

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

TARAF BEYANI VASITASIYLA DELİL İKAMESİ

Doktora Tezi

HARİKA CANPOLAT

İstanbul, 2024

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

TARAF BEYANI VASITASIYLA DELİL İKAMESİ

Doktora Tezi

Harika CANPOLAT
Danışman: Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM

İstanbul, 2024

ÖZET

Davanın taraflarının ispat konusu vakıalar hakkında en iyi bilgiye sahip olmaları nedeniyle beyanları geçmişten beri ispat faaliyetinde var olmuştur. Bununla birlikte taraflar kendi davalarında en şüpheli tanık konumunda olduklarından beyanları ispat faaliyetinde hep sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Taraf beyanının vazgeçilemez ancak güvenilemez oluşu nedeniyle farklı hukuk sistemlerinde hukuki nitelikleri, delil değerleri ve başvurulması için öngörülen şartlar değişiklik göstermektedir. Türk hukukunda tarafın beyanı kesin delil olarak yemin vasıtasıyla elde edilmektedir. Takdiri delillerin sınırlı olarak sayılmadığı ancak isticvap kurumunun da mevcut olduğu hukukumuzda tarafın beyanına takdiri delil olarak ne şekilde ulaşılacağı bu çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır. İsticvabın takdiri delil olarak nitelendirilmesi gerekliliğine taraf beyanının tarihsel süreçte ne şekilde dönüştüğüne, mevcut kurumlar ile farklarına ve hukuki niteliği üzerindeki tartışmalara bakılarak ulaşılmaktadır. İsticvabın öznesi, konusu ve usulünün yanında başvuruda Kanundan veya literatürdeki görüşlerden kaynaklanan sınırlandırmalar önem taşımaktadır. Ayrıca ispat faaliyetindeki yeri tarafın lehine ve aleyhine beyanlarının değerlendirilmesi ve beyanların delil gücü üzerinde durularak belirlenebilir.

Anahtar Kelimeler: Taraf beyanı, İsticvap, Lehe beyan, Aleyhe beyan, Delil değeri, İspat Hakkı, Silahların Eşitliği İlkesi

ABSTRACT

Since the parties of the case have the best information about the facts that are the subject of the proof, their statements have existed in the act of proof since the past. However, since the parties are the most suspicious witnesses in their own cases, their statements have always been tried to be limited in the act of proving. Due to the fact that the party statement is essential but unreliable, its legal character, probative values and the conditions stipulated for its application vary in different legal systems. In Turkish law, the statement of the party is obtained by means of oath as hard evidence. The main subject of this study is how to reach the party statement as evidence in our law, where evidence is not considered limited, but there is also the institution of interrogation (isticvap). The necessity of qualifying the interrogation as evidence is reached by looking at how the party's statement has transformed in the historical process, its differences with the existing institutions, and the discussions on its legal character. In addition to the subject, subject and procedure of the interrogation, the limitations arising from the Law or the opinions in the literature are important. In addition, its place in the act of proof can be determined by evaluating the statements for and against the parties and by emphasizing the probative value of the statements.

Keywords: Statement of parties, Interrogation, Statement in favor, Statement against, Probative value, Right to proof, Equality of arms

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
KISALTMALAR CETVELİ.....	IX
İÇİNDEKİLER	III
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM İSPAT FAALİYETİNDE TARAF BEYANI

§ 1. TARAF BEYANININ İSPAT FAALİYETİNDEKİ İŞLEVİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ	3
I. Taraf Beyanının İspat Faaliyetindeki İşlevi	3
A. Hakimın Aydınlatma Ödevinin Yerine Getirilme Aracı Olarak Taraf Beyanı	3
B. Bilgi ve Kanaat Oluşturma Aracı	4
C. Delil Olarak Taraf Beyanı	7
1. Başlı Başına Delil	7
2. Birincil Delil	9
3. Tamamlayıcı Delil	11
4. Tali Delil	12
II. Hukuki Niteliği	15
A. Türk Hukukunda Kesin Delil ile İspat Zorunluluğu	15
B. Türk Hukukundaki Görüşler	17
C. Değerlendirme ve Görüşümüz	24
§ 2. TARİHSEL SÜREÇTE YEMİNDEN İSTİCVABA GEÇİŞ.....	28
I. Roma Hukukunda	28
II. Anglo Amerikan Hukukunda	31
III. Alman Hukukunda	34
A. 1877 tarihli CPO Öncesi	34
B. 1877 Tarihli CPO	37
C. 1933 Tarihli Reform	40
IV. Avusturya Hukukunda	42
V. İsviçre Hukukunda	44
VI. Türk Hukukunda	49
§ 3. DELİL OLARAK TARAF BEYANININ BENZER KURUMLARDAN FARKI.....	51
I. Tarafların Dinlenilmesi	51

A. Fonksiyon	51
B. Usul	54
C. Tarafın Bizzat Beyanı.....	56
D. Tarafların Dinlenilmesinin Delil Olarak Kabul Edilmesi Görüşü	57
II. Yemin	62
III. İkrar	69

İKİNCİ BÖLÜM

TARAF BEYANININ VASITASI OLARAK İSTİCVABIN ÖZNESİ, KONUSU, İSTİCVABA BAŞVURULMASI VE USULÜ

§ 4. İSPAT FAALİYETİNDE BEYANI ALINABİLECEK KİŞİLER VE TARAF İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN AYRILMASI..... 74

I. Ayrımın Dayanakları ve Önemi	74
II. Kural: Taraf İsticvap Edilebilir	76
A. Davada Taraf Kavramı	76
1. Maddi Taraf Teorisi	76
2. Şekli Taraf Teorisi.....	78
3. Fonksiyonel Taraf Teorisi	80
4. Dava Takip Yetkisi ve Delil İkamesi Bakımından Sonuçları	81
B. Gerçek Kişiler	87
1. Dava Ehliyeti Olan Gerçek Kişiler.....	87
2. Dava Ehliyeti Olmayan Gerçek Kişiler.....	88
a. Tam Ehliyetsizler	88
b. Sınırlı Ehliyetsizler.....	89
c. Sınırlı Ehliyetliler	96
C. Tüzel Kişiler	97
D. Tüzel Kişiliği Olmayan Malvarlığı Toplulukları	101
1. Genel Olarak	101
2. İflas Masası	101
3. Miras Ortaklığı	103
4. Adi Şirket	105
III. Yargılamada Üçüncü Kişi	106
A. Genel Olarak	106
B. Dava Arkadaşlığı.....	107
1. Genel Olarak	107
2. Mecburi Dava Arkadaşlığı	108
a. Maddi Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı	108

b. Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı.....	109
3. İhtiyari Dava Arkadaşlığı	110
C. Davaya Müdahale.....	115
1. Fer'i Müdahale	115
2. Asli Müdahale	118
3. İhbar	119
§ 5. İSTİCVABIN KONUSU	120
I.Genel Olarak	120
II. Vakıalar	121
A. Karar için Önem Taşıyan Vakıalar.....	123
B. Çekişmeli Vakıalar	125
III. Herkesçe Bilinen Vakıalar, Hukuk Kuralları ve Tecrübe Kuralları.....	126
§ 6. İSTİCVABA BAŞVURULMASI.....	133
I. Taraf Talebiyle İsticvaba Başvurulması.....	133
A. İsticvap Talebi	133
1. Delillerin Gösterilmesi	133
2. Talebin İçeriği ve Somutlaştırma Yükü	134
3. Taraflarca Getirme İlkesinin veya Re' sen araştırma İlkesinin Geçerli Olduğu Davalarda İsticvap Talebi.....	137
4. Bir Tarafın İsticvap Talebi	139
a. Hakimin Takdir Yetkisi	139
b. Talebin Geri Alınması	142
5. İki Tarafın Anlaşarak İsticvap Talebi.....	144
a. Hakimin Takdir Yetkisi.....	145
b. Rızanın Geri Alınması.....	146
B. Taraf Talebiyle İsticvabın Sınırlandırılması	148
1. Genel Olarak	148
2. Tali veya Tamamlayıcı Olması	149
3. İsticvap Talebinin İspat Yüküne Bağlanması.....	155
a. Objektif ve sübjektif (somut) ispat yükü.....	156
b. İsticvabın İspat Yüküne Bağlanmasının Sebepleri.....	158
c. İsticvabın İspat Yüküne Bağlanmasına İlişkin Getirilen Eleştiriler.....	160
aa. Taraf Beyanına Güvensizlik ve Yemin ile İlgili Düzenlemeler	160
bb. Karşı İspat	161
cc. Taraflarca Getirme İlkesi, Silahların Eşitliği ve İspat Hakkı	163
4. Değerlendirme	165
II. Re' sen İsticvaba Başvurulması	166

A. Genel Olarak	166
B. Re' sen İsticvaba Başvuru Şartları ve Hakimin Takdir Yetkisi	168
1. Başvuru Şartları.....	168
a. Talilik	168
b. Mevcut İhtimal	172
aa. Şartın İfadesi	172
bb. Şartın Dayanakları ve Gerekçelendirilmesi.....	174
i. Tarihsel Açıdan	174
ii. Taraf Beyanının Niteliği Açısından	174
iii. İspat Yükü Açısından	175
cc. Şarta Getirilen Eleştiriler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme	178
i. Tarihsel Açıdan ve Kanuni Düzenleme Açısından	178
ii. İspat yükü Açısından.....	179
c. Kanaat Oluşturma Beklentisi	182
aa. Şartın Dayanakları	182
bb. Şarta Getirilen Eleştiriler ve Değerlendirme	184
2. Hakimin Takdir Yetkisi.....	186
a. İsticvaba Başvurmada Takdir Yetkisi	186
b. İsticvap Edilecek Tarafın Seçilmesi ve İki Tarafın İsticvabı	189
C. İsticvaba Başvuru ve Silahların Eşitliği İlkesi Arasındaki İlişki.....	194
1. Özellik Arz Eden Durum Olarak Bire Bir Görüşme	194
2. İsticvaba Başvuru Bakımından Silahların Eşitliği İlkesinin İhlali	198
3. İsticvaba Başvuru Bakımından Silahların Eşitliği İlkesinin İhlalinin Engellenmesi... ..	202
a. Alman Federal ve Anayasa Mahkemesi Kararları	202
b. Tarafın Dinlenilmesi Fonksiyonunun Genişletilmesi	203
c. Tarafın Dinlenilmesinin Delil Olarak Kabul Edilmesi	206
d. Re' sen İsticvap	207
4. Değerlendirme	210
§ 7. İSTİCVAP USULÜ.....	212
I. Genel Olarak	212
II. İsticvap Kararı	212
III. Tarafın Sorgulanması	214
A. Tarafın Davet Edilmesi	214
B. Sorgulamanın Yeri	218
C. Sorgulamanın Zamanı	223
D. Tarafın Bizzat Bulunması.....	224

E. Sorgulamada Yazılı Metin Kullanılamaması	226
F. Sorgulama Usulü	227
IV. Tutanak.....	231

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TARAF BEYANININ İSPATA ETKİSİ

§ 8. TARAF BEYANININ DEĞERLENDİRİLMESİ	238
I. Tarafın Duruşmaya Katılması	238
A. Duruşmaya Katılmanın Hukuki Niteliği	238
B. Tarafın Duruşmaya Katılmada Özrü	240
C. Tarafın Duruşmaya Mazeretsiz Olarak Katılmamasının Sonuçları	241
II. Tarafın Beyanda Bulunması.....	243
A. Beyanda Bulunmanın Hukuki Niteliği	243
1. Beyanda Bulunma Yükü	243
2. İspatın Engellenmesi ile İlişkisi	250
3. Nemo tenetur edere contra se İlkesi Bakımından.....	252
B. Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü	257
C. Taraf Beyanının Delil Değeri ve Değerlendirilmesi	263
1. Genel Olarak	263
2. Lehe Beyanların Delil Değeri ve Değerlendirilmesi.....	264
3. Aleyhe Beyanların Değerlendirilmesi	269
4. Beyanların Değerlendirilmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar.....	271
D. İspat Konusunu Aşan Taraf Beyanı	274
III. Tarafın Beyanda Bulunmasının Sınırları.....	276
A. Tarafın Beyanda Bulunmaktan Çekinme Hakkı	276
B. Çekinme Sebepleri	279
1. Sır Nedeniyle Çekinme	279
2. Şeref ve İtibarın İhlali Nedeniyle Çekinme.....	279
3. Maddi Zarar ve Ceza Tahkikatı Tehlikesi Nedeniyle Çekinme	280
a. Tarafın Kendisi İçin Ceza Tehdidi	280
b. Tarafın Kendisi için Maddi Zarar Tehdidi	284
c. Yakınları İçin Cezai ve Maddi Tehdit.....	285
C. Çekinme Usulü ve Çekinmenin Sonuçları	285
IV. Tarafın Beyanda Bulunmaktan Haksız Yere Kaçınması.....	289
A. Mevcut Düzenleme	289
B. Pozitif Düzenlemenin Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi ile Uyumuna	291

§ 9. İSTİCVABI GÜÇLENDİRMEK: YEMİN VE YALAN BEYAN İÇİN CEZAI YAPTIRIM.....	295
I. Mukayeseli Hukuktaki Durum	295
A. Alman Hukuku	295
B. İsviçre Hukuku	297
C. Avusturya Hukuku	299
II. Değerlendirme	300
§ 10. İSPAT FAALİYETİNDE TARAF BEYANI İÇEREN İRADİ TARAF İŞLEMİ... 304	304
I. Genel Olarak	304
II. Usuli Yük ve Usuli Yükümlülüğün Ayrılması.....	304
III. Usuli Yükte Mecburi ve Takdiri Olumsuzluk.....	306
IV. Usuli Yük ve Usuli Yükümlülük Olmayan İradi Taraf İşlemi.....	308
V. İsticvapta Tarafın Karşı Tarafa Soru Yönelmesi	309
SONUÇ	313
KAYNAKÇA.....	318

KISALTMALAR CETVELİ

Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AndHD	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	Artikel
AÜSBF	Ankara Üniversitesi SBF Dergisi
AY	Anayasa
B.	Band
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGH	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs
Bkz.	Bakınız
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
C.	Cilt
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
CPO	Civilprozessordnung
CPR	Civil Procedure Rules
DB	Der Betrieb
DJT	Deutscher Juristentag
Dn.	Dipnot
dZPO	deutsche Zivilprozessordnung
E	Entwurf
E.	Esas
EÜHFD	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FRE	Federal Rules of Evidence
H.	Heft
HD.	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İBB	İçtihat Bilgi Bankası
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jhrg	Jahrgang
JURA	Juristische Ausbildung
jurisPR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristische Zeitung
K.	Karar
Kap.	Kapitel
Kn.	Kenar numarası
Komm.	Kommentar
lit.	Litera
m.	Madde
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÜHAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
öStGB	österreichische Strafgesetzbuch
öZPO	österreichische Zivilprozessordnung
s.	Sayfa
S.	Sayı
SDÜ	Süleyman Demirel Üniversitesi
sStGB	schweizerische Strafgesetzbuch
sZPO	schweizerische Zivilprozessordnung
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TAÜHFD	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu

UYAP	Ulusal Yargı Ağı Bilişim sistemi
vd.	ve devamı
vor.	Vorbemerkung
Y.	Yıl
YD.	Yargıtay Dergisi
Yy.	Yüzyıl
ZBJ	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht



GİRİŞ

Taraflarca getirme ilkesinin medeni yargılamada hakim olması tarafların yargılamadaki önemini belirtmektedir. Dava malzemesini oluşturan vakıaların ve delillerin taraflarca getirilmesi, tarafın bu unsurlar üzerindeki hakimiyetinden kaynaklanmaktadır. Çekişmeli ve karar için önem taşıyan vakıalar hakkında çoğunlukla en iyi bilgiye sahip olan tarafın beyanı ise temsil kabiliyeti yüksek delillerden bir tanesidir. Bu nedenle taraf beyanı medeni yargılamada ispat faaliyetinde farklı şekillerde muhakkak var olmuştur.

Hukukumuzda taraf beyanının kesin delil niteliği ile yemin vasıtasıyla edinilmesi mümkündür. Kesin delil ve ispat kurallarının geçerli olduğu sistemimizde her ne kadar deliller sınırlı olarak sayılmamış olsa da kesin delille ispat kuralı tarafların ispat faaliyetini sınırlandırmakta aynı zamanda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin sınırlı olarak uygulanmasına neden olmaktadır. Yemin delilinin vakıayı temsil kabiliyetinin olmaması, delil olması bakımından hukuki niteliği üzerinde belirsizlik bulunmaması nedeniyle çalışma sadece takdiri delil olarak ispat faaliyetinde mevcut olabilecek beyanları konu almaktadır. Yemin tarafın beyanı ile gerçekleştirilse dahi tarafın vakıa üzerindeki bilgisini hedeflememektedir ve hakimın takdir hakkı bulunmaması nedeniyle vakıanın maddi yönden tespitini sağlamamaktadır.

Takdiri olarak taraf beyanı isticvap kurumu ile edinilebilir. Delillerin sınırlı olarak sayılmaması, tarafın beyanının delillerin değerlendirilmesine konu olmasının önünü açmaktadır. Ancak özel olarak isticvap kurumunun mevcudiyeti takdiri delil olarak taraf beyanının bu yolla edinilebileceğini göstermektedir. Delillerin serbestçe değerlendirilmesinin esas alındığı hukuk sistemlerinde tarafın beyanının takdiri delil olarak edinilmesi ayrı kurumlar ile sağlanmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanununda da isticvabın düzenlenmiş olması da Kanunu mukayeseli hukuktaki kanunlara yaklaştırmakta, yeminin kesin delil olarak düzenlenmesi ise ayırmaktadır.

Taraf beyanının takdiri delil olarak kullanılmasını gerekli kılan ihtiyaçlar ve olması gereken hukuk açısından bu beyanların delillerin değerlendirilmesinde ne şekilde yer alması gerektiği mukayeseli hukukta mevcut düzenlemeler ve sınırlandırmalar dikkate alınarak belirlenmeye çalışılmıştır. Beyanların takdiri delil olarak kullanılması önündeki engeller ve buna dair şüpheler tarihsel süreç dikkate alınarak bertaraf edilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde ispat faaliyetinde takdiri delil olarak taraf beyanının görünüm şekilleri, hukuki niteliği, benzer kurumlardan farkları ve tarihsel gelişimi üzerinde durulmuştur. Taraf beyanından ispat faaliyetinde delil dışındaki yararlanılma biçimleri ortaya konularak isticvap vasıtası ile edinilen taraf beyanlarının hukuki niteliği tespit edilmeye çalışılmıştır. Hukukumuzda isticvabın hukuki niteliğinin tartışmalı olması ancak taraf beyanına takdiri delil olarak bu kurum aracılığı ile ulaşılması taraf beyanının ispat faaliyetindeki görünüm şekilleri bakımından karşılaştırmayı gerekli kılmıştır. Takdiri delil olarak taraf beyanının yine beyanların konu alındığı diğer kurumlardan ayrılması amaçlanmıştır. Mukayeseli hukukta yemin delilinden isticvaba geçiş süreci anlatılarak taraf beyanlarının modern hukuk sistemlerinde takdiri delil olarak yer bulmasının nedenlerine değinilmiştir.

İkinci bölümde isticvabın öznesi, konusu, isticvaba başvurulması ve usulü yer almaktadır. İsticvabın öznesinin taraf olması taraf kavramı üzerinde durulmasını gerekli kılmıştır. Dava ehliyeti ve dava takip yetkisi kavramlarının isticvap edilecek kişinin belirlenmesindeki etkileri belirlenmiş ve olması gereken hukuk açısından sonuçlara ulaşılmıştır. Ayrıca üçüncü kişinin davanın tarafından ayrılması ile bu kişilerin beyanlarına ispat faaliyeti kapsamında ulaşılması aydınlatılmaya çalışılmıştır. İsticvabın konusunun ispatın konusu ile aynı olmasına rağmen taraf beyanı açısından özellik arz eden hususlar belirlenmiştir. Taraf talebi ile ve re' sen isticvaba başvuru için mevcut görülen sınırlandırmalar, şartlar pozitif düzenleme, mukayeseli hukuk ve doktrindeki görüşler dikkate alınarak incelenmiştir. Şartların ve sınırlandırmaların incelenmesi sadece uygulanmaları nedeni ile değil aynı zamanda gelecekteki düzenlemelerde dikkate alınması amaçlanarak gerçekleştirilmiştir. İsticvabın usulü yargılamada taraf beyanına takdiri delil olarak başvurulmasında uygulanacak kuralların belirlenmesini hedeflemektedir.

Son bölümde taraf beyanının ispat faaliyetindeki etkisi belirlenmiştir. Tarafın beyanda bulunması, beyandan kaçınması, beyanların ispat kapsamında değerlendirilmesi ve farklı türdeki beyanların ispat gücü, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve mukayeseli hukuk dikkate alınarak belirlenmeye çalışılmıştır. Taraf beyanının delil değerini arttırmak ve mevcut güvensizliği bertaraf etmek adına yemin veya doğru olmayan beyan için ceza imkanlarının getirilmesi ve bu seçeneklerin sonuçları tartışılmıştır. Son olarak ispat faaliyetinde usuli yük veya usuli yükümlülük niteliği taşımayan ancak ispat faaliyetini etkileyen taraf beyanları için bir niteleme yapılarak, tarafların isticvap kapsamında soru sormaları imkanına değinilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İSPAT FAALİYETİNDE TARAF BEYANI

§ 1. TARAF BEYANININ İSPAT FAALİYETİNDEKİ İŞLEVİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. Taraf Beyanının İspat Faaliyetindeki İşlevi

A. Hakimin Aydınlatma Ödevinin Yerine Getirilme Aracı Olarak Taraf Beyanı

Taraf beyanlarının ispat faaliyeti dışında yargılamadaki rolü büyüktür. Tarafların isteklerini ve iddialarını mahkemeye sunma aracı olması akla ilk gelendir. Taraflar, dilekçeleri ve sözlü beyanları vasıtasıyla taleplerini ve iddialarını belirterek davayı oluşturmaktadır. Ayrıca taraflarca getirme ilkesinin hakim olduğu yargılamada hakimin dava malzemesi ile ilgili tamamen pasifliğinden söz edilemez, açık olmayan noktaların netleştirilmesi ve eksik kısımların tamamlanması için taraf beyanlarına başvurabilir¹.

Tarafın talep ve iddialarını belirtmesinin yanında, taraf beyanına bu talep ve iddiaların aydınlatılması için hakimce başvurulabilmektedir². Hakimin aydınlatma ödevi kapsamında iddialar, savunmalar ve talepler için açık olmayan veya eksik olan hususların netleştirilmesi ve tamamlanması talep edilebilir. Çekişmeli vakıaların çekişmesiz vakılardan ayrılarak ispat konularının belirlenmesi de bu kurum aracılığı ile mümkündür³. İşte bu kapsamda taraf beyanının, dava malzemesindeki eksikliklerin gidermesi ve çelişkili, net olmayan hususların aydınlatması işlevi söz konusudur⁴. Hukukumuzda tarafların dinlenilmesi kapsamında alınan beyanlar davanın aydınlatılmasına hizmet etmektedir⁵. Başka bir ifade ile tarafın dinlenilmesi kurumu kapsamında alınan beyanlar aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi aracı olarak nitelendirilebilir.

Aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi aracı olarak beyan, delil niteliğinde değildir⁶. Daha çok ispat konularının belirlenmesi, talep sonucunun netleştirilmesi ve delillerle ilgili açık

¹ **Winter**, Herbert, Die falsche Beweisaussage der Partei nach Art. 306 StGB, Zürich 1974, s. 42; **Gafner**, Max, Die Parteibefragung im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1919, s. 46; **Deren-Yıldırım**, Nevhis, Hakimler Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, Prof Dr. Baki Kuru'ya Armağan, Ankara 2004, 817-832, s. 821.

² **Müller**, Henry, Die Beweisaussage der Partei und deren Wahrheitssicherung nach den kantonalen Zivilprozessrechten und nach Art. 306 EStGB, Zürich 1946, s. 23.

³ **Gafner**, s. 46; **Witzthum**, Hermann, Die falsche Parteiaussage im Zivilprozess, Strasbourg 1926, s. 5; **Müller**, Artur, Die Parteibefragung in der aargauischen Zivilprozeßordnung, Zürich 1937, s. 17.

⁴ **Müller**, H., s. 24.

⁵ **Karaaslan**, Varol, Medeni Usul Hukukunda Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2019, s. 201.

⁶ **Winter**, s. 43; **Witzthum**, s. 5; **Müller**, H., s. 24.

olmayan hususların aydınlatılması amaçlanmaktadır. Bu nedenle ispat faaliyetine ilişkin beyanlar olduğu söylenemez⁷. Zira dava malzemesinin aydınlatılması için delil veya delil benzeri taraf beyanının kullanılması nitelikleri gereği mümkün değildir⁸.

B. Bilgi ve Kanaat Oluşturma Aracı

Bilgi ve kanaat oluşturma aracı olarak taraf beyanı, hakimın çekışmeli ve karar için önem taşıyan vakıa hakkında oluşturacağı kanaat için bilgi kaynağı olarak tanımlanmıştır⁹. Bu beyanlar, hakimın aydınlatma ödevinin yerine getirilme aracı olan taraf beyanlarından, çekışmeli vakıa hakkında kanaat oluşturulmasına yardımcı olabilecek beyanlar olmaları yönüyle ayrılmaktadır. Çekışmeli hususların ve taleplerin incelenebilmesi için net olmayan hususların aydınlatılmasına yarayan taraf beyanları vakıanın ispatı için çalışılmasını kolaylaştırmaktadır, ancak bu beyanlar vakıanın ispatını gerçekleştiremezler, daha çok tarafların iddialarını ve isteklerini ortaya koymayı amaçlamaktadırlar. Bilgi ve kanaat oluşturma aracı olarak kullanılan taraf beyanları ise vakıanın ispatına yöneliktir ve hakimın kanaate ulaşmasına yardımcı olabilirler.

Delil olarak taraf beyanı ile farkının ortaya konmasından önce belirtilmelidir ki bilgi ve kanaat oluşturma aracı olarak tarafın sorgulanması ve taraf beyanı ispat faaliyetiyle doğrudan ilgilidir¹⁰. Tarafın sorgulanmasının veya sorgulama neticesinde edinilen taraf beyanlarının delilden farklı şekilde nitelendirilmesi için farklı açıklamalar yapılmıştır.

Bir görüşe göre bilgi ve kanaat oluşturma aracı olan taraf beyanının delil olarak nitelendirilmemesinin sebebi, kanunda delil (*förmliche Beweismittel*) olarak düzenlenememesidir¹¹. Delillerin sınırlı olarak sayıldığı kanun sistemlerinde delil olarak sayılmayan ancak ispat faaliyetine etki eden araçlar delil olarak nitelendirilemeyeceği için bilgi ve kanaat oluşturma aracı olarak nitelendirilmişlerdir. Ancak bilgi ve kanaat oluşturma amaçlı

⁷ Stürner, Rolf, Die Partei als Beweismittel im europäischen Zivilprozeß, Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag am 27. November 2001, Berlin New York 2001, 529-539, s. 531, 531.

⁸ Müller, H., s. 23.

⁹ Witzthum, s. 5.

¹⁰ Winter, s. 43.

¹¹ Gafner, s. 65; Witzthum, s. 5.

İsviçre hukukunda delil ve bilgi ve kanaat aracı olarak taraf beyanının farklı farklı nitelendirilmesinin temelinde o zamanki düzenlemeler bulunmaktadır. Gerçek olmayan beyanın bir yaptırıma bağlanması halinde delilden, yaptırımın bulunmaması halinde kanaat oluşturmak için bilgi kaynağından bahsedilmektedir. Taraf beyanını doğrudan delil olarak kabul etmek istemeyen ancak ispat faaliyetinde bu bilgi kaynağından mahrum kalmak istemeyen kantonlar tarafın sorgulanmasını delil olarak değil, bilgi kaynağı olarak düzenlemişlerdir. (Gafner, s. 157).

beyan ile delil olan beyanın amacının aynı olduğu, ikisinin de hakimın kanaatini dayandıracağı açıklamalar olduğu gerçeği yadsınamaz¹². Amaçları aynı olmasına rağmen niteliklerinin farklı olması usuli açıdan değerlendirilmelidir ve kanun tekniği ile ilgilidir¹³.

Bilgi ve kanaat oluşturma aracı olan beyanların delilden farkı tarafın doğruyu söyleme yükümlülüğüne de dayandırılmıştır¹⁴. Delil olarak nitelendirilen taraf beyanlarının doğru olmaması halinde cezai veya usuli bir yaptırıma bağlanması ile tarafların doğruyu söylemeleri sağlanabilmektedir. Böyle bir yaptırımın ön görülmediği beyanlar ise her ne kadar ispata yardımcı olsalar dahi delil olarak nitelendirilemezler. Burada taraf beyanının delil olarak güçlü bir pozisyona yerleştirilmesi için cezai veya usuli yaptırım ile güvence altına alındığını, bu güvenceden mahrum beyanların ise delil gibi değerlendirilerek kararı etkilemelerinden ziyade sadece ispata yardımcı olmalarına imkan verildiğini görmekteyiz¹⁵. Örneğin günümüzde İsviçre hukukunda gerçek olmayan beyan için cezai yaptırım öngörülen “delil beyanı” (*Beweisaussage*) deliller arasında sayılmıştır.

Zamanlama bakımından bilgi ve kanaat oluşturma aracı olarak taraf beyanının daha geniş imkan sunduğu belirtilmiştir. Bu beyanlar, delil ikamesinden önce ispat faaliyetini hızlandırmak için, delil ikamesi sırasında diğer delilleri desteklemesi için, delil ikamesinden sonra tamamlayıcı işlevde kullanılabilir¹⁶.

Başka bir görüşe göre delil ile bilgi ve kanaat oluşturma aracının farkı, sorgulamayı talep edebilen ve sorgulanan kişiye dayandırılmalıdır. Beyanı alınacak tarafın ispat yüküne göre belirlenmesi, yani delil ikame etmesi gereken tarafın karşı tarafın sorgulanmasını talep etmesi, kendisinin sorgulanmasını talep edememesi ve bunun sonucunda karşı tarafın sorgulanması halinde bilgi ve kanaat oluşturma aracından bahsedilebilir¹⁷. Bu sorgulamanın amacı sadece ispat yükü altında olmayan tarafın kendi aleyhine sorgulanması ve bu aleyhe vakıa hakkında ikrarın elde edilmesidir¹⁸. Delil ikame yükü üzerinde olmayan tarafın çekişmeli kıldığı vakıa hakkında sorgulanarak bunu kabul etmesi yani ikrar etmesi bu aracın amacıdır. Delil olan taraf beyanı ile bilgi ve kanaat oluşturma aracı olan taraf beyanının farkı, elde edilen beyanların

¹² **Gafner**, s. 65 ve 154; **Witzthum**, s. 6.

¹³ **Gafner**, s. 155.

¹⁴ **Gafner**, s. 156; **Witzthum**, s. 7.

¹⁵ **Gafner**, s. 156; **Guldener**, Max, Schweizerische Zivilprozessrecht, Zürich 1979, s. 353.

¹⁶ **Gafner**, s. 157.

¹⁷ **Winter**, s. 46.

¹⁸ **Winter**, s. 51.

delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında değerlendirilmesi ve ikrarın elde edilmesi ile hakimim kanaatinden bağımsız olarak vakıanın çekişmeli olmaktan çıkmasıdır¹⁹.

Bu görüşe göre beyanı alınacak tarafın ispat yükünden bağımsız belirlenmesi ve hakkında beyan alınacak vakıaların tarafın lehine veya aleyhine olmasının önem taşıması ve en nihayetinde alınan beyanların delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında ele alınması, taraf beyanının delil niteliğini ortaya koymaktadır. Bilgi ve kanaat aracı olarak taraf beyanında sorgulanacak taraf ispat yüküne bağlıdır ve sadece aleyhine olan vakıa hakkında beyanı alınır ve ikrar olarak nitelendirilebilen beyanlar ile vakıa ispat konusu olmaktan çıkar. İkrar elde edilemediğinde ise sorgulanan tarafın beyanlarının ne şekilde değerlendirileceği yani karara esas alınabilmesi hakimın takdirindedir²⁰. Sorgulanan tarafın yalan söylediğinin belirlenmesi hakimde bu tarafın iddiasının doğru olmadığı hususunda bilgi verse de ispatı gereken vakıa için hala ortada bir kanıt yoktur²¹. Beyanın gerçek olmaması veya ikrar içermeyen beyanların hangi sonucu doğuracakları, bu görüşün ileri sürüldüğü tarihte Zürih kantonunda mevcut düzenlemeye göre değerlendirilmiş olsa da bilgi ve kanaat oluşturma aracı olan taraf beyanının delil olan taraf beyanının ayrılması için beyanı alınacak tarafın belirlenmesi, beyan konusunun belirlenmesi ve beyanın amacı bakımından fikir vermektedir.

Müller tarafından taraf beyanının kanunda delil olarak belirtilmesi veya belirtilmemesi üzerine yapılan ayırım hukuk tekniği açısından isabetli görülmemiştir ve tamamen kanunlardaki tesadüfe dayanması eleştirilmiştir. Delil ile bilgi ve kanaat oluşturma aracı arasındaki ayırımın temelinde teorik bir sebep bulunmamakta, pozitif hukuk bağlamında tesadüfi bir düzenlemeyi ayırım olarak kabul etmektedir. Tarafın sorgulanması kanunda açıkça delil olarak düzenlemeden, işlevsel açıdan delil ile aynı şekilde düzenlendiğinde yine delil olarak düzenlenmiş gibi fonksiyonunu icra edecektir. Yazara göre hakim, tarafın sorgulanmasına taraf iddiasının varlığı veya yokluğu hakkında kanaat oluşturmak amacıyla başvuruyorsa ve bu sübjektif kanaat karara esas alınacaksa delil niteliği söz konusudur. Bu takdirde her iki taraf sorgulanabilir ve ispat yükü altındaki tarafın kendi lehine iddiaları hakkında da sorgulanabilmesi mümkündür²². Hakim, taraf beyanını kanaatine esas oluşturmak için serbestçe değerlendirerek kullanabiliyorsa delil söz konusudur, delil olmasının sebebi ispat yükü ve lehe aleyhe beyan sınırı olmadan beyanları değerlendirebilmesidir. Sadece karşı tarafın, taraf iddiası

¹⁹ **Winter**, s. 48, 49.

²⁰ **Winter**, s. 50; **Guldener**, Max, Beweiswürdigung und Beweislast nach Schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, s. 5; **Guldener**, Ziviprozessrecht, s. 354.

²¹ **Winter**, s. 50.

²² **Müller**, H., s. 28.

üzerine sorgulanması halinde sorgulamanın delil niteliği ortadan kalkar, zira bu halde yalnızca çekişmeli vakıayı ikrar, dolayısıyla vakıayı ispatın konusu olmaktan çıkarma amacı vardır²³. Bu amacı, yani vakıa üzerindeki çekişmeyi sona erdirmeyi amaçlayan taraf sorgulanması, hakimın özgürce kanaat oluşturmaya yarayan delil niteliğindeki taraf sorgulamasından ayrılarak bilgi ve kanaat oluşturma aracı olarak nitelendirilmelidir²⁴. Hakimın delil vasıtası ile değerlendirebileceği ve kanaat oluşturabileceği bir durum kalmamıştır.

C. Delil Olarak Taraf Beyanı

1. Başlı Başına Delil

Çekişmeli ve karara esas teşkil edebilecek vakıaların varlığı veya yokluğu hakkında hakimde kanaat oluşturabilecek şey veya kişiler delil olarak nitelendirilebilir²⁵. Dolayısıyla taraf beyanlarının ispat sisteminde başlı başına delil olarak kabul edilmesi mümkündür. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında değerlendirilmesi ile tarafın iddia ettiği çekişmeli ve önemli vakıa hakkında hakimde kanaat oluşturabilecek taraf beyanı delildir²⁶. Herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadan diğer deliller gibi başlı başına bir delil (*Hauptbeweismittel*) olarak ispat faaliyetinde yer bulabilir²⁷.

Delil olarak taraf beyanı, tarafın yargılamadaki yararından dolayı diğer delillerden farklı olarak ikamesi genellikle farklı şartlara bağlanmaktadır. Sorgulamanın şekli, beyanı alınan tarafın belirlenmesi veya her iki tarafın beyanlarının alınabilmesi, hakimın re' sen bu delile başvurabilmesi ve doğru olmayan beyanların neticesi bakımından farklılıklar bulunabilir²⁸. Tarafın kendi aleyhinde beyanda bulunması gibi lehine beyanda bulunması da mümkündür, zira delillerin serbestçe değerlendirilmesi hakimın bu beyanların doğruluğunu ve inandırıcılığını kontrol ederek karar vermesine imkan sağlamaktadır²⁹.

Delilin üreticisinin taraf olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte tüzel kişilerin, kısıtlı olan veya ergin olmayan kişilerin beyanlarının kendilerinden veya temsilcilerinden alınabilmesi bakımından farklılıklar mevcuttur. Örneğin Alman hukukunda

²³ Müller, H., s. 29.

²⁴ Müller, H., s. 29, 30.

²⁵ Benzer şekilde bkz. Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş-Korkmaz, Hülya/Atalay, Pekcanitez Usûl Hukuku, C. II, İstanbul 2017, s. 1730.

²⁶ Winter, s. 44; Müller, A., s. 31.

²⁷ Müller, H., s. 91.

²⁸ Witzthum, s. 9.

²⁹ Winter, s. 46.

küçüğün beyanda bulunması mümkünken (dZPO § 455 II), hukukumuzda HUMK döneminde var olan bu imkan HMK ile kaldırılmıştır (m. 170/2)³⁰.

Beyanların ispat gücü, delillerin serbestçe değerlendirilmesine konu olabilmesi veya kesin delil olarak kabul edilmesi tercihine göre değişmektedir. Taraf beyanına olan güvensizlik nedeniyle yemin altında alınan beyanlara ispat kuvveti tanınmış ve genellikle şekli ispat kuvvetine sahip olduğu kabul edilebilmektedir. Günümüzde ise delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi altında taraf beyanlarının da ispat gücüne sahip olması eğilimi göze çarpmaktadır³¹. Ayrıca tarafın sorgulanabilmesi de hakimi beyanın güvenilirliğine karşı savunmasız bırakmamaktadır³². Titizlikle gerçekleştirilen isticvap neticesinde edinilen beyanlar gerçeğin tespiti için vazgeçilmez bir araçtır³³. Hukukumuzda yemin ve isticvabın bir arada bulunması ise taraf beyanının ispat faaliyetindeki yerini karma sistem olarak nitelendirmemizi gerektirmektedir.

Takdiri delil olarak kabul edildiğinde tarafın beyanlarının değerlendirilmesinde beyanların içeriği kadar tarafın yargılamadaki durumu ve davranışları ve yargılamadaki yararı göz önüne alınmaktadır³⁴.

Tarafın tanık olarak dinlenilmesi, beyanların delil niteliğinde yargılamaya etki etmesinin bir diğer görünüş şeklidir. Özellikle Anglo Amerikan hukukunda taraf beyanı için ayrı bir delil türü belirlenmemiştir, tanık beyanı olarak ikame edilmektedir³⁵. Tanık beyanlarının yemin altında alınmasından dolayı, tarafın beyanlarının da bu kapsamda yeminle toplanması endişe ile karşılanmaktadır³⁶. İngiliz ve Avusturya hukukunda tarafın, üçüncü kişi gibi delil olarak kabulü söz konusudur³⁷.

³⁰ Bkz. § 4 II B 2 b.

³¹ Bkz. § 2.

³² Müller, A., s. 43.

³³ Yıldırım, M. Kamil, Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen: M. Kamil Yıldırım), İstanbul 2016, 107-128, s. 113.

³⁴ Müller, H., s. 92; Witzthum, s. 9; Tercan, Erdal, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Ankara 2021, s. 199.

³⁵ Bkz. § 2 II.

³⁶ Witzthum, s. 10.

³⁷ İngiliz hukukunda “tarafı aynı” (*zeugengleiche*) olarak nitelendirilirken, Avusturya hukukunda tarafın tanık gibi zorlanamamasından ötürü “tanık benzeri” (*zeugenähnliche*) olarak belirtilmiştir: Stürner, Die Partei als Beweismittel, s. 535, 536.

2. Birincil Delil

Diğer delillerin incelenmesinden önce taraf beyanlarının alınması ve delil olarak incelenmesi halinde taraf beyanının birincil delil olma özelliğinden bahsedilebilir³⁸. Delilin bu özelliği haiz olduğunu söyleyebilmek için kanunda birincil delil olduğu belirtilebilir. Ancak uygulamada uyuşmazlığın gerektirdiği hallerde de taraf beyanına delil olarak öncelikle başvurulabilir. Diğer delillerin toplanmasından ve incelenmesinden önce taraf beyanının alınması ispat konusu vakıanın tespiti için elzem olabilir. Bu halde taraf beyanını delilinin birincilliği söz konusudur.

Çoğu durumda ispatı gereken vakıanın netleştirilmesiyle ilgili tarafın bilgisine ihtiyaç duyulduğu gibi vakıanın tespiti için de en kapsamlı bilgiye sahip olan tarafın beyanı gerekmektedir³⁹. Böylece hakim ispat faaliyetinin başında diğer delillerle elde edemeyeceği bilgiyi taraftan almış olur ve bu bilgi vakıanın tespitine yarayabileceği gibi en azından ispat faaliyetinin daha hızlı ve verimli sonuçlanmasını da sağlayabilir⁴⁰. Taraflara birincil delil olarak başvurulması usul ekonomisine doğrudan hizmet edecektir.

Taraflar diğer deliller toplanmadan ve bunlarla ilgili sonuca varılmadan önce açıklamalarda bulunacaklarından gerçekliğe aykırı düşecek beyanlardan çekineceklerdir. Taraf beyanının yemin veya isticvap vasıtası ile toplanmasında talilik söz konusu olduğunda diğer deliller toplanmaktadır ve sonuca ulaşılamadığı için tarafa başvurulmaktadır. Bunun farkında olan taraf, beyanlarının doğruluğunun kontrol edilemeyeceği zira delil ikamesinin gerçekleştiği düşüncesiyle daha rahat hareket etmektedir⁴¹. Tarafın daha sonra isticvap edilmesi veya tali olarak beyanlarına başvurulması delilin ispat gücünü bu nedenle düşürmektedir⁴². Bunun tersine çevrilmesi gerçeğin tespiti bakımından yararlı olacaktır.

Yargılamanın başında ispat yükü ve delil ikame yükü üzerinde olan tarafa odaklanılmaktadır. Bu tarafın delil ikame etmesi ve iddiasını temellendiren vakıaları

³⁸ Müller, H., s. 87.

³⁹ Wehmeier, Karl, Die Parteivernehmung im deutschen und österreichischen Zivilprozeß, Düsseldorf 1939, s. 60.

⁴⁰ Fasching, Hans W./Konency, Andreas/Spenling, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 3. Band, Wien 2004, § 371, kn. 2; Wehmeier, s. 61.

⁴¹ Kollhossner, Helmut, Rezension: Konstantin Polyzogopoulos, Parteianhörung und Parteivernehmung in ihrem gegenseitigen Verhältnis, ZZP 91, 102-107, s. 107; Müller, A., s. 42; Kwaschik, Annett, Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, Tübingen 2004, s. 294; Schöpflin, Martin, Die Parteianhörung als Beweismittel, NJW 1996, 2134-2138, s. 2137.

⁴² Effer-Uhe, Daniel, Die Parteivernehmung, Baden Baden 2015, s. 85.

ispatlaması beklenmektedir ve ispat faaliyeti de bu yönde gelişmektedir. Halbuki karşı tarafın ispat faaliyetinin başında sorgulanması, beyanlarının alınması ikrar ile ispata gerek kalmaksızın sonuca vardırabilir veya gösterilen deliller toplanmadan ispatı sağlayabilir⁴³.

İspat yükü üzerinde olan tarafın beyanlarının birincil delil olarak alınmasına, kendi lehine beyanlarının ispat için kullanılmasının yargılamadaki yararı nedeniyle kabul edilemeyeceği ve daha güvenilir delillerin öncelikle incelenmesi gerektiği düşüncesiyle karşı çıkılmıştır⁴⁴. Karşı tarafın delil ikame ettiği ve ispat yükü altındaki tarafın beyanının alındığı halde karşı tarafın delilleri toplanacak ve değerlendirilecektir. İspat yükü altındaki tarafın kalan delilleri de bu halde toplanmış olacaktır. Bu durumda ispat yükü altındaki tarafın beyanının delil olarak öncelikle toplanması bir anlam ifade etmeyecektir. Bununla birlikte ispat yükü altındaki tarafın başka delilinin bulunmadığı halde elbette beyanlarına başvurulması gerekmektedir, zira burada bir ispat güçlüğü söz konusu olabilir. Amaca uygun olduğunda yani söz konusu dava için taraf beyanının öncelikle alınması elverişli olduğunda isticvaba başvurulması⁴⁵ da göstermektedir ki her durumda muhakkak birincil olarak taraf beyanının alınması duruma uygun düşmeyecektir.

Avusturya hukukunda isticvap sıkı şekil ve uygunluk şartlarına bağlı olmadan uygulanmaktadır ve birincil delil olarak kabul edilmektedir⁴⁶. Genellikle yargılamanın başında taraflar öncelikle isticvap edilerek beyanlarına başvurulmaktadır. Bu sebeple isticvabın Avusturya hukukunda uygulamada birincil delil olduğu söylenebilir. Nitekim yargılamanın hızlandırılması amacıyla 2002 yılında yapılan değişiklikle⁴⁷ hukukumuzdaki ön inceleme benzeyen aşamada⁴⁸ (*Vorbereitende Tagsatzung*) tarafların isticvap edilmesi düzenlenmiştir (öZPO § 258/I-5). Buna göre sözlü yargılama aşamasına geçilmeden önceki bu hazırlık duruşmasında hakimin takdirine bağlı olarak amaca uygun olması halinde gerekli görüldüğü durumda taraflar isticvap edilebilecektir. Uygulamadaki faydalarının görülmesiyle kanun koyucu birincil delil olarak isticvaba başvurulmasını teşvik amacıyla bu düzenlemeyi yapmıştır⁴⁹.

⁴³ Müller, H., s. 88.

⁴⁴ Müller, H., s. 88.

⁴⁵ Delilin birincil olması incelenmeden ikame edileceği anlamına gelmemektedir, delil ikamesi için gerekli şartlar burada da aranacaktır.

⁴⁶ Fasching/Konency/*Spenling*, § 371, kn. 2; Oberhammer, Paul, Parteiaussage, Parteivernehmung und freie Beweiswürdigung am Ende des 20. Jahrhunderts, ZZP 1999, s. 295-326, s. 300.

⁴⁷ ZVN 2002 BGBl I 2002/76.

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dörenisa, Efe, Medeni Yargılamada Ön İnceleme Aşaması, İstanbul 2021, s. 122 vd.

⁴⁹ Fasching/Konency/*Spenling*, § 371, kn. 2.

3. Tamamlayıcı Delil

Hakimde tek başına ispat konusu ile ilgili kanaat tesis etme gücü olmayan deliller tamamlayıcı delil olarak tanımlanır⁵⁰. Diğer delillerin toplanması ile oluşan kanaat kararın verilmesi için yeterli olmadığı takdirde kullanılırlar, diğer delillerle birlikte kanaatin oluşmasına yardımcı olurlar⁵¹. Tamamlayıcı delilin kendisi tek başına hakimde kanaat oluşturma gücüne sahip değildir, tali delilden bu yönüyle ayrılmaktadır⁵². Diğer delillerin yeter derecede kanaati oluşturamadığı hallerde tamamlayıcı delil de bulunmazsa hakim vakıanın ispatlanmamış olduğuna karar verecektir.

Tamamlayıcı delilin ikame edilebilmesi için hali hazırda bir delil ikamesinin ve bu delil ikamesine bağlı olarak belli düzeyde bir kanaatin oluşması gerekmektedir⁵³. Bu kanaatin tam olmaması nedeniyle tarafların veya hakimın oluşan kanaati kuvvetlendirecek bir araca ihtiyacı bulunmaktadır. Bu nedenle tamamlayıcı delil olarak düzenlenen taraf beyanına kanundaki sınırlandırmalara bağlı olarak başvurulmaktadır.

Re' sen yeminin genellikle tamamlayıcı özelliği bulunmaktadır ve daha sonra yeminden vazgeçerek isticvap ile taraf beyanlarının alınmasını kabul eden bazı hukuk düzenlerinde dahi bu özellik taraf beyanı için devam ettirilmiştir. Örneğin Alman hukukunda re' sen isticvaba başvurulması için vakıa ile ilgili mevcut bir kanaat aranmaktadır⁵⁴. Hakimın ikame edilen delillerle tam kanaate ulaşamadığı takdirde tarafı yemine davet etmesi işlemi isticvapta da uygulanmış ve ancak kanaatin güçlendirilmesi için taraf beyanına başvurulmuştur.

Hukukumuzda taraf beyanına tamamlayıcı delil olarak başvurulmasına örnek HUMK döneminde mevcut olan yardımcı veya tamamlayıcı yemin olarak da adlandırılan re' sen yemin gösterilebilir. Buna göre hakim, var olan ancak yeterli olmayan kanaatini tamamlaması için tarafın yemin etmesini teklif edebilmekteydi⁵⁵. Re' sen yemine başvurulabilmesi için hakimın diğer delillerle kanaat edinmiş olması ancak bunun karar vermek için yeterli olmaması şart

⁵⁰ Müller, H., s. 89; Müller, A., s. 40.

⁵¹ Müller, A., s. 40.

⁵² Müller, A., s. 40.

⁵³ Stürner, Die Partei als Beweismittel, s. 535; Müller, H., s. 91.

⁵⁴ Ayrıntılı bkz. § 6 II B 1b.

⁵⁵ Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 599; Ansay, Sabri Şakir, Yemin, Adliye Ceridesi, S. 4 Y. 1940, 255-296, s. 289; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011, s. 348.

olarak görülmüştür (HUMK m. 356/2)⁵⁶. Re' sen yeminin ancak yargılamanın sonunda teklif edilebilmesi de tamamlayıcı bir delil olduğunu göstermektedir (HUMK m. 359). Yeminin kabulü veya reddi hakimi bağlamaktaydı ve buna göre vakıanın tespit edilmiş veya edilmemiş olduğu belirlenmekteydi⁵⁷. Görüldüğü gibi yeminin şekli ispat kuvveti nedeniyle delil ikamesinin sonunda başvurulması ve kanaatin yetersiz olmakla birlikte var olması şart koşulmuştur.

4. Tali Delil

Hakimin, kanunda düzenleme bulunmadıkça, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde delilleri toplaması ve incelemesi sıralamasında takdir yetkisi bulunmaktadır⁵⁸. Çekişmeli vakıanın ispatı için belli bir delilin ikamesi diğer delillerin ikamesine ve değerlendirilmesine bağlandığı takdirde tali delil söz konusudur. Delilin gösterilebilmesi veya toplanabilmesi için mevcut delillerin elverişli olmaması veya tam kanaatin oluşmasında yetersiz kalması yahut da başka delilin ikame edilmemesi ön görülebilir⁵⁹.

Tamamlayıcı delil ve tali delil arasındaki fark delilin diğer delillere mutlak bağılılığıdır. Tamamlayıcı delilin tek başına kanaat tesis etmede kullanılması mümkün değildir, sadece diğer delillerle oluşan kanaatin güçlenmesine yardımcı olabilir, kanaati tamamlayabilir. Tali delil ise başlı başına ispat kuvvetine sahiptir ve kendisinden başka delil ikame edilmemesi halinde dahi vakıayı ispatlayabilir⁶⁰.

Delilin, diğer delillerden tali olarak ayrılmasının temel göstergesi zamansal olarak ikamesinde öncelik sonralık ilişkisine tabi olmasıdır. Delilin zamansal açıdan tali olması⁶¹, diğer delillerin öncelikle gösterilmesi veya diğer delillerle beraber gösterilebilmekle birlikte bu delillerden sonra toplanabilmesidir. İkame edilen diğer delillerin elverişli olmaması veya

⁵⁶ **Belgesay**, Mustafa Reşit, Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul 1940, s. 157; **Belgesay**, Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi, İstanbul 1935, C. II, s. 128; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 349.

⁵⁷ **Ansay**, Yemin, s. 290; **Bilge/Önen**, s. 602; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 349. Aksi yönde bkz. **Belgesay**, C. II, s. 127.

⁵⁸ **Bühler**, Alfred, Parteibefragung und Beweisaussage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Haftpflichtprozess 2013, s. 127-170, s. 154.

⁵⁹ **Stein**, Friedrich/**Jonas**, Martin/**Berger**, Zivilprozessordnung Band 5, Tübingen 23. Auflage, § 445, kn. 12; **Polyzogopoulos**, Konstantin, Parteienhörung und Parteivernehmung in ihrem gegenseitigen Verhältnis, Berlin 1976, s. 61.

⁶⁰ **Müller**, A., s. 41.

⁶¹ Delilin ikamesi bakımından bir talilik söz konusu olmakla birlikte, değerlendirilmesi bakımından diğer delillerle arasında bir talilik söz konusu değildir: **Polyzogopoulos**, s. 63 dn. 64. Aksi yönde bkz. **Glücklich**, Heinz-Werner, Parteivernehmung nach deutschem Zivilprozess, Würzburg 1938, s. 114-117.

kanaat oluşturmada yetersiz kalması halinde tali delil toplanabilir. Bu nedenle ispat faaliyetinin sonunda toplanabilmesi mümkün olur⁶². Tamamlayıcı delilden farklı olarak başka delilin ikame edilmemesi halinde doğrudan tali delil ikame edilebilir⁶³. Bir diğer görünümü ise hakimde tam kanaatin diğer delillerle oluşması halinde tali delilin değerlendirmeye alınmaması ve karşı ispat kuvvetini haiz olmamasıdır⁶⁴.

Hakimin re' sen ikame edebileceği delillerin tali delilden önce toplanmasının şart olup olmadığı sorulabilir. Taraf beyanına başvurulmasının tali olmasının temel nedeni taraf beyanına olan güvensizlik olduğundan, bu delile başvurulmadan önce hakim elindeki diğer delil imkanlarının da elverişli olduğu ölçüde kullanılması gerektiği savunulmaktadır⁶⁵.

Taraf beyanı içeren delillerin tali olarak düzenlenmesinin temelinde taraf beyanına olan güvensizlik bulunmaktadır⁶⁶. Yargılamada uyumsuzluk konusu ve çekişmeli vakıalarla ilgili kapsamlı bilgiye sahip olan tarafın beyanına başvurmak ihtiyacı karşılanmıştır ancak aynı zamanda tarafın yargılamadaki yararı sebebiyle bu bilgiye başvuru şekli de sınırlandırılmak istenmiştir. Bu sebeple taraf beyanına delil olarak başvurulması zamansal açıdan ve diğer delillerle oluşan kanaat gibi şartlara bağlanmıştır. İspat güçlüğüne bulunduğu hallerde son çare olarak kullanılmasıyla, taraf beyanının güvensizliğine karşı tedbir alınması amaçlanmaktadır. Taraf beyanına olan güvensizliğin aşılmasında hakim delilleri serbestçe değerlendirilmesi yeterli görülmemiştir ve yemine son çare olarak başvurulması geleneğinin devamını sağlayabilmek için delilin tali olması güvence olarak tesis edilmiştir⁶⁷.

Taraf beyanının tali delil olarak düzenlenmesine örnek, isticvap bakımından Alman hukukunda mevcuttur⁶⁸. Buna göre vakıa, toplanan diğer delillerle tespit edilememişse veya ispat konusu ile ilgili hiç delil gösterilememişse ve toplanamamışsa ispat yükü üzerinde olan

⁶² Ahrens, Hans-Jürgen, Der Beweis im Zivilprozess, Köln 2015, Kap. 41, kn. 11.

⁶³ Bir tarafın sadece tali delil, diğer tarafın diğer deliller ikame etmesi halinde, delillerin toplanması sıralaması hakim takdirine bırakılmalıdır. Alman hukukunda isticvap delili için bu yönde: Stein/Jonas/Berger, § 445, kn. 17; Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas/Schreiber, Münchener Kommentar zur ZPO, München 2020, § 445, kn. 7. Aksi yönde, öncelikle karşı tarafın delillerin toplanması gerektiği yönünde: Wiczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A./Völzmann-Stickelbrock, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band 6, De Gruyter 2014, § 445, kn. 11; Wehmeier, s. 7; Glücklich, s. 103.

⁶⁴ Wehmeier, s. 63.

⁶⁵ Glücklich, s. 101; Anders, Monika/Gehle, Burkhard/Gehle, Zivilprozessordnung, München 2022, § 448, kn. 1; Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus/Müller-Christmann, ZPO Kommentar, Köln 2021, § 448, kn. 2; Zöller, Richard/Greger, Zivilprozessordnung, Köln 2020, § 448, kn. 3.

⁶⁶ Glücklich, s. 101; Wiczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 445, kn. 4.

⁶⁷ Kollhossner, s. 105.; Polyzogopoulos, s. 64; Schilken, Eberhard, Zivilprozessrecht, München 2014, § 11, kn. 549; Jauernig, Othmar/Hess, Burkhard, Zivilprozessrecht, München 2011, § 56, kn. 1.

⁶⁸ Yardımcı delil (Hilfsbeweis) olarak da nitelendirilmektedir: Anders/Gehle, vor § 445, kn. 7; Wiczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 445, kn. 4.

taraf karşı tarafın sorgulanmasını talep edebilir (dZPO § 445 I). Doktrinde isticvabın tali bir delil olduğu belirtilmektedir⁶⁹. İkame edilebilecek tüm delillerin gösterilmesi önem taşımamaktadır⁷⁰, hiç delil gösterilmediği halde de isticvaba başvurulabilir⁷¹. Sadece tarafın gösterdiği ve toplanan delillerin başarısız olması veya hakimi tam kanaate ulaştırılamaması yeterlidir⁷².

İsticvap delilinin tali olduğunu dZPO § 450 II fıkrasından da çıkarılmaktadır⁷³. Buna göre isticvap delili gösterilmiş olmakla birlikte tarafın sorgulanmasından önce ispat edilemeyen vakıa için yeni delil gösterildiğinde taraf isticvap kapsamında sorgulanmayabilir, öncelikle yeni delil toplanır. İkame edilen yeni delil ispatı sağladıysa taraf isticvabı gerçekleştirilmez⁷⁴. Görüldüğü gibi burada da başka delilin söz konusu olması halinde isticvap ikinci planda bırakılmakta ve öncelikle diğer deliller ile kanaate ulaşılmaya çalışılmaktadır, fıkra isticvabın tali delil olduğunu tekrar göstermektedir⁷⁵.

İsticvapla ilgili diğer düzenleme ispat konusu vakıanın aksinin tespit edilmesi halinde isticvap deliline başvurulamayacağıdır (dZPO § 445 II). Bu kural da isticvabın tali olması ile ilgilidir⁷⁶.

Taliliğin isticvap için öngörülmesine rağmen uygulama bakımından önem arz etmeyebileceği belirtilmektedir. Öncelikle isticvabın sadece tali olarak talep edilebileceği şartı, tarafın hiçbir delil göstermemesi ancak karşı tarafın isticvabı talebi ile dolanılabilir⁷⁷.

⁶⁹ Anders/**Gehle**, vor § 445, kn. 1; Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 12; **Münks**, Andrea, Vom Parteieid zur Parteivernehmung in der Geschichte des Zivilprozesses, Köln-Berlin-Bonn-München 1992, s. 183; **Thomas**, Heiz/**Putzo**, Hans/**Seiler**, Zivilprozessordnung, München 2021, vor § 445, kn. 1; **Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter, Zivilprozessrecht, München 2018, § 124, kn. 8; **Schilken**, § 11, kn. 549; **Grunsky**, Wolfgang/**Jacoby**, Florian, Zivilprozessrecht, München 2018, s. 199 kn. 595; Prütting/Gehrlein/**Müller-Christmann**, vor § 445, kn. 1; **Jauernig/Hess**, § 56, kn. 5; **Musielak**, Hans-Joachim/**Voit**, Wolfgang/**Huber**, Zivilprozessordnung, München 2022, § 445, kn. 1.

⁷⁰ Anders/**Gehle**, § 445, kn. 4;

⁷¹ Musielak/Voit/**Huber**, § 445, kn. 8; Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 445, kn. 9

⁷² Thomas/Putzo/**Seiler**, § 445, kn. 2; Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 12.

⁷³ Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 450, kn. 7; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 450, kn. 3; Musielak/Voit/**Huber**, § 450, kn. 3.

⁷⁴ Taraf talebiyle isticvabın düzenlediği § 445 maddesinin ikinci fıkrasında vakıanın aksinin ispatlanması halinde isticvap kullanılamaz düzenlemesiyle paralellik göstermektedir: Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 450, kn. 14; **Kwaschik**, s. 17.

⁷⁵ Stein/Jonas/**Berger**, § 450, kn. 9; **Polyzogopoulos**, s. 61; **Münks**, s. 184. Yeni delilin, delillerin gösterilmesine ilişkin zaman sınırına ve usule uygun olup olmadığına karar verildikten sonra ikamesi mümkün olacaktır. Bu takdirde dahi delil veya isticvaptan hangisinin öncelikle inceleneceği hakimin takdirine bırakılmıştır: Stein/Jonas/**Berger**, § 450, kn. 11; Zöllner/**Greger**, § 450, kn. 3; Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 450, kn. 7, 8.

⁷⁶ Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 19.

⁷⁷ **Kwaschik**, s. 16; **Glücklich**, s. 107; Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 445, kn. 9.

Bunun yanında diğer delillerden önce tarafın sorgulanması kanun yolu denetimi açısından önem arz etmemektedir. Delilin tali olması ihlal edildiğinde, ancak isticvaptan sonra, daha önce gösterilen deliller toplanmamış olursa istinaf sebebi teşkil edebilir⁷⁸. Alman Usul Kanunu § 450 II 1. cümle isticvabın taliliğinin diğer deliller toplanmadan tarafın sorgulanması veya isticvabın karşı delil olarak kullanılmasıyla ihlalinin kanun yolu için sebep oluşturmayacağını ortaya koymaktadır⁷⁹. Son olarak tarafın isticvap edilmesinin daha sonradan delil ikamesini engellemeyeceği belirtilmelidir⁸⁰.

II. Hukuki Niteliği

A. Türk Hukukunda Kesin Delil ile İspat Zorunluluğu

Hukukumuzda senet ile ispat zorunluluğu ve senede karşı tanıkla ispat yasağı bulunmaktadır (HMK m. 200, m. 201)⁸¹. Buna göre belli bir parasal değeri aşan hukuki işlemlerin ancak kesin deliller ile ispatı mümkündür. Değerine bağlı olmaksızın hakkında senet bulunan hukuki işlemin aksinin takdiri deliller ile ispatlanması istisnalar haricinde mümkün değildir. İspat sisteminde delillerin sınırlı olarak sayılmamasına rağmen delil değerlendirilmesinin kesin deliller ile sınırlandırılması delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin de tam olarak uygulanmadığını göstermektedir. Öte yandan serbest delil sistemi kabul edilmiştir⁸². Senetle ispat zorunluluğu bir yandan tarafların gösterebileceği delilleri sınırlandırmaktadır diğer yandan da delillerin değerlendirilmesinde hakimî bağlamaktadır⁸³. Hakim kesin delil ile bağlı olacak ve bu delilin gerçeği yansıtıp yansıtmadığını inceleyemeyecektir.

Kesin delil sisteminin benimsenmesi Kanun koyucunun bir tercihidir. Bu tercih için birçok neden belirtilmiştir. Temel sebep bir görüşe göre tanığa duyulan güvensizlik⁸⁴, başka bir görüşe göre ise hakime duyulan güvensizliktir⁸⁵. Ayrıca temel sebebin tanığa karşı güvensizlikten

⁷⁸ Müns, s. 185.

⁷⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 124, kn. 10.

⁸⁰ Müns, s. 184; Zöller/Greger, § 445, kn. 3.

⁸¹ Kesin delil ile ispat zorunluluğu ve senetle ispat zorunluluğu kavramlarının ifade ettiği anlam için bkz. Tok, Ozan/Koltaş, Harika, Senetle İspat Kuralının Tesis Ediliş Amacı Bakımından Bazı Vakıaların İspatına İlişkin Değerlendirmeler, MÜHAD, Y.2016 C. 22 S. 3, 2665-2691, s. 2665, 2673 ve 2674.

⁸² Yıldırım, M. Kamil, Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 87-90; Çiftçi, Pınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018, s. 782.

⁸³ Çiftçi, s. 784.

⁸⁴ Postacıoğlu, İlhan E., Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964, s. 18.

⁸⁵ Konuralp, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, s. 10; Yavaş, Murat, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2020, s. 88; Çiftçi, s. 791.

ziyade yazılı şekil ile emniyet, yargılamaların hızlı ve makul masrafla sonuçlanması ile adaletin temini olduğu vurgulanmıştır⁸⁶. Hakimin bilgisinin ve delilleri değerlendirme becerisinin zayıflığına karşı getirilmiş bir önlem olarak görülmesine karşın tersi bir yorumla hakimin bilgi ve becerisinin gelişmesini engelleyen kurum senetle ispat pratiği olarak da görülebilir⁸⁷.

Diğer taraftan yargılamaların hızlı ve adil şekilde sonlandırılması⁸⁸, toplumsal gelişmeler ve değişimler, hukuki ilişkilerin ve uyuşmazlıkların çeşitlenmesi ve çetrefil hale gelmesi⁸⁹ farklı nedenler olarak gösterilmiştir. Yazılı şeklin hakkın tespitinde şüpheye yer bırakmayacak şekilde sonuç vermesi senetle ispat kuralı tercihinin bulunmaktadır⁹⁰. Mahkemenin uyuşmazlığı çözümü kolaylaştırır ve hızlanır, ayrıca yargılama tarafların yanlış anlama ve hatırlamalarından korunur⁹¹. Başka bir bakış açısıyla bilimsel ve teknolojik gelişmeler ve uyuşmazlıkların çeşitlenmesi ve karmaşıklaşması nedeniyle kesin delil kuralının terk edilerek delillerin serbestçe değerlendirilmesine yönelinmesinin daha isabetli görülmesi de söz konusudur⁹².

Senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralı hukuki işlemin ispatını gerektiren uyuşmazlıklarda büyük oranda karşımıza çıkmaktadır⁹³. Senetle ispat kuralının delilleri ve hakimin değerlendirmesini kısıtlaması nedeniyle ispat hakkını sınırlandırdığı ortadadır. Ancak getirilen istisnalar ile bu mecburiyetin ve ispat hakkı ihlalinin dengelendiği ifade edilmektedir. İspat hakkının sınırlandırılmasından ziyade bu sınırlamanın makul olup olmadığı önem arz etmektedir⁹⁴. Bunun yanında kuralın maddi gerçeğin tespiti ve adil bir kararın tesisini zorlaştırması mümkündür. Hakimin vicdani kanaat tesis etmesini engelleyen ve hakimi delil ile bağlı kılan sistem maddi gerçeğin tespitini engelleyebilir⁹⁵. Dava kısa sürede ve kolayca sonuca varılabilir ancak karar isabetli olmayabilir. Bu halde toplum barışı için olumsuz bir netice doğacaktır⁹⁶. Aksi durumda ise yalnızca tanıkla ispat mevcut olmayan durumun varlığını

⁸⁶ **Berkin**, Necmettin M. Senetle İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları, İÜHFM Y. 1950 C. XVI S. 3-4, 799-821, s. 805.

⁸⁷ Tartışmalı olduğuna dair bkz. **Çiftçi**, s. 790.

⁸⁸ Yargılamanın hızlı sonuçlanmasının ancak senetle ispat kuralının sonucu olabileceği, neticenin zamanla sebep olarak görülmeye başlandığı, bunun bir sebep olarak hukukumuzda görülmediği yönünde ayrıntılı bkz.: **Postacıoğlu**, Şehadetle İspat Memnuiyeti, s. 20-22.

⁸⁹ **Postacıoğlu**, Şehadetle İspat Memnuiyeti, s. 19.

⁹⁰ **Berkin**, Necmeddin M., İspat Hukuku'nda Senet Delili ve Yazılı Şekil, İÜHFM, Y. 1946 C. 12 S. 4, 1175-1192, s. 1184.

⁹¹ **Berkin**, İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil, s. 1184.

⁹² **Konuralp**, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 11.

⁹³ **Çiftçi**, s. 785.

⁹⁴ **Çiftçi**, s. 785.

⁹⁵ **Yavaş**, s. 89.

⁹⁶ **Yavaş**, s. 89.

gösterme tehlikesini taşır⁹⁷. İspat hakkı ve maddi gerçek ile ilgili bu endişelerin kuralın istisnalarının genişlemesi ile kuralın eskisi kadar katı olmaması ile bertaraf edildiği belirtilmektedir⁹⁸. Hukuk güvenliği, keyfi kararlardan kaçınmak, davaların kısa sürmesi gibi faydaları dikkate alınarak, teknolojik gelişmeler ve Kıta Avrupası'nda mevcut eğilime göre kurumun kaldırılmasından ziyade yumuşatılması isabetli görülmektedir⁹⁹.

Kesin delil ile ispat zorunluluğunun gerekçelerine bakıldığında tanığa ve hakime duyulan güvensizliğin aşılmasının, uyuşmazlığın en az şüpheye yer bırakacak şekilde, hızlı ve az masrafla çözümlenmesinin hedeflendiği görülmektedir. Bu sebepler ve hedefler dikkate alındığında beyan delili olan tanık beyanları ile taraf beyanları Kanun koyucunun ispat faaliyetindeki amaçların karşısında benzer konumda bulunmaktadır. Tarafın yargılamada yararı söz konusudur, beyanları sübjektiftir ve bu beyanların değerlendirilerek sonuca ulaşılması için hem zaman hem de hakim uzmanlığı gerekmektedir. Öyleyse Kanun koyucunun senetle ispat zorunluluğundan yana tercih kullanması taraf beyanını delil olarak sisteme almaktaki çekincesini de ortaya koymaktadır.

B. Türk Hukukundaki Görüşler

Medeni yargılamada taraf beyanı yargılamayı ilerleten, usuli durum yaratan veya karar verilmesini gerektiren, tarafın iradesi, isteği, talebi, iddiaları ve savunmaları, delilleri, yazılı veya sözlü olarak ifadesidir. Özel olarak delil ikamesini gerçekleştiren taraf beyanı yargılamada çekişmeli vakıalar hakkında tarafın belli bir usul altında yaptığı açıklamalardır. Taraf çekişmeli vakıa hakkında en bilgili kişidir ve beyanları vasıtasıyla delil ikame etmesi mümkündür. Özellikle vakıa hakkında sadece tarafın bilgisinin olduğu aile hukuku, sözlü beyan ile gerçekleştirilen sözleşmeler veya sadece iki kişi arasında geçen vakıalar hakkındaki beyanlar delil ikamesine imkan vermektedir¹⁰⁰.

Kanuni (katı, sıkı) delil sistemlerinde deliller kanunda belirtilmiştir ve bu belirtilen deliller dışında başka araçlar delil olarak kullanılamaz. Serbest delil sisteminde ise kanunda deliller belirtilmiş olabilir ancak sınırlama söz konusu değildir, her türlü araç delil olarak kullanılabilir.

⁹⁷ Yavaş, s. 89.

⁹⁸ Yavaş, s. 494; Çiftçi, s. 786; Uysal, Merve, Der Zeugenbeweis und seine Grenzen im Rahmen der freien Beweiswürdigung, Hamburg 2021, s. 463. Türk doktrinin, senetle ispat kuralının sıkı şekilde uygulanmasından yana olduğu yönünde bkz. Yıldırım, Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, s. 119.

⁹⁹ Yavaş, s. 89.

¹⁰⁰ Hauser, Robert, Beweisaussage im Zivilprozess, Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, 1980, 617-631, s. 625; Sutter-Somm, Thomas, Parteianhörung und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts aus schweizerischer Sicht, ZJP 2000, 327-345, s. 343.

Türk hukukunda serbest delil sistemi geçerlidir ve buna göre her türlü bilgi taşıyıcı araç delil olabilmektedir (m. 192)¹⁰¹. Taraf beyanının kesin delil niteliği taşıyan delil çeşidi yemin olarak Kanunda yer almaktadır. Hakimin delilleri serbestçe takdir etmesine tabi olan ve bu yönüyle kesin delillerden ayrılan, çekişmeli vakıayı konu alan taraf beyanı isticvap vasıtasıyla sağlanabilir.

Tarafın beyanının delil olarak nitelendirilebilmesi için yargılama içinde alınan diğer beyanlardan ayrılması gerekmektedir. Yargılamada ifade edilen her beyan delil ikamesi içinde kabul edilmemektedir ve delil değerlendirilmesine konu olmamaktadır. Örneğin tarafların dinlenilmesi ile edinilen beyanlar çekişmeli vakıa ile ilgili eksik ve anlaşılamayan hususların aydınlatılması için kullanılmaktadır, ispat faaliyeti kapsamında değildir. Bu bakımdan hukukumuzda taraf beyanının ispat faaliyeti içerisinde edinilebileceği kurum isticvaptır. Taraf beyanının delil niteliğini haiz olup olamayacağı isticvap kurumunun hukuki niteliği ile bağlantılı olarak incelenebilir.

Hukukumuzda taraf beyanın doğrudan delil niteliği üzerinde durulmamış, taraf beyanının edinildiği kurum olan isticvabın hukuki niteliği tartışılmıştır. Türk hukukunda isticvabın dolayısıyla taraf beyanının delil teşkil etmesi konusundaki tartışmanın temelinde isticvap kurumunun mehzaz kanundan iktibas edilmesi, niteliğinin Kanunda açıkça ifade edilmemiş olması ve deliller arasında sayılmamış olması, ispat ile ilgili hükümlerin ağırlıklı olarak alındığı Fransız hukukundaki isticvap benzeri kurumdan (*Comparution Personelle*) bariz şekilde ayrılması gösterilebilir¹⁰².

Bir görüşe göre tarafın beyanlarının alınması için sorgulanması delil ve özellikle ikrar elde etme aracı olarak görülmüş ve bu sorgulanmanın delil niteliğini haiz olmadığı ayrıca belirtilmiştir¹⁰³. Bu düşünce belli bir usul altında alınan taraf beyanlarının dahi delil olarak

¹⁰¹ Pekcanitez/*Atalay*, C. II, s. 1733.

¹⁰² Fransız hukukunda tarafın beyanlarına ikrar ve yemin delili ile başvurulduğu ancak tarafın dinlenilmesi olan Comparution Personelle kurumunun da delil fonksiyonuna sahip olduğu ve taraf beyanlarının yargılamaya etkide bulunabildiği ve hakim tarafından serbestçe değerlendirilebildiğine dair bkz. **Coester-Waltjen**, Dagmar, Parteiaussage und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts, ZZZ 113, 269-294, s. 288. Delil olmadığı ancak delil elde etme amacındaki bir prosedür olduğu, isticvaptan ayrıldığı noktanın sadece ikrar elde etmek amaçlı olmadığı, beyanların değerlendirilmesinde hakime geniş takdir yetkisi verildiği yönünde bkz. **Tok**, Ozan, Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı, Ankara 2016, s. 67, 68.

¹⁰³ **Bilge/Önen**, s. 484; **Şener**, Oruç Hami, Medeni Yargılama Hukukunda Tarafların İsticvabı, YD 1990 S. 1-2, s. 59-76, s. 59 ve 61; **Tanrıver**, Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Ankara 2021, s. 785; **Atalı**, Murat/**Ermenek**, İbrahim/**Erdoğan**, Ersin, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2020, s. 544. İkrar elde etme amacı taşıdığı yönünde: **Postacıoğlu**, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 565; **Karaaslan**, s. 202; **Tok**, s. 69. Delil olmadığı, mahkeme usul işlemi olduğu yönünde: **Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s. 499. İsticvabın amacının delil elde etmek olmadığı ancak tarafların beyanlarına, kendi içinde tutarlı ve ikna edici

değerlendirilemeyeceğine, ancak delil olarak kabul edilen aleyhe beyanların yani ikrarın delil niteliğini haiz olduğu kabulüne dayanmaktadır. Buna göre taraf kendi davasında en şüpheli tanıktır¹⁰⁴ ve bu sebeple beyanlarının güvenilirliği sağlanamayacağından bir delil veya ispat vasıtası olarak nitelendirilemez¹⁰⁵. Bu görüş esas alındığında tarafın ancak aleyhine olan hususlarda beyanları alınabilecektir ve bunun ikrar sonucunu doğurması beklenmektedir. Sonucunda ikrar elde edilemeyen beyanlar, tek başına delil olarak kullanılamayacak, diğer takdiri delillerle beraber dikkate alınabilecektir¹⁰⁶.

Önen tarafın beyanlarının temelini tarafların dinlenilmesi olabileceğini ve şahsi bilgilerin alınması ile uyuşmazlığın çözümü aracı teşkil edebileceğini bu nedenle de doğrudan doğruya bir ispat vasıtası olarak kabul edilmeyeceğini ifade etmiştir. Beyan elde edilmesi için tarafın isticvap edilmesindeki amacın delil elde etme veya ihtilaflı noktaları tespit olarak belirlemiştir. Buna örnek olarak da ikrar elde edilmesi verilmiştir. Yine *Önen*, isticvabı tarafların dinlenilmesi olarak tanımlamış ve tarafın kendi davasında güvenilir bir tanık olmayacağından beyanlarının delil olarak kabul edilemeyeceğini, ayrıca ikrar sonucu doğabileceğini belirtmiştir¹⁰⁷.

Yılmaz, tarafın hakim tarafından doğrudan sorgusu anlamına gelen isticvabı, davanın aydınlatılmasına katkıda bulunan bir usul işlemi olarak nitelendirmiş, başlı başına bir delil ve ispat vasıtası olmadığını vurgulamıştır¹⁰⁸. Dolayısıyla isticvap neticesinde edinilen taraf beyanının da ispat faaliyetinde bir işlevi bulunmamaktadır.

Kuru, tarafların kendi davalarında en şüpheli tanık olmaları sebebi ile tarafın kendi aleyhine olan hususlarda hakimce sorguya çekilmesi olarak tanımladığı isticvabın hukuki niteliğini delil

olduğu ölçüde delil değeri tanınmasının uygun olup olmayacağının, olması gereken hukuk bakımından Türk hukuku için de tartışılması gerektiği yönünde: **Budak**, Ali Cem/**Karaaslan**, Varol, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2021, § 14, kn. 4, 5.

¹⁰⁴ **Taruffo**, Michele, Under the Auspices of the International Association of Legal Science, Volume XVI: Civil Procedure, Chapter 7: Evidence, Tübingen-Boston-Lancaster 2010, s. 31.

¹⁰⁵ **Önen**, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 185; **Yılmaz**, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. III, Ankara 2021, s. 3331 ve 3345; **Kuru**, Baki, Medeni Usul Hukuku El Kitabı C. I, Ankara 2020, s. 603; **Şener**, s. 59 ve 61; **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2020, s. 383; **Yağcı**, Uğur, İsticvaba İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler, EÜHFD, Y. 2012 C. XVI S. 1–2, s. 285-308, s. 289.

¹⁰⁶ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 545: “Buna karşılık, ikrarın elde edilemediği durumlarda hakim yalnızca isticvap sırasında elde ettiği intiba ve kanaate dayanarak, ilgili vakıyı mevcut ve doğru kabul etmesi mümkün değildir. Ancak, takdiri delille ispatı caiz olan bir vakıa hakkında başkaca takdiri deliller mevcutsa ve hakim bu delilleri inceleyerek ilgili vakıa hakkında bir kanaat edinmişse, isticvap sırasında edindiği intiba ve kanaatini, bunu pekiştirmek üzere kullanabilir.”

¹⁰⁷ **Önen**, s. 185.

¹⁰⁸ **Yılmaz**, C. III, s. 3331 ve 3345.

olarak kabul etmemiştir¹⁰⁹. Zira burada amaç tarafın beyanlarına ulaşmaktan ziyade aleyhe beyanını alarak vakıayı ortaya koymaktır. Benzer şekilde *Şener*, tarafların kendi aleyhine olan hususlarda sorguya çekilmeleri olarak tanımladığı isticvabın, delil veya ikrar elde etmek için kullanıldığını belirtmiş ve en şüpheli tanık olan tarafın beyanının delil olamayacağını ancak delil elde edilmesini sağlayabileceğini ifade etmiştir¹¹⁰.

Tanrıver tarafından isticvap taraflardan birinin aleyhine olan vakıa hakkında hakim tarafından sorguya çekilmesi olarak tanımlanmış, tarafın lehine olan bir husus hakkında dinlenilmesi ise taraf dinlenilmesi olarak nitelendirilmiş ve isticvabın bir delil olmadığı ve ikrar elde etme aracı olduğu vurgulanmıştır¹¹¹. Tarafın lehine beyanları ispat faaliyeti dışında değerlendirilmiş ve delil olmadıkları tespit edilmiştir.

Arslan, Yılmaz ve Taşpınar-Ayvaz tarafından isticvap, bir tarafın kendi aleyhine olan belli bir vakıa veya vakıalar hakkında hakim tarafından sorguya çekilmesi şeklinde tanımlanmış ve tarafların kendi davalarında en şüpheli tanık olmaları sebebi ile başlı başına bir delil olmadığı söylenmiştir¹¹².

Yukarıdaki görüşe benzer şekilde m. 171/2 ve m. 188/1 ışığında karara temel teşkil edecek vakıalara ilişkin isticvap edilen taraf, vakıaları ikrar edecek veya isticvap duruşmasına mazeretsiz olarak katılmayarak veya katılıp sessiz kalarak ikrar etmiş sayılacaktır kabulünden hareketle, ikrar sebebi ile vakıaların ispat edilmelerine gerek kalmayacağı ifade edilmiştir. Taraf beyanının yalnızca ikrar sonucu doğurması, dolayısıyla vakıayı ispata muhtaç olmaktan çıkarması nedeniyle isticvabın delil olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir¹¹³. İsticvap ile yalnızca tarafın aleyhine beyanları amaçlanır ve önem taşır, bu beyanlar ise ikrar teşkil ettiğinden delil teşkil etmezler. Lehe beyanlar ise isticvap kapsamında ve ispat faaliyetinde dikkate alınan beyanlar olmayacaktır. Ancak isticvabın sadece ikrar elde etme aracı olarak değil aynı zamanda hakim bilgi edinmesine ve kanaat oluşturmaya hizmet eden araç olarak görülmesi gerektiği de vurgulanmıştır¹¹⁴. İkrar elde etmek, bilgi ve kanaat oluşturmak için tarafların mahkemece sorguya çekilmesi olarak tanımlanan isticvabın hukuki niteliğinin bilgi

¹⁰⁹ *Kuru*, C. I, s. 603.

¹¹⁰ *Şener*, s. 59 ve 61.

¹¹¹ *Tanrıver*, C. I, s. 785.

¹¹² *Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası*, s. 383.

¹¹³ *Bolayır*, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakimin Rolü, İstanbul 2014, s. 479, 480.

¹¹⁴ *Bolayır*, Delillerin Toplanması, s. 479, 480; *Pekcanitez/Özkes*, C. II, s. 1371.

ve kanaat oluşturma aracı olduğu kabul edilmiřtir¹¹⁵. Bu tanımdan hareketle taraf beyanı yine delil olarak değil, bilgi ve kanaat oluşturma aracı olarak nitelendirilmiştir.

Yıldırım, taraf beyanının ispat faaliyeti içindeki önemi üzerinde durmuştur. Yazar, isticvabın kanunda deliller arasında sayılmadığını ancak delillere ilişkin katalogun tahdidi olmadığını, titizlikle yürütölen bir isticvabın gerçeğin ortaya çıkarılması için iyi bir vasıta olduğunu vurgulamıştır. Taraf beyanlarının, çekişmeli vakıaların tespitinde ve ispat faaliyetinde önemli bir rolü olduğunu kabul eden bu görüşe göre delillere ilişkin katalogun tahdidi olmamasından hareketle, muhakemenin içeriğinin değerlendirilmeye dahil edilmesiyle isticvap önem kazanacaktır¹¹⁶.

Tercan, isticvabın kanunda deliller arasında düzenlenmemesi sebebiyle dar anlamda delil olarak kabul edilmesinin zor olduğunu, daha çok bilgi ve kanaat elde etme fonksiyonu vurgulayarak, tanımını ve fonksiyonu itibariyle geniş anlamda delil olarak kabul edilebileceğini belirtmiřtir¹¹⁷. Ayrıca imza inkarına ilişkin incelemede taraf isticvabının kullanılarak kanaate ulaşılabilmesi de delil olduğuna sav olarak gösterilmiřtir¹¹⁸. Yazar HUMK dönemindeki özel hüküm sebeplerine dayanmış ve tarafın beyanlarının delil olarak değerlendirilmesinin önünde engel olmadığını belirtmiřtir¹¹⁹. Son olarak taraf beyanı ile ilgili modern yargılama hukuku sistemlerinde hakimin serbestisine önem verilmesi ve sıkı şekil şartlarına bağlı delillerden bağımsız olarak serbestçe değerlendirme imkanlarının artırılması yazarın dayandığı diğer noktalardır¹²⁰.

Benzer şekilde *Namlı*, uyumazlığa en iyi şekilde tarafların hakim olduğu ve bilgi kaynağı olarak kullanılmaları gerektiği, tarafın sadece ikrarının amaçlanmasının şekli delil ve şekli ispatla ispatın sınırlandırılacağı, maddi gerçek ve adalet amacına ulaşılabilmesi için modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi isticvabın ispat aracı olduğu ve sıkı şekil şartından

¹¹⁵ Pekcanitez/*Özekes*, C. II, s. 1373.

¹¹⁶ **Yıldırım**, Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi s. 110. Başlıklandırmada isticvap deliller arasında sayılmıştır: **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 372.

¹¹⁷ **Tercan**, s. 122, 126-128 ve 134.

¹¹⁸ **Tercan**, s. 128, 129.

¹¹⁹ **Tercan**, s. 130.

¹²⁰ **Tercan**, s. 135.

arındırılarak takdiri delil olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur¹²¹. Bu anlamda isticvabın ispata yönelik bir çaba olduğu da belirtilmiştir¹²².

Bazı yazarlar isticvabın ispat faaliyetindeki yerine dikkat çekmiş, ispat aracı olduğunu belirtmişlerdir¹²³. *Berkin*, gerçeğin ortaya çıkarılması için hakimın iki tarafa soru sormasının ve verilen cevapların açık olmaması halinde beyanlara atfedilecek delil kıymetinin hakimce takdir edileceğini belirtmiştir¹²⁴.

Yargıtay kararlarında taraf beyanlarının ispat faaliyetinde delil teşkil etmesi konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Taraf beyanlarının delil olmadığı açıkça vurgulandığı kararlar¹²⁵ bulunmakla birlikte isticvabın delil olarak anıldığı kararlar da mevcuttur¹²⁶. İspat faaliyetinde ve vakıanın tespitinde taraf beyanının öneminin vurgulandığı kararlara rastlanmaktadır¹²⁷. Bazı

¹²¹ **Namlı**, Mert, Türk ve Fransız Hukukunda İsticvap ve Tarafların Dinlenmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 40.

¹²² **Namlı**, Mert, The Evidential Value of Interrogation in the Law of Civil Procedure, Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul, 68, s. 69-83, s. 79.

¹²³ **Üstündağ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 758, 759; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 162; **Yıldırım**, M. Kamil, Avrupa İspat Hukuku Tablosu, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, 797-808, s. 808; **Tutumlu**, Mehmet Akif, Bilimsel Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Ankara 2002, s. 391.

¹²⁴ **Berkin**, Necmeddin M., Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s. 192.

¹²⁵ Yargıtay HGK E. 2009 / 477 K. 2009 / 546 T. 18.11.2009: "Taraflar kendi davalarında en şüpheli tanık olarak değerlendirildiğinden, öğreti ve Yargıtay uygulamalarında isticvap başlı başına bir delil olarak kabul edilmemektedir. Fakat, isticvap ile delil elde edilebilir ve bazı hallerde isticvap davanın aydınlatılmasına yardımcı olabilir." (hukuktürk.com).

Yargıtay HGK E. 2009/477 K. 2009/546 K. 18.11.2009: "Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; yazılı kira sözleşmesinde kira artışının koşulları belirtilmiş ancak belli bir oran konulmamıştır, isticvabın başlı başına bir ispat vasıtası olarak kabul edilemeyeceği gözetilerek, yazılı kira sözleşmesinde kararlaştırılmayan bir hususun ancak aynı değerde bir delille ya da yemin delili ile kanıtlanabileceğinin kabulü gerekir. Eş söyleyişle; taraflar arasındaki yazılı kira sözleşmesinin bir unsuru (şartı)çekişmeli ise; bu unsurun varlığının da aynı değerde yazılı bir delille ya da kesin delil niteliğindeki yemin delili ile kanıtlanması gerekmektedir. Başlı başına delil kabul edilemeyeceği tartışmasız olan isticvap davetiyesi göndermek suretiyle, davalının da duruşmalara katılmaması karşısında, davacının aylık kira bedelini ispatlandığının kabulü mümkün olmadığı gibi bu kabul şekli yasal da değildir. Kaldı ki yukarıda da açıklandığı gibi, kira sözleşmesinde nizalı döneme ait belli bir kira tutarı veya artırım oranı da yazılı bulunmadığından isticvapa uyulmamakla belli bir miktarın kabul edildiğinden bahsetmek de mümkün değildir." (hukuktürk.com).

¹²⁶ Yargıtay 3. H.D. E. 2020/10185 K. 2021/2694 T. 15.3.2021: "Mahkemece; her ne kadar isticvap deliline dayanılmadığı gerekçesiyle davacı tarafın isticvap talebi reddedilmiş ise de, HMK'nın 169. maddesi gereğince hakim kendiliğinden de taraflardan birinin isticvabına karar verebilir." (Kazancı İBB.).

¹²⁷ Yargıtay HGK E. 2015/22-1841 K. 2018/60 T. 17.1.2018: "Buna göre, belge altındaki imza davacı tarafından kabul edilmiş olsa dahi, ortak tanığın beyanı ve iş sözleşmesi devam ederken yapıldığı iddia olunan bir ödemenin söz konusu olması karşısında, belgedeki miktarın kıdem tazminatı ödemesi olup olmadığı, ödemenin yapıp yapılmadığının açıklığa kavuşturulması bakımından davacının isticvap edilerek belgeye karşı diyecekleri sorulmalı, sonucuna göre hesaplanan kıdem tazminatından mahsubunun gerekip gerekmeyeceği değerlendirilmelidir.

Hâl böyle olunca, belgeye karşı davacının isticvap olunarak diyeceklerinin sorulması gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesinin hatalı olduğuna işaret eden Özel Daire bozma kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır." (Kazancı İBB).

kararlarda tarafların dinlenilmesi kurumu ile aynı değerlendirilen isticvap davanın aydınlatılmasına hizmet eden bir usuli işlem olarak nitelendirilmektedir¹²⁸.

Yorum metotları açısından incelendiğinde taraf beyanından ziyade isticvabın hukuki niteliğine odaklanıldığı görülmektedir. Lafzi yorum metodu ile bakıldığında isticvabın delil olarak açıkça nitelendirilmediği görülmektedir. Bu nedenle diğer yorum yöntemlerinden faydalanmak gerekmektedir. İsticvabın hukuki niteliğinin tespiti için Kanun metninde düzenleniş şekli dikkate alınarak sistematik yorum metoduyla incelenmelidir. İsticvap Yazılı Yargılama Usulü kısmı altında Tahkikat ve Tahkikat Sırasındaki Özel Durumlar başlıklı beşinci bölümde düzenlenmiştir. İspat ve deliller ise dördüncü kısımda, her bir delil bu kısım altında ayrı bölümler şeklinde düzenlenmiştir. Sistematik yorum metodu dikkate alındığında kanun koyucunun isticvabı deliller arasında düzenlemediği görülmektedir ve buradan hareketle isticvabın deliller arasında sayılamayacağı söylenebilir. Nitekim isticvabın deliller ile beraber düzenlenmemiş olması delil olmadığı şeklinde yorumlanmıştır¹²⁹. Bu düzenleme şekli tarafın önemli bir bilgi kaynağı olması ve beyanlarının delil olarak kabul edilmemesinin modern ispat hukuku sistemlerine uymaması nedeniyle eleştirilmiştir¹³⁰.

Tarihi yorum metodu ile isticvapla ilgili maddelerin hükümet gerekçeleri incelendiğinde kurumun hukuki niteliği ile alakalı doğrudan bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir. Ancak kıyasen uygulanacak hükümlerin gösterildiği 175. maddenin gerekçesinde “Tarafların isticvabı tarafın bir nevi tanıklığıdır” ifadesi tarafın sorgulanmasının tahkikatta gerçekleştirilen bir usuli işlemde ziyade ispat faaliyetine dahil bir kurum olduğu konusunda ipucu vermektedir¹³¹. Kanun gerekçesinin dışında taraf beyanını kesin delil olan yemine bağlamak ve kanuni delil siteminin kabul edilmesi de kanun koyucunun taraf beyanını takdiri bir delil olarak kabul etmek istemediğini belirtmektedir.

¹²⁸ Yargıtay 13. H.D. E. 2019/62 K. 2019/7349 T. 17.6.2019: “İsticvap, bir tarafın kendi aleyhine olan belli bir vakıa hakkında mahkeme tarafından dinlenmesi anlamına gelmekte olup, davanın aydınlatılmasına katkıda bulunan bir usul işlemi olarak tanımlanmaktadır.” (Kazancı İBB).

Yargıtay 3. H.D. E. 2012/5520 K. 2012/9054 T. 04.04.2012: “İsticvabın konusu davayla ilgili belli vakıalardır. (H.U.M.K. m. 280/II) Özellikle isticvap muğlak, müphem ve aydınlanmasına ihtiyaç görülen durumlarda mümkün görülebilir. Böylece davacı veya davalının savunmasının açıklanmasına çalışılır. Kanunun isticvaptan arzuladığı esas amaç bu olmalıdır. Bu sebeple isticvap başlı başına bir delil olarak kabul edilemez.” (Legalbank).

¹²⁹ Alangoya, Yavuz; Yıldırım, M. Kamil; Deren-Yıldırım, Nevhis, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006, s. 103.

¹³⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Tasarı, s. 103.

¹³¹ Buna rağmen “delil” ifadesinden kaçınıldığı vurgulanmıştır: Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Tasarı, s.106.

C. Değerlendirme ve Görüşümüz

Taraf beyanları açısından ilk olarak hukukumuzdaki ispat sistemi tercihinin sebebi üzerinden bir değerlendirme yapılmalıdır. Taraf beyanının ispat faaliyetinde hukuki niteliği tespit edilirken, kanun koyucunun tanık beyanlarına veya hakime olan güvensizliği birbirinden ayrılmalıdır. Kesin delille ispat mecburiyetinin temel nedeni hakime olan güvensizlik olarak kabul edildiğinde, senetle ispat kuralının tanığa veya tarafın beyanlarına tercih edilmesi kişilerin sübjektif beyanlarının güvenilirmez olmasından ziyade hakimnin bu beyanları değerlendirmedeki zorlukları aşamayacağı ön kabulüne dayanmaktadır. Beyanların sübjektif olmaları nedeniyle güvenilirmez olmaları ayrı bir sebep olarak belirtilmekteyse de bu beyanların güvenilirmezliği hakimnin değerlendirmesi ile aşılabılır. Öyleyse tanığa güvensizlik olarak belirtilen sebebin temelinde yine hakime olan güvensizlik bulunmaktadır. Bu iki sebep birbirinden ayrı değildir, tanığa dolayısıyla beyanlara güvensizlik hakime güvensizlik altında değerlendirilmelidir. Hukuki uyumsuzlukların çetrefil hale geldiği ispat ve delillerin değerlendirilmesi için bilgi ve beceriye ulaşma imkanlarının arttığı günümüzde hakimlerin delilleri gerektiği gibi değerlendiremeyeceği endişesinin esas alınmasındansa, ispat hakkının gerçekleştirilmesi ve maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için tarafa ispat araçlarını daha geniş bir alanda kullanmaları şansı verilmesi ve hakimnin de belli delil türü ile bağlı kılınmaması kanaatimizce daha isabetlidir.

Taraf beyanı sadece tarafın iddiası değildir, aynı zamanda delil olarak nitelendirilebilir. Tarafın beyanları belli bir usul altında alındığında artık taraf iddiası olarak değil delil olarak değerlendirilmektedir¹³². Delil olarak nitelendirilen ve kullanılan tarafın beyanlarıdır ancak delil olabilecek bu beyanlara isticvap vasıtası ile ulaşılmaktadır. Delil olarak taraf beyanı ve isticvap kurumu arasındaki ayrılmaz bağ doktrinde isticvabın hukuki niteliği üzerinde durulmasına sebep olmuştur.

Taraf beyanının ispat faaliyeti için temel kaynaklardan olması, delil veya başka şekillerde bilgi kaynağı olarak kullanılmasından vazgeçilememesine, ancak aynı zamanda kendisine olan güvensizlik sebebiyle sınırlamalara tabi tutulmasına neden olmuştur. Ayrıca tarafın kendi davasında tanık olamayacağı kabulü de tarafa başvurulma şekillerini sınırlandırmıştır¹³³. Tüm

¹³² **Lorenz**, Tabea, Beweiserhebung mittels Parteiaussage, Zürich 2019, kn. 3.

¹³³ Tarafın isticvapta işlevinin ispatın konusu olması, hakkını tesis etmeye çalışan davacı veya davalı olarak değil, kendi davasında tanık olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir: **Prange**, Kerstin, Materiell-rechtliche Sanktionen bei Verletzung der prozessualen Wahrheitspflicht durch Zeugen und Parteien, Berlin 1995, s. 96.

bunlara rağmen tarafın beyanı yemin, yemin ve tarafın sorgulanması veya sadece tarafın sorgulanması şeklinde ispat faaliyetinde yer almıştır. Hukukumuzda da yemin bir kesin delil olarak yer almaktadır, bunun yanında tarafın dinlenilmesi ve tarafın isticvabı kurumları ile de taraf beyanına ulaşılmaya çalışılmıştır.

Kanaatimizce taraf beyanının delil olarak ikamesine araç olan isticvap neticesindeki beyanların hukukumuzda delil olarak nitelendirilmek istenmemesinin veya isticvabın sadece ikrar elde etme aracı olarak görülmesinin temel sebebi mukayeseli hukuktaki örneklerdir. Özellikle ispat hukuku açısından etkilenilen Fransız hukuku ve mehz Kanun olan İsviçre Neuchatel Kanton Usul Kanunu etkili olmuştur. İsticvabın delil elde etme aracı olarak kabul edilmesi Fransız hukukunda ikrarın delil olarak kabul edilmesine dayanmaktadır. Amaçlanan tarafın beyanlarının değerlendirilmesi değil ikrar deliline ulaşılmasıdır. Hukukumuzda isticvaba ikrar elde etme amacı atfedilmesi ise Neuchatel Kanton Usul Kanununda isticvaba açıkça bu amacın atfedilmesiyle açıklanabilir¹³⁴.

Hukuki niteliğin belirlenmesi için öncelikle taraf beyanının ispat faaliyetindeki işlevi üzerinden değerlendirilme yapılması gerekmektedir. Çekişmeli vakıanın ispatından ziyade taraf iddiaları, deliller, talep gibi hususların açıklığa kavuşturulması aracı olarak kullanılan taraf beyanı hukukumuzda tarafların dinlenilmesi kurumu ile düzenlenmiştir. Delil ikame edecek taraf beyanı için delil olan taraf beyanı ile bilgi ve kanaat oluşturma aracı olan taraf beyanının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Taraf beyanının bilgi ve kanaat aracı olarak nitelendirilmesi ile delil olarak nitelendirilmesi arasındaki ayrım bir görüşe göre kanunda bunun delil olarak düzenlemesine bağlanabilir. İsviçre’de delillerin sayılı olması, kanunda delil olarak yer almayan araçların delil olarak nitelendirilememesi nedeniyle böyle bir ayrım yapılmıştır. Nitekim hukukumuzda da isticvabın delil olarak nitelendirilmemesinin sebeplerinden bir tanesi Kanunda deliller arasında veya delillerle ilgili bölümde sayılmamasıdır. Kanaatimizce *Müller*’in de belirttiği gibi bu ayrım sadece kanundaki düzenlemeyi esas almakta ancak fonksiyonel açıdan iki nitelik arasında ne farklar olduğunu ortaya koymamaktadır¹³⁵. Diğer yönden delil olan taraf beyanı için gerçek olmayan beyanın yaptırıma bağlanması, bilgi ve kanaat aracı olan taraf beyanının yaptırımdan bağımsız olması da yine kanunda yer alan bir düzenleme olmakla kurumların işlevleri

¹³⁴ İsticvaba benzer kurumların bu hukuk düzenlerindeki görünüş şekilleriyle ilgili bkz. **Namlı**, İsticvap, s. 31-35; **Namlı**, The Evidential Value of Interrogation, s. 75, 76; **Tok**, s. 66-68.

¹³⁵ Bkz. § 1 I B.

arasındaki farkı ortaya koymamaktadır. Geniş anlamda delilin tanımından¹³⁶ ve incelenen kurumun fonksiyonundan hareketle delil niteliği araştırılmalıdır. Ayrıca hukukumuzda İsviçre hukukundan farklı olarak deliller sınırlı olarak sayılmamıştır ve sayılmayan araçlar ispat vasıtası olarak kullanılabilir (m. 192). Bu nedenle taraf beyanına ulaşılmasını sağlayan isticvap kurumunun Kanunda delil olarak sayılmaması ve delillerin düzenlendiği kısımda yer almaması, taraf beyanının ispat faaliyetindeki işlevi göz önünde bulundurularak buna delil niteliği tanınmasına engel değildir.

Türk hukukunda isticvabın niteliği, delil veya ikrar elde etme aracı olarak Kanunda açıkça belirtilmemiştir. Serbest delil sisteminin geçerli olması nedeniyle delil olduğu belirtilmeyen araçlar dahi delil olarak kabul edilebilir ve değerlendirilebilir. İkrar elde etme aracının özelliğinin ise belirtilmesi yahut yorum yolu ile bunun çıkarılmasını sağlayacak düzenlemenin mevcut olması gerekir. Bilgi ve kanaat oluşturma aracının niteliği gereği vakıayı ikrar edebilecek bir taraf vardır ve bu tarafın sorgulanması ve beyanının alınması söz konusudur. Bu bakımdan Kanunda isticvaba sadece ikrar elde etmek için başvurulacağı veya sadece bir tarafın isticvabının talep edilebileceği veya re' sen isticvap edilebileceği düzenlenmemiştir. Nitekim mehz Kanunda daha sonra yapılan değişiklikle isticvabın ikrar elde etmek için kullanılacak bir kurum olduğu açıkça düzenlenmiştir¹³⁷.

Tarafın sorgulanmasının amacı sadece ikrar elde etmek olamaz¹³⁸, zira tarafın sadece aleyhine olan vakıalarla ilgili beyanının alınması düzenlenmemiştir. İsticvap bu şekilde sınırlandığında ispat faaliyetinde tarafın lehine beyanlarının alınması ve delillerin değerlendirilmesi kapsamında değerlendirilmesini sağlayan bir kurum mevcut olmayacaktır. Tarafların dinlenilmesi kurumu bu işlevi yerine getiremez, zira ispat faaliyetinde yer almaz. İkrar elde edilemediği hallerde dahi tarafın beyanının karara esas alınması mümkündür. Sadece aleyhe beyanların amaçlanması halinde isticvaba başvurma şartları sınırlandırılmış olacak, tarafın lehe beyanları sadece ikrar için sorgulandığında tesadüfi olarak alınmış olacaktır. Hakim re' sen isticvaba başvurması ikrar elde etme saiki ile sınırlandırılmış olur. Ayrıca ikrar amacıyla sadece bir tarafın sorgulanabilmesi silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir¹³⁹.

¹³⁶ Hakimde vakıa ile ilgili kanaat tesisine yarayan her türlü araç geniş anlamda delildir: Pekcanitez/*Atalay*, C. II, s. 1731. Ayrıca bkz. **Konuralp**, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 8.

¹³⁷ **Namlı**, İsticvap, s. 32.

¹³⁸ Benzer yönde bkz. **Kiraz**, Taylan Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2013, s. 110.

¹³⁹ **Tercan**, s. 132.

İkrar elde etme aracının re' sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda işlerlik kazanamaması¹⁴⁰ da niteliğin belirlenmesinde yol göstericidir. İsticvabın ikrar elde aracı olarak kabul edilmesinin sakıncası re' sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda hakimın ikrar ile bağılı olmaması nedeniyle isticvaba başvurulamaması ve tarafın beyanlarının alınamamasıdır. Taraflar veya hakim ikrar sonucu ile bağılı olmaksızın isticvaba başvurabilirler ve lehe/aleyhe beyanların kanaate esas alınmasını sağlayabilirler. Re' sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davada tarafların isticvabı neticesinde elde edilen beyanlar kanaat oluşturabilir. Tarafın ikrar etmesi veya isticvap duruşmasına katılmayarak veya beyanda bulunmayarak ikrar sonucunu doğurması halinde bu yargılamada ikrar hakimi bağlamayacağından tarafın ikrar beyanı veya duruşmaya katılmaması/beyanda bulunmaması hakim tarafından serbestçe değerlendirilecektir. Alman hukukunda isticvabın ikrarı dışladığı görülmektedir. Bunun sebebi isticvabın delil sayılması ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin geçerli olmasıdır. Tarafın beyanlarının lehe veya aleyhe olması fark etmeksizin hakimın bir gerekçeler bütünü oluşturarak sonucu varması amaçlanmaktadır.

İsticvap düzenlemesinde tarafın duruşmaya gelmemesine veya gelip de beyanda bulunmamasına ikrar sonucu bağlanmaktadır. İkrar elde etme amacı kabul edildiğinde tarafın beyanda bulunmaması da amaç olarak belirlenmiş olur. Halbuki isticvabın temel amacı tarafın beyanlarının alınmasıdır.

Taraf beyanının esas alındığı bir delil olan yeminin düzenlendiği maddelerde de karşımıza ikrar sonucu çıkmaktadır. Yemin için davet edilen kimse, tayin edilen gün ve saatte mahkemede geçerli bir özürlü olmaksızın bizzat hazır bulunmaz yahut hazır bulunup da yemini iade etmez ya da yemini eda etmekten kaçınırsa yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacaktır (m. 229/1). Kanuni düzenlemede ikrar sonucunun bulunması isticvabı delilden ziyade bilgi ve kanaat elde etme aracı, daha dar bir ifadeyle ikrar elde etme aracı haline getiriyorsa yeminin de aynı niteliği taşıdığı söylenmelidir. Fakat yeminin ikrar sonucu doğurmasından bağımsız olarak delil niteliği belirtilmiştir.

Netice olarak Kanununda deliller sınırlı olarak sayılmadığından¹⁴¹ bilgi ve kanaat oluşturma aracı gibi farklı bir nitelemeye gerek bulunmayan hukukumuzda, isticvabın ispat yüküne bağlanmaması ve her iki tarafın beyanlarının alınabilmesi, geniş delil tanımı¹⁴² ve isticvabın

¹⁴⁰ Tanrıver, C. I, s. 785; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 382; Kuru, C. I, s. 602.

¹⁴¹ Yıldırım, Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, s. 110.

¹⁴² Tercan, s. 72.

ispat faaliyetindeki fonksiyonu esas alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Tarafın isticvap kapsamında ikrarda bulunma ihtimali üzerine yoğunlaşmak, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin önem kazandığı günümüzde, özel usul ile edinilen taraf beyanının delil olarak düzenlendiği ve serbestçe değerlendirildiği mukayeseli hukuk da dikkate alınarak isabetli görünmemektedir. Nitekim isticvabın ispat faaliyetinde delil kapsamında görülmemesi usulün amacına ulaşması bakımından sonuçlar doğurmaktadır ve geri kalmışlık olarak değerlendirilmektedir¹⁴³. Tarafın beyanlarının sadece ikrar elde etmek için alınması, tarafın sadece kendi aleyhindeki beyanlarının dikkate alınacağını, lehine ve aleyhine beyanlarının bütün olarak ispat faaliyetinde kullanılamayacağını ifade etmektedir. Tarafın sorgulanmasının amacının yalnızca ikrar elde etmek olmadığını tespit ettiğimizden, sorgulama neticesindeki tüm beyanların delil olarak değerlendirilebileceği sonucuna ulaşmaktayız.

§ 2. TARİHSEL SÜREÇTE YEMİNDEN İSTİCVABA GEÇİŞ

I. Roma Hukukunda

Klasik dönem formula usulünde kişinin, magistra önünde dava şartlarının incelendiği ve davanın tespitini (*Litis contestatio*) yapıldığı in iure aşamasında ve özel yargıç önünde davasının görüldüğü apud iudicem aşamasında farklı yemin imkanları bulunmaktaydı¹⁴⁴. Dava apud iudicem aşamasında bir kararla sona ermeksizin, taraf yeminleri ile in iure aşamasında sona erebilirdi. Bu dönemde isticvap delil olarak kabul edilmemişti ve tarafın kendi lehine açıklamalarının delil değeri bulunmamaktaydı¹⁴⁵.

In iure aşamasında litis contestatio'ya (davanın tespiti) kadar üç farklı yemin türü mevcuttu¹⁴⁶: Iusiurandum necessarium, iusiurandum voluntarium ve iusiurandum ex conventione.

Iusiurandum necessarium, davacının¹⁴⁷ yargılamayı tek taraflı olarak litis contestatio aşamasına gelmeden sona erdirmesini sağlamaktaydı¹⁴⁸. Davacının, davalıya dava konusu

¹⁴³ **Deren-Yıldırım**, Nevhis, Das neue türkische Zivilprozessgesetz, Informationsbrief der Deutsch-Türkischen Juristenvereinigung, Jhrg. 21 Nr. 2/2012, 2-13, s. 10.

¹⁴⁴ Bu aşamalar ile ilgili bkz. **Öcal**, Bahar, Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri, AÜHFD, Y. 2011 C. 60 S. 3, 523-570, s. 540.

¹⁴⁵ **Nagel**, Heinrich, Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß, Baden-Baden 1967, s. 145; **Seidl**, Erwin, Römische Rechtsgeschichte und Römisches Zivilprozessrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1971, s. 179.

¹⁴⁶ Iusiurandum necessarium ve iusiurandum voluntarium'a klasik dönemden ziyade Justinianus döneminde rastlanmaktadır: **Münks**, s. 8.

¹⁴⁷ **Öcal**, s. 550.

¹⁴⁸ **Münks**, s. 8; **Seidl**, s. 180.

hukuki ilişkinin olmadığına dair yemin teklif etmesi ile gerçekleşmekteydi. Bu yemine başvurulabilmesi için özel şartlar bulunmaktaydı¹⁴⁹. Davacının belli bir hukuki ilişkiden doğan para alacağı için dava açmak istemesi halinde karşı tarafa yemin teklif ederek ya bu hukuki ilişkinin var olmadığına dair yemin etmesi ya da parayı ödemesi beklenmekteydi¹⁵⁰. Bu yemin teklifi davalı tarafından eda edilebilir veya geri iade edilebilirdi. Davalının hukuki ilişkinin mevcut olmadığına dair yemin etmesi halinde praetor davayı karar vermesi için yargıca göndermezdi, yani davacıya dava hakkı tanımazdı¹⁵¹. Davalının yeminden kaçınması ve parayı da ödememesi halinde praetor cebri icra ile müdahale ederdi¹⁵². Davalının diğer imkanı ise yemini davacıya iade etmektir¹⁵³. Yeminin iade edilmesi ve davacının da yemin etmemesi halinde praetor dava hakkı tanımazdı¹⁵⁴. Bu yemin türünde yargılama kararla sona ermemekteydi, yeminin kararın yerine geçme fonksiyonu bulunmaktaydı¹⁵⁵. Yargılama kararla değil tarafların yemini ile sona ermekteydi. Görüldüğü gibi yemin vakıa hakkında değil, talep hakkında teklif edilmekte ve gerçekleştirilmekteydi¹⁵⁶. Delil ikamesinin apud iudicem aşamasında gerçekleşmesi ve olguların incelenmeden sadece yemine dayalı olarak yargılamanın sonlandırılması nedeniyle bu yemin türünün klasik dönemde delil olmadığı savunulmuştur¹⁵⁷.

Iusiurandum voluntarium, magistranın müdahalesi olmaksızın taraflar arasında ve gönüllü olarak yerine getirilen yemindi¹⁵⁸. Gönüllü olması nedeniyle yargılama dışında veya yargılamanın başında in iure aşamasında teklif edilebilirdi¹⁵⁹. Uygulama alanı iusiurandum necessarium'a göre daha geniş¹⁶⁰ olan bu yemin türünde hem davacı hem de davalı taraf yemin teklif edebilirdi¹⁶¹. Yemin teklifi karşısında tarafların zorlanması söz konusu değildi. Yemin edilmemesi durumunda, yemin edilseydi doğabilecek avantajdan yoksun kalınmaktaydı.

¹⁴⁹ Münks, s. 9.

¹⁵⁰ Harke, Jan Dirk, Der Eid im klassischen römischen Privat- und Zivilprozessrecht, Berlin 2013, s. 117; Stürner, Rolf, Geschichtliche Grundlinien des europäischen Beweisrechts Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, München 2000, 1171-1190, s. 1172.

¹⁵¹ Münks, s. 10.

¹⁵² Kaser, Max/Hackl, Karl, Das Römische Zivilprozessrecht, München 1996, s. 269; Öcal, s. 550.

¹⁵³ Münks, s. 11; Kaser/Hackl, s. 269; Seidl, s. 180; Harke, s. 120.

¹⁵⁴ Kaser/Hackl, s. 269.

¹⁵⁵ Yılmaz, Yemin, s. 27.

¹⁵⁶ Münks, s. 12; Öcal, s. 551.

¹⁵⁷ Münks, s. 14; Öcal, s. 552, 562. Praetorun önündeki taraf yemini ve ikrar "Prozessakt", yargıcın önündeki yemin ve ikrar delil olarak nitelendirilmiştir: Nagel, Grundzüge, s. 148. Yeminin klasik dönemde tek başına delil olarak kabul edilmediğine dair bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 4.

¹⁵⁸ Kaser/Hackl, s. 266; Öcal, s. 549.

¹⁵⁹ Münks, s. 17. Yargılama öncesi yemin ettiğini iddia eden davalıya, davacının karşı çıkmaması halinde davacıya dava hakkı tanınmazdı: Harke, s. 46.

¹⁶⁰ Her dava türünde kullanılabilen bir yemindir: Harke, s. 44.

¹⁶¹ Kaser/Hackl, s. 267.

Örneğin davalının yemin etmesi halinde dava karar için yargıca gönderilmeyecekken, yemin etmemesi halinde davacıya dava hakkı tanınacaktı. Davalı yemin etmeyerek davayı hızlıca ve lehine sonlandırma şansını kaybetmekteydi. Davalı talebin var olmadığına yemin ederse davanın yargıcın önüne gitmesine izin verilmezdi, davacıya dava hakkı tanınmazdı veya davalıya bir def'i hakkı (*exceptio*) tanınırdı¹⁶². Vakıa hakkında yemin edildiğinde bu vakıa yargılama dışı bırakılırdı, üzerine yemin edilen vakıa adeta apud iudicem aşamasında ispat edilmiş gibi yargılamaya devam edilirdi¹⁶³. Özet olarak praetor, taraflar arasındaki bu yemine göre yargılama içi ve dışı meseleleri belirlemekteydi¹⁶⁴. Ayrıca bu yemin türü iusiurandum necessarium'dan praetorun zorlama kullanamaması bakımından ayrılmaktadır¹⁶⁵.

Yargılamaya katılmayan bir üçüncü kişinin dava ile ilgili yemin eda etmesine dayanan yemin türü iusiurandum ex conventione delatumdu. Burada da maddi gerçeğin araştırılmasına yönelik bir ispat faaliyeti söz konusu değildi, kaldı ki tarafın beyanı değil üçüncü kişinin beyanına önem atfedilmekteydi¹⁶⁶.

Apud iudicem aşaması, delil ikamesinin ve değerlendirilmesinin gerçekleştiği aşamaydı. Dava ile tasarruf yetkisi kaybolmayan taraflar sulh ile yargılamayı sonlandırabilirlerdi, bu kapsamda edilen yemin iusiurandum ex conventione delatum idi¹⁶⁷. Iusiurandum voluntarium, genel olarak tarafın talep sonucu ile ilgili yemin etmesi olduğundan tasarruf sonucu doğurmaktaydı, bu nedenle delil olarak kabul edilmemiştir¹⁶⁸.

Apud iudicem aşamasında yemin delili olarak iusiurandum in litem kabul edilmekteydi¹⁶⁹. Bu yemin sadece vakıalar hakkında eda edilebilmekteydi¹⁷⁰. Talep sonucu hakkında yeminin varlığı ise tartışmalıdır¹⁷¹. Hakim önünde yemin edildiğinde tarafın yemini eda etmesi, kaçınması veya karşı tarafa iade etmesi imkanları bulunmaktaydı¹⁷². Yeminin güvenilirliğiyle ilgili düşünceler sebebiyle yargıç yemini serbestçe takdir edilebilmekteydi¹⁷³. Serbestçe takdir

¹⁶² Harke, s. 45.

¹⁶³ Münks, s. 18.

¹⁶⁴ Kaser/Hackl, s. 268.

¹⁶⁵ Münks, s. 19; Harke, s. 117.

¹⁶⁶ Münks, s. 21 ve 31; Harke, s. 92.

¹⁶⁷ Münks, s. 22.

¹⁶⁸ Münks, s. 24.

¹⁶⁹ Stürner, Die Partei als Beweismittel, s. 535; Öcal, s. 552.

¹⁷⁰ Öcal, s. 552; Kaser/Hackl, s. 366

¹⁷¹ Kaser/Hackl, s. 366.

¹⁷² Nagel, Grundzüge, s. 145; Münks, s. 26.

¹⁷³ Nagel, Grundzüge, s. 147; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 4. Yemin delilinin klasik dönemde serbestçe değerlendirildiği veya kesin delil niteliğini haiz olduğuna dair farklı görüşlerin bulunduğu dair bkz. Öcal, s.554 kn. 114.

edilebilmesinin yanında gerçeğin tespiti için hakimde kanaat oluşturma kuvvetine sahip bir araç değildi¹⁷⁴, davacının iddiasını doğru kabul edebilirdi¹⁷⁵. Kesin kurala bağlı olmamakla birlikte kimi durumlarda kesin delil teşkil ederdi¹⁷⁶.

Klasik dönemde re' sen teklif olunan yeminin varlığı tartışmalıdır¹⁷⁷. Delil yokluğu sebebiyle belirsizlik halinde (*non liquet*) hakim tarafın beyanına dayanarak davayı sonuca bağlamaktan ziyade, tecrübe kurallarına göre sonlandırır¹⁷⁸.

Justinianus döneminde taraf talebiyle veya re' sen teklif edilen yemin (*iusiurandum necessarium*) vardı ve sadece vakıalar için edilen bu yemin şekli ispat kuvvetine sahipti¹⁷⁹. Delillerin serbestçe değerlendirilmesinden belli ispat kurallarına kayışın olduğu bu dönemden yemin de nasibini almıştır¹⁸⁰. Yeminin dini niteliği nedeniyle taraf beyanlarını güvenilir bir hale getirmesi bu değişim temelinde yer almaktadır¹⁸¹.

II. Anglo Amerikan Hukukunda

Anglo Amerikan hukukunda 19. Yy itibarıyla tanık ve tarafın kişi olarak delil olmasında bir farklılık bulunmamaktadır¹⁸². Taraf kendisinin veya karşı tarafın tanıklığını delil olarak ileri sürebilmektedir. Tarafların sorgulanabilmesi ve beyanlarının alınabilmesi için tarafın tanık olarak dinlenilmesi imkanı genişletilerek uygulanmaktadır¹⁸³. Kıta Avrupası hukuk sistemindeki ülkelere göre taraf beyanının delil olarak gelişimi daha hızlı ve sade şekilde gerçekleşmiştir¹⁸⁴. Tarafın tanık gibi beyanlarının alınması ile aslında yeni bir kurum inşa edilmemiştir, tanık delili altında değerlendirilmektedir¹⁸⁵.

İngiliz hukukunda taraf beyanının ispat faaliyetindeki yeri Kıta Avrupası Hukukundan farklı bir gelişim izlemiştir. Kimse kendi davasının yargıcı olmamalıdır anlamındaki “nemo

¹⁷⁴ Harke, s. 208.

¹⁷⁵ Münks, s. 25.

¹⁷⁶ Öcal, s. 553, 554.

¹⁷⁷ Münks, s. 27; Seidl, s. 180; Hakimin, tarafın iddiasının mevcudiyetini tespiti için re'sen başvurabileceği bir yemin türünün olmadığı yönünde bkz. Harke, s.208.

¹⁷⁸ Münks, s. 32.

¹⁷⁹ Seidl, s. 180; Münks, s. 45; Kwiatek, Jan Feliks, Die Parteibefragung als Beweismittel im Zivilprozess, Bern 1927, s. 12.

¹⁸⁰ Stürner, Geschichtliche Grundlinien, s. 1174.

¹⁸¹ Harke, s. 210.

¹⁸² Taruffo, s. 31; Coester-Waltjen, s. 277.

¹⁸³ Teomete Yalabık, Fulya, İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi İle Delillerin Toplanması Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul 2016, s. 303.

¹⁸⁴ Taruffo, s. 31.

¹⁸⁵ Nagel, Grundzüge, s. 87; Polyzogopoulos, s. 27.

debet esse judex in propria causa” Roma hukuku ilkesi 19. Yy’a kadar İngiliz hukukunda hakimdi¹⁸⁶. Tarafın davadaki yararı sebebiyle beyanları ile davaya etki etmesine sıcak bakılmamıştır. Tarafın kendisi, eşi ve bunlar gibi dava ile ilgili yararı bulunanlar, dinsizler ve hükümlülerin tanıklığı kabul edilmemekteydi. Jüri sistemine geçişle de yemin yolu ile beyanların kullanılmasından vazgeçilmiştir¹⁸⁷. On yedinci Yy’da tarafın tanıklığı veya taraf olarak beyanları ne *Common Law mahkemelerinde* ne de *Chancery mahkemelerinde*¹⁸⁸ delil olarak kabul edilmekteydi, ispat kurallarından bir tanesi buydu¹⁸⁹.

On dokuzuncu Yy’da *Chancery mahkemelerinde* tarafın kazandığı rolden hareketle taraf sorgulanmasının özel şartlara bağlanmasından vazgeçilmiştir. Zira bu mahkemelerde Roma Kanonik hukuku etkisini göstermiştir¹⁹⁰ ve Roma Kanonik hukukunda davanın aydınlatılmasında tarafın beyanları önem taşımaktadır¹⁹¹. Evidence Act 1846 ile Bagatell uyuşmazlıklarda (parasal değer olarak düşük uyuşmazlıklar) tanık ve taraf beyanları eş tutulmuştur¹⁹². Evidence Act 1851 ile de tüm yargılamalar için bu kabul genişletilmiştir¹⁹³. 1875’te mahkemeler arasındaki ikiliğin kaldırılması ile çapraz sorgulamanın, yazılı tanık beyanının ve yemin altında tanık beyanının uygulama alanları genişlemiştir¹⁹⁴.

Günümüzde tarafın üçüncü kişi gibi bir ispat aracı olarak kullanılması mümkündür¹⁹⁵. Buna göre tarafın diğer tarafı tanık olarak çağırması veya hakimin tarafları tanık olarak dinlemesi mümkündür¹⁹⁶. Tarafın tanık olarak dinlenilmesi için başlangıçta dava ile ilgili bir kanaatin bulunması veya delilin taliliği gibi sınırlamalar mevcut değildir¹⁹⁷.

Amerikan hukukunda, İngiliz hukukuna göre gecikmeli olarak taraf beyanlarının tanık delili olarak kabul edilmesi süreci işlemiştir¹⁹⁸. Bunun sebebi taraf beyanına davadaki yararı nedeniyle olan güvensizliktir¹⁹⁹. Bu süreçte bazı eyaletlerde taraf beyanı delil olarak kabul

¹⁸⁶ Nagel, Grundzüge, s. 86.

¹⁸⁷ Nagel, Grundzüge, s. 213.

¹⁸⁸ “Adalet ve eşitlik mahkemeleri” olarak isimlendirilmiştir ve bu mahkemelerde “equity” yani “hakkaniyet” yargılaması yapılmıştır: Teomete Yalabık, s. 16.

¹⁸⁹ Stürner, Geschichtliche Grundlinien, s. 1187; Nagel, Grundzüge, s. 212.

¹⁹⁰ Stürner, Geschichtliche Grundlinien, s. 1186.

¹⁹¹ Nagel, Grundzüge, s. 214. *Chancery mahkemeleri ve equity yargılamasının* ortaya çıkışı ve ortaya çıkış sebepleri ile ilgili bkz. Alpay, Ece, İngiliz ve Türk Hukukunda Sözlülük İlkesi, İstanbul 2020, s. 30, 31.

¹⁹² Evidence Act 1846 Victoria c. 95; Coester-Waltjen, s. 277, 278.

¹⁹³ Evidence Act 1851 Victoria c. 99; Taruffo, s. 31; Coester-Waltjen, s. 277, 278.

¹⁹⁴ Nagel, Grundzüge, s. 215.

¹⁹⁵ Stürner, Die Partei als Beweismittel, s. 535.

¹⁹⁶ Coester-Waltjen, s. 278.

¹⁹⁷ Coester-Waltjen, s. 279.

¹⁹⁸ Coester-Waltjen, s. 278; Teomete Yalabık, s. 303.

¹⁹⁹ Coester-Waltjen, s. 278.

edilmezken, bazı eyaletlerde belli kısıtlamalarla taraf beyanına başvurulmuştur. Örneğin “*Dead man statutes*” sınırlamasına göre karşı tarafın ölmesi halinde diğer taraf da beyanda bulunamaz, zira ölen taraf artık beyanda bulunamayacaktır. Silahların eşitliği ilkesinin yansıması olarak bu kural uygulanmıştır²⁰⁰. On Sekizinci ve On Dokuzuncu Yy.’da tanık delilinin kabul edilebilirliğine ilişkin bazı sınırlamalar kaldırılmıştır. Örneğin davada ekonomik menfaati bulunan kişinin tanıklığı mümkün kılınmıştır²⁰¹. Bugün tarafın tanıklığı kabul edilmektedir ve ispat faaliyetinde taraf ve tanık arasındaki farklılık İngiliz hukukunda olduğu gibi kaldırılmıştır²⁰². Herkesin tanık olabileceği kabul edilmiştir (FRE Rule 601). Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve çapraz sorgulama beyanların güvenilirliğinin tespitinde dayanılan kurumlar olarak görülmektedir²⁰³.

Anglo Amerikan hukuk sisteminde beyanlar genellikle dava öncesi aşamada (*discovery aşaması*) önem taşımakta ve edinilmektedir, ayrıca sözlü olmaktan ziyade yazılı usul izlenmektedir²⁰⁴. Amerikan hukukunda tarafların sorgulanması için imkanlar Discovery usulünde üç tanedir: Sorgu (*Interrogatories*), ikrara davet (*Request for admission*), yeminli ifade (*Deposition*). Bu sorgulamalar genel olarak mahkeme dışında, davaya hazırlık aşamasında ve taraflar ve avukatlarınca yapılmaktadır²⁰⁵. Bu aşamada alınan beyanlar delil olmaktan ziyade taraf iddialarıdır ve iddiaların açıklığa kavuşturulması için kullanılan beyanlardır. Duruşma sırasında sorgulanmaları ise tanık delili olarak kabul edilmektedir²⁰⁶. Aynı şekilde İngiliz hukukunda da tarafın duruşmada sorgulanması delil olarak kabul edilmektedir²⁰⁷.

Anglo Amerikan hukuk sisteminde tarafların tanık olarak sorgulanmasının yanında sorgulanma şekli bakımından da Kıta Avrupası hukuk sisteminden farklılaştığı görülmektedir. Türk hukukunun tabi olduğu sistemin aksine taraf, tarafların avukatları tarafından sorgulanmaktadır²⁰⁸. Hakim sorgulamada pasif bir role sahiptir ve ancak sorgulama sırasında ortaya çıkan problemlerin çözülmesi için sorgulamaya dahil olmaktadır. Tarafın kendi avukatı tarafından sorgulanması (*direct examination/examination in chief*) ve bundan sonra karşı tarafın

²⁰⁰ Coester-Waltjen, s. 278.

²⁰¹ Teomete Yalabık, s. 201; Modern hukuk sistemlerinde çoğunlukla kişisel yararın tanıklığa engel olmadığına dair bkz. Taruffo, s. 29.

²⁰² Taruffo, s. 28; Coester-Waltjen, s. 278.

²⁰³ Coester-Waltjen, s. 278.

²⁰⁴ Taruffo, s. 30.

²⁰⁵ Teomete Yalabık, s. 300.

²⁰⁶ Taruffo, s. 30; Teomete Yalabık, s. 304.

²⁰⁷ Nagel, Grundzüge, s. 272. Tarafın duruşma öncesinde yazılı beyanlarını iletmesi ile ilgili bkz. Alpay, s. 141 vd.

²⁰⁸ Teomete Yalabık, s. 313, 314.

avukatı tarafından sorgulanması (*cross examination*) bu usulde gerçekleşmektedir²⁰⁹. Hakim adeta sorgulamanın adil ve problemsiz gerçekleşmesini sağlayan bir hakem rolündedir²¹⁰. Hakimin kendisi de tanık olarak tarafın beyanını alabilmektedir ki bu taraftan bilgi alması için yegane imkandır²¹¹.

Tarafın tanık olarak sorgulanmasının en önemli amacı, sorgulanan tarafın kendi yararı veya başka bir sebeple güvenilir ve inandırıcı olmadığına ortaya konması olarak ifade edilmiştir²¹². Görüldüğü gibi en iyi bilgiye sahip olan taraftan bu bilginin sağlanmasından ziyade verdiği bilgilerin çürütülmesi üzerinden bir sorgulama yapılmaktadır.

III. Alman Hukukunda

A. 1877 Tarihli CPO Öncesi

Müşterek hukukun uygulandığı 19. Yy'da şekli ispat sistemi (*Legale Beweistheorie*) geçerli olmuştur. Bu sistemde hakimin kararı kanunca belirlenen ispat kurallarına dayanmalıydı ve bu kurallar hakimi bağlamaktaydı. Bu kurallara örnek olarak delillerin ispat güçlerinin ispat kataloğunda soyut olarak belirtilmesi gösterilebilir. İspat kuralları aritmetik kavramlarla şekillenmekte ve belirlenmekte olduğundan bu kataloğa göre belli bir delilin tam, yarım veya çeyrek olarak nitelendirilmesi söz konusuydu. Kanuni ispat sistemi aritmetik değerlerle hakimin delilleri değerlendirmesinin objektifleştirmesini kapsıyordu²¹³. Böylece hakimin keyfiliğinin önüne geçilmesi amaçlanmaktaydı²¹⁴.

1877 tarihli CPO öncesinde “*nemo testis in re sua*”²¹⁵ ispat kurallarından bir tanesiydi²¹⁶. Taraflar yargılamada tanık gibi delil olarak değil, delili ileri sürenler olarak nitelendirilmekteydi²¹⁷. Tanıkla ilgili kurallardan hareketle tarafın tanık olarak dikkate alınamayacağı şu şekilde ifade ediliyordu: Bu kurallara göre şüpheli tanık olarak sınıflandırılan kişi dinlenilmekte ancak delil değeri klasik tanık (*testis classicus*) kadar yüksek olmamaktaydı.

²⁰⁹ Taruffo, s. 63.

²¹⁰ Taruffo, s. 64. FRE Rule 611 (a). İngiliz hukukunda hakimin çapraz sorgulamayı kısıtlama yetkisi bulunmaktadır (CPR 32.1 (3)).

²¹¹ Polyzogopoulos, s. 28. Amerikan hukukunda tanığın hakimce çağrılması imkanı mevcuttur (FRE Rule 614).

²¹² Taruffo, s. 63.

²¹³ Bogisch, Mario, *Nemo testis in re sua*, Frankfurt a. M. 1998, s. 11.

²¹⁴ Dahlmanns, Gerhard J., *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*, Aalen 1971, s. 20 ve 21; Bogisch, s. 11.

²¹⁵ Kimse kendi davasında tanık olamaz.

²¹⁶ Bogisch, s. 9; D. 22, 5, 10: “Nullus idoneus testis in re sua intellegitur”; C. 4, 20, 10: “Omnibus in re propria dicendi testimonia facultatem iura submoverunt”; Reinkenhof, Michaela, *Die Informationsbeschaffung durch Parteiaussagen im Zivilprozess unter Berücksichtigung rechtsvergleichenden Perspektive*, Hamburg 2012, s. 31.

²¹⁷ Bogisch, s. 11.

Akrabalık vb. nedenlerle etkisiz tanık (*incapaces ve inhabiles*) olarak nitelendirilen tanık dinlenmezdi. Yargılamada lehine veya aleyhine bir çıkarı söz konusu olan tanık etkisiz olarak nitelendirilmekteydi. Taraflar da yargılamadaki yararları sebebiyle etkisiz tanık olarak görüldüklerinden tarafın tanığa benzer şekilde dinlenilmesi söz konusu değildi²¹⁸. Taraflar ancak bir vakıanın gerçekliğine veya gerçek olmayışına dair yemin ederek beyanlarıyla delil ikame edebilirlerdi, bunlar da tarafça talep edilen (*iuramentum/iusiurandum voluntarium=Haupteid, Schiedseid*) ve hakimce re' sen ikame edilen yemin (*iuramentum/iusiurandum necessarium=Noteid, richterlicher Eid*) olarak ikiye ayrılmaktaydı²¹⁹. Uygulanmakta olan yeminin kökleri Roma hukukuna dayanmaktaydı²²⁰.

