin verilen bir gizli yargılamada, bilirkişiyi de ticarî sırları ifşa etmekten men eden temel koruma, bilirkişilerin tâbi oldukları cezaî sorumluluktur. Bu anlamda tarafların ve bilirkişilerin tâbi oldukları yaptırım türleri arasında bir fark olmadığı gibi, uyuşmazlığın taraflarının aynı zamanda özel hukukuktan kaynaklanan tazminat sorumluluğu da bulunur. Bu sebeple hukukun objektif olarak ifşa etmeme yükümlü-

[188] Cezai yaptırım konusunda bkz. Kandıralıoğlu, ss. 257-263; Tekin, ss. 116-136.
[189] Özel hukuk sorumluluğu konusunda bkz. Kandıralıoğlu, ss. 203-256; Tekin, ss. 103-116.

lüğünün ihlâlini taraflar açısından olası görüp, bilirkişi açısından olası görmemekte hem mantık ilkeleri hem de hukukun temel ilkeleri ile örtüşmez. Hukukun makûl, orta zekalı ve dürüst bir kişiyi temel aldığı gözardı edilmemelidir. Aynı cezaî yapıtırım bilirkişi açısından caydırıcı ise, taraflar için de hukuk kuralının aynı etkiye sahip olması beklenir.

Sonuç olarak ve özetle, ticarî sırlar ile ispat hakkının çatışması hâlinde, her iki menfaatin de korunması için ölçülü tedbirler alınmalıdır. Ancak bu tedbirlerin hiçbirisi, diğer hakkın tamamen etkisiz kılınmasına sebep olmamalıdır. Özellikle ticarî sırların korunması pahasına, taraflardan delillerin gizlenmesi ve bu anlamda gizli yargılama yapılması, anayasal denetim çerçevesinde ispat hakkının özünü tamamen zedeler. Bu sebeple alınacak önlemler, sonuca yönelik ancak hakları etkisiz kılacak nitelikte olmamalıdır. Daha önceki açıklamalarımızda özellikle ölçülülük ilkesi üzerinde değerlendirmeler yaparken, sıklıkla örneklerin ticarî sırlardan seçilmesine özen gösterilmiştir. Bu sebeple hangi tür tedbirlerin ölçülülük ilkesini karşılayabileceği konusunda örnekler için önceki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetinmekteyiz.

II. KENDİ ALEYHİNE DELİL SUNMAKTAN KAÇINMA AYRICALIĞI

A. İspat Hakkı Açısından Ayrıcalığın Önemi

Kendi aleyhine tanıklık yapmama ayrıcalığı (*Self-Incrimination privilege*) veya kendi aleyhine delil sunmaktan kaçınma hakkı, aynı zamanda medenî yargılamaya ilişkin bir davada *susma ve kendi kendini suçlamama hakkı* olarak karşımıza çeşitli şekillerde çıkabilir[190]. Ceza davaları açısından geçerli olan susma hakkı, sanığın kendisine yönelik bir suçlama karşısında bu suçlamaya ilişkin olarak sorulacak sorulara hiç yanıt vermemesini, istediği soruyu yanıtlayıp, istediğini yanıtlamamasını ifade eder[191]. Anayasa'nın 38. maddesine göre de "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." (Ay m. 38/5)[192]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da susma ve kendini

[190] Medenî yargılama prosedüründe, kimse kendi aleyhine olan delilleri göstermeye zorlanamaz ilkesi hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Erdönmez, ss. 26-32.

[191] Ç. Kan Aydın, "Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak 'Susma Hakkı'", **TBBD,** S. 91, 2010, s. 159.

[192] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de susma hakkının hizmet ettiği amacı şu ifadelerle açıklamaktadır: "Mahkeme her ne kadar Sözleşme'nin 6. maddesinde özellikle belirtmemiş olsa da sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının 6. madde kapsamındaki adil yargılanma kavramının esasını oluşturan ve genel olarak kabul edilen uluslararası standartların özünde bulunan bir hak olduğunu anımsatır. Bu hakkın gerekçeleri arasında sanığın yetkililerce uygunsuz bir şekilde zorlamaya maruz

suçlamama hakkı, aşağıda üzerinde duracağımız şekilde kişinin hem aleyhine olan beyanı yapmama, hem de aleyhine olacak hiçbir belgeyi zorla ibraz etmeme hakkını içermekte; bu kapsamda da idarî kurum ya da kişilere, yasal zorlama altında verilen ifadelerin, daha sonra ifade veren kişi aleyhine ceza davasında kullanılmasının da -*ölçülülük ilkesinin gerektirdiği durumlarda*- susma ve kendini suçlamama hakkının ihlâli olarak kabul edilmektedir[193]. Bu kapsamda susma hakkı her ne kadar ceza soruşturması ve kovuşturması ile ilgili bir temel yargısal hak olsa da, ispat hakkının bir istisnası olarak medenî yargıya ilişkin davalarda da çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir.

Öncelikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 250. maddesinde "tanığın beyanı kendisinin veya 248 inci maddede yazılı kimselerden birinin … ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına sebep olacaksa" tanık, tanıklıktan çekinebilecektir (HMK m. 250/1, b). Aynı sebebe dayanarak isticvap olunacak kişi, isticvaptan çekinme hakkına da sahiptir (HMK m. 175 atfı ile HMK m. 250). Benzer şekilde kişinin kendi aleyhine delil ibraz etmeme hakkı da, medenî yargıya ilişkin davalarda yemin edecek kişinin ceza soruşturması veya kovuşturması ile karşı karşıya bırakacak vakıaların yeminin konusu olamayacağı şeklindeki düzenleme ile karşımıza çıkmaktadır (HMK m. 226/1, c). Dolayısıyla susma hakkı veya kendi kendini suçlamama hakkı ceza davaları açısından temel bir yargısal hak ve âdil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilmekle birlikte, belirli oranda -*tanık, isticvap ve yemin delilleri açısından*- medenî yargıya ilişkin davalarda da uygulama alanı bulabilmektedir. Kişinin suç soruşturması veya kovuşturmasına sebebiyet verecek vakıalar hakkında yemin etmesi veya isticvap edilmesi ve kendisinin veya yakınlarının suç soruşturmasına sebebiyet verecek konularda tanıklık yapması kanunkoyucu tarafından engellenmiştir. Bu sebeple kişinin ispat hakkını kullanması, diğer tarafın kendisini -*ve tanık beyanı açısından yakınlarını*- suçlayıcı ifade vermesinden geçmekteyse, evrensel olarak âdil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olarak kabul edilen susma ve kendi kendini

---

kalmaya karşı korunması yoluyla adaletin tecellisindeki hatalı uygulamaları önlemek ve 6. maddenin hedeflerini yerine getirmek bulunmaktadır. Kişinin kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı, özellikle bir ceza davasında savcılık makamının sanığın iradesi dışında tehdit veya tazyik yöntemleriyle elde edilmiş delillere başvurmadan sanığa karşı iddiasını kanıtlamaya çalışmasını öngörür. Bu bağlamda söz konusu hak Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. fıkrası kapsamında bulunan masumiyet karinesi ile yakından bağlantılıdır." ***Saunders v. The United Kingdom,*** 17.12.1996, 19187/91 (hudoc). Bu karar için ayrıca bkz. H. Yüksel, ss. 79-80.

[193] Kan Aydın, s. 159.

suçlamama hakkı sebebiyle diğer tarafın ispat hakkı sınırlanabilecektir. Zira gerek Anayasa gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları, kişinin ispat hakkını kullanmasını, diğer tarafın kendi aleyhine suç soruşturmasına sebebiyet verecek şekilde delil sunmasına üstün görmemektedir.

Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda sadece yemin, isticvap ve tanık beyanı açısından düzenleme altına alınan suç soruşturmasına sebebiyet verecek şekilde kendi aleyhine delil ibraz etmeme hakkının örneğin senet, belge veya kan ve doku nakli incelemeleri veya diğer ispat araçları açısından geçerli olup olmayacağı aşağıda üzerinde duracağımız üzere tartışmalıdır. Konuyu özellikle belge ibrazları ile kan ve doku nakli incelemeleri açısından ayrı ayrı incelemek daha uygun olacaktır.

B. Tarafların Kendi Aleyhlerine Suç Soruşturmasına Sebebiyet Verebilecek Belgeleri İbraz Zorunluluğu Sorunu

Öncelikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu sistemi içerisinde konu incelendiğinde, kişinin belge ibraz etme yükümlülüğü kapsamında (HMK m. 219/1) mahkemeye sunduğu herhangi bir belgeden kişinin bir suça karıştığı anlaşılmakta ise de, kişinin belgeyi ibraz mecburiyetinden muaf tutulamayacağı sonucu çıkmaktadır. Zira kişinin kendisini suçlayıcı yani kendisi aleyhine suç soruşturması veya kovuşturmasına sebebiyet verecek beyan ve delilden kaçınma hakkı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında sadece yemin, isticvap ve tanık delilleri açısından doğrudan doğruya düzenlenmiştir. Anayasa'da düzenlenen susma hakkı da, kural olarak ceza davalarını konu aldığından bu durumda, kişinin medenî yargıya ilişkin davalarda belge ibrazından kaçınma hakkına sahip olmayacağı sonucunun çıkarılması mümkündür. Kanaatimizce kişinin ispat hakkına erişebilmesi için diğer tarafın sunacağı belge, o kişinin suç soruşturmasına maruz kalmasına sebebiyet verse de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219. maddesi çerçevesinde ibraz etmesi gerekecektir[194]. Bu duruma örnek olarak kişinin 219. maddede belirtilen mecburiyet kapsamında sunduğu senet veya sözleşme veya yazılı belgeden örneğin kişinin sahtekârlık veya dolandırıcılık yaptığı anlaşılıyorsa; kişinin 219. madde kapsamında ibraz etmek zorunda kaldığı fotoğraftan veya video kaydından kişinin hırsızlık yaptığı, tecavüz veya tacizde bulunduğu anlaşılıyorsa bu durumda kişi her hâlükârda kendi aleyhine olan bu belgeyi medenî yargıya ilişkin davada mahkemeye sunmak zorunda olacaktır. Bu kapsamda

[194] Buna karşılık öğretide, kendisi hakkında suç soruşturmasına sebebiyet olacak belgeleri sunma, taraflar açısından "kabul edilebilir bir mazaret" olarak kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Erdönmez, s. 348.

kişinin kendi aleyhine suç soruşturmasına veya kovuşturmasına sebebiyet vereceği iddiası ile karşı tarafın ispat hakkını sınırlandırarak belge ibraz etmesinden kaçınması mümkün olmamalıdır.

Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu gibi durumlarda kişinin sunmuş olduğu bu belgelerin, daha sonra suç soruşturması veya kovuşturması başlatılması için kullanılamayacağı yönünde kararlar da verebilmektedir. Bu anlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, susma ve kendi aleyhine delil sunmama hakkını sadece kendi aleyhine olan *ifade beyanları* ile sınırlı tutmadığı; aynı zamanda birtakım *belgelerin* ibrazını da susma hakkı kapsamında değerlendirdiği kararları bulunmaktadır. Bu konuda Mahkeme, ölçülülük ilkesini uygulamak suretiyle, kişinin özellikle hukuka uygun aramalar esnasında belge ibrazına zorlanmasının susma hakkını ihlâl ettiği yönünde karar verebilmektedir. Bu istisnaî kararlar bir yana tutulursa, kişi -*hukuk sistemimize göre*- medenî yargıya ilişki davada -*HMK m. 219 sebebiyle*- yine delil ibrazı mecburiyetinde olacaktır. Bu delilin sonradan kendisi aleyhine suç soruşturması başlatılmasına ve bu soruşturmada kullanılıp kullanılamayacağı meselesi ise, susma hakkı kapsamında ölçülülük ilkesi uygulanmak suretiyle ceza soruşturması veya davasında çözülecek bir ön sorundur. Dolayısıyla kanaatimizce, taraflar medenî yargıya ilişkin davalar açısından yine suç soruşturması veya kovuşturmasına sebebiyet verecek konuya ilişkin delil ibrazı mecburiyetinde bulunacak ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219. maddesi çerçevesinde aleyhine suç soruşturmasına sebep olacak belgeyi medenî yargıya ilişkin davada ibraz edecektir. İbraz edilen bu belgeye dayanarak sonradan kendisine suç soruşturması başlatılıp başlatılamayacağı meselesi ise, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere ceza hukukundaki susma hakkı kapsamında bu belgenin ceza soruşturmasında ve ceza davasında kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin bir önsorundur.

Bununla birlikte az önce de ifade edildiği üzere, öğretide böyle bir durumda kişinin, aleyhine suç soruşturmasına sebebiyet verecek belgeyi medenî yargıya ilişkin davada ibraz etmek zorunda olmadığını, aksinin kabulünün susma hakkını ihlâl edeceğini; bu sebeple de şayet talep edilen belge, kişi aleyhine suç soruşturması başlatılmasına sebebiyet verecekse, kişinin tanıklığa ilişkin (HMK m. 250/1, b) kaçınma sebebinde olduğu gibi söz konusu belgeyi ibraz etmekten kaçınma hakkına sahip ol-

duğu kabul edilir[195]. Kanaatimizce tarafların, kendisinin suç soruşturmasına sebebiyet verecek olan belgeleri mahkemeye ibraz etmekten kaçınmaları söz konusu olamaz. Bu durum öncelikli olarak hukukun en temel ilkesi olan *hiçkimse kendi kusurundan, lehine hak çıkaramaz* ilkesine ters düşer. Bunun yanısıra da bu görüşün kabul edilmesi, nihaî olarak medenî yargıya ilişkin davalarda tarafların hiçbir şekilde belge ibrazına zorlanamaması gibi bir sonuç doğurur. Örneğin kişinin elinde bulunan ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219. maddesi çerçevesinde ibraz etmek zorunda olduğu belgede, kişinin dolandırıcılık yaptığı veya doktorun hastasına uyguladığı yanlış tedaviden görevini ağır şekilde ihmâl ettiği elindeki hasta kayıtlarından anlaşılacaksa, belgeyi elinde bulunduran kişi, salt ceza soruşturmasına mâruz kalmamak adına bu belgeleri vermekten kaçınamamalıdır. Zira hiç kimsenin kendi kusurundan lehine hak çıkarmasını hukuk düzeni amaçlamaz. Kanunkoyucunun *davanın tarafları için* sadece *isticvap* ve *yemin* delilleri açısından suç soruşturmasına sebebiyet vermesi hâlinde bu beyanlardan kaçınma hakkı tanımış olmasının sebebi, susma hakkının kural olarak sadece sözlü beyanlar için geçerli olmasıdır. Zira susma hakkında amaç, kişinin zorla, istemeyerek, iradesi dışında ve baskı altında beyanda bulunmasının önüne geçmektedir. Bu anlamda taraflara yüklenen belge ibrazı mecburiyeti de, kanuna uygun bir talepten (HMK m. 219) kaynaklanmaktadır.

Bu durumda kanaatimizce böyle bir kaçınma hakkının tanıklara tanınmış olmasının, kanunkoyucunun bu konudaki iradesini gösterir[196]. Kanunkoyucunun tanıklar açısından böyle bir kaçınma sebebi getirmesinin sebebi, tanıkların susma hakkının korunması amacına değil, cezaî soruşturmaya konu olacak vakıalar hakkında tanıkların yalan ifade vermeye yönelebilecek olmasına yöneliktir. Suç soruşturmasına sebebiyet verebilecek gerçek vakıayı tanığın çarpıtarak ifadesinde belirtmesinde mümkün ise de, gerçeği yansıtan vakıanın üzerinde sabit olduğu belgenin ibraz edilmesi hâlinde bu risk *-delilin bozulması ve dolayısıyla gerçeğin çarpıtılması riski-* bulunmamaktadır. Kaldı ki, pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi bizim hukuk sistemimizde de davanın tarafları ile üçüncü kişilerin yargılamaya bilgi paylaşımı konusundaki katkıları ve bu konuda bu kişilere yüklenen aydınlatma yükümlülüğü

[195] Erdönmez, s. 348.
[196] Aksi yönde görüş için bkz. Erdönmez, ss. 325-326.

birbirinden çok farklıdır[197]. Zira ister ispat yükünü taşısınlar veya taşımasınlar ister delil ikame yükünü taşısınlar veya taşımasınlar yargılamanın taraflarının davayı aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde davaya getirecekleri bilgi kaynağı konusundaki yükümlülükleri üçüncü kişilere nazaran çok daha katıdır. Bu sebepledir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu da üçüncü kişilerin delil ibrazından muafiyetleri konusunu geniş bir şekilde düzenlerken tarafların delil ibrazından muafiyetlerini daha kısıtlı bir şekilde kaleme almıştır[198].

Buna karşılık üçüncü kişilerin yanısıra davanın taraflarına da, kendilerini suç soruşturmasına maruz bırakacak belgelerin ibrazından kaçınma hakkı tanındığı hukuk sistemleri de bulunmaktadır[199]. Buna örnek olarak Avusturya Medenî yargılama Kuralları gösterilebilir. Buna karşılık İsviçre Federal Usûl Kanunu'nda, tanıklar için bu imkân getirilmiş olmasına rağmen, taraflara, delil ibrazı durumunda aleyhine suç soruşturması başlatılması durumunda kaçınma hakkı tanınmamıştır. Benzer şekilde konu ile ilgili açık bir düzenleme getirilmeyen Alman hukukunda öğretide baskın olan görüş, tarafın ceza soruşturmasına maruz kalacak olmasının haklı bir kaçınma sebebi teşkil etmediği, bu gibi fiillerin gizlenmesinde herhangi bir korunmaya değer menfaat bulunmadığı kabul edilmektedir. Kanaatimizce de Alman hukukundaki baskın görüş, Türk hukuku açısından da uygulama alanı bulmalıdır.

C. Tarafların Kendi Aleyhlerine Suç Soruşturmasına Sebebiyet Verebilecek Diğer Delilleri İbraz Zorunluluğu Sorunu

Bununla birlikte yukarıda üzerinde durduğumuz ***Saunders v. Birleşik Krallık*** başvurusunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişinin kendi kendini suçlamama hakkının, kişinin susma hakkına saygı ile ilgili olduğunu; bu anlamda kendi kendini suçlamama veya delil ibraz etmeme hakkının, kişinin iradesinden bağımsız olarak zorla alınabilen kan, idrar veya diğer doku örnekleri için geçerli olmayacağını; buna benzer doku örneklerinin kişinin iradesine ve susma hakkına saygısızlık kapsamında değerlendirilemeyeceği ve bu sebeple de bu tip örneklerin zorla alındığı bir davada

---

[197] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 10.

[198] Nitekim geçmişte sıklıkla dile getirilen "*Hiçkimse kendi aleyhine olan delili yargılamaya getirmeye zorlanamaz.*" görüşü, modern medenî yargı sistemlerinde terkedilmekte ve hem gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi hem de tarafların ispat hakkı odağında açıklama haklarını ve dolayısıyla hukukî dinlenilme haklarını kullanabilmeleri için taraflara delillerin getirilmesi konusunda önemli ölçüde katkıda bulunma yükümlülüğü (*Mitwirkungspflicht; obligation to cooperate*) yüklenmektedir. Bu konuya ilişkin açıklamalarımıza daha önceki bölümde ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

[199] ÖstZPO § 305.

kişinin sonradan suç isnadı ile karşı karşıya kalmasının âdil yargılanma hakkını ihlâl etmeyeceğine karar vermiştir. Bu duruma örnek olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi kapsamında soybağının tespiti davasında kişiden zorla alınan kan veya doku naklinden, kişinin bir başka suça karıştığı anlaşılıyorsa, bu delile dayanarak başlatılan suç soruşturması susma hakkının ve dolayısıyla âdil yargılanma hakkının ihlâli olarak değerlendirilmemektedir.

III. AİLE İLİŞKİLERİNDEN DOĞAN AYRICALIKLAR

Aile ilişkilerinden kaynaklanan delil ibrazından çekinme sebeplerinde (*Parental Privilege, Spousal Privilege*), hem taraflarca getirilme ilkesinin uygulanması açısından bir sınırlandırma getirilmekte hem de ispat hakkını kullanmak isteyen taraf karşı tarafın aile ilişkisi sebebiyle çekinme hakkını kullanması hâlinde hakkının sınırlandırılması ile karşı karşıya kalmaktadır. Aile hukukundan kaynaklanan delil ibrazı muafiyetleri yabancı medenî yargılama sistemlerinin önemli bir kısmında olduğu gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da çeşitli hükümlerde düzenlenmiştir. Bu çekinme sebebinde belirli dereceden akraba olan kişilerin, o kişi aleyhine tanıklık yapmaktan çekinme ve delil ibraz etmekten kaçınma haklarının bulunduğu düzenlenmektedir. Esasında aile ilişkileri açısından ispat hukuku sistemlerinde delil ibrazından çekinme hakkının tanınması anayasal bir hak olan özel hayatın korunması kapsamında görüldüğü için hem uluslararası sözleşmeler çerçevesinde hem de pek çok yargılama hukuku sisteminde bir çekinme sebebi olarak kabul edilmektedir.

Aile ilişkilerinden doğan ayrıcalıktan yararlanabilecek kişiler, davacı veya davalı ile belirli yakınlığı bulunan kişilerdir. Bu kişiler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 248. maddesinde "*Kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme*" başlığı altında tek tek ve sınırlayıcı olarak sayılmıştır. Buna göre (*i*) iki taraftan birinin *nişanlısı*, (*ii*) evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi iki taraftan birinin *eşi,* (*iii*) kendisi veya eşinin *altsoy ve üstsoyu,* (*iv*) taraflardan biri ile arasında *evlatlık bağı bulunanlar*, (*v*) üçüncü derece de dâhil olmak üzere *kan* veya kendisini oluşturan evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi *kayın hısımları,* (*vi*) *koruyucu aile* ve *onların çocukları ile koruma altına alınan çocuk* (HMK m. 248/1). Ceza Muhakemesi Kanunu da 45. Maddesi'nde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile benzer esaslarla "*Tanıklıktan çekinme*" başlığı altında aile ilişkilerinden doğan bazı kimselerin ceza davasında tanıklıktan

çekinme haklarını düzenlemiştir[200]. Bu anlamda ceza davaları ile hukuk davalarında aile ilişkilerinden doğan tanıklıktan çekinme haklarını kıyaslayacak olursak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda "*aile ilişkisi*" kavramının biraz daha geniş yorumlandığını ifade edebiliriz. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tanıklıktan çekinebilecek olan kayın hısımları üçüncü dereceye kadar sayılmışken, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda ikinci dereceye kadar sayılmıştır (karş. HMK m. 248/1, d ile CMK m. 45/1, d)[201]. Yine Ceza Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu gelişen aile ilişkilerini de göz önüne alarak koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocukları da tanıklıktan çekinme ilişkisi kapsamında değerlendirmiştir (HMK m. 248/1, e)[202].

IV. DİĞER SEBEPLERDEN DOĞAN AYRICALIKLAR

A. Haklı Sebepten Doğan Ayrıcalıklar

Delil ibrazından kaçınma sebeplerinin gerek taraflar için gerekse üçüncü kişiler için çeşitli alanlarda kabul edildiğini belirtmiştik. Bu anlamda yukarıda üzerinde durduğumuz avukatların, hekimlerin, muhasebecilerin delil ibrazından kaçınma sebepleri açıkça özel kanunlarda düzenlenmiştir. Yine kanunkoyucu delil ibraz etme yükümlülüğü bulunan *tanık* sıfatıyla dinlenmek istenen üçüncü kişilerin delil ibrazından çekinme haklarını Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça düzenleme altına almıştır (HMK m. 247-250). Bunun yanısıra ispat hakkını kullanmak isteyen tarafın, üçüncü kişinin elindeki belgeye dayanmak istemesi durumunda, üçüncü kişilerin belirli sebepler çerçevesinde *belge* ibrazından kaçınmasına da cevaz verilmiştir (HMK m. 221). Üçüncü kişilerin *belge* ibrazından kaçınabileceği sebepler açısından tanıklara ilişkin hükümlere atıfta bulunulduğundan (HMK m. 221/3), üçüncü kişinin belirli aile ilişkilerine (HMK m. 248) veya belirli sırların ifşası rizikosu (HMK m. 249) ile belirli türden menfaatlerin ihlâli (*maddî zarara uğrayacak,*

---

[200] CMK m. 45.

[201] Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan önce Hukuk Usûlü Muhakemesi Kanunu da Ceza Muhakemesi Kanunu ile paralel şekilde bir düzenleme getirmekteydi; ancak kayın hısımları arasındaki yakın ilişki dikkate alınarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu konuda değişiklik yapılmıştır ("*... Maddenin (d) bendinde kayın hısımları arasındaki sıkı bağ dikkate alınarak tanıklıktan çekinme hakkı, 1086 sayılı Kanunda ikinci dereceye kadar tanınmışken bu maddede üçüncü dereceye kadar çekinmenin uygun olacağı düşünülmüş ve bent buna göre düzenlenmiştir. ...*" HMK m. 248, Madde Gerekçesi).

[202] "*... Maddenin (e) bendi yeni bir hüküm olup, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununda tanımlanan koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuk arasında, evlatlık bağına benzer, sıkı kişisel ilişkilerin varlığı kabul edilerek tanıklıktan çekinme hakkı öngörülmüştür.*" HMK m. 248, Madde Gerekçesi).

şeref ve itibarı zarar görecek, suç soruşturması veya kovuşturmasına sebep olacak, meslek veya sanatına ait olacak sırlar ortaya çıkacak ise) (HMK m. 250) rizikosu sebeplerine dayanarak *belge* ibraz etmekten kaçınması mümkündür.

Benzer şekillerde *yargılamanın tarafları* açısından da *yemin*, *isticvap* delilleri açısından birtakım delil ibrazından kaçınma imkânları kabul edilmiş ve hâtta bunlarda da tanıklığa ilişkin çekinme sebeplerine atıfta bulunulmuştur. Buna karşılık *belge* ibrazı açısından kanunkoyucu, davanın tarafları için herhangi bir kaçınma hakkı düzenlememiştir. Bu anlamda *üçüncü kişilerin belgeleri* ibraz yükümlülüğünden kaçınma hakları bulunurken davanın tarafları açısından kanunkoyucu özellikle sessiz kalmış ve bu konuda herhangi bir düzenleme getirmemeyi tercih etmiştir. Zira kanunkoyucu böyle bir düzenleme getirmek istemiş olsaydı, yargılamanın tarafları açısından yemin ve isticvap delilinde olduğu gibi veya üçüncü kişiler açısından tanık delilinde getirilmiş olduğu gibi bu kaçınma sebeplerini açıkça düzenler yahut Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 175. ve 221. Maddelerinde olduğu gibi tanıklığa ilişkin çekinme sebeplerine atıfta bulunabilirdi. Kanunkoyucunun davanın tarafları açısından *belge* ibrazında taraflara kaçınma hakkı tanımamış olması, davanın taraflarını genel olarak delillerin ortaya çıkarılması sürecinde katkıda bulunma yükümlülüğü altına soktuğu anlaşılmaktadır. Bu durum hem gerçeğin ortaya çıkarılması için taraflara önemli bir katkıda bulunma görevi yüklemekte hem usûl ekonomisi ilkesinin bir gereği olarak uyuşmazlığa ilişkin bilgi kaynaklarına daha az kaynak harcanmak suretiyle erişilebilmekte hem de şüphesiz ki tarafların ispat hakkını ve bu arada hukukî dinlenilme haklarını kullanabilmeleri açısından bizatihi taraflara -*delil ibrazından kaçınmama konusunda*- önemli bir rol biçilmektedir. Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, tarafların delillerin ortaya çıkarılması sürecine sağlayacakları katkı ve bu konuda bırakıldıkları yükümlülüğün derecesi tamamen bir hukuk politikasıdır. Bu konuda Türk kanunkoyucusu sessiz kalmak sureti ile taraflara genel bir *belge ibrazı* yükümlülüğü getirmiş (HMK m. 219) ve bu konuda davanın taraflarına açık bir kaçınma hakkı tanımayarak örtülü olarak belgeyi ibraz yükümlülüğü açısından katı bir delil ibrazı mecburiyeti getirmiştir. Belge kavramının içeriğinin son derece geniş olması, içeriğine senet delilini de dâhil etmesi[203]

[203] Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 199. maddesinde "*belge*" kavramı tanımlayıcı olarak açıklanmış ve *uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fo-*

belgeyi ibraz mecburiyetinin Türk hukukunda sahip olduğu uygulama alanının önemini ortaya koymaktadır.

Kanunkoyucunun açık bir şekilde davanın tarafları için *belgeyi ibraz mecburiyetinden kaçınma hakkı* tanımamış olması, öğretide davanın taraflarının belgeyi ibraz mecburiyeti açısından *haklı sebebe dayanan kaçınma sebeplerinin* varlığının kabul edilmesine yol açmıştır. Buna göre belirli sebeplerin varlığı durumunda *haklı sebebe dayanarak* tarafların belge ibrazından kaçınma hakkına sahip oldukları belirtilmekte ve hâtta bu konuda özellikle -*Türk hukukunda olduğu gibi*- tarafların belge ibrazı mecburiyeti için *genel bir kaçınma hakkı* tanımayan Alman ve Fransız hukukundaki görüşlere atıfta bulunulmaktadır[204]. Bu çerçevede *haklı sebep* olarak kabul edilen kaçınma hakları içerisinde özellikle belgenin ibrazının, ibraz eden taraf açısından *kişilik haklarının ihlâline sebebiyet vermesi* hâli veya *meslek veya ticarî sırlarının ortaya çıkması tehlikesi* veya *kendisi aleyhine suç soruşturması ve kovuşturmasına sebebiyet vermesi* durumları ele alınmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219. maddesinde tarafların, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etme mecburiyeti altında bırakılmasında *haklı bir sebep olmaksızın* ifadesine yer verilmemesine rağmen, bu şekilde haklı sebebin varlığı hâlinde açık kanun hükmüne rağmen tarafları belgeyi ibrazdan kaçınma imkânının tanınabileceğinin kabulü, hiç şüphesiz ki haklı sebep oluşturacak sebeplerin de kişilerin temel haklarının korunmasına hizmet ediyor olmasına dayandırılabilecektir. Zira taraflara belgeyi ibraz mecburiyeti tanınması, tarafların iddia ettikleri vakıalar konusunda açıklama haklarını tam olarak kullanabilmeleri ve bu anlamda bu vakıaları ispat edebilmeleri amacına hizmet eder. Dolayısıyla belgeyi ibraz mecburiyeti, gerek adaletli karar verilebilmesi ve bu kapsamda kişilerin mahkemelere ve devlete güvenebilmesi için yargılamada gerçeğe ulaşılmasını hedef alan kamusal bir amaca hizmet etmekte gerekse kişilerin öznel olarak âdil bir yargılamanın (Ay m. 36; AİHS m. 6) süjesi olabilmesi amacına hizmet etmektedir. Belgeyi ibraz mecburiyetinin belirli durumlarda bertaraf edilebilmesi de, yukarıda belirttiğimiz bu kamusal ve öznel amaca ağır basacak menfaatle-

---

toğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında *belge* olarak kabul edilmiştir (HMK m. 199).

[204] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, ss. 309-315.

rin hukuk düzenince korunması ihtiyâcının mevcudiyetine bağlıdır. Bu kapsamda örneğin kişilerin özel hayatının, şeref ve haysiyetinin korunması için belirli ölçüye kadar belgeyi ibraz mecburiyetinin bertaraf edilebilmesi mümkündür. Örneğin kişinin cinsel hayatının ve giz alanının ayrıntılarını ortaya koyan bir video kaydını, tarafların belgeyi ibraz mecburiyeti (HMK m. 219) kapsamında ibraz etmesi mecburiyeti altında bırakılması özel hayatın korunması kapsamında haklı bir sebep oluşturarak ayrıcalık tanınmasına sebebiyet verebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, burada da temel hakların ispat hakkı ile çatışma içerisine girdiği her durumda olduğu gibi hâkimin ölçülülük ilkesini uygulaması ve menfaat dengesini sağlaması çok önemlidir. Zira bir boşanma davasında taraflara, bir tarafın cinsel hayatının tüm ayrıntılarını ortaya koyan bir video kaydını ibraz mecburiyeti yüklemek ölçülü ve gerekli olmamakla birlikte bir velayet davasında bu video kaydının yargılamaya getirilmesi gerekli olabilir. Her iki durumda da kişinin cinsel hayatının ayrıntılarını konu alan video kaydı söz konusu olmakla birlikte, boşanma davasındaki hukukî menfaat ile velâyet davasındaki hukukî menfaat aynı değildir ve böyle bir durumda hâkim, çatışan menfaatleri dengeleyerek ispat hakkının kullanılması ile kişilik haklarının korunması arasındaki dengeyi sağlamak zorundadır[205].

Haklı sebebin varlığı konusunda önceden belirli kriterlerin varlığını belirlemek doğru olmayacaktır. Hâkim her somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapacak ve ispat hakkına göre üstünlük tanınması gereken bir menfaatin bulunup bulunmadığını belirleyecektir. Tarafların daha önemli bir menfaatleri bulunmadığı takdirde, mahkemenin kararı için önemli olan ve tarafların ispat hakkını kullanmasını sağlayacak delilleri mahkemeye ibraz etmekten kaçınamayacaklardır[206]. Her hâlükârda kaçınma sebebi tarafça ileri sürüldükten sonra, mahkeme takdir yetkisi çerçevesinde kaçınma sebebinin varlığını bir önsorun olarak inceleyecek ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi konusunda takdir yetkisine sahip olacaktır[207]. Burada kaçınma sebebini inceleyecek olan mahkeme, kanaatimizce

[205] Boşanma davalarında kişilik hakları ile ispat hakkının çatışması başlığı altında, konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalarımız yer aldığından burada daha fazla ayrıntıya girmeyi gerekli bulmuyoruz. Kişilik hakları ile ispat hakkının çatışması durumunda menfaat dengesinin kurulması konusundaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 15.

[206] Erdönmez, s. 310; Greger, s. 847. *Belgesay* da, belgeyi elinde bulunduran tarafın haklı menfaatinin, karşı tarafın ispat menfaatinden ağır basması hâlinde ibrazdan kaçınılabileceğini belirtmektedir (Belgesay, İspat, s. 42).

[207] Bu yönde bkz. Erdönmez, s. 310.

kaçınma sebebinin inceleneceği duruşmayı gizli olarak gerçekleştirmelidir. Bu noktada alenîyet ilkesine bir istisna getirilmesi kanaatimizce kişinin ileri sürdüğü kaçınma sebebinin koruduğu hukukî menfaati -*özel hayatın korunması veya meslek sırrının korunması gibi*- korumaya yöneliktir. Hâkim kaçınma sebeplerini re'sen dikkate alıp inceleyemez ve ayrıca bu konuda tarafın, hâkimi, kaçınma sebeplerinin varlığı konusunda yeterince ikna edebilmek amacıyla iddiasını destekleyici delilleri de mahkemeye getirmesi gerekmektedir[208]. Hâkimin menfaatleri değerlendirerek yapacağı inceleme neticesinde, tarafın korunmaya değer haklı sebebinin varlığına karar verse dahi, tarafı mutlaka belgenin ibrazından muaf tutması gerekmemektedir. Mahkeme gerekli tedbirlerin alınması yoluyla tarafın kaçınma sebebine konu hukukî menfaatini koruma altına alarak diğer yandan da tarafın ispat hakkını gerçekleştirmesini sağlayabilecektir[209]. Hâkimin takdir yetkisini bu yönde kullanabileceği konusunda en güzel örneği, bizatihi Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinden vermek mümkündür. Kanun'un "*Belgenin yerinde incelenmesi*" başlığını taşıyan 218. maddesine göre "Mahkemeye getirilmesi zor veya sakıncalı olan belgeleri hâkim veya görevlendireceği bilirkişi tarafından yerinde incelenir ya da bu belgelerin mahkemeye sunulmuş örnekleri asıllarıyla karşılaştırılır. İnceleme sonunda bir tutanak düzenlenir ve gerekli görülürse uygun teknik araçlarla belgenin aslı kaydedilir." (HMK m. 218). Dolayısıyla şayet taraflardan birisi ticarî sır veya meslek sırrının ortaya çıkacağı endişesi ile belge ibrazı yükümlülüğünden (HMK m. 219) kaçınmak istiyorsa, mahkeme, Kanun'un 218. maddesine dayanarak söz konusu belgenin kısmen ve yerinde incelenmesine de karar verebilir. Böylece hem delil ibraz etmesini istenilen tarafın menfaatleri korunmuş olur hem de delil ikame yükünü ve dolayısıyla ispat hakkını kullanmak isteyen tarafın hak arama özgürlüğü ihlâl edilmemiş olur.