Bu dönemde yeminin tali olması ve şekli ispat kuvvetine sahip olması söz konusuydu. Diğer deliller ile ispatın gerçekleşmemesi halinde yemine başvurulması yeminin taliliğini ifade etmekteydi. Şekli (kesin) ispat kuvvetine sahip olması hakimın değerlendirmesinden ve kanaatinden bağımsız olarak ispat gücüne sahip olması anlamına gelmekteydi²²¹. Yemine verilen şekli ispat kuvveti dolayısıyla vakıa ispatlanmış olur ve yargılama bu yönde sonlandırılırdı. Şekli ispat kuvveti tanınmasının temelinde ise yeminin dini karakteri bulunmaktaydı²²².

Tarafın yemin etmesi ile hakim bu yemin ile bağılı olarak yargılamayı şöyle ihtimallerde sonlandırmaktaydı. İspat yükü altındaki taraf karşı tarafı yemine davet eder, karşı taraf yemin ettiği takdirde vakıa ispatlanmış sayılır, yeminden kaçındığı halde ise ikrar sonucunun doğduğu kabul edilirdi. Karşı taraf yemini geri iade edebilirdi, bu halde ispat yükü altındaki tarafın yemin etmesi veya yeminden kaçınması ispat veya vakıanın gerçek olmaması sonuçlarını doğururdu²²³. Re' sen yemin tarafların talebi olmaksızın diğer tüm deliller tüketildikten sonra tam ispata ulaşılamayan hallerde tali delil olarak kullanılırdı²²⁴.

²¹⁸ **Bogisch**, s. 19 ve 20.

²¹⁹ **Münks**, s. 107 ve 114; **Bogisch**, s. 16; **Reinkenhof**, s. 36.

²²⁰ **Maelzer**, Helene, Vernehmung der Partei und Parteieid im reichsdeutschen, österreichischen und künftigen deutschen Zivilprozeß, Leipzig 1931, s. 3.

²²¹ **Maelzer**, s. 13; **Glücklich**, s. 20.

Yeminin tali bir delil olması, tarafın diğer ispat vasıtaları ile ispat edilemeyen vakıa hakkında yalan yere yemin etmesi halinde bunun doğru olmadığının tespitin zorluğunu anlamasına sebep olacağı ve bu durumun da yalan yere yemi ihtimalini arttıracığı sebebiyle eleştirilmiştir: **v. Bar**, Carl Ludwig, Recht und Beweis im Civilprocesse, Leipzig Tauchnitz 1867, s. 130.

²²² **Polyzogopoulos**, s. 55; **Kwiatek**, s. 9.

²²³ **Bogisch**, s. 16-17.

²²⁴ **Münks**, s. 108; **Bogisch**, s. 18; **Polyzogopoulos**, s. 55.

Müşterek hukuk döneminde yeminle ilgili eleştiriler yapılmış ve yeminin zayıf noktaları üzerinde durulmuştur. Diğer hukuklardaki farklı uygulamalara dikkat çekilmiş ve Anglo Sakson hukuktan hareketle isticvaptan bahsedilmiştir²²⁵. Wüttemberg (Art. 569-620 CPO 3.4.1868) ve Bayern Usul Kanunu (Art. 455, 456 1869) tarafın yeminle tanık gibi dinlenilmesi şeklindeki düzenlemeleriyle yeminden ayrılmıştır²²⁶. Tarafın yemin ile kısa ifadesine ulaşmaktansa maddi gerçeğin araştırılması amacıyla bilgi kaynağı olarak kullanılması hedeflenmiştir²²⁷. Ortak usul kanunu için yapılan çalışmalarda tanık benzeri tarafların dinlenilmesi ile ilgili öneriler olmuş ancak uygulamaya geçirilememiştir²²⁸. Taraf yeminine karşı temel argüman delillerin değerlendirilmesi ile yeminin şekli ispat kuvvetine sahip olmasının birbiriyle çatışması olarak gösterilmiştir²²⁹. Yalan yere yemin tehlikesi, şekli ispat kuvvetine sahip yeminle oluşan kararın kanun yolunda değişmemesi, yazılılık sebebiyle hakimın taraflarla ancak delillerin toplanması sırasında bir araya gelmesi nedeniyle yanlış anlaşılmanın olabilmesi gibi argümanlar da yemine karşı ileri sürülmüştür²³⁰.

İngiltere’de 1846 yılında tarafın tanık benzeri dinlenilmesinin uygulanması²³¹, 1851 yılında bunun üst derece mahkemelerinde de uygulanmaya başlanması²³², Avusturya’da 1873 yılında parasal değeri düşük uyuşmazlıklarda²³³, 1895 yılında da tüm medeni yargılamalarda tarafın tanık benzeri şekilde dinlenilmesi gelişmeleri meydana gelmiştir²³⁴. Avusturya’da isticvabın kabul edilmesi Almanya’da isticvap taraftarlarının çoğalmasına da neden olmuştur²³⁵. Ancak isticvap ile hakimın bir soruşturmacı haline bürünmesi ve Alman usul hukukunun buna yabancı olması²³⁶, her iki tarafın tanık gibi dinlenilmesinde beyanların karşı karşıya gelmesi ihtimali²³⁷, sözlülük, alenilik ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkelerinin kullanılması ile gereksiz

Yarım delilden daha fazla ölçüde delil mevcutsa ispat yükü altında olan tarafın tamamlayıcı yemin etmesi (jusjurandum suppletorium), çeyrek ile yarım ölçü arasında delil mevcutsa ispat yükü üzerinde olmayan karşı tarafın yemin etmesi (jusjurandum purgatorium) söz konusu olmaktadır: **Glücklich**, s. 21.

²²⁵ **v. Bar**, s. 160.

²²⁶ **Münks**, s. 132; **Polyzogopoulos**, s. 55; **Bogisch**, s. 30.

²²⁷ **Glücklich**, s. 23.

²²⁸ **Glücklich**, s. 24.

²²⁹ **Kwaschik**, s. 75.

²³⁰ **Münks**, s. 130-131; **Kwaschik**, s. 75, 76.

²³¹ Evidence Act 9 & 10 Victoria c. 95; **Münks**, s. 131; **Glücklich**, s. 32; **Hahn, Carl/Mugdan**, Benno, Die Gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 2 Abteilung 1, Editör: Eduard Stegemann, Aalen 1983, s. 330.

²³² Evidence Act 14 & 15 Victoria c. 99; **Hanh/Mugdan**, s. 330.

²³³ **Hanh/Mugdan**, s. 330.

²³⁴ **Kwaschik**, s. 76.

²³⁵ **Wach**, Adolf, Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung, Bonn 1896, s. 236.

²³⁶ **Hanh/Mugdan**, s.330; **Wach**, Vorträge, s. 236; **Maelzer**, s. 19; **v. Harrasowsky**, Philipp Harras Ritter v., Die Parteienvernehmung und der Parteieid nach dem gegenwärtigen Stande der Civilprozessgesetzgebung, Wien 1876, s. 282; **Glücklich**, s. 26.

²³⁷ **Hanh/Mugdan**, s. 330.

yeminin azaltılacağı ve böylece yalan yere yemin probleminden kurtulunacağı önermeleri²³⁸ ile yeminin savunulmasına da devam edilmiştir. Yeminin öngörülebilir olması, yani yeminin varlığı halinde yargılamanın ne şekilde sonuçlanacağını bilmesi, ancak isticvapta hakim her şekilde karar verebilmesi, bunun da delili olmayan tarafları hakim keyfiliğine ve değerlendirmesinin sübjektifliğine teslim ederek zor durumda bırakacağı belirtilmiştir²³⁹.

B. 1877 Tarihli CPO

Tarafın tanık olamaması kuralının ve taraf beyanlarının kanaat oluşturma kabiliyeti olmayan ve ispata muhtaç beyanlar olması nedeniyle delil olmayacağının kabulü CPO’da vurgulanmıştır. Taraf yine delil olarak değil, delili ileri süren olarak nitelendirilmiştir. Kanun tarafın gerçeği söylemesi için bir emir içermediğinden ve yalan söylenmesi halinde bir ceza öngörmediğinden tarafın doğruyu söyleme ödevi bulunmamaktadır²⁴⁰. Ayrıca hakimi re’ sen tahkikatla (*Inquisitorisch*) yükümlü kılan model Alman medeni usul hukuku ile örtüşmediği için isticvap yerine yemin delil olarak kabul edilmiştir. Taraf yemini (CPO § 410-436) ve re’ sen başvurulmuş yemin (CPO § 437-439) olarak iki şekilde²⁴¹, tali ve şekli ispat kuvvetine sahip olarak düzenlenmiştir²⁴².

Kanunda kabul edilen yeminle ilgili bazı hususlar bakımından Roma hukuku ve müşterek hukuktan ayrılımlar söz konusu olmuştur. Öncelikle sadece vakıalar için yemin edileceği, hukuki nitelendirme için yeminin kullanılamayacağı kabul edilmiş, yani yeminin delil niteliği vurgulanmıştır²⁴³. Tali olma özelliği yine kabul edilmiş ancak bunun sadece zamansal anlamda bir talilik olduğu belirtilmiştir²⁴⁴. Talilik, diğer delillerin eksikliği halinde başvurulabilen bir

²³⁸ **Hanh/Mugdan**, s.330; **Münks**, s. 133.

²³⁹ **Schmidt**, Richard, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Leipzig 1910, s. 543; **Wach**, Vorträge, s. 239; **Maelzer**, s. 19.

²⁴⁰ **Wach**, Vorträge, s. 218.

²⁴¹ **Wach**, Vorträge, s. 219; **Planck**, Julius Wilhelm, Lehrbuch des Deutschen Civilprozess, B. 2, Nördlingen 1896, s. 290.

20.05.1898 tarihli Reformdan sonra ZPO §§ 445 vd. olarak yer almıştır.

²⁴² **Planck**, B. 2, s. 296; **Hahn/Mugdan**, s. 330; **Schmidt**, R., s. 528; **Glücklich**, s. 28; **Polyzogopoulos**, s. 56; **Kwaschik**, s. 76.

Tanık ve keşif gibi deliller maddi anlamda ispat kuvvetine sahip, maddi delil olarak nitelendirilmekteyken yemin şekli delil olarak nitelendirilmiştir. Delilin değerlendirilmesi yapılmadan ve hakimde kanaat oluşmadan ispat sonucuna ulaşıldığı için şekli ispat kuvvetine sahip olduğu belirtilmiştir. Yemin ile hakim in ikna edilmesi ve kanaatinin oluşması gibi unsurlar olmadan vakianın gerçek olup olmadığı delil aracılığıyla araştırılmadan sonuca varılmaktadır ve vakianın varlığı veya yokluğunun tespitinden ziyade vakıa ile ilgili çekişmenin ortadan kaldırılması söz konusudur. Yeminin delil niteliği ve delil olarak kabul edilmemesi ile ilgili ayrıntılı bkz. **Brennemann**, Harry, Parteieid und Parteivernehmung in deutschen und ausländischen Recht, Dresden 1934, s. 6-9.

²⁴³ **Planck**, B. 2, s. 291; **Hanh/Mugdan**, s. 331; **Münks**, s. 136.

²⁴⁴ **Hanh/Mugdan**, s. 334; **Münks**, s. 140, 141.

delil veya sadece diğer delilleri destekleyici bir delil olduğu anlamına gelmemektedir²⁴⁵. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesiyle uyumlu hale getirilebilmesi için yeminin tali bir delil olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. Böylece hakim delilleri serbestçe değerlendirme yetkisinden ancak diğer delillerle ispat sonucuna ulaşamadığı halde vazgeçerek yemin delilini kullanmıştır²⁴⁶. Tarafın yargılamada kendi yararının bulunması nedeniyle beyanlarına şüpheli yaklaşılmışından ziyade delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin korunmak istenmesi yemin delilinin tali olarak kabul edilmesine sebep olmuştur²⁴⁷.

Alman hukukunda isticvapla ilgili bugünkü düzenlemenin aksine yemine ispat yükünden bağımsız olarak her iki tarafın da başvurabilmesi mümkün olmuştur²⁴⁸. Yemin delilini gösteren tarafın ispat yükünü üzerine almadığı (CPO § 412), ihtiyaten delili gösterebileceği düzenlenmiştir. Kanunun her iki tarafa da ispat yükünden bağımsız olarak yemin teklif edebilme imkanı tanıdığı anlaşılmaktadır. İspat yükünün sözlü yargılamada belirlenmesi, bu nedenle tarafların ispat yükü ile ilgili belirsizlik durumunda yemin delilinden mahrum kalmamaları adına bu düzenleme yapılmıştır. Ancak buradan ispat yükünden bağımsız olarak teklif edilen yeminin muhakkak yargılamada kullanılacağı anlamı çıkmamaktadır, kanun yemin delilinin ikamesini şarta bağlamıştır. İspat yükü altında olmayan tarafın yemin delili ikamesini mümkün kılınmıştır ancak ispat yükü altında olmadığı tespit edilen tarafın yemini teklif etmesi mümkün olmayacaktır²⁴⁹. İki taraf yemin ileri sürdüğünde ise ispat yükü üzerinde olan tarafın yemin teklifinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir²⁵⁰.

Yeminin ispat yükü altında olan tarafça teklif edilebilmesi tarafın kendi yararının söz konusu olması nedeniyle yeminine güvenilmemesi ve şekli ispat kuvvetine sahip olma özelliğinden ileri gelmektedir. Delil sunamayan dolayısıyla kanaat oluşturamayan tarafın lehine yemin etmesi ile davayı sonlandırması hakkaniyete aykırı görülmüştür²⁵¹. Uyuşmazlığı kesin olarak çözme etkisinden dolayı da sadece bir tarafın yemini gerçekleştirilmesi öngörülmüştür²⁵². Davayı sona erdirici etkisi olduğundan hakim yeminden sonra fark ettiği

²⁴⁵ Planck, B. 2, s. 296.

²⁴⁶ Kwaschik, s. 79; Planck, B. 2, s. 304.

²⁴⁷ Kwaschik, s. 79.

²⁴⁸ Hanh/Mugdan, s. 333.

²⁴⁹ Planck, B. 2, s. 295.

²⁵⁰ Planck, B. 2, s. 295.

²⁵¹ Münks, s. 169.

²⁵² Oberhammer, s. 304; Nagel, Grundzüge, s. 88.

hususları dikkate alarak kararını buna göre veremeyecektir²⁵³. Bu nedenle kimin önce yemin teklif edebileceği ve kimin yemin edebileceğinin belirlenmesi ispat yüküne bağlanmıştır.

Aksini ispat etmek için yemin delilinin kullanılamayacağı düzenlenmiştir (CPO § 411). Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile uyum için hakimın asıl ispat faaliyeti ile oluşan kanaatinin şekli ispat kuvvetine sahip olan yemin ile bertaraf edilemeyeceği kural olarak belirlenmiştir. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine öncelik verilmekte ve hakimde kanaat oluşmadığı takdirde yemin ile sonunca ulaşılması hedeflenmektedir. Talilik burada mevcuttur²⁵⁴.

Hakim tarafından re' sen ikame olunan yemin taraf yeminine nazaran daha çok hakimın serbestisine bırakılmış, tali olduğu ve ispat yüküne bağlı olduğu şeklinde kısıtlamalar yapılmamıştır²⁵⁵. Yeterli kanaate ulaşamayan mahkeme iki taraftan birini yemine davet edebilir (CPO § 437)²⁵⁶. Hangi tarafı yemine davet edeceği konusunda ispat yüküne bağlı değildir, kendi kanaati ve takdirine göre karar verecektir²⁵⁷. Delil ikamesi ile ilgili de bir sınırlama getirilmemiştir. İspat yükü altında olan tarafın hiç delil ikame etmemesi halinde dahi re' sen yemin teklif olunabileceği anlaşılmaktadır. Ancak literatürde ispat yükü altında olan taraf lehine delillerin hakimde kanaat oluşturmaya yeterli olmasa da belli bir kanaat bulunması şart olarak aranmıştır, aksi halde hakimın delil ikamesini ve delil değerlendirmesini dikkate almadan veya gerçekleştirmeden yemine göre davayı sonlandırması ve bunun keyfilğe yol açması tehlikesi söz konusu olabilecektir²⁵⁸.

Görüldüğü gibi yeminle ilgili temel sorun şekli ispat kuvvetine sahip olması ve bunun delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ve maddi gerçeğin araştırılmasına aykırı olmasından kaynaklanmaktadır²⁵⁹. Nitekim delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ve maddi gerçeklik amacı yararına yukarıda belirttiğimiz sınırlamalar düzenlenmiştir²⁶⁰.

²⁵³ Müns, s. 163.

²⁵⁴ Kwaschik, s. 81; Oberhammer, s. 305.

²⁵⁵ Müns, s. 151; Wach, Vorträge, s. 232, 233; Hahn/Mugdan, s. 340; Glücklich, s. 27.

²⁵⁶ Aynı zamanda "Noteid" olarak anılmaktadır ve ihtiyaç halinde yemine başvurulmasını ifade etmektedir. Re' sen yemin aynı zamanda bugünkü isticvap düzenlemesine bir köprü olarak nitelendirilmiştir, her ikisinde de ihtiyaç halinde başvuru ispat kurumları söz konusudur: Brennemann, s. 16.

²⁵⁷ Müns, s. 155.

²⁵⁸ Wach, Vorträge, s. 174; Planck, B. 2, s. 328, 329.

²⁵⁹ Müns, s. 172.

²⁶⁰ Kwaschik, s. 82.

Modern anlamda usul hukukunun amacı taraflarca getirme ilkesi dikkate alınarak maddi gerçeğin araştırılması olarak kabul edildiğinden, yeminin bu amaçla ne kadar uyuştuğuna dair eleştiriler çokça yapılmıştır²⁶¹. Yeminin şekli ispat kuvvetine sahip olmasının usul kanununun yeni ispat sistemi ile bağdaşmadığı vurgulanmış ve eleştirilmiş, tanık dinlenilmesine benzer şekilde tarafların dinlenilmesinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Maddi gerçeğin araştırılması için de niteliği ve şartları nedeniyle yemin uygun bir delil değildir. Delil sistemi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi karşısında duran şekli ispat kuvvetine sahip deliller aynı zamanda hakimin değerlendirmesinin önüne geçtiği için maddi gerçeğin tespitini de engelleyen bir rol üstlenmektedir, ayrıca hakimin gerçeği tespit etmesi ve kararını değiştirmesi konusundaki imkansızlık da yemini elverişsiz bir delil yapmaktadır²⁶². Tarafın yemin ile evet doğru veya hayır doğru değil şeklindeki beyanlarının hakim tarafından maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla araştırılamaması, bilginin kaynağını soruşturamaması, vakıanın eksik yönlerinin tamamlanamaması gibi olumsuzlukları barındırması bakımından da eleştirilmiştir²⁶³. Bunlar sebep gösterilerek 36. DJT’da da yeminin yerine Avusturya’da olduğu gibi isticvabın kabul edilmesi büyük çoğunlukça dile getirilmiştir²⁶⁴.

Yemine ilişkin eleştirilere, hakimin gerçeği araştırmasının Alman usul hukukuna yabancı olması, yeminin şekli ispat kuvvetinin Roma hukukundan beri mevcut olması, Avusturya, İngiltere, Amerika hukuku gibi yabancı hukuklardaki isticvap delilinin yemine benzer uygulanması nedeniyle bir anlam ifade etmemesi ve usul hukukunun amacının maddi gerçeklik olmaması gerekçe gösterilerek karşı çıkmıştır²⁶⁵.

C. 1933 Tarihli Reform

Medeni yargılamanın sadece özel hakların tesisi için taraflar arasındaki bir çekişme değil sosyal medeni yargılama olarak görülmesi, medeni yargılamanın kamu yararı ile de ilgilenmesi ve maddi gerçeğin araştırılmasının benimsenmesi gibi kabulleri temelinde barındıran değişimin etkisi ile²⁶⁶ 1895 yılında Avusturya’da tüm medeni yargılamada isticvap uygulanmaya

²⁶¹ Münks, s. 163; Maelzer, s. 66 vd.

²⁶² Nagel, Heinrich, Kann die Subsidiarität der Parteivernehmung in der deutschen ZPO noch vertreten werden?, Festschrift für Walther J. Habscheid, Bielefeld 1989, 195-203, s. 195; Polyzogopoulos, s. 56, 57.

²⁶³ Glücklich, s. 29.

²⁶⁴ Polyzogopoulos, s. 57.

²⁶⁵ Wach, Vorträge, s. 214 ve 236 vd. İsticvap ve yeminin karşılaştırılması bakımından taraf yeminini taraf talebiyle isticvap, re’ sen yemini hakimin tarafı re’ sen isticvabı ile eş tutmanın yüzeysel bir karşılaştırma olduğu yönünde bkz. Gafner, s. 110.

²⁶⁶ Münks, s. 162.

başlanmıştır²⁶⁷. Gerçeği söyleme ödevi ve taraf beyanlarının serbestçe değerlendirilmesi arasındaki ilişki de bu değişimi desteklemiştir²⁶⁸.

Yemine ilişkin eleştiriler ve Avusturya hukukundaki gelişmeler ışığında 36. Alman Hukukçular Gününde teklife (DJT 193 Der Entwurf des Reichsjustizministeriums 1931) §§ 434 vd. maddelerde isticvabın yemin yerine geçmesi önerisi eklenmiştir²⁶⁹. Yirmi Yedi Ekim 1933 tarihinde ise isticvap delil olarak kabul edilerek uygulanmaya başlanmıştır²⁷⁰. Bu düzenleme ile şekli ispat kuvveti bertaraf edilmiş ve tarafın yemin etmesinin yerini tarafın beyanı almıştır²⁷¹. Yeminin ispat yüküne bağlılığı, tali delil olması, re' sen yemin kuralları ve özellikleri ise isticvabın içeriğinde de yer almıştır²⁷². Yemin delili ile gelen kabullerin ve düzenlemelerin devam etmesi, tamamen yeni ve modern bir delil olarak isticvabın kabul edilmemesi yine eleştirilmiştir²⁷³.

Almanya'da 1.1.2002 yılında yapılan reformla isticvap delili ile ilgili bir değişiklik olmamıştır. Yeminin şekli ispat kuvvetinin kabul edilmesi nedeniyle getirilen şekil şartı ve sınırlamalar, taraf beyanının serbestçe değerlendirilmesi halinde anlamını yitirmektedir, yani isticvap için de bunların öngörülmesinin bir anlamı kalmamıştır²⁷⁴. Fakat bugünkü düzenlemede taraf talebi ile isticvap ve re' sen isticvabın yine taraf yemini ve re' sen yemine dayandığı²⁷⁵, ispat yükü ile ilişkisinin devam etmesi gibi yeminin şekli ispat kuvvetine sahip olması dışındaki özelliklerinin taraf isticvabına aktarıldığı dikkat çekmektedir. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin geçerli olduğu bir ispat sisteminde tüm delillerin ispat güçlüğü sınırlaması olmadan ileri sürülebilmesi ve kullanılabilmesi gerekir. Bunun yanında beyanların serbestçe değerlendirileceğinin kabul edilmesi ile tek tarafın isticvap edilebilmesi kuralı birbirine uygun değildir. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi kabul edilmişse isticvabın tali delil olması ve yalnızca bir tarafın isticvap edilmesi gerekli kurallar olarak değil yalnız yeminden kaynaklanan alışkanlıklar olarak düşünülebilir²⁷⁶.

²⁶⁷ Polyzogopoulos, s. 57.

²⁶⁸ Roth, Marianne, Die Parteivernehmung als Voraussetzung eines fairen Zivilverfahrens nach Artikel 6 I EMRK, ZEuP 1996, 484-498, s. 495.

²⁶⁹ Glücklich, s. 30.

²⁷⁰ Kwaschik, s. 83; Polyzogopoulos, s. 58.

²⁷¹ Kwaschik, s. 83; Ahrens, Kap. 40, kn. 24.

²⁷² Oberhammer, s.303; Nagel, Subsidiarität der Parteivernehmung, s. 195, 196;

²⁷³ Polyzogopoulos, s. 58; Nagel, Subsidiarität der Parteivernehmung, s. 196; Ahrens, Kap. 40, kn. 26; AK ZPO/Rüßmann, § vor 445, kn. 2.

²⁷⁴ Polyzogopoulos, s. 139, 140.

²⁷⁵ Polyzogopoulos, s. 59; Oberhammer, s. 297; Nagel, Grundzüge, s. 137.

²⁷⁶ Oberhammer, s. 304.

Sonuç olarak Alman hukukunda isticvap, müşterek hukuk ve 1877 tarihli CPO'dan gelen yemin delili ile yabancı hukuklarda -özellikle Avusturya hukuku- mevcut isticvabın karışımı şeklinde düzenlenmiştir²⁷⁷. Bu düzenleme ile ispat hakkı ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi bakımından taraf beyanının tamamen özgürleştiği söylenememektedir²⁷⁸.

IV. Avusturya Hukukunda

Kökenleri Roma hukukuna ve İtalyan Kanonik hukukuna dayanan yeminin müşterek hukuktaki hali 1781 tarihi itibarıyla Avusturya'da da varlığını göstermiştir²⁷⁹. Taraf beyanına olan güvensizlik sebebiyle isticvap delil olarak kabul edilmemiş, yemin delil olarak kullanılmıştır. Daha sonra da ancak tali delil olarak tarafın sorgulanması kabul edilmiştir²⁸⁰.

On Dokuzuncu Yy.'da yemine ilişkin eleştiriler güçlenmiş, İngiliz ve Amerikan hukukunda olduğu gibi yemin yerine tarafın sorgulanmasının delil olarak kabul edilmesi yönünde görüşler yoğunlaşmıştır²⁸¹. Yüzyılın sonlarına doğru yeminin yanında tarafın yemin altında tanık olarak sorgulanması (*eidliche Abhörung der Parteien als Zeugen*) tali bir delil olarak kabul edilmiştir²⁸². Neticede 1873 yılında dava konusu değerinin düşük olduğu davaların görüldüğü yargılamada tarafın yemin altında tanık gibi sorgulanması delil olarak kabul edilmiştir.

Tarafın yemin altında tanık gibi sorgulanması uygulamada olumlu sonuçlar verdiğinden, 1895 yılında tarafın isticvabının (*Vernehmung der Partei*) tüm yargılamalarda uygulanması kabul edilmiş²⁸³ ve birkaç istisna dışında yemin kaldırılmıştır²⁸⁴. Düzenleme yapılırken tarafın sorgusunun “tanık gibi” yapılması kaldırılmış ve tanıkla taraf sorgusu arasındaki fark ortaya konmuştur²⁸⁵. Ancak yargılamada bilgi bakımından en büyük önemi taşıyan taraf beyanlarının güvenilirliği tarafın yargılamadaki menfaatinden dolayı tartışmalı olduğundan yine tali delil olarak uygulanmıştır²⁸⁶. Tarafın beyanlarının alınması yeminli ve yeminsiz olarak gerçekleştirilmekle beraber her iki halde de beyanların değerlendirilmesi delillerin serbestçe

²⁷⁷ **Glücklich**, s. 19; **Stürner**, Die Partei als Beweismittel, s. 537.

²⁷⁸ **Deren-Yildirim**, Nevhis, Fordert die Waffengleichheit die Legale Beweistheorie heraus?, Dogmatik als Fundament für forschung und Lehre, Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag, Tübingen 2021, 899-912, s. 908.

²⁷⁹ (1.5.1781 tarihli allgemeine österreichische Gerichtsordnung), **Harrasowsky**, s. 287 vd.; **Maelzer**, s. 36; **Brennemann**, s. 21.

²⁸⁰ **Fasching**, Hans W., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 1990, kn. 1021.

²⁸¹ **Maelzer**, s. 36.

²⁸² **Harrasowsky**, s. 308; **Brennemann**, s. 21.

²⁸³ **Maelzer**, s. 37; **Brennemann**, s. 21.

²⁸⁴ **Maelzer**, s. 38.

²⁸⁵ **Maelzer**, s. 37.

²⁸⁶ **Maelzer**, s. 40; **Brennemann**, s. 22.

değerlendirilmesine tabi olmuştur²⁸⁷. Bunun yanında tarafın isticvabın yapılacağı duruşmaya katılması ancak beyanda bulunmaması veya duruşmaya mazeretsiz olarak katılmaması gibi durumlar da hakim tarafından serbestçe değerlendirilmiştir²⁸⁸.

1983 yılında gerçekleştirilen reform ile isticvabın tali niteliği modern usul hukuku ile bağdaşmadığı için kaldırılmıştır²⁸⁹. Bu şekilde delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin kesin ve tam olarak uygulanma imkanının bulunduğu ifade edilmiştir²⁹⁰. Alman hukukunda isticvabın Avusturya'dan örnek alınarak düzenlendiği belirtilse dahi geçerli olan şartlar ve sınırlandırmalar Avusturya hukukunda en azından günümüzde mevcut değildir²⁹¹.

Bugün Avusturya hukukunda isticvabın tali delil olmaması ile ilgili bir problem yaşanmadığı, genellikle her yargılamada ispat faaliyetinin başında her iki tarafın da isticvap edildiği belirtilmektedir²⁹². Çekişmeli ve karar için önem taşıyan vakıalar hakkında çoğu durumda en iyi bilgiye sahip olan tarafın bilgisine isticvap delili ile ulaşılmaktadır ve isticvap gerçeğin tespiti için önemli bir rol üstlenmiştir²⁹³. Ayrıca taraflarca getirme ilkesini sınırlandırarak mahkemenin maddi gerçeğe ulaşmasına hizmet ettiği söylenebilir²⁹⁴. Tarafın yargılamada kendi yararının bulunması isticvabın değerini azaltan bir unsur olarak görülmemektedir çünkü tanıklar da çoğunlukla az veya çok taraf gibi konumlanmaktadırlar. Tarafın yararının bulunması nedeniyle güvensizlikten ziyade uygulamada gerçeğin bulunması hususunda önemli bir kurum olarak görülmektedir.²⁹⁵

Delilin tali özelliğinden vazgeçilmesinin yanında taraf beyanına birincil olarak ulaşılma amacı doktrinde belirtilmektedir ve uygulamada bunun yer bulduğu da ifade edilmektedir²⁹⁶. Nitekim 2002 yılında yapılan düzenleme ile tarafların ön inceleme aşamasına benzer evrede

²⁸⁷ Brennemann, s. 26; Maelzer, s. 44; Stürner, Geschichtliche Grundlinien, s. 1185.

²⁸⁸ Harrasowsky, s. 311.

²⁸⁹ Fasching/Konency/*Spelling*, § 371, kn. 2.

İsticvabın taliliğinden vazgeçmeden önce de tarafların isticvap delilini ikame edebilmeleri için başka delil göstermiş olmaları şart olarak aranmamıştır, ayrıca isticvap edildikten sonra tarafların isticvabı destekleyici veya aksini gösteren delilleri ikamesi mümkün görülmüştür: Holzhammer, Richard, Österreichisches Zivilprozeßrecht, Wien 1976, s. 272.

²⁹⁰ Oberhammer, s. 300.

²⁹¹ Oberhammer, s. 296.

²⁹² Oberhammer, s. 300; Fasching, kn. 1021; Rechberger, Walter H./Simotta, Daphne-Ariane, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 2017, kn. 879

²⁹³ Fasching/Konency/*Spelling*, § 371, kn. 1; Rechberger/Simotta, kn. 879.

²⁹⁴ Yıldırım, M. Kamil, Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, 467-491, s. 489.

²⁹⁵ Oberhammer, s. 300.

²⁹⁶ Fasching/Konency/*Spelling*, § 371, kn. 2.

isticvap edilmeleri hususunda hakime takdir yetkisi verilerek delilin birincilliğinin teşvik edildiği görülmektedir²⁹⁷.

Günümüzde Avusturya hukukunda isticvap, çekişmeli ve karar için önem taşıyan vakıalar hakkında tarafların kanunda belirtildiği şekilde sorgulanması olarak tanımlanmaktadır²⁹⁸. Tarafın talebi ile veya re' sen isticvap şeklinde sorgulama yapılabilir²⁹⁹. İsticvapta tarafın doğruyu söylemesi sadece doğruyu söyleme ödevi ile garanti altına alınmıştır, ancak isticvabın yemin altında alınması halinde StGB § 288 II' ye göre gerçek olmayan beyan durumunda cezai yaptırım söz konusu olabilecektir³⁰⁰. Hakim tarafın isticvabını, kanaate ulaşmak için yeterli görmediği takdirde yemin altında isticvabına karar verebilir (öZPO § 377). Bu halde dahi tarafın beyanları delillerin serbestçe değerlendirilmesine konu olacaktır³⁰¹. Tarafın beyanları ile hakimde oluşan intibainın kanaat oluşturmada yeterli etkiye çoğu zaman sahip olduğu ve isticvabın yeminli olarak gerçekleştirilmesine ihtiyaç duyulmadığı ifade edilmiştir³⁰². Taraflar isticvap için zorlanamazlar, tarafın katılmaması hali veya kaçınması yine hakim tarafından serbestçe değerlendirilecektir³⁰³. Her iki taraf isticvap edilebilir³⁰⁴. Taraf talebiyle veya re' sen, ispat yükünden bağımsız olarak, yemin ile veya yeminsiz olarak tarafın isticvap imkanının bulunması nedeniyle tarafın tanık benzeri sorgulanmasını andırmaktadır. Aralarındaki en büyük fark tanığın ve tarafın dinlenilmek için zorlanabilmesi hususundaki farklılıktır³⁰⁵.

V. İsviçre Hukukunda

Roma hukukunda geçerli olan tarafın kendi davasında tanık olamayacağı ilkesi 19. Yy.'da İsviçre hukukunda da benimsenmiştir³⁰⁶. Tarafın kendi yararı dolayısıyla güvenilir bir kaynak olmadığı kabulüne dayanan bu benimseme nedeniyle vakıa hakkında en iyi bilgiye sahip olan tarafın beyanlarına yemin vasıtası ile başvurulmuştur³⁰⁷.

²⁹⁷ **Rechberger/Simotta**, kn. 879.

²⁹⁸ **Fasching/Konency/Spenling**, § 371, kn. 3.

²⁹⁹ **Fasching/Konency/Spenling**, § 371, kn. 4.

³⁰⁰ **Fasching/Konency/Spenling**, § 371, kn. 5; **Rechberger/Simotta**, kn. 881.

³⁰¹ **Fasching/Konency/Spenling**, § 377, kn. 4.

³⁰² **Fasching**, kn. 1029; **Holzhammer**, s. 273.

³⁰³ **Fasching**, kn. 1024; **Rechberger/Simotta**, kn. 881.

³⁰⁴ **Rechberger/Simotta**, kn. 882.

³⁰⁵ **Stürner**, Die Partei als Beweismittel, s. 536.

³⁰⁶ **Bühler**, s. 130.

³⁰⁷ **Harrasowsky**, s. 145; **Bühler**, s. 130; **BK ZPO/Bühler**, Art. 191-192, kn. 14a; **Kwiatek**, s. 9; **Nagel**, Grundzüge, S. 86.

On Dokuzuncu ve 20. Yy.'da tüm kantonlar yeminin farklı şekillerini kullanmışlardır³⁰⁸. Çoğunlukla belgenin teslimi ile ilgili belgenin tarafın elinde bulunup bulunmadığına dair yemin (*Editionseid*), toplanan delillerle hakimde tam kanaatin oluşmaması halinde başvurulanan tamamlama yemini (*Ergänzungseid*), ispat yükü altındaki tarafın karşı tarafı ispat için yemine davet etmesi (*Schiedseid*) şeklinde üç yemin türü kabul edilmiştir³⁰⁹. Vakıanın ispatı için kullanılan taraf yemininde tarafın yemin ederek vakıayı ispat etmesi, çekinerek vakıanın aksini ispat etmesi veya yemini iade edebilmesi mümkün olmuştur³¹⁰.

On Dokuzuncu Yy.'ın sonlarına doğru yeminin dini öneminin azalması sebebiyle taraf yemini için eleştiriler fazlaşmıştır³¹¹. Yemine atfedilen dini önem nedeniyle yalan yere yeminin daha önce seyrek olarak görüldüğü savunabilse de sonrasında dini önemini kaybetmesiyle gerçek olmayan vakıa hakkında yemin edilmesinin önüne geçilmesi zorlaşmıştır³¹². Ayrıca yargılamalarda hakimin rolünün artması ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ile yargılamada başvurulanan kurumlarda değişiklik ihtiyacı doğmuştur³¹³. Bu değişikliğin yeminin tamamen kaldırılarak yapılması ile sınırlamalara gidilmesi şeklinde gerçekleştirilmesi hususunda farklı görüşler tartışılmıştır³¹⁴. Eleştiriler aynı şekilde Yirminci Yy.'da da devam etmiştir. Eleştirilerin temelinde delilin, hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ile bağdaşmaması, yeminin şekli ispat kuvvetine sahip olması nedeniyle aksini ispatın mümkün olmaması ve bu nedenle ispat hakkının ihlal edilmesi yer almıştır³¹⁵.

1874 tarihli Anayasa'da (Art. 49 Abs. 2) kimsenin dini bir işlemi gerçekleştirmeye zorlanamayacağına dair düzenleme yapılmıştır³¹⁶. Bu düzenleme ile yeminin bir delil olarak kullanılması aslında Anayasa'ya aykırı hale gelmiştir³¹⁷. Tarafın Anayasa'ya dayanarak yemin etmek istememesi halinde ispat güçlüğüne aşmak için yemin yerine el kaldırma ile yemin (*Handgelübde*) gibi çözümler bulunmuştur³¹⁸.

³⁰⁸ Yeminin farklı şekillerine örnekler için bkz.: **Müller**, A., s. 21; **Harrasowsky**, s. 146.

³⁰⁹ **Guldener**, Zivilprozessrecht, s. 356.

³¹⁰ **Harrasowsky**, s. 146; **Guldener**, Zivilprozessrecht, s. 357.

³¹¹ **Gafner**, s. 106 vd.; **Kwiatek**, s. 9.

³¹² **Gafner**, s. 107.

³¹³ **Gafner**, s. 108.

³¹⁴ **Müller**, A., s. 23 vd.

³¹⁵ **Kofmel**, Sabina, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Bern 1992, s. 246, 247.

³¹⁶ **Müller**, A., s. 21. Bugün İsviçre Anayasası madde 15/4'de düzenleme aynı şekilde bulunmaktadır.

³¹⁷ **Gafner**, s. 107; **Müller**, A., s. 22.

³¹⁸ **Müller**, A., s. 22; **Yılmaz**, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 2021, s. 33; **Guldener**, Zivilprozessrecht, S. 357. Tanrının adı geçmese bile zayıflamış bir şekilde de olsa yeminin dini bir eylem olduğuna dair bkz.: **Guldener**, Zivilprozessrecht, S. 357.

Yeminin yerine taraf beyanının daha serbest şekilde ispat faaliyetinde kullanılması örnekleri oluşmuştur. Taraf beyanının delil olarak kullanılması her zaman tarafların doğru söylemesini garanti etmese de yeminde var olan bağlılığın hafifletilmesini ve hakimın gerçeği araştırması ve değerlendirmesi imkanını sağlamıştır³¹⁹.

Yirminci Yy.'ın ortalarında artık çoğu kantonda yemin delili sınırlı şekilde var olmuş³²⁰ veya tamamen kaldırılmıştır³²¹. Yeminin yerine ise çoğunlukla tanımı, şekli ve işlevi değişmekle birlikte hakimın tarafı sorgusu getirilmiştir³²². Tarafın sorgusu ile elde edilen beyanların işlevi bilgilendirme aracı³²³, delil veya bilgi kaynağı olarak farklılık arz etmiştir³²⁴. Buna karşılık işlevleri aynı olmasına rağmen genellikle kantonlarda farklı isimlendirmeler kullanılmıştır: Taraf sorgusu (*Parteibefragung*) (*Parteiverhör*), şahsi sorgulama (*persönliche Befragung*) (*persönliche Abhörung*), delil beyanı (*Beweisaussage*), tarafın sorgulanması (*Befragung der Parteien*) (*Einvernahme der Parteien*), tarafın yargısal/mahkeme tarafından sorgulanması (*richterliche Befragung der Partei*) (*gerichtliche Befragung der Parteien*), tarafların soruşturulması (*interrogatoire des Parties*)³²⁵.

Federal usul kanunundan önceki dönemde bazı kantonlarda taraf beyanı delil olarak kabul edilmemiş³²⁶, bazı kantonlarda ise taraf beyanı ispat faaliyetinde farklı şekillerde kullanılmıştır. İkrar elde etmek veya bilgi almak amacıyla tarafın sorgulanması veya taraf beyanının daha geniş anlamda delil olarak kabul edilmesi veya her ikisinin de beraber kullanılması söz konusu olmuştur³²⁷. Doğru olmayan beyan halinde doğruyu söyleme ödevinin ihlali sebebiyle disiplin cezasının öngörüldüğü basit taraf beyanı (*einfache Parteiaussage*), diğeri ise cezai yaptırım bulunan nitelikli taraf beyanıdır (*qualifizierte Parteiaussage*)³²⁸. Beyanın tarafın kendisi lehine

³¹⁹ **Gafner**, s. 110.

³²⁰ Örneğin Graubünden'de konuyla ilgili sınırlama yapılmış ve sadece babalıkla ilgili hususlarda yemin kabul edilmiş veya Wallis kantonunda olduğu gibi yeminin çeşitlerinde sınırlamaya gidilmiştir. **Guldener**, Zivilprozessrecht, s. 357.

³²¹ Zürih, Bern, Uri, Schwyz, Nidwalden, Solothurn, Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, Aargau, Thurgau, Vaud: **Guldener**, Zivilprozessrecht, s. 357.

³²² **Hauser**, s. 617; **Müller**, H. s. 30.

³²³ Hakimın aydınlatma ödevinin gerçekleştirilmesi için bir araç olduğu ve delil olmadığı kabul edilmektedir: **Walder Richli**, Hans Ulrich/**Grob-Andermacher**, Beatrice, Zivilprozessrecht, Zürich-Basel-Genf 2009, § 29, kn. 9.

³²⁴ **Müller**, H., s. 30.

³²⁵ **Müller**, H., s. 31, 32.

³²⁶ Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Cenevre, Neuchatel, Tessin, Vaud: **Sutter-Somm**, Thomas/**Hasenböhler**, Franz/**Leuenberger**, Christoph/**Weibel/Walz**, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2016, Art. 191-192, kn. 1. Bu kantonlarda taraf beyanı delil olarak değil, sadece tarafların iddiaları olarak kabul edilmiştir: **Sutter-Somm**, s. 338.

³²⁷ **Walder Richli/Grob-Andermacher**, §29, kn. 8; **Bühler**, s. 129.

³²⁸ **Hauser**, s. 622.

delil olarak değerlendirilebilmesi için cezai yaptırım tehdidi altında alınmış olması gerektiğine dair düşünceler de bu iki farklı düzenlemeye sebep olmuştur³²⁹.

Taraf beyanının delil olarak kabul edilmesiyle birlikte farklı delil nitelikleri atfedilmiştir. Diğer delillerden önce taraf beyanının alınması ve kullanılması halinde öncelikli delil (*Primäres Beweismittel*) olduğu belirtilmiştir. Diğer delillerin ikamesinden sonra taraf beyanının kullanılması ek/tamamlayıcı delil (*ergänzendes Beweismittel*) veya tali delil (*subsidiäres Beweismittel*) olarak ifade edilmiştir. İkame edilen diğer delillerin başarısız olması veya delil ikame edilememesi halinde taraf beyanına başvurulmasında ise tali delil özelliğine sahip olmuştur³³⁰. Tamamlayıcı veya tali delil olarak nitelendirilmesine taraf beyanına olan güvensizlik ve bu deliller olmadan da yargılamada çözüme ulaşılabilmesi sebep olarak gösterilmiştir³³¹. Şekli ve maddi anlamda delil olarak değerlendirilmesi halinde ise asıl delil (*Hauptbeweismittel*) olarak isimlendirilmiştir³³².

Taraf beyanının ispat faaliyetinde görülen şekilleri bazı kantonlarda şu şekilde yer almıştır: Taraf beyanının başlı başına delil olarak kabul edildiği Aargau, Bern, Solothurn, Appenzell kantonlarında diğer delillere tanınan ispat gücü taraf sorgulanmasına (*Parteibefragung*) da tanınmıştır. Appenzell hariç diğer üç kantonda taraf beyanının güvenilirliği sadece doğruyu söyleme ödevi ile garanti altına alınmış ve hakim delilleri serbestçe değerlendirmesi kapsamına bırakılmıştır. Gerçek olmayan beyan halinde yaptırım öngörülmemiştir³³³. Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Genf, Nöşatel, Waad ve Tessin kantonlarında tarafın sorgulanması delil olarak kabul edilmemiştir. Taraf beyanına sadece hakim aydınlatma ödevi çerçevesinde bilgi amaçlı başvurulmuştur³³⁴. Zürih kantonunda cezai yaptırım öngörülmeleyen taraf sorgulamasında tarafın aleyhine beyanına ispat kuvveti tanınmıştır. Zürih'i örnek alan Schaffhausen, Schwyz, Nidwalden, Obwalden'de de taraf beyanı aleyhine vakıayı ikrar anlamına geliyorsa ispat gücü kabul edilmiştir³³⁵. Zürih (sadece nitelikli sorgulamada), Bern, Luzern, Schaffhausen ve Graubünden kantonlarındaki düzenlemelere göre sadece bir tarafın

³²⁹ **Guldener**, Zivilprozessrecht, s. 353.

³³⁰ **Müller**, H., s. 87; **Guldener**, Zivilprozessrecht, s. 353. Bu sistem aslında hiçbir kanton tarafından açıkça öngörülmemiştir ancak taraf beyanının başlı başına delil olarak kabul edildiği kantonlarda taraf beyanı tali delil olarak uygulanmıştır: **Lorenz**, kn. 90 dn. 219.

³³¹ **Müller**, H., s. 87.

³³² **Müller**, H., s. 88.

³³³ **Bühler**, s. 129.

³³⁴ **Bühler**, s. 129, 130; **Reinkenhof**, s. 173.

³³⁵ **Bühler**, s. 130; **Reinkenhof**, s. 174.

sorgulanması mümkün olmuştur³³⁶. Taraf sorgulaması delilinin tali olduğu kantonlar ise Aargau, Bern, Zürich, Schaffhausen, St. Gallen, Graubünden, Schwyz olarak sıralanmıştır³³⁷.

Bazı kantonlarda yeminin delil olarak varlığının sürmesi, taraf sorgulaması veya taraf beyanının delil olarak kabul edilmesi halinde dahi sınırlamaların olması delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve ispat hakkı kapsamında eleştirilmiştir. Şekli delillerin aksini ispatı imkansız kılması, delilin ikame edilmesi için belli şartların öngörülmesinin ispat hakkının ihlali niteliği taşıması gerekçe olarak gösterilmiştir³³⁸. Yemin deliline şekli ispat kuvveti tanınması veya taraf beyanının genellikle tali delil olarak kabul edilmesi ispat hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Delilin şekli ispat kuvvetine sahip olması kuralı kanuni ispat teorisinin bir kalıntısı olarak değerlendirilmiş ve yeminin güvenilirliğini sağlayan dinsel değerlerin eskiye nazaran önemini kaybetmesi nedeniyle delilin işlevini yerine getirmeye muktedir olmadığı vurgulanmıştır³³⁹. Taraf beyanının delil olarak kabul edilmesi halinde ise bu delile başvurmak için diğer delillerin ikame edilmemiş olması veya yeterli olmaması, vakıa ile ilgili emarelerin var olmasına rağmen tam ispatın gerçekleşmemiş olması, ispat yükünün dağılımında haksızlığın mevcut olması veya güç dengesinin mahkemece sağlanmasının gerekmesi gibi farklı şartların varlığı da dikkat çekmiştir³⁴⁰. Delilin ikame edilmesi için şartların bulunması, delil olarak düzenlenen kurumun belli durumlarda ispat kuvvetine sahip olması, yeminden taraf beyanına geçişte dikkat çekmiştir.

Usul kanunu öntaslak raporunda (Art. 186) sadece nitelikli taraf beyanı (*Beweisaussage*) yer almıştır³⁴¹. Raporda nitelikli taraf beyanının, hakimın aydınlatma ödevi aracı olan bilgilendirici sorgulamadan (tarafın dinlenilmesi) ayrıldığı ve başlı başına bir delil olduğu ifade edilmiştir. Uygulamada seyrek olarak kullanılmasına rağmen bu delilin var olmamasının ispat hakkının ihlaline sebep olacağından ve halihazırda bu delile sahip olan kantonlardan delilin kaldırılmaması gerektiğinden kanunda nitelikli taraf beyanının delil olarak kabulü gerekmiştir³⁴². İkincil delil olmaması, modern usul hukukunda tarafların deliller arasında seçim yapma özgürlüğüne sahip olması lüzumuna dayanılarak vurgulanmıştır³⁴³. Tek tarafça talep

³³⁶ Böhler, s. 131; Reinkenhof, s. 174.

³³⁷ Böhler, s. 131.

³³⁸ Kofmel, s. 296.

³³⁹ Kofmel, s. 247, 248.

³⁴⁰ Reinkenhof, s. 176.

³⁴¹ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Weibel/Walz, Art. 191-192, kn. 2.

³⁴² Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, ZPO, (Bericht VE ZPO) s. 91.

³⁴³ Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, ZPO, s. 92.

edilmesi delillerin serbestçe değerlendirilmesiyle çelişeceğinden kabul edilmemiştir ve sadece taraf talebi ile ikame edilmesi yine taraflarca getirme ilkesine dayandırılmıştır³⁴⁴.

Taraf beyanının delil olarak kabul edilmesi, güvenilir bir delil olmaması, beyanın değerlendirilmesinin zor olması (özellikle iki tarafın beyanlarının karşılaşması halinde) gibi sebeplerle eleştirilmiştir³⁴⁵. Diğer taraftan tek aşamalı olarak önerilmesine karşılık basit taraf beyanının da düzenlenmesi gerektiği, ceza makamlarını haberdar etmek gerekmeden de taraf beyanlarının alınabilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁴⁶.

Bu eleştiriler ışığında Bern Kanton önerisi dikkate alınarak iki aşamalı tarafın sorgulanması sistemi düzenlenmiştir (E ZPO Art. 188 ve 189)³⁴⁷. Basit şeklinde her iki tarafın da dinlenebilmesi ve kendi lehlerine beyanlarının da alınabilmesi mümkün olmuştur³⁴⁸. Nitelikli şekli için tali delil olmadığı resmi gazetede yayınlanan taslakta açıkça ifade edilirken basit taraf beyanı için muallak ifadeler kullanılmıştır. Taraf beyanının, tarafın kendi yararının bulunması nedeniyle delil değerinin genellikle düşük olduğu bu nedenle ek delillerin gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁴⁹. Ön taslakla en önemli farklarından bir tanesi de nitelikli taraf beyanının sadece re' sen ikame edilebilmesidir. Cezai yaptırım öngörüldüğü için tarafın karşı tarafı bu tehditle baskı altına almasına müsaade etmemek adına ilk taslaktaki talep şartı re' sen ikame edilebilmesi olarak değiştirilmiştir³⁵⁰. Maddeler bu şekliyle kanunlaşmıştır.

VI. Türk Hukukunda

Osmanlı'da 1861 yılına kadar taraf yemini ve re' sen yemin mevcuttu. Sadece davalı tarafından eda edilebilen bu yeminler tali nitelikliydi ve yemin ile vakıanın ispat edildiği hakimce kabul olunmaktaydı. Ayrıca re' sen yemin sadece borç ilişkileri için kullanılabiliyordu

³⁴⁴ Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, ZPO, s. 92.

³⁴⁵ Vernehmlassungen ZPO, S. 457, 458.

³⁴⁶ Zusammenstellung der Vernehmlassungen Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), s. 455, 456.

³⁴⁷ BBl 2006 7413. Taraf beyanlarının başlı başına delil olarak kabul edilmesinin isabetli olduğu yönünde bkz. **Yıldırım**, M. Kamil, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, 679-692, s. 684.

³⁴⁸ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (28.06.2006) (BBl 2006 7221), s. 7326.

³⁴⁹ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (28.06.2006) (BBl 2006 7221), s. 7326. Taraf beyanının kanıt değerinin düşürülmesi delillerin serbestçe değerlendirilmesine ve ispat hakkına aykırı olarak değerlendirilmiştir. İspat hakkı kanunda belirtilen tüm delillere eşit ispat gücü vermektedir ve bir delilin daha az ispat gücüne sahip olması delillerin serbestçe değerlendirilmesi ile bağdaşmaz: **Hausheer**, Heinz/**Walter**, Hans Peter/**Bühler**, Schweizerische Zivilprozessordnung, Stämpfli Verlag AG 2012, Art. 191-192, kn. 10a.

³⁵⁰ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (28.06.2006) (BBl 2006 7221), s. 7326.

ve her iki tarafın yemin etme imkanı söz konusuydu. Bu halde ispat faaliyeti bir sonuca ulaşamıyordu³⁵¹.

Ticaret mahkemelerindeki usulü belirleyen 1861 tarihli kodifikasyonda (Usul-ü Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi) yemin teklifi ve tarafın duruşmaya gelmesini emretme yetkisi düzenlenmişti³⁵².

Tanzimat'tan sonra senetle ispat kuralının doğmasında yalan yere yemin endişesi etkili olmuştur ancak bunun yanında yemin de devam etmiştir³⁵³. 1879 tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-i Muvakkati'nde yemin ispat yükünü taşıyan tarafça teklif edilebiliyordu ve yemin edilmesi ile vakıa ispatlanmış oluyordu, yeminden kaçınılmasının sonucu ise ikrardı. Yeminin yanında hakimın re' sen tarafı sorgulayabilmesi imkanı (isticvap) bulunmaktaydı³⁵⁴.

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesinde yürürlükte olan 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yemin m. 337-362 arasında düzenlenmiştir. Aynı Kanunun m. 230-235 hükümleri isticvap için mevcuttu. Sıkı ispat kuralları nedeniyle yemin delilinden vazgeçilememiş ve HMK'da da yer bulmuştur³⁵⁵. HMK ile yemin kurumunda meydana gelen en önemli değişiklikler, yeminin dini ifadelerden arındırılarak kişinin kutsal saydığı değerler üzerine yemin edebilmesi (HUMK m. 339) ve tamamlayıcı delil olarak kullanılan re' sen teklif olunan yeminin (HUMK m. 355-362) kaldırılmasıdır.

HUMK döneminde de yemin ve isticvap kurumları beraber bulunmuş, sadece ikisinden biri tercih edilmemiştir. Yeminin kesin delil niteliği, serbestçe değerlendirilememesi ve yalan yemin tehlikesi sebebiyle isticvap ile birlikte yeminin muhakeme hukukunda bulunması eleştirilere maruz kalmıştır³⁵⁶. İsticvapla ilgili yapılan değişiklik, bu kapsamda dinlenebilecek kişilerin daraltılması olarak gösterilebilir. HUMK m. 231' e göre sınırlı veya yaşı on altıdan küçük kimselerin kendisinin sorgulanması mümkündür³⁵⁷. Bunun yanında tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulaması düzenlemesi ile isticvap edilecek tarafın çekinme imkanları ve dinlenilme usulü belirtilmiştir (m. 175).

³⁵¹ Brennemann, s. 72.

³⁵² Brennemann, s. 72.

³⁵³ Ansay, Sabri Şakir, Mahkemelerimizde Yemin, AÜHFD, C. 11 S. 3 Y. 1954, 115-118, s. 116.

³⁵⁴ Brennemann, s. 72.

³⁵⁵ Deren-Yildirim, Fordert die Waffengleichheit die Legale Beweistheorie heraus?, s. 909.

³⁵⁶ Ansay, Mahkemelerimizde Yemin, s. 118.

³⁵⁷ Ayrıntılı bkz. § 4 I B 2b.

§ 3. DELİL OLARAK TARAF BEYANININ BENZER KURUMLARDAN FARKI

I. Tarafların Dinlenilmesi

A. Fonksiyon

İsticvap, tarafın dinlenilmesinden farklıdır³⁵⁸. Doktrinde tarafın beyanın alınması için çağırılma usulünün önemli olmadığı, tarafın oturumda beyanda bulunması ile iki kurum arasındaki farkın ortadan kalktığı ve sonucun aynı olduğu ifade edilmekle³⁵⁹, tarafların dinlenilmesi ve isticvabın ayrımı konusunda karışıklığın mevcudiyeti görülmektedir. Tarafın beyanlarının vakıanın ispatı için değerlendirilmesi veya beyandan kaçınmasının vakıanın tespiti ile ilgili sonuç doğurması nedeniyle isticvap ispat faaliyetinin içinde değerlendirilmelidir. İspattan bağımsız olarak, hakimin dava malzemesiyle ilgili net olmayan ve eksik hususlar hakkında bilgi edinmesi aracı olarak kullanılan tarafın dinlenilmesi işlev olarak isticvaptan ayrılmaktadır³⁶⁰. Tarafın beyanının hem dava malzemesi hem de delil olması sebebiyle kurumların karışması ve birbiri yerine kullanılması kaçınılmazdır³⁶¹. Teorik olarak kolayca ayrılımlarına³⁶² rağmen her iki kurumda da tarafın ve tarafın beyanlarının mevcudiyeti ile bu beyanların çekişmeli vakıaları konu alması ayrımın netleştirilmesini gerektirmektedir.

Tarafların dinlenilmesi, davada ileri sürülen vakıalar, deliller ve talep sonucu hakkında açık olmayan, eksik veya çelişkili hususların aydınlatılması ve tamamlanması amacıyla mahkemece tarafların beyanlarına başvurulmasıdır. Tarafın beyanına delil olarak başvurulması ile davayla ilgili açık olmayan ve çelişkili hususların aydınlatılması amacıyla taraf beyanına başvurulması arasındaki temel fark kurumların işlevleri bakımındandır. İsticvap ispat işlevine sahip iken, tarafların dinlenilmesi ispat konusu vakıaların ispatı için iddia ve savunmanın, talep sonucunun, delillerin somutlaştırılması, açık olmayan noktaların aydınlatılması ve tamamlanması (genişletilmesi) fonksiyonuna sahiptir³⁶³. Mahkemenin aydınlatma ödevi kapsamında dava

³⁵⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 382; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 543; Kuru, C. I, s. 601. Tarafların dinlenilmesinin niteliği ile mukayeseli hukukta mevcut tartışma için bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 113.

³⁵⁹ Tarafın çağırıldığı oturuma gelerek beyanda bulunması halinde isticvap ve tarafların dinlenilmesine göre dinlenmiş olmasının önem arz etmediği, sonucun aynı olduğuna dair bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 382.

³⁶⁰ Polyzogopoulos, s. 119.

³⁶¹ Schmidt, Joachim P., Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozess, Berlin 1972, s. 122.

³⁶² Schmidt, J., s. 120.

³⁶³ Becker-Eberhard, Ekkehard, Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları (Çeviren: M. Kamil Yıldırım), İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen: M. Kamil Yıldırım), İstanbul 2016, 17-38, s. 33; Lange, Hans Dieter, Parteianhörung und Parteivernehmung, NJW 2002, 476- 483, s. 477; Jansen, Wilhelm, Parteibefragung und Parteivernehmung im Zivilprozess in ihrem gegenseitigen Verhältnis

malzemesinin tamamlanması, netleştirilmesi, çelişkilerin giderilmesi amacı ile taraflara soru sorması ve dinlemesidir. İsticvapta ise karara esas alınabilecek delil amaçlanır³⁶⁴. Tarafın dinlenilmesi mahkemenin dava malzemesini netleştirmesi açısından önem taşımakla birlikte tarafın eksik bıraktığı ve yanlış veya eksik anlaşıldığını düşünüldüğü noktaları tamamlaması için de gereklidir³⁶⁵.

Talep sonucunun dayanağı olan vakıalar ve bu çekişmeli vakıanın ispatlanması için getirilen deliller bakımından netleştirilmesi gereken noktalar olabilir. Açıklanması ve netleştirilmesi gereken bu hususlar vakıa iddialarının tespit edilerek talep sonucunun haklılığını veya haksızlığını tespit amacı taşımaz. Vakıaların ispatlanabilmesi için iddia ve savunmanın tam ve net şekilde ortaya konmasını, bunlar için gösterilen delillerde eksik ve çelişkili hususların aydınlatılarak değerlendirilmelerinin sağlanmasını tarafların dinlenilmesi gerçekleştirir. Görüldüğü gibi burada bir ispat faaliyeti, yani delil gösterilmesi, toplanması veya değerlendirilmesi söz konusu değildir. Tarafın dinlenilmesi ile iddia edilen vakıanın varlığı veya yokluğu tespit edilmeye çalışılmamaktadır, aksine bu tespitin yapılabilmesi için incelenen verilerin yani dava malzemesinin tam ve net şekilde toplanması amaçlanmaktadır. Özet olarak, isticvap çekişmeli vakıanın ispatı ile ilgili iken tarafların dinlenilmesi uyuşmazlığın belirlenmesi ile ilgilidir³⁶⁶. İsticvap ispat amacına yönelikken, çelişkinin giderilmesi, boşluğun doldurulması ve açık olmayan hususun açıklanması amacını tarafın dinlenilmesi taşır³⁶⁷. Tarafın dinlenilmesi ispattan önceki aşama olan uyuşmazlığın, dava malzemesinin ve talep sonucunun açık ve net şekilde ortaya konmasına ve böylece ispat faaliyetine hazır hale getirilmesini amaçlamaktadır³⁶⁸. İspat faaliyetinde hangi vakıaların hangi yönlerden hangi delillerle ispatlanacağı netleştirilir³⁶⁹. Örneğin tarafların getirdiği dava malzemesine dahil olup olmadığı anlaşılamayan bir vakıa için re' sen delil ikamesinden önce tarafın dinlenilmesi ile vakıanın iddia edildiği ve çekişmeli kılındığı tespit edilmelidir³⁷⁰.

zueinander, Viersen 1934, s. 26; **Pekcanitez**, Hakan/**Özekes**, Muhammet/**Akkan**, Mine/**Taş-Korkmaz**, Hülya/**Erdönmez**, Pekcanitez Usûl Hukuku, C. I, İstanbul 2017, s. 834; **Wittschier**, Johannes, Die Parteivernehmung in der Zivilprozessualen Praxis, Köln-Berlin-Bonn-München 1989, s. 6; Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, vor § 445, kn. 27; **Coester-Waltjen**, s. 284.

³⁶⁴ BGer, 03.02.2015, 4A_498/2014, E. 3.3 (Swisslex).

³⁶⁵ **Lange**, s. 477.

³⁶⁶ **Wittschier**, Die Parteivernehmung s. 6; **Reinkenhof**, s. 73.

³⁶⁷ **Pekcanitez/Özekes**, C. II, s. 1380; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 543, 544.

³⁶⁸ **Bernhardt**, Wolfgang, Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess, Beiträge zum Zivilprozessrecht, Festgabe zum Siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg, München-Berlin 1949, 9-50, s. 41.

³⁶⁹ **Lorenz**, kn. 151.

³⁷⁰ Ayrıca iddia edilmeyen vakıa ile ilgili bkz. **Gomille**, Christian, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, Tübingen 2016, s. 426 vd.

Bunun dışında vakıanın varlığı veya yokluğuna dair kanaat oluşturma amacı tarafın dinlenilmesi ile gerçekleştirilemez³⁷¹.

Hakimin aydınlatma ödevini gerçekleştirme aracı olarak görülmesi³⁷², tarafın dinlenilmesinin amacı ve işlevi hakkında fikir vermektedir. Hakim aydınlatma ödevi ile taraflarca getirme ilkesinin ihlal edilmemesi için tarafların getirdiği dava malzemesi ile ilgili açık olmayan ve eksik olan hususların netleştirilmesi ve tamamlanmasını sağlar. Bunun için tarafın dinlenilmesi kullanılabilir ve taraf beyanlarının işlevi burada dava malzemesinin netleştirilmesi ve tamamlanmasıdır. Taraf beyanının davayı aydınlatma ödevinin gerçekleştirilmesi aracı olarak nitelendirilmesiyle ispat faaliyeti olmadığı ve delil teşkil etmediği belirtilmiştir³⁷³.

Tarafın dinlenilmesinin Kanunda düzenleniş şekli ve fonksiyonu ele alındığında delil olarak değerlendirilmesi ve hakimin kanaatinde dikkate alarak karara esas almasına imkan bulunmamaktadır³⁷⁴.

İsticvabın ikrar elde etme amacı bulunduğu kabulüne dayanılarak, isticvabın ve tarafların dinlenilmesinin ayrımında isticvap için vakıanın tarafın aleyhine, tarafın dinlenilmesi için vakıanın tarafın lehine olması kriteri belirtilmektedir³⁷⁵. Dava malzemesindeki eksiklik ve belirsizliklerin giderilmesi, vakıanın tarafın lehine veya aleyhine olması durumunda tarafların dinlenilmesi ile mümkündür. İsticvabın yegane amacı ikrar elde etmek olarak belirlendiğinde ise ancak tarafın aleyhine olan vakıalarda sorgulanması mümkün olacaktır. Vakıanın tarafın lehine veya aleyhine olmasına göre ayırım yapılacak olursa edinilen beyanların hepsi delillerin değerlendirilmesi aşamasında kullanılacaktır ve kurumların işlevlerinin aynı olduğunu kabul etmek gerekecektir. Ancak isticvap ve tarafların dinlenilmesinin düzenleniş amaçları ve işlevleri bakımından farklılıkların olduğu aşikardır. Kanaatimizce vakıanın tarafın lehine veya aleyhine olması kurumlar arasındaki ayırım için önem taşımamaktadır. Tarafın beyanı ile öğrenilmek istenen husus ve ulaşılmak istenen amaç ayırım noktasıdır. Vakıa ve delil ile ilgili belirsizlik veya eksiklik tarafların dinlenilmesi yolu ile netleştirilip tamamlanabilir. Vakıanın

³⁷¹ Wieczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, vor § 445, kn. 27; **Brehm**, Wolfgang, Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, Tübingen 1982, s. 240; Stein/Jonas/**Berger**, vor § 445, kn. 3.

³⁷² **Brehm**, s. 240; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 445, kn. 2; **Karaaslan**, s. 201.

³⁷³ Bkz. § 1 I A.

³⁷⁴ Wieczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, vor § 445, kn. 26.

³⁷⁵ **Karaaslan**, s. 202; **Yardımcı**, Taner Emre, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul 2017, s. 182; **Tanriver**, C. I, s. 785; Pekcanitez/**Özekes**, C. II, s. 1381; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 383.

tespiti yani ispatı için isticvaba başvurulur ve tarafın lehine olan bir vakıa için de taraf beyanı delil niteliği taşıyabilir.

Kurumlar arasındaki ayırım için prosedürlerin sonuçları da dikkate alınmalıdır. Tarafın dinlenilmesi için davet edildiği duruşmaya gelmemesi veya gelerek beyanda bulunmaması halinde bir zorlama, yaptırım veya usuli sonuç ön görülmemiştir. Taraf beyanının kendi başına vakıanın ispat için değerlendirilmesi söz konusu olsa idi menfi davranışının da delillerin değerlendirilmesinde dikkate alınabilmesi gerekirdi. Halbuki tarafların dinlenilmesi kapsamında beyanına başvuru olan tarafın susması veya duruşmaya gelmemesi taraf aleyhine değerlendirilemez. İsticvapta ise menfi ve müspet davranışın, tarafın beyanının ve susmasının tarafın lehine ve aleyhine değerlendirilerek vakıanın ispatı için sonuca varılması mümkündür.

Konusu bakımından tarafların dinlenilmesi vakıa iddiaları, talep sonucu ve delilleri esas almaktadır. Ancak bu dava malzemesinde eksiklik olması halinde hakimın aydınlatma ödevini kullanarak tamamlanması gerçekleştirilebilir. İsticvapta ise taraflarca getirme ilkesi esas olduğundan yalnızca tarafların yargılamaya dahil ettiği ve çekişmeli kıldığı vakıalar konu olabilir³⁷⁶.

B. Usul

İsticvabın doğrudan ispat faaliyeti ile ilgili olması nedeniyle tarafın dinlenilmesine göre daha sıkı şekil şartlarına tabi olduğu söylenebilir³⁷⁷. Tarafın sorgulanmasının zamanlaması, tarafın daveti, talep edilebilmesi ve re' sen uygulanması gibi konular açısından uygulanma farklılıkları bulunmaktadır.

Zamanlama ile ilgili tarafların dinlenilmesi bakımından bir sınırlama bulunmamaktadır. Dava malzemesinin netleştirilmesi için yargılamanın her aşamasında başvurulabilir. Taraf beyanının delil olarak kullanılmasında ise ispat faaliyeti içinde başvurulabilmesi niteliği gereğidir³⁷⁸. Dilekçeler aşaması veya ön inceleme aşamasında tarafın isticvap edilmesi söz konusu olamaz, zira ispat faaliyetine geçilmemiştir. Dava malzemesinde netliğin sağlanması ve eksikliğin tamamlanması yargılamanın başında ve ispat faaliyetine geçilmeden anlam ifade edeceğinden, özellikle ön inceleme aşamasında çekişmeli hususların belirlenmesi faaliyetinde

³⁷⁶ Bernhardt, s. 41.

³⁷⁷ Polyzogopoulos, s. 123.

³⁷⁸ Wittschier, Parteivernehmung, s. 6; MüKo ZPO/*Fritsche*, § 141, kn. 3.

verimli olacaktır³⁷⁹. Uyuşmazlığın ve uyuşmazlığa temel oluşturan dava malzemesinin tespiti, yargılamanın başında ve olabildiğince erken yapılmalıdır³⁸⁰. Bunun yanında yargılamanın devamında dava malzemesinde tespit edilen eksiklik ve açık olmayan noktalar için de her zaman taraf dinlenebilir. Vakıanın tespiti için taraf beyanına başvurulması ise ancak ispat faaliyetinde anlam ifade edecektir.³⁸¹ Bu nedenlerle isticvaba sadece tahkikat aşamasında başvurulabilirken, tarafların dinlenilmesi her aşamada mümkündür³⁸².

Tarafın dinlenilmesi veya isticvabı için gönderilen davetiyeler açısından farklılıklar bulunmaktadır³⁸³. Davetiyenin gönderileceği kişi bakımından farklılık, isticvap davetiyesinin isticvap edilecek kişiye gönderilmesi gerekliliğidir³⁸⁴. Sorgulanacak kişinin muhakkak duruşmaya katılarak beyanda bulunması gerektiğinden, davetiyenin de sorgulanacak kişiye gönderilmesi madde metninde açıkça ifade edilmiştir (m. 171/1). İsticvap davetiyesinde farklı olarak tarafın dinleneceği hususlar açık olarak yazılmalıdır (m. 171/1). Ayrıca tarafların dinlenilmesinde beyandan kaçınmanın yaptırımının bulunmaması ancak isticvapta ikrar sonucunun doğması nedeniyle bu husustaki ihtarın da davetiyede bulunması şarttır (m. 171/1). Görüldüğü gibi davetiyesi bakımından özellikler içeren isticvabın aksine tarafın dinlenilmesi için duruşmaya çağırılması genel esaslara göre yapılmaktadır (m. 144 ve m. 147/1).

Tarafın davet edildiği dinleme veya isticvabın gerçekleşeceği duruşmaya katılmaması farklı sonuçlar doğurmaktadır. Tarafın dinlenilmesi genel esaslara göre bir duruşmaya davet olduğundan ve 144. maddede ayrı bir sonuç öngörülmediğinden, oturuma katılmayan taraf yokluğunda gerçekleştirilen işlemlere itiraz edemeyecektir (m. 150/2). İsticvap edileceği duruşmaya katılmayan taraf ise hakkında dinleneceği vakıaları ikrar etmiş sayılacaktır (m. 171/2)³⁸⁵.

Her iki kurum vasıtası ile alınan beyanlar tutanağa geçirilmelidir. İsticvap için düzenlenen tutanak ayrı olabileceği gibi m. 154 kapsamında tutulan tutanağa da eklenebilir³⁸⁶.

Tarafın dinlenilmesi, hakim in re' sen gerçekleştirebileceği bir işlem olarak düzenlenmiştir. İsticvap, taraf talebi ile gerçekleştirilebileceği gibi ispat faaliyetinde meydana gelen somut

³⁷⁹ Lange, s. 479.

³⁸⁰ Gomille, s. 425.

³⁸¹ Wiczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, vor § 445, kn. 28; Coester-Waltjen, s. 284.

³⁸² Tanrıver, C. I, s. 785; Pekcanitez/Özekes, C. II, s. 1380.

³⁸³ Wittschier, Parteivernehmung, s. 7.

³⁸⁴ Kuru, C. I, s. 606.

³⁸⁵ Tanrıver, C. I, s. 786; Kuru, C. I, s. 602.

³⁸⁶ Yılmaz, C. III, s. 3363.

duruma göre re' sen de yapılabilir³⁸⁷. Re' sen isticvaba başvurabilmek için tarafın dinlenilmesine nazaran daha sıkı şartlar söz konusudur³⁸⁸. Zira ispat faaliyeti için sonuç doğurabilecektir. Tarafın isticvabı talep edebilmesi ve belli şartlarda re' sen isticvaba başvurulabilmesi taraflarca getirme ilkesi ile uyum halindedir. Ancak tarafların dinlenilmesine hakimın re' sen başvurabilmesi, bu beyanların delil olarak değerlendirmesinin mümkün olmadığını taraflarca getirme ilkesi açısından da ortaya koymaktadır³⁸⁹.

Re' sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalar ve taraflarca getirme ilkesinin geçerli olduğu davalar bakımından isticvap için ayırım yapılması halinde de iki kurum arasında bu açıdan bir farklılık meydana gelir. Tarafların dinlenilmesi isticvaptan farklı olarak her iki ilkenin geçerli olduğu davalarda mümkündür³⁹⁰. Ancak biz isticvabın her iki ilkenin geçerli olduğu davalarda başvurulabilen bir kurum olduğunu kabul ettiğimizden bu bakımdan bir farklılık ortaya koyamıyoruz.

C. Tarafın Bizzat Beyanı

Tarafların dinlenilmesinde taraf temsil edilebilir, isticvapta tarafın bizzat duruşmaya katılarak beyanda bulunması şarttır³⁹¹. Mahkemenin tarafı adeta bir keşif objesi olarak karşısında bulması ve beyanları ile davranışlarını incelemesi aracı isticvaptır. Tarafların dinlenilmesinde tarafın duruşmaya katılma zorunluluğu bulunmamaktadır ve temsilcisi dinlenilme için sorulan soruları yanıtlayabilir, bu nedenle mahkemenin keşif amacına hizmet etmeyebilir³⁹².

Tarafın ispat faaliyetine katılma hakkı kapsamında isticvap edilen tarafa, karşı tarafın hakim aracılığı ile veya karşı tarafın avukatının soru sorma hakkı mevcuttur³⁹³. Tarafların dinlenilmesinde ise mahkeme ile taraf arasında bir iletişim vardır³⁹⁴. İspat faaliyeti olmaması, bu nedenle ispat hakkı kapsamında değerlendirilememesi nedeniyle tarafın dinlenilmesinde,

³⁸⁷ Stein/Jonas/**Berger**, vor § 445, kn. 4.

³⁸⁸ **Gomille**, s. 431.

³⁸⁹ Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, vor § 445, kn. 31.

³⁹⁰ **Tanriver**, C. I, s. 786.

³⁹¹ **Wittschier**, Parteivernehmung, s. 7; **Lorenz**, kn. 155; Pekcanitez/**Özekes**, C. II, s. 1381; Stein/Jonas/**Berger**, vor § 445, kn. 4.

³⁹² **Brüggemann**, Dieter, Judex statutor und judez investigator, Bielefeld 1968, s. 384, 385.

³⁹³ Bkz. § 10 A.

³⁹⁴ **Oberhammer**, s. 321; **Lange**, s. 479.

tarafın soru sorma hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca tarafın dinlenilmesinin sadece re' sen gerçekleştirilebilmesi de bizi bu neticeye yaklaştırmaktadır.

D. Tarafların Dinlenilmesinin Delil Olarak Kabul Edilmesi Görüşü

Taraf beyanlarının yargılamanın her aşamasında mevcudiyeti ve yargılama için esas kaynaklardan bir tanesini oluşturması, beyanlara ulaşılmasını sağlayan kurumlar bakımından farklılığın ve ayrılığın gereksiz olduğu fikrini gündeme getirmiştir. Beyanlar yargılamada hem uyumsuzluğun kendisi hem de delil olarak görünmektedir³⁹⁵. Herhangi bir şekilde ulaşılan taraf beyanı yargılamaya dahil olmaktadır ve hakimın kanaatine esas alabilmesi mümkündür. Alman hukukunda medeni yargılamada deliller sayılı olmasına rağmen tüm yargılamanın delillerin değerlendirilmesi kapsamında değerlendirilebileceği düzenlenmiştir (dZPO § 286 I). Tarafın dinlenilmesi delil olarak düzenlenmemekle birlikte, yargılamanın içeriğinin delil değerlendirilmesine konu olabilmesi nedeniyle tarafların dinlenilmesi kapsamında alınan taraf beyanına dayanılarak kanaat tesis edilebileceği, bu anlamda isticvap ile aralarında bir paralellik bulunduğu ifade edilmiştir³⁹⁶.

Türk hukukunda delillerin değerlendirilmesinin konusu delillerdir (m. 198). Yargılamanın bütününe delillerin değerlendirilmesi kapsamında dikkate alınarak kanaat tesis edilmesinde kullanılabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır³⁹⁷. Tarafların dinlenilmesinin delil olarak görülmemesi, bu kapsamda alınan beyanların hakimın kanaatini tesis ederken dayanabileceği bilgi araçları olarak görülmemesi için yeterli görünmektedir. Bu yönüyle Alman hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da isticvap ve tarafın dinlenilmesi arasındaki ilişkinin sınırlarının kaybolduğunu söyleyemeyiz. Ancak Alman hukukundan farklı olarak hukukumuzda deliller sınırlı olarak sayılmamıştır ve sayılan deliller dışındaki bilgi araçlarının da delil olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu nedenle tarafın yargılamadaki işlemleri ve beyanlarının kanaat tesisinde esas alınması mümkün görünmektedir. Tarafın dinlenilmesinin ispat fonksiyonu bulunmasa da bu beyanların, delillerin değerlendirilmesinde esas alınarak

³⁹⁵ Wehmeier, s. 64.

³⁹⁶ Polyzogopoulos, s. 143 vd.; Kollhosser, s. 106.

³⁹⁷ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 140, 141. Yargılamanın içeriğinin delil değerlendirilmesine konu edilmemesi nedeniyle taraf isticvabı çoğunlukla göz ardı edilmektedir. Yıldırım, Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, s. 113. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, delil ikamesi sonuçları yanında tarafların yargılamadaki davranışlarının da değerlendirilmesini öngörmektedir. Bunun için sözlü duruşma hükümleri uygulanmalıdır. Yıldırım, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı, s. 692; Yıldırım, Avrupa İspat Hukuku Tablosu, s. 808. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 140-176; Yıldırım, Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler, s. 491. Aksi yönde kanuni düzenlemenin çerçeve düzenleme olduğu ve taraf davranışlarının delillerin değerlendirilmesinin konusu olabileceğine dair bkz. Uysal, s. 410.

kanaate dayanak teşkil etmesi delillerin sınırlı olmaması nedeniyle hukukumuz açısından da geçerli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim mahkeme kararlarında isticvap ve tarafın dinlenilmesi kurumlarının birbirine karıştırıldığı ve tarafın dinlenilmesi ile edinilen beyanların ispat faaliyetinde değerlendirildiği görülmektedir³⁹⁸.

İsticvabın delil olarak ayrıca belirtildiği ve delillerin ikamesi usulüne göre yargılamada yer bulduğu Alman hukukunda, tarafların dinlenilmesinin isticvaptan ayrılması ve delillerin değerlendirilmesine konu olabilmesi hususunda fikir birliği bulunmamaktadır³⁹⁹. Tarafların dinlenilmesinin ispat faaliyetinde yer bulması, bu kurumun Alman hukukunda yeminin kaldırılması ve isticvabın düzenlenmesinden önce bulunmasına ve vakıa ispatında kullanılmasına bağlanabilir⁴⁰⁰. Yeminin kaldırılması ile taraf beyanına delil niteliği isticvap aracılığıyla tanınmıştır ve adeta tarafın dinlenilmesine yüklenen fonksiyonlar sınırlandırılmıştır. Bu nedenle iki kurum arasında çakışma tespit edilmekte ve ayrımları zorlaşmaktadır.

Alman hukukunda yargılamanın tümünün delillerin değerlendirilmesine konu olabilmesi sebebiyle tarafların dinlenilmesi ile elde edilen beyanların da delillerin değerlendirilmesine konu olabileceği ve kanaat tesisinde kullanılabileceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre delil ikamesi söz konusu olmasa dahi yargılamanın içeriğinin değerlendirilmesi ile kanaate

³⁹⁸ Yargıtay 10. H.D. E. 2019/6295 K. 2021/7407 T. 01.06.2021: “...mahkemece, öncelikle HMK’nın 31. maddesi gereği isticvap edilerek davacının talebinin net olarak açıklattırılması” (Legalbank).

Yargıtay 10. H.D. E. 2018/3209 K. 2018/6320 T. 3.7.2018: “Eldeki davada, Mahkemece bozma ilamına uyulmuş ise de, bozma gereklerinin tam olarak yerine getirildiğinden bahsedilmesi mümkün olmayıp, davacı avukatının bozmadan sonraki 08.02.2018 tarihli beyanında açıkça neyi talep ettiğinin belirlenememesi karşısında, HMK’nın 31. maddesi kapsamında davacının isticvabı ile talebinin tescil ve sigortalılığının tespiti yönünde mi yoksa sadece 2001 yılındaki tevkifatın aidiyetinin tespiti yönünde mi olduğunun açıklattırılması ile yapılması gereken araştırma yönünden, davacı hakkında 2011 yılında yapılan tescil işleminin bulunması karşısında, ilk bozma kararımızda belirttiği üzere, adı geçen diğer ...’ların dinlenmeleri ile seçim ve ikamet kök kayıtlarının araştırılması ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gereklerinin dikkate alınmaması ile yazılı şekilde karar tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” (Kazancı İBB).

³⁹⁹ İsticvap ve tarafın dinlenilmesinin farklı kurumlar olduğu ve ayrılması gerektiği, tarafların dinlenilmesinin çekişmeli vakıanın tespitinde kullanılamayacağı ve delil olmadığı yönünde bkz. **Bernhardt**, s. 40 (Aynı zamanda ayırımın fonksiyonel açıdan açık olmadığı çünkü doğruyu söyleme ödevinin geçerli olduğu tarafların dinlenilmesinde de isticvapta olduğu gibi objektif gerçekliğin amaçlandığı belirtilmiştir: s. 41); Tarafın dinlenilmesi delil gibi kullanılabiliyor olsaydı isticvaba başvurulmazdı, bu prosedür izlenmezdi: MüKo ZPO/**Fritsche**, § 141, kn. 2; **Coester-Waltjen**, s. 293; **Oberhammer**, s. 20; Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, vor § 445, kn. 29-31; **Münks**, s. 176; **Lange**, s. 480, 481; **Brehm**, s. 241; Stein/Jonas/**Berger**, vor § 445, kn. 5; **Stein**, Friedrich/Jonas, Martin/**Althammer**, Zivilprozessordnung Band 2, Tübingen 23. Auflage, § 141, kn. 3; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 445, kn. 2; **Kwaschik**, s. 307; **Oberhammer**, s. 320.

İki kurum arasındaki paralelliğin sona erdirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Schöpfung**, Die Parteianhörung, s. 2134 vd.; Tarafın dinlenilmesinin, isticvabın tüm fonksiyonlarını yerine getirdiği dolayısıyla bir kurumun kaldırılması gerektiği yönünde bkz. **Wassermann**, Rudolf/**Rüßmann**, Alternative Kommentar zur Zivilprozessordnung, Darmstadt 1987, vor § 445, kn. 5.

⁴⁰⁰ **Polyzogopoulos**, s. 116.

ulaşılması ve karar verilmesi mümkündür, yani tarafların dinlenilmesi delillerin değerlendirilmesine konu olabilir ve kanaat oluşturmak için yeterlidir⁴⁰¹. Özellikle Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında da bu görüşe rastlanmaktadır⁴⁰². Bu kabulde hakimin sadece tarafların dinlenilmesi ile edinilen taraf beyanlarını kararına esas almasının önünde bir engel bulunmamaktadır⁴⁰³. Türk hukuku ve Alman hukuku açısından tespit edilmesi gereken ortak husus, tarafların dinlenilmesi ile edinilen beyanın kanaat tesisinde dayanak teşkil edip edemeyeceğidir.

*Kollhoss*er, uyuşmazlık konusu ile ilgili bilginin re' sen tarafın dinlenilmesi ile edinilebildiğini ve yargılamanın sonunda tekrar isticvap ile taraf bilgisine başvurulmasına gerek kalmadığını, aynı zamanda tarafın beyanları ve beyanda bulunma şekli açısından iki kurum arasında bir fark bulunmadığını ifade etmiştir. Bu nedenle isticvabın uygulanmasının zorluklarının kaldırılması adına isticvap ve tarafın dinlenilmesi tek bir kurum olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmuřtur⁴⁰⁴.

*Schöpf*lin'e göre en iyi bilgi kaynağı olan tarafların beyanlarının usul ekonomisi nedeniyle de delil olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁰⁵. Tarafın dinlenilmesi düzenleniş şekli bakımından ispat fonksiyonuna yaklaşmaktadır. Tarafın bilgisinin elde edilmesi için elverişli bir yoldur ve ispat fonksiyonunu yerine getirebilir⁴⁰⁶. İsticvap ile arasındaki fark, yargılamanın başında veya sonunda diğer deliller tüketildikten sonra başvurulabilmesindedir⁴⁰⁷. Bu nedenlerle tarafların dinlenilmesi ve isticvap arasında mevcut olduğu ifade edilen paralellik kaldırılmalıdır, isticvabın ikincilliğinden vazgeçilmeli ve re' sen isticvabın yerine getirdiği fonksiyon taraf dinlenilmesine devredilmelidir⁴⁰⁸.

Polyzogopoulos, iki kurumun birleştirilmesi gerektiğini savunmuştur. Tarafın dinlenilmesi ve isticvap arasındaki fonksiyon farklılığını dogmatik olarak doğru kabul etmekle birlikte,

⁴⁰¹ **Kollhoss**er, s. 104.

⁴⁰² Delil olmamakla birlikte delillerin değerlendirilmesi kapsamında değerlendirilmesine bir engel bulunmamaktadır: BGH NJW 1991, 1558 (BGH, Urteil vom 03-12-1991 - VI ZR 48/91 (Hamm)). NJW 2017, 3218, kn. 58; BeckRS 2017, 135828, kn. 12; **Vorwerk**, Volkert/**Wolf**, Christian/**von Selle**, BeckOK ZPO, München 2020, § 141, kn. 3.

⁴⁰³ **Meyke**, Rolf, Zur Anhörung der Parteien im Zivilprozeß, MDR 1987/5, 358-362, s. 359. Bu kabulün hakim fikre de aykırı olmadığı, zira tarafın dinlenilmesinin bu fikre göre de delil olarak kabul edilmeği ancak hakimin kanaatini delillere dayandırmak zorunda olmadığı yönünde: **Kollhoss**er, s. 104.

⁴⁰⁴ **Kollhoss**er, s. 106.

⁴⁰⁵ **Schöpf**lin, Die Parteianhörung, s. 2134.

⁴⁰⁶ **Schöpf**lin, Die Parteianhörung, s. 2135.

⁴⁰⁷ **Schöpf**lin, Die Parteianhörung, s. 2138.

⁴⁰⁸ **Schöpf**lin, Die Parteianhörung, s. 2138.

pratik açıdan uygulanabilir olmadığını ifade etmiştir⁴⁰⁹. Uygulamada iki kurum içinde tarafın sorgulanmaları açısından farklılık bulunmamaktadır, zira beyanlar bakımından içerik olarak farklılık yoktur⁴¹⁰. Yargılamada gerçek kişilerin beyanları dava malzemesindeki eksiklerin tamamlanması ve açıklığa kavuşturulması amacı veya ispat amacı ile alınabilir. Her iki amaçta da taraflar hayat olayı ile ilgili bilgilerini mahkemeye aktarmaktadırlar⁴¹¹. Bu farklı amaçlara yönelik sorular sorulması hakim tarafından ayırt edilerek yapılsa dahi tarafların bu amaçların farkında olarak beyanda bulunmaları pratik açıdan zordur. Bunun yanında farklı amaç için edinilen beyanlar da delillerin değerlendirilmesinde uyumsuzluğun çözülmesi için kullanılmak istenecektir⁴¹². Bu nedenle iki kurum kapsamında alınan beyanlar açısından nitelik olarak fark bulunmamaktadır⁴¹³. Hakimin kanaati üzerindeki etkileri de aynı olacaktır⁴¹⁴. Tarafın yargılamanın başından itibaren doğruyu söyleme yükümlülüğü altında bulunması, kurumlar arasında bu açıdan da bir farklılığın mevcudiyetini engellemektedir⁴¹⁵. Beyanın gerçekliği bakımından da isticvabın, tarafların dinlenilmesine üstünlüğü bulunmamaktadır⁴¹⁶. Netice olarak bu noktalar dikkate alındığında iki sorgulama biçimi arasında fonksiyonları açısından fark bulunmamaktadır ve aralarında paralellik vardır, yani hakime ikisinden birini veya her ikisini de kullanma imkanı verilmiştir⁴¹⁷.

Bu görüşlerin karşısında ise iki kurumun değişik açılardan birbirlerinden farklı oldukları ısrarla savunulmuştur. Tarafların dinlenilmesi kapsamında edinilen beyanlarının delil olarak değerlendirilmesi yargılama hatası olarak nitelendirilmiştir⁴¹⁸. Yargılamanın içeriğinin delil değerlendirilmesinde dikkate alınması, tarafların dinlenilmesinin tek başına çekişmeli vakıanın tespiti için kullanılabileceği şeklinde anlaşılmamalıdır, diğer delillerin anlamını ve delil değerini belirlemek için kullanılır⁴¹⁹. Özet olarak taraf beyanları yargılamanın tümünün delil değerlendirilmesine esas alınabilmesi kapsamında ispat temeli oluşturamaz, sadece genişletici etkisi vardır yani vicdani kanaatin tesisinde diğer delillere katkıda bulunabilir⁴²⁰.

⁴⁰⁹ Polyzogopoulos, s. 123 vd.

⁴¹⁰ Polyzogopoulos, s. 124.

⁴¹¹ Polyzogopoulos, s. 124.

⁴¹² Polyzogopoulos, s. 124.

⁴¹³ Polyzogopoulos, s. 124.

⁴¹⁴ Polyzogopoulos, s. 129.

⁴¹⁵ Polyzogopoulos, s. 131; Brüggemann, 383; Wehmeier, s. 67.

⁴¹⁶ Polyzogopoulos, s. 137.

⁴¹⁷ Polyzogopoulos, s. 138, 139.

⁴¹⁸ Stein/Jonas/*Berger*, vor § 445, kn. 6; MüKo ZPO/*Schreiber*, § 445, kn. 3.

⁴¹⁹ Stein/Jonas/*Berger*, vor § 445, kn. 6.

⁴²⁰ MüKo ZPO/ *Fritzsche*, § 141, kn. 7; *Yardımcı*, s. 184.

İsticvapta ispatın konusu tarafın kendisi olur. Beyanlarının güvenilirliğine dayanılarak vakıanın varlığı veya yokluğu tespit edilebilir, içerik olarak iki kurumun farklılığı burada ortaya çıkmaktadır. Tarafın kendisinin ve dolayısıyla beyanlarının güvenilirliği dayanak noktası kabul edilerek ispat sonucuna ulaşılabilir. Tarafın dinlenilmesinde cevap vermesi sırasında çekingen, endişeli veya rahat olması, cevapları tam vermesi veya kaçınması, abartmaya meyilli olması, davranışları ile oluşturduğu profil tespit edilebilir. Bu izlenimler de delillerin değerlendirilmesinde dikkate alınabilir ancak tek başına bu beyanlar veya izlenim vakıanın tespitinde kullanılamaz⁴²¹. Tarafların dinlenilmesinin amacı bu beyanların ve beyanların alınması sırasında oluşan izlenimlerin değerlendirilmesi değildir⁴²². Tarafın inandırıcılığı ile ilgili değerlendirme yalnızca isticvap ile yapılabilir⁴²³.

Tarafın dinlenilmesinde beyanın içeriği değerlendirilirken, isticvapta tarafın inandırıcılığı ve güvenilirliği de değerlendirilir. Tarafın isticvabı sırasında tanık gibi vakıa ile ilgili bildikleri sorgulanırken beyanlarının güvenilirliği değerlendirmede dikkate alınır. Tarafın dinlenilmesi veya yargılamanın bütününe dikkate alınmasında kişinin kendisinden ziyade beyanlarının içeriği dikkate alınır, isticvabın aksine tarafın kişiliği ön planda değildir. Beyanın içeriğinden çok tarafın güvenilirliği vakıanın gerçekliğinin tespiti için önem taşımaktadır⁴²⁴. Gerçeğin tespit şeklindeki bu farklılık, taraf beyanının yargılamanın değerlendirilmesi ve isticvap kapsamında değerlendirilmesi arasındaki farkı ortaya koyan bir kriter olarak kabul edilebilir⁴²⁵. Bu nedenle sorgulama şekilleri farklıdır ve dinlenme isticvabın yerine kullanılamaz⁴²⁶. Ayrıca tarafların dinlenilmesi ile edinilen beyanların delil olarak değerlendirilmesinin önündeki engel tarafın yerine vekilinin de beyanda bulunabilmesidir. Çekişmeli vakıa hakkında doğrudan bilgisi olan tarafın beyanına avukatı aracılığı ile sahip olmak, tarafın sorgulanması ile çekişmeli vakıanın tespiti amacıyla uyusmamaktadır⁴²⁷.

Hukukumuzda tarafların dinlenilmesi kapsamında alınan beyanların kanaat tesisinde kullanılması öncelikle beyanların konusu bakımından mümkün değildir⁴²⁸. Bu beyanlar tarafın

⁴²¹ Jansen, s. 32.

⁴²² Jansen, s. 32.

⁴²³ Münks, s. 176; Stein/Jonas/*Althammer*, § 141, kn. 3.

⁴²⁴ Brehm, s. 250.

⁴²⁵ Brehm, s. 250, 251.

⁴²⁶ Brehm, s. 247. Tarafların dinlenilmesi tek başına vakıanın ispatında kullanılmaz ancak diğer delillere destek delil (*Stützbeweis*) olarak yardımcı olabilir: Brüggenmann, s. 384.

⁴²⁷ Brehm, s. 247.

⁴²⁸ Yargıtay HGK E. 2021/391 K. 2022/1134 T. 22.09.2022: “Yapılan bu açıklamalara göre, Özel Daire bozma kararında geçen “..Bu hali ile davacının istifa dilekçesi ile isticvabı birbirini doğrulamaktadır...” cümlesinde davacının isticvap edildiği belirtilmiş ise de, dosya içeriğinden davacının isticvap edilmeyip duruşmada hâkim

getirdiği dava malzemesinin netleştirilmesini konu almaktadır. Dinleme sırasında yukarıda belirtildiği gibi tarafın çekişmeli vakıa hakkında güvenilir ve vakıanın tespitini sağlayacak beyanları değerlendirilmemektedir. Tarafın güvenilirliği dolayısıyla beyanlarının ispatı sağlayıp sağlamadığı tarafın dinlenilmesinin konusu değildir. İki kurum birbirinin ikamesi olamaz, zira fonksiyonları farklıdır. Örneğin vakıanın çekişmeli olup olmadığının tespiti için isticvaba başvurulamaz⁴²⁹.

Diğer yandan tarafın dinlenilmesi kapsamında alınan taraf beyanının kanaat tesisinde kullanılması usulüne uygun alınmayan bir beyan olduğundan karşı tarafın ispat hakkını da ihlal edecektir. Çünkü soru sorma hakkını, karşılık verme hakkını bu beyanın değerlendirileceğini bilmeksizin kullanamaz ki tarafın dinlenilmesine re’ sen başvurulmaktadır.

Tarafın dinlenilmesi sırasında tarafın ikrarda bulunması mümkündür. İsticvapta bu sonucun doğması ise tarafın usulüne uygun daveti ve ihtarı iledir. O halde tarafın dinlenilmesi olarak adlandırılarak yargılamanın içeriğinin isticvap gibi sonuç doğurması halinde tarafın hak ihlali söz konusu olacaktır.

II. Yemin

Yemin, davanın taraflarının karar için önem taşıyan, çekişmeli olan ve kendisinden kaynaklanan vakıa için namus, şeref ve kutsal saydığı değerler üzerine beyanda bulunmasıdır⁴³⁰. Yemin hukukumuzda kesin deliller arasında sayılmaktadır⁴³¹. Buna karşılık isticvabın hukuki niteliği hakkında görüş birliği bulunmamakla birlikte ispat faaliyetine ilişkin olduğu söylenmelidir. Tarafın sorgulanması ile elde edilen beyanlar hakimce vakıanın tespitinde dikkate alınabilir. Bu bakımdan takdiri deliller kapsamındaki taraf beyanı olarak nitelendirilebilir. İkrar sonucu doğmadıkça isticvapta alınan beyanlar konusunda hakimin takdir yetkisi bulunmaktadır. Yeminde ise taraf yemin eder veya yeminden kaçınırsa her üçünün de sonucu hakimi bağlayıcı niteliktedir. Nitelikleri bakımından iki kurum arasındaki önemli farklardan bir tanesi budur⁴³². Şekli ispat kuvveti, kanunla belirlenmiş şekil şartlarının yerine getirilmesi ile hakimin vakıanın varlığı veya yokluğu ile ilgili kanaati dikkate alınmaksızın

tarafından dinlenildiği anlaşıldığından belirtilen ifadenin “duruşmadaki beyanı” olarak düzeltilmesi gerekmektedir.” (Legalbank).

⁴²⁹ Kwaschik, s. 306

⁴³⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 342; Kuru, C. I, s. 737; Tanrıver, C. I, s. 953; Pekcanitez/Erdönmez, C. II, s. 1873; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 441.

⁴³¹ Kuru, C. I, s. 737; Tanrıver, C. I, s. 953; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 508; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 441.

⁴³² Sändig, Martin, Der Beweis durch Parteivernehmung, Königsbrück 1934, s. 81.

sonuca ulaşılmasıdır⁴³³. Yemini terk ederek taraf beyanını sadece isticvap ve benzeri kurumlarla edinmeyi seçen hukuklarda, yeminin şekli ispat kuvvetini haiz olması, yani kesin delil teşkil etmesi eleştirilen ve terk edilmesine gerekçe gösterilen en önemli sebeplerdendir⁴³⁴.

Yeminin konusu Kanunda davanın çözümü için önem taşıyan ve çekişmeli vakıalar olarak belirlenmiştir (m. 225). Bunun yanında vakıanın tarafın kendisinden kaynaklanmış olması aranmaktadır⁴³⁵. Kişinin vakıayı sadece bilmesi de kendisinden kaynaklanma olarak kabul edilmiştir (m. 225). Benzer şekilde isticvabın konusu karar için önem taşıyan ve çekişmeli olan vakılardır. Yeminde olduğu gibi vakıanın kişinin kendinden kaynaklanan bir vakıa olması gerektiği belirtilmemiştir⁴³⁶. Ancak isticvabın niteliği gereği tarafın vakıa hakkında beyanlarına başvurulabilmesi için vakıanın kendisinden kaynaklanması, en azından vakıa hakkında bilgisi olması aranmalıdır. Kurumların konularının düzenlenmesi bakımından farklılık bulunsa dahi yemin ve isticvabın konusunun ortak olduğunu söyleyebiliriz. Ancak isticvabın aksine varsayımsal vakıalar yeminin konusu olamazlar, zira bunlar tarafın algısının konusu değildir ve vakıa olarak değerlendirilmemektedir⁴³⁷. Somutlaştırma yükü bakımından ise her iki kurum için de beyanda bulunulacak vakıanın belirlenmesi gerekmektedir⁴³⁸.

Yeminin tarafları davanın taraflarıdır ve üçüncü kişi taraf olarak yemin edemez. Yemin ancak davanın taraflarına teklif edilebilir⁴³⁹. Bu bakımdan isticvap ile örtüşmektedirler. Kanuni temsilci aracılığı ile yürütülen davalarda kanuni temsilcinin isticvapta olduğu gibi yemin teklifi, edası ve iadesi işlemleri yapabileceği kabul edilmelidir (m. 232/2). Yetki verilmesi halinde avukatın yemin teklif etme, kabul ve iade etme yetkisi bulunmaktayken (m. 74), isticvapta

⁴³³ **Wandel**, Richard, Der Parteieid im Zivilprozess und die Frage seiner Reformbedürftigkeit bezw. seiner Ersetzung durch die eidliche oder uneidliche Vernehmung der Parteien, Mühlacker 1933, s. 1; Wiczorwk/Schütze/**Völmann-Stickelbrock**, Vor § 445, kn. 1.

⁴³⁴ **Ahrens**, Kap. 40, kn. 24; **Tsai**, Chanlin, Eine rechtsvergleichende Studie über die europäische Parteivernehmung - auch in bezug auf ihre Anwendung und Kodifikation in Roc, Tomos Pros Timn Gergiu Th. Rammu, in: T.1, 1979, 907-921, s. 908. Kesin delil niteliği ve delilerin serbestçe değerlendirmesini dışlaması sebebiyle sadece şekli gerçek ile yetinilmesine yol açtığına dair bkz. **Wandel**, s. 57; **Meyer**, Hans, Der Eid in den Zivilprozessordnungen des Kantons Luzern, Lachen 1947, s. 115. İspat hukukunda eskimiş bir şekilcilik, modern ve seküler toplumlarda gerçeği garanti edememesi nedeniyle eleştirilmiştir ve varlığını sürdürdüğü hukuklarda ataletin yansıması olarak kabul edilmiştir: **Taruffo**, s. 35.

⁴³⁵ **Kuru**, C. I, s. 741.

⁴³⁶ Bir vakıayı bilmediğine dair tarafa yemin teklif edilebilir: **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 346; **Pekcanitez/Erdönmez**, C. II, s. 1876.

⁴³⁷ **Müller**, Walter, Der Parteieid in den Zivilprozessordnungen des Kantons Schwyz, Wattwil 1938, s. 65.

⁴³⁸ **Yılmaz**, Yemin, s. 106.

⁴³⁹ **Budak/Karaaslan**, § 15 kn. 101; **Kuru**, C. I, s. 748; **Pekcanitez/Erdönmez**, C. II, s. 1874.

mümkün olmadığı gibi yeminin de vekile teklif edilmesi ve vekilin yemini eda etmesi mümkün değildir⁴⁴⁰.

Yemini talep edebilecek ve yerine getirebilecek taraf ispat yüküne göre belirlenir. İspat yükünü taşıyan taraf, hakkında ispat yükü taşıdığı vakıa için karşı tarafa yemin teklif edebilir⁴⁴¹. Yemini eda veya iade edecek taraf ise söz konusu vakıa ile ilgili ispat yükünü taşımayan karşı taraftır⁴⁴². Aslında yemin ile ispat yükünü taşıyan yani delil ikame ederek vakıayı ispat etmesi gereken taraf bu sorumluluğunu karşı tarafa yüklemiş olmaktadır⁴⁴³. Daha sonra ifade edileceği gibi isticvabın ispat yükünden bağımsız olması ve yine ispat yükünü taşımayan tarafın beyanları ile de vakıanın tespiti sağlanmaya çalışılabilse de, şekli ispat kuvvetine sahip yeminden farklı olarak ispat yükünü taşıyan taraf ispatsızlık riskini bertaraf etmiş olmaz.

Hakim tarafından kendiliğinden yemin teklif edilmesi mümkün değildir, tarafın talebi aranır⁴⁴⁴. Buna gerekçe olarak yeminin karşı tarafın vicdanına bırakılan bir kesin delil olması ve bu riskin ancak tarafça alınması gerektiği gösterilmiştir⁴⁴⁵. Hakim yemin kapsamında alınan beyanlarının içeriği hakkında takdir yetkisine sahip olmadığı gibi bu kapsamda beyanı alınacak tarafın tespitinde de yetkiye sahip değildir, yemin edecek taraf ispat yüküne göre belirlenecektir. Yemin edecek tarafın güvenilirliği bir kriter olarak alınamamaktadır ve buna dayandırılarak yeminin reddedilmesi mümkün değildir⁴⁴⁶. Re' sen isticvap ise mümkündür. Bunun yanında isticvap edilecek tarafın seçilmesinde hakimin takdir hakkı bulunmaktadır. İsticvabın re' sen gerçekleştirilebilmesinin hakimin keyfiliğine yol açabileceği iddia edilebilirse de alınan beyanların kararda gerekçelendirilerek kullanılacak olması bu itirazı engeller⁴⁴⁷.

Yeminin deliller arasında gösterilmesi ve yeminin teklif edilmesi halinde yeminin edası veya iadesi için hakimin kişi ve konu bakımından inceleme yapması gerekmektedir⁴⁴⁸. Yeminin ispat yükünü taşıyan kişi tarafın teklif edildiği ve vakıanın yemine konu olabilecek bir vakıa olduğu değerlendirilir⁴⁴⁹. Tarafın delillerin gösterilmesi aşamasında yemin deliline dayanıp

⁴⁴⁰ Yılmaz, Yemin, s. 101.

⁴⁴¹ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 345; Kuru, C. I, s. 738; Yılmaz, Yemin, s. 45; Pekcanitez/Erdönmez, C. II, s. 1876.

⁴⁴² Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 441.

⁴⁴³ Wiczorwk/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, Vor § 445, kn. 2.

⁴⁴⁴ Yılmaz, Yemin, s. 83. Re' sen yeminle ilgili bkz. § 6 II B 1 a.

⁴⁴⁵ Pekcanitez/Erdönmez, C. II, s. 1876.

⁴⁴⁶ Wandel, s. 56.

⁴⁴⁷ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 204 vd.

⁴⁴⁸ Pekcanitez/Erdönmez, C. II, s. 1881.

⁴⁴⁹ Yılmaz, Yemin, s. 131.

dayanmadığı, vakıa iddiasının hali hazırda ispat edilip edilmediği hususları göz önünde bulundurulur. Benzer şekilde isticvapta tarafın talebinin yanında vakıa hakkında tarafın isticvabının elverişli olup olmadığı hakimce değerlendirilmelidir. Her iki kurum açısından da şartları bulunduğu halde taleplerin reddedilmesi hukuki dinlenilme hakkının ihlalini oluşturmaktadır.

Yemine son çare olarak başvurulması, tarafın vakıayı ispat edememesi halinde yemin deliline başvurusudur⁴⁵⁰. Diğer delillerin ikamesinden ve değerlendirilmesinden sonra yemine başvurulmasının nedeni yine şekli ispat kuvvetini haiz olmasıdır⁴⁵¹. Bu delilin son çare olarak görülmesi, diğer deliller ile belli aşamaya ulaşmış bir kanaatin varlığının aranması değildir⁴⁵². Bu takdirde de yeminin kullanılabilmesiyle birlikte vakıanın ispatsız kalması halinde başvurulmaktadır. Taraf beyanına takdiri delil olarak başvurulmasında böyle bir zaman sınırlaması öngörülmemektedir. Hakimin değerlendirmesine bağlı olduğundan ve davayı sonuçlandırmaktan ziyade vakıanın ortaya konması ile ilgili bir faaliyet teşkil ettiğinden diğer delillerin öncesinde veya sonrasında isticvaba başvurulabilir. Hakimi bağlayıcı niteliği doğrudan öngörülmediğinden yeminden farklı olarak son çare veya tali olarak nitelendirilmemelidir⁴⁵³.

Tarafın ispat yükünü yerine getirmediğinin, başvuru yemin delilinin teklif edilebileceğinin mahkemece tarafa bildirilmesi gerekmektedir, zira delillerin değerlendirilmesi mahkemenin görevidir. Ancak 03.03.2017 tarihli İBK “*Tarafın ‘sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller’ gibi ibareleri kullanmış olması yemin deliline açıkça dayanmış olduğu biçiminde yorumlanamaz. Bu çerçevede tarafın ‘sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller’ gibi ibareleri kullanmış olması halinde hâkimin taraflara yemin teklif etme hakkını hatırlatmasının mümkün bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.*” sonucuna ulaşmıştır⁴⁵⁴. Buna göre yemin delilinin son çare olarak mahkemece hatırlatılabilmesi için yemin deliline açıkça dayanılmış olması gerekir⁴⁵⁵. Mevcut düzenleme açısından yeminden farklı olarak tarafın isticvaba tahkikat

⁴⁵⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 344; Kuru, C. I, s. 740; Tanrıver, C. I, s. 954; Yılmaz, Yemin, s. 55; Bolayır, Delillerin Toplanması, s. 380; Pekcanitez/Erdönmez, C. II, s. 1877; Budak/Karaaslan, § 15 kn. 95; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 508; Wandel, s. 1.

Yargıtay İBK E. 2015/2 K. 2017/1 T. 03.03.2017 Karşı Oy Yazısı: “*Türk hukukunda, yemin kesin delillerden olmakla birlikte, yüksek riski nedeniyle, diğer delillerle ispat edilememesi halinde, İkame delil ve yedek ispat vasıtası niteliğinde bir delil türüdür.*” (Kazancı İBB).

⁴⁵¹ Meyer, s. 108.

⁴⁵² Yeminin kullanılması için bunun şart görüldüğü ancak yürürlükte olmayan örnek için bkz.: Müller, W., s. 64.

⁴⁵³ Tali niteliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. § 6 I B 2.

⁴⁵⁴ Yargıtay İBK E. 2015/2 K. 2017/1 T. 03.03.2017 (Kazancı İBB).

⁴⁵⁵ Kuru, C. I, s. 740; Tanrıver, C. I, s. 954. Aksi yönde Yılmaz, Yemin, s. 158; Bolayır, Delillerin Toplanması, s. 386. Kararın eleştirisi için bkz. Budak/Karaaslan, § 15 kn. 97.

aşamasında başvurması için dava veya cevap dilekçesinde bunu belirtmiş olması aranmamaktadır.

Tarafın tasarruf serbestisine sahip olmadığı konularda yemin etmesi mümkün değildir (m. 226/1-a). Örneğin boşanma davasında vakıalarla ilgili yemin edilemez (TMK m. 184/1-2). Tarafın beyanlarının takdiri delil kapsamında alınması için isticvaba başvurulmasında böyle bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Düzenlemenin amacı bu davalarda hakimin takdir hakkının kısıtlanmaması ve serbestçe değerlendirmesinin genişletilmesidir. Bu nedenle tarafın beyanları tespit kapsamında başvurulmasında sakınca bulunmamaktadır zira bu beyanlar serbestçe değerlendirilecektir. İsticvap sırasında yapılan ikrar ise madde gereği hakimi bağlamayacaktır, ancak tarafın ikrarda bulunması ihtimali üzerinden tüm kurumun uygulama dışı bırakılması kanaatimizce uygun çözüm değildir. Özellikle boşanma ve ayrılık davalarında tarafların beyanları önem taşımaktadır⁴⁵⁶. Re’ sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda yemin hakimi bağlamadığından işlerlik kazanamaz⁴⁵⁷.

İleride ele alacağımız üzere isticvap davetiyesinde konu belirtilmekle beraber sorulacak soruların tüm ayrıntısı ile belirtilmesi sorgulamanın amacı ile uyuşmamaktadır⁴⁵⁸. Yemin delili için Yargıtay kararında belirtildiği üzere sorulacak soruların ayrıntılı olarak davetiyede belirtilmesi aranmaktadır⁴⁵⁹. Kanaatimizce bu farklılık yeminin sorgulama kapsamının isticvaba göre daha dar olmasından ve iki beyan tipinin hakimi bağlaması konusunda farklılık barındırmasından kaynaklanmaktadır. İsticvapta sorulan sorular ile tarafın beyanları kapsamlı şekilde alınmaya çalışılmakta ve bunlar hakim tarafından serbestçe değerlendirilebilmektedir. Yemin kapsamında alınan beyanların doğruluğunun garantisi ise hakimin değerlendirmesinden ziyade yemin kurumuna yüklenen anlamdır.

İsticvaptan çekinme sebepleri için tanıklığa ilişkin hükümler kıyasen uygulanmaktadır. Yemine konu olamayacak vakıaların içinde, yemin edecek kimsenin namus ve onurunu etkileyecek veya onu ceza soruşturması ya da kovuşturması ile karşı karşıya bırakacak vakıalar bulunmaktadır (m. 226/1-c). Bu tam anlamıyla bir çekinme olarak değerlendirilemez, zira

⁴⁵⁶ **Weibel**, Heinrich, Zur Beweisaussage der Parteien im Zivilprozess, Festschrift zur Pensionierung von Frau Dr. Magdalena Rutz, Verlag des Kantons Basel-Landschaft 2004, 231-239, s. 233.

⁴⁵⁷ Pekcanitez/**Erdönmez**, C. II, s. 1875; **Tanrıver**, C. I, s. 954; **Budak/Karaaslan**, § 15 kn. 95.

⁴⁵⁸ Bkz. § 7 III A.

⁴⁵⁹ Yargıtay 14. HD E. 2017/5638 K. 2018/4070 T. 23.05.2018: “Oysa ki, yemin davetiyesine, yukarıda da belirtildiği üzere, yemine konu hususlar hakkında sorulacak sorular ile yukarıda belirtilen şerhlerin yazılması gerekmektedir. Davalıya tebliğ edilen yemin davetiyesinde ise ihtarat hususu yazıldığı halde yemine konu hususlar hakkında sorulacak sorularla ilgili bir bilgi açıklama bulunmamaktadır. Bu nedenle anılan kanun hükmü uyarınca davalının yemine usulüne uygun olarak davet edildiğinden söz edilemeyeceğinden,” (Lexpera).

tarafın yemini eda etmesinden önce bu konularda yemin teklif edilmesi mümkün olmayacaktır. Fakat genel olarak bakıldığında tarafın seçimine bırakılmaksızın şeref ve haysiyetini ilgilendiren konular ile ceza soruşturması veya kovuşturmasına neden olabilecek vakıalar yemin vasıtası ile taraf beyanının konusu olamamaktadır. Bu bakımdan isticvapta bu sebeplerden biri ile tarafın beyanda bulunmaktan kaçınması ile aynı sonucu doğurmaktadır ve bu vakıalar hakkında taraf beyanı ispat faaliyetine dahil olmamaktadır.

İsticvapta tek tarafın sorgulanması ihtimalinde karşı tarafın da duruşmada bulunması ve soru sorma hakkını kullanması önem arz etmektedir⁴⁶⁰. İsticvap kararı verildiğinde tarafın duruşmada bulunması ancak karşı tarafın hazır bulunmaması halinde kanaatimizce isticvap o duruşmada gerçekleştirilmemelidir. Yemin bakımından aynı durumun geçerli olduğunu söyleyemeyiz. Yemin teklifi bir tarafça diğer tarafa yapılmaktadır ve yemin teklif olunan taraf duruşmada hazır bulunuyorsa yeminle ilgili işlemleri gerçekleştirebilir⁴⁶¹. Ancak tarafın yemin ile ilgili işlemini daha sonraki duruşmada gerçekleştirmek istemesi halinde bu duruşmada da yemin teklif eden tarafın hazır bulunması aranmaz⁴⁶². Zira bu taraf için yeminin açıklanmasını veya soru sorulmasını talep etmesi gibi işlemler söz konusu değildir.

İsticvap ve yemin gibi taraf beyanını esas alan ispat araçları arasındaki en önemli fark beyanların kapsamı ve içeriğidir. Yemine konu olacak vakıa taraflarca belirlenmektedir ancak yemin sorusunun oluşturulması hakimce yapılır. Yemin teklif eden tarafın belirttiği vakıa çerçevesinde soru hazırlanır ve yemin eden taraf da soru metni kapsamında yemin eder⁴⁶³. Yemin için tarafa vakıanın ve sorunun bildirilmesinde açıklamaya ve tamamlamaya ihtiyaç duyulan hallerde hakim tarafın anlayacağı şekilde işlemde bulunması gerekir (m. 233/3)⁴⁶⁴. Yeminin kesin delil olması nedeniyle tarafın yemini eda etmesi hukuki sonuç doğurmakta ve vakıa hakimi bağlayıcı şekilde ispatlanmış olmaktadır. Burada isticvapta olduğu gibi hakim vakıanın gerçekten nasıl olduğunu araştırma imkanı ve bu doğrultuda tarafı sorgulaması imkanı bulunmamaktadır. Yemin konusunun açıklattırılması başlıklı maddede, eksik olan noktaları tamamlamak veya açık olmayan hususları aydınlatmak amacıyla yeminin konusu ile bağlantılı görülen soruların yemin eden kimseye sorulabileceği düzenlenmiştir⁴⁶⁵. Kanaatimizce burada

⁴⁶⁰ Bkz. § 10 V.

⁴⁶¹ Kuru, C. I, s. 743.

⁴⁶² Yılmaz, Yemin, s. 168; Umar, s. 754.

⁴⁶³ Yılmaz, Yemin, s. 199.

⁴⁶⁴ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 343.

⁴⁶⁵ Tanrıver, C. I, s. 958. Madde 237'nin gerekçesi şu şekildedir: "Madde, 1086 sayılı Kanunun 341 inci maddesinde yer alan hususları içermektedir. Kendisine yemin teklif olunan kimse, sorulan sorulara yemini

yemin edildikten sonra vakıa ile ilgili açıklamalardan ziyade yemin konusunun ve sorusunun belirlenmesi ile ilgili tarafın bilgisine başvurulmasıdır. Zira yeminin edası ve tutanağa geçirilmesi belli bir şekilde Kanunda belirtilmiştir (m. 233 ve m. 238). Buna uygun hareket etmek zorunludur⁴⁶⁶. Ayrıca hakim yeminin edasından sonra sorular sorsa dahi kesin delil ile ulaşılan sonuç değişmeyecek ve hakim bu delili serbestçe değerlendirmesi imkanı olmayacaktır. Tarafın yemininden sonra vakıayı açıklamasında eksik ve muallak kalan hususların netliğe kavuşturulması amacıyla soru sorulabilir⁴⁶⁷, yoksa vakıanın gerçekten yemin eden tarafın belirttiği gibi gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti amacı bulunmamaktadır⁴⁶⁸. Yemin edilmesi veya yeminden kaçınılması ile dava sonuca ulaşmış olmaktadır. Yemin konusu ile ilgili soruların sorulmasını düzenleyen bu madde aslında sorularla yeniden tahkikata girişilmesini engellemek isteyen bir düzenlemedir⁴⁶⁹. Yani yeminden sonra sorulan sorular ile vakıanın ve tespitinin değerlendirilmesi yapılmamakta, tarafın beyanlarının aydınlatma ödevi kapsamında açık ve anlaşılır olması sağlanmaya çalışılmaktadır, maddi yönden bir inceleme amacıyla soru sorulmamaktadır.

Beyanların içeriği ve değerlendirilmesi bakımından mevcut farklılık yemin altında söylenen sözlerin bölünemeyeceğini ifade eden Yargıtay kararında da dikkat çekmektedir. Kararda⁴⁷⁰ davalı tarafın yemininde, kendisine ait olan kredi kartını bir arkadaşına verdiğini, bu şahsın alışveriş yapmış olduğunu ve yaptığı alışverişlerin karşılığını da ödediğini, daha sonra kartı kendisine iade ettiğini, bu kart verdiği arkadaş başka alışveriş yapmış ise bunun onun sorumluluğunda olduğunu, davacıyı tanımadığını, davacı ile de herhangi bir alışveriş yapmadığını beyan ettiği belirtilmiştir. Davalının, davacı ile herhangi bir alışveriş bulunmadığı sadece dava dışı üçüncü bir şahsın daha önce davacıdan kendi kartını kullanmak suretiyle alışveriş yapmış olduğuna dair yemin etmiş olduğu dikkate alınarak, davalının bu beyanı içinde geçen daha önce kendisine ait kredi kartının kullanılmış olduğuna dair cümlelerin bu beyandan

tahtında cevap verdikten sonra, hâkimin, ancak o konu ile bağlantılı olan açıklamalar isteyebileceği, başka konular hakkında soru soramayacağı hüküm altına alınmıştır”.

“Hâkim, tamam ve açık (vazih) olmayan noktaları tamamlamak, açıklamak ve aydınlatmak için gerekli gördüğü soruları, yemin eden tarafa sorabilir(m.237). Bunun nedeni, yemin eden tarafı, aniden yeniden sorularla sorular karşısında yalan/yanlış ifadeden korumaktır. Ancak, kanımca yemini yaptırılan taraf, yemin dolayısıyla bazı yeni konuları mahkeme önüne getirecek olursa, bu durumda mahkeme yemin sorusunun yeniden hazırlanmasına (veya ek sorular hazırlanmasına) karar verilebilmeli ve yeniden (veya ek) yemin yaptırılabilirdir.” Yılmaz, Yemin, s. 210.

⁴⁶⁶ Tanrıver, C. I, s. 958.

⁴⁶⁷ Yemin bakımından hakim aydınlatma ödevinin ortaya konulduğu yönünde: Bolayır, Delillerin Toplanması, s. 389.

⁴⁶⁸ Yazarlar bu sorular için alınan cevapların doğru kabul edileceğini vurgulayarak benzer bir görüş ifade etmektedirler: Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 512.

⁴⁶⁹ Umar, s. 758.

⁴⁷⁰ Yargıtay 13. H.D. E. 2016/20676 K. 2018/7584 T. 3.7.2018.

ayrılarak değerlendirilmesi mümkün görülmemiştir. Davalının yemin beyanı bir bütün olarak değerlendirildiğinde yapılmış olan bir alışverişe ait bedelin davalı tarafından ödenmediği yönündeki davacı iddiasının kanıtlanamadığının kabulü gerekmiştir.

Beyanların değerlendirilmesi ve sorgulamanın kapsamı dikkate alındığında yeminin vakıa hakkında bilgi vermeye ve vakıayı temsil etmeye elverişli olmaması nedeniyle aslında delil tanımına uymadığı görülmektedir⁴⁷¹. Vakıanın ispatlanamaması halinde ispat yükünü taşıyan tarafa kanunun verdiği bir imkandır, bu nedenle vakıayı temsil ettiğinden söz edilemez. Yeminden isticvaba geçişin sebepleri, iki kurum arasındaki farklara dayanmaktadır. Bunlardan en önemlisi hakime takdir yetkisi tanımayan ve şekli ispat kuvvetine sahip olan yeminin gerçeğin araştırılmasına hizmet etmemesidir⁴⁷². Her iki kurumda da taraf beyanları mevcut olmasına karşılık, hakimin yemin beyanlarını maddi açıdan denetleyememesi ve değerlendirememesi sebebiyle gerçeğin tespiti için aktif rol almasına izin vermemektedir.

Yeminin iadesine benzer bir işlem isticvapta söz konusu değildir. İsticvabı talep edilen taraf karşı tarafın da isticvap edilmesini talep edebilir, ancak bu kendisini beyanda bulunmaktan veya beyanda bulunmamanın sonuçlarından kurtarmaz.

Medeni yargılamada yalan yere yemin ceza hukuku bakımından suç teşkil etmektedir (TCK m. 275/1). Ayrıca medeni usul hukuku bakımından yargılamanın iadesi nedenidir (m. 375/1-g). Taraf beyanının isticvap kapsamında alınmasında tarafın beyanlarının doğru olmadığı tespit ediliyorsa bu beyanlar dikkate alınmaz.

III. İkrar

İkrar, karara etkili bir vakıa iddiasının, bu iddiayı ispatla yüklü olmayan karşı tarafça kabul edilmesidir⁴⁷³. İkrarın hukuki niteliği bugün baskın olan görüşe göre çekişmeli vakıayı çekişmeli ve ispata muhtaç olmaktan çıkaran bir taraf usul işlemidir⁴⁷⁴. Daha önce baskın olan

⁴⁷¹ Konuralp, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 11; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 508. Doğrudan ve dolaylı delil ayrımı ile ilgili bkz. Taruffo, s. 27.

⁴⁷² Wandel, s. 56; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 227; Yavaş, s. 89.

⁴⁷³ Önen, s. 234; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 320; Yılmaz, C. III, s. 3498; Pekcanitez/Atalay, C. II, s. 1633; Budak/Karaaslan, § 15, kn. 3; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 402; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 466; Kuru, C. I, s. 647.

⁴⁷⁴ Kiraz, s. 334; Pekcanitez/Atalay, C. II, s. 1633; Budak/Karaaslan, § 15, kn. 3; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 469; Tanrıver, C. I, s. 831; Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, İspat Yükü, İstanbul 1980, s. 198.

görüş ise ikrarın kesin delil niteliğinde olduğunu kabul etmekteydi⁴⁷⁵. Kanunda ikrarın vakıayı çekişmeli olmaktan çıkaracağı ve ispatına gerek kalmayacağını açıkça belirtilmesi nedeniyle ikrarın kesin delil niteliği savunulamamaktadır. Bununla birlikte ikrar ile vakıanın çekişmeli olmaktan çıkması her zaman mümkün değildir. Örneğin maruf ve meşhur vakıalarla ilgili ikrar hakimi bağlamayacaktır⁴⁷⁶. Buradan hareketle ikrar ve isticvap arasındaki ilk farkı ispat faaliyetine yönelik işlemler olmaları bakımından tespit edebiliriz. İkrar vakıayı çekişmeli olmaktan çıkararak ispat faaliyetini gereksiz kılarken, isticvap karara etkili ve çekişmeli vakıayı konu olarak tespitini amaçlamaktadır.

İkrar, niteliği gereği sadece tarafın kendi aleyhine olan vakılarda söz konusu olabilir⁴⁷⁷. İsticvap ise tarafın lehine ve aleyhine vakıalar hakkında sorgulanabilmesidir. İspat yükü açısından ikrarda olduğu gibi bir sınırlama isticvapta bulunmamaktadır.

İkrarın düzenlemesinde tarafın yanında vekilinin de ikrarda bulunabileceği belirtilmiştir (m. 188/1). İsticvap, tarafın beyanlarına doğrudan ulaşma ve bunları ispat faaliyetinde kullanma amacını taşımaktadır. Bu nedenle tarafın bizzat sorgulanması mecburidir. Bunun yanında tarafın beyanlarının sözlü olarak alınması şarttır ve istisnalar haricinde yazılı not dahi kullanması mümkün değildir. İkrarda tarafın beyanı için bu sınırlamalar getirilmemiş ve vekilinin de taraf için ikrar edeceği kabul edilmiştir. Ayrıca ikrarın sözlü ve yazılı olarak yapılması mümkündür⁴⁷⁸. İkrarın mahkeme içi ve mahkeme dışı ikrar olarak çeşitlendirilmesi söz konusuyken⁴⁷⁹, isticvap kapsamında tarafın sorgulanması sadece mahkeme huzurunda veya istisnalar halinde mahkeme dışında veya istinabe yoluyla yapılabilir.

⁴⁷⁵ Postacioğlu, s. 568; Bilge/Önen, s. 512; Önen, s. 235; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 319. İkrarın hala delil olarak nitelendirilmesi için bkz. Yılmaz, C. III, s. 3499; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 403; Kuru, C. I, s. 652.

⁴⁷⁶ Schilken, Eberhard, Medeni Yargılamada Hakim Rolü, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen: M. Kamil Yıldırım) (Çeviren: Nevhis Deren-Yıldırım), İstanbul 2016, 39-60, s. 54.

⁴⁷⁷ Budak/Karaaslan, § 15, kn. 7; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 467; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 402; Kuru, C. I, s. 647; Tanrıver, C. I, s. 828.

⁴⁷⁸ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 467; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 403; Kuru, C. I, s. 648.

⁴⁷⁹ Kuru, C. I, s. 661; Yılmaz, C. III, s. 3500; Budak/Karaaslan, § 15, kn. 3; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 467; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 403.

Pekcanitez/Atalay, C. II, s. 1633 civarı

Tanrıver, C. I, s. 832; Kiraz, s. 252 (Hakim serbestçe takdir eder, tek başına takdiri delil değildir).

Bir vakıa iddiası ile ilgili karşı tarafın cevap vermemesi, susması bu iddiayı kabul ettiği anlamına gelmemektedir. Susma ikrar sonucunu doğurmaz⁴⁸⁰. İsticvabına karar verilen tarafın beyanda bulunmamasının neticesi ise ikrar olarak düzenlenmiştir.

Tek taraflı bir işlem olduğundan karşı tarafın veya mahkemenin kabulüne bağlı olmayan ikrar gerçekleştirilirken karşı tarafın hazır bulunması aranmamaktadır⁴⁸¹. Ancak isticvapta aşağıda belirtildiği gibi karşı tarafın hazır bulunması ve soru sorma hakkını kullanması kurumun amacının ve ispat hakkının gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir⁴⁸². İsticvap tarafın talebi veya hakimın re' sen kararı ile gerçekleştirilmektedir, ikrar talep veya karar olmaksızın tarafın tek taraflı işlemi ile gerçekleştirilir⁴⁸³. İsticvabın talep edilmesi her zaman tarafın sorgulanacağı anlamına gelmemektedir. Hakimın isticvap kararı alması konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

İkrarın belli bir usul kesitinde yapılabileceği öngörülmemiştir, her aşamada gerçekleştirilebilir. Buna karşılık isticvap tahkikat aşamasında başvurulabilen bir kurumdur⁴⁸⁴.

Taraflarca getirme ilkesinin geçerli olduğu davalarda ikrar ile vakıanın çekişmeli olmaktan çıkarılması hakimi bağlamaktadır. Re' sen araştırma ilkesine tabi davalarda hakim tarafların ikrarı ile bağlı değildir, vakıa için bir tarafın ikrarı bulunsa dahi hakim bu vakıa ile ilgili ispat faaliyeti yürütebilir⁴⁸⁵. İsticvap bakımından yargılamanın tabi olduğu ilkenin önemi bulunmamaktadır⁴⁸⁶. İsticvabın tek sonucu ikrar olmadığından, hakimın tarafın isticvap kapsamındaki beyanlarını serbestçe değerlendirmesi mümkün olduğundan re' sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu bir davada da ispat faaliyeti içerisinde isticvaba başvurulabilir.

İkrar tarafı ve mahkemeyi bağlar ve maddi hatadan kaynaklanmadıkça geri alınamaz (m. 188/2). Maddi bir hatanın varlığı ve ikrar edilen vakıanın gerçeğe uygun olmadığı ispatlandığında ikrardan dönülebileceği kabul edilmektedir⁴⁸⁷. Maddi hatanın tespiti için

⁴⁸⁰ **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 320; **Pekcanıtez/Atalay**, C. II, s. 1634; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 468; **Kuru**, C. I, s. 648.

⁴⁸¹ **Tanrıver**, C. I, s.831.

⁴⁸² Bkz. § 10 V.

⁴⁸³ **Kiraz**, s. 111.

⁴⁸⁴ **Kiraz**, s. 112.

⁴⁸⁵ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 404; **Pekcanıtez/Atalay**, C. II, s. 1635; **Yılmaz**, C. III, s. 3524; **Kuru**, C. I, s. 652; **Tanrıver**, C. I, s. 828.

⁴⁸⁶ Bkz. § 6 I A 3.

⁴⁸⁷ **Tanrıver**, C. I, s. 844; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 403; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 321; **Kuru**, C. I, s. 651; **Kiraz**, s. 271. İkrarından dönmek isteyen taraf vakıanın gerçekleşmediğini veya ikrar ettiği şekilde gerçekleşmediğini ispat etmelidir, yani menfi vakıanın ispat yükünü taşımaktadır.

özellikle tarafın isticvabı başvurulabilecek bir yoldur, zira diğer delillerle ispatı zorluk teşkil etmektedir⁴⁸⁸.

Taraf beyanlarının takdiri delil olarak ikame edilmesinde önem arz eden husus ikrarın bu kapsamda ne şekilde değerlendirileceğidir. *Kiraz*, ikrarın yargılamanın her aşamasında yapılabileceğini ve isticvap kapsamında dahi yapıldığında vakıyı çekişmeli olmaktan çıkardığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir ve Kanundaki açık düzenlemeye atıfta bulunmuştur⁴⁸⁹. Örneğin Alman hukukunda ikrarın bağlayıcı olduğu düzenlenmekle beraber (dZPO § 288), isticvap sırasında edinilen beyanların hakim tarafından serbestçe değerlendirileceği belirtilmiştir (dZPO § 453 I). İkrarın bağlayıcı etkisinin isticvap sırasında doğmadığı, hakimin taraf beyanlarını delil olarak serbestçe değerlendirebileceği kabul edilmektedir. Ancak 1952 yılındaki Alman Federal Mahkemesi kararı, isticvap kapsamındaki taraf beyanına, yargılamanın sözlü aşamasındaki diğer beyanlarından daha az değer atfedilemeyeceğini ve tarafın yargılamada hakim olduğunu ifade ederek bu ikrarın da bağlayıcı olduğunu belirtmiştir⁴⁹⁰. Ancak günümüzde federal mahkeme bu karardan dönmüş ve doktrin ile uyumlu olarak isticvap sırasında beyanın ikrar sonucunu doğurmayacağını kabul etmektedir⁴⁹¹.

Hukukumuz açısından isticvap kapsamında ikrarın meydana geleceği durum beyanlarının dışında tarafın çağrıldığı isticvap duruşmasına mazeretsiz olarak gelmemesi veya duruşmaya katılarak susması şeklinde ifade edilmiştir (m. 171/2). İsticvabın ikrardan farklı bir kurum olması ve kendine özgü şart ve sonuçlarının bulunması nedeniyle sorgulama sırasında tarafın ikrarının bağlayıcı olmayacağı, Kanun metninde de ikrar sonucunun beyanlardan bağımsız olarak sadece duruşmaya katılmama ve beyanda bulunmama halinde meydana

⁴⁸⁸ *Kiraz*, s. 271; 4. HD, 15.07.1959,5963/5688

⁴⁸⁹ *Kiraz*, s. 116.

⁴⁹⁰ BGH, Urteil vom 17. 12. 1952 - VI ZR 29/52 (Wolterskluwer online).

⁴⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Hülsmann**, Christoph, Kein Geständnis während der Parteivernehmung? Zur erneuten Kehrtwende des BGH im Urteil vom 14. 3. 1995, NJW 1997, 617-621. Genel olarak gerekçe, isticvabın sadece bir delil olması ve usul işlemi olmaması şeklindedir: **Münks**, s. 178; Musielak/Voit/**Huber**, § 453, kn. 1; BeckOK ZPO/ **Bechteler**, § 445, kn. 15; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 124, kn. 5; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 445, kn. 3; Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, Vor. § 445, kn. 35. Burada mahkemenin incelemesi gereken husus tarafın davayı yürütme yetkisine (Postulationsfähigkeit) sahip olmasının beyanının değerini etkilemesi değil, isticvap kapsamındaki ikrarın serbestçe değerlendirileceğini söyleyen § 453 ve § 288 maddelerinin uyumudur (**Orfanides**, Georgios, Probleme des gerichtlichen Geständnisses, NJW 1990, 3174-3178, s. 3174; **Polyzogopoulos**, s. 78). İsticvabın delil olması ve serbestçe değerlendirilmesiyle ikrarın bağlayıcı etkisi bağdaşmaz. Tarafın lehine ve aleyhine beyanlarının bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan şekilde farklı değerlendirilmesi yanlış olacaktır (**Polyzogopoulos**, s. 78). Tarihsel açıdan da yeminin kaldırılarak, hakime serbestçe değerlendirme imkanının tanındığı isticvap delilinin getirilmesi amacıyla bağdaşmamaktadır (**Orfanides**, s. 3175).

geleceği ifade edildiğinden söylenebilir. Buradan hareketle isticvap kapsamında ikrarın oluşmayacağı, tarafın kendi aleyhine beyanının hakimi bağlamayacağı ve sorgulamanın niteliğine ve amacına uygun olarak serbestçe değerlendirilebileceği düşünülebilir. Ancak kanaatimizce bu sonuca varmak isticvabın düzenleniş şekli bakımından zorlama bir yorum olacaktır. İsticvap sorgulamasına katılmayan veya beyanda bulunmayan taraf için ikrar sonucunun doğması, yani vakıanın çekişmesiz hale gelmesi mümkünken, tarafın kendi beyanı ile bu sonucu doğuramaması taraflarca getirme ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Sonuç olarak yargılamanın her aşamasında olduğu gibi isticvap sırasında da tarafın usuli işlemi ile çekişmeli vakıayı ispat konusu olmaktan çıkarma imkanı vardır. Tarafın isticvabı sırasında ikrarda bulunması veya duruşmaya gelemeyerek ya da susarak vakıanın ikrar edilmiş sayılması vakıa ikrar edilmiş kabul edilmelidir ve hakim bu ikrar ile bağlıdır. İkrar konusu vakıanın artık ispatı için delil gösterilmesine gerek bulunmamaktadır⁴⁹².

Olması gereken hukuk açısından Alman hukukundaki düzenleme ve bu konudaki görüşler isabetlidir. İspat faaliyeti kapsamında taraf beyanına başvurulması ve bunun yeminden ayrı olarak serbestçe değerlendirilmesinin hedeflenmesi, isticvap kurumu kapsamında alınan beyanların serbestçe değerlendirilmesini gerektirmektedir. Gerçek olmadığı açık şekilde tespit edilen vakıaların, imkansız veya mantık kurallarına aykırı vakıaların ikrar edilmesi hakimi bağlamamaktadır⁴⁹³. Burada getirilen istisna gibi isticvap sırasındaki taraf beyanlarının hakim in davanın bütününe tespiti için serbestçe değerlendirilmesinin düzenlenmesi yararlı olacaktır.

⁴⁹² **Kiraz**, s. 115 (Yazarın kabulü bu olmakla birlikte ikrarın bağlayıcılığı konusunda hakime takdir yetkisi verilmesi gerektiği ifade edilmiştir).

⁴⁹³ **Tanrıver**, C. I, s. 831; **Kiraz**, s. 115; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 469.

İKİNCİ BÖLÜM

TARAF BEYANININ VASITASI OLARAK İSTİCVABIN ÖZNESİ, KONUSU, İSTİCVABA BAŞVURULMASI VE USULÜ

§ 4. İSPAT FAALİYETİNDE BEYANI ALINABİLECEK KİŞİLER VE TARAF İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN AYRILMASI

I. Ayrımın Dayanakları ve Önemi

Davada tarafların belirlenmesi ile davanın bireyselleştirilmesi amaçlanmaktadır. Derdestliğin tespitinde taraf, dava sebebi ve talep sonucunun belirlenmesi de bu amacı göstermektedir⁴⁹⁴. Tarafın teoriler vasıtasıyla tespitiyle yargılamaya katılan ve yargılamanın öznesi olan kişinin belirlenmesi ve yargılamaya katılan üçüncü kişilerden ayrılması, bireyselleştirilmesi amaçlanmaktadır⁴⁹⁵. Taraf kavramı incelenip tarafın kim olduğu tespit edildikten sonra yargılamada yer alan üçüncü kişilerin taraftan ayrılması açıklanacaktır.

Yargılamada taraflar ve mahkeme karşı karşıya olmakla birlikte karara ulaşmak için üçüncü kişiler de dahil edilmektedir. Tarafın belirlenmesi yargılama masraflarından sorumluluk, kesin hükmün etkisi⁴⁹⁶, kişinin taraf veya tanık olarak dinlenilmesi, kararın kişi bakımından icrası gibi hususlarda önemlidir⁴⁹⁷. Kesin hüküm ve kararın icrası gibi önemli usul hususlarının taraf tanımına bağlı olmasına rağmen, taraf kavramı usul kanunlarında genellikle tanımlanmamaktadır. Kanun koyucu bununla kavramın değişkenliğini ve kapsayıcı olması gerektiğini vurgulamak istiyor denebilir, zira taraf kavramı zaman içinde esaslı olarak değişmiştir⁴⁹⁸.

Usuli işlemlerin taraflarca yapılacağı öngörülmüştür. Bu işlemlerin geçerliliğinin incelenmesi ve sonuç doğurması için taraf belirlenmelidir ve üçüncü kişilerin işlemleri bu ayrım dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Tarafla ilgili hükümler kural olarak feri müdahil, tanık gibi yargılamaya katılan üçüncü kişiler için geçerli olmadığı gibi, üçüncü kişiler için

⁴⁹⁴ Davanın zaruri unsurları nitelemesi için bkz.: **Alangoya**, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı, İstanbul 1999, s. 23.

⁴⁹⁵ **Bischofberger**, Walter, Parteiwechsel im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und des zürcherischen Zivilprozessrechts, Zürich 1973, s. 10.

⁴⁹⁶ **Deren-Yıldırım**, Nevhis, Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996, s. 16.

⁴⁹⁷ **Stachelin**, Ernst, Die Nebenparteien im Zivilprozess, Basel und Frankfurt am Main 1981, s. 21; **Adolphsen**, Jens, Zivilprozessrecht, Baden Baden 2014, s. 87, kn.4; **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, İstanbul 2001, s. 886; **Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz**, Usul C. I, s.557 ve 558.

⁴⁹⁸ **Stachelin**, s. 22.

düzenlenen hükümler de taraflara uygulanamaz⁴⁹⁹.Tarafın, mahkemenin ve üçüncü kişilerin işlemleri için yasaklılık ve çekinme halleri de farklılaşmaktadır. Tarafın belirlenmesi ile üçüncü kişilerin kimler olduğu da tespit edilebilecek, çekinme halleri ve şartları da buna göre incelenecektir. Bunun yanında yargılama ile ilgili yükümlülükler de taraflar ve üçüncü kişiler için farklıdır⁵⁰⁰. Bu nedenle taraf ve üçüncü kişilerin ayrılması bu hallerin doğru tespit edilebilmesi ve uygulanması için önem taşımaktadır.

Yargılamanın süjeleri taraflar olmakla birlikte usul hukukunun sağladığı imkanlar ile taraflar dışında davaya katılan üçüncü kişiler dava içinde faaliyet gösterebilmektedir. İspat faaliyetinde tarafların ve mahkemenin yanında yargılamanın süjesi olmayan üçüncü kişiler aktif rol oynamaktadır. Delil ikamesi açısından taraflarca getirme ilkesi altında büyük pay taraflarıdır ancak bazı hallerde üçüncü kişiler ve mahkeme de delil ikamesinde yer almaktadır. Bu bakımdan yargılamada tarafın belirlenmesi ve üçüncü kişilerden ayrılması, üçüncü kişilerin delil ikamesine ne şekilde katkı sağlayabileceklerinin ortaya konulması gerekmektedir.

Deliller bakımından tarafların ve üçüncü kişilerin öznesi olabileceği deliller farklıdır. Taraf tanık olarak dinlenemez, üçüncü kişi isticvap edilemez ve ikrarda bulunamaz. Delillerin ve kurumların öznesinin belirlenmesi gerekmektedir. Dava arkadaşlığında da zaruri ve ihtiyari olmasına göre beyanların ve işlemlerin kapsayıcılığı değişmektedir. Bu hususlarda açıklık ise ancak kişilerin taraf, dava arkadaşı, veya üçüncü kişi olmasının belirlenmesi ile sağlanabilir.

Taraf ve yargılamaya katılan üçüncü kişilerin ayrılması, delil ikamesindeki hak ve yükümlülükler ve yargılamaya katılma ve katkı sağlama yükümlülüğü ile bundan kaçınılması bakımından önem arz etmektedir⁵⁰¹. Türk hukukunda taraf için yemine konu olamayacak vakıalar, üçüncü kişi olan tanık için çekinme halleri ve bilirkişi için yasaklılık ve red nedenleri ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Tarafların ve üçüncü kişilerin belgeleri ibraz yükümlülüğü de farklı maddelerde düzenlenmekte dolayısıyla farklı hükümlere tabi tutulmaktadır.

Re’ sen araştırma ilkesinin hakim olduğu yargılamalarda tarafın yanında hakim de dava malzemesini davaya taşıma görevi bulunmaktadır. Taraflarca getirme ilkesi söz konusu olduğunda ise taraflar dava malzemesini tesisi etmelidirler, ancak hakim delil ikamesi konusunda eli tamamen bağlanmamış ve belli delillere re’ sen başvurabileceği düzenlenmiştir.

⁴⁹⁹ Schilken, § 4, kn. 77.

⁵⁰⁰ Taş Korkmaz, Hülya, Medeni Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği, Ankara 2014, s. 55.

⁵⁰¹ MüKo ZPO/Lindacher/Hau, Vor. zu § 50, kn.1.

Nitekim tarafın beyanlarına ulaşılması için hem tarafın dinlenilmesi hem de isticvap kurumu bakımından hakimın re' sen başvurma yetkisi bulunmaktadır.

Tarafın beyanının delil olarak ikamesinde isticvap açısından 170. maddedeki düzenleme, beyanı alınacak kişinin davanın tarafı olması gerektiğini vurgulamaktadır. Davaya katılan üçüncü kişiler ise ancak tanık olarak dinlenebilirler. Kural bu olmakla beraber dava ehliyeti ve dava takip yetkisinin yokluğu veya mevcudiyeti nedeniyle tarafın isticvap edilmesi kuralından ayrılınabilmektedir. Ayrıca yargılamadaki üçüncü kişilerin tespiti ve ayrımı dava arkadaşlığı, davaya müdahale gibi farklı kurumlar bakımından değerlendirilerek bu kişilerin isticvap imkanı araştırılmalıdır. Öncelikle davada tarafın kim olduğu belirlenerek genel kuralın çerçevesi çizilmelidir. Daha sonra davadaki üçüncü kişiler ve beyanlarının taraf beyanı ile delil ikamesi kapsamında değerlendirilmesi incelenecektir.

II. Kural: Taraf İsticvap Edilebilir

A. Davada Taraf Kavramı

Davada tarafın kim olduğunun tespiti uzun zamandır üzerinde durulan ve farklı görüşlerin dönem dönem ağırlıklı olarak kabul edildiği veya terkedildiği bir konudur. Bu farklı görüşler dikkate alınarak teoriler ortaya konmuştur. Konumuz açısından tarafın tespitinin yargılamadaki üçüncü kişilerin belirlenmesi açısından önemini vurgulamıştık. Taraf kavramını açıklamak için bugüne kadar tartışılan teoriler üzerinde durulması, bugün ağırlıklı olarak kabul edilen şekli taraf teorisinin anlaşılmasını kolaylaştıracak ve tarafın üçüncü kişiden neden ve nasıl ayrıldığını daha net ortaya koyacaktır.

1. Maddi Taraf Teorisi

Maddi taraf teorisi, Winscheid'in davadan maddi hukuk unsurlarını çıkarmaya ve modern usul hukukunun temelini atmaya çalışmasından önce var olan maddi hukuk ve usul hukukunun beraber görülmesinin, ayrılmamasının sonucudur⁵⁰². Maddi hukuktaki hak ile dava konusu aynı kabul edilmiştir⁵⁰³. Buna göre taraf, hukuki uyumsuzluğun kaynaklandığı hukuki ilişkinin, maddi hukuk ilişkisinin süjesidir. Bu süje kendi adına ve hesabına yargılamayı yürütmekte ve

⁵⁰² **De Boor**, Hans Otto, Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, Leipzig 1941, s. 33; **Henckel**, Wolfram, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961, s. 15; **Bischofberger**, s. 3; **Alangoya**, Yavuz, Yargılama Sırasında Taraf (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, Makaleler, Derleyen: Mert Namlı, İstanbul 2012, 21-84, s. 26.

⁵⁰³ **Henckel**, Wolfram, Parteibegriff und Rechtskafterstreckung, ZZP Band 70 Heft 6, 1957, 448-465, s. 449.

kendisi için hukuki koruma talep etmektedir veya kendisine karşı hukuki koruma talep edilmektedir ve hakkın yükümlüsüdür⁵⁰⁴.

On dokuzuncu Yy.'da maddi hukuktaki hak ile usul hukukunda dava talebini aynı gören anlayışa dayanarak hak sahibinin davacı ve hakla ilgili yükümlü olan kişinin davalı olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁵⁰⁵. Buna göre taraf olabilmek için hak sahipliği ortaya konulmalıdır, bu da taraf sıfatının bir dava şartı olarak kabul edilmesi ve bunun tespiti için de davanın başında esastan incelemeye girilmesi gerektiği anlamına gelmektedir⁵⁰⁶.

Maddi taraf teorisi, kanunun hakka yabancı üçüncü kişiyi taraf olarak düzenlemesini, dava yetkinliğini ve menfi tespit davalarında tarafı açıklayamamaktadır⁵⁰⁷. Bu nedenle teori eleştirilmiş ve getirilen eleştiriler taraf kavramının oluşmasını hazırlamıştır. Öncelikle tarafın tespiti için maddi hukuk ilişkisinin taraflarının tespiti gerekmektedir⁵⁰⁸. Bunu yapabilmek için ise davanın esasına girilmeli ve adeta uyuşmazlık çözümlidir ve sonucunda esasa ilişkin bir karar verilmesi gerekirken, taraf sıfatı dava şartı kabul edildiğinden usule ilişkin bir karar verilecektir⁵⁰⁹. Bu ise dava şartlarının incelenmeden esasa girilmesi sonucunu doğurduğundan işlevsel bulunmamıştır.

Her hukuki uyuşmazlık bir maddi hukuk ilişkisine dayanmamaktadır. Maddi hukuk ilişkisinin mevcut olmadığı menfi tespit davalarında ise bir haktan söz edilmemekte aksine hakkın mevcut olmadığının ortaya konulması talep edilmektedir. Bu halde hak ve maddi hukuk ilişkisinin bulunmaması nedeniyle maddi taraf teorisine göre maddi hukuk ilişkisinin tarafı, dolayısıyla davanın tarafı mevcut değildir. Bu teori menfi tespit davaları bakımından zayıf kalmıştır⁵¹⁰.

Son olarak hakka yabancı üçüncü kişinin kendi adına karar alabilmesi yani dava yetkinliği kavramını açıklamada maddi taraf teorisi yetersiz kalmıştır⁵¹¹. Maddi taraf kavramının yetersiz

⁵⁰⁴ **Wach**, Adolf, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts Band 1, Leipzig 1885, s. 518.

⁵⁰⁵ **Henckel**, Parteibegriff, s. 449; **Braun**, Johann, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Tübingen 2014, s. 332.

⁵⁰⁶ **Henckel**, s. 16; **Alangoya**, Tarafta İradi Olarak, s. 27.

⁵⁰⁷ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 112; **Lücke**, Gerhard, Die Prozeßführungsbefugnis, ZZP 76 (1963), 1-31, s. 8-9.

⁵⁰⁸ **Bischofberger**, s. 5.

⁵⁰⁹ **Staehelin**, s. 23; **Braun**, s. 332; **Kale**, Serdar, Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010, s. 7.

⁵¹⁰ **Staehelin**, s. 22.

⁵¹¹ **Staehelin**, s. 23.

kaldığı noktaların temsil ile çözümü ise etkin olmamıştır zira taraf ve temsilcinin tabi olduğu hükümler farklıdır⁵¹².

2. Şekli Taraf Teorisi

İlk defa *Oetker* tarafından “taraf dava konusunun/hukuki uyumsuzluğun süjesi değildir, davacı ve davalıdır” cümlesi ile şekli taraf kavramı ifade edilmiştir⁵¹³. Maddi hukuk ve usul hukukunun birliği, maddi hukuk ilişkisi ile usuli ilişkinin de tekliğini gerektiriyordu⁵¹⁴. Bu kabulün yok olması ile yargılama süjesinin mutlaka çekişmeli hukuki ilişkinin de süjesi olması gerekliliği kalkmıştır⁵¹⁵. Usul hukuku ve maddi hukuk ayrımıyla taraf maddi hukuk ilişkisinin süjesi değil, usuli ilişkinin süjesi olarak kabul edilmiştir. Taraf artık hukuki uyumsuzluğa sebep olan maddi hukuk ilişkisi ile belirlenmeyecek, böylece davada maddi taraf teorisine göre tarafın belirlenmesindeki zorluklar aşılmış olacaktır.

Stein 1901’de baskın görüşe yani maddi taraf kavramına karşıt olan şekli taraf kavramını dile getirmiş, 1912’de *Hellwig*’in ifadesi ile artık maddi taraf kavramı aşılmıştır⁵¹⁶. Maddi hukuk ve usul hukuku ayrımı ve bu kavramların tespiti ile usul hukukunun maddi hukukun hizmetinde olduğu kabulü de yok olmuştur ve bu usul hukukunun amacı ile de uyumludur⁵¹⁷. Şekli taraf kavramına göre taraf esasla ilgili değildir ve esasa dayanarak belirlenmeyecektir.

Henckel’e göre şekli taraf teorisi, maddi taraf teorisinin fonksiyonlarını ayırmış ve ilgisiz üçüncü kişinin davasını engellemek için dava takip yetkisi kurumunu oluşturmuştur. Ancak yazara göre bu zaten maddi taraf kavramının içerisinde kendiliğinden bulunmaktadır⁵¹⁸. Maddi taraf teorisine göre hukuki koruma talep eden ve kendisine karşı hukuki koruma talep edilen kişiler bulunmalı ve bunlar aynı zamanda gerçekten maddi hukuk ilişkisinin tarafları olmalıdır. Şekli taraf kavramı ile bu ikiye ayrılmış ve sadece ilk kısmı yani hukuki koruma talep eden ve

⁵¹² **Deren-Yıldırım**, Nevhis, Gedanken zum formellen Parteibegriff, Festschrift für Kostas E. Beys, Athen 2003, 251-266, s. 256.

⁵¹³ “Die Parteien sind nicht die Subjekte der res in iudicium deducta, sondern rem in iudicium deducens und ist, contra quem res in iudicium deducitur.” **Oetker**, Friedrich, Konkursrechtliche Grundbegriffe Band 1: Die Gläubigers, Stuttgart 1891. 317, benzer şekilde: Stegemann, ZZP 17 (1892), s. 358 (naklen, **Sunaric**, Predrag, Die Richtige Partei im Zivilprozessualen Erkenntnisverfahren, Zürich 2018, s. 21 dn. 2).

⁵¹⁴ **Lüke**, s. 7.

⁵¹⁵ **Henckel**, Parteibegriff, s. 452; **Beinert**, Jörg, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht, Basel 1963, s. 4.

⁵¹⁶ **de Boor**, s. 43. Maddi taraf kavramının yürütülemediği, sadece şekli taraf kavramının onun yerine geçtiğine dair bkz: **Braun**, s. 333.

⁵¹⁷ **Deren-Yıldırım**, Gedanken zum formellen Parteibegriff, s. 266.

⁵¹⁸ **Henckel**, s. 17.

kendisine karşı hukuki koruma talep edilen kişi kısmı alınmıştır. Yazar, şekli taraf kavramının maddi taraf kavramı ile aynı amaca sahip olduğunu, taraf ve dava takip yetkisi kavramlarının maddi taraf kavramında kendiliğinden bulunmasıyla açıklamak istemiştir ancak burada dava takip yetkisini taraf sıfatı ile aynı anlamda kullanmıştır. Maddi taraf teorisine göre davacı ve davalı olarak gösterilen kişi hukuki işlemin süjeleriye taraf sıfatına da sahiptirler ve dolayısıyla taraftırlar. *Henckel* dava takip yetkisini taraf sıfatından ayırmamış, bu nedenle de maddi taraf teorisinin yeterli olduğunu belirtmiştir. Ancak yazar usuli bir kavram olan dava takip yetkisinin amacının sadece hukuki ilişkinin süjesi olan kişileri tespit olduğu noktasında yanılmaktadır. Dava takip yetkisi ile yargılamada hukuki ilişkinin süjesi olmayan tarafın (dava yetkininin) kendi adına karar alabilmesi açıklanmaktadır, yani bu sadece usul hukuku ile ilgilidir. *Lücke* 'nin de belirttiği gibi eski doktrinde yargılamada gerçek tarafın belirlenmesi taraf sıfatının fonksiyonuydu⁵¹⁹. Günümüzde ise taraf sıfatı taraf kavramından bağımsızlaştırılmıştır, maddi hak sahipliğini ifade eden bir kavram olarak tanımlanmış ve yargılamayı yürütebilmesiyle ilişkisi kesilmiştir⁵²⁰.

Bugün baskın olarak kabul edilen şekli taraf kavramına göre taraf kendisi için hukuki koruma talep eden ve kendisine karşı hukuki koruma talep edilen kişidir⁵²¹. Dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak belirtilmekle kişiler davanın tarafları olurlar⁵²².

Maddi taraf kavramının hangi hususları açıklamakta eksik kaldığı yukarıda belirtilmişti. Şekli taraf kavramının hangi noktaları açıklaması gerektiği şu şekilde belirlenmiştir. Taraf tanımı uyumsuzluk için bir hukuki ilişkinin varlığını zorunlu tutmamalı, hakka yabancı üçüncü kişinin kendi adına hukuki koruma talep edebilmesini sağlamalı, menfi tespit davasında taraf ilişkisini açıklayabilmeli, taraf sıfatı ile dava takip yetkisini ayrıştırabilmeli, kesin hükmün üçüncü kişiye sirayetini mümkün kılabilmelidir⁵²³. Şekli taraf kavramı ile maddi hukuk ilişkisi ve bu hukuki ilişkinin tarafının belirlenmesi zorunluluğu ortadan kalktığından menfi tespit

⁵¹⁹ **Lücke**, s. 6; aynı yönde: **Zeiss**, Walter/**Schreiber**, Klaus, Zivilprozessrecht, Tübingen 2014, s. 48 kn. 126.

⁵²⁰ **Sunaric**, s. 13.

⁵²¹ **Önen**, s. 62; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 112; **Deren-Yıldırım**, s. 20; **Budak/Karaaslan**, § 5, kn. 1; **Taş-Kormaz**, İradi Taraf Değişikliği, s. 51; **Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Kormaz**, Usul C. I, s. 551; **Grunsky/Jacoby**, s. 69 kn. 223; **Zeiss/Schreiber**, s. 47 kn. 123; **Schilken**, § 4, kn. 75; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 40, kn. 1; **Ballon**, Oskar J., Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht Streitiges Verfahren, Leykam 2006, s. 69; **Musielak/Voit/Weth**, ZPO § 50, kn. 3; **Berti**, Stephen V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, s. 25; **Willisegger**, Daniel, Grundstruktur des Zivilprozesses - Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Zürich 2012, s. 94; **Adolphsen**, s. 89 kn.14; **Wiczorek**, Bernhard/**Schütze**, Rolf A./**Schulze**, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band 2, De Gruyter 2018, vor § 50 ZPO, kn. 2; **Zöller/Althammer**, Vorbemerkungen zu § 50-58, kn.1.

⁵²² **Deren-Yıldırım**, s. 20; **Alangoya**, Tarafta İradi Olarak, s. 30; **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, s. 886; **Budak/Karaaslan**, § 5, kn. 1; **Kale**, s. 8.

⁵²³ **Deren-Yıldırım**, Gedanken zum formellen Parteibegriff, s. 256.

davalarında taraf açıklanabilmiş, maddi hukuk ilişkisi bulunmayan menfi tespit davaları mümkün olabilmıştır⁵²⁴. Bunun yanında hakka yabancı üçüncü kişinin, dava yetkininin, davada taraf olabilmesi şekli taraf kavramı ve bunun içinde dava takip yetkisi ile açıklanabilmıştır. Dava yetkininin taraf olduğu davada hüküm dava yetkini için verilmekte, ancak hak sahibine de sirayet etmektedir⁵²⁵.

Dava takip yetkisinin ortaya çıkmasında maddi taraf kavramının terkedilmesi ve şekli taraf kavramının esas alınması ile halk davalarının⁵²⁶ önünün açılması tehlikesinin engellenmesi amacının yattığı söylenmektedir⁵²⁷. Maddi taraf teorisi hak veya hukuki ilişkinin öznesi olmayan kişinin dava açmasını engelleyerek davalıya bir koruma tanımıştır. Ayrıca davalı olarak gösterilen kişinin de hukuki ilişkinin tarafı olması aranmıştır. Şekli taraf teorisi ile bu sona ermiştir, zira sığa bakılmadan kişi davalı olarak gösterilerek dava açılabilecektir. Ancak bu davalının, hak sahibi olmayan davacıya karşı yargılamada yer almasını veya tersi anlamda yargılama sırasında hakkını kaybeden davalıya karşı yargılamanın devam etmesini zorunlu kılmamaktadır. Bunu sağlamak için dava şartı olarak dava takip yetkisinin getirilmesi gerekmiştir⁵²⁸.

3. Fonksiyonel Taraf Teorisi

De Boor şekli taraf teorisini tamamen yanlış bulmamakla birlikte bu taraf kavramının özel hukuk ve yargılama hukukundaki tüm durumları kapsamayacağı yönünden eleştirmiştir. Usuli taraf kavramı sadece bireyi vurgulamakla kalmaz, bireyi toplumdan bağımsız ve içi boşaltılmış soyut bir kavram olarak görür⁵²⁹. Bu nedenle de taraf kavramının, tarafın yargılamadaki fonksiyonu ve yargılamanın hayattaki fonksiyonu dikkate alınarak oluşturulabileceğini belirtmiş ve bunu fonksiyonel taraf teorisi olarak adlandırmıştır. Yazar bu tanımın tüm davaları kapsamayacağını da peşinen kabul etmiştir ve malvarlığına ilişkin davalar ile sınırlı tutmuştur.

Fonksiyonel taraf kavramının ortaya çıkmasında, şekli taraf görüşünün yaklaşım tarzı olarak davanın tarafının maddi hukuk ilişkisinden ve kişi olarak sosyal yaşamdaki rolünden

⁵²⁴ **Deren-Yıldırım**, Gedanken zum formellen Parteibegriff, s.254.

⁵²⁵ **Deren-Yıldırım**, s. 34; **Grunsky/Jacoby**, s. 81 kn. 262.

⁵²⁶ Popularklage

⁵²⁷ **Lüke**, s. 10 ve 13, **Henckel**, s. 17; **Lötscher**, Cordula, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Basel 2016, kn. 60; **Braun**, s. 335; **Wieczorek/Schütze/Schulze**, Vor §50 ZPO, kn. 33.

⁵²⁸ **Heintzmann**, Walther, Die Prozessführungsbefugnis, Köln 1970, s. 5-6.

⁵²⁹ **de Boor**, s. 50.

bağımsız olarak sadece usul hukukuna göre usuli birtakım haklara sahip olduğu ve bazı yükümlülüklerle kuşatılmış olduğu kabulüyle şekli bir kavram olarak belirtilmesinden duyulan endişe etkili olmuştur. Malvarlığına ilişkin davalar, kişilerden çok malvarlığının tasarrufuyla ilgili olduğundan, kişiler yerine malvarlığının ön planda olması gerektiği düşünülmüştür. Taraflar kişi olarak değil, malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisine sahip kişiler olmaları ile yargılamadadırlar⁵³⁰. Taraf kavramı için bu kavrama neden ihtiyacımız olduğu ve yargılamanın amacı ile ilişkili bir sonuca varmak gerekir. Bu teoride hukuki uyumsuzluk malvarlığı ile ilgilidir ve taraf birey olarak değil malvarlığı üzerinde tasarrufa yetkili kişi olarak yargılamaya katılmaktadır. Bu nedenle davaya bakılarak bireyin ve malvarlığının fonksiyonu tayin edilmekte ve tarafın kim olduğuna buna göre karar verilmektedir. Fonksiyonları bakımından kişinin bu özelliği vurgulanmalıdır ve tarafın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır⁵³¹. Taraf kavramının hangi fonksiyonu gerçekleştireceğinin tespiti amaçlanmıştır⁵³².

Yukarıda belirtilen sebepler neticesinde, fonksiyonel taraf kavramında malvarlığına ilişkin davalarda, malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişi davada taraftır. Bu teori de dava yetkini, menfi tespit davası konularında çözüm getirememiştir, ayrıca malvarlığına ilişkin olmayan davalar için de tarafı tespitte yetersiz kalmıştır⁵³³. Ayrıca bu teori taraf kavramının bütünlüğüne zarar vermektedir⁵³⁴.

4. Dava Takip Yetkisi ve Delil İkamesi Bakımından Sonuçları

Dava takip yetkisinin ve hakka yabancı üçüncü kişinin dava takip yetkisine sahip olmasının belirlenmesi özellikle hak sahibi ve üçüncü kişinin taraf olması hallerinde ispat faaliyeti açısından doğuracağı sonuçlar bakımından önemlidir.

Şekli taraf teorisine göre tarafın belirlenmesi ile ortaya bir soru daha çıkmaktadır: “Gerçek” taraf kimdir? Bu soru genellikle dava takip yetkisinin belirlenmesi ve kişinin bu yetkiye sahip olup olmamasına göre cevaplandırılmaktadır⁵³⁵. Şekli taraf kavramı esas alındığında hukuki

⁵³⁰ de Boor, s. 53.

⁵³¹ de Boor, s. 51.

⁵³² Staehelin, s. 23.

⁵³³ Bischofberger, s. 9.

⁵³⁴ Kale, s. 9.

⁵³⁵ Lüke, s. 6; Alangoya, Tarafta İradi Olarak, s. 31; Zeiss/Schreiber, s. 49 kn. 129; Schreiber, Klaus, Die Prozessführungbefugnis im Zivilprozess, JURA Heft 10/2010, 750-753, s. 750; Braun, s. 336; MüKo ZPO/Lindacher/Hau, Vor §50, kn.45; Dişel, Buse, Dava Takip Yetkisi, İstanbul 2020, s. 39, 40; Hanagası, Emel, Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 163; Taş Korkmaz, Hülya, Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi, İstanbul 2021, s. 113. Bu kabulün eleştirisi için ve dava türlerine göre ayrı kriterlerle “gerçek” tarafın belirlenmesi gerektiğine dair bkz. Sunaric, s. 79 vd.

koruma talep eden ve kendisine karşı hukuki koruma talep edilen kişiler taraf olarak nitelendirilecektir, yani şekli taraf kavramı ile tarafın kim olduğu ortaya konulur⁵³⁶. Bu noktadan sonra gerçek tarafın belirlenmesi için kullanılan kriterler tarafın belirlenmesi ile ilgili değil, yargılamanın usuli şartlarının yerine getirilmesiyle alakalıdır. Kişi dilekçede belirtilmekle taraf olmakta, taraf ehliyeti, dava ehliyeti, dava takip yetkisi incelenmesi ile gerçek taraf tespit edilmektedir. Dava takip yetkisi dava şartlarından biridir ve dava konusu üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan kişi, dava takip yetkisi kendisine tanınmayan kişi taraf olabilir ve dava şartı eksikliğine dayanılarak hakkında bir karar verilir.

Dava takip yetkisi, kişinin yargılamayı kendi adına yürütebilme ve kendi adına karar alabilme yetkisidir⁵³⁷. Şekli taraf teorisinin gelişmesi ile taraf sıfatı ve da dava takip yetkisinin aynı kişide bulunmadığı hallerde de üçüncü kişinin taraf olabilmesi açıklanabilmektedir⁵³⁸. Taraf sıfatı talebin gerekçesini oluşturmaktadır ve esasa ilişkindir, dava takip yetkisi ise dava şartıdır ve usule ilişkindir⁵³⁹. Taraf ehliyeti ve dava ehliyeti tarafın kişisel özelliği iken, dava takip yetkisi tarafla uyumsuzluk konusunun esasa yönelik ilişkisidir⁵⁴⁰. Taraf, dava takip yetkisi ve taraf sıfatı kavramları şekli taraf teorisi ile anlamlıdır ve dava takip yetkisi şekli taraf kavramının kaçınılmaz sonucudur⁵⁴¹.

Maddi hukuk ilişkisi ile gerçek taraf birliğinin bozulması, yani gerçek tarafın her zaman maddi hukuk ilişkisinin tarafı olan kişi olmaması dava takip yetkisinin zor alanını oluşturmaktadır⁵⁴². Dava takip yetkisi maddi hukuk ile yargılama hukuku ilişkisine değinmesi bağlamında tasarruf yetkisine göre dava takip yetkisi tespit edilmektedir⁵⁴³. Ancak maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirleme tüm durumları kapsamamaktadır ve her zaman doğru değildir. Kural olarak hak sahibi, yani taraf sıfatına sahip olan kişi hak üzerinde tasarruf

⁵³⁶ **Alangoya**, Tarafta İradi Olarak, s. 31; **Dişel**, s. 37.

⁵³⁷ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 117; **Erişir**, Evrim, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s. 71; **Meier**, Isaak, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, s. 159; **Sunaric**, s. 37; **Willisegger**, s. 66; **Adolphsen**, s. 95 kn.37; **Grunsky/Jacoby**, s. 77 kn. 252; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 269.

⁵³⁸ **Deren-Yıldırım**, Gedanken zum formellen Parteibegriff, s.254.

⁵³⁹ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 46, kn. 2, 3; **Erişir**, s. 73; **Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz**, C. I, s. 593; **Alangoya**, Tarafta İradi Olarak, s. 34.

⁵⁴⁰ “Jedoch ist die Prozeßführungsbefugnis nicht wie die Partei- und Prozeßfähigkeit eine persönliche Eigenschaft der Parteien, sondern die Folge oder der Ausdruck einer sachlichen Beziehung zwischen der Partei und dem Streitgegenstand” **Berg**, Hans, Die Prozessführungsbefugnis im Zivilprozessrecht, JuS Heft 12/1966, 461-466, s.461; **Beinert**, s. 6.

⁵⁴¹ **Grunsky**, Wolfgang, Prozessstandschaft, 50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft Band III, 2000, 109-126, s.111; **Schreiber**, s. 750.

⁵⁴² **Berg**, s. 462.

⁵⁴³ **Lüke**, s. 1; **Taş-Korkmaz**, İradi Taraf Değişikliği, s.89 dn. 283; **Schreiber**, s. 750; **Adolphsen**, s. 98 kn.49; **Zöller/Althammer**, Vor. zu §§ 50-58, kn.16.

yetkisine de sahiptir ve dolayısıyla dava takip yetkisini haizdir. Kimi durumlarda ise kişinin hak üzerinde tasarruf yetkisi sınırlandırılmaktadır⁵⁴⁴. Bu halde dava hakkını, hakka yabancı üçüncü bir kişi kullanabilmektedir. Tasarruf yetkisi olmamakla birlikte kanunun üçüncü kişiye dava takip yetkisi tanınması halinde dava takip yetkisi tasarruf yetkisinden bağımsızlaşır⁵⁴⁵. Maddi hukuktaki tasarruf yetkisinden bağımsız, yani hak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan ve hakka yabancı bir üçüncü kişi kanun düzenlemesi ile dava takip yetkisi sahibi olabilir⁵⁴⁶.

Dava takip yetkisinin belirlenmesinde karşılaşılan diğer kriter ise dava takip yetkisine sahip olduğu iddiasıdır. Hak sahibi olduğunu iddia eden kişi aynı zamanda dava takip yetkisinin de sahibidir. Dava takip yetkisi hak sahipliğine değil, hak sahipliği iddiasına göre belirlenir⁵⁴⁷. Bu iddia, hak sahipliği ve tasarruf yetkisine dayanabileceği gibi kanunun üçüncü kişiye tanıdığı yetkiye de dayanabilmektedir.

Alangoya bu durumları göz önüne alarak dava takip yetkisinin belirlenmesi için sabit bir kritere dayanılamayacağını belirtmiştir⁵⁴⁸. Bu nedenle dava takip yetkisine sahip olmak maddi hukukta tasarruf yetkisine sahip olmak (hak sahibi olduğu iddiası) veya dava yetkisi olmakla sağlanır⁵⁴⁹. Dava takip yetkisi, hak sahibinde tasarruf yetkisinin de bulunması sebebiyle doğal olarak bulunmaktadır. Bunun dışında kanun, dava takip yetkisini hak sahibi dışında üçüncü bir kişiye tanımış olmalıdır⁵⁵⁰. O halde dava takip yetkisinin mevcudiyeti iddia edilmeli ve bu mahkemece olayın özelliğine göre incelenmelidir⁵⁵¹.

Kişi taraf ve dava ehliyetine sahip olmasına rağmen dava takip yetkisine sahip değilse yargılamayı kendi adına yürütemez ve kendi adına esas hakkında hüküm alamaz. Bu takdirde dava takip yetkisine sahip olan üçüncü bir kişi yargılamayı yürütecek ve kendi adına hüküm alacaktır. Davanın tarafı dava takip yetkisine sahip olan üçüncü kişi olacaktır⁵⁵². Dava

⁵⁴⁴ **Lötscher**, s. 27 kn. 53.

⁵⁴⁵ **Dişel**, s. 28; **Berg**, s. 461.

⁵⁴⁶ **Lötscher**, s. 29 kn. 56.

⁵⁴⁷ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 46, kn. 5; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 118.; **Üstündağ**, s. 306; **Taş Korkmaz**, İradi Taraf Değişikliği, s. 82; **Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz**, C. I, s. 595; **Dişel**, s. 30.

⁵⁴⁸ **Alangoya**, Tarafta İradi Olarak, s. 34 dn. 40; **Schreiber**, s. 751.

⁵⁴⁹ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 118; **Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz**, C. I, s. 550; **Meier**, s. 159; **Dişel**, s. 29; **Schreiber**, s. 751.

⁵⁵⁰ **Deren-Yıldırım**, s. 24; **Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz**, C. I, s. 596; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 115.

⁵⁵¹ **Alangoya**, Tarafta İradi Olarak, s. 35.

⁵⁵² **Üstündağ**, s. 307; **Frank**, R., Die Verschiebung von Prozessrechtverhältnissen mit Hilfe der gewillkürten Prozessstandschaft, ZZZ 92 (1979), 321-351, s. 322; **Lötscher**, s. 10 kn. 12; **Akil**, Cenk, Dava Yetkinliği, TAAD Y. 2018 S. 36, 1-20, s. 4; **Heintzmann**, s. 79; **Musielak/Voit/Weth**, § 51 kn. 24; **Zöller/Althammer**, Vor. zu §§ 50-58; **Müko ZPO/Lindacher/Hau**, Vor § 50, kn. 60; **Willisegger**, s. 66; **Grunsky/Jacoby**, s. 80 kn. 261; **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, Vor. §373, kn.36; **Stachelin**, s. 5; **Bracher**, Nicolas, Mitwirkungspflichten und

ehliyetinin eksikliği halinde yasal temsilci ile temsili hali farklıdır, bu halde davanın tarafı hala dava ehliyeti bulunmayan kişidir ve hüküm onun adına alınmaktadır, ancak usuli işlemleri yapma ehliyeti bulunmamaktadır⁵⁵³. Temsilde dava ehliyetine sahip olmakla birlikte iradi temsilci atanmıştır veya dava ehliyeti olmadığı için kanuni temsilci davayı yürütür, dava yetkinliğinde ise hak sahibi dava ehliyetine sahip olmakla birlikte hak üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlandığından dava takip yetkisine sahip değildir⁵⁵⁴. Temsilci davanın tarafı hesabına hareket etmekteyken, dava takip yetkilisi kendi adına hareket etmektedir. Davanın hüküm ve sonuçları dava yetkini üzerinde doğarken, temsilcide bu söz konusu değildir⁵⁵⁵. Bu iki kurumun birbirine yaklaşımları nedeniyle bazı hallerde tarafın kim olduğu tartışma yaratmaktadır. Örneğin iflas idaresi⁵⁵⁶, tereke yöneticisi, tereke temsilcisi⁵⁵⁷, vasiyeti yerine getirme görevlisi⁵⁵⁸, İİK m. 120/2, m. 245/1 dava takip yetkisini kullanır⁵⁵⁹. İİK m. 94/2 ve m. 120/2⁵⁶⁰ de bunun örneğidir⁵⁶¹.

Delil ikamesinde ve taraf beyanlarının delil olarak nitelendirilmesi halinde dava yetkininin taraf olarak kabul edilmesi önem taşımaktadır. Delil ikame yükünün, somutlaştırma yükünün, tarafın bilgi verme ve açıklama yükümlülüğünün kimde olduğu buna göre belirlenecektir. Hukuki uyuşmazlıkla ilgili vakıaların muhatabı olan hak sahibi ve büyük olasılıkla bu vakıalarla ilgisi bulunmayan dava yetkininin bu yükümlülükleri paylaşmasında bu vakıalarla

Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess, Basel 2011, s. 36 kn.86; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 119; **Deren-Yıldırım**, s. 28; **Pekcanitez/Pekcanitez-Taş Korkmaz**, C. I, s. 600; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 226; **Taş Korkmaz**, Gerçek Tarafın Belirlenmesi, s. 43; **Peksöz**, Vildan, Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, İstanbul 2020, s. 246; **Dişel**, s. 121; **Tanrıver**, C. I, s. 562; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 227.

BGH NJW-RR 1988, 126 (Beck-online).

Dava takip yetkisinin kanunen tanındığı hallerde tarafın kim olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre davanın tarafı değişmez, hala hak sahibidir: **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, s. 1155; **Erişir**, s. 83; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 269; **Hanağası**, Davada Menfaat, s. 190.

⁵⁵³ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 225.

⁵⁵⁴ **Deren-Yıldırım**, s. 29; **Pekcanitez/Pekcanitez-Taş Korkmaz**, C. I, s. 604; **Taş Korkmaz**, Gerçek Tarafın Belirlenmesi, s. 43.

⁵⁵⁵ **Dişel**, s. 116.

⁵⁵⁶ **Budak/Karaaslan**, § 5, kn. 27; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 269; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 226; **Taş Korkmaz**, Gerçek Tarafın Belirlenmesi, s. 63.

⁵⁵⁷ **Taş Korkmaz**, Gerçek Tarafın Belirlenmesi, s. 63. Tartışmalı olduğu yönünde bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 226; Mirasçılarının devam edebileceğine dair karar için bkz. HGK, 18.11.2015,1-1730/2656).

Tereke temsilcisi olarak mirasçılarının bir mirasçıya yetki vermesi, temsil yetkisinin tanınmasıdır ve bu mirasçı kendi adına ve diğer mirasçılarının temsilcisi olarak davada taraf olabilir, dava takip yetkisini kullanmamaktadır. Sulh mahkemesinin terekeye temsilci ataması, mirasçılarının dava takip yetkisini kaldırır ve vasiyeti yerine getirme görevlisi gibi dava takip yetkisi temsilci tarafından kullanılır: **Erişir**, s.89, 90.

⁵⁵⁸ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 226; **Taş Korkmaz**, Gerçek Tarafın Belirlenmesi, s. 64.

⁵⁵⁹ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 119; **Deren-Yıldırım**, s. 103 ve 105; **Tanrıver**, C. I, s. 558; **Stein/Jonas/Berger**, § 455, kn. 5.

⁵⁶⁰ Şekli hukuk kurallarının öngördüğü dava takip yetkisi olarak nitelendirilmiştir: **Dişel**, s. 77.

⁵⁶¹ **Budak/Karaaslan**, § 5, kn. 29; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 227; **Taş Korkmaz**, Gerçek Tarafın Belirlenmesi, s. 62 (ayrıca İİK 121, TMK m. 562, TTK m. 555-556.)

kurulan ilginin mi yoksa en başından kurulan taraf ilişkisinin mi dikkate alınacağı sorusunun cevabı bizi sonuca götürecektir. Her ne kadar hakkın sahibinin ve hukuki ilişkinin tarafının ilk elden bilgi ve ispat araçlarına sahip olması bu kişilerin yargılamada taraf olarak nitelendirilerek ispat faaliyetinde bulunmalarını haklı gösterse de sonuçtan hareket edilerek bu neticeye ulaşılmış olacaktır. Halbuki tarafın, kabul edilen şekli taraf teorisine göre tespiti sağlandıktan sonra bu sonuçların, yani ilk elden bilgi ve ispat faaliyetinin sağlanıp sağlanamayacağı neticesi ortaya çıkmalıdır. Bu nedenle kanaatimizce şekli taraf kavramına göre hukuki himaye talep edilen veya kendisine karşı hukuki himaye talep edilen, dilekçede gösterilen kişi davada taraftır ve ispat faaliyeti de bu kişice gerçekleştirilmelidir. Şekli taraf teorisinin sonucu olan dava takip yetkisinin varlığının tespiti de bizi gerçek tarafa yani adına hüküm almaya yetkili kişiye ulaştıracaktır. Dava takip yetkisine sahip hakka yabancı üçüncü kişi davada taraf olduğuna göre ispat faaliyetini gerçekleştirecek kişi de odur.

Vardığımız sonuçtan hareketle isticvapta beyanları alınacak taraf dava yetkinidir. Hak sahibi taraf olmadığından ancak tanık olarak dinlenebilir. *Rüßmann*, hak sahibinin isticvabının dışlanması ve sadece tanık olarak dinlenilmesinin, isticvabın süjesinin “taraf” olarak belirlenmesine dayandığını, taraf olarak beyanı alınamayan kişi ise ancak tanık olarak dinlenebilir kabulünün bu sonuca yol açtığını belirtmiştir⁵⁶². Ancak isticvapta kişinin taraf olarak dinlenilmesi ile davadaki hukuki yararı göz önünde bulundurularak bu delilin ikame edildiği ve değerlendirileceği dikkate alınırken, hukuki yararı bulunan ancak taraf olmayan hak sahibinin tanık olarak dinlenilmesinde bu hususlar dikkate alınamayacaktır⁵⁶³. Tarafın tanık olarak dinlenememesinin nedeni hukuki uyumsuzlıkla ilgili yararının bulunması ve lehine sonuç doğurmak için beyanda bulunacağına ilişkin şüphedir. Ancak şekli taraf teorisine göre taraf olmasalar da yarar çatışması, hukuki uyumsuzlıkla ilgili yararı bulunan kişileri ilgilendirmektedir ve bunların başında hak sahibi gelmektedir. Yargılama ile ilgili sonucun riskini hak sahibi de taşımaktadır ve bu nedenle hak sahibinin de isticvap kapsamında beyanlarının alınması gereklidir⁵⁶⁴. Benzer yönde *Brühl*, kesin hüküm etkisi altında kalan herkesin davada hukuki yararı bulunduğunu ve bu nedenle taraf olarak dinlenilmesi gerektiğini

⁵⁶² **Rüßmann**, Helmut, Einziehungsermächtigung und Klagebefugnis, Archiv für die civilistische Praxis, Band 172 Heft 6 (1972), 520-554, s. 542, 543.

⁵⁶³ **Rüßmann**, s. 544.

⁵⁶⁴ **Rüßmann**, s. 544, 545.

özellikle dava yetkinliği bakımından ifade etmiştir⁵⁶⁵. Bu görüşün dayanağı genel olarak tarafın kendi davasında yarar ilişkisinden dolayı tanık olamayacağı kabulüne dayanmaktadır⁵⁶⁶.

Dava takip yetkisinin bazı hallerde tasarruf yetkisinden bağımsızlaşarak hakka yabancı üçüncü kişiye kanunla verilmesi halinde davanın tarafının hak sahibinden farklı bir kişi olacağının kabul edilmesinin ispat faaliyeti açısından, özellikle taraf beyanıyla delil ikamesi bakımından sonuçları bulunmaktadır. Öncelikle dava yetkini taraf olduğundan isticvap edilecek kişi dava yetkinidir. İkinci olarak hak sahibi davanın tarafı olmadığından, üçüncü kişi olduğundan beyanları ancak tanık delili kapsamında alınabilir⁵⁶⁷. Taraf olmayan kimse ancak tanık olarak dinlenebilir veya bunu karşılayan ifade olarak taraf isticvabı kapsamında beyanı alınamayan kimse ancak tanık olarak dinlenebilir⁵⁶⁸. Kaldı ki dava ehliyeti bulunmaması sebebiyle tarafın isticvap edilemeyeceği düzenlenmişken, dava takip yetkisi bulunmayan ve davada taraf olmayan hak sahibinin taraf olarak beyanının alınması da mümkün olmamalıdır⁵⁶⁹. Bu görüşün karşı argümanı olarak *Erişir*, dava takip yetkisini kullanan üçüncü kişinin davada taraf olmamasına ve hak sahibinin taraf olmasına bir gerekçe olarak hukukumuzda yeminin delil olmasını ve yemin edilecek vakıanın taraftan sadır olması gerekliliğini, vakıanın dava yetkininden sadır olmaması nedeniyle yemin edemeyeceğini göstermiştir⁵⁷⁰. Aynı şekilde isticvap konusu olay hakkında sorgulanacak tarafın bilgi sahibi olması gerekmektedir. Bunun yanında vakıa ile ilgili ikrar yemin gibi hakimi bağlamaktadır. O halde yazarın görüşü için yemin gibi isticvabın ikrar sonucu doğurması da gerekçe olarak gösterilebilir. Gerekçede hukukumuzda Alman hukukundan farklı olarak yeminin delil olarak kabul edilmesi gösterilmiştir fakat Alman hukukunda da isticvap kurumunda yemin düzenlenmiştir ve taraflardan yemin etmesi beklenebilir. Bu nedenle yazarın görüşünü ve gerekçesini isabetli bulmuyoruz. Ayrıca yemin veya isticvap konusu vakıa hakkında bilgi sahibi olunması da beyanda bulunmak için yeterli görülmüştür. İsticvap konusu hakkında hiç bilgisi bulunmayan tarafın sorgulanması ise delilin elverişsizliği sebebiyle mümkün değildir.

⁵⁶⁵ **Brühl**, Albrecht, Die Rolle der Prozessführungsbefugnis im Zivilprozess, Frankfurt am Main 1970, s. 107, 108.

⁵⁶⁶ Roma hukukundaki "nemo testis in re sua es se debet", **Budak/Karaaslan**, § 15, kn. 104; Prütting/Gehrlein/**Trautwein**, § 373, kn. 10; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 121, kn. 5; **Adolphsen**, s. 230 kn.9; **Grunsky/Jacoby**, s. 198 kn. 593; Bu ifadenin her zaman doğru olmadığına dair bkz. Pekcanitez/**Atalay**, C. II, s. 1887.

⁵⁶⁷ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 227; **Dişel**, s. 176; **Heintzmann**, s. 79.

⁵⁶⁸ **Beinert**, s. 136.

⁵⁶⁹ **Beinert**, s. 136

⁵⁷⁰ **Erişir**, s. 85.

B. Gerçek Kişiler

1. Dava Ehliyeti Olan Gerçek Kişiler

Dava ehliyeti tarafın kendisinin veya vekili aracılığıyla davayı takip edebilmesi ve usuli işlemler gerçekleştirebilmesidir⁵⁷¹. Usuli işlemlerin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için dava ehliyeti mevcut olmalıdır⁵⁷². Taraf beyanına delil olarak başvurulmasında tarafın beyanda bulunması bir usuli işlem olduğundan bunu gerçekleştirebilmesi için dava ehliyetine sahip olması gerekir. Bu nedenle isticvap edilebilecek kişilerin belirlenmesinde öncelikle dikkate alınması gereken husus dava ehliyetidir.

Medeni usul hukukunda dava ehliyeti, maddi hukuktaki fiil ehliyetinin yansımasıdır⁵⁷³. Fiil ehliyeti, kişinin kendi fiili ile hak elde edebilmesini, hakkı kullanmasını ve sona erdirmesini, borç ve sorumluluk altına girebilmesini ifade etmektedir⁵⁷⁴. Fiil ehliyetine dolayısıyla dava ehliyetine sahip olabilmek için gerekli şartlar ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlanmamış olmaktır⁵⁷⁵. Bu kişiler dava ehliyetine sahiptir ve davada usuli işlemleri gerçekleştirebilirler⁵⁷⁶.

Kişinin fiil ehliyetine dolayısıyla dava ehliyetine sahip olması halinde davada usuli işlemleri gerçekleştirebilmesi mümkündür. Bu halde isticvap kapsamında beyanları alınacak kişi davanın tarafı olan dava ehliyetine sahip kişidir. Tarafın iradi temsilcisinin bulunması halinde dahi taraf değişmeyeceğinden isticvap edilecek kişi hala taraftır.

⁵⁷¹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 116; Deren-Yıldırım, s. 22; Kuru, C. I, s. 322; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 585; Tanrıver, C. I, s. 547; Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II, Ankara 2021, s. 1712; Budak/Karaaslan, § 5, kn. 17; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 261; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 219; “Bir kimsenin kendi veya başkasının hakkı için bir davayı kendi adına yürütebilme ve esasa ilişkin hüküm elde etme yetkisidir.” Dişel, s. 13.

⁵⁷² Tanrıver, C. I, s. 549; Kale, s. 21.

⁵⁷³ Erdoğan, İhsan/Keskin, Dilşad, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Ankara 2019, s. 232; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 116; Yılmaz, C. II, s. 1712; Kuru, C. I, s. 322; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 585; Tanrıver, C. I, s. 547; Budak/Karaaslan, § 5, kn. 17; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 261; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 220.

⁵⁷⁴ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2021, s. 47; Erdoğan/Keskin, s. 228.

⁵⁷⁵ Dural/Öğüz, s. 52; Erdoğan/Keskin, s. 233; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 585; Budak/Karaaslan, § 5, kn. 18.

⁵⁷⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 116; Yılmaz, C. II, s. 1718; Kuru, C. I, s. 322; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 586; Tanrıver, C. I, s. 549; Budak/Karaaslan, § 5, kn. 17; Erişir, s. 58; Dural/Öğüz, s. 47.

2. Dava Ehliyeti Olmayan Gerçek Kişiler

a. Tam Ehliyetsizler

Ayırt etme gücünden yoksun kişiler tam ehliyetsizdir⁵⁷⁷. Kendisi hukuki sonuç doğuracak bir irade beyanında bulunamayacağı gibi kendisine karşı yapılan irade beyanları da hukuki sonuç doğurmayacaktır⁵⁷⁸. Fiil ehliyetinin olmaması nedeniyle bu kişilerin dava ehliyeti de bulunmamaktadır⁵⁷⁹. Bu nedenle bu kişilerin açacağı davalar kanuni temsilci tarafından ve bu kişilere karşı açılacak davalar kanuni temsilciye karşı açılmaktadır⁵⁸⁰. Kanuni temsilciler hukuki sonuç doğuracak işlemlerin ve davadaki usuli işlemlerin gerçekleştirilmesinde yetkilidir⁵⁸¹. Taraf tam ehliyetsiz kişi, temsilci ise yasal temsilcidir⁵⁸².

Kanunda ergin olmayan veya kısıtlı kişilerin isticvap olunamayacağı düzenlenmekteyken ayırt etme gücünden yoksun olması sebebiyle tam ehliyetsiz kişilerin isticvabına değinilmemiştir (m. 170). Bunun sebebi ayırt etme gücünden yoksun kişilerin bu özellikleri nedeniyle isticvabın gerekliliklerini zaten yerine getiremeyecek olmalarıdır. Davalarda yasal temsilciler vasıtası ile temsil olunan tam ehliyetsizlerin isticvabı mümkün değildir, onların yerine yasal temsilcinin sorgulanması gerekmektedir⁵⁸³.

Kanuni temsilci, temsil ettiği kişi adına hareket eder, davada taraf değildir⁵⁸⁴ ve yargılamadaki işlemleri temsil ettiği kişi için sonuç doğurur⁵⁸⁵. Temsil olunan kişi için yapılan işlemin konu olduğu isticvapta kanuni temsilci sorgulanır. Temsilci, taraf olmamakla birlikte tanık ve ferî müdahil olması mümkün değildir, isticvap ve yeminin süjesi olabilir⁵⁸⁶.

Başkasına devredilemeyen, miras yoluyla geçmeyen, hak sahibinin kişiliğini yakından ilgilendiren, özellikle maddi bir değer taşımayan ve kural olarak yasal temsilci yoluyla

⁵⁷⁷ Erdoğan/Keskin, s. 247.

⁵⁷⁸ Dural/Öğüz, s. 69.

⁵⁷⁹ Dural/Öğüz, s. 69; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 117; Kuru, C. I, s. 326; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 586; Reich, s. 61; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 263; Budak/Karaaslan, § 5, kn. 20.

⁵⁸⁰ Kuru, C. I, s. 326; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 586; Tanrıver, C. I, s. 555; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 263.

⁵⁸¹ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, s. 1047; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 589; Tanrıver, C. I, s. 549; Dural/Öğüz, s. 71.

⁵⁸² Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 263.

⁵⁸³ Tercan, s. 149; Elgün Toğrul, Emel, Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti, Ankara 2021, s. 211.

⁵⁸⁴ Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 667; Dişel, s. 121; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, s. 1055; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 264.

⁵⁸⁵ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, s. 1055; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 667; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 264.

⁵⁸⁶ Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 667.

kullanılması gereken haklar kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olarak tanımlanmıştır⁵⁸⁷. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tam ehliyetsiz kişi tarafından ve kanuni temsilcisi tarafından kullanılması kural olarak mümkün değildir. Tam ehliyetsiz için bu haklarla ilgili dava açamaz ve usuli işlemler gerçekleştiremez⁵⁸⁸. Aynı zamanda ayırt etme gücünden yoksun kişiler de bu haklarını kullanamazlar⁵⁸⁹. Bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci aracılığıyla kullanılabileceğinin kabulü, bu haklar için kanuni temsilcinin dava açabileceği sonucunu doğurmaktadır⁵⁹⁰. Örneğin boşanma davasının tam ehliyetsiz kişinin kanuni temsilcisi tarafından açılabileceği kabul edilmektedir⁵⁹¹. Sonuç olarak yasal temsilcinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkı için dava açabilmesi halinde dava kanuni temsilci aracılığıyla görülecektir. Usuli işlemlerin yasal temsilci tarafından gerçekleştirilmesi ve ayırt etme gücünden yoksun hak sahibinin isticvap edilememesi sebebiyle yasal temsilci isticvap edilecektir.

b. Sınırlı Ehliyetsizler

Ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte ergin olmayan veya kısıtlanmış kişiler sınırlı ehliyetsizdir⁵⁹². Sınırlı ehliyetsiz kişinin hukuki işlemi gerçekleştirmesi kural olarak yasal temsilcisinin iznine veya onayına bağlanmıştır⁵⁹³. Sınırlı ehliyetsizin hak ehliyeti dolayısıyla taraf ehliyeti bulunmasına rağmen fiil ehliyeti olmadığından dava ehliyeti de yoktur⁵⁹⁴. Bu nedenle davalarda kanuni temsilcileri tarafından temsil edilirler⁵⁹⁵. Sınırlı ehliyetsizler kendi fiilleri ile hak oluşturma ve borç altına girebildikleri durumlarla ilgili uyuşmazlıklarda dava ehliyetine de sahiptirler⁵⁹⁶. Bu davalarda usuli işlemleri kendileri gerçekleştirebilirler.

Sınırlı ehliyetsizlerin yaş küçüklüğü veya kısıtlanma nedeniyle fiil ehliyetleri olmadığından, dava ehliyetleri de bulunmaz ve yasal temsilcileri vasıtasıyla usuli işlemler gerçekleştirilir. İsticvap bakımından bu husus açık olarak düzenlenmiştir ve ergin olmayan veya kısıtlı bir kimse adına yapılmış bir işleme ilişkin olarak, o kişinin kanuni mümessili isticvap olunur (m. 170). Burada dikkat çeken nokta sınırlı ehliyetsizin kendisinin yapabileceği

⁵⁸⁷ Dural/Öğüz, s. 78.

⁵⁸⁸ Tanrıver, C. I, s. 555.

⁵⁸⁹ Dural/Öğüz, s. 79.

⁵⁹⁰ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 220; Tanrıver, C. I, s. 556

⁵⁹¹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 220; Tanrıver, C. I, s. 556. Sadece belli boşanma sebeplerinde yasal temsilcinin boşanma davası açabileceğine dair bkz. Dural/Öğüz, s. 84.

⁵⁹² Dural/Öğüz, s. 84; Erdoğan/Keskin, s. 251.

⁵⁹³ Dural/Öğüz, s. 85; Erdoğan/Keskin, s. 251.

⁵⁹⁴ Tanrıver, C. I, s. 549.

⁵⁹⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 116; Kuru, C. I, s. 322; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 586; Tanrıver, C. I, s. 549; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 262; Dural/Öğüz, s. 86.

⁵⁹⁶ Erdoğan/Keskin, s. 256.

işlemlerin ayrı tutulması ve bu kişi adına yapılan işlemler hakkında yasal temsilcinin isticvap olunacağını belirtilmesidir. Yani sınırlı ehliyetsizin kendisinin gerçekleştirmeye yetkili olduğu işlemlerle ilgili uyuşmazlıklarda dava ehliyeti bulunduğundan, kendisinin isticvap edilmesi gerekir⁵⁹⁷. Kanuni temsilci için ancak yapmaya yetkili olduğu bir işleme dair ikrar faraziyesi söz konusu olabilir⁵⁹⁸.

Birden fazla yasal temsilcinin olması halinde hakimin isticvap edeceği temsilci veya temsilciler bakımından takdir hakkının olması en doğrusudur⁵⁹⁹.

Sınırlı ehliyetsiz kişi, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kendisi kullanabilmektedir. Bunlara ilişkin davalarda da dava ehliyetine sahiptirler, usul işlemlerini kendileri gerçekleştirebilirler⁶⁰⁰. Türk Medeni Kanunu m. 359/1 uyarınca ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir. Ayrıca bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş olması halinde olağan işlemleri yapabilirler (TMK m. 453). Kendi tasarrufuna bırakılmış malları yönetme ve kullanma hakkı vardır (TMK m. 455). Tek başına yapabileceği bu işlemlerle alakalı davalarda dava ehliyetinin bulunduğu dolayısıyla kanuni temsilcinin aracılığıyla usuli işlem gerçekleştirilmesine gerek olmadığı söylenmelidir⁶⁰¹. Bu davaları açabilecekleri gibi usulü işlemleri de kendileri gerçekleştirebilmektedir⁶⁰². Evlenmenin butlanı davası, babalık davası, tanınmanın iptali talebi, kişilik hakkına saldırı konulu davalar ve manevi tazminat talebi, evlatlık ilişkisine dayanan davalar, boşanma ve ayrılık davalarında dava ehliyetleri bulunmaktadır⁶⁰³.

Sınırlı ehliyetsiz kişilerin haksız fiillerinden sorumlu oldukları açıkça düzenlenmiştir (TMK m. 16/2). Ancak haksız fiillerinden kaynaklanan davalarda dava ehliyetlerinin bulunup

⁵⁹⁷ Tercan, sınırlı ehliyetsizin yaptığı işlemler hakkında da bilgisi olabileceğinden yeminden kıyasla temsilcinin isticvap edilebileceğini belirtmektedir: Tercan, s. 165.

⁵⁹⁸ Tercan, s. 167; Kiraz, s. 170.

⁵⁹⁹ Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann, § 455, kn. 3; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 124, kn. 13; Wiczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 455, kn. 3.

⁶⁰⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 116; Kuru, C. I, s. 323; s. 200; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 586; Tanrıver, C. I, s. 549; Budak/Karaaslan, § 5, kn. 19; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 262; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 220; Dural/Öğüz, s. 93.

⁶⁰¹ Kuru, C. I, s. 323; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 586; Atıcı, Cansu, Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti, Ankara 2021, s. 207; Budak/Karaaslan, § 5, kn. 18; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 263.

⁶⁰² Tanrıver, C. I, s. 550.

⁶⁰³ Atıcı, s. 203; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 116; Tanrıver, C. I, s. 549; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 586; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 262; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, s. 1039.

bulunmadığı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre bu davalarda sınırlı ehliyetsiz kişilerin dava ehliyeti bulunmaktadır⁶⁰⁴. Aksi yöndeki fikre göre haksız fiillerinden sorumlu olmalarına rağmen buna ilişkin davalarda yasal temsilcisi tarafından temsil edilmelidir ve usuli işlemler gerçekleştirilmelidir⁶⁰⁵. Benzer şekilde karşılıksız kazandırmalar için de işlem yapabilmelerine rağmen dava ehliyetlerinin olmadığı savunulmaktadır⁶⁰⁶. Bu şekilde sınırlı ehliyetsizin haksız fiilinden kaynaklanan davalarda dava ehliyetinin bulunmadığının kabulü halinde yasal temsilcisi usuli işlemleri gerçekleştireceğinden, isticvap edilecek kişi de yasal temsilci olacaktır.

Sınırlı ehliyetsizler açısından ayrı ayrı bakıldığında ergin olmayan kişiler için temsilci velidir. Çocuğun velayet hakkını anne ve baba beraber kullanmalıdır (TMK m. 336/1). Bu nedenle dava işlemlerini de birlikte gerçekleştirmeleri gerekir⁶⁰⁷. Dava açmak ve devamındaki tüm usuli işlemler beraberce yapılmalıdır, ana veya babanın tek başına yaptığı işlemin geçerli olması için diğerinin icazetine ihtiyaç duyulmaktadır⁶⁰⁸. Örneğin ikrarın tek veli tarafından gerçekleştirilmesi halinde diğer velinin icazeti aranır. Aksi halde dava ehliyeti yokluğu mevcuttur⁶⁰⁹. Tek kişinin velayet hakkına sahip olması halinde dava açma ve usuli işlemleri gerçekleştirme yetkisi velayet hakkına sahip anne veya babadadır⁶¹⁰. Velayet hakkına anne ve babanın beraber sahip olması halinde her ne kadar usuli işlemlerin beraberce yapılması gerekse de kanaatimizce annenin veya babanın tek başına isticvabı mümkündür. Sadece isticvap neticesinde ikrar sonucunun doğabilmesi için diğer velinin de sorgulanması gerekir. Son olarak dava sırasında küçüğün ergin olması halinde kanuni temsilcinin isticvabı geçerliliğini korur, kararda esas alınabilir.

Bazı davalarda ise dava takip yetkisinin anne veya baba tarafından kullanılması nedeniyle davanın tarafı ergin olmayan kişi değil anne veya babadır. Örneğin nafaka davası açan ana veya baba dava takip yetkisine sahiptir bu nedenle davanın tarafıdır⁶¹¹. Her ne kadar davanın tarafı çocuk olsa dahi isticvap edilecek kişi yasal temsilci sıfatıyla velayet hakkına sahip anne veya

⁶⁰⁴ Erdoğan/Keskin, s. 256; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 262.

⁶⁰⁵ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, s. 1046; Budak/Karaaslan, § 5, kn. 19.

⁶⁰⁶ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, s. 1045; Tanrıver, C. I, s. 550; Atıcı, s. 194.

⁶⁰⁷ Tanrıver, C. I, s. 551; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 668; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, s. 1063; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 264.

⁶⁰⁸ Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 668.

⁶⁰⁹ Atıcı, s. 219.

⁶¹⁰ Atıcı, s. 221.

⁶¹¹ Budak/Karaaslan, § 5, kn. 26.

baba olacaksa da bu ayırım yapılabilir. Dava takip yetkisi nedeniyle davanın tarafının anne veya baba olması halinde zaten isticvap edilecek kişi davanın tarafı olan anne veya baba olacaktır.

Sınırlı ehliyetsizlerle ilgili üzerinde durulması gereken en önemli nokta ayırt etme gücüne sahip olmasına rağmen ergin olmayan veya kısıtlı kişinin isticvabının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak mümkün olmamasıdır. HUMK m. 231 "*İsticvap olunacak şahıs, mahcur veya yaşı onaltıdan küçük ise hakimın takdirine göre ya kendisi veya velisi veya vasisi ve hükmî şahıs ise mümessili isticvap olunur.*" düzenlemesi ile sınırlı ehliyetsiz küçük veya kısıtlının hakimın takdiri ile isticvap edilebileceğini düzenlemiştir⁶¹². Düzenlemeden çıkarılan bir diğer sonuç ise küçüğün on altı yaşından büyük olması halinde mutlaka isticvap edileceğidir.

HMK'da bu düzenlemeye yer verilmemiş, yaş sınırı olmaksızın ve hakime takdir tanınmaksızın ayırt etme gücüne sahip kısıtlı veya ergin olmayan kişinin beyanlarının isticvap kapsamında alınması imkanı kaldırılmıştır. Kanaatimizce bu değişikliğin nedeni isticvabın tek amacının ikrar elde etme aracı olarak görülmesi ve sınırlı ehliyetsizin bu sorumluluk altına sokulmak istenmemesidir. Ayrıca isticvap edilenin yasal temsilci olması, fiil ehliyetinden yoksun sınırlı ehliyetsizin işlemleri yasal temsilcinin izni veya icazeti ile gerçekleştirmesi ile açıklanmıştır⁶¹³. Ancak nihayetinde işlemi gerçekleştiren yine sınırlı ehliyetsizdir. Dava ehliyetine sahip olmayan sınırlı ehliyetsizin davada isticvap edilememesi düzenlenmiştir dolayısıyla bu kişinin bilgisine ulaşılmak istendiğinde taraf olarak dinlenilemeyecektir. Bu kişinin beyanlarına ancak tanıklık kapsamında dinlenerek ulaşılabilir⁶¹⁴ görüşü bulunsa dahi davanın tarafı olması nedeniyle tanıklığın mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Kişinin dava ile ilgili yararının tanıklığa engel teşkil etmeyeceği, bu durumun ancak tanık beyanlarının değerlendirilmesinde dikkate alınacağı görüşü ise dava ehliyeti olmayan tarafın tanıklığını mümkün görmektedir⁶¹⁵.

İsviçre hukukunda, dava ehliyeti bulunmayan kişinin ayırt etme gücüne sahip olmak şartı ile isticvap edileceği kabul edilmektedir⁶¹⁶. Delil ikamesinde katkı sağlama yükümlülüğünün

⁶¹² Her halükarda kişinin ayırt etme gücünün olması gerektiği kabul edilmektedir.: **Tercan**, s. 153, 154.

⁶¹³ **Elgün Toğrul**, s. 211.

⁶¹⁴ **Ertanhan**, Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s. 54. Tarafların dinlenilmesi kapsamında dinlenebileceği yönünde bkz. **Tercan**, s. 166.

⁶¹⁵ **Uysal**, s. 56.

⁶¹⁶ **Spühler**, Karl/**Tenchio**, Luca/**Infanger**, Dominik, /**Hafner**, Schweizerische Zivilprozessordnung, Helbing Lichtenhahn Verlag 2017, Art. 191, kn. 12; **Bruner**, Alexander/**Gasser**, Dominik/**Schwander**, Ivo/**Müller**, Schweizerische Zivilprozessordnung, Dike Verlag AG 2016, Art. 191, kn. 11; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Weibel/Walz**, Art. 191, 192, kn. 9.

düzenlendiği Art. 160 Abs. 2'de küçüğün katkı sağlamasının hakimın takdirinde olduğu belirtilmiştir. Buradan yola çıkarak ayırt etme gücüne sahip küçüğün beyanlarının alınabileceği sonucuna ulaşılmaktadır⁶¹⁷. Nitekim ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin yerine yasal temsilcisinin sorgulanamayacağı, zira yasal temsilcinin davada taraf olmadığı ifade edilmektedir⁶¹⁸.

Alman hukukunda dava ehliyetine sahip olmayan kişinin yasal temsilcisinin isticvap edileceği belirtilmekle beraber (dZPO § 455 I) aynı maddede buna bir istisna getirilmiştir. Kural, dava ehliyetine sahip olmayan kişinin yasal temsilcinin taraf olarak isticvap edilmesidir⁶¹⁹. Taraf olarak beyanları alınmayan dava ehliyeti eksik kişinin beyanları ancak tanık olarak değerlendirilebilir⁶²⁰. Ancak on altı yaşını doldurmuş kişi hakimın takdiriyle, kendi fiiliyle meydana getirdiği vakıa hakkında veya isticvap konusu ile ilgili algılarına yönelik dinlenebilir (dZPO § 455 II). Burada kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmaması ile ilgili bir belirleme yapılmamakla beraber ayırt etme gücünden yoksun olması sebebiyle tam ehliyetsizlerin ve küçük veya kısıtlı olması nedeniyle sınırlı ehliyetsizlerin de dava ehliyeti bulunmadığından, her iki grubun yasal temsilcilerinin isticvap edilebileceği söylenmelidir⁶²¹.

Alman hukukunda sınırlı ehliyetsizlere, tam ehliyetsizlerden farklı olarak isticvap edilebilmeleri imkanını veren bu istisna ile on altı yaşını doldurmakla beraber ayırt etme gücüne sahip olan dava ehliyeti bulunmayan kişinin taraf olarak sorgulanması mümkün kılınmıştır. Aynı şekilde kısıtlı olması nedeniyle dava ehliyetine sahip olmayan sınırlı ehliyetsizin de isticvabı hakimce takdir edilebilir⁶²². Küçüğün sadece kendisinin yasal temsilci yerine veya yasal temsilcisi ile birlikte isticvabı mümkündür⁶²³. Aynı zamanda tarafın sorgulanması halinde yasal temsilcisinin tanık olarak dinlenilmesi de kabul edilmektedir⁶²⁴. Ergin olmayan kişinin taraf olarak beyanlarının alınması yerine yasal temsilcisinin sorgulanması düzenlemesinin

⁶¹⁷ DIKE Komm. ZPO/**Müller**, Art. 191, kn. 11.

⁶¹⁸ BSK ZPO/**Hafner**, Art. 191, kn. 12; **Frank**, Richard/**Sträuli**, Hans/**Messmer**, Georg/**Wiget**, Niklaus/**Wiget**, Gregor, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1997, Art. 151, kn. 3. Aksi yönde olmak üzere dava ehliyetine sahip olmayan veya sınırlı olarak sahip olan kişinin yasal temsilcisinin, tüzel kişinin organı gibi taraf olarak görülmesi gerektiği yönünde: BK ZPO/**Bühler**, Art. 191-192, kn. 32.

⁶¹⁹ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 124, kn. 3; **Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock**, § 455, kn. 1.

⁶²⁰ **Wittschier**, Parteivernehmung, s. 10; **Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann**, § 455, kn. 1; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 124, kn. 5; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 455, kn. 1.

⁶²¹ **Glücklich**, s. 78.

⁶²² **Wittschier**, Parteivernehmung, s. 10; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 124, kn. 15; Stein/Jonas/**Berger**, § 455, kn. 14.

⁶²³ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 124, kn. 15; **Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock**, § 455, kn. 7.

⁶²⁴ **Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann**, § 455, kn. 4; **Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock**, § 455, kn. 7; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 455, kn. 2; **Wittschier**, Parteivernehmung, s. 11.

temel nedeni yemin için geçerli olan kesin delil kuralından tarafı korumak isteğinin delillerin serbestçe değerlendirilmesinde de devam ettirilmesidir⁶²⁵. Her ne kadar isticvap Alman hukukunda serbestçe değerlendirilen bir delil olsa da yemin delilinden gelen alışkanlıkla tamamen serbest bırakılmamış ve sınırlı ehliyetsizin tanık veya taraf olarak sorgulanmasında seçim hakkı hakime bırakılmıştır.

Sorgulamanın konusu bakımından da bir sınırlama getirilmiştir. Tarafın kendi fiili ile meydana getirdiği bir vakıa veya kendi algısının mevcut olduğu bir konu hakkında dinlenebilir (dZPO §455/II). Ancak kişinin duydukları veya bilgi sahibi oldukları vakıalar hakkında da algısının olduğu kabul edilmektedir⁶²⁶. Burada kastedilen karşı tarafın veya yasal temsilcisinin işlemleri hakkında dinlenemeyeceğidir⁶²⁷.

Bu düzenleme, Alman hukukunda küçüğün isticvabı için sıkı şartlar aranmamasına rağmen dava ehliyeti olmayan kişinin on altı yaşından küçük olması halinde taraf olarak isticvabı yerine sadece tanık olarak dinlenilmesinin mümkün olması sebebiyle eleştirilmektedir ve tutarsız olarak nitelendirilmektedir⁶²⁸. Tarafın doğrudan bilgi sahibi olduğu konularda onun yerine yasal temsilcinin beyanlarının alınması uygunsuzdur ve bir anlam ifade etmemektedir⁶²⁹. Delillerin serbestçe değerlendirilmesine konu olan isticvap bakımından küçüğün de taraf olarak dinlenebilmesi düzenlemesinin sadeleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶³⁰. Delillerin serbestçe değerlendirilmesine dayanılarak, maddedeki düzenlemeyle tarafın korunmasına gerek bulunmamaktadır⁶³¹.

Küçüğün veya kısıtlının dava ehliyetinin olmaması nedeniyle tanık olarak dinlenebilmesi ancak aynı zamanda hakimin takdiri ile şekli anlamda davanın tarafı olduğu için taraf olarak beyanlarının alınabilmesi mümkün olduğunda, her iki halde de kişinin dava bakımından var olan hukuki yararında bir değişiklik söz konusu değildir⁶³². Bu nedenle davada hukuki yararı

⁶²⁵ Prütting/Gehrlein/**Müller-Christmann**, § 455, kn. 1; Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 455, kn. 17.

⁶²⁶ Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 455, kn. 9.

⁶²⁷ MüKo ZPO/**Schreiber**, § 455, kn. 2. Kişinin sadece algısının bulunması yeterlidir: **Aghte**, Linda, Die Vernehmung der minderjährigen Partei – eine kritische Untersuchung zu § 455 ZPO, Remscheid, 2016, s. 135.

⁶²⁸ **Wittschier**, Parteivernehmung, s. 11; **Münks**, s. 181; **Jauernig/Hess**, § 56, kn. 17; Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 455, kn. 17; Yalnızca yaş sınırının on altıdan on dörde indirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Aghte**, s. 244.

⁶²⁹ Prütting/Gehrlein/**Müller-Christmann**, § 455, kn. 1.

⁶³⁰ Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 455, kn. 17. Sadeleştirilme ile yaş sınırının kaldırılması kastedilmiştir: **Wittschier**, Parteivernehmung, s. 11.

⁶³¹ Prütting/Gehrlein/**Müller-Christmann**, § 455, kn. 1.

⁶³² **Aghte**, s. 143.

bulunması nedeniyle tanıklık veya taraf olma kapsamında dinlenilmesi kurumlarından birinin dışlanması mümkün olmamalıdır⁶³³. Hukukumuzda isticvabın ikrar sonucunu doğurabilmesi, hatta sadece bu amaçla başvurulması ve bu ikrar ile hakimın bağılı olmasının sonucu olarak tarafı koruma eğilimi vardır ve taraf olarak beyanlarının alınması engellenmiştir. Bağlayıcı bir sonucun doğabilmesi, küçüğün veya kısıtlının salt ayırt etme gücüne güvenilmemesi, küçüklüğü veya kısıtlılığı sebebiyle isticvabından kaçınılmasını sonucunu doğurmuştur⁶³⁴. Görülmektedir ki isticvabın hakimın serbestçe değerlendirmesine bırakılmaması nedeniyle şekli anlamda tarafın hakimın takdiriyle dahi yararının olduğu davada dinlenilmesi mümkün değildir.

Yasal temsilcinin taraf olarak dinlenilmesi, ancak davanın tarafının beyanlarına sadece tanık kapsamında yer verilmesi öncelikle hukuki dinlenme hakkının gerçekleştirilmesine uygun değildir. Şöyle ki, isticvap her zaman re' sen başvurulmuş bir kurum değildir, tarafların talepleri aranabilir ve tanık olarak gösterilmedikçe kişi re' sen tanık olarak davada dinlenemez. Bu halde tarafın kendi beyanlarının alınmasının karşı tarafın veya yasal temsilcinin tercihinin bırakılmış olması, tarafın hukuki dinlenme hakkı kapsamında beyan etmek istediği hususların önüne geçebilir. Ayrıca yasal temsilcinin isticvabında çekinme hakkını kullanmaması, duruşmaya gelmemesi veya duruşmada bulunmasıyla birlikte susması tarafın ispat hakkını ihlal edebilir. Yasal temsilcinin çekinme imkanını kullanmaması veya beyanda bulunmaması nedeniyle taraf aleyhine oluşacak durumu engellemek için delil ikamesinde bulunamaması temel problemidir.

Hakimin takdir kriteri tarafın küçük veya kısıtlı olmasına rağmen isticvabının sonuçlarını ve susmasının veya duruşmaya katılmamasının sonuçlarını anlayabileceğinin tespit edilmesi olabilir. Aslında bunlar tanık olarak dinlenilmesi için gereken şartlarla aynıdır. Nitekim orada da sonuçlarını anlayabilmesi, öngörebilmesi ve çekinme hakkının farkında olması gerekmektedir⁶³⁵. Bu bakımdan tarafın isticvap edilebilmesi imkanının getirilmesi bugünkü düzenlemeden ayrılan bir sonuç doğurmayacaktır.

⁶³³ Aksi yönde bkz. **Tercan**, s. 166.

⁶³⁴ Yemin için aynı yönde bkz. **Aghte**, s. 145.

⁶³⁵ **Aghte**, s. 152. Yemin için benzer yönde **Yılmaz**, Yemin, s. 90.

c. Sınırlı Ehliyetliler

Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla birlikte, kendisinin korunması için fiil ehliyetinin sınırlandığı kişiler sınırlı ehliyetlilerdir⁶³⁶. Kısıtlanma sebepleri kanunda sayılanlar ile sınırlıdır (TMK m. 405-408)⁶³⁷. Bu sebeplerden birine dayanılarak kısıtlanan kişinin yine Kanunda sayılan sınırlı sayıdaki işlemleri yapabilmesi için görüşü alınmak üzere yasal danışman atanır (TMK m. 429).

Yasal danışmanın görüşüne ihtiyaç duyulan işlemler arasında dava açma da yer almaktadır (TMK m. 429/1). Bu işlemler bakımından kişinin fiil ehliyeti sınırlanmıştır⁶³⁸. Sınırlı ehliyetlinin dava açabilmesi ve yürütebilmesi yasal danışmanın olumlu görüşüne bağlanmıştır⁶³⁹. Bu genel bilginin ayrıntısı ile incelenmesinden önce yasal danışmanlığın çeşitleri ve farkları üzerinde durulmalıdır. Öğretide belirtildiği üzere oy danışmanlığı, yönetim danışmanlığı ve karma danışmanlık çeşitleri bulunmaktadır⁶⁴⁰.

Oy danışmanı (TMK m. 429), sınırlı ehliyetlilerin için belirli işlemleri gerçekleştirmesi için oyuna ihtiyaç duyulan kimsedir⁶⁴¹. Oy danışmanı kişinin temsilcisi olmadığından işlemleri onun için gerçekleştiremez, sadece sonuç doğurmaları için oy verebilir⁶⁴². Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı için oy danışmanının görüşüne ihtiyaç yoktur, kendisi kullanabilir⁶⁴³. Oy danışmanlığında tarafın dava açmak ve usuli işlemleri gerçekleştirmek için yasal danışmandan olumlu görüş alması yeterlidir⁶⁴⁴. Yasal danışman sınırlı ehliyetliyi davada temsil etmez ve onun yerine usuli işlemleri gerçekleştirmez⁶⁴⁵, davanın tarafı değildir. Oy danışmanı tek başına kişi için dava açamaz⁶⁴⁶. Bu nedenle söz konusu davada isticvap kapsamında beyanı alınacak kişi davanın tarafı olan sınırlı ehliyetlidir⁶⁴⁷. Sınırlı ehliyetliye karşı açılan dava için oy danışmanının görüşü gerekli değildir, çünkü olumsuz oy vermesi mümkün değildir⁶⁴⁸. Aksi

⁶³⁶ Erdoğan/Keskin, s. 256.

⁶³⁷ Erdoğan/Keskin, s. 243.

⁶³⁸ Yasal danışman atanması ile kişinin fiil ehliyetinin sınırlandırıldığı, sadece yardım amaçlı bir kurum olduğu yönündeki görüş için bkz. Dural/Öğüz, s. 66.

⁶³⁹ Atıcı, s. 215.

⁶⁴⁰ Dural/Öğüz, s. 66; Tanrıver, C. I, s. 551.

⁶⁴¹ Dural/Öğüz, s. 67.

⁶⁴² Tanrıver, C. I, s. 552; Dural/Öğüz, s. 67.

⁶⁴³ Tanrıver, C. I, s. 550; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, s. 1089.

⁶⁴⁴ Tanrıver, C. I, s. 552; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 265.

⁶⁴⁵ Tanrıver, C. I, s. 552; Atıcı, s. 248; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 265; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 221.

⁶⁴⁶ Tanrıver, C. I, s. 552; Atıcı, s. 247.

⁶⁴⁷ Elgün Toğrul, s. 212.

⁶⁴⁸ Atıcı, s. 249. Aksi yönde Tercan, s. 151.

halde kişi savunma hakkını kullanamaz ve hukuki dinlenilme hakkından mahrum bırakılmış olur⁶⁴⁹. Oy danışmanına sınırlı ehliyetlinin yetki vermesi halinde temsilci olarak davayı sınırlı ehliyetli adına takip edebilir. Bu halde iradi temsilde olduğu gibi davanın tarafı olan sınırlı ehliyetlinin isticvabı gerekir.

Kişinin malvarlığının sermaye unsurlarını yönetememesi, bu konuda fiil ehliyetinin bulunmaması nedeniyle tasarrufta bulunma yetkisi yönetim danışmanına verilmektedir (TMK m. 429/2)⁶⁵⁰. Kendisine yönetim danışmanı atanan kimseyi temsil yetkisine de sahip olması bakımından oy danışmanından farklılık göstermektedir⁶⁵¹. Malları ile ilgili yönetim danışmanı atanan kimsenin malvarlığına ilişkin davalar için dava ehliyeti bulunmamaktadır⁶⁵². Malvarlığı dışındaki hususlarda dava açmaya ve işlemleri yapmaya yetkilidir⁶⁵³. Yönetim danışmanı malvarlığına ilişkin davalar bakımından dava takip yetkisine sahiptir ve görevi dolayısıyla davayı taraf olarak yürütür⁶⁵⁴. Zira sınırlı ehliyetlinin tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır ve dava takip yetkisi bulunmamaktadır. O halde yönetim danışmanının, sınırlı ehliyetlinin malvarlığına ilişkin davada görevinden ötürü taraf olması, danışmanın isticvap edileceğini göstermektedir.

Karma danışmanlık atanması halinde kişinin hem sermaye üzerinde tasarruf yetkisi elinden alınmaktadır hem de Kanunda belirtilen işlemler için görüş alması gerekmektedir⁶⁵⁵. Yönetim danışmanlığındaki gibi malvarlığı ile ilgili davalarda fiil ehliyeti ve dava ehliyeti olmadığından karma danışman kanuni temsilci konumunda olacaktır⁶⁵⁶.

C. Tüzel Kişiler

Bir amaca yönelik olarak oluşturulmuş kişi topluluklarının veya mal topluluklarının hukuk süjesi olarak tanınması ile tüzel kişiler hukukumuzda mevcuttur⁶⁵⁷. Tüzel kişiler için sınırlı sayı ilkesi geçerlidir⁶⁵⁸. Tüzel kişiler, kuruluş belgelerinde gerekli organların oluşturulması ile fiil ehliyeti kazanır (TMK m. 49). Temsile yetkili organlar kanuna ve tüzel kişinin kuruluş

⁶⁴⁹ Tanrıver, C. I, s. 553.

⁶⁵⁰ Dural/Öğüz, s. 67; Tanrıver, C. I, s. 554.

⁶⁵¹ Dural/Öğüz, s. 67.

⁶⁵² Atıcı, s. 215; Elgün Toğrul, s. 212.

⁶⁵³ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, s. 1097; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 265; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 221.

⁶⁵⁴ Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 587.

⁶⁵⁵ Dural/Öğüz, s. 68; Tanrıver, C. I, s. 555.

⁶⁵⁶ Tanrıver, C. I, s. 555.

⁶⁵⁷ Dural/Öğüz, s. 215.

⁶⁵⁸ Dural/Öğüz, s. 218.

belgesine göre belirlenir ve yetkili organ tarafından davalarda temsil edilirler⁶⁵⁹. Organları aracılığıyla fiil ehliyetini⁶⁶⁰ ve dava ehliyetini kullanırlar⁶⁶¹.

Tüzel kişinin organı aracılığıyla davada temsili Kanunda kanuni temsil başlığı altında düzenlenmiştir (m. 52). Ancak *Dural/Öğüz*’e göre organ tüzel kişinin temsilcisi sıfatını taşımaz, tüzel kişiyi cisimleştirir ve tüzel kişinin bir unsurunu teşkil eder⁶⁶². *Tanrıver*’e göre bu kanuni temsil değildir zira yetkili organ tüzel kişiliğin bir parçasıdır, tüzel kişi kendisi işlemleri gerçekleştiremediğinden organın işlemi ve faaliyeti tüzel kişinin kendi işlemi ve faaliyetidir⁶⁶³. *Dişel*’e göre ise tüzel kişiler organları aracılığıyla vücut bulurlar ve davada yer alırlar, fiil ve dava ehliyetine sahip olan tüzel kişinin kendisidir, bu bakımdan tüzel kişinin organ ile temsili kanuni temsile daha yakındır⁶⁶⁴. Yargıtay kararlarında tüzel kişiyi temsile yetkili olmayan kişinin davada yer alması temsil ehliyeti eksikliğinden ziyade dava takip yetkisi eksikliği olarak değerlendirilmiştir. Ancak *Dişel* ve *Taş Korkmaz*’a göre kanuni temsil yetkisi eksikliği doğru gerektirir⁶⁶⁵. Konumuz bakımından bu ayrımın bir önemi bulunmamaktadır. Zira davada beyanı alınacak olan kişi, dava takip yetkisine sahip olarak nitelendirilsin veya temsil yetkisine sahip olarak nitelendirilsin fark etmeksizin tüzel kişinin temsile yetkili organı olacaktır⁶⁶⁶. Kanunda tüzel kişiyi temsile yetkili kişinin isticvap olunacağı ayrıca belirtilmiştir (m. 170/1)⁶⁶⁷.

Özel hukuk hükümlerine göre kurulan ve bu alanda faaliyet gösteren tüzel kişiler özel hukuk tüzel kişileri olarak adlandırılmaktadır⁶⁶⁸. Bunlar dernekler, vakıflar, ticaret şirketleri, sendikalar ve siyasi partilerdir. Kanunda gösterilenden başka türde bir tüzel kişinin oluşturulması mümkün değildir⁶⁶⁹. Yetkili organ kanuna ve kuruluş belgesine göre belirlenir⁶⁷⁰.

⁶⁵⁹ **Kuru**, C. I, s. 326; **Tanrıver**, C. I, s. 558; Pekcanitez/**Pekcanitez/Taş-Korkmaz**, C. I, s. 671; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 221.

⁶⁶⁰ **Dural/Öğüz**, s. 256.

⁶⁶¹ **Tanrıver**, C. I, s. 558; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 266.

⁶⁶² **Dural/Öğüz**, s. 257.

⁶⁶³ **Tanrıver**, C. I, s. 558; Benzer yönde bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 266-267.

⁶⁶⁴ **Dişel**, s. 125.

⁶⁶⁵ **Dişel**, s. 126; **Taş Korkmaz**, Gerçek Tarafın Belirlenmesi, s. 192, 193.

⁶⁶⁶ Aynı yönde bkz. **Tercan**, s. 168.

⁶⁶⁷ Yargıtay 6. H.D. E. 2021/2074 K. 2021/2003 T. 06.12.2021: “Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş; davanın aydınlatılması açısından 6100 sayılı HMK’nın 169/2 maddesi gereğince kooperatifin Kurban Batun dışında diğer temsile yetkilinin isticvap edilmesi, davacının delil olarak dosyaya sunduğu üyelik devir sözleşmesi, kooperatif yönetim kurulunun ortaklığa kabul ve tapu devrine ilişkin kararı dikkate alınarak gerekirse kooperatifin defter ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, mevcut delil durumuna göre davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” (Legalbank).

⁶⁶⁸ **Dural/Öğüz**, s. 233; **Erdoğan/Keskin**, s. 345.

⁶⁶⁹ **Dural/Öğüz**, s. 233; **Erdoğan/Keskin**, s. 345.

⁶⁷⁰ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 267.

Tüzel kişiyi temsile yetkili organ temsil belgelerini mahkemeye ileterek kanıtlamalıdır⁶⁷¹, isticvap edilecek kişi buna göre belirlenir.

Derneğin yürütme ve temsil organı yönetim kuruludur (TMK m. 85)⁶⁷². Fiil ehliyetine sahip olan dernekler dava ehliyetine de sahiptir ve organları aracılığı ile davayı yürütebilir ve usuli işlemler yapabilirler. Yönetim kurulu veya yönetim kurulunun yetkilendireceği temsilci aracılığıyla yargılamaya katılacaklardır, bu temsilciler yönetim kurulu üyeleri veya avukat olabilir⁶⁷³.

Vakıflar sicile tescil ile tüzel kişilik kazanmakta ve taraf ehliyetine sahip olmaktadır (TMK m. 102). Vakfın zorunlu organı yönetim organıdır. Tek kişi olabileceği gibi vakıf senedinde belirtilmekle kurul şeklinde de olabilir⁶⁷⁴. Yönetim organı vakfı yönetir ve temsil eder⁶⁷⁵. Yargılamalarda vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce idare edilmeleri halinde Genel Müdürlükçe (5737 Sayılı Vakıflar Kanunu m. 6/1), diğer vakıflar açısından yöneticilerince temsil edilirler⁶⁷⁶.

Kollektif şirkette temsile yetkili kişi veya kişiler sözleşmede belirtilmelidir (TTK 213/1-f). Aynı zamanda şirket sözleşmesiyle veya ortakların çoğunluğunun kararıyla yönetim işleri ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne verilebilir (TTK m. 218/1). Birlikte temsilin kararlaştırıldığı⁶⁷⁷ bu halde aktif usuli işlemlerin birlikte yapılması gerekmektedir⁶⁷⁸. Tasfiye halindeki şirketin temsilcisi tasfiye memurlarıdır (TTK m. 280/1). Komandit şirkette temsile yetkili olan komandite ortaktır (TTK m. 218).

Anonim Şirket, yönetim kurulu tarafından temsil olunur (TTK m. 365). Esas sözleşmeye konulacak hükümle yönetim kurulu yönetimi bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü bir kişiye devretmeye yetkili kılınabilir (TTK m. 370/2)⁶⁷⁹. Esas sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça ve yönetim kurulu tek kişiden oluşmadıkça temsil yetkisi çift imza kuralına göre yönetim kuruluna aittir (TTK m. 370/1) dava açılması da bu çift imza kuralına tabi olarak

⁶⁷¹ Pekcanitez/*Pekcanitez/Taş-Korkmaz*, C. I, s. 672; *Atalı/Ermenek/Erdoğan*, s. 221.

⁶⁷² *Dural/Ögüz*, s. 326; *Erdoğan/Keskin*, s.373.

⁶⁷³ *Atıcı*, s. 257.

⁶⁷⁴ *Dural/Ögüz*, s. 367.

⁶⁷⁵ *Dural/Ögüz*, s. 368.

⁶⁷⁶ *Atıcı*, s. 260.

⁶⁷⁷ *Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu*, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014, s. 219 kn. 280.

⁶⁷⁸ *Atıcı*, s. 261.

⁶⁷⁹ *Bahtiyar*, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2021, s. 225.

birlikte mümkündür⁶⁸⁰. Temsile yetkili kişileri bildirmesi ile ilgili hükmün yanında (TTK m. 373), temsil belgesi dava veya cevap dilekçesi ile mahkemeye bildirilmelidir, mahkeme incelemek için imza sirküleri isteyebilir, ticaret sicili kayıtlarına ve şirket sözleşmesine bakabilir⁶⁸¹.

Limited şirkette yönetim ve temsile yetkili organ müdür veya müdürlerdir. Temsile yetkili organ şirket sözleşmesinde belirlenebilir⁶⁸². Müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa bırakılabileceği gibi tüm ortaklara da bırakılabilir. Ayrıca üçüncü kişi yönetim ve temsille yetkili kılınabilir (TTK m. 623).

Kooperatiflerde 1163 Sayılı Kanun'un 55. maddesine göre kooperatif şirketinin temsil ve icra organı yönetim kumrudur. Kooperatifte kimlerin temsile yetkili olduğu kooperatif ana sözleşmesinde belirlenir, tescil ve ilan edilir (Kooperatifler Kanunu m. 3). Ana sözleşmede genel kurula veya yönetim kuruluna, kooperatifin yönetimini ve temsilini kısmen veya tamamen kooperatif ortağı bulunmaları şart olmayan bir veya birkaç müdüre veya yönetim kurulu üyesine tevdi etmek yetkisini verilebilir (Kooperatifler Kanunu m. 58). Bu halde temsile yetkili kişi müdür veya müdürler ya da ilgili yönetim kurulu üyesi olacaktır.

Tüzel kişiliğe sahip olan siyasi partilerde temsil yetkisi genel başkana aittir. 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na göre "*Partiyi temsil yetkisi genel başkana aittir. Kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydı ile parti adına dava açma ve davada husumet yetkisi, genel başkana veya ona izafeten bu yetkileri kullanmak üzere parti tüzüğüne göre göstereceği parti mercilerine aittir.*" (m. 15/3). Buna göre parti başkanının yerine parti tüzüğünde belirtilen parti merciinin de temsile yetkisi vardır ve davada isticvap edilebilir.

Özel hukuk tüzel kişilerini temsile yetkili organının davada tüzel kişiyi temsil etmesi nedeniyle isticvap edilmesi söz konusu olacaktır. Bu kişinin hali hazırda dava sırasında tüzel kişiyi temsil eden kişi veya kişiler olması gerekir⁶⁸³. Bunun dışında örneğin isticvap konusu vakıayı gerçekleştiren tüzel kişide görevli kişi dahi isticvap edilemez, zira davada dava ehliyeti ve dava takip yetkisi bulunmamaktadır, taraf değildir. Bu kişilerin bilgilerine ancak tanık olarak başvurulabilir⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Atıcı, s. 264.

⁶⁸¹ Atıcı, s. 265.

⁶⁸² Bahtiyar, s. 421.

⁶⁸³ Tercan, s. 169; Elgün Toğrul, s. 252.

⁶⁸⁴ Tercan, s. 170.

Kamu hukuku tüzel kişileri kamu gücünü kullanarak kamu görevini yerine getiren tüzel kişilerdir⁶⁸⁵. Kamu idareleri ve kamu kurumları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁶⁸⁶. Kamu idarelerine belediye, köy gibi mahalli idareler; kamu kurumlarına üniversite, Türkiye Radyo Televizyon Kurulu örnek gösterilebilir⁶⁸⁷. Kuruluş statülerindeki kamu görevlileri temsile yetkilidir.

D. Tüzel Kişiliği Olmayan Malvarlığı Toplulukları

1. Genel Olarak

Tüzel kişiliği olmayan topluluklar hak ehliyetine dolayısıyla taraf ehliyetine sahip değildirler⁶⁸⁸. Bu nedenle topluluğu ilgilendiren bir dava açılmak istendiğinde davanın tarafı bu topluluğu meydana getiren kişiler olacaktır. Bu malvarlığı topluluklarının tüzel kişiliklerinin olmaması nedeniyle kanuni temsilcilerinin olması da mümkün olmayacaktır⁶⁸⁹.

2. İflas Masası

Kişinin iflas etmesi ile mevcut malvarlığı iflas masasını oluşturmaktadır. Müflisin malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi kaldırıldığından, bu mallara ilişkin davalarda dava takip yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim müflisin taraf olduğu davalarla ilgili iflas hukukunda düzenlemeler bulunmaktadır. İflasın açılması ile malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanan müflisin davaları ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonrasına kadar durmaktadır. İkinci alacaklılar toplantısında alınacak karar ile davanın iflas idaresi tarafından devamına karar verilebilir. İflas idaresi devam etme kararı aldığı davalarda görevi gereği bu davalarda dava takip yetkisine sahiptir ve taraftır⁶⁹⁰. Davanın iflas idaresi tarafından devam edilmemesine karar verilen hallerde İİK m. 245 uyarınca dava takip yetkisinin isteyen alacaklıya devredilmesi mümkündür. Davayı takip etmek isteyen alacaklı bulunmaması halinde müflisin dava takip yetkisi doğacak ve müflis davayı takip edecektir.

⁶⁸⁵ Dural/Öğüz, s. 231.

⁶⁸⁶ Dural/Öğüz, s. 231.

⁶⁸⁷ Dural/Öğüz, s. 231, 232.

⁶⁸⁸ Pekcanitez/*Pekcanitez/Taş-Korkmaz*, C. I, s. 64.

⁶⁸⁹ Deren-Yıldırım, s. 82.

⁶⁹⁰ Taş Korkmaz, Gerçek Tarafın Belirlenmesi, s. 175; Erişir, s. 234 (iflas idaresinin dava takip yetkisini kabul etmekle beraber davanın tarafının müflis olduğu savunulmuştur: Erişir, s. 236); Deren-Yıldırım, s. 112; Deren-Yıldırım, Gedanken zum formellen Parteibegriff, s. 262.; Kale, s. 203; Dişel, s. 75; Oruç, Yakup, İflas İdaresi, Ankara 2019, s. 165.

İflas halinde masa, müflis ve iflas idaresi arasındaki ilişkiyi açıklamaya çalışan ve iflas idaresinin niteliğine ilişkin farklı teoriler bulunmaktadır⁶⁹¹. Temsil teorisine göre iflas idaresi müflisin veya alacaklıların temsilcisidir. Organ teorisine göre iflas idaresi, iflas masasının organıdır. Son olarak resmi organ teorisine göre masaya ilişkin davalarda iflas idaresi görevinden dolayı dava takip yetkisine sahiptir. İflas idaresi, terekenin resmen idaresi ile görevlendirilen kimse (TMK m. 592), vasiyeti yerine getirme görevlisi gibi örnekler özel malvarlığı toplulukları için verilebilir. Bu kişilerin malvarlığını ilgilendiren davaları açabilmeleri ve yürütebilmeleri için dayanak olarak farklı teoriler gösterilmekle birlikte resmi görev teorisi, yani bu kişilerin görevleri gereği dava takip yetkisine sahip oldukları ve bu davalarda taraf oldukları baskın olarak kabul edilmektedir⁶⁹². Görevden ötürü taraf olarak da nitelendirilen dava takip yetkisini görevi gereği üçüncü kişinin kullanması, malvarlığına ilişkin dava takip yetkisinin hak sahibinden alınarak üçüncü kişiye tanınması ile gerçekleşir⁶⁹³.

Davaya iflas idaresinin devam etmeme kararı alınması üzerine alacaklılardan biri bu davaya devam edebilir. Burada da dava takip yetkisinin alacaklıya devredilmesi söz konusudur. Alacaklıya ikinci alacaklılar toplanmasında alınan kararlar aktif dava yetkisi gibi pasif dava yetkisinin devri de mümkündür⁶⁹⁴.

İflas masasını oluşturan ve masayı oluşturmakla tüzel kişiliği bulunmayan mal ve haklarla ilgili davalarda dava takip yetkisinin iflas idaresinin veya alacaklılardan birinin olması halinde davanın tarafı artık müflis olmayacaktır. Bu hallerde davanın tarafı olan iflas idaresinin veya alacaklının isticvabı mümkündür. Müflis bu davalarda ancak tanık olarak dinlenebilir⁶⁹⁵.

Yemindeki düzenlemeden yola çıkılarak kişinin vakıayı bilmesinin de kendinden kaynaklanması olarak nitelendirildiğinden iflas idaresi üyelerinin, müflisin gerçekleştirdiği ancak onların bildiği vakılarda isticvabı mümkündür⁶⁹⁶.

⁶⁹¹ Teoriler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Deren-Yıldırım**, s. 106 vd.; **Oruç**, s. 68 vd.

⁶⁹² **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 119; **Deren-Yıldırım**, s. 84, 112 ve 114; **Oruç**, s. 82-85; **Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz**, C. I, s. 599; **Taş Korkmaz**, Gerçek Tarafın Belirlenmesi, s. 63 ve s. 175, dn. 109; **Dişel**, s. 94. Aksi yönde bkz. **Yılmaz**, Ejder, İflas İdaresi, Ankara 1976, s. 48 İflas idaresini iflas masasının organı olarak görür ve temsilcisi olarak nitelendirir. Aynı yönde **Kuru**, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 1303.

⁶⁹³ **Deren-Yıldırım**, s. 30.

⁶⁹⁴ **Dişel**, s. 326.

⁶⁹⁵ **Tercan**, s. 176; **Kale**, s. 206; **Oruç**, s. 176; **Kuru**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 1304.

⁶⁹⁶ **Tercan**, s. 175; **Oruç**, s. 178.

İflas idaresini üç kişi oluşturmaktadır. Bu kişilerin iflas idaresi üyeleri olarak veya kendisine yetki verilen iflas idaresi üyesi olarak davayı takip etmesi ve usuli işlemleri gerçekleştirmesi mümkündür. Kanaatimizce bir üyenin veya birden fazla üyenin beyanlarına başvurmak konusunda hakimın takdir hakkı bulunmaktadır⁶⁹⁷.

3. Miras Ortaklığı

Tüm mirasçılar ile oluşturulan ve kendine özgü bir kurum olan miras ortaklığının⁶⁹⁸, tüzel kişiliği yoktur ve bu sebeple hak ve taraf ehliyeti bulunmamaktadır⁶⁹⁹. Mirasçıların tereke malları üzerinde elbirliği ile mülkiyet sahibi olmaları ve tasarruf yetkisine birlikte sahip olmaları⁷⁰⁰ (TMK m. 702/2) nedeniyle dava takip yetkisini ancak birlikte kullanabilirler. Elbirliği ile mülkiyetin mevcut olduğu miras ortaklığında tasarruf yetkisinin birlikte kullanılması, miras ortaklığına karşı açılacak davalarda ve ortaklığın açacağı davalarda mecburi dava arkadaşlığını zorunlu kılar⁷⁰¹.

Miras ortaklığı ile ilgili davalarda mecburi dava arkadaşlığı bulunduğundan tarafların sorgulanması bu dava arkadaşlığı türünde belirttiğimiz şekilde gerçekleşecektir. Kimi davalarda ise mirasçılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Örneğin TMK m. 640/4 uyarınca terekedeki hakların korunması her bir mirasçı tarafından talep edilebilir⁷⁰². Birden fazla mirasçının talepte bulunarak dava açması halinde aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır⁷⁰³. Benzer şekilde tereke borçlarından müteselsil sorumlu olan mirasçılara karşı açılan davalarda, mirasçılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı vardır⁷⁰⁴. Terekenin yanında mirasçıların kişisel malvarlığından karşılanabilecek para veya cins

⁶⁹⁷ İflas idaresi üyelerinin masayı birlikte temsil etmeleri nedeniyle aralarında iş bölümü yapılmamış olmak kaydıyla üyelerin üçünün birden isticvap edilmesi gerektiğine dair bkz. **Tercan**, s. 174.

⁶⁹⁸ **Dural**, Mustafa/Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2021; s. 451, 452; **Kale**, s. 179; **Erişir**, s. 227.

⁶⁹⁹ **Tanrıver**, C. I, s. 542.

⁷⁰⁰ **Dural/Öz**, s. 450; **Ayan**, Mehmet, Miras Hukuku, Ankara 2020, s. 349; **Öztan**, Bilge, Miras Hukuku, Ankara 2020, s. 438; **Gümüş**, Mustafa Alper, Medeni Hukuk ve Medeni Usul Hukuku Boyutuyla Tereke (Miras Ortaklığı) Temsilcisi, İstanbul 2020; s. 2; **İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul 2021, s. 433.

⁷⁰¹ **Tanrıver**, C. I, s. 542. **Ayan**, s. 358; **Öztan**, s. 439.

Davanın konusu miras ortaklığına ait bir mal ise elbirliği mülkiyet nedeniyle mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur. Miras bırakanın alacaklısının açtığı konusu para olan dava mirasçıların müteselsil sorumlu olmaları nedeniyle dava bir veya birkaç mirasçıya açılabilir, mecburi dava arkadaşlığı yoktur.: **Tanrıver**, C. I, s. 545; **Budak/Karaaslan**, § 5, kn. 15.

⁷⁰² **Dural/Öz**, s. 454.

⁷⁰³ **Saçar**, Ömer Faruk, Medeni Usul Hukukunda İhtiyari Dava Arkadaşlığı, Ankara 2022, s. 153.

⁷⁰⁴ **Saçar**, s. 153; **Kale**, s. 144.

borçlarında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur⁷⁰⁵. Bu hallerde mirasçılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunması nedeniyle isticvapları bu kapsamda gerçekleştirilecektir⁷⁰⁶.

Miras ortaklığının vasiyeti yerine getirme görevlisi, resmi tereke yöneticisi veya miras ortaklığı temsilcisi tarafından idaresi mümkündür. Bu hallerde yarı ayrı davaları kimin yürüteceği ve usuli işlemleri yapacağı belirlenerek isticvap olunacak kişilerin mirasçılar mı yoksa görevliler mi olduğu belirlenmelidir⁷⁰⁷.

Ölüme bağlı tasarruf ile belirli bir kişi veya makam mirasbırakan tarafından son arzularının yerine getirilmesi için vasiyeti yerine getirme görevlisi atanabilir⁷⁰⁸. Mirasbırakanın amacı kendi güvendiği bir kişi veya kişiler aracılığıyla mirasın paylaşılmasını sağlamaktır⁷⁰⁹. Miras bırakan tarafından atanan vasiyeti yerine getirme görevlisinin (vasiyeti tenfiz memuru) tereke ile ilgili davalarda miras ortaklığını temsil edeceği Kanunda belirtilmiştir (TMK m. 552/2). Her ne kadar Kanunda temsil ifadesi kullanılmış olsa da tüzel kişiliği bulunmayan miras ortaklığının temsili mümkün değildir, katıldığımız görüşe göre vasiyeti yerine getirme görevlisi dava takip yetkisine sahiptir⁷¹⁰ ve görevinden dolayı taraftır⁷¹¹. Bunu belirtmek için “Özel hukuk anlamında bir makam” olarak da nitelendirilmektedir⁷¹².

Vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak birden fazla kişinin atanması mümkündür (TMK m. 551). Bu halde görevin birlikte yürütüleceği belirtilmiştir (TMK m. 551/1)⁷¹³. Dava takip yetkisini beraber kullanabilecekleri için davaların beraber yürütülmesi gerekmektedir⁷¹⁴. O halde davanın tarafı olarak vasiyeti yerine getirme görevlisi isticvap edilecektir, birden fazla görevli bulunması halinde hepsinin isticvabı gerekmektedir.

⁷⁰⁵ Erişir, s. 232.

⁷⁰⁶ Bkz. § 4 III B 2.

⁷⁰⁷ Miras ortaklığının temsilcisinin isticvap edilmesi gerektiği, ancak vakıanın mirasçıları ilgilendirmesi halinde hakimce çağrılarak isticvap edilebileceği yönünde bkz. Tercan, s. 178.

⁷⁰⁸ Vasiyeti yerine getirme görevlisinin hukuki statüsünün tartışmalı olduğu, mirasbırakanın vekili, mirasbırakanın temsilcisi mirasçıların temsilcisi, kendine özgü niteliktedir gibi farklı görüşler bulunmaktadır: Vekil olduğu yönünde bkz. Ayan, s. 163; kendine özgü bir vekalet şekli olduğu yönünde bkz. Öztan, s. 322; kendine özgü bir niteliğe sahip olduğu yönünde bkz. İmre/Erman, s. 169.

⁷⁰⁹ Öztan, s. 320; İmre/Erman, s. 168.

⁷¹⁰ Görevlinin “taraf olma ehliyeti”ne sahip olduğu yönünde bkz. Öztan, s. 326; İmre/Erman, s. 175. Dava ehliyetine sahip olduğu yönünde bkz. Dural/Öz, s. 191.

⁷¹¹ Deren-Yıldırım, s. 84; Pekcanitez/Pekcanitez-Taş Korkmaz, C. I, s. 599; Dişel, s. 267; Öztan, s. 326.

⁷¹² Deren-Yıldırım, s. 83.

⁷¹³ Ayan, s. 164. Mirasbırakanın görev taksimi yapması halinde işlemler bu belirlemeye göre gerçekleşeceğinden (Öztan, s. 321; Dural/Öz, s. 186) davalar bakımından birlikte hareket etme söz konusu olmayabilir.

⁷¹⁴ Dişel, s. 268.

Kanunda sayılan hallerde sulh hakimi terekenin yönetimi için resmi tereke yöneticisi atayabilir (TMK m. 592). Resmi tereke yöneticisi ortaklık adına dava açabilir ve miras ortaklığına karşı açılan davalarda ortaklığı temsil eder (TMK m. 593/2)⁷¹⁵. Tereke yöneticisi atanması ile dava takip yetkisini kaybeden mirasçılar davada taraf olmayacaktır, resmi terekenin yöneticisi dava takip yetkisi sahibi ve ilgili davanın kanuni dava yetkini olarak taraftır⁷¹⁶. Taraf olduğu için isticvap edilecek kişi resmi tereke yöneticisidir.

Mirasçılar sulh mahkemesinden miras ortaklığı temsilcisi atanmasını talep edebilirler (TMK m. 640)⁷¹⁷. Hukuki niteliği bakımından Türk hukukunda baskın görüş miras ortaklığının temsilcisi olduğudur⁷¹⁸. Ancak miras ortaklığının tasarruf yetkisi sona erdiği için dava takip yetkisi sona ermiştir ve dava takip yetkisi miras ortaklığı temsilcisine geçmiştir, bu yüzden dava yetkinidir⁷¹⁹. Yine “özel hukuk anlamında bir makam” olarak nitelendirilmiştir⁷²⁰. Taraf olan miras ortaklığı temsilcisi dava takip yetkisine sahiptir ve miras ortaklığının idaresinden kaynaklanan⁷²¹ davalarda taraftır⁷²². İsticvap edilecek kişi belirlenirken miras ortaklığı temsilcisinin taraf olduğu dikkate alınmalıdır.

4. Adi Şirket

Adi ortaklıkta temsili de kapsayan yönetim bir veya birden fazla ortağa yahut üçüncü kişiye bırakılmadıkça tüm ortaklara aittir (TBK m. 625). Bununla birlikte dava açılması olağan dışı yönetim işlerine girmektedir ve ortakların oybirliği gereklidir⁷²³. Adi şirketin tüzel kişiliği olmadığından hak ve taraf ehliyeti bulunmamaktadır⁷²⁴, şirket ortakları mecburi dava arkadaşı olarak davada taraf olabilirler⁷²⁵. Adi ortaklığın malvarlığını ilgilendiren bir davada, malvarlığı

⁷¹⁵ Ayan, s. 294; Dural/Öz, s. 396.

⁷¹⁶ Deren-Yıldırım, s. 88; Dişel, s. 269. Terekeyi resmen yönetmekle görevli kişinin dava ehliyetine sahip olması nedeniyle davalarda taraf olduğuna dair: Öztan, s. 374.

⁷¹⁷ Öztan, s. 442; Dural/Öz, s. 463.

⁷¹⁸ İmre/Erman, s. 449; Öztan, s. 442; Deren-Yıldırım, s. 89 dn. 55'teki yazarlar. Miras ortaklığı temsilciliği kurumunun hukuki niteliği ile ilgili ayrıntılı olarak bkz. Gümüş, s. 10 vd. Atanan miras ortaklığı temsilcisi yasal temsil olarak nitelendirilmektedir: Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, s. 1012.; “özel hukuk anlamında bir makam” olarak nitelendirilmiştir: Deren-Yıldırım, s. 90; benzer yönde sui generis bir özel hukuk makamı olarak belirtilmiştir: Gümüş, s. 34; Her bir mirasçının temsilcisi olarak nitelendirilmiştir: Dural/Öz, s. 464.

⁷¹⁹ Dişel, s. 271.

⁷²⁰ Deren-Yıldırım, s. 90.

⁷²¹ Miras ortaklığı temsilcisinin yetkisi tereke mallarının olağan idaresi kapsamındadır: İmre/Erman, s. 450; Dural/Öz, s. 464.

⁷²² Deren-Yıldırım, s. 90; Gümüş, s. 339.

⁷²³ Ayar, Ahmet, Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul 2019, s. 163.

⁷²⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 71 kn. 99i; Ayar, s. 193. Adi ortaklığın belli hallerde tüzel kişiliğe sahip olmamakla beraber hak ehliyetine ve dava ehliyetine sahip olmasının yolunu açan Alman Federal Mahkemesi Kararı için bkz. NJW 2001, 1056-1061.

⁷²⁵ Peksöz, s. 170.

üzerinde ortaklar tasarruf yetkisine birlikte sahip olduklarından, dava takip yetkisini birlikte kullanırlar⁷²⁶.

Elbirliğiyle mülkiyet sebebiyle ortakların birlikte dava açması ve birlikte dava takip yetkisini kullanması gerekmele beraber bazı durumlarda ortaklardan biri tek başına dava açabilmektedir⁷²⁷. Bu halde davanın tarafı bu ortak olduğundan sorgulanması gereken ortak da davanın tarafı olan ortak olacaktır. Örneğin ortakların birlikte veya temsilci aracılığıyla üstlendikleri borçlar için müteselsil sorumlulukları söz konusu olduğundan bir veya birden fazla ortak davayı açabilir. Birden fazla ortağın taraf olması halinde aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunur⁷²⁸. İhtiyari dava arkadaşlığından ötürü isticvap edilecek ortak veya ortakları hakimin takdirindedir.

TBK m. 637 ve m. 625/3 adi ortaklıkta temsili düzenlemekte ve temsil ile irade yetkisinin ortağa verilmesiyle bu ortak, ortaklığı davada temsil edebilir⁷²⁹. Ortakların hepsinin dava açma veya açılmış davada ortaklığı temsil etme yetkisini yönetici ortağa vermesi gerekmektedir⁷³⁰. Ancak bu yasal temsilci veya ortaklığın dava takip yetkisini kullandığı şeklinde anlaşılmamalıdır⁷³¹. İdareci ortak davada hem taraf hem de diğer ortakların iradi temsilcisidir⁷³². Zira adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur ve organ sıfatıyla temsili söz konusu değildir⁷³³. Buna göre isticvapta beyanları alınacak kişiler idareci ortak veya ortakları olabileceği gibi onların yanında veya sadece diğer ortakların da davada taraf olmaları nedeniyle beyanlarının alınması mümkündür.

III. Yargılamada Üçüncü Kişi

A. Genel Olarak

Yargılamada üçüncü kişi kanunda tanımlanmamaktadır. Taraf kavramının karşısından taraf olmayan kişinin davada üçüncü kişi olduğunu söyleyebiliriz⁷³⁴. Davada iki taraf sistemi vardır

⁷²⁶ Pekcanitez/*Pekcanitez-Taş Korkmaz*, C. I, s. 564; *Ayar*, s. 201.

Adi şirkete karşı para alacağı için açılmak istenen davada ortakların para borçlarından müteselsilen sorumlu olmaları nedeniyle bir veya birkaç ortağa dava açılması mümkündür ihtiyari dava arkadaşlığı mevcuttur. *Tanrıver*, C. I, s. 546 (2021); Budak/Karaaslan/*Karaaslan*, § 5, kn. 15 (2020); *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu*, s. 71 kn. 99i.

⁷²⁷ *Peksöz*, s. 249 vd.

⁷²⁸ *Saçar*, s. 152.

⁷²⁹ *Tanrıver*, C. I, s. 578; *Kale*, s. 174, 175; *Kuru*, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, s. 968.

⁷³⁰ *Ayar*, s. 200; *Kale*, s. 175.

⁷³¹ *Peksöz*, s. 235. Aksi yönde bkz. *Budak/Karaaslan*, § 6, kn. 6.

⁷³² *Peksöz*, s. 235; *Kale*, s. 175; *Kuru*, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I, s. 968.

⁷³³ *Ayar*, s. 214.

⁷³⁴ *Bracher*, s. 35 kn.83-85.

ve bir tarafta kaç kişi olduğundan bağımsızdır⁷³⁵. Yargılamaya katılan herhangi bir kişi taraflardan birinin yanında katılabilecektir⁷³⁶ ve yargılamaya katılan üçüncü kişi, kendi adına yargılamada bulunan kişidir⁷³⁷. Karar tarafın talebi için ve onun adına verilir, icrası da taraflar için yapılır. Bu nedenle tüm usuli yükler ve yükümlülükler tarafça yerine getirilmelidir, verilen karar da taraf lehine veya aleyhine olacaktır. Bazı hallerde ise taraf dışındaki kişilerin yargılamaya katılmaları ve sınırlı olarak hak iddia edip, yükümlülük altına girmeleri gerekmektedir. Ancak burada da yargılamanın tarafı değildir ve adlarına karar verilmez. Yargılamaya katılan üçüncü kişi olarak adlandırılırlar. Üçüncü kişinin hakkı ve yükümlülüğü tarafa bağlıdır ve istisnalar kanunla düzenlenmelidir. Taraf, dava konusu üzerinde üçüncü kişinin izni olmadan tasarruf edebilir⁷³⁸.

Taraf yargılamada dava konusu hakkı talep edebilirken, davaya katılan diğer kişiler belli usuli haklara ilişkin hak sahibidirler. Üçüncü kişiler davadaki tüm hak ve yükümlülüklerle sahip olmamakla birlikte kendi hak ve yükümlülükleri tarafa bağlı olduğu için yargılamaya katılmaları gerekmektedir⁷³⁹. Tüm usuli işlemler tarafça yapılabilirken, üçüncü kişiler sadece belli usuli işlemleri gerçekleştirebilirler. Aynı şekilde yükümlülükler taraf için kapsayıcı, üçüncü kişiler için ise sınırlı olarak düzenlenmiştir⁷⁴⁰.

Yargılamada üçüncü kişi olarak taraf olmayan ancak kişinin yargılamada işlem yapabilmesine imkan tanıyan davaya müdahale ve tarafın birden fazla kişi olarak birlikte veya ayrı ayrı hareket edebildiği dava arkadaşlığı kurumları incelenecektir.

B. Dava Arkadaşlığı

1. Genel Olarak

Dava arkadaşlığı konumuza iki ayrı yönden dahil olmaktadır. Öncelikle dava arkadaşlığı halinde davacı veya davalı tarafta bulunan kişilerden her biri taraftır ve bu yönüyle taraf olarak belirlenen bu kişilerin hep birlikte veya ayrı ayrı ne şekilde beyanları ile delil ikamesinde bulunabilecekleri üzerinde durulmalıdır. Diğer taraftan davacı veya davalı tarafta bulunan dava arkadaşları kendi davaları bakımından taraf olmakla birlikte dava arkadaşlarının davası

⁷³⁵ Alangoya, Dava Ortaklığı, s. 51; Pekcanitez/*Pekcanitez/Taş-Korkmaz*, C. I, s. 685; Budak/Karaaslan, § 5, kn. 4; Jauernig/Hess, § 81, kn. 1.

⁷³⁶ Willisegger, s. 93.

⁷³⁷ Willisegger, s. 101.

⁷³⁸ Staehelin, s. 4

⁷³⁹ Staehelin, s. 2.

⁷⁴⁰ Staehelin, s. 1.

bakımından üçüncü kişi olarak da nitelendirilebilmektedirler. Üçüncü kişi olarak ayrılmaları ve bu şekilde delil ikamesindeki rolleri incelenmelidir.

Dava arkadaşlığında delil ikamesi incelenirken dava arkadaşlığının amacı da dikkate alınmalıdır. Maddi hukuktan kaynaklanan bir sebeple veya hukuki uyumsuzlukların dava sebebi veya dava konusu noktalarından ortak olması nedeniyle taraf birden çok kişiden oluşmaktadır. Sübjektif hakkın sağlanabilmesi ve yükümlülüklerin belirlenebilmesi, ilgili uyumsuzluklarda tutarlı kararlar verilmesi ve usul ekonomisinin sağlanması amaçlanmaktadır⁷⁴¹. Delil ikamesi dava arkadaşlığının tesisi nedenlerinden biri olabileceği gibi dava arkadaşlığı oluşturulmasının sonuçlarından da biridir. Bunun yanında dava arkadaşlığının amacı yargılamaların beraber görülmesi olduğundan, her dava arkadaşını ilgilendiren deliller biri tarafından ikame edilse dahi hepsi için ve aynı şekilde değerlendirilmelidir. Delil ikamesinde ve delillerin değerlendirilmesinde bir birliktelik meydana gelmiş olur. Örneğin dava arkadaşlığının var olduğu yargılamada tanık veya bilirkişi dinlenilmesi gibi işlemler bir kere yapılmalıdır⁷⁴².

Alman hukukunda dava arkadaşlarının beyanlarının delil olarak ikamesinde hakimın takdirî esas alınmıştır. Buna göre dava arkadaşlarından birinin veya birkaçının ya da hepsinin isticvap edilip edilmeyeceğine hakim durumun gereğine göre karar verecektir (dZPO § 449). Hem mecburi dava arkadaşlığında hem de ihtiyari dava arkadaşlığından tüm tarafların veya birkaç dava arkadaşının isticvabında takdir yetkisi hakimindir⁷⁴³.

2. Mecburi Dava Arkadaşlığı

a. Maddi Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı

Mecburi dava arkadaşlığı maddi hukuka göre hak veya borç ortaklığının söz konusu olduğu hallerde ortaya çıkmaktadır. Bu hakkın, hak sahiplerinin hepsine karşı ileri sürülmesi veya hepsinden talep edilmesi gerektiğinden yargılamada bir birliktelik vardır. Mecburi dava arkadaşları için tek bir dava vardır ve bu davada usul işlemleri hepsi tarafından ve hepsine karşı yapılmalıdır⁷⁴⁴. İspat faaliyeti de buna dahildir ve bir dava arkadaşının getirdiği delil tüm dava

⁷⁴¹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 129; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 698; Jauernig/Hess, § 81, kn. 7.

⁷⁴² Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Staehelin/Schweizer, Art. 71, kn.15; von Holzen, Cristina, Die Streitgenossenschaft im Schweizerischen Zivilprozess, Basel-Genf-München 2006, s. 242; Pieronczyk, Anna-Katharina/Pieronczyk, Marc-Christan, Die Streitgenossenschaft gem. §§ 59 ff. ZPO, JuS 2020, 319-323, s. 319.

⁷⁴³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 124, kn. 13; Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann, § 449, kn. 2; Stein/Jonas/Berger, § 449, kn. 2.

⁷⁴⁴ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 144; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. III, İstanbul 2001, s. 3286; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 711.

arkadaşları için geçerli olacaktır⁷⁴⁵. Ancak tarafın beyanın esas alındığı delil ikamesi bakımından farklılık söz konusu olabilir. Örneğin yemin delilinin hepsi tarafından teklif edilmesi veya yerine getirilmesi gerekir⁷⁴⁶. Aynı şekilde ikrar da tüm mecburi dava arkadaşları tarafından yapıldığında sonuç doğuracaktır. Tümü tarafından yapılmayan ikrar ise takdiri delil olarak değerlendirilmelidir⁷⁴⁷. Son olarak mecburi dava arkadaşlarının hepsi aynı davada tarafı oluşturduklarından, taraf tanık olamaz ilkesi gereğince tanık olarak dinlenemezler⁷⁴⁸.

Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığında yargılamanın tek olması ve tüm dava arkadaşları için karar verilecek olması, yani tüm dava arkadaşlarının söz konusu davanın tarafı olmaları nedeniyle ancak taraf olarak beyanlarının alınması mümkündür. İsticvap konusu vakıanın tüm dava arkadaşlarında kaynaklanmadığı halde dahi bilgisine başvurulması gereken dava arkadaşları tanık olarak dinlenemezler, isticvap edilmeleri gerekir⁷⁴⁹. Hangi dava arkadaşının isticvap edileceği taraf talebine göre belirlenmelidir. Re' sen isticvapta ise hakimnin takdiri tol oynar. Ancak ikrarın sonuç doğurabilmesi için tüm dava arkadaşları tarafından yapılması gerektiğinden bir dava arkadaşının isticvapta ikrarının sonuç doğurması için diğer dava arkadaşlarının da isticvap edilmesi gerekir⁷⁵⁰.

b. Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı

Maddi hukuktan kaynaklanan bir hak veya borç ortaklığı bulunmamakla beraber usul hukukundan kaynaklanan şekli mecburi dava arkadaşlığında ilişki maddi mecburi dava arkadaşlığındaki kadar sıkı değildir⁷⁵¹. Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığında dava, dava arkadaşlarına karşı açılmak zorundayken, yargılama esnasında beraber hareket etme mecburiyeti bulunmamaktadır⁷⁵². Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlarının davaları birbirinden bağımsız olduğu için usuli işlemleri de ayrı ayrı yapabilmektedirler. Böylece dava

⁷⁴⁵ **Alangoya**, Dava Ortaklığı, s. 38 ve 131; BK ZPO/**Zuber/Gross**, Art. 70, s. 781 kn. 42.

Delil gösterilmesinin mecburi dava arkadaşlarının hepsince yapılması gerektiği, tek dava arkadaşının delil göstermesi temsil kabiliyeti bulunmadıkça kabul edilmemelidir: **von Holzen**, s. 162, aynı yönde **Ulukapı**, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 156.

⁷⁴⁶ **Ulukapı**, s. 157.

⁷⁴⁷ **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. III, s. 3328; **Ulukapı**, s. 157; Wiczorek/Schütze/**Schulze**, §62 ZPO, s. 185 kn.73; Prütting/Gehrlein/**Gehrlein**, § 62, kn. 19; **Kern**, Christoph/**Diehm**, Dirk/**Chasklowicz**, Zivilprozessordnung, Berlin 2020, §62, kn.17.

⁷⁴⁸ **von Holzen**, s. 162.

⁷⁴⁹ **von Holzen**, s. 162; Prütting/Gehrlein/**Müller-Christmann**, § 449, kn. 1; Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 449, kn. 1.

⁷⁵⁰ **Tercan**, s. 183.

⁷⁵¹ **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. III, s. 3310; Pekcanitez/**Pekcanitez/Taş-Korkmaz**, C. I, s. 705.

⁷⁵² **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. III, s. 3331; Pekcanitez/**Pekcanitez/Taş-Korkmaz**, C. I, s. 714; **Budak/Karaaslan**, § 6, kn. 10.

arkadaşları arasında ortak bir vakıa hakkında farklı sonuçlara ulaşılmamış ve farklı kararlar verilmemiş olur. İhtiyari dava arkadaşlığındaki usul geçerli olduğundan isticvap bakımından oradaki değerlendirmeler şekli bakımından mecburi dava arkadaşları için de geçerlidir.

3. İhtiyari Dava Arkadaşlığı

İhtiyari dava arkadaşlığında, tahkikatların beraber yürütülmesinin daha uygun olduğu birbiriyle ilişkili birden çok dava bulunmaktadır. Tahkikat işlemleri beraber yürütülmektedir, bu sebeple dava arkadaşları vakıalar, iddia ve savunmalar ve delillerin belirtilmesi, sunulması konusunda ortak hareket edebilirler. Bir dava arkadaşının mahkemeye getirdiği vakıa veya delil diğer dava arkadaşı için de kullanılabilir. Yapılan bir açıklamaya veya ibraz edilen bir delile diğer dava arkadaşı da katılabilir ve bu işlemler dava arkadaşları için değerlendirilir⁷⁵³. Açıkça karşı konulmadığı sürece bir dava arkadaşının gösterdiği deliller diğer dava arkadaşları için de gösterilmiş sayılır⁷⁵⁴. Kural olarak delil değerlendirilmesi beraber yapılacaktır⁷⁵⁵. Bilirkişi, tanık dinlenilmesi, keşif gibi incelemeler bir kere yapılır ve tüm dava arkadaşları için değerlendirilir⁷⁵⁶.