Kural olarak taraflara belgeyi ibraz etme yükümlülüğü yükleyen medenî yargılama sistemimizde, Kanun'un bizatihi düzenlememiş olmasına rağmen haklı ve meşru bir sebebin varlığına bianen tarafların belgeyi ibraz yükümlülüğünden muaf tutulması, son çare (*ultime ratio*) olmalıdır. Başka bir ifadeyle bir tarafın ispat hakkını kullanabilmesi için diğer tarafın veya kendi hâkimiyetindeki belgenin ibrazından kaçınmasında üstün menfaati bulunan tarafın bu hakkını, ibrazdan kaçınma

[208] Bu yönde bkz. Erdönmez, s. 310.
[209] Leunberger ve Uffer Tobler, s. 335.

kararı olmadan koruyabilmesi mümkün olmamalıdır. Şayet tarafın korunmaya değer üstün menfaati, belgenin ibrazından kaçınma imkânı verilmeksizin korunamıyorsa, mahkeme ancak bu durumda karşı tarafın ispat hakkını sınırlandıracak şekilde tarafın belge ibrazından kaçınma yönündeki talebini kabul etmelidir. Bu son çareye başvurmadan önce mahkeme, delilin gizli duruşmada incelenmesi, söz konusu belgenin kısmen incelenmesi veya söz konusu belgenin teknik bilirkişi vasıtası ile yerinde incelenmesi gibi imkânlara başvurmalıdır.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere Kanun'da tarafların belge ibrazı mecburiyetlerine ilişkin herhangi bir kaçınma hakkı tanınmamış olması, mahkemenin takdir yetkisine göre tarafların delil ibrazından kaçınmalarına imkân tanıyacak *haklı sebebin* ne olacağı konusunu oldukça önemli kılmaktadır. Fransız ve Alman hukukunda, bizim hukuk sistemimizde olduğu gibi üçüncü kişilerin belgeyi ibraz mecburiyetinden kaçınma hakları tanınmasına rağmen, belge ibrazından muafiyet davanın tarafları için getirilmemiş ve bu durumda haklı sebebin ne olacağı konusunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bu hukuk sistemlerinde özellikle meslek sırrı, kişilik haklarının korunması, mücbir sebep, ticarî sırlar, işletme sırları haklı sebep olarak ifade edilmektedir[210]. Ancak belirtmek gerekir ki, hukuk sistemimizde özellikle belirli meslek grupları için meslekî sırların korunması özel kanunlarla sağlanmıştır. Bu anlamda özellikle avukatlar, hekimler, muhasebeciler, bankacılar meslekleri sebebiyle öğrendikleri bilgileri ifşa etmemekle yükümlü kılınmışlardır. Bu meslek sahipleri açısından kanaatimizce Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda getirilen belgeyi ibraz yükümlülüğüne muafiyet tanınacak *haklı sebebe* ihtiyaç yoktur; zira bu kişilerin belgeyi ibraz etmeme konusundaki yükümlülükleri bizatihi özel kanunlardan kaynaklanmaktadır. Ancak şüphesiz ki bu durumda da hâkim, meslek sırrına dayanarak belge ibrazından kaçınma hakkının söz konusu olduğu uyuşmazlıkta bu çekinme hakkının uygulanıp uygulanmayacağı konusunda yine takdir yetkisine sahip olacaktır.

Örneğin doktorun hatalı tedavisi sebebiyle zarara uğrayan mağdurun açtığı tazminat davasında, doktor, hekimlerin sır saklama yükümlülüğüne dayanarak davacı tarafın zararını ispat edebilmesi için gerekli olan hasta kayıtlarını mahkemeye ibraz etmekten kaçınamayacaktır. Zira burada hasta bizatihi kendisi, kişilik hakkının

[210] Lang, ss. 207-208; Erdönemez, s. 312.

bir unsuru olan hastahane kayıtlarının yargılamaya getirilmesini ispat hakkını kullanabilmek için talep ederken, hekimin söz konusu çekinme hakkına dayanarak belgeyi ibraz etmekten kaçınmasını mahkeme menfaat dengesinin gereği olarak reddetmelidir. Buna karşılık bir boşanma davasında, boşanmak isteyen tarafın, ispat hakkını kullanabilmesi için dahi olsa, karşı tarafın örneğin iktidarsız olduğunu ispatlamak için karşı taraf ile hekiminin arasındaki hasta kayıtlarına dayanması hâlinde, hekimlerin söz konusu kanunuî muafiyet sebebine dayanarak hasta kayıtlarını, yani belgeyi ibrazdan kaçınma hakkı bulunacaktır. Dolayısıyla yukarıda ayrı ayrı başlıklar altında ele almış olduğumuz meslekî sır sebebiyle kaçınma muafiyetleri, genellikle bu meslek sahiplerinin yargılamada üçüncü kişi konumunda olduğu durumlarda uygulanacaktır. Yoksa bu meslek sahipleri ile hizmetten yararlanan kişiler arasında hizmetin verilmesi ile ilgili bir uyuşmazlık olduğunda, mahkeme menfaat dengesini değerlendirerek çoğu durumda meslek sahiplerinin söz konusu muafiyetten yararlanmalarına imkân tanımayacaktır.

Yukarıda üzerinde durulduğu üzere özellikle *haklı sebebin varlığının takdiri* menfaatlerin dengelenmesini gerektiren ve zorluk arzeden bir konudur. Bu sebeple öğretide savunulan görüş, tarafların belgeyi ibrazdan kaçınma hakları konusunda kanunlarda açık düzenleme getirilerek somut şekilde hangi durumlarda tarafların bu şekilde bir haklarının olduğunun kanunkoyucu tarafından belirlenmesinin daha doğru olduğu; aksi durumun menfaatleri dengeleyecek olan hâkimin keyfî davranışlarına sebebiyet verebileceği yönündedir[211]. Gerçekten de kanunîlik ilkesinin ve hukukî belirlik ilkesinin gereklilikleri de bu zorunluluğu doğurur.

Bütün bu değerlendirmeler yapılırken belgeyi ve delili ibraz talebinin tarafların ispat hakkına hizmet ettiği gerçeği[212] gözardı edilmemelidir. Zira ispat hakkının teminine hizmet eden delili, belgeyi ibraz talebinin sınırlandırılması demek, temel bir hak olan âdil yargılanma ve açıklama hakkı kapsamında hukukî dinlenilme hakkının da sınırlandırılması anlamına gelecektir. Her bir temel hakkın sınırlandırılmasında ise, hâkim sınırlandırmayı gerektiren üstün bir menfaatin bulunup bulunmadığını ve bunun için yapılacak müdahâlenin ölçülü, hukukî ve makûl

[211] Bu görüşü savunan yazarlar hakkında bkz. Erdönmez, s. 313. Özellikle bkz. Kodek (Fasching), § 303, N. 2, 3, 10. Ayrıca Türk hukukunda da *Erdönmez,* haklı olarak Kanun'da tarafların delil ibrazından kaçınma haklarının somut bir şekilde belirtilmesinin, yukarıda açıklanan gerekçelerle daha doğru olacağı görüşünü savunmaktadır (Erdönmez, s. 315).

[212] Belgeyi ibraz talebinin tarafların ispat menfaatine hizmet ettiği konusunda bkz. Belgesay, İspat, s. 42.

olup olmadığını menfaat dengesi çerçevesinde değerlendirmek zorundadır. Dolayısıyla belgeyi ibraz, delili sunma mecburiyetine getirilecek sınırlamaların somut olarak belirlenmesi ve hâkimin söz konusu kaçınma hakkının uygulanmasında da menfaat dengesini ölçülülük ilkesine uygun olarak kurması ispat hakkının temin ve tesisinde son derece önemlidir.

B. Maddî Kayıptan ile Şeref ve İtibârın Zedelenmesinden Doğan Ayrıcalıklar

Diğer sebeplerden doğan delil ibrazı ayrıcalıkları arasında sayabileceğimiz çekinme sebepleri arasında, özellikle *maddî kayıptan* ve *şeref ve itibarın zedelenmesinden doğabilecek* kaçınma hâlleri bulunur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu "*Menfaat ihlâli tehlikesi nedeniyle tanıklıktan çekinme*" başlığı altında değişik sebeplerden dolayı belirli kişilerin tanıklık yapmaktan çekinebileceklerini düzenleme altına almıştır. Bu kapsamda (*i*) tanığın beyanı kendisine veya 248. maddede yazılı kimselerden birine doğrudan doğruya maddî bir zarar verecekse (bent a), (*ii*) tanığın beyanı kendisinin veya 248. maddede yazılı kimselerden birinin şeref veya itibarını ihlâl edecek ya da ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına sebep olacaksa (bent b), (*iii*) tanığın beyanı, meslek veya sanatına ait olan sırların ortaya çıkmasına sebebiyet verecekse (bent c), tanık tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir (HMK m. 250). Görüldüğü üzere bu maddede kanunkoyucu tanığın ve 248. maddede sayılan yakınlarının *malvarlığını* (HMK m. 250/1, a); tanığın ve 248. maddede sayılan yakınlarının *şeref veya haysiyetini* (HMK m. 250/1, b); tanığın ve 248. maddede sayılan yakınlarının *susma hakkını* (HMK m. 250/1, b); tanığın *meslekî sırrını* (HMK m. 250/1, c) değişik gerekçelerle koruma altına almıştır. Tanığa tanıklıktan çekinme hakkı tanıyan tüm bu imkânlar çeşitli menfaatlerin korunması uğruna tanık beyanına dayanmak isteyen tarafın ispat hakkına aynı zamanda bir müdahâle içerir. Zira iddiasını -*hâtta belki sadece*- tanığın beyanı ile ispatlama imkânına sahip olan taraf, tanığın söz konusu çekinme sebeplerinden birine dayanması durumunda iddiasını başka ispat araçları ile ispatlamak durumunda kalacak; bazı durumlarda sadece söz konusu muafiyet kapsamına giren ispat aracı ile ispat imkânına sahip olan taraf açısından söz konusu kanunî muafiyet ispat imkânsızlığına kadar varabilecektir. Bu durumda taraflardan birisi aleyhine ispat hakkı müdahâlesi niteliğinde olan bu muafiyetlerin koruduğu hukukî yarar ile ispat hakkı arasında bir denge oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmelidir.

Yukarıda özellikle *meslek sırrı* sebebiyle delil ibrazı muafiyetleri kapsamında değerlendirdiğimiz üzere, meslekî sırrın korunması pek çok meslek grubu için kanunkoyucu tarafından ayrıca düzenlenmiştir. Sadece hukukumuzda medenî yargılamada değil, söz konusu meslekî sır muafiyetlerinin ceza yargılamasında da benzer esaslar çerçevesinde kabul edildiğini ve hâtta birtakım temel hak ve ilkeler çerçevesinde aynı zamanda başka hukuk sistemlerinde de meslekî sır sebebiyle delil ibrazı muafiyetlerinin kabul edildiği üzerinde durmuştuk. Benzer şekilde *susma hakkı*nın temel bir hak olduğu, âdil yargılanma hakkı kapsamında kabul edildiği ve medenî yargılamaya ilişkin davalardaki görünüm şekilleri ile meşru sebepleri üzerinde ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştuk. Bu noktada burada ayrıca üzerinde durmak istediğimiz ayrıcalıklar tanığın ve yakınlarının malvarlığı değerleri ile şeref ve itibarının korunmasına yönelik delil ibrazı muafiyetlerinin, ispat hakkı ile çatışması durumudur. Zira yukarıda üzerinde durduğumuz üzere meslekî sır veya susma hakkı sebepleriyle çekinme haklarının anayasal ve meşru temel haklar öğretisine dayanan temelleri, bu muafiyetlerin ispat hakkını kısmen sınırlamasına müsaade etmektedir. Buna karşılık özellikle kişilerin şeref ve itibarı ile malvarlığı değerlerini koruma menfaatleri karşısında ispat hakkının sınırlandırmasının meşru dayanakları ve sınırları üzerinde durmak kanaatimizce ispat hakkı sınırlamaları açısından önem taşımaktadır.

Kişilerin şeref ve haysiyetlerini koruma hakkı hiç şüphesiz ki, herkesin onurlu bir şekilde yaşama hakkına sahip olmasına dayanmaktadır ve gerek anayasa gerekse uluslararası sözleşmeler kapsamında koruma altına alınmaktadır. Bu anlamda tanığın hem kendisinin hem de -*248. maddede sayılan*- yakınlarının şeref ve haysiyetlerini koruma isteği anayasal temel bir haktır. Nitekim kanunkoyucu tarafından da, tanığın kendisinin ve yakınlarının şeref ve haysiyetlerini korumak amacıyla doğruyu söyleyemeyebileceği veya gizleyebileceği göz önüne alınarak söz konusu muafiyet Hukuk Usûlü Muhakemesi Kanunu'nda (HUMK m. 246) olduğu gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da düzenlenmiştir[213]. Hemen belirtmek gerekir ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun söz konusu bu düzenlemesini (HMK m. 250/1, b) karşılayan bir hüküm ceza yargılamaları açısından kabul edilmemiştir. Bunun yerine

[213] "… Bu hüküm tanığın kendisini koruma düşüncesiyle hareket edebileceği ve doğruyu söylemeyebileceği ihtimâli dikkate alınarak düzenlenmiştir." (HMK m. 250, Madde Gerekçesi).

âdil yargılanma hakkı kapsamında korunmaya değer görülen susma hakkı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tanığın çekinme hakkı kapsamında kabul edilmiştir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu da tanığın ve yakınlarının şeref ve itibarını koruma kapsamında sahip olduğu bu ayrıcalığı, susma hakkı kapsamında değerlendirilecek olan "*ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına*" sebep olacak beyan ile birlikte kaleme almıştır. Tanığın ceza soruşturmasına sebebiyet verecek olan beyanda bulunmaktan çekinme hakkı Kanun'da açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, ayrıca tanığın ve yakınlarının şeref ve itibarını ihlâl edecek beyanda bulunmaktan kaçınma hakkının ayrıca bir ayrıcalık sebebi olarak düzenlenmesinin gerekli olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Zira bu düzenleme ile bir yandan taraflardan birinin ispat hakkı bulunurken, diğer tarafta tanığın veya yakınlarının şeref ve itibarının korunma hakkı bulunmaktadır. Tanığa mutlak bir çekinme imkânı tanıyan bu durumun ispat hakkının sınırlandırılması kapsamında ölçülü bir müdahâle teşkil edip etmediği değerlendirmeye açıktır.

Kanaatimizce Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 250. maddesinde yer alan şeref ve itibarın korunması sebebiyle tanınan delil ibrazı muafiyeti, ispat hakkına gerekli olmayan bir müdahâleyi barındırabilecek niteliktedir[214]. Hiç şüphesiz ki, daha önce de ifade ettiğimiz üzere gerek tanığın kendisinin gerekse yakınlarının şeref ve itibarını koruma hakkı, temel bir haktır ve yargılama sürecinde de korunmaya muhtaçtır. Ancak kanaatimizce tanığın ve yakınlarının şeref ve itibarının korunmasının tek yolu, diğer tarafın ispat hakkını engelleyecek şekilde bu konuda delil ibrazı muafiyeti sağlanmasından geçmemektedir. Bu durumda hâkim yine tanığın ifadesine başvurabilir ancak bu ifade alınırken yargılamanın gizli olarak gerçekleşmesi yönünde karar alarak tanığın ve üçüncü kişilerin şeref ve itibarının ihlâl edilmemesini sağlayabilir. Başka bir deyişle tanığın suç kovuşturmasına sebebiyet vermeyecek ancak kendisinin veya yakınlarının şeref ve itibarını zedeleyebilecek olan ifadesi için tanığa delil ibrazından çekinme hakkı tanınması yerine, diğer tarafın da ispat hakkını zedelemeyecek şekilde tanığın ifadesine gizli duruşmada başvurularak hem tarafın ispat faaliyetini yerine getirmesi hem de tanığın kendisinin veya

[214] Şeref ve itibarın zedelenmesi sebebiyle, belge ibrazından kaçınma imkânı Alman ve Avusturya hukukunda da kabul edilmekte; ancak *mutlak* bir kaçınma sebebi olarak değerlendirilmemektedir. Bununla birlikte bu kaçınma sebebinin, yargılamada gerçeğin ortaya çıkması bakımından yerindenliği Alman hukukunda da tartışmalıdır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Erdönmez, ss. 339-340; S. Lang, ss. 221-224.

yakınının şeref ve haysiyetinin korunması mümkün olabilir. Nitekim Kanun'un açık düzenlemesine rağmen hâkimin, tanığın şeref ve itibarının zedeleneceği yönündeki iddiasının ardından gizli duruşma yapması ve tanığın beyanına başvurması kanaatimizce mümkündür. Zira *şeref* ve *itibar* kavramlarının içeriği son derece soyut olduğundan, hâkim burada diğer tarafın ispat imkânını ve hakkını göz önüne almak suretiyle tanığın ifadesine başvurulmasına karar verebilir. Nitekim yukarıda üzerinde durduğumuz, ispat hakkının sınırlandırılmasında başvurulması gereken en önemli araç olan ölçülülük ilkesi de bunu gerektirir. Ancak burada özellikle tanığın veya yakınlarının şeref ve itibarının zedelenebileceği itirazı karşısında, her hâlükârda kanaatimizce hâkim duruşmanın gizli yapılmasına karar vermeli ve dava dosyasının münderacatında da tanığın veya yakınlarının şeref ve itibarını zedeleyecek herhangi bir kayda yer verilmemesini sağlamalıdır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 250. maddesi ile yargılamada kişisel verilerin ve özel hayatın korunması temel hakkı bunu gerektirmektedir.

Buna karşılık Kanun'un 250. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde sayılan *malvarlığı* değerlerinin korunmasına yönelik olan delil ibrazı muafiyeti için benzer değerlendirmelerde bulunmak kanaatimizce güçtür. Kanun'un bu düzenlemesinde özellikle tanıkların kendilerinin veya yakınlarının maddî malvarlığı kayıplarına sebebiyet verecek ifade vermek durumunda kalmalarının, onları yalan söylemeye sevk edebileceği düşüncesi ile söz konusu kaçınma sebebi kaleme alınmıştır. Buna göre tanığın beyanı kendisine veya 248. maddede yazılı kimselerden birine doğrudan doğruya maddî bir zarar verecekse tanık kaçınma hakkına sahiptir (HMK m. 250/1, a). Belirtmek gerekir ki bu düzenleme ile medenî yargılamada kabul edilen bu ayrıcalık sebebi, hukuk sistemimizde ceza yargılamaları açısından kabul edilmemiştir. Bu düzenleme ile nihaî olarak korunmaya değer bulunan temel hak mülkiyet hakkı olsa da, kanunkoyucu burada tanığın veya yakınlarının mülkiyet hakkını korumak amacı ile değil tanığın yalan ifade vermesinin önüne geçmek için böyle bir hüküm getirmiştir. Ancak konuya ispat hakkı açısından yaklaşıldığında, özellikle tarafın ispat faaliyetini gerçekleştirmesi salt tanığın bu ifadesine bağlıysa veya diğer taraf için ciddi bir ispat güçlüğü oluşturacaksa, kanaatimizce burada yapılması gereken yine tanığın ifadesinin alınması, ancak tanık ifadesi değerlendirilirken kendisinin maddî zarara uğrayabileceği kaygısı ile tarafsız ifade veremeyebileceğinin veya veremediğinin değerlen-

dirmede dikkate alınmasıdır. Şüphesiz ki, bu durum hâkimin ispat ölçüsünün belirlenmesinde, tanığın ifadesine ne derecede ağırlık verdiğini veya maddî zarara yol açacağı kaygısı sebebiyle tanığın ifadesini değerlendirmede dikkate alamadığını kararının gerekçesinde ayrıntılı şekilde belirtmesi gerekir. Başka bir ifade ile tanık açıkça bu düzenlemeye dayanarak kaçınma hakkından yararlanmak istediğini belirtmiş olsa dahi, hâkim burada takdir yetkisini kullanarak tanığın ifadesine başvurmalı, ancak tanığın objektif ve tarafsız bir şekilde beyanını mahkeme önünde dile getiremediğini göz önüne alarak tanığın ifadesini değerlendirmelidir[215]. Zira çalışmamızın temelinde savunduğumuz temel savımıza göre, yargılama sürecinde ispat hakkının tam anlamıyla temin edilebilmesinin ön koşulu, öncelikle hâkimin tarafların ileri sürdüğü tüm ispat araçlarına dokunabilmesine, onları değerlendirebilmesine bağlıdır.

§ 20 KANUNÎ DELİL SİSTEMİNDEN DOĞAN SINIRLAMALAR

I. KANUNÎ DELİL SİSTEMİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Yargılama sürecinde getirilebilecek ispat araçları konusunda temelde, iki sistem bulunur: *Katı delil sistemi* (*Strengbeweis*) ve *serbest delil sistemi* (*Freibeweis*). Katı delil sisteminde, yargılama prosedürüne getirilebilecek ispat araçları -*deliller*- sınırlı sayım ilkesine tâbidir ve kanunda sayılan delil türleri haricinde herhangi bir bilgi kaynağının yargılama sürecinde ispat aracı olarak değerlendirilmesi mümkün olamaz. Serbest delil sisteminde ise, kanunkoyucu kanunda tek tek sayılanların hâricinde de bilgi kaynaklarının ispat aracı olarak kullanımına imkân tanımaktadır[216]. Örneğin Alman medenî yargılama sisteminde beş tür delil kabul edilmiştir ve bu delil türleri hâricinde yargılamaya farklı bir tür delil getirmek kural olarak mümkün değildir. Buna göre deliller keşif[217], tanık[218], bilirkişi[219], belge[220] ve isticvap[221] olarak be-

[215] Bu konunun ayrıca Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında ispat hakkı ile çatışması hâline ilişkin açıklamalarımız için bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 15.
[216] Medenî yargılama prosedürlerinde geçerli olan serbest delil ve katı delil sistemleri hakkında bilgi için bkz. Albayrak, s. 110; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 87-90.
[217] Augenscheinbeweis; Proof by observation and examination of persons and things, ZPO §§ 371-372a.
[218] Zeugenbeweis; Proof by witness testimony, ZPO §§ 373-401.
[219] Beweis durch Sachverständige; Expert testimony, ZPO §§ 402-414.
[220] Beweis durch Urkunden; Documentary proof, ZPO §§ 415-444.
[221] Beweis durch Parteivernehmung; Proof by party testimony, ZPO §§ 445-455.

lirlenmiştir[222]. Türk hukukunda ise, özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 192. maddesinde "*Kanunda düzenlenmemiş deliller*" başlığı altında kanunun, belirli delillerle ispatı zorunlu kılmadığı durumlarda, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulmasına imkân tanınmasının, serbest delil sisteminin medenî yargılama prosedürüne bir yansıması olduğu kabul edilir[223].

Katı delil sistemi, uyuşmazlığa ilişkin getirilebilecek bilgi kaynaklarını sınırladığından eleştiriyle bakılan bir sistem tercihidir. Katı delil sistemi, bu yönüyle ispat hakkının da bir sınırlaması olarak görülmekte ve ispat hakkının gerçek anlamda temin edilebilmesi için katı delil sisteminin sakıncalar barındırdığı kabul edilmektedir[224]. Katı delil sistemi, ispat araçlarına başvurulmasında *sınırlayıcı sayım esasını* (*numerus clausus*) kabul ettiğinden hem tarafların uyuşmazlıkla ilgili delilleri yargılamaya getirmesinde bir engel oluşturduğundan, ispat hakkına bir müdahâle hem de hâkimin delilleri değerlendirme yetkisine bir müdahâle olarak kabul edilmektedir[225]. Aynı zamanda da yargılamanın usûl ekonomisi ilkesinin gerekliliklerini yerine getirebilme konusunda engeller oluşturduğu kabul edilmektedir[226].

II. DELİLLERİN CAİZİYETİ VE İSPAT HAKKI İLİŞKİSİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesinde ispat hakkının bir sınırlaması olarak delillerin caiziyeti düzenlenmiştir. Buna göre "*Bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir.*" (HMK m. 189/4). Bu kural sebebiyle, hâkim delillerin incelenmesine geçmeden önce, gösterilen delilin ispat konusu vakıanın incelenmesinde ispat aracı olarak kullanılabilip kullanılmayacağını belirler ve gerekiyorsa delilin ibrazını reddeder. Böylece delil henüz inceleme ve değerlendirme aşamasına geçmeden, yargılama prosedüründen dışlanır. Bu durum şüphesiz ki, hem tarafların yargılamaya getireceği delilleri sınırlandırı hem de hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisini. Bu sebeple de modern hukuk sistemleri ve özellikle hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesini kabul eden sistemler, delillerin caiziyetine çekinceyle bakalar. Nitekim İsviçre kanunkoyucusu

---

[222] Bu konuda bkz. Murray ve Stürner, ss. 269-270. Bununla birlikte Alman hukukunda katı delil sistemini genişleten önemli ispat araçları bulunur ve bu yönüyle katı delil sisteminin dezavantajlarından sistem bir nebze korunmaya çalışılır. Bu konuda bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 88-89.

[223] Albayrak, s. 110.

[224] Bu yönde bkz. Habscheid, Recht auf Beweis, s. 312.

[225] Bu yönde bkz. Walter, Beweiswürdigung, s. 303; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, ss. 87-89.

[226] Habscheid, Recht auf Beweis, s. 323.

da, yeni Kanun'da, HMK'da olduğu gibi ispat hakkının bir sınırlaması olarak delillerin caiziyetine yer vermiştir (SchZPO m. 152). Ne var ki, bu düzenleme Kanun'da, delilin değerlendirilmeden reddine imkân verdiği gerekçesiyle yoğun eleştirilere maruz kalmış ve kanunlaşma aşamasında Kanun'dan çıkarılmıştır. Delillerin caiziyeti kurumunun, tarafların yargılamaya delil getirme imkânını sınırladığı ve bu anlamda ispat hakkını da sınırladığı konusunda şüphe duyulmamalıdır. İdeal bir ispat hakkı, delillerin henüz *incelenmeden* değil, hâkimin *değerlendirmesinde sonra* reddedilmesidir. Kanaatimizce delillerin caiziyeti kanunî delil sisteminin bir uzantısı olarak, ispat hakkını sınırlamaktadır[227].

§ 21 KESİN DELİLLE İSPAT ZORUNLULUĞUNDAN DOĞAN SINIRLAMALAR

I. KESİN DELİLLE İSPAT ZORUNLULUĞUNUN HUKUKUMUZDAKİ YERİ VE UYGULAMASI

Bilindiği üzere Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun İsviçre'den iktibas edilmesinin ardından, yürürlükten 2011 yılında kaldırılan ancak mevcut 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz'un temelini teşkil eden 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuz da, İsviçre Neuchâtel Kantonu'nun 1925 tarihli Medenî Usûl Kanunu'ndan alınmıştır. Ancak, Neuchâtel Kantonu'ndan usûl hükümleri alınırken bu kantonda geçerli serbest delil sistemi benimsenmemiş; Fransız Medenî Kanunu'ndaki kesin delille ispat zorunluluğu kabul edilmiştir. Bu şekilde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuz ve bu Kanun'daki ispat rejimini temel esasları ile aynı şekilde kabul eden 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz, hukukî işlemler bakımından kanunî delil sistemini kabul etmiştir[228].

Bu sistem uyarınca, hâkim kesin delillerle bağlıdır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 198. maddesine göre hâkim, Kanun'da belirtilen istisnalar dışında -*ki bu istisnalar kesin delil olan senet ve yemindir*- kural olarak delilleri serbestçe değerlendirecektir (HMK m. 198). Zira hâkim, kesin delillerin bulunduğu bir durumda, bu delillerin gerçekten gerçeği yansıtıp yansıtmadığını inceleyemeyecek,

---

[227] Delillerin caiziyeti kurumunun ispat hakkını sınırlandırmadığı konusunda bkz. Bolayır, İspat Hakkı, ss. 570-571.

[228] Alangoya ve diğerleri, ss. 296-299; Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, ss. 20, 29; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 431; Postacıoğlu, ss. 11 vd.; Sema Taşpınar, **Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri,** Yetkin, Ankara 2001, (İspat Sözleşmeleri), s. 40.

söz konusu delillerin doğruluğunu kabul edecektir[229]. Bu çerçevede, hukukî işlemler konusunda *kesin (kanunî) delil sistemi*; bunun dışında (*haksız fiiller, maddî vakıalar*) ise *delil serbestisi sistemi* geçerlidir. Bu şekilde Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz da, aynı Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz gibi kanunî ve takdirî ispata birlikte yer veren *karma sistemi* benimsemiştir[230].

Kesin delille ispat zorunluluğu, hâkimin delilleri değerlendirme yetkisini sınırladığı gibi tarafların serbestçe her türlü delili yargılamaya getirmesine de engel oluşturur. Bu anlamda taraflar, uyuşmazlıkla ilgili olan tüm delilleri yargılamaya getirme imkânına sahip olmazlar; bunun yerine, iddialarını ancak kanunda belirlenmiş olan sınırlı delillerle ispat edebilirler. Kesin delille ispat zorunluluğunun olmadığı hâllerde ise, taraflar herhangi bir sınırlama ile bağlı olmaksızın iddialarının doğruluğunun ispatı için diledikleri delilleri getirebilirler. Bu sebeple de, kesin delille ispat zorunluluğu tarafların ispat hakkını sınırlamaktadır. Önemli olan, bu sınırlamanın makûl düzeyde olup olmadığıdır. Örneğin aşağıda inceleneceği üzere hukuk sistemimizde geçerli olan senetle ispat zorunluluğu oldukça geniş bir uygulama alanına sahip olduğundan, kesin delille ispat zorunluluğunun da uygulama alanı genişlemektedir.

II. SENETLE İSPAT ZORUNLULUĞU VE İSPAT HAKKI

Senetle ispat kuralı, Türk hukukunda çok yüksek bir orandaki hukukî ilişkilerin kesin delille ispatı zorunluluğunu öngören kuralın en önemli uygulama alanını oluşturmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. maddesine göre, -bugün için- 2.500.-Liranın üzerindeki tüm *hukukî işlemlerin* senetle ispat edilmesi gerekmektedir. Aşağıda ispat hakkı çerçevesinde üzerinde durulacağı üzere, senetle ispat kuralının birtakım istisnaları Hukuk Muhakemeleri Kanunu tarafından kabul edilmiştir[231]. Ancak hukukumuzda, hukukî işlemlerin senetle ispatlanacağını öngören bu düzenleme dışında, yine senetlerin ispat gücüne dair başka bir önemli uygulamaya sebebiyet veren kural da *senede karşı senetle ispat kuralı*dır (HMK m. 201). Bu kurala göre de hukukî işlemler dışındaki hukukî eylem veya olaylardan doğan herhangi

[229] Alangoya ve diğerleri, ss. 298; Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 24; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 432.

[230] Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 30; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 432.

[231] Özellikle bkz. HMK m. 202 ve 203. Ayrıca senetle ispat kuralının istisnaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hadda Mebrouk, **Senetle İspat Konusunda Fransız Hukukundaki Geliştirmeler, Türk ve Cezayir Hukuku İle Karşılaştırma,** Yetkin, Ankara 2012; s. 69 vd.; Yavaş, s. 229-385.

bir borç hakkında senet düzenlenmişse, bu senede karşı ileri sürülecek her bir hukukî işlem de yine senetle ispatlanmak zorundadır.

Bu iki Kanun hükmü dikkate alındığında Türk hukuk uygulamasında senedin çok büyük bir uygulama alanına sahip olduğu şüphe götürmez. Bugün için hukukî ilişkinin tarafı ister tacir olsun ister tüketici olsun sözleşmesel ilişkilerden doğan ve hukukî işleme dayanan tüm iddiaların kural olarak senetle ispatlanması gerekmektedir.

Senetle ispat zorunluluğu öngören düzenlemenin en önemli özelliği, delillerin takdiri konusunda hâkime takdir yetkisi tanımamasıdır. Senetle ispat zorunluluğu öngören tüm hukuk sistemlerinin aynı zamanda bir diğer özelliği de deliller arasında şeklî bir sıralama kabul etmesidir. Buna göre bu sistemlerde genellikle hukukî işlemler kural olarak senetle ispat edilirler; kesin deliller içerisinde ayrıca tarafların birbirine teklif ettiği yeminler bulunur. Dolayısıyla taraf, kural olarak hukukî işlemi ya senet ya da yemin delili ile ispat eder. Bu kurallardan sapma ise, aşağıda üzerinde durulacağı üzere hukuk sistemlerinin gün geçtikçe sınırlarını ve uygulama alanlarını daha fazla genişletme eğilimi gösterdiği istisnalar çerçevesinde söz konusu olabilecektir. Tanık ve diğer takdiri deliller ise ancak hukukî işlemlerin söz konusu olmadığı davalar açısından veya senetle ispat kuralının istisnalarının söz konusu olduğu durumlarda kural olarak geçerli olabilecektir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere senetle ispat kuralı katı bir şekilde hâkimin delilleri değerlendirme yetkisini sınırlandırmaktadır. Bugün ise dünyadaki gelişmeler uyuşmazlıkların karmaşıklaşması, hak aramanın şeklî değil etkin bir hukukî korumayı gerektirmesi, hak arama özgürlüğü başta olmak üzere yargısal temel haklara verilen önemin temel hakların gelişimi ile paralel şekilde artması gibi sebeplerle hâkimin yargılama sürecindeki konumu konusunda çok yoğun reform çalışmaları yapılmasına sebep olmaktadır[232]. Bu anlamda medenî yargılama sistemlerindeki eğilim, hâkimin yargılama sürecinde etkinliğinin artırılması yönündedir. Bu eğilim, hâkimin sadece yargılamanın süresine veya şeklî anlamda yürütülmesine ilişkin yetkileri barındırmamakta, aynı zamanda davanın maddî yürütümü çerçevesinde özellikle ispat sürecinde hâkimi çok daha aktif bir konuma sürüklemektedir[233]. Hâkimin

[232] Bu konudaki gelişim hakkındaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1.
[233] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9.

özellikle ispat aşamasında etkinliğinin artırılması önündeki en büyük engel ise kesin delille ispat zorunluluğudur. Hâtta zorunluluğun menşei olan Fransız medenî yargılama sisteminde dahi, senetle ispat kuralının bulunduğu bir yargılama sürecinde gerçek anlamda taraflarla hâkim arasında işbirliği yapılması ilkesinin geçerli olamayacağı ve senetle ispat kuralının geçerli olduğu bir yargısal süreçte hiçbir zaman hâkimin davayı sevk ve idaresi yetki ve görevinin tam anlamıyla uygulamaya geçemeyeceği belirtilmektedir[234].

Özellikle son elli yıllık süreç içerisinde senetle ispat kuralı belirttiğimiz bu genel çerçevelerde yoğun bir eleştiriye tâbi tutulmaktadır. Bizim görüşümüze göre de senetle ispat kuralı, her halükârda tarafların ispat hakkını zedelemekte ve bugün için âdil bir yargısal karara ulaşma konusunda ispat hakkının önünde duran en önemli engellerden birisini oluşturmaktadır. Bu noktada ise hemen senetle ispat kuralının istisnalarının gün geçtikçe çok daha fazla genişlemekte olduğu ve artık senetle ispat kuralının eskisi kadar katı olmadığı ifade edilebilecektir. Özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile delil başlangıcı kavramının gerçekten de uygulama alanının son derece genişlemesi ve senetle ispat sınırının dikkate değer derecede yükseltilmesi konusundaki gelişmeler dikkate alındığında elbette bu, haklı bir savdır. Ancak aşağıda ortaya koyacağımız gerekçeler çerçevesinde hem Türk hukukundaki senetle ispat kuralının uygulama alanının, bugünkü hâli ile dahi yargılama hukuku açısından taşıdığı sakıncaları hem senetle ispat kuralının uygulama alanı ne kadar genişletilirse genişletilsin hâkimlerinin niteliğinde ciddî bir düşüşe her geçen gün sebebiyet verdiğini hem de sadece Türk hukuku açısından değil, özellikle kıta Avrupası sistemlerinde senetle ispat zorunluluğunu öngören diğer hukuk sistemlerinin konuya yaklaşımı konusundaki gelişmeleri ispat hakkı perspektifinden yansıtmayı amaçlamaktayız[235].

Senet ve delil, ispat araçlarının niteliği göz önüne alındığında en eski ve güvenilir bilgi kaynakları olarak kabul edilmektedir. Esasında bu yönden tanık, senet delilinden de daha eski bir bilgi kaynağıdır; zira senet, gelişimini ancak okuma ve yazma oranının yükselmesiyle doruğa çıkarabilmiş olmasına rağmen tanık delili, uygulamasını çok daha eskiye dayandırmaktadır. Tarih boyunca senet ve tanığa bu kadar

[234] Bu konuda bkz. Yavaş, ss. 66-67.