Davalar beraber görülmekle ve davacı veya davalı taraftaki kişiler dava arkadaşı olmakla birlikte, beraber hareket etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Her dava arkadaşının davası birbirinden bağımsızdır ve hepsi için ayrı karar verilmektedir⁷⁵⁷. Mecburi dava arkadaşlığından farklı olarak ihtiyari dava arkadaşlığında her dava arkadaşının iddia ve savunması farklı olabilir, bu iddia ve savunmalar için ikame edilen deliller de farklılaşacaktır. İspat faaliyetini her biri kendi yargılaması için geliştirebilir. Davaların bağımsızlığı sebebiyle dava arkadaşlarının usuli işlemlerinde de birbirinden bağımsızlıkları söz konusudur. Bu aynı zamanda davalar için farklı sonuçlara ulaşılması anlamına da gelebilir, kararlar farklılaşabilir⁷⁵⁸. Nitekim ihtiyari dava arkadaşları arasında her zaman menfaat birliği olmayabilir ve bu da birlikte hareket etmelerini

⁷⁵³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 139; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. III, s. 3369; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 697; Budak/Karaaslan, § 6, kn. 4; Adolphsen, s. 100 kn. 66; Saçar, s. 239.

⁷⁵⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 48, kn. 28; Holzhammer, Richard, Parteienhäufung und einheitliche Streitpartei, Wien-New York 1966, s. 122; Ulukapı, s. 224; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. III, s. 3369; Saçar, s. 239 ve 241.

⁷⁵⁵ Gottwald, Peter, Grundprobleme der Streitgenossenschaft im Zivilprozess, JA 1982, 64-71, s. 65; Jauernig/Hess, § 81, kn. 13; MüKo ZPO/Schultes, 6. Aufl. 2020, ZPO § 61 Rn. 9; Schilken, § 16, kn. 670; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 48, kn. 28-30; Prütting/Gehrlein/Gehrlein, § 61, kn. 4; Berliner Komm. ZPO/Chasklowicz, § 61, kn. 6; Wiczeorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 449, kn. 11.

⁷⁵⁶ Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s.698; Saçar, s. 254.

⁷⁵⁷ Alangoya, Dava Ortaklığı, s. 123; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 694. Davaların bağımsızlığı ilkesi; Budak/Karaaslan, § 6, kn. 4.

⁷⁵⁸ Saçar, s. 219.

imkansız kılar⁷⁵⁹. Dava arkadaşının her usuli işlemi diğer dava arkadaşı için sonuç doğurmayacaktır⁷⁶⁰.

İhtiyari dava arkadaşlığında davalar arasındaki ilişki ve aynı zamanda davaların bağımsızlığından hareketle tarafları ve hakimi bağlayan bazı usuli işlemler bakımından şu sonuca ulaşılmaktadır: İkrar, yemin teklifi, kabulü ve reddi her dava arkadaşı için ayrıdır ve ayrı değerlendirilir⁷⁶¹. İkrar sadece ikrar edeni bağlar, diğer dava arkadaşları için takdiri delil teşkil eder⁷⁶². Benzer şekilde davadan feragat, davanın kabulü ve sulh işlemleri de sadece bu işlemi gerçekleştiren dava arkadaşının davası için sonuç doğuracaktır⁷⁶³.

Bu belirlemelerden hareketle dava arkadaşlarının beyanlarının delil olarak ikamesinde birliktelik zorunluluğu bulunmamaktadır. Her bir dava arkadaşı ilgisi olduğu vakıa hakkında isticvap edilebilir. Sadece bir dava arkadaşının davasıyla ilgili vakıada diğer dava arkadaşı taraf değil üçüncü kişi konumundadır⁷⁶⁴.

Ortak vakıa ile ilgili isticvap edilecek dava arkadaşının veya arkadaşlarının belirlenmesinde isticvap talebine göre veya re' sen isticvap kararına göre belirleme yapılmalıdır⁷⁶⁵. İsticvap talebinde bulunan taraf, özellikle bir dava arkadaşının isticvabını talep etmişse bu kişi sorgulanmalıdır⁷⁶⁶. Aksi davranış, yani talep edilen taraftan farklı dava arkadaşının isticvap edilmesi taraflarca getirme ilkesini ihlal eder⁷⁶⁷. Ayrıca belli kişinin sorgulanması talep edildiğinde, re' sen diğer dava arkadaşlarının isticvabı mümkün olsa da öncelikle talep edilen tarafın sorgulanması gerektiği belirtilmiştir⁷⁶⁸. Tarafın sadece isticvap talep etmesi ancak sorgulanmasını istediği dava arkadaşını belirtmemesi veya birden çok dava arkadaşının

⁷⁵⁹ Saçar, s. 219.

⁷⁶⁰ Saçar, s. 220.

⁷⁶¹ Alangoya, Dava Ortaklığı, s. 124; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 138; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. III, s. 3363; Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz, C. I, s. 697; Budak/Karaaslan, § 6, kn. 4; von Holzen, s. 244; Kiraz, s. 91; Saçar, s. 235.

⁷⁶² Alangoya, Dava Ortaklığı, s. 124; Ulukapı, s. 213; Kiraz, s. 92; Gottwald, s. 65; von Holzen, s. 244; Thomas/Putzo/Hüßtege, § 61, kn. 12. İkrarın delil olmaması nedeniyle aksi yönde: Saçar, s. 236.

İkrarda bulunulan vakıanın senetle ispat kuralına tabi olup olmamasına göre ayırım yapılması gerektiği, senetle ispat kuralının geçerli olması halinde vakıanın diğer ihtiyari dava arkadaşları tarafından senetle ispatlanması gerektiği, senetle ispat kuralına tabi olmayan vakıa için yapılan ikrarın diğer ihtiyari dava arkadaşlarının davalarında diğer delillerle desteklenmek suretiyle değerlendirileceği belirtilmiştir: Saçar, s. 236.

⁷⁶³ Saçar, s. 228-234.

⁷⁶⁴ Bracher, kn. 87.

⁷⁶⁵ Wiczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 449, kn. 6.

⁷⁶⁶ Zöller/Greger, § 449, kn. 1; Wiczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 449, kn. 7; Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann, § 449, kn. 2; Berliner Komm. ZPO/Förster, § 449, kn. 1; Stein/Jonas/Berger, § 449, kn. 3, 4; MüKo ZPO/Schreiber, § 449, kn. 1.

⁷⁶⁷ Thomas/Putzo/Seiler, § 449, kn. 1.

⁷⁶⁸ Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann, § 449, kn. 3.

isticvabını talep etmesi halinde takdir hakkı hakimdedir⁷⁶⁹. Birden fazla dava arkadaşının isticvabı talep edildiğinde tanık delilinde olduğu gibi kanaatin oluşması ile talep edilen tüm dava arkadaşlarının isticvabı tamamlanmayabilir⁷⁷⁰. Elbette hakimin gerek görmesi halinde ek olarak diğer dava arkadaşlarının re' sen isticvabına karar vermesi mümkündür⁷⁷¹.

Re' sen isticvaba karar verilmesi halinde hangi dava arkadaşının veya arkadaşlarının sorgulanacağına hakim serbestçe karar verir⁷⁷². İsticvabı talep edilen dava arkadaşlarından hangisinin isticvap edileceği veya re' sen isticvapta hangi dava arkadaşlarının isticvap edileceği takdir edilirken dikkat edilecek husus vakıa ile ilgili bilgiyi en iyi sağlayabilen tarafların sorgulanmasıdır⁷⁷³. Yargılamadaki güvenilirlikleri de dikkate alınabilecek kriterlerden biri olabilir⁷⁷⁴.

İsticvap edilen dava arkadaşlarının beyanları kendileri için sonuç doğuracaktır. Tarafın ikrarda bulunması halinde ikrar, yalnızca isticvap sırasında ikrarda bulunan dava arkadaşı için geçerlidir. Ancak ilgisi olduğu ölçüde diğer dava arkadaşları için emare niteliği taşıyabilir ve delillerin değerlendirilmesinde diğer dava arkadaşları için dikkate alınabilir⁷⁷⁵. Önemli olan delil ikamesinin ve delil değerlendirmesinin tekliğinden hareketle isticvap neticesinde dava arkadaşları için farklı sonuçlara ulaşılmamasıdır⁷⁷⁶.

İhtiyari dava arkadaşı, diğer dava arkadaşının davası açısından üçüncü kişidir ve üçüncü kişinin yapabileceği işlemleri gerçekleştirebilir⁷⁷⁷. Alman mahkemesi kararları dava arkadaşlığında dava arkadaşının tanık olarak dinlenemeyeceği yönündedir⁷⁷⁸. Vakıanın sadece bir dava arkadaşının davasıyla ilgili olması halinde tanıklık yapılabileceği görüşü ise doktrinde baskındır⁷⁷⁹. Sadece isticvaba tabi olmayan kişiler, yani taraf olmayanlar tanık olarak

⁷⁶⁹ Musielak/Voit/**Huber**, § 449, kn. 2; Thomas/Putzo/**Seiler**, § 449, kn. 1; Berliner Komm. ZPO/**Förster**, § 449, kn. 1; Stein/Jonas/**Berger**, § 449, kn. 3, 4; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 449, kn. 1.

⁷⁷⁰ Thomas/Putzo/**Seiler**, § 449, kn. 1.

⁷⁷¹ Stein/Jonas/**Berger**, § 449, kn. 4; Wiczorek/Schütze/**Völmann-Stickelbrock**, § 449, kn. 8.

⁷⁷² Thomas/Putzo/**Seiler**, § 449, kn. 1.

⁷⁷³ Prütting/Gehrlein/**Müller-Christmann**, § 449, kn. 2; Stein/Jonas/**Berger**, § 449, kn. 2; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 449, kn. 2.

⁷⁷⁴ Wiczorek/Schütze/**Völmann-Stickelbrock**, § 449, kn. 9.

⁷⁷⁵ Musielak/Voit/**Weth**, § 61, kn. 6; **Lindacher**, Walter F., Die Streitgenossenschaft, JuS 1986 Heft 5, 379-384, s. 381.

⁷⁷⁶ MüKo ZPO/**Schreiber**, § 449, kn. 3.

⁷⁷⁷ **Alangoya**, Dava Ortaklığı, s. 127; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 138; **Pekcanitez/Pekcanitez/Taş-Korkmaz**, C. I, s. 698; **Holzhammer**, Parteienhäufung, s. 122; **Gottwald**, s. 65.

⁷⁷⁸ MüKo ZPO/**Schultes**, § 61, kn. 8; Musielak/Voit/**Weth**, § 61 kn. 5; **Schilken**, § 16, kn.671.

⁷⁷⁹ MüKo ZPO/**Schultes**, § 61 Rn. 8; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 449, kn. 1; **Zöller/Althammer**, §61, kn. 4; Wiczorek/Schütze/**Schulze**, § 61, kn. 33; **Schilken**, § 16, kn.671; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 124, kn. 14; Prütting/Gehrlein/**Müller-Christmann**, § 449, kn. 1; **Adolphsen**, s. 100 kn.66; Berliner Komm. ZPO/**Chasklowicz**, § 61, kn. 3; **Grunsky/Jacoby**, s. 113 kn. 347; **Braun**, s. 1076; **Pieronczyk/Pieronczyk**, s. 321;

dinlenebilir düşüncesi ile bu sonuca ulaşılmıştır⁷⁸⁰. Aksi görüşe göre ise sınırlama olmaksızın dava arkadaşlarının tanık olarak dinlenebileceği kabul edilmektedir⁷⁸¹. Bu kanaat dava arkadaşının kendi yargılaması için taraf olduğu, ancak diğer dava arkadaşının yargılamasında taraf olmadığı tespitine dayanmaktadır.

İsviçre hukukunda da ihtiyari dava arkadaşlarının taraf olmaları sebebiyle tanık olarak dinlenemeyecekleri belirtilmiştir, sadece diğer dava arkadaşının davasıyla ilgili vakıa için tanık olarak dinlenebileceği baskın görüştür⁷⁸².

Hukukumuzda da ortak olan vakıalar için tanıklık yapılması kendi davasında tanıklık yapmak gibi değerlendirildiğinden reddedilmektedir⁷⁸³. Ortak olmayan vakıalar için ise dava arkadaşı tanık olarak dinlenebilir⁷⁸⁴.

Dava arkadaşının kendi davasında asla tanık olarak dinlenilemeyeceği görüşü karşısında, bu durumu yararına kullanmak isteyen davacının dava arkadaşlarına karşı açtığı davada, davalıların birbiri için tanık olmalarına engel olması amacına dikkat çekilmiştir⁷⁸⁵. Bu eleştiri, ispat güçlüğüne olduğu hallerde, hakim tarafı isticvap ederek veya davaları ayırarak çözüm bulacağının söylenmesi ile bertaraf edilmeye çalışılmıştır⁷⁸⁶.

Dava arkadaşının ortak vakıa için tanık olarak dinlenemeyeceği görüşü kabul edildiği takdirde, bu dava arkadaşının beyanlarının isticvap ile mi alınacağı yoksa beyanda bulunmasının mümkün olup olmadığı konusu üzerinde durulmalıdır. Kendi davasında elbette taraf olarak isticvap kapsamında beyanda bulunabilecektir. Ancak diğer dava arkadaşı bu beyandan yararlanmak istediğinde ve tanıklık imkanı olmadığına hangi yola başvurulabilir?

Tarafın kendi davası için de ortak olan bir vakıa hakkında tanık olarak dinlenilmesi, kendi davası için tarafsız olmayan beyanda bulunacağı ve davasını etkileyeceği endişesi ile

Musielak/Voit/*Weth*, § 61, kn. 5; *Jauernig/Hess*, § 81, kn. 9; Thomas/Putzo/*Seiler*, § 449, kn. 1; Zöllner/*Greger*, § 449, kn. 1; Musielak/Voit/*Huber*, § 373, kn. 8.

⁷⁸⁰ Wiczorek/Schütze/*Schulze*, § 61, kn. 33.

⁷⁸¹ *Gottwald*, s. 65; *Lindacher*, s. 381; *Holzhammer*, Parteienhäufung, s. 122 vd.; *Grunsky*, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974, s. 65.

⁷⁸² *Guldener*, Ziviprozessrecht, s. 340 ve 341; *von Holzen*, s. 243; BK ZPO/*Zuber/Gross*, Art. 71, kn. 21; *Frank/Sträuli/Messmer*, § 157, kn. 5.

⁷⁸³ *Saçar*, s. 253.

⁷⁸⁴ *Alangoya*, Dava Ortaklığı, s. 127; *Postacioğlu*, s. 290 (Vakıa kendi davasına ilişkin olan dava arkadaşının yeminsiz dinlenilmesi gerektiği görüşündedir.); *Üstündağ*, s. 362; *Ulukapı*, s. 214; *Tercan*, s. 186.

⁷⁸⁵ *Geiger*, Jürg, Streitgenossenschaft und Nebenintervention unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Zivilprozeßrechtes, Aarau 1969, s. 62;

⁷⁸⁶ MüKo ZPO/*Schultes*, §61 Rdn. 8; Musielak/Voit/*Weth*, § 61, kn. 5; *Schilken*, § 16, kn. 671; Prütting/Gehrlein/*Gehrlein*, § 61, kn. 7.

reddedilmektedir. Tarafın bu durumda sadece isticvap edilme imkanı bulunmaktadır ve beyanları ancak bu şekilde dikkate alınabilmektedir. İhtiyari dava arkadaşlığında yargılamaların ortak yürütülmesi sebebiyle delil ikamesi ve delil değerlendirilmesinin beraber yapılacağını belirtmiştik. Aynı vakıa ile ilgili aynı kişinin isticvap beyanı ve tanık beyanının bulunması, bunların değerlendirilmesi hususunda zorluk meydana getirebilir. Fakat delillerin değerlendirilmesi aşaması dikkate alınarak tarafın diğer davada tanık olmasını engellemenin dayanağı bulunmamaktadır. Tarafın dava arkadaşının yargılamasında sınırlanmadan tanık olarak dinlenilmesi görüşünde de belirtildiği gibi bu tanık olabilme kabiliyeti ile ilgili değil, delillerin değerlendirilmesi ile ilgili bir husustur⁷⁸⁷. Hukuki yararının bulunması, tanık olmasını engellemez, bu ancak beyanın güvenilirliği ile ilgili bir sonuç doğurabilir. Dava arkadaşlığı söz konusu olmasaydı da zaten taraf o davada tanık olarak dinlenebilecekti. Yukarıda aksi görüşte de ifade edildiği gibi tarafın tanık olarak dinlenilmesi yargılama birliği bakımından sorun yaratmaktaysa davalar ayrılarak görülebilir. En nihayetinde şekli taraf kavramından yola çıkıldığında taraf, dava arkadaşının davası bakımından “taraf” olarak değil üçüncü kişi olarak kabul edilmektedir⁷⁸⁸ ve üçüncü kişi tanık olarak dinlenilmelidir. Beyan konusu vakıanın kendisi için de ispat konusu olması, hukuki yararının bulunması tanık olmasını engellemez, zira taraf dava arkadaşının davasında taraf değildir ve taraf olmayan kişi tanık olarak dinlenir (HMK m. 240). Sınırlamaya tabi olmaksızın dava arkadaşı diğer dava arkadaşının davasında tanık olarak dinlenebilmelidir⁷⁸⁹.

Görüşümüz bu olmakla birlikte aynı kişinin aynı vakıa hakkında hem taraf olarak isticvap edilerek hem de tanık sıfatıyla beyanlarının mükerreren alınması usul ekonomisi bakımından sakıncalı görünmektedir. Kısıtlama olmadan tanık olabileceği kabul edildiğinde taraf olarak isticvap beyanı ve tanık olarak beyanı arasında bir fark kalmayacaktır, zira dava arkadaşlığında delil ikamesi ve değerlendirilmesinde bir birliktelik söz konusudur. Aynı vakıa hakkında aynı kişinin tanık ve isticvap şeklinde iki kere beyanının alınmasında bir yarar bulunmamaktadır. Tarafın isticvap edilmesi ile vakıa ile ilgili delil elde edilmiş olacaktır, delillerin beraber değerlendirilmesi gereği de isticvap ile elde edilen bilgiler diğer dava arkadaşı için kullanılabilir. İsticvap edilse dahi, bu isticvap ile ikrar elde edilmesi halinde ikrar diğer dava arkadaşı için takdiri delil teşkil eder.

⁷⁸⁷ **Lindacher**, s. 381; **Holzhammer**, Parteienhäufung, s. 124; **Gottwald**, s. 65.

⁷⁸⁸ **Holzhammer**, Parteienhäufung, s. 123.

⁷⁸⁹ **Holzhammer**, Parteienhäufung, s. 122 vd.; **Gottwald**, s. 65; **Lindacher**, s. 381; **Grunsky**, Grundlagen des Verfahrensrechts, s. 65.

Tarafın vakıa ile ilgili bilgisinin sadece isticvap ile edinileceği kabul edildiğinde, tanık olması dışlandığında, bu beyanın diğer dava arkadaşının yargılamasında ne şekilde kullanılacağı sorun teşkil eder. Dava arkadaşının yargılamasında taraf değildir, tanık olması da kabul edilmemiştir. Dava arkadaşının kendi davası için isticvap edilmediği halde, dava arkadaşının davasında tanık olarak da dinlenememesi sebebiyle beyanları alınamayacaktır. Tek çare davaların ayrılması olarak görülmektedir ancak bu da ihtiyari dava arkadaşlığı kurumunun amacını boşa çıkarmaktadır. Bu nedenle tarafın isticvabının talep edilmediği veya re' sen isticvap edilmediği hallerde dava arkadaşı bu tarafı tanık olarak gösterebilmelidir. Son olarak ayrı ilerletilen yargılamalarda izin verilen husus, yani bu kişinin tanıklığı, dava ortaklığı halinde yasaklanamaz⁷⁹⁰.

C. Davaya Müdahale

1. Fer'i Müdahale

Görülmekte olan davanın sonucundan etkilenecek olan üçüncü kişinin, davayı kazanması yararına olacak tarafın yanında yargılamaya katılmasına olanak veren kurum fer'i müdahilliktir⁷⁹¹. Davada taraf olamayan ancak dava sonucu kendisini etkileyecek olan üçüncü kişi, yardımcı olarak yargılamada yerini alır. Fer'i müdahil davada taraf değildir, hakkında karar verilmez (m. 69/1). Taraf olarak yargılamada yer almamaktadır zira kendi adına, kendi hakkı için bir hukuki koruma talep etmemektedir⁷⁹². Sadece yardımcı sıfatıyla, üçüncü bir kişi olarak yargılamada bulunmaktadır⁷⁹³. Fer'i müdahil taraf ve tarafın temsilcisi olmadığı için

⁷⁹⁰ **Holzhammer**, Parteienhäufung, s. 124.

⁷⁹¹ **Pekcanitez**, Hakan/**Meriç**, Nedim, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, İstanbul 2020, s. 58; **Postacioğlu**, s. 305-306; **Üstündağ**, s. 375; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 151; **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. IV, İstanbul 2001, s. 3451; **Pekcanitez/Atalı**, C. I, s. 717; **Budak/Karaaslan**, § 6, kn. 17, **Tanrıver**, C. I, s. 604; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 50, kn.1; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Staehelin/Schweizer**, Art. 74, kn. 1.

⁷⁹² **Pekcanitez/Meriç**, s. 23; **Senn**, Daniel, Die Beteiligung wirkungsbetroffener Dritter im Zivilprozess dargestellt am Beispiel der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen gemäss Art. 706 f. OR, Schulthess Juristische Medien AG., s. 66 kn. 96; **Musielak/Voit/Weth**, § 67, kn. 2; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 50, kn. 2.

⁷⁹³ **Pekcanitez/Meriç**, s. 57; **Postacioğlu**, s. 312; **Önen**, s. 76; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 156; **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. IV, s. 3468; **Budak/Karaaslan**, § 6, kn. 24; **Tanrıver**, C. I, s. 608; **Staehelin**, s. 2; **Willisegger**, s. 101; **MüKo ZPO/Schultes**, § 67, kn. 2; **Musielak/Voit/Weth**, ZPO §66, kn.1; **Wieczorek/Schütze/Mansel**, § 67, kn. 2; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 50, kn. 31; **Jauernig/Hess**, § 83, kn. 3; **Braun**, s. 1086; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Staehelin/Schweizer**, Art. 76, kn. 1; **BK ZPO/Zuber/Gross**, Art. 76, kn. 1; **Gehri**, Myriam A./**Jent-Sørensen**, Ingrid/**Sarbach**, Martin/**Morf**, ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Verlag AG 2015, Art. 74, kn. 1. Fer'i müdahilin taraf olarak anılmamasının yanında, kurumun hüküm ve sonuçlarının bunu desteklememesi nedeniyle üçüncü kişi olarak da anılamayacağına dair bkz. **Senn**, s. 66 kn. 96.

usuli işlemleri kendi adına gerçekleştirmektedir ancak işlemlerin etkileri taraf için doğmaktadır⁷⁹⁴.

Fer'i müdahillik en başta davanın kazanılmasında yararı bulunan üçüncü kişinin hukuki dinlenilme hakkını gerçekleştirme amacı taşımaktadır⁷⁹⁵. Fer'i müdahilin yargılamada teşkil ettiği konum davada gerçeğe ulaşılmasını kolaylaştırabilmekte ve adil, tutarlı kararlara ulaşılmasına yardımcı olmakta, ayrıca usul ekonomisine katkı sağlamaktadır⁷⁹⁶. Hukuki uyuşmazlığın fer'i müdahil ile ilgili olması nedeniyle, ispat faaliyetinin kolaylaştırılması ve gerçeğe ulaşılması için üçüncü kişinin yardımı yararlı olacaktır. Özellikle bazı davalarda anlaşmaların veya işle ilgili diğer belgelerin veya bilginin taraftan ziyade fer'i müdahilde bulunduğu görülmektedir.

Fer'i müdahil, tarafın dava takip yetkisini kullanmaktadır ve tarafın yapacağı usuli işlemleri tek başına yapabilir⁷⁹⁷. İddia ve savunma vasıtalarını kullanabilir, delil ikame edebilir, gösterilen delillere itiraz edebilir⁷⁹⁸. Davayla ilgili tasarruf sonucu doğuran işlemler fer'i müdahil tarafından yapılamaz.⁷⁹⁹

Fer'i müdahilin hukuki dinlenilme hakkının gerçekleştirilmesi ve davanın karara bağlanması için yararı bulunan üçüncü kişinin yargılamaya katılması ve delil ikame edebilmesi olanakları verildiği görüyoruz. Yargılamada taraf olmayan ancak katılan bu üçüncü kişinin beyanlarına hangi şekilde ulaşılacak ve davada değerlendirmeye alınabilecektir? Türk hukukunda ve Alman hukukunda fer'i müdahilin taraf olmaması, taraf yardımcısı olması nedeniyle isticvap edilemeyeceği ancak tanık olarak dinlenebileceği savunulmaktadır.⁸⁰⁰ Fer'i

⁷⁹⁴ Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 67, kn. 8; *Adolphsen*, s. 314 kn. 5.

⁷⁹⁵ MüKo ZPO/*Schultes*, § 66, kn. 1; Musielak/Voit/*Weth*, § 66, kn. 1; BeckOK ZPO/*Dressler* § 67, kn. 4; Zöller/*Althammer*, § 67, kn. 2.

⁷⁹⁶ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Stachelin/Schweizer*, Art. 74, kn. 6; BK ZPO/*Zuber/Gross*, Art. 74, kn. 3; MüKoZPO/*Schultes*, § 66, kn.1; Musielak/Voit/*Weth*, § 66, kn. 1; BeckOK ZPO/*Dressler* § 66, kn. 1; Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 66, kn. 4.

⁷⁹⁷ *Pekcanitez/Meriç*, s. 278 vd.; *Üstündağ*, s. 379; *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 156; *Kuru*, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. IV, s. 3469; *Pekcanitez/Atalı*, C. I, s. 730; *Stachelin*, s. 69; OFK ZPO/*Morf*, Art. 74, kn. 11; MüKo ZPO/*Schultes*, § 67, kn. 6; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 50, kn. 32.

Fer'i müdahil ile tarafın yaptığı işlemlerin birbirinden bağımsız olduğu, birbirinden bağımsız olarak sonuç doğurdukları görüşü, davada tarafın ikileştirmesi ve fer'i müdahillik kurumunun amacının bu olmaması nedeniyle reddedilmiştir: Wieczorek/Schütze/*Mansel*, § 67, kn.2.

⁷⁹⁸ *Pekcanitez/Meriç*, s. 280; MüKo ZPO/*Schultes*, § 67, kn. 5; Thomas/Putzo/*Hüßtege*, § 67, kn. 6; *Schilken*, § 17, kn. 697; *Jauernig/Hess*, § 83, kn. 12; *Üstündağ*, s. 378-379; *Guldener*, Ziviprozessrecht, s. 330.

⁷⁹⁹ *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 156; *Kuru*, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. IV, s. 3471; *Pekcanitez/Atalı*, C. I, s. 732; *Budak/Karaaslan*, § 6, kn. 24; *Umar*, s. 250; *Stachelin*, s. 70; MüKo ZPO/*Schultes*, § 67, kn. 14.

⁸⁰⁰ *Pekcanitez/Meriç*, s. 349; *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 151; *Tercan*, s. 188; MüKo ZPO/*Schultes*, § 67, kn. 3; Musielak/Voit/*Weth*, § 67, kn. 2; Zöller/*Althammer*, § 67, kn. 1; Thomas/Putzo/*Hüßtege*, § 67, kn.

müdahilin hukuki yararının bulunması tanık olmasına engel değildir⁸⁰¹, dava arkadaşlığında belirttiğimiz üzere bu ancak delillerin değerlendirilmesinde önem taşımaktadır⁸⁰².

İsviçre hukukunda ispat faaliyeti kapsamında fer'i müdahilin beyanları, davanın tarafı karşı çıkmadıkça tarafın beyanları gibi kabul edilmektedir⁸⁰³. Fer'i müdahilin beyanlarının tarafsız olamayacağı ve taraf beyanı gibi değerlendirileceği için tanık olarak dinlenemeyeceği, taraf isticvabına tabi olacağı baskın görüştür⁸⁰⁴. Fer'i müdahilin tanık olarak dinlenilmesi mümkün görülmemektedir⁸⁰⁵. Fer'i müdahilin beyanlarına tarafça karşı çıkılması halinde ise bu beyanlar dikkate alınmayacaktır⁸⁰⁶. Aksi görüşe göre ise tarafın ve fer'i müdahilin birbiriyle uyuşmayan beyanları hakim tarafından serbestçe değerlendirilebilir⁸⁰⁷. Bu görüş aynı zamanda fer'i müdahilin ikrarının da serbestçe değerlendirilebileceğini belirtmektedir⁸⁰⁸. Diğer bir fikre göre fer'i müdahil ispat konusu vakıayı ikrar ederek ispat konusu olmaktan çıkaramaz⁸⁰⁹. Sonuç olarak fer'i müdahilin taraf beyanı ile delil ikamesi İsviçre hukukunda isticvap vasıtasıyla olmaktadır⁸¹⁰.

Alman hukukunda fer'i müdahilin yargılamadaki durumunu belirleyen dZPO § 67'ye eklenen ve 01.01.2020'de yürürlüğe giren cümle ile dZPO § 141 ve § 278/3'ün fer'i müdahil için de geçerli olduğu düzenlenmiştir⁸¹¹. Bu cümle ile mahkemeye fer'i müdahilin dava ile ilgili açıklamada bulunması için davet edilmesine imkan tanınmıştır⁸¹². Buna göre tarafın açıklama ödevini yerine getirmek için tarafların dinlenilmesine riayet yükümlülüğü, fer'i müdahil için de mevcuttur. Öneride açıklandığı üzere vakıanın açıklanmasının kolaylaştırılmasının sağlanması

5a; **Schilken**, § 17, kn. 697; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 50, kn. 31; **Prütting/Gehrlein/Gehrlein**, § 67, kn. 1; **Jauernig/Hess**, § 83, kn. 17; **Berliner Komm. ZPO/Chasklowicz**, § 67, kn. 2.

⁸⁰¹ **Tercan**, s. 189.

⁸⁰² **Pekcanitez/Meriç**, s. 349.

⁸⁰³ **Stahelin**, s. 78; **DIKE Komm. ZPO/Müller**, Art. 191, kn. 8; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Stahelin/Schweizer**, Art. 76, kn. 30.

⁸⁰⁴ **DIKE Komm. ZPO/Göksu**, ZPO Art. 76, kn. 2; **Stahelin**, s. 78; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Stahelin/Schweizer**, Art. 76, kn. 31.

Aynı zamanda baştan bir beyan sahibinin güvenilir olmadığına karar verilemeyeceğine dair mahkeme kararı için bkz. BGer. 4P.254/2005 E. 4.2 (Swisslex).

⁸⁰⁵ **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Stahelin/Schweizer**, Art. 76, kn. 30; **BK ZPO/Zuber/Gross**, Art. 74, kn. 30; **DIKE Komm. ZPO/Göksu**, Art. 76, kn. 2; **Frank/Sträuli/Messmer**, § 157, kn. 5; **BSK ZPO/Graber**, Art. 75, kn. 13.

⁸⁰⁶ **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Stahelin/Schweizer**, Art. 76, kn. 30.

⁸⁰⁷ **BK ZPO/Zuber/Gross**, Art. 74, kn. 31; **DIKE Komm. ZPO/Göksu**, Art. 76, kn. 16.

⁸⁰⁸ **BK ZPO/Zuber/Gross**, Art. 76, kn. 19.

⁸⁰⁹ **DIKE Komm. ZPO/Göksu**, Art. 76, kn. 16.

⁸¹⁰ **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Stahelin/Schweizer**, Art. 76, kn. 31; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Weibel/Walz**, Art. 191-192, kn. 9; **Frank/Sträuli/Messmer**, § 151, kn. 7; **BSK ZPO/Graber**, Art. 75, kn. 13.

⁸¹¹ Bundesgesetzblatt Teil I 2019 Nr. 50 vom 19.12.2019, s. 2633 Artikel 2.

⁸¹² **BeckOK ZPO/Dressler**, § 67, kn. 21.

amaçlanmıştır. Uygulamada özellikle inşaat ve mimarlık sözleşmelerinde taraftan ziyade fer'i müdahilin cevap verebileceği soruların yönlendirilebilmesi için gereksinim oluşmuştur⁸¹³. Ancak bu düzenleme ile fer'i müdahilin hukuki durumunda veya hak ve yetkilerinde bir değişiklik olmadığı vurgulanmıştır⁸¹⁴. Bu düzenleme ile tarafların dinlenilmesinin, isticvap delilinin ikamesi yerine geçmesinin kolaylaştırılması sebebiyle eleştirilmiştir⁸¹⁵.

Görüldüğü gibi İsviçre'de fer'i müdahil beyanlarının isticvap vasıtasıyla, Alman hukukunda ise tanıklığın yanında tarafın dinlenilmesi yoluyla edinilmesi imkanları bulunmaktadır. Kanaatimizce bu imkanların geliştirilmesinin sebebi fer'i müdahilin beyanları ile davanın aydınlatılmasını kolaylaştırmak ve taraf fer'i müdahili tanık göstermese dahi hakim in re' sen fer'i müdahili dinleyebilmesini sağlamaktır. Fer'i müdahilin katılmasından önceki işlemlere müdahale edememesi ve katıldığı andan itibaren işlem yapabilmesi sebebiyle tanık olarak dinlenilmesi talep edilmedikçe hukuki dinlenilme hakkını gerçekleştirmesi kendi inisiyatifinde değildir. Her ne kadar katıldığı andan önceki işlemler bakımından fer'i müdahil etkisinin doğmayacak olsa da⁸¹⁶ beyanlarını kendi isteği ile veya re' sen hakimce yargılamaya dahil edecek bir çözümün bulunması hukukumuz bakımından da gereklidir.

2. Asli Müdahale

Asli müdahale, üçüncü kişinin devam eden davaya katılması değil, hukuki korunma talebini halihazırda görülmekte olan bir davanın taraflarına karşı ayrı bir davayla ancak aynı mahkemede talep etmesidir⁸¹⁷. İki davanın aynı mahkemede ve eş zamanlı görülmesi⁸¹⁸ ile yargılama kolaylaşmakta ve tutarlı kararların verilmesi sağlanmaktadır⁸¹⁹.

Bu kurumda gerçek anlamda bir müdahaleden bahsedemeyiz, zira üçüncü kişi hali hazırdaki davaya katılmamaktadır ve sadece müdahale davasında taraf olarak yer almaktadır⁸²⁰. Asli

⁸¹³ https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2019/0301-0400/366-19.pdf?__blob=publicationFile&v=1, s. 13; Musielak/Voit/*Weth*, § 67, kn. 3a.

⁸¹⁴ Musielak/Voit/*Weth*, § 67, kn. 3b.

⁸¹⁵ Zöller/*Althammer*, § 67, kn. 1.

⁸¹⁶ Usuli işlemleri davaya katıldığı andan itibaren yapabilmesi, önceki işlemlere itiraz edememesi ve değiştirememesi yanında tarafın itiraz ettiği işlemleri gerçekleştirememesi, fer'i müdahilin hukuki dinlenilme hakkının gerçekleştirilmesine engel teşkil etmektedir: *Senn*, s. 71, kn. 102.

⁸¹⁷ *Stachelin*, s. 140; *Wieczorek/Schütze/Mansel*, § 64, kn. 1; *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 157; *Pekcanitez/Atalı*, C. I, s. 767; *Yılmaz*, C. II, s. 1938; *Kodakoğlu*, Mehmet, Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale, Ankara 2018, s. 31.

⁸¹⁸ *Yılmaz*, C. II, s. 1954.

⁸¹⁹ *Stachelin*, s. 140; *Pekcanitez/Atalı*, C. I, s. 768.

⁸²⁰ *Pekcanitez/Atalı*, C. I, s. 716, BeckOK ZPO/*Dressler*, § 66, kn. 2.

müdahil taraf yardımcısı değil, bizzat taraf olmaktadır⁸²¹. Ancak ilk davanın tarafı olmadığı için bu dava bakımından üçüncü kişi konumundadır. Bu nedenle ilk dava bakımından tanık olarak dinlenilmesi mümkündür⁸²². Asli müdahilin beyanları ilk dava için tanık sıfatıyla alınmakla birlikte müdahale davasında isticvap kapsamında alınmalıdır.

Buna karşılık ilk davanın tarafları hem ilk davada hem de müdahale davasında taraf olduklarından, beyanları ancak taraf olarak yani isticvap vasıtasıyla alınabilir⁸²³. Asli müdahale davası açısından şekli dava arkadaşı olduklarından ayrı ayrı isticvap edilebilirler⁸²⁴.

3. İhbar

İhbar neticesinde üçüncü kişi davaya fer'i müdahil olarak katılabilir. Bu nedenle fer'i müdahillikte yapılan açıklamalar burası için de geçerlidir.

⁸²¹ **Stahelin**, s. 140; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 158; **Önen**, s. 74.

⁸²² **Wieczorek/Schütze/Mansel**, § 64, kn. 51; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Stahelin/Schweizer**, Art. 73, kn. 59; **BSK ZPO/Graber**, Art. 73, kn. 22.

⁸²³ **Stahelin**, s. 153.

⁸²⁴ **Kodakoğlu**, s. 217.

§ 5. İSTİCVABIN KONUSU

I.Genel Olarak

Taraf beyanının takdiri deliller kapsamında edinilmesinin isticvap vasıtasıyla olacağını kabul ettiğimizden, ispat faaliyeti içinde yer alan isticvabın konusu ispatın konusu ile örtüşmektedir. Bu bakımdan ispatın konusu olarak belirlenen karar için önemli ve çekişmeli vakıalar isticvabın da konusunu oluşturmaktadır.

HUMK m. 230/2 isticvabın konusunu “*İsticvap müddeabihe veya onunla münasebeti olan hallerde vâkıalara taallûk etmek icap eder.*” düzenlemesi ile dava konusu veya onunla ilişkisi olan vakıalar olarak belirlemiştir. Ancak dava konusu olarak kabul ettiğimiz talep sonucu ile ilgili taraf beyanlarının alınması ispat amacı taşımamaktadır. Talep sonucuyla ilgili taraf açıklamaları ancak tarafların dinlenilmesi kapsamında, eksik veya çelişkili hususların tamamlanması ve aydınlatılması amacıyla alınabilir⁸²⁵. Bu açıdan HMK ile isticvabın konusunun davanın temelini oluşturan vakıalar, yani talep sonucunun dayandırıldığı vakıalar olarak belirlenmesi daha isabetli bir düzenleme olmuştur (m. 169/2).

Davanın temelini oluşturan vakıaların yanında onunla ilişkisi bulunan hususlar da isticvabın konusu kapsamında sayılmıştır. Kanaatimizce bu ifade ile yardımcı vakıalar/emare vakıalar kastedilmektedir. Ancak bunun ayrıca belirtilmesine gerek bulunmamaktadır, zira ispatın konusunu vakıa iddiasını muhtemel gösterecek yardımcı vakıalar da oluşturmaktadır.

İsticvap ispat faaliyetine dahil olduğundan konusunu ancak vakıaların oluşturması gerekir⁸²⁶. Bunun dışında deliller, talep sonucu veya açık olmayan veya çelişki bulunan vakıa iddiaları ile ilgili bilgi alınmak istendiğinde başvurulacak kurum hakimin aydınlatma ödevi kapsamında tarafların dinlenilmesidir. Yabancı hukuk gibi hakimin re’ sen uygulaması gereken unsurlarda ise Kanun’un ifadesi ile tarafların yardımına başvurulabilir.

Doktrinde isticvabın konusunun sadece tarafın aleyhine olan vakıalar olabileceği ifade edilmektedir⁸²⁷. Yukarıda belirttiğimiz üzere kurumun niteliği ve Kanundaki düzenleme uyarınca bunun kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz⁸²⁸.

⁸²⁵ Tercan, s. 113.

⁸²⁶ Stein/Jonas/Berger, § 445, kn. 3.

⁸²⁷ Kuru, C. I, s. 603.

⁸²⁸ Bkz. § 1 II 2.

II. Vakıalar

Kural olarak ispatın konusunu karar için önem taşıyan (uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek, karar verilirken dikkate alınması gereken vakıalar) ve çekişmeli vakıalar oluşturmaktadır (m. 187/1)⁸²⁹. Vakıa geçmişte meydana gelen, halihazırda meydana gelmekte olan ve devam eden veya gelecekte meydana gelecek, dış dünyadaki somut veya insanın iç dünyasındaki soyut (bilgi, istek, vb.) durumlardır⁸³⁰. Bu durumların görünümü; somut varlık teşkil eden durumlar ile, insani duygular ve ruh durumu, geçmişe yönelik varsayımsal çıkarımlar, durum kompleksinin içindeki münferit vakıa ile ilgili özet, negatif vakıalar ve imkansız vakıalar şeklinde olabilir⁸³¹.

Vakıanın devam etmesi halinde geçmişte olup bitmiş vakıadan farklı olarak keşif gibi araçlarla müşahade edilmesi mümkündür⁸³². Geçmişteki vakıa da keşfin konusu olmakla birlikte hakimin tanıklık ettiği, vakıanın kendisinden ziyade izleridir ve vakıayı gösteren bilgilerdir. Geçmişte gerçekleşmiş olan ve somut olarak kavranabilen vakıalar ispatın konusunu oluşturmakla birlikte gelecekte meydana gelebilecek ancak geçmişteki vakılardan yola çıkılarak saptanabilecek vakıalar da ispatın konusunu oluşturabilir. Satılmamış, satılmayacak bir işletmenin satış değerinin belirlenmesi⁸³³ veya kanun hükümlerinden yola çıkılarak haksız fiil neticesinde ileride mahrum kalınacak gelirin belirlenmesi örnek olarak verilebilir⁸³⁴.

Vakıa dış dünyaya yönelik olabileceği gibi içsel de olabilir⁸³⁵. Soyut vakıaların ispatlanabilmesi için ifade edilmeleri gerekir, zira duysal olarak algılanabilir olmaları için ifade edilmelidirler⁸³⁶. Somut vakıalar doğrudan veya dolaylı olarak ispatlanabilir. İçsel vakıaların ne şekilde ispatlanacağı konusunda sadece taraf açıklaması ve isticvap ile doğrudan

⁸²⁹ İspatın konusunun “olay” olarak ifadesi için bkz. **Umar/Yılmaz**, s. 19.

⁸³⁰ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 150, kn. 7-8; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 112, kn. 3; **Jauernig/Hess**, § 49, kn. 27; Thomas/Putzo/**Seiler**, Vorb. § 284, kn. 13; MüKo ZPO/**Prütting**, § 284, kn. 41; Prütting/Gehrlein/**Laumen**, § 284, kn. 7; OFK ZPO/**Schmid**, Art. 150, kn. 1; Baker & McKenzie/**Passadelis**, Schweizerische Zivilprozessordnung, Stämpfli Verlag AG 2010, Art. 150, kn. 2; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 306; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 463.

⁸³¹ Musielak/Voit/**Foerste**, § 284, kn. 2; MüKo ZPO/**Prütting**, § 284, kn. 41; Prütting/Gehrlein/**Laumen**, § 284, kn. 7.

⁸³² **Gürdoğan**, Burhan, Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakıa ve Hukuk AÜSBF Dergisi, Y. 1956 C. 11 S. 3, 258-285, s. 261.

⁸³³ **Groner**, Roger, Beweisrecht – Beweise und Beweisverfahren im Zivil – und Strafrecht, Stämpfli Verlag AG 2011, s. 2.

⁸³⁴ Mevcut olmamaları nedeniyle bunların vakıa olarak nitelendirilemeyeceği ve tespitin konusu olamayacağı yönünde bkz. **Gürdoğan**, s. 262.

⁸³⁵ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 306; **Gürdoğan**, s. 260; MüKo ZPO/**Prütting**, § 284, kn. 41.

⁸³⁶ **Arens**, Peter/**Lüke**, Wolfgang, Zivilprozessrecht, München 2020, § 22, kn. 5.

ispatlanabileceği⁸³⁷ görüşüne karşılık, sadece dolaylı olarak, emare ispatı ile ispatlanabilecekleri belirtilmiştir⁸³⁸. İçsel vakıaların sadece dolaylı olarak ispatlanacağını kabulü tarafı ispat güçlüğü içinde bırakacaktır, zira tecrübe kuralları ve mantık kuralları kapsamında hakimin değerlendirmesine kalacaktır⁸³⁹. Üçüncü olarak ise iki yöntemden birinin tercih edilebileceği yani doğrudan veya dolaylı olarak ispatlanabilecekleri görüşü ifade edilmiştir⁸⁴⁰. İçsel vakıaların tespiti için tarafın beyanına başvurulabilir⁸⁴¹. Bunlar var olan inanç, kanaat gibi vakıalar olabileceği gibi varsayımsal içsel vakıalar olabilir⁸⁴². Örneğin belli şartların gerçekleşmemesi halinde tarafın sözleşme yapıp yapmayacağı sorusu bu yolla cevaplanabilir. Kişinin içsel vakıası olarak nitelendirilebilecek niyetinin, bilgisinin, kanaatinin, şüphesinin, iyi niyetinin veya kötü niyetinin isticvap yolu ile öğrenilmesi mümkündür⁸⁴³. İsticvap vasıtasıyla farazi olarak tarafın ne şekilde davranabileceği sorgulanabilir⁸⁴⁴. Tarafın ihmalleri de bu yol ile tespit edilebilir⁸⁴⁵.

Hukuki nitelendirmelerin ispatın konusunu teşkil edemeyeceği söylenmelidir. Taraflar her ne kadar dilekçelerinde ve beyanlarında vakıaları satış, kira, ödünç gibi hukuki olarak nitelendirirler de hakim bu nitelendirmelerle bağlı değildir. Tarafların vakıa iddialarının gerçek olup olmadığı ispatın konusu olacak ve bu vakıaların nitelendirilmesi hakimin hukuku re' sen uygulaması ile tespit edilecek, tarafların ispatlamasına gerek olmayacaktır⁸⁴⁶. İspatın konusunu vakıanın o niteliğini taşıyıp taşıyamaması değil, gerçekleşip gerçekleşmediği oluşturur. Tarafların talep sonucuna kendilerini ulaştıracaklarını düşündükleri hukuki sebep çerçevesinde malzeme getirecekleri, hayat olayı incelenirken vakıaların tüm yönleri ile ortaya konulmayacağı ve tespit edilmeyeceği de gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle hukuki vakıalar ispatın konusu değilse de ispatı etkileyen bir unsurdur.

⁸³⁷ **Kummer**, Max, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1984, s. 121; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 150, kn. 8; BSK ZPO/**Hafner**, Art. 191, kn. 7.

⁸³⁸ **Gasser**, Dominik/**Rickli**, Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung, Dike Verlag AG 2014, Art. 150, kn. 3; Prütting/Gehrlein/**Laumen**, §284, kn. 7.

⁸³⁹ BK ZPO/**Bühler**, Art. 191-192, kn. 16a.

⁸⁴⁰ BK ZPO/**Brönnimann**, Art. 150, kn. 4.

⁸⁴¹ **Münks**, s. 177; **Glücklich**, s. 53.

⁸⁴² Beyanların serbestçe değerlendirilebilmesi bu hususta isticvaba başvurulmasına imkan vermektedir: **Brennemann**, s. 41.

⁸⁴³ **Brennemann**, s. 41; Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 445, kn. 1.

⁸⁴⁴ Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 4; Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 445, kn. 2.

⁸⁴⁵ Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 445, kn. 1; Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 4.

⁸⁴⁶ MüKo ZPO/**Prütting**, § 284, kn. 43; **Wieczorek**, Bernhard/**Schütze**, Rolf A./**Ahrens**, Zivilprozessordnung und Nebengezetze, Band 4, De Gruyter 2013, § 284, kn. 15.

Talep sonucunun temelini oluşturan vakıaların yanında dolaylı olarak ispata imkan tanıyan emare vakıalar da ispatın konusunu oluştururlar⁸⁴⁷. Emare vakıalar uygulanacak hukuk kuralının dolaylı şekilde ortaya çıkan maddi unsurudur. Ana vakıa, bağlantılı emare vakıa veya yardımcı vakıanın tespiti ile ispatlanabilir⁸⁴⁸. Bu nedenle öncelikle emare vakıa ispatın konusu olur. Emare vakıaların isticvabın konusu olması mümkündür⁸⁴⁹. Nitekim Kanun metninde dava temelini oluşturan vakıalarla ilişkisi bulunan hususların isticvabın konusunu oluşturacağının belirtilmesi de bunu göstermektedir (m. 169/2).

Son olarak tarafın kendisinin gerçekleştirdiği vakıalar ve bunlarla ilgili algılarının yanında kendisi dışında gerçekleşen vakıalar ve bunlara ilişkin algıları da sorgulamanın konusu olabilir⁸⁵⁰. Tarafın isticvap edileceği konu muhakkak kendisinden kaynaklanmak zorunda değildir, vakıa ile ilgili algısının oluşması yeterlidir. Tarafın dışında gerçekleşen ancak bilgi sahibi olduğu vakıa hakkında isticvap edilmesinde dikkat edilmesi gereken delil değerinin değişeceği⁸⁵¹. Bu bilgilerin alınmamasından ziyade değerlendirmede tarafın bizzat tecrübe etmediği vakıa olmasının dikkate alınması daha isabetlidir.

İspatın konusu HMK m. 187’de “İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur...” olarak belirtilmiştir. Taraflarca iddia edilen vakıanın ispatın konusu olabilmesi için, yani ispata muhtaç olarak nitelendirilebilmesi için iki şart öngörülebilir: Çekişmeli olması ve karara esas teşkil edebilmesi.

A. Karar için Önem Taşıyan Vakıalar

Hukuk normunun koşul yani soyut vakıalarının taraflarca getirilen hayat olayının vakıalarıyla denk düşmesi ve bunların gerçekliklerinin tespit edilmesi halinde vakıa iddiaları karara etkili olabilir. İlk şart aslında vakıanın gerçek olup olmadığının ispatlanmasının karara

⁸⁴⁷ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 306.

⁸⁴⁸ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 121; Umar/Yılmaz, s. 19.

⁸⁴⁹ Glücklich, s. 54.

⁸⁵⁰ Glücklich, s. 55; Brennemann, s. 41; Stein/Jonas/Berger, § 445, kn. 5.

İsviçre hukukunda tanığın doğrudan şahit olmadığı vakıalar hakkındaki beyanlarına doğrudan ispat kuvveti tanınmaması, delillerin değerlendirilmesinde emare olarak değerlendirilmesinden hareketle taraf isticvabı için de kıyasen kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir: Lorenz, kn. 145. Sadece kendisinin dahil olduğu vakıalar hakkında tarafın isticvap edileceğine dair bkz. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Weibel/Walz, Art. 191, kn. 4.

⁸⁵¹ Stein/Jonas/Berger, § 445, kn. 6.

etki edebilecek nitelikte olmasıyla ilgilidir. Kararın bir vakıaya göre şekillenebilmesi uygulanacak hukuk normunun koşul vakıalarını karşılayan bir vakıa olmasına bağlıdır.

İspat açısından önemli vakıalar; karara dayanak teşkil edebilecek ve hukuk normunun soyut vakıalarına karşılık gelen maddi/somut vakılardır⁸⁵². Kararın yerinde olması söz konusu vakıaya bağlı ise, bu vakıanın tespiti ile karara varılacaksa ve tespitin ne yönde olacağı karara etki ediyorsa, bu vakıa karara dayanak teşkil eden vakıadır. Tarafların vakıaları ve delilleri gösterirken, bunların arasında ilişki kurmaları ve vakıanın kararı ne yönden etkileyeceğini, delilin bu vakıayı ne şekilde ispatlayacağını açıklamaları bu nedenle önemlidir. Karara gerekçe teşkil edecek, hakkın gerçekleşmesini engelleyecek veya hakkı ortadan kaldıracak vakıalar olabilir⁸⁵³ ve maddi hukuka göre belirlenirler⁸⁵⁴.

Koşul vakıa olarak nitelendirilemeyeceği için karar için önem taşımayan, tespiti karara gerekçe olamayacak vakıalar yargılama bakımından önemsizdir, bu nedenle de ispatına gerek bulunmamaktadır. Karara esas alınabilecek vakıalar ile koşul vakıaya karşılık gelen somut vakıalar her ne kadar yukarıda belirtildiği gibi birlikte ele alınsa da emare vakıa ve yardımcı vakıalar nezdinde farklı nitelikleri haizdir. Bir vakıa asıl vakıa olmaması nedeni ile koşul vakıayı karşılamasa dahi, karara etki edebilmektedir⁸⁵⁵.

Vakıalar asıl vakıalar (*Haupttatsache*) ve emare vakıalar (*Indizien*) olarak ayrılabilirler⁸⁵⁶. Asıl vakıalar hukuki uyumsuzluğa uygulanacak ve karara temel olan norma esas alınabilecek, normun koşullarını karşılayabilecek somut vakılardır⁸⁵⁷. Bu hukuk normuna göre karar verilebilmesi için asıl vakıanın tespiti gerekir. Kanun hükmünde belirlenen vakıayı karşılayan vakıaların ispatının gerekmesinin yanında, koşul vakıa olmayan ancak koşul vakıa olarak kabul edilebilecek vakıayı gösteren emare vakıalar da ispatın konusuna dahildir. Temel vakıanın

⁸⁵²Umar/Yılmaz, s. 25; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 387; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 306; Tanrıver, C. I, s. 827; Budak/Karaaslan, § 15, kn. 1; Önen, s. 201-202; Postacioğlu, s. 528; Pekcanitez/Atalay, C. II, s. 1627; Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger/Hasenböhler, Art. 150, kn. 11; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 112, kn. 7; Schilken, § 11, kn. 465; Arens/Lüke, § 22, kn. 5; Guldener, Ziviprozessrecht, s. 318; Leuenberger, Christoph/Uffer-Tobler, Beatrice, Schweizerische Zivilprozessrecht, Bern 2010, s. 211 kn. 9.2; Kummer, s. 122; Jauernig/Hess, § 49, kn. 33; SHK ZPO/Passadelis, Art. 150, kn. 8; BK ZPO/Brönnimann, Art. 150, kn. 9; Musielak/Voit/Foerste, § 284, kn. 1; MüKo ZPO/Prütting, § 284, kn. 41; Zöller/Greger, Vor. § 284, kn. 2c; Wieczorek/Schütze/Ahrens, § 284, kn. 69.

Umar, davanın çözümüne etkili olabilecek vakıaları dava temelini oluşturan vakıalar ve teknik anlamda savunma (itiraz veya def) temeli oluşturan vakıalar olarak ikiye ayırmıştır: Umar, s. 545.

⁸⁵³ OFK ZPO/Schmid, Art. 150, kn. 1; Umar/Yılmaz, s. 19.

⁸⁵⁴ OFK ZPO/Schmid, Art. 150, kn. 5.

⁸⁵⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 306; Pekcanitez/Atalay, C. II, s. 1627.

⁸⁵⁶ Groner, s. 2.

⁸⁵⁷ Groner, s. 2; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 111, kn. 15; Guldener, Ziviprozessrecht, s. 318.

gerçekliği, emare vakıaların mevcudiyeti veya yokluğundan yola çıkılarak tespit edilebilir. Emare ispatı, koşul ve somut vakıaya yabancı vakıaların, bunların varlığına veya yokluğuna delalet etmesidir⁸⁵⁸. İspatın konusu olması ve delillerle tespit edilebilmesi sebebiyle ispat aracı, delil değildirler⁸⁵⁹. Emare vakıalar, özellikle asıl vakıayı gösteren delil bulunmadığı durumlarda ve soyut vakıaların (*innere Tatsache*; duygu, bilgi ve istek) ispatında önem taşımaktadır⁸⁶⁰.

Delilin temsil kabiliyetini tespit için kullanılan vakıalar yardımcı vakılardır (*Hilfstatsachen*). Delil değeri hakkında bilgi verebilecek yardımcı vakıalar da ispatın konusunu oluşturur⁸⁶¹. Tanığın vakıa ile ilgili olup olmadığını veya genel olarak yalancı bilinmesiyle ilgili iddiaları gösteren vakıalar, tanığın taraf ile ilişkisini ortaya koyan vakıalar delilin değeri ile ilgili kanaat sağlayan yardımcı vakılardır. Örneğin tanığın güvenilir olmadığı ile ilgili iddiada, bunu gösteren vakıaların ispatlanması gerekir⁸⁶².

B. Çekişmeli Vakıalar

Vakıanın ispatlanması için koşul vakıaya karşılık gelmesi ve karar için önemli olmasının dışında davacı veya davalı tarafından karşı tarafın vakıa iddiasının kabul edilmemesi ve karşı çıkılmasıyla çekişmeli hale getirilmesi şarttır⁸⁶³. Çekişmeli vakıalar, varlığı diğer tarafça açıkça veya zımnen reddedilen vakılardır⁸⁶⁴. Çekişmesiz vakıalar, taraflar arasında mevcudiyeti veya özelliği itibari ile farklı nitelendirilmeyen, üzerinde uyuşmazlık bulunmayan vakılardır⁸⁶⁵. Sadece çekişmeli vakıalar ispatın konusudur⁸⁶⁶.

⁸⁵⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 111, kn. 15; Guldener, Ziviprozessrecht, s. 319; Kummer, s. 124.

⁸⁵⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 111, kn. 16; Wiczorek/Schütze/Ahrens, § 284, kn. 18.

⁸⁶⁰ Groner, s. 3.

⁸⁶¹ MüKo ZPO/Prütting, § 284, kn. 24; Zöller/Greger, Vor. § 284, kn. 2c; Prütting/Gehrlein/Laumen, § 284, kn. 9; Umar/Yılmaz, s. 20.

Yardımcı vakıalar ve emare vakıaları, yardımcı vakıalar başlığı altında beraber değerlendiren örnek için bkz. Wiczorek/Schütze/Ahrens, § 284, kn. 18.

⁸⁶² Kummer, s. 125; Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 211 kn. 9.2.

⁸⁶³ Becker-Eberhard, s. 20; Umar/Yılmaz, s. 26; Tanriver, C. I, s. 827.

⁸⁶⁴ BK ZPO/Brönnimann, Art. 150, kn. 12; Grunsky/Jacoby, s. 180 kn. 536.

⁸⁶⁵ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Hasenböhler, Art. 150, kn. 16; BK ZPO/Brönnimann, Art. 150, kn. 12; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 113, kn. 13. Bu tür vakıaları “şekli gerçeklik” olarak nitelendirme: BK ZPO/Brönnimann, Art. 150, kn. 1.

⁸⁶⁶ Becker-Eberhard, s. 20; Jauernig/Hess, § 49, kn. 33; Habscheid, Walter J., Schweizerisches Zivilprozess – und Gerichtsorganisationsrecht, Basel und Frankfurt 1986, s. 313 kn. 862; Kummer, s. 122; Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 211 kn. 9.3; Musielak/Voit/Foerste, § 284, kn. 1; MüKo ZPO/Prütting, § 284, kn. 41; Wiczorek/Schütze/Ahrens, § 284, kn. 71; Tanriver, C. I, s. 827; Umar, s. 546; Budak/Karaaslan, § 15, kn. 1; Önen, s. 201.

Re' sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda hakim, tarafların maddi vakıayı çekişmeli kılmaması ile bağlı değildir. Üzerinde çekişme bulunmayan ancak karar için önem taşıyabilecek vakıaların ispat konusu haline getirilmesi mümkündür⁸⁶⁷.

III. Herkesçe Bilinen Vakıalar, Hukuk Kuralları ve Tecrübe Kuralları

İspata muhtaç olmayan vakıalar hakkında isticvaba başvurulamaz. Tarafların çekişmeli kılmadığı yahut taraflardan birinin ikrar ettiği vakıalar gibi halihazırda ispat edilmiş vakıalar hakkında tarafın isticvabına başvurulamaz.

Herkesçe bilinen vakıalar, küçük veya büyük bir bölgede ancak herkes tarafından veya çokça insan tarafından bilinen veya algılanabilen, özel bir uzmanlık gerektirmeden güvenilir kaynaklardan öğrenilebilen, ortak bilinen vakılardır⁸⁶⁸. Bilimsel gerçek, dünya tarihi, coğrafi ve istatistiki bilgiler gibi insanların bilgisine sunulmuş genel durumlar, gelişmeler, genel bir kabule ulaşmış bilgiler, herkesin tereddüt etmeden zihninde karşılığı bulunan vakıalar örnek gösterilebilir: İsviçre Federal Mahkeme kararında belirtilen, maden suyunun kalitesinin çıktığı toprağa bağlı olması gibi⁸⁶⁹. Vakıanın herkesçe bilinmesi diğer ifadeyle maruf ve meşhur olması için geniş bir çevre bilmesi yeterlidir⁸⁷⁰.

Herkesçe bilinen vakıaların çekişmeli olmadığı, bu nedenle ispatın konusu olmayacağı m. 187'de düzenlenmiştir. Aynı şekilde İsviçre ve Alman hukukunda aleni vakıaların (*Offenkundige Tatsachen*) ispatlanmasına ihtiyaç olmadığı usul kanunlarında düzenlenmiştir (sZPO Art. 151; dZPO § 291). Herkesçe bilinen vakıaların ispatlanması gerekmez⁸⁷¹. Bu vakıaların herkesçe bilindiğinin ispatlanması için delil ikamesi ise zorluklar barındıracaktır.

⁸⁶⁷ Kuru, C. I, s. 614; Tanrıver, C. I, s. 848.

⁸⁶⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 113, kn. 25; Jauernig/Hess, § 49, kn. 34; Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 213 kn. 9.6; Pekcanitez/Atalay, C. II, s. 1654; Kaufmann, Urs, Freie Beweiswürdigung im Bundesprivatrecht und in ausgewählten Zivilprozessordnungen, Zürich 1986, s. 13; SHK ZPO/Passadelis, Art. 151, kn. 2; Thomas/Putzo/Seiler, § 291, kn. 1; Tanrıver, C. I, s. 848.

⁸⁶⁹ BGE 117 II 321 ff. (Swisslex).

⁸⁷⁰ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Hasenböhler, Art. 151, kn. 3; BK ZPO/Brönnimann, Art. 151, kn. 2; Hasenböhler, Franz/Yañez, Sonia, Das Beweisrecht der ZPO, Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Band I, kn. 1.17.

Tarafın kendisinin bu vakıayı bilmesi önem arz etmemektedir, önemli olan bu bilgiye kolayca ve güvenilir şekilde ulaşılabilmesidir: Sarbach, Martin, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, ZBJV S. 136 2000, 685-724, s. 700.

⁸⁷¹ Becker-Eberhard, s. 24; Jauernig/Hess, § 49, kn. 34; Schilken, § 11, kn. 470; Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 213 kn. 9.6; Groner, s. 19; Wiczorek/Schütze/Assmann, § 291, kn. 17.

Bunun, halihazırda açık bir vakıanın ispatlanmasının boşa bir çaba olacağı sebebiyle usul ekonomisine dayandığı ifade edilmiştir: Sarbach, s. 703.

Vakıanın herkesçe bilinirliği, aleniliği ispatın konusu olamaz, ancak bu aleniliğin aksi iddia edildiğinde bir ispat faaliyetinden bahsedilebilir⁸⁷².

Hakim Türk hukukunu re' sen uygular (HMK m. 33) kuralı neticesinde uyuşmazlığın çözümü için uygulanacak hukuk kurallarının tespiti hakimın görevidir⁸⁷³. Taraflar her ne kadar hukuki sebepleri gösterebilirler de hakim bunlarla bağlı değildir⁸⁷⁴. Hakimın işi gereği hukuk kurallarını bilmesi ve re' sen uygulaması gerektiğinden ve hukuk kuralları vakıa olmadığından ispatın konusu olamazlar⁸⁷⁵. Hukuk kuralları dava konusunun parçası değildir ve kesin hüküm kapsamında kalmazlar⁸⁷⁶.

İspatın konusunu hukuk kurallarının oluşturmayacağı kural olmakla birlikte tecrübe kuralları, örf ve adet kuralları ile yabancı hukuk kurallarının nitelikleri ve ispatın konusu olmaları hakkında farklı görüşler ifade edilmiştir. Ayrıca mukayeseli hukukta bu kuralların ispatın konusu olabileceği açıkça ifade de edilebilmektedir. Bunlar hakkında bilirkişiye başvurulabileceğinin kabulü⁸⁷⁷ de ispat faaliyetinin mevcudiyetinin araştırılmasını gerekli kılmaktadır.

Yabancı hukuk, başka bir ülkede yürürlükte bulunan tüm yazılı ve yazılı olmayan kurallar bütünüdür⁸⁷⁸. Yabancı hukukun ispatın konusu olup olmadığının tespiti için öncelikle bu kurallar bütününe ne şekilde nitelendirildiği belirlenmelidir. Yabancı hukukun vakıa olarak veya hukuk olarak uygulanması şeklinde iki yaklaşım bulunmaktadır⁸⁷⁹. Bunların yanında bazı ülkelerde kabul edilen, her iki yaklaşımın belli noktaların toplanması ile oluşturulan karma sistemler de mevcuttur⁸⁸⁰. İlk görüşe göre yabancı hukuk o ülkenin egemenlik sınırları dışında

⁸⁷² Zöllner/*Greger*, § 291, kn. 4; Musielak//Voit/*Huber*, § 291, kn. 3; **Musielak**, Hans-Joachim/**Stadler**, Max, Grundfragen des Beweisrechts, München 1984, s. 14 kn. 26.

⁸⁷³ Iura Novit Curia çeviri ile ilgili ayrıntılı bilgi için: **Centner**, Björn, Iura Novit Curia in Internationalen Schiedsverfahren, Tübingen 2019, s. 6-9.

⁸⁷⁴ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Sutter-Somm/Seiler*, Art. 57, kn. 9; DIKE ZPO/*Glasl*, Art. 57, kn. 4; OFK ZPO/*Sarbach*, Art. 57, kn. 2.

⁸⁷⁵ Wiczorek/Schütze/*Ahrens*, § 284, kn. 21; **Tanriver**, C. I, s. 822; **Bolayır**, Nur, Medeni Usul Hukukunda Hakimın Hukuku Re' sen Uygulaması İlkesi, İstanbul 2019, s. 164.

⁸⁷⁶ **Centner**, s. 88.

⁸⁷⁷ **Toraman**, Barış, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Ankara 2017, s. 162; **Göksu**, Mustafa, Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, 323-350, s. 343.

⁸⁷⁸ **Nomer**, Ergin, Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972, s. 7; **Hacı**, Can/**Tuna**, Ekin, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2019, s. 218; **Giray**, Faruk Kerem, Milletlerarası Özel Hukuk Adaletinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011-2012 C. 8-9 S. 1-2, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, 555-577, s. 557; Berliner Komm. ZPO/*Baudewin*, § 293, kn. 4.

⁸⁷⁹ **Hacı/Tuna**, s. 220.

⁸⁸⁰ **Nomer**, s. 85; **Ekşi**, Nuray, Yabancı Hukukun Tespiti ve Uygulanması – Mukayeseli Bir İnceleme, Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Y. 2014 C. 3 S. 1, 3-96, s. 9; **Yöney**, Can, Yabancı Hukukun Uygulanması, İstanbul 2018, s. 46; **Giray**, s. 558-559.

“hukuk” özelliğini kaybeder ve başka ülke hakimlerini bağlamaz⁸⁸¹. Bunun sonucu vakıa olarak nitelendirilen yabancı hukukun da taraflarca ileri sürülmesi ve ispat edilmesini gerektirecektir. Yani bu halde yabancı hukuk kuralları ispatın konusunu oluşturur⁸⁸². Diğer yaklaşımda ise yabancı hukuk, hukuk olarak nitelendirilmektedir, dolayısıyla hakim in re’ sen tespit ve uygulama yükümlülüğü karşımıza çıkar.

Yabancı hukukun vakıa olarak kabul edilmesi halinde vakıa (yabancı hukuk) ile vakıanın (somut dava malzemesi) altlanması olacaktır ki, mantıklı değildir⁸⁸³. Yabancı hukukun niteliğine, taraflarca getirme ilkesi kapsamında dava malzemesinin mahkemeye taşınması açısından daha geniş bir perspektiften bakılmalıdır⁸⁸⁴. Yabancı hukuk vakıa olarak kabul edildiğinde taraflarca getirme ilkesi uyarınca taraflarca mahkemeye sunulmalıdır ve ispatlanmalıdır. İç hukuk için taraflara bu sorumluluk yüklenmezken, çoğu zaman tespiti daha zor olan yabancı hukuk için yüklenmesi düşünülmemelidir. Yabancı hukukun uygulanması ve tespiti için tarafların talebine gerek bulunmamaktadır⁸⁸⁵. Yabancı hukukun tespit edilememesi halinde doğrudan ispat yüküne bağlı olarak taraf için olumsuz bir sonuç doğmamaktadır, yani davanın reddi sebebi değildir⁸⁸⁶. Görüldüğü gibi ispat faaliyetinin mevcut olmadığına ispat yükünün ve ispat yükünün sonucunun mevcut olmamasından da ulaşılabılır. Yabancı hukukun tespiti bakımından ispat yükünden söz edilemez, tarafların sadece yardımından bahsedilmektedir⁸⁸⁷. Bu sebeple yabancı hukukun içeriğinin tespiti için bir ispat faaliyetinden söz edilemez⁸⁸⁸.

⁸⁸¹ **Nomer**, s. 15.

⁸⁸² **Hacı/Tuna**, s. 220-221; **Yöney**, s. 56; **Yaşar**, Tuğçe Nimet, Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması, MHB, Y. 2013 C. 33 S. 2, 75-114, s. 79; **Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2013, s. 59 kn.64.

Taraflara aşırı yük yükleyen yükümlülüklerin, AİHS m. 6 adil yargılanma hakkı ihlali oluşturabileceği kanaati için bkz. **Ekşi**, s. 11.

⁸⁸³ **Sommerlad**, Klaus/**Schrey**, Joachim, Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß und die Folgen der Nichtermittlung, NJW 1991, 1377-1383, s. 1378.

⁸⁸⁴ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 58 kn. 64; **Yöney**, s. 49.

⁸⁸⁵ **Hacı/Tuna**, s. 227.

⁸⁸⁶ **Hacı/Tuna**, s. 230.

⁸⁸⁷ Taraftan beklenen yardımın yardım mükellefiyeti olarak değerlendirilmesine dair bkz. **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 32.

⁸⁸⁸ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 308; **Tanrıver**, C. I, s. 823; **Toraman**, s. 164; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 31; **Göksu**, s. 330; **Akil**, Cenk, Hakim in Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi, AÜHFD, Y. 2008 C. 57 S. 3, 1-32, s. 20. Aksi yönde: **Umar/Yılmaz**, s. 20, 21.

Alman hukukunda hakim in hukuku bilmesinin istisnası olarak yabancı hukuk görülmektedir. İspatın konusunun vakıalar olarak belirlenmesi ve hukukun bunun dışında bırakılması, insanın bilgisinin sınırlı olabilmesi nedeniyle bir üçüncü yola ihtiyaç duyulmuştur. İspatın konusu olarak vakıalar ve ispatın konusu olamayan hukuk kuralları dışında bir üçüncü kategori olarak ispatlanabilir hukuki sorunlar mevcuttur. Janus’un kafası vakıalar dünyasına ve diğer taraftan hukuk dünyasına bakmaktadır ve bunların arasındaki kapı olan dZPO § 293 ise kendi dünyasına aittir (**Centner**, s. 90-91). Alman Medeni Usul Kanunu’nda 293. madde hakim in hukuku bilmemesi, bilmesinin beklenmemesi ve araştırma imkanlarının sınırlı kalması halinde bir yardım imkanı sunmaktadır (**Centner**, s. 85;

Türk hukukunda yabancı hukuk kurallarının tespiti hakimce yapılır (MÖHUK m. 2/I). Yabancı hukuk, hukukumuzda hukuk olarak nitelendirilmektedir ve yabancı hukukun uygulanması ve içeriğinin tespiti hakimın görevidir⁸⁸⁹. Hakimın hukuku bilmesi ve uygulaması beklenir, tarafların ise bu anlamda taleplerinin gerekliliği veya getirdikleri malzemelerin bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu iç hukuk bakımından geçerli olduğu kadar uygulanacak yabancı hukuk açısından da geçerlidir⁸⁹⁰. Ancak burada hakimın hukuku bilmesi kuralı iç hukuk için geçerli olduğu gibi yabancı hukuk bakımından geçerli olamayacaktır⁸⁹¹. İçeriğin araştırılması ve tespit edilmesi gerekecektir, zira hakimden tüm ülke hukuklarını bilmesi beklenemez. Kendi bilgisini, araştırmasını veya devlet kurumları yolu ile yapılan araştırmayı kullanabileceği gibi taraflardan yardım isteyebilir veya bilirkişiye başvurulabilir⁸⁹². Yabancı hukukun tespiti esnasında, hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde taraflar haberdar edilmeli ve katkı-açıklama yapmasına imkan verilmelidir⁸⁹³.

MüKo ZPO/*Prütting*, § 293, kn. 13). Kanun her ne kadar “ispat”tan bahsetse de yabancı hukuku vakıa olarak kabul etmemekte ve ispat kuralları ile sınırlandırılmış bir ispat faaliyeti öngörmemektedir. Yabancı kanunun tespiti hususunda resmi ispat faaliyetini de kullanabilme imkanı vererek hakimın araştırma imkanlarını genişletme amacındadır. Bu araştırmanın ispat kurallarına bağlı ve sıkı bir şekilde yapılması gerektiğini göstermez (Sommerlad/Schrey, s. 1378-1379).

⁸⁸⁹ Hacı/Tuna, s. 221; Yöney, s. 53; Giray, s. 557; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 57 kn. 62; Özçelik, Volkan, Yabancı Hukukun Uygulanmasında Taraf Roller, SDÜHFD, Y. 2020 C. 10 S. 1, 190-220, s. 194; Akil, Kendiliğinden, s. 19.

Yargıtay 2. HD., E. 2019/4761 K. 2019/10295 T. 16.10.2019: “Hakim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku, tarafların bu hususta bir isteği olup olmadığına bakmaksızın re’sen uygulamak zorundadır (5718 s. MÖHUK m. 2/I). Taraflar İngiliz vatandaşı olduklarına göre boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümlerinde yetkili hukuk müşterek milli hukukları olan İngiliz hukukudur. O halde; taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde İngiliz hukuku uygulanması gerekirken mahkemece, tarafların Türk hukukunu uygulanmasını talep ettikleri gerekçesiyle Türk hukukunun uygulanarak hüküm tesis edilmesi doğru değildir.” (Lexpera).

⁸⁹⁰ Centner, s. 86.

⁸⁹¹ Nomer, s. 70; Ekşi, s. 10; Akil, Kendiliğinden, s. 18; Yaşar, s. 85; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 62 kn. 67; Sommerlad/Schrey, s. 1377; Hakimın yabancı hukuk yanında iç hukuku da tam olarak bilemeyeceği, ancak araştırıp öğrenme yükümlülüğü olduğuna dair: Akil, Kendiliğinden, s. 3.

⁸⁹² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 308; Nomer, s. 90; Akil, Kendiliğinden, s. 21; Tanrıver, C. I, s. 823; Pekcanitez/Atalay, C. II, s. 1632; Özkes, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 138; Yaşar, s. 86-87; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 64-65 kn. 68.

Yargıtay 8. H.D., 26.05.2011, 2010/5330 E., 2011/3103 K.: “O halde mahkemece yapılacak iş; öncelikle tarafların kendi millî hukukunda bulunan konuya ilişkin tercüme edilmiş kanun maddeleri, ilgili bilgi ve belgeler ile olayın çözümü için gerekli olan tüm dokümanları mahkemeye sunmaları için taraflara süre ve imkân tanınması...” (Kazancı).

⁸⁹³ Özçelik, s. 202.

Yabancı hukukun tespitinde taraflardan yardım istenebileceği kanunda düzenlenmiştir (MÖHUK m. 2/I). Söz konusu yardımın hukuki niteliği konusunda ise bir belirleme yapılmamıştır. Genel olarak bu yardımın taraflar için bir ödev teşkil etmediği yönünde kanaat bildirilmiştir: “Yardımcı olma mükellefiyeti” olduğu, ancak bir yükümlülük olmadığı yönünde: Hacı/Tuna, s. 228; “Yardım” niteliğinde, ancak yardım etme konusunda yükümlülükleri olmadığı yönünde: Yöney, s. 52 ve 102; Bu “yükümlülük”ün yerine getirilmemesi halinde bir yaptırım bulunmadığı yönünde: Ekşi, s. 27; Giray, s. 566; İspat yükü değil, yardım yükümlülüğü olduğu yönünde: Pekcanitez/Atalay, C. II, s. 1632; “Yardım” olduğu, ispat faaliyeti olmadığı yönünde: Özçelik, s. 212; Yükümlülük olmadığı ve sorumluluk getirmediği yönünde: Yaşar, s. 90; “kendine has bir delil temin kuralı” olarak nitelendirme ve ayrıca “yardımcı olma mükellefiyeti” ancak görev olmama yönünde: Şanlı/Esen/Ataman-

Örf ve adet kuralları bakımından hakimın re' sen uygulayacağı kurallar olması ve ispat faaliyetinin konusu olmayacağı görüşü⁸⁹⁴ ve nitelikleri itibarıyla hakimın tarafların ispat faaliyetiyle bu kurallara ulaşabileceği görüşleri⁸⁹⁵ arasındaki farklılık, 33. maddenin örf ve adet kurallarını hukukun kapsamında tanınması ile bertaraf edilmiştir⁸⁹⁶. Yabancı hukukun tespitinde olduğu gibi taraflardan yardım istenebilir ve bilirkişiye başvurulabilir⁸⁹⁷.

Yargılamada koşul vakıalara denk gelen somut vakıaların belirlenmesi ve bunların gerçekliklerinin ortaya konması neticesinde altlamanın yapılabilmesi için tecrübe kurallarından yararlanılması gerekmektedir. Delillerin değerlendirilmesindeki serbesti hakimın tecrübe kurallarını kullanabilmesini, kullanması gerektiğini göstermektedir⁸⁹⁸. İspat faaliyeti içinde vakıalar, deliller ve delillerin değerlendirilmesi kısımlarını tecrübe kuralları bağlamaktadır. Vakıa tespiti sadece deliller ve delillerin değerlendirilmesi ile değil, tecrübe kurallarının sürece eklenmesi ile yapılmaktadır. Vakıa tespitinin neticesinde, bu vakıaların hukuk kuralına

Figanmeşe, s. 62 kn. 67; “ispat mükellefiyeti” ve “ispat faaliyeti” olarak nitelendirme, ayrıca “ispat mükellefiyeti daha doğru bir ifadeyle yardım mecburiyeti” olarak: **Nomer**, s. 71; “İspat faaliyetinden ziyade yardım yükümlülüğü”: **Başözen**, Ahmet, Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010, s. 13.

Yabancı hukuk kurallarının belirlenmesi hususunda Yargıtay'ın tekraren verdiği kararlarda, öncelikle tarafların yardımına başvurduğu görülmektedir. Tarafların bilgi sağlamasını takiben Avrupa Konvansiyonu'ndan yararlanma, devlet bu Konvansiyon'a taraf değilse Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk Ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne başvurma ve en nihayetinde sağlanan bilgilerin doğruluğunu tespit için bilirkişi atanması sıralamasını takip etmektedir: **Ekşi**, s. 41-44.

Yargıtay 18. HD., E. 2015/6145 K. 2016/244 T. 12.1.2016: “Bunun için mahkemece; öncelikle; yabancı hukukun konuya ilişkin muhtevasının tespiti için taraflardan yardım istenerek (5718 s. MÖHUK. m. 2/1) veya Azerbaycan'ın da "taraf" olduğu "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" hükümlerinden yararlanılarak Azerbaycan hukukunun evlat edinmeye ilişkin pozitif hukuk hükümleri ve bunun Türkçe tercümesi dosyaya getirilip, bundan sonra az önce değinilen hususlar araştırılıp, tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak neticesine göre karar verilmesi gerekirken...” (Lexpera).

Yargıtay 8. HD., E. 2014/13727 K. 2015/22119 T. 9.12.2015: “Mahkemece, öncelikle tarafların seçmiş oldukları Alman hukuk sisteminde bulunan konuya ilişkin kanun maddelerinin tercümeleri, ilgili bilgi ve belgeler ile olayın çözümü için gerekli olan tüm dökümanları mahkemeye sunmaları için taraflara süre ve imkan tanınması, gerekirse Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden de yararlanılması, bundan ayrı Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nden Alman Medeni Kanununda yer alan yasal mal rejimiyle ilgili tüm kanun maddeleri ile bilgi ve belgelerin mahkemeye gönderilmesinin istenmesi, 5718 sayılı MÖHUK m. 1, 2, 5 ve 15. maddelerinin olayın çözümünde göz önünde tutulması, tarafların seçmiş oldukları hukukuna göre gerekli bilgi ve belgeler ile kanun maddelerinin Türkçe örnekleri sağlandıktan sonra somut uyuşmazlık hakkında değerlendirme yapılması; gerekli görülür ise dosyanın Milletlerarası Özel Hukuk ve Medeni Hukuk konusunda uzman iki akademisyene verilmek suretiyle olayın çözümüne ve tarafların seçmiş olduğu hukuka uygun, gerekçeli, tarafların ve Yargıtay'ın denetimine açık rapor alınması, ondan sonra oluşacak duruma göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi hatalıdır.” (Lexpera); Aynı şekilde: Yargıtay 8. HD., E. 2016/1206 K. 2016/2027 T. 9.2.2016 (Lexpera).

⁸⁹⁴ **Tanrıver**, C. I, s. 823; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 309; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 41; **Toraman**, s. 166; **Akil**, Kendiliğinden, s. 24, 25.

⁸⁹⁵ **Umar/Yılmaz**, s. 22, 23; **Kuru**, C. I, s. 614; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 465; **Gürdoğan**, s. 269.

⁸⁹⁶ **Bolayır**, Hakimın Hukuku Re' sen Uygulaması İlkesi, s. 156.

⁸⁹⁷ **Pekcanitez/Atalay**, C. II, s.1631; **Bolayır**, Hakimın Hukuku Re' sen Uygulaması İlkesi, s. 157; **Toraman**, s. 166.

⁸⁹⁸ **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 117.

altlanması da tecrübe kurallarının yardımcı olduğu söylenmelidir⁸⁹⁹. Bunun yanında emare ispatı, ilk görünüş ispatı ve fiili karinelerin temelinde de bu kurallar bulunmaktadır⁹⁰⁰.

Tecrübe kurallarının pozitif hukuk normu olmamaları niteliklerini vakıa olarak değiştirmemektedir. Tecrübe kurallarını soyut ve genel kurallardır ve somut vakıadan bağımsızdır⁹⁰¹. Tarafların talepleri tecrübe kurallarına dayanmamaktadır, ancak hakim vakıaları tespit edebilmesi, delilleri değerlendirmesi, delil değerini belirlemesi, hukuk kuralını uygulayabilmesi için tecrübe kurallarını dikkate alması zorunludur. Bu nedenle de temel olarak tecrübe kuralları taraflarca getirilmeden mahkemece re' sen dikkate alınmalıdır ve ispatın konusu değildir⁹⁰². Zira tanımı itibariyle genel olarak bilinen ve aynı koşullarda benzer sonuçların doğduğu kabulüne dayanan kurallar olması nedeniyle bilinmeleri gerekir, ispat edilmeleri anlamlı değildir.

Genel bir tecrübe kuralı yani herkesçe bilinen maruf ve meşhur vakıa niteliğindeki genel hayat tecrübelerine dayanan tecrübe kuralları için bilirkişiye başvurulamaz, kuralın niteliği gereği hakim tarafından bilinmelidir⁹⁰³. Özel ve teknik bilgi gerektiren tecrübe kuralı bakımından ise ispat faaliyetinin gerekli görülmesi bir görüştür⁹⁰⁴. Özel veya teknik bir konudaki tecrübe kuralının yine hakimce re' sen uygulanması sabit olmakla birlikte bu kuralın tespiti gerekmektedir. Hakim özel bilgi ve araştırması ile elde edemeyeceği türden tecrübe kurallarının tespiti taraflara ispat faaliyeti olarak yüklenmemiştir, hakim bilirkişiye başvurması yolu ile belirlenecektir⁹⁰⁵. Bilirkişiye başvurulması, tecrübe kuralına vakıa niteliği

⁸⁹⁹ **Postacioğlu**, s. 530; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 117; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 307-308; **Topuz**, Gökçen, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012, s. 125; **Başözen**, s. 14; **Jäckel**, Holger, Das Beweisrecht der ZPO, Stuttgart 2014, s. 39 kn.176

⁹⁰⁰ **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 116; **Başözen**, s. 17. “Tecrübe kuralları, tüm delil ikamesini besler”: DIKE ZPO/**Leu**, Art. 151, kn. 20.

⁹⁰¹ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 307; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 115. “İspat maddi olaylara taalluk eder”: **Postacioğlu**, s. 528.

⁹⁰² **Tanriver**, C. I, s. 823; **Başözen**, s. 159; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 118; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 307-308; **Taşpınar**, Sema, Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, AÜHFD, Y. 1996 C. 45 S. 1, 533-572, s. 545; **Börü**, Levent, Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s. 27;

Alman hukukunda ispatın konusunu özellikle özel tecrübe kuralları oluşturur: MüKo ZPO/**Prütting**, § 284, kn. 44; **Prütting/Gehrlein/Laumen**, ZPO § 284, kn. 11; **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, § 284, kn. 25-26.

⁹⁰³ **Toraman**, s. 167. **Umar/Yılmaz**, s. 28; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 21, 22; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 118, 250.

⁹⁰⁴ **Umar/Yılmaz**, s. 28; **Taşpınar**, s. 545; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 22.

⁹⁰⁵ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 308; **Başözen**, s. 13; **Taşpınar**, s. 545; **Prütting/Gehrlein/Laumen**, ZPO § 284, 11; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 112, kn. 11; **Jauernig/Hess**, § 49, kn. 30; **Grunsky/Jacoby**, s. 177 kn. 526; **Hasenböhler/Yañez**, kn. 1.28.

Bilirkişiye başvurulabileceği veya takdiri delil kullanılabileceği ancak tanık dinlenemeyeceğine dair: BGH NJW 07, 2122/2124 (Thomas/Putzo/**Seiler**, § 284 Vor., kn. 15).

kazandırmaz⁹⁰⁶. Bu kurallar ispat konusu vakıanın tespitine yardımcı olmaktadır, ispatın konusu değildir⁹⁰⁷.

Tecrübe kuralları ispatın konusu olmadığı gibi bunlara ulaşılması veya özel tecrübe kurallarının araştırılması için taraf isticvabına başvurulamaz, bilirkişiye başvurulması gerekir⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ **Yardımcı**, s. 54.

⁹⁰⁷ **Toraman**, s. 168.

⁹⁰⁸ **Glücklich**, s. 50; Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 3.

§ 6. İSTİCVABA BAŞVURULMASI

I. Taraf Talebiyle İsticvaba Başvurulması

A. İsticvap Talebi

1. Delillerin Gösterilmesi

İsticvabın niteliği, tarafça isticvaba başvurulması usulünün belirlenmesi için önemlidir. İspat faaliyetine katkı sağlayan bir usul işlemi, bilgi ve kanaat aracı olarak nitelendirilmesi halinde delillerin gösterilmesi ile ilgili kurallardan muafiyeti sağlanacaktır. Dilekçeler aşamasında, ön inceleme aşamasında ve tahkikat aşamasında isticvaba başvurulması mümkün olacaktır. Hukuki niteliğinin delil olduğu kabul edildiğinde ise delillerin gösterilmesi için mevcut zaman sınırlamasına ve buna ilişkin istisnalara tabi olacaktır. İsticvabın hukuki niteliğini delil olarak belirlediğimiz için talep edilmesi açısından delillerin gösterilmesi usulüne tabi olması gerektiği kanaatindeyiz.

Tarafın vakıa iddiaları ve delilleri irtibatlandırarak dilekçeler aşamasında ileri sürmesi gerekliliği, kanun koyucunun teksif ilkesi açısından tercihini ve dava malzemesi hazır şekilde tahkikat aşamasına geçmek istediğini göstermektedir. Taraf beyanının vakıanın tespiti bakımından önem arz etmesi de talebin diğer delillerle birlikte dilekçeler aşamasında belirtilmesini gerektirmektedir. Bunun hakimın öncelikle isticvaba başvurmasının yararları düşünüldüğünde, teksif ilkesi ve usul ekonomisi ile uyumu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca tarafın vakıa ile ilgili bilgisinin olmaması, sonradan öğrenmesi halinde karşı tarafın isticvabını m. 145 ile sonradan talep etmesi mümkündür.

Re' sen ikame edilebilen bir delil olan keşif için “Keşif kararı, mahkemece, sözlü yargılamaya kadar taraflardan birinin talebi üzerine veya re' sen alınır.” düzenlemesi mevcuttur. *Aşık*, keşfe delil olarak dayanılmaması halinde, hakime re' sen keşif kararı verebilme yetkisi tanınmasını gerekçe göstererek, tarafların tahkikat aşamasında keşif talebinde bulunabileceklerini ifade etmiştir⁹⁰⁹. Aksi görüşte olan *Bolayır* ise dilekçeler aşamasında delil olarak keşfe dayanılmaması halinde, daha sonraki aşamalarda ancak hakimden re' sen keşif yapılması kararı vermelerini talep edebileceklerini, yeni delil olarak keşfi gösteremeyeceklerini

⁹⁰⁹ “Ancak taraflar talep etmemiş olsa dahi hâkim resen keşif yapılmasına karar verebildiği (m. 288/1) için keşif talep etmemiş olan tarafın tahkikat aşamasında mahkemeye başvurarak keşif talep etmesine bir engel yoktur.” *Aşık*, İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Keşif, İstanbul 2019, s. 57.

savunmuştur⁹¹⁰. Bu görüşün isticvap açısından da kabul edilmesi halinde taraflar dilekçeler aşamasından sonra ancak hakim in re’ sen isticvap etmesini talep edebileceklerdir.

Kanun, delillerin gösterilmesi için zaman sınırlaması belirlerken sadece taraflarca başvurulabilen delilleri ve re’ sen başvurulabilen deliller bakımından bir ayırım yapmamıştır. Delilin gösterilmesi ve talebi için farklı bir zaman kesiti belirlenmek istenmesi halinde bunun Kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Keşif kararının taraflardan birinin talebi ile sözlü yargılamanın başlamasına kadar- tahkikat sona erinceye kadar- verilebileceğinin düzenlenmesi kanaatimizce genel kuraldan ayrılan bir düzenlemeye örnektir. Sadece kararın bu aşamada verilmesi değil, karar için gerekli talebin de tahkikat bitinceye kadar yapılabileceği vurgulanmıştır. Takdiri delil olan ve hakim in re’ sen başvurabildiği bilirkişi açısından böyle bir belirleme yapılmamıştır, bu nedenle diğer deliller gibi dilekçeler aşamasında gösterilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde istisnai bir düzenlemeye tabi olmayan isticvap da ancak dilekçeler aşamasında ve m. 145 kapsamında daha sonraki aşamalarda talep edilebilecektir. Tarafların hakim in re’ sen isticvaba başvurmalarını talep etmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Fakat bu takdirde hakim in re’ sen isticvaba başvuruya ilişkin hususları dikkate alması gerekecektir. Tarafın kendi talebiyle isticvaba başvurması, hakim in re’ sen isticvaba başvurmasına nazaran yararınadır.

2. Talebin İçeriği ve Somutlaştırma Yükü

İsticvap taraflarca talep edilebilmekle birlikte⁹¹¹ bu talebin delillerde olduğu gibi somutlaştırılması gerekmektedir ve önem arz etmektedir. Somutlaştırma yükü kapsamında tarafın vakıaları tam ve açık şekilde belirtmesinin yanında bunların ispatı için elverişli delilleri göstermesi ve vakıalar ile deliller arasındaki ilişkiyi kurması gerekmektedir⁹¹². İspat faaliyetinin sonuca ulaşması için şart olan bu yükün aynı zamanda ispat faaliyetine dahil bir

⁹¹⁰ “Keşfe delil olarak dayanmak isteyen tarafların ise, dilekçelerinde söz konusu delili açık olarak göstermeleri gerekmektedir. Taraflar, dilekçelerinde keşfe delil olarak dayanmadıkları takdirde, yargılamanın daha sonraki aşamalarında yalnızca hâkimden keşif yapılmasına re’ sen karar verebilmesine ilişkin yetkisini kullanması hususunda talepte bulunabilecekler; kendileri yeni delil göstererek keşif yapılmasını isteyemeyeceklerdir.” **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 457.

⁹¹¹ Vekilin isticvap kapsamında sorgulanması mümkün değilken, isticvap talep etmesi için özel yetkiye ihtiyaç yoktur (m. 74).

⁹¹² **Yardımcı**, s. 4, 5.

işlem olan isticvap için de mevcut olduğu muhakkaktır⁹¹³. Çekişmeli vakıanın ayırıcı özellikleri belirtilmeli ve isticvap ile tespitinin amaçlandığı açıkça bildirilmelidir.

İsticvap talebinde vakıanın somutlaştırılması, yani çekişmeli vakıanın yer, kişi, zaman ve ilgili diğer bakımlardan netleştirilmesi gerekmektedir. Taraflarca getirme ilkesi nedeniyle isticvap konusu vakıa taraflarca mahkemeye getirilmiş olmalıdır⁹¹⁴. Tarafların yargılamaya taşımadığı, çekişmeli olmayan veya karara esas alınamayacak vakıalar için isticvap talep edilemez. Öncelikle isticvaba konu olacak vakıanın belirtilmesi gerekir⁹¹⁵. Vakıanın belirtilmesi hakimın sorgulama kapsamını belirleyecektir. Uyuşmazlığın genel olarak konu edilmesi, çekişmeli vakıanın genel olarak talepte yer alması yeterli değildir⁹¹⁶, tarafın sorgusuna konu olacak vakıanın çekişmeli noktaları belirtilmelidir. Örneğin sözleşmeye aykırılık iddiası için talep edilen isticvapta, sözleşmenin genel olarak talebe konu edilmesi uygun değildir. Sözleşmenin çekişmeli ve beyan talep edilen hususları belirtilmelidir. Sözleşmeye aykırılığın hangi işlem ve davranışlarla gerçekleştiğinin ve hangilerinin isticvabın konusu olacağının belirtilmesi gerekir⁹¹⁷. Bunun yararı aynı zamanda isticvap edilecek tarafın vakıayı ve vakıa ile ilgili öğrenilmek istenen noktaları öğrenmesi ve hazırlık yapma imkanının verilmiş olmasıdır⁹¹⁸.

Vakıanın belirtilmesi aynı zamanda vakıanın isticvaba elverişli olup olmadığının kontrol edilmesi açısından önemlidir. Elverişlilikte önemli olan vakıanın taraftan kaynaklandığının veya vakıa hakkında bilgisi olduğunun tespit edilmesidir. Bunu belirlemek için isticvabı talep edilen tarafın çekişmeli vakıa konusundaki bilgisi belirtilmelidir⁹¹⁹ ve isticvabı talep edilen tarafın veya tarafların vakıa ile ilişkisi ortaya konmalıdır⁹²⁰. Bu bilgiye sahip olma şeklinin ortaya konmasını gerektirmemektedir. Önemli olan isticvap ile çekişmeli vakıanın ispat edilebileceğinin belirtilmesi ve bunun için gerekçeler gösterilmesidir. Ancak burada karşı tarafın isticvabı talep edildiğinde vakıa ile ilgili bilgisi hakkında ayrıntı verilemeyebilir veya sınırlı bilgi bulunabilir⁹²¹. Somutlaştırma yükünün bu durumda aranması isticvaba

⁹¹³ Aksi yönde isticvabın delil niteliğini haiz olmaması sebebiyle isticvap konusu vakıaların tam anlamıyla somutlaştırılmasına gerek olmadığı, vakıa hakkında bilgi edinilmesini sağlamak amacıyla isticvaba başvurulabileceği yönünde bkz. **Yardımcı**, s. 185 ve 194.

⁹¹⁴ Aynı şekilde de re' sen isticvaba başvurulması halinde tarafların ileri sürmediği bir vakıa konu edilemez: **Glücklich**, s. 56.

⁹¹⁵ MüKo ZPO/**Schreiber**, § 445, kn. 11.

⁹¹⁶ **Glücklich**, s. 63.

⁹¹⁷ Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 28.

⁹¹⁸ **Glücklich**, s. 64.

⁹¹⁹ Wiczorek/Schütze/**Völmann-Stickelbrock**, § 445, kn. 13.

⁹²⁰ Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 27.

⁹²¹ Wiczorek/Schütze/**Völmann-Stickelbrock**, § 445, kn. 16.

başvurulmasını zorlaştıracığından ve ispat hakkını ihlal edeceğinden karşı tarafın bilgisinin ortaya konması aranmamalıdır⁹²².

Gösterilen delil ile vakıanın daha iyi tanınması ve bu bilgi ile belli bir iddianın ortaya konmasına soruşturma delili (*Ausforschungsbeweis*) denmektedir⁹²³. Tarafın bilgi sahibi olmadığı ve karşı tarafın bilgisinin olup olmadığını bilmediği bir vakıa hakkında isticvabını talep edememesi gerekir⁹²⁴. Sonradan gösterilmek istenen delilin, iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağını ihlal ederek yeni bir vakıayı yargılamaya taşımasına müsaade edilmemelidir⁹²⁵. Delil ikamesi vasıtasıyla ileri sürülmemiş vakıaların mahkemeye taşınması iddianın ve vakıanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile engellenmiştir. Bu nedenle isticvap ile tarafın ileri sürmediği vakıanın karşı taraftan öğrenilerek yargılamaya dahil edilmesi mümkün değildir. Taraf delil ikamesini ve isticvabı, kendisine gerekli olan bilgilerin sağlanması amacıyla gerçekleştiremeyecektir (*Verbot des Ausforschungsbeweis*)⁹²⁶. Aslında bu, somut iddia yükünün bir sonucu ve parçasıdır.

Tarafın isticvap edilmesini talep edebileceği birden fazla kişi olduğu hallerde kimin isticvabını istediği açıkça belirtilmelidir. Özellikle dava arkadaşlığının bulunduğu yargılamalarda kişinin tespiti önem arz etmektedir. Bunun yanında kişinin kendisinin veya iki tarafın birden isticvabı da mümkün olduğundan, talebi bu bakımdan açık olmalıdır. Nitekim tarafın isticvabını talep ettiği kişi açısından re' sen isticvap ayrı olmak üzere, mahkemenin takdir hakkı bulunmamaktadır ve talep ile bağlıdır⁹²⁷. Talepten anlaşılmayan şekilde hakim bir tarafı veya her iki tarafı sorgulamasını re' sen isticvap kapsamında gerekçelendirmesi gerekir.

⁹²² Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 445, kn. 15.

⁹²³ **Deren-Yıldırım**, Hakimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, s. 822.

⁹²⁴ MüKo ZPO/*Schreiber*, § 445, kn. 11.

⁹²⁵ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 239-240; Pekcanitez/*Pekcanitez*, C. II, s. 1254 ve 1263; **Erdönmez**, Güray, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2013 C. 87 S. 5, 15-53, s. 43; **Ulukapı**, Ömer/**Yardımcı**, Taner Emre, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014 C. 16 Özel Sayı, 483-507, s. 485 dn. 8; **Kaya**, Cemil/**Akcan**, Recep, Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı, İÜHFM, Y. 2009 C. LXVII S.1-2, 123-141, s. 133.

Re' sen isticvap yolu ile de tarafların ileri sürmedikleri vakıalar hakkında bilgi edinilemez ve yargılamaya dahil edilemez: **Goedecke**, Wolfgang, Die Parteivernehmung in ihrer Bedeutung für die prozessualen Grundbegriffe, Düsseldorf 1935, s. 12.

⁹²⁶ **Diakonis**, Antonios, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, Tübingen 2014, s. 122; **Tanner**, Martin, Antizipierte Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, AJP 2015, 735-749, s. 738.

⁹²⁷ Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 445, kn. 14.

Vakıanın ve vakıanın hangi yönden isticvap edilmesi gerektiğinin anlaşılmaması halinde aydınlatma ödevi kapsamında tarafın muallak hususları açıklığa kavuşturması istenmelidir.

Mahkeme talebin kabulü için çekişmeli vakıa hakkında halihazırda bir ihtimalin tespit edilmiş olmasını veya yaklaşık ispatı arayamaz⁹²⁸. Ayrıca başka delillerin gösterilmiş olması da şart olmamalıdır⁹²⁹.

3. Taraflarca Getirme İlkesinin veya Re' sen araştırma İlkesinin Geçerli Olduğu Davalarda İsticvap Talebi

Hukukumuzda isticvabın talebi ile ilgili 169. maddede mahkemenin, kendiliğinden veya talep üzerine taraflardan her birinin isticvabına karar verebileceği düzenlenmiştir. İsviçre hukukundaki düzenlemenin aksine taraf talebi ve hakim in re' sen başvuru imkanları metinde ayrı ayrı ifade edilmektedir. Sadece taraf talebiyle veya sadece re' sen ifadelerinin yer almaması nedeniyle isticvaba taraf talebiyle başvurulabileceği gibi re' sen de başvurulabileceği kabul edilmelidir⁹³⁰. Re' sen başvurulabileceği kabul edilen bilirkişi delili bakımından “taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden”, keşif delili için ise “Keşif kararı, mahkemece, sözlü yargılamaya kadar taraflardan birinin talebi üzerine veya re' sen alınır.” ifadelerine benzer şekilde kendiliğinden veya talep üzerine başvurulabilmesi tespit edilebilir.

İsticvaba, taraflarca getirme ilkesinin geçerli olduğu davalarda talep ile veya re' sen başvurulabileceği tespit edildikten sonra re' sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda ikamesi üzerinde durulmalıdır. Amacının ikrar elde etmek olarak görülmesi halinde, re' sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda isticvaba başvurulamayacağı kabul edilmelidir, zira bu yargılamalarda ikrar hakimi bağlamamaktadır. Öğretide bu görüş bazı yazarlarca savunulmaktadır⁹³¹. Davanın aydınlatılması için tarafın bilgisine isticvap ile

⁹²⁸ BeckOK ZPO/*Bechteler*, § 445, kn. 8; Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 445, kn. 15.

⁹²⁹ BeckOK ZPO/*Bechteler*, § 445, kn. 6.

⁹³⁰ Pekcanitez/*Özekes*, C. II, s. 1383.

⁹³¹ **Kuru**, C. I, s. 602; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 382; **Tanrıver**, C. I, s. 785; **Budak/Karaaslan**, § 14, kn. 6; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 478 dn. 444; **Görgün**, Şanal/**Börü**, Levent/**Toraman**, Barış/**Kodakoğlu**, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2020, s. 375; **Yavaş**, s. 180; Pekcanitez/*Özekes*, C. II, s. 1386 (İkrar elde etme amacıyla değil, bilgi ve kanaat oluşturma amacı ile ise isticvaba başvurulması halinde, re' sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda da isticvaba başvurmak mümkündür). Yargıtay HGK., E. 2017/437 K. 2018/669 T. 4.4.2018 (Lexpera).

ulaşılamayan re' sen araştırma ilkesine tabi davalarda tarafların dinlenilmesi kurumuna başvurulması gerektiği belirtilmiştir⁹³².

İkrarın re' sen araştırma ilkesi kapsamında hakimi bağlamaması isticvabın bu davalarda kullanılmasına engel değildir. Tarafın mazeretsiz olarak isticvabın gerçekleştirileceği duruşmaya katılmaması veya duruşmaya katılarak beyanda bulunmaması halinde çekişmeli vakıayı ikrar sonucu re' sen araştırma ilkesine tabi davada ortaya çıkmayacaktır. Bu halde davranış delillerin değerlendirilmesi kapsamında göz önünde bulundurulmalıdır⁹³³. İkrarın vakıayı çekişmeli olmaktan çıkarması, taraflarca getirme ilkesinden kaynaklanmaktadır. Tarafların vakıayı çekişmeli kılması ile ispata muhtaç hale getirmesi ve bundan ikrar ile vazgeçmeleri nedeniyle vakıa ispatın konusu olmaktan çıkar. Re' sen araştırma ilkesinde hakim, tarafların vakıayı çekişmeli kılması ve ispat konusu haline getirmeleri ile bağlı olmadığından, vakıanın çekişmesiz hale getirilmesini sağlayan ikrar ile de bağlı olmayacaktır⁹³⁴. Ancak ikrar bu davada hakimi bağlamayacaktır ve sadece delillerin değerlendirilmesi kapsamında bir beyan olarak değerlendirilecektir. Nitekim ikrarın re' sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda takdiri bir delil olarak değerlendirileceği de belirtilmiştir⁹³⁵.

Tarafın çekişmeli vakıa hakkında lehine veya aleyhine beyanlarının alınması ile tespitin sağlanmasını amaçlayan isticvabın, delil niteliğinin de kabul edilmesiyle ikrardan bağımsız varlığı ortaya konulmaktadır. Bu nedenle tek amacı tarafın ikrarını sağlamak olmayan isticvabın re' sen araştırma ilkesine tabi davalarda da uygulanabileceği kabul edilmelidir⁹³⁶. Özellikle davanın aydınlatılması taraflarla birlikte hakimin ikame edeceği delillere bağlı olan re' sen araştırma ilkesine tabi yargılamalarda, hakimin tarafların beyanlarına delil olarak başvurabilmesi önem taşımaktadır. Bu ihtiyacın tarafın dinlenilmesi ile giderilmesi mümkün değildir, zira tarafın dinlenilmesinin konusu ve beyanların ne şekilde değerlendirileceği dikkate alındığında ispat faaliyetinde isticvabın yerini dolduramayacaktır⁹³⁷. Nitekim Yargıtay

⁹³² Kuru, C. I, s. 602; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 382.

⁹³³ Kiraz, s. 169.

⁹³⁴ MüKo ZPO/*Prütting*, § 288, kn. 14; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 113, kn. 36; Jauernig/Hess, § 49, kn. 33; Schilken, § 11, kn. 469.

⁹³⁵ Kuru, C. I, s. 652; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 404.

Re' sen araştırma ilkesine tabi davalarda ikrarın emare olarak değerlendirileceği yönünde bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 234; MüKo ZPO/*Prütting*, § 288, kn. 14; Stein, Friedrich/Jonas, Martin/*Thole*, Ziviprozessordnung Band 4, Tübingen 23. Auflage, § 288 kn. 10; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 113, kn. 36; Tahiroğlu, Fatih, Medeni Usul Hukukunda Re' sen Araştırma İlkesi, İstanbul 2021, s. 113.

⁹³⁶ Tercan, s. 331; Tahiroğlu, s. 93.

⁹³⁷ Bkz. § 3 I.

kararlarında da re' sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda veya hakimın tarafların ikrarı ile bağılı olmadığı yargılamalarda isticvabın uygulanmasına önem verdiği görülmektedir⁹³⁸. Örneğin boşanma davalarında ikrarın ve yeminin mevcut olmaması, tarafın beyanlarının, özellikle davanın niteliği gereği tarafın lehine beyanlarının delil olarak dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu ise ancak isticvap vasıtasıyla sağlanabilir.

Re' sen araştırma ilkesine tabi olan davada tarafın duruşmaya katılarak beyanda bulunması halinde bu beyanlar ispat faaliyeti kapsamında değerlendirilecektir. Beyanın ikrar içermesi durumunda hakim bu ikrar ile bağılı olmayacak ancak ikrarı delil değerlendirmesinde serbestçe takdir edebilecektir. Son olarak isticvap için duruşmaya davet edilen tarafın gelmemesi veya gelerek beyanda bulunmaması hali ikrar sonucu doğurmamakla beraber hakimın delillerin değerlendirilmesinde dikkate alabileceği bir hususu meydana getirecektir.

4. Bir Tarafın İsticvap Talebi

Kanun metninden iki taraftan birinin, kendisinin veya karşı tarafın isticvabını talep edilebileceği anlaşılmaktadır (m. 169/1). İspat yükünü taşıyan taraf karşı tarafın isticvap edilmesini, kendisinin isticvap edilmesini, kendisi ve karşı tarafın beraber isticvap edilmesini talep edebilir. Aynı şekilde ispat yükünü taşımayan taraf kendisinin, ispat yükünü taşıyan tarafın veya kendisi ile birlikte ispat yükünü taşıyan tarafın isticvabını talep edebilir.

a. Hakimın Takdir Yetkisi

Vakıanın ispatına elverişli ve caiz delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir⁹³⁹. Tarafların ispat faaliyetinde, çekişmeli vakıaların tespiti için gösterdikleri delillerin toplanması ve talep ettikleri diğer usuli işlemlerin gerçekleştirilmesi hakimın takdirindedir ancak bunların reddedilmesi için gerekçe gösterilmelidir. Delilin toplanmaması, delilin usulüne uygun olarak gösterilmemiş olması, caiz olmaması (hukuka aykırı olarak elde

⁹³⁸ Yargıtay 2. H.D. E. 2012/18738 K. 2013/4757 T. 25.02.2013: “Öyleyse, davalı (koca)'nın temyiz aşamasında sunduğu fotoğraflarla ilgili gerektiğinde davacı (kadın)'ın isticvap olunarak (HMK. md. 171-174) beyanına başvurulması ve gerçekleşecek sonucuna göre tarafların kusur durumu ile kusura bağılı taleplerin yeniden değerlendirilip karara bağlanması gerekir.” (Kazancı İBB); Yargıtay 10. HD., E. 2017/4595 K. 2018/209 T. 18.1.2018: “Davanın niteliği gereği resen araştırma ilkesine tabi olup mahkemece kurulan hüküm eksik inceleme ve araştırmaya dayalıdır. ... Dahili davalı ... isticvap edilmeli ve kendine ait olan çalışmalar hususunda ayrıntılı beyanı alındıktan sonra davacıya ve ... ait olan çalışmalar ayrı ayrı belirlenip ilgili işyerlerinden çalışmaya ilişkin şahsi sicil dosyaları ve ücret bordroları ve işe giriş bildirgeleri getirilmeli ve hem davacının hemde dahili davalı ...'nın çalıştıkları işyerleri ve çalışma süreleri ayrı ayrı belirlenmek suretiyle hüküm kurulmalıdır.” (Lexpera).

⁹³⁹ Pekcantez/*Atalay*, C. II, s. 1763.

edilmiş deliller veya kesin delille ispat zorunluluğu bulunan hallerde takdiri delil gösterilmiş olması) ve delilin elverişli olmaması sebeplerine dayandırılabilir. İlk olarak delilin toplanması için öncelikle vakıanın çekişmeli veya karar için önemli olması gerekmektedir⁹⁴⁰. Aksi halde delilin toplanmasına gerek bulunmaz, zira vakıa ispatın konusunu oluşturamamaktadır. İkinci olarak iddia edilen çekişmeli vakıalar ile gösterilen deliller arasında ilişki kurulmalı ve çekişmeli vakıanın uyuşmazlığın çözümü için önem taşıdığı ve delilin ispata elverişli olduğu taraflarca belirtilmelidir⁹⁴¹. İsticvap konusu vakıanın somutlaştırılması ve isticvap ile ilişkisinin kurulmasına yukarıda değinmiştik. Bunun gerçekleştirilmemesi halinde talep reddedilebilir, zira hakim isticvap ile çekişmeli vakıanın tespiti arasında bağlantı kuramayabilir.

Delilin önceden değerlendirilerek⁹⁴² ispat faaliyeti dışında bırakılması, daha doğrusu toplanmaması ve delillerin değerlendirilmesine esas alınmaması söz konusu olabilir (*Antizipierte Beweiswürdigung*). Delilin önceden değerlendirilmesi, delil toplanmadan önce hakkında kanaate varılmasıdır⁹⁴³. Delilin önceden değerlendirilmesi, delilin elverişsizliğine dayandırılmaktadır⁹⁴⁴. Delilin elverişsizliğini ise genel olarak çekişmeli vakıa için gösterilen delilin, vakıanın menfi veya müspet tespitini sağlayamayacağı şeklinde tanımlayabiliriz. Delilin elverişliliği objektif ve sübjektif olarak ayrılmaktadır⁹⁴⁵. Vakıanın menfi veya müspet tespitini nesnel sebeplerden dolayı mümkün kılmayan deliller objektif olarak elverişli değildir⁹⁴⁶. Akli dengesi yerinde olmayan tanığın dinlenilmesi buna örnek verilebilir. Sübjektif olarak elverişli olmayan delil ise genel anlamda ispata elverişli olmakla beraber somut vakıa bakımından yetersiz ve sonuç vermesi bakımından ümitsiz görülen delillerdir⁹⁴⁷. Sübjektif elverişsizlikte delilin elverişsiz olduğuna mevcut bir ispat sonucundan ziyade varsayılan bir ispat sonucuna göre karar verilmektedir⁹⁴⁸. Buna ilk olarak olayın üzerinden çok uzun zaman geçmesi sebebi ile bilirkişi, tanık veya keşif delilinin elverişli görünmemesi örneği verilmiştir⁹⁴⁹. İkinci örnek ise tanığın taraf ile ilişkisi ve dava konusu ile ilgili yararı dolayısıyla

⁹⁴⁰ **Tanner**, s. 737; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 111.

⁹⁴¹ **Tanner**, s. 738.

⁹⁴² **Yıldırım**, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı, s. 687.

⁹⁴³ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 152, kn. 18; **Hasenböhler**, Franz, Das Gericht im Spannungsfeld von Beweisanspruch und antizipierter Beweiswürdigung, «Im Namen des Obergerichts», Festschrift zur Pensionierung von Frau Dr. Magdalena Rutz, Liestal 2004, 105–114, s. 106.

Kaufmann, delil toplanmadan önce reddedildiği için burada bir delil değerlendirmesi olmadığından, delilin önceden değerlendirilmesi olarak isimlendirilemeyeceği kanaatindedir: **Kaufmann**, U., s. 27.

⁹⁴⁴ **Tanner**, s. 743.

⁹⁴⁵ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 152, kn. 18.

⁹⁴⁶ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 152, kn. 19; **Tanner**, s. 743.

⁹⁴⁷ **Tanner**, s. 743, 744; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 152, kn. 20.

⁹⁴⁸ **Kofmel**, s. 256; **Hasenböhler**, s. 106.

⁹⁴⁹ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 152, kn. 20.

güvenilirliğinin yeterli bulunmaması sebebiyle dinlenilmesinden vazgeçilmesidir⁹⁵⁰. Sübjektif elverişlilik nedeniyle delilin toplanmaması görüşü çoğunlukla reddedilmektedir⁹⁵¹. Özellikle ikinci örnek için ileri sürülen argüman bunun sebebini de ortaya koymaktadır: Hakimin ödevi soyut olarak tanığın güvenilirliğinin tespiti değildir, somut beyanların inandırıcı olup olmadığını değerlendirmektir⁹⁵². İlk örnek bakımından ise geçen zamanın olayın etkilerini silmesi nedeniyle nesnel bir durumdan ve aslında objektif elverişsizlikten bahsedilmektedir. Bu nedenle delilin toplanmaması mümkündür⁹⁵³.

Delillerin toplanmasını engelleyen elverişsizlikten yola çıkarak, isticvap talebinin hakimi bağlamadığını ve hakimin isticvap kararı vermek için takdir yetkisinin bulunduğunu söyleyebiliriz⁹⁵⁴. Çekişmeli vakıayı ortaya koyma kabiliyetinin bulunmaması halinde hakim gösterilen delilin toplanmamasına karar verebilir⁹⁵⁵. Aynı şekilde isticvabın hakkında talep edildiği vakıa hakkında elverişli olmadığı tespit edilirse tarafın isticvap talebi reddedilir. Ancak bu takdir yetkisi sınırları olmayan ve gerekçe gösterilmeksizin kullanılan bir takdir yetkisi olamaz⁹⁵⁶.

Delilin vakıa hakkında bilgi vermeyecek olmasının tespiti bu delilin toplanmaması için bir sebeptir⁹⁵⁷. İsticvabı talep edilen tarafın veya tarafların vakıa hakkında bilgisinin olmadığına tespit edilmesi, isticvabın objektif olarak elverişsiz olduğunu göstermektedir⁹⁵⁸. Ancak bu tespit somut olmalıdır; tarafın bilgisinin mevcut ancak yeterli olmadığına düşünülmesi, tarafın sübjektif beyanlarda bulunacağının öngörülmesi, tarafın yargılamadaki davranışlarının güven telkin etmemesi, vakıanın olası görülmemesi gibi nedenlere dayanılarak isticvap talebi reddedilemez⁹⁵⁹. Bu sebeplerle talebin reddedilmesi sübjektif elverişsizliğe dayanmaktadır ki yukarıda belirtildiği gibi buna dayanılarak ispat faaliyetinin eksik yapılması kabul görmemiştir.

⁹⁵⁰ BGer, 18. April 2007, 4A_10/2007, E. 2.9 (Kararda tanığın kendi yararının dikkate alınmasının delilin önceden değerlendirilmesinde keyfilik teşkil etmediği vurgulanmıştır).

⁹⁵¹ BK ZPO/*Brönnimann*, Art. 152, kn. 19, 20; *Hasenböhler*, s. 109; *Yıldırım*, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 103.

⁹⁵² *Tanner*, s. 745.

⁹⁵³ *Tanner*, s. 746.

⁹⁵⁴ *Tercan*, s. 219; *Üstündağ*, s. 759.

⁹⁵⁵ *Bolayır*, Delillerin Toplanması, s. 111 dn. 347.

⁹⁵⁶ *Aşık*, s. 57, 58; *Yıldırım*, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı, s. 692.

⁹⁵⁷ BK ZPO/*Brönnimann*, Art. 152, kn. 19; Sutter-Somm/*Hasenböhler*/Leuenberger/*Hasenböhler*, Art. 152, kn. 19.

⁹⁵⁸ *Tercan*, s. 225, 226; Tanık için bkz. Sutter-Somm/*Hasenböhler*/Leuenberger/*Hasenböhler*, Art. 152, kn. 19.

⁹⁵⁹ Stein/Jonas/*Berger*, § 445, kn. 34.

İsticvap talebinin kabul edilmesi için hali hazırda bir kanaatin veya en azından vakıanın tespiti yönünden bir ihtimalin bulunması şart değildir⁹⁶⁰. Bunun yanında isticvabın çekişmeli vakıa hakkında kanat oluşturacağı şeklinde bir öngörünün veya beklentinin aranmasının da dayanağı bulunmamaktadır⁹⁶¹. İsticvabın bu şartlara bağlanması delillerin önceden değerlendirilmesi ve ikame edilmeyerek kanaate esas alınmaması anlamına gelir. Bu sebeple talebin reddedilmesi hukuka aykırıdır⁹⁶² ve aynı zamanda ispat hakkının kısıtlanmasıdır⁹⁶³.

Tarafın isticvabını talep ettiği tarafın değil diğer tarafın sorgulanması hali taraflarca getirme ilkesine aykırılık teşkil eder. Ancak re' sen isticvaba başvurulması için geçerli gerekçelerin bulunması halinde alınan beyanlar delillerin değerlendirilmesinde dikkate alınabilir.

b. Talebin Geri Alınması

Gösterilen delilden vazgeçilmesi tarafın, bu delilin toplanmasını, incelenmesini ve değerlendirilmesini istememesidir. Dilekçelerde veya daha sonraki aşamada istisnalarından yararlanarak ikame edilen delilin yargılamada esas alınmaması, vakıanın tespitinde yararlanılmaması talebidir. Bu imkan, Hukuk Muhakemeleri Kanun'un 196. maddesinde tanınmış, ancak gerçekleşebilmesi için karşı tarafın rızası aranmıştır. Buradan hareketle isticvabın talep edilmesinden sonra talebin geri alınması için delillerde olduğu gibi karşı tarafın rızasının gerekli olup olmadığı araştırılmalıdır.

Karşı tarafın muvafakati ile delilden vazgeçilmesi belli delil veya deliller ile sınırlı tutulmamıştır. Kanunda düzenlenen deliller gibi diğer delillerden de vazgeçilebilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükteyken, delilden vazgeçilmesi imkanının sadece senetler bakımından tanındığı kabulü Gerekçe'de açıkça vurgulanarak, 196. Madde kapsamında her türlü delilden vazgeçilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir⁹⁶⁴. Delilden vazgeçilmesinin karşı tarafın iznine bağlanmasının sebebi, sunulan delil ile sadece delili gösteren tarafın değil karşı

⁹⁶⁰ **Reinkenhof**, s. 50; Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 445, kn. 20; Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 34.

⁹⁶¹ **Reinkenhof**, s. 50; Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 34; Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 445, kn. 15.

⁹⁶² Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 34.

⁹⁶³ **Nissen**, Moritz, Das Recht auf Beweis im Zivilprozess, Tübingen 2019, s. 730.

⁹⁶⁴ HMK m. 196 Gerekçesi: "Bu madde, 1086 sayılı Kanundaki benzer düzenlemenin genelleştirilmiş hâlidir. 1086 sayılı Kanunda delilden vazgeçmeye ilişkin hüküm, senetlere ilişkin olarak düzenlenmişti ve uygulama ile doktrinde bu çerçevede yorumlayan görüşler olduğu gibi aksine görüşler de mevcuttu. Bu madde ile duruma açıklık getirilerek, herhangi bir delili gösteren tarafın, bu delilden vazgeçmek istemesi durumunda, bunun ancak karşı tarafın açık izni ile mümkün olduğu belirtilmiştir."

YHGK E. 2016/325 K. 2019/883 T. 17.9.2019: "Belirtmek gerekir ki, HMK'nın 196'ncı maddesinde yer alan hükmün tanık delilini de kapsadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır." (Lexpera).

tarafın da yararına bir sonuç doğması ihtimalinin bulunmasıdır⁹⁶⁵. Aynı şekilde isticvap talebi ile karşı tarafın kendisinin veya karşı tarafın sorgulanmasında yararı mevcut olabilir.

Delilden vazgeçilebilmesi için karşı tarafın izni, delilin gösterilmesinden sonra aranmaktadır⁹⁶⁶. Delilden vazgeçilebilecek zaman kesitinin ne zaman sona ereceği ile ilgili bir düzenleme bulunmamakla beraber delilin toplanması ile bu imkanın ortadan kalkacağı kabul edilmelidir. Delil toplandıktan sonra hakimin bunu değerlendirmeye ve karara esas almaması için delilden vazgeçilmesi mümkün olmamalıdır. Delilin toplanması gibi bir zaman sınırı getirildiğinde ise her delil bakımından farklı sonuçlara ulaşılabacaktır. Belge delilinin dilekçede gösterilip, dilekçeyle birlikte ibraz edilmesi halinde, yemin delilinde ise tarafın yemin etmesi veya yemini iade etmesi ile delil toplanmış olacaktır. Örneğin tanık delilinden, tanık beyanlarının yer aldığı tutanağın tanıkça imzalanması anına kadar karşı tarafın rızası olmak kaydıyla vazgeçilebilir⁹⁶⁷. Tanığın dinlenilmesi esnasında delilden vazgeçildiğinde, alınan beyanların hakim tarafından dikkate alınmaması gerekir⁹⁶⁸.

İsticvabın talep edilmesi, hakimin isticvap kararı vermesi, isticvap kapsamında tarafın beyanlarının alınması ve isticvap tutanağının imzalanması olmak üzere dört aşama söz konusudur. Bu aşamalardan hangisinin gerçekleşmesine kadar tarafın isticvaptan vazgeçebileceği tespit edilmelidir. Benzer şekilde bilirkişi delilinin ikamesinde tarafın bilirkişi incelemesi talebi bulunmakta ve bu talebin kabulü veya reddine ilişkin gerekçeli bir ara karar verilmesi gerekmektedir⁹⁶⁹. Delil, mahkemenin ara kararından bağımsız olarak tanığın dinlenilmesi ve tutanak altına alınması, bilirkişinin raporunun alınması, yeminin eda edilmesi ve tutanağın imzalatılması ile toplanmış olur⁹⁷⁰. Senet delilinden farklı olarak tarafın veya üçüncü kişinin beyanlarının söz konusu olduğu delillerde kişinin dinlenilmesi ve sonrasında tutanağın imzalanması ile delil toplanmış olacağından⁹⁷¹, isticvap bakımından da tarafın beyanlarının alınması ve tutanağın imzalanması ile sürecin tamamlanmış olacağı söylenmelidir.

Beyanı esas alan delillerde delil toplanmasının, beyanın tutanağa geçirilerek imza altına alınmasıyla sağlanmasından hareketle isticvap için de aynı sonuca varılmalıdır. Tarafın

⁹⁶⁵ **Köroğlu, Anıl/Tahiroğlu, Fatih**, Medeni Usul Hukukunda Tanık Delilinden Vazgeçme, TAÜHFD, 2020/1, 221-248, s. 233.

⁹⁶⁶ **Erdönmez, Güray**, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti, İstanbul 2014, s. 268.

⁹⁶⁷ **Köroğlu/Tahiroğlu**, s. 232.

⁹⁶⁸ **Köroğlu/Tahiroğlu**, s. 238.

⁹⁶⁹ **Toraman**, s. 358 vd.

⁹⁷⁰ **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 380, 402, 429.

⁹⁷¹ **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 402.

sorgulanması ve beyanlarının tutanağa geçirilerek imzalatılmasıyla işlem tamamlanmış olur. Bu nedenle tarafın isticvap talebinden vazgeçmesi tutanak imzalanıncaya kadar mümkün olmalıdır. İsticvabın gerçekleşmesinden sonra yani tutanağın imzalanmasından sonra vazgeçilemez⁹⁷². Alman hukukunda tarafın isticvap edilmesine kadar talepten vazgeçilmesi mümkündür⁹⁷³. İsticvap talebinin tarafın sorgulanmasına kadar geri alınabilmesi delil ikame talebinin delilin toplanması yani tarafın beyanlarının alınmasına kadar geri alınabileceği kabulüne dayanmaktadır⁹⁷⁴. Bunu örnek alarak tarafın isticvabı gerçekleştikten sonra isticvap talebinin geri alınamayacağı⁹⁷⁵ hukukumuzda delil toplamanın farklı zamanda tamamlanmış olduğu kabulünden dolayı kabul edilmemelidir.

İsticvap talebinin geri alınabilmesi için karşı tarafın iznine ihtiyaç olup olmadığı sorusuna ise olumsuz yanıt vermek gerektiği kanaatindeyiz. Tarafın isticvap talebini geri alması halinde karşı taraf bir kısıtlamaya tabi olmaksızın isticvap talep edebilecektir. Nitekim tanık listesinde gösterilen tanıkların dinlenilmesinden karşı tarafın rızası aranmaksızın vazgeçilebileceği, karşı tarafın bu tanıkların dinlenilmesini isteyebileceğinin kabulüne dayanılarak belirtilmiştir⁹⁷⁶. Benzer şekilde isticvapta da tarafın vazgeçilen isticvap talebini kendisinin gerçekleştirebilmesi hak kaybına yol açmayacağından vardığımız sonuç isabetlidir.

Taraf talebinin geri alınması ile hakimin tarafın isticvabını gerçekleştirmemesi, isticvaba başlanmışsa alınan beyanları kararında dikkate almaması gerekmektedir. Sadece re' sen isticvap imkanının bulunmasına dayanılarak taraf sorgulanmamalıdır ve beyanlar delillerin değerlendirilmesinde kullanılmamalıdır. Re' sen isticvap için gerekli şartların varlığı ortaya konmalıdır ve bu şekilde isticvap kararında belirtilerek taraf sorgulanmalıdır⁹⁷⁷. Son olarak geri alınan isticvap talebi tekrar yapılabilir⁹⁷⁸.

5. İki Tarafın Anlaşarak İsticvap Talebi

Kanunda iki tarafın anlaşarak isticvap talep etmelerine dair bir belirleme bulunmamaktadır. Karşı tarafın veya kendisinin isticvap edilmesi talebi için karşı tarafın rıza göstermesine gerek

⁹⁷² Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 36; Wiczorek/Schütze/**Völmann-Stickelbrock**, § 445, kn. 18. İsticvap henüz gerçekleşmediyse talebin geri alınabileceği ifade edilmiştir: **Tercan**, s. 199.

⁹⁷³ MüKo ZPO/**Schreiber**, § 445, kn. 11; Wiczorek/Schütze/**Völmann-Stickelbrock**, § 445, kn. 18.

⁹⁷⁴ Wiczorek/Schütze/**Völmann-Stickelbrock**, § 445, kn. 18.

⁹⁷⁵ **Tercan**, s. 199.

⁹⁷⁶ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s. 451.

⁹⁷⁷ Benzer yönde bkz. Prütting/Gehrlein/**Müller-Christmann**, § 447, kn. 7; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 447, kn. 3; Zöller/**Greger**, § 447, kn. 4.

⁹⁷⁸ Zöller/**Greger**, § 445, kn. 5b; Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 36.

yoktur. Buna rağmen tarafın karşı tarafın veya kendisinin sorgulanması talebine karşı tarafın da onay vermesi, rıza göstermesi veya tarafların anlaşarak bir tarafın veya her ikisinin isticvabını talep etmeleri mümkündür. Bu halde talebin hangi taraftan geldiğinin önemi kalmaz⁹⁷⁹ ve susma karşı tarafın rızası olarak değerlendirilemez⁹⁸⁰. Rızanın veya anlaşarak isticvap talebinin, hakimin isticvap için mevcut takdir yetkisini nasıl etkileyeceği üzerinde durulmalıdır. Diğer yandan bu halde rızanın veya talebin geri alınmasının mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır.

a. Hakimin Takdir Yetkisi

Tarafların anlaşarak isticvaba başvurmaları halinde hakimin istenilen tarafı muhakkak isticvap etmesi bir görüşe göre delil sözleşmeleri açısından ele alınmıştır. Buna göre münhasır delil sözleşmesi olarak tarafın veya tarafların isticvabı konusunda anlaşılmışsa, hakim isticvabı gerçekleştirmelidir⁹⁸¹. Münhasır olmayan delil sözleşmesi niteliği anlaşılıyorsa, hakim delillerin değerlendirilmesi ve kanaatinin durumuna göre tarafı veya tarafları isticvap edebilir⁹⁸².

Kanaatimizce tarafların anlaşması veya diğer tarafın isticvap talebine rıza göstermesi, hakimin takdiri açısından bir sonuç doğurmamalıdır, hakimin isticvaba başvuru konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır⁹⁸³. Tek tarafın isticvap talebinde ya da isticvap talebine diğer tarafça karşı çıkılması halinde olduğu gibi hakim delilin elverişliliği ve mevcut kanaatine göre isticvabın uygulanmasına karar verebilir⁹⁸⁴. Genel olarak delillerin ikamesi ile ilgili göz önünde bulundurulmuş hususların, tarafların beraber isticvap talep etmelerinde de göz önünde bulundurulması gerekir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki isticvabın ispat faaliyetinde her iki tarafça kullanılmak istenmesi halinde bu talebi reddetmek için somut bir nedenin olması gerekir ki çoğu ihtimalde bu tespit edilmeyecek ve isticvap talebi kabul edilecektir⁹⁸⁵.

⁹⁷⁹ AK ZPO/*Rüßmann*, § 447, kn. 1; Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 447, kn. 2; Zöller/*Greger*, § 447, kn. 1.

⁹⁸⁰ Stein/Jonas/*Berger*, § 447, kn. 2; MüKo ZPO/*Schreiber*, § 447, kn. 2.

⁹⁸¹ *Tercan*, s. 211.

⁹⁸² *Tercan*, s. 211.

⁹⁸³ Stein/Jonas/*Berger*, § 447, kn. 7; Zöller/*Greger*, § 447, kn. 1; Anders/*Gehle*, § 447, kn. 7; Prütting/Gehrlein/*Müller-Christmann*, § 447, kn. 6; MüKo ZPO/*Schreiber*, § 447, kn. 1; *Tercan*, s. 211 (Taraflarının anlaşmasının delil sözleşmesi olarak görülmediği hal için bu fikir savunulmuştur). Buradaki takdir yetkisi delilin toplanmasının gerekliliğine bağlıdır, olumlu yanıt verildiği takdirde hakimin tarafı isticvap etmesi gerekir: Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 447, kn. 8.

⁹⁸⁴ Stein/Jonas/*Berger*, § 447, kn. 6; MüKo ZPO/*Schreiber*, § 447, kn. 2.

⁹⁸⁵ Stein/Jonas/*Berger*, § 447, kn. 7; Musielak/Voit/*Huber*, § 447, kn. 2; /Gehrlein/*Müller-Christmann*, § 447, kn. 6.

Diğer yandan tarafların iki tarafın da isticvap edilmesi şeklinde anlaşmaları halinde talebin kabul edilmesi hakkındaki takdir yetkisi, tarafların ikisinin de veya birinin sorgulanması konusunda da mevcuttur.

Taraf talebe rıza gösterebileceği gibi karşı da çıkabilir. Kendisinin veya karşı tarafın isticvabının talep edilmesine karşılık, bunun gerçekleştirilmemesi yönünde irade gösterebilir. Sadece gösterilen bu iradeye bakılarak kanaat tesis edilmesi doğru değildir. Taraf elbette karşı tarafın beyanlarından çekinecektir ancak bu aynı zamanda gerçeğin ortaya çıkmasından korktuğu anlamına da gelmemektedir⁹⁸⁶. İsticvap ile alınan beyanların serbestçe değerlendirilmesi imkanı olduğu gibi tarafın beyandan kaçınması halinin sonuçları da ayrıca ön görülmüştür. Tarafın karşı tarafa güvensizliği veya isticvabın elverişliliğine ilişkin şüpheleri nedeniyle bu talebe karşı çıkması bir sonuç doğurmamalıdır⁹⁸⁷. Nitekim kanunda da tarafın isticvap talebi rızası için bir netice öngörülmemiştir.

Bir tarafın isticvap talebine diğer tarafın da katılması, beraber talepte bulunmaları isticvap ile alınan beyanların değerlendirilmesi bakımından bir farklılık yaratmamaktadır. Hakim bu beyanları serbestçe değerlendirmelidir⁹⁸⁸. Bir tarafın diğer tarafa veya kendine güvenmesi sebebiyle isticvabı desteklemesi hakimın kanaati üzerinde etkili olmamalıdır.

b. Rızanın Geri Alınması

Bir tarafın isticvap talep etmesi halinde talebini isticvap tutanağı imzalanana kadar geri alabileceğini belirtmiştik. İki tarafın anlaşarak veya karşı tarafın rızasını açıklayarak beraber isticvap talep edilmesi halinde bu talebin geri alınma imkanı üzerinde durulmalıdır.

Alman hukukunda ispat yükünü taşıyan tarafın isticvabı ancak karşı tarafın rızası ile mümkün olduğundan talebin ve rızanın geri alınması imkanları önem taşımaktadır. Bu nedenle talebin ve rızanın geri alınması için doktrinde farklı görüşler belirtilmiştir. Rızanın tek taraflı ve bağlayıcı bir usul işlemi olması nedeniyle verildikten sonra tek taraflı olarak geri alınamayacağı görüşüne⁹⁸⁹ karşılık, isticvabın gerçekleştirilmesine kadar vazgeçilebileceği

⁹⁸⁶ Brehm, s. 267.

⁹⁸⁷ Tercan, s. 210.

⁹⁸⁸ Stein/Jonas/Berger, § 447, kn. 6; Anders/Gehle, § 447, kn. 8; Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann, § 447, kn. 6.

⁹⁸⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 124, kn. 18; Stein/Jonas/Berger, § 447, kn. 5; Wiczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 447, kn. 6; Zöller/Greger, § 447, kn. 3; Musielak/Voit/Huber, § 447, kn. 1; Anders/Gehle, § 447, kn. 5.

fikri bulunmaktadır⁹⁹⁰. İspat yükünü taşıyan tarafın, kendisinin isticvabı talebini karşı tarafın rıza göstermesine kadar geri alabilmesinde ise görüş ayrılığı bulunmamaktadır. İsticvabın gerçekleşmesinden sonra ise taraflar anlaşarak dahi beyanların kullanılmasını engelleyemezler⁹⁹¹.

Alman hukukunda isticvap için verilen rızanın geri alınmasının önemi, isticvabın tamamen ispat yüküne bağlı kılınmasından kaynaklanmaktadır. İspat yükünü taşıyan taraf sadece karşı tarafın isticvabını talep edebilirken (dZPO § 445), karşı tarafın rıza göstermesi ile kendisinin isticvabını talep etmesi mümkündür (dZPO § 447). Aksi halde ispat yükünü taşıyan tarafın isticvabı re' sen isticvap dışında mümkün değildir. Bu nedenle karşı tarafın rıza göstermesi ve sonradan bu rızasını geri alması ispat yükünü taşıyan tarafın aleyhine bir durumdur ve rızanın geri alınması konusunda farklı görüşlerin gelişmesine sebep olmuştur. Tarafın rıza göstermesi usuli işlem olarak nitelendirilmiştir⁹⁹².

Hukukumuz açısından bu ayrımın önemi bulunmamaktadır, zira isticvap ispat yüküne bağlı değildir ve tarafın isticvap edilebilmesi için karşı tarafın rızası aranmamaktadır. Rızanın gösterilmesi isticvap talebinin kabulü bakımından Alman hukukundaki gibi bir öneme sahip olmadığından geri alınabilmesi mümkün olmalıdır⁹⁹³.

Karşı tarafın rızasının önem taşıdığı Alman hukukunda rızanın geri alınması da tarafın isticvap kapsamında beyan vermekten çekinmesi gibi hakimce serbestçe değerlendirilmektedir. Tarafın rızasını geri alması, sorgulanan tarafın beyanda bulunmaması gibi vakıanın ispatı için kanaat tesis edebilir⁹⁹⁴. Ancak hukukumuzda bir tarafın rızasının isticvap talebi ve isticvabın uygulanması için Alman hukukundaki kadar büyük önemi bulunmadığından, kanaatimizce tarafın rızasını geri aldığını ifade etmesi hakimın kanaati için belirleyici olmamalıdır. Bu rızadan ve rızanın geri alınmasından bağımsız olarak isticvap kararı verilmeli ve taraf sorgulandığı takdirde kanaat bu beyanların üzerine tesis edilmelidir.

Talebin geri alınması konusunda ise karşı tarafın rızasını açıklayana kadar talebin geri alınabileceği ifade edilmiştir: Stein/Jonas/**Berger**, § 447, kn. 5. Farklı yönde yine isticvap gerçekleştirilene kadar talebin geri alınabileceği de belirtilmiştir: **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 124, kn. 18.

⁹⁹⁰ MüKo ZPO/**Schreiber**, § 447, kn. 2; **Gehrlein**, Markus, Warum kaum Parteibeweis im Zivilprozess, ZZP 110. Band Heft 4 1997, 451-475, s. 459.

⁹⁹¹ Zöller/**Greger**, § 447, kn. 3; Stein/Jonas/**Berger**, § 447, kn. 5; Wiczorek/Schütze/**Völmann-Stickelbrock**, § 447, kn. 3.

⁹⁹² Anders/**Gehle**, § 447, kn. 5; Prütting/Gehrlein/**Müller-Christmann**, § 447, kn. 4.

⁹⁹³ Rızanın ancak tarafların anlaşması ile geri alınabileceğine dair **Tercan**, s. 208.

⁹⁹⁴ Anders/**Gehle**, § 447, kn. 5; Prütting/Gehrlein/**Müller-Christmann**, § 447, kn. 5.

B. Taraf Talebiyle İsticvabın Sınırlandırılması

1. Genel Olarak

Tarafın isticvaba başvurabilmesi için Kanunda bir sınırlama ön görülmemiştir. Her iki taraf kendisinin veya karşı tarafın isticvabın talep edebilir. Ancak isticvap ile ulaşılmak istenen amacın ikrar olarak belirlenmesi, isticvaptan sonuç çıkarılmasının diğer delillere bağlanması ve taraf beyanlarının buna bağlı olarak değerlendirilme şekilleri tarafların isticvap taleplerini sınırlandırabilmektedir. İsticvabın ikrar elde etme aracı olarak görülmesi veya tarafın lehine beyanlarının delillerin değerlendirilmesine esas alınamayacağının kabulü, tarafın ispat yükünden bağımsız olarak kendisinin veya karşı tarafın isticvabını talep etmesine engel olacaktır. Diğer yandan özellikle ispat güçlüğüne söz konusu olduğu hallerde isticvabın diğer delillere bağlı tali bir kurum olarak değerlendirilmesi yine tarafların ispat faaliyetini engellemektedir. Bu halde yemine başvurulması ise yeminin vakıayı temsili göz önüne alındığında, yemine göre karar verilmesinden ispat yüküne göre karar verilmesi dahi tercih edilebilir⁹⁹⁵.

İsticvabın hukuki niteliğinden bağımsız olarak yargılamada ispat faaliyeti ile ilgili bir kurum olması nedeniyle isticvaba başvurulmasına veya beyanların değerlendirilmesine ilişkin getirilen şartlar ve sınırlamalar ispat hakkını doğrudan ilgilendirmektedir. İspat hakkının sadece hukuki dinlenilme hakkı ile olan bağlantısından yola çıkılarak isticvap için getirilen sınırlandırmaların ispat hakkını ihlal ettiğini söylemek doğru olmayacaktır. Taraf beyanının tarafların dinlenilmesi veya taraf iddiaları ile yargılamada yer alması ile hukuki dinlenilme hakkı gerçekleştirilmiş olacaktır ancak taraf beyanının delil ikamesinde yer bulamaması, sınırlandırılması ispat hakkının ihlalini oluşturur⁹⁹⁶.

Adaleti temin talebi, etkin hukuki korunmanın sağlanması halinde gerçekleştirilebilir⁹⁹⁷. Bu kamu gücünün uygulanmasında devlet tekeli ile ihkak-ı hak yasağı arasındaki dengeyi kurmaktadır⁹⁹⁸. İspat hakkı, adaleti temin talebinin kısmi güvencesi olarak, tarafa çekişmeli vakıanın ispat edilmesini ve ikame edilen delillerin tüketilmesi imkanı verilmesini kapsar⁹⁹⁹. Hukuki korunmanın devlet tarafından etkin şekilde temini ancak vakıa temeline dayanan hakkın tespitinin mahkeme aracılığıyla yapılmasının güvence altına alınması ile gerçekleşebilir. Bu

⁹⁹⁵ Taruffo, s. 35.

⁹⁹⁶ Kwaschik, s. 34.

⁹⁹⁷ Habscheid, Walter J. Das Recht auf Beweis, ZJP 1983, 306 vd., s. 307.

⁹⁹⁸ Habscheid, Recht auf Beweis, s. 307.

⁹⁹⁹ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 101.

tespitin yapılması ise ispat vasıtası ile yapılacaktır. Vakıanın tespiti hakkının tanınması, bu vakıanın ispatı hakkının da tanınmasını gerektirmektedir. Adalet talebinin içeriğine ispat hakkı da dahildir ve adalet talebi anayasal bir hak olduğundan, ispat hakkının da anayasal olduğu ve sınırlamasının buna gere yapılması gerektiği sonucu çıkarılmalıdır. Sınırlamaların meşruluğu (*legitimation*) araştırılmalıdır¹⁰⁰⁰.

Bu bakımdan taraf beyanının delil olarak ikamesini imkansız hale getiren şartların düzenlenmesi ispat hakkının ihlali olarak nitelendirilebilir. Ancak delili imkansız hale getirmeyen sadece düzenleyici fonksiyona sahip şartlar, delili imkansız kılmaz, bu nedenle ispat hakkının sınırlandırılması değildir. Buna göre isticvabp talebini imkansız kılan bazı şartları ispat hakkının ihlali olarak değerlendirilebilir¹⁰⁰¹.

Taraf beyanlarının ispat faaliyetinde kullanılmasıyla alakalı olarak ispat hakkının kapsamında; tarafın kendisinin veya karşı tarafın beyanlarının alınmasını talep hakkı, diğer delillere bağlı olmaksızın beyanların ikame edilebilmesi hakkı, tarafın karşı tarafa soru sorması ve temsilcisi aracılığıyla kendisine soru sorulabilmesi hakkı, taraf beyanlarının delillerin değerlendirilmesinde dikkate alınma hakkı bulunmaktadır¹⁰⁰². Bu hakların sınırlanması bakımından bu kısımda isticvabın tali/tamamlayıcı olması ve ikrar elde etme amacıyla ispat yüküne bağlanması incelenecektir.

2. Tali veya Tamamlayıcı Olması

Türk hukukunda isticvabın delil niteliği tartışmalı olduğundan ve delil niteliğini kabul etmeyen görüşlerce ancak delil değerlendirmesine yardımcı bir faaliyet olarak görüldüğünden tek başına ve diğer delillerden bağımsız olarak vakıanın ispatını sağlayamayacağı kabul edilmiş olmaktadır. İsticvabın ispat faaliyetindeki rolü benimsense dahi diğer delillerin ikamesinden sonra bu delillere yardımcı olduğunun kabul edilmesi tali ve tamamlayıcı bir ispat aracı olarak benimsendiğini göstermektedir. Talilik bir anlamda mevcut son tereddütün giderilmesi ve ispatın tamamlanması için ispat aracına başvurulması olarak anlaşılmaktadır. Bu kapsamda isticvap başlı başına bir delil olmayıp, var olan delilleri genişletmek, tamamlamak ve kanaati tamamlamak için kullanılan bir araç olmaktadır ve bu yüzden delil ikamesinin sonunda

¹⁰⁰⁰ Habscheid Recht auf Beweis, s. 307, 308.

¹⁰⁰¹ Kwaschik, s. 35.

¹⁰⁰² Kofmel, s. 172.

başvurulmaktadır¹⁰⁰³. Kanaatimizce bu talilikten ziyade tamamlayıcı delil olma özelliği olarak ifade edilmelidir. Taliliğin asıl anlamı başlı başına bir delil olmakla birlikte ancak diğer delillerin ikame edilememesi veya diğer delillerle ispatın sağlanamaması halinde ortaya çıkan ispat güçlüğü durumunda başvurulmasıdır¹⁰⁰⁴.

Yargıtay kararlarında çoğunlukla diğer delillerle birlikte isticvabın da değerlendirilmesi ile sonuca ulaşılması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁰⁰⁵. Bu ifade isticvabın kanaatin tamamlanması için kullanıldığını, tamamlayıcı bir ispat aracı olarak görüldüğünü bize göstermektedir. Diğer bir kısım Yargıtay kararlarında isticvabın ispat yükünü yerine getirmeye elverişli olmadığı, diğer delillerin muhakkak ispatı gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır¹⁰⁰⁶. Buna göre

¹⁰⁰³ Sutter-Somm, s. 339.

“Buna karşılık, ikrarın elde edilemediği durumlarda hakim yalnızca isticvap sırasında elde ettiği intiba ve kanaate dayanarak, ilgili vakıayı mevcut ve doğru kabul etmesi mümkün değildir. Ancak, takdiri delille ispatı caiz olan bir vakıa hakkında başkaca takdiri deliller mevcutsa ve hakim bu delilleri inceleyerek ilgili vakıa hakkında bir kanaat edinmişse, isticvap sırasında edindiği intiba ve kanaatini, bunu pekiştirmek üzere kullanabilir.” (Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 545)

¹⁰⁰⁴ Sutter-Somm, s. 339. Türk hukukunda isticvaba bu özellik atfedilmektedir: Tercan, s. 200; “Örneğin, ispat yükü kendisine düşen taraf, iddiasını ispat için hiçbir delil gösterememişse bu hâlde, o tarafın lehine delil bulmak/ikrar yaratmak için –başlı başına bir ispat aracı olmayan- isticvaba başvurulamaz.”, Yeşilova, Bilgehan, Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, TBBD S. 86 Y. 2009, 47-101, s. 71.

¹⁰⁰⁵ Yargıtay 4. H.D. E. 2008/5265 K. 2009/2275 T. 17.2.2009: “Bu kapsamda gerekirse HUMK’nun 230 ve devamı maddeleri uyarınca davalı Yasin Ö. isticvap edilmek suretiyle dinlenmeli, bundan sonra tüm deliller ile birlikte değerlendirilerek varılacak uygun sonuca göre karar verilmelidir.” (Kazancı İBB); Yargıtay 1. H.D. E. 2022/773 K. 2022/3478 T. 25.04.2022: “Mahkemece davacının isticvap talebinin HMK’nun 169. v.d. maddeleri uyarınca değerlendirilmesi ve toplanan ve toplanacak tüm delillerin sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.” (Legalbank).

¹⁰⁰⁶ Yargıtay 3. H.D. E. 2012/5520 K. 2012/9054 T. 04.04.2012: “İsticvabın konusu davayla ilgili belli vakılardır. (H.U.M.K. m. 280/II) Özellikle isticvap muğlak, müphem ve aydınlanmasına ihtiyaç görülen durumlarda mümkün görülebilir. Böylece davacı veya davalının savunmasının açıklanmasına çalışılır. Kanunun isticvaptan arzuladığı esas amaç bu olmalıdır. Bu sebeple isticvap başlı başına bir delil olarak kabul edilemez. Kanun aksini emretmedikçe iki taraftan her biri iddiasını ispatla yükümlüdür (M.K. m. 6). Buna göre ispat yükü kural olarak davacıya düşer. Davacı, davasını dayandırdığı vakıaları ispat etmekle yükümlüdür. Davacı bunu ispat edince bu defa davalı, savunmasını dayandırdığı vakıaları ispat etmek külfetine girecektir. İşte yargılamanın bu safha ve aşaması sırasında çıkan aydınlanmaya muhtaç konuların, aydınlanması amacıyla isticvaba müracaat edilmeli, az yukarıda açıklanan ispat kurallarını zedelemeye ve ortadan kaldırmaya yol açacak biçimde kullanılmamasına özen gösterilmelidir. Aksi durumda kendisine davada ispat yükü düşen taraf karşı tarafın isticvap edilmesiyle bu yükümlünden kurtulmuş olur ki usul hukuku hükümleri ve sistemi bunu üstün görmez. Mahkemece dosyaya toplanan deliller ve yemin delili değerlendirilerek hüküm kurulması gerekirken sadece isticvap davetiyesi esas alınarak davanın kabulüne karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.” (Legalbank); Yargıtay 13. H.D. E. 2003/11403, K. 2004/1235 T. 10.02.2004: “Davacı, davasını açarken satım hukuki ilişkisine dayanmıştır. Davalı, davaya cevap vermediği gibi, duruşmalara da katılmamıştır. Bu durumda davayı tümüyle inkar etmiştir. Davacı, miktar ve dayandığı hukuki muamelenin niteliğine göre davalının inkar ettiği satım akdinin varlığını yasal delillerle ispat etmek zorundadır. HUMK’nun 230 ve müteakip maddelerinde düzenlenen isticvap, bir davada, o dava ile ilgili belli vakıaların açıklığa kavuşturulması, varlığı ve yokluğu konusunda aleyhine olan tarafın ikrarının sağlanması amacıyla hâkimin kendiliğinden veya taraflardan birinin isteminin kabulü ile başvurabileceği bir usuli işlemdir. Davacı dayandığı hukuki bir işlem olan satım akdinin varlığını isticvap yoluyla kanıtlayamaz. Mahkemece davacı ve davalıdan delilleri sorulup, toplanıp, değerlendirilerek hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir” (Kazancı İBB); Yargıtay 13. H.D. E. 1990/6807 K. 1991/860 T. 31.01.1991: “Davacıya davasını ispat olanağı tanınmadan yargılamanın ilk oturumunda davada ileri sürülen ve davacı tarafından isbat edilmesi gerekli iddialar yönünden isticvap davetiyesi çıkarılarak davalının gelmemesi nedeni ile ve başkaca hiç tahkikat yapılmadan salt isticvap davetiyesi esas alınarak davanın kabulüne karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir” (Legalbank).

taraf beyanı ancak diğer delillerin ikamesinden sonra anlam ifade etmektedir, tek başına ispat kuvveti bulunmamaktadır. İsticvabın tali delil olması, yani ancak gösterilen diğer delillerle kanaate ulaşılamaması halinde ikame edilmesi yahut da diğer delillerin tüketilmesi sonrasında veya diğer delillerin yanında sadece tamamlayıcı¹⁰⁰⁷ fonksiyon üstlenmesinin sebepleri ve bu sebeplerin geçerliliği üzerinde durulmalıdır.

Her ne kadar hukukumuzda isticvabın delil niteliği hususunda fikir birliği bulunmasa dahi ispat faaliyetindeki işlevi değerlendirilirken tarafın isticvaba başvurusu ve isticvabın kullanılmasında diğer deliller ile ilişkisini talilik ortaya koymaktadır. Kurumun kullanılması sırasında en azından bu yönden netliğin meydana gelebilmesi için bir başvuru şartı olarak taliliğin incelenmesi yararlı olacaktır. Alman hukukunda tarafın isticvaba başvurusu kapsamında bu delilin tali olduğu kanun metninden yola çıkılarak kabul edilmektedir (dZPO § 445 I)¹⁰⁰⁸. Doktrinde bu kabulün desteklendiği kadar eleştirildiğini de görmekteyiz. Bu şartın temelinde yine taraf beyanına güvensizlik bulunmaktadır¹⁰⁰⁹. Hukukumuzdan farklı olarak Alman hukukunda tarafın diğer delilleri gösterebilmesi mümkünken inisiyatifi ile isticvap haricinde delil göstermemesi mümkündür ve bu talilik şartının gerçekleştiğinin kabulünü gerektirmektedir¹⁰¹⁰. Önemli olan gösterilen delillerin isticvaptan önce ikame edilmesidir. Türk hukukunda ise isticvabın diğer delillerden sonra ikame edilmesi, tek başına vakıayı ispatlamada yeterli görülmemesi veya isticvabın başka delillerle desteklenmesi gerektiği gibi kabuller talilik ve tamamlayıcı delilin özelliklerini beraber barındırdığını göstermektedir.

İsticvaba tali olarak başvurulmak istenmesinin temelinde taraf beyanına güvensizlik bulunmakta ise de bu güvensizliğin talilik ile aşılabileceği söylenemez. Asıl tehlike, taraf beyanına ancak ispat faaliyetinin sonunda başvurulması nedeniyle tarafların beyanlarını ispat sonucuna göre şekillendirebilmeleridir¹⁰¹¹. İkame edilen delillerin sonuçları görülmüştür ve buna dayanarak tarafların tespit edilemeyecek yönlerden beyanlarını delil olarak kullanma

¹⁰⁰⁷ Alman hukukunda talilik aynı zamanda diğer delillerin tamamlanması ile ilgili görülmüş ve bu nedenle “yardımcı delil” (*Hilfsbeweismittel*); olarak da adlandırılmıştır: **Reinkenhof**, s. 45.

Yargıtay 15. H.D. E. 2015/3605 K. 2016/2312 T. 14.04.2016: “*Mahkemece yapılması gereken iş, davacının isticvap hükümleri uyarınca usulüne uygun olarak davet edilerek fatura altındaki yazı ve imza hakkındaki diyeceklerinin tesbit edilmesi, akdî ilişki konusunda beyanın alınarak akdî ilişkiyi inkâr edip etmediğinin, akdî ilişkinin inkâr edilmemesi halinde faturaya ilişkin borcu olmadığını beyan ettiğinden buna yönelik delillerinin istenilmesi ve sonucuna göre taraflar arasındaki ilişkinin eser sözleşmesinden kaynaklandığı da dikkate alınarak davanın esası hakkında bir karar verilmesinden ibarettir.*” (Legalbank).

¹⁰⁰⁸ Kanun metninde gösterilen delillerin kanaatin tam olarak oluşmasında yetersiz kalması veya delil gösterilmemesi halinde isticvaba başvurulabileceği belirtilmiştir.

¹⁰⁰⁹ Wieczorek/Schütze/**Völmann-Stickelbrock**, § 445, kn. 4.

¹⁰¹⁰ Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 12.

¹⁰¹¹ **Reinkenhof**, s. 47; **Effer-Uhe**, s. 85.

tehlikesi bulunmaktadır¹⁰¹². Bu nedenle ispat faaliyetinin başında taraf beyanının alınması¹⁰¹³ çoğunlukla ispat faaliyetinin daha hızlı sonuçlanmasına ve güvenilir taraf beyanları elde edilmesine hizmet edecektir. İspat faaliyetinin sonuna bırakılması taraf beyanının delil değerini azaltmaktadır¹⁰¹⁴.

Yeminle alakalı geçmiş düzenlemelerin etkisi de taraf beyanını içeren herhangi bir delilin ikincil olarak kullanılmasına sebep olmuştur. Yeminin genellikle tali kabul edilmesinin nedeni şekli ispat kuvvetine sahip olması ve aksinin diğer delillerle ortaya konamamasıdır¹⁰¹⁵. Hakimin değerlendirmesine tabi olmadan ispat sonucunu ortaya koyduğundan, vakıanın tespitinde diğer delillerin ihmalini engellemek amacıyla son çare olarak yemin deliline başvurulabilmiştir. Taraf beyanı ile delil ikamesinde, taraf beyanının delillerin serbestçe değerlendirilmesi çerçevesinde değerlendirilebilmesi halinde yeminde olduğu gibi tali bir delil olarak düzenlenmesine gerek kalmayacaktır. Ancak yemin delilinden kalan kabuller nedeniyle taraf sorgulaması veya isticvap delilleri, geçiş sürecinde yine tali olarak düzenlenmiştir¹⁰¹⁶. Şekli ispat kuvveti ortadan kalktığında taraf beyanından sonra başka deliller toplanabilecek ve hakim bağlı olmadan her delili değerlendirerek sonuca ulaşabilecektir. Bu nedenle şekli ispat kuvveti olmayan taraf beyanı delillerine tali olarak başvurulması kuralı anlamını yitirmiştir¹⁰¹⁷.

Taliliğin bir diğer nedeni hakim keyfilığının engellenmek istenmesidir. Hakimin yargılamanın başında taraf beyanlarını delil olarak toplaması ile diğer delilleri toplamayacağı, diğer delillere nazaran daha kolay ulaşılan taraf beyanını değerlendirerek sonuca varacağı endişesi bulunmaktadır¹⁰¹⁸. Hakimin diğer delilleri toplamadan veya kanaat oluşturacak derecede toplamadan taraf beyanına dayanarak karar vermesi, taraf beyanının şüpheli olması sebebiyle kaçınılmak istenen bir durumdur. Hakimin keyfilliğini bu yönden engellemek adına taraf beyanı deliline ancak diğer delillerden sonra başvurma şartı getirilmektedir. Ancak ispat hakkı kapsamında delillerin tamamının toplanması ve değerlendirilmesi, tamamı toplanmadan kanaate ulaşılması halinde dahi bunun gerekçelendirilmesi bu endişeyi bertaraf etmektedir¹⁰¹⁹. Hakimin delilleri değerlendirmesi ve vereceği kararı bu değerlendirmesiyle gerekçelendirmesi

¹⁰¹² Nagel, Subsidiarität der Parteivernehmung, s. 197; Kwaschik, s. 294.

¹⁰¹³ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Weibel/Walz, Art. 191-192, kn. 6.

¹⁰¹⁴ Effer-Uhe, s. 85, 86.

¹⁰¹⁵ Polyzogopoulos, s. 64.

¹⁰¹⁶ Wehmeier, s. 60-63; Polyzogopoulos, s. 64, 65; Kwaschik, s. 65.

¹⁰¹⁷ Effer-Uhe, s. 194, 195; Ahrens, Kap. 41, kn. 17; Oberhammer, s. 305; Kwaschik, s. 65. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi yönünden bkz. Gerhardt, Walter, Stein/Jonas: Kommentar zur Zivilprozessordnung Rezension, ZZP 2001, 246-254, s. 254.

¹⁰¹⁸ Wiczorek/Schütze/Völmann-Stickelbrock, § 445, kn. 6.

¹⁰¹⁹ Effer-Uhe, s. 86; benzer yönde Münks, s. 192.

yeterli korumayı sağlamalıdır. Kararın gerekçelendirilmesi kuralı sadece taraf beyanı açısından değil tüm deliller açısından geçerlidir ve hakimın delilleri incelemeyi kanaat oluşturmaya engellemenin amacıdır. Nitekim delillerin değerlendirilmesinde kolayca kaçılması sadece taraf beyanı açısından var olan bir tehlike değildir, tanık delilinin değerlendirilmesinde de benzer durum söz konusudur.

İspat konusu vakıanın aksinin ispat edilmiş olması halinde vakıa ile ilgili isticvabın artık mümkün olmadığı savunulmaktadır¹⁰²⁰. Şöyle ki ispat yükünü taşıyan tarafın ispat etmesi gereken vakıanın aksi mahkemece tespit olunmuşsa artık ispat yükünü taşıyan taraf bu vakıa için isticvaba başvuramaz, zira isticvabın tali olması mevcut kanaati sarsamayacağını göstermektedir. Bu sav isticvabın tali olmasına dayanmaktadır¹⁰²¹. Taraf beyanı ile ikame edilen delilin, diğer delillerle oluşan kanaati sarsıcı etki tanınmaması ve aksinin tespit edildiği vakıayı ispat edememesi yine taraf beyanına olan güvensizliğin neticesi olarak düşünülebilir. İsticvaba başvurulmasının mantıken de uygulanabilir olmadığı ifade edilmiştir. Karşı taraf kendi lehine ispatlanmış vakıa için sorgulansa dahi aksi sonucun çıkması muhtemel değildir¹⁰²². İspat yükü altında olan taraf karşı tarafın sorgulanmasını talep etmiştir ancak karşı taraf halihazırda lehine bir tespit varken, büyük ihtimalle sorgulama sırasında bunun aksini beyan etmeyecektir. İspatın, taraf beyanının delil olarak kullanılmasını imkansız kılması gerçek bir engeldir, mahkemenin taraf beyanlarını değerlendirmesini engeller ki bu beyanlar her zaman kanaatin sarsılmasını veya tersine çevrilmesini sağlayabilirler¹⁰²³. Bu engellenmenin kanun tarafından soyut ve genel olarak yapılması aslında bir çeşit öngörüdür (*antizipierte Beweiswürdigung*), yani taraf beyanının kanaat için yeterli olmayacağına dair önden yapılan bir değerlendirme ve ulaşılan sonuçtur. Aynı zamanda ispat hakkı ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ile ilgilidir¹⁰²⁴.

Taraf beyanına ancak tali olarak başvurulması gerektiği düşüncesi, lehine kanaat oluşan tarafın, bu kanaatin taraf beyanı gibi güvenilirliğine şüpheyle yaklaşılan bir delille sarsılması tehlikesinden korunmak istenmesi ile de gerekçelendirilmektedir¹⁰²⁵. Tarafın doğruyu söyleme

¹⁰²⁰ Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 19; **Tercan**, s. 225.

¹⁰²¹ **Ahrens**, Kap. 41, kn. 12; **Glücklich**, s. 100; **Münks**, s. 184.

Sonuç ve kesin: Karşı ispat vasıtası olarak isticvap kullanılamaz, yani ispat yükü üzerine düşen tarafın getirdiği delillere karşı isticvap vasıtası ile karşı ispat faaliyeti yürütülemez. Bunu aslında yine § 445 I ve II den çıkarıyorlar. 445 II tam kanaat oluşturma kuvvetini haiz deliller isticvap vasıtasıyla güçten düşürülemez deniyor. Ayrıca ispat yükünü taşıyan taraf zaten delil getirmezse karşı ispata gerek kalmayacaktır.: Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 8.

¹⁰²² Zöller/**Greger**, § 445, kn. 4.

¹⁰²³ **Kwaschik**, s. 36.

¹⁰²⁴ **Kwaschik**, s. 36.

¹⁰²⁵ **Glücklich**, s. 101-103; Zöller/**Greger**, § 445, kn. 3; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 445, kn. 6.

ödevi ile lehine durumu tersine çevirmesi arasında bir çelişki içinde bırakılmaması gerektiği düşünülmektedir. Ancak burada hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ve tarafın doğruyu söyleme ödevi, oluşan kanaatin gerekçesiz ve güvenilir olmayan şekilde sarsılmasına karşı tarafa koruma sağlamaktadır. Doğruyu söyleme ödevi tarafın yargılamada gerçekleştirdiği usul işlemlerinin tümü için geçerlidir. Bu nedenle taraf beyanının alınması için sorgulandığında lehine oluşan kanaati etkileyecek olsa dahi doğruyu söylemekle yükümlüdür. Diğer yönden ispat yükü altında olan tarafın dava yoluyla hakkını gerçekleştirememesi riski bulunmaktadır ki bu halde karşı tarafın lehine sonucun bozulmaması için beyanının alınmaması ikinci planda kalmalıdır¹⁰²⁶. Ayrıca taraf beyanına delil olarak başvurulduğunda tarafa kaçınma hakkı tanınmaktadır. Tarafın çekinmesi ve bunun delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında değerlendirilmesi tarafa yeterli korumayı sağlayacaktır¹⁰²⁷. Görülmektedir ki taraf beyanına tali olarak başvurulması ispat yükü altında olan dezavantajlı tarafı korumada işlevsizdir. Bu nedenle taliliğin gerekçelerinden biri tarafın veya tarafların, taraf beyanının güvenilir olmamasından doğacak neticeden korunması olamaz¹⁰²⁸.

Benzer şekilde karşı ispat için isticvaba başvurulamaması delilin taliliğine dayanmaktadır¹⁰²⁹. Karşı ispat hakiminde asıl ispat faaliyeti ile oluşan kanaatin sarsılmasını hedeflemektedir. Diğer delillerle oluşmakta olan kanaatin tali görülen isticvap ile sarsılması mümkün görülmemiştir¹⁰³⁰.

İspat hakkı, ikame edilen delillerin tüketilmesini öngörüyor¹⁰³¹ ise de bunlar arasında sıralama için bir seçim yapılmasını kapsayıp kapsamadığı net olarak söylenemez. Önemli olan delillerin hangi sıralamada toplandığı değil, kanaate ulaşılan kadar tüm delillerin toplanmış olmasıdır. Bu durumda ispat hakkının ihlalden ziyade kanun koyucunun bir düzenlemesi söz konusudur¹⁰³². Alman hukukunda kanunda delilin taliliği açıkça düzenlendiğinden bu sonucun çıkarılması mümkünken, isticvabın tali olması hususunda düzenleme bulunmayan hukukumuzda bu çıkarımın yapılması mümkün görünmemektedir. Elbette her zaman taraf beyanlarının alınması veya tüm diğer delillerden önce alınması gibi bir zorunluluktan bahsedilemez. Ancak durumun gerektirdiği hallerde isticvaba öncelikle başvurulmaması ise

¹⁰²⁶ Kwaschik, s. 65.

¹⁰²⁷ Kwaschik, s. 65.

¹⁰²⁸ Kwaschik, s. 65.

¹⁰²⁹ Stein/Jonas/*Berger*, § 445, kn. 8.

¹⁰³⁰ Tercan, s. 225.

¹⁰³¹ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 236.

¹⁰³² Nissen, s. 729. Aksi yönde bkz. Kofmel, s. 176.

ispat hakkının ihlali anlamına gelecektir. İsticvaba hiç başvurulmaması ise yukarıda ifade edildiği gibi ikame edilen ispat araçlarının hepsinin toplanmamasının ispat hakkının sınırlanması olacağından bu hakkın ihlali anlamını taşıyacaktır. Tanık için de sübjektiflik ve yarar söz konusu olabilir ancak bu delillerin değerlendirilmesi altında dikkate alınmaktadır. Bunun gibi taraf beyanı da tanık beyanına eş tutulmalı, talilik ilişkisi kurulmamalıdır¹⁰³³.

3. İsticvap Talebinin İspat Yüküne Bağlanması

Kanunda isticvabın ispat yükünden bağımsız olarak her iki tarafça, kendisinin veya karşı tarafın beyanlarının alınması için talep edilebileceği belirtilmiştir (m. 169/1). İspat yükü üzerinde olan taraf kendisinin veya karşı tarafın; ispat yükü üzerinde olmayan taraf kendisinin veya karşı tarafın isticvabını talep edebilir. Kanunda bu konuda bir sınırlama bulunmamasına rağmen doktrinde tarafın aleyhine olan vakıalar hakkında isticvap edilebileceği belirtilmektedir¹⁰³⁴. Bu belirlemenin yapılması isticvap talebini ispat yüküne bağlı kılmaktadır ve kurumu isticvabı talep edebilecek kişi, isticvap edilebilecek kişi ve isticvap edilebilecek konu bakımından sınırlandırmaktadır. Tarafın sadece aleyhine beyanlarına değer atfedilmekte ve ispat gücü tanınmaktadır¹⁰³⁵. Nitekim mahkeme kararlarında da çoğunlukla doktrindeki bu görüşe atıf yapılarak belirlemeler yapılmaktadır¹⁰³⁶.

Alman hukukunda isticvabın ancak ispat yükü üzerinde olan tarafça talep edilebileceği düzenlenmiştir (dZPO § 445 I). Buradan hareketle taraf beyanının ispat faaliyetinde değerlendirilebilmesi için ispat yüküne bağlı kılınmasının sebepleri, buna karşı eleştiriler ve sonuçları ortaya konabilir. Hukukumuzda bu şekilde bir düzenleme olmamasına rağmen

¹⁰³³ Coester-Waltjen, s. 293.

¹⁰³⁴ Kuru, C. I, s. 603; Şener, s. 59 ve 61; Tanrıver, C. I, s. 785; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 383; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 544; Yardımcı, s. 188 dn. 197.

¹⁰³⁵ Oberhammer, s. 308.

¹⁰³⁶ Yargıtay HGK E. 2016/7-1199 K. 2020/792 T. 20.10.2020: “İsticvabın konusu, dava ile ilgili belli (davanın temelini oluşturan) vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlardır (HMK m. 169/2). İsticvap, isticvap edilecek tarafı bir ikrarda (HMK. m. 188) bulunmaya götürebileceğinden ve tarafın gelmemesi halinde taraf isticvap konusu vakıayı ikrar etmiş sayılacağından (HMK. m. 171), bir taraf, ancak kendi aleyhine olan vakıalar hakkında isticvap edilebilir, yoksa kendi lehine olan vakıalar için isticvap edilemez.... Diğer taraftan, yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, bir taraf ancak kendi aleyhine olan vakıalar hakkında isticvap edilebileceğinden; bir başka deyişle kendi lehine olan vakıalar için isticvabı mümkün olmadığından, Özel Daire bozma kararında davacı tarafın isticvap edilmesi gerektiğine dair tespit isabetli değildir.” (Kazancı İBB).

Yargıtay 1. H.D. E. 2022/773 K. 2022/3478 T. 25.4.2022: “İsticvap, bir tarafın kendi aleyhine olan belli bir vakıa hakkında mahkeme tarafından dinlenmesi anlamına gelmekte olup, davanın aydınlatılmasına katkıda bulunan bir usul işlemidir.” (Kazancı İBB).

getirilen bu sınırlamanın da sebepleri ve sonuçları böylece tespit edilebilir, düzenleme ve uygulama ile uyumu tartışılabilir.

a. Objektif ve sübjektif (somut) ispat yükü

Tarafın aleyhine vakıalar hakkında sorgulanması kabulünde aleyhe vakıanın belirlenmesinde objektif ispat yükü ve sübjektif ispat yükü ayrımı yapılmalıdır. İsticvabı talep edebilecek ve isticvap edilebilecek tarafın hangi ispat yüküne göre tespitinin kastedildiği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Objektif ispat yükünden ayrı olarak gösterilen ve sübjektif ispat yükünün altında bulunan soyut delil ikame yükü genellikle objektif ispat yükünü takip eder ve yargılamada yer değiştirmez. Somut delil ikame yükü ise yargılamadaki duruma göre belirlenmekte ve yargılama süresince yer değiştirebilmektedir. İsticvap talebinin ispat yüküne bağlandığı Alman hukukunda isticvabı talep edebilecek kişinin belirlenmesi bir görüşe göre objektif ispat yüküne göre¹⁰³⁷, diğer görüşe göre ise somut sübjektif ispat yüküne göre yapılmaktadır¹⁰³⁸. Talep hakkının objektif ispat yüküne göre belirlenmesi halinde ispatı gereken vakıadan bağımsız olarak sadece objektif ispat yükü altında olan tarafın isticvap talep edebileceği sonucu doğmaktadır, zira objektif ispat yükü yargılamada yer değiştirmemektedir. Diğer görüşe göre ise talep hakkı somut delil ikame yüküne bağlıdır ve bu yükün yargılamada yer değiştirebilmesi nedeniyle isticvabı talep hakkı ve isticvap edilebilecek taraf da değişmektedir¹⁰³⁹.

Alman hukukunda tarafın ispat yükü altında bulunması halinde isticvap talep edebileceğinin düzenlenmesinin yanında (dZPO § 445 I), ispatlanmış bir vakıa hakkında karşı ispat faaliyeti için isticvap delilinin kullanılmayacağı ayrıca düzenlenmiştir (dZPO § 445 II). İki fıkranın ilişkisinden yola çıkılarak isticvap talep edebilecek tarafın objektif veya sübjektif ispat yüküne göre belirleneceği sonuçlarına varılmaktadır. İlk görüşe göre asıl ispatın başarıya ulaşması halinde oluşan kanaatin, karşı ispat faaliyetini gerçekleştirecek olan tarafça -objektif ispat yükü altında olmayan ancak somut delil ikame yükü altında olan taraf- isticvabın talep edilmesinin ikinci fıkra da engellenmesi nedeniyle ilk fıkra da sadece objektif ispat yükünün

¹⁰³⁷ AK ZPO/*Rüßmann*, § 445, kn. 1.

¹⁰³⁸ Zöller/*Greger*, § 445, kn. 2; *Born*, Ulrich, Antrag auf Vernehmung des Beweisgegners, zugleich Einwilligung auf Vernehmung der beweispflichtigen Partei? — Zum Verhältnis der § 445, 447 ZPO, JZ 1981, 775-779, s. 776 vd.; Prütting/Gehrlein/*Müller-Christmann*, § 445, kn. 2 (2021); Stein/Jonas/*Berger*, § 445, kn. 7; *Schilken*, § 11, kn. 552.

¹⁰³⁹ *Noethen*, Mark, Parteivernehmung oder Parteianhörung bei einem allein zwischen Parteien geführten "Vier-Augen-Gespräch"? NJW 2008, 334-337, s. 334..

ifade edildiği, bu nedenle sadece objektif ispat yükü altında olan tarafın isticvap talep edebileceği savunulmaktadır. Yani ikinci fıkra, ilk fıkrayı destekleyici ve açıklayıcı mahiyettedir¹⁰⁴⁰. Diğer görüşe göre isticvap ile karşı ispatın imkansız kılınmasının ikinci fıkra da ayrıca düzenlenmesi, birinci fıkradaki genel kuraldan ayrılma ihtiyacından ileri gelmektedir. İkinci fıkra, ilk fıkradan ayrıldığını yani ilk fıkradaki somut sübjektif ispat yüküne göre isticvap talep edecek kişinin belirlenmesi kuralına istisna getirildiği belirtilmek istenmiştir. İlk fıkra da talebin objektif ispat yüküne göre belirleneceği ifade edilseydi ikinci fıkraya gerek kalmayacaktı. Bu nedenle isticvap talep edebilecek taraf somut delil ikame yüküne göre belirlenmelidir¹⁰⁴¹. İsticvap talebi doğrudan delil ikamesi ile ilgili olduğundan sübjektif ispat yükünün esas alındığını düşünmekteyiz.

Somut delil ikame yükü, mevcut durumda ispatı gereken vakıa için delil göstermesi gereken taraf üzerindedir. Tarafın delil göstermemesi ise aleyhine bir sonucun doğması tehlikesini barındırmaktadır. Buna göre tarafın ispat etmesi gereken vakıa, ispat edildiği takdirde lehine bir sonuç doğuracaktır, karşı taraf için ise aleyhine bir sonuç meydana getirecektir. Bu nedenle somut delil ikame yükü altındaki taraf, karşı tarafın aleyhine olan bu vakıa hakkında isticvap edilmesini talep edebilecektir. Yalnızca aleyhe vakıa hakkında isticvap olunabilme kabul edilirse isticvabı talep hakkı sadece somut delil ikame yükü altında olan tarafa tanınmış olur. Bunun en önemli sonucu tarafın somut delil ikame yükü altında bulunduğu vakıa, yani lehine vakıa için kendi isticvabını talep edememesidir¹⁰⁴².

Çekişmeli vakıa için karşı ispat faaliyetinin yürütülmesi ile hakimde oluşmakta olan kanaatin sarsılması amaçlanmaktadır. Sübjektif ispat yükü üzerinde olmayan taraf delil göstererek hakimde kanaat oluşmasını engelleyebilir veya oluşan kanaatin sarsılmasını sağlayabilir. Bu amaçla vakıa ile ilgili sübjektif ispat yükü altında bulunan tarafın sorgulanmasını ve beyanlarının alınmasını arzu edebilir. Bunu sağlamak adına başvuracağı kurum olan isticvap, söz konusu vakıanın sübjektif ispat yükü altında olan tarafın lehine olması ve karşı tarafın ispat yükü altında olmaması (yani ispat faaliyetine ihtiyaç duymaması) nedeniyle engellenecektir. Alman hukukunda, çekişmeli vakıanın aksinin ispatlanması halinde, ispat yükünü taşıyan tarafın isticvap talebinin artık kabul edilmeyeceği ve uygulanmayacağı düzenlenmiştir (dZPO § 445 II)¹⁰⁴³. Bu fıkra genel olarak karşı ispatta isticvabın

¹⁰⁴⁰ AK ZPO/*Rüßmann*, § 445, kn. 1.

¹⁰⁴¹ *Kwaschik*, s. 18, 19.

¹⁰⁴² Tarafın kendi aleyhine olan bir vakıa için isticvabını talep etmesine karşı bir görüşe ise rastlanmamıştır.

¹⁰⁴³ Karşı ispatın dolaylı ve doğrudan olması fark etmeksizin isticvap ile gerçekleştirilemeyeceği görüşü (MüKo ZPO/*Schreiber*, § 445, kn. 10; Thomas/Putzo/*Seiler*, § 445, kn. 3; Stein/Jonas/*Berger*, § 445, kn. 25) karşısında

kullanılamayacağı şeklinde ele alınmaktadır¹⁰⁴⁴. Örneğin davacının talep sonucunu dayandırdığı satış sözleşmesinin varlığının mahkemece tespit olunması halinde, davalı taraf karşı ispat için isticvap delilini göstererek davacının sorgulanmasını talep edemez. Burada yine tarafın lehine vakıa hakkında sorgulanamadığını görmekteyiz.

b. İsticvabın İspat Yüküne Bağlanması Sebepleri

Taraf beyanlarının ispat faaliyetinde değerlendirilmesi için ispat yükü ile ilgili bir sınırlandırılmaya gidilmesinin temelinde öncelikle yemin deliline ait düzenlemeler ve kabuller bulunmaktadır¹⁰⁴⁵. Yeminin şekli ispat kuvvetine sahip olması nedeniyle ispat yükü altında bulunan tarafın lehine vakıa için yemin ederek davayı sonlandırmasının önüne geçilmek adına sadece karşı tarafın yemin edebilmesi anlaşıldır. Ayrıca kesin delil niteliği itibarıyla iki tarafa birden yemin edebilme imkanı verilmesi ve ikisinin de vakıayı kesin olarak ispatlamış sayılmasının engellenmesi zorunludur. Yemin gibi şekli ispat kuvvetine sahip olmayan isticvap, yine tarafın beyanını içermesi nedeniyle yeminle ilgili düzenlemelerin gölgesinde bırakılmıştır. Tarafın sorgulanmasında da aynı kuralın geçerli olması yemini hatırlatmaktadır¹⁰⁴⁶.

Taraf beyanının alınmasının ispat yüküne bağlanmasının, dolayısıyla tarafın sadece aleyhine beyanlarının alınmasının diğer sebebi taraf beyanına olan güvensizliktir¹⁰⁴⁷. Tarafın kendi tanığı olamaması, tarafın lehine beyanlarının kendisi için kullanılamaması kabullerinin yansıması olarak görülebilir. İspat yükü altında olan tarafın beyanlarına göre karar verilememesi ve kararın gerekçelendirilmemesi kabul edilegelmiştir. Tarafın lehine beyanlarının delil olarak kabul edilerek karar verilmesi halinde tarafın başka delilleri ikame zahmetine katlanmayacağı öngörülmektedir. Ayrıca vakıalar göz önüne alındığında lehine karar alması düşük olasılık taşıyan bir davanın, tarafın kendi beyanına umut bağlayarak açılmasını da destekleyecektir¹⁰⁴⁸. Tarafın beyanlarının ispat yüküne bağlı alınarak

dolaylı karşı ispatın isticvap ile yapılabileceği savunulmaktadır (**Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 124, kn. 8; aynı yönde: **Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock**, § 445, kn. 23; **Musielak/Voit/Huber**, § 445, kn. 9; **Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann**, § 445, kn. 7). İleri sürülen başka vakıanın ispatlanması ile asıl vakıa hakkında oluşan kanaatin sarsılması dolaylı karşı ispat olarak nitelendirilmiştir. Mahkeme, davacının iddia ettiği satış sözleşmesinin varlığını tespit ettiğinde, davalı buna karşı ispat olarak davacının isticvabını talep edemeyecektir: 445 II ye örnek. Ancak sözleşmenin yapıldığının iddia edildiği zaman diliminde başka bir yerde olduğu iddiası emaredir ve dolaylı karşı ispat olduğu için isticvap ile ispatlanabilir (**Musielak/Voit/Huber**, § 445, kn. 9).

¹⁰⁴⁴ **Musielak/Voit/Huber**, § 445, kn. 9.

¹⁰⁴⁵ **Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock**, vor § 445, kn. 8; **Jauernig/Hess**, § 56, kn. 18; **AK ZPO/Rüßmann**, vor § 445, kn. 2.

¹⁰⁴⁶ **Kofmel**, s. 177.

¹⁰⁴⁷ **Stein/Jonas/Berger**, § 445, kn. 2; **MüKo ZPO/Schreiber**, § 445, kn. 1.

¹⁰⁴⁸ **Volkmar**, Das neue Zivilprozeßgesetz vom 27. Oktober 1933, B. III, JW 1933, 2427-2439, s. 2433

değerlendirilmesi davanın maddi bakımından da ön görülebilir olmasını sağlayacaktır. İsticvap edilen tarafın ispat yüküne göre belirlenmesi, maddi hukuka göre belirlenen ispat yükü kurallarına bağlı olacağından yargılamanın maddi hukuk bakımından öngörülebilir olması sağlanmış olur¹⁰⁴⁹.

İsticvabın, taraf beyanlarının değerlendirilmesi ile her iki yönde de sonuca ulaşılabilme ihtimali taşıyan bir kurum olma özelliği bertaraf edilmek istenmektedir. İspat aracı olarak kullanılmasından ziyade ikrar elde etme aracı olarak görülmektedir, böylece ispata muhtaç çekişmeli vakıanın ortadan kalkması umulmaktadır. Taraf talebiyle isticvabın ve sorgulanacak tarafın ispat yüküne bağlanması ile ispat yükünü taşımayan tarafın çekişmeli hale getirdiği vakıayı kabul etmesi beklenmektedir¹⁰⁵⁰.

İsticvap talebinin ispat yüküne bağlanması mutlak olarak değerlendirilmemekte, özellikle isticvabın re' sen gerçekleştirilebilmesi bu bağlılığın yumuşatılması olarak görülmektedir¹⁰⁵¹. Tarafların konumlarına uygun olduğu ölçüde beyanlarının delil olarak kullanılmasına müsaade edilmesi ispat hakkının gerçekleştirilmesi için yeterli görülmüştür¹⁰⁵².

Alman hukukunda vakıa için ispat yükünü taşıyan tarafın isticvap talebi, vakıanın aksinin ispat edilmiş olması halinde yerine getirilmez (dZPO § 445 II). Bunun nedeni başka bir delil ile oluşan tam kanaatin taraf beyanını konu alan isticvap ile sarsılamayacağını kabul edilmesidir. Buradan hareketle asıl ispat faaliyetine karşı, ispat yükünü taşıyan tarafın gösterdiği delile karşı, karşı ispat faaliyeti isticvap vasıtasıyla gerçekleştirilemez¹⁰⁵³. Zira yine delil ile oluşmakta olan kanaatin taraf beyanı ile sarsılması mümkün değildir. Örneğin mahkeme davacının talep sonucunu dayandırdığı sözleşmenin varlığına kanaat getirmişse, davalı bu kanaati sarsmak için davacının isticvabını talep edemez¹⁰⁵⁴. Yukarıda ifade edildiği gibi isticvabın taliliğini belirten bu özellik hukukumuzda da kabul edilmektedir¹⁰⁵⁵. İsticvabın sadece tarafın aleyhine olan vakıalar için uygulanabileceği kabul edildiğinde, ispat yükünü taşıyan tarafın getirdiği deliller karşısında ispat yükünü taşımayan taraf karşı tarafın (yani ispat

¹⁰⁴⁹ **Goldschmidt**, JW 1931 B. III, s. 2447, 2448.

¹⁰⁵⁰ **Ahrens**, Kap. 40, kn. 3.

¹⁰⁵¹ Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 9.

¹⁰⁵² **Habscheid** Recht auf Beweis, s. 328.

¹⁰⁵³ **Kwaschik**, s. 19; Stein/Jonas/**Berger**, § 445, kn. 8.

¹⁰⁵⁴ Prütting/Gehrlein/**Müller-Christmann**, § 445, kn. 7; Musielak/Voit/**Huber**, § 445, kn. 9; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 445, kn. 10.

¹⁰⁵⁵ **Tercan**, s. 207; “Ancak, örneğin zaten ispat edilmiş bir konuda isticvap talep ediliyorsa, ... bunun gibi hallerde hâkim talep olsa da isticvaba başvurmamalıdır.” (Pekcanitez/**Özekes**, C. II, s. 1381).

yükünü taşıyan tarafın) sorgulanmasını talep edemeyecektir, çünkü vakıa ispat yükünü taşıyan tarafın lehinedir.

c. İsticvabın İspat Yüküne Bağlanmasına İlişkin Getirilen Eleştiriler

aa. Taraf Beyanına Güvensizlik ve Yemin ile İlgili Düzenlemeler

Yeminde tarafın aleyhine vakıa hakkında yemin etmesinin teklif edilmesi, şekli ispat kuvvetinin bir sonucu olarak görülmektedir. İsticvap kurumu için şekli ispat kuvvetinin tanınmaması ve beyanların hakim tarafından serbestçe değerlendirilmesi, tarafın beyanlarının ispat yükünden bağımsız olarak alınmasını ve tarafın lehine vakıalar için de sorgulanabilmesini gerektirmektedir. Tarafın sübjektif beyanlarının gerçekliğinin somut olarak değerlendirilmesi yerine, bunların dikkate alınmasının doğrudan engellenmesi aynı zamanda hakimin delilleri değerlendirmesine olan güvensizliği de göstermektedir. Kişilerin beyanların sübjektifliğinin söz konusu olduğu tanık delili bakımından hakimin değerlendirmesine güvenilirken taraf için kısıtlama getirilmek istenmesi çelişkili görünmektedir¹⁰⁵⁶.

Tarafların beyanlarının yargılamanın amacının gerçekleşmesine, sübjektif olmaları ve tarafların yargılamada yararları bulunması sebebiyle hizmet etmeyeceğinin kabul edilmesi halinde tarafların beyanlarının genel olarak kullanılmaması gerekmektedir. Tarafın aleyhine vakıalar hakkında söyledikleri dikkate ve değerlendirmeye alınmakla, bu beyana güvenle ilgili bir problemin yaşanmadığı görülmektedir. Yargılamada aynı derecede yararları bulunan tarafların beyanlarına güvenin farklı değerlendirilmesi eleştirilmiştir¹⁰⁵⁷. Tarafların ifadelerinin gerçekliği hakkından soyut ve genel bir kabuldense, lehe ve aleyhe beyanların alınarak karar verilmesi daha elverişli görülmektedir. Nitekim aleyhine vakıa hakkında dinlenen taraf vakıayı ikrar etmediğinde ispat yüküne göre karar vermektense, vakıanın tespitini sağlayabilecek beyanlarda bulunabilecek ispat yükü altındaki tarafın dinlenilmesi ile ispatın sağlanmaya çalışılması yargılamanın amacına daha uygun görünmektedir¹⁰⁵⁸.

Beyanlara güvensizlikle alakalı diğer deliller nazarında bir değerlendirme yapıldığında yeminin isticvaptan kesin delil özelliği sebebiyle daha güçlü olduğu görülmektedir. Güvensizlik ile gerekçelendirilen her argüman yemin için geçerli olmalı ve ispat sonucunu doğuramaması gerekirdi. Taraf beyanlarına güvensizlik isticvap ile ilgili sınırlamaların temeli

¹⁰⁵⁶ Kwaschik, s. 66.

¹⁰⁵⁷ Oberhammer, s. 308.

¹⁰⁵⁸ Oberhammer, s. 308.

olacaksa öncelikle hakimi bağlayıcı etki gösteren yemin bakımından bu endişelerin dile getirilmesi gerekmektedir¹⁰⁵⁹.

İsticvabın amacına ulaşabilmesi için tek tarafın beyanlarının değerlendirilmesinden ziyade iki tarafın beyanları ile, bu beyanların karşılaştırılarak vakıya her yönden ışık tutulması ve bir yönünün gölgede bırakılmaması için tarafların bilgilerinin kullanılması gerekmektedir. Vakıa için kendi yararına bilgileri verecek olan iki tarafın beyanlarının alınarak sağlama yapılması, isticvabın ispat yüküne bağlanması için üretilen argümanları etkisiz hale getirmeye yardımcı olacaktır¹⁰⁶⁰.

İsticvabın ispat yüküne bağlanmasının taraf beyanına güvensizlikle gerekçelendirilmesi ayrıca delilin önceden değerlendirilmesini de düşündürmektedir. Tarafın yargılamada yararının bulunması nedeniyle beyanlarının baştan doğru olmadığına kabul edilmesi ve dikkate alınmaması delilin toplanmadan önce değerlendirilerek reddedilmesi sonucunu doğurmaktadır ki bu durum ispat hakkı bakımından sakınca oluşturmaktadır. En nihayetinde edinilen beyanların güvenilir veya doğru olmadığına kanaat getirilerek delil değerlendirilmesine esas alınmaması mümkündür.

bb. Karşı İspat

İspat yükünü taşıyan tarafın iddia ettiği vakıanın veya bu vakıanın aksinin ispatlanmış olması halinde isticvaba başvurulamayacağı, diğer delillerle ispat edilen vakıanın sadece tarafın beyanı ile yok edilmesinin engellenmesi amacı ile gerekçelendirilmektedir¹⁰⁶¹. Karşı tarafın, lehine olan mevcut durum hakkında sorgulanması ile kendi aleyhine bir sonuç doğurmasından korkulmaktadır. Tarafın bu bakımdan korunmaya çalışılması, tarafın kendi lehine olan bir ispat durumunu yine kendi beyanı ile aksine çevirmesinin pek olanaklı görülmemesi sebebiyle temelsiz kalmaktadır¹⁰⁶². Tarafın vicdanı sebebiyle çelişkiye düşmesinden korunması¹⁰⁶³, karşı tarafın ispat hakkının engellenmesine sebep olmamalıdır¹⁰⁶⁴. Korunan tarafa lehine olan durumu muhafaza etmek adına doğruyu söylemekten kaçınma imkanı verilmektedir. Böylece doğruyu söyleme ödevi ile kendi yararı arasında kalması engellenmek istenmektedir. Ancak bu halde taraf sorgulansa, doğruyu söyleme ödevini dikkate alarak aleyhinde beyanda bulunacak

¹⁰⁵⁹ Kwaschik, s. 66, 67.

¹⁰⁶⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 124, kn. 22.

¹⁰⁶¹ Stein/Jonas/Berger, § 445, kn. 8; MüKo ZPO/Schreiber, § 445, kn. 10.

¹⁰⁶² Oberhammer, s. 306.

¹⁰⁶³ Zöller/Greger, § 445, kn. 4.

¹⁰⁶⁴ Kwaschik, s. 36.

ve durumu aleyhine çevirecektir. Bu imkan tanınmadığı takdirde maddi bakımdan kendisine tanınmamış bir hakkı dava yoluyla gerçekleştirmiş ve yalan korunmuş olacaktır¹⁰⁶⁵. Bu nedenle söz konusu gerekçe ispat hakkının sınırlandırılması için meşru bir sebep olarak görülmemektedir¹⁰⁶⁶. Çekişmeli vakıanın aksinin tespit edilmiş olması sebebiyle isticvabın talep edildiği halde ikame edilmemesi delillerin tüketilmesi ilkesine aykırıdır. Aynı zamanda delilin önceden değerlendirilmesi ile doğrudan ilgilidir¹⁰⁶⁷.

Mevcut delillerle oluşmakta olan kanaatin karşı ispat faaliyetinde isticvap ile sarsılamayacağının kabulü de yine isticvabın talilini ve taraf beyanlarının diğer deliller karşısındaki güçsüzlüğünü göstermektedir. Karşı ispatın yemin delili ile yapılamayacağı kuralının serbestçe değerlendirilen isticvap için de geçerli olması gerekçelendirilemez¹⁰⁶⁸. Yemin söz konusu olduğunda hakimin delilleri değerlendirmesi ile tespit edilen bir vakıaya karşı delil olarak şekli ispat kuvvetine sahip yeminin ileri sürülmesinin engellenmek istenmesi anlaşılabilir. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin geçerli olduğu bir yargılamada, karşı delil olarak tarafın isticvabının mümkün olmamasının ise yeminden şekli ispat kuvveti açısından ayrışan isticvap için açıklanması zor görünmektedir¹⁰⁶⁹. Şu da ifade edilmelidir ki hakkında kesin delilin söz konusu olduğu vakıalar için karşı ispatın mümkün olmaması¹⁰⁷⁰ deliller arasındaki ispat gücü farkını ortaya koyduğu gibi taraf beyanının diğer deliller karşısında daha düşük değerde görüldüğünü göstermektedir.

Sonuç olarak ispat yükünü taşıyan tarafın delil göstermesi ile karşı tarafın karşı ispat faaliyeti kapsamında isticvaba başvurmaması, karşı tarafın zaten lehine oluşacak durumu kendi beyanı ile aleyhine çevirmeye zorlanamayacağı veya ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının aksinin ispatlanmış olması nedeniyle karşı tarafın ispat yükünü taşıyan tarafın lehine sonuç doğurabilmesi umuduyla isticvap edilmemesinin kabulü isticvabın serbestçe değerlendirilmesi karşısında dayanaksız kalmaktadır.

¹⁰⁶⁵ Nissen, s. 731.

¹⁰⁶⁶ Nissen, s. 731.

¹⁰⁶⁷ Brehm, s. 133; Kwaschik, s. 36.

¹⁰⁶⁸ Nissen, s. 731.

¹⁰⁶⁹ Oberhammer, s. 306.

¹⁰⁷⁰ Deren-Yildirim, Fordert die Waffengleichheit die legale Beweistheorie heraus?, s. 910.

cc. Taraflarca Getirme İlkesi, Silahların Eşitliği ve İspat Hakkı

İspat yüküne bağlılık, tarafın sadece aleyhine vakıa hakkında sorgulanması bir yönüyle taraflarca getirilme ilkesine aykırılık barındırmaktadır¹⁰⁷¹. Taraflarca getirilme ilkesinin hakim olduğu bir yargılamada tarafın vakıa, delil ve ispat faaliyetine katkı sağlayacak unsurları mahkemeye taşıyabilmesi gerekmektedir. Delil olarak, ispat faaliyetine katkı sağlayan bir işlem olarak veya bilgi ve kanaat edinme aracı olarak kabul edilmesi fark etmeksizin tarafın yararına sonuç doğurabilecek ve ispat faaliyetine katkı sağlayabilecek bu kurum bakımından sınırlama ön görülmesi taraflarca getirme ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bu endişeleri bertaraf etmek adına isticvabın re' sen başvurulabilen bir kurum olmasının gösterilmesi de taraflarca getirilme ilkesinin gereğinin yerine getirilmemiş olması gerçeğini değiştirmeyecektir. Re' sen isticvaba başvurulması ancak taraflarca getirme ilkesinin istisnasıdır¹⁰⁷².

İsticvabın söz konusu vakıa bakımından sadece bir taraf için mümkün olması ve bu sebeple sadece bir tarafın isticvabı talep edebilmesi, silahların eşitliği ilkesine aykırılık¹⁰⁷³ teşkil etmektedir ve ispat hakkını ihlal etmektedir¹⁰⁷⁴. Vakıanın aleyhine olmasına ve ispat yükünden bağımsız olmasına bakılmaksızın her iki tarafın da isticvabı talep edebilmesi ve her iki tarafın kendisinin sorgulanmasını talep edebilmesi silahların eşitliği ilkesinin gerçekleştirilmesini sağlayacaktır¹⁰⁷⁵.

Taraf beyanlarının ispat faaliyetinde kullanılması ile ilgili ispat hakkının kapsamında tarafın kendisinin veya karşı tarafın beyanlarının alınmasını talep etme hakkı bulunmaktadır¹⁰⁷⁶. İspat yükü üzerinde olmayan tarafın delil ikame yükünün de bulunmaması nedeniyle delil ikame etmesinin gerekmemesi, vakıayı ispat etmesi gereken tarafın ispat yükü altında olan tarafın olması nedeniyle karşı tarafın isticvap talebinde bulunmasının öneminin bulunmadığı argümanı ileri sürülebilir. Karşı ispat hakkının isticvap bakımından bu şekilde genel ve soyut olarak engellenmesi ispat hakkının ihlali niteliği taşımaktadır¹⁰⁷⁷.

İsticvap talebinin sübjektif ispat yüküne bağlanması ile delil ikame etmesi gereken tarafın isticvabı talep edebileceği, delil ikame etmesine gerek bulunmayan karşı tarafın zaten delil

¹⁰⁷¹ Jauernig/Hess, § 56, kn. 18.

¹⁰⁷² Nagel, Subsidiarität der Parteivernehmung, s. 196.

¹⁰⁷³ Jauernig/Hess, § 56, kn. 18.

¹⁰⁷⁴ Hanağası, Emel, Medeni Usul Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2016, s. 394.

¹⁰⁷⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 124, kn. 22.

¹⁰⁷⁶ Kofmel, s. 172.

¹⁰⁷⁷ Nissen, s. 729.

gösterilmesiyle ilgili bir yükü olmadığı, bu nedenle de isticvaba başvurusunun gerekli olmaması sebebiyle ispat hakkının sınırlandırılmadığı ileri sürülebilir¹⁰⁷⁸. Ancak şu göz ardı edilmemelidir ki sübjektif ispat yükünü taşıyan taraf sadece karşı tarafın isticvabını talep edebilmekte, kendisinin beyanlarını alınmasını talep edememektedir. Talepten bağımsız olarak lehine vakıa hakkında beyanda bulunması engellenmektedir¹⁰⁷⁹.

İsviçre hukukunda Federal Usul Kanunundan önce bazı kantonların usul kanunlarında gerçek olmayan beyan için cezai yaptırım ön görülen nitelikli sorgulamanın sadece tek taraf için yapılabileceği düzenlenmiştir. İki tarafın da nitelikli olarak sorgulanması ve birbirinden farklı beyanlarda bulunmaları halinde muhakkak bir taraf için cezai tatbikat yapılması gerekeceğinden, bu riski kaldırmak adına tek tarafın sorgulanması düzenlemesi yapılmıştır¹⁰⁸⁰. Özellikle cezai yaptırım sebebi ile kanaat oluşturma gücünün yüksek bulunması nedeniyle her iki tarafın da nitelikli sorgulamada yararları bulunmaktadır. Yalnızca bir tarafa bu imkanın verilmesi sadece ispat hakkının sınırlandırılması değil silahların eşitliği ilkesine de müdahale olarak nitelendirilmiştir¹⁰⁸¹. Nitekim kanton usul kanunlarında sadece bir tarafın sorgulanması ve bu sorgulamanın ispat yüküne bağlanarak karşı taraf için gerçekleştirilmesi delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine aykırı görüldüğünden Federal Usul Kanunu için kabul edilmemiş ve raporda bu açıkça ifade edilmiştir¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁸ MüKo ZPO/*Schreiber*, § 445, kn. 10.

¹⁰⁷⁹ Alman hukukunda iki tarafın anlaşması ile isticvapta ispat ile yükümlü olan tarafın sorgulanabileceği düzenlenmiştir (dZPO § 447) ve talebin kabulü hakimın takdirine bırakılmıştır (*Münks*, s. 186; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 124, kn. 18; *Zöller/Greger*, § 447, kn. 1; MüKo ZPO/*Schreiber*, § 447, kn.1; *Musielak/Voit/Huber*, § 447, kn. 2; *Saenger, Ingo/Kießling*, Zivilprozessordnung Handkommentar Zürich 2021, § 447, kn. 3; *Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann*, § 447, kn. 6; *Stein/Jonas/Berger*, § 447, kn. 7. Aksi yönde: *Wieczorek/Schütze/Völmann-Stickelbrock*, § 447 kn. 8). Burada isticvap talebi ispat yükünden bağımsız olarak gerçekleştirilebilir. Bununla beraber isticvap talep edebilecek tarafın belirlenmesi yine ispat yüküne bağlanmıştır, ispat yükü altındaki tarafın isticvap edilmesi öngörülmüştür. İspat yükü altındaki taraf § 445 I'e göre karşı tarafın ve karşı tarafın icazetiyle § 447'ye göre kendisinin isticvabını talep edebilir. İspat yükü altındaki tarafın lehine vakıa için sorgulanması karşı tarafın izni ile mümkündür ancak beyanının alınması karşı tarafın inisiyatifine bırakılmış durumdadır ve uygulamada buna pek sık rastlanmadığı ifade edilmiştir (*Schilken*, § 11, kn. 551; *Kwaschik*, s. 37; *Zwanziger*, Bertram, Arbeitsrechtliche Standardsituationen und Parteivernehmung, DB 1997, 776-778, s. 776). İspat yükü altında olmayan taraf ise karşı ispat vasıtası olarak ne § 445 kapsamında ispat yükü altındaki tarafın ne de § 447 kapsamında kendisinin isticvabını talep edemeyecektir. Çünkü karşı ispat aracı olarak isticvabın kullanılması § 445 II tarafından engellenmiştir (*Kwaschik*, s. 19). Bundan bağımsız olarak ispat yükü altında olmayan taraf kendisinin isticvabını talep edemez, bu tarafın isticvabını ya ispat yükü altında olan taraf talep edebilmektedir (dZPO § 445) ya da hakim re' sen bu tarafı isticvap etmektedir (dZPO § 448) (*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 124, kn. 23).

¹⁰⁸⁰ *Kofmel*, s. 177.

¹⁰⁸¹ *Kofmel*, s. 177.

¹⁰⁸² Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, ZPO (Bericht VE ZPO), s. 92. Resmi gazetede yayınlanan taslakta da ifade edilmiştir: Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (28.06.2006) (BB1 2006 7221), s. 7326.

4. Değerlendirme

İsticvaba delil niteliğinin tanınmak istenmemesi, kurumun amacını ikrar ile sınırlandırmaktadır. Vakıanın ispatlanması lehine sonuç doğuracak tarafın ispat yükü altında olduğunu kabul ettiğimizden, vakıanın tespit edilmesi ispat yükünü taşımayan kaşı tarafın aleyhine vakıa olarak nitelendirilmesine neden olmaktadır. Örneğin sözleşme ilişkisini, talep sonucuna dayanak gösteren davacının, sözleşmeyi ispat yükü altında olduğu, bu nedenle sözleşme vakıasının mevcudiyetinin karşı tarafın aleyhine olması isticvapta ikrar amacı ile ispat yükü ilişkisini ortaya koymaktadır. İsticvabın ikrar ile sınırlandırılmanın neticesi olarak ancak ispat yükü üzerinde olmayan tarafın beyanlarının alınması, tarafın lehine beyanlarının ise nasıl değerlendirileceğinin belirsiz olması sonucunu doğurmaktadır. İspat yükünü taşıyan taraf sözleşmenin varlığını ispat için kendisinin isticvabını talep edemeyecektir. Tarafın sadece aleyhe vakılarda beyanının alınabilmesi, isticvabın ispat yüküne bağlandığını göstermektedir.

Tarafın isticvaba başvurarak asıl ispat veya karşı ispat faaliyeti kapsamında kendisinin veya karşı tarafın beyanlarının alınmasını talep etmesinin engellenmesi ispat hakkının engellenmesi ve ispat faaliyetinde gösterilen aracın önceden yani toplanmadan değerlendirilerek reddedilmesi olarak görülmelidir. Bu nedenle kanun lafzı daraltılmadan uygulanarak ispat yükünden bağımsız olarak, vakıanın lehe veya aleyhe olması fark etmeksizin tarafın isticvabı talep hakkı tanınmalıdır.

İspat yükünü taşıyan tarafın ispat faaliyetine, isticvap ile karşı ispat faaliyeti yürütülememesi de ispat yükünü taşımayan tarafın isticvap talep hakkının kısıtlandığını göstermektedir. Tarafın kendi beyanı ile lehine sonuç doğuramayacağı veya kendisi lehine mevcut durumu tersine çeviremeyeceği kabullerinden vazgeçilmelidir. En önemlisi diğer delillerin varlığı halinde taraf beyanının göz ardı edilmesi gerçeğin tespitine hizmet etmeyecektir. Sonuç olarak ispat yüküne bağlı olarak karşı ispatta isticvabın kullanılmaması veya ifade edildiği gibi tarafın sadece aleyhine olan hususlarda beyanının alınması, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin karşısında yeterli gerekçeye sahip görünmemektedir¹⁰⁸³. Ayrıca iddia edilen taraf beyanına güvensizlik, tarafın veya hakimın zor durumda

¹⁰⁸³ **Oberhammer**, s. 307; **AK ZPO/Rüßmann**, vor § 445, kn. 2. Farklı yönde: **Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock**, vor § 445, kn. 8.

bırakılmaması veya sadece ikrar sonucunun değerlendirilmesi ispat hakkının bu şekilde sınırlandırılmasını gerekçelendirememektedir¹⁰⁸⁴.

II. Re' sen İsticvaba Başvurulması

A. Genel Olarak

Hukukumuzda isticvaba hakim tarafından da başvurulabileceği, hakimin iki taraftan birini veya her iki tarafı aynı ya da farklı vakıalar için sorgulayabileceği m. 169/1'den çıkarılmaktadır. Taraflarca getirme ilkesinin bir istisnası olarak çekişmeli vakıanın tespiti veya çekişmenin ortadan kaldırılması amacıyla hakimin re' sen başvurabileceği keşif ve bilirkişi delili gibi isticvaba başvurma imkanı da mevcuttur. Davayla ilgili ayrıntılı bilgiye sahip olan tarafların aydınlatma ödevi ve tarafların dinlenilmesi kapsamında bilgisine başvurulabilmesinin yanında, ispat faaliyetinde ve karara esas alınabilecek beyanların elde edilmesi adına hakime yetki tanınmıştır. Hakimin isticvaba başvurması için başvuru şartlarının mevcudiyeti ve isticvaba başvurulması ve dinlenecek tarafın seçilmesi hususunda takdir yetkisi hakkında ise düzenleyici bir hüküm bulunmamaktadır.

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesini, vakıaların çekişmeli kılınması ve bunlar için delil gösterilmesini yalnızca taraflara tanıyan taraflarca getirme ilkesinin istisnalarından bir tanesi hakimin kendiliğinden ikame edebileceği delilerdir. Tarafların tasarruf yetkisinin ve yargılamada maddi gerçeğe ulaşma hedefinin karşı karşıya kaldığı durumlarda Kanunun bir tarafa ağırlık verdiği görülmektedir. Re' sen delil ikamesi, gerçeğe ulaşılması amacıyla hakime aktif rol verilerek tarafların tasarrufuna tercihte bulunulmasıdır. İsticvapta hakime taraf taleplerinden bağımsız olarak bu yetkinin tanınması da maddi gerçeğin tespitinin, taraf serbestisinin önüne koyulmasıdır¹⁰⁸⁵. Bu yönüyle re' sen isticvap, taraflarca getirme ilkesinin bir istisnasıdır¹⁰⁸⁶.

İsticvaba re' sen başvuru için belli şartlar öngörülmemiştir. Ancak taraflarca getirme ilkesinin bir istisnası olması bakımından, re' sen ikame edilen diğer deliller gibi başvurulmasında belli şartlar gözetilmektedir. Kanunda ispat yüküne bağlı olarak başvurulması veya başvurulabilecek durumlara ilişkin sınırlama bulunmamasına rağmen bazı yargı kararlarında ve öğretide, isticvaba re' sen başvurulması için sınırlamaların kabul edildiği

¹⁰⁸⁴ Kwaschik, s. 68.

¹⁰⁸⁵ Wittschier, Die Parteivernehmung, s. 35.

¹⁰⁸⁶ Münks, s. 188; Lamberti, Andrea/Stumpf, Wolf, Die Parteivernehmung von Amts wegen – „Woher” und „Wohin”, NJOZ 2009, 1860-1868, s. 1860; Kwaschik, s. 20.

görülmektedir. Hakimin ancak gösterilen diğer delillerin toplanması ve değerlendirilmesinden sonra tam kanaate ulaşamadığında kendiliğinden tarafları isticvap edebileceği (tali nitelik)¹⁰⁸⁷, delil gösterilmemesi ve ikame edilmemesi halinde re' sen isticvaba başvurulamayacağı (mevcut ihtimal)¹⁰⁸⁸ ve isticvap edilecek tarafın veya tarafların beyanlarının vakıa tespitinde etkili olması beklentisi¹⁰⁸⁹ öğreti ve yargı kararlarında karşılaşılan şartlardır¹⁰⁹⁰. Bu sınırlamalar gruplandırılarak incelenecek, dayanakları tespit edilerek sınırlamanın gerekçeleri ve gerekliliği üzerinde durulacaktır.

Başvuru şartları için talilik, mevcut ihtimal ve ispat değerinin öngörülmesi zaman zaman birbiri içine girebilmekte ve aynı şeyi ifade ettiği düşünülebilmektedir. Re' sen isticvabın tali olması diğer iki şarttan tamamen bağımsız olarak gösterilen ve gösterilebilecek delillerin, bir görüşe göre de aynı zamanda re' sen ikame edilen delillerin toplandıktan sonra isticvaba başvurulabilmesini ifade etmektedir. Tüm deliller gösterilse ve toplansa dahi vakıa ile ilgili ihtimal düzeyinde bir tespit yapılamadığında isticvaba yine başvurulmayacaktır ki bu da mevcut ihtimal şartının talilik şartından ayrı değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir¹⁰⁹¹. Mevcut ihtimalin kapsamına aynı zamanda delil ikamesi olmaksızın, dolayısıyla talilik gündeme gelmeksizin, re' sen isticvabın uygulanabilirliği sorunu girmektedir. Son olarak tüm delillerin ikame edilmesi ve bunların toplanması neticesinde bir ihtimal mevcut olduktan sonra hakim, isticvabı çekişmeli vakıanın ispatına uygun, elverişli görmemesi veya tarafın beyanlarının güvenilirliğini tartışmalı bulması nedeniyle re' sen isticvaba başvurmaz. Bu nedenle üçüncü bir şart olarak ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁰⁹². Mukayeseli hukukta belirtilen bu şartların kimi zaman birbiri içine girmesi nedeniyle hukukumuzda ayrık örnekleri bulunmasa dahi incelenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

¹⁰⁸⁷ İstanbul BAM 27. HD. E. 2017/1107 K. 2018/1476 T. 8.11.2018: “İsticvap dosyasındaki delillerin incelenmesine rağmen uyumsuzluğun yine de tam olarak aydınlatılamadığı durumlarda kullanılan bir yoldur.” (Lexpera).

¹⁰⁸⁸ **Tercan**, s. 215.

¹⁰⁸⁹ **Tercan**, s. 216.

¹⁰⁹⁰ Türk hukukunda mevcut ihtimal ve talilik düzenlenmemiştir: **Deren-Yıldırım**, Fordert die Waffengleichheit die legale Beweistheorie heraus?, s. 910.

¹⁰⁹¹ **Münks**, mevcut ihtimal aranması şartının taliliği sağladığını belirtmiştir ve taliliğin özel bir şekilde ifade edilmesini mevcut ihtimal olarak değerlendirmiştir. Yazara göre mevcut ihtimal şartı taliliğin fonksiyonunu yerine getirmektedir: **Münks**, s. 191; benzer yönde **Kwaschik**, s. 22, 23.

¹⁰⁹² Mevcut ihtimal ve beyanın ispat gücüne dair beklentinin birbirinden tamamen bağımsız olmadığı, tarafın güvenilirliğinin şüpheli olmasının zaten mevcut ihtimal değerlendirilirken dikkate alındığı yönünde bkz. **Schöpfli**, Martin, Die Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, Frankfurt am Main 1992, s. 280. Mevcut ihtimal ve öngörülebilir ispat kuvvetinin bulunması şartları arasında fonksiyonları bakımından yakın ilişki bulunduğu dair bkz. **Kwaschik**, s. 40.

B. Re' sen İsticvaba Başvuru Şartları ve Hakimin Takdir Yetkisi

1. Başvuru Şartları

a. Talilik

Taraflarca gösterilen delillerin tümünün toplanmaması ve tarafların gösterebilecekleri tüm delilleri göstermemeleri halinde isticvaba re' sen başvurulamaması, re' sen isticvabın tali olduğunun kabulüdür¹⁰⁹³. İsticvabın tali olması, ikame edilebilecek diğer delillerin toplanmasından sonra hala karara esas olacak kanaatin tam olmaması halinde başvurulmasını şart koşturmaktadır. Buna göre gösterilen tüm delillerin isticvaptan önce toplanması gerekmektedir¹⁰⁹⁴. Ayrıca tarafın ikame etmesinin öngörülebildiği tüm delilleri göstermesi beklenmektedir ancak karşı tarafın hakimiyet alanındaki deliller istisna tutulmuştur¹⁰⁹⁵. Tarafın gösterdiği ve göstermesi mümkün olan delillerin toplanmasının yanında kanaate ulaşmak için elverişli re' sen ikame edilebilen delillerin de toplanması gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁹⁶. Tüm delillerin ikamesi ile kanaate ulaşılması amaçlanmaktadır ve son çare olarak taraf beyanına başvurulması hedeflendiğinden, kanaat tesisine yardımcı olabilecek re' sen ikame edilebilen deliller de bu şartın kapsamına dahil edilmiştir¹⁰⁹⁷.

Tarafın isticvap talebi ile hakimin tarafı re' sen isticvabı arasında da bir öncelik sonralık ilişkisinin olduğu, tarafın isticvap talebinin re' sen isticvaptan önce yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁰⁹⁸. Nitekim tarafın isticvap talebi ispat faaliyetine etki etmek için başvurduğu

¹⁰⁹³ Schmidt, Burkhard, Die Begründung der Ablehnung einer Parteivernehmung nach § 448 ZPO, MDR 1992, 637-640, s. 637; Zöller/Greger, vor § 445, kn. 4; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 124, kn. 8; Grunsky/Jacoby, s. 199 kn. 595; Schilken, § 11, kn. 549; MüKo ZPO/Schreiber, § 448, kn. 2; Musielak/Voit/Huber, § 448, kn. 2; Polyzogopoulos, s. 62; Anders/Gehle, § 448, kn. 4; Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann, § 448, kn. 2; Wiczorek/Schütze/Völmann-Stickelbrock, § 448, kn. 4; Diakonis, s. 217, 218; Schöpflin, Die Parteianhörung, s. 2136; Schöpflin, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 284 (Yazar sadece taliliğin re' sen başvurulması için şart olduğunu kabul etmiş, mevcut ihtimal ve beyanların kanaat oluşturacağı yönündeki beklentiye şart olarak kabul etmemiştir); Peters, Egbert, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozess, Tübingen 1983, s. 147; Zettel, Günther, Der Beibringungsgrundsatz, Berlin 1977, s. 86; Ahrens, Kap. 41, kn. 11.

Re' sen isticvaba başvuruda taliliğin söz konusu olmadığı veya olmaması gerektiği yönünde bkz. Jauernig/Hess, § 56, kn. 7; Müns, s. 193; Lange, s. 482; Lamberti/Stumpf, s. 1868; Kwaschik, s. 23.

¹⁰⁹⁴ Zöller/Greger, § 448, kn. 3. MüKo ZPO/Schreiber, § 448, kn. 2; Musielak/Voit/Huber, § 448, kn. 2; Greger, Reinhard, Die Partei als Erkenntnis- und Beweismittel im Zivilprozess, MDR 2014, 312-316, s. 313; Wiczorek/Schütze/Völmann-Stickelbrock, § 448, kn. 5.

¹⁰⁹⁵ Anders/Gehle, § 448, kn. 4; Zöller/Greger, § 448, kn. 3; Schöpflin, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 269; Polyzogopoulos, s. 63; Wiczorek/Schütze/Völmann-Stickelbrock, § 448, kn. 5.

¹⁰⁹⁶ Zöller/Greger, § 448, kn. 3; Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann, § 448, kn. 2. Aksi yönde bkz. Brüggeman, s. 449.

¹⁰⁹⁷ Diakonis, s. 216.

¹⁰⁹⁸ MüKo ZPO/Schreiber, § 448, kn. 2; Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann, § 448, kn. 2; Wiczorek/Schütze/Völmann-Stickelbrock, § 448, kn. 6.

Aksi yönde, taraf talebi ile isticvap ve re' sen isticvap arasında talilik ve zamanlama yönünden bir fark olmadığı ve eşit olup aynı anda başvurulabileceği yönünde bkz. Glücklich, s. 160; Wittschier, Die Parteivernehmung, s. 38.

araçlardan bir tanesidir ve kanaatin oluşması adına bu talep yerine getirildikten sonra diğer tarafın re' sen isticvabı gündeme gelebilecektir. Son olarak ispat yükünü taşıyan tarafın gösterdiği delillerin toplanmasını yanında, kanaatin tesisine yardımcı olması nedeniyle karşı tarafın gösterdiği delillerin de isticvaptan önce toplanması gerektiği ve ancak bu halde re' sen isticvaba başvurulabileceği savunulmuştur¹⁰⁹⁹.

Hakimin diğer delillerin ikamesinden önce tarafı isticvap edememesinin temelinde taraf beyanına olan güvensizlik bulunmaktadır ve talilik bu güvensizliğe karşı bir önlem olarak nitelendirilmektedir¹¹⁰⁰. İspat kuvvetinin ve güvenilirliğinin tartışmalı olması nedeniyle isticvap başlı başına bir delilin ikamesi olarak görülmemekte ve ancak ikincil ve tamamlayıcı özellik atfedilmektedir¹¹⁰¹. Bu nedenle diğer delillerin toplanması ve ispat faaliyetinin gerçekleştirilmesi neticesinde sonuca varılamadığında davanın açıklığa kavuşturulması için başvurulacak bir yol, adeta bir son şans olarak görülmektedir¹¹⁰².

Bu güvensizlik tarafın yargılamadan mevcut yararının bulunması nedeniyle kendisine karşı olduğu gibi sübjektif beyanların değerlendirilmesi bakımından hakime karşı da mevcuttur. Hakimin diğer delillerin toplanmasından kaçınması ve isticvap ile doğrudan sonuca ulaşmak istemesi bir tehlike olarak görülmüştür. İspat kuvvetinin daha fazla olduğu öngörülen delillerden önce taraf beyanına başvurulması vakıa tespitine yarar sağlamayacaktır.

Re' sen isticvabın tali niteliğinin kabulü, daha önce var olan re' sen yemin düzenlemelerine dayandırılmaktadır. Yardımcı veya tamamlayıcı yemin olarak da adlandırılan re' sen teklif olunan yemin HUMK m. 355-362'de bulunmaktaydı. Buna göre hakim, var olan ancak yeterli olmayan kanaatini tamamlaması için tarafın yemin etmesini teklif edebilmekteydi¹¹⁰³. Bu yeminin kullanılabilmesi için hakimin diğer delillerle kanaat edinmiş olması ancak bunun karar vermek için yeterli olmaması şart olarak görülmüştü (HUMK m. 356/2)¹¹⁰⁴. Görüldüğü gibi burada re' sen yemin diğer delillerin ikamesinden sonra başvurulacak bir yol olmuştur. Aynı şekilde Alman hukukunda isticvaptan önceki yemin düzenlemesinde tali nitelik belirtilmemiş olmasına rağmen öğreti ve uygulamada delilin tali olduğu kabul edilmiştir¹¹⁰⁵. Bu kabuller

¹⁰⁹⁹ Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 448, kn. 5.

¹¹⁰⁰ Polyzogopoulos, s. 62, 63.

¹¹⁰¹ Zettel, s. 86; Benzer yönde bkz. Diakonis, s. 223.

¹¹⁰² Zöller/Greger, § 448, kn. 2; Schmidt, B., s. 638; Stickelbrock, Barbara, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, Köln 2002, s. 595.

¹¹⁰³ Bilge/Önen, s. 599; Ansay, Yemin, s. 289; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 348.

¹¹⁰⁴ Belgesay, Deliller, s. 157; Belgesay, C. II, s. 128; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 349.

¹¹⁰⁵ Planck, B. 2, s. 332 vd.; Glücklich, s. 153; Volkmar, s. 2885.

yemin delilinin şekli ispat kuvvetine dayanmaktadır. Re' sen isticvabın düzenlenmesinde re' sen yemin dikkate alındığı için bu kabul isticvap için de devam etmiştir¹¹⁰⁶. 1931 yılındaki taslakta o gün re' sen yemin için geçerli olan ve uygulamada kabul edilen şartların geçerli olmasının beklendiği savunulmuştur¹¹⁰⁷.

Taraf beyanına güvensizliğin temel çekince olmasına karşılık, yeminden farklı olarak şekli ispat kuvvetine sahip olmayan isticvapta hakim, tarafın beyanı ile bağlı olmayacaktır, taraf beyanının sübjektifliğine karşı gerekli korumayı bu yönüyle delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi sağlamaktadır. Bundan hareketle re' sen yeminden kalan kabullerle re' sen isticvabın da tali olduğu kabul edilmemelidir¹¹⁰⁸. Çekişmeli vakıa hakkında çoğu zaman en iyi bilgiye sahip olan tarafın bilgisine başvurulmasının bu sebeple kısıtlanması doğru değildir¹¹⁰⁹. İsticvabın ispat faaliyetinin başında yapılması yerine sonuna bırakılması, yukarıda savunulanan aksine taraf beyanının delil değerini ve güvenilirliğini zedeleyecektir. Tarafın tüm ispat faaliyetine ve delillere hakim olduktan sonra sorgulanması temkinli olması ve olay örgüsünü başka delil ile sağlamasının yapılamayacağını öngörmesi nedeniyle lehine olacak şekilde anlatmasına neden olacaktır¹¹¹⁰.

Hakimin keyfiliği ve isticvap ile sonuca ulaşmak adına kolayca kaçması tehlikesi ise yine delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi neticesinde kanaatin gerekçelendirilmesi zorunluluğu ile bertaraf edilmektedir. Bunun yanında gösterilen delillerin tüketilmesi gerekmektedir ve diğer delillerden önce tarafın sorgulanması, diğer delillerin toplanmayacağı anlamına gelmemektedir.

Re' sen isticvabın tali nitelikte olduğuna tarihsel yorumla ulaşılabılırken, kanun metninin açık ifadesi tali olduğuna dair bir belirleme içermemektedir¹¹¹¹. Re' sen isticvabın diğer

¹¹⁰⁶ Volkmar, s. 2885; Polyzogopoulos, s. 62.

¹¹⁰⁷ Glücklich, s. 154, 155.

Bunun yanında kanun metninin taraf talebiyle isticvaba gönderme yaparak taliliğinin vurgulandığı iddia edilmiştir (Polyzogopoulos, s. 62). Yazara göre 448. maddenin “auch” (keza) kelimesi ile başlaması, maddenin taraf talebiyle isticvapla (§ dZPO 445) ilişki kurulmak istendiğini göstermektedir. Taraf talebi ve ispat yükü re' sen isticvap için aranmadığından geriye ilişki kurulabilecek talilik kalmaktadır. Bu konudaki lafzi yorumun, metnin bu şekilde yorumlanması için güçlü bir gerekçe sunmadığına dair bkz. Müns, s. 193.

Yine maddeler arasındaki bağlantıdan yola çıkılarak § 450 II'de başka delil getirilmesi halinde isticvabın gerçekleştirilmeyeceği kuralının taraf talebiyle isticvap ve re' sen isticvap bakımından ayırım yapılmadan geçerli olması nedeniyle re' sen isticvabın da tali delil olduğu kanaatine ulaşılmıştır: Wiczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 448, kn. 4.

¹¹⁰⁸ Müns, s. 192; Effer-Uhe, s. 84.

¹¹⁰⁹ Lamberti/Stumpf, s. 1862.

¹¹¹⁰ Lamberti/Stumpf, s. 1862; Effer-Uhe, s. 85.

¹¹¹¹ Müns, s. 191.

delillerden sonra başvurulabilecek bir yol olması ancak bunun kanunda açıkça düzenlenmesi veya metinden anlaşılması halinde mümkündür¹¹¹². Gösterilen delillerin toplanması ve değerlendirilmesi ile kanaat oluşturulmaya çalışılırken, ikame edilen delillerden ve yargılamanın bütününden vakıa ile ilgili daha iyi bilgiye sahip olduğu anlaşılan tarafın beyanına re' sen başvurulması, olayla ilgili fazla bilgisi olmayan tanığın dinlenilmesine tercih edilebilir. Daha iyi sonuç vereceği gözetilen delile öncelik verilmesi engellenmemelidir¹¹¹³.

İkamesi mümkün görülen delilin gösterilmemesi nedeniyle hakimın tarafı re' sen sorgulayamamasının dayanağı bulunmamaktadır. Öncelikle yargılamada bunun tespiti zor olabileceği gibi taraflarca getirme ilkesinin taraflara vakıalar ve delillerin mahkemeye taşınması bakımından verdiği yetkinin sınırlanmasına anlamına gelecektir. Tarafın vakıalar ve deliller arasında kurduğu ilişki ve lehine sonuç almak amacıyla bazı delilleri dışarıda bırakma yetkisi bulunmaktadır. Örneğin, karşı tarafa yakın olması sebebiyle gösterilemeyen delilin - tanık- isticvaba engel olması hakkaniyete uygun görünmemektedir¹¹¹⁴. Bu imkanı kullanması sebebiyle kendisi veya karşı taraf lehine sonuç alınmasına yardımcı olacak ve daha önemlisi maddi gerçeğin tespitini sağlayabilecek re' sen isticvabın engellenmemesi gerekmektedir. Tarafın isticvap talep etmesiyle hakimın isticvabı gerekli görmesi farklı değerlendirilmelidir. Tarafın isticvaba dayanmasında kendi yararını gözetmesi söz konusu iken, re' sen isticvapta tarafın yararı mevcut olmayabilir. Bu nedenle de re' sen isticvap tali değildir¹¹¹⁵.

Hukukumuzda isticvap talebi ve re' sen isticvabın düzenlendiği maddede diğer delillerin ikamesi ile ilgili bir şart bulunmamaktadır. Ancak bazı yargı kararlarında ve öğretide bu yönde kabullere rastlanmaktadır¹¹¹⁶. Hakimın delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde sıralama açısından takdir hakkı bulunmaktadır. Re' sen isticvabın tali olduğunun kabulü delillerin değerlendirilmesi ile ilgili bu takdir yetkisine aykırılık teşkil edecektir. Delillerin gösterilmesinden sonra incelenmesinde hakimın delillerin elverişliliğini değerlendirmesi söz konusudur. Bu incelemede tarafların isticvaba başvurmamış olması ancak gösterilen diğer delillere nazaran isticvabın daha net ve hızlı sonuç vereceğinin düşünülmesi mümkündür ve bu halde tüm delillerin ikame edilmesi beklenmeden isticvaba re' sen başvurulması gerekir. Bu

¹¹¹² Polyzogopoulos, s. 62.

¹¹¹³ Lange, s. 482.

¹¹¹⁴ Lange, s. 482.

¹¹¹⁵ Kwaschik, s. 22, 23; Jauernig/Hess, § 56, kn. 7; Lange, 482; Oberhammer, s. 316; Münks, s. 193.

¹¹¹⁶ İstanbul BAM 27. HD. E. 2017/1107 K. 2018/1476 T. 8.11.2018: "İsticvap dosyasındaki delillerin incelenmesine rağmen uyumsuzluğun yine de tam olarak aydınlatılamadığı durumlarda kullanılan bir yoldur." (Lexpera); Tercan, s. 215.

kabul maddi gerçeğin tespitine ve usul ekonomisine hizmet edecektir. Taraf bilgisine başvurmak için diğer delillerin toplanmasının beklenmesi, hakimin tarafların dinlenilmesi kurumuna gereksiz yere başvurmasına da neden olabilir¹¹¹⁷. Yargıtay kararında da tanıkların dinlenilmesi ve tarafın isticvap edilmesi bakımından eksikliğin beraber belirtilmesi, tarafın isticvap edilmesinin tanıkların dinlenilmesi ile varılacak sonuca bağlanmadığını göstermektedir¹¹¹⁸.

b. Mevcut İhtimal

aa. Şartın İfadesi

Re' sen isticvaba başvurulması için bir diğer şart olarak çekişmeli vakıanın varlığına yönelik mevcut bir ihtimal karşımıza çıkmaktadır. Hakimin vakıayla ilgili pozitif veya negatif¹¹¹⁹ bir başlangıç kanaatinin bulunması, re' sen isticvap için gerekli görülmektedir¹¹²⁰. Bu kabulün temelinde, ispat yükünü taşıyan tarafın hiçbir delil göstermeksizin¹¹²¹ veya gösterdiği delillerin ihtimal düzeyinde dahi kanaat oluşturamaması halinde hakimin tarafı sorgulaması ile ulaşacağı kanaatin karara esas teşkilinin engellenmek istenmesi bulunmaktadır. Sadece taraf beyanına dayanılarak kanaat tesis edilemeyeceği, zira tarafların yargılamadaki yararlarından dolayı beyanlarının güvenilir olmadığı kabulü burada da karşımıza çıkmaktadır. Alman hukukunda yargılamanın ve delil ikamesinin değerlendirilmesi vakıanın müspet veya menfi tespitine yeterli kanaat oluşturmadığı takdirde re' sen isticvaba başvurulabileceği düzenlenmiştir (dZPO § 448). Bu ifadeden hareketle vakıanın tespitine ilişkin ihtimal

¹¹¹⁷ Effer-Uhe, s. 84.

¹¹¹⁸ Yargıtay 10. H.D., E. 2016/14703 K. 2016/11482 T. 21.9.2016: “Bir önceki bozma ilamımızda, çalışmaların geçtiği işyerinin net olarak tespit edilmesi, işyerleri arasında varsa organik bağın belirlenmesi, davacının isticvap edilerek dinlenilmesi ve kanaat edinmeye yetecek kadar bordrolu tanıkların dinlenilmesi hususları belirtilmiş ise de, Mahkemece, bozma ilamı gereklerinin tam olarak yerine getirilmediği anlaşılmıştır.” (Kazancı)

¹¹¹⁹ Brennemann s. 31; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 124, kn. 19; Stein/Jonas/Berger, § 448, kn. 5; Negatif bir sonuç da belli bir kanaattir: Lamberti/Stumpf, s. 1861. Negatif tespitin söz konusu olduğu hallerde re' sen isticvaba başvurulamayacağı yönünde bkz. Müns, s. 188, 189; Zöller/Greger, § 448, kn. 4; Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann, § 448, kn. 4. Musielak/Voit/Huber, § 448, kn. 3; MüKo ZPO/Schreiber, § 448, kn. 3.

¹¹²⁰ Glücklich, s. 141; Müns, s. 188; Zöller/Greger, § 448, kn. 4; Stein/Jonas/Berger, § 448, kn. 5 vd.; MüKo ZPO/Schreiber, § 448, kn. 3; Musielak/Voit/Huber, § 448, kn. 3; Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann, § 448, kn. 4; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 124, kn. 19; Jauernig/Hess, § 56, kn. 8; Anders/Gehle, § 448, kn. 4; Jäckel, kn. 672; Ahrens, Kap. 41, kn. 21; Brehm, s. 242; Peters, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen, s. 147; Zettel, s. 86; Schmidt, B., s. 637; Lange, s. 481; Tercan, s. 215.

Aksi yönde: Schöpflin, Die Parteienhörung, s. 2136; Schöpflin, Beweiserhebung von Amts wegen, s. 276 ve 279; Roth, s. 497; Kluth, Peter/Böckmann, Julius, Beweisrecht - Die zivilprozessuale Partei im Zeugenmantel, MDR 11/2002, 616-621, s. 621; Gehrlein, s. 474; Oberhammer, s. 316; Wittschier, Die Parteivernehmung, s. 38; Lamberti/Stumpf, s. 1868. Uygulama şartı olarak değil, takdir yetkisi kullanılırken dikkate alınması gereken bir kriter olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Kwaschik, s. 266 vd.

¹¹²¹ Alman hukukunda yargılamanın bütününe değerlendirilmesi ile kanaate ulaşılabildiğinden hiç delil gösterilmese dahi başlangıç kanaatinin mevcudiyeti halinde re' sen isticvaba başvurulabilir: Kwaschik, s. 23.

düzeyinde de olsa yeterli olmayan bir kanaatin bulunması gerektiği düşünülmektedir. Söz konusu şart sadece madde metni ile değil farklı yönlerden de gerekçelendirilmiştir. Hukukumuzda re' sen isticvap ile ilgili buna benzer bir düzenleme olmamasına rağmen sübjektif ispat yükü dikkate alınarak, hiç delil ikame edilmemesi halinde re' sen isticvaba başvuru imkanı araştırılmalıdır ki bu mevcut ihtimal şartı ile bağlantılıdır.

Delil ikame edilmeksizin dilekçelerden¹¹²², taraf davranışlarından¹¹²³, tarafın dinlenilmesi¹¹²⁴ veya hayatın olağan akışından yola çıkılarak vakıanın mevcudiyetine ilişkin ihtimalin tespit edilebileceği ifade edilmektedir¹¹²⁵. Tarafın dinlenilmesi sırasındaki beyanlarından, yazılı beyanlarından veya yargılama süresince gerçekleştirdiği davranışlarından ihtimalin elde edilebilmesi, hakimin kanaatini oluştururken yargılamanın genelini de değerlendirebilme yetkisine dayanmaktadır¹¹²⁶. Zaten re' sen isticvabın tali olduğu kabul edildiğinde ikame edilmesi mümkün olan delillerin gösterilmesinin kontrolü talilik şartı ile gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan talilik ile mevcut ihtimal şartı beraber değerlendirildiğinde birbirlerini karşıladıkları görülmektedir, ancak re' sen isticvabın tali olması reddedildiğinde, re' sen isticvap için diğer delillerin ikamesi şart olmasa da yargılamanın genelinden veya hayatın olağan akışından bir ihtimalin çıkarılması gerekmektedir. Vakıanın aksi ispatlandığında ise re' sen isticvap mümkün değildir¹¹²⁷.

Bir diğer görüş ise mevcut ihtimali uygulama şartından ziyade, takdir yetkisinin kullanılmasında dikkate alınması gereken bir kriter olarak önermektedir. Böylece mevcut ihtimal aranması re' sen isticvaba başvurulmasında kısıtlayıcı soyut ve genel bir kural olmaktan çıkacak ve sadece takdir yetkisi kullanılırken dikkate alınabilecek bir husus olarak kalacaktır. Mevcut ihtimalin bulunmamasında dahi isticvaba başvurulabilecektir¹¹²⁸. Bu görüş uygulama

¹¹²² Gehrlein, s. 462.

¹¹²³ Stein/Jonas/**Berger**, § 448, kn. 5. Devam eden ceza yargılamasındaki tespitler, daha önceki yargılamadaki beyanları kanaat oluşturma beklentisini şekillendirebilir: Stein/Jonas/**Berger**, § 448, kn. 7; Gehrlein, s. 462 vd; Prütting/Gehrlein/ **Müller-Christmann**, § 448, kn. 4.

Aksi yönde bkz. **Diakonis**, s.231: Tarafın sübjektif ispat yükünü yerine getirebilmesi için delil göstermesini şart olarak kabul ettiğinden, bu yükün yargılamanın genel olarak değerlendirilmesi ile oluşan ihtimalle bertaraf edilemeyeceği belirtilmiştir. İkrar ile vakıa çekişmeli olmaktan çıkarıldığında veya emare gibi dolaylı deliller ikame edildiğinde ispatsızlık sonucundan kaçınılabilir.

¹¹²⁴ Prütting/Gehrlein/ **Müller-Christmann**, § 448, kn. 4; AK ZPO/**Rüßmann**, § 448, kn. 1; Zöller/**Greger**, § 448, kn. 4.

¹¹²⁵ Stein/Jonas/**Berger**, § 448, kn. 8; **Lange**, s. 482; **Schmidt**, B., s. 637; **Ahrens**, Kap. 41, kn. 22; Zöller/**Greger**, § 448, kn. 4; Prütting/Gehrlein/ **Müller-Christmann**, § 448, kn. 4; AK ZPO/**Rüßmann**, § 448, kn. 1.

¹¹²⁶ **Lange**, s. 482; Zöller/**Greger**, § 448, kn. 4; Prütting/Gehrlein/ **Müller-Christmann**, § 448, kn. 4.

¹¹²⁷ Stein/Jonas/**Berger**, § 448, kn. 5.

¹¹²⁸ **Kwaschik**, s. 266 vd.

şartı ve takdir yetkisinde dikkate alınacak kriter arasındaki ayrımın dayanağının belirtilmemesi ve böyle bir kritere çevrilmek yerine sadece reddedilmesinin de aynı işleve sahip olması yönünden eleştirilmiştir¹¹²⁹.

bb. Şartın Dayanakları ve Gerekçelendirilmesi

i. Tarihsel Açıdan

Tarihsel açıdan değerlendirildiğinde, re' sen teklif olunan yeminin tamamlayıcı bir karakter üstlenmesi ve mevcut ancak yetersiz kanaatin tamamlanması için kullanılması, re' sen isticvaba da bu özelliğin verilmesine neden olmuştur¹¹³⁰. Re' sen yeminin uygulanabilmesi için yargılamadan ve delil ikamesinden bir ihtimalin mevcut gelmesi gerekmektedir¹¹³¹. Hakimin tamamlanamayan kanaatini tamamlaması için tesis edilmiş re' sen yeminin kaldırılması ile bu işlevi gerçekleştirecek kurum re' sen isticvap olarak görülmüştür. Yeminin sadece taraflarca teklif edilebilmesi veya yeminin tamamen kaldırılması, re' sen ikame edilebilen deliller arasında taraf beyanına ancak isticvap ile başvurulabilmesi nedeniyle tamamlama işlevi re' sen isticvap ile bütünleşmiştir. Bu nedenle re' sen isticvabın re' sen yeminin yerine kullanılması gerektiği ve tamamlayıcı işlevinin mevcut ihtimali re' sen isticvap için de şart koştuğu kabul edilmektedir¹¹³².

ii. Taraf Beyanının Niteliği Açısından

Aslında böyle bir şartın öngörülmesinin nedeni, taraf iddiasının sadece taraf beyanıyla ispatlanamayacağının kabulüdür. İsticvaptan önce mevcut bir ihtimalin bulunmaması halinde, isticvap ile yalnızca taraf iddiaları çekişmeli vakıayı göstermeye çalışacaktır ki delil olmadan sadece bunlarla bir sonuca ulaşılması düşünülememiştir. Bu nedenle önce çekişmeli vakıanın varlığı veya yokluğu ile alakalı tam olmayan bir kanaatin bulunması şart koşulmuş, isticvabın ise ancak bunu tamamlayabilecek nitelikte bir delil veya araç olduğu vurgulanmaya çalışılmıştır¹¹³³. Bu güvensizlik nedeni ile sadece taraf beyanı ile vakıa tespiti ve düzenleme bağdaşmamaktadır, ispat gücüne sahip olabilmesi için diğer deliller ve mevcut bir ihtimal

¹¹²⁹ Diakonis, s. 227, 228.

¹¹³⁰ Glücklich, s. 137.

¹¹³¹ Glücklich, s. 140. Türk hukuku için bkz. Deren-Yildirim, Fordert die Waffengleichheit die legale Beweis-theorie heraus?, s. 909.

¹¹³² Glücklich, s. 141; Münks, s. 189.

¹¹³³ Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung, München 2019, § 448, kn. 4; Krönig, Ernst, Die Bedeutung der Beweislast für die Parteivernehmung und -vereidigung, MDR 1949, 735-735, s. 735.

gereklidir¹¹³⁴. Tarafların yargılamadaki yararlarından dolayı kendi beyanlarına olan güvensizlik de gerekçe gösterilerek, bu beyanlara başvurulması için bir gerekçenin ve gerekliliğin bulunması aranmıştır. Tarafın dinlenilmesi ile ve diğer delillerin toplanması ile taraf beyanına olan ihtiyacın tespit edilmesi mümkündür ve aksi halde gereksiz yere isticvaba başvurulmuş olacaktır¹¹³⁵.

Hakimin çekişmeli vakıyayla ilgili dayanabileceği bir başlangıç noktasının bulunması, hakimin keyfilliğini engellemek adına gerekli görülmektedir¹¹³⁶. Bir dayanak bulunmaksızın tarafın isticvap edilmesi ve bu beyanlar esas alınarak kanaat oluşturulmasına tereddütle yaklaşmaktadır. Ancak serbestçe değerlendirme prensibi ve hakimin kararlarını gerekçeli vermesi gerekliliği bu keyfilğin önüne geçecektir. İsticvaba re' sen başvurulmaması veya başvurulmasındaki sebepler ve tarafın sorgulanması halinde bu beyanlara dayanılarak ulaşılan kanaat gerekçelendirilerek belirtilecektir¹¹³⁷.

iii. İspat Yükü Açısından

Taraflarca getirme ilkesinin ve bu ilkenin sonucu olan sübjektif ispat yükünün, vakıaya ilişkin ihtimal bulunmaksızın tarafın sorgulanması ile ihlal edileceği bu şartın gerekçelendirilmesinde kullanılmıştır¹¹³⁸. Re' sen isticvabın, ispat yükünü taşıyan tarafın bu yükten kurtarılmasına, delil ikame etmeksizin ispatsızlık sonucunu bertaraf etmesine imkan sağlaması nedeniyle vakıanın mevcudiyetine ilişkin bir ihtimalin bulunmadığı hallerde tarafın sorgulanması mümkün görülmemektedir. Hakimin ispat yükünü taşıyan tarafı delil ikame etmeksizin ispatsızlıktan kurtararak ispat yükü kurallarına müdahalesinin, çekişmeli vakıaya dair bir başlangıç kanaatinin bulunması ile engellenebileceği belirtilmektedir¹¹³⁹.

Sübjektif ispat yükünün yerine getirilebilmesi için tarafın delil ikame etmesi gerekmektedir. Delil ikame edilmediği takdirde yükü taşıyan taraf aleyhine karar verilmelidir.

¹¹³⁴ **Diakonis**, s. 223.

¹¹³⁵ **Lange**, s. 481.

¹¹³⁶ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 448, kn. 4; Re' sen teklif olunan yemin yönünden bkz. **Wach**, Vorträge, s. 174.

¹¹³⁷ **Kwaschik**, s. 68; **Wittschier**, Die Parteivernehmung, s. 36.

¹¹³⁸ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 448, kn. 4; **Diakonis**, s. 223; Anders/**Gehle**, § 448, kn. 5; **Krönig**, s. 735. Aksi yönde bkz. **Lamberti/Stumpf**, s. 1862.

Re'sen isticvabın gerekçelendirilmesinde taraflarca getirme ilkesi kullanılmamıştır, aksine re' sen isticvap taraflarca getirme ilkesinin istisnası olarak düzenlenmiştir: **Effer-Uhe**, s. 267.

¹¹³⁹ **Münks**, s. 189 vd.; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 448, kn. 4; Anders/**Gehle**, § 448, kn. 5; **Schellhammer**, Kurt, Zivilprozess, C.F. Müller 2020, kn. 669; Re' sen teklif olunan yemin için bkz. **Planck**, B. 2, s. 329.

Re' sen isticvap ile sübjektif ispat yükünü taşıyan ve delil göstermeyen tarafın sorgulanması ve bu beyanlara dayanılarak lehine karar verilmesi, delil ikame yükünün yerine getirilmemesi nedeniyle kabul edilmemektedir¹¹⁴⁰. Bu yüzden ispat yükünü taşıyan taraf için başlangıçta bir ihtimalin bulunması re' sen isticvaba başvuru için şart görülmektedir. İspat yükü üzerinde olan tarafın, çekişmeli vakıanın ispatı için mevcut ve elverişli diğer delillerin ikamesini ihmal ettiği halde bu tarafın sorgulanması uygun görülmemektedir ve tarafın hiç delil ikame etmemesi halinde re' sen isticvap düzenlenemeyeceği kabul edilmektedir¹¹⁴¹.

Re' sen isticvap için mevcut ihtimal şartının savunulduğu Alman Mahkeme Kararında¹¹⁴² dayanak noktası delil ikame yükü olarak alınmıştır. Buna göre medeni yargılamada taraflar karara esas teşkil edecek çekişmeli vakıaları ve delilleri getirmekle sorumludurlar. Mahkemeye sunulmayan veya üzerinde çekişme yaratılmayan vakıa gibi hakkında delil ikame edilmeyen iddialar da karara esas alınamaz. Re' sen isticvap ile taraf üzerinde bulunan sübjektif ispat yükünün keyfi olarak bertaraf edilmesi ve tarafın ispatsızlık sonucundan kurtarılması tehlikesi mevcut ihtimal şartı ile engellenmektedir. Devamında aile hukukuna ilişkin yargılamalarda re' sen araştırma ilkesine tabi hususlarda hakimnin kendisinin vakıa ve delil edinebilmesi nedeniyle sübjektif ispat yükünün söz konusu olmadığı, bu nedenle tarafın yetersiz veya hareketsiz kalmasını muhakkak olumsuz sonuçlanmayacağını belirtmiş, tarafların sorgulanması için burada mevcut ihtimalin gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır.

Tarafın delil ikame etmesinin yanında gösterebileceği delilleri göstermemiş olması da re' sen isticvaba engel olarak görülmüştür¹¹⁴³. Hiç delil ikame edilmemesinden öte, ikame edilebileceği öngörülen delilin gösterilmemesi, eksik bırakılması da re' sen isticvabı engellemektedir. Bunun sebebi karşı tarafın korunması ve elverişli olmadığı bilinen delillerle sübjektif ispat yükünün ve dolayısıyla mevcut ihtimal şartının dolanılmasının engellenmek istenmesidir. İspat yükünü taşıyan tarafın diğer delilleri göstermekten kaçınarak sadece kendi beyanları ile ispat faaliyeti gerçekleştirmesi karşı tarafın zararına olarak değerlendirilmiştir¹¹⁴⁴.

Taraflarca getirme ilkesinin ihlalini vurgulayan gerekçe de bu şartı anlamlandırmak için ifade edilmiştir. Tarafın delil ikame etmemesi ile ispatsızlık sonucunu göze almasına karşılık,

¹¹⁴⁰ Stein/Jonas/*Berger*, § 448, kn. 5 ve 18; *Tercan*, s. 225.

¹¹⁴¹ Anders/*Gehle*, § 448, kn. 5 (2022); MüKo ZPO/*Schreiber*, § 448, kn. 2.

Yargılamanın bütün olarak değerlendirilmesi ile kanaat oluşturulabileceği yönünde bkz. *Jauernig/Hess*, § 56, kn. 8; *Wittschier*, Die Parteivernehmung, s. 38.

¹¹⁴² NJW 1970 2300, 2301 (Beck-Online) (BayObLG, Beschluß vom 21. 7. 1970 - BReg. 1 a Z 108/69).

¹¹⁴³ Wiczeorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 448, kn. 5; Stein/Jonas/*Berger*, § 448, kn. 18.

¹¹⁴⁴ Wiczeorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 448, kn. 5.

re' sen isticvap ile bu tercihin dikkate alınmaması taraflarca getirme ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Hakimin ispat yüküne göre karar vermeden önce, delil göstermeyen taraf için dahi re' sen delil ikame ederek tespite çalışması ancak re' sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda mümkün olabilir¹¹⁴⁵. Tarafın vakıayı çekişmeli kılması gibi iddiasını ispatlamak veya ispatsız bırakmak konusunda seçeneğinin olması taraflarca getirme ilkesinin gereğidir, bu takdirde ispat hakkının ihlali de yoktur, kendi isteğine karşı gelerek delil ikamesinde yardım etmek doğru olmaz¹¹⁴⁶. Hakimin harekete geçmesi için tarafın delilleri veya yargılamadaki diğer gelişmeler öncü olmalıdır¹¹⁴⁷. Hakimin re' sen delil ikame hususundaki yetkisi, taraflarca getirme ilkesinin re' sen araştırma ilkesine dönüşmesine neden olmamalıdır¹¹⁴⁸.

Delil göstermekle birlikte bu delilden ihtimal tespit edilmemesi halinde yine re' sen isticvaba başvurulamayacağı savunulmuştur. Sübjektif ispat yükünün yerine getirilebilmesi için delilin ikame edilmesinin yanında, ispat gücüne sahip olması gerekmektedir. Bu nedenle sübjektif ispat yükü hakimin mevcut bir ihtimale sahip olmasını şart koşmaktadır¹¹⁴⁹. Benzer sonuç, ispat yükünü taşıyan tarafın delil ikame etmemesi halinde karşı tarafın ikame ettiği delilin toplanmaması için de geçerlidir. İspat yükünü taşıyan tarafın ispat faaliyeti ile ilgili girişimde bulunmaması veya bu girişimin başarısız kalması, hem karşı tarafın hem de hakimin ispat faaliyetinde bulunmasını engelleyecektir¹¹⁵⁰. Aksi görüş kabul edildiğinde, yani asıl ispat faaliyeti gerçekleştirilmediğinde dahi hakim delil ikame edebildiğinde, sübjektif ispat yükü ortadan kalkmış olur ve ikame ettiği delil tarafın aleyhinde kullanılabilir¹¹⁵¹. Taraflarca getirme ilkesinin bir sonucu olan sübjektif ispat yükünün bu şekilde ortadan kaldırılması, ilkenin de ihlal edilmesidir¹¹⁵². İspat yükünü taşıyan tarafın delil göstermemesine rağmen hakimin re' sen delil ikame etmesi taraflarca getirme ilkesi ile bağdaşmamaktadır¹¹⁵³. Taraflarca getirme ilkesinin re' sen araştırma ilkesinden ayrı olmasının bir sonucu olarak re' sen delil ikamesinin

¹¹⁴⁵ **Diakonis**, s.224. **Habscheid**, Recht auf Beweis, s. 309.

¹¹⁴⁶ **Habscheid**, Recht auf Beweis, s. 309.

¹¹⁴⁷ **Diakonis**, s. 128.

¹¹⁴⁸ **Diakonis**, s. 125.

¹¹⁴⁹ **Diakonis**, s. 126.

¹¹⁵⁰ **Diakonis**, s. 127. Delil ikame edilmese veya başarısız olsa bile re' sen delil ikame edilebileceği yönünde bkz. **Jauernig/Hess**, § 50, kn. 7.

¹¹⁵¹ **Diakonis**, s. 128.

¹¹⁵² **Diakonis**, s. 128.

¹¹⁵³ **Brüggemann** s. 356; **Münks**, s. 189; **Habscheid**, Recht auf Beweis, s. 309; **Diakonis**, s. 128. Aksi yönde **Walther**, Jürgen, Der Beweisantritt der nicht beweispflichtigen Partei, NJW 1972, 238-239, s. 238; **Arens/Lüke**, § 23, kn. 3; **Schilken**, § 11, kn 501; **Stürner**, Rolf, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, Tübingen 1982, s. 16.

bu nedenle kısıtlanması da ispat hakkını ihlal etmemektedir¹¹⁵⁴. Sübjektif ispat yükünün yerine getirilmesi ile hakim objektif ispat yüküne dayanan bir karardan kaçınması için re’ sen delil ikame etmesi gerekliliği karşımıza çıkar ve bu yönde ikame edilebilecek tüm deliller tüketilmelidir¹¹⁵⁵.

Sübjektif ispat yükünün yerine getirilmesi için delil gösterilmesi gerekmektedir ki re’ sen delil ikame edilebilmesi için delilin gösterilmesinin yanında hakimde yeterli olmasa da ihtimal düzeyinde bir kanaat de oluşturması gerekmektedir¹¹⁵⁶. Bunun sonucu olarak da şu ortaya çıkmaktadır: Karşı taraf kendi iddiası için delil ikame etse ve bu delil ile bir ihtimal tespit edilse dahi re’ sen isticvap gerçekleşmeyecektir, zira önemli olan sübjektif ispat yükünün yerine getirilmesidir¹¹⁵⁷. Ve sonuç olarak mevcut ihtimal re’ sen isticvap düzenlemesinden üretilen bağımsız bir sonuç olarak değil, sübjektif ispat yükünün bir sonucu olarak belirlenen bir şart olarak ortaya çıkmaktadır¹¹⁵⁸.

cc. Şarta Getirilen Eleştiriler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

i. Tarihsel Açıdan ve Kanuni Düzenleme Açısından

Re’ sen isticvaba başvurulmasında hareket noktası olarak vakıanın mevcudiyetine dair bir ihtimalin tespiti için öne sürülen gerekçeler öncelikle kanun metninin değerlendirilmesinden yola çıkılarak eleştirilmektedir. Re’ sen isticvabın şarta bağlanması için bu şartın kanun metninden anlaşılması gerekmektedir¹¹⁵⁹. İhtimalin varlığı halinde bunun tamamlanması amacıyla isticvaba başvurulabilmesi, isticvaba tamamlayıcı bir rol biçilmesinin sonucudur. İsticvabın tamamlayıcı bir rol üstlendiği de madde metninden çıkarılamamaktadır. HUMK’da benzer kurum olan tamamlayıcı yemine re’ sen başvurulması için “*iddia olunan hususu ispat için irat olunan delillerin hüküm verilecek derecede kanaat hasıl etmemesi*” şartı bulunmaktaydı. Benzer şekilde Alman hukukunda da re’ sen isticvaba, çekişmeli vakıanın tespiti için yargılamanın genelini ve delil ikamesinin değerlendirilmesinin yeterli kanaat oluşturmaması halinde başvurulabileceği düzenlemesi bulunmaktadır ki bu belirlemenin dahi mevcut ihtimal şartını ön gördüğü tartışmalıdır. Bu benzer düzenlemelerden yola çıkılarak re’

¹¹⁵⁴ Diakonis, s. 129.

¹¹⁵⁵ Diakonis, s. 130.

¹¹⁵⁶ Diakonis, s. 228.

¹¹⁵⁷ Diakonis, s. 230.

¹¹⁵⁸ Diakonis, s. 230.

¹¹⁵⁹ Wittschier, Die Parteivernehmung, s. 31; Schöpflin, Die Beweiserhebung von Amts Wegen, s. 269; Oberhammer, s. 316.

sen yemine başvurulabilmesi için hakimnin belli düzeyde bir kanaate sahip olması ancak tam kanaate ulaşamamış olması aranmaktaydı. Re' sen isticvabın, re' sen yeminin ikamesi olarak görülmesi nedeniyle aynı kabullerin devam ettirildiği görülmektedir. Ancak tamamlayıcı yemin, re' sen yemin için dahi delil gösterilmesi ve hakimde bir başlangıç kanaatinin oluşması şart olarak değerlendirilmeyebilir. Şöyle ki, hiç delil ikame edilmemesi veya delil ikame edilmekle birlikte kanaat oluşamaması halinde de yeterli bir kanaat oluşmaz¹¹⁶⁰ ve re' sen yemine başvurulabilir. Buradan hareketle HUMK döneminde mevcut olan tamamlayıcı yeminin dahi muhakkak bir ihtimal aradığını söylemek mümkün değildir. Re' sen yeminle ilişki kurabileceğimiz re' sen isticvap için de böyle bir şartın aranması hem kanun koyucunun iradesi ile bağdaşmayacaktır hem de buna tarihsel yorum ile ulaşamayacaktır¹¹⁶¹. Sonuç olarak re' sen isticvaba, tamamlayıcı yeminde olduğu gibi tamamlayıcı bir rol verildiği söylenemez¹¹⁶². Aksine, ikrar sonucunun öngörülmesi, çekişmeli vakıanın tespitine ilişkin bir emarenin bulunmaması halinde dahi isticvabın ispat aracı olarak kullanılmak istendiğini göstermektedir.

ii. İspat yükü Açısından

Re' sen isticvap ile objektif ispat yükünün bertaraf edildiği, tarafın ispatsızlık sonucundan kurtarıldığı gerekçesine, objektif ispat yükünün işlevi ile eleştiri getirilmektedir. Taraflar ve hakim kanaatin tesisi için gerekli araçları kullandıkları halde vakıanın tespit edilememesi neticesinde ispat yüküne göre karar verilecektir. Bu bakımdan hakimnin tarafı re' sen sorgulaması, karar vermek için son çare olarak görülen ispat yüküne kalmadan, kanaat tesis edilerek karar verilmesine hizmet etmektedir. Tarafın ispat yükünden kurtarılması gibi bir amaç bulunmamakla beraber, ispatsızlık sonucuna göre karar verilmesi engellenmeye çalışılmaktadır¹¹⁶³. Sonuçta objektif ispat yükü mevcuttur ve re' sen isticvap neticesinde kanaat oluşmadığı takdirde ispat yükünü taşıyan taraf olumsuz neticeye katlanacak ve aleyhinde karar verilecektir, ispat yükü bertaraf edilmiş olmaz. Re' sen isticvap da bir delil ikame imkanı olduğundan, bu kurum ile vakıa tespitinin yapılması halinde zaten ortada ispatsızlık sonucu bulunmayacaktır, dolayısıyla ispat yükü bertaraf edilmiş olmayacaktır¹¹⁶⁴. Ayrıca re' sen isticvap için ispat yükünün dikkate alınacağı kanun metninde de yer almadığından mevcut

¹¹⁶⁰ **Lamberti/Stumpf**, s. 1861; **Schöpfli**n, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 272.

¹¹⁶¹ **Schöpfli**n, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 273.

¹¹⁶² **Wittschier**, Die Parteivernehmung, s. 32. Aksi yönde: **Zettel**, s. 86; **Brehm**, s. 242; **Volkmar**, s. 2885. Tarihsel yorum açısından aksi yönde: **Diakon**is, s. 220 vd.

¹¹⁶³ **Schöpfli**n, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 274; **Wittschier**, Die Parteivernehmung, s. 33.

¹¹⁶⁴ **Effer-Uhe**, s. 267.

ihtimal şartının gerekçelendirilmesinde ispat yükü kullanılamaz¹¹⁶⁵. Re' sen isticvap ispat yükünün yer değiştirmesine de neden olmamaktadır¹¹⁶⁶. Dolayısıyla mevcut bir kanaat olmadan re' sen isticvaba başvurulmasında ispat yükü ile ilgili bir ihlal söz konusu değildir.

İspat yüküne göre karar verilmesi, son çare olarak hakimin karar vermesi gerekliliğini yerine getirmek için başvuracağı bir yoldur. Delil ikame yükünün ve ispat yükünün yerine getirilmesi için tarafın delil ikamesi ile vakıanın tespiti sağlaması mümkün olduğu gibi, hakimin veya karşı tarafın delil ikamesi ile de delil toplanabilir ve vakıa ispatlanabilir. İspat yüküne göre karar verilmesi ancak eldeki tüm ispat araçlarının kullanılması neticesinde vakıanın ispatlanamaması halinde mümkündür. Re' sen isticvap da bir ispat aracıdır ve kullanılması bir taraf lehine ispat yükünün yer değiştirmesi veya bertaraf edilmesi amacını taşımamaktadır, çekişmeli vakıanın tespiti amacını taşımaktadır. Neticede re' sen isticvap edilecek kişi ispat yükünden bağımsız belirlenir¹¹⁶⁷.

Delilin ikame edilmesi ile delil ikame yükü yerine getirilmiş olur. İkame edilen delilin neticesinde kanaat oluşmamışsa veya aleyhe sonuç meydana gelmişse bu objektif ispat yükü veya delillerin değerlendirilmesinin bir sonucudur. Bu nedenle hali hazırda kanaate yönelik bir ihtimalin bulunmaması sübjektif ispat yükü ile çatışma halinde değildir. Delilin hiç ikame edilmemesi hali ise isticvabın objektif ispat yükünden bağımsız olduğu gibi sübjektif ispat yükünden bağımsız olması¹¹⁶⁸ sebebiyle re' sen isticvaba başvuru için bir kıstas teşkil etmemektedir¹¹⁶⁹. Sübjektif ispat yükünün re' sen delil ikamesi ile hafifletilmesi kanun tarafından öngörüldüğünden re' sen isticvap da mümkündür ve taraflarca getirme ilkesinin veya delil ikame yükünün ihlali bulunmamaktadır¹¹⁷⁰.

Öte yandan tarafın ikame ettiği delillerden veya yargılamada mevcut durumdan türetilmiş bir ihtimalin aranması ispat güçlüğü içinde olan taraf için zorluk teşkil eder¹¹⁷¹. Özellikle isticvap talebinin ispat yüküne bağlanması halinde ispat yükünü taşıyan taraf hem kendi isticvabını talep edemeyecek hem de delil yokluğu nedeniyle ihtimal tespit edilemeyeceği için

¹¹⁶⁵ **Schöpflin**, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 277; **Effer-Uhe**, s. 267.

¹¹⁶⁶ **Effer-Uhe**, s. 268.

¹¹⁶⁷ **Kwaschik**, s. 69.

¹¹⁶⁸ Aksi yönde: Re' sen isticvabın ispat yükünden bağımsız düzenlenmesi sübjektif ispat yükünden bağımsız olması olarak yorumlanmasına neden olmamalıdır. İspat yükünden bağımsız olması sadece her iki tarafın da isticvap edileceğini belirtmektedir (**Diakonis**, s. 213, 214).

¹¹⁶⁹ **Wittschier**, Die Parteivernehmung, s. 33; **Deren-Yildirim**, Fordert die Waffengleichheit die legale Beweistheorie heraus?, s. 908.

¹¹⁷⁰ **Effer-Uhe**, s. 268.

¹¹⁷¹ **Schöpflin**, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 279.

re' sen isticvaba başvuramayacaktır¹¹⁷². Karşı tarafın delillerinin olması, hakimın bir yönde kanaatinin oluşmaya başlamasına imkan vermeyecektir, zira karşı delil ancak ispat yükünü taşıyan tarafın delillerini ikame etmesi ile toplanabilecektir. Vakıanın tespiti için mevcut bir ihtimalin bulunmaması nedeniyle taraf beyanının da kanaat oluşturmaya yeterli olmayacağı kabul edilmektedir. Taraf beyanının ispat kuvvetine sahip olmadığına tarafı beyanlarının alınmasından ve değerlendirilmesinden önce ulaşılan bir sonuç olduğundan isticvabın önceden değerlendirilmesi anlamına gelir¹¹⁷³, zira emarelerle isticvabın vakıanın tespitini sağlama kabiliyeti değerlendirilir¹¹⁷⁴. Delillerin toplanmadan önce değerlendirilmesi ve farazi bir sonuca dayanarak delilin toplanmaması ispat hakkını zedeler ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile çatışır¹¹⁷⁵.

Mevcut ihtimal şartının taraflarca getirme ilkesini koruduğu, re' sen isticvabın taraflarca getirme ilkesini ihlal ettiği ve ispat yüklerini kaldırdığı veya dağılımını değiştirdiği yönündeki gerekçeler ve eleştiriler bu şartın mevcudiyeti bakımından sonuca ulaşmak için çekirdek noktayı teşkil etmektedir. Taraflarca getirme ilkesine göre tarafın dava malzemesini, vakıaları ve delilleri, mahkemeye taşıma konusunda yetkisi olmakla birlikte yargılamada amaç olarak maddi gerçeğin tespiti de dikkate alınmaktadır. Bunun için delil ikamesi tarafa bırakılmakla birlikte hakimın re' sen delil ikame imkanları da bulunmaktadır¹¹⁷⁶. Kanun koyucu, taraf serbestisi ve gerçeğin tespiti amacı arasındaki gerilimli ilişkide kurumlar özelinde tercihlerde bulunmaktadır. Tanık delilinde taraf serbestisi ön planda tutulup, sadece taraflarca ikame edilebilmesi düzenlenmişken, keşif ve bilirkişi delilleri açısından maddi gerçek tercih edilerek hakime re' sen başvuru yetkisi tanınmıştır. Re' sen isticvap açısından da maddi gerçek taraf serbestisinin önüne konulmuştur. Bu nedenle mevcut bir ihtimal bulunmasa dahi maddi gerçeğin tespiti amacıyla taraflar re' sen isticvap edilebileceklerdir ve bunda taraflarca getirme ilkesine aykırılık bulunmamaktadır¹¹⁷⁷. Maddi gerçeğe ulaşılması usul hukukunun amaçlarından biri olarak kabul edilmediği takdirde ise re' sen isticvaba başvurunun bu şekilde geniş yorumlanması mümkün olmayacaktır¹¹⁷⁸. Aslında burada re' sen isticvabın öngörülmesi

¹¹⁷² **Kwaschik**, s. 39. Bu sınırlama silahların eşitliği ilkesini de ilgilendirmektedir: **Deren-Yıldırım**, Fordert die Waffengleichheit die legale Beweistheorie heraus?, s. 906.

¹¹⁷³ **Gehrlein**, s. 474; **Kwaschik**, s. 46.

¹¹⁷⁴ **Kwaschik**, s. 46.

¹¹⁷⁵ **Effer-Uhe**, s. 122; **Oberhammer**, s. 316.

Delilin önceden değerlendirilmesi yasağı için bir istisna teşkil ettiği yönünde bkz. **Schmidt**, B., s. 638; **Stickelbrock**, s. 596.

¹¹⁷⁶ **Wittschier**, Die Parteivernehmung, s. 34.

¹¹⁷⁷ **Wittschier**, Die Parteivernehmung, s. 35.

¹¹⁷⁸ **Diakonis**, s. 223 (Yazar, maddi gerçeğin tespiti usul hukukunun amacı olarak kabul etmediği için tüm kurumların bu amaca hizmet etmek üzere tesis edildiğini de kabul etmemektedir.).

nedeniyle taraflarca getirme ilkesinin istisna olarak görülmesi ve diğer bakış açısıyla taraflarca getirme ilkesinin esas olması nedeniyle re' sen isticvabın istisna olarak görülmesi şeklinde iki farklı bakış açısı bulunmaktadır. Mevcut ihtimal şartını destekleyen görüşler taraflarca getirme ilkesinin esas ve re' sen isticvabın istisna olduğunu kabul etmektedir ve bu nedenle tarafın delil göstermemesi halinde istisnayı, yani re' sen isticvabı kısıtlamak taraftarıdır¹¹⁷⁹. Aksi görüş ise hakimın yargılamada gerçeği araştırmasına yönelik tanınan bu takdir yetkisinin kanun koyucunun asıl amacı olarak nitelendirmekteler ve bu bakımdan taraflarca getirme ilkesini ikinci planda bırakmaktadırlar¹¹⁸⁰.