[235] Nitekim tarihî gelişim içerisinde de incelediğimiz üzere hâkimin ispat araçları ile bağlı olması, yani senetle ispat kuralı hâkimlerin delilleri değerlendirme yetisini azaltmaktadır. Bu sebeple ispat hakkının gelişiminde, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesine geçiş önemli bir köşebaşı olmuştur. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1.

önem verilmesinin gerçek sebebi ise, esasında bu bilgi kaynaklarının ispat güçleri ile ilgilidir. Zira ideal bir ispat aracı, hâkimi, uyuşmazlığın gerçekleştiği zamana götürebilen bir bilgi kaynağıdır. Diğer deliller içerisinde bu anlamda senet ve tanık, hâkimi gerçek anlamda uyuşmazlığa götüren bilgi kaynaklarıdır[236]. Hâtta bu sebeple keşif veya bilirkişi, kanunlarda deliller arasında sayılmakla birlikte gerçek anlamda hâkimi, uyuşmazlığın gerçekleştiği zamana götürmediğinden şeklî birer delil aracı olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de gerek senet gerekse tanık adeta hâkime bir ayna tutarak onu, uyuşmazlığın gerçekleştiği ana götürmektedir[237]. Bu açıdan da bu iki delil diğer deliller arasından sıyrılmaktadır.

Tarihî gelişimi çerçevesinden bakıldığında ortak özellikler barındıran bu iki delil hep büyük bir rekabet içinde bulunmuştur. Özellikle ilk zamanlar yazının çok yaygın olmadığı, okuma oranının çok yüksek olmadığı dönemlerde tanık delili, ispat araçları içerisinde -*yeminle birlikte*- en önemli yere sahip olmuştur. Zamanla hem okuma yazma oranının yükselmesi hem de yalan tanıklığın artması ile birlikte tanık delili popülerliğini senet deliline bırakmıştır ve özellikle 1500'li yıllarda en önemli deliller arasında yerini edinmiştir[238]. Bu gelişimde Kıta Avrupası'nın çok önemli bir kısmını etkisi altına alan Fransız medenî yargılama hukuku çok etkin bir rol oynamıştır. Fransız medenî yargılama hukukunda 1550 yılında kabul edilen bir kararname ile birlikte senet, kesin delil olarak düzenlenmiş ve ardından Hollanda, İsviçre, Belçika, İspanya ve İtalya gibi önemli hukuk sistemleri de Fransız modelini benimsemiştir. Bu şekilde senetle ispat kuralı özellikle Akdeniz ülkeleri olarak da ifade edebileceğimiz Kıta Avrupası ülkelerinin bir kısmında geniş bir uygulama alanına sahip olmuştur[239].

Yukarıda tarihî gelişim içerisinde ele aldığımız üzere 1804 tarihli Napolyon Kanunu'nda medenî yargılama hukukuna ilişkin çok radikal değişiklikler yapılmışsa da, şeklî ispat modelinden vazgeçilmemiş ve senetle ispat kuralı tüm kudreti ile birlikte uygulama alanını devam ettirmiştir. Ancak senetle ispat kuralı konusunda özellikle 1900'lü yılların başından itibaren kopmalar yaşanmaya başlamıştır. Bu anlamda ilk ayrılmalardan biri Hollanda medenî yargılama hukukunda olmuştur. Bu arada

---

[236] Bu konuda bkz. Oğuz Atalay, "Delil Kavramı Üzerine", **Halûk Konuralp Anısına Armağan,** C. 1, Yetkin, Ankara 2009, (Delil Kavramı), s. 131; Konuralp, İspatın Zorlanan Sınırları, ss. 10-11.

[237] Atalay, Delil Kavramı, s. 131; Konuralp, İspatın Zorlanan Sınırları, s. 11.

[238] Bu gelişim hakkında bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1.

[239] Bu konuda bkz. Yavaş, ss. 20-24.

Fransız medenî yargılama hukukunun etkisinden kendisini kurtaran Alman ve Avusturya modelleri ise tam tersi yönde bir gelişim göstermiş ve hâkime, delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi vermiştir[240]. Bu yetki zamanla hâkimin yargılamada etkinliğini arttırması ve yargılamayı sevk ve idare etmesi konusundaki yetki ve konumunu da perçinlemiştir. Bugün ise Ortak Hukuk sistemleri dahi, yargılamada hâkimin etkinliğinin arttırılması yönünde eğilimler göstermektedir. Fransız şeklî ispat modelini kendine model edinen medenî yargılama sistemlerinin ise bugünkü durumuna bakıldığında, dikkat çekici ortak noktalarının, hâkimin konumunun güçlendirilmesi konusunda yaşadığı güçlükler olduğu kolaylıkla tespit edilebilir.

Bugün Fransız menşeli senetle ispat kuralını benimseyen tüm sistemlerin tarihi kökeni aslında 1566 tarihli Fransız kararnamesine dayanmaktadır[241]. Senetle ispat kuralının menşei olan Fransız hukukunda dahi, bu kuralın büyük erozyona uğradığı belirtilmekte ve ciddi şekilde eleştirilmektedir[242]. Hukuk bir üstyapı kurumu olduğuna göre bu kararnamenin düzenleniş amacına bakıldığında, senetle ispat kuralının temelinde yatan sebebin yalancı tanıklığın artması ve toplumsal ahlâkın çöküşe geçmesi olduğu ifade edilmektedir[243]. Dolayısıyla 2014 yılında geçerli olan senetle ispat kuralının kökenine bakıldığında, temelde yalancı tanıklık ve toplumsal ahlâkın bozukluğu yer almaktadır. Hiç şüphesiz ki toplumsal ahlâkın gelişimi konusunda ülkelerin, hele ki ülkemizin son beşyüz yıl boyunca çok büyük bir gelişim göstermemiş olduğu hâtta belki aksine toplumsal ahlâkın çok daha fazla dejenere olduğu dikkate alındığında senetle ispat kuralının konumu güç kazanmaktadır. Ancak son beşyüz yıl içerisinde gelişim gösteren özellikle iki konu, ispat hakkı açısından da değerlendirmeye lâyıktır. Bunlardan bir tanesi teknolojik ve bilimsel gelişmeler, diğeri ise temel haklardır. Teknolojik ve bilimsel gelişmeler karşısında bugün hâlen, bundan beşyüz yıl öncesinde olduğu gibi senet delilinin karşısında sadece tanık delilinin bulunduğunu, yani senet delilinin en büyük rakibinin tanık delil olduğunu ifade etmek güçtür. Eskiden teknolojik ve bilimsel gelişimin olmaması, senet delilinin karşısına sadece tanık delilini çıkarabiliyordu, bugün ise bilimsel gelişmeler tanıktan çok daha güve-

[240] Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1.
[241] Yavaş, s. 24.
[242] Bu konuda bkz. Yavaş, s. 27 ve orada belirtilen yazarlar.
[243] Senetle ispat kuralının getiriliş amaçları hakkında bkz. Yavaş, ss. 19-21.
Nitekim bu sosyolojik olgu sadece Fransa sınırlarında yaşanmamış, ilginçtir ki aynı yıllarda Ortak Hukuk sisteminin çekirdeği, kökeni, anavatanı olan İngiltere'de de Kraliçe Elizabeth Yalancı Tanıklığa Dair Kanun'u yalancı tanıklığı önlemek amacıyla ilk kez normatif bir temele oturtmuştur.

nilir bilgi kaynakları yaratmaktadır. Yine esasında toplumun ve özellikle ticarî iş hayatının gelişimi ile birlikte toplumsal ihtiyâçlar da son beşyüz yıl içerisinde çok büyük bir değişim kaydetmiştir. Zira bundan sadece yirmi yıl önce dahi çok sınırlı bir kullanım alanına sahip olan bilgisayar ve internet, bugün hemen herkesin cebinde taşıdığı günlük bir ihtiyaç hâlini almıştır. Eskiden ticarî hayat bireylerin yüzyüze gelerek yazılı sözleşmeler üzerinden kurduğu bir sistem üzerine kuruluyken bugün, dünyanın iki ucundaki kişinin birbirini dahi tanımadan internet aracılığıyla yazdıkları elektronik postalar üzerinden kurulmaktadır. Başka bir ifadeyle bugün artık senet delilinin tek rakibi tanık değildir, bilâkis teknolojik ve bilimsel sahada yaşanan gelişmeler çok daha akılcı ve bilimsel bilgi kaynaklarının oluşumuna imkân vermiştir.

Diğer bir gelişim ise temel haklar konusunda yaşanan değişimin yargısal temel haklar ve özellikle ispat hakkı üzerindeki etkisidir. Zira bundan elli yıl önce yargısal temel haklar diye bir kavram açık bir şekilde ifade dahi edilmezken, bugün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla da desteklenen delile erişim hakkı, adaletli karar elde etme hakkı, silâhların eşitliği ilkesi, ispat hakkı denilen kavramlardan yoğun bir şekilde söz edilmektedir. Bu hakların yanı sıra özellikle hak arama özgürlüğü kapsamında sadece kişilerin şeklî bir hak arama yoluna başvurması değil, maddî gerçeği hedefleyen bir yargısal sürece dâhil olma haklarından, etkin hukukî korumadan, adalete erişim kavramlarından söz edilmektedir. Yaşanan bu gelişimler taraflar arasındaki silâhların eşitliğini bozabilecek veya hakikati yansıtmayacak kararların ortaya çıkmasını engelleyici barikatların yargısal süreçten kaldırılması konusunda devletlere pozitif yükümlülükler yüklemektedir.

Bütün bunların yanısıra bugün medenî yargılama sistemlerinin uyumlaştırılması ve yakınlaştırılması konusunda yaşanan gelişmeler, hâkime yargılamada daha etkin bir rol verme eğilimindedir[244]. Bu eğilim de aslında etkin hukukî korumanın, yargısal temel hakların gösterdiği gelişimin bir gereği, bir sonucudur. Zira daha âdil bir karara erişilmesinin, tarafların silâhlarının mümkün olduğunca eşitlenmesinin, tarafların sürpriz kararla karşılaşmamasının ve dolayısıyla gerçek anlamda hukukî dinlenilme haklarının sağlanmasının ancak bu şekilde mümkün olabileceğine inanılmaktadır.

[244] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1.

Bu belirttiğimiz gelişmeler karşısında dikkate alındığında senetle ispat kuralının, tarafların âdil ve yargısal temel haklara uygun bir yargısal süreçten geçerek maddî gerçeğe ulaşması konusunda, ispat hakkının önünde duran çok önemli bir engel olduğu dikkate değer bir görüştür. Bu durum senetle ispat kuralının, ispat hakkının tesisi üzerinde gösterdiği doğrudan olumsuz etkiyi ifade etmektedir. Senetle ispat kuralının, ispat hakkı üzerinde doğurduğu olumsuz ve dolaylı ama belki çok daha derin ve ciddi bir tehlike daha vardır, ki bu da senetle ispat kuralının hâkimin delilleri değerlendirme konusundaki bilgi ve becerisini yok etmesidir. Esasında senetle ispat kuralı, hâkimin bilgisine ve yeteneğine güvenilmeyen hukuk sistemlerinde özellikle tercih edilmektedir[245]. Bu anlamda senet delilinin, tanık deliline üstün kabul edilmesinin ve senetle ispat kuralının benimsenmesinin asıl nedeninin, bu olduğu ifade edilmektedir. Hâkimlerin delilleri değerlendirme bilgi ve becerisinin bulunmaması sebebiyle mi senetle ispat kuralının kabul edildiği yoksa senetle ispat kuralı kabul edildiği için mi hâkimlerin delilleri değerlendirme bilgi ve becerisinin köreldiği, tartışmaya açıktır. Kanaatimizce günümüzde önemli olan hâkimlerin delilleri değerlendirme bilgi ve becerisinin bulunmamasının, yargılamanın âdil bir şekilde gerçekleştirilmesine engel teşkil ettiği ve daha da önemlisi hâkimin bu konudaki yetersizliğinin ispat hakkını doğrudan doğruya ihlâl tehlikesi altına sokmasıdır. Maalesef ispat hakkı engelinin ve ihlâlinin bu türü, aşılması çok kolay olmayan bir engeldir.

Bu noktada özellikle şeklî ispat modelinin ve özellikle senetle ispat kuralının, hâkimlerin delilleri değerlendirme bilgi ve becerisinde ne şekilde bir olumsuz etki yarattığının üzerinde ayrıca durmak isteriz. Senetle ispat zorunluluğunun bulunduğu şeklî ispat modellerinin ortak özellikleri, çok defa ifade ettiğimiz belirli koşullar altında hâkime delilleri inceleme yetkisi vermemesidir. Bu sistemlerde hâkim delilleri değerlendirmez, adetâ ispat araçlarını *matematiksel olarak hesaplar.* Oysa *deliller sayılmaz; onlar ancak tartılır (Argumenta non sunt numerranda sed ponderanda)*[246]. Böyle bir sistemde tarafların gerçek durumları, iradeleri, yargılama sürecindeki tutum ve davranışları da önem taşımaz. Hâtta böyle bir sistemde hâkimi, maddî gerçeğin ilgilendirmediği kadar acımasız ancak haklılık payı son derece yüksek eleştiriler

[245] Yavaş, ss. 24-25.

[246] Rona Serozan, Baki İlkay Engin, Başak Baysal ve Tülay Ünver, **Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları,** Oniki Levha, İstanbul 2013, s. 365. Bu konudaki açıklamalarımız için ayrıca bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1.

yapılabilmektedir. Nitekim gerçekten de hâkimin, aslında hakikati görmüş olmasına rağmen sırf senetle ispat kuralı gereğince tam tersi yönde hükmünü oluşturmak zorunda kalması, bu eleştirileri haklı kılmaktadır. Böyle bir sistemde ise, hâkimin delilleri değerlendirme konusunda bilgi ve becerisi çok da büyük önem taşımamaktadır. Bu durum zamanla, hukukî işlemler dışında kalan iddiaların ispatı sürecinde de hâkimin delilleri sağlıklı bir şekilde değerlendirmemesine veya yetkilerinin sınırlarını kaybetmesine sebebiyet verebilmektedir[247]. Bu sistem bir anlamda hâkimin delillerin değerlendirilmesi konusunda sağduyusunu kaybetmesine sebebiyet verebilecek bir potansiyel tehlike oluşturmaktadır.

III. DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ

Kanunî delil sistemi, temelde hâkime güven duymaz ve hâkime delilleri serbestçe değerlendirme yetkisinin verilmesi hâlinde, hâkimin keyfî karar vereceğine inanır. Bu sebeple de önceden hangi vakıaların hangi ispat araçları ile ispatlanabileceğinin ve esasında bu temelde, ispat sürecinde hâkimin takdir yetkisine bağlı olabilecek pek çok durumu belirleyerek olabildiğince, hâkime ispat sürecinde takdir yetkisi bırakmamayı amaçlar. Ancak bugün uyuşmazlıklar o kadar karmaşık bir niteliğe bürünmüştür ki, artık kanunî delil sistemi, hâkime takdir yetkisi verilmeden ispat sürecinin tek başına yönetilmesi konusunda yetersiz kalabilmektedir. Aşağıda üzerinde duracağımız sınırlandırma sebeplerinden pek çoğu, temelini kanunî düzenlemelerden almaktadır; ancak buna rağmen hukuk uygulamamızda, hâkimin deliller konusunda takdir yetkisini kullanmasını gerektiren pek çok düzenleme de bulunur.

Bu kapsamda oluşabilecek ispat hakkı ihlâllerinin hukukî denetimi önem kazanır. Bu kapsamda kanunyolu denetiminin de tam anlamıyla sonuç verdiğini ifade etmemiz güçtür. Anayasa mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi delillerin değerlendirilmesi *yöntemlerini* inceleme görevine sahip değildir. Aynı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi, Anayasa Mahkemesi'nin de üstlendiği görev başvuru konusu yargılamanın, prosedürün bir bütün içerisinde âdil bir yargılama oluşturup oluşturmadığıdır. Bu durum, özellikle delillerin değerlendirilmesi konusunun denetimini oldukça güçleştirmekte; bu sonuç da ispat hakkı ihlâllerinin bir kısmının

[247] Bu duruma verilebilecek en önemli örnek hâkimlerin, özellikle boşanma davalarında delillerin toplanması ve takdiri konularında takdir yetki ve yükümlülüklerini aşırı veya hatalı kullanmalarıdır. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Beşinci Bölüm, § 18.

denetimsiz kalmasına sebep olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir başvuruda, başvurucunun senetle ispat kuralı sebebiyle yargılama delil sunma ve ispat etme hakkından yoksun kaldığı ve bu sebeple de adil yargılanma hakkının zedelendiğine ilişkin yaptığı başvuruda başvurucunun talebini reddetmiştir. Olayda başvurucu, verilen çekin ödeme değil teminat için verildiğini; senetle ispat kuralı sebebiyle iddiasını ispat etme hakkından yoksun kaldığını ifade ederek âdil yargılanma hakkı ihlâli iddiasında bulunmuştur. Ancak Mahkeme bu talebi reddetmiştir [248]. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına çalışmamızın çeşitli bölümlerinde eleştirilerimizi yöneltmiştik. İspat hakkının tam anlamıyla tesisi için Anayasa Mahkemesi'nin, delillerin değerlendirilmesi meselesine yargılamanın bütününü âdil olmaktan çıkarıp çıkarmadığı konusunda değerlendirmesi zarurîdir. Aksi hâlde ispat hakkı ihlâllerinin önemli bir kısmına karşı temel hak ihlâli şikâyetine başvurma imkânı olmayacaktır. Sistemin mevcut aksayan yönleri, ancak Anayasa Mahkemesi'nin olumlu katkısı ile giderilebileceği gözardı edilmemelidir.

§ 22 USÛL SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN SINIRLAMALAR

I. USÛL SÖZLEŞMELERI İLE İSPAT HAKKININ SINIRLANDIRILIP SINIRLANDIRILAMAYACAĞI SORUNU

Yargısal sözleşmelerle ve özellikle ispat sözleşmeleri ile ispat hakkının sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağı tartışması, özellikle ispat hakkının hukukî niteliğinden kaynaklanır. Bu konudaki yaklaşım, konusunu yargısal temel hakların oluşturduğu sözleşmeler akdedilmesinin mümkün olup olmadığı ile şekillenir. Şayet yargılamanın tarafları kanunî hâkim güvencesini değiştiren bir sözleşme akdedebilirlerse veya hukukî dinlenilme hakkını bertaraf edecek bir sözleşme yapabilirlerse, ispat hakkını da sınırlandırıcı sözleşme akdedilip akdedilemeyeceği tartışma konusu olmaktan çıkar. Zira ispat hakkının, yukarıda belirtilen temel hak ve ilkelerden hukukî niteliği itibariyle bir farkı bulunmaz. Bu sebeple ispat hakkını sınırlandıran herhangi bir ispat sözleşmesi akdedilemeyeceği konusunda şüphe duymamak gerekir.

[248] Bu karar için bkz. AYM, 4.12.2013, 2013/1213 (RG 27.12.2013, S. 28864).

Hukuk sistemimizde ise, konusunu ispat hakkının oluşturduğu ispat sözleşmeleri akdedilmesine olumlu yaklaşılır[249]. Bu durumda bu sözleşmelerin hangi noktaya kadar geçerli olacağı, hangi aşamada bu sözleşmelerin ispat hakkını ihlâl edeceğinin belirlenmesi gerekir.

II. İSPAT HAKKINI SINIRLANDIRAN İSPAT SÖZLEŞMELERİ

Bilindiği üzere hukuk uygulamamızda ve özellikle banka sözleşmeleri başta olmak üzere çeşitli tüketici sözleşmelerinde, uyuşmazlığın tarafları sıklıkla delil sözleşmelerine başvurmaktadır. Bu delil sözleşmeleri aşağıda da üzerinde duracağımız üzere belirli türden vakıaların sadece belirli türden delillerle ispatlanabileceği şeklinde *münhasır* veya nadiren de olsa -*özellikle senetle ispat kuralını aşmak amacıyla*- kanunen sadece kesin delillerle ispatı mümkün olan vakıaların başka delillerle de ispatına imkân verecek şekilde *münhasır olmayan* şekilde akdedebilmektedir. Bu şekilde akdedilen delil sözleşmeleri ister münhasır olsun ister münhasır olmasın doğrudan doğruya uyuşmazlığın taraflarının ispat hakkına müdahâlede bulunmaktadır. Nitekim kanunkoyucu da delil sözleşmelerinin uygulamadaki yoğunluğunu ve konunun ispat hakkı ile ilişkisini dikkate alarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda delil sözleşmesine ilişkin 193. maddeyi şu şekilde kaleme almıştır:

> "(1) Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler. (2) Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir." (HMK m. 193)[250].

Delil sözleşmeleri, özellikle kesin delille ispatın zorunlu olduğu hukuk sistemlerinde sistemi yumuşatmak amacıyla tercih edilmektedir[251]. Bu anlamda, kesin delille ispatı zorunlu kılan Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz da delil sözleşmelerinin geçerliliğini açıkça kabul ederek katı delil sistemimizi bir açıdan yumuşatmıştır. Yu-

---

[249] Bu konuda ayrıntı için bkz. Necmeddin Berkin, "İspat Vasıtalarını Tayin Veyahut İspat Külfetini Tahammül Hususundaki Sözleşmeler", **Pratik Hukuk,** C. I, (Sözleşmeler), ss. 63-64; Berkant Şengel, "Delil Sözleşmesi", **YD,** S. 3, 1998, s. 266; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, ss. 74 vd.; Bilge Umar, "Delil Anlaşmaları", **İÜHFM,** S. 3-4, 1962, (Delil Anlaşmaları), ss. 856-862.

[250] Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun delil sözleşmesini düzenleyen 287. maddesi ise şu şekildeydi: "*İki tarafça muayyen deliller ile ispatı tahriren kabul edilmiş olan veya muhakeme esnasında ol-veçhile beyinlerinde karar verildiği ikrar olunan maddeler hakkında başka delil kabul edilemez.*" (HUMK m. 287/II).

[251] Konuralp, İspatın Zorlanan Sınırları, s. 63; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 181.

karıda belirtildiği üzere delil sözleşmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesi kapsamında açıkça kabul edilmekte birlikte, sözleşmenin geçerliliği (*geçerlilik sınırları*) konusunda bazı tereddütler yaşanmaktadır. Bu tereddütlerin temeli ise, özellikle münhasır delil sözleşmelerinin, tarafların "*ispat hakkı*"na yaptıkları bir müdahâle olmasına dayanmaktadır.

Delil sözleşmesi, *uyuşmazlık konusu olan ve koşul vakıayı karşılayan somut vakıaların, hangi ispat araçlarıyla ispatlanacağı konusunda tarafların irade özerkliği çerçevesinde akdettikleri usûlî bir sözleşmedir*[252]. Medenî yargılama hukukunda tarafların serbest iradeleriyle delil sözleşmesi akdedebilmeleri, tasarruf ve özellikle taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucu olmakla birlikte, delil sözleşmesi ile müdahâle edilen ispat hakkı alanının temel bir yargısal hak olduğu göz önünden kaçırılmamalıdır. Zira, medenî yargılama hukukunda taraflarca getirilme ilkesi ile tasarruf ilkesinin geçerli olması, taraf iradelerinin birtakım temel haklara rahatlıkla ve denetimsiz şekilde müdahâlede bulunabilecekleri anlamına gelmez. Bu kapsamda delil sözleşmesi taraflardan birinin ispat hakkına müdahâlede bulunuyorsa, ispat hakkının temelini hem hukukî dinlenilme hem de âdil yargılanma ilkesine dayandırıyor olması sebebiyle bu durumda hâlen taraf iradelerine üstünlük tanınması mümkün olmayacaktır[253].

Delil sözleşmelerinin konusu, belirli bir delil olabileceği gibi, belirli bir delil türü de olabilir. Örnek olarak, taraflar "*ödeme vakıasının karşı tarafın ticarî defterleri aracılığıyla ispatlanacağı*" şeklinde bir delil sözleşmesi akdederlerse, bu delil sözleşmesinin konusu "*belirli bir delil*"dir ki, bu delil de diğer tarafın ticarî defterleridir.

---

[252] Pekcanıtez ve diğerleri, s. 435. Öğretide delil sözleşmesi ile ilgili yapılan diğer tanımların bir kısmı ise şu şekildedir: "*Delil sözleşmesi, davanın ispatı için hangi vasıtalardan yararlanılacağı konusunda davanın tarafları arasında yapılan anlaşmaya denilir.*" [Mustafa Ateş, "Hukuk Muhakemeleri Usulünde Delil Sözleşmeleri", **YD,** S. 3, 1995, (Delil Sözleşmeleri), s. 245]; "*Delil sözleşmesi, mevcut ya da ileride çıkabilecek bir hukukî ihtilâfın, HUMK.'ndaki delillerle ilgili kurallar kısmen ya da tamamen bertaraf edilerek başka usullerle ve delillerle halledileceğinin kararlaştırılmasıdır.*" (Ahmet Battal, "Bankacılık İşlemlerinde İspat Usûlü ve Delil Sözleşmeleri", **BATİDER,** C. XIX, 1997, s. 129); "*Delil sözleşmesi, belli bir hususun vakıanın veya hukukî işlemin belli bir delil meselâ tanık ile ispat edileceği veya diğer deliller yanında o delil, misalde tanık ile de ispat edilebileceği hakkında yapılan sözleşmeye verilen isimdir.*" (Kuru, C. III, s. 2881; Kuru ve diğerleri, s. 465); "*Delil sözleşmesi, uyuşmazlığı ilgilendiren bir hususun belli bir delille veya ispata elverişli deliller yanında başka bir delille de ispat olunabileceğine ilişkin olarak, yazılı şekilde veya karşı tarafın mahkeme önünde ikrarı veya kabulüyle vücut bulan, senetle ispata ilişkin her iki ana kaidenin istisnasını teşkil eden bir usul hukuku sözleşmesidir.*" (Şengel, s. 268). *Bilge / Önen* ise, delil sözleşmeleri için "*akdî delil*" kavramını kullanmaktadırlar (Bilge ve Önen, s. 495). Ayrıca bkz. Alangoya ve diğerleri, s. 380.

[253] Bu konudaki görüşümüz için bkz. Çiftçi, Delil Sözleşmelerinin Geçersizliği, s. 129 vd. Aynı yönde görüş için bkz. Önder Topal, **Ticari Defterlerin Delil Niteliği,** Yetkin, Ankara 2015, s. 199-200.

Zira taraflar, örneğin "*ödeme vakıasının tanık beyanlarıyla ispatlanacağı*" şeklinde bir delil sözleşmesi akdederlerse, bu delil sözleşmesinin konusu "*belirli bir delil türü*" olacaktır[254]. Nitekim burada delilin türü (örneğimizde "tanıklık") belirlenmişse de, delil henüz ferdîleştirilmemiştir.

Hukukumuzda delil sözleşmelerinin türleri denildiğinde, genellikle yapılan ayırım "*münhasır delil sözleşmesi*" - "*münhasır olmayan delil sözleşmesi*" şeklindedir. Bu ayırım genel olarak gerek öğreti gerekse yargı kararlarıyla kabul edilir. Yapılan bu ayırıma göre bir davada taraflar, belli bir vakıanın ya da işlemin sadece belirli delil veya delillerle ispat edilebileceğini, davadan önce veya dava sırasında yapacakları bir delil sözleşmesiyle düzenleyebilirler. Bu delil sözleşmesi türüne *münhasır delil sözleşmesi* denilmektedir[255]. Bu durumda taraflar, delil sözleşmesine konu yapılan vakıanın veya işlemin ispatında başkaca delil kullanamayacaklardır. Bu şekilde taraflar esasında delillerini hasretmiş sayılırlar. Münhasır delil sözleşmesi ile taraflar aslında senetle ispatı zorunlu olan bir hukukî işlemin, tanıkla ispat edilebileceğini veya aslında takdirî delillerle ispatı mümkün olan bir hususun sadece senetle ispat edilebileceğini kararlaştırabilirler.

Öğretide yapılan diğer bir tanımlamaya göre taraflar, yaptıkları sözleşme ile aralarında çıkacak uyuşmazlıkta, belli bir vakıanın ya da işlemin, sadece belli delil veya delillerle değil de, kanunen mümkün olan deliller yanında, kendi kararlaştıracakları deliller ile de ispatlanabileceğini kabul ederlerse, *münhasır olmayan delil sözleşmesi* yapmış olurlar. Yine aynı şekilde, münhasır delil sözleşmesi - münhasır olmayan delil sözleşmesi ayırımını benimseyen görüş, senetle ispat zorunluluğu olan bir hukukî işlemin tanık ile de ispat edilebileceğinin kabul edilmesini münhasır olmayan delil sözleşmesine örnek olarak göstermektedir[256] [257].

---

[254] Öğretide, delil sözleşmesinin belirli bir delil veya bir delil türü için yapılabileceğini *Pekcanıtez ve diğerleri*'in şu ifadelerinden çıkarmak mümkündür: "*Delil sözleşmesi, belli bir vakıanın, **belli bir delil** ile veya **diğer deliller yanında kararlaştırılan türdeki deliller** ile de ispat edilebileceği konusunda taraflar arasında, davadan önce veya yargılama sırasında yapılan usûlî bir sözleşmedir.*" (Pekcanıtez ve diğerleri, s. 435).

[255] Kuru, C. III, s. 2883; Kuru ve diğerleri, s. 466; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 436.

[256] Kuru, C. III, s. 2923 vd.; Kuru ve diğerleri, s. 467; Pekcanıtez ve diğerleri, s. 437.

[257] Ancak biz münahasır delil sözleşmesi-münhasır olmayan delil sözleşmesi ayrımına katılmamaktayız. Zira bu ayırıma göre, münhasır delil sözleşmesi ile taraflar bir vakıanın veya hukukî işlemin ancak belirli delillerle ispatlanabileceğini kararlaştıracaklar ve dolayısıyla taraflar delil sözleşmesinde bu delillerini belirteceklerdir. Başka bir ifade ile taraflar, delil sözleşmesi ile delillerini hasredeceklerdir. Ancak öğretide münhasır olmayan delil sözleşmesi olarak ifade edilen delil sözleşmesi türünde de, esasında taraflar yine delillerini hasretmektedirler. Zira bu tür bir delil sözleşmesinde de "belirlenen"

Hukukumuzda önceden beri, delil sözleşmesinin yapılabileceği kabul edilmekteydi. Ancak, yapılacak olan bu delil sözleşmesiyle senetle ispat kuralının aksinin düzenlenip düzenlenemeyeceği birtakım tartışmalara konu olmuştur. Bu çerçevede, öğretide tarafların delil sözleşmesi yapabilecekleri kabul edilmekle birlikte, örnek olarak değeri belirli bir miktarın üzerinde olan bir hukukî işlemin ispatı için senetle ispat kuralını bertaraf edecek şekilde, uyuşmazlık konusu vakıanın tanıkla ispat edilebilmesi amacıyla delil sözleşmesi yapıp yapamayacakları tartışılmaktaydı. Bu tartışmanın temelinde ise, senetle ispat zorunluluğunu öngören Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesinin (HMK m. 198) kamu düzenine ilişkin olup olmadığı tartışması bulunmaktaydı[258].

Öğretide yapılan bir başka ayırım ise, "*delillerin daraltılması sonucunu doğuran delil sözleşmeleri*" - "*delillerin genişletilmesi sonucunu doğuran delil sözleşmeleri*" şeklindedir. Bu görüş ise, öğretide münhasır delil sözleşmesi - münhasır olmayan delil sözleşmesi olarak yapılan ayırımdaki her iki delil sözleşmesi türünde de belirlilik ilkesinin geçerli olduğu, ancak münhasır olmayan delil sözleşmesinde başka delillerin de kabul edileceği esasının benimsendiği; bu nedenle de münhasır delil sözleşmesi - münhasır olmayan delil sözleşmesi ayırımının belirsizleştiğini savun-

---

delil, aynı zamanda hasredilmiş olacaktır. "Belirlilik" ise, ispat sözleşmelerinin geçerlilik unsuru olarak ifade edilmektedir. Nitekim, öğretide özellikle münhasır - münhasır olmayan delil sözleşmesi ayırımını kabul eden görüş, çoğunlukla tarafların bir vakıanın veya hukukî işlemin "*her türlü delille ispat edilebileceğini*" kararlaştıramayacaklarını kabul etmektedir (Ateş, Delil Sözleşmeleri, s. 247; Kuru, C. III, s. 2887; Kuru ve diğerleri, s. 466; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 192). Dolayısıyla münhasır olmayan delil sözleşmesi olarak ifade edilen delil sözleşmesi türü ile taraflara bir seçimlik hak tanınmış olsa dahi, taraflar uyuşmazlık konusu vakıa veya hukukî işlemi "*ya ...*'x' delili ile *ya da ...*'y' delili" ile ispat edebileceklerdir. Açıklamalarımızı somutlaştırmak gerekirse: Söz konusu ayırımı kabul edenlerce çoğunlukla münhasır olmayan delil sözleşmesi için verilen örnek, senetle ispatı gereken bir hukukî işlem için tanık da dinletilebileceğinin kararlaştırılmasıdır. O halde bu delil sözleşmesine göre, taraflar ya senet deliline başvuracaklar ya da tanık deliline. Dolayısıyla örnekte verdiğimiz "münhasır olmayan delil sözleşmesi"nde de, tarafların başvurabilecekleri deliller *belirli ve sınırlıdır*. Yani, aynen "münhasır delil sözleşmesi"nde olduğu gibi, taraflar belirli delillerle sınırlandırılmış, delillerini hasretmişlerdir. Ancak biz delil sözleşmesinin temelini "*ispat hakkı*"na dayandırmaktayız. Nitekim, taraflar delil sözleşmesi ile "*ispat alanları*"na müdahâlede bulunmaktadırlar. Bu sebeple de biz, delil sözleşmelerini türlere ayırırken yapılacak ayırımın delillerin hasredilmesine değil de, ispat hakkına dayandırılarak yapılmasının ispat hukukuna daha uygun olduğu görüşündeyiz.

[258] İlhan Postacıoğlu, "HUMK. nun 288 ve 290. Maddelerinin 1711 Sayılı Kanunla Aldığı Yeni Şekil", **HUMK'nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum,** İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, (Sempozyum), s. 12. *Postacıoğlu* bu hükmün, mehaz Fransız ispat hukukunda olduğu gibi kamu düzenine ilişkin olmadığını, senetle ispat (m. 280) ve senede karşı senetle ispat kuralının (m. 290) sadece tarafları, yalancı tanıklığa karşı korumak amacıyla getirildiğini ifade etmiştir. Bu durumda ise, karşı tarafın yalancı tanık getirmeyeceğine kanî olan tarafın, diğer tarafla senetle ispatı gereken bir hususta tanık dinlenebileceği yönünde anlaşmaya varmalarına bir engel bulunmadığı savunulmuştur (Postacıoğlu, ss. 569-570; Postacıoğlu, Sempozyum, s. 12).

maktadır. Bu sebeple bu şekilde yapılan bir ayırımın delillerin daraltılması sonucunu doğuran delil sözleşmesi ve delillerin genişletilmesi sonucunu doğrun delil sözleşmesi şeklinde yapılmasının daha sağlıklı olduğu savunulmuştur[259]. Daha önce de belirttiğimiz üzere taraflar delil sözleşmeleriyle "*ispat alanları*"na müdahâlede bulunduklarından, delil sözleşmelerinin türlerini ve bu delil sözleşmesi türlerinin geçerlilik sınırlanırını belirlerken "*ispat hakkı*"nın temel alınması kanaatimizce amaca daha uygun olacaktır[260].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak ispat hakkının "*fevkâlade*" sınırlandıran delil sözleşmelerinin geçersiz olacağını düzenlemiştir. İspat hakkının sınırlandıran sözleşmeler açısından öğretiye baktığımızda da, yine çoğunluktaki görüş kanunun delil serbestisini kabul ettiği bir durumda da delillerin tahdidi yolundaki anlaşmanın (*örneğin takdirî delillerle de ispatlanacak bir vakıanın senetle ispatlanacağına dair yapılan delil sözleşmesi)* geçerli olacağı yönündedir[261]. Bu durumda ise, sınırlayıcı (*tahdidî*) bir delil sözleşmesinin, ispat hakkını sınırlandırmaması gerektiği yani geçerli olmayacağı çoğunluk tarafından kabul edilmektedir[262]. Ancak, bu *sınırlandırmanın sınırını belirlemek* veya ispat hakkının "*fevkâlade*" sınırlanmasından ne anlaşılması gerektiği son derece hassas bir konudur.

Kanaatimizce taraflardan birinin ispat hakkını sınırlandıran tüm delil sözleşmeleri geçersiz olmalıdır. Bu durum aynı zamanda tüm "*münhasır*" delil sözleşmelerinin de geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Bu anlamda özellikle taraflar arasında uyuşmazlık çıkmadan önce akdedilen delil sözleşmelerinde önceden hangi vakıa üzerinde uyuşmazlık çıkacağı bilinmediğinden, bu delil anlaşmaları bir tarafın ispat ve delil ikame hakkını sınırlandırıyorsa geçersiz olmalıdır. Bu kapsamda ispat hakkını sınırlandıran her delil sözleşmesi geçersiz olmalıdır. Zira burada hakkın (*ispat hakkının*) az veya çok ihlâl edilmiş olması önemli değildir. Nasıl ki hukukî dinlenil-

---

[259] Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, ss. 183-184. Aynı esastan hareket eden *Akkaya* ise, "*daraltıcı etkili delil sözleşmesi*" - "*genişletici etkili delil sözleşmesi*" kavramlarını kullanmayı tercih etmiştir (Akkaya, Delillerin Hasrı, s. 67).

[260] "*İspat hakkını sınırlandıran - ispat hakkını genişleten delil sözleşmeleri*" ayırımına benzer bir ayırım *Tüzel* tarafından yapılmıştır. Nitekim yazar, delil sözleşmelerini "*ispatı kolaylaştıran delil sözleşmeleri - ispatı zorlaştıran delil sözleşmeleri*" olarak bir ayırıma tâbi tutmuştur (***Tüzel,*** s. 1612-1617).

[261] Alangoya ve diğerleri, s. 381; Battal, s. 130-131; Berkin, Usûl, s. 746; Bilge ve Önen, s. 496; Postacıoğlu, s. 594; Şengel, ss. 270, 280.

[262] Battal, s. 131; Berkin, Usûl, s. 746; Postacıoğlu, s. 594; Şengel, s. 280.

me hakkının az da olsa ihlâli kabul edilmez; aynı durum temelinde açıklama-ispat hakkının bulunduğu delil sözleşmeleri açısından da geçerli olmalıdır.

Her şeyden önce yukarıda da ayrıntısıyla üzerinde durduğumuz üzere medenî yargılama hukukunda eşitlik ilkesi, tarafların hâkim önünde ve yargılamada şeklen eşit olması yanında, taraflara eşit şans verilmesini, tarafların madden de hâkim önünde eşit statüde durabilmelerini gerektirmektedir[263]. Bu açıdan bakıldığında, medenî usûl hukukunda taraflara bazı usûlî sözleşmeler yapma serbestisinin tanınması, her ne kadar tarafların serbest iradeleriyle eşitlik ilkesine birtakım *müdahâlelerde* bulunabileceklerini gösteriyorsa da, taraflar bu usûl sözleşmeleriyle eşitlik ilkesini tamamen *bertaraf* edecek nitelikte düzenlemelere gidemezler. Başka bir ifadeyle, olaya delil sözleşmeleri açısından bakıldığında Kanun, her ne kadar taraflara delil sözleşmesi akdetme yetkisi tanıyorsa da, taraflar, bu yetkilerini eşitlik ilkesini tamamen bertaraf edecek nitelikteki düzenlemelerle kullanamazlar.

Yargısal birer temel hak olan hukukî dinlenilme hakkı ile anayasal bir hak olan ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan âdil yargılanma hakkı, evrensel bir ilke olan eşitlik ilkesinin sağlanmasının başlıca ve yegâne yollarıdır. Tarafların, yargılamada *açıklama hak*larını kullanabildikleri en önemli araçları, silâhları ise *delil-ler*dir. Bu sebeple kanaatimizce ispat vasıtaları olan delillerin kullanımını düzenleyen *delil sözleşmeleri*nin de en ufak bir şüpheye yer bırakmayacak derecede hukukî dinlenilme ve âdil yargılanma haklarına uygun bir şekilde akdedilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede delil sözleşmeleri için yaptığımız "ispat hakkını genişleten delil sözleşmeleri" - "ispat hakkını daraltan delil sözleşmeleri" ayırımında, ispat hakkını sınırlandıran veya daraltan tüm delil sözleşmeleri geçersiz sayılmalıdır. Zira, yukarıda belirttiğimiz üzere, hukukî dinlenilme hakkının, âdil yargılanma hakkının ve nihâyet eşitlik ilkesinin en ufak derecede zedelenmesi veyahut tarafların ondan yoksun bırakılması yargısal temel hakların ve dolayısıyla Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlâli anlamına gelecektir. Öğretide net bir şekilde ifade edildiği üzere, "*Hukukî dinlenilme hakkı yargısal bir temel hak olması sebebiyle, sadece davayla ilgili olmayıp kişinin hukukî durumunu etkileyen her türlü yargılama faaliyetinde göz önünde bulundurulması gerekir, 'gerçek ve tam bir istisnası yoktur'. Ancak, yargısal faaliyetin niteliğine ve duruma göre farklı özellikler gösterebilir veya zamanlama yö-*

[263] Özekes, s. 48. Silâhların eşitliği konusundaki açıklamalarımız için bkz. Yuk. İkinci Bölüm, § 5.

nünden özünü etkilemeyecek şekilde farklı kullanılabilir."[264] Bu durumda ise, ispat hakkını herhangi bir şekilde en ufak derecede dahi daraltan delil sözleşmeleri geçersiz sayılmalıdır. Nitekim burada "ispat hakkını daraltan" delil sözleşmelerinin, ispat hakkını ne derecede sınırlandırdığını tespit etmek son derece zor ve hassas bir konudur. Zira, az önce de bahsedildiği üzere, hukukî dinlenilme ve âdil yargılanma hakları en ufak bir sınırlandırmayı veya istisnayı kabul etmemektedir.

§ 23 VARSAYIM VE KESİN KARİNELERDEN DOĞAN SINIRLAMALAR

Karineler, çalışmamızın daha önceki bölümünde ispat güçlüklerinin aşılması için başvurulan araçlardan birisi olarak tanıtılıp değerlendirilmişti. Gerçekten de, aksi ispat edilenbilen karinelerin getiriliş amacı, genellikle ispat güçlüğü içerisine düşecek tarafları, bu durumdan kurtarmaktır. Bu yönüyle özellikle aksi ispat edilebilen kanunî karineler ispat hakkının temin ve tesisinde önemli birer güvence oluştururlar.

Bununla birlikte kesin karineler ve varsayımlar, bir o kadar ispat hakkı açısından sakıncalar içerebilecek niteliktedir. Zira varsayımların ve kesin karinelerin aksi hiçbir şekilde ispat edilemediğinden, ispat hakkı ihlâllerine sebebiyet verebilecek niteliktedir. Özünde zaten ispat hakkına bir sınırlandırma içeren bu kurumlara, kanunkoyucunun gereksiz yere ve ölçüsüz bir şekilde başvurusu, kaçınılmaz şekilde ispat hakkının ihlâli ile sonuçlanır.

Anayasa Mahkemesi de, son zamanlarda vermiş olduğu iki içtihadında kanunkoyucu tarafından ölçülülük ilkesine aykırı şekilde düzenlenmiş olan kanunî karineleri, kişilerin ispat faaliyetlerini tamamen etkisiz kılması sebebiyle hukuka aykırı tespit ederek konuyla ilgili önemli değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bu içtihatlardan ilki Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu lehine getirilen bir düzenlemenin konusunu oluşturur. Zira söz konusu kanunî düzenlemenin Sigorta Fonu lehine getirildiği ve ispat hakkını ağır şekilde ihlâl ettiği konusunda şüphe yoktur. Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının özellikle ispat hakkı ile ilişkili kısmı şu şekildedir:

> "Kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde hakkını arayabilmesi ve davada ileri sürülen iddiaların ve

[264] Özekes, ss. 62-63.

delillerin, karşı tarafın iddia ve delilleriyle eşit imkânlarda araştırılması ve eşit değerlemeye tabi tutulmasıdır.

Dava konusu kuralla, Fon'un işlem ya da eylemleri yargı denetimi dışında tutulmamış, üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmaları engellenmiştir. İyiniyet kuralı genel bir hukuk kuralı olmakla birlikte, karşılaşılan her uyuşmazlığın, ilgili yasa hükümleri yok sayılarak, sadece iyiniyet kuralı ile çözüleceği anlamına gelmez. Bir yasa kuralının hukuka uygun amaç taşımasıyla birlikte, bu amacın gerçekleşmesini sağlayacak yöntemlerin de hukuka uygun olması gerekir. Tarafın iyiniyetinin olup olmadığı kararının, mahkeme tarafından yapılan inceleme ve araştırma sonucu ortaya çıkacağı kuşkusuzdur.

'Kamu alacağının tahsilinin hızlandırılması' gibi soyut bir gerekçe, iyiniyete ilişkin ispat kuralının uygulanmamasının nedeni olamaz. Kuralda geçen tüm üçüncü kişilerin işlemleri muvazaalı kabul edilerek, iyiniyetli üçüncü kişilerin dava açma haklarının özü zedelenmekte, mahkemeye etkili erişim ve savunma hakları engellenmekte, korunmasında kamu yararı bulunan iyiniyetli kimsenin, idare ve mahkeme önünde iyiniyetli olduğunu iddia ve ispat etme hakkı elinden alınmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, üçüncü kişiler yönünden Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."[265]

Bu karar ile benzer ilkelerden hareket edilmiş bir diğer emsal karar da aşağıdaki gibidir:

"Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın ispat külfetini eser sahipleri lehine ters çevirmekle ölçülülük prensibini ihlâl ettiği, davanın taraflarından birini diğeri karşısında dezavantajlı duruma düşürmesi nedeniyle adil yargılanma hakkı, adalet ve eşitlik ilkelerine uygun olmadığı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun itiraz konusu kuralın da yer aldığı 76. maddesi bu Kanun'da belirtilen hukuki ilişkilerden kaynaklanan davalarda görevli mahkemeye ve bu mahkemelerde görülecek davalarda uygulanacak ispat usulüne ilişkin düzenlemeler içermektedir. İtiraz konusu kural, korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınların haksız olarak kullanıldığı hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter delil sunulması halinde, mahkemenin davalı taraftan gerekli izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini dosyasına ibraz etmesini isteyebileceğini, istenilen belge veya listelerin sunulamamasının eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanıldığına karine teşkil edeceğini düzenlemektedir.

Anayasa'nın '*Hak arama hürriyeti*' başlıklı 36. maddesinde, herkesin, gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak iddia ve savunma hakkı bulunduğu belirtilmektedir.

Karine, bilinen bir olaydan belli olmayan bir diğer olay için hâkim ya da kanun tarafından çıkarılan sonuçtur. Başka bir ifadeyle karine, bir olayın hukuki durumunun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasını sağlayan, adalet düşüncesinin etkin bir

[265] AYM 20.1.2011, 2009-53/19 (RG 14.4.2011, S. 27905).

şekilde işlemesine yarayan bir ispat usulüdür.

Fikri mülkiyet haklarının ihlâl edilmesindeki kolaylığı ve ihlâl teşkil eden eylemlerin denetimindeki zorluğu gözeten kanun koyucu, korsan mal ticaretiyle etkin mücadele siyaseti kapsamında yasalaştırdığı itiraz konusu kural ile fikri mülkiyet hakkı sahiplerine, bu hakkı ihlâl edenler karşısında iddialarını ispat kolaylığı sağlamıştır.

Hukuk devletinde kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve Anayasa'da öngörülen güvencelere bağlı kalmak kaydıyla, ispat usullerinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak belirlenen usul kurallarının, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen '*adil yargılanma hakkı*'nın öngördüğü güvencelere aykırılık taşımaması gerekmektedir. Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan silâhların eşitliği ilkesi ise, kişinin maruz kaldığı haksızlık karşısında haklılığını ileri sürüp ispatlayabilmesini, yargı mercileri önünde hakkını arayabilmesini ve davada ileri sürülen iddia ve delillere karşı eşit imkânlarla cevap verebilmesini gerektirir.

Kanun koyucu korsan mal ticareti ile etkin mücadele edebilmek amacıyla 5846 sayılı Kanun'da bazı değişiklikler yapmıştır. Bu kapsamda yapılan değişikliklerden olan itiraz konusu kural, davacının gerçekten hak sahipliğini ispatladığı eserlere ilişkin olarak tecavüzün varlığı açısından sübjektif ispat yükünü tersine çevirmektedir. Buna göre mahkemece, korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullanmak için gereken izin ve yetkilerin alındığına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerinin dosyasına ibraz edilmesi istendiği halde ibraz etmeyen davalının artık eser, fonogram, icra, film ve yayınları haksız olarak kullanmadığını kendisinin ispat etmesi gerekmektedir. **Fakat itiraz konusu kural, karinenin oluşması için belirtilen bu şartlara rağmen, davalı tarafın sözü geçen karinenin aksini ispat hakkını sınırlandırmış değildir.**

Öte yandan, Anayasa'nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir denilmektedir. Hukuk devletinde kanun koyucu, haksız fiil ve sonuçları hakkında yasama yetkisini kullanırken, Anayasa'nın ve hukukun temel ilkelerine bağlı kalmak kaydıyla usul kurallarının belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. İtiraz konusu kuralla da kanun koyucu fikri mülkiyet haklarının ihlâlini caydırmaya ve söz konusu hakları koruma altına almaya yönelik bir düzenleme yapmıştır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir."[266]

Kararlar değerlendirildiğinde, ispat hakkının, karinelerin ve varsayımların âdil yargılanma hakkı ihlâli oluşturup oluşturmadığı noktasında kilit bir işleve sahip olduğu anlaşılır. Kanunkoyucunun özellikle varsayım ve karineler belirlenmesi yoluna başvurduğunda somut kuraldaki gereklilikleri ölçülülük ilkesine göre değerlendirmesi çok önemlidir. Aksi hâlde, özünde zaten ispat hakkına sınırlandırma oluşturan bu

[266] AYM 28.2.2013, 2012-133/33 (RG 12.7.2013, S. 28705).

kurumlar hukukî güvenlik ilkesini de ezerek ağır ispat hakkı ihlâllerine sebep olacaktır.

§ 24 USÛLÎ KAZANILMIŞ HAKLARDAN DOĞAN SINIRLAMALAR

Usûlî müktesep hak kavramı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda veya diğer başka özel kanunlarda tanımlanan, düzenleme altına alınan bir kavram değildir. Esasında bu kavram özellikle kanunyolları açısından İçtihadı Birleştirme Kararı ile hukuk uygulamamıza girmiştir. Bu çerçevede usûlî müktesep hak kavramı tamamen kanunyollarına ilişkin olarak ihdâs edilmiş olan bir kavramdır.

Ancak zamanla söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı'nda kabul edilen bu kavramın sınırları genişletilmiştir. Bugün için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da kanunî bir temeli bulunmayan usûlü müktesep hak kavramı ispat hukuku alanında da önemli sonuçlar doğurmakta ve hatta bir ispat hakkı engeli olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira Yargıtay kararlarında belirli konularda, ispat hakkını ihlâl edecek şekilde usûlî müktesep hakların doğduğu kabul edilir. Örneğin Yargıtay *ikinci tanık listesi verilmesi*[267]*, delil tespitine itiraz edilmesi, bilirkişi raporuna itiraz edilmesi* hâllerinde diğer taraf lehine bir usûlî müktesep hak doğduğunu kabul etmekte ve tarafların itirazlarını dikkate almamaktadır. Oysa, yargılama hukukunda ve daha doğru bir ifade ile yargılama kuralları ile bir taraf lehine kazanılmış hak doğması mümkün değildir[268]. Hele ki, bu yolla temel bir yargısal hakkın ileri sürülmesinin bertaraf edilmesi herhangi bir kural ve kurumla açıklanamaz. Dolayısıyla Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarının tereddütsüz şekilde ispat hakkını ihlâl ettiği aşikârdır.

[267] İkinci tanık listesi verme yasağının ispat hakkına aykırılığı konusunda bkz. Bolayır, İspat Hakkı, s. 576.

[268] Benzer bir kurum olarak aleyhe bozma yasağına yöneltilen eleştiriler konusunda bkz. Murat Atalı, **Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı,** Yetkin, Ankara 2014, ss. 156-157.

DE LEGE FERANDA DÜZENLEME ÖNERİSİ

Buraya kadar üzerinde durduğumuz tüm değerlendirmelerden sonra, son olarak ispat hakkına ilişkin *de laga feranda* kanun önerimizi ortaya koymak isteriz. Esasında çalışmanın başından bu yana, sıklıkla bir hukuk sisteminde ispat hakkının gerçek anlamda temin edilebilmesi için ideal bir yargılama ve ispat sisteminin benimsenmesi gerektiği; bu yönüyle tek bir kanun düzenlemesi ile ispat hakkını düzenlemenin tek başına yeterli olmadığı belirtilmiştir. Çalışmanın pek çok başlığında da, ispat hakkı yönünden böyle ideal bir ispat sistemi için gerekli olan unsurlar üzerinde durulmuştur. Örneğin ispat hakkının gerçek anlamda temin ve tesis edilebilmesi için yetkileri geniş ve konumu güçlü bir hâkim modelinin gerekli olduğundan, bu modelin de aktı şekilde tarafların dürüstlük kuralına uygun hareket etme yükümlülüğü ile beslenmesi gerektiğinden söz edilmiş ve bütün bunlar için de öncelikle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hâkime verilen yetkilerin doğru bir şekilde kullanılması zorunluluğu değerlendirilmiştir. Yine benzer şekilde ispat hakkının gereği gibi temin ve tesis edilebileceği bir yargılama sisteminde, senetle ispat kuralına yer olmadığı üzerinde durulmuştur.

İspat hakkının gereği gibi temin ve tesis edileceği bir yargılama sisteminin -*yukarıda örnek verilen şekilde*- gereklilikleri bir yana, mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesinde "*İspat Hakkı*" başlığı altında düzenlenen madde için bir revizyona gidilecek olsa, önerimiz aşağıdaki gibidir:

> ***İspat Hakkı***
>
> **(1)** Taraflar ve menfaati olan kişiler, yargılama süresince ispat hakkına sahiptir.
>
> **(2)** İspat hakkı, ancak makûl sürede yargılanma hakkının gereklilikleri sebebiyle veya diğer temel haklarla çatışması durumunda sınırlanabilir.
>
> **(3)** Sınırlama, her hâlde ölçülülük ilkesine uygun olmalı ve ispat hakkının özüne dokunmamalıdır.

Önerinin ilk fıkrası, genel olarak ispat hakkını düzenler ve kimlerin ispat hakkına sahip olacağını belirtir. Esasında böyle bir gerekliliğe ihtiyâç yoktur; zira, ispat hakkı -*kanunda tanınmasa dahi*- hukuk devleti ilkesinden ve hak arama özgürlüğü ile âdil yargılanma hakkından (*bu kapsamda eşit silâhlarla yargılanma hakkından, hukukî dinlenilme hakkından*) temelini alan *yargısal bir temel haktır*. Yine de, yargılamada menfaati bulunan herkesin ispat hakkına sahip olacağının özel

olarak belirtilmesi, hem yargılamada taraflar dışında -*hükümden etkilenecek*- ilgililerin de bu hakka sahip olacağını açıklar hem de "*ispat hakkının kural, sınırlamanın ise istisna olması ilkesi*"ni vurgulama amacını taşır.

Önerinin ikinci fıkrası, ispat hakkının hangi *sebeplerle* sınırlanabileceğini düzenler. Bu sebepler de sadece iki temele inhisar ettirilmiştir. Birincisi, mâkul sürede yargılanma hakkının gerekliliklerideir. Böylece temelde ispat hakkını sınırlandıran iddia ve savunmayı değiştirme veya genişletme yasağı, teksif ilkesi, delil ibrazı için öngörülen süreye ilişkin sınırlamalar -*ispat hakkının sınırlanması açısından*- Anayasa'nın 141. maddesine uygun olarak kanunî zemine -*kanunîlik kuralına (Ay m. 13)*- kavuşmaktadır. İkincisi ise, ispat hakkının diğer temel haklarla çatışması hâlidir. Bu sebep, anayasa hukuku öğretisinde de temel hakların sınırlandırılmasına imkân tanıyan en önemli uygulama alanlarından birisidir. İspat hakkının diğer temel haklarla çatışması hâli, temel bir ilke olarak ortaya konulduğundan, ayrıca "*Hukuka aykırı yollardan elde edilen bulgular delil olarak değerlendirilemez.*" şeklinde bir düzenlemeye gerek kalmamaktadır. Zira hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamada kullanılamamasının temel sebebi, zaten bu durumun kişinin -*özel hayatın dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, konut dokunulmazlığı gibi*- diğer temel haklarını ihlâl ediyor olmasıdır. Kanunda, spesifik bir sınırlama olan kanuna aykırı yollardan elde edilen delilleri de kapsayacak ve ancak daha geniş kapsamlı bir uygulama alanına sahip olacak şekilde ilkesel olarak "*diğer temel haklarla çatışması*" hâlinin bir sınırlama sebebi olarak kabul edilmesi, örneğin birtakım temel hakların -*ailenin korunması, malvarlığının ve şahısvarlığının korunması, mülkiyet hakkının (ticarî sırlar gibi) korunması, çalışma hakkının korunması (gazetecilerin sır saklama yükümlülüğü, hekimlerin sır saklama yükümlülüğü gibi)*- korunmasına hizmet eden delil ibrazından kaçınma sebeplerinin de -*ispat hakkı açısından*- anayasal meşruluğunu kanun düzeyinde düzenlemiş olur. Böylece bugün hukuk sistemlerinde temel haklar hukukunda kabul edilen en önemli *temel hak sınırlaması* olarak kabul edilen *temel hakların çatışması (Grundrechtskollision)* hâli, ilkesel anlamda ispat hakkının sınırlaması olarak kanunî zemine oturur. Bu şekilde ispat hakkının sınırlanması bakımından hukuk terimlerinde, kavramlarında yeknesak ve genel ilkeler benimsenmiş olur. Bu iki sebep hâricinde herhangi bir sınırlama sebebinin kabul edilmemesinin gerekçesi ise, Anayasa'da ve uluslararası sözleşmelerdeki sınırlandırma rejimle-

rine uyum sağlamaktır. Zira bugün için -*hem Anayasa'da hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde*- bu iki sebep dışında özel sınırlandırma sebepleri kabul görmemektedir.

Önerinin üçüncü fıkrası ise, ikinci fıkrada belirtilen sınırlandırma sebepleri bulunsa dahi müdahalenin ölçülü yapılmasını, dolayısıyla sınırlandırmanın makûl olmasını amaçlar. Nitekim ölçülülük ilkesi ve hakkın özüne dokunmama ilkesi bugün için temel hakların sınırlandırılmasında evrensel olarak başvurulan ve en fazla önem atfedilen iki ölçüttür. Temelini anayasal bir hakka (*hak arama özgürlüğü ve âdil yargılanma hakkı*) dayandıran ispat hakkının da sınırlandırılabilmesi için, anayasal ve evrensel ölçütlere uyum sağlanması şarttır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesinin 3. ve 4. fıkraları ispat hakkını ihlâl ettiğinden, bu fıkralar, bugün bir düzenleme önerisi gerekli olsa kanaatimizce Kanun'a dâhil edilmemesi gereken düzenlemelerdir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "*İspat Hakkı*" başlığını taşıyan 189. maddesi hâricinde, iki maddede daha ispat hakkından özel olarak bahsedilmektedir. Çalışmamızda da yer verdiğimiz üzere bunlardan birincisi, *hukukî dinlenilme hakkı*nı düzenleyen 27. maddesi; ikincisi ise, delil sözleşmesine ilişkin 193. maddesidir. *De lege feranda* düzenleme önerisine ilâve olarak bu iki maddede değişiklik yapılmasının gerekli olup olmadığı üzerinde de durmak gerekir. Kanaatimizce Kanun'un 27. maddesinde, ispat hakkına ilişkin düzenlemenin varlığı hiçbir sakınca içermediği gibi, bilâkis ispat hakkı açısından son derece önemlidir. Zira hukukî dinlenilme hakkını somutlaştırmaya yönelik bu maddede, hukukî dinlenilme hakkının unsurları sayılmış; açıklama hakkı kapsamında da, ispat hakkı kavramından söz edilmiştir. Kanaatimizce yargılama sürecinde, ispat hakkı zikredilmeden açıklama hakkından sözedilmesi yerinde olmazdı. Bu yönüyle, Kanun'un 27. maddesindeki ispat hakkına ilişkin düzenleme gerekli ve yerindedir.

Bununla birlikte kanaatimizce delil sözleşmesine ilişkin 193. madde, üzerinde tekrar düşünülmesi ve değerlendirilmesi gereken bir düzenlemedir. Özellikle yukarıdaki öneri maddemizde yer alan "*hakkın özü*" kavramından sonra, delil sözleşmelerinin hangi hâllerde geçersiz sayılacağına ilişkin ölçüt getiren Kanun'un 193. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya*

fevkalâde güçleştiren" ifadesinin de revize edilmesi gerekir. Yine münhasır delil sözleşmesi akdedilmesine imkân tanıyan 1. fıkranın da, ispat hakkını sınırlandırması sebebiyle ve Anayasa açısından sınırlandırma için meşru bir sebep bulunmaması sebebiyle Kanun'a alınmaması gerekir. Bu yönüyle maddenin ispat hakkına müdahale eden ifadelerinin her iki fıkra açısından da gözden geçirilmesinde fayda bulunur. Bu amaçla da, delil sözleşmesini düzenleyen 193. maddeye ilişkin *de lege feranda* kanun maddesi önerimiz şu şekildedir:

> ***Delil Sözleşmesi***
>
> (**1)** Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilirler.[1]
>
> **(2)** Taraflardan birinin ispat hakkını sınırlandıran delil sözleşmeleri geçersizdir.

[1] Bu çalışmada ispat hakkı açısından senetle ispat kuralının sakıncaları ortaya konulmuş ve ispat hakkı ihlâllerine sebebiyet vermemek için *hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi* ilkesinin geçerli olması gerektiği üzerinde durulmuştur. Delil sözleşmesine ilişkin Kanun'un bu maddesinin 1. fıkrası ise, sistemin, hâlen senetle ispat kuralına dayanması hâlinde geçerli olacaktır. Şayet senetle ispat kuralından vazgeçen bir medenî yargılama sistemi kabul edilecek olursa, 1. fıkraya da zaten ihtiyaç kalmaz. Böyle bir durumda öneri maddemizin sadece 2. fıkrası kanunî temele oturtulabilecek niteliktedir.

SONUÇ

Bu tez çalışmasının amacı, öncelikle ispat hakkının ne olduğunun ve yargılama sisteminde nasıl bir öneme sahip olduğunun ortaya konulması; hukukî niteliğinin belirlenmesi, ispat hakkının hukukî niteliğine bağlı hukukî sonuçların ortaya konulması; sonrasında ispat hakkı sınırlamalarının belirlenmesi ve bu sınırlamaların anayasal ve uluslararası sözleşmelerin sınırları çerçevesinde denetiminin değerlendirilmesi; ispat hakkının uygulanmasına ve sınırlanmasına ilişkin sorunların ortaya konulması ve nihâyetinde *ispat hakkına dayalı bir yargılama ve ispat modeli için sistemin gereklilikleri nelerdir, sorusunun cevaplandırılması* olmuştur. Bu çerçevede ispat hakkının bir yargılama sisteminde gerçek anlamda temin edilebilmesinin kanaatimizce gereklilikleri aşağıda sıralanmıştır.

1. ***İspat hakkının gerçek anlamda güvenceye sahip olduğu bir yargılama sistemi için her şeyden önce bir bütün olarak adalet sisteminin temel hakların uygulanması konusundaki ihlâllerin üstesinden gelme eğilimi içinde, temel hak ihlâllerini çözümleme odaklı olması gerekir.*** İspat hakkı, tek başına tanınan bir güvence olarak değil, tarafların insan onuruna yakışan şekilde yargılamanın süjesi olarak gerçeğin ortaya çıkmasına katılma imkânını sağlamayı amaçlayan, tutarlı ve eksiksiz bir '*değer sistemi*' olarak ele alınmalı ve bunun için gereken objektif bir hukuk düzeni meydana getirilmelidir. Dolayısıyla ispat hakkının tek başına varlığının bir değeri yoktur; ispat hakkı ancak temel hakların ve özellikle âdil yargılanma hakkı ile diğer yargısal temel hakların geliştiği, hayat bulduğu, köklerini saldığı bir sistemde yeşerebilir. Bunun için en başta temel hakların sağlanması konusunda devlet pozitif yükümlülük altında bulunduğunun bilinci içerisinde, ispat hakkının önünde yatan engelleri kaldırmalıdır. Çalışmanın başında ispat hakkı için yapılan tanım hatırlanacak olursa *ispat hakkı, gerçeğin yargılamada ortaya çıkması için hâkim ile ispat faaliyetinin objeleri ve süjeleri arasında engel yaratılmamasını talep hakkıdır.* İşte devlet en başta bu engelleri kaldırma konusunda pozitif yükümlülük altında olduğunu her zaman hatırlamalıdır. Ancak ülkemizde adalet sisteminin hukuk devletinin gereklerine uygun olarak, temel hakları hayata geçiren şekilde işlediğini ve bunun için yetkili mercilerin gereken önlemleri aldığını ifade etmek çok güçtür. 2014 yılında yayımlanmış olan bir bilimsel çalışmada, ülkemizde tebligat meselesinden doğan problemler ayrıntılı şekilde ele alınmış ve farklı kategoriler içerisinde tebligat soru-

nuna sebep olan aksaklıklar tam *51* kalemde sıralanmıştır[2]. Bundan yaklaşık 50 yıl önce kaleme alınan bilimsel çalışmalarda da, tebligatın Türk hukuk uygulamasının kanayan bir yarası olduğu ifade edilmekteydi; 2015 yılına gelindiğinde sorunun artık kanayan bir yara olmaktan çıkarak kangrene dönüştüğünü ifade etmek hatalı olmaz. Henüz tebligat gibi şeklî ve aksaklıkların önlenmesi için alınması gereken reçetenin açık olduğu bir yargısal temel hakkın uygulamaya geçirilmesinde dahi bu denli sorun yaşanmakta ise, ispat hakkının tam anlamıyla bir güvenceye kavuşmasını beklemek oldukça uzun sürecektir. Türk hukuk uygulamasında buna benzer patolojik örnekler, temel hakların hayata geçirilmesi ve özellikle ispat hakkının gerçek anlamda güvence altına alınabilmesi için adalet sisteminin kat etmesi gereken uzun bir yol olduğunu gösterir. Bu mesafe alınırken de mevcut eksikliklerin, hatalı uygulamaların devletten hak dağıtma görevini bekleyen vatandaşlar açısından ispat hakkı ihlâli olarak dönmesi muhtemeldir.

2. ***İspat hakkının bir hukuk sisteminde temin edilmesi ve güvence altına alınabilmesi için normatif hukukî düzenlemelere dayanan tekil hukukî koruma şemsiyesinden sıyrılarak*** *ispat hakkına dayalı* ***bir yargılama modelinin benimsenmesi sağlanmalıdır.*** Mevcut HMK sisteminde, -çalışmamızın çeşitli bölümlerinde üzerinde durulan, ispat hakkı açısından sakıncalar barındıran hukukî düzenlemeler hâricinde- ispat hakkının güvenceli şekilde uygulanmasına hizmet eden çok sayıda düzenleme bulunur. Bununla birlikte bu hukukî düzenlemeleri ispat hakkına uygun şekilde uygulayacak olan hâkimlerin ve avukatların varlığı şarttır. İspat hakkı, ancak yargılamanın süjeleri tarafından hayata geçirilebilecek, temin edilebilecek temel bir yargısal haktır. Bu anlamda da en önemli yük hâkim ve avukatların sırtındadır. Bu sebeple bu kişilerin temel haklara duyarlı, ispat hakkının öneminin farkında olması ve bu konuda gereğince eğitilmeleri şarttır. Ayrıca ispat hakkının, sadece şeklî hukuk normları tarafından güvenceye oturtulması yeterli değildir. Çalışmamızda da yer verildiği üzere, bir hukuk sisteminde ispat hakkı engellerine ve ihlâllerine çoğu zaman maddî hukuk kuralları da sebep olur. Bu sebeple maddî hukuk kuralları düzenlenirken, mutlaka yargılamada ispat yüküne ilişkin kuralların nasıl uygulanacağı; kuralın uygulanmasının, ispat hakkını veya diğer temel hakları ne şekilde etkileyebileceği mutlaka gözönüne alınmalıdır.

---

[2] Kurt Konca, Tebligata İlişkin Sorunlar, ss. 253-261.

3. ***İspat hakkının gerçek anlamda güvence altına alındığı bir sistem için, objektif şekilde Türk medenî yargılama sisteminde*** *"ispat hakkının kural, sınırlamalarının ise istisna olması ilkesinin"* ***mi geçerli olduğu sorusu öncelikle cevaplandırılmalıdır.*** *"In dubio pro libertate",* bu ilkeye göre, tereddüt hâlinde temel hakların, tüm etki olanaklarını ortaya koyabilecekleri, yani yayabilecekleri şeklinde yorumlanmaları gerekir[3]. Türk medenî yargılama hukukunda ise, ispat hakkının varlığından şüphe duyulduğu bir durumda onun lehine yorum yapma gereği bir yana, sınırlama içeren müdahalelerde ispat hakkının neden korunması gerektiği noktasında dahi kaygı duyulmamaktadır. Bu durumun temel sebebi de, çalışmamızda ortaya konulduğu üzere, ispat hakkının hukukî temelinin anayasal bir hak olmasına önem verilmemesi ve hatta maalesef medenî yargılama sistemin çekirdeğini oluşturan Anayasa'nın 36. maddesine gereken önemin ve ilginin gösterilmemesidir. Bu durum doğal olarak ispat hakkına ve sınırlamalarına yönelik değerlendirmeleri *temel haklar öğretisi* perspektifinden uzaklaştırmaktadır.
4. ***İspat hakkına dayalı bir yargılama modeli için hukuken yetkileri güçlendirilmiş, kanunların kendisine bu konuda verdiği yükümlülüklerini gereğince yerine getiren donanımlı hâkim ihtiyâcı, uygulamanın gereklilikleri ve mevcut durumu karşısında bir zorunluluktur.*** İspat hakkı açısından güvenceli sistemler kurmuş olan hukuk sistemlerine bakıldığında, sistemi *hukuken yetkileri ve konumu güçlü, donanımlı, delilleri ne şekilde değerlendireceğini* bilen hâkimlerin önemli rol üstlendiği görülmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da hâkime bu kapsamda çok sayıda yetki verilmiştir. Bununla birlikte Türk hukuk uygulamasında hâkimlerin bu yetkileri kullanmaktan kaçındıkları aşikârdır. Hâkimin güçlü olmadığı, yetkilerini kullanmadığı, yargılama ve ispat sürecini yönetmediği bir yargılamada ispat hakkının tam ve gereğince tesis edilmesi neredeyse imkânsızdır.
5. ***Kesin delille ispat sistemi, ispat hakkını -hukuka aykırı şekilde- sınırlandıran bir kurum olmasının yanısıra hukuk uygulayıcılarını, delilleri takdir etme ve ispat sürecinin ispat hakkını güvence altına alınacak şekilde yönetilmesi konusunda körelterek ispat hakkına sistemin bütünü içerisinde dolaylı olarak da zarar vermektedir.*** Bugün geçerli olan kanunî delil sistemi ve onun gönülden bağlı bir kölesi hâline gelen, getirilen Türk hukuk uygulayıcıları ispat hakkı ile diğer temel hakların

[3] Sancar, s. 15.

çatışmasını dengeleyecek sağduyudan da, ispat hakkı ihlâline sebep olacak uygulamaları tespit ve değerlendirmekten de uzaktır. Bunun en somut örneği hukukumuzda ispat hakkı sınırlamaları arasında en çok Türk hâkimine tanıdık gelen -*en azından ceza yargısından âşikar olunan*-, hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller meselesinde dahi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden bu yana verilen kararların istikrarsızlığıdır. Türk hâkimi artık delilleri değerlendirme meselesinden o kadar fazla uzaklaşmıştır ki, bugün için medenî yargılama sistemimizde deliller konusunda takdir yetkisinin kullanılmasını gerektiren pek çok durum, ispat hakkı ihlâli ile sonuçlanabilmektedir. Hukuk uygulamamızda bu ihlâlleri tam olarak tespit edip, itiraz edebilecek ve bu anlamda ispat hakkının güvence sistemini zorlayabilecek avukatlara büyük oranda görev düşmekle birlikte, avukatların da genellikle bu görev bilincinden ve konuyla ilgili sağduyudan uzak oldukları açıktır. Türk hukukunda neredeyse 90 yıllık bir tecrübe ile delilleri takdir yetkisi kesin delille ispat -*ve özellikle senetle ispat zorunluluğu*- kuralları sebebiyle körelmiş; günümüzde adeta delilleri değerlendiren değil, mümkün olduğunca genel önermelerle ve matematiksel hesaplarla ispat sürecini yönlendiren hâkim modeli, sistemi şekillendirmektedir. Bu yaklaşım tarzının ideal ve güvenceli bir ispat sistemi oluşturamayacağı ve ispat hakkının böyle bir sistemde güvende olamayacağı tartışma taşımamaktadır.