Re' sen isticvabın amacının hakimde kanaat tesis etmek olduğu göz önünde bulundurulmalıdır ve amaçsal yorum yapıldığında çekişmeli vakıa ile ilgili hiçbir sonucun olmaması halinde de kanaat edinmek için re' sen isticvaba başvurulabilmelidir¹¹⁸¹. Hakimın delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi, kanaat tesis edebilen araçların kısıtlanmasını engellemektedir. Diğer yönden, ancak ihtimalin varlığında isticvaba karar verebilen hakimın isticvabı değerlendirme hususundaki serbestliği de kısıtlanmış olur.¹¹⁸²

c. Kanaat Oluşturma Beklentisi

aa. Şartın Dayanakları

Re' sen isticvap için isticvap edilecek tarafın veya tarafların çekişmeli vakıa ile ilgili bilgi verebilecek olması, bu bilginin güvenilir olması ve ispat gücünün öngörülmesi ayrı bir kıstas olarak aranmaktadır¹¹⁸³. İsticvap edilecek tarafın sahip olduğu bilgilerin, çekişmeli vakıa için kanaat oluşturmaya yardımcı olacak bilgiler olması re' sen isticvap için aranmaktadır. İsticvap ile taraftan alınacak bilgilerin çekişmeli vakıa bakımından ikna kabiliyetine sahip olmasının aranması genel olarak gerekçelendirilmemiş, kendiliğinden, doğal bir şart olarak belirtilmiştir.

¹¹⁷⁹ Örneğin **Diakonıs**, s. 225, 226.

¹¹⁸⁰ Örneğin **Wittschier**, Die Parteivernehmung, s. 34.

¹¹⁸¹ **Wittschier**, Die Parteivernehmung, s. 32; **Lamberti/Stumpf**, s. 1861.

¹¹⁸² **Effer-Uhe**, s. 122; **Schöpfli**, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 273; **Wittschier**, Die Parteivernehmung, s. 33.

¹¹⁸³ Genel olarak böyle bir şartın varlığını kabul eden yazarlar: **Münks**, s. 190; Stein/Jonas/**Berger**, § 448, kn. 11; Anders/**Gehle**, § 448, kn. 4; **Schmidt**, B., s. 638; **Tercan**, s. 226 vd.; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 448, kn. 5; Prütting/Gehrlein/**Müller-Christmann**, § 448, kn. 5; Thomas/Puzo/**Seiler**, § 448, kn. 2; Musielak/Voit/**Huber**, § 448, kn. 3; **Peters**, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen, s. 147; **Glücklich**, s. 162; **Lange**, s. 482. Bunu bir şart olarak görmeyen veya sadece delilin elverişliliği olarak değerlendirenler: **Schöpfli**, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 280 vd.; **Schöpfli**, Die Parteianhörung, s. 2136; **Diakonıs**, s. 235; **Wittschier**, Die Parteivernehmung, s. 37; **Ahrens**, Kap. 41, kn. 23.

Taraf güvenilirliğini açıkça şartın içinde benimseyen yazarlar: Stein/Jonas/**Berger**, § 448, kn. 11; **Lange**, s. 482.

Tarafın bilgi sahibi olmamasının, taraflar veya tarafın beyanlarına güvenilmemesinin re' sen isticvabı doğrudan engelleyeceği düşünülmektedir¹¹⁸⁴.

Hakimin isticvaba re' sen başvurma ihtiyacı hissetmesi ancak bilgi eksikliğinin bu yol ile giderilebileceğini düşünmesi ile olacaktır. İspatsızlık ile karşı karşıya kalan hakimin, vakıa hakkında bilgisi olmayan veya yeterli bilgisi olmadığını tespit ettiği tarafı re' sen isticvabı vakıanın tespitini sağlamayacaktır. Beyanların vakıanın tespiti için bilgi vereceğinin öngörülmemesi halinde başvurulması emek, masraf ve zaman kaybı olarak nitelendirilmiştir¹¹⁸⁵. Taraf beyanlarının kanaat tesisinde kullanılabileceğine ilişkin öngörüye ise dava dosyasındaki bilgiler, somut olayın özellikleri, isticvap edilecek tarafın bu olaylar içindeki yeri ve rolü ve tarafların yaptıkları açıklamalar dikkate alınarak ulaşılabilir¹¹⁸⁶. Tarafın delil göstermesi halinde hakim bu delili toplamakla yükümlüdür, bunun ikna kabiliyetini sorgulamaz, ancak re' sen delil ikamesinde, ikame edeceği delilin ikna kabiliyetini belirlemeli ve buna göre ikame etmelidir. Hakimi isticvaba yönelten sebep, vakıanın bu yolla ortaya konabileceği olmalıdır¹¹⁸⁷. Hakimin, mevcut tereddütlerin tarafın beyanları ile bertaraf edileceğine dair beklentisi olmalıdır¹¹⁸⁸.

Yine tarihsel yorum yapıldığında, re' sen yemin için hakimin, tarafın beyanı ile vakıanın varlığına veya yokluğuna ilişkin kanaat edineceğine dair kanaatinin olması aranıyordu¹¹⁸⁹. İsticvap için bu şart vardır ancak delilin önceden değerlendirilmesi teşkil etmez çünkü delilin toplanmasından sonra hakim bununla bağlı değildir, serbestçe değerlendirebilir, tek sakıncası boşuna delil toplanmış olmasıdır¹¹⁹⁰.

Vakıa hakkında bilgi verebilecek olması ve bu bilginin güvenilir olduğunun öngörülmesi şarttır¹¹⁹¹. *Schmidt*'e göre belirttiğimiz üç şartın yanında genel olarak delil ikamesi için gerekli olan delilin elverişliliği de ayrıca aranmalıdır. İsticvabın ikna-ispat değerinin olması ayrı bir

¹¹⁸⁴ MüKo ZPO/*Schreiber*, § 448, kn. 5; *Schmidt*, B., s. 638.

¹¹⁸⁵ *Tercan*, s. 226.

¹¹⁸⁶ *Tercan*, s. 227.

¹¹⁸⁷ MüKo ZPO/*Schreiber*, § 448 5. Benzer yönde ancak hakimin takdir yetkisini kullanırken dikkate alması gereken bir kriter olarak nitelendirilmesi hakkında bkz. *Kwaschik*, s. 71.

¹¹⁸⁸ *Zöller/Greger*, § 448, kn. 4b; *Gehrlein*, s. 463.

¹¹⁸⁹ *Glücklich*, s. 161.

¹¹⁹⁰ *Glücklich*, s. 161, 162.

¹¹⁹¹ *Glücklich*, s. 162.

şeydir, yazar daha çok tarafın ve beyanının güvenilirliğini ifade etmektedir, bu bilgiye tarafın kişiliği ve yargılamadaki davranışlarından ulaşılabilir¹¹⁹².

bb. Şarta Getirilen Eleştiriler ve Değerlendirme

İsticvap ile elde edilecek beyanların ispat gücüne sahip olması iki unsur içermektedir. Öncelikle diğer delillerde olduğu gibi delilin elverişliliğinin, yani çekişmeli vakıayı gösterebilme, temsil edebilme kabiliyetinin bulunması gerekmektedir. Diğer yandan tarafın beyanlarının güvenilir olması da bu şartın içinde değerlendirilmektedir. Buna göre tarafın yargılama içindeki tutum ve davranışları, tarafların dinlenilmesi neticesindeki beyanları dikkate alınarak, isticvap ile elde edilecek beyanların güvenilir olup olmayacağına karar verilmesi beklenmektedir.

Hakimde kanaat oluşturma beklentisinin iki yönü bulunmaktadır. Çekişmeli vakıanın isticvaba elverişli olması, yani isticvabın söz konusu çekişmeli vakıanın tespitinde kullanılabilir bir delil olması gerekmektedir. Örneğin tarafın doğrudan veya dolaylı olarak bilgisinin bulunmadığı bir vakıa hakkında isticvap edilmesi düşünülemez¹¹⁹³. Diğer yandan tarafların beyanlarının güvenilirliğine bağlı olarak isticvaba başvurulması bir kriter olarak düşünülebilir ki, bu da isticvabın kanaat oluşturma hakkındaki öngörü şartına dahil olabilir. Hakimde delillerin ikamesinden sonra dahi mevcut olan tereddütlerin, tarafın sorgulanması ile bertaraf edileceğine dair bir beklentisi olmalıdır. Bu beklenti diğer delillerin ikamesi için her zaman şart olan uygunluk/elverişlilik gibi değerlendirilmemektedir¹¹⁹⁴. Tarafın güvenilirliği ve beyanların doğruluğuna ilişkin bir tahmini ifade edebilir¹¹⁹⁵. Tarafın güvenilirliğine ilişkin ciddi şüpheler, re' sen isticvap edilmemesine gerekçe olabilir¹¹⁹⁶. Bu halde tarafın kişisel özellikleri ve yargılamada o ana kadarki davranışları temel alınmaktadır. Mevcut ihtimal şartından farklı olarak burada vakıanın ve vakıa ile tarafın ilişkisinin değerlendirilmesi değil, ispatı gerçekleştiren kişinin değerlendirilmesi söz konusudur¹¹⁹⁷.

Tarafın daha önceki beyanları ve yargılamadaki tutumunun değerlendirilmesi ile beyanlarının güvenilir olup olmadığına karar verilerek, isticvaba başvuru için sonuca varılması,

¹¹⁹² Schmidt, B., s. 638.

¹¹⁹³ MüKo ZPO/*Schreiber*, § 448, kn. 5.

¹¹⁹⁴ Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 448, kn. 16.

¹¹⁹⁵ Schmidt, B., s. 638; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 448, kn. 12; Stein/Jonas/*Berger*, § 448, kn. 11.

¹¹⁹⁶ Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 448, kn. 17.

¹¹⁹⁷ *Effer-Uhe*, s. 123.

delilin önceden değerlendirilmesidir¹¹⁹⁸ ve ispat hakkının ihlalidir¹¹⁹⁹. Taraf beyanının, çekişmeli vakıanın tespitini sağlayabileceği öngörülmesine rağmen tarafın beyanlarının doğruluğu hakkında şüpheye düşülmesi nedeniyle isticvap edilmemesi bu şekilde değerlendirilmelidir¹²⁰⁰. Ayrıca gerçeğin tespiti için tüm bilgi araçlarının, delillerin tüketilmesi gerekliliğine de aykırıdır¹²⁰¹. Bu nedenle ihtiyaç bulunduğu halde re' sen isticvaba başvurulmaması yargılama hatası teşkil edecektir. Tarafın doğruyu söylemediği yönündeki şüphe ancak isticvap kapsamında alınan beyanların değerlendirilmesi sırasında bir etkiye sahip olmalıdır. Taraf vakıa hakkında bir şey söyleyemeyecekse isticvap edilmemelidir, yani genel elverişlilik dikkate alınması gereken tek unsurdur¹²⁰². Tarafın güvenilirliğinden şüphe edildiği için isticvaba başvurulmaması hali tarafın beyanının doğru olmayacağı yönünde bir değerlendirme ve sonuçtur ki delil toplanmadan değerlendirilemez, somut beyanların güvenilirliği değerlendirilmelidir¹²⁰³. Bu hakimın tarafsızlığının da sorgulanmasına neden olur¹²⁰⁴.

Tarafın beyanlarının güvenilirliğine dayanılması, delilin önceden değerlendirilmesi bakımından bir istisna niteliğindedir. Hakimin delili önceden değerlendirme hususunda yetkisi bulunmamakla birlikte, re' sen ikame edilebilen bir delil açısından istisna tanındığı ifade edilmiştir¹²⁰⁵. Tarafların gösterdiği bir delilin, ispata dair bir beklenti uyandırmaması sebebiyle reddedilmesi mümkün değildir, ancak hakimın kendisinin ikame edeceği bir delil için bu değerlendirmeyi yapma imkanı bulunmaktadır¹²⁰⁶. Buna karşılık delilin önceden değerlendirilmesi yasağı taraflarca ikame edilen delillerin yanında re' sen ikame edilebilen deliller bakımından da geçerlidir, tek istisnası hakimın tam kanaati edindiği hallerde re' sen delil ikame etmekten vazgeçmesidir, sadece bu halde delilin önceden değerlendirilmesi caizdir¹²⁰⁷.

¹¹⁹⁸ Schmidt, B., s. 368; Kwaschik, s. 46; Schöpflin, Die Parteianhörung, s. 2136; Schöpflin, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 281; Reinkenhof, s. 57; Diakonis, s. 235; Nissen, s. 730.

¹¹⁹⁹ Nissen, s. 730.

¹²⁰⁰ Effer-Uhe, s. 123.

¹²⁰¹ Schöpflin, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 281.

¹²⁰² Schöpflin, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 281 ve 284; Diakonis, s. 235.

¹²⁰³ Effer-Uhe, s. 273.

¹²⁰⁴ Schöpflin, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 282.

¹²⁰⁵ Schmidt, B., s. 638; Stickelbrock, s. 596.

Delilin önceden değerlendirilmesi yasağı mutlak değildir. Delilin ikamesi ispata uygun olmaması nedeniyle reddedilebilir ki bu da aslında delilin önceden değerlendirilmesidir. Açık olarak yanlış olduğu tespit edilen bir iddia için, örneğin doğa kanunlarına aykırı bir iddia için gösterilmiş bir delilin reddedilmesi de delilin önceden değerlendirilmesidir ve hukuka aykırı değildir: Brehm, s. 133.

¹²⁰⁶ Brüggemann, s. 451, Wiczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 448, kn. 17.

¹²⁰⁷ Diakonis, s. 235; Nagel, Grundzüge, s. 262.

2. Hakimin Takdir Yetkisi

a. İsticvaba Re' sen Başvuruda Takdir Yetkisi

Re' sen isticvaba başvuru için şartların mevcudiyeti belirlendikten sonra üzerinde durulması gereken soru, hakimin başvuru hususunda bir yükümlülüğünün bulunup bulunmadığıdır. Genel olarak hakimin takdir hakkının bulunduğu¹²⁰⁸ kabul edilmekle beraber, takdir hakkının başvuru şartlarının değerlendirilmesi açısından ve başvuru açısından geçerliliği yönünde farklılıklar bulunmaktadır. Re' sen başvuru için yukarıda belirtilen şartların varlığı kabul edildiğinde, hakimin, şartların varlığı halinde isticvaba başvurması gerektiği belirtilmelidir¹²⁰⁹. Başka bir ifadeyle şartlar gerçekleştiğinde hakimin, tarafın veya tarafların isticvabını gerçekleştirme bakımından yükümlülüğü olduğu söylenebilir¹²¹⁰. Buna göre hakimin takdir yetkisi bulunmaktadır ancak sadece şartların değerlendirilmesinde kullanılmaktadır. Şartların değerlendirilmesi neticesinde bu şartların varlığına takdir edildiğinde isticvaba başvurulması gerekmektedir¹²¹¹. Tüm şartlar olduğu halde re' sen isticvabın gerçekleştirilmemesi, takdir yetkisinin kullanılmasından ziyade keyfilik gibi görünmektedir¹²¹². Aynı zamanda eşitlik ilkesinin sağlanması için gerekli olduğu da yükümlülük olarak nitelendirilmesine dayanak olarak gösterilmiştir¹²¹³.

Diğer görüşe göre ise yine de -belirtilen şartlar bulunsa dahi- hakimin bir takdir hakkı bulunmaktadır¹²¹⁴. Tüm şartlar mevcut olsa dahi hakim isticvabı gerçekleştirmek zorunda değildir¹²¹⁵. Tarafın kişiliği veya vakıanın gerçekleşmesinin üzerinden çok zaman geçmesi gibi sebeplerle hakim isticvaptan imtina edebilir. Bu görüş doğrultusunda dahi her ne kadar başvuruda hakimin takdir yetkisinin olduğu kabul edilse de, mevcut ihtimal ve isticvabın ikna

¹²⁰⁸ **Schilken**, Medeni Yargılamada Hakimin Rolü, s. 59.

¹²⁰⁹ **Peters**, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen, s. 147, 148; **Schöpfli**, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 262 vd.; benzer yönde bkz. **Stürner**, Die Richterliche Aufklärung, s. 17.

¹²¹⁰ **Brüggemann**, s. 449, 450; **Zettel**, s. 88; **Peters**, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen, s. 148, 149; **Stickelbrock**, s. 597; **Schöpfli**, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 295; **Schmidt**, J., s. 120 dn. 209; **Diakon**, s. 232 ve 237 (Yazar, re' sen delil ikamesini genel bir yükümlülük olarak nitelendirmiştir.)

¹²¹¹ **Brüggemann**, s. 451; **Glücklich**, s. 164 (Hakimin buradaki takdir yetkisi sadece tarafın beyanı güvenilir mi değil mi gibi şartların değerlendirilmesi bakımından mevcuttur.)

¹²¹² **Peters**, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen, s. 148.

¹²¹³ **Schöpfli**, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 295.

¹²¹⁴ **Münks**, s. 193; **Lange**, s. 482; **Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann**, § 448, kn. 13; Stein/Jonas/**Berger**, § 448 kn. 13; **Wittschier**, Die Parteivernehmung, s. 36, 37; **Reinkenhof**, s. 57.

Alman hukukunda ispat yükü üzerinde olan tarafın isticvabı genellikle karşı tarafın rızasının olmaması sebebiyle gerçekleştirilemediğinden, şartları mevcut olduğu zaman re' sen isticvap edilmesinin doğru olduğuna dair bkz. **Wieczorek/Schütze/Völmann-Stickelbrock**, § 448, kn. 20.

¹²¹⁵ **Zöller/Greger**, § 448, kn. 4b; Stein/Jonas/**Berger**, § 448 kn. 13.

kabiliyetinin öngörülmesi halinde re' sen taraf beyanlarının alınmaması için bir sebebin varlığı pek muhtemel gözükmemektedir¹²¹⁶.

Re' sen isticvap için delilin elverişliliğinden başka şartların bulunmadığı şeklinde kanaatimizi belirtmiştik. Dolayısıyla hakimın isticvaba başvuruda takdir hakkı bulunmaktadır. Aslında tarafların isticvaba diğer deliller gibi koşulsuz olarak başvurma imkanı bulunduğu, taraflarca getirme ilkesinin korunması adına re' sen isticvap için şart öngörülmesine gerek bulunmamaktadır ve re' sen isticvabın önemi de kalmayacaktır. Tarafların başvuruda talepleri sınırlanmadığında hakimın re' sen isticvap ile taraf beyanlarını ispat faaliyetine eklemeleri gerekliliği azalacaktır. İspat yükünü taşıyan tarafın ispat gücü halinde bulunması, karşı ispat için tarafın isticvabı talep edebilmesi gibi haller taraf talebi ile gerçekleşebileceğinden re' sen isticvaba ihtiyaç kalmayacaktır. Re' sen isticvap da keşif ve bilirkişi delilinde olduğu gibi şarta bağlı olmadan hakimın takdirine bağlı olarak ikame edilebilir. Önemli olan hakimın olayın tespiti için tarafın dinlenilmesi gibi gerekli araçlara başvurusudur¹²¹⁷. Bu takdirde re' sen isticvabın önemi tek tarafın isticvabı talep edildiğinde, vakıayı bütün olarak görebilmek adına diğer tarafın da re' sen sorgulanması gibi durumlarda karşımıza çıkacaktır.

Hakimin başvuruda takdir hakkının bulunmasına rağmen, takdirini sınırsız kullanamayacaktır. Bazı hallerde tarafın isticvap edilmesi yargılama hatası olarak değerlendirilebilir. Re' sen isticvaba başvurulamayan hallere örnek olarak şunlar verilebilir¹²¹⁸: Taraf beyanının vakıanın tespitine etkili olamayacağı öngörülüyorsa; ispat yükünü taşıyan tarafın yararına malzeme yoksa karşı tarafın re' sen isticvap edilmesine gerek yoktur, zira durum halihazırda karşı tarafın yararındır. İsticvaba başvurulmamış olması ancak isticvabın vakıanın tespiti için elverişli olması halinde ispat faaliyetinin sonuca ulaşması için hakimın re' sen başvurma imkanını kullanması gerekir. Demek ki hakimın takdir yetkisi isticvabın kullanılabilirliği ve ihtiyacın belirlenmesinde mevcuttur.

Taraflar anlaşarak, hakimın re' sen isticvaba başvurma yetkisini sınırlandıramazlar¹²¹⁹. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi göz önüne alındığında hakimın re' sen isticvabına taraf tasarrufu ile müdahalede bulunulamaz¹²²⁰. Re' sen delil ikamesi, taraflarca getirme

¹²¹⁶ Wittschier, Die Parteivernehmung, s. 41; Stickelbrock, s. 597.

¹²¹⁷ Rechberger, Walter H., Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması, Çeviren: Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2016, 1-16, s. 7.

¹²¹⁸ Wittschier, Die Parteivernehmung, s. 37.

¹²¹⁹ Stein/Jonas/Berger, § 448, kn. 14; Brüggemann, s. 407; Tercan, s. 217.

¹²²⁰ Eickmann, Karl Wilhelm, Beweisverträge im Zivilprozeß, Bochum 1987, s. 80, 81.

ilkesinin istisnasıdır ve tarafların anlaşması ile aşılamaz¹²²¹. Taraf serbestisini ve taraflarca getirme ilkesini esas alan aksi görüşe göre ise tarafların iradelerinin aksine re' sen ikame edilen delilin seçilmesinde devletin ancak yargılamanın hızlandırılması ve masrafların azaltılmasına dair bir yararı bulunabilir. Ancak tarafların delil anlaşmalarında genellikle daha karmaşık bir delil ikamesi kararlaştırmalarına rastlanmamaktadır, yani yargılamanın yavaşlatılması veya masrafların artması gibi bir tehlike bulunmamaktadır¹²²². Tarafların masraflardan dolayı bilirkişi delilini yargılama dışı bırakmaları veya isticvaba başvurulmasına nazaran ispatsızlık sonucuna katlanmak istemelerine karşı devlet yargılama saygı duyması gerekmektedir¹²²³. Re' sen delil ikame edilmesi gerekse dahi bunun sınırları taraflarca getirme ilkesince çizilmektedir. Re' sen delil ikamesinin amacı tarafların taleplerinin gerçekleştirilmesine yardımcı olmaktır. Tasarruf yetkisi tanınan tarafın delil sözleşmesini görmezden gelmek için de bir nedeni yoktur¹²²⁴.

Özellikle ispat güçlüğü söz konusu olduğu hallerde, tarafın re' sen isticvap talebinin hakimın takdir yetkisi için etkisinin olup olmadığı incelenmelidir. Bir görüşe göre tarafın bu yöndeki talebi dikkate alınmalıdır¹²²⁵, özellikle talebin ispat güçlüğü içindeki taraftan gelmesi halinde takdirinde etkisi yüksek olmalıdır¹²²⁶. Tarafın re' sen isticvabı talep etmesi, taraflarca

¹²²¹ **Eickmann**, s. 81.

¹²²² Hukuki himayenin etkin olması, yargılamanın hızlı ve az masrafla yapılmasına bağlıdır: **Yıldırım**, Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler, s. 468.

¹²²³ **Schlosser**, Peter, Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß, Tübingen 1968, s. 25, 26; Benzer yönde: **Wagner**, Gerhard, Prozessverträge, Tübingen 1998, s. 689.

¹²²⁴ **Diakonis**, s. 132.

¹²²⁵ **Gehrlein**, s. 474; **Wittschier**, Die Parteivernehmung, s. 41.

Aksi görüşe göre ise tarafların isticvap talep etmemekle birlikte yargılamanın ilerleyen aşamalarında isticvap talep etmeleri, usul hukuku bakımından bir sonuç doğurmayacaktır (Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 448, kn. 19; Zöller/**Greger**, § 448, kn. 4a; **Schmidt**, B., s. 638), Tarafın talebi sadece bir hatırlatma gibi olur ve takdir yetkisi kullanılırken talep, isticvap kararının dayanağı yapılmamalıdır (Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 448, kn. 19; Zöller/**Greger**, § 448, kn. 4a; **Schmidt**, B., s. 638; **Effer-Uhe**, s. 269. Aksi yönde BGH NJW 1990 1721 vd. Karara göre ispat güçlüğü içinde bulunan tarafın re' sen isticvap talep etmesi, şartlar bakımından bir azalmaya gidilmesine neden olmayacaktır, zira delil yetersizliği karşı tarafın aleyhine hareket edilmesini meşru kılmaz. Ancak hakim re' sen isticvaba başvurmaması halinde gerekçesinde tarafın ispat güçlüğü içinde olduğunu dikkate aldığı belirtilmelidir ve buna göre imkanları kullanmış olmalıdır (BGH, Urteil vom 09-03-1990 - V ZR 244/88 (Braunschweig), Beck-Online)). Bu talep ancak re' sen isticvap için bir teşvik olarak değerlendirilebilir (Stein/Jonas/**Berger**, § 448, kn. 13; **Tercan**, s. 217). Tarafın vakıa hakkında bilgisi olduğuna dair fikir verebilir (**Effer-Uhe**, s. 269). Bunun yanında taraf olarak dinlenebilecek bir kişinin, tanık olarak dinlenilmesi talebi de re' sen isticvap için bir teşvik teşkil edebilir. Dikkate alınmaması veya talebe rağmen isticvabın gerçekleştirilmemesi ispat hakkını ihlal etmez (Stein/Jonas/**Berger**, § 448, kn. 13).

Bu belirlemeler isticvabın Alman hukukunda açıkça delil olarak düzenlenmesi sebebiyle delillerin gösterilmesi ile ilgili kurallara tabi olması, isticvap talebinin ispat yüküne bağlanması ve re' sen isticvap için farklı şartların ön görülmesi nedeniyle yapılmaktadır. Hukukumuz açısından aynı belirlemelerin yapılması gerekli ve mümkün değildir.

¹²²⁶ **Kluth/Böckmann**, s. 620 vd. (takdir yetkisinin sıfıra indirilmesi gerektiği); **Wittschier**, Die Parteivernehmung, s. 41; Stein/Jonas/**Berger**, § 448, kn. 9; **Kwaschik**, s. 27; **Schlosser**, Peter F., EMRK und Waffengleichheit im Zivilprozess, NJW 1995, 1404-1406, s. 1404. Aksi yönde bkz. Zöller/**Greger**, § 448, kn. 4a; **Schmidt**, B., s. 638.

getirme ilkesinin istisnası olan re' sen isticvabı tekrar bu ilkeye yaklaştırmaktadır. Tarafın bu yöndeki isteğini ifade etmektedir. Bu sebeple taraf talebinin takdir yetkisinde dikkate alınması gereken bir kriterdir¹²²⁷. Ancak tarafın kendisinin isticvap talebinin de hukukumuzda sınırlamalara tabi olmadığını kabul ettiğimizden tarafın re' sen isticvabı istemesinden ziyade kendisinin talep etmesi sonuç verecektir.

Re' sen isticvap ile hakimin yargılamada seyirci rolünden çıkarılarak aktif kılınması imkanının bulunması önemlidir. Hayat olayının keşfini sağlar. Maddi anlamda sevk yetkisi hakimin aktifleştirilmesi için önemli bir kazanımdır, re' sen başvurulabilen deliller de buna hizmet eder¹²²⁸.

Son olarak re' sen isticvap ile ilgili zamanlama bakımından takdir üzerinde durulmalıdır. İsticvabın tali olmadığını kabul ettiğimiz için, hakimin tarafı veya tarafları sorgulaması için takdirinde dikkate alması gereken noktalar bulunmaktadır. Usul ekonomisi dikkate alındığında kimi durumda ilk olarak isticvabın gerçekleştirilmesi, kuruma gereksiz başvuruya neden olabilmektedir. Tarafların vakıa hakkında bilgi sahibi oldukları tespit edilmeden isticvaba başvurulmamalıdır. Ancak tespit için isticvabın birincil kaynak olarak kullanılması da çoğu zaman olumlu sonuç verecektir¹²²⁹. Kanaatimizce şartları tespit edildikten sonra diğer delillerin ikamesi beklenmeden re' sen isticvap gerçekleştirilmelidir.

b. İsticvap Edilecek Tarafın Seçilmesi ve İki Tarafın İsticvabı

Hakimin isticvaba re' sen başvurusunda takdir edeceği diğer husus taraflardan birinin isticvap için seçilmesi veya her iki tarafın isticvabına karar verilmesidir. Düzenlemeye göre taraflardan her birinin isticvabına karar verilebilecektir (m. 169/1). Bu fıkra taraflardan herhangi birinin veya her ikisinin beraber isticvap edilebileceği şeklinde kabul edilmektedir. Buradan hareketle takdir yetkisinin kapsamına tek tarafın veya iki tarafın birden isticvabına karar verilmesi ve tek tarafın isticvabına karar verilmesi halinde tarafın seçimi girmektedir¹²³⁰.

Genel olarak re' sen isticvapta sorgulanacak tarafın belirlenmesi hakimin takdirine bırakılmıştır ve belli şartlar öngörülmemiştir¹²³¹. Bununla birlikte hakimin seçimini

¹²²⁷ Kwaschik, s. 27.

¹²²⁸ Yıldırım, M. Kamil, Medeni Yargılama Hukukunda Hakimin Rolü, Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2016, 3027-3044, s. 3038.

¹²²⁹ Effer-Uhe, s. 276.

¹²³⁰ Stickelbrock, s. 593.

¹²³¹ Glücklich, s. 163; Gehrlein, s. 463.

gerekçelendirmesi ve dayanak noktalarını belirtmesi önemlidir. Tarafın seçiminde öncelikle isticvabın elverişliliği göz önünde bulundurulmalıdır. Karara esas alınacak çekişmeli vakıanın taraftan kaynaklanması, tarafın bilgi sahibi olması bu kişinin isticvap edilmesi için şarttır, zira tarafın bu vakıa özelinde bilgisine ulaşılma istenmektedir. Taraf bilgisi kurumun merkezinde bulunduğu için ilk olarak vakıanın tespiti için daha iyi bilgiye sahip olma bir kriter olarak düşünülmelidir¹²³². Tahmini olarak vakıa hakkında daha fazla ve daha iyi bilgiye sahip olan tarafın sorgulanmasına öncelik verilebilir. Örneğin bir tarafın vakıayı doğrudan yaşamış olması ve diğer tarafın dolaylı bilgiye sahip olması, tarafın seçiminde göz önünde bulundurulabilir¹²³³.

Hayat olayında birden fazla çekişmeli vakıa ayrı ayrı taraflardan kaynaklanmaktaysa, ayrı sorgulamalar gerçekleştirilmelidir. Vakıanın taraftan kaynaklanmamasıyla birlikte dolaylı yoldan bilgi sahibi olması halinde isticvap edilmesi yine mümkündür. Tanıkta olduğu gibi bilginin dolaylı yoldan elde edilmesi halinde isticvap mümkün olmalıdır ancak değerlendirilmesinde bu husus dikkate alınmalıdır. Bu halde kanaat oluşturma kuvvetinin düştüğü inkar edilemez. Dolaylı bilgiyi aktaran beyanların özellikleri, şahit olunan değil duyulan bilgiler oldukları isticvap sırasında belirtilmelidir. Aksi halde bu beyanlar doğru olarak kabul edilemez¹²³⁴.

Diğer bir kriter daha güvenilir olan tarafın tercih edilebileceği şeklinde ifade edilmiştir¹²³⁵. Tarafın güvenilirliğinin değerlendirilmesi aslında delilin önceden değerlendirilmesi anlamına gelmektedir ve bundan kaçınılmalıdır. Tarafın güvenilirliği en iyi şekilde beyanların usulüne uygun olarak alınması ve değerlendirilmesiyle tespit edilebilir¹²³⁶. Ancak bir tarafın güvenilirliğine dair ciddi şüpheler varsa, örneğin yargılamada doğruyu söyleme ödevini ihlal etmişse, sadece diğer taraf isticvap edilebilir¹²³⁷. Görüldüğü gibi tarafın güvenilirliği re' sen isticvap için bir şart olarak kabul edilmemekle birlikte, takdir yetkisi kullanılırken dikkate alınan bir kriter olarak düşünülmektedir. Ancak kanaatimizce ikisinin arasında sonuç bakımından bir fark bulunmamaktadır. Hakim tarafın kendisini ve gelecekteki beyanlarının güvenilirliğini değerlendirerek sonuca varmaktadır ve bunun uygulama şartı veya takdirde esas alınan bir kriter olması arasında fark yoktur. Sonuçta tarafa güvenilmediği için isticvap

¹²³² Gehrlein, s. 464; Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann, § 448, kn. 15; Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 448, kn. 22; Zöller/Greger, § 448, kn. 5; Stein/Jonas/Berger, § 448, kn. 17; Stickelbrock, s. 598.

¹²³³ Glücklich, s. 163;

¹²³⁴ BK ZPO/Rüetschi, Art. 160, kn. 12.

¹²³⁵ Gehrlein, s. 464; Zöller/Greger, § 448, kn. 5; Stein/Jonas/Berger, § 448, kn. 17; Krönig, s. 735.

¹²³⁶ Glücklich, s. 163.

¹²³⁷ Glücklich, s. 163.

edilmeyecektir ve bu delil toplanmadan önce değerlendirilmesi ve sonuca ulaşılması bu nedenle de delilin ikame edilmemesi anlamına gelir. Bu nedenle tarafın güvenilirliğinin, başvuru şartı olmadığı gibi isticvap edilecek tarafın seçiminde de çıkış noktası olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bunun yerine bilgisi varsa iki taraf isticvap edilmelidir¹²³⁸. Sonuç olarak beyanların delil değeri alınmalarından sonra değerlendirilebilir, bu nedenle ihtimalin derecesi, tarafların güvenilirliği ve inanılabilirliği takdir yetkisinin kullanılmasında dikkate alınan kriterler olmamalıdır¹²³⁹.

İspat yükü altındaki tarafın ispat güçlüğü içinde olmasına rağmen karşı tarafın veya kendisinin isticvabını talep etmemesi halinde delil ikame etmiş olan karşı tarafın isticvap için seçilmesi uygun olmayacaktır¹²⁴⁰. Karşı tarafın isticvap edilmesi durumunun kötüleşmesine yol açabilir ve ispat yükünü taşıyan tarafın delil ikame etmemesine rağmen, karşı tarafın karşı ispat için delil sunması gerekir¹²⁴¹. Aksi görüşe göre re' sen isticvap ispat yükünden bağımsızdır ve yargılamanın ispat yükünü taşımayan taraf lehine sonuçlanacak olması çekişmeli vakıanın tespit edilemediği bir yargılama için yeterli bir sonuç değildir. İspat yüküne göre karar ancak vakıanın ispatlanamaması neticesinde verilir. Bu ise ancak ispat faaliyeti ile ilgili tüm imkanların kullanılması sonucunda verilecek bir karardır. Bu nedenle söz konusu durumda taraf re' sen isticvap edilmelidir¹²⁴².

Çekişmeli vakıanın her iki taraftan kaynaklanması halinde hakimin takdir edebileceği diğer yol, tarafların aynı vakıa hakkında beraber isticvap edilmeleridir. Aynı vakıa için her iki tarafın isticvap edilmesi amaca uygundur ve mümkündür¹²⁴³. Her iki tarafın birden isticvap edilmesi, vakıanın aydınlatılması için gerekli görülmektedir, çünkü vakıa hakkında iki tarafın da bilgisi bulunmaktadır¹²⁴⁴. Vakıaya farklı yönlerden ışık tutulması, böylece gölge alanın kalmaması isticvap ile gerçekleştirilmesi hedeflenen amaçlardandır¹²⁴⁵. Bunun yanında silahların eşitliği ilkesi de aynı vakıa hakkında bilgisi olan her iki tarafın da isticvap edilmesi gerekliliğini

¹²³⁸ Effer-Uhe, s. 274.

¹²³⁹ Effer-Uhe, s. 275.

¹²⁴⁰ Stein/Jonas/**Berger**, § 448, kn. 10. İspat yükünü taşıyan tarafın isticvap edilmemesi gerektiği yönünde: **Krönig**, s. 735.

¹²⁴¹ **Wittschier**, Die Parteivernehmung, s. 37, 38.

¹²⁴² Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 448, kn. 11.

¹²⁴³ **Glücklich**, s. 163; **Münks**, s. 194; Stein/Jonas/**Berger**, § 448, kn. 20; **Zöller/Greger**, § 448, kn. 5; **Jauernig/Hess**, § 56, kn. 9; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 448, kn. 6; Prütting/Gehrlein/**Müller-Christmann**, § 448, kn. 16; **Wittschier**, Die Parteivernehmung, s. 42; **Gehrlein**, s. 464.

¹²⁴⁴ **Jauernig/Hess**, § 56, kn. 9. Özellikle boşanma davalarında eşler arasında geçen çekişmeli vakıaların tespiti için her iki tarafın isticvap edilmesinin gerektiğini belirten Alman mahkeme kararları bulunmaktadır: BGH, FamRZ 1968, 592; BGH NJW 1970, 896, 897 (Beck-Online).

¹²⁴⁵ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 124, kn. 22, **Jauernig/Hess**, § 56, kn. 9; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 448, kn. 6; **Schöpfli**, Die Beweiserhebung von Amts wegen, s. 265.

gerekçelendirmek için kullanılmaktadır¹²⁴⁶. Hakimin tarafsızlığı bakımından tereddüt doğmaması adına da her iki tarafın isticvabı önerilmektedir¹²⁴⁷. Örneğin İsviçre hukukunda basit sorgulamanın sadece taraf talebi ile yapılabileceğine ilişkin görüş, re' sen isticvapla isticvabı talep edilmeyen tarafın sorgulanması ile silahların eşitliği ilkesinin sağlanabileceği argümanı ile eleştirilmektedir. Buna göre bir tarafın talebi ile isticvap gerçekleştirildiğinde gerçeğin tespiti ve silahların eşitliği ilkesinin sağlanması adına diğer tarafın da re' sen isticvap edilebilmesi gerekir. Bu sebeplerle iki tarafın da sorgulanması gerektiği düşünülmektedir¹²⁴⁸. Hatta sadece ispat yükü üzerinde olan tarafın isticvabına nazaran iki tarafın isticvabının tercih edilmesi her zaman gerekir¹²⁴⁹. İki tarafın isticvabı, bir tarafın sorgulanması ile keyfi olarak ispatsızlık sonucundan kurtarılmasının da önüne geçecektir¹²⁵⁰.

Aksi yöndeki düşünceye göre tarafların ikisinin de her zaman re' sen isticvabı taraflarca getirilme ilkesini ihlal etmektedir¹²⁵¹. Hakime bir tarafı veya iki tarafı isticvap edebileceği yönünde takdir hakkı tanınmıştır. Bunun yanında aynı vakıa hakkında karşılıklı iki tarafın beyanlarından hangisinin daha güvenilir olduğunun tespit edilmesi ve bir tarafın beyanlarının diğerine karşı esas alınması zorluk arz eder. Aynı vakıa hakkında tarafların dinlenilmesi kurumu ile vakıa hakkında açıklama yapmaları sağlanmalı, daha kapsamlı ve inandırıcı açıklamalarda bulunan taraf isticvap edilmelidir¹²⁵². İki tarafın da sorgulanması, vakıanın açıklığa kavuşturulması, çelişkilerin giderilmesi, ispatın kolaylaştırılması gibi amaçlarla gerçekleştirilmemelidir. Bu amaçların gerçekleştirilmesi tarafların dinlenilmesi kurumu ile sağlanmalıdır, aksi halde isticvabın işlevi yanlış değerlendirilerek tarafların dinlenilmesi ile karışacaktır. Taraflar dinlenerek hangi tarafın isticvap edileceğinin tespit edilmesi mümkündür, ancak iki tarafın da isticvap edilip beyanlarının çarpıştırılması ile bazı noktaların aydınlatılması uygun bir yol değildir¹²⁵³. Bunun yanında re' sen isticvaba başvuruda mevcut ihtimal şartının kabul edilmesi de iki tarafın aynı vakıa için isticvabına imkan vermeyecektir. Bu şarta göre vakıa için ihtimal mevcut olmalıdır ki bu ihtimal sadece bir tarafın lehine olabilir. Her iki taraf

¹²⁴⁶ MüKo ZPO/*Schreiber*, § 448, kn. 6; Musielak/Voit/*Huber*, § 448, kn. 8; Prütting/Gehrlein/*Müller-Christmann*, § 448, kn. 16.

¹²⁴⁷ Musielak/Voit/*Huber*, § 448, kn. 8.

¹²⁴⁸ BK ZPO/*Bühler*, Art. 191-192, nk. 59; *Bühler*, s. 150.

¹²⁴⁹ MüKo ZPO/*Schreiber*, § 448, kn. 6.

¹²⁵⁰ *Wittschier*, Die Parteivernehmung, s. 42.

¹²⁵¹ *Lorenz*, kn. 246.

¹²⁵² Stein/Jonas/*Berger*, § 448, kn. 20.

¹²⁵³ *Stickelbrock*, s. 598, 599; Sadece istisna halinde iki tarafın da isticvabı mümkün olmalıdır, her iki tarafın iddiasına da yakın durumun mevcudiyeti saptandığında ikisinin de isticvabı mümkün olabilir: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 448, kn. 11.

beraber, aynı vakıa hakkında sorgulanamaz, çünkü mevcut ihtimal iki taraf açısından aynı kuvvette olamaz¹²⁵⁴.

Kanaatimizce silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmemesi amacıyla muhakkak her iki tarafın sorgulanması gerekliliği isticvap kurumunun düzenleniş şekline bağlıdır. Silahların eşitliği ilkesi ispat faaliyetinde taraflara eşit imkanlar tanınmasını gerektirmektedir. Bu kapsamda delillerin gösterilmesi, toplanması ve değerlendirilmesinin yanında ispat faaliyetine katkı sağlayan diğer işlemler de elverişli olduğu ölçüde her iki tarafça da gerçekleştirilebilmelidir. Taraf talebi ile isticvabın ispat yükünden bağımsız ve tali olmayan bir şekilde kabul edilmesi, taraflara bu kurumdan yararlanmak için eşit imkanların verildiğini göstermektedir. Çekişmeli vakıanın her iki tarafın alanından gerçekleşmesi halinde tarafların isticvaba başvurarak kendisinin, karşı tarafın veya her iki tarafın sorgulanmasını talep etme hakkı bulunmaktadır. Taraflardan sadece biri, bir tarafın isticvabını talep ettiğinde silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği söylenemez, zira diğer tarafın isticvabı için tarafın talep hakkı bulunmaktadır. Bu halde hakimin re' sen isticvap yolu ile silahların eşitliği ilkesini gerçekleştirmesine gerek bulunmamaktadır.

Diğer yandan aynı vakıa hakkında iki tarafın beyanlarının alınması, vakıanın tespitini zorlaştıracaktır ve isticvabın amacı beyanların çarpıştırılması değildir önermesine de katılamamaktayız. Her ne kadar tarafların kendi lehine olacak şekilde beyanda bulunacakları öngörülse de, delillerin ve yargılamanın değerlendirilmesi hakimin görevidir. Delilin çekişmeli kalması, kendiliğinden açık olmaması hali sadece her iki tarafın isticvabı halinde değil, çoğu zaman diğer deliller bakımından da geçerlidir. Nitekim iki tarafın tanıkları da aynı vakıa hakkında tanığı oldukları tarafın yararına açıklamalarda bulunabilirler. Tarafların dinlenilmesi kurumu ile vakıanın açıklığa kavuşturulması ve bir tarafın daha iyi ve çok bilgiye sahip olduğunun tespiti de her zaman mümkün değildir. Aynı vakıa hakkında iki tarafında sorgulanamayacağı, zira mevcut ihtimalin iki taraf lehine olamayacağı görüşü de isabetli değildir. İhtimalin lehe veya aleyhe olması önemli olmadığı gibi, muhakkak ihtimalin lehine olan tarafın isticvap edilmesi gibi bir kural bulunmamaktadır. Bu nedenlerle her zaman tek tarafın veya her zaman iki tarafın re' sen isticvap edilmesi gerektiğine dair soyut ve genel bir kabulde bulunulmaması ve somut duruma göre hakimin takdirine bırakılması gerektiği kanaatindeyiz.

¹²⁵⁴ Ahrens, Kap. 41, kn. 26.

C. İsticvaba Başvuru ve Silahların Eşitliği İlkesi Arasındaki İlişki

1. Özellik Arz Eden Durum Olarak Bire Bir Görüşme

Karar için önem taşıyan ve çekişmeli olan vakıanın sadece davanın tarafları arasında veya davanın bir tarafı ve diğer taraf için hareket eden üçüncü bir kişi arasında gerçekleşmesi, dolayısıyla yalnızca bu iki kişinin vakıa hakkında bilgi sahibi olması durumunda bire bir görüşme (*vier Augen Gespräch*) söz konusudur. Hukukumuzda kesin delille ispat zorunluluğunun özellikle senetle ispat mecburiyeti olarak anılmasının nedeni yalnızca belli parasal değeri aşan hukuki işlemlerin bu zorunluluk kapsamında olmasındandır. Hukuki işlem gerçekleşmeden önce senet düzenlenebilirken diğer kesin delil türleri meydana getirilemez. Diğer bir ifadeyle kesin hüküm ve yemin her tür vakıa için delil olabilirken senet ancak hukuki işlem öncesinde oluşturulabilir¹²⁵⁵. Delillerin temsil kabiliyeti vakıanın niteliğine göre bu şekilde çeşitlilik gösterirken bire bir görüşmeleri temsil kabiliyetini haiz deliller oldukça sınırlıdır. Bire bir görüşmenin en önemli sonucu taraflar için ispat güçlüğü meydana getirmesidir. Görüşmenin tarafının aynı zamanda davanın tarafı olması halinde ispat güçlüğü, kendi beyanlarından başka delile sahip olmamasından kaynaklanmaktadır¹²⁵⁶. Üçüncü kişinin görüşmenin tarafı olması, taraflardan birinin tanık deliline sahip olması sonucunu doğurmaktadır. Çekişmeli vakıa için taraflardan birinin tanık delili ikame etmesi, diğer tarafın delil ikame edememesi ve sınırlamalar sebebiyle kendi beyanlarının da delil olarak değerlendirilmemesi, ispat güçlüğüne silahların eşitliği ilkesinin ihlaline sebep olmasıyla sonuçlanmaktadır.

Taraflardan birinin özellikle üçüncü kişi vasıtasıyla yaptığı işlemde tanık delili sunabilmesi karşısında diğer tarafın kendi beyanından başka delilinin olmaması ve bu delilin de ikamesinin engellenmesi veya sıkı şekil şartlarına tabi tutulması problemlili nokta olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararında belirtildiği üzere silahların eşitliği ilkesi, tarafların iddialarını ve delillerini sunarken eşit imkanlara sahip olması, delil ikame

¹²⁵⁵ Tok/Koltaş, s. 2673, 2674.

¹²⁵⁶ Roth, s. 490.

İş hukukunda iş sözleşmesinin feshiyle ilgili uyuşmazlıklarda işçi ve işveren veya işçi ile üçüncü kişi arasında geçen görüşmelerin ispatı önem taşımaktadır: Zwanziger, s. 776. İş hukuku alanında bu görüşmelere sık rastlanması, iş verenin genellikle tüzel kişi olması ve bu nedenle işçinin görüşme yaptığı kişinin tanık olarak yargılamada yer alması ve tarafın beyanlarına göre daha güvenilir bir delil olarak kabul edilmesi nedeniyle isticvap ispat güçlüğüne aşılanması ve silahların eşitliği ilkesinin gerçekleştirilmesi bakımından önemlidir.

ederken bir tarafın diğer tarafa nazaran dezavantajlı durumda bırakılmamasını kapsamaktadır¹²⁵⁷.

İsticvabın ispat yüküne bağlanması, tarafın sadece aleyhine vakıalar hakkında isticvap edilebilmesi özellikle bire bir görüşmelerde ispat yükü üzerinde olan tarafın lehine vakıa için isticvabını talep edememesi, sadece karşı tarafın isticvap edilmesi ile silahların eşitliği ilkesinin ihlali söz konusu olabilmektedir. Bu bakımdan görüşmenin iki taraf arasında, taraf ve üçüncü kişi arasında veya taraflarla birlikte üçüncü bir kişi arasında yapılması halleri ispat güçlüğü ve silahların eşitliği ilkesi açısından farklı sonuçlar doğurabilir. Bunun yanında bire bir görüşmenin olmadığı ancak ispat güçlüğüne tespit edildiği hallerde yine taraflar arasında delil ikamesi bakımından bir eşitsizliğin mevcudiyeti tartışılmalıdır¹²⁵⁸.

Davanın iki tarafı arasında geçen görüşmeyle ilgili hususları ispatlamak için tarafların kendi beyanlarından başka delilin bulunmaması, ispat güçlüğüne ortaya koymaktadır. Davanın tarafları arasında gerçekleştirilmiş görüşmenin ispatında silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmemesi adına dinleme veya isticvabın gerekliliği hakkında farklı değerlendirmeler bulunmaktadır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi ve Alman Federal İş Mahkemesi, taraf ve tanık arasında geçen bire bir görüşmede olduğu gibi yalnızca taraflar arasında geçen görüşmelerde de ispat yükünü taşıyan tarafın mutlaka dinlenilmesini veya şartları varsa isticvap edilmesini gerekli görmüştür¹²⁵⁹. Doktrinde de bu yönde kabuller bulunmaktadır¹²⁶⁰. Öte yandan tarafların her ikisinin de ispat güçlüğü içinde bulunduğu ve ikisinin de kendi beyanlarından başka delillerinin olmaması nedeniyle silahların eşitliği bakımından bir ihlalin söz konusu olmadığı da savunulmuştur. Tarafın vakıasının ispatsız kalması, silahların eşitliğinin göz ardı edilmesinden değil, ispat riskinden kaynaklanmaktadır ve bu halde tarafın dinlenilmesi veya isticvabı için ön görülen kurallardan ayrılmaya gerek yoktur, tarafların dinlenilmesi veya isticvap edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır¹²⁶¹. Aksi görüşe göre ise ispat yükünü taşıyan tarafın ispat yükünden kurtulabilmesi ancak delil ikame etmesi ile mümkündür. Bu nedenle tarafın beyanlarının delil olarak ikame edilebilmesi gerekmektedir.

¹²⁵⁷ Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands, 14448/88; **Hanağası**, Silahların Eşitliği, s. 398 ve 402; Taraf beyanının sadece alınmaması değil, sıkı şekil şartına bağlı olarak alınması da tarafın dezavantajlı konumda bulunmasına neden olabilir: **Effer-Uhe**, s. 32.

¹²⁵⁸ Delillerin toplanması bakımından silahların eşitliği için bkz. **Hanağası**, Silahların Eşitliği, s. 396 vd.

¹²⁵⁹ BAG NJW 2007, 2427, kn. 16; BGH NJW 2011, 2889, kn. 19.

¹²⁶⁰ Anders/**Gehle**, § 448, kn. 7; Musielak/Voit/**Huber**, § 448, kn. 7.

¹²⁶¹ **Noethen**, s. 335-337; **Bruns**, Patrick, Gespräche unter 4 Augen im Zivil- und Arbeitsgerichtsprozess, MDR 2010, 417-421, s. 420; **Baumgärtel**, Gottfried/**Laumen**, Hans-Willi/**Prütting**, Hanns/**Laumen**, Hnadbuch der Beweislast, Band 1, Köln 2019, Kap. 24, kn. 13.

Diğer yandan ispat yükünü taşıyan tarafın isticvap edilmesi ile sübjektif ispat yükü karşı tarafa geçecek ve bu tarafın da kendi beyanını delil olarak ikame edebilmesi için isticvap edilmesi şarttır ve böylece silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmeyecektir¹²⁶².

Görüşmenin davanın tarafları arasında veya davanın tarafı ile diğer tarafın tanığı arasında geçmesinden farklı olarak davanın tarafları arasında ve üçüncü kişinin katılımıyla gerçekleşmesi halinde bire bir görüşmenin özelliklerini taşıyıp taşımayacağı üzerinde durulmalıdır. Bu halde üçüncü kişinin karşı tarafın tanığı olması ve ispat yükünü taşıyan tarafın kendi beyanından başka delilinin olmaması söz konusudur. Üç kişinin arasında gerçekleşen görüşme bakımından tanığı olmayan tarafın ispat güçlüğüne, tarafı daha da zor durumda bırakacağı kabul edilmelidir¹²⁶³.

Görüşmeye katılan üçüncü kişinin taraflardan birine yakın olması ve tarafsız olması bakımından farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi 2002 ve 2008 yıllarında verdiği kararlarda üç kişi arasında geçen görüşmenin ispatında, bire bir görüşme için silahların eşitliğinin sağlanması adına muhakkak tarafın dinlenilmesini uygun bulmamıştır. Görüşme tarafsız üçüncü bir kişi huzurunda (örneğin noter) vuku bulduğundan tarafların tanık deliline dayanma imkanları bulunmaktadır. Tarafın, karşı tarafın tanığına sorular sorarak da savunmasını yapabileceği belirtilmiştir¹²⁶⁴. Görüşmede tanığın bulunması ve ispat yükünü taşıyan tarafın delil ikame imkanının bulunması, ancak delilin başarısız olması ile aleyhine sonuç doğması ispat riskinin gerçekleşmesidir. Bu olumsuz sonuç delil ikame edilememesinden değil, delillerin değerlendirilmesi neticesinde oluşmaktadır. Bu nedenle silahların eşitliği ilkesinin ihlali yoktur¹²⁶⁵.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi 2013 yılında verdiği kararda, daha fazla kan naklinin reddedilmesi hakkında, karşı tarafın eşinin bulunduğu üç kişilik bir görüşme için sadece bir tarafın tanık ikame etme imkanının bulunması nedeniyle sadece iki taraf arasında geçen görüşmelerde olduğu gibi diğer tarafın dinlenilmesi veya isticvap edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹²⁶⁶. Mahkeme yine 2019 tarihli kararında, taraflar ve taraflardan birine yakın

¹²⁶² **Kwaschik**, s. 278, 279.

¹²⁶³ **Bruns**, s. 421.

¹²⁶⁴ (BGH v. 23.4.2008 – XII ZR 195/06, NJW-RR 2008, 1086 f.); NJW 2002, 2247, 2249, kn. II 4; Silahların eşitliği tarafın içinde bulunduğu ispat güçlüğüne onun lehine bertaraf etmeyi içermez: **Bruns**, s. 420, 421.

¹²⁶⁵ **Kwaschik**, s. 282, 283.

¹²⁶⁶ BGH NJW 2013, 2601, kn. 10 (BGH, Urteil vom 14. 5. 2013 – VI ZR 325/11); aynı yönde Baumgärtel/Laumen/Prütting/**Laumen**, Kap. 24, kn. 12.

üçüncü kişi arasında geçen görüşmenin ispatında ispat yükünü taşıyan tarafın isticvabı için üçüncü kişiyi tanık olarak göstermiş olmasını aramamıştır¹²⁶⁷.

Görüşmede tanık veya tanıkların bulunması, taraflara tanık delili ikamesi imkanı tanımakta ve bu imkana her iki taraf da sahip olduğundan ilk bakışta silahların eşitliği açısından bir problem görünmemektedir. Ancak kanaatimizce sonraki tarihli kararlar isabetlidir. Bire bir görüşmede dikkate alınan husus, görüşmenin tanık ile ortaya konmasına karşılık, bir tarafın sadece kendi beyanına ispat aracı olarak sahip olmasıdır. Üç kişinin görüşmeyi yapması halinde, tanık ve bir taraf dinlenebilecektir. Silahların eşitliğinin sağlanması adına görüşmeyi gerçekleştiren diğer tarafın da beyanlarının alınması gerekmektedir.

Bununla birlikte bire bir görüşme olmasa dahi tarafların ispat güçlüğüne düşmeleri ve delil olarak sadece kendi beyanlarını sunma imkanlarının kalması da karşımıza çıkabilir¹²⁶⁸. İspat güçlüğü sadece tarafın elinde hiçbir delilin bulunmaması halinde değil, gösterdiği delillerin kanaat oluşturmada yetersiz kalması veya elverişli olmaması halinde de söz konusu olabilir¹²⁶⁹. Örneğin tanığın ölmesi veya başka bir sebeple ulaşılabilir olmaması halinde taraf elindeki tek delili yitirmiştir¹²⁷⁰. Bu halde isticvabın tali niteliği kabul edilemez. Tarafın, karara esas teşkil edecek vakıa hakkındaki bilgisinin başka bir delilin olmamasına rağmen alınmaması gerekçelendirilemez¹²⁷¹. Tanığın ölümü veya başka sebeple ulaşılabilmesi halinde tarafın kendi beyanını delil olarak ikame edememesi neticesinde oluşan ispat güçlüğünde, delilin değerlendirilmesi ile değil delil ikame imkanının kısıtlanması nedeniyle silahların eşitliği ihlal edilmiş olur, ispat hakkı zedelenir. Zira ispat hakkı “Bir hususu ispat etmek imkanı varsa, bunun kısıtlanmaması gerekir.” (*Facultas probationum non est angustanda*) ilkesine dayanmaktadır¹²⁷². Tarafın isticvap edilmesi gerekir¹²⁷³.

¹²⁶⁷ BGH NJW 2020, s. 776, kn. 23 (BGH, Urteil vom 12.12.2019 – III ZR 198/18).

¹²⁶⁸ Yargıtay 22. HD. E. 2018/3212 K. 2018/10029 T. 26.4.2018: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2009/9-373 esas sayılı kararında; maddi bir olay niteliği taşımayan niyetin ve saikin sendikal nedenlerden kaynaklandığının ispat güçlüğü ortadadır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Yargıtay 9. HD. E. 2008/37500 K. 2010/31544 T. 4.11.2010: “Cinsel tacizin öncelikle işyeri dışında gerçekleştiğinin ve işveren vekili konumundaki genel müdür tarafından yapıldığının iddia edilmesi karşısında gerçekliğinin ve ispatının güçlüğü ortadadır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹²⁶⁹ Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Laumen*, Kap. 24, kn. 12.

¹²⁷⁰ *Kwaschik*, s. 281.

¹²⁷¹ Baumgärtel/Laumen/Prütting/*Laumen*, Kap. 24, kn. 12.

¹²⁷² *Yıldırım*, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı, s. 684.

¹²⁷³ *Kwaschik*, s. 284. Örneğin tanığa ulaşılabilmesi tarafın ihmalden kaynaklanıyorsa ispat güçlüğü tarafın sorumluluğundadır vardır ve silahların eşitsizliği söz konusu değildir, re’ sen isticvaba gerek kalmayacaktır: *Kwaschik*, s. 285.

İspat güçlüğü'nün delil ikamesine rağmen oluşması halinde delil ikame imkanlarının kısıtlanmasından söz edilemeyeceği bu nedenle silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmediği görüşüne göre tanık göstermekle birlikte beyanlarının kanaat oluşturmaması ispat yükünün taşıdığı risklerden birinin gerçekleşmesi anlamına gelmektedir. Yargılama kuralları sebebiyle delil ikamesi engellenmemiştir ancak delillerin değerlendirilmesi neticesinde vakıa ispat edilememiş ve aleyhe bir sonuç oluşmuştur¹²⁷⁴. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre bire bir görüşme dışındaki ispat güçlüğü durumlarında da, tarafın karşı taraf veya karşı tarafın tanığı gibi vakıa hakkında bilgi sahibi olması halinde kendisinin isticvabını talep etme yetkisi bulunmalıdır veya re' sen isticvap edilmelidir¹²⁷⁵. Neticede tarafın genel olarak başka deliller ikame edebilmesi, vakıanın ispatı için elverişli isticvabın ikamesinin kısıtlanmasını meşrulaştırmamaktadır ve özellikle diğer tarafın beyanlarının alınabildiği hallerde silahların eşitliği ilkesinin ihlalinin teşkil etmektedir.

Diğer taraftan re' sen isticvaba başvurulması halinde taraflardan birinin sorgulanması ancak diğer tarafın sorgulanmamış olmasının, ispat güçlüğü içinde bulunması dikkate alınmaksızın silahların eşitliği ilkesinin ihlali anlamına gelip gelmediği sorusu akla gelebilir. Her halükârda iki tarafın birden re' sen isticvap edilmesi gerekli midir? İspat güçlüğü'nün mevcut olduğu hallerde bir tarafın isticvap edilmekle diğer tarafın isticvabı başka delil ikame etme imkanına bağlı olmamalıdır. Taraflar arasında geçen görüşmeler için tek tarafın isticvap edilmesi silahların eşitliğini ihlal eder. Taraf ile diğer tarafın tanığı arasında yapılan görüşmeler bakımından ise tarafın isticvap edilmesine karşılık diğer tarafın delilinin dinlenilmesi yeterlidir, zira vakıa hakkında bu tarafın bilgisi de bulunmamaktadır. Silahların eşitliğinin sağlanması için delil sunma imkanlarının eşit şekilde tanınması gerekmektedir, her durumda diğer tarafın da re' sen isticvap edilmesi somut durum bakımından mümkün ve gerekli olmayabilir. Diğer tarafın beyanlarının ispat için elverişli olmaması halinde isticvap edilmesi zaman kaybına neden olacaktır. Ayrıca taraflarca getirme ilkesinin istisnası niteliğinde olan re' sen isticvabın bu şekilde genişletilmesi amacı ve istisna özelliği ile bağdaşmayacaktır.

2. İsticvaba Başvuru Bakımından Silahların Eşitliği İlkesinin İhlali

Silahların eşitliği ilkesi, anayasa hukuku ile iç içe olan medeni usul hukuku için günümüzde mukayeseli hukukta ve hukukumuzda yerini bulmuş ve daha fazla anlam ifade etmeye

¹²⁷⁴ Kwaschik, s. 282, 283.

¹²⁷⁵ Roth, s. 498 (Yazar isticvabın tanık delili gibi düzenlenmesi gerektiği görüşündedir).

başlamıştır¹²⁷⁶. İspat hukukunda büyük bir uygulama alanı olan silahların eşitliği, tarafların isticvabında da büyük rol oynamaktadır¹²⁷⁷.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararına¹²⁷⁸ konu olan, Dombo Beheer şirketi ile Nederlandsche Middenstandsbank N.V. bankası arasında kredi miktarının yükseltilmesine dair yapılan sözlü görüşme ve anlaşmanın ele alındığı yargılamada, görüşmeyi yapan şirketin yöneticisi taraf olarak, banka için görüşmeyi yapan bölüm yöneticisi ise tanık olarak yer almıştır. Davanın görüldüğü sırada yürürlükte olan düzenlemeye göre tarafın kendi davasında tanık olamaması nedeniyle şirket yöneticisinin beyanları alınmamış, banka için görüşmeyi yapan kişi ise taraf olmadığı için tanık olarak dinlenilmiş ve taraf şirketin dinlenilmemesinin silahların eşitliği ilkesine aykırılık iddiaları Hollanda Yüksek Mahkemesi tarafından reddedilmiştir¹²⁷⁹. Şirket İHAS m. 6/1 ile korunan silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği iddiası ile İHAM’ne başvurmuştur. Görüşmeyi gerçekleştiren eski yöneticisinin tanık olarak dinlenilmesi talebinin reddedilmesine karşılık, banka çalışanının tanık olarak beyanlarının alınmasını iddiasının dayanağı olarak sunmuştur¹²⁸⁰.

Mahkeme, silahların eşitliği ilkesinin ceza yargılamalarında olduğu gibi hukuk yargılamalarında da mevcut olduğunu, bu kapsamda taraflara deliller de dahil olmak üzere davasını sunmak için eşit imkanlar tanınması gerektiğini ve delil sunulmasıyla ilgili sınırlandırmaların bir taraf aleyhine durum oluşturmaması gerektiğini belirtmiştir¹²⁸¹. Davada karara esas teşkil edecek görüşmenin sadece iki kişi arasında yapılması ve şirketin bu görüşmeyi ispatlanmasının beklenmesi nedeniyle her iki kişinin beyanlarının alınması gerektiğini ifade ederek beşe karşı dört oyla İHAS m. 6/1’in ihlal edildiği kararını vermiştir¹²⁸².

İhlalin gerçekleşmediği kanısında olan hakimlere göre Hollanda ispat hukuku ile ilgili bir kural olan “tarafın tanık olarak dinlenememesi” hakkında şikayet gerçekleşmiştir ve bu kural İHAS adil yargılanma ilkesi ile bir uyumsuzluk göstermemektedir. Tarafların şirket ve

¹²⁷⁶ **Deren-Yıldırım**, Fordert die Waffengleichheit die legale Beweistheorie heraus?, s. 900, 901.

¹²⁷⁷ **Deren-Yıldırım**, Fordert die Waffengleichheit die legale Beweistheorie heraus?, s. 905.

¹²⁷⁸ Silahların eşitliği ilkesinin konu edildiği bir diğer kararda tanıkların yeminli yeminsiz olarak farklı şekillerde dinlenilmelerinin davada bir taraf için dezavantaj teşkil etmediği, zira bu beyanların karara esas alınmadığı, İHAS m. 6/1’in ihlalinin olmadığı belirtilmiştir: Ankerl v. Schweiz, 61/1995/567/653 23. 10. 1996.

Bu karardan önce delil olarak kabul edilen yemin reform ile yerini tarafın tanık olarak sorgulanmasına bırakmıştır ve ikrarın delil karakteri kaldırılmıştır: **Deren-Yıldırım**, Fordert die Waffengleichheit die legale Beweistheorie heraus?, s. 906.

¹²⁷⁹ Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands, 14448/88, kn. 12 vd.

¹²⁸⁰ Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands, 14448/88, kn. 30.

¹²⁸¹ Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands, 14448/88, kn. 33.

¹²⁸² Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands, 14448/88, kn. 34, 35; aynı yönde **Roth**, s. 493.

bankadaki konumları farklıdır ve bu konumları itibarıyla beyanlarının güvenilirliği de farklılık göstermektedir. Tarafların davadaki konumları da birbirinden farklıdır ve taraf olarak nitelenen kişinin tanık olarak dinlenemeyeceği eskiden beri birçok Avrupa ilkesinde kabul edilmektedir¹²⁸³. Ayrıca bu kuralın somut olarak uygulanması silahların eşitliği ilkesini ihlal etmemektedir. Tarafların iddialarını ve delillerini mahkemeye sunmaları konusundaki imkan eşitliği şekli anlamda kabul edilmelidir ve söz konusu davada da her iki taraf yazılı olarak iddialarını sunmuş ve tanık göstermişlerdir. Şirketin görüşmeyi yapan kişiyi tanık olarak sunamaması bir dezavantaj olarak nitelendirilemez, zira hakim tanık beyanları ile bağlı değildir, tanık olarak dinlenilmemesi veya sadece karşı tarafın tanık olarak dinlenilmesi muhakkak aleyhe bir sonuç doğurmak zorunda değildir¹²⁸⁴.

Adil yargılanma hakkı kapsamında tarafların iddialarını ve delillerini mahkemeye sunmaları hakkı bulunmaktadır. Ayrıca iddiaların ve delillerin mahkemeye getirilmesinde eşit imkanlara sahip olmaları silahların eşitliği ilkesi ile garanti altına alınmıştır¹²⁸⁵. Tarafın beyanlarını ispat faaliyetinde kullanması usuli şartlarla engellendiğinden veya zorlaştırıldığından silahların eşitliği ilkesinin ihlalini teşkil etmemektedir¹²⁸⁶. İlkenin, tarafın beyanlarının alınmaması halinde ihlal edildiği açıktır¹²⁸⁷. Tarafların yargılamada amaçlarını gerçekleştirmeleri adına içerik olarak eşit imkanların verilmesi, usuli şans eşitliğinin sağlanması silahların eşitliği ilkesine daha kapsayıcı ve maddi yönden bir bakıştır¹²⁸⁸. Görüldüğü gibi aksi yöndeki görüşler silahların eşitliği ilkesini şekli anlamda değerlendirmiştir¹²⁸⁹.

Konunun davada risk dağılımı ile yakından ilgisi bulunmaktadır. İspat yükünü taşıyan tarafın karşı tarafı isticvap edebilmesi, ancak karşı tarafın karşı delil olarak isticvap talep edememesi veya ispat yükünü taşıyan tarafın kendi beyanlarına başvuramaması risk dağılımının eşitsizliğini, dolayısıyla silahların eşitliği ilkesiyle uyuşmadığını göstermektedir. Sübjektif ispat yükünü taşıyan tarafın kısıtlama nedeniyle delil ikame edememesi ve aleyhine sonuç doğması, yani delil ikame edememesi sebebiyle dava riskini taşıması söz konusudur. Bu durum ispat yükünü taşımayan tarafın yararının, ispat yükünü taşıyan tarafın yararından üstün

¹²⁸³ Yargıç Martens ve Petiti'nin muhalefet şerhleri, kn. 2 vd.

¹²⁸⁴ Yargıç Martens ve Petiti'nin muhalefet şerhleri, kn. 4 vd.

¹²⁸⁵ Hanağası, Silahların Eşitliği, s. 398

¹²⁸⁶ Gehrlein, s. 466.

¹²⁸⁷ Schneider, Egon, Tendenzen und Kontroversen in der Rechtsprechung, MDR 1998, 690-694, s. 694.

¹²⁸⁸ Roth, s. 494.

¹²⁸⁹ Roth, s. 493. Bu ilkenin taraflara beyanları için eşit zaman verilmesi vs. gibi şekli anlamda anlaşılmaması gerektiğine dair bkz. Schlosser, EMRK und Waffengleichheit, s. 1405.

tutulması olarak da değerlendirilmiştir¹²⁹⁰. Benzer şekilde re' sen isticvap için başlangıçta bir kanaat aranması da özellikle bire bir görüşme durumları için ilkenin ihlali teşkil etmektedir ve dava riskinin ispat yükünü taşıyan üzerinde kalmasına sebep olmaktadır¹²⁹¹.

Bir görüşe göre ise ispat yükünü taşıyan tarafın yargılamada beyanlarının ispat faaliyeti kapsamında alınmaması silahların eşitliği ilkesinin yanında ispat hakkı açısından problem oluşturmaktadır ve delil ikame imkanlarının eşit olarak tanınmasıyla ilgili değildir. Taraf beyanının edinilmesi için düzenlenen kurumlarla ilgili sınırlandırmalar ispat hakkını ihlal etmektedir, zira delil ikamesi kanuni düzenlemeler ile soyut ve genel olarak imkansız kılınmaktadır¹²⁹².

Türk hukukunda isticvabın delil olarak kabul edilmediği görüş takip edildiğinde Kanun metninde ispat yüküne bağlanmayan isticvap silahların eşitliği ilkesi açısından sorunlu görünmemektedir. Ancak kesin delille ispatı gereken hususlar bakımından yalnızca yemine başvurulabilmesi isticvabın dışlanması neden olmakta ve bu ilkenin ihlal edildiğini göstermektedir¹²⁹³. Hukukumuz bakımından isticvabın diğer delillere bağlı olarak tali şekilde gerçekleştirileceğinin ve tarafın lehine hususlar hakkında sorgulanamayacağının kabul edilmesi, özellikle bire bir görüşme vakıalarını ispatı konusunda silahların eşitliği ilkesinin ihlali neden olacaktır. Bire bir görüşmede ispat yükü altında bulunan taraf ile üçüncü kişinin bulunması ve yargılamada üçüncü kişinin diğer tarafın tanığı olarak gösterilmesi halinde, aleyhine olmayan vakıa iddiası hakkında dinlenemeyen ispat yükü altındaki taraf kendi isticvabını talep edemeyecektir¹²⁹⁴. Karşı tarafın görüşmede bulunmaması nedeniyle isticvabı da istenemeyecektir, zira vakıa hakkında bilgi sahibi değildir. İspat yükü altındaki tarafın re' sen isticvabı doktrinde savunulduğu üzere tali bir yol olması, yani hiç delil ikame edilmemesi halinde başvurulamaması nedeniyle engellenmektedir.

Asıl ve karşı ispat faaliyeti göz önünde bulundurulduğunda, ispat yükü altında olan tarafın delil ikame edememesi halinde karşı tarafın gösterdiği tanığın dinlenilmeyeceğini, öncelikle asıl ispat faaliyetinin gerçekleşmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Ancak ispat yükünü taşıyan

¹²⁹⁰ Gehrlein, s. 467.

¹²⁹¹ Gehrlein, s. 468.

¹²⁹² Stein/Jonas/Berger, § 448, kn. 30, 31. Silahların eşitliği ilkesinin esas problem olduğuna dair: Kweschik s. 229 ve 241.

¹²⁹³ Deren-Yıldırım, Fordert die Waffengleichheit die legale Beweistheorie heraus?, s. 910.

¹²⁹⁴ Alman hukukunda dZPO § 445 I'e göre ispat yükü altındaki taraf sadece karşı tarafın isticvabını talep edebileceğinden, kendisinin beyanlarının alınmasını talep edemeyecektir, ancak karşı tarafın muvafakati ile dZPO § 447 kapsamında ispat yükü altındaki taraf sorgulanabilir, yahut aranan şartların varlığı halinde dZPO § 448 ile re' sen isticvabı mümkündür.

tarafın elindeki tek delilin kendi beyanı olması sebebiyle delili ikame etmemesi değil, delili ikame etmesinin engellenmesi söz konusudur. Tarafların delil ikame edebilmesi ve ispat faaliyetinde eşit imkanlara sahip olması hususunda asıl ispat ve karşı ispat faaliyetinden bağımsız olarak bir problem mevcuttur. Ayrıca asıl delil olarak isticvabın ikame edilmemesi karşı tarafın delillerinin de ikamesini engelleyecektir ve maddi gerçeğe ulaşılması zorlaşacaktır.

3. İsticvaba Başvuru Bakımından Silahların Eşitliği İlkesinin İhlalinin Engellenmesi

İspat güçlüğü halinde taraf beyanlarına talep ile veya re' sen başvurunun sınırlandırılmasının silahların eşitliği ilkesini ihlal ettiği tespit edildikten sonra bu sorunun çözümü üzerinde durulmalıdır. Alman mahkeme kararları ve doktrindeki görüşler taraf beyanlarının herhangi bir şekilde alınmasını, isticvap şartlarının yumuşatılmasını veya kaldırılmasını önermektedir. Hukukumuzda taraf beyanının delil olarak görülmemesi, güvenilmemesi, ispat yüküne bağlanması ve tali görülmesi de ispat güçlüğü halinde ispat hakkı ve silahların eşitliği ilkesi bakımından sorun oluşturmaktadır. Bu nedenle bu görüşlerden yola çıkılarak yorum yapılabilir.

a. Alman Federal Yüksek Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesi Kararları

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Dombo Beheer v. Hollanda* kararı, İHAM kararlarının Alman hukukunda emsal teşkil etmesi nedeniyle dikkate alınmış ve fazlaca tartışılmıştır. Bir görüşe göre Alman hukuku ve Hollanda hukukunun farklı olması, Alman hukukunda tarafın ispat faaliyetine etkide bulunabilmesi için imkanların bulunması nedeniyle kararın bir sonuç doğurmayacağı ifade edilmiştir¹²⁹⁵. Karar adil yargılanma ile ilgili genel tespitler yapmamış, görmekte olduğu özel durum için bir sonuca varmıştır. Birebir görüşmeler bakımından kararın Alman hukuku için doğrudan sonuçları bulunmamaktadır¹²⁹⁶. Diğer yandan kararın Alman hukuku açısından da sonuçları olduğu ve tarafın beyanlarının ispat faaliyetinde değerlendirilmesi açısından silahların eşitliğinin ihlalinin mevcut olabileceği belirtilmiş ve bu ihlalin engellenmesi için farklı görüşler ileri sürülmüştür. En sık üzerinde durulan çözümlerden

¹²⁹⁵ **Wittschier**, Johannes, Die Parteivernehmung (§§ 447, 448 ZPO) im Lichte der Entscheidung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 27.10.1993, DRiZ 1997, 247-250, s. 249; Anders/**Gehle**, § 448, kn. 7: Delil ikame edilememesi ispat riski ile ilgilidir ve isticvap düzenlemesinde kanun koyucu bunu göz önünde bulundurarak talep şartları getirmiştir, bu nedenle şartlarda bir yumuşatmaya gidilmesine gerek yoktur (Hollanda'da görülmekte olan dava sırasında yürürlükte olan kanun hükümlerine göre tarafın tanık olarak dinlenilmesi mümkün olmamakla birlikte yemin altında veya yemin etmeden dinlenilmesi için imkanlar bulunmaktadır (*Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands*, 14448/88, kn. 24).

¹²⁹⁶ *Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock*, § 448, kn. 33; **Wittschier**, Entscheidung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, s. 249.

bir tanesi re' sen isticvabın daha geniş yorumlanması ve başvurulması için aranan şartların göz ardı edilmesi¹²⁹⁷, diğeri ise isticvaba gerek kalmaksızın tarafın dinlenilmesi kurumunun yargılamanın değerlendirilmesi kapsamında değerlendirilerek karara esas alınabilmesidir¹²⁹⁸.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarına göre bire bir görüşmelerde bir tarafın tanık delilini ikame edebilmesi, diğer tarafın delilsiz kalması halinde şartlarının bulunması durumunda tarafın isticvap edilmesi veya tarafların dinlenilmesi kapsamında dinlenilmesi silahların eşitliği ilkesini gerçekleştirmek için gereklidir. Hakimin taraf beyanını, tanık beyanına tercih etmekte serbest bulunması nedeniyle tarafın sadece dinlenilmesi de yeterli olacaktır¹²⁹⁹. BGH tutumunu, re' sen isticvap için başlangıçtaki ihtimal şartından vazgeçmeden şartları hafiflettiği ve tarafların dinlenilmesinin uygulama alanını genişlettiği ve delil değerini arttırdığı şeklinde özetlemektedir¹³⁰⁰. Alman Anayasa Mahkemesi, hukuki dinlenme hakkı ve etkin hukuki korunmanın gerçekleştirilebilmesi için, Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarını takip ederek tarafın şartları varsa isticvap edilmesini veya en azından dinlenilmesini gerekli ve yeterli görmüştür¹³⁰¹.

b. Tarafın Dinlenilmesi Fonksiyonunun Genişletilmesi

Öğretide ilk olarak taraf ile üçüncü kişi arasında geçen bire bir görüşmenin ispatlanması için bir tarafın tanığının bulunması halinde tarafların dinlenilmesi kurumu ile silahların eşitliği ilkesinin gerçekleştirileceği görüşü bulunmaktadır. Bu görüş, Alman hukukunda kanaat tesis edilirken tüm yargılama içeriğinin esas alınabilmesine dayanmaktadır (dZPO § 286)¹³⁰².

¹²⁹⁷ Genel olarak isticvap için öngörülen şartlardan vazgeçilmesi gerektiği yönünde: **Gehrlein**, s. 472; **Coester-Waltjen**, s. 291; **Oberhammer**, 316; **Roth**, s. 498; Stein/Jonas/**Berger**, § 448, kn. 32 (Başlangıçtaki ihtimal aranmaz ve hakimın takdir yetkisi yoktur); **Gerhardt**, s. 621; **Wagner**, Gerhard, Europäisches Beweisrecht, ZEuP 2001, 441-514, s. 493, 494.

Sadece bire bir görüşmelerdeki ispat güclüğü için şart aranmaması gerektiği yönünde: **Schlosser**, EMRK und Waffengleichheit, s. 1405; **Zwanziger**, s. 777; Baumgärtel/Laumen/Prütting/**Laumen**, Kap. 24, kn. 10 (Taraflar arasında ispat bakımından dengesizliğin bulunduğu her halde eşitliğin sağlanması için tarafın isticvap edilebilmesi gerekmektedir. Örneğin hekimin aydınlatma ödevini yerine getirdiğini ispat etmesi gereken davada, görüşmenin davacı hasta, davalı hekim ve hastanın eşi arasında geçmesi hali bu duruma bir örnek teşkil etmektedir.).

¹²⁹⁸ **Wittschier**, Entscheidung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, s. 249; **Schneider**, s. 694.; Wiczorek/Schütze/**Völmann-Stickelbrock**, § 448, kn. 35; Thomas/Putzo/**Reichold**, § 448, kn. 4; **Henssen**, Ralf, Pflicht zur Parteivernehmung oder Parteianhörung, jurisPR-ArbR 2/2008 Anm. 6, 65-69, s. 68, 69; **Bruns**, s. 421; Zöller/**Greger**, § 448, kn. 4a; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 448, kn. 4; Anders/**Gehle**, § 448, kn. 7; Saenger/**Kießling**, § 448, kn. 6.

¹²⁹⁹ BGH NJW 2003, 3636, kn. 2; BGH NJW 2013, 2601, kn. 11; Thomas/Putzo/**Reichold**, § 448, kn. 4; Anders/**Gehle**, § 448, kn. 7.

¹³⁰⁰ BGH NJW 1999, 363, 364.

¹³⁰¹ BVerfG NJW 2001 2531; aynı yönde Anders/**Gehle**, § 448, kn. 7.

¹³⁰² Alman hukukunda delillerin değerlendirilmesinin düzenlendiği § 286'da, ispat için yargılamanın tüm içeriğinin de dikkate alınacağı belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 140 vd.

Tarafın görüşme hakkında sahip olduğu bilgiye isticvap yolu ile değil tarafın dinlenilmesi ile ulaşılabilir ve bu beyanlar değerlendirmede dikkate alınabilir. Tarafların dinlenilmesi delil olarak düzenlenmemekle birlikte bu kurum aracılığı ile elde edilen beyanların kanaat tesisinde kullanılmasına engel bulunmamaktadır¹³⁰³. Bu düzenlemenin daha geniş yorumlanması ile delil ikamesi olmaksızın sadece yargılamanın içeriğinin değerlendirilmesi ile kanaat tesis edilebileceği fikrine de ulaşılmaktadır¹³⁰⁴.

İHAM kararında dikkat çekilen, taraflara vakıanın ispatı için eşit imkanların tanınmamasının ve görüşmeyi yapan bir tarafın tanık olarak dinlenirken diğer tarafın beyanlarının alınmamasının sadece isticvap kurumuyla ilgili olmadığına dayanan bu görüşe göre tarafın dinlenilmesi de beyanlarının alınmasını sağlayacaktır. Beyanların karara esas alınabilmesi taraflar arasındaki eşitliği sağlayacak ve dinlenilmeleri bakımından eşit imkanları sunacaktır. Dolayısıyla isticvap için aranan şartların değiştirilmesi veya daha geniş yorumlanmasına gerek bulunmamaktadır, diğer kurumlar aracılığıyla çözüm bulunabilir¹³⁰⁵. Hakimin, tanığın beyanlarına nazaran tarafın beyanlarına öncelik vermesi ve kanaatini tesis etmesi mümkündür, silahların eşitliği ilkesinin sağlanması için isticvap şart değildir¹³⁰⁶. Tarafın dinlenilmesi ile isticvap aynı etkiye sahip görülmüştür¹³⁰⁷.

Hollanda hukukunda tarafın kendi yararına olan hususlarda dinlenilmesi imkanı bulunmadığından silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiştir. Eğer hukuk sisteminde isticvap bulunmasa dahi başka bir kurum aracılığıyla tarafın lehine beyanları alınabiliyorsa çözüm sağlanacaktır¹³⁰⁸. Nitekim karar, tarafın tanık olarak dinlenilmesi ile ilgili sonuca ulaşmak istemediğini, bunu ülkenin hukukuna bıraktığını ifade etmiştir¹³⁰⁹. Tarafın beyanlarına ne şekilde ulaşılabileceğinden ziyade, beyanların alınması gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Bunun

¹³⁰³ BGH NJW 1999 363, 364; **Wittschier**, Entscheidung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, s. 249; **Schneider**, s. 694; **Henssen**, s. 68, 69; **Stickelbrock**, s. 595.

Delillerin değerlendirilmesi, delil ikamesinin sonucunda varılan kanaati ifade ederken, yargılamanın değerlendirilmesine delil ikamesi dışında kalan içeriğin değerlendirilmesi ile ulaşılmaktadır: **Kwaschik**, s. 257 dn. 77.

¹³⁰⁴ **Wittschier**, Entscheidung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, s. 249; **Hahn/Mugdan**, s. 275. Aksi yönde: **Lange**, s. 481.

¹³⁰⁵ **Wittschier**, Entscheidung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, s. 247; **Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock**, § 448, kn. 35; **Zöller/Greger**, § 448, kn. 4a; **Schneider**, s. 694; **Schlosser**, EMRK und Waffengleichheit, s. 1406; **Schöpflin**, Die Parteianhörung, s. 2136. Aksi yönde: **Roth**, s. 497 dn. 38.

¹³⁰⁶ **Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock**, § 448, kn. 30. **Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock**, § 448, kn. 35. Aksi yönde: **Schöpflin**, Die Parteianhörung, s. 2136; **Stickelbrock**, s. 595.

¹³⁰⁷ **Anders/Gehle**, § 448, kn. 7.

¹³⁰⁸ **Wittschier**, Entscheidung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, s. 249.

¹³⁰⁹ **Wittschier**, Entscheidung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, s. 249.

sağlanması adına usul hukukunda farklı imkanlar öngörülmüştür. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi imkanı ile hakim tanığın beyanını doğru kabul etmek zorunda değildir. Bir diğer imkan olarak tarafın dinlenilmesi mevcuttur, tarafın beyanları hakim tarafından serbestçe değerlendirilir ve kanaate esas alınabilir¹³¹⁰.

Bu görüş çeşitli yönlerden eleştirilmiş ve bire bir görüşmelerde silahların eşitliğinin sağlanmasına hizmet edemeyeceği ifade edilmiştir¹³¹¹. Öncelikle, dinleme neticesinde edinilen beyanlar hala bir iddia niteliğinde olacaktır, karara esas alınması için ispat faaliyeti ile varlığı veya yokluğu ortaya konmalıdır¹³¹². İspat yükünü taşıyan ve ispat güçlüğü içinde bulunan tarafın sadece dinlenilmesi yoluyla beyanlarının alınması ve bu beyanların kanaate esas alınarak karar verilmesi ispat yükü açısından problemliliği görülmektedir¹³¹³. Delil ikame yükünün yerine getirilmesi ve taşıdığı olumsuzluk riskinin bertaraf edilebilmesi için delil ikame edilmesi gerekir. Tarafın delil olarak nitelendirilmeyen beyanlarının delil olarak değerlendirilmesi ve mahkemenin sonuca ulaşması halinde taraf ispat yükünü yerine getirmediği halde olumsuz sonuçtan kurtulabilecektir. Aynı şekilde objektif ispat yükünü taşımayan tarafın kendi beyanlarından başka delili bulunmaması halinde, sübjektif ispat yükünü yerine getirerek olumsuz sonuçtan kurtulabilmesi için beyanlarını delil olarak ikame edebilmesi gerekmektedir. İspat yüküyle ilgili delil ikamesi gerekliliği nedeniyle bire bir görüşmelerdeki ispat güçlüğüne aşılmaması ve silahların eşitliğinin sağlanması tarafların dinlenilmesi kurumu ile gerçekleştirilemez¹³¹⁴.

Bire bir görüşmenin ispat yükünü taşıyan tarafın tanığı ile davadaki karşı taraf arasında gerçekleşmesi durumunda ispat yükünü taşıyan tarafın delil ikame etmesi ve bu delil ile kanaatin oluşması mümkündür. Bu halde sübjektif ispat yükü karşı tarafa geçecektir ve kendi beyanlarından başka delil ileri süremeyen tarafın delil ikame yükünü bertaraf etmesi ancak beyanlarının delil olarak ikame edilmesi ile sağlanabilir. Bu sebeple karşı tarafın sadece dinlenilmesi ile olumsuz sonuç tehlikesinden kurtulması mümkün değildir¹³¹⁵.

¹³¹⁰ Wittschier, Entscheidung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, s. 249; Schneider, s. 694.

¹³¹¹ Kwaschik, s. 263; Kluth/Böckmann, s. 621.

¹³¹² Kluth/Böckmann, s. 621.

¹³¹³ Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann, § 448, kn. 11.

¹³¹⁴ Kwaschik, s. 258, 259.

¹³¹⁵ İspat yükünü taşıyan tarafın delilinin ikamesinden önce karşı tarafın dinlenilmesi halinde, beyanlarının kanaatini sarsıcı etkisi olabilir, zira bu noktada sübjektif ispat yükünü taşımamaktadır ve sadece dinlenilme kapsamında alınan beyanları ile kanaatin oluşması engellenebilir. Ancak bu halde dahi asıl ispatın başarılı olması ve karşı tarafın isticvap edilmemesi nedeniyle delil ikame imkanı engellenme tehlikesi olduğundan, genel geçer bir çözüm olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Asıl delilin ikamesiyle birlikte karşı tarafın dinlenilmesi

Diğer taraftan ispat yükünü taşıyan tarafın delillerin gösterilmesi aşamasında delil göstermemesi ancak yargılamada dinlenilmesi ve bu beyanların kanaate esas alınması halinde karşı tarafın delil gösterme imkanları sınırlanmış olacaktır. İspat yükü altındaki tarafın delil göstermediğini gören karşı taraf delillerini buna göre gösterecek veya hiç gösteremeyecektir. Bu durumda kanaatin oluşturulması ile tarafı delillerin gösterilmesi için istisnalara mahkum bırakılmış olacaktır.

Son olarak tarafın dinlenilmesinin kanaat tesisi için yeterli görülmesi, gösterilen delillerin ikame edilmeden kanaate ulaşılmasına yol açabilir ki deliller toplanmadan kararın verilmesi ispat hakkına aykırılık teşkil edecektir¹³¹⁶. Diğer yönden tarafın dinlenilmesinin ispat faaliyetinde kullanılması, hakimın konumunu güçlendirmektedir ve ağırlığın taraflarca getirme ilkesinden re’ sen araştırma ilkesine doğru kaymasına neden olacaktır. Re’ sen isticvaba başvurulması için bu endişe dile getirilmişken, tarafların dinlenilmesine ispat fonksiyonunun tanınması bu endişenin gerçekleşme olasılığını arttırmaktadır¹³¹⁷.

c. Tarafın Dinlenilmesinin Delil Olarak Kabul Edilmesi

Tarafların dinlenilmesini çözüm olarak gören başka bir görüşe göre isticvabın yanında tarafların dinlenilmesi de delil fonksiyonuna sahiptir¹³¹⁸. Tarafların dinlenilmesinin şekil şartları bakımından daha ulaşılabilir olması ve dinlenilme usulünün kolay olması, dolayısıyla usul ekonomisine uygunluğu gerekçe olarak gösterilmiştir. Ayrıca mahkeme kararlarında tarafın dinlenilmesine delil fonksiyonu tanındığı, delil olarak kullanıldığı, duyulan ihtiyacın bu şekilde karşılanabileceği ifade edilmiştir¹³¹⁹. Tarafın dinlenilmesinin amacı itibarıyla delil fonksiyonu taşıdığı, isticvap ile farklarının zamansal şartlar ve şekil şartları olduğu belirtilmiştir¹³²⁰.

Tarafın delil göstermeksizin sadece kendi beyanlarına delil olarak dayanabilmesini sağlamak adına, bu beyanların çekişmeli vakıanın ispatı için önem taşıdığı ve kanaat uyandırabileceğinin tespiti, diğer görüşe göre tarafların dinlenilmesi ile gerçekleştirilebilir. Bu

yeterli görülüş, asıl delilin ikamesi ile kanaat oluştuktan sonra ancak karşı tarafın isticvabı ile silahların eşitliği ilkesinin gerçekleşebileceği savunulmuştur. (Kwaschik, s. 274, 275)

¹³¹⁶ Kwaschik, s. 262.

¹³¹⁷ Kocher, Eva, Für eine Gleichbehandlung von Parteien und Zeugen Zum Beweis des Inhalts eines Vier-Augen Gesprächs, NZA 2003, 1314-1317, s. 1316.

¹³¹⁸ Schöpflin, Die Parteianhörung, s. 2134. Aksi yönde: Lange, s. 480; Coester-Waltjen, s. 293; Gehrlein, s. 473.

¹³¹⁹ Schöpflin, Die Parteianhörung, s. 2134.

¹³²⁰ Schöpflin, Die Parteianhörung, s. 2138.

fikre göre re' sen isticvaba başvurmak için ikame edilen diğer deliller ile bir ihtimalin tespiti ispat güçlüğünden dolayı yapılamıyorsa, tarafın dinlenilmesi ile bu ihtimalin varlığı saptanabilir. Bu noktadan sonra re' sen isticvabın şartları gerçekleşmiş olacak ve taraf sorgulanabilecektir¹³²¹. Tarafların dinlenilmesi ile mahkeme ispat yükünü taşıyan tarafın çekişmeli vakıa hakkında bilgi sahibi olduğu ve bu bilginin ispat açısından sonuç doğuracağı yönünde kanaat oluşturabilir¹³²². Böylece silahların eşitliğinin sağlanması için re' sen isticvap şartlarının yeniden yorumlanmasına gerek yoktur¹³²³. Ancak bu görüş karşısında haklı olarak hakimin tarafı dinlemesi ile bir ihtimale ulaşılamaması halinde tarafın çekişmeli vakıa ile ilgili beyanları ispat faaliyetinde yerini alamayacak ve taraf delil ikame edemeyeceği, tarafın delil ikame edememesi ancak karşı tarafın tanık deliline sahip olması sebebiyle silahların eşitliği sağlanamayacağı ifade edilmiştir¹³²⁴.

Fikirle alakalı getirilen bir başka eleştiri ise tarafın dinlenilmesi ve sonra isticvap edilmesi, aynı hususta iki kere dinlenilmesidir. Tarafın dinlenilmesinin her halükârda isticvapla sonuçlanmayacağı da göz önünde bulundurulduğunda pratik açıdan faydalı olmadığı kanaatine varılmaktadır¹³²⁵. Usul ekonomisine de aykırıdır¹³²⁶. Ayrıca tarafın dinlenilmesi ile isticvapla ilgili öngörüye ulaşma delilin önceden değerlendirilmesi teşkil eder ve isticvabın içeriğinin önden değerlendirilmeye çalışılması anlamına gelir¹³²⁷.

d. Re' sen İsticvap

İHAM kararının bire bir görüşme nedeniyle doğan ispat güçlüğü ve bunun ispat faaliyetinde neden olduğu silahların eşitliği ilkesinin ihlalinin engellenmesi için üzerinde en çok durulan çözüm tarafın kendi yararına re' sen isticvap edilmesidir. Silahların eşitliğinin sağlanabilmesi adına delilin tarafça getirilmesi veya hakim tarafından ikame edilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır¹³²⁸. Alman hukukunda ispat yükünü taşıyan tarafın kendisinin isticvabını talep edememesi ancak karşı tarafın rızası ile isticvap edilebilmesi, engelini aşılması için re' sen isticvabın düşünülmesine neden olmuştur. Re' sen isticvaba başvuru şartlarının da bulunması ve bu şartların sağlanması için genellikle başta bir delil ikamesinin

¹³²¹ Lange, s. 481; Zöller/Greger, § 448, kn. 4a.

¹³²² Lange, s. 481, 482; Bruns, s. 421.

¹³²³ Lange, s. 483.

¹³²⁴ Gehrlein, s. 468; Kwaschik, s. 267.

¹³²⁵ Reinkenhof, Michaela, Parteivernehmung und „Vier-Augen-Gespräche“ – BverfG, JuS 2012, 645-649, s. 648.

¹³²⁶ Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kap. 24, kn. 10.

¹³²⁷ Kwaschik, s. 268.

¹³²⁸ Hanağası, Silahların Eşitliği, s. 396.

bulunması gerektiğinden, bu şartların aranmaması yönünde bir düşünce gelişmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi hukukumuzda tarafın kendi isticvabını talep etmesi veya hakimın tarafı re'sen isticvabı için Kanun'da şart öngörülmemekle birlikte doktrinde ve uygulamada başvuru bazı şartlara bağlanmaktadır ve tarafın lehine hususlarda isticvap edilemeyeceği yönünde kabuller mevcuttur. Bu nedenle bire bir görüşmede bizzat bulunan ve ispat yükünü taşıyan tarafın delil ikamesi için kendi isticvabını talep edebilmesi veya hakimın tarafı re' sen isticvap edebilmesi İHAM kararı doğrultusunda bir çözüm getirecektir. Aksi halde silahların eşitliği ilkesinin ihlali söz konusu olacaktır.

Tarafın re' sen isticvap edilmesinin tali olması, yani başka delillerin ikame edilmesi veya vakıanın tespiti ile ilgili bir ihtimale bağlanmasına karşılık, bu şartlar olmaksızın tarafın re' sen isticvap edilmesi gerektiği görüşü mevcuttur. İsticvap vasıtasıyla taraf beyanlarının delil olarak ispat faaliyetinde kullanılmasındaki sınırlandırmaların sadece bire bir görüşmelerde, ispat güçlüğü durumunda değil genel olarak kaldırılması adil yargılanmanın bir gereğidir¹³²⁹. Özellikle bire bir görüşme vakıasının ispatı konusunda şartlardan vazgeçilmesi gerektiği savunulmuştur¹³³⁰.

Alman hukukunda re' sen isticvaba başvuru için şart olarak görülen başlangıçta bir ihtimalin bulunması ve beyanların kanaat tesis etmeye elverişli olduğunun tespiti, silahların eşitliği ilkesini ihlal etmesi nedeniyle eleştirilmiştir¹³³¹. Bire bir görüşme halinde hakimın sadece tanık dinleyerek kanaate varması mümkün olmamalı, görüşmeye katılan taraf muhakkak re' sen isticvap edilmelidir¹³³². İspat yükünün hem bir tarafa yüklenip hem de delil ikamesinin kısıtlanması adil yargılanma ile bağdaşmamaktadır¹³³³. Başlangıçtaki ihtimal şartı silahların eşitliği ilkesi ile çatışma halindedir¹³³⁴. Bu şartlardan bağımsız olarak tarafın re' sen sorgulanması silahların eşitliği ilkesine hizmet edecektir¹³³⁵.

Karşı ispat bakımından da, bire bir görüşmenin ispat yükünü taşıyan tarafın tanığı ve karşı taraf arasında geçmesi halinde, ispat yükünü taşıyan tarafın tanık veya diğer deliller ile lehine

¹³²⁹ Oberhammer, s. 309; Coester-Waltjen, s. 291.

¹³³⁰ Gehrlein, s. 472; Roth, s. 497; Stein/Jonas/Berger, § 448, kn. 32; Coester-Waltjen, s. 291; Roth, s. 497; Schlosser, EMRK und Waffengleichheit, s. 1405; Wittschier, Entscheidung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, s. 250.

¹³³¹ Schlosser, EMRK und Waffengleichheit, s. 1405; Roth, s. 497; Gehrlein, s. 468; Coester-Waltjen, s. 290; Schöpflin, Die Parteienhörung, s. 2134.

¹³³² Schlosser, EMRK und Waffengleichheit, s. 1405. Zwanziger, s. 777; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Kap. 24, kn. 10; Roth, s. 490, 491.

¹³³³ Schlosser, EMRK und Waffengleichheit, s. 1405.

¹³³⁴ Gehrlein, s. 474.

¹³³⁵ Kwaschik, s. 267; Kocher, s. 1316.

kanaat oluşması durumunda, kanaatin sarsılması için karşı tarafın isticvap edilmesi gerekmektedir¹³³⁶.

Bire bir görüşmenin davanın tarafları arasında gerçekleşmiş olması halinde, tarafların sadece kendi beyanlarına dayanma imkanları bulunduğundan, vakıanın tespiti için isticvap edilmeleri gerekir. Bir görüşe göre bu durumda hakimin her iki tarafı da isticvap etme yükümlülüğü bulunmaktadır¹³³⁷.

Tarafın re' sen isticvap edilmesi çözümüne karşı getirilen eleştirilerden bir tanesi, tarafın deliller açısından daha kötü bir durumda bulunması halinde isticvap edilmesinin zorunluluğunun silahların eşitliği ilkesinden türetilmemesidir. Bir tarafın tanık ileri sürmesi, bunun karşılığında muhakkak diğer tarafın beyanlarının ortaya konması gerekliliğini doğurmaz. Tarafların yapması gereken uyuşmazlıktan önce anlaşmayı yazılı hale getirmek gibi önlemler almaktır¹³³⁸. Tarafın isticvap edilmesi için bire bir görüşme vakiasında da gerekli şartların mahkemece incelenmesi gerekir. Tarafın dinlenilmesi ile bu şartların varlığı tespit edilememişse isticvap edilmez. Yargılamayı kaybetmesinin nedeni silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmesi değil, hakimin -tarafların dinlenilmesini ve yargılama içeriğini- serbestçe değerlendirmesi, tarafın güvenilir olmadığı, beyanlarının sonuç vermeyeceği sonucuna ulaşmasıdır¹³³⁹.

Re' sen isticvabın şarta bağlanmasıyla, tarafın delil olarak ikamesinin genel ve soyut şekilde engellenmediği, delilin ikamesinin şartlara bağlanmasının adaleti temin talebini ve ispat hakkını zedelediği ifade edilmiştir¹³⁴⁰. Tam tersine hakimin tarafsızlığı, bir tarafın ispat külfetinden kurtararak yargılamadaki yük dağılımına müdahale etmesine izin

¹³³⁶ Stein/Jonas/**Berger**, § 448, kn. 32. *Kwaschik*, karşı tarafın delil ikamesinden önce ve sonra dinlenilmesine göre bir ayırım yapmıştır. Karşı tarafın sübjektif ispat yükü kendisine geçmeden önce, yani asıl delilin toplanmasından ve değerlendirilmesinden önce dinlenilmesi halinde isticvap delilinin uygunluğu hakkında kanaat oluşabilir veya asıl delilin kanaat oluşturmada engelleyebilir. Böylece ispat hakkı ve silahların eşitliği gerçekleştirilmiş olur. Eğer asıl ispat ile kanaat oluşmasından önce dinlenilmezse, sonra dinlenirse veya hiç dinlenilmezse sübjektif ispat yükünü gerçekleştirmek için kendisine imkan verilmelidir ki bu sadece re' sen isticvabı ile mümkün olabilir (**Kwaschik**, s. 276).

¹³³⁷ **Roth**, s. 497 (Tarafları isticvap edip etmeme, hangi tarafı isticvap etme gibi takdirlere yer kalmamıştır.); BGH NJW 2012, 1889, 1890.

Aksi yönde: Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 448, kn. 39 (Tarafların isticvap edilemeyeceğini, sadece dinlenebileceğini belirtmiştir).

¹³³⁸ Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 448, kn. 33.

¹³³⁹ Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 448, kn. 36.

¹³⁴⁰ Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 448, kn. 32.

vermemektedir¹³⁴¹. Bir tarafın ispat güçlüğü içinde olması, diğer tarafa karşı avantajlı hale getirilmesini meşru kılmaz¹³⁴².

Son olarak re' sen istievaptan farklı bir çözüm olarak ispat yükünün tersine çevrilmesi gösterilmiştir. Bire bir görüşmelerdeki ispat güçlüğü ve silahların eşitliği ilkesinin ihlalinin bu yolla aşılabileceği ifade edilmiştir¹³⁴³. Doktor hasta arasındaki görüşmeler, banka görüşmeleri, işçi işveren görüşmeleri örnek olarak verilmiştir.

4. Değerlendirme

Taraflar arasında, taraf ile üçüncü kişi arasında veya taraflar ile birlikte üçüncü kişi arasında geçen görüşmelerin ispatı faaliyetinde ispat güçlüğü karşımıza çıkmaktadır. Bu ispat güçlüğü ispat faaliyetinde tarafın kendi beyanlarından başka delil ikame edememesi sebebiyledir. Taraf beyanının şarta bağlanması ve sınırlandırılması nedeniyle delil ikame yükünü yerine getiremeyen taraf yargılamayı başlamadan kaybetmektedir. İHAM kararında da görüldüğü gibi tarafın kendi beyanlarını lehine kullanamaması ancak karşı tarafın beyanlarına veya tanığına başvurulabilmesi ispat faaliyetinde silahların eşitliği ilkesini ihlal etmektedir. Özellikle işçi-işveren görüşmelerinde, aile hukukunda eşler arasındaki görüşmelerde veya sözlü olarak yapılan sözleşmelerde bu ispat problemlerinin sıkça karşımıza çıkması mümkündür¹³⁴⁴. Taraf beyanına güvenilmemesi ve delil olmaksızın taraf beyanının dikkate alınmak istenmemesi problemin temelidir.

Delil olarak görülen taraf beyanının ikamesinin sınırlandırılması (Alman hukukunda olduğu gibi ya da Türk hukukunda ispat yüküne bağlanması gibi) veya taraf beyanının delil olarak görülmemesi nedeniyle sübjektif ispat yükünün yerine getirilmemesi nedeniyle delil değerlendirmesinin yapılamaması (Türk hukukunda olduğu gibi) çözüm üretimini gerekli kılmaktadır. Taraf beyanının delil değerlendirmesinde dikkate alınması için başka delillerle belli bir kanaatin oluşturulması veya tarafın kendi lehine beyanlarına başvurulmaması ise sorunun kendisidir.

Çözüm için taraf beyanının herhangi bir şekilde yargılamaya dahil edilmesi yeterli değildir. Kurumların belli fonksiyonları vardır ve ispat fonksiyonu olmayan beyanların

¹³⁴¹ Schmidt-Schondorf, Sibylle, Menschenrechte im Zivilprozeß, JR 1996, 268-269, s. 269.

¹³⁴² Wiczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 448, kn. 32.

¹³⁴³ Schmidt-Schondorf, s. 269.

¹³⁴⁴ Weibel, s. 233.

delillerin değerlendirilmesinde kullanılarak kanaat tesis etmesi mümkün değildir. Bu sebeple tarafların dinlenilmesinin fonksiyonu genişletilerek veya doğrudan delil kabul edilerek tarafın delil ikamesi sağlanamaz. Tarafın lehine beyanlarının tarafların dinlenilmesi ile alınması ispat faaliyeti açısından sonuç doğurmayacaktır.

Taraf beyanının isticvap vasıtasıyla edinilmesi delil olarak kabul edilmediğinde ispat güçlüğü içindeki tarafın sübjektif ispat yükünü yerine getirmesi imkansızdır. Delil ikame edemediği için ispatsızlık sonucu ile karşı karşıya kalacaktır. İsticvabın ispat aracı olduğu kabul edilse dahi tarafın lehine vakıa için isticvabını talep etmesi, lehe beyanların amalanmaması nedeniyle engellenmektedir. O halde ispat faaliyetinde silahların eşitliği ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için tarafın veya hakimin diğer delillerin ikamesi gerekmeksizin ve ispat yükünden bağımsız olarak isticvaba başvurabilmesi gerekmektedir.

§ 7. İSTİCVAP USULÜ

I. Genel Olarak

İsticvap usulüyle ilgili hem İsviçre hukukunda (sZPO Art. 193) hem de Alman hukukunda (dZPO § 451) tanığın dinlenilmesi ile ilgili usule atıf yapılmaktadır. İsviçre hukukunda tutanak ile ilgili husus tanık beyanlarının tutanağa geçirilmesi ile ilgili Art. 176'ya atıf yapılarak düzenlenmiştir. Buna göre beyanların esaslı kısımları tutanağa yazılacaktır ve tanığa okunarak veya okumasına imkan verilerek imzalatırılacaktır. Aynı zamanda tarafın yöneltmek istediği ancak reddedilen sorular da tutanakta yer alacaktır. Tutanaktaki beyanlar ek olarak yardımcı teknik araçlar ile kayıt altına alınabilecektir. Alman hukukunda istinabe ile tanığın dinlenilmesi, dinlenilmeden önce tanığın gerçeği söyleme hususunda uyarılması, dinlemenin tanığın adının, soyadının, yaşının, mesguliyetinin, yaşadığı yerin sorulmasıyla başlayacağı, sorgulamanın konusu ve şekli, tarafların soru sorma hakkı, tekraren veya genişletici sorgulama konularında tanıkların dinlenilmesine atıfta bulunulmuştur.

Hukukumuzda da m. 249, m. 250 ve m. 259-263 tanıklığa ilişkin hükümlerdir ve isticvap için de gerektiğinde uygulanabilecektir (m. 175). Tarafın beyanlarının alınması ile ilgili bazı noktalarda tanığın dinlenilmesine dair maddelere atıf yapılmasının sebebi, tarafın kendi ile ilgili vakıada kendisinin tanığı olmasıdır. Alman hukukunda daha geniş bir alanda tanıklığa ilişkin hükümlerden faydalanılmışken, İsviçre hukukunda sadece tutanak tutulması yer bulmuştur. Hukukumuzda sır ve menfaat nedeniyle tanıklıktan çekinme, tanığın dinleneceği yer ve istinabe ile dinlenilmesi, tanığın dinlenilmeden önce konu ile ilgili bilgilendirilmesi, tanığın dinlenme şekli, taraf veya vekilinin tanığa müdahalesinin yasak olması, tercüman bulundurulması ve sağır-dilsiz kişilerin dinlenilmesi konularında isticvap için atıf yapılmıştır.

II. İsticvap Kararı

Tarafın talebi ile veya re' sen isticvabın uygulanabilmesi için öncelikle mahkemenin isticvap kararı vermesi gerekmektedir¹³⁴⁵. Bu karar uyuşmazlığı sonlandırmayan ancak

¹³⁴⁵ Yargıtay 11. H.D. E. 2021/5091 K. 2022/6381 T. 28.9.2022: “Davacı vekili delil listesinde isticvap deliline de dayanmış olup, duruşmada her iki davalıya isticvap davetiyesi gönderilmesini talep etmiş, mahkemece kurulan ara kararda bu talebin bir sonraki celse değerlendirileceği kararlaştırıldığı halde, bu hususta herhangi bir karar verilmeden davanın reddine karar verilmiştir. Bu durumda, mahkemece 6100 sayılı HMK’nın 169. ve devamı maddeleri uyarınca davalıların isticvabı talebi hakkında da bir karar verilmeden davanın reddi doğru görülmemiş kararın bu yönden de bozulması gerekmiştir.” (Lexpera).

uyuşmazlığın çözümü için yargılamayı ilerleten bir ara karar olarak nitelendirilmelidir. Ara karar olması sebebiyle isticvap kararından gerçekleştirilmedikçe dönülebilir¹³⁴⁶.

İsticvap kararının ve taraf beyanının isticvap vasıtası ile alınmasının davanın hangi aşamalarında mümkün olduğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre davanın her aşamasında isticvap kararı verilebilirken¹³⁴⁷, diğer görüşe göre sadece tahkikat aşamasında isticvaba başvurulabilir¹³⁴⁸. Kanaatimizce isticvabın amacı ve niteliği gereği sadece tahkikat aşamasında başvurulabilecek bir kurum olduğunun kabulü gerekmektedir. Dilekçeler aşamasında vakıaların, delillerin ve talep sonucunun mahkeme ve karşı tarafın bilgisine sunulması işlemleri gerçekleşmektedir. Ön inceleme aşamasında uyuşmazlığın belirlemesi ve netleştirilmesi, eksik hususların tamamlanması amaçlanmaktadır. Sözlü yargılamada ise tarafın beyan hakkı bulunmakla birlikte tahkikat bitmiştir ve vakıanın ortaya konmasıyla ilgili bir işlem yapılmamaktadır. Görüldüğü gibi sadece tahkikat aşamasında ispat faaliyeti gerçekleşmektedir ve tarafın beyanına bu amaçla başvurulduğundan isticvabın tahkikat aşamasında yapılması beklenen sonucu doğurabilecektir. Dolayısıyla isticvap kararı davanın her aşamasında alınamayacak tahkikat aşamasında isticvaba karar verilebilecektir.

Taraflar duruşmada hazır bulunsa bile isticvap kararı belirtilmelidir ve tutanağa geçirilmelidir. Zira tarafın beyanlarının özel bir usulle alınması ve ikrar söz konusudur¹³⁴⁹. Örneğin tarafın, tarafların dinlenilmesinden farklı olduğu ve ikrar sonucu doğurabileceği hakkında bilgi sahibi olunabilmesi için isticvap kapsamında dinlenildiğini bilmesi gerekir. Karar olmaksızın tarafın isticvap edilmesi sonuç doğurmaz ve isticvap sonuçlarının doğduğunun kabul edilmesi yargılama hatası teşkil eder¹³⁵⁰.

Kararda öncelikle isticvap edilecek taraf veya tarafların, isticvap konusunun¹³⁵¹, isticvabın yeri ve zamanının, istinabe ile yapılacaksa bunun ve son olarak kararın gerekçesinin yer alması düşünülebilir. Özellikle tarafın tüzel kişi olması halinde isticvap edilecek yetkilinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

¹³⁴⁶ **Tercan**, s. 220.

¹³⁴⁷ **Tercan**, s. 219.

¹³⁴⁸ **Yıldırım**, Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler, s. 483; **Pekcanitez/Özkes**, C. II, s. 1380; **Tanrıver**, C. I, s. 785.

¹³⁴⁹ Stein/Jonas/**Berger**, § 450, kn. 1.

¹³⁵⁰ Stein/Jonas/**Berger**, § 450, kn. 2.

¹³⁵¹ Tarafın hazırlanmasını engellemek adına Fransız hukukunda olduğu gibi isticvap konusunun belirtilmemesinin daha isabetli olduğuna dair bkz. **Namlı**, İsticvap, s. 108.

Taraflardan birinin isticvap talep etmesi hakimi bağlamamaktadır ve talebin reddine karar verilebilir. Talebin ret sebebi kararda mutlaka belirtilmelidir. Bu ret kararına karşı, hükümle birlikte kanun yoluna gidilebilir, kararın sebebi kanun yoluna başvuruyu gerekçelendirmek adına önem taşımaktadır. Diğer yönden isticvap talebinin kabul edilmesi veya re’ sen isticvaba karar verilmesi halinde de kararın sebepleri belirtilmelidir. Nitekim isticvap kararına karşı da kanun yolunda itiraz sebepleri ileri sürülebilir.

İsticvap talebinin reddi kararı veya isticvap kararının gerekçelendirilmesi ret sebebinin veya isticvap kararı verilmesi sebeplerinin ayrıntılı olarak gösterilmesine bağlıdır. Kararda isticvap konusunun belirtilmesinin yanında tarafın beyanının alınması ihtiyacının nedeni ve davaya ne şekilde katkı sağlayabileceği/sağlayamayacağı hususları belirtilmelidir¹³⁵².

Kararın gerekçesinin yanında örneğin tek bir tarafın isticvap edilmesinin nedenleri üzerinde de durulmalıdır. Böylece karşı tarafın isticvap talebinin reddedilmesi veya karşı tarafın re’ sen isticvap edilmemesine karşı kanun yolunda denetim yapılabilecektir.

Uyarıların davetiyeden önce kararda belirtilmesi gerektiği savunulmaktadır¹³⁵³. Kanaatimizce bu uyarıların kararda yer almasının dayanağı bulunmamaktadır. Tarafların hazır bulunması ile isticvabın aynı duruşmada yapılacak olması halinde uyarılar isticvaba başlamadan önce yapılabilir ve tutanağa geçirilebilir.

III. Tarafın Sorgulanması

A. Tarafın Davet Edilmesi

İsticvap kararı verildikten sonra duruşmada hazır bulunmayan tarafın veya tarafların davet edilmesi gerekmektedir. Sorgulamanın gerçekleştirileceği gün ve saat, ayrıca nerede gerçekleştirileceği davetiyede yer alır. Bunun yanında kanun metninde ifade edildiği gibi isticvap konusu davetiyede esas olarak belirtilir (m. 171/1). Tarafın sorgulanacağı konunun sınırlandırılarak bildirilmesi önem taşımaktadır¹³⁵⁴. Ancak sorulacak soruların tarafa davetiye

¹³⁵² Yargıtay 1. H.D. E. 2022/773 K. 2022/3478 T. 25.04.2022: “Mahkemece isticvap talebi gerekçe gösterilmeksizin reddedilerek karar verildiği anlaşılmıştır.” (Legalbank).

¹³⁵³ Tercan, s. 229.

¹³⁵⁴ Wiczeorek/Schütze/ Völzmann-Stickelbrock, § 450, kn. 5.

Yargıtay 11. H.D. E. 2020/5275 K. 2021/651 T. 1.2.2021: “Davalı ... yönünden, davalı icra takibine konu genel kredi sözleşmesindeki kefalet kısmındaki imzanın kendisine ait olmadığını belirtmiş olup mahkemece, davalıya HMK’nın 211, 169. maddeleri uyarınca imza incelemesi için mahkemede hazır bulunması için isticvap davetiyesi çıkarılmıştır. Ancak HMK’nın 171. maddesinde isticvap olunanın davet usulü belirtilmiş olup, bu maddeye göre isticvaba konu vakıaların açıkça gösterilmesi, sahteliği iddia olunan belgenin açıkça yazılması ve imzasına itiraz edilen belgenin eklenerek ihtaratlı isticvap davetisiyesi gönderilmesi gerekirken, HMK’nın 211, 169 ve 171.

ile bildirilmesi düzenlenmemiştir, kurumun niteliği gereği uygun da olmayacaktır. Zira tarafın vakia ile ilgili gerçek bilgisine ulaşmak amacıyla yazılı not dahi kullanmasına müsaade edilmezken, soruların önceden bildirilmesi ile cevaplarını yararına olacak şekilde hazırlamasına fırsat vermek bağdaşmayacaktır.

İsticvap konusunun açıkça belirtilmesinin¹³⁵⁵ yanında ilgili belgelerin belirtilmesi ve davetiyeye eklenmesi gerekir¹³⁵⁶. Tarafın duruşma sırasında belgeden haberdar olması veya belgeyi ancak duruşmada inceleme imkanına kavuşması süreci yavaşlatacaktır ve tarafın ihtiyacı varsa belge ile ilgili bilgi edinmesini zorlaştıracaktır.

Davetiyede tarafın bilgilendirilmesinin yanında uyarıların yapılması da öngörülmüştür (m. 171/1). Tarafın sorgulanacağı duruşmaya geçerli bir özrü olmaksızın gelmemesi yahut duruşmaya gelerek soruları cevapsız bırakması halinde ikrar sonucunun doğacağı ihtar yapılır. Böylece tarafın sergileyebileceği davranış ve bu davranışın sonuçları önceden kendisine bildirilerek kurumdan beklenen sonuçların doğması sağlanacaktır. Nitekim davetiyeye ilgili maddenin ikinci fıkrasında, çağrılan tarafın özürsüz olarak gelmediği veya gelip de soruları

maddelerine uygun isticvap davetiyesi tebliğ edilmemiş olması nedeniyle usulsüz isticvap davetiyesinin hükme esas alınarak bu davalı hakkında yazılı gerekçeyle karar verilmesinde isabet görülmemiştir.” (Lexpera).

Yargıtay 19. HD. E. 2019 / 1118 K. 2019 / 5331 T. 27.11.2019: “Dava istirdat istemine ilişkindir. Mahkemece davalıya çıkartılan isticvap davetiyesinin tebliğine rağmen davalının duruşmaya gelmemesi nedeniyle isticvaba konu vakiaları ikrar etmiş sayılacağı kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmiştir. H.M.K. m. 169 v.d. maddeleri uyarınca isticvap davanın temelini oluşturan vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar hakkında olması gerekir. Mahkemece davacı tarafından verilen 23.11.2015 tarihli dilekçedeki sorulan hususlar isticvap davetiyesi yoluyla tebliğe çıkarılmışsa da, öncelikle mahkemece isticvap konusu vakıaların bizzat belirlenmesi gerekir. Davalı tarafından verilen dilekçenin isticvap davetiyesi yoluyla gönderilmesi yerinde olmadığı gibi, davacı tarafından verilen isticvap dilekçesindeki, isticvap konusu hususlar H.M.K’nun 169 ve 171. maddesindeki içeriğe uygun değildir.” (hukuktürk.com).

Yargıtay HGK E. 2017 / 829 K. 2020 / 471 T. 24.06.2020: “Talimat mahkemesince davacı şirket yetkilisine çıkarılan tebligatta, isticvaba konu “senet örneği” yerine “mutabakat belgesi” bulunduğu yazıldığı anlaşıldığı karşısında, çıkarılan isticvap davetiyesinin usulsüz olduğunun kabulü gerekir.” (hukuktürk.com).

¹³⁵⁵ Yargıtay 6. H.D. E. 2021/4114 K. 2022/4065 T. 13.09.2022: “HMK’nın 171. maddesinde; isticvap olunanın davet usulü belirtilmiş olup, bu maddeye göre isticvaba konu vakıaların açıkça gösterilmesi, ödeme yapıldığı iddia olunan belgelerin açıkça yazılması ve isticvap edilecek belgelerin eklenerek gelinmemesi halinde sonuçlarını hatırlatan ihtaratlı isticvap davetiyesi gönderilmesi gerekirken, tebligat içeriğinde ve tebligata ekli 16.10.2019 tarihli ek kararda ihtarat bulunmadığı, isticvaba konu vakıaların açıkça gösterilmediği anlaşıldığından usulsüz isticvap davetiyesinin hükme esas alınarak davalı-karşı davacı hakkında yazılı gerekçeyle karar verilmesinde isabet görülmemiştir.” (Legalbank).

¹³⁵⁶ Yılmaz, C. III, s. 3354.

Yargıtay 11 H.D. E. 2020/5275 K. 2021/651 T. 1.2.2021: “Ancak HMK’nın 171. maddesinde isticvap olunanın davet usulü belirtilmiş olup, bu maddeye göre isticvaba konu vakıaların açıkça gösterilmesi, sahteliği iddia olunan belgenin açıkça yazılması ve imzasına itiraz edilen belgenin eklenerek ihtaratlı isticvap davetiyesi gönderilmesi gerekirken, HMK’nın 211, 169 ve 171. maddelerine uygun isticvap davetiyesi tebliğ edilmemiş olması nedeniyle usulsüz isticvap davetiyesinin hükme esas alınarak bu davalı hakkında yazılı gerekçeyle karar verilmesinde isabet görülmemiştir.” (Kazancı İBB).

İstanbul BAM 12. H.D. E. 2018/723 K. 2020/153 T. 06.02.2020: “... ayrıca davetiyeye ekinde sözleşmenin bulunup bulunmadığı belirtilmemiş olup, bu haliyle isticvabın usulüne uygun olmadığına kabulü gerekmiştir.” (Legalbank).

cevapsız bıraktığı takdirde, mahkemece sorulan vakıaların ikrar edilmiş sayılacağı ifade edilmiştir (m. 171/2). Bu ihtarın bulunmadığı bir isticvap davetiyesinin mevcudiyetinde, tarafın mazeretsiz olarak gelmemesi veya gelip de sorulara cevap vermemesi ikrar sonucunu doğurmaz. Hatta söz konusu ihtarın isticvap konusu vakıa özelinde ayrıntısı ile belirtilmesi ve ikrar sonucunun hangi vakıa bakımından doğacağına açıkça yazılması gerekmektedir¹³⁵⁷.

Davetiyenin içeriğinde isticvaba re' sen veya taraf talebi ile karar verildiği ayrıca belirtilmelidir¹³⁵⁸. Bu husus karşı tarafın isticvap sırasında sormak istediği soruları hazırlamasında veya isticvap duruşmasına katılmasında belirleyici olabilir. Ayrıca isticvap kararı ile ilgili kanun yolunda bir itiraz sebebi kararın verilmiş şekline dayandırılabilir.

Tarafın yargı çevresi dışında bulunması nedeniyle e-duruşma sistemi ile isticvabın yapılmasına karar verilmesi halinde bu kararın ve tarafın duruşmaya ne şekilde katılacağı davetiyede yer almalıdır (Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik m. 10/4).

Her ne kadar maddede duruşmada hazır bulunan taraf ile ilgili bir belirleme yapılmamış olsa da isticvap edilecek tarafın isticvap kararının verildiği duruşmada hazır bulunması halinde davetiye ile ayrıca davet edilmesine gerek bulunmadığı kabul edilmelidir¹³⁵⁹. Bir görüşe göre bu halde isticvap kararının alındığı duruşmada hazır bulunan tarafın isticvabı dahi gerçekleştirilebilir¹³⁶⁰. Kanaatimizce tek tarafın isticvap edilmesi kararının alınması halinde, isticvap edilecek tarafın duruşmada hazır bulunması kadar karşı tarafın da bu karardan haberdar olarak sorgulama sırasında hazır bulunması önem arz etmektedir. Zira karşı tarafın soru sorma hakkı mevcuttur ve bu hakkını gerçekleştirebilmesi için mevcudiyeti gerekmektedir. Bu

¹³⁵⁷ Yargıtay 13. H.D. E. 2015/11329 K. 2017/1116 T. 1.2.2017: “Oysa, davalıya gönderilen isticvap davetiyesi incelendiğinde, davetiye üzerinde “Mahkememizce davaya konu senetler altındaki imzanın kendinize ait olup olmadığı konusunda isticvabınıza karar verilmiş olup belirtilen gün ve saatte özürsüz olarak gelmediğiniz ya da gelip de sorulan sorulara cevap vermediğiniz takdirde sorulan soruları ikrar etmiş sayılacağınız hususu HMK’nın 171. maddesi hükümlerine göre ihtar ve tebliğ olunur.” şerhi bulunmaktadır. Bu şerhin HMK’nın 171. maddesinde düzenlenen usule uygun olmadığı değerlendirilmiştir. Davalıya gönderilecek davetiyede, belirtilen günde özürsüz olarak gelinmediği veya gelindiği halde sorulan sorular yanıtlanmadığı takdirde, veresiye fişlerinin altındaki imzaların davalıya ait olduğunun ve davacının iddialarının doğru kabul edileceğinin belirtilmesi gerekir.” (Kazancı İBB).

¹³⁵⁸ MüKo ZPO/**Schreiber**, § 450, kn. 2.

¹³⁵⁹ Stein/Jonas/**Berger**, § 450, kn. 5.

¹³⁶⁰ Pekcanitez/**Özkes**, C. II, s. 1388; **Kuru**, C. I, s. 606.

Yargıtay HGK E. HGK 2009 / 477 K. 2009 / 546 T. 18.11.2009 “...taraf davayı kendisi takip ediyor ve yüzüne karşı isticvabına karar verilmiş ise, davet edilmesine gerek yoktur, hemen tarafın isticvabına geçilir.” (hukuktürk.com).

nedenle isticvap kararının alındığı duruşmada sorgulamanın yapılması her iki tarafın da hazır bulunması şartına bağlanmalıdır¹³⁶¹.

Tarafın avukat ile temsil edilmesi halinde tebligatların avukata yapılması esastır (Tebliğat Kanunu m. 11/1). Ancak tebligatın bizzat tarafın kendisine yapılması gereken hallerde tebligatın vekile yapılması sonuç doğurmayacaktır¹³⁶². Kişiye sıkı sıkıya bağlı işlemleri ilgilendiren konularda vekile tebligat yerine müvekkile tebligatın yapılması gerekmektedir¹³⁶³. İsticvapta tarafın beyanlarının alınması esas olduğundan ve vekilin taraf yerine sorgulanması mümkün olmadığından isticvap da kişiye sıkı sıkıya bağlı işlemlerden sayılmalıdır ve isticvap davetiyesi tarafın kendisine gönderilmelidir¹³⁶⁴. Asıl olarak bu belirlemeye gerek kalmadan dahi 171. maddenin ilk cümlesinden yola çıkılarak isticvap olunacak kişiye bizzat davetiye gönderilmesinin belirtilmesi yeterlidir.

Tüzel kişinin taraf olması ve hakkında isticvap kararı verilmesi halinde davetiyenin tüzel kişiye gönderilmesi gerekir. Şirketi temsile yetkili kişi veya ortaklara gönderilen davetiye isticvabın gerçekleşmesine engeldir¹³⁶⁵.

İsticvabın istinabe yoluyla gerçekleştirilmesi ihtimalinde davetiyenin isticvabı gerçekleştirecek mahkemece gönderilmesi gerekmektedir¹³⁶⁶. İstinabe olunan mahkemenin de

¹³⁶¹ Aynı yönde bkz. **Tercan**, s. 234.

¹³⁶² Tebligat Kanunu m. 11/2 tarafın bizzat kendisine tebligat yapılması gereken hallerde kanuni temsilciye tebligat yapılmayacağını düzenlemiştir. Ancak bu düzenlemenin iradi temsilciyi de kapsamaması gerektiği kabul edilmektedir. **Yılmaz**, Ejder/**Çağlar**, Tacar, Tebligat Hukuku, Ankara 2013, s. 233; **Özbay**, İbrahim/**Yardımcı**, Taner Emre, Tebligat Hukuku, Ankara 2021, s. 57.

Pekcanitez/Özekes, C. II, s. 1387.

Yargıtay HGK E. 2017/437 K. 2018/669 T. 4.4.2018: “Somut olayda olduğu gibi yargılama, isticvabına karar verilen tarafın yokluğunda devam etmekte olsa bile, o tarafa isticvap davetiyesi gönderilebilir.” (Lexpera).

Yargıtay 6. H.D. E. 2012/15586 K. 2012/17486 T. 26.12.2012: “İsticvap olunacak kişinin vekiline, müvekkilini hazır etmesi için mehil verilmesi vekilin müvekkilini hazır etmemesi, yahut edememesi durumunda, isticvap edilenin hazır olmadığından bahisle, isticvap edilen hususları kabul etmiş sayıldığı kabul edilemez.” (Lexpera).

¹³⁶³ **Özbay/Yardımcı**, s. 58.

¹³⁶⁴ **Yılmaz/Çağlar**, s. 234; Stein/Jonas/**Berger**, § 450, kn. 6.

Yargıtay 9. H.D. E. 2022/10615 K. 2022/10571 T. 27.9.2022: “Ancak isticvap, yemin gibi şahsa bağlı işlemlerde, tebligatın vekile değil, bizzat bu işlemi yapacak asıla yapılması yasal zorunluluktur.” (Lexpera).

Yargıtay 11. H.D., E. 2021/3600 K. 2022/7644 T. 1.11.2022: “hem davalı asile çıkartılan bu isticvap davetiyesi hem de vekile çıkartılan bildirime rağmen davalı ve vekilinin duruşmaya katılmadıkları...” (Lexpera).

¹³⁶⁵ İstanbul BAM 12. H.D. E. 2018/723 K. 2020/153 T. 06.02.2020: “HMK 170.m. uyarınca tüzel kişiler adına, temsil yetkisine sahip kimseler isticvap olunur ise de, isticvap davetiyesinin tüzelkişi unvan ve adresi belirtilerek düzenlenmesi gerekir. Ne var ki ilk derece mahkemesince davalı şirketin isticvabı yönünden isticvap davetiyesi şirket yerine yetkilisi ile ortağının isim ve adreslerine düzenlenerek gönderilmiş, ayrıca davetiye ekinde sözleşmenin bulunup bulunmadığı belirtilmemiş olup, bu haliyle isticvabın usulüne uygun olmadığına kabulü gerekmiştir.” (Legalbank).

¹³⁶⁶ **Pekcanitez/Özekes**, C. II, s. 1389.

aynı şekilde davetiyede yer alması gereken hususlara yer vermesi, isticvap konusunu belirtmesi ve belgeleri eklemesi şarttır.

B. Sorgulamanın Yeri

Tarafın isticvap yolu ile beyanlarına başvurulmasında genel kural sorgulamanın mahkemede gerçekleştirilmesidir. Tarafların hazır bulunması halinde söz konusu duruşmada mahkemede tarafın beyanları alınabilir veya davetiye ile belirlenen zamanda mahkemede gerçekleştirilebilir. Ancak sorgulanmak istenen tarafın mahkemeye erişimi, yaşadığı yerin mahkemenin yargı çevresinden farklı bir yerde olması veya hastalık, engellilik gibi sebeplerle kısıtlı olabilir. Bunun yanında vakıanın ortaya konabilmesi için tarafın beyanlarının mahkeme dışında vakıa ile ilgisi bulunan yerde alınması önem taşıyabilir¹³⁶⁷. Bu hallerde 175. maddenin atfı ile tanıkların mahkemede dinlenilmesini düzenleyen 259. maddeye başvurulabilir.

Olayın gerçekleştiği veya sorgulama konusu şeyin bulunduğu yerde isticvabın yapılması mümkündür (m. 259/2). Bu keşif yolu ile yapılabileceği gibi sadece tarafın isticvap edilmesi amacıyla vakıayla ilgili yerde sorgulama yapılabilir.

İsticvap edilecek tarafın hasta veya engelli olması sebebiyle mahkemeye gelemeyecek olması halinde bulunduğu yerde sorgulanması mümkündür (m. 172/2). Bulunduğu yerde sorgulamanın bizzat yapılabilmesi mümkün iken ses ve görüntü nakliyle duruşma icrası ile tarafın bulunduğu yerden e-duruşma ile duruşmaya katılmasına da karar verilebilir (HMK m. 149; Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik¹³⁶⁸ m. 11/4).

Son olarak tarafın mahkemenin yargı çevresi dışında bulunması hali, isticvabın istinabe yolu ile yapılabilmesini sağlamaktadır (m. 172/1)¹³⁶⁹. Tarafa gönderilen davetiye istinabe edilen mahkeme tarafından çıkarılır ve davetiyede yer alması gereken hususlar, isticvap konusu, ihtarlar, yer ve zaman gibi, belirtilir. Davetiyede üzerinde durulduğu gibi soruların istinabede de davetiyede yer almaması gerekir.

¹³⁶⁷ DIKE Komm. ZPO/*Müller*, Art. 191, kn. 28.

¹³⁶⁸ 30.06.2021 tarihli ve 31527 sayılı Resmî Gazete.