6. ***Anayasa Mahkemesi, -özellikle bireysel başvuru yolunun açılmasıyla birlikte- ispat hakkının uygulanmasında ve güvence altına alınmasındaki kurucu etkisini devam ettirmeli; ancak âdil yargılanma hakkının mutlak ihlâline sebebiyet verecek ispat hakkı ihlâllerini değerlendirme konusundaki çekincelerini aşmalıdır.*** Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun açılmış olması, ispat hakkına dayalı bir yargılama sisteminin güvence altına alınması için başlı başına büyük bir kazanımdır. Anayasa Mahkemesi, bu hukukî çarenin kabul edilmesinden bu yana dahi, ispat hakkının gelişimine önemli katkılar sağlamıştır. İspat hakkı kataloğuna dahil her bir hakkın uygulanmasında, yorumlanmasında Mahkeme içtihatları çok büyük bir role sahiptir; her geçen gün de, Anayasa Mahkemesi, bu etkisini güçlenerek artıracaktır. Bununla birlikte Mahkeme'nin bugüne kadarki içtihatlarında en fazla eleştiriye açık olanları, delillerin değerlendirilmesi konusundaki mesafeli yaklaşımıdır. Kanaatimizce ispat sistemimizdeki en büyük sorun, hâkimlerin delillerin değerlendirilmesi konusundaki eksiklikleri olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuyu âdil

yargılanma hakkı ihlâlinden soyutlayıcı tutumu, ispat hakkının gelişiminin önünde en büyük engeldir. Zira hüküm mahkemelerinin delilleri değerlendirme yetkisinin hukuka uygunluğu denetimini yapacak üst mahkeme olan Yargıtay'ın, bu görevini yıllardır gereği gibi yerine getirmemesi -*ve istinaf kanunyolunun uygulanmıyor oluşu*- sorunu Türk hukukunda patalojik bir hâle getirmiştir. Bu sebeple kanaatimizce Anayasa Mahkemesi bu konudaki misyonunu tekrar ele almalı ve delillerin değerlendirilmesi konusundaki hataların ispat hakkı ihlâllerine -*ve dolayısıyla âdil yargılanma hakkı ihlâllerine*- sebep olup olmadığı konusunu denetim alanına çekinmeden dahil etmelidir. Zira ispat hakkının -*özellikle delillerin hatalı değerlendirilmesi hâlinde*- ihlâlinin, kural olarak yargılamayı *bir bütün olarak âdil yargılanma hakkın*dan yoksun bıraktığı, kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nce gözden kaçırılmaktadır. Ayrıca bu durumun, Anayasa Mahkemesi'nin, yerel mahkemenin yerine geçerek delilleri değerlendirmesi görevini üzerine alacağı anlamını taşımayacağı da gözardı edilmemelidir.

7. ***İspat hakkının temel haklar yelpazesinde yeri olan tek temel hak olmadığı bir gerçektir ve bu sebeple bazı temel hakların korunması amacıyla zaman zaman ispat hakkının sınırlandırılması meşru ve makûldür.*** Bununla birlikte çekinme sebepleri belirlenirken, korunmak istenen hukukî menfaat ile sınırlama getirilen temel hakkın koruduğu menfaat arasındaki denge iyi bir şekilde gözetilmelidir. Örneğin mevcut medenî yargılama sistemimizde kişinin, ticarî defterinde bulunan bir usûlsüzlüğün ortaya çıkmasını önlemek amacıyla belge ibraz etmekten kaçınması mümkün iken, can güvenliği konusunda tehditler alan bir tanığın tanıklıktan çekinme hakkı bulunmamaktadır. Bu örnekte bir yandan, kişinin kendi aleyhine suç soruşturmasına neden olabilecek bir konuda belge ibraz etmesi ispat hakkını sınırlandırmaktayken; diğer yanda, tanığın can güvenliği ispat hakkı karşısında üstün değer olarak kabul edilmemiştir. Bu sebeplerle delil ibrazından/sunulmasından çekinme sebepleri her ne kadar ispat hakkının sınırlandırılması anlamını taşımaktaysa da, ispat hakkının özünde yatan hak arama özgürlüğü ile diğer temel hak menfaatlerinin çatışması hâlinde, ölçülülük ilkesine uygun olarak yapılacak makûl bir değerlendirme neticesinde ispat hakkına müdahale edilebilir. Yeter ki, ispat hakkının sınırlandırılmasına sebep olan meşru sebep ile müdahalenin gerekliliği arasında makûl bir oran bulunsun.

Bu çalışmada ortaya konulan esaslar, yapılan değerlendirmeler ispat hakkına yaklaşım konusunda *aşırı anayasallaşmaya (Hyperkonstitutionalisierung)* yaklaşıldığını düşündürebilir[4]. Bununla birlikte ispat hakkının ve sınırlamalarının hukukî temelleri ortaya konulurken, anayasal sınırlamaları değerlendirilirken, güvence sistemi açıklanırken *özellikle* temel haklar sarhoşluğuna kapılmamak için çaba sarfedilmiştir. Nitekim bu çalışmanın amacı, konunun anayasal temellerini atmaktır; somut olaya ispat hakkını uygulayan hukuk uygulayıcılarının, ispat hakkının güvenceye kavuşmasında, uygulanmasında, yorumlanmasında aslî süje olduğu gözden kaçırılmamıştır. Bununla birlikte, bugüne kadar ispat hakkına dahil olan pek çok kurumun Türk hukukunda Anayasa'ya uygunluğu konusunda hakettiği değeri aldığını, güvenceye kavuştuğunu ifade etmek de son derece güçtür. Hatta bu çalışmada konuya ilişkin tartışmalar, değerlendirmeler temel haklar hukukunda olduğu gibi ispat hakkı konusunda da Türk hukukunun henüz *temel haklar körlüğü (Grundrechts-Blindheit)*[5] aşamasında olduğunu göstermektedir.

[4] Bu kavramın kullanımı hakkında bkz. Gilles, s. 114; Özekes, İcra Hukukunda Temel Haklar, s. 5.
[5] Bu kavramın kullanımı hakkında bkz. Gilles, s. 114; Özekes, İcra Hukukunda Temel Haklar, s. 5.

KAYNAKÇA[1]

I. MAKALELER

Akcan, Recep. "Medeni Usul Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Delil Niteliği", **SÜHFD,** C. 9, S. 1-2, 2001, (Faks Metinlerinin Önemi), ss. 159-187.

Akcan, Recep. "Çağımızdaki ve Gelecekteki Vasıtalarla Tebligat Yapılması (Tebligat Kanunu Madde 7 Üzerine Bir İnceleme)", **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan,** Ankara 2010, C. 1, (Tebligat), ss. 41-61.

Akil, Cenk. "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi", **AÜHFD,** C. 61, S. 4, 2012, (Hukuka Aykırı Deliller), ss. 1223-1270.

Akkan, Mine. "Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma", **Legal MİHDER,** S. 6, 2007, (Etkin Hukukî Koruma), ss. 29-68.

Akkan, Mine. "Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi", **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, DEÜHFD Özel Sayı,** C. 16, 2015, (Soru Kâğıdı), ss. 555-609.

Akyürek, Güçlü. "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", **TBB Dergisi,** S. 101, 2012, ss. 61-82.

Alangoya, Yavuz. "İspat Yükü Bakımında MK 3", **İÜHFM,** C. XXVII, S. 1-4, 1962, (MK 3), ss. 358-361.

Alangoya, Yavuz. "Yargılamanın Sevkindeki Prensipler ve Bu Açıdan 1711 Sayılı Kanun İle Değiştirilen 409. Madde Açısından Düşünceler", **HUMK'u Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum,** İstanbul 1976, (Yargılamanın Sevkindeki Prensipler), ss. 85-118.

Alangoya, Yavuz. "Anayasa'nın Medeni Usul Hukukuna Etkisi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,** S. 2, 1981, (Anayasa'nın Medenî Usûl Hukukuna Etkisi), ss. 1-4.

Alangoya, Yavuz. "Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan,** Ankara 2004, (Senede Karşı Senetle İspat Kuralı), ss. 521-531.

Alangoya, Yavuz. "Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasındaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında", **Kazancı Dergisi,** Mayıs/2005, (Dava Temeli), ss. 83-113.

Alangoya, Yavuz. "İsviçre'de Yeni Bir Federal Medenî Usul Kanununa Doğru", **Özer Seliçi'ye Armağan,** Ankara 2006, (İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu), ss. 83-102.

---

* Çalışmada metin içi dipnotlarda, atıf yapılan eserler -*soyadına göre- alfabetik* olarak sıralanmıştır.

* Kaynakçada *iki veya daha az* defa adı geçen dergiler ve mecmualar kısaltma ile gösterilmemiştir.

* Çalışmada bir kez atıf yapılan eserlere de, kaynakça bölümünde yer verilmiştir.

Alangoya, Yavuz. “Medenî Usûlün Amacı ve Sosyal Karekteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V (8-9 Eylül 2006 Ankara),** Ankara 2007, (Medenî Usûlün Amacı), ss. 33-54.

Aliefendioğlu, Yılmaz. “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Hukuk Devleti Anlayışı, Hukuk Devleti” (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), **HFSA Yayınları 4**, İstanbul 1998, (Hukuk Devleti), ss. 147-167.

Aliefendioğlu, Yılmaz. “2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut”, **AYD,** S. 19, 2002, (2001 Anayasa Değişiklikleri), ss. 141-177.

Allemeersch, Benoit. “The Belgian Perspective on Case Management”, **Civil Litigation, Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2008, ss. 79-89.

Ambrus, Zoltán. “Applied Technology in Litigation Proceedings (The Electronic Discovery Reference Model)”, **Electronic Technology and Civil Procedure, New Paths to Justice from Around the World (IAPL 2010 Conference),** Edt. Miklós Kengyel ve Zoltán Nemessányi, Springer, Dordrecht 2012, ss. 285-294.

Amrani-Mekki, Soraya. “The Impact of the Technologies on the Shape of Civil Procedure”, **Oral & Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure (6-8 Nov’08, Universitat de València),** International Association of Procedural Law (elektronik makale).

Andrews, Neil. “A New Civil Procedural Code for England: Party-Control 'Going, Going, Gone', **ZZPInt,** C. 4, 1999, (Going, Going, Gone), ss. 3-26.

Andrews, Neil. “'Accelerated Justice' under the English Civil Procedure Rules”, **ZZPInt,** C. 7, 2002, (Accelerated Justice), ss. 79-104.

Andrews, Neil. “The Pursuit of Truth in Modern English Civil Proceedings”, **ZZPInt,** C. 8, 2003, (Pursuit of Truth), ss. 69-96.

Andrews, Neil. “The New English Civil Procedure Rules (1998)”, **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (The New English Civil Procedure Rules), ss. 161-181.

Andrews, Neil. “English Civil Justice in a Competitive World”, **The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society, Legislative and Legal Educational Assistance to Other Countries in Procedural Law (IAPL),** Edt. Masahisa Deguchi ve Marcel Storme, Antwerpen 2008, (Competitive World), ss. 289-309.

Andrews, Neil. “The Modern Civil Process in England: Links between Private and Public Forms of Dispute Resolution”, **ZZPInt,** C. 14, 2009, (Modern Civil Process), ss. 3-32.

Andrews, Neil. “Developments in English Civil Justice: European and Global Dimensions”, **ZZPInt,** C. 15, 2010, (Global Dimensions), ss. 3-30.

Andrews, Neil. “Fundemental Principles of Civil Procedure: Order Out of Chaos”, **Civil Litigation in a Globalising World,** Edt. Xandra Kramer ve C.H. Remco van Rhee, Springer, Maastricht 2012, (Out of Chaos), ss. 19-38.

Andrews, Neil. "Case Management and Procedural Discipline in England & Wales: Fundamentals of an Essential New Technique", **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, (Case Management), ss. 335-348.

Ansay, Sabri. "Muhakemenin İadesi", **Adliye Ceridesi,** 1938, ss. 471-503.

Aria, Y. "The System of Restrictions", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Edt. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn ve L. Zwaak, 4. Bası, Intersentia, Antwerpen 2006, ss. 333-350.

Arslan, Aziz Serkan. "Doğrudanlık İlkesi", **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı - XII (18-19 Ekim 2014, Isparta),** SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, (Doğrudanlık), ss. 133-143.

Asser, W.D.H. "Within a Reosanable Time: A Joint Responsibility", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, ss. 23-29.

Aşçıoğlu, Çetin. "Yargı Kararlarında Gerekçe", **Ticaret ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VIII (26-27 Nisan 1991),** Ankara 1991, ss. 47-76.

Atalay, Oğuz. "Delil Kavramı Üzerine", **Halûk Konuralp Anısına Armağan,** C. 1, Yetkin, Ankara 2009, (Delil Kavramı), ss. 129-139.

Atalay, Oğuz. "Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması", **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan,** DEÜHFD Özel Sayısı, C. 16, 2014, (Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı), ss. 53-76.

Atalı, Murat. "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı", **Legal MİHDER,** S. 1, 2005, (İsviçre Federal Usûl Kanunu Taslağı), ss. 123-188.

Atalı, Murat. "Tarihi Bir Tesadüf: İsviçre'de ve Türkiye'de Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarıları Temel Yapıdaki Benzerlikler ve Farklılıklar", **HPD,** S. 8, 2006, (Tarihi Bir Tesadüf), ss. 111-113.

Atalı, Murat. "Medeni Usul Hukukunda Hakimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması", **Halûk Konuralp Anısına Armağan,** C. I, Yetkin, Ankara 2009, (Hâkimin Şahsî Bilgisini Kullanması), ss. 139 vd.

Ateş, Mustafa. "Hukuk Muhakemeleri Usulünde Delil Sözleşmeleri", **YD,** S. 3, 1995, (Delil Sözleşmeleri), ss. 244-263.

Ateş, Mustafa. "Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller", **Terazi Hukuk Dergisi,** S. 18, 2008/Şubat, (Hukuka Aykırı Deliller), ss. 89-105.

Aybay, Rona. "Adalet, Hukuk ve İnsan Hakları", **Uluslararası Hukuk Kurultayı (2008),** Ankara 2009 (Ankara Barosu Yayını), ss. 29-37.

Bachmann, Gregor. " 'Allgemeines Prozessrecht' - Eine kritische Untersuchung am Beispiel von Videovernehmung und Unmittelbarkeitsgrundsatz", **ZZP,** C. 118, S. 2, 2005, ss. 133-160.

Bajons, E. Marlis. "Civil Procedure for Austria Revisited. An Outline of Recent Austrian Civil Procedure Reforms", **The Reforms of Civil Procedure in**

Comparative Perspective (An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti in Florence, 12-13 December - 2003), Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, G. Giappichelli Editore - Torino 2005, (Civil Procedure for Austria Revisited), ss. 117-129.

Ballon, Oskar J. "Der Einfluß der Verfassung auf das Zivilprozeßrecht", **ZZP,** C. 96, S. 4, 1983, (Einfluß der Verfassung auf das Zivilprozeßrecht), ss. 409-486.

Başözen, Ahmet. "İlâç Kullanımı Dolayısıyla Ortaya Çıkan Zararlarda İspat Sorunu", **Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan,** Adalet, Ankara 2009, ss. 115-152.

Battal Ahmet. "Bankacılık İşlemlerinde İspat Usûlü ve Delil Sözleşmeleri", **BATİDER,** C. XIX, 1997, ss. 129-140.

Baumgärtel, Gottfried. "'Geheimverfahren' im Zivilprozess zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nach Schweizer Vorbild?", **Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag 6. April 1989,** Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1989, (Geheimverfahren), ss. 1-10.

Baumgärtel, Gottfried. "Ausprägung der prozessualen Grundprinzipien der Waffengleicheit und der fairen Prozeβführung im zivilprozessualen Beweisrecht", **Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht,** Viyana 1993, (Waffengleichheit), ss. 29-39.

Baumgärtel, Gottfried. "Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess", **Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag,** C. II, Dr. Peter Deubner Verlag 1983, (rechtswidrig erlangter Beweismittel), ss. 477-492.

Baumgärtel, Gottfried. "Treu und Glauben im Zivilprozeß", **ZZP,** C. 86, S. 4, 1973, (Treu und Glauben), ss. 353-372.

Baur, Fritz. "Die Aktivität des Richters im Prozess", **Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Teheran 1974,** Tübingen 1974, (Aktivität), ss. 187-294.

Baur, Fritz. "Parteirechte und Richterpflichten im modernen Zivilprozeß-Wandlungen und Erfahrungen", **Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag,** Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viyana 1986, (Parteirechte), ss. 75-82.

Becker-Eberhard, Ekkehard. "Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları", Çev. M. Kamil Yıldırım, **İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku,** Der. M. Kamil Yıldırım, 3. Bası, İstanbul 2003, (Dava Malzemesi), ss. 17-42.

Bekyasheva, D. I. "Preparation of Civil Case for Trial in the Russian Civil Procedure", **Middle-East J. Sci. Res.,** C. 13, 2013, ss. 90-96.

Belgesay, Mustafa Reşit. "Ehli Vukuf Mütaleasının İlmî Değeri ve Kanunî İspat Kuvvet", **İÜHFM,** S. 3-4, 1944, (Ehli Vukuf Mütaleası), ss. 543-548.

Benda, E. ve Weber, A. "Der Einfluβ der Verfassung im Prozeβrecht", **ZZP,** C. 96 S. 2, 1983, ss. 285-306.

Berkin, Necmeddin. “Borcun Eda Edildiğinin İspatı ve Bunu Kolaylaştıran Kanuni Karineler”, **İktisadî Ticarî İlimler Akademisi,** S. 2, 1976, (Kanunî Karineler), ss. 129-139.

Berkin, Necmeddin. “İspat Vasıtalarını Tayin Veyahut İspat Külfetini Tahammül Hususundaki Sözleşmeler”, **Pratik Hukuk,** C. I, (Sözleşmeler), ss. 63-64.

Bettermann, Karl August. “Hundert Jahre Zivilprozeβordnung- Das Schicksal einer liberalen Kodifikation”, **ZZP,** C. 91, S. 4, 1978, ss. 365-397.

von Bodenhausen, Eckard. “U.S. Discovery and Data Protection Laws in Europe”, **DAJV Newsletter,** S. 1, 2012, ss. 14-17.

Bolayır, Nur. “Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Temyiz İncelemesi Sırasında Yeni Delil Gösterilip Gösterilemeyeceği Sorunu”, **GÜHFD,** S. 2, 2012, (Yeni Delil Gösterilmesi), ss. 131-151.

Bolayır, Nur. “Medenî Usûl Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan,** C. I, Yetkin, Ankara 2014, (İspat Hakkı), ss. 555-585.

Bolt, Jan. “Review Essay - Procedural Laws in Europe. Towards Harmonisation (Marcel Storme ed. 2003)”, **German L.J.,** C. 6, S. 4, 2005, ss. 817-826.

Bozkurt, Tamer. “'Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş' Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle 'Sözleşme Hürriyeti' Açısından Durum”, **ABD,** Y. 66, C. 1, 2008, ss. 134-142 Aynı çalışma ayrıca Hukuk Gündemi, s. 144-153’de yayımlanmıştır.

Böhm, Peter. “Zu den rechtstheoretischen Grundlagen der Rechtspolitik Franz Kleins, Forschungsband Franz Klein (1854-1926) Leben und Wirken”, **Beiträge des Symposiums “Franz Klein zum 60. Todestag”,** Edt. Herbert Hofmeister, Manzsche Verlag, Viyana 1988, ss. 191-202.

Brazil, Wayne. “The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change”, **Vanderbilt L.R.,** C. 31, S. 6, 1978, ss. 1296-1348.

Brown, Alec. “The Improvement of Domestic Remedies with Particular Emphasis on Cases of Unreasonable Length of Proceedings, The British Experience: Reforming The European Convention on Human Rights: A Work in Progress”, **A Compilation of Publications and Documents Relevant to the Ongoing Reform of the ECHR,** Council of Europe, Strasbourg 2009, ss. 124-129.

Budak, Ali Cem. “Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller”, **YÜHFD,** C. III, S. 2, 2006, (Tıbbî Deliller), ss. 337-356.

Burbank, Stephen ve Silberman, Linda. “Civil Procedure Reform in Comparative Context: The United States of America”, **The American Journal of Comparative Law,** C. 45, S. 4, Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context, Sonbahar/1997, ss. 675-704.

Cadiet, Loïc. “Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law”, **Ritsumeikan L.R.,** S. 28, 2011, (French Civil Justice System), ss. 331-393.

Van Caengem, R.C. "History of European Civil Procedure", **International Encyclopedia of Comparative Law, Civil Procedure,** Edt. Mauro Cappelletti, C. XVI.

Calmon, Petrônio. "The Future of the Traditional Civil Procedure, Electronic Technology and Civil Procedure", **New Paths to Justice from Around the World (IAPL 2010 Conference),** Edt. Miklós Kengyel ve Zoltán Nemessányi, Springer, Dordrecht 2012, ss. 67-87.

Cappelletti, Mauro. "Social and Political Aspects of Civil Procedure - Reforms and Trends in Western and Eastern Europe", **Michigan L.R.,** C. 69, Nisan/1971, ss. 847-886.

Cappelletti, Mauro ve Garth, Bryant. "Introduction - Policies, Trends and İdeas in Civil Procedure", **International Encyclopedia of Comparative Law, Civil Procedure,** Edt. Mauro Cappelletti, C. XVI.

Carpi, Frederico. "The Parties and the Judge in the New Commercial Proceedings in Italy and the Ideological Choices", **C.J.Q.,** S. 25, 2006, ss. 70-79.

Casad, Robert. "Relationships of the Parties, the Judges and the Lawyers in the Common Law. The Case of United States", **XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados,** Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, ss. 305-314.

Chamberlain, Martin. "The Justice and Security Bill", **C.J.Q.,** C. 31, S. 4, 2012, ss. 424-429.

Chamberlain, Martin. "Update on Procedural Fairness in Closed Proceedings", **C.J.Q.,** C. 28, S. 4, 2009, ss. 448-453.

Chamberlain, Martin. "Special Advocates and Procedural Fairness in Closed Proceedings", **C.J.Q.,** C. 28, S. 3, 2009, ss. 314-326.

Chan, Peter. "Efficiency and Truth in Civil Fact-finding: The Evolving Role of the Judge in Mainland China and Hong Kong and the Effect of the Policy Preference for Court Mediation on the Fact-finding in the People's Courts", **Truth and Efficiency in Civil Litigation, Fundemental Aspects of Fact-Finding and Evidence-taking in a Comparative Context,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Alan Uzelac, Intersentia, Antwerpen 2012, ss. 231-259.

Chan, Peter ve Chan, David. "Civil Justice with Multiple Objectives", **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems,** Edt. Alan Uzelac, Springer, İsviçre 2014, ss. 143-166.

Chase, Oscar. "Reflections on Civil Procedure Reform in the United States: What has been Learned? What has been Accomplished?", **The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective (An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti in Florence, 12-13 December - 2003),** Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, G. Giappichelli Editore - Torino 2005, (Reflections on Civil Procedure Reform in the United States), ss. 163-183.

Chenoweth, Don. "Soviet Civil Procedure: History and Analysis", **Transactions of the American Philosophical Society,** C. 67, S. 6, Ekim/1977, ss. 3-55.

Ciurea, Andreea. "The Initiative of the Judge in Matters of Evidence. Aspects of

Comparative Law", **Bulletin of the Transilvania Univ. of Braşov,** C. 5 (54), S. 1, 2012, ss. 93-98.

Clark, David. "The Civil Law Influence on David Dudley Field's Code of Civil Procedure", **The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920,** Edt. Mathias Reimann, Duncker & Humblot, Berlin 1993, ss. 63-87.

Coester-Waltjen, D. "Parteiaussage und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts", **ZZP,** C. 113, S. 3, 2000, ss. 269-294.

Cohn, Ernst Joseph. "Zur Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im deutschen und englischen Zivilprozessrecht", **Festschrift Fritz von Hippel zum. 70. Geburtstag,** Tübingen 1967, (Zur Wahrheitspflicht), ss. 41-61.

Cooper, Edward. "Transnational Civil Procedure: Fact Pleading or Notice Pleading? A Viewpoint from the USA", **Uniform L.R.,** S. 4, 2001, ss. 857-870.

Çalkın, Fahri. "Hukuk Dâvalarında İsbat Hakkının Kullanılmasının Şartları", **ABD,** S. 62, 1949, ss. 17-21.

Çınar, Ali Rıza. "Hukuka Aykırı Kanıtlar", **TBBD,** S. 55, 2004, ss. 31-64.

Çiftçi, Pınar. "Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Özellikle Medenî Usûl Hukuku Açısından Delil Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu", **Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı, DEÜHFD Özel Sayı,** C. 11, 2009, (Delil Sözleşmeleri), ss. 129-182.

Çiftçi, Pınar. "Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlâlleri ve İspat Sorunları", **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, DEÜHFD Özel Sayı,** C. 16, 2014, (Boşanma), ss. 1741-1821.

Çobanoğlu, Nesrin. "Tıp Etiği Açısından Tıbbi Bilgilerin Mahremiyeti", **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Kasım 2010, Ankara),** Ankara Barosu, 2010, ss. 513-522.

Damrau, Jürgen. "Der Einfluß der Ideen Franz Kleins auf den Deutschen Zivilprozeß, Forschungsband Franz Klein (1854-1926) Leben und Wirken", **Beiträge des Symposiums "Franz Klein zum 60. Todestag",** Edt. Herbert Hofmeister, Manzsche Verlag, Viyana 1988, ss. 163-166.

Dauster, Manfred / Braun, Franz. "Verwendung fremder Daten im Zivilprozess und zivilprozessuale Beweisverbote", **NJW,** Y. 53, S. 5, 2005, ss. 313-319.

Del Duca, Louis. "Developing Global Transnational Harmonization Procedures for the Twenty-First Century: The Accelerating Pace of Common and Civil Law Convergence", **Texas İnternational L.J.,** C. 42, 2007, ss. 625-660.

Demir, Mehmet. "Hasta Tasarrufları ve Tıbbi Kayıt: Alman Hukukunda Konuya İlişkin Yasal Düzenleme", **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Kasım 2010, Ankara),** Ankara Barosu 2010, ss. 599-612.

Deren Yıldırım, Nevhis. "Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar", **Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı,** Ankara 2004, (Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi), ss. 817-832.

Deren Yıldırım, Nevhis. "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruları Esas Bakımından İncelemesi", **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan,** MÜHF-HAD Özel Sayı, C. 19, S. 2, 2013, (Bireysel Başvuru), ss. 483-488.

Dişel, Buse. "Ceza Mahkemesinin Mahkûmiyet Kararının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi ve Bekletici Sorun Yapılması", **Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı,** DEÜHFD Özel Sayı, C. 11, 2009, ss. 183-224.

Dodson, Scott ve Klebba, James. "Global Civil Procedure Trends in the Twenty-First Century", **Boston College International & Comparative L.R.,** C. 34, 2011, ss. 1-26.

Dondi, Angelo. "Abuse of Procedural Rights: Regional Report for Italy and France", **Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness,** Edt. Michele Taruffo, Kluwer Law International, The Hague 1999, ss. 109-124.

Dündar Sezer, Tijen. "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", **AHD,** S. 5, C. 3, 2014, ss. 375-411.

Dwyer, Deidre. "What is the Meaning of CPR r 1.1(1)?", **The Civil Procedure Rules Ten Years On,** Edt. Deidre Dwyer, Oxford Univ. Press, New York 2009, ss. 65-76.

Engel, Eric. "Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)", **Hanse L.R.,** C. 5, S. 2, 2009, ss. 165-173.

Ergül, Ozan. "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (10 Ocak-14 Ocak 2012),** C. I, ss. 190-201.

Ercan, İbrahim. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medenî Yargıda Avukat İle Temsil Zorunluluğu", **Legal MİHDER,** S. 5, 2006, ss. 1275-1300.

Erdönmez, Güray. "Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış", **Halûk Konuralp Anısına Armağan,** C. 1, Yetkin, Ankara 2009, ss. 223-240.

Erdönmez, Güray. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Delillerin İbrazı", **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı X, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi (1-2 Ekim 2012 İzmir),** Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2012, (Delillerin İbrazı), ss. 348-375.

Erdönmez, Güray. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı", **İBD,** C. 87, S. 5, 2013, (Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı), ss. 15-53.

Erten, Rıfat / Acır, Birsen / Taşveren, Sema. "Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **AÜHFD,** C. 45, S. 1, 1996, ss. 573-588.

Ervo, Laura. "Nordic Court Culture in Progress: Historical and Futuristic Perspectives", **The Future of Civil Litigation Access to Courts and Court-annexed Mediation in the Nordic Countries,** Edt. Laura Ervo ve Anna Nylund, Springer, İsviçre 2014, ss. 383-408.

Ervo, Laura. “Scandinavian Trends in Civil Pre-Trial Proceedings”, **C.J.Q.,** S. 26, Ekim/2007, ss. 466-483.

Farrow, Trevor. “Globalization, International Human Rights, and Civil Procedure”, **Alberta L.R.,** C. 41, S. 3, 2013-2014, ss. 671 vd.

Fasching, Hans. “Die Bedachtnahme auf Treu und Glauben im österreichischen Zivilprozeß”, **Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag,** C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, Münih 1990, (Treu und Glauben), ss. 101-110.

Fasching, Hans. “Rechtliches Gehör und Rationalisierung des zivilgerichtlichen Verfahrens in Österreich”, **Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. Marz 1996,** Seibundo, Tokyo 1996, ss. 117-136.

Fasching, Hans. “Die Weiterentwicklung des österreichen Zivilprozessrechts im Lichte der Ideen Franz Kleins, Forschungsband Franz Klein (1854-1926) Leben und Wirken”, **Beiträge des Symposiums “Franz Klein zum 60. Todestag”,** Edt. Herbert Hofmeister, Manzsche Verlag, Viyana 1988, (Franz Klein), ss. 102-104.

Fendoğlu, Hasan Tahsin. “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Ay. m. 13)”, **AYD,** C. 19, 2002, (2001 Değişikliği), ss. 111-149.

Ferrand, Frederique. “The Perspective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France”, **The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective (An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti in Florence, 12-13 December - 2003),** Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, Giappichelli Editore, Torino 2005, ss. 7-31.

Filatova, Maria. “First Instance Proceedings in Russian Civil Litigation: Main Pillars and Paradoxes”, **ZZPInt,** C. 15, 2010, ss. 309-330.

Fischer, Gerfried. “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Çev. Efe Direnisa, **YÜHFD,** C. III, S. 2, 2006, ss. 3-16.

Fischer, Nikolaj. “Electronication of Civil Litigation and Civil Justice - The Future of the Traditional Civil Procedure Facing the Electronification”, **Electronic Technology and Civil Procedure, New Paths to Justice from Around the World (IAPL 2010 Conference),** Edt. Miklós Kengyel ve Zoltán Nemessányi, Springer, Dordrecht 2012, ss. 89-99.

Fredriksen, Halvard Haukeland. “German Influence on the Development of Norwegian Civil Procedure Law”, **Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway,** Edt. Volker Lipp ve Halvard Haukeland Fredriksen, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, ss. 19-26.

Frodl, Susanne. “The Heritage of the Franz Klein Reform of Austrian Civil Procedure in 1895-1896”, **C.J.Q,** C. 31, S. 1, 2012, ss. 43-67.

Galic, Ales. “Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Slowenien”, **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mitteleuropa um die Jahrtausendwende,** Edt. Thomas Sutter-Somm ve Viktória Harsági, Schultess, Zürih 2012, ss. 87-104.

Gaul, Hans Friedhelm. "Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses", **AcP,** C. 168, 1968, (Zweck des Zivilprozesses), ss. 27-62.

Gaul, Hans Friedhelm. "Yargılamanın Amacı- Güncelliğini Koruyan Bir Konu", Çev. Nevhis Deren Yıldırım, **İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku,** Der. M. Kamil Yıldırım, 3. Bası, İstanbul 2002, ss. 82-117.

Geoffrey, C. Hazard. "Abuse of Procedural Rights: A Summary of View of the Common Law Systems", **Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness,** Edt. Michele Taruffo, Kluwer Law International, The Hague 1999, (Abuse of Procedural Rights/Summary), ss. 35-40.

Geoffrey, C. Hazard. "Abuse of Procedural Rights: Regional Report for the United States", **Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness,** Edt. Michele Taruffo, Kluwer Law International, The Hague 1999, (Abuse of Procedural Rights/US), ss. 43-52.

Gerek, Şahnaz ve Aydın, Ali Rıza. "Türk Anayasa Yargısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Yeri", **Amme İdaresi Dergisi,** C. 37, S. 3, Eylül/2004, ss. 83-110.

Gerhard Wagner, "Urkundenedition durch Dritte, Deutsches Recht und amerikanische Discovery", **Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag,** Mohr Siebeck 2009, ss. 801-804.

Gerhard Wagner, "Urkundenedition durch die Prozessparteien", **Juristenzeitung,** 2007, ss. 706-715.

van Gerven, Dirk. "Professional Secrecy in Europe", **Professional Secrecy of Lawyers in Europe,** The Bar of Brussels, Cambridge Univ. Press 2013, ss. 1-23.

Gilles, Peter. "Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Alanının Korunması", Çev. Hakan Pekcanıtez, **İzBD,** Y. 61, Ocak/1996, ss. 9-28.

Gilles, Peter. "Zivilgerichtsverfahren, Teletechnik und 'E-Prozessrecht' - Zu den Anfängen einer Elektronifizierung des Zivilprozesses in Deutschland und ihrer Verrechtlichung in der deutschen Zivilprozessordnung", **ZZP,** C. 118, S. 4, 2005, ss. 399-426.

Gilles, Peter. "Oral, Written and Electronic Civil Court Procedures and Questions about their Efficiency", **ZZPInt,** C. 13, 2008, ss. 283-296.

Gilles, Peter. "Civil Justice Systems and Civil Procedures in a Chancing World: Main Problems, Fundemental Problems and Perspective - A European View", **Russian L. J.,** C. II, S. 1, 2014, (Civil Justice Systems and Civil Procedures in a Chancing World), ss. 41-56.

Gilles, Peter. "Vereinheitlichung und Angleichung unterschiedlicher nationaler Rechte - Die Europäisierung des Zivilprozeßrechts als ein Beispiel", **ZZPInt,** C. 7, 2002, (Europäisierung des Zivilprozeßrechts), ss. 3-39.

Giorgiantonio, Cristina. "Civil Procedure Reforms in Italy: Concentration Principle, Adversarial System or Case Management?", **Quaderni di Ricerca Giuridica,** Banca D'Italia, S. 66, Eylül/2009, ss. 1-34.

Giritli, İsmet. "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması", **AYD,** S. 19, 2002, ss. 88-103.

Glasser, Cyril. "Do we need a Transnational Civil Procedure Code", **The Future of Transnational Civil Litigation,** Edt. M. Andenas, Neil Andrews ve R. Nazzini, British Institute of International and Comparative Law, Londra 2004, ss. 13-17.

Goldstein, Stephan. "Relationships of the Parties, the Judges and the Lawyers in the Israeli Litigation System", **XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados,** Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, (Relationships of the Parties), ss. 363-380.

Gottwald, Peter. "Die prozessuale Aufklärungspflicht im Rechtsvergleich", **Beitrage zum Zivilprozessrecht V,** Edt. Walter Buchhegger, Springer, Viyana 1995, (Aufklärungspflicht im Rechtsvergleich), ss. 19-45.

Gottwald, Peter. "Die österreiche Zivilprozeßordnung aus deutscher Sicht", **100 Jahre österreichische Zivilprozessgesetze,** Edt. Peter G. Mayr, Verlag Österreich, Viyana 1998, ss. 179-188.

Gottwald, Peter. "The Culture and Science of Gathering Information and Proof-taking, Prozeßrecht und Rechtskulturen", **Eröffnungsvortrag und Deutsche Landesberichte zur Weltkonferenz für Prozeßrecht in Mexico City (Mexico 2003),** Edt. Peter Gilles ve Thomas Pfeiffer, Nomos 2004, (Gathering Information and Proof-taking), ss. 53-67.

Gottwald, Peter. "Defeating Delay in German Civil Procedure", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, (Delay), ss. 121-129.

Gottwald, Peter. "Die Principles of Transnational Civil Procedure und das deutsche Zivilprozessrecht", **Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag,** Mohr Siebeck, Tübingen 2009, (Die Principles of Transnational Civil Procedure), ss. 33-46.

Gottwald, Peter. "2001 Reform Kanunu'nun Ardından Almanya'da Medenî Usûl Hukuku", Çev. Murat Atalı ve Mustafa Göksu, **Legal MİHDER,** S. 3, 2006, ss. 687-704.

Göksu, Mustafa. "Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi", **Legal MİHDER,** S. 13, 2009, (Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Dayanılması), ss. 251-282.

Göksu, Tarkan. "İsviçre Medenî Usûl Hukuku'nda Belgelerin İbrazı", Çev. Dişel, Buse, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı - X (1-2 Ekim 2012, İzmir),** Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, ss. 331-347.

Gönenç, Levent. "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (10 Ocak-14 Ocak 2012),** C. I, ss. 201 vd.

Gözler, Kemal. "Anayasa Değişiklinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", **ABD,** S. 4, 2001, ss. 55 vd.

Gözler, Kemal. "Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu", **İnsan Hakları Yıllığı 1999-2000,** C. 21-22, (Askerî Yargı), ss. 77-93.

Gözler, Kemal. "Anayasa Değişiklinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", **ABD,** S. 4, 2001, (Anayasa m. 13), ss. 53-67.

Gözler, Kemal. "Yorum İlkeleri, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması", **KHP ve TBB Ortak Yayını,** Ankara 2013.

Göztepe, Ece. "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (KHP V, 30-31 Mayıs 2015 Ankara)** (http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf) . (Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi)

Graziadei, Michele. "Changing Images of the Law in XIX Century English Legal Thought (The Continental Impulse)", **The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920,** Edt. Mathias Reimann, Duncker & Humblot, Berlin 1993, ss. 115-163.

Greger, Reinhard. "Kooperation als Prozessmaxime, Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeingten Europa", **Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages,** Bielefeld 2000, (Kooperation), ss. 77-85.

Grevling, Katharine. "CPR r32.1(2): Case Management Tool or Broad Exclusionary Power?", **The Civil Procedure Rules Ten Years On,** Edt. Deidre Dwyer, Oxford Univ. Press, New York 2009, ss. 249-270.

Gruber, Urs Peter ve Kießling, Erik. "Die Vorlagepflichten der § § 142 ff. ZPO nach der Reform 2002 - Elemente der 'discovery' im neuen deutschen Gerichtsverfahren?", **ZZP,** C. 116, S. 3, 2003, ss. 305-334.

Griss, Irmgard. "The Austrian Model of Cooperation Between Judges and Parties", **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, ss. 179-184.

Grosso, Suzanne M. (Edt.). "International Discovery: Around the World in Ninety Minutes", **2008 ABA Annual Meeting, Section of Litigation August 7-10, 2008,** ss. 1-40.

Guldener, M. "Hukuk Muhakemeleri Usulünde Âfaki Hüsnüniyet Esası," Çev. Tahir Çağa, **AÜHFD,** C. III, S. 2-4, 1946, ss. 647-667.

Gümüş, Mustafa Alper. "Makbuz Verilmesi ve Borç Senedi İadesine Bağlanan Yasal Karineler (BK m. 88)", **MÜHF-HAD**, C. 17, S. 1-12, ss. 351-374.

Günal, A. Nadi. "Roma Hukukunun Temel Kriterleri", **Fikret Eren Armağanı,** Ankara 2006, (Roma Hukuku), ss. 585-601.

Güralp, Ayşe Gülin. "Medeni Yargılama Hukukunun Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Avrupa Birliği ve Konseyi'ndeki Çalışmalar", **Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı, DEÜHFD Özel Sayı,** C. 11, 2009, ss. 261-307.

Güriz, Adnan. "Adalet Kavramı", **Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan,** Konya 1991, (Adalet Kavramı), ss. 59-73.

Güriz, Adnan. "Adalet Kavramının Belirsizliği", **Adalet Kavramı,** Ankara 2001, (Adalet Kavramının Belirsizliği), ss. 7-38.

Gürkaynak, Gönenç / Yıldırım, Korhan K. / Özgökçen, M. Hakan / Aydın, A. Buğra. "Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları", **Rekabet Dergisi**, C. 12, S. 4, 2011, ss. 75-125.

Haas, Ulrich ve Beckmann, Martin. "Justizgewährungsanspruch und Zeugenschutzprogramm", **Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag,** Mohr Siebeck, Tübingen 2001, ss. 171-195.

Habscheid, J. Walther. "Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht", **Gedächtnisschrift für Hans Peters,** Springer Verlag 1967, (Persönlichkeitsrecht), ss. 840-874.

Habscheid, J. Walther. "Das Recht auf Beweis", **ZZP,** C. 96, S. 3, 1983, s. 306-333; **Effektivität des Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung - Die deutschen Landesberichte zum VII. Internationalen Kongress für Prozessrecht in Würzburg,** Edt. Peter Gilles, Köln 1983, (Recht auf Beweis), ss. 25 vd.

Habscheid, J. Walther. "Richtermacht oder Parteifreiheit Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozeßrechts", **ZZP,** C. 81, S. 3/4, 1968, ss. 175-196.

Habscheid, J. Walther. "Das Recht auf den Beweis und der Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes Juristische Entdeckungen unserer Zeit?", **Schweizerische Juristen-Zeitung,** S. 24, Y. 80, 1984, (Recht auf Beweis / der Grundsatz der Effektivität), ss. 381-387.

Habscheid, J. Walther. "Beweisverbot bei illegal, insbes. Unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts, erlangten Beweismitteln", **Gedächtnisschrift für Peter Arens,** C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Münih 1993, (Beweisverbot), ss. 187-200.

Hafızoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem. "Özel Hayata ve Hatyatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", **ABD,** Y. 67, S. 4, Güz/2009, ss. 9-22.

Hagen, Johann. "Die soziale Funktion des Prozesses", **ZZP,** C. 84, S. 4, 1971, ss. 385-395.

Harsagi, Viktoria. "The Impact of New Information Technologies on Civil Litigation", **C.J.Q.,** C. 29, S. 2, 2010, ss. 250-262.

Harten, G. V. "Gizli Deliller Karşısında Yargılamanın Zaafiyeti", Çev. Kabak, Emine, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat,** Edt. Yener Ünver, Prof. Dr. Veli Özer Özbek'e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin, Ankara 2014, ss. 615-642.

Hassemer, Winfried. "Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)", **AYD,** S. 21, 2004, ss. 168 vd.

Hay, Peter. “Informationsbeschaffung über schriftliche Unterlagen und Augenscheinsobjekte im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung des anglo-amerikanischen Rechts”, **Die Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, Die Verfahrensmässige Behandlung von Nachlässen, Ausländisches Recht und Internationales Zivilprozessrecht,** Edt. Peter F. Schlosser, Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht e.V., C. 8, Bielefeld-Gieseking 1996, ss. 1-63.

Hazard, Goeffrey. “Discovery Vices and Trans-Substantive Virtues in the Federal Rules of Civil Procedure”, **Univ. of Pennsylvania L. Rev.,** C. 137, S. 6, Haziran/1989, (Discovery Vices), ss. 2237-2247.

Hazard, Geoffrey. “Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions”, **Faculty Scholarship Series,** C. 73, 1998, ss. 1017-1028.

Hazard, Geoffrey. “From Whom No Secrets Are Hid”, **Texas L.R.,** C. 76, 1998, ss. 1672 vd.

Hazard, Geoffrey. “The ALI/UNIDROIT Project”, **The Future of Transnational Civil Litigation,** Edt. M. Andenas, Neil Andrews ve R. Nazzini, British Institute of International and Comparative Law, Londra 2004, (The ALI/UNIDROIT Project), ss. 3-9.

Heper, Yunus. “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası’nın 14. Maddesindeki Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,** Y. 5, S. 18, 2014/Temmuz, ss. 238 vd.

Heringa, Aalt W. ve Zwaak, Leo. “Right to Respect For Privacy”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights,** Edt. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn ve L. Zwaak, 4. Bası, Intersentia, Antwerpen 2006, ss. 663-750.

Hess, Burkhard. “Abuse of Procedure in Germany and Austria”, **Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness,** Edt. Michele Taruffo, Kluwer Law International, The Hague 1999, (Abuse of Procedure), ss. 151-180.

Hess, Burkhard. “Procedural Harmonisation in a European Context”, **Civil Litigation in a Globalising World,** Edt. Xandra Kramer ve C.H. Remco van Rhee, Springer, Maastricht 2012, (Harmonisation), ss. 159-174.

Hess, Burkhard. “'Mediation Judges' in Germany: Mutual Interference of EU Standards and National Developments”, **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, (Mediation Judges), ss. 185-196.

Hirsch, Ernst. “Kuvvet ve Hukuk”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı,** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No. 210, Ankara 1966, (Kuvvet ve Hukuk), ss. 173-186.

Hirsch, Ernst. “Anayasa’nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”, **Birinci Türk Hukuk Kongresi’ne Sunulan Tebliğler,** TBB Yayını, Ankara 1971, ss. 3-13.

Hochegger, Herbert. “Die Zivilprozessordnung aus der Sicht der Anwaltschaft”, **100 Jahre österreichische Zivilprozessgesetze,** Edt. Peter G. Mayr, Verlag Österreich, Viyana 1998, ss. 87-88.

Holtzoff, Alexander. “Instruments of Discovery under Federal Rules of Civil Procedure”, **Michigan L.R.,** C. 41, S. 2, Ekim/1941, ss. 205-224.

Issacharoff, Samuel. “Facts, Investigation, and the Role of Discovery”, **Litigation in England and Germany,** Edt. Peter Gottwald, Gieseking-Verlag, Bielefeld 2010, ss. 39-50.

Jagtenberg, Rob. “Mediation: A Desirable Case Management Tool for the Courts?”, **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, ss. 281-296.

Jauernig, Othmar. “Materielles Recht und Prozeßrecht”, **JuS,** S. 6, 1971, ss. 329 vd.

Jeuland, Emmanuel. “Case Management in France”, **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, ss. 349-358.

Jolowicz, J.A. “Comparative Law and The Reform of Civil Procedure”, **Legal Studies,** C. 8, S. 1, Mart/1998, ss. 1 vd.

Jongbloed, A.W. “Attempts to Accelerate Dutch Civil Procedure in teh Nineteenth and Twentieth Centuries”, **The Law’s Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, ss. 141-167.

Jongbloed, A.W. “The Netherlands (1838-2005)”, **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (European Traditions / The Netherlands), ss. 69-94.

Jongbloed, A.W. “Judicial Case Management and Efficiency in the Netherlands”, **Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2008, (Judicial Case Management), ss. 93-107.

Jung, Heike. “Der Grundsatz des fair trial in rechtsvergleichender Sicht, Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts”, **Festschrift für Gerhald Lüke zum 70. Geburtstag,** C.H. Beck’sche Verlagbuchhandlung, Münih 1997, ss. 323-336.

Junker, Abbo. “Access to Documentary Evidence in German Civil Procedure”, **Litigation in England and Germany,** Edt. Peter Gottwald, Gieseking-Verlag, Bielefeld 2010, ss. 51-62.

İlkiz, Fikret. “Gazetecilerin Haber Kaynakları Gizlidir”, **İBD,** C. 86, S. 3, 2012, ss. 24-38.

İnceoğlu, Sibel. “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı”, **Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler,** 4. Bası, İstanbul 2013, (Adil Yargılanma Hakkı).

İnceoğlu, Sibel. "Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi", **AHD,** C. 3, S. 5, 2014, (Başvuru Kararlarının Analizi), ss. 149-190.

İnceoğlu, Sibel. "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa", **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme,** 3. Baskı, İstanbul 2013, (Güvence Rejimi), ss. 23-53.

İzgi, M. Cumhur. "Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri", **Türkiye Biyoetik Dergisi,** C. 1, S. 1, 2014, ss. 25-37.

Kaboğlu, İbrahim. "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)", **AYD,** S. 8, 1991, (Hukukun Genel İlkeleri), ss. 291-322.

Kaboğlu, İbrahim. "İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği ve Anayasa Yargısı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden Günümüze", **AYD,** S. 9, 1992, (İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği), ss. 121-136.

Kaboğlu, İbrahim. "Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa'ya Yansıtılması Sorunu", **AYD,** S. 11, 1994, (Hak ve Özgürlük Anlayışı), ss. 237-252.

Kaboğlu, İbrahim. "Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa'ya Yansıtılması Sorunu", **AYD,** S. 11, 1995, (Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmeler), ss. 237-252.

Kaboğlu, İbrahim. "Nasıl Bir Çağdaş Anayasa ve Anayasa Yargısı?", **AYD,** S. 15, 1998, (Çağdaş Anayasa), ss. 185-196.

Kaboğlu, İbrahim. "Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi", **Hukuk Devleti,** Der. Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yayınları 4, İstanbul 1998, (Hukuk Devleti), ss. 89-117.

Kaboğlu, İbrahim. "2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye", **AYD,** S. 19, 2002, (Ulusal-üstü Etki), ss. 108 vd.

Kale, Serdar. "Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (HMK m. 149)", **Legal MİHDER,** C. 9, S. 25, 2013, ss. 141-156.

Kan Aydın, Ç. "Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak 'Susma Hakkı'", **TBBD,** S. 91, 2010, ss. 146-180.

Kanadoğlu, Osman Korkut. "Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi", **AYD,** S. 25, 2008, (Anayasa Mahkemesi), ss. 61-89.

Kaneti, Selim. "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu (Ankara, 12/13 Mart 1982),** Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi (MHAUM), İstanbul 1983, (Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda İspat Yükü), ss. 61-75.

Karaaslan, Vural. "Hakimin Tarafsızlığı İlkesi ile Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki", **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı - XII**

(18-19 Ekim 2014, Isparta), SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, ss. 97-131.

Karakaş, Fatma Tülay. "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", **AÜHFD,** C. 62, S. 3, 2013, ss. 729-759.

Karayalçın, Yaşar. "Hukukun Üstünlüğü (Kavram - Bazı Kavramlar)", **Hukuk Devleti,** Der. Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yayınları 4, İstanbul 1998, ss. 117-147; **AÜSBFD,** C. 47, S. 3-4, 1992, ss. 193 vd.

Karlovic, Tomislav. "Propter celeritatem dirimendarum litium - Presumptions and Stipulatio in Roman Law", **Truth and Efficiency in Civil Litigation, Fundemental Aspects of Fact-Finding and Evidence-taking in a Comparative Context,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Alan Uzelac, Intersentia, Antwerpen 2012, ss. 375-389.

Karrer, Pierre. "Internationalization of Civil Procedure - Beyond the IBA Rules of Evidence", **Uniform L.R.,** S. 4, 2004, ss. 893-897.

Katzenmeier, Christian. "Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess", **JZ,** 2002, ss. 533-540.

Kavak, İsmail ve Soykan, Elif. "Tavlı / Türkiye Davası", **TBBD,** S. 86, 2009, ss. 469-480.

Kawano, Masanori. "Electronic Technology and Civil Procedure - Applicability of Electronic Technology in the Course of Civil Procedure", **Electronic Technology and Civil Procedure, New Paths to Justice from Around the World (IAPL 2010 Conference),** Edt. Miklós Kengyel ve Zoltán Nemessányi, Springer, Dordrecht 2012, ss. 3-28.

Kaya, Bora. "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Temyiz Hakkının Anayasal Boyutu", **Hukuk Gündemi Dergisi,** S. 6, 2006, ss. 38 vd.

Kaya, Mine. "Telekomunikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması", **ABD,** S. 4, Y. 68, 2010, ss. 279-334.

Kaya, Cemil ve Akcan, Recep. "Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı", **İÜHFM,** C. LXVII, S. 1-2, 2009, ss. 123-141.

Kengyel, Miklós. "Ungarn", **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittel- und Süd- osteuropa seit 1918,** Edt. Walter H. Rechberger, Jan Sramek Verlag 2011, ss. 139-153.

Kengyel, Miklós. "Die ungarische Zivilprozessordnung 1911 - ein Meisterwerk von Sándor Plósz", **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mitteleuropa um die Jahrtausendwende,** Edt. Thomas Sutter-Somm ve Viktória Harsági, Schultess, Zürih 2012, ss. 17-29.

Kılıçoğlu, Evren. "Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebinin Tanınması - Yargılama Hukuku Perspektifinden Bir Bakış-", **MÜHF - HAD,** C. 16, S. 3-4, 2010, (Gizli Babalık Testi), ss. 279 vd.

Kılıçoğlu, Evren. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Gider Avansına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Değerlendirmeler", **Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi,** S. 99-100, Kasım-Aralık/2012, (Gider Avansı), ss. 43-126.

Kılınç, Bahadır. "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", **AYD,** S. 25, 2008, ss. 19-59.

Kılınç, Doğan. "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", **AÜHFD,** C. 61, S. 3, 2012, ss. 1089-1169.

Klamaris, Nikolaos. "Das prozessuale Grundrecht auf Justizwährung", **Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag,** C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Münih 1990, ss. 269-277.

Klausegger, Christian ve Fritz, Therese. "U.S. Discovery: The Austrian Perspective", **DAJV Newsletter,** S. 1, 2012, ss. 12-14.

Koca, Mahmut. "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı", **AÜHFD,** C. IV, S. 1-2, 2000, ss. 105-146.

Kocaoğlu, Sinan Serhat. "Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafi", **ABD,** Y. 68, C. 3, 2010, ss. 120 vd.

Koç, Evren. "Franz Klein'ın Ana Fikirlerinin Yeni Avusturya Medeni Usul Mevzuatında Süre Gelen Etkisi", **Hüseyin Hatemi Armağanı,** İstanbul 2009, ss. 1139-1146.

Kodek, Georg. "Even if you steal it, it would be admissible - Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprzess, Recht ohne Grenzen", **Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag,** Sellier European Law Publishers 2012, (Rechtswidrig erlangte Beweismittel), ss. 523-549.

Kodek, Georg. "Modern Communications and Information Technology", **Electronic Technology and Civil Procedure, New Paths to Justice from Around the World (IAPL 2010 Conference),** Edt. Miklós Kengyel ve Zoltán Nemessányi, Springer, Dordrecht 2012, ss. 261-277.

Koller, Christian. "Goals of Civil Justice, Austrian Report", **Civil Procedure in Cross-Cultural Dialogue: Eurasia Context**, **IAPL World Conference on Civil Procedure (18-21 September 2012, Moscow-Russia),** Edt. Dimitry Maleshin, Moskova 2012, (Goals of Civil Justice), ss. 136-156.

Koller, Christian. "Civil Justice in Austrian-German Tradition", **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems,** Edt. Alan Uzelac, Springer, İsviçre 2014, (Civil Justice Tradition), ss. 35-60.

Kompfel Ehrenzeller, Sabine. "Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren - ein Überblick unter Besonderer Berücksichtigung der neuen Bundesverfassung", **Der Beweis im Zivilprozess - La preuve dans le procès civil,** Edt. Christoph Leuenberger, Bern 2000, ss. 139 vd.

Kossak, Volodymyr. "Ukraine", **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittel- und Süd- osteuropa seit 1918,** Edt. Walter H. Rechberger, Jan Sramek Verlag 2011, ss. 127-138.

Kötz, Hein. "Civil Justice Systems in Europe and The United States", **Duke Journal of Comparative & International Law,** C. 13, 2003, ss. 61-77.

Kramer, Xandra E. ve C.H. Remco. "Civil Litigation in a Globalising World: An Introduction", **Civil Litigation in a Globalising World,** Edt. Xandra Kramer ve C.H. Remco van Rhee, Springer, Maastricht 2012, ss. 1-18.

Kritzer, Herbert M. "American Adversarialism review essay on Robert Kagan's Adversarial Legalism", **Law & Society Review,** C. 38, 2004, ss. 368 vd.

Kurt Konca, Nesibe. "Medenî Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğruyalık İlkesi", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan,** Ankara 2008, (Doğrudan Doğruyalık), ss. 599-625.

Kurt Konca, Nesibe. "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması", **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı - XII (18-19 Ekim 2014, Isparta),** SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, (Aleniyetin Sınırlandırılması), ss. 65-95.

Kurt Konca, Nesibe. "Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **TBB Dergisi,** S. 114, 2014, (Tebligata İlişkin Sorunlar), ss. 239-274.

Kurtz, Birgit. "U.S. Discovery: An Introduction", **DAJV Newsletter,** S. 1, 2012, ss. 6-9.

Kuru, Baki ve Budak, Ali Cem. "Hukuk Muhakemeleri Kanunun Getirdiği Başlıca Yenilikler", **İBD,** C. 85, S. 5, 2011, ss. 3-43.

Küçükgüngör, Erkan. "Tıbbi Kayıtlarda Sır Saklama Yükümlülüğü", **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Kasım 2010, Ankara),** Ankara Barosu 2010, ss. 554-576.

Langbein, John. "The German Advantage in Civil Procedure", **The Univ. of Chicago L.R.,** C. 52, S. 4, Bahar/1995, (The German Advantage), ss. 823-866.

Langbein, John. "The Influence of Comparative Procedure in the United States", **Faculty Scholarship Series 1995,** Paper 505 (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/505).

Lasprogata, Gail / King, Nancy J. / Pillay, Sukanya. "Regulation of Electronic Employee Monitoring: Identifying Fundamental Principles of Employee Privacy through a Comparative Study of Data Privacy Legislation in the European Union, United States and Canada", **Stanford Technology L.R.,** S. 4, 2004, (elektronik makale).

Leipold, Dieter. "Zivilprozeßrecht und Ideologie", **JZ,** 1982, (Ideologie), ss. 441-448.

Leipold, Dieter. "Wahrheit und Beweis im Zivilprozeß", **Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. Marz 1996,** Seibundo, Tokyo 1996, ss. 301-320.

Leipold, Dieter. "Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess", **Festschrift für Walter Gerhardt,** RWS Verlag Köln 2004, ss. 563-567.

Leipold, Dieter. "Oral and Written Elements Within the Introductory Phase of Civil Procedure", **Oral & Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure (6-8 Nov'08, Universitat de València),** International Association of Procedural Law 2012, (Convergence with European Civil Procedure), ss. 119-163.

Lind, E. Allan / Thibaut, John / Walker, Laurens. "Discovery and Presentation of Evidence in Adversary and Nonadversary Proceedings", **Michigan L.R.,** C. 71, S. 6, Mayıs/1973, ss. 1129-1144.

Lipp, Volker ve Fredriksen, Halvard Haukeland. "Introduction: A Call for German-Norwegian Rechtsvergleichung of Civil Procedure", **Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway,** Edt. Volker Lipp ve Halvard Fredriksen, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, ss. 1-5.

Lüke, Gerhard. "Der Informationsanspruch im Zivilrecht", **JuS,** S. 1, 1986, (Informationsanspruch), ss. 2-7.

Maleshin, Dimitry. "Some Cultural Characteristics of the New Russian Code of Civil Procedure of 2002", **ZZPInt,** C. 10, 2005, (Cultural Characteristics), ss. 385-390.

Maleshin, Dmitry. "The Russian Style of Civil Procedure", **Emory International L.R.,** C. 21, 2007, (Civil Procedure), ss. 543-562.

Maniotis, Dimitris. "Some Remarks Concerning the Probative Weight of Electronic Documents", **Electronic Technology and Civil Procedure, New Paths to Justice from Around the World (IAPL 2010 Conference),** Edt. Miklós Kengyel ve Zoltán Nemessányi, Springer, Dordrecht 2012, ss. 279-284.

Marcus, Richard. "The Revival of Fact Pleading under the Federal Rules of Civil Procedure", **Columbia L.R.,** C. 86, S. 3, Nisan/1986, (Fact Pleading), ss. 433-494.

Marcus, Richard. "Goals of Civil Justice, American Report", **Civil Procedure in Cross-Cultural Dialogue: Eurasia Context, IAPL World Conference on Civil Procedure (18-21 September 2012, Moscow-Russia),** Edt. Dimitry Maleshin, Moskova 2012, (Goals of Civil Justice), ss. 227-233.

Marcus, Richard. "'American Exceptionalism' in Goals for Civil Litigation", **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems,** Edt. Alan Uzelac, Springer, İsviçre 2014, (American Exceptionalism), ss. 123-142.

Marfording, Annette. "The Relations Between the Parties, Judges, and Lawyers in the Australian Civil Justice System", **XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados, Universidad Nacional Autónoma de México,** México 2005, ss. 153-178.

Mckenna, Judith A. ve Wiggins C., Elizabeth. "Emprical Research on Civil Discovery" (Symposium Conference On Discovery Rules), **Boston College L.R.,** C. 39, S. 3, ss. 785-807.

Méndez, Francisco Ramos. "Abuse of Procedural Rights? Spain and Protugal", **Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness,** Edt. Michele Taruffo, Kluwer Law International, The Hague 1999, ss. 181-189.

Meriç, Nedim. “Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı, DEÜHFD Özel Sayı,** C. 11, 2009, (Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü), ss. 377-424.

Metzger, Ernest. “Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure”, **Law and History Review,** S. 22/2, Yaz/2004, (Principles of Procedure), ss. 243-275.

Metzger, Ernest. “An Outline of Roman Civil Procedure”, **Roman Legal Tradition** S. 9, 2013, (Roman Civil Procedure), ss. 1-30.

Meyer, Peter. “Wandel des Prozessrechtsverständnisses - vom 'liberalen' zum 'sozialen' Zivilprozess?”, **JR,** S. 1, 2004, ss. 1-7.

Millar, Robert Wyness. “The Mechanism of Fact-Discovery: A Study in Comparative Civil Procedure”, **İllinois Law Rev.,** C. 32, 1937-1938, ss. 261 vd.

Morgan, Edmund M. “The Code of Evidence Proposed by the American Law Institute”, **American Bar Association Journal,** C. 27, S. 9, 1941, ss. 539-541.

Mosk Richard M. ve Ginsburg, Tom. “Evidentiary Privileges in International Arbitration”, **The International and Comparative Quarterly,** C. 50, S. 2, Nisan/2001, ss. 345-385.

Murray, Peter. “Civil Justice Reform in America: The 1990 Civil Justice Reform Act and Its Consequences”, **ZZPInt,** C. 3, 1998, (Civil Justice Reform), ss. 319-338.

Murray, Peter. “The American Legal System in the Global Legal Order: The Influence of American Law and Legal Institutions in the Modern World”, **ZZPInt,** C. 9, 2004, (Global Legal Order), ss. 245-266.

Murray, Peter. “Taking Evidence Abroad - Understanding American Exceptionalism”, **ZZPInt,** C. 10, 2005, ss. 343-358.

Murray, Peter ve Sheldon, John. “Rethinking the Rules of Evidentiary Admissibility in Non-Jury Trials”, **ZZPInt,** C. 8, 2003, ss. 567-576.

Musielak, Hans-Joachim. “Verfassungsrechtlich fundierte Verfahrensgrundsätze im Zivilprozess und die Rechtsfolgen ihrer Verletzung”, **Gedenkschrift für Ferdinand O. Kopp, Modernisierung von Justiz und Verwaltung,** Edt. Dirk Heckmann, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart 2007, ss. 56-70.

Ng, Gar Yein. “Case Management: Procedural law v. Best Practices”, **Civil Justice Between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Alan Uzelac, Intersentia, Antwerpen 2008, ss. 103-129; **Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2008, ss. 111-133.

Niemi Kiesiläinen, Johanna. “Efficiency and Justice in Procedural Reforms: The Rise and Fall of the Oral Hearing”, **Civil Justice Between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Alan Uzelac, Intersentia, Antwerpen 2008, ss. 29-45.

Nuhoğlu, Ayşe. “Beden Muayenesi”, **YÜHFD Özel Sayı: Türk-Alman Hukuku Sempozyumu,** C. III, S. 2, 2006, ss. 323-336.

Oberhammer, Paul. "Parteiaussage, Parteivernehmung und frei Beweiswürdigung am Ende des 20. Jahrhunderts", **ZZP,** C. 113, S. 3, 2000, (Parteiaussage, Parteivernehmung), ss. 295-326.

Oberhammer, Paul. "Speeding up Civil Litigation in Austria: Past and Present Instruments", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, (Speeding Up), ss. 217-232.

Oberhammer, Paul ve Domej, Tanja. "Party Interrogation as Evidence: Germany, Switzerland and Austria", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Party Interogation / Germany, Switzerland, Austria), ss. 255-260.

Oberhammer, Paul ve Domej, Tanja. "Powers of the Judge: Germany, Switzerland and Austria", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Powers of the Judge / Germany, Switzerland, Austria), ss. 295-304.

Oberhammer, Paul ve Domej, Tanja. "Delay in Austrian Civil Procedure and the Legitator's Response", **Within a Reasonable Time, The History of Due and Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Duncker & Humblot, Berlin 2010, (Within a Reasonable Time), ss. 255-277.

Odendahl, Hanswerner. "Boşanma ve Boşanmada Kusur Meselesi Üzerine Düşünceler", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan,** Ankara 2008, ss. 643-657.

Oder, Bertil Emral. "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruda İlk Evre", **Güncel Hukuk Dergisi,** S. 117, Eylül/2013, ss. 18 vd.

Olzen, Dirk. "Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß", **ZZP,** C. 98, S. 4, 1985, ss. 403-426.

van Orshoven, Paul. "Party Interrogation as Evidence: Belgium", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Party Interrogation / Belgium), ss. 253-254.

van Orshoven, Paul. "Powers of the Judge: Belgium", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Powers of the Judge / Belgium), ss. 291-293.

Plotnikoff, Joyce. "Case Control as Social Policy: Civil Case Management Legislation in the United States", **C.J.Q.,** C. 10, 1991, ss. 230-245.

Riesenfeld, Stefan. "The Impact of German Legal Ideas and Institutions on Legal Thought and Institutions in the United States", **The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920,** Edt. Mathias Reimann, Duncker & Humblot, Berlin 1993, ss. 89-98.

Rezaizadeh, Peyman. "International Trade Law and Civil Procedure Cross-Influence between Continental European", **Life Science Journal,** S. 9, 2012, ss. 1655-1659.

Öcal, Bahar. "Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri", **AÜHFD,** C. 60, S. 3, 2011, ss. 523-570.

Ökçesiz, Hayrettin. "Hukuk Devleti", **Hukuk Devleti,** Der. Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yayınları 4, İstanbul 1998, (Hukuk Devleti), ss. 17-35.

Ökçesiz, Hayrettin. "İnsan ve Hukuk Devleti", **Hukuk Devleti,** Der. Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yayınları 4, İstanbul 1998, (İnsan ve Hukuk Devleti), ss. 35-44.

Ökçesiz, Hayrettin. "Hukuk Devleti Olgusu", **Hukuk Devleti,** Der. Ökçesiz, Hayrettin, HFSA 4, İstanbul 1998, (Hukuk Devleti Olgusu), ss. 44-56.

Özbay, İbrahim ve Aksan Nar, Şerife. "Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul", **EÜHFD,** C. XIV, S. 3-4, 2010, ss. 187-226.

Özbek, Mustafa Serdar. "Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim", **Legal MİHDER,** S. 4, 2006, (Adalete Erişim), ss. 907-928.

Özbek, Mustafa Serdar. "Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler", **AÜHFD,** C. 55, S. 1, 2006, (Adalet Hizmetlerinin Etkinliği), ss. 207-292.

Özbek, Veli Özer. "Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", **YÜHFD,** Özel Sayı: Türk-Alman Hukuku Sempozyumu, C. III, S. 2, 2006, (Tıbbî Deliller), ss. 357-406.

Özbilen, Arif Barış. "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,** Y. 12, S. 24, 2013, ss. 99-124.

Özbudun, Ergun. "Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975,** C. I, Ankara 1977, (Haberleşmenin Gizliliği), ss. 265-295.

Özbudun, Ergun. "Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü", **AYD,** S. 24, 2007, (Demokrasi ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü), ss. 359-364.

Özdemir, Hayrınüsa. "Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler", **EÜHFD,** C. XIII, S. 1-2, 2009, ss. 285-303.

Özdemir, Y. Metin. "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası'nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması", **AHD,** S. 5, C. 3, 2014, ss. 413-442

Özekes, Muhammet. "Usulsüz Tebligat ve Dürüstlük Kuralı (Karar İncelemesi)", **Manisa Barosu Dergisi,** S. 66, 1998, (Usûlsüz Tebligat), ss. 56-63.

Özekes, Muhammet. "Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekâlet Ücreti", **Legal MİHDER,** S. 1, 2005, (Vekâlet Ücreti), ss. 29-49.

Özekes, Muhammet. "FSEK'de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi", **Legal Fikrî ve Sınaî Haklar Dergisi,** S. 1, 2005, (FSEK m. 76), ss. 77-87.

Özekes, Muhammet. "Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama: HMK Tasarısı'nda Ön İnceleme", **HPD,** S. 8, Eylül/2006, (Ön İnceleme), ss. 101-110.

Özekes, Muhammet. "Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerekçe", **İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı (İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi) (Yargıtay-Ankara/3-4 Mayıs 2007),** Ankara 2007, (Gerekçe), ss. 72-99.

Özekes, Muhammet. "İcra ve İflâs Kanunu'nda Yer Alan Kredi Kurumları İle İlgili İcra Hükümlerinin Eleştirisi (Tebliğ)", **Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (8 Haziran 2007),** ss. 103-119.

Özekes, Muhammet. "Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur", **Halûk Konuralp Anısına Armağan,** C. 1, Yetkin, Ankara 2009, (Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur), ss. 745-781.

Özekes, Muhammet. "HMK Bakımından Dava Diekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler", **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, DEÜHFD Özel Sayı,** C. 16, 2014, (Dava Dilekçesinde Eksiklik), ss. 263-300.

Öztek, Selçuk. "Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları (Törenden Şekle: Hususî Adaletten Devlet Adaletine)", **İÜHFM**, C. LI, S. 1-4, (Roma Medenî Usûl Hukuku), ss. 335-372.

Pantazopoulos, Anthanassios. "Der Öffentlichkeitsgrundsatz in Zivilprozess", **ZZPInt,** C. 13, 2008, ss. 319-350.

Pawlowski, Hanns Martin. "Aufgabe des Zivilprozesses", **ZZP,** C. 80, S. 5/6, 1967, ss. 345-391.

Pekcanıtez, Hakan. "Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti", **AYD,** S. 12, Ankara 1995, (Anayasa Şikayeti), ss. 257 vd.

Pekcanıtez, Hakan. "Medeni Yargıda Adil Yargılama", **İzBD,** 1997/Nisan, (Adil Yargılanma Hakkı), ss. 35-61.

Pekcanıtez, Hakan. "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi", **İzBD,** Ekim/1999, (Alenîyet İlkesi), ss. 21-42.

Pekcanıtez, Hakan. "Hukukî Dinlenilme Hakkı", **Seyfullah Edis'e Armağan,** İzmir 2000, (Hukukî Dinlenilme Hakkı), ss. 753-791.

Pekcanıtez, Hakan. "Medenî Usul Hukukunda Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi (HUMK m. 445/11)", **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı,** Ankara 2004, (Yargılanmanın Yenilenmesi), ss. 515-551.

Pekcanıtez, Hakan. "Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı", **HPD** 2006/Eylül, S. 8, s. 69-78. (HMK Tasarısı)

Pekcanıtez, Hakan. "Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı", **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V (8-9 Eylül 2006 Ankara),** Ankara 2007, (HMK Tanıtım), ss. 3-31.

Pekcanıtez, Hakan. "Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi", **Halûk Konuralp Anısına Armağan,** C. 2, Yetkin, Ankara 2009, (Hukuka Aykırı Deliller), ss. 789-850.

Petek, Hasan. "Terke Dayalı Boşanmada Manevî Tazminat", **DEÜHFD,** C. 12, S. 2, 2010, ss. 43-78.

Peters, Egbert. “Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozess”, **ZZP,** C. 76, S. 3, 1963, (rechtswidrig erlangter Beweise), ss. 145-188.

Peters, Egbert. “Auf dem Weg zu einer allgemeinen Prozeßförderungspflicht der Parteien?”, **Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag,** C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, Münih 1990, (Prozeßförderungspflicht), ss. 399-408.

Peyrano, J.W. “The Evidence Between Orality and Writing”, **Oral & Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure (6-8 Nov’08, Universitat de València),** International Association of Procedural Law (Elektronik makale).

Pfeiffer, Thomas. “Relationships Between The Parties, The Judges and The Lawyers in Germany”, **XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados, Universidad Nacional Autónoma de México,** México 2005, ss. 87-102.