¹³⁶⁹ Yargıtay 23. HD. E. 2011/1855 K. 2011/742 T. 03.10.2011: “Somut olayda, mahkemece davacılar K3, K4, K5 ve K6 için Adana; K7 için Mersin; K8 için ise Erdemli adliyelerinin yargı çevresinde bulunan adreslerine isticvap davetiyesi çıkarılmıştır. Oysa, HMK' nun 172 nci maddesi nazara alınıp, Mahkeme'nin yargı çevresi dışında oturan davacıların isticvabı için istinabe yoluna başvurulması gerekirken...” (Lexpera).

İstinabe ile isticvabın, tarafın mahkemenin yargı çevresinde oturmaması nedeniyle gerçekleştirileceği Kanunda açıkça belirtilmiştir (m. 172/1). İsticvapla ilgili maddede “isticvap olunur” ifadesine karşılık atıf yapılan tanıkla ilgili maddede “karar verilebilir” (m. 259/4) denilerek istinabe yoluyla sorgulanma hakimın takdirine bırakılmış gibi görünmektedir. Bu nedenle tarafın mahkemenin yargı çevresi dışında oturması halinde istinabenin zorunlu olması veya hakimın takdirine bırakılması üzerinde durulmalıdır¹³⁷⁰. Burada karşı karşıya kalan iki nokta bulunmaktadır. İlki isticvabın niteliği gereği hakim ile tarafın yüz yüze iletişim içinde olmasının önemi, istinabe edilen mahkemenin dava dosyasının tümüne hakim olmaması ve bu nedenle soruları ile istenilen bilgilere ulaşamama ihtimalinin yüksek olmasıdır. Bunun karşısında ise tarafın istinabe sebebiyle başka bir yerdeki mahkemeye gitmek zorunda bırakılmaması ve kanunun verdiği imkanın kullanılarak istinabe yoluyla sorgulamanın gerçekleştirilmesi bulunmaktadır¹³⁷¹. Tarafın beyanı ile ulaşılmak istenen bilginin gerçekleştirilmesi karşısında tarafın mahkemeye erişim kolaylığının tercih edilmesi kanaatimizce doğru olmayacaktır. Bu nedenle Kanunda yer alan istinabe imkanı hakimın takdirine bırakılmış olarak değerlendirilmelidir¹³⁷².

İstinabe ile isticvabın gerçekleştirilmesi, sorgulamayı yapacak hakimın davaya hakim olmaması ve sadece kendisine verilen soruları sorarak ve tarafın beyanlarına göre genişletici sorular sormayacak olması nedeniyle dezavantajlıdır¹³⁷³. Sonuçta tarafla ilk defa karşı karşıya gelmiştir ve davanın gelişiminden ancak dosya üzerinden haberdar olacaktır. Kendisine verilen sorularla yetinmesi, beyanların gelişimine göre sonuç verecek sorgulamayı gerçekleştirilememesi olasıdır. Delillerin değerlendirilmesinde ve hakimın dava ile ilgili kanaat

¹³⁷⁰ Yargıtay 23. HD E. 2011 / 1855 K. 2011 / 742 T. 3.10.2011: “Somut olayda, mahkemece davacılar Özdemir, Bülent, Nurcan ve Abdullah için Adana; Suat için Mersin; Sultan için ise Erdemli adliyelerinin yargı çevresinde bulunan adreslerine isticvap davetiyesi çıkarılmıştır. Oysa, H.M.K. nun 172. maddesi nazara alınıp, mahkemenin yargı çevresi dışında oturan davacıların isticvabı için istinabe yoluna başvurulması gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.” (hukuktürk.com).

¹³⁷¹ Yargıtay 13. HD E. 2010 / 19209 K. 2011 / 5248 T. 4.04.201: “Dairemizin 2002/4090-5211 tarihli bozma ilamında, davalıların isticvap edilerek sözleşmeye karşı beyanlarının alınmadığı gerekçesiyle, mahkeme kararı bozulmuştur. Bozma ilamından sonra, Almanya’da ikamet eden davalılara Adalet Bakanlığı aracılığı ile çıkartılan isticvap davetiyeleri tebliğ edildiği halde duruşmaya gelmedikleri ve dilekçe de göndermedikleri gerekçesiyle, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Oysa H.U.M.K.nun 232. maddesinde “isticvap olunacak kimsenin bizzat gelmesi lazımdır. Ancak o kimse mahkemenin daire-i kazası haricinde mukim ise, istinabe suretiyle isticvap olunur” hükmü getirilmiştir. Almanya’da ikamet eden davalıların istinabe suretiyle isticvap edilmeleri gerekirken, mahkemece Adalet Bakanlığı ve Frankfurt Başkonsolosluğu kanalı ile isticvap davetiyesi gönderilerek; duruşmaya gelmedikleri, dilekçe de göndermedikleri gerekçesiyle, yazılı şekilde davanın kabulü usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” (hukuktürk.com).

¹³⁷² **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. II, İstanbul 2001, s. 1961; **Tercan**, s. 269; **Namlı**, İsticvap, s. 120.

¹³⁷³ **Unger**, Klaus, Vernehmung per Bildschirm-Telefon?, NJW 1984, 415-417, s. 416.

oluşturmasında doğrudanlık ilkesi ve bu ilkenin aracılığı ile kişisel izlenim elde etmesi önem taşımaktadır¹³⁷⁴.

Tarafın istinabe yoluyla isticvap edilmesine ikinci şart olarak ses ve görüntü nakli yolu ile dinlenemeyecek olmasını gösterebiliriz (m. 172/1)¹³⁷⁵. Kanun metni bunun mümkün olmaması halinde istinabe edilebileceğini belirtmektedir. Tarafın bizzat duruşmaya katılarak sorgulanması mümkün iken video konferans veya istinabe yolu ile isticvabı ise usule aykırıdır. Gerekçede “*İsticvap olunacak kişi, mahkemenin bulunduğu il dışında olur, ses ve görüntü nakline ilişkin tekniklerden yararlanma imkânı da bulunmazsa, istinabe yoluyla isticvap edilir*” denilerek, madde metninde şartlı istinabeyi vurguladığı görülmektedir.

Teknolojik yardımcıların isticvapta kullanılması doğrudanlık ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet edecektir¹³⁷⁶. Ses ve görüntünün aynı anda aktarılacak hakim ile tarafın karşı karşıya gelmesi şekli anlamda doğrudanlığın ihlali olarak görülse de maddi olarak doğrudanlığın ihlal edildiği söylenemez¹³⁷⁷. Hakimin uzaktan da olsa taraf ile temasını sağlayacaktır¹³⁷⁸. Görüntü aktarımı ile isticvabın davaya bakan mahkemece değil, istinabe yolu ile gerçekleştirilmesi halinde davaya hakim olmayan bir hakim tarafından sorgulama ile kurumun amacını gerçekleştirecek beyanlara ulaşamayabilecektir. Ayrıca tarafın beyanları dışındaki davranışlarına kanaat tesisinde ancak istinabe hakiminin tutanakta bunlara yer vermesi halinde dayanılabilecektir. Bunun yanında istinabe yoluyla tarafın sorgulanmasında karşı tarafın veya vekilinin bu duruşmaya katılamama ihtimali yükselmektedir. Bu durumda karşı tarafın soru sorma hakkı zedeleneyecektir¹³⁷⁹. Nitekim 172. maddede istinabe yolu ile isticvabın ancak ses ve görüntü nakli mümkün olmayan hallerde yapılabileceği özellikle belirtilmiştir. Doğrudanlığın gerçekleştirilmesi, isticvabın sonuca ulaşabilmesi ve Kanun’daki düzenlemenin gereği olarak ses ve görüntü yoluyla sorgulamanın istinabeye göre öncelikli olması gerekmektedir¹³⁸⁰ ve kanaatimizce hakim bu konuda takdir hakkı bulunmamaktadır.

¹³⁷⁴ **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 90, 91; **Arslan**, Aziz Serkan, Doğrudanlık İlkesi, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Y. 2014 C. 4 S.2, 133-144, s. 136.

¹³⁷⁵ **Gayretli Aydın**, Seda, Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılması, DEÜHFD Y. 2017 C. 19 Özel Sayı Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 2101-2126, s. 2113. Ön şart olarak görülmesi gerektiğine dair bkz. **Arslan**, A. S., s. 141.

¹³⁷⁶ **Yıldırım**, Avrupa İspat Hukuku Tablosu, s. 802.

¹³⁷⁷ **Arslan**, A. S., s. 139; **Kale**, Serdar, Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (m. 149), Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Y. 2013 C. 9 S. 25, 141-155, s. 144.

¹³⁷⁸ **Yılmaz**, C. III, s. 3056.

¹³⁷⁹ Tanık için bkz. **Unger**, s. 416.

¹³⁸⁰ İstinabeye göre daha “üstün” olduğu yönünde bkz. **Yılmaz**, C. III, s. 3056.

Teknik cihaz yardımı ile isticvabın yapılmasında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, ses naklinin yanında görüntü naklinin gerçekleştirilmesidir¹³⁸¹. İsticvap, hakimın tarafın beyanlarını duyabilmesi ve aynı zamanda tarafı ve hazır bulunduğu çevreyi görmesini gerektirmektedir. Bu doğrudanlık ve delillerin değerlendirilmesi ile ilgilidir¹³⁸². Sadece beyanlarını duyabildiği bir teknik araçla tarafı sorgulaması mümkün olmamalıdır. Görüntü ve sesin aktarıldığı teknik araçlar ile başka bir yerdeki tarafın isticvabının gerçekleştirilmesi mümkün görünmekle birlikte, sistemin işlerliği, ses ve görüntüdeki gecikmelere ve kalitesine büyük oranda bağlıdır¹³⁸³. Bu nedenle beyanların video konferans yoluyla alınması kural olarak mümkün görülmelidir ancak hakim verimli bir iletişim kuramadığı kanaatinde ise yüz yüze isticvabı veya istinabe yoluyla isticvabı muhakkak gerçekleştirmelidir.

Diğer yandan video konferans yönteminin tarafın duruşmaya çağrılarak sorgulanmasına tercih edilemeyeceği söylenmelidir. Tarafın bire bir hakim ile karşı karşıya kalması ile elde edilecek intibainın video konferans vb. usullerle gerçekleştirilmesi zor olacağından¹³⁸⁴, uzaktan sorgulama usulünün genel olarak reddedilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Ayrıca teknik problemlerin tamamen bertaraf edilememesi nedeniyle taraf, katılma hakkının zedelenmesi tehlikesi ile her zaman karşı karşıya kalabilecektir¹³⁸⁵. Kanaatimizce video konferans aracılığıyla tarafın sorgulanması ancak istinabenin mümkün olduğu hallerde başvurulması gereken bir yöntemdir. Nitekim video konferans yolu ile duruşmanın yapılması talebi hakkında hakimın takdir yetkisi bulunmaktadır¹³⁸⁶. Her ne kadar ses ve görüntünün aynı anda aktarılması ile hakim ve taraf sanal olarak karşı karşıya kalacak olsa da hakimın, tarafın tavırlarını ve davranışlarını bire bir görüşmede olduğu gibi değerlendirmesi mümkün olmayacaktır.

¹³⁸¹ **Kale**, Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası, s. 145.

¹³⁸² KuKo ZPO, Art. 171, kn. 10.

¹³⁸³ KuKo ZPO, Art. 171, kn. 11.

¹³⁸⁴ **Kale**, Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası, s. 144.

¹³⁸⁵ **Lorenz**, kn. 343.

¹³⁸⁶ 7251 S. Kanun ile yapılan değişiklikten önce tarafların rızasına bağlanmış olan video konferans yolu ile duruşmanın yapılması tarafların talebine ve rızasına bağlanmıştı (**Kale**, Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası, s. 147). Artık re' sen başvurulabilir veya tarafların talebi mümkündür ancak karar hakimın takdirine bırakılmıştır. Bu da göstermektedir ki hakimın ses ve görüntü nakli ile duruşmanın icrası yerine tarafı mahkemeye davet etmesi mümkündür. Değişiklikten sonra taraflardan birinin rızasıyla tarafların yahut re' sen tanık, bilirkişi yahut uzmanın dinlenilmesine karar verebilmesi mümkün olmuştur: **Varol Karaosmanoğlu**, Gökçe, Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi, AndHD C. 8 S. 1 Ocak 2022, 71-92, s. 84.

Özetlemek gerekirse tarafın mahkemenin yargı çevresi dışında yaşaması halinde hakimin takdir edebileceği üç durum vardır: Tarafı mahkemeye çağırarak sorgulamak, video konferans yolu ile isticvap etmek, istinabe yolu ile isticvaba karar vermek.

Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşmanın icrası 149. maddede yerini almıştır. Kanunun 2020 yılındaki bu düzenlemesi ile teknik araçlardan faydalanılarak uzaktan duruşma yapılabilmesinin desteklendiği anlaşılmaktadır. Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşmanın icrasına ilişkin yönetmelikte özellikle isticvap için belirlemeler yapılmıştır.

Yönetmeliğe göre öncelikle görüntünün ilgilinin yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye; ses, ilgilinin duygularını anlamaya, söylediklerini anlaşılır ve net şekilde dinlemeye imkân verecek nitelikte olmasına vurgu yapılmaktadır. İsticvapta tarafın sadece beyanları değil ses tonu, mimikleri, davranışları önem arz ettiğinden görüntü ve ses nakli ile dinlenilmesi için teknik arızalar ve yetersizliklerin önü bu şekilde kesilmeye çalışılmıştır. Sadece tarafın değil, tarafın dinlendiği yerin tüm açılardan görülebilmesi, tarafın etki altında olup olmadığının veya yazılı notlardan yararlanmadığının kontrolü açısından önem taşımaktadır¹³⁸⁷.

Yargı çevresi dışında oturan tarafın istinabe ile dinlenilmesinin ön şartı olarak ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmanın gerçekleştirilmemesini kabul etmiştik. Nitekim Yönetmelikte bu halde öncelikle e-duruşma sistemi ile isticvabın gerçekleştirileceği vurgulanmıştır (Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik m. 10/3).

İsticvabın mahkeme dışında veya istinabe yolu ile gerçekleştirilmesinde üzerinde durulması gereken husus, karşı tarafın da istinabe yeri ve zamanı konusunda bilgi sahibi olmasıdır. Sorgulanmayacak tarafın katılma hakkı muhakkak sağlanmalıdır¹³⁸⁸. Bunun sağlanması için karşı tarafa da davetiye dahi gönderilebilir¹³⁸⁹.

¹³⁸⁷ Varol Karaosmanoğlu, s. 79.

¹³⁸⁸ Lorenz, kn. 344.

¹³⁸⁹ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. II, s. 1962.

C. Sorgulamanın Zamanı

Delillerin sıralaması konusunda hakimın takdir yetkisi bulunmaktadır ve isticvabın ikincilliğinin terkedilmesi yönündeki eğilim de dikkat çekmektedir¹³⁹⁰. Her ne kadar çoğu davada tahkikatın başında başvurulması önem taşıyan taraf beyanı, muhakkak tahkikatın başında veya tüm deliller incelendikten sonra başvurulması gereken bir araç değildir. Bu konuda Kanunda da bir belirleme bulunmamaktadır.

Beyanın yargılamanın erken aşamasında alınmasının yararı, tarafların delil ikamesi ve delil ikamesinin sonucu ile ilgili bilgiye sahip olmaması ve hayat olayı ile ilgili ayrıntılı bilgiyi verme hevesi olabilir. Ancak her zaman dikkat edilmesi gereken kriter, gerçeğin tespiti ihtimalinin değerlendirilmesi olmalıdır¹³⁹¹.

Teksif ilkesinin geçerli olduğu hukukumuzda delil ikamesinin belli bir kesitte gerçekleştirilmesi öngörülmektedir. Delil ikamesinin belli bir kesit ile sınırlandırılması tarafların tüm delilleri göstermeye çalışmalarına neden olmakta ve yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verebilmektedir¹³⁹². İsticvabın da tahkikatın başında uygulanması çoğu davada en verimli uygulama biçimi kabul edilmelidir fakat isticvap talebi ve tarafların beyanlarına başvurmanın gerekliliği hakimce dikkatle değerlendirilmelidir. Aksi halde teksif ilkesi nedeniyle tüm delillerin ikamesine çalışılmasının yargılamayı yavaşlatması sonucu burada da karşımıza çıkacaktır.

Her iki tarafın isticvap edilmesi söz konusu olduğunda birlikte, beraber sorgulanmalarından ziyade art arda dinlenilmeleri gerekmektedir. Tarafların, tanıklarda olduğu gibi yüzleştirilmesi ve böylece ifadelerindeki belirsizliklerin tespiti isticvap kurumunun amaçlarından biri değildir. Taraf ifadelerinin güvenilirlikleri ve tutarlılıkları tarafların sırayla dinlenilmesi neticesinde hakimce takdir edilecektir. Tarafların yüzleştirilerek aralarındaki çatışmanın büyütülmesi hakimın görevi değildir¹³⁹³.

¹³⁹⁰ **Sutter-Somm**, Parteianhörung und Parteivernehmung, s. 340.

¹³⁹¹ **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Weibel/Walz**, ZPO Art. 191-192, kn. 6.

¹³⁹² **Rechberger**, s. 13; **Yıldırım**, Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler, s. 477.

¹³⁹³ **Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock**, § 451, kn. 12. İsticvap edilen tarafın diğer tarafla veya tanıkla yüzleştirilebileceğine dair bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 124, kn. 33.

D. Tarafın Bizzat Bulunması

İsticvabın niteliği gereği tarafın varlığı önem taşıdığından ve beyanlarının sözlü olarak doğrudan kendisinden alınması esas olduğundan düzenlemede tarafın bizzat isticvap edilmesi bulunmaktadır (m. 172/1). Doğrudanlık ilkesi özellikle tarafın beyanlarının delil olarak alınmasında önem taşımaktadır. Tarafın yerine avukatın sorgulanamaması da taraf davranışları ile hakikate ulaşma isteğini göstermektedir¹³⁹⁴. Tarafın inanılabilirliği konusunda mahkemenin izlenimi önemli olduğundan yazılı beyan veya başkası aracılığı ile beyan uygulanabilir değildir¹³⁹⁵. Bu nedenle istinabe ile isticvap sınırlı nedenlerle uygulanmalıdır¹³⁹⁶.

Tarafın kaçınma hakkını kullanması halinde dahi duruşmaya gelmesi ve çekinme hakkının kullanılması talebinin tutanağa geçirilerek değerlendirilmesi gerekmektedir¹³⁹⁷.

HUMK döneminde m. 233/1 isticvabın karşı tarafın yokluğunda yapılacağını düzenlemekteydi¹³⁹⁸. Bu düzenleme HMK’da, karşı tarafın isticvapta hazır bulunma hakkının bulunduğu gerekçesiyle yer bulmamıştır. Katılma, hakimden izninden bağımsız olarak mutlak hale getirilmiştir¹³⁹⁹.

Karşı tarafın duruşmada bulunmasının yararı, isticvap edilen tarafın karşı taraf var iken gerçek dışı beyanda bulunmasının daha da zorlaşmasıdır¹⁴⁰⁰. Ayrıca karşı tarafın beyanlara bizzat şahit olarak, aydınlatmak amacıyla sorulmasını istediği sorulara karar vermesi kolaylaşacaktır ve hakim beyanlar ve soruları bir arada alarak değerlendirmesini hızlıca yapabilecektir. Özellikle vakıanın diğer tanığı olan tarafın itirazları ve soruları ile sorgulanan taraf çelişki içinde kalabilecektir ve hakimden değerlendirmesi şekil kazanabilecektir.

Karşı tarafın varlığı olmaksızın tarafların isticvap edilmesi ve sonradan yüzleştirilmeleri de söz konusu olabilir¹⁴⁰¹. Bunun yararı, tarafların beyanlarını karşı tarafın beyanına göre

¹³⁹⁴ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 91 ve 173.

¹³⁹⁵ Wiczorek/Schütze/ *Völzmann-Stickelbrock*, § 451, kn. 8.

¹³⁹⁶ Stein/Jonas/*Berger*, § 451, kn. 2. Yukarıda bkz. § 7 III B.

¹³⁹⁷ DIKE Komm. ZPO/*Müller*, Art. 191, kn. 30.

¹³⁹⁸ HUMK m. 231/1: “Hâkim tarafından muvacehe icrası müstesna olmak üzere isticvap yalnız mahkeme kâtibi hazır olduğu halde yapılır. Şu kadar ki isticvap edilecek taraf vekilini beraber bulundurabilir.”

¹³⁹⁹ Hükümet gerekçesi: “Üçüncü fıkraya, 1086 sayılı Kanunun 233 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme kısmen değiştirilerek alınmıştır. Bu hükmeye göre hâkim isticvabın iki tarafın huzurunda yapılacağına karar vermemişse, kural olarak isticvap sadece kâtibin ve isticvap edilecek kişinin vekilinin huzurunda yapılabilmekte idi. Yeni düzenleme ile karşı tarafın isticvapta hazır bulunma hakkı hâkimden iznine bağlı olmaktan çıkarılmış ve mutlak hâlde getirilmiştir.”

¹⁴⁰⁰ *Müller*, H., s. 80.

¹⁴⁰¹ Federal Usul Kanunundan önce Cenevre ve Friburg Kantonunda tarafların ayrı ayrı isticvap edilecekleri düzenlenmiştir: *Müller*, H., s. 81.

şekillendirememesidir. Ancak iki tarafın çelişkili beyanları için onları yüzleştirmek ve sorular sormak, çelişkileri gidermek sorgulamaların yanında ayrı bir zaman gerektirmektedir. Bu nedenle kanaatimizce ayrı ayrı isticvap yerine art arda isticvap edilerek, karşı tarafın sorularıyla gerçeği tespit etmeye çalışmak aynı beyanların iki defa alınmasını engelleyecek ve hızlı sorgulamayı sağlayacaktır. Kaldı ki Kanundaki değişiklik ile taraf olmaksızın isticvap hakimnin değil, ancak tarafın takdirine bırakılmıştır. Böylece isticvap için karşı tarafın hazır bulunabileceği ancak sorgulamanın yapılması için mutlaka varlığının gerekmediği, karşı taraf hazır bulunmaksızın isticvabın yapılabileceği söylenmelidir¹⁴⁰².

Karşı taraf gibi vekillerin isticvap duruşmasında bulunmaları mümkündür. Keza vekiller de taraflar gibi genişletici soru sorulmasını talep edebilirler. Tarafın ve vekillerinin katılma hakkının bulunması duruşmada soruların sorulması ve müdahale bakımından şu davranışların engellenmesini gerektirmektedir: Taraf, hakim tarafından sorgulanmalıdır. Karşı tarafça, tarafın kendi temsilcisi veya karşı tarafın temsilcisince sorgulanması söz konusu değildir. Vekil, taraf için soruları yanıtlamayacağı gibi tarafa yardım da edemez, yönlendiremez, cevapları veya değişiklikleri ima edemez¹⁴⁰³. Tanıklık ile ilgili m. 262’de tarafların, tanığın sözünü kesmeleri, söz veya hareketle onu övmeleri veya tahkir etmeleri yasaktır. Buradan hareketle karşı tarafın veya vekilinin isticvap edilen tarafın sözünü kesmeleri, sözle etkilemelerinin yasak olduğu açıktır.

Tamamlayıcı veya genişletici soruların tarafça veya hakim aracılığı ile sorulması hakimnin takdirindedir¹⁴⁰⁴. Tarafın karşı tarafın soruları ile baskı altında kalması taraf beyanının amacının gerçekleştirilmesini engelleyecektir. Önemli olan bu sorular ile dava konusu dışına çıkılmaması ve yönlendirici sorulara müsaade edilmemesidir¹⁴⁰⁵.

Son olarak isticvap sırasında tanıkların hazır bulunmasıyla ilgili bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kanaatimizce tanığın dinlenilmesi sırasında diğer tanıkların hazır bulunmaması nedeniyle isticvap sırasında da salonda bulunamayacakları kabul edilmektedir. Tanıklar ve isticvap edilen taraf daha sonra yüzleştirilebilecektir¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰² DIKE Komm. ZPO/**Müller**, Art. 191, kn. 30; BSK ZPO/**Hafner**, Art. 191, kn. 20.

¹⁴⁰³ **Kuru**, C. I, s. 608.

¹⁴⁰⁴ **Müller**, Heinrich Andreas, “Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung” Festschrift für Isaak Meier, Zürich-Basel-Genf 2015, 487-505, s. 499.

¹⁴⁰⁵ Müller, H. A., s. 499.

¹⁴⁰⁶ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 384; Pekcanitez/**Özekes**, C. II, s. 1389; **Kuru**, C. I, s. 607; BK ZPO/**Bühler**, Art. 191-192, kn. 73.

E. Sorgulamada Yazılı Metin Kullanılmaması

Taraf ile hakimın karşı karşıya kaldığı isticvapta, diğer tarafın veya vekillerin öncelikle rolü bulunmamaktadır. Hakimın, tarafın vakıa hakkındaki bilgisine doğrudan ulaşması amaçlanmaktadır ve bu amaç için uygun gördüğü iletişim şeklini seçmesi, soruları ile bilgi edinmeye çalışması ana amaçtır. Tarafın sorulardan haberdar olarak hazırlık yapması veya vakıa ile ilgili yazılı bir metin hazırlayarak duruşmada bulunması bu amacın gerçekleşmesini engelleyecektir. Bu nedenle tarafın sorgulanması sırasında yazılı beyanlarını mahkemeye iletmesi mümkün değildir. Zira kurumun amacı tarafın beyanlarının aynı anda sözlü olarak alınmasıdır, aksi halde yazılı beyan alınmasının taraf dilekçelerinden bir farkı kalmayacaktır. Beyanların elektronik ortamda kaydedilmesi yoluyla veya yazılı olarak mahkemeye iletilmesi isticvap olarak nitelendirilemez. Tarafın beyanının sözlü olarak alınması bir geçerlilik şartıdır ve bunun dışında edinilen beyanların isticvap kapsamında kullanılması mümkün değildir. Tutanağa geçirilen beyanların genişletilmesi ve düzenlenmesi amacıyla dahi yazılı belgeler kullanılmamalıdır¹⁴⁰⁷.

Tarafın beyanları kadar bu beyanın ne şekilde ifade edildiği isticvap için önem taşımaktadır. Hakim, beyanlar ve ifade şeklini beraber değerlendirilerek vakıanın gerçekliği hakkında sonuca ulaşabilir. Sadece saf beyan ile bir sonuca ulaşması mümkün görünmemektedir. Aksi halde tarafın bizzat isticvap edilmesinin, yerine avukatın sorgulanamamasının bir anlamı kalmayacaktır. Tarafın bizzat isticvap için hazır bulunmasının istenip, beyanlarının yazılı olarak da alınabilmesi bu düzenleme ile bağdaşmayacaktır¹⁴⁰⁸.

Tarafın yazılı metin kullanması ile kendi lehine olacak ancak gerçeği saptıracak şekilde beyanda bulunması imkanı doğar. Kişinin gerçek dışı beyanda bulunması, sözlü beyana göre yazılı beyanda daha kolaydır. Bu nedenle isticvap edilecek kişinin bizzat gelmesinin yanında önceden hazırladığı bir metne bağlı olmaksızın sadece sözlü beyanları ile olayı anlatması ve soruları cevaplaması gerçeğin tespiti için daha elverişlidir¹⁴⁰⁹.

Duruşmada tarafın yazılı notlar kullanması ise m. 173/4 ile hakimın iznine bağlanmıştır. Buradan hareketle isticvap sırasında yazılı not kullanılmaması kural olarak kabul edilmeli ve mahkeme izni ile yazılı notlardan faydalanılması istisna teşkil etmelidir¹⁴¹⁰. Basit vakıalardan

¹⁴⁰⁷ BK ZPO/*Bühler*, Art. 191-192, kn. 68.

¹⁴⁰⁸ *Müller*, H., s. 74.

¹⁴⁰⁹ *Müller*, H., s. 71.

¹⁴¹⁰ BSK ZPO/*Hafner*, Art. 191, kn. 18.

ziyade sayı ve farklı bilgileri içeren vakıaların anlatılmasında ayrıntıların akılda tutulamaması, belge ve noktalara ihtiyaç duyulması söz konusu olabilir. Bu halde hakimın not kullanımına izin vermesi mümkündür.

F. Sorgulama Usulü

İsticvapta sorgulama usulü ile ilgili beşinci ayrımda bir belirleme yapılmamıştır. Sorgulama usulü ve sorgulama sırasında yapılacak işlemlerle alakalı m. 173/2 ve tanıkla ilgili maddelere atıf yapıldığından m. 261, m. 262 ve m. 263 dikkate alınabilir. Nitekim hükümet gerekçesinde de tarafın beyanlarının alınmasının bir tür tanıklık olması bu usulün uygulanmasına gerekçe olarak gösterilmiştir¹⁴¹¹.

Sorgulamaya başlanmadan önce tarafın doğruyu söylemesi konusunda uyarılması m. 173/2’de düzenlenmiştir. Tarafın doğruyu söyleme ödevi altında olduğu hatırlatılarak beyanların güvenilir ve vakıayı doğru şekilde ortaya koyması sağlanmaya çalışılmaktadır. HUMK döneminde hakimın doğruyu söyleme hususunda tarafı uyarması takdirine bırakılmıştı (HUMK m. 230/1). Şu an ihtarda bulunulması hakimın takdirine bırakılmamıştır, hakimın yerine getirmesi gereken bir ödev olarak düzenlenmiştir. Ancak bunun eksikliği yargılama hatası olarak nitelendirilemez¹⁴¹². Düzenleyici bir hüküm olması ve halihazırda genel olarak tarafın doğruyu söyleme ödevinin tüm yargılama boyunca mevcut olduğunu düzenleyen genel bir hüküm (m. 29) bulunması nedeniyle hakimın bu ihtarı yapmaması bir yargılama hatası sayılmamalıdır.

Doğruyu söyleme ödevinin yanında, tarafın çekinme hakkı da hatırlatılabilir ancak bununla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Tanığın çekinme hakkının hatırlatılmasıyla ilgili 247. maddeye atıf yapılmadığı için de hakimın bu konuda bir yükümlülüğü olmadığı söylenmelidir¹⁴¹³. Ancak kanaatimizce tarafın çekinme hakkı ve sebepleri olduğu halde

¹⁴¹¹ m. 175 Hükümet Gerekçesi: “Tarafın isticvabı tarafın bir nevi tanıklığıdır. Bu sebeple tanıklığa ilişkin sır nedeniyle çekinmeye dair 252, menfaat ihlâli tehlikesi nedeniyle çekinmeye dair 253 üncü maddeler ile tanıkların mahkeme huzurunda dinlenmesine, tanığın dinlenmeden önce bilgilendirilmesine, tanığın dinlenilme şekline, karşı tarafın isteği üzerine soru yönlendirilmesine, karşı tarafın doğrudan sora yönlendirme yasağına ve gerektiğinde tercüman veya bilirkişi kullanılmasına ilişkin 262 ila 267 nci maddelerin isticvabın niteliğine aykırı olmadıkça, burada da uygulanacağı hükmüne bu maddede yer verilmiştir”.

¹⁴¹² Polyzogopoulos, s. 71; Stein/Jonas/Berger, § 395, kn. 1.

¹⁴¹³ MüKo ZPO/Schreiber, §451, kn. 4; Wicczorek/Schütze/ Völmann-Stickelbrock, § 451, kn.4.

beyanda bulunmaya mecbur gibi anlaşılması ve tarafta bu kanaatin uyandırılması adil yargılanma ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle çekinme hakkının da hatırlatılması yararlıdır¹⁴¹⁴.

Tarafın beyanları alınırken Türkçe bilmemesi halinde tercümandan yardım alınmalıdır (m. 263/1). Sağır ve dilsiz olması halinde okuma yazma biliyorsa soru ve cevaplar bu yolla yazılır ve yazdırılır. Okuma-yazma bilmeyen taraf için işaret dili bilen bilirkişiden yararlanılması gerekmektedir (m. 263/2).

Taraf beyanlarının delil olarak ikamesi için hakimın sorgulamayı ne şekilde yapması gerektiği Kanunda belirtilmemiştir. Somut düzenleme bulunmaması nedeniyle uygulamada sorgulama usulü için bir yeknesaklık bulunmamaktadır ve üst derece mahkemelerinde sorgulamanın kontrolü gibi bir husus gündeme gelmemektedir. Elbette hakim ile tarafın karşı karşıya kalacağı bu usulde hakimın belli bir yöntem ile sınırlandırılması, belli kalıp sorulara mecbur bırakılması uygun düşmeyecektir. Beyanların alınması tek amaç olmayıp, beyanların doğruluğunun tespiti için faaliyette de bulunulması gerekmektedir. Tarafın konumu, dava konusunun niteliği, beyanın dava için önemi, karşı tarafın eklenmesini istediği sorular vb. unsurlar sorgulamanın şekillenmesini sağlayacaktır. Böyle olmakla birlikte mukayeseli hukukta da olduğu gibi bilgi almak, tarafın beyanına ulaşmak için ancak birkaç yöntem bulunduğundan bunların bir başlık altında açıklanması yönlendirici olabilir.

Öncelikle sorgulamaya başlamadan önce taraf ile iletişime geçilmesi ve mahkemeye alışık olmayan kişi ile onu rahatlatarak kısa bir iletişim kurulması yararlı görülmüştür. Önemsiz ve genel konularla ilgili, örneğin mahkemeye ulaşım aracı, salonu kolay bulup bulmadığına yönelik tarafı duruma alıştıran ve kaygısını dağıtacak sorular yararlı olabilir¹⁴¹⁵. Bu sırada veya öncesinde elbette tarafın kimliğinin tespiti, bununla ilgili sorular sorulması gerekmektedir¹⁴¹⁶.

Sorgulama usulü için genel olarak üç farklı yol ifade edilmektedir: Tarafın genel açıklamalar yapması, evet/hayır cevaplarının alınacağı soruların sorularak sorgulamanın yapılması ve ikisinin kombinasyonu¹⁴¹⁷. Kanaatimizce bu üç yöntem farklı şekillerde bir arada bulunabileceğinden tarafça serbest ve genel bir anlatımın yapılması, hakimce özel soruların

¹⁴¹⁴ **Zweidler**, Thomas, Die Würdigung von Aussagen, ZBJ 1996, 105-127, s. 110.

¹⁴¹⁵ **Zweidler**, s. 109.

¹⁴¹⁶ Wieczorek/Schütze/ **Völzmann-Stickelbrock**, § 451, kn. 5.

¹⁴¹⁷ **Müller**, H., s. 74, 75.

sorulması ve evet/hayır cevaplı soruların sorulması şeklinde gruplandırmak daha doğru olacaktır.

İlk olarak isticvap konusunun tarafça serbest bir şekilde anlatılması için talepte bulunulması veya bu amaçla soru sorulması düşünülebilir. Tarafın dinlenilme hakkı kapsamında sınırlı ve özel sorular sorulmadan önce konuyla ilgili kendisini serbestçe ifade etme hakkının tanınması gerektiği kabul edilmektedir¹⁴¹⁸. Bu yol ile hakimin isticvap konusunu tüm yönleri ile dinleme imkanı olmaktadır¹⁴¹⁹. Genel anlatımın avantajı tarafın seçtiği ayrıntılar, üzerinde özellikle durduğu noktaların belirlenebilmesidir. Genel açıklamalar yapıldığında tarafın doğruyu söylememesi, gizlemesi halinde kendi içinde çelişkiye düşme olasılığı fazlalaşır. Önceden hazırlandığı anlaşılan ve gerçeği içermeyen beyanların inandırıcılığı da azalacaktır. Konuşmanın akıcılığı da önceden hazırlanma olgusunu belirtir¹⁴²⁰. Yine m. 175'in atfı yaptığı m. 261/3, tanık sözünü bitirdikten sonra hakimin ifade edilen hususların açıklanması veya tamamlanması amacıyla başka sorular da sorabileceğini düzenlemiştir. Buradan anlaşılmaktadır ki öncelikli olan isticvap konusunun genel olarak anlatılması için tarafa imkan verilmektedir. Elbette bu hakimi sınırlandıran bir düzenleme değildir.

Tarafın genel olarak bilgisini aktarmasının dezavantajları da bulunmaktadır. Öncelikle gerekli bilgilerin alınabilmesi için çoğu durumda özel soruların sorulması ihtiyacı doğacaktır. Hukuk bilgisinin eksikliği, vakıa ile ilgili ulaşılmak istenen bilginin belirtilmesi hakimin sorularıyla yönlendirilmelidir. Genel anlatımdaki beyanların ilgisiz olması ve konu dışına çıkması mümkündür¹⁴²¹.

İkinci yöntem olarak konuyla ilgili spesifik soruların tarafa yöneltilmesi ve cevapların değerlendirilmesi olabilir. Hakimin bu soruları sorması gibi karşı taraf ve vekilinin de bu tarz özel soruları sorması mümkündür. Atf yapılan m. 261/3'te de tarafın genel anlatımından sonra beyanların açıklanması veya tamamlanması için soru sorulabileceği belirtilmiştir. Kişinin beyanının alınması tanık ve tarafın isticvabı için ortak olduğundan, tanığın beyanının alınmasında belirlenen hususlar isticvap için de kıyasen uygulanabilmelidir. Taraf

¹⁴¹⁸ BK ZPO/*Bühler*, Art. 191-192, kn. 69; *Polyzogopoulos*, s. 71; *Zweidler*, s. 111.

¹⁴¹⁹ *Müller*, A., s. 72.

¹⁴²⁰ *Müller*, H., s. 75.

¹⁴²¹ BK ZPO/*Bühler*, Art. 191-192, kn. 69; *Müller*, H., s. 76.

sorgulanacağı vakıa için aslında kendi tanığı niteliğindedir, bu nedenle tanık gibi sorgulanması yani sorgulama usulü konusunda tanık sorgulamasının kıyasen uygulanması mümkündür¹⁴²².

Özel soruların sorulması genellikle tarafları memnun etmemekte ve kısıtlı cevap verme veya cevaptan kaçınma eğilimine yöneltmektedir. Ancak ısrarlı sorgulama ile bunun üzerine gidilerek cevap alınmaya çalışılmalıdır¹⁴²³. Tarafa genel açıklamalarda bulunma imkanı verilmeksizin sadece özel sorular ile sorgulamanın gerçekleştirilmesi, tarafın genel açıklamalarda bulunmasının yararından mahkemeyi yoksun bırakacaktır ve isticvabın amacına ulaşmasını engelleyecektir. Genel açıklamaların yanında özel soruların da sorulması serbest dinlemenin dezavantajlarını ortadan kaldıracaktır ve sorgulamayı güçlendirecektir. Genel anlatımdan sonra çelişkili veya eksik hususlar için ayrıntılı soruların sorulmasına geçilebilir¹⁴²⁴. İki yöntemin beraber kullanılması tarafın genel anlatımları için bir kontrol ve tamamlama mekanizması oluşturacaktır¹⁴²⁵. Soruların cevapları ile çelişki giderilemiyorsa beyanların güvenilir olmadığı sonucuna ulaşılabilir¹⁴²⁶. Sorular sorulması zaman kaybına yol açabilir ancak gerçeğin tespiti için yararlıdır¹⁴²⁷.

Son olarak evet/hayır cevabının verileceği soruların sorularak tarafın isticvap edilmesi mümkündür. Evet/hayır cevaplı sorular sormak, sorgulamanın zaman olarak kısa sürmesi bakımından tarafın genel anlatımı usulüne göre avantajlıdır. Ayrıca hakim soruları belirlemesi ve konunun esasına yönelik sorular sorması isticvap konusu vakıaya hakimiyetini arttırmaktadır¹⁴²⁸. Bununla birlikte bu çeşit soruların sorulması hakim soruyu şekillendirmesi ve tarafın soruya verdiği tek kelimelik cevabın dikkate alınabilmesi bakımından zorluk teşkil etmektedir. Tarafın kendi kelimelerini ve anlatım tarzını katmadan evet/hayır şeklinde cevabının kanaat oluşturmada dikkate alınabilmesi için güvenilirliğinin tespit edilmiş olması gerekir ki buna ulaşmak ve gerekçelendirmek her zaman kolay olmayacaktır. Bu nedenle bu tarz soruların sorulması tercih edildiğinde tarafa doğruyu söyleme ödevi, iş birliği ödevi ve bunların yerine getirilmemesinin sonuçları tekrar hatırlatılabilir¹⁴²⁹. Tarafın beyanlarının sadece evet ve hayır cevapları ile kısıtlı kalması, hakim tarafın samimiyetini ve beyanın

¹⁴²² DIKE Komm. ZPO/**Müller**, Art. 191, kn. 17.

¹⁴²³ BK ZPO/**Bühler**, Art. 191-192, kn. 70.

¹⁴²⁴ **Polyzogopoulos**, s. 71; **Kuru**, C. I, s. 608; BK ZPO/**Bühler**, Art. 191-192, kn. 69 vd.

¹⁴²⁵ **Müller**, H., s. 78.

¹⁴²⁶ **Müller**, H., s. 78.

¹⁴²⁷ **Müller**, H., s. 79.

¹⁴²⁸ **Müller**, H., s. 77.

¹⁴²⁹ BK ZPO/**Bühler**, Art. 191-192, kn. 72.

doğruluğunu anlamasına engel olmaktadır¹⁴³⁰. Hakimin evet/hayır cevabını alabileceği soruyu ise açık ve anlaşılır şekilde formüle etmesi gerekir. Aksi halde bu soruya cevap verilememesi veya kaçınılması değerlendirilmeye alınamaz veya aleyhe sonuç doğuramaz¹⁴³¹.

IV. Tutanak

Tahkikat ve yargılama işlemleri ile tarafların ve diğer ilgililerin sözlerinin tutanağa geçirilmesi gerektiği 154. maddede ifade edilmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasının d bendinde ayrıca taraf beyanının mutlaka tutanağa yazılması belirtilmiştir. Mahkemede yapılan işlemlerin ancak tutanakla ispat olması, delillerin kararda esas alınabilmesi için tutanakta bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Beyanların esasının ve hakimde oluşan kişisel kanaatin gerekçelerinin tutanağa geçirilmesi ispat hakkının da garantisi olarak tutanak tutma yükümlülüğünü getirmektedir¹⁴³².

Genel düzenlemenin yanında isticvap kurumuna özel olarak tutanak ile ilgili madde bulunmaktadır. Buna göre sorular, cevaplar ve açıklamalar tutanağa geçirilerek dinlenen tarafa veya taraflara okunduktan sonra imzalatılır (m. 174)¹⁴³³. Tutanağın taraflara okunması ile ekleme, çıkarma ve düzeltme yapma imkanı tanınmaktadır.

Türk hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da usuli işlemlerin tutanağa geçirilmesini düzenleyen maddenin (sZPO Art. 235 Abs. 1) yanında, taraf beyanlarının tutanağa geçirilmesini özel olarak düzenleyen madde (sZPO Art. 193) yer almaktadır. Genel düzenlemenin yanında ayrıca isticvap için tutanakla ilgili maddenin tesisi gereksiz olarak değerlendirilmiştir¹⁴³⁴. Kanaatimizce isticvabın usulünü belirlemek adına tutanağa geçirilecek hususların ayrıca ve tekrar belirtilmesi hukukumuzda düzenleyici bir hükümdür.

Tutanakta yer alması gereken hususların başında tarafın doğruyu söyleme ödevinin hatırlatılması yer almalıdır. Tarafa katkıda bulunma ödevinin hatırlatılması, çekinme hakkı ve beyanda bulunmaktan kaçınma konularında ne şekilde aydınlatıldığı tutanakta açıkça gösterilmelidir¹⁴³⁵. Buna bağlı olarak tarafın kaçınma hakkını kullanması veya kullanmaması

¹⁴³⁰ Müller, H., s. 77; Müller, A., s. 73.

¹⁴³¹ BK ZPO/Bühler, Art. 191-192, kn. 72.

¹⁴³² Nissen, s. 737.

¹⁴³³ Duruşma tutanağının isticvabın kaydedilmesi için yeterli olduğu, özel bir tutanağın gerekli olmadığına dair: Yılmaz, C. III, s. 3363.

¹⁴³⁴ Umar, s. 505.

¹⁴³⁵ DIKE Komm. ZPO/Müller, Art. 193, kn. 4.

tutanakta yer alır. Bunun dışında genel olarak tutanakta yer alması gereken hususlar, beyanların esas bakımından içeriği, sorulan ve sorulması reddedilen sorular, beyanların kaydedilmesinde kullanılan teknik yardımcı araçlar, aydınlatmanın yapıldığı konular olarak sayılabilir¹⁴³⁶. Tarafların sorulmasını istediği sorular kabul edilmemiş olsa dahi tutanakta yer almalıdır¹⁴³⁷. Böylece isticvabın gereği gibi yapıldığının incelenmesinde sorulan ve sorulmayan soruların haklılığı incelenebilir¹⁴³⁸. İsticvabın yapıldığı zaman ve mekan, tarafların ve temsilcilerinin katılım durumu da yer alır¹⁴³⁹.

Sorular ve cevapları ile tarafın anlatımlarının yanında hakimın kişisel izlenimlerinin tutanakta yer alması faydalı olacaktır. Hakimın değişmesi veya farklı mahkemede isticvabın yapılması halinde, sorgulamayı gerçekleştiren hakimın kişisel izlenimlerinin kullanılabilmesi için tutanakta yer alması şarttır¹⁴⁴⁰. Neticede tarafın beyanları kadar bu sıradaki davranışları da değerlendirmede önem arz etmektedir ve tarafı dinlemeyen hakimce bu bilgilere ancak tutanak aracılığıyla ulaşılabilir. Hakimın kişisel izlenimlerinden ziyade kanaate varmasına yardımcı olan taraf davranışlarının tutanakta yer alması dahi yeterli olacaktır¹⁴⁴¹. Beyanlarının yanında kanaat oluşumunda etkili olabilecek endişe, kaygı, kendinden emin olmama gibi sonuçlar doğuran vücut hareketlerinin de kaydedilmesi yararlıdır¹⁴⁴².

Beyanların tutanağa ne şekilde geçirileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Tarafın sözlerinin dikte yöntemi ile tam olarak tutanağa yazdırılması seçeneğinin yanında beyanların esas içeriğinin hakimce yazdırılması mümkün olabilir. Beyanların esas içeriği ile anlaşılması gereken, yargılamanın gidişatını etkileyebilecek ifadelerdir¹⁴⁴³. Bu konuda bir belirlemenin yapılmamış olması nedeniyle hakimın takdir hakkının mevcut olduğu söylenmelidir. Ancak hangi yöntemin daha yararlı olacağı ve tercih edilmesi gerektiği üzerinde durulabilir.

İsviçre hukukunda usul kanunu için resmi gazetede yayınlanan taslakta tanık beyanlarının tutanağa geçirilmesi ile ilgili açık olarak kelimesi kelimesine bir raporlamanın yerine beyanların içerik olarak önem arz eden ve esası oluşturan şekli ile tutanağa geçirileceği ifade

¹⁴³⁶ **Zweidler**, s. 112; DIKE Komm. ZPO/**Müller**, Art. 193, kn. 4.

¹⁴³⁷ DIKE Komm. ZPO/**Müller**, Art. 193, kn. 4.

¹⁴³⁸ BSK ZPO/**Hafner**, Art. 193, kn. 5.

¹⁴³⁹ BSK ZPO/**Hafner**, Art. 193, kn. 6.

¹⁴⁴⁰ Stein/Jonas/**Berger**, § 453, kn. 2.

¹⁴⁴¹ **Zweidler**, s. 112.

¹⁴⁴² BeckOK ZPO/**Wendtland**, § 160, kn. 15; Musielak/Voit/**Stadler**, § 160, kn. 8.

¹⁴⁴³ BSK ZPO/**Guyan**, Art. 176, kn. 7.

edilmiştir¹⁴⁴⁴. Ayrıca beyanların kayıt şekli kağıt ve kağıt dışında video, ses kaydı ve diğer teknolojik kayıt imkanları olmak üzere çeşitlendirilebilmektedir¹⁴⁴⁵. Nitekim bu şekli ile 176. madde kanunlaşmıştır. Buna karşılık doktrinde beyanların delil olarak değerlendirilmesinin en sağlıklı ve olmazsa olmaz şeklinin, taraf beyanlarının bire bir tutanağa geçirilmesi olduğu da savunulmaktadır. Buna göre taraf beyanının gelişimi, ortaya konulması detaylandırılmalı ve söz ile ifade edilmeyen davranış ve durumların da tutanakta ayrıntısıyla yer alması gerekmektedir. Kekeleme, susma, konunun dışına çıkma, konudan kaçma, jest ve mimikler, yüz ifadeleri gibi durumların belirtilmesi gerekmektedir¹⁴⁴⁶. Ancak mevcut düzenleme bakımından sadece taraf beyanlarının esasının tutanakta yer alması yeterlidir ve tarafların kelimesi kelimesine tutanak talep etme hakları mevcut değildir¹⁴⁴⁷. Aynı zamanda kanun kelimesi kelimesine beyanların tutanağa yazdırılmasını dışlamamaktadır¹⁴⁴⁸, beyanların niteliği gereği tamamının önemli olması halinde tarafın veya vekilinin tam kaydı talep edebilecekleri de savunulmaktadır¹⁴⁴⁹.

Beyanların tamamının veya sadece esaslı kısmının tutanakta yer alması seçeneklerinin yanında, esaslı kısmın ne şekilde tutanağa geçirileceği üzerinde de durulmuştur. Alman hukukunda beyanların esası teşkil eden içeriğinin direkt veya dolaylı konuşma olarak yazdırılabileceği belirtilmektedir¹⁴⁵⁰. Önem arz eden kısımların veya tarafın düzeltmelerinin doğrudan konuşma şeklinde yazıya dökülmesi ile kaydedilmesi faydalı olacaktır, zira hakimin beyanları özetlemesi sırasında kendi yorum, ifade ve değişikliklerini katma olasılığı vardır¹⁴⁵¹. Aksi yöndeki görüşe göre ise hakimin bire bir dikte ettirmesi ve aynı zamanda soruları düşünmesi ve cevaplar ile tarafın beyan ve davranışlarını değerlendirmesi zorluk teşkil edecektir. Bu nedenle beyanların bire bir diktesindense esaslı kısımların hakimce özetlenerek tutanağa geçirilmesi yararlıdır¹⁴⁵².

¹⁴⁴⁴ BBl 2006 7221, Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), s. 7321. İsviçre Usul Kanunu'nda taraf beyanlarının tutanağa geçirilmesi ile ilgili 193. Madde, tanık beyanlarının tutanağa geçirilmesini düzenleyen 176. maddeye atıf yaptığından resmi gazetede yayınlanan taslaktaki bu belirtme dikkate alınmaktadır.

¹⁴⁴⁵ BBl 2006 7221, Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), s. 7321.

¹⁴⁴⁶ **Leuenberger**, Christoph, Protokoll der Zeugeneinvernahme im Zivilprozess, ZZZ 25/2011 19-22, s. 20; BSK ZPO/**Hafner**, Art. 193, kn. 3; DIKE Komm. ZPO/**Müller**, Art. 176, kn. 5; BK ZPO/**Bühler**, Art. 193, kn. 6.

¹⁴⁴⁷ DIKE Komm. ZPO/**Müller**, Art. 193, kn. 2, 3; DIKE Komm. ZPO/**Müller**, Art. 176, kn. 13; BSK ZPO/**Guyan**, Art. 176, kn. 7.

¹⁴⁴⁸ BSK ZPO/**Guyan**, Art. 176, kn. 7.

¹⁴⁴⁹ BSK ZPO/**Hafner**, Art. 193, kn. 3.

¹⁴⁵⁰ **Nissen**, s. 737; Stein/Jonas/**Roth**, § 160, kn. 19.

¹⁴⁵¹ MüKo ZPO/**Fritzsche**, § 160, kn. 8 (Ses kaydı ile de bu tehlikeden kaçılabilir.); Thomas/Putzo/**Seiler**, § 160, kn. 6; **Zweidler**, s. 112.

¹⁴⁵² Musielak/Voit/**Stadler**, § 160, kn. 8. Dolaylı konuşma şeklinde tutanağa geçirilmesinin yeterli olduğu hakkında bkz. **Wieczorek**, Bernhard/**Schütze**, Rolf A./**Smid**, Zivilprozessordnung und Nebengezetze, Band 3, De Gruyter 2013, § 160, kn. 40; **Stein**, Friedrich/**Jonas**, Martin/**Roth**, Zivilprozessordnung Band 3, Tübingen 23. Auflage, § 160, kn. 19.

Beyanlarının tamamının veya yukarıda belirtildiği gibi esaslı kısmının tutanağa geçirilmesi konusunda hakimin dikkate alması gereken ilk kriter vakianın ve ilişkili beyanların ne kadar karmaşık olduğudur. Vakianın uzun, karışık ve teknik bir anlatımı gerektirdiği hallerde tarafın beyanlarının bire bir yazıya dökülmesi yararlı olacaktır¹⁴⁵³. Vakianın teknik bir husus olması veya tarafın sözlerinin takibin zor ve teknik detaylar içermesi halinde bire bir olarak yazdırılması değerlendirme açısından kolaylık sağlayacaktır. Bire bir tutanak, kanun yolu aşamasında beyanların değerlendirilmesinin kontrolüne imkan verecektir¹⁴⁵⁴. Diğer yandan tüm beyanların eksiksiz yazdırılması veya özet olarak yazdırılması arasında bir seçim yapılmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Hakim beyanları özetledikten sonra önem arz eden detayları tam olarak dikte ettirebilir. Çoğu durumda önemli noktaların belirlenmesi ve zaman kaybının engellenmesi adına hakimin esaslı kısımları tutanağa geçirmesi yararlı olacaktır.

Tutanağın beyanda bulunan tarafça, sorgulamayı gerçekleştiren hakimce ve hazır bulunan katip tarafından imzalanması gerekmektedir. İmza, kimlik tespiti ve tanıma işlevi taşır¹⁴⁵⁵. Tarafın kimliğinin tespit olunduğu ve tutanakta geçen beyanları verdiği hakimin imzası ile sabit olurken, taraf yazılan beyanların kendisine ait olduğunu kabul etmektedir. Ses ve görüntü nakli ile gerçekleşen duruşmada taraf imzasını UYAP ve elektronik imza aracılığıyla atabilmektedir (Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik m. 13/6).

Tarafın tutanağı imzalamaktan kaçınması tutanağa geçirilir (m. 174). HUMK döneminde kaçınma sebebinin belirtilerek hakim tarafından imzalanması öngörülmekteyken (HUMK m. 235), 174. maddede kaçınma sebebinin belirtilmesi gerektiği ayrıca ifade edilmemiştir. Sadece “bu durum” un hakim tarafından tutanakla tespit edileceği ifade edilmiştir. Kanaatimizce maddede “bu durum” kapsamında tarafın kaçınma sebebinin belirtilmesi de yer almaktadır. Özellikle imzadan kaçınılan tutanağın delil başlangıcı niteliğinin tespit edilmesi için kaçınma sebeplerinin belirtilmesi büyük önem taşımaktadır. Hiçbir sebep gösterilmeksizin imzadan kaçınılması halinde ise sebep gösterilemeyecektir. Nitekim madde gerekçesinde imzadan kaçınma ile ilgili gösterilen haklı sebebin tutanağa geçirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca gerekçede de belirtildiği üzere haklı sebeplerin ne olabileceği tamamen hakimin takdirine bırakılmıştır. Zira her dava açısından kaçınma sebebinin haklılığı değerlendirilmelidir.

¹⁴⁵³ Leuenberger, Protokoll, s. 20.

¹⁴⁵⁴ Leuenberger, Protokoll, s. 20.

¹⁴⁵⁵ BSK ZPO/*Guyan*, Art. 176, kn. 10.

Tarafın imzalamadığı tutanaktaki beyanların ne şekilde değerlendirileceği veya değerlendirilmeyeceği konusunda bir belirleme yapılmamıştır. Bir görüşe göre tarafça imzalanmasa dahi tutanağın ispat gücü sabittir, hakimın ve katibin imzaları yeterlidir¹⁴⁵⁶. Diğer görüşe göre mazeretsiz olarak imzalanmayan tutanaktaki beyanlar delil başlangıcı teşkil etmelidir¹⁴⁵⁷.

Hakimin ve katibin imzası ile taraftan kaynaklandığı ortaya konan bu beyanların ancak delil başlangıcı olarak kullanılabilmesi mümkündür. Ancak tutanağın imzalanmaktan kaçınılması sebebi beyanların tarafın kendisine ait olmadığı iddiasına dayanıyor ise kaynaklanma unsuru eksik kalacaktır ve delil başlangıcı teşkil etmeyecektir¹⁴⁵⁸. Ayrıca delil başlangıcı teşkil edecek belgenin, kaynaklandığı kişinin aleyhine olması gerekmektedir¹⁴⁵⁹. Bu unsurun eksik kaldığı tutanaklar delil başlangıcı olarak değerlendirilemez. O halde imzalanmayan ve taraf aleyhine beyan içermeyen tutanakların delil değerlendirilmesinde dikkate alınmaması gerekmektedir¹⁴⁶⁰. Tarafın aleyhine beyan içeren ve imzalanmayan tutanakların ise ikrar sonucu doğuramayacağı, ancak delil başlangıcı teşkil ederek bu kapsamda değerlendirileceği söylenmelidir¹⁴⁶¹. Nitekim Kanunda isticvap kapsamında sadece duruşmaya katılmama veya duruşmaya gelerek sessiz kalınması hallerinin sonucunu ikrar olarak belirlemiştir. Tutanağın imzalanmaması bu haller içinde gösterilmediğinden tarafın beyanları ikrar teşkil etmez.

İmzalanmayan isticvap tutanaklarının delil değerlendirilmesinde ne şekilde dikkate alınabileceği kanunda düzenlenmelidir. Aleyhine beyan içeren tutanağın delil başlangıcı olarak delil değerlendirilmesine dahil edilmesi mümkün iken¹⁴⁶², sadece lehe beyanların bulunduğu tutanağın değerlendirme dışında kalması, daha doğrusu imzadan kaçınma nedeniyle aleyhe bir değerlendirme yapılamaması bu yol ile bertaraf edilebilir. Özellikle kendi lehine beyanda bulunan tarafın imzadan kaçınması doğru söylemediği konusunda bir emare olarak kabul

¹⁴⁵⁶ Umar, s. 505.

¹⁴⁵⁷ Konuralp, Haluk, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 2009, s. 106 (İkrar içeren taraf beyanlarının yer aldığı ancak imzalanmayan tutanak delil başlangıcı teşkil edebilir, ikrar içermeyen beyanların bulunduğu tutanak için yazılı delil başlangıcı bakımından maddi şartları sağlaması aranmalıdır.); Postacıoğlu, Şehadetle İspat Memnuiyeti s. 263 (Postacıoğlu beyanların ikrar içerip içermediğine bakılmaksızın delil başlangıcı teşkil edeceğini belirtmiştir.); Tercan, s. 308; Kuru, C. I, s. 609; Keser, Salih, Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı, İstanbul 2016, s.141.

¹⁴⁵⁸ Tok, s. 70.

¹⁴⁵⁹ Pekcanitez/Erdönmez, C. II, s. 1842; Tok, s. 82.

¹⁴⁶⁰ BGer 4A_498/2014, 03.02.2015, 3.3.

¹⁴⁶¹ Tercan, s. 308.

¹⁴⁶² Yıldırım, M. Kamil/Tok, Ozan, İtirazın Kaldırılması Yargılamasında Delil Başlangıcının Delil Değeri, MÜHAD Y. 2016 C. 22 S. 1, 241-250, s. 244; Keser, s. 217.

edilebilir. Beyanda bulunmaktan kaçınmanın sonucu ikrar olarak düzenlenmiştir ancak beyanda bulunarak imzadan kaçınan taraf bu sonucu dolanmaktadır.

İsticvap ile delil başlangıcı arasındaki ilişki, kesin delille ispatı gereken vakıalar bakımından önem taşımaktadır. Tarafın isticvabı ile tutanağa geçirilen aleyhe beyanları delil başlangıcı teşkil edeceğinden diğer takdiri delillerin kullanımına imkan sağlayacaktır¹⁴⁶³.

Teknolojik yardımcı cihazlar ile taraf beyanlarının kayıt altına alınması Kanunda yer almamıştır. Örneğin İsviçre hukukunda yardımcı teknik cihazlar ile beyanların kaydedilebileceği ve bunun tutanağa ek teşkil edeceği düzenlenmiştir (sZPO Art. 176 Abs. 2). Tarafın beyanlarının esaslı kısmının yazıya geçirildiği ve taraflarca imzalandığı tutanağın yanına¹⁴⁶⁴ ek olarak teknik araçlarla edinilen kayıtlar eklenebilecektir. Yani beyanların sadece kaydedilmesi tutanağın yerine geçemez, ancak tutanağa ilave olabilir¹⁴⁶⁵. Bu kayıtlar tutanağın düzeltilmesi gerektiğinde delil görevi görürler¹⁴⁶⁶. Bu takdirde tarafa beyanların okunması veya tarafın okuması imkanının verilmesi ve imzalatırılmasına gerek kalmayacağı da ayrıca belirtilmiştir (sZPO Art. 176 Abs. 3). Daha açık bir ifade ile tutanağa ek olarak taraf beyanlarının teknik cihazla kaydedilmesi halinde tutanak için tarafın imzasına hakimın kararı ile ihtiyaç kalmayabilecektir¹⁴⁶⁷.

Ayrılan bir fikre göre sorgulama sırasında alınan ses kaydının yazıya dökülmesi ve sorgulamayı gerçekleştiren hakim ve katip tarafından imzalanması ile tarafın imzası olmaksızın dahi geçerli bir tutanak teşkil etmektedir¹⁴⁶⁸. Bu görüş, bu tutanak şeklinin kanunda öngörülmemiş olması sebebiyle eleştirilmiştir ve kaydın yazıya geçirilmesi ile elde edilen verinin yalnızca tutanağı düzeltici ve destekleyici olması gerektiği savunulmuştur¹⁴⁶⁹.

Kanaatimizce tarafın beyanlarının sadece tutanakla kayıt altına alınabileceği düzenlemesine rağmen teknik yardımcı araçlardan faydalanılarak sorgulamanın kaydedilmesi yerinde olacaktır. Elbette tutanak olmaksızın sadece kayıt ile tutanağın düzenlenmesi söz konusu olamaz. Ancak yardımcı bir araç olarak kayıt yapılması tarafın beyanlarının bire bir

¹⁴⁶³ Tercan, s. 335.

¹⁴⁶⁴ BSK ZPO/*Guyan*, Art. 176, kn. 12.

¹⁴⁶⁵ OFK ZPO/ *Borla-Geier*, Art. 176, kn. 6; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Weibel/Walz*, Art. 176, kn. 9; DIKE Komm. ZPO/*Müller*, Art. 176, kn. 20.

¹⁴⁶⁶ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Weibel/Walz*, Art. 176, kn. 9.

¹⁴⁶⁷ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Weibel/Walz*, Art. 176, kn. 11; OFK ZPO/ *Borla-Geier*, Art. 176, kn. 6a; BSK ZPO/*Hafner*, Art. 193, kn. 2.

¹⁴⁶⁸ Leuenberger, Protokoll, s. 21; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Weibel/Walz*, Art. 176, kn. 10.

¹⁴⁶⁹ BSK ZPO/*Guyan*, Art. 176, kn. 11; benzer yönde bkz. DIKE Komm. ZPO/*Müller*, Art. 176, kn. 22.

dinlenilmesine sonradan imkan verecektir ve hakimın değerlendirme yapmasına yardımcı olacaktır. Ayrıca kanun yolunda beyanların tekrar dinlenilmesine imkan verecektir ve ilk derece hakimının değerlendirmeleri buna göre incelenebilecektir. Sorgulama sırasında ses kaydı alınması tutanak için kolaylık sağlayacak, duraksamalar olmaksızın taraf sorgulanabilecek ve hakim sorgulamasına odaklanabilecektir¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁷⁰ **Leuenberger**, Protokoll, s. 20; **Nissen**, s. 738.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TARAF BEYANININ İSPATA ETKİSİ

§ 8. TARAF BEYANININ DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Tarafın Duruşmaya Katılması

A. Duruşmaya Katılmanın Hukuki Niteliği

Tarafların genel olarak duruşmaya katılma yükümlülükleri bulunmamaktadır. Taraflardan birinin duruşmaya gelmemesi halinde bir takım usuli sonuçlarla karşılaşması söz konusu olur: Yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemez (m. 150/2). İki tarafın da duruşmaya katılmaması halinde yine usuli bir sonuç olarak dosyanın işlemden kaldırılır (m. 150/1). Tasarruf ilkesi gereğince kişi dava açmaya ve açtığı davayı takip etmeye zorlanmaz. Bunun sonucu olarak duruşmaya gelmeleri için de tarafların zorlanması mümkün değildir¹⁴⁷¹. Taraf, davayı takip etmek istemediğini açıkça ifade edebileceği gibi, duruşmaya gelmeyerek zımni olarak da isteğini belirtebilir. Takipsizlik iradesi davanın takip edilmemesi şeklinde olabileceği gibi usuli işlemlerin gerçekleştirilmemesi şeklinde de karşımıza çıkabilir¹⁴⁷². Tarafların duruşmaya gelmesi adına bir yaptırım uygulanmamaktadır, tarafların tercihine bırakılmıştır¹⁴⁷³. Tarafın duruşmaya katılmaması halinde aleyhine sonuç doğma tehlikesi mevcuttur. Ancak usuli yükün söz konusu olduğu hallerde her zaman olumsuz bir sonuçla karşılaşılması şart değildir¹⁴⁷⁴. Nitekim tarafın duruşmaya katılmaması halinde dahi lehine işlem yapılabilir veya karar verilebilir.

Tarafa isticvap kapsamında isticvabın gerçekleştirileceği duruşmaya katılması için davetiye gönderilmesi halinde duruşmaya katılma yükümlülüğü ise ayrık düzenleme kapsamında değerlendirilmelidir. Tarafın sorgulanmak için davet edildiği duruşmaya katılmaması halinde ikrar sonucu ile karşılaşacağı düzenlenmiştir (m. 171/2).

İsviçre hukukunda delil ikamesinde iş birliği yükümlülüğü kapsamında tarafın beyanda bulunma yükümlülüğünün içinde duruşmaya katılma yükümlülüğünün de bulunduğu savunulmaktadır. Tarafın isticvap için ayrıca ve özel bir usul ile davet edilmesi, tarafın belirlenen zamanda ve yerde bulunması hususunda bir ödev oluşturmaktadır. Tarafın beyan

¹⁴⁷¹ **Ulukapı**, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Konya 1997, s. 40; **Jauernig/Hess**, § 56, kn. 12.

¹⁴⁷² **Pamukçu**, Bengü, Medeni Yargılama Hukukunda Dosyanın İşlemten Kaldırılması, İstanbul 2020, s. 21.

¹⁴⁷³ **Pamukçu**, s. 23.

¹⁴⁷⁴ Bkz. § 10 III.

vermekten kaçınması için haklı bir sebebinin olduğunu düşünmesi halinde dahi duruşmaya katılması gerekmektedir, nitekim bu çekinme hakkının varlığına ancak hakim karar verebilir. Mahkeme davetiyesinde bu yükümlülüğe açıkça dikkat çekilmektedir¹⁴⁷⁵.

Alman hukukunda tarafın davet edildiği isticvap duruşmasına gelmemesinin sadece delillerin değerlendirilmesine konu olması ve tarafın yokluğunun çekişmeli vakıa bakımından değerlendirilmesinin hakimın takdirine bırakılması, tarafın duruşmaya katılma yükümlülüğünün olmadığını göstermektedir¹⁴⁷⁶. Tarafın duruşmaya katılması için zorlayıcı bir araç kullanılmaması, duruşmaya gelmemenin bir yaptırıma bağlanmaması halinde usuli bir yükümlülüğünden bahsedilemez. Tarafın isticvap edileceği duruşmaya katılması delil ikamesi ile ilgili olan tasarruf ilkesiy ve taraflarca getirme ilkesiyle bağlantılı olduğundan bu konuda bir zorlama tercih edilmemektedir¹⁴⁷⁷.

Kanunun usuli işleme tanıdığı değerden ve usuli işlemin gerçekleştirilmemesi neticesinde meydana çıkabilecek sonucun etkilerinden yola çıkılarak, isticvap davetiyesine riayet ederek isticvap duruşmasına katılmanın bir yük olarak düzenlendiği kanaatindeyiz. Şöyle ki, tarafın duruşmaya katılması Kanunun isteği olmakla birlikte, tarafı duruşmaya katılmaya zorlamak için bir düzenleme bulunmamaktadır. Tarafın tercihinin bırakılmış ve sonucunda aleyhine duruma sebebiyet verebilecek bir durum düzenlemiştir. Bu aleyhe sonuç da yargılamadan bağımsız değil, doğrudan yargılama ile alakalı bir sonuç doğurduğundan ve yargılamayı ilerlettiğinden bir yük niteliği taşır¹⁴⁷⁸. Aşağıda tespit edileceği gibi tarafın beyan yükümlülüğünün olmaması, duruşmaya katılma yükümlülüğünün olmadığını da göstermektedir¹⁴⁷⁹.

Tarafın duruşmaya gelmemesi halinde, isticvap konusu vakıayı ikrar ettiğinin kabul edilmesi bir yaptırım olarak değerlendirilmiştir¹⁴⁸⁰. Ancak devamında duruşmaya katılmamanın ikrar neticesi doğurmasındaki amacın, tarafın sorgulanması sırasında doğruyu söyleme ödevi kapsamında verdiği beyanların aleyhine olacağı korkusuyla duruşmaya katılmadığını düşünerek ikrar sonucunu bağladığı, haksız olduğunu bildiği için sorgudan kaçınmıştır kabulüyle hareket ederek ikrar sonucu düzenlendiği belirtilmiştir. Bu nedenle ispat

¹⁴⁷⁵ Lorenz, kn. 279.

¹⁴⁷⁶ Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 454, kn. 3; AK ZPO/*Rüßmann*, § 454, kn. 1.

¹⁴⁷⁷ Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 454, kn. 3.

¹⁴⁷⁸ Benzer yönde bkz. Pamukçu, s. 49.

¹⁴⁷⁹ AK ZPO/*Rüßmann*, § 454, kn. 1; Stein/Jonas/*Berger*, § 454, kn. 1; Tercan, s. 273.s

¹⁴⁸⁰ Tercan, s. 253.

hukukuna ilişkin bir sonuçtur ve sadece duruşmaya gelmemesini cezalandırma gibi bir amaç bulunmamaktadır. Nitekim asıl amaç tarafı duruşmaya getirmek olmadığı için tanıkta olduğu gibi yaptırımlar da düzenlenmemiştir denilerek yaptırım niteliği aslında kabul edilmemektedir¹⁴⁸¹.

Netice olarak tarafın bu kapsamda isticvap duruşmasına zorla getirilmesi söz konusu olmadığından ve usuli bir sonuç doğuran ikrar ile karşı karşıya kalacağından duruşmaya katılmada usuli yükü mevcuttur. Bu yük yerine getirilmediğinde aleyhine sonuç ile karşılaşma tehlikesi mevcuttur.

B. Tarafın Duruşmaya Katılmada Özrü

Tarafın isticvap duruşmasına katılmaması geçerli bir özre dayanmaktaysa vakıaları ikrar ettiği sonucuna varılamaz (m. 171). Geçerli özür olarak düzenlemede somut bir belirleme veya örnekleme yapılmamıştır. Somut durumun özelliklerine göre tarafın duruşmaya gelememe sebebinin haklılığı incelenmelidir. Eski hale getirmeden yararlanılarak geçerli mazeretin ağır hastalık, yangın, deprem sel gibi bir doğal afet dolayısıyla mücbir sebep olduğu söylenebilir¹⁴⁸². Bunun dışında gösterilen mazeretin objektif olarak tarafın duruşmaya katılmasını engelleyip engellemediği takdir edilir.

Sebebin ortaya konması için belge aranması hakimın takdirinde olmakla birlikte her durum için belge aranması mümkün görünmemektedir¹⁴⁸³. Mazeretin ispatı her türlü delille gerçekleştirilebilir, özellikle emare ile ispat başvurulabilen yollardandır¹⁴⁸⁴.

Tarafın geçerli olmasını umduğu özrünü mahkemeye duruşmadan önce iletmesi halinde yeni bir duruşma tarihi belirlenebilir¹⁴⁸⁵. Özrün duruşma tarihinden sonra belirtilmesi halinde ise hakim özrü değerlendirecek ve haklı sebep olduğuna kanaat getirmesi halinde vakıaları ikrar edilmiş olarak kabul edemeyecektir. Bu halde isticvap için yeni bir duruşma tarihi

¹⁴⁸¹ Tercan, s. 260, 261.

¹⁴⁸² Postacıoğlu, s. 360 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 171; Ulukapı, Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, s. 48, 49;

¹⁴⁸³ Umar, s. 465; Pamukçu, s. 121.

¹⁴⁸⁴ Umar, s. 465.

¹⁴⁸⁵ Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 454, kn. 11.

İstanbul BAM 12. H.D. E. 2018/779 K. 2019/378 T. 18.03.2019: "... mahkemece HMK 169 maddesine uygun olarak mal tesliminin yapıp yapılmadığı ve irsaliyeli faturalar altındaki imzalara ilişkin davalı şirket yetkilisine isticvap davetiyesi çıkarılmış, şirket yetkilisinin avukatı marifetiyle sunduğu rapora dayalı mazeret kabul edilerek davalı vekiline müvekkilini hazır etmesi için bir sonraki celseye kadar süre verilmiş,..." (Legalbank).

belirlenmelidir¹⁴⁸⁶. Zira hakim isticvap kararı verirken şartları ve taraf beyanının gerekliliğini değerlendirerek karar vermiştir. Tarafın özrünün ortadan kalkmasından sonra isticvabı gerçekleştirmeden karar vermesi mümkün olmamalıdır.

Vekilin mazereti bu konu açısından önem taşımamaktadır. İsticvaba tarafın kendisi davet olunur ve beyanları alınacak kişi de taraftır. Bu nedenle sadece tarafın duruşmada bulunması yeterlidir. Karşı tarafın isticvap edilmeyecek olmasıyla birlikte geçerli bir mazereti nedeniyle sorgulama duruşmasına katılamayacak olması da kanaatimizce hakimce dikkate alınabilir ve duruşma ertelenebilir. Karşı tarafın duruşmada bulunarak tarafa soru sorma hakkının gerçekleştirilmesi bakımından hakimın takdir hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Nitekim geçerli mazerete dayanarak duruşmaya katılamayan taraf bu duruşmada yapılan işlemler için itiraz hakkına sahiptir veya kişinin bu mazeretine dayanılarak duruşma başka bir tarihe ertelenebilir¹⁴⁸⁷. Karşı taraf mazeretini duruşma gerçekleştikten sonra bildirebildiyse ve isticvaba itiraz ettiyse diğer usuli işlemler gibi bu sorgulama da geçersiz sayılmalı ve tekrarlanmalıdır¹⁴⁸⁸.

C. Tarafın Duruşmaya Mazeretsiz Olarak Katılmamasının Sonuçları

Tarafın mazeretsiz olarak isticvap duruşmasına gelmemesi, hakkında sorgulanacağı vakıaları ikrar ettiği sonucunu doğuracaktır (m.171/2). İsticvapta tarafın kendisinin delil niteliği göstermesi ve beyanlarının aleyhine değerlendirilme tehlikesinin bulunması nedeniyle isticvap duruşmasına katılmayarak sorgulanmaktan kaçınması tasarruf ilkesi ve taraflarca değerlendirilme ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir. Tarafın dava açması, davayı takibe devam etmesi tasarruf ilkesinin kabulü nedeniyle tarafın serbestisine bırakılmıştır. Bu tercih yetkisinin isticvap duruşması yönünden kısıtlandığı görülmektedir. Tarafın duruşmaya katılmamasına ikrar sonucu bağlanarak usuli durumun aleyhine gelişmesi tehlikesi mevcuttur. Taraflarca getirme ilkesinin gereği olarak delillerin gösterilmesi de tarafların tercihinin bırakılmıştır ancak tarafın isticvabı söz konusu olduğunda duruşmaya katılmayarak çekinmesi sınırlandırılmıştır.

¹⁴⁸⁶ Burada eski hale getirme kurumuna başvurulmasına gerek yoktur: **Tercan**, s. 256.

¹⁴⁸⁷ Pekcanitez/Özekes, C. II, s. 1469; **Pamukçu**, s. 127. Tarafın mazeretini duruşmadan önce mahkemeye bildirmesi ve kabul edilmesi halinde yeni bir duruşma günü belirlenir ve önceki tarihli duruşmada işlem gerçekleştirilemez: **Ulukapı**, Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, s. 50.

¹⁴⁸⁸ **Pamukçu**, s. 130.

İsticvabın delil olarak kabul edildiği Alman hukukunda, tarafın dinlenilmesi amacıyla davet edildiği duruşmaya gelmemesine ilişkin yaptırım düzenlenmişken (dZPO § 141), isticvap edildiği duruşmaya gelmesini zorlayıcı bir düzenleme veya dolaylı zorlama olarak bir yaptırım bulunmamaktadır (dZPO § 454). Taraf beyanının söz konusu olduğu bu iki kurum açısından farklı düzenlemelerin bulunmasının temelinde kurumların fonksiyonları ve alınacak sonuçlar bulunmaktadır. Tarafın dinlenilmesinde iddia ve savunmaların, dava malzemesinin aydınlatılması ve açıklığa kavuşturulması amaçlanmaktadır ve doğrudan ispat faaliyeti bakımından bir sonucu olmamaktadır zira delil olarak değerlendirilmemektedir. İsticvapta ise tarafın beyanları ile aleyhine bir tespitte bulunulması tehlikesi bulunmaktadır ve ispat faaliyeti için bir sonuç doğacaktır. Tarafın karşı tarafın lehine ve kendi aleyhine delil ikamesine zorlanamaması bu farklılığın ana nedenidir¹⁴⁸⁹. Vakıa ve delillerin yargılamaya taşınması konusunda tarafa tanınan özgürlüğe müdahale daha yüksektir. Bu nedenle tarafın sorgulanacağı duruşmaya katılması ve beyanda bulunulması konusunda bir zorlama bulunmamaktadır. Nitekim tarafın isticvap duruşmasına katılmaması, beyanda bulunmaktan kaçınması olarak değerlendirilebilir (dZPO § 454 I). Beyandan kaçınma ise delillerin serbestçe değerlendirmesine tabidir, hakim isticvap konusu vakıanın ispatlanmış olduğuna karar verebilir (dZPO § 453 ve § 446).

Hukukumuzda da tarafın duruşmaya katılması konusunda bir zorlama bulunmamakla birlikte, usuli açıdan olumsuz bir sonuç düzenlenmiştir. Tarafın isticvap edilmesi ikrar sonucunu doğurabilmekte veya beyanların lehine ve aleyhine değerlendirilmesiyle sonuçlanabilmektedir. Görüldüğü gibi ispat faaliyetinde etki doğuran sonuçlar söz konusudur.

Tarafın lehine bir vakıa hakkında sorgulanması amacıyla davet edilmesi halinde, yokluğu elbette ikrar sonucu doğuramayacaktır. Ancak kanunda düzenlenen sonucun doğmaması, lehine vakıa hakkında dinlenecek tarafın isticvap duruşmasına katılmasının bir yük oluşturmadığı anlamına gelmez. Kanuni düzenleme bu hal için mecburi bir usuli olumsuzluk öngörmemekle birlikte vakıanın lehine tespiti için duruşmada bulunmayan tarafın bu hareketini ispat faaliyeti içerisinde değerlendirerek karara esas alabilmelidir. Mecburi bir olumsuzluk söz konusu olmasa da bu halde de tarafın aleyhine bir usuli durum oluşması tehlikesi mevcut olduğundan usuli yükün varlığından şüphe edilemez.

¹⁴⁸⁹ Stein/Jonas/*Berger*, § 454, kn. 1; Wieczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 454, kn. 3.

Tarafın duruşmaya gelmesiyle birlikte vekilinin gelmemesi halinde isticvap gerçekleştirilmelidir¹⁴⁹⁰. Bu halde yukarıda belirtildiği gibi ancak vekilin geçerli bir mazereti bulunması halinde duruşmanın ertelenmesi talep edilebilir. Vekilin de isticvap duruşmasında bulunmasının önemi isticvap ile ilgili işlemlere itiraz etme ihtiyacı hissedilmesidir.

II. Tarafın Beyanda Bulunması

A. Beyanda Bulunmanın Hukuki Niteliği

1. Beyanda Bulunma Yükü

Yargılamada iddialar ve iddiaların ispatı için bilgi ve malzeme eksikliğinin bulunması, gerekli bilgi ve materyalin ispat yükünü taşımayan karşı tarafın veya üçüncü kişinin hakimiyetinde olması tarafın ve üçüncü kişinin usuli bilgi yükümlülüğü (*prozessuale Informationspflichten*)¹⁴⁹¹, aydınlatma¹⁴⁹²/açıklama¹⁴⁹³ (*Aufklärungspflicht*)¹⁴⁹⁴, iş birliği (*Mitwirkungspflicht*)¹⁴⁹⁵, katılım¹⁴⁹⁶ yükümlülüğünün ortaya çıkmasına neden olmuştur. Eksikliğin tamamlanması için söz konusu yükümlülük maddi hukuktan, usul hukukundan veya dürüstlük kuralından kaynaklanabilir¹⁴⁹⁷. Aydınlatma ödevi, ispat yükünü taşımayan tarafın iddia ve ispatla ilgili açıklamalar yapmasını ve bilgi vermesini öngörür¹⁴⁹⁸. Hukukumuzda tarafın aydınlatma ödevine ilişkin genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte dürüstlük kuralından, maddi ve usul hukukundaki düzenlemelerden yola çıkılarak bu ödevin mevcut olduğu söylenmelidir¹⁴⁹⁹.

Taraflarca getirme ilkesi gereğince dava malzemesini oluşturan vakıalar ve deliller taraflarca getirilecektir. Tarafın bu sorumluluk altında olması nedeniyle, bilgi eksikliği ve

¹⁴⁹⁰ Stein/Jonas/**Berger**, § 454, kn. 18.

¹⁴⁹¹ **Waterstraat**, Daniel, Informationspflichten der nicht Risikobelasteten Partei im Zivilprozess, ZZZ 2005 459-484, s. 466.

¹⁴⁹² **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 159; **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s.26 vd.

¹⁴⁹³ **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 154; **Atalay**, Oğuz, Menfi Vakıaların Tespiti, İzmir 2001, s. 142, 143.

¹⁴⁹⁴ **Rassi**, Jürgen C. T., Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht Beweisbelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, ZZZ 2008, 165-202, s. 167; **Ünal Kaya**, Hilal, Die Mitwirkungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund letzter Reformen in Deutschland und der Türkei, Berlin 2018, s. 149 vd.

¹⁴⁹⁵ **Rassi**, s. 167.

¹⁴⁹⁶ **Yıldırım**, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı, s. 682.

¹⁴⁹⁷ **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 154; **Atalay**, s. 144; **Rassi**, s. 184; **Koch**, Raphael, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, Tübingen 2013, s. 129 vd.; BSK ZPO/**Schmid**, Art. 160, kn. 9.

¹⁴⁹⁸ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 47.

¹⁴⁹⁹ **Atalay**, s. 144; **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 32; **Lienhard**, Andreas, Beweislast und Beweislastumkehr im Schweizer Privatrecht, ZZZ 2021, 389-403, s. 402. Avrupa’da Fransa, İsviçre, İtalya, İspanya, Avusturya gibi ülkelerde ispat yükünü taşımayan tarafın dava malzemesinin toplanmasında geniş ölçüde usuli aydınlatma ödevinin kabulü yönünde bir trend olduğunu yönünde bkz. **Waterstraat**, s. 469, 470.

delilin iddia sahibi tarafın hakimiyetinde bulunmaması halinde ispat yükü taşıyan tarafın aleyhe sonuç ile karşılaşması kuvvetle muhtemeldir¹⁵⁰⁰. Bu halde aleyhe sonucun önüne geçebilmek ve gerçek duruma en yakın karara ulaşabilmek adına iş birliği ödevi söz konusu olur. Tarafın, davanın aydınlatılmasına katkı sağlaması iddiaların ve vakıaların yargılamaya taşınmasına ve bunların ispatına yardımcı olmasını gerektirmektedir. İspat yükünü taşıyan tarafın talep sonucuna dayanak olarak gösterdiği vakıalarla ilgili tam bilgiye sahip olmaması ancak karşı tarafın bu bilgiyi haiz olması veya vakıanın ispatı için gerekli delilin karşı tarafın hakimiyetinde bulunması halinde karşı tarafın aktif davranışı gereklidir. Tarafın aydınlatma ödevinin kapsamında vakıa iddialarının tamamlanması, vakıalar hakkında bilgi verilmesi olduğu gibi delillerin ikamesine katkı sağlama ödevi de bulunmaktadır¹⁵⁰¹.

Tarafın delil ikamesine katkı sağlaması, üçüncü kişinin iş birliğinden farklı olarak usuli yük niteliğini haizdir¹⁵⁰². Üçüncü kişinin belgeleri ibrazı, tanık olarak dinlenilmesi gibi katkılarının yerine getirilmesi için zorunluluğu bulunmaktadır ve bunların gerçekleştirilmesi için zorlanabilirler. Tarafın ispat faaliyetinde iş birliğini yerine getirmesi tercihine bırakılmış ve tarafı zorlayacak doğrudan veya dolaylı yaptırım öngörülmemiştir. Beklenen davranışın gerçekleştirilmemesi ancak usuli durumu için olumsuz bir sonuçla karşılaşma tehlikesiyle tarafı karşı karşıya bırakmaktadır. Bu nedenle usuli bir yükür.

Tarafın delil ikamesine katkı sağlama ödevi, tarafın iş birliği/aydınlatma ödevinin kapsamında bulunmaktadır. Tarafa bu yükün yüklenmesinin temel nedeni, ispat yükünü taşıyan tarafın hakimiyetinde olmayan ancak ispat için önem taşıyan delillere ulaşılabilmesi¹⁵⁰³ ve gerçeğin tespitine sağlanması amacıdır¹⁵⁰⁴. Delilin ikamesinin, bunu tamamen hakimiyetinde bulunduran tarafın inisiyatifine bırakılması, gerçeğin tespitini imkansız kılabilir veya iyi ihtimalle zorlaştırabilir¹⁵⁰⁵. Delillerle ilgili bilgilerin paylaşılmasına dair davranışların tümü delil ikamesine katkı sağlama ödevi kapsamında bulunmaktadır¹⁵⁰⁶. Bu keşfe katlanma

¹⁵⁰⁰ Lang, Johannes, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung, Berlin 1999, s. 20.

¹⁵⁰¹ BSK ZPO/*Schmid*, Art. 160, kn. 10; BK ZPO/*Rüetschi*, Vor. Art. 160-167, kn. 8; Bracher, kn. 65 vd.; Ahrens, Kap. 7, kn. 26; Rassi, s. 92; Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 47. Benzer yönde bkz. Atalay, s. 150.

¹⁵⁰² Aksi yönde Ahrens, Kap. 7, kn. 25.

¹⁵⁰³ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Hasenböhler*, vor. Art. 160-162, kn. 26; Beckhaus, Gerrit M., Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Schverhaltsaufklärung, Tübingen 2010, s. 129.

¹⁵⁰⁴ Willisegger, s. 131; Laumen, Hans-Willi, Der Grundsatz “nemo tenetur edere contra se” in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof, Festschrift für Hanns Prütting, Köln 2018, 391-400, s. 400.

¹⁵⁰⁵ Hasenböhler/Yanez, kn. 4.2; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Hasenböhler*, vor. Art. 160-162, kn. 26.

¹⁵⁰⁶ Bracher, kn. 100; DIKE Komm. ZPO/*Higi*, Art. 160, kn. 16.

kapsamında vücut bütünlüğüne müdahalede bulunulmasına müsaade etme olabileceği gibi ticari defterlerin teslimi gibi davranışlar olabilir.

Tarafın delil ikamesine katılma ödevi özellikle ispat güçlüklerinin söz konusu olduğu durumlarda önem kazanmaktadır¹⁵⁰⁷. İspat yükünü taşıyan tarafın delilin karşı tarafın hakimiyetinde olması sebebiyle delile ulaşamaması veya delilin ikamesi için karşı tarafın işleminin gerektiği hallerde ispatın bu tarafın inisiyatifine bırakılmaması için iş birliği beklenmektedir. Katkının sağlanmaması ve bu kaçınmanın geçerli bir mazerete dayanmaması halinde ise ispat faaliyetini ilerletmek adına delillerin değerlendirilmesinde esas alınması veya ikrar sonucunun doğması gibi sonuçlar öngörülmüştür. Burada ispat yükünün ters çevrilmesi söz konusu değildir¹⁵⁰⁸, ancak yükün niteliği gereği kaçınan tarafın aleyhine bir sonuç doğması tehlikesi kanundaki düzenleme gereği veya hakimın takdiri sonucunda doğabilir.

İsviçre hukukunda eski kantonal düzenlemelerde her bir delil için ayrı olarak belirlenen, sonrasında federal kanun ile tarafların delil ikamesine katılmaları için genel bir yükümlülük düzenlenmiştir (sZPO Art. 160 Abs. 1 lit. a)¹⁵⁰⁹. Her delil için ayrı ayrı bir katkı belirlenmesi yerine tüm deliller bakımından geçerli olacak şekilde belirlemeler yapılmıştır. Genel olarak düzenlenen iş birliği yükümlülüğü, çekişmeli vakıanın ispatı için gerekli delillerin karşı tarafın veya üçüncü kişinin hakimiyetinde bulunması halinde bunların yargılamaya dahil edilmesini amaçlamaktadır¹⁵¹⁰. Tarafın beyanda bulunması ve bu beyanın doğru olması delil ikamesine katılmanın bir parçasıdır. Her ne kadar tarafın delil ikamesine katılması ve beyanda bulunması kanunda bir yükümlülük olarak belirtilmişse de bunun bir usuli yük olduğu konusunda fikir birliği bulunmaktadır¹⁵¹¹. Çünkü tarafın beyanda bulunması mahkeme tarafından

¹⁵⁰⁷ BSK ZPO/*Schmid*, Art. 160, kn. 11.

¹⁵⁰⁸ BSK ZPO/*Schmid*, Art. 160, kn. 11; BK ZPO/*Rüetschi*, Vor. Art. 160-167, kn. 9.

¹⁵⁰⁹ BSK ZPO/*Schmid*, Art. 160, kn. 7. İsviçre hukukunda davanın aydınlatılması için tarafın iş birliği yükümlülüğü ile delil ikamesinde iş birliği yükümlülüğü farklı değerlendirilmektedir. Davanın aydınlatılması için iş birliği yükümlülüğü iddia, çekişmeli kılma ve ispat yükünü kapsayıp, tarafın kendi usuli durumunu destekleyecek vakıa ve delillerin getirilmesi yükünü ifade etmektedir. Delil ikamesine katkı yükümlülüğü ise karşı tarafın usuli durumuna katkı sağlayacak delillerin getirilmesini beklemektedir: **Bracher**, kn. 66.

¹⁵¹⁰ **Hasenböhler/Yanez**, kn. 4.2.

¹⁵¹¹ Botschaft ZPO, S. 7316; BSK ZPO/*Schmid*, Art. 164, kn. 1; **Stachelin**, Adrian/**Stachelin**, Daniel/**Grolimund**, Pascal, Zivilprozessrecht Zürich 2019, § 18 kn. 65; BK ZPO/*Rüetschi*, Vor. Art. 160-167, kn. 2; **Willisegger**, s. 131; OFK ZPO/*Schönmann*, Art. 160, kn. 5; SHK ZPO/*Berni*, Art. 160, kn. 3; DIKE Komm. ZPO/*Higi*, Art. 160, kn. 10; **Gasser/Rickli**, Art. 160, kn. 1; **Hasenböhler/Yanez**, kn. 4.37; **Bracher**, kn. 63; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, kn. 9.57; **Meier**, s. 300; **Willisegger**, s. 131; **Kofmel**, s. 174.

zorlanamamaktadır¹⁵¹² ve beyanda bulunmaktan mazeretsiz olarak kaçınılması sadece sZPO Art. 164 kapsamında delillerin serbestçe değerlendirilmesine konu olacaktır¹⁵¹³.

Alman hukukunda baskın görüşe göre kabul edilmeyen genel bir usuli aydınlatma yükümlülüğü¹⁵¹⁴ söz konusu değildir. Zira iş birliği ödevi tarafın geniş bir şekilde aleyhine olan hususlarda katkı sağlamasını gerektirmez ve bu ödev ancak maddi hukuktan veya usul hukukundaki düzenlemelerden doğabilir. Tarafın genel usuli aydınlatma yükümlülüğünün usuli alanda düzenlenen belgelerin ibrazı, keşfe katlanma gibi yüklerin kıyasen yorumu ile mevcut olduğu¹⁵¹⁵ veya aydınlatma ödevinin daha geniş kapsamlı mevcut olması gerektiği görüşü¹⁵¹⁶ çoğunlukça kabul edilmemektedir¹⁵¹⁷. Ret için temel nedenler taraflarca getirilme ilkesi, iddia ve sübjektif ispat yükü olarak gösterilmektedir¹⁵¹⁸. Tarafların aydınlatma ödevi genel nitelikte değildir zira iddia aşamasında ve ispat faaliyetinde genel ve soyut olarak tarafların birbirine yardımcı olacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Tarafın karşı tarafa yararı olabilecek işlemi gerçekleştirmesi ortak yararlarına veya genel bir yarara dayandırılmaz. Ancak davanın aydınlatılması için gereken hususların elde edilmesini engelleyen davranışlara da medeni usul hukukunda bir tarafın haksız yere lehine sonuç alması tehlikesi nedeniyle müsamaha gösterilemez¹⁵¹⁹. Tarafın sadece maddi ve usuli düzenlemelerle belirlenen katkı sağlama ödevleri ve doğruyu söyleme ve dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülükleri bulunmaktadır¹⁵²⁰. Ayrıca genel bir aydınlatma ödevi kabul edilmemesine rağmen tarafın uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlamasını gerektiren imkanlar doktrinde ve yargı kararlarında kabul görmektedir¹⁵²¹. Tarafın aydınlatma ödevi dZPO § 138'de karşı tarafın iddia ettiği vakıalar hakkında açıklamalarda bulunmasını gerektiren düzenlemeden çıkarılmaktadır.

¹⁵¹² Lorenz, kn. 276; Willisegger, s. 131.

¹⁵¹³ Bracher, kn. 63.

¹⁵¹⁴ Genel aydınlatma yükümlülüğünün von Hippel, Lüderitz, Peters ve Stürner tarafında ortaya çıkarılması ve geliştirilmesi hakkında ayrıntılı bkz. Ünal Kaya, s. 151 vd.

¹⁵¹⁵ Stürner, Rolf, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976, s. 92 vd.

¹⁵¹⁶ Waterstraat, s. 484; Musielak/Voit/Stadler, § 138, kn. 11; Stürner, Rolf, Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess, Festgabe für Max Vollkommer, Köln 2006, 201-215, s. 201 vd.; Katzenmeier, Christian, Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, JZ, 57. Jahrg., Nr. 11 (7. Juni 2002), 533-540, s. 533 vd.; Lang, J., s. 93 vd.

¹⁵¹⁷ Arens, Peter, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess, ZZP 1983, 1-24, s. 12, 13 ve 21; MüKo ZPO/Prütting, § 286, kn. 133; Lang, Sonja, Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, Frankfurt am Main 2007, s. 72. Prütting, Hanns, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983, s. 138; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 110, kn. 9. NJW 2000, s. 1108, 1109 (Taraflarca getirme ilkesi ve ispat yükü dağılımı dikkate alınarak tarafın karşı tarafın kazanması için dava malzemesi teminine yükümlü kılınamayacağı ifade edilmiştir).

¹⁵¹⁸ Arens, s. 1.

¹⁵¹⁹ Papanikolaou, Dimitrios, Die sekundäre Erklärungsspflicht im Zivilprozess, Berlin 2018, s. 49, 50.

¹⁵²⁰ Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 52.

¹⁵²¹ Stürner, Die Informationsbeschaffung, s. 209; Ünal Kaya, s. 164, 165; Lang, S., s. 40.

Delil ikamesine katkı bir işlem gerçekleştirilerek, bir işlemten kaçınarak veya işleme katlanarak gerçekleştirilebilir¹⁵²². Özellikle ispat yükünü taşımayan tarafın ispat faaliyetine katkı sağlaması, ispat araçları elinde bulunmayan ancak ispat yükünü taşıyan tarafın ispat faaliyetini gerçekleştirebilmesi için gereklidir. İsviçre hukukunda tüm deliller için geçerli olmak üzere bir maddede düzenlenen delil ikamesine iştirak yükümlülüğü (sZPO Art. 160), Alman hukukunda farklı maddelerde düzenlenerek ve açıklama yükümlülüğüne (dZPO § 138) dayandırılarak deliller açısından geçerli olmuştur. Belgelerin ve keşif deliline konu olacak unsurların verilmesi, keşfe katlanma delil ikamesinde taraftan beklenen iş birliğine örneklerdir¹⁵²³. Tarafın isticvap kapsamında beyanda bulunması gerekliliğinin hukuki nitelendirmesi buradan hareketle belirlenebilir.

Davada karara esas alınacak çekişmeli vakıaların ve bunların ispatında değerlendirilecek delillerin taraflarca getirilmesi, iddia, somutlaştırma ve sübjektif ispat yükünün tarafların üzerinde olması davanın sonuçlandırılmasında tarafların faaliyetlerinin önemini göstermektedir. Tarafın iddia, çekişmeli kılma ve sübjektif ispat yükünden farklı olarak ispat faaliyetine katkıda bulunma yükü de bulunmaktadır. Ayrı olarak aydınlatma yükümlülüğü öngörülmesine de TMK m. 2 dürüstlük kuralı, açıklamaların yapılması ve delillerin ikamesi hususunda tarafı bu yükümlülük altına sokmaktadır¹⁵²⁴. İddia, somutlaştırma, sübjektif ispat yükleri tarafın kendi lehine durumu tesis etme ve aleyhe sonuçtan kaçınmasına hizmet ederken, tarafın ispat faaliyetine katkı sağlaması yükünün yerine getirilmesi aynı zamanda karşı tarafa da yarar sağlayabilmektedir¹⁵²⁵. İsticvap ve belge delili karşı tarafın hakimiyetinde bulunan, sadece karşı tarafın bildiği bilgiye ulaşmayı sağlayan delillerdir. Özellikle ispat güçlüğü söz konusu olduğu hallerde karşı tarafın bilgisine ulaşılması amacıyla isticvabı talep edildiğinde, aleyhine dahi olsa bu bilgilerin mahkeme ile paylaşılması beklenmektedir¹⁵²⁶. Bu beyan yükü, sorgulamaya katlanma yükü olarak da nitelendirilebilir, ispat yükünden bağımsız olarak mevcuttur¹⁵²⁷. Karşı tarafın sorgulanmasının talep edilmesi ile karşı taraf için artık ispat

¹⁵²² **Stachelin/Stachelin/Grolimund**, § 18 kn. 66; BSK ZPO/**Schmid**, Art. 160, kn. 10; BK ZPO/**Rüetschi**, Vor. Art. 160-167, kn. 3; SHK ZPO/**Berni**, Art. 160, kn. 6.

İsviçre’de katkı sağlama işlemlerinin sayılı olmadığı, Art. 160 dışında da işlemlerle katkı sağlanabileceği kabul edilmektedir: BSK ZPO/**Schmid**, Art. 160, kn. 10.

¹⁵²³ **Stürner**, Aufklärungspflicht, s. 12, 13.

¹⁵²⁴ **Atalay**, s. 144; **Lienhard**, s. 402. Tarafın bilgisine karşı tarafa somutlaştırma ve ikincil iddia yükü yüklenerek ulaşılmasını dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğüne dayandıran görüş için bkz. **Börü**, s. 113.

¹⁵²⁵ **Bracher**, kn. 66; BK ZPO/**Rüetschi**, Vor. Art. 160-167, kn. 8.

¹⁵²⁶ **Lorenz**, kn. 278; **Atalay**, s. 45.

¹⁵²⁷ **Koch**, s. 147; BSK ZPO/**Schmid**, Art. 160, kn. 31. Tarafların anlaşarak isticvabında ispat yükünü taşıyan tarafın sorgulanması nedeniyle bilgi eksikliğini tamamlayıcı özelliği bulunmamaktadır, bu nedenle iş birliği içinde değerlendirilmemelidir: **Beckhaus**, s. 127 dn. 758.

faaliyetine katkıda bulunma yükü oluşmuştur. Beyanları kendi lehinde sonuç doğurabileceği gibi aleyhine, yani isticvap talep eden tarafın lehine netice meydana getirebilir. Bu bakımdan beyandan kaçınması, ispat faaliyetine dair yükünü yerine getirmemesi olur ve aleyhe sonuçla karşılaşma tehlikesi altındadır. Hukukumuzda bu aleyhe sonuç ikrar ile kesin olarak öngörülmektedir.

Davanın aydınlatılması araçları arasında, dolayısıyla aydınlatma ödevinin araçları arasında isticvap da sayılmaktadır¹⁵²⁸. İsticvap bağlamında duruşmaya katılan tarafın beyanda bulunması beklenmektedir. Kanunun kurumdan beklentisi ispat faaliyetinde bilginin ortaya konulması ve bu bilginin delillerin değerlendirilmesinde kullanılarak karara esas teşkil etmesidir. Bu amaca ancak tarafın beyanda bulunması ile ulaşılabilir. Bu nedenle kanunun tarafın beyanda bulunmasını beklediği anlaşılmaktadır. Tarafı beyanda bulunmaya doğrudan veya dolaylı olarak zorlaması, tarafın bir para cezası veya disiplin yaptırımı ile karşılaşması söz konusu değildir¹⁵²⁹. Beyanda bulunmayan tarafın karşılaşacağı sonuç ikrar veya ispat faaliyetinde başarısızlık nedeniyle aleyhine sonuç olabilir. Böylece tarafın beyanda bulunmakta delil ikamesine katkı sağlama ödevi kapsamında usuli bir yük altında olduğu söylenmelidir¹⁵³⁰.

Beyanda bulunmak ile delil ikamesine katkıda bulunma yükü yerine getirilmiş olacaktır ancak beyanda bulunan tarafın aleyhine bir sonuç doğmayacağı genel olarak söylenemez. Beyanların ikrar içermesi veya hakim tarafından aleyhe değerlendirilmesi halinde isticvap edilen taraf için olumsuz bir sonuç doğabilir. Ancak bu sonuç usuli yükün yerine getirilmemesi sebebiyle değil, tarafın vakıayı ikrarı veya delillerin değerlendirilmesi neticesinde meydana gelmektedir.

Re' sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda da tarafın delil ikamesine katılma ödevi bulunmaktadır¹⁵³¹. Tarafın beyanda bulunma yükü sebebiyle iş birliği ödevinin mevcut olduğu re' sen araştırma ilkesine tabi davalarda da isticvabın uygulama bulacağı görüşü desteklenmektedir. Aynı zamanda tarafın iş birliği delilin re' sen ikame edilmesi ile ilgili

¹⁵²⁸ Lang, J., s. 35; Atalay, s. 147.

¹⁵²⁹ Jauernig/Hess, § 56, kn. 12; Ünal Kaya, s. 71; Lang, J., s. 45

¹⁵³⁰ Koch, s. 147; Stein/Jonas/Berger, § 446, kn. 1; Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 3; BSK ZPO/Schmid, Art. 160, kn. 5. Rassi, s. 193; Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 45. Waldmann, Yves, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, Basel 2009, s. 228; Ünal Kaya, s. 82; Zöller/Greger, § 454, kn. 2; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Hasenböhler, vor. Art. 160-162, kn. 27; BK ZPO/Rüetschi, Vor. Art. 160-167, kn. 3; Kaufmann, U., s. 42; Adloff, Daniel, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, Tübingen 2007, s. 283; Waterstraat, s. 466; Atalay, s. 149, 150; Tercan, s. 238. Avusturya usul hukukunda da tarafın beyanda bulunmakla ilgili iş birliği ödevi bulunmaktadır: Rassi, s. 193.

¹⁵³¹ BK ZPO/Rüetschi, Vor. Art. 160-167, kn. 8; SHK ZPO/Berni, Art. 160, kn. 4; DIKE Komm. ZPO/Higi, Art. 160, kn. 19; Koch, s. 107.

değildir¹⁵³². İsticvabın re' sen gerçekleştirilmesi halinde de tarafın beyanda bulunma yükü bulunmaktadır.

Son olarak beyan yükünün içeriği üzerinde durulabilir. Sorgulama şeklinde göre beyan yükümlülüğünün içeriği değişmektedir¹⁵³³. İspat konusu vakıa hakkında bildiklerini soru sorulmadan ve kesilmeden serbest bir biçimde anlatması ve bitirdikten sonra hakim ve tarafça soru sorulması şeklinde sorgulama gerçekleşebilir. İkinci olarak, soru cevap şeklinde sorgulama gerçekleştirilebilir. Art arda hakimin sorduğu soruların ve ardından tarafın sorduğu soruların cevaplanması başka bir seçenektir. Son olarak ikisinin karışımı şeklinde karma sorgulama, yani tarafın genel veya detaylı olarak vakıa ile ilgili bilgilerini vermesi ve arada hakimce ve tarafça sorular yöneltilmesi söz konusu olabilir. Sorgulamanın şekline göre serbest beyanlar veya sorulara verilen cevaplar beyan yükünün içeriğini oluşturur. Tarafların beyanlarının isticvapta karşı karşıya getirilmesi de mümkündür, hatta bir fikre göre gereklidir¹⁵³⁴. Sorgulama metodu isticvap neticesinde elde edilen beyanların kapsamında da etkili olacaktır¹⁵³⁵.

¹⁵³² Koch, s. 110.

¹⁵³³ Lorenz, kn. 282.

¹⁵³⁴ BK ZPO/Bühler, Art. 191-192, kn. 74; DIKE Komm. ZPO/Müller, Art. 191, kn. 37. Aynı zamanda beyan yükümlülüğünün kapsamında tanık beyanları ile karşı karşıya gelmenin de (*Konfrontation*) bulunduğu dair bkz. Lorenz, kn. 283.

¹⁵³⁵ Bracher, kn. 212.

2. İspatın Engellenmesi ile İlişkisi

İspatın engellenmesi (*Beweisvereitelung*) ¹⁵³⁶, ispat yükünü taşıyan tarafın ¹⁵³⁷ objektif gerçekliği ortaya koyabilecek veya kanaati değiştirebilecek delili ikamesinin, karşı tarafın aktif veya pasif davranışı ile kasıtlı olarak zorlaştırılması veya imkansız kılmasıdır ¹⁵³⁸. İspatın engellenmesi için delil ikamesini zorlaştıran veya imkansız kılan bir davranış veya davranıştan kaçınma gereklidir ¹⁵³⁹. Delil ikamesinin imkansızlaştırılması veya zorlaştırılması mevcut delilin yok edilmesi, delile ulaşmanın engellenmesi, kullanılmasını zorlaştırmak ile gerçekleştirilebilir. ¹⁵⁴⁰ Örneğin karşı tarafın, delil ikame yükünü taşıyan tarafın göstermek istediği tanığın adresini bilmesine rağmen paylaşmaması ispatın engellenmesi teşkil eder ¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁶ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 148.

Alman hukukunda ispatın engellenmesi ile ilgili genel bir düzenleme yoktur (Stein/Jonas/*Thole*, § 286, kn. 201). Sonucu ile ilgili de genel bir düzenleme bulunmadığından delilin ikame edilmiş kabul edilmesi, vakianın ispatlanmış kabul edilmesi, ispat ölçüsünün düşürülmesi, aleyhe aksi ispatlanabilir fiksiyon teşkil etmesi, hakimin takdirine bırakılması veya ispat yükünün yer değiştirmesi gibi farklı görüşler bulunmaktadır.

Delil ikamesinin engellenmesinin sonucu baskın olarak hakimin durumu serbestçe değerlendirmesi olarak görülmektedir (Zöller/*Greger*, § 286, kn. 14a; Musielak, Hans-Joachim, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, Berlin-New York 1975, s. 139; Musielak/Stadler, s. 100 kn. 188 ve 189; Peters, Egbert, Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, ZZP 1969, s. 200 vd., s. 218 vd. (somut duruma göre farklılıklar ve özellikler değerlendirilmesi hakimin sınırlandırılmadan karar verilmesine imkan verir, elastik ve uyumlu bir sonuç alınmasını sağlar). İspatın engellenmesi tarafın kası veya ağır ihmalden kaynaklandığı takdirde somut sübjektif ispat yükünün yer değiştirmesi, hafif ihmalden kaynaklanması halinde ise delillerin değerlendirilmesine konu olması yönünde: Stein/Jonas/*Thole*, § 286, kn. 205. Bazı kurumlar özelinde ise ispatın engellenmesinin sonucu düzenlenmiştir. Örneğin belgelerin ibrazı (dZPO §§ 427, 441 III, 444) ve isticvap (dZPO §§ 446, 453 II, 454 I) için vakianın ispatlanmış kabul edilebileceği düzenlenmiştir (Baumgärtel, Gottfried, Die Beweisvereitelung im Zivilprozess, Festschrift für Winfried Kralik, Wien 1986, 63-74, s. 63; Fröhlich, Daniela, Die Beweisvereitelung im Zivilprozess, Würzburg 2008, s. 17; Krapoth, Fabian, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, München 1996, s. 5; MüKo ZPO/*Prütting*, § 286, kn. 93; Paulus, Christoph Georg, Die Beweisvereitelung in der Struktur des deutschen Zivilprozesses — rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Betrachtungen, AcP 1997 Bd. 197 H. 1/2, 136-160, s. 139). Avusturya (öZPO § 272) ve İsviçre hukukunda (sZPO Art. 160) ise genel düzenlemelerin bulunması nedeniyle ispatın engellenmesi neticesinde hakimin vakianın ispatlanmış sayılabileceğine dair takdir hakkı bulunmaktadır.

¹⁵³⁷ Delilin engellenmesi sadece objektif ispat yüküne bağlı olarak asıl ispatın engellenmesi şeklinde anlaşılmamalı, somut delil ikame yükünden hareketle karşı delilin de engellenebileceği kabul edilmelidir: Baumgärtel/Laumen/*Prütting*, Kap. 16, kn. 3; Adloff, s. 292; Laumen, s. 398.

¹⁵³⁸ Paulus, s. 137. Hukuki uyumsuzluğun meydana gelmesinden önce veya sonra ispatın engellenmesi gerçekleşebilir: Musielak, s. 134; Prütting/Gehrlein/*Laumen*, § 286, kn. 99.

¹⁵³⁹ Baumgärtel, s. 63; MüKo ZPO/*Prütting*, § 286, kn. 85; Paulus, s. 137.

Atalay, tarafın aydınlatma ödevi ile ispatın engellenmesini, tarafın gerçekleştirdiği işlemlerin aktif ve pasif olmasına göre ayırmıştır. Aydınlatma ödevinin ihlalinde ihmal, hareketsiz kalma söz konusudur. Delilin ikamesinin engellenmesinde ise delilin ortadan kaldıracak, ikamesini imkansızlaştıracak veya zorlaştıracak aktif bir davranış gerekmektedir. Yazar, aktif ve pasif davranışın ağırlığını karşılaştırarak oluşacak emarenin kuvvetini ve buna göre ihlallerin yaptırımını belirlemiştir. İspatın engellenmesi aktif davranışla gerçekleştirildiğinden yaptırımı ispat yükünün yer değiştirmesi olmamalıdır zira karşı tarafın ispat ile lehine durum oluşturma imkanı mevcut olacaktır. Bunun yerine delili engellenen vakianın ispatlanmış sayılması gerekmektedir. *Atalay*, s. 146. Bu ayrımı savunmamakla birlikte ispatın engellenmesinin ihmal veya kasıt ile yapılmasının farklı değerlendirilmesi gerektiğine dair bkz. Koch, s. 322.

¹⁵⁴⁰ Gomille, s. 68.

¹⁵⁴¹ Paulus, s. 138.

İspatın engellenmesi kurumu, tarafın aydınlatma yükümlülüğünün fonksiyonunu sınırlı bir şekilde yerine getirmektedir¹⁵⁴². Yargılamanın amacını gerçekleştirmesi için taraflardan beklenen işlemlerin yapılmaması ve davanın aydınlatılması için katkıda bulunulmaması ispatın engellenmesine neden olmaktadır. İspatın engellenmesi tarafın katkıda bulunma ödevini (*Mitwirkungspflicht*) yerine getirmekten kaçınması ile ortaya çıkabilir¹⁵⁴³, yani bir yükümlülüğün ihlali söz konusu olursa ispatın engellenmesi mevcuttur ve sonuç doğabilir. Bu halde tarafın katkıda bulunması gereken işlemleri gerçekleştirmemesi söz konusudur ve bu nedenle delil ikame edilemez¹⁵⁴⁴. Örneğin belgelerin ibraz edilmemesi aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesi aynı zamanda ispatın engellenmesidir ve taraf aleyhine sonuç doğar ki bu da ispat yükünü taşıyan tarafın ispat güçlüğüne aşılması için ispatın kolaylaştırılmasıdır¹⁵⁴⁵.

Delilin ikamesi tarafın beyandan kaçınması ile engellenebilir. Mazeret bulunmaksızın beyandan kaçınma ile katkıda bulunma ödevini yerine getirilmemiş olur ve ispatın engellenmesi teşkil eder¹⁵⁴⁶. Yukarıda tarafın isticvap kapsamında beyanda bulunmasını delil ikamesine katkı ödevi kapsamında değerlendirdiğimiz için beyandan haksız yere kaçınmanın ispatın engellenmesi teşkil edeceği kanaatindeyiz. Nitekim tarafın isticvap duruşmasına katılmaması veya katılarak beyanda bulunmaktan haksız yere kaçınması ispatın engellenmesi olarak nitelendirilmiştir¹⁵⁴⁷. Alman hukukunda ispatın engellenmesinin sonucu genel olarak düzenlenmediği için ispat yükünün yer değiştirmesi, delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında dikkate alınması, ispat ölçüsünün düşürülmesi, aksi ispatlanabilir aleyhe fiksiyon teşkil etmesi gibi farklı görüşler bulunmaktadır¹⁵⁴⁸. Hukukumuzda ise isticvabın ikamesinin engellenmesi teşkil eden isticvap duruşmasına katılmama ve beyandan kaçınma ikrar sonucuna bağlanmıştır.

İspat yükünü taşıyan tarafın hakimiyetindeki bir delil için dahi karşı tarafın ispatın engellenmesinden kaçınma yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁵⁴⁹. Bu anlamda, ispat yükünü taşıyan

¹⁵⁴² **Lorenz**, Stephan, Die Neuregelung der pre-trial-Discovery im US-amerikanischen Zivilprozessrecht-Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozeß, ZJP 1998, 35-65, s. 58.

¹⁵⁴³ **Peters**, Beweisvereitelung, s. 206 ve 208; **Krapoth**, s. 19. Aynı yönde: **Arens**, s. 23; **Walter**, Gerhard, Freie Beweiswürdigung, Tübingen 1979, s. 240; **Koch**, s. 312; Stein/Jonas/**Thole**, § 286, kn. 206; **Rassi**, s. 196.

¹⁵⁴⁴ Stein/Jonas/**Berger**, § 371, kn. 38.

¹⁵⁴⁵ **Koch**, s. 312.

¹⁵⁴⁶ **Peters**, Beweisvereitelung, s. 215; **Koch**, s. 314; Wieczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 453, kn. 6. Ancak çekinme hakkının bulunması halinde ispatın engellenmesi söz konusu değildir: **Peters**, Beweisvereitelung, s. 221.

¹⁵⁴⁷ **Baumgärtel**, s. 63; **Frölich**, s. 14; **Adloff**, s. 288. **Krapoth**, s. 3; **Koch**, s. 313; **Peters**, Beweisvereitelung, s. 208; Stein/Jonas/**Thole**, § 286, kn. 201.

¹⁵⁴⁸ MüKo ZPO/**Prütting**, § 286, kn. 88-92; **Koch**, s. 314 vd.; İspatın engellenmesinin şartlarının ve sonuçlarının düzenlenmediği bu nedenle de tartışmalıdır: **Paulus**, s. 139.

¹⁵⁴⁹ **Laumen**, s. 399.

tarafın isticvap edilmesi sırasında soru hakkının kullanılarak sorgulamanın yönlendirilmeye çalışılması veya engellenmesi ispatın engellenmesi olarak değerlendirilmelidir¹⁵⁵⁰.

3. Nemo tenetur edere contra se İlkesi Bakımından

Medeni yargılama hukukunda genel bir usuli aydınlatma yükümlülüğünün varlığı tartışması, ispat yükünü taşıyan tarafın bilgi ve delil eksikliğinin karşı tarafça kapatılması ihtiyacından doğmuştur. Bu ihtiyacın karşılanması amacıyla genel aydınlatma yükümlülüğünün ileri sürülmesine karşılık taraflarca getirme ilkesi, ispat yükü ve ispat yükü dağılımı, “nemo tenetur edere contra se” ilkesi gibi kurumlar gerekçe gösterilerek aksi yönde görüşler ortaya konulmuştur. Tarafın delil ikamesine katkı sağlama ödevi kapsamında beyanda bulunma yükü altında bulunması “nemo tenetur edere contra se” “kimse kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamaz” ilkesi bakımından değerlendirilmelidir. Nitekim taraf sorgulamada sorulan sorulara cevap vererek kendi aleyhinde beyanda bulunmak durumundadır.

Tarafın delil ikamesine katkı sağlama ödevi taraflarca getirme ilkesi ve “nemo tenetur edere contra se” ilkesine dayanılarak eleştirilmiştir¹⁵⁵¹. Tarafın ispata katkı sağlama ödevi kapsamında ispat yükünü taşımasa dahi ispat yükünü taşıyan tarafın gösterdiği ancak elinde olmayan delili ikame etme ödevi altında olması taraflarca getirme ilkesine aykırı olarak görülmüş ve tarafın böyle bir yük altına ancak maddi hukuk düzenlemesi ile sokulabileceği savunulmuştur. Taraflarca getirme ilkesi gereği mahkemeye sunulacak vakıalar ve deliller taraflara bırakılmıştır ve bunun aksi yönde bir dayatma ilke ile bağdaşmamaktadır. Karşı tarafın lehine olabilecek delillerin ikamesi için maddi hukukta genel bir ibraz yükümlülüğü bulunmamaktadır ve bunun düzenlenmesi usul hukukuna ait değildir¹⁵⁵². Tüm bunlarla birlikte şu sonuca varılmaktadır ki tarafın, karşı tarafın lehine sonuç doğuracak dava malzemesini sağlamaya zorlanması “nemo tenetur edere contra se” ilkesi doğrultusunda mümkün değildir. Yargılamanın taraflar arasındaki çekişmeyi konu alması ve ispat yükünün ispat yükünü taşımayan tarafın davanın aydınlatılmasıyla yükümlü olmaması ve ispatsızlık sonucuna katlanmasının gerekmemesi de bu doğrultuda sonuçlara ulaştırmaktadır¹⁵⁵³.

¹⁵⁵⁰ Örneğin tanığın yanlış bilgiler ile etki altında bırakılması ispatın engellenmesi olarak görülmüştür (Stein/Jonas/*Thole*, § 286, kn. 210).

¹⁵⁵¹ Hakimin pozisyonunu güçlendirecek ve tarafın özgürlüğünü kısıtlayarak re’ sen araştırma ilkesine çevirecektir: **Arens**, s. 20, 21.

¹⁵⁵² BGH NJW 1990, 3151; **Prütting**, s. 138.

¹⁵⁵³ **Prütting**, s. 137.

Tarafın aydınlatma ödevi bulunmakla birlikte belli şartlarda çekinme hakkının da tanınması tarafın susma hakkının varlığı şeklinde yorumlanmıştır¹⁵⁵⁴. Tarafa çekinme hakkının tanınması isticvap için susma hakkının da tanındığını göstermektedir¹⁵⁵⁵. Doğruyu söyleme ödevinin kapsamında vakıaların tam ve eksiksiz olarak getirilmesi kabul edilmediğinde, tarafların aleyhlerine olan vakıalar bakımından susma haklarının varlığı kabul edilmiştir. Taraflar, bilinçli olarak yalan söylememek suretiyle doğruyu söyleme ödevini yerine getireceklerinden, aleyhine vakıalar için susma haklarının olduğu, zira bu vakıaların taşınmamasının doğruyu söyleme ödevini de ihlal etmeyeceği belirtilmiştir¹⁵⁵⁶.

Esasen ceza hukuku ilkesi¹⁵⁵⁷ olarak ortaya çıkan “nemo tenetur edere contra se” ilkesi, usul hukukunda da karşılığını zamanla bulmuştur¹⁵⁵⁸. Medeni yargılamanın taraflar arasında bir savaş olarak görülmesi¹⁵⁵⁹ ve tarafın bu savaşta kendisini yenmek için gerekli silahı kendi elleriyle karşı tarafa veremeyeceği genel olarak kabul edilmiştir¹⁵⁶⁰. Tarafların yargılamanın sevki ve davanın aydınlatılması için ortak bir çalışma içinde olmaları yargılamanın taraflar arasında bir savaş olarak kabulü ile uyuşmamaktadır¹⁵⁶¹. Bu aynı zamanda tarafın usuli aydınlatma yükümlülüğünün kabul edilmesine de engel olmaktadır¹⁵⁶². Öte yandan yargılama ile subjektif hakkın tespiti ve gerçekleştirilmesi hedeflendiğinden ve ideal olarak maddi gerçeğin buna hizmet edeceğinden hareketle taraf ve mahkemenin gerçeği tespiti için belli ödevler altına sokulduğu görülmektedir¹⁵⁶³. Tarafın bilgi eksikliğini telafi etmek için hem iddia ve savunma aşamasında hem de ispat faaliyetinde eksik bilgiyi tamamlamak amacıyla belgeleri ibraz, keşfe katlanma gibi yükler altında olması da buna örnektir.

¹⁵⁵⁴ **Kurt Konca**, Nesibe, Medeni Usul Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Ankara 2016, s. 264.

¹⁵⁵⁵ **Kurt Konca**, s. 212.

¹⁵⁵⁶ **Kurt Konca**, s. 265.

¹⁵⁵⁷ **Kılıçoğlu**, Evren, Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller, İstanbul 2021, s. 254. Nitekim AY m. 38/5'te hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan beyanda bulunamayacağı ve bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı belirtilmiştir.

¹⁵⁵⁸ **Schlosser**, Peter, Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne — Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 11.6. 1990, JZ 1991/12, 599-608, s. 600; **Yıldırım**, Medeni Yargılama Hukukunda Hakim Rolü, s. 3036.

¹⁵⁵⁹ **Gaul**, Hans Friedhelm, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168. Band 1968, 27-62, s. 47.

¹⁵⁶⁰ **Nissen**, s. 288.

¹⁵⁶¹ **Papanikolaou**, s. 49.

¹⁵⁶² **Papanikolaou**, s. 47.

¹⁵⁶³ Yargılamanın amacı ile ilgili ayrıntılı olarak bkz.: **Gaul**, Hans Friedhelm, Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu (Çeviren: Nevhis Deren-Yıldırım), İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen: M. Kamil Yıldırım), İstanbul 2016, 75-106.

Medeni yargılama taraflar arasındaki bir savaş olmaktan ziyade gerçek temelinde hakkın tespiti ve tesisini sağlamakla ilgilidir¹⁵⁶⁴ ve bunların gerçekleştirilmesi ile hak sahibi yargılama sonunda hakkına kavuşabilir¹⁵⁶⁵. Bu nedenle “nemo tenetur edere contra se” ilkesinin kabulü ve uygun olarak kurumların şekillendirilmesi yargılamanın amacı ile doğrudan alakalıdır. Yargılamayı taraflar arasında bir savaş olarak görmek, karşı tarafa yarar sağlayabilecek bir işlemin gerçekleştirilmesini dışlamaktadır. Maddi hukuk açısından mevcut gerçek hukuki durumun tespiti beklendiğinden, yargılamada ideal olan her zaman maddi gerçeğin tespit edilmesidir¹⁵⁶⁶. Tarafların sübjektif haklarının tespiti ve gerçekleştirilmesi amacı ile maddi gerçeğe ulaşılması hedefinde ise karşı tarafın genel olarak olmasa dahi sonuca ulaşılması adına belirli hallerde karşı tarafın lehine işlemler gerçekleştirmesi gerekmektedir. Tarafa susma hakkı tanınması yargılamanın temel amacının gerçekleşmesini zorlaştıracığından beyanda bulunma yükü getirilebilir. Tarafın susma hakkının olduğunu kabul etmek ispat faaliyetine katkı ödevini ile çatışma halindedir. Tarafa susma imkanının ancak ispat faaliyetine katkı sağlama yükü getirilmesini anlamlı kılar¹⁵⁶⁷. Beyanda bulunması ve susması tercihine bırakılmış olsaydı bu yük de var olamazdı.

Tarafın kendi aleyhine delilleri göstermeye zorlanamaması görüşü taraflarca getirilme ilkesine dayandırılmaktadır¹⁵⁶⁸. İspat yükünü taşımayan taraf, davanın aydınlatılmasına katkı sağlama yükümlülüğü ve ispatsızlığın olumsuz sonucuna da katlanmak yükü altında değildir. Bunun için dava malzemesinin sağlanmasına katılma yükümlülüğü de bulunmamaktadır¹⁵⁶⁹. Dava malzemesinin davaya taşınması tarafların özgürlüğündedir ve bu konuda zorlanamazlar. Ancak hakim ve taraf iş birliğinin vurgulandığı usul hukuku sistemlerinde aydınlatma ödevinin yer bulabileceği ve taraflarca getirme ilkesinin hakim olduğu yargılamalarda aydınlatma ödevinin bağdaşmayacağı doğrudan kabul edilemez. Taraf hakimiyetinin bulunduğu bir sistemde hakimın geri planda kalması karşı tarafın aktif kılınması ile telafi edilebilir¹⁵⁷⁰. Taraflarca getirme ilkesinin karşısında re’ sen araştırma ilkesi bulunmaktadır ve bu ilkeye göre hakim vakıalar ve delilleri kendiliğinden ikame edebilir. Tarafın delil ikame yükü altında bulunması ve delilin ikamesi için aktif eylem içerisinde olması re’ sen araştırma ilkesini

¹⁵⁶⁴ **Deren-Yıldırım**, Nevhis, Kanunyollarına Dair Bazı Düşünceler, Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir 2007, 3-17, s. 7; **Yıldırım**, Medeni Yargılama Hukukunda Hakimın Rolü, s. 3042.

¹⁵⁶⁵ **Lorenz**, S., s. 36; **Nissen**, s. 288.

¹⁵⁶⁶ **Lorenz**, S., s. 36.

¹⁵⁶⁷ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 160, kn. 4.

¹⁵⁶⁸ **Adloff**, s. 460.

¹⁵⁶⁹ MüKo ZPO/**Prütting**, § 286, kn. 133; **Brehm**, s. 83.

¹⁵⁷⁰ **Rassi**, s. 187.

çağrıştırmamaktadır, zira delili hakim değil yine taraf ikame etmektedir¹⁵⁷¹. Taraf hakimiyetinin baskın olduğu Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ve hakimnin daha aktif olduğu hukuk sistemlerinde de tarafın aydınlatma ödevi ve delil ikamesine katılma ödevi bulunmaktadır¹⁵⁷². Tarafın hakimiyeti ve tarafın aydınlatma ödevi beraber bulunabildiğine göre bu ödev ile taraflarca getirme ilkesinin birbirini dışladığını söylemek mümkün değildir. Sonuçta dava malzemesinin getirilmesi tarafın hakimiyetindedir ve aydınlatma ödevi de buna hizmet etmektedir¹⁵⁷³. Aydınlatma ödevinin hakimnin yargılamaya müdahalesi ve katkı sağlaması imkanları ile ilgisi bulunmamaktadır, taraflar arasındaki ilişkide sonuç doğurmaktadır. Hakim, tarafın aydınlatma ödevini yerine getirmesini istemektedir ancak re’ sen gerçekleştirdiği bir işlem bulunmamaktadır, işlemler yine taraflarca gerçekleştirilmektedir¹⁵⁷⁴. Bu açıdan bakıldığında tarafın aydınlatma ödevi taraflarca getirme ilkesi ile çatışma halinde değildir¹⁵⁷⁵. Doğruyu söyleme yükümlülüğü ve aydınlatma ödevi taraflarca getirme ilkesinin sınırı olarak değerlendirilmelidir¹⁵⁷⁶. Taraflarca getirme ilkesini ihlal etmez, aksine ilkenin içeriğini somutlaştırır ve tarafların medeni yargılamadaki özgürlüklerinin sınırını çizer¹⁵⁷⁷. Tarafın ikame etmek istediği delilin getirilmesine imkan verdiğinden ve bunu hakimi aktif kılmadan gerçekleştirdiğinden adeta taraflarca getirme ilkesinin güçlendirilmesini sağlamaktadır¹⁵⁷⁸.

Medeni yargılamada ispat hakkı, silahların eşitliği, ispat güçlüğü’nün aşılması gibi hususlar dikkate alındığında “nemo tenetur edere contra se” ilkesinin genel olarak geçerliliği mümkün görünmemektedir¹⁵⁷⁹. Öncelikle AİHS’de yer alan silahların eşitliği ilkesi, tarafların yargılamada eşit imkanlara sahip olmasını gerektirmektedir ve delil ikamesinde eşit imkanlara sahip olunması da buna dahildir. Tarafın delil ikamesinde eşit şansa sahip olması için karara esas teşkil edebilecek delillerin yargılamaya taşınabilmesi gerekir ve karşı tarafın iddia ve delillerine karşı delil sunabilmesi gerekir¹⁵⁸⁰. Tarafın delil ikame imkanının karşı tarafın pasifliği ile engellenmesi delil ikamesi imkanları bakımından eşitliği ihlal etmektedir¹⁵⁸¹. Bununla bağlantılı olarak tarafın ispat hakkı, “nemo tenetur edere contra se” ilkesine dayandırılarak bir taraf lehine sınırlandırılmamalıdır. İspat hakkı, tarafın delil ikame

¹⁵⁷¹ Laumen, s. 400.

¹⁵⁷² Waterstraat, s. 477 dn. 111; Koch, s. 106, 107; Gomille, s. 36.

¹⁵⁷³ Koch, s. 106, 107.; Gomille, s. 36.

¹⁵⁷⁴ Koch, s. 107.

¹⁵⁷⁵ Schlosser, prozessuale Moderne, s. 603; Koch, s. 106 vd; Stein/Jonas/Kern, § 138, kn. 51.

¹⁵⁷⁶ Koch, s. 127.

¹⁵⁷⁷ Hackenberg, Wolfgang, Die Erklärung mit Nichtwissen, Berlin 1995, s. 64.

¹⁵⁷⁸ Lorenz, S., s. 62; Schlosser, prozessuale Moderne, s. 603; Adloff, s. 470.

¹⁵⁷⁹ Aksi yönde bkz. Yıldırım, Medeni Yargılama Hukukunda Hakimnin Rolü, s. 3036.

¹⁵⁸⁰ Papanikolaou, s. 50.

¹⁵⁸¹ Lang, S., s. 135; Erdönmez, Belgelerin İbrazi, s. 26, 27.

imkanlarına bağlıdır ve susma hakkı ile delil gösterilmesi imkanının kısıtlanmaması gerekir¹⁵⁸². Tarafın aydınlatma ödevi, ispat hakkının bir etkisi olarak mevcuttur ve hakkın tesisi ve gerçeğin tespiti için gereklidir. Hakim ispat hakkı gereği tarafın ikame etmek istediği delilleri toplamak ile görevlidir ve bunu gerçekleştirebilmesi için karşı tarafın kendisinden ikame etmesi beklenen ve düzenlenen delilleri sunması şarttır¹⁵⁸³. Bu nedenle “hiç kimse kendi aleyhine olan delili getirmek zorunda değildir” ilkesi, aleyhe olan delillerin de yargılamaya getirilmesi gerekliliği ile bağdaşmamaktadır¹⁵⁸⁴.

Görülmektedir ki usul hukuku açısından bu ilkenin meşruiyetinin dayandırılabilceği bir esas bulunmamaktadır, aksine mevcut haklar ve ilkeler ile bağdaşmayan ve onları engelleyen bir özellik göstermektedir¹⁵⁸⁵. Tarafın aydınlatma ödevi kapsamında “nemo tenetur edere contra se” ilkesine aykırı birçok düzenlemenin bulunması artık kural ve istisna ilişkisinin bulunmadığını göstermektedir¹⁵⁸⁶. Belgelerin ibrazı, tarafın beyanda bulunması, keşfe katılma gibi düzenlemeler tarafın kendi aleyhine delil gösteremeyeceği kabulüne zıt düzenlemelerdir ve Kanunun bu konudaki genel görüşünü yansıtmaktadır¹⁵⁸⁷. Hatta isticvapta taraftan aleyhine beyanların beklenmesi bunu doğrudan göstermektedir¹⁵⁸⁸. Delil ikame yükünün yerine getirilmesi ve ispat yükünün olumsuz sonucundan kurtulabilmek ve aydınlatılması gereken noktaların tespiti karşısında tarafın susmasının korunması uygun değildir¹⁵⁸⁹. İş birliği için şartların olması ve tarafa belirli hallerde kaçınma imkanının tanınması da göstermektedir ki tarafın aydınlatma ödevi delil ikame yükü ile çatışma halinde değildir¹⁵⁹⁰. Tam tersine bu yüklerin gereklerinin yerine getirilmesine yardımcı araçlardır¹⁵⁹¹. İspat yükünü taşımayan tarafın katkı ödevini bu ilkeye dayandırarak reddetmek mümkün değildir¹⁵⁹². Tarafın isticvap içinde beyanda bulunmasını delil ikamesine katkı ödevi olarak nitelendirdiğimizden ve ispat faaliyetinde iş birliği yükünün “nemo tenetur edere contra se” ilkesinden bağımsız olmasından hareketle tarafın aleyhine beyanlarda bulunması gerekliliğini gerekçelendirebiliriz.