Postacıoğlu, İlhan. “HUMK. nun 288 ve 290. Maddelerinin 1711 Sayılı Kanunla Aldığı Yeni Şekil”, **HUMK’nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum,** İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, (Sempozyum), ss. 11-17.

Povlakic, Meliha. “Bosnien und Herzegowina”, **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittel- und Süd- osteuropa seit 1918,** Edt. Walter H. Rechberger, Jan Sramek Verlag 2011, ss. 204-213.

Priestley, L.J. “Transnational Civil Procedure - Fact Pleading v. Notice Pleading: its Significance in the Development of Evidence”, **Uniform L.R.,** S. 4, 2001, ss. 841-855.

Prütting, Hanns. “Die materielle Prozessleitung”, **Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag,** Verlag C.H. Beck, Münih 2004, (Prozessleitung), ss. 397-410.

Prütting, Hanns. “Arabuluculuk ve Hukuk Devleti”, Çev. Pınar Çiftçi, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı - IX (15-16 Ekim 2010 / Ankara),** TBB Yayınları 215, Ankara 2012, ss. 234-255.

Rechberger, Walter. “Das Recht auf Mitwirkung im österreichischen Zivilverfahren im Lichte von Art. 6 EMRK”, **ZZP,** C. 106, S. 3, 1993, ss. 347-370.

Rechberger, Walter. “Ein Rückblick auf das Prozessrecht des 20. Jahrhunderts”, **Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Zivilverfahrensrechts,** Edt. Peter Gottwald, Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht e.V., Bielefeld-Gieseking 2002, ss. 7-12.

Rechberger, Walter. “Relations Between Parties, Judges and Lawyers. Modern Civil Procedure and the Balance of Procedural Forces”, **XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados, Universidad Nacional Autónoma de México,** México 2005, (Relations Between Parties, Judges and Lawyers), ss. 179-188.

Rechberger, Walter. “Die österreichische ZPO 1985 - (k)ein Vorbild für die ungarische ZPO 1911?”, **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mitteleuropa um die Jahrtausendwende,** Edt. Thomas Sutter-Somm ve Viktória Harsági, Schultess, Zürih 2012, ss. 1-15.

Rechberger, Walther ve Klicka, Thomas. “Accelerating Civil Litigation in Austria in the Twentieth Century”, **The Law’s Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, ss. 233-245.

Reichenbach, S. Bettina. “Zivilprozessuale Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Informationen am Beispiel heimlicher Vaterschaftstests”, **AcP,** S. 206, 2006, ss. 598-623.

van Rhee, C.H. Remco. “Towards a Procedural Ius Commune?”, **Remedies in Zuid-Afrika en Europa,** Edt. J. Smits ve G. Lubbe, Antwerpen 2003, (Procedural Ius Commune), ss. 217-232.

van Rhee, C.H. Remco. “Measures to Speed up Civil Litigation in the Sixteenth Century Low Countries”, **The Law’s Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, (Speed Up), ss. 247-255.

van Rhee, C.H. Remco. “The Law’s Delay; An Introdoction”, **The Law’s Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, (Delay), ss. 1-21.

van Rhee, C.H. Remco. “English Civil Procedure Until the Civil Procedure Rules (1998)”, **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (European Traditions / English Civil Procedure), ss. 129-157.

van Rhee, C.H. Remco. “Party Interrogation as Evidence: England and Wales”, **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Party Interogation / England and Wales), ss. 261-265.

van Rhee, C.H. Remco. “The Influence of the French Code de Procédure Civile (1806) in 19th Century Europe”, **De la Commémoration d’un code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France,** Paris: LexisNexis/Litec, (Influence of the French Code de Procédure Civile), ss. 129-165.

van Rhee, C.H. Remco. “Introduction”, **Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2008, (Judicial Case Management / Introduction), ss. 1-10.

van Rhee, C.H. Remco. “The Development of Civil Procedural Law in Twentieth Century Europe: From Party Autonomy to Judicial Case Management and Efficiency”, **Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2008, (From Party Autonomy to Judicial Case Management), ss. 11-23.

van Rhee, C.H. Remco. "Introduction", **Within a Reasonable Time, The History of Due and Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Duncker & Humblot, Berlin 2010, (Within a Reasonable Time), ss. 7-37.

van Rhee, C.H. Remco. "Harmonisation of Civil Procedure: An Historical and Comparative Perspective", **Civil Litigation in a Globalising World,** Edt. Xandra Kramer ve C.H. Remco van Rhee, Springer, Maastricht 2012, (Harmonisation), ss. 39-64.

van Rhee, C.H. Remco. "Obligations of the Parties and Their Lawyers in Civil Litigation: The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure", **Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag,** Verlag C.H. Beck, Münih 2014, (Obligations of the Parties), ss. 669-681.

C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin. "The Role of the Judge and the Parties in Civil Litigation in China and Europe: An Introduction", **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, ss. 1-11.

Rijavec, Vesna. "Slowenian", **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mitteleuropa um die Jahrtausendwende,** Edt. Thomas Sutter-Somm ve Viktória Harsági, Schultess, Zürih 2012, ss. 87-89.

Rodriguez, Rodrigo. "Geheimnisschutz in der neuen Schweizerischen ZPO", **ZZP,** C. 123, S. 3, 2010, ss. 321-346.

Rozakis, Christos. "The Right to a Fair Trial in Civil Cases", **Judicial Studies Insitute Journal,** S. 4, 2004, ss. 96-106.

Rutgers, G. ve Rutgers, J.W. "Reform of the Code of Civil Procedure in the Netherlands", **The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective (An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti in Florence, 12-13 December - 2003),** Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, G. Giappichelli Editore, Torino 2005, ss. 131-141.

Rühl, Giesela. "Preparing Germany for the 21st Century: The Reform of the Code of Civil Procedure", **German L.J.,** C. 6, S. 6, 2005, ss. 909-942.

Rüßmann, Helmut. "Electronic Documents. Security and Authenticity", **Electronic Technology and Civil Procedure, New Paths to Justice from Around the World (IAPL 2010 Conference),** Edt. Miklós Kengyel ve Zoltán Nemessányi, Springer, Dordrecht 2012, ss. 233-259.

Saenger, Ingo. "Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts aus deutscher Sicht", **ZZP,** C. 121, S. 2, 2008, (Beweisrechts), ss. 139-164.

Saenger, Ingo. "Case Management in Germany", **Litigation in England and Germany,** Edt. Peter Gottwald, Gieseking-Verlag, Bielefeld 2010, (Case Management in Germany), ss. 15-38.

Sağlam, Fazıl. "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", **AYD,** S. 19, 2002, ss. 288-310.

Sağlam, Mehmet. "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", **AYD,** S. 19, 2002, (2001 Anayasa

Değişiklikleri), ss. 233-266.

Salihpaşaoğlu, Yaşar. "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Bir Değerlendirme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. XVII, S. 3, 2013, ss. 227-266.

Sancar, Mithat. "İnsan Hakları Açısından 1982 Anayasası", **Amme İdaresi Dergisi,** C. 25, S. 2, 1992/Haziran, (1982 Anayasası), ss. 3-23.

Schilken, Ernst. "Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü", Çev. Nevhis Deren Yıldırım, **İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku**, 3. Bası, İstanbul 2003, ss. 43-66.

Schlosser, Peter. "Verwertungsbeschränkungen bei Informationen, die im Rahmen eines Zivilprozesses erlangt wurden", **Neue Wege zum Recht, Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag,** Verlag Dr. Otto Schmidt 2006, ss. 217-236.

Schlosser, Peter Edt. **Die Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, Die Verfahrensmässige Behandlung von Nachlässen, Ausländisches Recht und Internationales Zivilprozessrecht, Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht e.V.,** C. 8, Bielefeld-Gieseking 1996.

Schumacher, Hubertus. "Geheimnisschutz im Zivilprozess aus österreichischer Sicht", **ZZP,** C. 123, S. 3, 2010, ss. 283-302.

Shuman, Daniel. "The Origins of the Physican-patient Privilege and Professional Secret", **Southwestern L. J.,** S. 39, 1985, ss. 661-687.

Schumann, Ekkehard. "Menschenrechtskonvention und Zivilprozess", **Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag,** C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Münih 1990, ss. 449-464.

Schwab, Karl H. ve Gottwald, Peter. "Verfassung und Zivilprozess", **Effektiver Rechtschutz und Verfassungmässige Ordnung, Die Generalberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht,** Edt. Walther J. Habscheid, Würzburg 1983, ss. 1 vd.

Schwarzer, William. "Case Management in the Federal Courts", **C.J.Q.,** S. 15, Nisan 1996, ss. 151 vd.

Seif, Ulrike. "Historische Bemerkungen zur Rolle des Richters in Deutschland und England", **Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag,** Verlag C.H. Beck, Münih 2004, ss. 535-556.

Sert, Selin. "İnternet Yoluyla Elde Edilen Kişisel Verilerin Genel Boşanma Sebepleri Arasında Değerlendirilmesi Meselesi", **TBBD,** S. 116, 2015, ss. 275-292.

Serozan, Rona. "Hukukta Yöntem", **Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan,** Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı, S. 8, C. 3, 2013, (Hukukta Yöntem), ss. 2423-2440.

Serozan, Rona. "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan,** Ankara 2008, (Soybağı Hukuku), ss. 759 vd.

Seviğ, Vasfi Raşit. "Engizisyon Muhakeme Usûlü", **AÜHFD,** C. 18, S. 1-4, 1961.

Silvestri, Elizabetta. “Goals of Civil Justice, Italian Report”, **Civil Procedure in Cross-Cultural Dialogue: Eurasia Context, IAPL World Conference on Civil Procedure (18-21 September 2012, Moscow-Russia),** Edt. Dimitry Maleshin, Moskova 2012, (Goals of Civil Justice), ss. 187-195.

Silvestri, Elizabetta. “Italy: Civil Procedure in Crisis”, **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, (Civil Procedure in Crisis), ss. 235-258.

Silvestri, Elizabetta. “Goals of Civil Justice When Nothing Works: The Case of Italy”, **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems,** Edt. Alan Uzelac, Springer, İsviçre 2014, (Goals of Civil Justice / When nothing works), ss. 79-104.

Silvestri, Elizabetta. “Lost in Translation? Language Differences and Their Impact on Evidence-Taking in Litigation”, **Evidence in Contemporary Civil Procedure, Fundamental Issues in a Comparative Perspective,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Alan Uzelac, Intersentia, Antwerpen 2015, ss. 125-135.

Simil, Cemil. “Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları”, **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan,** DEÜHFD Özel Sayı, C. 16, 2014, (Davayı Aydınlatma), ss. 1351-1376.

Somer, Pervin. “Tıbbi Kayıtlar”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Kasım 2010, Ankara),** Ankara Barosu 2010, ss. 526-553.

Sonat, K. Ali. “Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Dayalı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri”, **MÜHF - HAD,** C. 19, S. 3, ss. 323-377.

Soysal, Mümtaz. “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, **AYD,** S. 2, 1985, (Anayasaya Uygunluk Denetimi), ss. 7-18.

Soysal, Mümtaz. “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, **AYD,** S. 3, 1986, (İnsan Hakları), ss. 39-49.

Stadler, Astrid. “Der Zivilprozeß und neue Formen der Informationstechnik”, **ZZP,** C. 115, S. 4, 2002, ss. 413-444.

Stadler, Astrid. “Geheimnisschutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht”, **ZZP,** C. 123, S. 3, 2010, ss. 261-282.

Stalev, Zhivko. “Sosyalist Avrupa Ülkelerinde Hukuk Yargılaması”, Çev. Ejder Yılmaz, **AÜHFD,** S. 1-4, 1976, ss. 151-183.

Storme, Marcel. “More Voice, Less Print - Why Court Proceedings Should Become More Oral”, **Oral & Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure (6-8 Nov’08, Universitat de València),** International Association of Procedural Law (elektronik makale).

Stürner, Rolf. “Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung”, **Festschrift für Fritz Bauer,** Mohr Siebeck, Tübingen 1981, (Verfahrensgrundsätze), ss. 647-666.

Stürner, Rolf. "Prozeßzweck und Verfassung", **Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag,** Carl Heymanns Verlag 1990, (Prozeßzweck), ss. 545-552.

Stürner, Rolf. "Die Partei als Beweismittel im europäischen Zivilprozeß", **Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag am 27. November 2001,** Walter de Gruyter 2001, (Partei als Beweismittel), ss. 529-540.

Stürner, Rolf. "Zur Struktur des europäischen Zivilprozesses", **Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag,** Mohr Siebeck, Tübingen 2001, (europäischen Zivilprozesses), ss. 491-505.

Stürner, Rolf. "Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions Against Non-Compliance", **Uniform L.R.,** S. 4, 2001, (Discovery), ss. 871-886.

Stürner, Rolf. "Anglo-American and Continental Civil Procedure: The English Reform as a Model for Further Harmonization", **The Future of Transnational Civil Litigation,** Edt. M. Andenas, Neil Andrews ve R. Nazzini, British Institute of International and Comparative Law, Londra 2004, (The English Reform as a Model for Further Harmonization), ss. 9-13.

Stürner, Rolf. "The Principles of Transnational Civil Procedure, An Introduction to Their Basic Conceptions", **RabelsZ,** C. 69, 2005, (Principles of Transnational Civil Procedure), ss. 201-254.

Stürner, Rolf. "Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess", **Neue Wege zum Recht, Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag,** Verlag Dr. Otto Schmidt 2006, (Informationsbeschaffung), ss. 201-216.

Stürner, Rolf. "Die 'Principles of Transnational Civil Procedure' - Eine Einführung in ihre wichtigsten Grundlagen", **ZZPInt,** C. 12, 2007, ss. 381-402.

Stürner, Rolf. "Mündlichkeit und Schriftlichkeit im europaischen Zivilprozess", **Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag,** Sellier European Law Publishers 2012, ss. 991-1004.

Sungurtekin Özkan, Meral. "Anayasal Şikayet ve Adalete Erişim", **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan,** DEÜHFD Özel Sayı, C. 16, 2014, ss. 399-410.

Sutter-Somm, Thomas. "Parteianhörung und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts", **ZZP,** C. 113, S. 3, 2000, ss. 327-346.

Şahbaz, İbrahim. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", **TBBD,** S. 54, 2004, ss. 178-216.

Şen, Ersan. "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", **CHD,** S. 3, 2007/Nisan, ss. 97-136.

Şener, Oruç Hami. "Medeni Yargılama Hukukunda Tarafların İsticvabı", **YD,** C. 16, S. 1-2, 1990, (Tarafların İsticvabı), ss. 59-76.

Şengel, Berkant. "Delil Sözleşmesi", **YD,** S. 3, 1998, ss. 266-284.

Şenocak, Zarife. "Özel Hukukta Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Sorumluluk", **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Kasım 2010, Ankara),** Ankara Barosu 2010, ss. 622-631.

Taelman, Piet. "Abuse of Procedural Rights: Regional Report for Belgium - The

Netherlands", **Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness,** Edt. Michele Taruffo, Kluwer Law International, The Hague 1999, ss. 125-150.

Tanford, Alexander. "The Ethics of Evidence", **American Journal of Trial Advocacy,** C. 25, 2002, ss. 510 vd.

Taniguchi, Yoshio. "Between Verhandlungmaxime and Adversary System - In search for Place of Japanese Civil Procedure", **Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag,** C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Münih 1990, ss. 487-502.

Taniguchi, Yoshio. "Japan's Recent Civil Procedure Reform: Ist Seeming Success and Left Problems", **The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective (An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti in Florence, 12-13 December - 2003),** Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, G. Giappichelli Editore, Torino 2005, (Japan's Recent Civil Procedure Reform), ss. 92-113.

Tanrıver, Süha. "Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", **TBBD,** S. 53, 2004, (Adil Yargılanma Hakkı), ss. 191-215.

Tanrıver, Süha. "Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi", **TBBD,** S. 65, 2006, (Hukuka Aykırı Deliller), ss. 368-377.

Tanrıver, Süha. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bilirkişi İncelemesi İle İlgili Hükümlerine Bir Bakış", **HPD,** S. 8, Eylül/2006, (Bilirkişi İncelemesi), ss. 87-96.

Taruffo, Michele. "Legal Cultures and Models of Civil Justice", **Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. Marz 1996,** Seibundo, Tokyo 1996, (Models of Civil Justice), ss. 621-637.

Taruffo, Michele. "Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness", **Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness,** Edt. Michele Taruffo, Kluwer Law International, The Hague 1999, (Abuse of Procedural Rights), ss. 3-29.

Taruffo, Michele. "Orality and Writing as Factors of Efficiency in Civil Litigation", **Oral & Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure (6-8 Nov'08, Universitat de València),** International Association of Procedural Law (Orality and Writing) (elektronik makale).

Taruffo, Michele. "Harmonisation in a Global Context: The ALI/UNIDROIT Principles", **Civil Litigation in a Globalising World,** Edt. Xandra Kramer ve C.H. Remco van Rhee, Springer, Maastricht 2012, (Global Context), ss. 207-219.

Taşpınar, Sema. "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", **AÜHFD,** S. 1-4, 1996, (Fiilî Karineler), ss. 533-572.

Taşpınar, Sema. "Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu", **Prof. Dr. Faruk Erem'e Armağanı,** Ankara 1999, (Amaç Sorunu), ss. 759-787.

Tercan, Erdal. “Medenî Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, **Prof. Dr. Şakir Berki Armağanı,** SÜHFD, C. 5, Konya 1996, (Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü), ss. 181-212.

Tercan, Erdal. “Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi”, **Legal MİHDER,** S. 18, 2011, (Tarafların Dinlenmesi), ss. 1-56.

Tombe-Grootenhuis, Marjorie. “Relationships of the Parties, the Judges and the Lawyers in Civil Contentious Proceedings”, **XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados, Universidad Nacional Autónoma de México,** México 2005, ss. 327-351.

Tomkins, Adam. “Justice and Security in the United Kingdom”, **Israel L.R.,** ISSN 0021-2237, Mayıs/2013, ss. 1-43.

Toraman, Barış. “Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan,** DEÜHFD Özel Sayı, C. 16, 2014, (İspat Hakkı), ss. 1483-1523.

Trocker, Nicolò. “Transnational Litigation, Access to Evidence and U.S. Discovery: Learning from American 'Exceptionalism'?”, **Current Topics of International Litigation,** Edt. Rolf Stürner ve M. Kawano, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, ss. 146-197.

Turner, Robert. “‘Actively’: The Word that Changed the Civil Courts”, **The Civil Procedure Rules Ten Years On,** Edt. Deidre Dwyer, Oxford Univ. Press, New York 2009, ss. 77-87.

Tutumlu, Mehmet Akif. “Hukuk Davasında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İspat Değeri”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan,** C. II, Ankara 2010, (Hukuka Aykırı Deliller), ss. 2155 vd.

Tüzüner, Özlem. “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **AÜHFD,** C. 62, S. 4, 2013, ss. 1139-1166.

Tyler, Tom R. “Procedural Justice and the Courts”, **The Journal of the American Judges Association,** C. 44, S. 1/2, (Procedural Justice), ss. 26-32.

Tyler, Tom R. ve Smith, Heather J. “Social Justice and Social Movements”, **The Handbook of Social Psychology**, Edt. D.T. Gilbert, S.T. Fiske ve G. Lindzey, C. II, 4. Bası, ss. 595-629.

Ulukapı, Ömer ve Yardımcı, Taner Emre. “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi”, **Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan,** DEÜHFD Özel Sayı, C. 16, 2014, ss. 483-507.

Umar, Bilge. “İspat Yükü Kavramı ve Bununla İlgili Bazı Kavramlar”, **İÜHFM,** S. 3-4, 1962 (İspat Yükü Kavramı), ss. 790-798.

Umar, Bilge. “Delil Anlaşmaları”, **İÜHFM,** S. 3-4, 1962, (Delil Anlaşmaları), ss. 856-862.

Umar, Bilge. “Türk Medenî Usul Hukukunda İadei Muhakeme”, **İÜHFM,** S. 1-2, 1963, (İadei Muhakeme), ss. 261-298.

Umar, Bilge. “Hak Düşüren Süreye Uyulup Uyulmadığı Konusunda İsbat Yükünü Taşıyan Taraf”, **İÜHFM,** S. 3-4, 1964, (Hak Düşüren Süre), ss. 897-914.

Umar, Bilge. “Hususi Hukukta Karineler”, **Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan,** Ankara 1964, (Karineler), ss. 181-195.

Umar, Bilge. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’na Katkı”, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V (8-9 Eylül 2006 Ankara),** Ankara 2007, ss. 87-129: **YÜHFD,** C. III, S. 1, 2006, (HMK’ya Katkı), ss. 117-183.

Uzelac, Alan. “Accelerating Civil Proceedings in Croatia - A History to Improve the Efficiency of Civil Litigation”, **The Law’s Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, (Efficiency in Civil Litigation), ss. 283-313.

Uzelac, Alan. “Harmonised Civil Procedure in a World of Structural Divergences? Lessons Learned from the CEPEJ Evaluations”, **Civil Litigation in a Globalising World,** Edt. Xandra Kramer ve C.H. Remco van Rhee, Springer, Maastricht 2012, ss. 175-206.

Uzelac, Alan. “Goals of Civil Justice, General Report”, **Civil Procedure in Cross-Cultural Dialogue: Eurasia Context, IAPL World Conference on Civil Procedure (18-21 September 2012, Moscow-Russia),** Edt. Dimitry Maleshin, Moskova 2012, (Goals of Civil Justice), ss. 111-135.

Uzelac, Alan. “Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World”, **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems,** Edt. Alan Uzelac, Springer, İsviçre 2014, (Goals of Civil Procedure), ss. 2-32.

Uzelac, Alan. “Koratien”, **Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittel- und Süd- osteuropa seit 1918,** Edt. Walther H. Rechberger, Jan Sramek Verlag 2011, ss. 175-176.

Uzun, Ertuğrul. “Yargıtay Kararlarından Örneklerle Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Zafiyeti”, **Legal MİHDER,** S. 7, 2007, ss. 359-376.

Üstündağ, Saim. “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445. Maddesinin 5. Bendine Dayanan Muhakemenin İadesi Talebine İlişkin Düşünceler”, **İÜHF 50. Yıl Armağanı,** İstanbul 1973, (Muhakemenin İadesi), ss. 387- 401.

Vacarelu, Serban S. ve Ognean, Adela. “Romania: Procedural Reforms: Plus Ça Change, Plus C’est La Meme Chose”, **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, ss. 299-331.

Valeev, Damir Kh. / Fatkhullina, L.V. / Valeeva, A. “The Jurisdiction of Russian Courts in Civil Matters”, **Truth and Efficiency in Civil Litigation, Fundemental Aspects of Fact-Finding and Evidence-taking in a Comparative Context,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Alan Uzelac, Intersentia, Antwerpen 2012, ss. 301-312.

Velayos, Martinez. “Measures to Accelerate Spanish Civil Procedure (1881-2003)”, **The Law’s Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, ss. 315-333.

Verkerk, Remme. “Party Interrogation as Evidence: The Netherlands”, **European Traditions in Civil Procedure** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Party Interrogation / The Netherlands), ss. 245-251.

Verkerk, Remme. “Powers of the Judge: The Netherlands”, **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Powers of the Judge / The Netherlands), ss. 281-289.

Verkerk, Remme. “Powers of the Judge: England and Wales”, **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Powers of the Judge / England and Wales), ss. 307-317.

Verkerk, Remme. “What is Judicial Case Management? A Transnational and European Perspective”, **Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2008, (Judicial Case Management), ss. 27-52.

Verkijk, R. “Beyond Winning: Judicial Case Management and the Role of Lawyers in the Principles of Transnational Civil Procedure”, **Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2008, (Case Management), ss. 57-76.

Visscher, Louis. “A Law and Economics View on Harmonisation of Procedural Law”, **Civil Litigation in a Globalising World,** Edt. Xandra Kramer ve C.H. Remco van Rhee, Springer, Maastricht 2012, ss. 65-92.

Vollkommer, Max. “Der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren im Zivilprozeß”, **Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns,** Verlag Vahlen, Münih 1980, (ein faires Verfahren), ss. 195-200.

Vollkommer, Max. “Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß - eine neue Prozeßmaxime?”, **Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag,** C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, Münih 1990, (Waffengleichheit), ss. 503-520.

Völzmann-Stickelbrock, Barbara. “Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit - Nicht mehr zeitmäße oder unverzichtbare Elemente des Zivilprozesses?”, **ZZP,** C. 118, S. 3, 2005, ss. 359-384.

Wall, Andrea. “Austria & Germany: A History of Successful Reforms”, **Civil Litigation in China and Europe, Essays on the Role of the Judge and the Parties,** Edt. C.H. Remco van Rhee ve Fu Yulin, Springer, Dordrecht 2013, ss. 141-179.

Walder, H. Ulrich. “Zur Berücksichtigung des Bankgeheimnisses im Zivilprozess”, **Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr. iur. Max Guldener,** Schultess Polygraphischer Verlag, Zürih 1973, ss. 351-366.

Walter, Gerhard. “Das Recht auf Beweis im Lichte der Menschenrechtskonvention (EMRK) und der schweizerischen bundesverfassung -Insbesondere zur Geltung des Rechts auf Beweis im Zivilferfahren-”, **ZBJV (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Revue de la société des Juristes Bernois)** 1991, ss. 309- 329.

Walter, Gerhard. “The German Civil Procedure Reform Act 2002: Much a Do About Nothing”, **The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective** (**An**

International Conference dedicated to Mauro Cappelletti in Florence, 12-13 December - 2003), Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, G. Giappichelli Editore, Torino 2005, (The German Civil Procedure Reform Act 2002), ss. 67-89.

Weber, Helmut. "Aktuelle Prozeßrechtsreform in England - Zugleich ein Beitrag zur Prozeßrechtsvergleichung am Beispiel des § 139 ZPO", **ZZPInt,** C. 5, 2000, ss. 59-74.

Wenger, Leopold. "The Roman Law of Civil Procedure", Çev. A. Arthur Schiller, **Tulane L.R.,** C. 354, 1930-1931.

Wetzel, Joseph. "Improving Fundamental Rights Protection in the European Union: Resolving the Conflict and Confusion Between the Luxembourg and Strasbourg Courts", **Fordham L.R.,** C. 71, S. 6, ss. 2823 vd.

Wijffels, Alain. "The Shadow of the Ancien Regime's Protracted Proceedings in the French Code of Civil Procedure (1806)", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, (French Code), ss. 361-376.

Wijffels, Alain. "French Civil Procedure (1806-1975)", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (French Civil Procedure), ss. 25-47.

Wijffels, Alain. "Party Interrogation as Evidence: France", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Party Interrogation / France), ss. 235-243.

Wijffels, Alain. "Powers of the Judge: France", **European Traditions in Civil Procedure,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2005, (Powers of the Judge / France), ss. 269-279.

Wijffels, Alain. "Undue Delay and French Code of Civil Procedure (1806)", **Within a Reasonable Time, The History of Due and Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Duncker & Humblot, Berlin 2010, (Undue Delay), ss. 319-353.

Woolf, Lord. "Adalete Erişim-Nihaî Rapor", Mustafa Özbek (Çev.), **Legal MİHDER,** S. 4, 2006, ss. 989-1002.

Yavaş, Murat. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin (m. 203-242) Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan,** Adalet, Ankara 2009, ss. 531-554.

Yenisey, Feridun. "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil", **CHD,** S. 4, 2007/Ağustos, ss. 5-60.

Yerby, Johnathan. "Legal and Ethical Issues of Employee Monitoring", **Online Journal of Applies Knowledge Management,** C. 1, S. 2, 2013, ss. 44-55.

Yessiou-Faltsi, Pelayia. "Civil Procedure in Greece (Nineteenth and Twentieth Centuries)", **The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation,** Edt. C.H. Remco van Rhee, Intersentia, Antwerpen 2004, ss. 377-391.

Yeşilırmak, Ali. "Amerikan Hukuk Enstitüsü Ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitünün Uluslarötesi Hukuk Usulü Prensipleri", **Legal MİHDER,** S. 2, 2005, (Uluslarötesi Hukuk Usulü Prensipleri), ss. 391-407.

Yıldırım, M. Kamil. "Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler", **Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan,** İstanbul 2003, (Teksif ve Sözlülük İlkeleri), ss. 467-491.

Yıldırım, M. Kamil. "İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağı'nda İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı", **Seliçi'ye Armağan,** Ankara 2006, (İspat Hakkı), ss. 679-692.

Yıldırım, M. Kamil. "Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi", **İlkeler Işığı altında Medeni Yargılama Hukuku,** Der. M. Kamil Yıldırım, İstanbul 2006, (Senetle İspat Kuralı), ss. 104-142.

Yıldırım, M. Kamil. "Avrupa İspat Hukuku Tablosu -Kitap İncelemesi-", **Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan,** İstanbul 2006, (Avrupa İspat Hukuku Tablosu), ss. 797-808.

Yıldırım, M. Kamil. "Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller", **Erdoğan Teziç'e Armağan,** İstanbul 2007, (İspat Yasakları), ss. 861-869.

Yıldırım, M. Kamil. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'ndaki İlkeler ve Yargılamanın Yapısı Hakkında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Tanıtımı", **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi,** İstanbul 2008, (İlkeler Işığında HMK), ss. 35-55.

Yıldırım, M. Kamil. "Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi", **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan,** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı 2013, C. 19, S. 2, ss. 471 vd.

Yıldız, Ali Kemal. "Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu", **YÜHFD Özel Sayı, Türk-Alman Hukuku Sempozyumu,** C. III, S. 2, 2006, (Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu), ss. 407-424.

Yılmaz, Ejder. "Demokratik Alman Cumhuriyeti Medeni Yargılama ve Takip Hukukunun Anahatları", **AÜHFD,** S. 1-4, 1980, (Demokratik Alman Cumhuriyeti Anahatları), ss. 327-420.

Yılmaz, Ejder. "Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindenliği Sorunu", **TBBD,** S. 1, 1988, (Yasayollarına Başvuru Hakkı), ss. 131-155.

Yılmaz, Ejder. "Medeni Yargıda İnsan Hakları", **TBBD,** S. 2, 1996, (Medenî yargıda İnsan Hakları), ss. 149-167.

Yılmaz, Ejder. "Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II (9 Nisan 2004, Kayseri),** (2004), ss. 67-90.

Yılmaz, Ejder. "Usul Ekonomisi", **AÜHFD,** C. 57, S. 1, 2008, (Usul Ekonomisi), ss. 243-274.

Yulin, Fu. “Social Harmony at the Cost of Trust Crisis: Goals of Civil Justice in China”, **Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems,** Edt. Alan Uzelac, Springer, İsviçre 2014, ss. 167-182.

Yüzbaşıoğlu, Necmi. “2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerine Bir Değerlendirme”, **Anayasa ve Uyum Yasaları (13-14 Aralık 2002),** TBB Yayımı 2003, (2001 Değişiklikleri), ss. 30.

Yüzbaşıoğlu, Necmi. “Türk Anayasa'sının Avrupa Anayasası’na Uyum Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme”, **AYD,** S. 22, 2005, (Uyum Sorunu), ss. 343-348.

Yongalık, Aynur. “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi”, **AÜHFD,** C. 60, S. 1, 2011, ss. 1-15.

Yoshida, Motoko. “Die Vorlagepflicht von Urkunden und die Möglichkeit des Geheimnisschutzes im japanischen Zivilprozess”, **ZZPInt,** C. 12, 2007, ss. 305-316.

Zhao, Yanrong. “Evidence Collection in the German, American and Chinese Legal System: A Comparative Analysis”, **Frontiers of Law in China,** C. 6, S. 1, Mart/2011, ss. 44-97.

Zuck, Rüdiger. “Die Konkurrenz von Verfahrensgrundrechten”, **Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19.September 2009,** De Gruyter Recht, Berlin 2009, ss. 84-103.

Zuckermann, Adrian. “English Civil Procedure - The Shift away from Party Control and Orality”, **ZZPInt,** C. 1, 1996, (Party Control), ss. 65-88.

Zuckermann, Adrian. “The Wolf Report on Access to Justice”, **ZZPInt,** C. 2, 1997, (Woolf Report), ss. 31-42.

Zuckermann, Adrian. “Court Control and Party Compliance - The Quest for Effective Litigation Management”, **The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective (An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti in Florence, 12-13 December - 2003),** Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, G. Giappichelli Editore, Torino 2005, (Court Control and Party Compliance), ss. 143-161.

Zuckerman, Adrian. “Court Control and Party Compliance - The Quest for Effective Litigation Management”, **The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective,** Edt. Nicolo Trocker ve Vincenzo Varano, G. Giappichelli Editore, Torino 2005, ss. 143-161.

Zuckermann, Adrian. “The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation”, **City of Hong Kong L.R.,** C. 1:1, Ekim/2009, (Effective Court Management), ss. 49-71.

Zuckermann, Adrian. “Litigation Management under the CPR: A Poorly-used Management Infrastructure”, **The Civil Procedure Rules Ten Years On,** Edt. Deidre Dwyer, Oxford Univ. Press, New York 2009, ss. 89-108.

Zuckermann, Adrian. “Court Case Management in England under the Civil Procedures Rules 1998”, **Litigation in England and Germany,** Edt. Peter Gottwald, Gieseking-Verlag, Bielefeld 2010, (Court Case Management in England), ss. 1-14.

Zuckermann, Adrian ve Assy, R. "Recent Developments in English Civil Procedure", **ZZPInt,** C. 15, 2010, ss. 47-63.

Zuckermann, Adrian. "Closed Material Procedure - Denial of Natural Justice: Al Rawi v The Security Service 2011 UKSC 34", **C.J.Q.,** C. 30, S. 4, 2011, ss. 344-359.

II. TEZLER VE MONOGRAFİK ÇALIŞMALAR

Acil, Fırat. **Askeri Yargının Hukuk Devletindeki Yeri** (Gazi Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2008.

Adloff, Daniel. **Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess,** Mohr Siebeck, Tübingen 2007.

Akandji-Kombe, Jean François. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap),** Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No. 7, 2008.

Akcan, Recep. **Usûl Kurallarına Dayanan Temyiz Nedenleri,** Ankara 1999.

Akın, İlhan. **Temel Hak ve Özgürlükler,** İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1333, İstanbul 1968.

Akkan, Mine. **Avukatla Temsil Zorunluluğu,** Yetkin, Ankara 2010 (Avukatla Temsil).

Akkaya, Tolga. **Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Hasredilmesi** (Eskişehir Anadolu Üniv., SBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir 2003.

Akkurt, Kemal. **AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkında Makul Süre** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2012.

Aktepe Artık, Sezin. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı,** Seçkin, Ankara 2014.

Akyol Aslan, Leyla. **Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti,** Yetkin, Ankara 2011.

Alangoya, Yavuz. **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Getirilmesine İlişkin İlkeler,** İstanbul 1979, (İlkeler).

Albayrak, Hakan. **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat,** Yetkin, Ankara 2013.

Anaklı, Ender. **Silahların Eşitliği İlkesi** (Marmara Üniv., SBE Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2006.

Andrews, Neil. **The Three Paths of Justice,** Springer, Birleşik Krallık 2012.

Arai-Takahashi, Yutaka. **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportşonality in the Jurisprudence of the ECHR,** Intersentia, Antwerpen 2002.

Aras, Bahattin. **Boşanma Davalarında Yargılama Usûlü ve Aile Mahkemeleri,** Adalet, Ankara 2011, (Boşanma).

Arkan, Sabih. **Marka Hukuku,** Ankara 1997.

Arslan, Aziz Serkan. **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi,** Adalet, Ankara 2012.

Arslan, Ramazan. **Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı,** Ankara 1989, (Dürüstlük Kuralı).

Arslan, Ramazan. **Medenî Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme),** Ankara 1977, (Yargılamanın Yenilenmesi).

Arslan Öncü, Gülay. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı,** İstanbul 2011.

Ashford, Peter. **The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, A Guide,** Cambridge Univ. Press, Birleşik Krallık 2013.

Atakan, Arda. **Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler** (Marmara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2006.

Atalay, Oğuz. **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı,** İzmir 2001, (Menfî Vakıaların İspatı).

Atalı, Murat. **Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı,** Yetkin, Ankara 2014.

Avcı, Feyzullah. **Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali** (Selçuk Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Konya 2006.

Aygül, Musa. **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller,** 2. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2014.

Balkowski, Ben. **Der Zivilprozess in der DDR von 1945 bis 1975 zwischen bürgerlicher Rechtstradition und Sozialismus** (Freiburg-Breisgau, Univ., Diss., 1999), Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2000.

Balo, Yusuf Solmaz. **Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma** (Selçuk Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya 2009.

Başözen, Ahmet. **Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı,** Adalet, Ankara 2010.

Bauer, Horst. **Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie,** Duncker & Humblot, Berlin 1973.

Baumgärtel, Gottfried. **Gleicher Zugang zum Recht für alle, Ein Grundproblem des Rechtsschutzes,** Carl Heymanns Verlag, Köln 1976.

Baygın, Cem. **Soybağı Hukuku,** Oniki Levha, İstanbul 2010.

Bayındır, Abdulaziz. **İslâm Muhâkeme Hukûku,** İstanbul 2015.

Baysal, Ulaş. **İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebeple İş Sözleşmesinin Feshi,** Adalet, Ankara 2011.

Belgesay, Mustafa Reşit. **Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller,** İstanbul 1940, (Deliller).

Belgesay, Mustafa Reşit. **Teorik ve Pratik Adliye Hukuku,** C. II, İspat Teorisi, 2. Bası, Fasikül 2, İstanbul 1947.

Belgesay, Mustafa Reşit. **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İsbat Teorisi, Hukuk ve Ceza Usulünde Deliller,** 3. Cilt, 3. Bası, İstanbul 1950, (İsbat Teorisi).

Benöhr, Iris. **EU Consumer Law and Human Rights,** Oxford, Birleşik Krallık 2014.

Bilge, Mehmet Emin. **Ticari Sırların Korunması,** 2. Baskı, Ankara 2005.

Blake, Sime. **A Practical Approach to Effective Litigation,** 7. Bası, Oxford Univ. Press, 2009.

Bolayır, Nur. **Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü,** Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

Boyar, Oya. **Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum** (Marmara Üniv., SBE, Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2008.

Bracher, Nicolas. **Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess,** Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.

Buckland, W.W. / McNair, Arnold D. / Lawson, F.H. **Roman Law and Common Law, A Comparison in Outline,** Cambridge Univ. Press, 2008.

Budak, Ali Cem. **Medenî Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması,** Beta, İstanbul 2000, (Üçüncü Kişilerin Korunması).

Cabrillo, Francisco ve Fitzpatrick, Sean. **The Economics of Courts and Litigation,** Edward Elgar Publishing, UK 2008.

Clayton, Richard ve Tomlinson, Hugh. **The Law of Human Rights,** Cilt 1, Oxford Univ. Press, New York 2009.

Cruz, Peter. **Comparative Law in a Changing World,** 3. Bası, Routledge Cavendish 2007.

Çankaya, Hürol. **Biyoteknoloji ve İnsan Hakları** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2009.

Çelikoğlu, Cengiz Topel. **Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması,** 2. Bası, Seçkin, İstanbul 2012.

Çetin, Onur. **Hak Arama Hürriyeti** (Dokuz Eylül Üniv., SBE, Kamu Hukuku, Yayımlanmamış YL Tezi), İzmir 2007.

Çiftçi, Pınar. **İcra Hukukunda Menfaat Dengesi,** Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

Çörez, Özgür. **Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askeri Yargı (Ceza) Sistemi** (Dokuz Eylül Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İzmir 2007.

Dağ, Güray. **Kişisel Verilerin Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Olarak Kullanılması** (Marmara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2011.

Damaska, Mirjan. **The Faces of Justice and State Authority, A Comparative Approach to the Legal Process,** Yale Univ. Press, Londra 1986.

David, René / Brierley, John E.C.. **Major Legal Systems in the World Today, An Introduction to the Comparative Study of Law,** 3. Bası, Stevens-Sons 1985.

Deguchi, Masahisa. **Die prozessualen Grundrechte im japanischen und deutschen einstweiligen Rechtsschutz in Zivilsachen,** Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 1991.

Demir, Nazlı Hilal. **Yasak Deliller ve İnsan Onuru** (İstanbul Kültür Üniversitesi, SBE, Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2012.

Demir Gökyayla, Cemile. **Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazı,** Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

Demircioğlu, Yaşar. **Medenî Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri,** Ankara 2007.

Doğan, Duygu. **Doğru Haber ve Bilgi Verme Görevi Doğrultusunda Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Haklarının Basın Özgürlüğündeki Yeri** (Ankara Üniv., SBE, İletişim Fakültesi, Gazetecilik Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2008.

Dreymüller, Dagmar. **Der Zeugenbeweis im Zivilprozess im common law und im deutschen Recht,** Münster 2000.

Dwyer, Deidre. **The Civil Procedure Rules Ten Years On,** Oxford Univ. Press 2009.

Engelmann, Klaus. **Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozeßrecht,** Duncker & Humblot, Berlin 1977.

Engelmann, Arthur. **A History of Continental Civil Procedure,** Çev.-Edt. Wyness Millar, Robert, Boston 1927.

Erdönmez, Güray. **Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti,** 1. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2011.

Erdönmez, Güray. **Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti,** 2. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2014.

Eren, Abdurrahman. **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri,** Beta, İstanbul 2004.

Ersoy, Uğur. **Bir İnsan Hakları Olarak "Kişisel Verilerin Korunması"** (Gazi Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2009.

Erten, Seda. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması** (İstanbul Üniv., SBE, Avrupa Birliği Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2009.

Erturgut, Mine. **Medenî Usûl Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi,** Yetkin, Ankara 2004.

Figanmeşe, İnci. **Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini** (İstanbul Üniv., Özel Hukuk, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2005.

Fink, Andreas. **Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess,** 1994 Köln.

Frohn, Hansgeorg. **Rechtliches Gehör und richterliche Entscheidung,** Duncker & Humblot, Berlin 1971.

Gedik, Ömer. **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi** (Marmara Üniv., SBE, Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2013.

Gemalmaz, Haydar Burak. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı** (İstanbul Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi), İstanbul 2008.

Gemalmaz, Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş,** Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Beta, İstanbul 2003.

Gökçe, İsmail. **Ceza Muhakemesindeki Gizli Tanık İfadelerinin Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi** (Maltepe Üniv., SBE, İnsan Hakları Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2012.

Göksu, Mustafa. **Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil,** Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Grigera Naón, Horacio ve Mason, Paul. **International Commercial Arbitration Practice: 21st Century Perspectives,** Lexis Nexis, 2013, (elektronik kitap).

Gülsoy, Mehmet Tevfik. **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu,** Ankara 2007, (Anayasa Yargısı).

Gülsoy, Mehmet Tevfik. **Türkiye'de Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı** (İstanbul Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 1994, (Anayasa'nın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı).

Gültekin, Kazım. **Anayasa Mahkemesinin Norm Denetim İşlevi** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2009.

Günal, Nadi. **Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf,** Yetkin, Ankara 2007.

Gündüz, Okan. **Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medenî Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi,** Yetkin, Ankara 2009.

Güngörmüş, Hasan. **Ceza Yargılamasında Hak Arama Özgürlüğü** (Polis Akademisi Başkanlığı, Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Suç Araştırmalı Anabilim Dalı, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı), 2010.

Güralp, Ayşe Gülin. **Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Hukuku Sistemleri'ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi,** Oniki Levha, İstanbul 2011.

Hacıbekiroğulları, Ekin. **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi,** Oniki Levha, İstanbul 2012.

Heper, Yunus. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Işığında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2007.

Hervey, Tamara K. ve Kenner, Jeff. **Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights - A Legal Perspective,** Hart Publishing 2003.

Ildırım, Ezgi. **Görgü Tanıklığında Yanılabilirlik** (İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2012.

İnceoğlu, Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı,** 4. Baskı, İstanbul 2013, (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi).

Jung, Thomas. **Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess** (Diss., Univ. Erlangen-Nürnberg, 1990).

Kaboğlu, İbrahim. **Özgürlükler Hukuku 1,** 7. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara 2013.

Kagan, Robert. **Adversarial Legalism, The American Way of Law,** Harvard Univ. Press 2001.

Kakalik, James, S. / Hensler, Deborah R. / McCaffrey, Daniel / Oshiro, Marian / Pace, Nicholas M. / Vaiana, Mary. **Discovery Management, Further Analysis of the Civil Justice Reform Act, Evaluation Data, The Institute for Civil Justice,** Rand, California 1998.

Kalaman, Sefer. **İnternette Özel Hayatın Gizliliğinin İhlal Edilmesi: Facebook** (Selçuk Üniv., SBE, Radyo Televizyon Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Konya 2011.

Kanadoğlu, Korkut. **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması,** İstanbul 2001.

Kandıralıoğulları, Pınar Çağla. **Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü,** Oniki Levha, İstanbul 2011.

Kaneti, Selim. **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru,** İstanbul 2007, (Hukuka Aykırılık).

Kankkunen, Juho. **Document Production under the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration** (Master's Thesis, Univ., Helsinki), Helsinki 2014.

Karaaslan, Vural. **Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi,** Seçkin, Ankara 2013.

Karakaya, Alaattin. **Askeri Yargının Yargılama Birliği İlkesi ve Uluslararası Standartlar Açısından Değerlendirilmesi** (Bahçeşehir Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2008.

Karakehya, Hakan. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma,** Ankara 2008. (Duruşma)

Karaman, Mehmet. **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hukuk Devleti** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2001.

Karasu, Sinem. **Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü,** Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

Karwacki, Angelika Christiane. **Der Anspruch der Parteien auf einen fairen Zivilprozess,** Carl Heymanns Verlag, Köln 1984.

Kaygısız, Mustafa ve Sever, Hanifi. **Dünyada Türkiyede Uygulamada Dedektif Sizsiniz,** Seçkin, Ankara 2014.

Kaymaz, Seyit. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı,** Seçkin, Ankara 2014.

Keskin, Onur Can. **Adil Yargılanma Hakkı ve İfade Özgürlüğü Çerçevesinde Adil Yargılanmayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2013.

Kettinger, Aleaxander. **Die Verfahrensgrundrechtsrüge** (Diss., Univ. Bayreuth 2007), Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2007.

Kılıçoğlu, Evren. **Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması** (Marmara Üniv., SBE, Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2011, (Hukuka Aykırı Deliller).

Klein, Stefanie. **Die Grundsätze der Öffentlichkeit und Mündlichkeit im Zivilprozeß im Spannungsfeld zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung** (Diss., Univ., Köln, 1995), Köln 1995.

Kofmel, Sabine. **Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren,** Stämpfli Verlag AG, Bern 1992.

Kolenoğlu, Mustafa. **Sağlık Mesleği Mensuplarının Sır Saklama ve Suçu Bildirme (İhbar) Yükümlülüğü** (İstanbul Üniv., Adli Tıp Enstitüsü, Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2009.

Konuralp, Halûk. **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları,** Yetkin, Ankara 1999, (İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları).

Konuralp, Halûk. **Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı,** Tıpkı 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2011, (Yazılı Delil Başlangıcı).

Koukouselis, Maria. **Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozess, insbesondere bei der Zeugenvernehmung** (Freiburg-Breisgau, Univ., Diss. 1989), Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 1990.

Köküsarı, İsmail. **Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi,** Adalet, Ankara 2015.

Köseoğlu, Ali Cengiz. **İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi,** Beta, İstanbul 2011.

Krautstrunk, Tobias. **Beweisvereitelung, de amissione instrumentorum bis zur Verletzung prozessualer Mitwirkungspflichten,** Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2005.

Kurkela, Matti S. ve Turunen, Sanntu. **Due Process in International Commercial Arbitration,** 2. Bası, Oxford Univ. Press 2010.

Kurt Konca, Nesibe. **Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi,** Seçkin, Ankara 2009.

Küzeci, Elif. **Kişisel Verilerin Korunması,** Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

Kwaschik, Annett. **Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess,** Mohr Siebeck, Tübingen 2004.

Landsman, Stephan. **Readings on Adversarial Justice, The American Approach to Adjudication,** West Publishing, ABD 1988.

Lang, Johannes. **Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung** (Berlin, Humboldt-Univ., Diss.) Duncker & Humblot, Berlin 1999.

Lang, Sonja. **Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO** (Diss., Köln, Univ., 2007), Peter Lang, Frankfurt am Main 2007.

Lindemeier, Alexandra. **Waffen- und Chancengleichheit im deutschen und englischen Zivilprozess,** Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2004.

Macovei, Monica. **İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz,** İnsan Hakları El Kitapları, No. 2.

Machura, Stefan. **Fairneß und Legitimität,** Nomos, Baden-Baden 2001.

Martinez-Fraga, Pedro. **The American Influence on International Commercial Arbitration, Doctrinal Developments and Discovery Methods,** Cambridge Univ. Press, Birleşik Krallık 2009.

Martinez-Torron, Javier. **Anglo-American Law and Canon Law, Canonical Roots of the Common Law Tradition,** Duncker & Humblot, Berlin 1998.

Mastı, Ahmet Korhan. **Askeri Yargıda Disiplin Mahkemeleri ve Temel Hak ve Hürriyetler** (Gazi Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2004.

Maxeiner, James. **Failures of American Civil Justice in International Perspective,** Cambridge Univ. Press 2011.

Mebrouk, Hadda. **Senetle İspat Konusunda Fransız Hukukundaki Geliştirmeler, Türk ve Cezayir Hukuku İle Karşılaştırma,** Yetkin, Ankara 2012.

Menendez, Agustin J. ve Eriksen, Erik Oddvar (Edt.). **Arguing Fundamental Rights,** Springer 2006.

Meriç, Nedim. **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi,** Yetkin, Ankara 2011.

Merryman, John Henry. **The Loneliness of the Comparative Lawyer,** Kluwer Law International 1999.

Metin, Yüksel. **Anayasanın Yorumlanması,** Ankara 2008, (Anayasanın Yorumlanması).

Metin, Yüksel. **Ölçülülük İlkesi - Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi,** Ankara 2002.

Mettenheim, Christoph. **Der Grundsatz der Prozeßökonomie im Zivilprozeß,** Duncker & Humblot, Berlin 1970.

Mole, N. ve Harby, C. **Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Kitapçıkları,** No. 3, Council of Europe 2001.

Moses, Margaret. **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration,** 2. Bası, Cambridge Univ. Press, 2012, (elektronik kitap).

Mowbray, Alastair. **Cases, Materials and Commentary on the European Convention on Human Rights,** Oxford Univ. Press, 3. Bası, Birleşik Krallık 2012.

Musielak, Hans-Joachim. **Die Grundlagen der Beweisrecht im Zivilprozess,** Walter de Gruyter, Berlin 1975.

Münks, Andrea. **Vom Parteieid zur Parteivernehmung in der Geschichte des Zivilprozesses** (Köln, Univ., Diss., 1991), Carl Heymanns Verlag 1991.

Nagel, Heinrich. **Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess,** Nomos Verlag 1967.

Namlı, Mert. **Türk ve Fransız Hukukunda İsticvap ve Tarafların Dinlenmesi** (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2007.

Namlı, Mert. **Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi,** Beta, İstanbul 2014.

Noske, Thomas. **Die Prozeßökonomie als Bestandteil des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** (Mainz, Univ., Diss., 1989).

Oder, Bertil Emrah. **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma,** Beta, İstanbul 2010, (Yorum Yöntemleri).

Oğurlu, Yücel. **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi,** Seçkin, Ankara 2002.

Ok, Birsen. **Türk Medeni Yargılama Hukukunda Senedatın İbrazı Mecburiyeti** (Galatasaray Üniv., SBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış YL Tezi), İstanbul 2008.

Okur, Nurdan. **Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**

(Gazi Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2010.

Osterloh-Konrad, Christine. **Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, Zivilrechtliche Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche und ihre Funktion im Zivilprozess,** Verlag C.H. Beck, Münih 2007.

Özbek, Mustafa Serdar. **Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı,** Yetkin, Ankara 2013.

Özekes, Muhammet. **Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı,** Yetkin, Ankara 2003.

Özdemir, Erdem. **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları,** İstanbul 2006.

Özdemir, Nevzat. **Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma,** Beta, İstanbul 2003.

Öztunç, Özgün. **Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller** (Marmama Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2010.

Öztürk, Bahri. **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları,** İzmir 1995.

Öztürk, Sezin. **Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu (TCK m. 239)** (Dokuz Eylül Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), İzmir 2009.

Pantle, Norbert. **Die Beweisunmittelbarkeit im Zivilprozeß** (Freiburg Breisgau, Univ., Diss., 1990), Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 1991.

Pasa, Barbara ve Benacchio, Antonio. **The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe,** Central European Univ. Press, Macaristan 2005.

Postacıoğlu, İlhan. **Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları,** İstanbul 1964, (Şehadetle İspat).

Pflughaupt, Matthias. **Pozessökonomie,** Mohr Siebeck, Tübingen 2011.

Ploch-Kumpf, Ute. **Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung in der Gesamtrechtsordnung** (Köln, Univ., Diss., 1995), Peter Lang, Berlin 1996.

Roth, Thomas. **Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter,** Duncker & Humblot, Berlin 2000.

Rubino-Sammartano, Mauro. **International Arbitration Law and Practice,** 2. Bası, Kluwer Law International, Hollanda 2001.

Rensen, Hartmut. **Die richterliche Hinweispflicht** (Diss., Univ., Osnabrück, 2001), Gieseking-Bielefeld 2002.

Rüzgaresen, Cumhur. **Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi,** Yetkin, Ankara 2013.

Sağlam, Fazıl. **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü,** Ankara 1982, (Hakkın Özü).

Salihpaşaoğlu, Yaşar. **Türkiye'de Basın Özgürlüğü** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2007.

Sancar, Mithat. **Temel Hakların Yorumu** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1995.

Sarıbay, Gizem. **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Feshin Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları,** Legal, İstanbul 2007.

Savaş, Burcu. **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenlerle Feshi,** Beta, İstanbul 2012.

Schatz, Stefan. **Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung** (Köln, Univ., Diss., 1992).

Schoibl, Norbert. **Die Entwicklung des österreichischen Zivilverfahrensrechts,** Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 1987.

Schwab, Karl Heinz ve Gottwald, Peter. **Verfassung und Zivilprozess,** Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1984.

Serin Of, Emine. **Boşanmanın Malî Sonuçları** (Selçuk Üniv., SBE, Yayımlanmamış YL Tezi), Konya 2008.

Sevimli, Ahmet. **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları,** Legal, İstanbul 2006.

Simil, Cemil. **Belirsiz Alacak Davası,** Oniki Levha, İstanbul 2013.

Späth, Stefan. **The Parteiöffentlichkeit des Zivilprozesses, Die Informationspflichten des Gerichts gegenüber den Parteien** (Diss., Univ., Hamburg, 1995), LIT Verlag, Münster 1995.

Stein, Peter. **Roman Law in European History,** Cambridge Univ. Press, UK 2004.

Stürner, Rolf. **Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses,** Mohr Siebeck, Tübingen 1976.

Sungurtekin Özkan, Meral ve Özdemir Türkoğlu, Gökçe. **Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları,** Seçkin, Ankara 2008.

Şahbaz, İbrahim. **İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller,** Ankara 2009.

Şen, Ersan. **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller,** İstanbul 1998, (Hukuka Aykırı Deliller).

Şimşek, Oğuz. **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması,** İstanbul 2008.

Şirin, Tolga. **Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme,** Oniki Levha İstanbul 2013.

Tacir, Hamide. **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı** (Marmara Üniv., SBE, Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2010.

Tanrıseven, Musa. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İhlal Kararları Sebebiyle Yargılamanın Yenilenmesi ve Uluslararası Hukukun İç Hukuka Etkilerindeki Değişim** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2010.

Tanör, Bülent. **İki Anayasa, 1961-1982,** 5. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2013.

Tanrıkulu, Sezgin. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı,** Seçkin, Ankara 2012.

Taruffo, Michele. **Evidence, International Encyclopedia of Comparative Law, Civil Procedure**, Edt. Mauro Cappelletti, C. XVI, (Evidence).

Taşpınar, Sema. **Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri,** Yetkin, Ankara 2001, (İspat Sözleşmeleri).

Taşpınar Ayvaz, Sema. **HMK'nın Zaman Bakımından Uygulanması,** Yetkin, Ankara 2013.

Tavolari, Pia. **Das Recht auf Gehör und die Anhörungsrüge,** Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2008.

Tekin, Kemal Doruk. **Banka Sırrı Kavramı Yönünden Bankalarda Sır Saklama Yükümlülüğü,** Adalet, Ankara 2010.

Tekşen, Mustafa Gökhan. **Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu,** Yetkin, Ankara 2012.

Tercan, Erdal. **Medenî Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması),** Yetkin, Ankara 2001.

Tettinger, Peter. **Fairness und Waffengleichheit,** Verlag C.H. Beck'sche, Münih 1984.

Topal, Önder. **Ticari Defterlerin Delil Niteliği,** Yetkin, Ankara 2015.

Toraman, Barış. **Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi** (Anadolu Üniv. SBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), Eskişehir 2012.

Tresenreuter, Philip. **Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, Ein verfassungsrechtliches Problem** (Diss., Univ. Postdam, 2005), Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2006.

Tutumlu, Mehmet Akif. **Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçe,** Seçkin, Ankara 2014, (Hüküm ve Gerekçe).

Uçak, Olcay. **Mesleki Etik Kapsamında Basının Adil Yargılanma Hakkı İlkesine Yaklaşımı** (Marmara Üniv., SBE, Gazetecilik Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2010.

Umar, Bilge ve Yılmaz, Ejder. **İsbat Yükü,** 2. Bası, İstanbul 1980.

Ünal, Şeref. **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku,** Yetkin, Ankara 1997.

Uzunallı, Sevilay. **Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi,** Adalet, Ankara 2012.

Uyanık, Pelin. **Rekabet Hukuku Açısından Delil** (Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu Yayımı, No. 120, Ankara 2003.

Üzeltürk, Sultan. **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı,** İstanbul 2004.

Vicuna, Francisco Orrego. **International Dispute Settlement in an Evolving Global Society, Constitutionalization, Accessibility, Privatization,** Cambridge Univ. Press, Birleşik Krallık 2009.

Verkerk, Remme. **Fact-Finding in Civil Litigation: A Comparative Perspective,** Intersentia, Antwerpen 2010.

Waldner, Wolfram. **Aktuelle Probleme des Rechtlichen Gehörs im Zivilprozess** (Diss., Univ. Erlangen, Nürnberg, 1983), 1983.

Walter, Gerhard. **Freie Beweiswürdigung,** Mohr Siebeck, Tübingen 1979.

Walter, Gerhard ve Walther, Fridolin. **International Litigation, Past Experiences and Future Perspectives,** Stampfli Verlag, Bern 2000.

Wang, Hao. **Protecting Privacy in China, A Research on China's Privacy Standards and the Possibility of Establishing the Right to Privacy and the Information Privacy Protection Legislation in Modern China,** Springer, Heidelberg 2011.

Warga, Christoph. **Die Verletzung von Verfahrensgrundrechten im Zivilprozess und ihre Korrektur nach Eintritt der Rechtskraft** (Diss., Univ., Passau, 2008), Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2008.

Yasin, Melikşah. **İdari Yargılama Usulünde İspat,** Oniki Levha, İstanbul 2015.

Yavaş, Murat. **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları,** Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

Yavuz, Zehra. **Silahların Eşitliği İlkesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukukumuzdaki Dönüştürücü Etkileri** (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2009.

Yeşilırmak, Ali. **Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri,** Oniki Levha, İstanbul 2011.

Yıldırım, M. Kamil. **Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi,** İstanbul 1990, (Delillerin Değerlendirilmesi).

Yıldız, Ferhat. **Türk Anayasa Hukukunda Basın Özgürlüğü** (Ankara Üniv., SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2012.

Yılmaz, Ejder. **(Medeni Yargılama Hukukunda) Yemin,** 2. Bası, Yetkin, Ankara 2012, (Yemin).

Yılmaz, Ejder. **Medeni Yargılama Hukukunda Islah,** 1. Bası, Ankara 1982.

Yılmaz, Mehmet Şerif. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri** (Marmara Üniv. SBE, Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2010.

Yokuş, Sevtap. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması,** Yetkin, Ankara 2002.

Yoshida, Motoko. **Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess** (Regensburg, Univ., Diss., 2000), Peter Lang, Frankfurt am Main 2001.

Zabunoğlu, Yahya Kazım. **(Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlanması,** Ankara 1963.

Zafer, Hamide. **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134),** Beta, İstanbul 2010.

Zuckerman, Adrian. **Civil Justice in Crisis,** Oxford Univ. Press 2000.

III. ŞERHLER VE GENEL ESERLER

Alangoya, Yavuz / Yıldırım, M. Kamil / Deren Yıldırım, Nevhis. **Medenî Usul Hukuku Esasları,** 7. Baskı, İstanbul 2009.

Andrews, Neil. **The Modern Civil Process,** Mohr Siebeck, Tübingen 2008.

Ansay, Sabri Şakir. **Hukuk Yargılama Usulleri,** 7. Bası, Ankara 1960, (Medenî Yargılama).

Artuk, Mehmet Emin / Gökcen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner. **Ceza Hukuku Özel Hükümler,** 14. Baskı, Ankara 2014.

Ateş, Mustafa. **HMK Yargıtay İlke Kararları,** Cilt II, 2. Bası, Yetkin, Ankara 2014, (Şerh).

Baker & McKenzie. **Schweizerische Zivilprozessordnung,** Stämpfli Verlag, Bern 2010.

Ballon, Oskar. **Einführung in das österreiches Zivilprozessrecht Streitiges Verfahren,** 11. Bası, Leykam 2006.

Belgesay, Mustafa Reşit. **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi,** C. 1 (Teoriler), 3. Bası, İstanbul 1948, (Şerh).

Berki, Şakir. **Hukuk Muhakemeleri Usulü,** Ankara 1959, (Şerh).

Berti, Stephen. **Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung,** Helbing Lichenhahn Verlag, Basel 2011.

Berkin, Necmeddin. **Medenî Usul Hukuku,** İstanbul 1969, (Medenî Usûl Hukuku).

Berkin, Necmeddin. **Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi,** İstanbul 1981, (Medenî Usûl Hukuku Rehberi).

Bilge, Necip. **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri,** 2. Bası, Ankara 1967, (Medenî Yargılama Hukuku).

Bilge, Necip ve Önen, Ergun. **Medenî Yargılama Hukuku,** 3. Bası, Ankara 1978.

Brooke, Nicolas. **The French Code of Civil Procedure in English,** Oxford Univ. Press 2008.

Brunner, Alexander / Gasser, Dominik / Schwander, Ivo. **Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar,** Dike, Gallen 2011.

Burnham, William / Maggs, Peter B. / Danilenko, G.M. **Law And Legal System of the Russian Federation,** 4. Bası, Juris Publishing 2009.

Butler, William. **Russian Law,** 3. Bası, Oxford Univ. Press, İskoçya 2009.

Cappelletti, Mauro ve Perillo, Joseph. **Civil Procedure in Italy,** Martinus Nijhoff, The Hague 1965.

Chase, Oscar G. / Hershkoff, Helen / Silberman, Linda / Taniguchi, Yasuhei, Varano, Vincenzo / Zuckerman, Adrian. **Civil Litigation in Comparative Context,** Thomson West, ABD 2007.

Cin, Halil / Akgündüz, Ahmed. **Türk Hukuk Tarihi,** Ankara 1989.

Cunningham-Hill, Suzan ve Elder, Karen. **Civil Litigation Handbook 2013-2014,** 5. Bası, Oxford Univ. Press, Birleşik Krallık 2013.

Çelebican, Özcan Karadeniz. **Roma Hukuku,** 17. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

Darbyshire, Penny (Edt.). **Darbyshire on the English Legal System,** 10. Bası, Sweet & Maxwell 2011.

Demir, Abdullah. **Türk Hukuk Tarihi,** İstanbul 2011.

Doğru, Osman. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları,** C. II, İstanbul 2004.

Epping / Hillgruber. Grundgesetz: **GG Kommentar,** 2. Bası, Verlag C.H. Beck, Münih 2013.

Erdoğan, Mustafa. **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku,** 3. Baskı, Orion, Ankara 2012.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 15. Bası, Yetkin, Ankara 2013.

Farnsworth, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the Unites States,** 4. Bası, Oxford Univ. Press, Birleşik Krallık 2010.

Federico, Giacomo (Edt.). **The EU Charter of Fundamental Rights,** Springer, 2011.

Fletcher, George P. ve Sheppard, Steve. **American Law in a Global Context: The Basics,** Oxford Univ. Press, Birleşik Krallık 2005.

Foster, Nigel ve Sule, Satish. **German Legal System and Laws,** 4. Bası, Oxford 2010.

Friedman, Lawrence. **A History of American Law,** 3. Bası, New York 2005.

Fucik, Robert ve Klauser, Alexander / Kloiber, Barbara. **Österreichisches und Europäisches Zivilprozessrecht,** 11. Bası, Viyana 2011.

Gasser, Dominik ve Rickli, Brigitte. **Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkommentar,** Dike, Gallen 2010.

Gehri, Myriam A. ve Kramer, Micheal. **ZPO Kommentar,** Orell Füssli Verlag, Zürih 2011.

Goldman, Thomas F. ve Hughes, Alice Hart. **Civil Litigation Process and Procedures,** 2. Bası, Pearsen, New Jersey 2012.

Göksu, Tarkan. **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB,** C. 1, 2. Bası, Zürih 2012.

Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku Dersleri,** Bursa 2010. (Anayasa Hukuku)

Gözübüyük, Şeref ve Gölcüklü, Feyyaz. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması,** 10. Bası, Turhan, Ankara 2013.

Güner, Semih. **Avukatlık Hukuku,** 5. Bası, Yetkin, Ankara 2011.

Harris, D.J. / O'Boyle, M. / Bates, E.P. /Buckley, C.M. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku,** Oxford Univ. Press, 2009 (Avrupa Konseyi, 2012, Türkçe baskı).

Hausheer, Heinz ve Walter, Hans Peter. **Zivilprozessordnung, Berner Kommentar,** Stämpfli Verlag, Bern 2012.

İçel, Kayıhan. **Kitle İletişim Hukuku,** Beta, İstanbul 2015.

Jacob, Joseph. **The Fabric of English Civil Justice,** 1987.

Jarass, Hans ve Pieroth, Bodo. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,** 13. Bası, Verlag C.H. Beck, Münih 2014.

Jauernig / Hess. **Zivilprozessrecht,** 30. Bası, Verlag C.H. Beck, Münih 2011.

Jolowicz, J.A. **On Civil Procedure,** Cambridge Univ. Press 2000.

Kaboğlu, İbrahim. **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar),** 3. Bası, İstanbul 2006, (Anayasa Hukuku).

Kapani, Münci. **Kamu Hürriyetleri,** Ankara 1981.

Karadeniz, Özcan Çelebican. **Roma Hukuku,** Ankara 2000.

Karafakih İ.H. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları,** Ankara 1952.

Karslı, Abdurrahim. **Medeni Muhakeme Hukuku,** 3. Baskı, İstanbul 2012.

Kay, Maurice / Sime, Stuart / French, Derek. **Blackstone's Civil Practice, The Commentary 2012,** Oxford Univ. Press 2011.

Kodek, Georg ve Mayr, Peter. **Zivilprozessrecht,** Viyana 2011.

Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usulü,** C. III, 6. Baskı İstanbul 2001, (C. III).

Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder. **Medenî Usul Hukuku,** Değiştirilmiş 20. Baskı, Ankara 2009.

Law, Jonathan ve Martin, Elizabeth. **A Dictionary of Law,** 7. Bası, Oxford Univ. Press, 2009.

Leuenberger, Christoph ve Uffer-Tobler, Beatrice. **Schweizerisches Zivilprozessrecht,** Stämpfli Verlag, Bern 2010.

Maunz / Dürig / Schmidt - Aßmann. **Grundgesetz,** 75. Bası, 2015.

von Mehren, Arthur T. ve Murray, Peter. **Law in the United States,** Cambridge Univ. Press, 2. Bası, Birleşik Krallık 2007.

Mehren, Arthur T. ve Murray, Peter. **Law in the United States,** Cambridge Univ. Press, Birleşik Krallık 2007.

Miller, Nelson. **Civil Procedure in Practice,** Vandeplas, USA 2011.

Mumcu, Ahmet ve Küzeci, Elif. **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri,** Turhan, Ankara 2012.

Murray, Peter ve Stürner, Rolf. **German Civil Justice,** ABD 2004.

Musielak, Hans-Joachim. **Grundkurs ZPO,** 11. Bası, Verlag C.H. Beck, Münih 2012.

Muşul, Timuçun. **Medenî Usul Hukuku,** 2. Baskı, Ankara 2009.

Nalbant, Atilla ve Doğru, Osman. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi**, 2. Cilt, 2. Baskı, Legal, İstanbul 2013.

Oberheim, Rainer. **Zivilprozessrecht für Referendare,** 9. Bası, Vahlen, Münih 2012.

Oğuzman, M. Kemal ve Barlas, Nami. **Medenî Hukuk,** 15. Bası, İstanbul 2008.

Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku,** Ankara 2009.

Önen, Ergun. **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri,** Ankara 1979, (Medenî Yargılama Hukuku).

Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,** 7. Baskı, Seçkin, Ankara 2014, (Ceza Özel).

Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker. **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 6. Baskı, Seçkin 2014, (Ceza Muhakemesi Hukuku).

Öztürk, Bahri (Edt.). **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2014.

Özekes, Muhammet. **Temel Hukuk Bilgisi,** Yetkin, 6. Bası, Yetkin, Ankara 2015.

Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet. **Medenî Usûl Hukuku,** 14. Bası, Yetkin, Ankara 2013.

Postacıoğlu, İlhan. **Medenî Usul Hukuku Dersleri,** 6. Bası, İstanbul 1975, (Medenî Usûl Hukuku).

Prütting / Gehrlein. **ZPO Kommentar,** 7. Bası, 2015.

Rechberger, Walther ve Simotta, Daphne-Ariane. **Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts,** Viyana 2009.

Roth, Marianne ve Holzhammer, Richard. **Zivilprozessrecht,** Viyana 2012.

Schmidt-Bleibtreu / Klein. **Kommentar zum Grundgesetz,** 2004.

Serozan, Rona. **Çocuk Hukuku,** Vedat Kitapçılık 2005, (Çocuk Hukuku).

Serozan, Rona. **Medenî Hukuk, Genel Bölüm,** Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 2013, (Medenî Hukuk).

Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay / Baysal, Başak / Ünver, Tülay. **Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları,** Oniki Levha, İstanbul 2013.

Sime, Stuart. **A Practical Approach to Civil Procedure,** 16. Bası, Oxford Univ. Press, Birleşik Krallık 2013.

Slapper, Gary ve Kelly, David. **The English Legal System,** 20. Bası, 2011-2012, Routledge 2011.

Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler,** 10. Baskı, Ankara 2014.

Spühler, Karl / Dolge, Annette / Gehri, Myriam. **Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts,** Stämpfli Verlag, Bern 2010.

Spühler, Karl / Tenchio, Luca / Infanger, Dominik. **Schweizerische Zivilprozessordnung,** Basler Kommentar, Basel 2010.

Sungurtekin Özkan, Meral. **Türk Medeni Yargılama Hukuku,** Barış Yayınları, İzmir 2013.

Sutter-Somm, Thomas. **Schweizerisches Zivilprozessrecht,** 2. Bası, Schultess 2012.

Tahiroğlu, Bülent ve Erdoğmuş, Belgin. **Roma Hukuku Dersleri (Usul),** İstanbul 2001.

Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku,** İstanbul 2009.

Teziç, Erdoğan. **Anayasa Hukuku,** 12. Bası, İstanbul 2007.

Tutumlu, Mehmet Akif. **Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku,** C. I, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2009, (Cilt I).

Tutumlu, Mehmet Akif. **Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku,** C. II, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2009, (Cilt II).

Umar, Bilge. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,** 2. Bası, Yetkin, Ankara 2014, (Şerh).

Ünver, Yener ve Hakeri, Hakan. **Ceza Muhakemesi Hukuku,** Adalet, Ankara 2014.

Üstündağ, Saim. **Medenî Yargılama Hukuku,** C. I-II, İstanbul 2000, (Medenî Yargılama).

Üzeltürk Tahmazoğlu, Sultan. **Anayasa Hukuku ve Türk Anayasa Hukuku Uygulamaları,** İstanbul 2013.

Walder-Richli, Hans Ulrich. **Zivilprozessrecht,** Schultess 2009.

Yeazell, Stephen. **Civil Procedure,** 8. Bası, Wolters Kluwer (elektronik kitap).

Yaşar, Osman / Gökcan Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa. **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu,** C. III, Madde 86-146, Adalet, Ankara 2010.

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,** 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2013, (Şerh).

Yüksel, Metin / Avşar, Zehra / Akbaş Kasım. **Hukuk Sosyolojisi,** Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Yayını, No. 1523.

Zander, Micheal. **Cases and Materials on the English Legal System,** 10. Bası, Cambridge Univ. Press, New York 2007.

Zuckerman, Adrian. **Zuckerman on Civil Procedure, Principles of Practice,** Sweet-Maxwell, Birleşik Krallık 2006, (Zuckerman on Civil Procedure).