¹⁵⁸² Erdönmez, Belgelerin İbrası, s. 28.

¹⁵⁸³ Nissen, s. 292.

¹⁵⁸⁴ Erdönmez, Belgelerin İbrası, s. 33.

¹⁵⁸⁵ Adloff, s. 462.

¹⁵⁸⁶ Hackenberg, s. 126; Lorenz, S., s. 65; Waterstraat, s. 477; Laumen, s. 399-400; Koch, s. 108; Kılıçoğlu, s. 255, 256. Avusturya usul hukukunda bu ilkenin mevcut olmadığı yönünde bkz. Rassi, s. 192.

¹⁵⁸⁷ Adloff, s. 462, 463.

¹⁵⁸⁸ Lorenz, S., s. 63.

¹⁵⁸⁹ Tarafın sorulara cevap vermemesi aleyhe sonuçların çıkmasını gerekli kılar, susma hakkı bulunmamaktadır. İsticvaba başvuru için delil gösterilmesi ve diğer şartlar, tarafın ikrar sonucu ile karşılaşmasının vahametini dengelemektedir: Yeşilova, s. 71.

¹⁵⁹⁰ Adloff, s. 466, 467.

¹⁵⁹¹ Adloff, s. 470.

¹⁵⁹² Hackenberg, s. 126.

B. Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü

Medeni yargılama hukukunda doğruyu söyleme yükümlülüğünün ayrıca düzenlenmediği HUMK döneminde dahi dürüstlük kuralından dolayı tarafların yargılamanın tüm aşamalarında bu yükümlülük altında oldukları kabul edilmekteydi¹⁵⁹³. Mevcut Kanunda doğruyu söyleme yükümlülüğü tüm yargılamaya hakim bir ilke olarak düzenlenmiştir (m. 29) ve özellikle isticvapta bu yükümlülüğün ayrıca hatırlatılması (m. 173/2) sorgulanan tarafın doğruyu söylemekle yükümlü olduğunu göstermektedir¹⁵⁹⁴. Tarafın dava malzemesinin getirilmesinde doğruyu söyleme yükümlülüğü bulunduğu gibi isticvap kapsamında verdiği beyanlar için de doğruyu söyleme yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁵⁹⁵. Tarafın doğruyu söyleme ödevinin mevcudiyeti isticvap için bir kontrol mekanizması oluşturmaktadır¹⁵⁹⁶. Bu yükümlülük özne açısından tarafı, konu açısından çekişmeli vakıaları ve ilgili hususları kapsamaktadır¹⁵⁹⁷. Tarafın doğruyu söylemesi bir yük olarak değil bir yükümlülük olarak nitelendirilmelidir¹⁵⁹⁸, zira tarafın inisiyatifine bırakılmamıştır ve Kanunca mutlaka talep edilmektedir¹⁵⁹⁹. Nihayetinde bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi sadece yükümlülüğü ihlal eden taraf aleyhine değil karşı taraf aleyhine de sonuç doğurabilmektedir, bu tarafı da etkileyebilmektedir.

Öncelikle tarafın aydınlatma yükümlülüğü ile doğruyu söyleme yükümlülüğü arasındaki ilişki ve fark ortaya konmalıdır¹⁶⁰⁰. *von Hippel* ikisi arasındaki farkı, doğruyu söyleme yükümlülüğünün gerçek dışı beyanda bulunma yasağı olması ve aydınlatma ödevinin bilgi eksikliğini tamamlamaya yönelik kural olmasına dayandırmıştır¹⁶⁰¹. Doğruyu söyleme yükümlülüğü bir kaçınma hareketi, yalan söylemekten imtina etme eylemi içermekteyken, aydınlatma ödevi ispat faaliyetine aktif bir davranış ile katkı sağlamayı gerektirmektedir¹⁶⁰². Ayrıca tarafın aydınlatma ödevinin kabulü, doğruyu söyleme yükümlülüğünü kendiliğinden şart olarak koşmaktadır ancak tersi için aynı durum zorunlu olarak söz konusu değildir. Doğruyu söyleme yükümlülüğü, tarafın aydınlatma ödevini zorunlu tutmaz ancak aydınlatma

¹⁵⁹³ **Arslan**, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 116; Doğruyu söyleme ödevi dürüstlük kuralına dayanmaktadır ve çoğunlukla kanunda ayrıca düzenlenmektedir: **Waldmann**, s. 230; **Willisegger**, s. 128.

¹⁵⁹⁴ **Kurt Konca**, s. 211.

¹⁵⁹⁵ **Prange**, s. 28; **Meier**, s. 317.

¹⁵⁹⁶ **Stürner**, Aufklärungspflicht, s. 60.

¹⁵⁹⁷ **Tanriver**, C. I, s. 459.

¹⁵⁹⁸ **Waldmann**, s. 230; Stein/Jonas/**Kern**, § 138, kn. 1; Pekcanitez/**Erdönmez**, C. I, s. 919; **Kurt Konca**, s. 68.

¹⁵⁹⁹ **Koch**, s. 111.

¹⁶⁰⁰ **Guldener**, Ziviprozessrecht, s. 327.

¹⁶⁰¹ **von Hippel**, Fritz, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess, Frankfurt am Main, 1939, s. 40, 41.

¹⁶⁰² **Atalay**, s. 143, 144; **Morhard**, Peter, Die Informationspflicht der Parteien bei der Erklärung mit Nichtwissen, Köln-Berlin-Bonn-München 1993, s. 89.

yükümlülüğü yerine getirilirken doğruyu söylemekle yükümlü olunur¹⁶⁰³. Bu nedenle tarafın aydınlatma ödevi, doğruyu söyleme yükümlülüğünün bir sonucu değildir. Aydınlatma ödevi, doğruyu söyleme yükümlülüğünden doğrudan türetilemez¹⁶⁰⁴.

Tarafın objektif olarak gerçeği belirtmesinden ziyade sübjektif gerçekliği ortaya koyması yükümlülüğün yerine getirilmesi için yeterli görülmektedir, bilerek ve isteyerek gerçeğe aykırı beyanda bulunulmaması olarak da ifade edilebilir¹⁶⁰⁵. Bu kapsamda bilinçli olarak yalan beyanda bulunmak, usuli yalan yasaklanmaktadır¹⁶⁰⁶. Kendi bilgisi ve algısı kapsamında doğru olanı mahkemeye iletmesi aranmaktadır. Objektif gerçeklikten kasıt, vakıanın tam ve olduğu gibi aktarılmasıdır ancak objektif gerçekliğin tarafça tespit edilmesi her zaman mümkün değildir ve beklenemez. Tanığın beyanlarında sübjektif olarak vakıanın kendisinde uyandırdığı kanaat değil, objektif olarak gördüğü ve duyduğu hususları doğrudan anlatması beklenir. Bu bakımdan tarafın isticvap beyanlarında sübjektif gerçekliği aktarmasının beklenmesinin aksine tanıktan objektif gerçeklik beklenmektedir¹⁶⁰⁷.

Doğruyu söyleme yükümlülüğünün kapsamı ile ilgili diğer tartışmalı husus ise tarafın aleyhine olan vakıaları mahkemeye sunma zorunluluğunun bulunup bulunmadığıdır. Doktrinde bir görüşe göre maddi gerçeğin tespiti için tarafın lehine vakıalar gibi aleyhine vakıaları da göstermesi doğruyu söyleme yükümlülüğünün bir gereğidir¹⁶⁰⁸. Yarı gerçek yalan ile bir tutulmaktadır¹⁶⁰⁹. Aksi görüşe göre ise kişinin aleyhine vakıaları, kazanmak istediği davada ileri sürmesinin yargılamanın doğasına aykırı olması ve taraflarca getirme ilkesi gibi nedenlere dayanılarak doğruyu söyleme yükümlülüğünün kapsamı tarafın aleyhine vakıaları getirmesini

¹⁶⁰³ **Papanikolaou**, s. 96, 97. Dava malzemesinin eksiksiz getirilmesi ile doğruyu söyleme yükümlülüğünün ayrı ve bağımsız olduklarına dair bkz. **Hess**, s. 27.

¹⁶⁰⁴ **Morhard**, s. 89, 90. Doğruyu söyleme yükümlülüğü kapsamında vakıaların tam, eksiksiz ve gerçeğe aykırı olmayacak şekilde getirilmesi olduğunu savunan görüş doğrultusunda doğruyu söyleme yükümlülüğünün kapsamından tarafın aleyhine olan ancak yargılamada esas alınabilecek malzemenin de davaya taşınması tarafın yükümlülüğü olarak kabul edilebilmekte, aydınlatma ödevi doğruyu söyleme yükümlülüğünden türetilmekte ve ikisi aynı olarak görülebilmektedir. Bu takdirde tarafın, karşı taraftan bilgi ve delil saklayarak bilgi eksikliği ve ispat güçlüğü oluşturmaması doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmektedir: **Papanikolaou**, s. 93.

¹⁶⁰⁵ **Adloff**, s. 64; **Zöller/Greger**, § 138, kn. 2; **MüKo ZPO/Fritsche**, § 138, kn. 3; **Becker-Eberhard**, s. 26 ve 28; **Pekcanitez/Erdönmez**, C. I, s. 918; **Budak/Karaaslan**, § 4, kn. 64; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 283; **Arslan**, R., s. 117; **Kurt Konca**, s. 240.

¹⁶⁰⁶ **Becker-Eberhard**, s. 28; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Sutter-Somm/Chevalier**, Art. 52, kn. 30.

¹⁶⁰⁷ **Bracher**, kn. 213. Benzer yönde tanığın beyanda bulunurken tarafın aksine kamu hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüğü olduğuna dair bkz. **Prange**, s. 112.

¹⁶⁰⁸ **Alangoya**, Yavuz, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*, İstanbul 1979, s. 120; **Budak/Karaaslan**, § 4, kn 65; **Umar/Yılmaz**, s. 197; **Arslan**, R., s. 117; **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 60, 61; **Grunsky/Jacoby**, s. 35 kn. 118; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 77, kn. 3; **BeckOk ZPO/von Selle**, § 138, kn. 29; **Jauernig/Hess**, § 26, kn. 10; **Stürner**, s. 59, 60; **Willisegger**, s. 128.

¹⁶⁰⁹ **Arens**, s. 5; **von Hippel**, s. 98; **Stein/Jonas/Kern**, § 138, kn. 7; **Musielak/Voit/Stadler**, § 138, kn. 5.

kapsamamaktadır. Bu ödevin kapsamında tarafın bilinçli olarak yalan söylemesi yasaktır, aleyhlerine olan vakıalar için susmaları mümkündür¹⁶¹⁰. Taraflarca getirme ilkesi, genel aydınlatma yükümlülüğünün mevcut olmaması ve Kanun metninde Alman hukukundan farklı olarak dava malzemesinin tam olmasının doğruyu söyleme yükümlülüğünde düzenlenmemesi nedenleri ile kanaatimizce de tarafın bilinçli olarak gerçeğe aykırı beyanda bulunmaması bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için yeterlidir. Taraf davası için aleyhine sonuç doğurabilecek vakıaları yargılamaya taşımak zorunda değildir.

Doğruyu söyleme yükümlülüğünün aleyhe vakıalarla ilgili sınırı bu şekilde belirlenmekle birlikte isticvap bakımından geçerli olan doğruyu söyleme yükümlülüğü için farklı bir tespitle bulunmamız gerekmektedir. İsticvabın konusu hali hazırda taraflarca ileri sürülen ve çekişmeli kılınan vakılardır ve bu vakalarla ilgili açıklamaların doğru olması ve tam olması doğruyu söyleme yükümlülüğünün gereğidir. Doğruyu söyleme ödevi bakımından sadece tarafın bilinçli olarak yalan söylememesi gerektiği ancak aleyhine olan vakıalar için susabildiği kabul edildiğinde, isticvap düzenlemesinin bu kabul ile uyumlu olmadığı görülmektedir. Tarafın aleyhine olan vakıa hakkında susmasına izin verilmemekte ve ikrar sonucu doğmaktadır. Ayrıca vakıa ile ilgili tüm bilgisi, aleyhine olsa dahi talep edilmektedir. O halde Kanunda isticvap açısından doğruyu söyleme ödevinin geniş kapsamda, tarafın aleyhine olan hususları da eksiksiz ve tam bir şekilde yargılamaya taşınması gerektiği kabul edilmelidir¹⁶¹¹. Bu sonuca mukayeseli hukuktaki düzenlemelerden de ulaşılabilir. Örneğin İsviçre hukukunda delil ikamesinde tarafın katılması yükümlülüğü kapsamında doğruyu söylemesi gerektiği düzenlemesinin yanında (sZPO Art. 160 Abs. 1 lit. a), hem basit hem de nitelikli sorgulamada tarafın gerçeği söylemek konusunda uyarılacağı ayrıca belirtilmiştir (sZPO Art. 191 Abs. 2 ve Art. 192 Abs. 2). İsticvap edilecek taraf mahkemece doğruyu söylemesi yönünde uyarılmalıdır, hakime bu yönde bir görev verilmiştir. Bu durum iddialar konusunda bilerek yalan söylememekle doğruyu söyleme ödevini yerine getirecek tarafın, yani aleyhine vakıa ve iddia taşımak zorunda olmayan tarafın, isticvapta tam anlamıyla doğruyu söyleme ödevinin bulunduğu, aleyhine de olsa gerçeği söylemesi gerektiği şeklinde yorumlanmıştır¹⁶¹².

¹⁶¹⁰ Becker-Eberhard, s. 27; Pekcanitez/Erdönmez, C. I, s. 918; Tanrıver, C. I, s. 460; Börü, s. 100, 101; Özkes, s. 80; Kurt Konca, s. 254; Yeşilova, s. 70; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 168; Kuru, C. I, s. 579; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Sutter-Somm/Chevalier, Art. 52, kn. 28; BK ZPO/Hurni, Art. 52, kn. 30.

Hükümet Gerekçesi: “Taraflardan aleyhlerine olan hususları da beyan etmeleri beklenemez. Ancak gerek kendilerine, gerek karşı tarafa ilişkin hususlarda yaptıkları açıklamalarda mahkemeyi yanıltmamaları gerekir.”

¹⁶¹¹ Yemin bakımından benzer yorum için bkz. Budak/Karaaslan, § 4, kn. 65.

¹⁶¹² Lorenz, kn. 284.

Vakıa ile ilgili açıklamalarda bulunulurken doğruyu söyleme yükümlülüğü çeşitli şekillerde ihlal edilebilir. Vakıanın gerçeğe uygun ifade edilmemesi, olduğundan daha az veya daha fazla olacak şekilde belirtilmesi, yanlış anlaşılabilirlik şeklinde ifade edilmesi örnek olarak verilebilir¹⁶¹³. Önemli noktaların eksik bırakılması ile mahkemede yanlış kanaat uyandırılması da ihlal olarak nitelendirilmelidir¹⁶¹⁴. Vakıanın kasıtlı olarak eksik, yanlış veya değiştirilerek anlatılmasının yanında beyanların güvenilirliği ve sıhhati konusunda gerçek durumun iletilmemesi de doğruyu söyleme ödevinin ihlalidir. Örneğin vakıaya bizzat şahit olunmaması, duyulması durumunun mahkemeye belirtilmemesi beyanların ve beyanların güvenilirliğinin değerlendirilmesi için eksiklik oluşturmaktadır. Bunun yanında mahkemenin beyanı yanlış anlaması veya değerlendirmesi halinde bunun farkına varan tarafın bilerek mahkemeyi uyarmaması da ödevi aykırılık teşkil etmektedir¹⁶¹⁵.

HUMK ile farklı olarak HMK'da tarafın isticvap kapsamında doğruyu söyleme yükümlülüğünün bulunduğu hatırlatılması hakimın takdirine bırakılmamıştır, bir ödev olarak düzenlenmiştir (m. 173/2). Genel olarak doğruyu söyleme yükümlülüğünün yanında ayrıca isticvapta bu yükümlülüğün hatırlatılması zorunlu tutulmuştur. İsviçre hukukunda da tarafın delil ikamesine katılması yükümlülüğü kapsamında doğruyu söylemesi belirtilmişken (sZPO Art. 160 Abs. 1 lit. a), hem basit hem de nitelikli sorgulamada tarafın gerçeği söylemek konusunda uyarılacağı düzenlenmiştir (sZPO Art. 191 Abs. 2 ve Art. 192 Abs. 2). İsticvap edilecek taraf mahkemece doğruyu söylemesi yönünde uyarılmalıdır, hakime bu yönde bir görev verilmiştir¹⁶¹⁶. Tarafın delil ikamesine katılma yükümlülüğünde doğruyu söyleme ödevinin düzenlenmesinin yanında ayrıca isticvapta belirtilmesi, ödevin ihlalinin katılma yükümlülüğünün ihlalinde olduğu gibi sadece ispat ile ilgili bir dezavantajla karşılaşılmasıyla sınırlı olmamasının, disiplin, para ve hapis cezası gibi yaptırımlarla karşılaşabileceğinin temelini oluşturmaktadır¹⁶¹⁷. Hukukumuzda ise ne doğruyu söyleme yükümlülüğünün düzenlendiği maddede ne de isticvapta bu yükümlülüğünün hatırlatılmasını öngören maddede ihlalin yaptırımları belirtilmemiştir. Yani yaptırımın uygulanabilmesi için uyarıda bulunulması gibi bir gereklilik yoktur. İsticvapta vakıa tespiti için tarafın bilgisi alınmaya çalışıldığından, genel kural burada geçerli olacaktır ve tarafın doğruyu söyleme yükümlülüğüne uygun olarak gerçeği söylemesinin beklendiği açıktır. Bu nedenle kanaatimizce genel düzenlemenin yanında

¹⁶¹³ **Hasenböhler/Yanez**, kn. 4.6.

¹⁶¹⁴ **Bracher**, kn. 213; **Hasenböhler/Yanez**; kn. 4.5.

¹⁶¹⁵ **Bracher**, kn. 213.

¹⁶¹⁶ **Lorenz**, kn. 284.

¹⁶¹⁷ **Lorenz**, kn. 285.

ayrıca isticvapta doğruyu söyleme yükümlülüğünün hatırlatılmasının gerekçesi bulunmamaktadır. Öte yandan bu düzenleme ile tarafın gerçeği söylemesini sağlama amacının güdüldüğü ifade edilmektedir¹⁶¹⁸.

İsticvap davetiyesinin usulüne uygun olarak yapılmaması, ikrar sonucunun doğumuna engel olmaktadır. Benzer şekilde gerçeği söyleme yükümlülüğünün hatırlatılmaması, isticvapta doğru olmadığı tespit edilen taraf beyanlarının aleyhe değerlendirilerek dikkate alınmasına engel olabilir mi? Hakimin doğruyu söyleme yükümlülüğünü hatırlatmaması halinde dahi genel olarak tüm usuli işlemlerin gerçekleştirilmesinde geçerli olan yükümlülüğün bertaraf edilmesi mümkün olmamalıdır. Kanaatimizce Kanunda tekrar hatırlatma yapılmasının öngörülmesi, kurumun verimli işlemesini sağlamaya yöneliktir. Hakimin ödevini yerine getirmemesi halinde m. 29'a dayanılarak tarafın gerçek olmayan beyanları değerlendirmeye esas alınmaz.

Doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlali için Kanunda bir yaptırım ön görülmemiş olsa dahi dürüstlük kuralının ihlali halinde başvurulacak hükümler uygulanabilir¹⁶¹⁹. Doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlalinin yaptırımını ilk olarak gerçek olmayan beyanın dikkate alınamaması ve hükme dayanak yapılamamasıdır¹⁶²⁰. İsticvap açısından usul hukuku alanında doğan en önemli sonucu ise tarafın güvenilirliğinin sarsılmasıdır¹⁶²¹.

Doğruyu söyleme yükümlülüğü ve aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde beyanın birbirinden bağımsız nitelikleri bulunduğundan, doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlal edilmesi ile beyan yükü ihlal edilmiş olmaz ve doğrudan beyandan haksız yere kaçınmanın sonuçları doğmaz¹⁶²².

İsticvapta doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlal edilmesinde, yani beyanların gerçek olmadığının anlaşılması halinde beyanlar dikkate alınmamalıdır. Yanlışlığı tespit edilen beyan doğrudan vakıanın varlığına veya yokluğuna ilişkinse vakıa aksi yönde tespit edilmiş olur. Tarafın ifadeleri doğrudan çekişmeli vakıanın mevcudiyetine ilişkin olmayıp, ilgili hususlarla

¹⁶¹⁸ Kurt Konca, s. 211.

¹⁶¹⁹ Kurt Konca, s. 287. Kanunlarda açık yaptırımların getirilmesi gerektiği yönünde bkz. Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2021, s. 1174.

¹⁶²⁰ Yıldırım, Medeni Yargılama Hukukunda Hakimin Rolü, s. 3034; Pekcanitez/Erdönmez, C. I, s. 920; Kurt Konca, s. 291; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 169; Arslan, R., s. 122-123; Alangoya, Vakıalar ve Deliller, s. 124; Özkes, s. 80; Bolayır, Delillerin Toplanması s. 219; Zöller/Greger, § 138, kn. 7; MüKo ZPO/Fritsche, § 138, kn. 15; BK ZPO/Hurni, Art. 52, kn. 31.

Hükümet Gerekçesi: "...Bu ödevde aykırılık hâlinde beyanlar mahkemece dikkate alınmayacak ve değerlendirilmeyecektir."

¹⁶²¹ Habscheid, s. 259; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 148; MüKo ZPO/Fritsche, § 138, kn. 15.

¹⁶²² Tanık için aynı yönde bkz. Bracher, kn. 214.

alakalı ise bu doğrultuda bir değerlendirme yapılacaktır¹⁶²³. Doğruyu söyleme yükümlülüğü ve ikrar arasında bir ilişki kurulmadığı için soyut ve genel olarak yükümlülüğün ihlalinin sonucunun ikrar olduğu söylenemez.

Tarafın isticvap duruşmasına gelmemesi veya beyanda bulunmaması halinde ikrar sonucunun doğacağı düzenlenmiş olmakla birlikte söz konusu vakıanın gerçeğe aykırı olduğu anlaşılmışsa hakim bu vakıayı dikkate almaması, ikrarla bağlı olmaması gerekir¹⁶²⁴. Bu da göstermektedir ki hakime ikrar konusunda takdir yetkisinin tanınmamış olması isabetli değildir.

İsticvap kapsamında doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde yargılama giderlerinden sorumlu olunmasıyla ilgili düzenleme bulunmamasıyla birlikte tarafın yargılama giderlerine mahkum edilmesi mümkün olmalıdır¹⁶²⁵. Yargılama giderlerinden aleyhine karar verilen taraf sorumlu olur (m. 326/1). Doğruyu söyleme ödevini ihlal etmesi sebebiyle de aleyhine karar verilen taraf yargılama giderlerinden sorumlu olacaktır. Ancak ihlal her zaman yargılamanın aleyhe sonuçlanmasına sebebiyet vermez. Bu halde geniş anlamda doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlal edilmesi nedeniyle dava lehine sonuçlanan tarafın yargılama giderlerinden sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir. Buna dayanak olarak da doğruyu söyleme yükümlülüğünün temelinde dürüstlük kuralının bulunması ve m. 327’de bu ilkeye aykırılığın yargılama giderlerinden tamamen veya kısmen sorumluluk getirmesi gösterilmiştir¹⁶²⁶.

Kötüniyetle veya haksız dava açılmasının sonuçlarından bir tanesi disiplin cezasıdır (m. 329/2). Davada gerçeğe aykırı beyanda bulunmanın haksız dava açmanın veya kötüniyetin göstergesi olabilmesi nedeniyle disiplin cezası yaptırımına tabi olabileceği savunulmuştur¹⁶²⁷. Kanaatimizce isticvap kapsamında gerçeğe aykırı beyanın disiplin cezasına tabi olabilmesi için müstakil bir düzenleme gerekmektedir.

Hukuk davasında doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlal edilmesi yani yalan beyanda bulunulması ceza hukukunda ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle suç tiplerinden bir tanesini teşkil edip etmediği araştırılarak ve ilişki kurularak yükümlülüğü ihlal eden tarafın cezai sorumluluğuna gidilebilir.

¹⁶²³ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 148.

¹⁶²⁴ Arslan, R., s. 123, 124; Kurt Konca, s. 214, 215.

¹⁶²⁵ Tercan, s. 286; Yağcı, s. 301; Kurt Konca, s. 212.

¹⁶²⁶ Kurt Konca, s. 298-299.

¹⁶²⁷ Kurt Konca, s. 301.

Lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması yargılamanın iadesi sebebi teşkil etmektedir (m. 375/1-h). Bu sebepten hareketle doğruyu söyleme ödevinin ihlali halinde gerçek olmayan isticvap beyanları ile verilen karara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir¹⁶²⁸.

C. Taraf Beyanının Delil Değeri ve Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Taraf beyanının takdiri delil olarak ikamesine imkan veren isticvabın hukuki niteliği hukukumuzda tartışmalı olduğu için bu beyanların ispat gücünün belirlenmesi önem taşımaktadır. Beyanların delil değerlendirmesine konu olup olamayacağı ve diğer deliller ile arasındaki ilişki belirlenmelidir.

Tarafın aleyhine ve lehine beyanları Türk hukukunda farklı sonuçlar doğurmaktadır. İsticvap kapsamında tarafın aleyhinde beyanda bulunmasının sonucu hakim ile tarafları bağlayan ikrar olarak nitelendirilmektedir. Nitekim bir görüşe göre isticvabın tek amacı ikrar elde etmektir¹⁶²⁹.

Taraf beyanının ispat gücü ve değerlendirilmesi ile ilgili odaklanılması gereken konu ayrıca tarafın kendi lehine beyanlarının ispat faaliyetindeki yeridir. Tarafın davada yararının bulunması nedeniyle yalan söylemeye meyilli olması, sadece tarafın kendi beyanları dikkate alınarak ispatın gerçekleşmeyeceği, netice olarak taraf beyanının lehe delil olmaması gerektiği veya delil değerinin düşük olduğu sonuçlarına ulaşılmaktadır¹⁶³⁰. Her ne kadar taraf gerçeği söylemeye gayret etse de algılama ve hafıza hataları beyanlarının delil değerini etkilemektedir¹⁶³¹. Diğer yandan tarafın davadaki vakıaları ve uyumsuzluğu en iyi bilen kişi olması¹⁶³², kimi zaman uyumsuzluğun temelini oluşturan vakıaların tek şahidi olması, içsel

¹⁶²⁸ Tanrıver, C. I, s. 464.

¹⁶²⁹ Kuru, C. I, s. 603; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası, s. 383 (Asıl amacın ikrar elde etmek olduğu ifade edilmiştir.).

¹⁶³⁰ Meier, s. 318; Ahrens, Kap. 40, kn. 18; DIKE Komm. ZPO/Leu, Art. 157, kn. 41(Kural olarak tanık ve taraf beyanları daha az güvenilirler); Gafner, s. 148. Aksi yönde Müller, A., s. 44. Tarihsel açıdan değerlendirme için ayrıca bkz. BK ZPO/Bühler, Art. 191-192, kn. 14a. Bu tarz ispat kuralları katı ve gerçeğin tespiti için zararlıdır Schumacher, Peter, Die Würdigung von Zeugen- und Parteiaussagen insbesondere im Zivilprozess, AJP (Aktuelle Juristische Praxis) 2000, 1451-1462, s. 1451. Tarafın sadece lehe beyanda değil aleyhe beyanda bulunması halinde beyanlarının ispat değerinin artacağı konusunda bkz. Musielak/Voit/Huber, § 453, kn. 2.

¹⁶³¹ DIKE Komm. ZPO/Leu, Art. 157, kn. 41.

¹⁶³² Yavaş, s. 90.

vakıaların tek ispat aracı olması gibi özelliklerinden dolayı taraf beyanı vazgeçilemez bir delildir¹⁶³³.

Hukukumuzda taraf beyanı ile ilgili bu iki uç nokta arasında nerede durulduğu tespit edilirken takdiri delil olarak incelenebilecek tek kurum isticvaptır. Yeminin kesin delil olması, tarafların dinlenilmesinin özellikle fonksiyonu gereği delil olmaması nedeniyle tarafın beyanlarını yargılamada delil olarak kullanabilmesi ve hakimın de tarafın beyanlarına dayanarak karar tesis etmesi ancak isticvap ile mümkündür. Tarafın bu kapsamda alınan aleyhe beyanlarında olması gereken hukuk açısından isabetli bulmamamızla birlikte mevcut hukuk bakımından bir sonuç öngörülmektedir. Ancak tarafın lehine beyanlarının ispat gücünden ziyade öncelikle delil niteliği taşıması hususunda dahi fikir birliği bulunmamaktadır ki tarafın lehine beyanlarının ancak tarafların dinlenilmesi ile edinilebileceği, isticvapta sadece aleyhe beyanların anlam ifade ettiği de belirtilmiştir¹⁶³⁴.

2. Lehe Beyanların Delil Değeri ve Değerlendirilmesi

İsticvabın hukuki niteliği konusundaki tartışmalar özellikle tarafın lehine beyanlarının yargılamada ve ispat faaliyetinde nasıl değerlendirileceğiyle ilgilidir. İsticvabın amacının ikrar elde etmek olduğunu kabul eden görüşün devamı olarak tarafın lehine beyanları ancak tarafın dinlenilmesi kurumu ile edinilmektedir¹⁶³⁵. Tarafın kendi tanığı olamaması ve yargılamadaki yararı nedeni ile bu lehe beyanların delil olarak değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır. Ancak çekişmeli vakıayı çoğu zaman en iyi bilen kişi olan tarafın beyanlarından ispat faaliyetinde yararlanmamak maddi gerçeğin tespitini sekteye uğratacaktır. Bu nedenle yukarıda da belirttiğimiz gibi isticvap ile elde edilen beyanlar delildir ve takdiri delil olduğu için hakimın serbestçe değerlendirmesine tabidir. Tarafın yargılamadaki konumu nedeniyle önceden beri şüpheyile yaklaşılmamasının nedenleri ve buna karşı getirilen eleştiriler önemlidir. Delil olmakla birlikte diğer delillerden daha az delil değerine sahip olup olmadığı gerekçeleriyle açıklanmalıdır. Bunun gerekçeleri mukayeseli hukuktan faydalanılarak belirlenmeye çalışılacaktır.

¹⁶³³ İspatın konusu tarafın davranışları ve algısı olduğunda maddi gerçeğin tespiti için en elverişli delildir: **Bühler**, s. 154; **Gafner**, s. 149, 150; BK ZPO/**Bühler**, Art. 191-192, kn. 16a; BSK ZPO/**Hafner**, Art. 191, kn. 7; Taraf gerçeği değiştirse veya yanlış söylese de çoğu zaman hakim gerçeğin tespiti için uygun noktaları yakalayabilir: **Leuenberger/Uffer-Tobler**, kn. 9.128; **Stürner**, Rolf, Parteianhörung und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts aus Schweizerischer Sicht, ZZP 1999, 327-345, s. 343; **Jauernig/Hess**, § 56, kn. 1.

¹⁶³⁴ **Kuru**, C. I, s. 601.

¹⁶³⁵ **Kuru**, C. I, s. 601.

Mukayeseli hukukta taraf beyanının delil değeri incelendiğinde, delil olarak kabul edilen sistemlerde dahi ispat gücü üzerine açıklamaların ve tartışmaların mevcut olduğu söylenmelidir. İsviçre hukukunda, tarafın basit dinlenilmesi (*einfaches Parteiverhör*) ve nitelikli dinlenilmesi (*qualifizierte Form, qualifiziertes Parteiverhör*) deliller arasında sayılmıştır¹⁶³⁶. Delillerin serbestçe değerlendirmeye konu olacağı kabul edildiğinden¹⁶³⁷ tarafın aleyhe beyanlarının yanında lehe beyanlarının da ispat gücüne sahip olduğu vurgulanmaktadır¹⁶³⁸. Resmi gazetede yayınlanan taslakta da beyanların tarafın lehine delil teşkil edebileceği açıkça ifade edilmiştir ancak devamında tarafın yararı nedeniyle delil değerinin düşük olduğundan diğer delillerle desteklenmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁶³⁹. Ayrıca doktrinde de tarafın yararının bulunmasının beyanların delil değerini düşürdüğü ifade edilmektedir¹⁶⁴⁰. Bunun yanında taraf beyanının delil olarak edinildiği iki kurumdan basit sorgulama (*Parteibefragung*) daha zayıf olarak nitelendirilmektedir. Bunun nedeni ise nitelikli sorgulamada yalan beyanın cezai yaptırıma bağlanmış olmasına karşılık basit sorgulamada sadece disiplin cezası öngörülmesidir¹⁶⁴¹. Bu gerekçeler ve beyanların delil değerinin düşük görülmesi İsviçre doktrininde eleştirilmektedir¹⁶⁴². Her iki sorgulama tipi diğer delillerin karşısında düşük delil değerine sahip değildir, onlarla eş değer delillerdir¹⁶⁴³. 2011 tarihli Federal Usul Kanunu ile kantonlarda taraf beyanının hiç delil olarak kabul edilmemesi veya daha düşük delil değeri tanınması gibi mevcut kısıtlamaların kaldırılması büyük bir ilerleme olarak değerlendirilmiştir¹⁶⁴⁴.

Alman hukukunda tarafın isticvap kapsamında alınan beyanları delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında değerlendirilmektedir (dZPO § 453 Abs. 1). Aslında delil olarak düzenlenen isticvabın genel kural olan delillerin serbestçe değerlendirilmesine tabi olduğu

¹⁶³⁶ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Weibel/Walz*, Art 191-192, kn. 3; DIKE Komm. ZPO/*Müller*, Art. 191, kn. 32; Oberhammer, Paul/Domej, Tanja/Haas, Ulrich, Kurz Kommentar ZPO/*Schmid/Baumgärtner*, Art. 191-193, Basel 2021, kn. 6.

¹⁶³⁷ *Hasenböhler/Yanez*, kn. 5.55; *Gasser/Rickli*, Art. 191, kn. 4.

¹⁶³⁸ *Leuenberger/Uffer-Tobler*, kn. 9. 132; *Bühler*, s. 154; DIKE Komm. ZPO/*Müller*, Art. 191, kn. 32; SHK ZPO/*Carcagni*, Art. 191, kn. 2; BSK ZPO/*Hafner*, Art. 191, kn. 8; *Meier*, s. 318.

¹⁶³⁹ Botschaft *ZPO*, s. 7326.

¹⁶⁴⁰ *Gasser/Rickli*, Art. 191, kn. 4.

¹⁶⁴¹ *Gasser/Rickli*, Art. 191, kn. 2.

¹⁶⁴² *Lorenz*, kn. 376; BK ZPO/*Bühler*, Art. 191-192, kn. 16; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Weibel/Walz*, Art 191-192, kn. 6; DIKE Komm. ZPO/*Müller*, Art. 191, kn. 34; SHK ZPO/*Carcagni*, Art. 191, kn. 3; BSK ZPO/*Hafner*, Art. 191, kn. 8.

¹⁶⁴³ *Bühler*, s. 153; BK ZPO/*Bühler*, Art. 191-192, kn. 14; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Weibel/Walz*, Art 191-192, kn. 5, 6; SHK ZPO/*Carcagni*, Art. 191, kn. 2; BSK ZPO/*Hafner*, Art. 191, kn. 4.

¹⁶⁴⁴ BK ZPO/*Bühler*, Art. 191-192, kn. 14.

açıktır (dZPO § 286). Ayrı olarak beyanların serbestçe değerlendirileceğinin düzenlenmesi sadece netleştirme amacı taşımaktadır¹⁶⁴⁵.

Tarafın beyanda bulunmaktan veya yemin etmekten kaçınması hali Alman hukukunda yine serbestçe değerlendirilir¹⁶⁴⁶ ve vakıanın ispatlanmış sayılmasına karar verilebilir (dZPO § 453 Abs. 2 ve § 446). Tarafın beyanda bulunmaktan kaçınması muhakkak aleyhine sonuç doğurmaz, özellikle beyandan kaçınma sebebinin değerlendirilmesi ile hakim vakıanın ispatlanmış sayılmasına karar verebilir. Aynı zamanda sadece mazeret sebebi değil tüm yargılamadaki durum da dikkate alınarak aleyhe bir neticeye varılmayabilir¹⁶⁴⁷. Tarafın beyanları için yemin etmesi farklılık meydana getirmemekte, yine serbestçe değerlendirilmektedir. Yeminden kaçınılması muhakkak aleyhe değerlendirilmek durumunda değildir¹⁶⁴⁸. Ancak tarafın yemin etmediği beyanın lehine yorumlanması da mümkün görülmemektedir¹⁶⁴⁹. Hakkında yemin edilen beyanın delil değeri sadece bu yeminden dolayı yemin edilmeyen beyandan daha fazla ispat gücüne sahip değildir çünkü ancak delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında bu farklılığa kanaat getirilebilir. Yeminsiz beyan, yeminli beyana tercih edebilir¹⁶⁵⁰. Tarafın isticvap edileceği duruşmaya katılmaması halinde katılmama nedeni serbestçe değerlendirilmekte ve tarafın beyandan kaçınması sonucunun doğup doğmayacağını hakim takdir etmektedir (dZPO § 454 Abs. 1). Mazeretin geçerli bulunması halinde yeni bir duruşma günü belirlenebilir, kaçınmanın sonuçları doğmaz¹⁶⁵¹.

Avusturya hukukunda isticvap primer ve tam ispat gücüne sahip bir delildir¹⁶⁵². Tarafın gelmemesi veya gelip beyanda bulunmaması delil değerlendirilmesinde dikkate alınır¹⁶⁵³. İsticvap için delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi geçerlidir ve uygulamada bununla ilgili şikayet bulunmamaktadır¹⁶⁵⁴.

¹⁶⁴⁵ Prütting/Gehrlein/**Müller-Christmann**, § 453, kn. 1; Stein/Jonas/**Berger**, § 453, kn. 1; Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 453, kn. 1.

¹⁶⁴⁶ Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 453, kn. 6.

¹⁶⁴⁷ Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 446, kn. 3; Stein/Jonas/**Berger**, § 454, kn. 6.

¹⁶⁴⁸ Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 453, kn. 5 ve 7.

¹⁶⁴⁹ Musielak/Voit/**Huber**, § 453, kn. 4; Stein/Jonas/**Berger**, § 453, kn. 6; MüKo ZPO/**Schreiber**, § 453, kn. 2.

¹⁶⁵⁰ Anders/**Gehle**, § 453, kn. 3; NJW-RR 2009, 1433 (Beck-Online); BeckOk ZPO/**Bechteler**, § 453, kn. 2; aynı yönde Anders/**Gehle**, § 453, kn. 3. Aksi yönde tarafın aldığı risk ve sadece yemin eda edilmesi nedeniyle bu beyanların yemin edilmeyen beyanlara nazaran daha yüksek delil değerine sahip olduğu hakkında bkz. Musielak/Voit/**Huber**, § 453, kn. 2. Tanık bakımından ise delil değerini etkilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır: Musielak/Voit/**Huber**, § 391, kn. 5.

¹⁶⁵¹ Wiczorek/Schütze/**Völzmann-Stickelbrock**, § 454, kn. 7.

¹⁶⁵² Fasching/Konency/**Spenling**, § 372, kn. 2 (2004).

¹⁶⁵³ **Kodek**, Georg E./**Mayr**, Peter G., Zivilprozessrecht, Wien 2011, kn. 716; **Balloon**, s. 185.

¹⁶⁵⁴ **Oberhammer**, s. 300.

Taraf beyanlarının ayrılarak, lehe beyanların ispat gücünün düşük görülmesi öncelikle ispat hakkının ve delillerin serbestçe değerlendirilmesinin ihlali olarak değerlendirilmelidir, zira ispat hakkı ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi tüm delillere aynı ispat gücünün tanınmasını gerekli kılar¹⁶⁵⁵. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi delilin değerini belirleyen kurallar olmaksızın karar verilmesini ve her türlü delilin kullanılabilmesini sağlamaktadır¹⁶⁵⁶. Delilin ikame edilmeden elverişli olmadığına karar verilmesi veya delil ile ulaşılan kanaatin dikkate alınmaması delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini ihlal eder¹⁶⁵⁷. Özellikle ispat faaliyetine katkı sağlaması bakımından bazı beyanların değerlendirilmeden saf dışı bırakılması, ispat hakkı kapsamında tarafın delil ikamesi ve delillerin değerlendirilmeye alınması konusundaki haklarının da ihlal edilmesi anlamına gelir¹⁶⁵⁸. Somut durumda tarafın lehine beyanlarının diğer delil ve emareler karşısında daha düşük delil değerine sahip olduğuna kanaat getirilmesi ise delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir¹⁶⁵⁹.

Takdiri delillerin ispat gücü ile ilgili soyut bir belirleme yapılması veya aralarında farklılık bulunduğu söylenmesi mümkün değildir. Beyanın isticvap kapsamında alınması beyanı kendiliğinden daha az güvenilir kılmaz, önemli olan beyanların içeriği ve bunun değerlendirilmesidir¹⁶⁶⁰. Tarafın kendi yararı için yalan söyleyeceği de önden kabul edilebilecek bir argüman değildir¹⁶⁶¹. Delil değerinin belirlenmesi için somut durum içinde delilin ikame edilmesi ve değerlendirilmesi gerekir, lehe beyanların gerçekten tarafın lehine delil olarak kabul edilmesi bu şekilde mümkündür¹⁶⁶². Sorgulamanın delil değeri diğer delillerde olduğu gibi hakimın serbestçe değerlendirmesi ile belirlenmelidir¹⁶⁶³. Örneğin tanık beyanlarının taraf beyanlarına nazaran daha güvenilir kabul edilmesi her zaman, her durum için mümkün değildir. Taraf yalan beyanda bulunma konusunda tanığa nazaran daha çekingendir. Tanık, tarafın ihtiyacı olduğunu düşünerek yardım etmek amacıyla daha atılgan davranabilmektedir, çünkü tarafın aslında haklı olduğuna ve bunu ortaya koyacak araçlardan

¹⁶⁵⁵ BK ZPO/*Bühler*, Art. 191-192, kn. 16; BGE 143 III 297, kn. 9.3.2 (Swisslex).

¹⁶⁵⁶ BK ZPO/*Bühler*, Art. 191-192, kn. 14b.

¹⁶⁵⁷ **Yıldırım**, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı, s. 692; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 103; SHK ZPO/*Carcagni*, Art. 191, kn. 2; BGer, 18.05.2012, 5A_250/2012, kn. 7.4.1 (Swisslex).

¹⁶⁵⁸ BGE 143 III 297, 9.3.2 (5A_256/2016 vom 9. Juni 2017, Swisslex); Delilin önceden değerlendirilerek ikamesinin reddedilmesi ile ispat hakkı arasındaki ilişki için bkz. **Yıldırım**, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı, s. 687, 688; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 102.

¹⁶⁵⁹ BK ZPO/*Bühler*, Art. 191-192, kn. 21.

¹⁶⁶⁰ **Sutter-Somm**, s. 344; **Zweidler**, s. 115.

¹⁶⁶¹ **Stürner**, Parteianhörung und Parteivernehmung, s. 344.

¹⁶⁶² DIKE Komm. ZPO/*Müller*, Art. 191, kn. 21; **Kuntschen**, Sibylle, Die antizipierte Beweiswürdigung im schweizerischen Zivilprozess, Dike Verlag AG, 2021, s. 85; **Anders/Gehle**, § 453, kn. 4; **Hasenböhler/Yanez**, kn. 5.55; BK ZPO/*Bühler*, Art. 191-192, kn. 14b; DIKE Komm. ZPO/*Müller*, Art. 191, kn. 34.

¹⁶⁶³ KuKo ZPO/*Schmid/Baumgärtner*, Art. 191-193, kn. 3.

yoksun olduğuna inanmış olabilir¹⁶⁶⁴. Buna benzer başka nedenlerle taraf beyanları, kimi zaman tanık delilinden daha güvenilir bir delil teşkil edebilir ve baştan tanık beyanından daha az delil değeri tanınması gerekçelendirilemez¹⁶⁶⁵.

Tarafın yalan söylemeye meyilli olması şu şekilde değerlendirilmelidir. Taraf yararından dolayı önemli yalanlar söylemekten ziyade kendi ikna olduğu şekliyle vakıayı anlatmaya ve detayları kendi yararına yorumlamaya eğilimlidir ki bu da normaldir¹⁶⁶⁶. Süreç ne kadar uzarsa bu eğilim o kadar güçlenir¹⁶⁶⁷. Ancak tarafın kendi yararı için yalan söyleyeceği genel bir kabul olarak tespit edilemez¹⁶⁶⁸. Tarafın yararı nedeniyle yanıltıcı olması ve buna göre beyanda bulunması olasılık olmakla beraber sadece bu sebebe dayanarak beyan delilinin dışlanması bu delilin getireceği büyük yarardan da mahrum kalınmasına sebep olacaktır¹⁶⁶⁹. Elbette beyanlar değerlendirilirken bir yandan davadaki yararı diğer yandan dava ve uyuşmazlık hakkındaki yakından bilgisi delillerin değerlendirilmesi kapsamında dikkate alınmalıdır¹⁶⁷⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi kararında tarafın etkin şekilde, yani karşı tarafla yüzleştirilerek ve beklenmedik sorulara cevap vermesi durumunda bırakılarak sorgulanmasını gerçeğin tespitinde etkili bir yöntem olarak ifade etmiştir. Ayrıca sorgulanan tarafın güvenilirliği ile ilgili kişisel bir izlenim edinme imkanını vermektedir. Taraf beyanının tek delil olması ve dinlenilmemesi hali ise ispat hakkının ihlali ve keyfilik olarak değerlendirilmiştir¹⁶⁷¹. Delil değerinin artırılması için karşı tarafın da aynı vakıa için sorgulanması veya tanıklarla yüzleştirme gibi imkanlar kullanılabilir¹⁶⁷². Bunun yanında isticvap, yemine göre daha güçlü ve itibar edilen bir ispat aracıdır. Çünkü yeminde tarafın yalan söyleyip söylemediğini anlamak için hakimin tarafı sorgulaması imkanı bulunmamaktadır¹⁶⁷³.

¹⁶⁶⁴ Benzer yönde bkz. Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 453, kn. 4. Bunun doğru olabileceği gibi böyle bir genellemenin, yani bir yakını için yalan söylemenin herkes için geçerli olduğunun söylenmesinin mümkün olmadığına dair bkz. *Kuntschen*, s. 84 dn. 597.

¹⁶⁶⁵ AK ZPO/*Rüßmann*, § 453, kn. 1; *Leuenberger/Uffer-Tobler*, kn. 9.128.

¹⁶⁶⁶ *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Weibel/Walz*, Art 191-192, kn. 6; *Schumacher*, s. 1457; *Sutter-Somm*, s. 344.

¹⁶⁶⁷ *Sutter-Somm*, s. 344; *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Weibel/Walz*, Art 191-192, kn. 6.

¹⁶⁶⁸ *Sutter-Somm*, s. 344.

¹⁶⁶⁹ *Gafner*, s. 150.

¹⁶⁷⁰ *Anders/Gehle*, § 453, kn. 3; *Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann*, § 453, kn. 2; *Gasser/Rickli*, Art. 191, kn. 4; *Braun*, s. 821; *Arens/Lüke*, § 26, kn. 24.

¹⁶⁷¹ BGE 143 III 297 s. 332, 333, kn. 9.3.2 (Swisslex).

¹⁶⁷² *Gafner*, s. 152.

¹⁶⁷³ *Çiftçi*, s. 496.

Taraf beyanı delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi karşısında kendisine duyulan güvensizlikler nedeniyle kendiliğinden elverişsiz bir delil olarak nitelendirilmemelidir¹⁶⁷⁴. Tarafın lehe beyanlarının da diğer takdiri deliller gibi ispat gücüne sahip olduğu ve delillerin değerlendirilmesine konu olabileceği kabul edildiğinde, sadece bu beyanlara dayanılarak kanaat oluşturulabileceği de kabul edilmelidir¹⁶⁷⁵. Yani delilin taliliği yine delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ve ispat hakkı ile bağdaşmayacaktır. Taraflar genellikle iddia ve savunmalarında belirttikleri beyanlarını tekrar ederler, bunlarla çelişecek beyanda bulunmaları olası değildir. Hakim beyanlardan önce diğer delilleri değerlendirebileceği gibi vakıanın ispatı için sadece taraf beyanına da dayanabilir¹⁶⁷⁶. Sonuç olarak tarafın beyanı sadece diğer delilleri tamamlayıcı ve genişletici fonksiyona sahip değildir, başlı başına kanaat oluşturabilecek takdiri bir delildir¹⁶⁷⁷. Bunun yanında delil değeri somut değerlendirmede düşük tespit edilmekle birlikte diğer delillerle beraber kullanılabilir veya hiç delil değeri atfedilmez¹⁶⁷⁸.

Tarafın lehine beyanlarının doğrudan değerlendirme dışı kalacağına kabul edilmesi isticvap düzenlemesinin ispat yükünden bağımsız yapılmasını anlamsız kılacaktır. Tarafların lehine veya aleyhine vakıalar hakkında sorgulanmasının bir kurum olarak bulunmasının gereği, bu beyanların değerlendirilmesini gerektirmektedir. İsticvabın yeminden ayrılmasını sağlayan ve kıymetli bir delil olmasını sağlayan en önemli özelliği beyanların serbestçe değerlendirilmesine imkan tanıyarak hakimcin vicdani kanaatinin oluşmasını sağlamasıdır¹⁶⁷⁹. Yemin ve isticvabın beraber bulunduğu hukukumuzda özellikle isticvap kapsamında hakimi bağlayan ve takdir yetkisini kısıtlayan bir düzenleme bulunmamalıdır ki yeminin yanında bu delilin bulunması anlam kazansın. Kaldı ki taraf beyanına sadece isticvap vasıtasıyla ulaşılan hukuk sistemlerinde dahi hakimi bağlayıcı düzenlemelerden uzak durulmuş ve takdir hakkı geniş ölçüde tanınmıştır.

3. Aleyhe Beyanların Değerlendirilmesi

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi, delillerin yargılama öncesinde belli bir kurala göre delil değerlerinin belirlenmemesini gerektirmektedir. İspat faaliyeti kapsamında ikame edilen delilin tarafın aleyhine olmasının hakimi bağlaması bu gereklilik ile uyuşmamaktadır. Ayrıca

¹⁶⁷⁴ Coester-Waltjen, s. 292.

¹⁶⁷⁵ DIKE Komm. ZPO/Müller, Art. 191, kn. 34. Aksi yönde bkz. Meier, s. 318.

¹⁶⁷⁶ Kuntschen, s. 86; SHK ZPO/Carcagni, Art. 191, kn. 2.

¹⁶⁷⁷ Lorenz, kn. 381.

¹⁶⁷⁸ Schumacher, s. 1452.

¹⁶⁷⁹ Çiftçi, s. 39.

şekli ve ispat değeri uyumsuzluk öncesi belirlenmiş deliller, yani hakimin üzerinde değerlendirme yetkisi bulunmayan deliller ispat hakkını ihlal etmektedir¹⁶⁸⁰. Bu bakımdan ispat faaliyeti kapsamındaki isticvaptan aleyhe beyanların muhakkak ikrar teşkil etmesi delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile bağdaşmamaktadır¹⁶⁸¹. Hakimi bağlayan ispat kuralları modern usul hukukunda kabul görmemektedir. Hakimin delilleri değerlendirmesinin iyileştirilmesi ancak bu kurallar yerine modern ve iyileştirilmiş beyanların değerlendirilmesi kriterlerinin kullanılması ile mümkündür¹⁶⁸².

Tarafın isticvap kapsamında aleyhine beyanda bulunması, yani vakıayı kabul etmesi Alman hukukunda ikrar olarak kabul edilmemektedir¹⁶⁸³. İmparatorluk Mahkemesi'nin 1933 tarihli kararında¹⁶⁸⁴ aleyhe beyanın ikrar teşkil etmeyeceği belirtilmişken 1952 tarihli Federal Yüksek Mahkeme kararı¹⁶⁸⁵ aksine bir sonuca varmıştır ve bu farklılık doktrinde fazlaca tartışılmıştır. İkrar sonucuna ulaşılması halinde hakimin bu ikrarla bağlı olması gerekeceğinden delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine aykırı görülmüştür. İkrarın varlığında isticvap kapsamında beyanların değerlendirilmesi ikiye ayrılacak, bir kısım beyan serbestçe değerlendirilebilirken, diğer kısım beyanlar hakimi bağlayacaktır¹⁶⁸⁶. Nitekim Federal Mahkeme de 1995 tarihli kararıyla ikrar kabulünden geri dönmüştür¹⁶⁸⁷. Gerekçe olarak öncelikle isticvabın delil olması ve ancak delillerin serbestçe değerlendirilebileceği gösterilmiştir, beyanların bir kısmının bağlayıcı olması bir kısmının ise serbestçe değerlendirilmesi mümkün görülmemiştir ve delillerin değerlendirilmesi ile ikrar birbiriyle örtüşen düzenlemeler değildir, birbirlerini dışlarlar yani aynı anda kullanılamazlar¹⁶⁸⁸. İkrarın ve isticvabın şartları farklıdır, bir kısmının bağlayıcı olması bir kısmının serbest değerlendirilmesi kanunca öngörülmemiştir¹⁶⁸⁹.

¹⁶⁸⁰ Çiftçi, s. 496.

¹⁶⁸¹ Benzer yönde **Tercan**, s. 109. İkrarın bağlayıcı olmasının geçmişten kalan bir kabul olarak süregeldiği ifade edilmiştir: **Taruffo**, s. 34. Modern ispat hukukunda tarafın tüm beyanlarının serbestçe değerlendirilebilmesi gerekmektedir.: **Deren-Yildirim**, *Fordert die Waffengleichheit die legale Beweistheorie heraus?*, s. 912.

¹⁶⁸² **Schumacher**, s. 1451.

¹⁶⁸³ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 113, kn. 9; **Pollyzogopoulos**, s. 79 ve 106; **Lent**, *Geständnis im Anwaltsprozeß*, NJW 1953, 621-622, s. 622; **Orfanides**, s. 3174 vd. Avusturya hukukunda aynı yönde: *Fasching/Konency/Spenling*, § 372, kn. 12 (2004).

Aksi yönde bkz. **Kiraz**, s. 116.

¹⁶⁸⁴ RG JW 1936, 1778, 1779 (Beck-Online).

¹⁶⁸⁵ BGH NJW 1953, 621, 622 (Beck-Online).

¹⁶⁸⁶ **Braun**, s. 821; BeckOk ZPO/**Bechteler**, § 453, kn. 5. Ayrıntılı bkz. **Orfanides**, s. 3174 vd.;

¹⁶⁸⁷ BGH NJW 1995, 1432, 1433 (Beck-Online).

¹⁶⁸⁸ **Hülsmann**, s. 620.

¹⁶⁸⁹ **Lent**, *Geständnis*, s. 622; **Orfanides**, s. 3174, 3175; **Pollyzogopoulos**, s. 78.

Sözlü yargılamadaki ve isticvap kapsamındaki beyanlar farklı değerlendirilmelidir. İsticvap delil ikamesi ve ispat faaliyeti alanında olduğundan bu beyanların serbestçe değerlendirilmesi gerekir, sözlü yargılamadaki veya tarafın dinlenilmesindeki¹⁶⁹⁰ gibi hakimi bağlayan bir ikrar sonucu doğmaması gerekir. İsticvap dışında yargılamadaki beyanlar taraf iddialarıdır ve ispat faaliyetinin konusu ve çerçevesini oluştururlar, isticvaptaki beyanlar ise diğer deliller gibi delildir¹⁶⁹¹. Tarafın beyanının kendisi delil olduğundan tarafın bu delil ile hakimi bağlaması mümkün değildir, sadece iddia niteliğindeki beyanlarına bu bağlayıcılık tanınmıştır.

Kesin deliller haricindeki takdiri deliller hukukumuzda serbestçe değerlendirilir¹⁶⁹². Delillerin serbestçe değerlendirilmesine göre delillerin toplanması ile yapılan değerlendirme ispat kurallarından bağımsız kılınmıştır. Özellikle kesin delillerden farklı olarak takdiri delilin çekişmeli ve karara esas alınacak vakıyı tespiti hususunda ispat gücü belirlenmemiştir. Taraf beyanına delillerin serbestçe değerlendirme kapsamında ulaşılabilirdiği isticvap kurumu bakımından aleyhe beyanların da lehe beyanlar gibi hakimnin takdirine bırakılması ve hakimi bağlayıcı sonuç doğurmamaları olması gereken hukuk açısından isabetlidir¹⁶⁹³.

Son olarak ikrarın kesin delil olarak kabul edilmesi halinde takdiri delil olarak nitelendirilen isticvap kapsamındaki ikrarın ne şekilde değerlendirileceği tartışmasına, ikrarın kesin delil olması nedeniyle hakimi bağlayacağı cevabı verilmiştir¹⁶⁹⁴. Bu görüşten hareketle günümüzde ikrarın baskın olarak kesin delil kabul edilmemesi nedeniyle takdiri delil olan isticvap kapsamında delil olmayan ikrarın hakimi bağlamasının mecburi olmadığı da düşünülebilir. Nitekim bu görüşe göre ihtimal belirttiğimiz şekilde değerlendirmiştir¹⁶⁹⁵.

4. Beyanların Değerlendirilmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

Taraf beyanlarının ispat faaliyetinde delillerin değerlendirilmesi kapsamında dikkate alınması gerektiğini belirledikten sonra değerlendirmede esas alınabilecek hususlar üzerinde kısaca durmak yararlı olacaktır. İsticvapta tarafın kendisi delil olduğundan davranışları ve

¹⁶⁹⁰ Federal Mahkeme isticvap kapsamında ikrar olamayacağını tarafın dinlenilmesi için de genişletmektedir ancak bu tarafın dinlenilmesinin delil olmaması ve dava malzemesinin tamamlanması ve aydınlatılması için alınan beyanların ikrar teşkil edebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir: Stein/Jonas/*Thole*, § 288, kn. 35.

¹⁶⁹¹ **Lent**, Geständnis, s. 622.

¹⁶⁹² **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 207.

¹⁶⁹³ **Stürner**, Parteianhörung und Parteivernehmung, s. 345.

¹⁶⁹⁴ **Tercan**, s. 110.

¹⁶⁹⁵ **Tercan**, s. 111.

beyanlarının içeriği delilin iki yönünü oluşturmaktadır. Serbestçe değerlendirme kapsamında hem tarafın hem de beyanlarının güvenilirliği göz önünde bulundurulur¹⁶⁹⁶. Kendisinin ve beyanlarının güvenilirliğini ve inanılabilirliğini gösteren emareler ile hakim isticvaba delil ikamesi içinde dayanarak karar verebilir.

Tarafın yalan söylemesi ile beyanında hata yapması birbirinden farklı olmakla birlikte bu iki kavramın ayrımı her zaman kolay değildir. İçinde hata barındıran beyanların tümüyle dikkate alınmaması ise doğru değildir¹⁶⁹⁷. Hatalardan arındırılabilirdiği ölçüde bu beyanlar ispat faaliyetine katkı sağlayabilir.

Beyanın doğru olması tarafın vakıayı doğru ve eksiksiz hatırlamasına ayrıca doğru ve eksiksiz aktarabilmesine bağlıdır¹⁶⁹⁸. Tarafın vakıa hakkında bilgi sahibi olması her zaman bu bilginin aktarıldığı şekliyle dikkate alınmasını şart kılmaz. Zira vakıanın doğru hatırlanması ve olduğu gibi aktarılması gerekmektedir. Öncelikle vakıanın algılanma şekline dikkat edilmelidir. Tarafının algısının şekillendiği şartlar (mesafe vb.) ve tarafın bu zamandaki durumu önemlidir. Algılama sırasındaki boşluklar ve kesintiler beyanın değerini etkilemektedir¹⁶⁹⁹. Ardından hatırlama ve aktarma ile ilgili yanlışlıklar dikkate alınmalıdır¹⁷⁰⁰. Tarafın aktarımının sağlıklı sonuç verebilmesi için ifade etme kabiliyeti önemli kriterlerden birisidir¹⁷⁰¹.

Beyanda bulunan kişinin motivasyonu değerlendirmede önemlidir¹⁷⁰². Beyanı alınan kişi tanık olduğunda motivasyonu karşı tarafın zarar görmesi, tanıdığı olduğu tarafa yardım etmesi gibi sebepler olabilir. Bu motivasyonun tespiti ve beyanların değerlendirilmesinde kullanılması makul görünmektedir. Tarafın her zaman mevcut motivasyonu yargılamanın lehine sonuçlanmasıdır. Bu motivasyon çoğu zaman değişmeyeceği gibi farklı bir motivasyonun mevcudiyeti ve tarafın yararı da değerlendirmede göz önünde bulundurulmalıdır.

Mahkeme beyanları değerlendirirken belki de dikkate alması gereken en önemli nokta tarafların davranışları ve karakteridir¹⁷⁰³. Taraf davranışından kastımız beyanda bulunulurken

¹⁶⁹⁶ Prütting/Gehrlein/*Müller-Christmann*, § 453, kn. 1.

¹⁶⁹⁷ *Schumacher*, s. 1452.

¹⁶⁹⁸ *Zweidler*, s. 113.

¹⁶⁹⁹ *Schumacher*, s. 1454.

¹⁷⁰⁰ *Zweidler*, s. 113; *Schumacher*, s. 1458.

¹⁷⁰¹ *Schumacher*, s. 1458.

¹⁷⁰² *Gasser/Rickli*, Art. 191, kn. 4.

¹⁷⁰³ *Hasenböhler/Yanez*, kn. 5.59; DIKE Komm. ZPO/*Leu*, Art. 157, kn. 41; *Schumacher*, s.1453 ve 1459; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Weibel/Walz*, Art 191-192, kn. 7; *Leuenberger/Uffer-Tobler*, kn. 9.154; *Yıldırım*, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 145.

tarafın tavır ve hareketleridir. Tarafın doğal, rahat, tereddütsüz, çekingen olmadan, sorulara duraksamadan cevap vermesi, sübjektif olarak gerçeği söylediğine ilişkin emaredir. Doğru söylemeyen kişinin ise daha sıkılgan ve çekingen hareket etme olasılığı yüksektir. Öte yandan belli bir kesinlikle, fazlasıyla emin konuşan kişinin hakimi ikna için gerçeği gizlediği sonucuna da ulaşılabilir¹⁷⁰⁴. Özellikle tarafların çelişkili beyanları, bilgi verme şekilleri, bilgi vermekten çekinilmesi, delillerin saklanması ve yok edilmesi gibi hareketler beyanlarla ilgili emare teşkil eder¹⁷⁰⁵. Elbette tarafın dinlenilmesi sırasında normalin dışında gibi görünen, kızarma, ses tonunun değişmesi, terleme, nefes nefese kalma davranışları her zaman yalan söylendiğine işaret etmez. Nitekim çoğu kişinin mahkeme önünde gergin olacağı da gözden kaçırılmamalıdır¹⁷⁰⁶. Ancak doğal görünmeyen ve abartılı olan hareketler göz önünde bulundurulmalıdır¹⁷⁰⁷. Burada vurgulanması gereken en önemli husus ise sözsel olmayan jest ve mimik hareketlerinin dikkate alınması bunlar bakımından sonuca ulaşılması için eğitim ve tecrübenin gerektiğidir¹⁷⁰⁸.

Beyanların içeriğinin yanında beyanda bulunma şekli ve bütünlüğü gibi unsurlar da değerlendirmeye esas alınmaktadır. Çünkü kanaatin oluşması mahkemenin izlenimine bağlıdır ve tüm davranışlar bu izlenimin oluşmasında etkilidir¹⁷⁰⁹. Beyanların detaylandırılması, bütünlüğü ve sürekliliği hakime ipucu verebilir¹⁷¹⁰. Anlatımın detaylı olması ile inanılır olması arasında doğru orantı vardır¹⁷¹¹. Beyanların sürekliliği değerlendirilirken bire bir aynı şekilde devam etmelerinden ziyade insan doğası gereği tutarlı olmakla birlikte yeni hatırlamaların ve eklemelerin olduğu beyanların güvenilirliği daha fazladır¹⁷¹². Beyanların yüzeysel ve çekingen şekilde verilmesi gibi davranışlar beyanların güvenilirliğini zedeler, çoğu zaman uydurulmuş bir hikayeye delalet eder¹⁷¹³.

¹⁷⁰⁴ Schumacher, s. 1459.

¹⁷⁰⁵ DIKE Komm. ZPO/*Leu*, Art. 157, kn. 41; *Leuenberger/Uffer-Tobler*, kn. 9. 154.

¹⁷⁰⁶ *Zweidler*, s. 116.

¹⁷⁰⁷ *Zweidler*, s. 117.

¹⁷⁰⁸ *Schumacher*, s.

¹⁷⁰⁹ *Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann*, § 453, kn. 1; *MüKo ZPO/Schreiber*, § 453, kn. 1; *Zöller/Greger*, § 453, kn. 1; *Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock*, § 453, kn. 2.

¹⁷¹⁰ *Leuenberger/Uffer-Tobler*, kn. 9. 147; *Zweidler*, s. 115; *Schumacher*, s. 1459.

¹⁷¹¹ *Schumacher*, s. 1459.

¹⁷¹² *Zweidler*, s. 122, 123; *Schumacher*, s. 1460.

¹⁷¹³ *Zweidler*, s. 125; *Schumacher*, s. 1459.

D. İspat Konusunu Aşan Taraf Beyanı

İddia veya savunma olarak ileri sürülmeyen veya somutlaştırılmayan vakıanın, isticvap sırasında ortaya çıkması halinde ispat konusunu aşan taraf beyanı söz konusudur¹⁷¹⁴. Aslında tüm ispat faaliyeti için bu söz konusu olabilir. Örneğin bilirkişinin tarafların düşünemediği ve dolayısıyla iddia edemediği bir vakıayı ve sonucu mahkemeye iletmesi hali ispat konusunu aşan bir ispat sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Taraf beyanı bakımından bir örnek ise davalının davacıya bir mektup yazdığını iddia ettiği, ispat faaliyetinde bu mektubu davacının formüle ettiği ve davalının sözlü ifadelerini mektuba yazdığı, davalının ise sadece bu mektubu imzaladığının ortaya çıktığı şeklinde verilmiştir¹⁷¹⁵. Bu halde tespit edilen vakıanın hakim tarafından dikkate alınıp alınamayacağı sorusu gündeme gelir.

Özellikle İsviçre hukukunda tartışılan bu konu ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Öncelikle ispat sonucunun iddia edilmeyen bir vakıaya ilişkin olması halinde kullanılması mümkün değildir¹⁷¹⁶. Bu vakıanın teksif ilkesi kapsamında ek olarak iddia edilmesi gerekir¹⁷¹⁷. Diğer görüşe göre bu tespitlerin kullanılması kural olarak mümkün olmamakla beraber, dava malzemesinin eksik olduğu açıktır ve hakimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında tarafın bu eksikliği tamamlaması için faaliyette bulunması gerekmektedir¹⁷¹⁸. Son olarak çoğunlukça ifade edilen görüş, bu tespitin iddia edilen hayat olayı kapsamında kalması halinde dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir¹⁷¹⁹. Bu tespitlerin dikkate alınmaması maddi gerçeğin tespitini zorlaştıracaktır¹⁷²⁰.

Bu beyanların ve ispat sonucunun re' sen, yani taraf iddia etmeksizin dikkate alınabilmesi, taraflarca getirme ilkesi ile çatışmamaktadır zira ilkenin amacı uyuşmazlığın aydınlatılmasıdır.

¹⁷¹⁴ Leuenberger/Uffer-Tobler, kn. 4.30; **Kaufmann**, Martin, Beweisführung und Beweiswürdigung Tatsachenfeststellung im schweizerischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess, Dike Verlag AG 2009, s. 39.

¹⁷¹⁵ BK/**Hurni**, Art. 55, kn. 36.

¹⁷¹⁶ BSK ZPO/**Gehri**, Art. 55, kn. 5.

¹⁷¹⁷ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Sutter-Somm/Schrank**, Art. 55, kn. 12.

¹⁷¹⁸ KuKo/**Oberhammer**, Art. 55, kn. 10. İddia kapsamına dahil olmayan vakıaların hakimin aydınlatması yoluyla dikkate alınabilmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. **Moret**, Sebastien, Aktenschluss nd Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich-Basel-Genf 2014, kn. 635.

¹⁷¹⁹ BK/**Hurni**, Art. 55, kn. 36; **Markus**, Alexander R./**Huber-Lehmann**, Melanie, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung – Substantiierung und richterliche Fragepflicht, ZBJV 154/2018, 269-296, s. 276; SHK ZPO/**Schenker**, Art. 55, kn. 12; **Lorenz**, kn. 385; **Frank/Sträuli/Messner**, Art. 54, kn. 3; **Guldener**, Ziviprozessrecht, s. 163; **Moret**, kn. 636; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, kn. 9. 149.

¹⁷²⁰ **Lorenz**, kn. 386.

İlkenin amacı davayı aydınlatmak için tarafları aktif kılmakla beraber kararın dayanaklarını taraflar değil hakim belirleyecektir¹⁷²¹.

Diğer yandan tespitlerin dikkate alınabilmesi teksif ilkesi bakımından da incelenmiştir. Hayat olayının kapsamında olmayan ve iddia edilmeyen vakıalar ancak tarafın sonradan bunu iddiasına veya savunmasına eklemesi ve bu eklemenin zamansal olarak kurallara uygun olması halinde kullanılabilir¹⁷²². İspat sonucunun halihazırdaki iddiaları somutlaştırması veya iddia edilen hayat olayına dahil olması halinde bu tespitlerin kullanılmasında sakınca yoktur. Ancak hayat olayından bağımsız yeni vakıa olarak nitelendirilebilecek vakıaların ileri sürülmesi ancak buna ilişkin kurallara bağlı olarak mümkündür¹⁷²³.

Teksif ilkesinin bu konuda dikkate alınmamasını ön gören fikre göre delil ikamesi sırasında ortaya çıkan ve tespit edilen vakıaların gerçeğe ulaşılmasına yapacağı katkı dikkate alınarak teksif ilkesi dikkate alınmaksızın değerlendirmeye alınmalıdır¹⁷²⁴. Taraflarca getirme ilkesi ve teksif ilkesi yargılamanın gecikmemesini ve makul zamanda davanın sonuçlanmasını hedeflemektedir. Bu bakımdan maddi gerçek ile gerilimli bir ilişki içindedir. Ancak burada iddia edilmemiş fakat ispat edilmiş bir vakıanın yargılamayı geciktirmesi mümkün olmadığından maddi gerçek yargılamanın hızlandırılmasını tesis eden taraflarca getirme ve teksif ilkesine baskın gelmektedir¹⁷²⁵. İspat faaliyetinin maddi gerçeğe olabildiğince yakın sonuç alma hedefi, iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının sağladığı şekli gerçeğe üstün tutulmalıdır¹⁷²⁶.

Öte yandan iddiaların kapsamında kalan taraf beyanlarının dikkate alınması, taraflarca getirme ilkesinin parçası olan iddia ve somutlaştırma yükünün göz ardı edilmesine sebep olmaz. Bu yüklerin amacı tarafın sorgulanması sırasında ortaya çıkan ispat konusuyla ilgili değişikliklerin dışlanması değil, karşı tarafa bu değişikliklerle ilgili pozisyon almasına, somutlaştırmasına ve karşı delil sunmasına imkan vermektir¹⁷²⁷. Nitekim somutlaştırma yükünün amacı tarafın vakıa ve delil ilişkisini net şekilde kurmasıyla karşı tarafa ispat imkanının tanınmasıdır¹⁷²⁸.

¹⁷²¹ Sarbach, s. 712.

¹⁷²² Leuenberger/Uffer-Tobler, kn. 9. 149; Kaufmann, M., s. 40; DIKE Komm. ZPO/Müller, Art. 191, kn. 25.

¹⁷²³ Kaufmann, M., s. 40, 41; BK/Hurni, Art. 55, kn. 36.

¹⁷²⁴ BK ZPO/Bühler, Art. 191-192, kn. 81.

¹⁷²⁵ BSK ZPO/Dolge, Art. 183, kn. 16; Sarbach, s. 713.

¹⁷²⁶ BK ZPO/Bühler, Art. 191-192, kn. 81; Sarbach, s. 712.

¹⁷²⁷ BK ZPO/Bühler, Art. 191-192, kn. 81 a.

¹⁷²⁸ BK ZPO/Brönnimann, Art. 152, kn. 32.

Kanaatimizce burada iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı dikkate alınarak sonuca ulaşılmalıdır. Tarafın vakıa veya talep sonucu ile ilgili tanınan zaman kesitinden sonra malzeme getirmesi yasaktır, ancak yargılamaya taşınmış olan dava malzemesinin kapsamında kalan hususlar bu yasak kapsamında girmemektedir. Taraf beyanlarının iddia veya savunmayı aşması halinde, aşan sonucun değerlendirilmeye alınmaması gerekmektedir birlikte, ilgili kapsamda kaldığı ölçüde bu sonucun da değerlendirmede esas alınması gerekmektedir.

III. Tarafın Beyanda Bulunmasının Sınırları

A. Tarafın Beyanda Bulunmaktan Çekinme Hakkı

Mahkemenin bilgi edinmesi, gerçeği tespiti ve tarafın beyanlarının delil olarak kullanılması amaçlarının karşısında isticvap edilecek tarafın beyanda bulunmaktan kaçınmada yararı bulunabilir. Menfaatler arasındaki denge dikkate alınarak taraf vakıayla ilgili sorgulanmasından kaçınabilir¹⁷²⁹. Her ne kadar tarafın beyanda bulunma yükümlülüğü bulunmasa dahi usuli yük nedeniyle hakkında olumsuz bir sonucun ve ikrarın meydana gelme tehlikesi bulunmaktadır. Çekinme hakkının işlevi, yargılamada gerçeğin tespiti karşısında korunması gereken bir yararın mevcudiyetinde tarafa veya üçüncü kişiye bu yararın tercih edilmesi imkanını vermektir. Ayrıca ispat hakkının güvencesi olarak nitelendirilmiştir¹⁷³⁰. Maddi hukuk, ceza hukuku veya idare hukuku ile korunan bir hukuki yararın medeni yargılamada da gerçeğin tespiti amacı karşısında korunmasını gerçekleştirir¹⁷³¹. Meslek nedeniyle edinilen sırları, aile bireylerinin maddi ve cezai sorumluluk altında bırakılması tehlikeleri tarafın beyanı ile uyumsuzluğun çözümüne katkı sağlamasından üstün tutulmuş ve çekinme imkanı verilmiştir. Tarafın beyanda bulunmaktan kaçınmadaki yararı, isticvap ile vakıanın tespitine ağır basmakta ve tercih edilebilmektedir.

Tarafın beyanda bulunarak delil ikamesine katkı sağlama yükünü yerine getirmekten çekinmesi bu yükün sınırını oluşturmaktadır¹⁷³². İspat hakkının gerçekleştirilmesi amacıyla mahkemenin toplaması gereken delillerin karşı tarafın hakimiyetinde olması halinde bunları sağlamak ile yükümlü olan tarafın bu yükten kaçınması için gerçeğin tespitinin karşısında

¹⁷²⁹ Ertanhan, s. 124.

¹⁷³⁰ Çiftçi, s. 611.

¹⁷³¹ Bracher, kn. 299.

¹⁷³² Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18, kn. 64.

baskın bir hukuki yararının mevcut olması şarttır. Bu hukuki yarar kişilik hakkı olabileceği gibi meslek ve sanat sırrı, maddi veya cezai sorumlulukla karşılaşma tehlikesi de olabilir¹⁷³³.

Hukukumuzda tarafın isticvaptan çekinmesi, tanığın çekinme sebeplerinin kıyasen uygulanması ile belirlenmektedir (m. 175). Sır nedeniyle tanıklıktan çekinme (m. 249) ve menfaat ihlali tehlikesi nedeniyle tanıklıktan çekinme (m. 250) sebepleri isticvabın niteliğine aykırı düşmediği müddetçe taraf için de kıyasen uygulanacaktır. Taraf, kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler, meslek veya sanatına dair sırlar, tarafın kendisinin ve Kanun'da belirtilen yakınlarının şeref ve itibarını zedeleyecek, maddi zarara uğratacak veya cezai tatbikatla karşı karşıya kalma tehlikesi oluşturabilecek bilgiler için sorgulanmaktan çekinebilir. İsviçre hukukunda tarafın delil ikamesine katkı sağlamadan kaçınması için tüm delilleri kapsayan iki sebep gösterilmiştir (sZPO Art. 163). Tarafın yakınlarının hakkında ceza tahkikatı başlatılması veya özel hukuk sorumluluğu altında kalması tehlikesi ile karşı karşıya kalacak olması ve tarafın beyanının kanunen korunan bir sırrın ihlaline sebep olması halleri belirlenmiştir. Alman hukukunda tarafın beyanda bulunmaktan çekinmesi sebepleri genel ve soyut olarak belirlenmemiştir. Tarafın beyandan çekinmesi hakim in delilleri serbestçe değerlendirmesi kapsamında sonuca bağlanacağından tarafın kendisi ve yakınlarının şeref ve namusunun zedelenmesi, maddi veya cezai tehlide maruz kalması, kanunen korunan sırrın açıklanmaması sebebiyle çekinmesi somut durum özelinde değerlendirilecek ve çekinme sebebinin haklılığı belirlenecektir¹⁷³⁴. Tarafın çekinme sebepleri ayrıca belirtilmemiş veya kıyasen uygulanacak maddeler belirtilmemiş olsa da tanığın beyanda bulunmaktan çekinmesi sebeplerinin kıyasen dikkate alınabileceği kabul edilmektedir. Tanığa nazaran tarafın yargılamadaki yararı ve gerçeğin tespiti için iş birliği yükü altında bulunması bu sebeplerin daha dar yorumlanmasını gerektirmektedir¹⁷³⁵.

Tarafın ispat faaliyetine katkı sağlaması kural, kaçınması istisna olduğundan çekinme sebepleri sınırlıdır ve somut duruma göre farklı sebeplerle genişletilmesi mümkün değildir¹⁷³⁶. Üçüncü kişilerin çekinme sebepleri istisna niteliğinde ve sınırlı olduğundan, tarafın çekinmesi sebepleri evleviyetle bu özellikleri taşımalıdır. Yargılamada üçüncü kişi ve tarafın yararı ve ilgisi farklı olduğu için çekinme sebeplerinin uygulanması da farklılık göstermelidir. Sebeplerin değerlendirilmesinde kişinin yargılamadaki konumu dikkate alınmalıdır ve taraf için tanığın

¹⁷³³ Nissen, s. 292.

¹⁷³⁴ Stein/Jonas/*Berger*, § 446, kn. 8.

¹⁷³⁵ Wieczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 446, kn. 4.

¹⁷³⁶ BK ZPO/*Rüetschi*, Vor. Art. 160-167, kn. 23.

çekinmesi kadar geniş bir uygulama olmamalıdır. Tanıklara ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanması uygun olmaz¹⁷³⁷. Tarafın beyandan kaçınması ve aleyhe bir sonucun doğmaması için makul bir sebebe dayanması gerekmektedir. Çekinme sebebinin kabul edilmemesi halinde ise aleyhine bir netice ile karşılaşması delil ikamesine katkı sağlama yükünün amacına ulaşması için şarttır¹⁷³⁸.

Tarafın kendi menfaatlerinin zedelenmesinin yanında yakınlarının cezai, maddi sorumluluk altına girme tehlikesinin bulunması veya şeref ve haysiyetlerinin zedelenmesi ihtimalleri çekinme sebeplerinde dikkate alınmıştır. Bu nedenle kısaca tarafın yakınlarından kimlerin kastedildiği belirtilmelidir. Kanunda cezai soruşturmaya muhatap olabilecek, şeref ve haysiyeti zedelenebilecek, maddi zararlar karşılaşılabilecek yakınların, 248. maddede kişisel nedenle tanıklıktan çekinebilecek kişiler olduğu belirtilmiştir. Buna göre isticvap edilecek tarafın nişanlısı, evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi eşi, kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoy, arasında evlatlık bağı bulunanlar, üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi kayın hısımları, koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuk, tarafın yakınlarıdır.

İsticvap edilecek tarafın kendi yakınlarının zarar görme tehlikesi bulunabileceği gibi karşı tarafın yakınlarının da isticvap ile zarar görme tehlikesi mevcut olabilir. Bu halde karşı tarafın, isticvap edilecek tarafın beyanda bulunmasını engelleme imkanı bulunup bulunmadığı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Çekinme hakkının sahibi ancak iş birliği yükü altında olan kişidir. Bu nedenle diğer kişiler çekinme sebeplerini ileri sürerek katkının sağlanmasını engelleyemezler¹⁷³⁹. Bu belirleme aynı zamanda tüzel kişilerin beyanda bulunmaktan çekinmesi açısından da önem taşımaktadır. Tüzel kişinin taraf olduğu davalarda çekinme sebebinin tüzel kişiyi temsil eden kişinin veya yakınlarının zararına olması değil, doğrudan tüzel kişiliğin zararına olması sebebin haklılığında dikkate alınır¹⁷⁴⁰.

¹⁷³⁷ Pekcanitez/Özokes, C. II, s. 1390; Nissen, s. 722.

¹⁷³⁸ Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 446, kn. 4.

¹⁷³⁹ BK ZPO/Rüetschi, Vor. Art. 160-167, kn. 24.

¹⁷⁴⁰ BK ZPO/Rüetschi, Vor. Art. 160-167, kn. 24.

B. Çekinme Sebepleri

1. Sır Nedeniyle Çekinme

Tarafın kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgi ile ilgili sorgulanması (m. 249) veya meslek ve sanat sırrını açıklamasını gerektiren bir vakıa hakkında sorgulanması (m. 250/1-c) halinde çekinme hakkı bulunmaktadır.

Tarafın görevi nedeniyle öğrendiği sırların, meslek veya hizmet sırlarının açıklanması beklenemez. İlgili kişilerin sırrın açıklanması için izin vermesi hali müstesnadır. Mesleğin veya hizmetin icrasına dahil sırlar, tarafın görmekte olduğu meslek veya hizmet sırrının açıklanmasının beklenmesi menfaat dengesine aykırılık teşkil edebilir. Sırrın açıklanmasından imtina etmek için isticvap kapsamında beyanda bulunmaktan kaçınmak istemesi haklı görülmelidir¹⁷⁴¹. Bunun yanında uyuşmazlığın çözümü için sırrın açıklanması somut dava bakımından gerekli olabilir. Örneğin doktor ile hastası arasında görülmekte olan davada isticvap edilen doktorun tedavide gerçekleşen vakıayı meslek sırrına dayanarak açıklamaktan kaçınması mümkün olmamalıdır. Madde 249'da karşı tarafın izni ile sırrın açıklanabileceği düzenlenmiştir ve davada taraf olan hastanın uyuşmazlığın aydınlatılması için sırrın açıklanması yönünde irade gösterdiği kabul edilmelidir.

Sır her ne kadar uyuşmazlık konusu ile ilgili olduğundan vakıanın tespiti için sırrın açıklanması gerekli olsa da tarafın meslek veya sanat sırrını, ticari sırrını açıklaması davadaki menfaatine ağır basabilir. Bu halde İsviçre hukukunda olduğu gibi menfaatler arasındaki denge hakimce tespit edilmesi ve değerlendirilmesi doğru olacaktır. Uyuşmazlık konusunu ilgilendiren meslek veya hizmet sırrının açıklanmak istenememesi normaldir. Sırrın korunması, yargılamada gerçeğin tespitine üstün görülürse tarafın sırrını korumak amacıyla beyanda bulunmayabileceği kabul edilmiştir¹⁷⁴². Bu halde davanın aydınlatılması için sırrın açıklanması gerekli ve yararlı görülse dahi beyandan kaçınılması tarafın aleyhine yorumlanmamalıdır¹⁷⁴³.

2. Şeref ve İtibarın İhlali Nedeniyle Çekinme

Tarafın veya kanunda belirtilen yakınlarının namus ve şeref, isticvap konusu vakıayla ilgili beyan sebebiyle zedelenecekse tarafın açıklamada bulunması beklenemez (m. 250/1-

¹⁷⁴¹ Stein/Jonas/*Berger*, § 446, kn. 8.

¹⁷⁴² Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Hasenböhler*, Art. 163, kn. 5; *Erdönmez*, Belgelerin İbrası, s. 355.

¹⁷⁴³ Aynı yönde bkz. *Tercan*, s. 253.

b)¹⁷⁴⁴. Ancak uyuşmazlık konusunun doğrudan namus ve şerefi ilgilendiren vakıa olması halinde taraf, kendisinin namus ve şerefine ihlali sebep gösterilerek beyanda bulunmaktan kaçınmaz¹⁷⁴⁵. Örneğin babalık davasında cinsel ilişkiye dair sorgulamada şeref ve namusun ihlali sebebiyle beyandan kaçınılması kabul edilmemelidir.

Tanıklıktan çekinmenin istisnalarının düzenlendiği 251. maddenin isticvap için kıyasen uygulanacağı düzenlenmemiş olsa da tanığın vakıanın oluşumu için önemli rolde bulunması veya vakıanın tanık ve yakınları arasında oluşmuş ve dava için önem taşıyor olması hallerinin tanıklıktan çekinme için istisna teşkil etmesi isticvap bakımından da yorum yapmamıza olanak sağlamaktadır. Vakıa hakkında tarafın bilgisinin ve vakıanın dava için önemi çekinme hakkının değerlendirilmesinde önemli bir kriter olarak ele alınmalıdır.

3. Maddi Zarar ve Ceza Tahkikatı Tehlikesi Nedeniyle Çekinme

Tanığın beyanının kendisine veya 248. maddede yazılı yakınlarına doğrudan maddi zarar verme tehlikesinin veya kendisi ve kanunda belirtilen yakınları için ceza tahkikatına sebep olma tehlikesinin bulunması çekinme sebebi olarak düzenlenmiştir (m. 250). Bu maddenin isticvap için kıyasen uygulanması durumunda tarafın beyanının kendisi ve kanunda belirtilen yakınları için yukarıda belirtilen tehlikeleri oluşturması hali çekinme sebebi olarak kabul edilmelidir. Ancak tanık ve tarafın yargılamadaki konumları ve ilgileri dikkate alındığında bu maddenin aynı şekilde taraf için de uygulanmasının isticvabın niteliğine uygun düşüp düşmediği incelenmelidir. Nitekim kıyasen uygulama için kurumun niteliğine uygun düşme şartı aranmaktadır (m. 175).

a. Tarafın Kendisi İçin Ceza Tehdidi

Tarafın isticvap sorgulaması sırasındaki beyanları sebebiyle cezai tatbikat ile karşı karşıya kalacak olmasının çekinme sebebi olarak kabul edilmesi ceza muhakemesi hukukuna hakim olan ilkeler ve medeni yargılamada korunan ve gerçekleştirilmek istenen hukuki yarar bakımından değerlendirilmelidir¹⁷⁴⁶. Anayasa (m. 38) ile güvence altına alınan, tarafın kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkesinin (*nemo tenetur contra se edere*) ihlal

¹⁷⁴⁴ Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 340.

¹⁷⁴⁵ Gafner, s. 183; Tercan, s. 247.

¹⁷⁴⁶ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Hasenböhler*, Art. 163, kn. 17.

edilip edilmediği tartışmalıdır¹⁷⁴⁷. Tarafın ispat konusu vakıa ile ilgili sorgulanması kendi aleyhinde cezai tehdit oluşturacak şekilde beyanda bulunmasını gerektirebilir. Bu halde maddi gerçeğin tespiti ve tarafın kendini suçlandırmama ilkesi arasındaki tercih bakımından farklı görüşler bulunmaktadır. Tercih edilen görüşe göre tarafın cezai tehdit nedeniyle beyanda bulunmaktan çekinip çekinemeyeceği tespit edilecektir.

Bir görüşe göre tarafın kendi kusurlu davranışı nedeniyle beyanda bulunmaktan çekinmesi ve karşı tarafın sübjektif hakkının gerçekleştirilmesini engellemesi mümkün olmamalıdır. Hatalı davranışı nedeniyle medeni yargılamada aleyhine oluşacak bir sonuçtan kaçınması imkanı tanınmamalıdır. Taraf kusurlu davranışı nedeniyle kendi yararına ve karşı tarafın zararına olacak şekilde delil ikamesinden kaçınmaz¹⁷⁴⁸. Tarafın kendi haksızlığını koruması ve buna dayanarak çekinmesi ile ispat faaliyetinde yararına bir sonuç alması desteklenememektedir. Cezai sorumluluğun söz konusu olduğu davranış özellikle ekonomik suçlarda medeni yargılamanın da konusu olabilir. Bu halde cezai sorumluluk doğmaması için çekinmesine müsaade edilen tarafın medeni yargılamada da aleyhine karara ulaşılması zorlaşacaktır¹⁷⁴⁹.

Bu görüşe göre tarafın medeni yargılamada isticvapta aleyhine beyanda bulunması, kişinin kendini suçlayacak beyanda bulunmaya zorlanamaması ilkesini ihlal etmemektedir¹⁷⁵⁰. Tarafın beyanının kendisi için ceza tahkikatı açılması tehlikesi içermesi nedeniyle beyanda bulunmaktan çekinme imkanı bulunmamakla birlikte beyanda bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır. Beyandan bu gerekçe ile kaçındığı halde kendisi için sadece medeni yargılamada ispat faaliyeti açısından olumsuz sonuç doğacaktır. Haksız yere isticvaptan çekinme ancak aleyhe delil değerlendirilmesiyle sonuçlanabilir ve bu sonuç ceza muhakemesi

¹⁷⁴⁷ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Hasenböhler*, Art. 163, kn. 17.; S. BK ZPO/*Rüetschi*, Art. 163, kn. 6. Kendini suçlamaya zorlanma yasağının özel hukuk davalarında uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalı olduğuna dair: *İtişgen*, Rezzan, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, Ankara 2013, s. 143. Hakkın kullanımı bakımından ceza davası ve medeni hukuk davası açısından farklılık olmadığı yönünde bkz. *Ertanhan*, s. 139.

¹⁷⁴⁸ *Gasser/Rickli*, Art. 164, kn. 6; DIKE Komm. ZPO/*Higi*, Art. 164, kn. 3 dn. 6; BK ZPO/*Bühler*, Art. 191-192, kn. 41. Benzer yönde bkz. *Stürner*, Aufklärungspflicht, s. 192.

¹⁷⁴⁹ Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) 2004, s. 413 vd.

¹⁷⁵⁰ KuKo ZPO/*Schmid/Baumgartner*, Art. 163, kn. 2 (2021); Ceza yargılaması dışında susma hakkı geçerli olmamalıdır ancak elde edilen deliller ve beyanlar ceza yargılamasında kullanılamamalıdır: *İtişgen*, s. 148.

garantilerini (AİHS m.6/2¹⁷⁵¹, AY m. 38, CMK m. 48) ihlal etmemektedir¹⁷⁵². Tarafın ceza tahkikatı endişesi ile susması ceza yargılamasında delil olmaz, ancak medeni yargılamada sonuç doğurabilir¹⁷⁵³.

Tarafların ve silahların eşitliği ilkesi de tarafa bu sebeple çekinme hakkı tanınmasına engel olmaktadır. Medeni yargılamada tarafların subjektif haklarının tesisi tarafların eşitliği dikkate alınarak gerçekleştirilmektedir. Bu yüzden bir tarafın yararının diğer tarafa üstün tutulmaması her davada geçerlidir. Aleyhinde beyanda bulunması beklenen tarafın medeni hukuk veya ceza hukuku yararı sebebiyle diğer tarafı ispatsızlığa itmesi bu açıdan bakıldığında da söz konusu olmamalıdır¹⁷⁵⁴.

Aksi yöndeki görüşe göre ceza muhakemesi ilkeleri ve bu ilkeler ile tarafa getirilen koruma medeni yargılamada ortadan kaldırılamaz¹⁷⁵⁵. Buna göre tarafın kendi aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamaması medeni yargılama hukukunda da geçerlidir ve tarafın kendisinin suçlamaktan kaçınmak amacıyla çekinmesi haklıdır. Taraf için cezai soruşturmaya veya kovuşturmayla neden olabilecek vakıalar yönünden medeni yargılamada baskı yapılması uygun görülmemektedir¹⁷⁵⁶. Baskı, tarafın susmasının aleyhe değerlendirilmesi ve aleyhine ispat sonucu oluşması tehlikesi ile sağlanmaktadır ve bu masumiyet karinesi ve tarafın kendini suçlayacak beyanda bulunmasının zorlanamaması ilkesini ihlal etmektedir¹⁷⁵⁷. Ceza yargılaması açısından taraf, kendisini suçlamaya zorlamaya karşı korunurken medeni

¹⁷⁵¹ AİHS’de nemo tenetur ilkesi doğrudan pozitif bir düzenleme olarak yer almamakla birlikte 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkının gereği olarak kişinin kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı kabul edilmektedir (**Lorenz**, kn. 301 dn. 652). Bunun yanında masumiyet karinesi gereği kişinin suçlu bulunmadığını ispatlama yükümü bulunmamaktadır. Suçun ispatlanması devlet yargılamasının görevi olduğundan ve kişinin suçsuz olduğunu ortaya koyması zorunluluğu bulunmadığından hareketle kendi aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanması da mümkün değildir. Bu sebeple nemo tenetur ilkesi ceza hukukunda geçerli bulunan masumiyet karinesinden de çıkarılmaktadır. (**Centel, Nur/Zafer Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2021, s. 846, 847; **İnceoğlu**, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 4, Ankara 2018, s. 164; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 163, kn. 17; BK ZPO/**Rüetschi**, Art. 163, kn. 6).

¹⁷⁵² BK ZPO/**Bühler**, Art. 191-192, kn. 41; **Gasser/Rickli**, Art. 164, kn. 6; KuKo ZPO/**Schmid/Baumgartner**, Art. 163, kn. 2 (2021).

¹⁷⁵³ **Gasser/Rickli**, Art. 164, kn. 6.

¹⁷⁵⁴ DIKE Komm. ZPO/**Higi**, Art. 164, kn. 3 dn. 6.

¹⁷⁵⁵ BK ZPO/**Rüetschi**, Art. 163, kn. 6.

¹⁷⁵⁶ **Leuenberger**, Christoph, Parteibefragung und Beweisaussage im Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich, Basel, Genf 2008, s. 63; BK ZPO/**Rüetschi**, Art. 163, kn.6; Benzer yönde bkz. **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 348; **Tercan**, s.247.

¹⁷⁵⁷ **Leuenberger/Uffer-Tobler**, kn. 9.62; **Leuenberger**, Parteibefragung und Beweisaussage, s. 62, 63; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 163, kn. 17.

yargılamada tarafın üzerinde böyle bir baskı kurulması doğru değildir¹⁷⁵⁸. Anayasa ve AİHS ile garanti altına alınan susma hakkı, medeni yargılama hukuku kuralı ile kaldırılamaz¹⁷⁵⁹.

Kanaatimizce tarafın hakkında cezai tatbikatın başlatılması endişesi ile isticvapta beyanda bulunmaktan çekinmesi hakkı bulunmamaktadır. Medeni yargılamada tarafa çekinme imkanı verildiğinde, beyanın ikamesi olabilecek delil bulmakta zorluk yaşanmaktadır¹⁷⁶⁰. Taraflarca getirme ilkesinin geçerli olduğu davalarda mahkemenin kendiliğinden farklı bilgi araçlarına başvurma imkanı sınırlıdır ve tarafın ikame edebileceği deliller her zaman hakimiyetinde bulunmamaktadır. İspat güçlüğüne aşılmada önemli araç olan taraf beyanından, ceza tehdidi sebebiyle mahrum kalınması karşı tarafın ispat hakkının zedelenmesidir. Beyanda bulunacak tarafın kendi kusurlu hareketi sebebiyle medeni yargılamada lehine durum oluşturması veya en azından karşı tarafın ispat faaliyetini güçleştirmesi mümkün olmamalıdır. Tarafın ceza tahkikatından kaçınması susması ile mümkündür ve aleyhe oluşacak ispat sonucu tarafı sadece medeni yargılama bakımından etkileyecektir. Tanığın kendisi, tarafın veya tanığın yakınlarının ceza tehdidinden korunması için çekinme sebebi olarak kabul edilmesi tarafın çekinmesi ile kıyaslanmamalıdır. Tanığın ve üçüncü kişilerin yargılamada yararları yokken, tarafın medeni yargılamada yararı söz konusudur¹⁷⁶¹. Nitekim İsviçre hukukunda ön taslakta cezai sorumluluğa ilişkin koruma getirilmek istenmiştir ancak getirilen eleştiriler neticesinde taslağa çekinme sebebi olarak düzenlenmemiştir ve bu şekilde kanunlaşmıştır¹⁷⁶². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ceza yargılamaları dışında nemo tenetur ilkesinin bilgi edinme gereksinimi karşısında tarafı her zaman korumayacağını ifade etmektedir. Kişinin susma hakkı ve kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamamasının, ceza yargılaması dışında bilgi edinme amacıyla getirilen yaptırımları ve neticeleri kendiliğinden dışlamamaktadır¹⁷⁶³. Örneğin tıp hukukunda doktorun sorumluluğu için açılan davada doktorun aynı zamanda cezai tahkikatla karşı karşıya kalması nedeniyle vakıayı aydınlatacak beyanlardan kaçınması ve aleyhine sonuç doğmaması hakkaniyete aykırıdır.

Son olarak tüzel kişiler için ceza tahkikatı tehlikesi çekinme sebebi olarak kabul edilemez. Tüzel kişiler hakkında cezai yaptırım uygulanamayacağından (TCK m. 20/2), ceza tahkikatına

¹⁷⁵⁸ **Leuenberger**, Parteibefragung und Beweisaussage, s. 63; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 163, kn. 17.

¹⁷⁵⁹ Aynı yönde bkz.; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, kn. 9.62; BK ZPO/**Rüetschi**, Art. 163, kn. 6.

¹⁷⁶⁰ **Stürner**, Aufklärungspflicht, s. 185.

¹⁷⁶¹ **Hauser**, s. 629.

¹⁷⁶² Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 163, kn. 2. Taslakta Art. 155/1-a maddesi olarak yer almıştır.

¹⁷⁶³ “Weh v. Avusturya”, Başvuru No. 38544/97, Karar Tarihi 8 Nisan 2004, kn. 44.

maruz kalmaları endişesi ile çekinme hakkı kullanmaların mümkün değildir¹⁷⁶⁴. Diğer taraftan tüzel kişiliği temsile yetkili kişinin kendisi veya yakınları hakkında ceza tahkikatına neden olabilecek beyan isticvapta söz konusu olabilir. Kabul ettiğimiz görüş kapsamında kendisini korumak adına çekinmesi haklı sebep olarak kabul edilemezken, yakınlarının korunması amacıyla beyanda bulunmaması aleyhine yorumlanmamalıdır¹⁷⁶⁵.

b. Tarafın Kendisi için Maddi Zarar Tehdidi

Tarafın isticvap edildiğinde beyanları nedeniyle maddi zarara uğrama tehlikesinin bulunması, kıyasen uygulanacak madde metni dikkate alındığında bir çekinme sebebi olarak görünmektedir. İsticvap edildiği davanın, beyanları nedeniyle aleyhine sonuçlanması ve bu nedenle maddi zarara uğraması tehlikesi çekinme sebebi olarak kabul edilmemelidir. Aksi halde isticvabın amacı gerçekleştirilemez¹⁷⁶⁶. Nitekim çoğu davada sorgulanan taraf aleyhine beyanı ile davanın aleyhine sonuçlanması ve maddi zarara uğrama tehlikesi ile karşı karşıyadır. Bu çekinme sebebi kabul edildiğinde isticvabın uygulama alanı fazlasıyla daralacaktır. Beyanları sebebiyle davanın aleyhine sonuçlanması ve maddi zarara uğrayacak olması tarafın çekinmesi için haklı bir sebep olarak değerlendirilmemelidir¹⁷⁶⁷.

Beyanları dava konusu dışında maddi zarara uğramasına sebep olduğu takdirde tarafın çekinmesi kabul edilebilir mi? *Tercan*'a göre dava konusu dışındaki ekonomik menfaatler ayrı değerlendirilmelidir ve menfaatler arasındaki değerlendirmeyi hakim yapmalıdır. Menfaatlerin karşılaştırılması ve susma hakkını kullanmak isteyen tarafın aleyhine değerlendirilmesi veya susma talebinin kabul edilmesi hakimnin takdirine bırakılmalıdır¹⁷⁶⁸. Kanaatimizce tarafın dava dışında zarara uğrama tehlikesi nedeniyle karşı tarafın ispat faaliyetinin engellenmesi ve lehine sonuç alamaması, maddi zarara uğrayacak tarafın bu uğurda korunması silahların eşitliği ilkesine ve vakıanın tespiti amacına aykırı düşmektedir. Bu nedenle tarafın maddi zarar tehlikesini gerekçe göstererek isticvaptan çekinmesi mümkün olmamalıdır ve susması aleyhine değerlendirilebilmelidir.

¹⁷⁶⁴ **İtişgen**, s. 107; **Ertanhan**, s. 141.

¹⁷⁶⁵ Benzer yönde bkz. **İtişgen**, s. 109.

¹⁷⁶⁶ **Gafner**, s. 183.

¹⁷⁶⁷ **Leuenberger**, Parteibefragung und Beweisaussage, s. 62; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 163, kn. 16; **Tercan**, s. 248.

Tüzel kişilerin Kanunda sayılmaması nedeniyle temsil edilen tüzel kişinin beyanlar ile maddi zarara uğrayacak olması çekinme sebebi olarak görülmemektedir: **Ertanhan**, s. 137.

¹⁷⁶⁸ **Tercan**, s. 249.

c. Yakınları İçin Cezai ve Maddi Tehdit

Tarafın çekişmeli vakıa ile ilgili beyanının Kanunda belirtilen yakınları için ceza tahkikatının başlaması tehlikesi barındırması halinde tarafın isticvaptan çekinme imkanı bulunmaktadır. Cezai tatbikat tehlikesinin söz konusu olması yeterlidir¹⁷⁶⁹. Ceza tahkikatı başlatılması, bu türden bir tahkikatın beyan dolayısıyla ortaya çıkacak yeni durum dikkate alınarak genişletilmesi veya yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak değerlendirilmesi ihtimalleri, ceza tehdidi olarak kabul edilmelidir¹⁷⁷⁰. Bununla birlikte tehlikenin nesnel olarak öngörülebilir olması da gereklidir¹⁷⁷¹. Örneğin küçüklük veya zamanaşımı nedeniyle cezalandırılması imkansız olan fiiller ceza tehdidi meydana getirmediği için çekinme sebebi olarak değerlendirilmemelidir¹⁷⁷². Tarafın yakınları için halihazırda bir soruşturma veya özel hukuk davası açılmışsa tehlikenin varlığı söz konusudur. Bu davaların ve süreçlerin durumu ve öngörülen sonuçları sebebin değerlendirilmesinde kriter olarak değerlendirilmemelidir¹⁷⁷³.

Benzer şekilde tarafın yakınları için maddi zarar yaratabilecek her türlü özel hukuk talebi ihtimali, tarafın beyandan kaçınması için sebep olabilir¹⁷⁷⁴. Malvarlığı için zararın meydana geleceği kesin olarak öngörülmesine gerek bulunmamaktadır, tehlikenin varlığı yeterlidir¹⁷⁷⁵. Riskin somut olarak belirtilmesi gerekir, beyan ile açığa çıkan hususlar neticesinde doğrudan bir taleple karşılaşacak olması veya halihazırda olan talebin gerçekleşmemesine veya aleyhine sonuçlanmasına sebep olabilecek şekilde somut, doğrudan olması gerekir¹⁷⁷⁶. Örneğin müşteri potansiyelinin kaybolması, müşteri kaybına uğranması gibi tehlikeler çekinme sebebinin kabul edilmesi için somut tehlikeler olarak nitelendirilemez¹⁷⁷⁷.

C. Çekinme Usulü ve Çekinmenin Sonuçları

Tarafın isticvaptan çekinmesinin belli sebeplerle mümkün olduğunun, isticvaptan önce taraflara hatırlatılması gerektiği Kanunda belirtilmemiştir. Ayrıca tanıklıktan çekinme sebepleri yalnızca kişisel nedenle tanıklıktan çekinme hallerinin mevcudiyeti halinde hatırlatılmaktadır (m. 247/2). Kanun metninden hareketle, kişisel nedenle çekinme halleri haricinde çekinme

¹⁷⁶⁹ Bracher, kn. 368; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Hasenböhler, Art. 163, kn. 9.

¹⁷⁷⁰ Bracher, kn. 367.

¹⁷⁷¹ DIKE Komm. ZPO/Higi, Art. 163, kn. 10.

¹⁷⁷² Bracher, kn. 368. Aksi yönde bkz. Ertanhan, s. 140.

¹⁷⁷³ DIKE Komm. ZPO/Higi, Art. 163, kn. 10.

¹⁷⁷⁴ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Hasenböhler, Art. 163, kn. 10.

¹⁷⁷⁵ Bracher, kn. 370; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Hasenböhler, Art. 163, kn. 11; Uysal, s. 320.

¹⁷⁷⁶ Bracher, kn. 370.

¹⁷⁷⁷ Stein/Jonas/Berger, § 384, kn. 4; Bracher, kn. 370 dn. 930.

sebeplerinin tanığa hatırlatılması hakimın görevi değildir¹⁷⁷⁸. İsticvap için 247. maddenin dahi kıyasen uygulanması söz konusu değilken, çekinme sebeplerinin tarafa hatırlatılması hakimın yükümlülüğü olarak görülmemelidir¹⁷⁷⁹.

Mevcut durum tarafa çekinme hakkının hatırlatılmasını gerekli kılmasa da olması gereken hukuk bakımından aksi yönde bir kabulün gerekli olduğu kanaatindeyiz. Beyandan çekinme, tarafın ve yakınlarının kişilik haklarını, sırlarını veya sır koruma yükümlülüğünü konu almaktadır. Bunun yanında çekinme hakkının kullanılmadan beyanda bulunulmamasının neticesi ikrardır. Tarafın menfaatini birçok açıdan ilgilendiren bu meselenin hakimce aydınlatılması gereklidir. Tarafın geçerli bir mazerete dayanmaksızın isticvap duruşmasına gelmemesi veya gelip de beyanda bulunulmamasının neticesinin davetiyede belirtilmesi gerekliliği, çekinme hakkı konusunda aydınlatma ödevini desteklemektedir. Tarafın isticvabın konuları ve sonuçları hakkında bilgilendirilmesi gibi bilgi sahibi olmasının söz konusu olamayabileceği çekinme hususunda da aydınlatılması gereklidir¹⁷⁸⁰. Hukuki dinlenilme hakkının etkin şekilde kullanılabilmesi için çekinme sebepleri ve sonucu hakkında bilgilendirme gereklidir, aksi hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak değerlendirilebilir¹⁷⁸¹.

Türk hukukunun aksine İsviçre hukukunda tarafın ve üçüncü kişinin ispat faaliyetinde iş birliğinden çekinmesi hususunda hakimce bilgilendirilmesini gerekli kılan düzenleme bulunmaktadır (sZPO Art. 161 Abs. 1). Çekinme hakkı ile ilgili aydınlatmanın gerçekleştirilmemesi halinde, taraf rıza göstermedikçe veya çekinme sebebi haksız görülmedikçe elde edilen delilin dikkate alınamayacağı belirtilmiştir (sZPO Art. 161 Abs. 2). Hakimın ikazı olmadan beyanın alınması halinde bu beyanlar delil değerlendirilmesinde esas alınamayacaktır, zira gerçeğin tespiti tarafın çekinme hakkına üstün tutulmamıştır¹⁷⁸². Çekinme hakkı konusunda uyarılmadan isticvap delil yasağı olarak nitelendirilebilir ve elde edilen bilgiler vakıa tespitinde kullanılamaz¹⁷⁸³. Delil yasağının istisnası tarafın beyanın kullanılmasına rıza göstermesi veya çekinme sebebinin mevcut olmadığının tespit edilmesidir¹⁷⁸⁴. Çekinme hakkı için aydınlatma yapılması hukuki dinlenilme hakkı kapsamında değerlendirilmektedir ve bu nedenle uygulanması için imkanlar geniş tutulmaktadır. Kanunda

¹⁷⁷⁸ Tanrıver, C. I, s. 966; Ertanhan, s. 127.

¹⁷⁷⁹ Benzer yönde bkz. Tercan, s. 246.

¹⁷⁸⁰ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Hasenböhler, Art. 161, kn. 6.

¹⁷⁸¹ BK ZPO/Rüetschi, Art. 161, kn. 2; SHK ZPO/Berni, Art. 161, kn. 5.

¹⁷⁸² BSK ZPO/Schmid, Art. 161, kn. 12.

¹⁷⁸³ SHK ZPO/Berni, Art. 161, kn. 3; DIKE Komm. ZPO/Higi, Art. 161, kn. 25; BSK ZPO/Schmid, Art. 161, kn. 1.

¹⁷⁸⁴ DIKE Komm. ZPO/Higi, Art. 161, kn. 28 ve 31.

bu konuda bir düzenleme veya kıyaslama olmadığı için davetiyede bu aydınlatmanın yapılması zorunluluğu yoktur, bir şekil öngörülmemiştir¹⁷⁸⁵. İsticvaba başlanmadan önce hatırlatmanın sözlü olarak yapılması ve tarafa çekinme hallerini değerlendirmesi ve açıklaması için fırsat verilmesi yeterlidir¹⁷⁸⁶. Aydınlatma isticvap edilecek her taraf için ve her seferinde yapılmalıdır¹⁷⁸⁷.

Çekinme hakkı, tarafın iş birliği yükünü düzeltici işlev üstlenir¹⁷⁸⁸. Böylece taraf kendisinin ve yakınlarının hiçbir menfaati dikkate alınmaksızın, gerçeğin tespiti için beyanda bulunmaya zorlanamaz. Taraf, açıklamak istemedikleri hususlarla ilgili çıkar çatışması göz önünde bulundurularak paylaşmama ve delil olarak kullanılmaması imkanı tanınmıştır. Tarafın mevcut çekinme sebebine dayanması ve bu hakkını kullanması tercihinin bırakılmıştır. Kanun bu hakkın kullanılması yönünde bir istek belirtmemiştir¹⁷⁸⁹. Bu bakımdan tarafın çekinmesi bir yükümlülük değildir, bir haktır¹⁷⁹⁰. Çekinme hakkına sahip olan tarafın çekinmeyerek iş birliğini gerçekleştirmesi ve beyanda bulunması da hakimce delillerin değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır¹⁷⁹¹. Bunun yanında sözleşmesi ile beyanda bulunmama yükümlülüğü altına girilmesi çekinmek için haklı bir sebep olarak değerlendirilemez¹⁷⁹². Tarafın beyanda bulunması ile ispat faaliyetine katkı sağlaması sözleşme ile bertaraf edilemez, aksi halde tarafların aleyhlerinde beyanda bulunmaları ve susmalarının aleyhlerine değerlendirilmesi imkansız hale gelir¹⁷⁹³.

Tarafın isticvaptan çekinme sebebini hakime gerekçeleriyle bildirmesi gerekmektedir¹⁷⁹⁴. Çekinme sebebinin ve bu sebebi haklı gösterecek delilin isticvap duruşmasından önce yazılı olarak veya dinleneceği duruşmada sözlü olarak belirtilir¹⁷⁹⁵. Çekinme sebebinin var olması doğrudan sonuç doğurmayacaktır ve hakimın takdir yetkisini kullanarak iddia edilen çekinme

¹⁷⁸⁵ BSK ZPO/*Schmid*, Art. 161, kn. 3; DIKE Komm. ZPO/*Higi*, Art. 161, kn. 23.

¹⁷⁸⁶ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Hasenböhler*, Art. 161, kn. 7; BSK ZPO/*Schmid*, Art. 161, kn. 9; BK ZPO/*Rüetschi*, Art. 162, kn. 2; Frank/Sträuli/Messmer, § 164, kn. 5 (1997); DIKE Komm. ZPO/*Higi*, Art. 161, kn. 22.

¹⁷⁸⁷ BSK ZPO/*Schmid*, Art. 161, kn. 6; *Hasenböhler/Yanez*, kn. 4.27.

¹⁷⁸⁸ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Hasenböhler*, vor. Art. 162-164, kn. 2.

¹⁷⁸⁹ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Hasenböhler*, Art. 163, kn. 21.

¹⁷⁹⁰ BSK ZPO/*Schmid*, Art. 160, kn. 46; BK ZPO/*Rüetschi*, Vor. Art. 160-167, kn. 25; *Meier*, s. 301.

¹⁷⁹¹ BK ZPO/*Rüetschi*, Vor. Art. 160-167, kn. 25.

¹⁷⁹² BSK ZPO/*Schmid*, Art. 160, kn. 49.

¹⁷⁹³ BK ZPO/*Rüetschi*, Vor. Art. 160-167, kn. 17.

¹⁷⁹⁴ DIKE Komm. ZPO/*Higi*, Art. 162, kn. 5.

¹⁷⁹⁵ *Tanriver*, C. I, s. 967.

sebebini geçerli bulması gerekmektedir. Hakimin çekinme sebebiyle ilgili ara kararı ancak esas kararla birlikte kanun yoluna taşınabilir¹⁷⁹⁶.

Tarafın çekinme sebebini mahkeme ile paylaşmasının yanında somutlaştırması ve yaklaşık olarak ispat etmesi gerekmektedir¹⁷⁹⁷. Sebebin yaklaşık olarak ispatlanması yeterlidir, ispat ölçüsünün artırılması tarafların çekinme haklarının kullanılmasını zorlaştıracaktır¹⁷⁹⁸. Talebin yazılı veya sözlü olarak yapılması mümkündür. Çekinme hakkı olduğunu düşünen tarafın davet edildiği isticvap duruşmasına gelme zorunluluğu bulunmaktadır¹⁷⁹⁹. Aksi halde duruşmaya katılmaması nedeniyle ikrar sonucu ile karşılaşacaktır. Duruşmaya katılmayan ve sonradan çekinme sebebi sunmak isteyen tarafın, duruşmaya katılmamak için geçerli bir mazereti bulunmalıdır.

Tanığın çekinme için belli bir zaman kesiti öngörülmemiştir ancak elbette isticvabın gerçekleştirilmesinden önce çekinilmelidir. Tarafın sorgulanması sırasında veya sonrasında çekinme talebinde bulunulması halinde, o zamana kadarki beyanlar hakim tarafından değerlendirmeye esas alınabilir¹⁸⁰⁰.

Tarafın sunduğu çekinme sebebinin mahkemece kabul edilmesi halinde taraf sorgulanmaz ve çekişmeli vakıanın tespiti için bir sonuç doğmaz¹⁸⁰¹. Hakkında beyanda bulunmaktan çekinilen vakıayla ilgili tarafın aleyhine bir değerlendirme yapılamaz. Aksi halde kaçınma hakkının bir anlamı kalmayacaktır¹⁸⁰². Bu delillerin serbestçe değerlendirilmesi prensibinin bir istisnasını teşkil etmektedir, zira hakimin değerlendirmeye alamayacağı bir ispat kuralı olarak belirlenmiştir¹⁸⁰³. Aynı zamanda tarafın isticvap neticesinde aleyhine sonuç doğacağı endişesi ile çekindiğine dair değerlendirme de karara esas alınamaz¹⁸⁰⁴.

Çekinme sebebinin kabul edilmemesi halinde disiplin cezası ve bu yüzden doğan yargılama giderlerine mahkumiyet ile dinlenilmesi için farklı bir gün belirlenmesinin düzenlendiği 253.

¹⁷⁹⁶ Bracher, kn. 469; BSK ZPO/Schmid, Art. 160, kn. 42.

¹⁷⁹⁷ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Hasenböhler, Art. 163, kn. 20; DIKE Komm. ZPO/Higi, Art. 162, kn. 12.

¹⁷⁹⁸ Frank/Sträuli/Messmer, § 164, kn. 5 (1997); Gasser/Rickli, Art. 163, kn. 5; Bracher, kn. 460.

¹⁷⁹⁹ Lorenz, kn. 304.

¹⁸⁰⁰ Kaufmann, M., s. 72.

¹⁸⁰¹ Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 kn. 81; BK ZPO/Rüetschi, Art. 162, kn. 2; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Hasenböhler, Art. 162, kn. 4; Ertanhan, s. 147.

¹⁸⁰² Hauser, s. 628; BK ZPO/Rüetschi, Art. 162, kn. 2.

¹⁸⁰³ BSK ZPO/Schmid, Art. 162, kn. 2; BK ZPO/Rüetschi, Art. 162, kn. 1; DIKE Komm. ZPO/Higi, Art. 162, kn. 1.

¹⁸⁰⁴ Lorenz, kn. 307.

madde isticvap için kıyasen uygulanmamaktadır. Bu nedenle isticvaptan haksız olarak çekinen taraf için disiplin para cezasına bundan kaynaklanan yargılama giderlerine hükmedilemez, haksız yerine çekinmesi sadece ikrar veya lehine iddialarının dikkate alınmaması sonucunu doğuracaktır.

IV. Tarafın Beyanda Bulunmaktan Haksız Yere Kaçınması

A. Mevcut Düzenleme

İsticvap edilecek tarafın duruşmaya gelmesi ancak sorulan sorulara cevap vermemesi söz konusu olabilir. Yukarıda belirtildiği gibi tarafın beyanda bulunma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Tarafın usulüne uygun olarak çağrıldığı isticvap duruşmasına katılması ancak beyanda bulunmamasının sonucu m. 171/2'de gösterilmiştir. Buna göre mahkemenin sorduğu vakıalar ikrar edilmiş sayılır ve tarafın aleyhine bir usuli sonuç oluşur. Tarafın beyanda bulunmaktan mazereti olmaksızın ve ikrar sonucunu göze alarak kaçınmasının nedenleri, ikrar faraziyesinin isticvabın amacı ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile uyumu incelenmesi gereken bağlantılı noktalarıdır.

Tarafın isticvap edileceği duruşmaya katılmasına rağmen kendisine sorulan sorulara cevap vermemesinin nedenleri farklılık gösterebilir. İlk akla gelen tarafın vakıa ile ilgili doğruyu söylemesi halinde aleyhine değerlendirileceğinden çekinmesidir. Ancak hukukumuzdaki düzenleme nedeniyle beyanda bulunmaması da tarafın aleyhine bir sonuç doğuracaktır. Diğer bakımdan sorgulamaya kadar gerçeğe aykırı olarak iddia ettiği veya savunduğu vakıa için gerçeği itiraf etmesi gereklidir veya hakimın sorgulaması karşısında tutarlı olarak gerçeğe aykırı iddiasını devam ettirmelidir. Ancak her ikisi için de hazır olmadığından susabilmektedir¹⁸⁰⁵.

Tarafın lehine iddia ettiği veya savunduğu vakıa ile ilgili isticvap edilmesi halinde susması olası görünmemektedir. Beyanları lehine olacağından ispat faaliyetinde bu beyanlara da dayanabilecek ve yararına sonuç alabilecektir. Ancak tarafın gerçeğe aykırı olarak lehine iddia veya savunma konusu yaptığı vakıalar için sorgulama sırasında dinlenilmesinde tutarlı olması zorluk arz edebilir ve taraf bunun korkusu ile beyanda bulunmaktan mazeretsiz olarak kaçınabilir. Bu halde elbette tarafın lehine vakıa için ikrar sonucunun doğması mümkün değildir, fakat beyanda bulunmamanın hiçbir sonuç doğurmaması da kurumun tesis amacı ile

¹⁸⁰⁵ Gomille, s. 283.

uyuşmayacaktır. Vakıa tarafın lehine olduğu için ikrar oluşamayacaktır ancak aynı zamanda bu kaçınma hali delillerin değerlendirilmesine konu olabilmelidir. Beyanlarında tutarlılığı sağlama korkusu taşıyan tarafın gerçek olmayan beyanlarını isticvap sırasında yinelememesi doğruyu söyleme ödevini ihlal ettiğine ve iddia ettiği vakıanın mevcut olmadığına emare teşkil etmelidir.

Mazereti olmaksızın veya ileri sürdüğü mazeret kabul edilmeksizin beyanda bulunmayan taraf, hakimın takdirine bırakılmaksızın isticvap konusu vakıaları ikrar etmiş olacaktır ve mahkeme bu ikrar ile bağlıdır. Nitekim isticvap vasıtası ile böyle bir sonucun doğabilmesi kurumun amacının buna indirgenmesine de neden olmuştur. Dolayısıyla tarafların sadece kendi aleyhlerine vakıalar hakkında beyanlarının alınabileceği kabul edilmektedir. Görülmektedir ki taraf beyanının ispat faaliyeti açısından hukukumuzda düzenlenme şekli bu bakımdan sorunludur ve taraf beyanının ispat faaliyetindeki yerinin netleşmesini ve kullanılmasını zorlaştırmaktadır.

İsviçre hukukunda tarafın basit ve nitelikli sorgulama kapsamında tarafın beyanda bulunması iş birliği yükümlülüğü¹⁸⁰⁶ altında değerlendirilmektedir (sZPO Art. 160 Abs. 1 lit. a)¹⁸⁰⁷. Buna göre delil ikamesinde taraf gerçeğe uygun beyanda bulunmakla yükümlüdür. Aksi halde, yani mazereti olmaksızın beyanda bulunmaktan kaçınması halinde bu davranışı delillerin değerlendirilmesine konu olacaktır¹⁸⁰⁸. Tarafın beyanda bulunmaması ancak aleyhine değerlendirilebilecektir¹⁸⁰⁹. Beyan ile ortaya konulması beklenen vakıa ile ilgili bir emare teşkil ettiği kabul edilebilir veya vakıanın varlığını/yokluğunu ortaya koyduğuna kanaat getirilebilir¹⁸¹⁰. Tabi her zaman iş birliğinden kaçınılması vakıanın varlığının tespitini zorunlu kılmamaktadır¹⁸¹¹. Zira bu ispat yükünün ispatın engellenmesi nedeni ile her zaman tersine çevrilmesi gibi bir kuralın doğmasına neden olacaktır¹⁸¹². Bu ise delillerin serbestçe değerlendirilmesini baltalayacak ve ispat konusu vakıanın adeta ispat edilmiş gibi görülmesine neden olacaktır¹⁸¹³.

¹⁸⁰⁶ Taraflar için beyanda bulunmak esasında yük teşkil etmektedir: **Gasser/Rickli**, Art. 160, kn. 1.

¹⁸⁰⁷ **Lorenz**, kn. 278; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 160, kn. 8.

¹⁸⁰⁸ DIKE Komm. ZPO/**Higi**, Art. 164, kn. 4; BSK ZPO/**Schmid**, Art. 164, kn. 2.

¹⁸⁰⁹ BK ZPO/**Rüetschi**, Art. 164, kn. 4; **Gasser/Rickli**, Art. 164, kn. 4.

¹⁸¹⁰ BK ZPO/**Rüetschi**, Art. 164, kn. 5; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 164, kn. 6; **Lienhard**, s. 402; **Gasser/Rickli**, Art. 164, kn. 4.

¹⁸¹¹ BK ZPO/**Rüetschi**, Art. 164, kn. 7; BSK ZPO/**Schmid**, Art. 164, kn. 2.

¹⁸¹² BK ZPO/**Rüetschi**, Art. 164, kn. 7. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 164, kn. 6.

¹⁸¹³ BK ZPO/**Rüetschi**, Art. 164, kn. 7; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Hasenböhler**, Art. 164, kn. 6.

Alman hukukunda tarafın isticvap sorgulamasında beyandan kaçınması ispatın engellenmesi olarak da değerlendirilmiştir¹⁸¹⁴ ve yaptırım dZPO § 446'da belirtilmiştir. Buna göre beyanda bulunmama delillerin serbestçe değerlendirilmesine konu olacaktır¹⁸¹⁵, ispat yükünün tersine çevrilmesi gibi bir sonuç doğmayacaktır¹⁸¹⁶. Hakimin takdiri kapsamında kaçınma sebeplerinin haklı olup olmadığının değerlendirilmesi ve vakıanın ispatlanmış kabul edilmesi bulunmaktadır¹⁸¹⁷. Tarafın isticvaptan kaçınması, delillerin değerlendirilmesi kapsamında vakıanın ispatlanması sonucuna da hakimi vardırabilir. Bunun temelinde ispat faaliyetinde tarafın davranışlarının da delillerin değerlendirilmesinin konusu olabilmesi bulunmaktadır¹⁸¹⁸. Mazeret bulunmazsa veya haklı görülmezse sonuç genellikle susmasının aleyhe değerlendirilmesidir¹⁸¹⁹. Ancak bu her zaman vakıanın ispatlanmış sayılması gerektiği anlamına gelmemektedir¹⁸²⁰. Susma vakıanın tespiti için bir emare de teşkil edebilir¹⁸²¹. Kaçınma ile ilgili sonuca varabilmek için tüm ispat faaliyeti ile birlikte değerlendirilecektir.

Hukukumuzda delillerin değerlendirilmesi kapsamında yargılamanın içeriğinin dolayısıyla taraf davranışlarının dahil edilmesi konusunda açıklık bulunmamaktadır. Delillerin değerlendirilmesinin konusunun sadece delil sonuçları olduğu Kanun metninden çıkarılabilir (HMK m. 198). Bu nedenle taraf davranışlarının değerlendirmenin konusunu oluşturmayacağı HUMK için belirtilmiştir¹⁸²². Buna karşılık bir görüşe göre m. 198'in çerçeve bir düzenleme olması nedeniyle taraf ve tanık davranışlarının da delillerin değerlendirilmesinin kapsamında olduğu savunulmaktadır¹⁸²³.

B. Pozitif Düzenlemenin Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi ile Uyum

Gerçeği iddia eden bir tarafın isticvaptan kaçınması için bir sebep bulunmadığının kabulü kaçınmanın ikrar sonucuna bağlanmasına sebep olmaktadır. Hakimin sadece tarafın susması ile vakıanın çekişmesiz kılınması ve ispat faaliyetine artık konu olmaması isticvap ile ulaşılmak istenen amaç değildir. Asıl olarak vakıanın maddi bakımdan tespiti kurumun gayesidir. Bu konuda hakime takdir hakkı bırakılmaması ispat yükünün tersine çevrilmesi sonucunu

¹⁸¹⁴ Musielak/Voit/*Huber*, § 446, kn. 1; BeckOK ZPO/*Bechteler*, § 446, kn. 3.

¹⁸¹⁵ MüKo ZPO/*Schreiber*, § 446, kn. 3; Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 446, kn. 2.

¹⁸¹⁶ *Lienhard*, s. 402; Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 446, kn. 2.

¹⁸¹⁷ Vakıanın varlığı veya yokluğu maddi olarak tespit edilmemiştir ancak bu yönde bir fiksasyon oluşmaktadır: *Stürner*, Aufklärungspflicht, s. 237.

¹⁸¹⁸ *Zöller/Greger*, § 446 kn. 1.

¹⁸¹⁹ MüKo ZPO/*Schreiber*, § 446, kn. 3; Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 446, kn. 5.

¹⁸²⁰ *Stürner*, Aufklärungspflicht, s. 238; *Zöller/Greger*, § 446, kn. 1.

¹⁸²¹ Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 446, kn. 6.

¹⁸²² *Yıldırım*, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 141.

¹⁸²³ *Uysal*, s. 410.

doğurur¹⁸²⁴ ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ile uyum içinde değildir¹⁸²⁵, nitekim isticvap ispat faaliyetinin kapsamındadır. Örneğin tarafın belgeyi ibraz etmemesini düzenleyen 220. maddede tarafın pasif davranışı kesin bir neticeye bağlanmamış, duruma göre karşı tarafın belgenin içeriği konusundaki beyanının kabul edileceği belirtilmiştir. Bu konuda hakime tanınan takdir hakkının yine tarafın beyandan kaçınması hakkında tanınmaması kanaatimizce tutarsızdır. Yeminden vazgeçen ülke hukuklarında delilin şekli ispat kuvvetinden kurtulunmak istenmiştir ve taraf beyanını içeren yeni delillerin değerlendirilmesi bu nedenle hakime bırakılmıştır¹⁸²⁶. Ayrıca hakimın takdirinin bağlayıcı kurallar ile kısıtlanması gerçeğin tespitini olumsuz etkileme tehlikesi barındırır¹⁸²⁷. Kanaatimizce hakime takdir hakkı tanınmaksızın ikrar sonucunun doğması isabetli değildir¹⁸²⁸.

Düzenlememizde tarafın beyanda bulunması için bir tehlike olarak ikrar ile karşılaşacak olması kullanılmak istenmiş olabilir. Ancak zaten taraf, üçüncü kişiye nazaran aleyhine sonuçtan kaçınmak için çaba sarf edecektir. İş birliği yükümlülüğünü yerine getirmek ve beyanda bulunmak için aksinin aleyhine değerlendirilmesi tehlikesi ispat faaliyetine katkı sağlaması için yeterli bir motivasyon olarak görülmelidir¹⁸²⁹.

Tarafın susmasının hakim tarafından serbestçe değerlendirilmesinin bir diğer yararı ikrarın tarafı yalan söylemeye yönlendirecek olmasıdır. Taraf beyanda bulunmadığı takdirde muhakkak aleyhine netice oluşacağını bildiğinden gerçek olmayan beyanlarda bulunmaya çalışacaktır. Susmanın serbestçe değerlendirilmesi halinde ise gerçek olmayan beyanlar ile tutarsızlık yaratmaktan çekinebilir ve hakim yalan beyan ile karşı karşıya kalmadan taraf davranışını değerlendirebilir.

İsticvaptan kaçınmanın ispatın engellenmesi olarak görülüp¹⁸³⁰ hakimın değerlendirilmesine bırakılması halinde vakıanın ispatlanmış sayılması için farklı ihtimaller gündeme gelecektir. Sadece beyandan kaçınma kanaat için yeterli olabilir, özellikle kasıtlı olarak beyanda bulunulmaması halinde doğrudan bu sonuca ulaşılabilir. Bundan farklı olarak

¹⁸²⁴ Hsenböhler/Yanez, kn. 4.40; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Hasenböhler*, Art. 164, kn. 6; BK ZPO/*Rüetschi*, Art. 164, kn. 7; *Stachelin/Stachelin/Grolimund*, § 18 kn. 34.

¹⁸²⁵ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 151; Tercan, s. 240. Tarafın duruşmaya gelmemesinde geçerli bir özrünün bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde hakime tanınan yetkinin beyanda bulunmama da tanınabileceği ifade edilmiştir: Tercan, s. 243-245.

¹⁸²⁶ Stürner, Aufklärungspflicht, s. 239. Şahidin davranışlarının değerlendirilmesi ile ilgili benzer yönde bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 138.

¹⁸²⁷ Ünal Kaya, s. 81; Yavaş, s. 86.

¹⁸²⁸ Aynı yönde Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 158.

¹⁸²⁹ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Hasenböhler*, Art. 164, kn. 4.

¹⁸³⁰ Wiczorek/Schütze/*Völmann-Stickelbrock*, § 453, kn. 6.

diğer mevcut delillerin yanında tarafın isticvaptan kaçınması da eklenerek vakıanın ispatlanmış sayılması için kanaat oluşabilir. Son olarak halihazırda diğer delillerle kanaat oluşmuştur ve beyandan kaçınma bir şey ifade etmeyecektir¹⁸³¹. İsticvaptan kaçınmanın her zaman isticvabı talep eden lehine veya kaçınanın aleyhine değerlendirileceği de söylenemez. Vakıanın mevcut olmadığı yani ispatlanmadığı sonucuna ulaşılabilir. Tarafın isticvaptan kaçınmasına rağmen diğer delillerden iddianın doğru olmadığı kuvvetle anlaşıyorsa, beyanda bulunmama doğrudan ispat sonucu doğurmamalıdır. Taraf doğruyu söyleme ödevini ihlal etmemek için değil de örneğin özensizliği nedeniyle isticvap beyanında bulunamadıysa veya duruşmaya gelemediyse yine direkt olarak vakıanın ispatlandığı varsayılmamalıdır¹⁸³². Bu hallerde artık ispat faaliyeti sona erdiyse vakıa tespit edilemediğinden ispat yüküne göre karar verilebilir¹⁸³³.

Tarafın aleyhine vakıa hakkında sorgulanması sırasında susmasının ikrar teşkil etmesi ve hakime takdir hakkı tanınmaması, hakimın gerçek olmadığını bildiği veya şüphelendiği vakıa hakkında ikrar ile bağlı olması ve buna göre karar vermesinin gerekmesi açısından sorunludur. Hakime takdir hakkı tanınmaması ve ikrar ile bağlı olması doğruyu söyleme yükümlülüğü ile uyum içinde değildir¹⁸³⁴. Tarafın doğruyu söyleme ödevine aykırı beyanlarının dikkate alınmaması gerekmektedir ancak isticvapta susulması ile ikrar sonucu ile bağlı olmak bu kural ile uyuşmamaktadır¹⁸³⁵. Hakimın ikrar sonucu ile bağlı olması, gerçek olmadığı halde ileri sürülen ve isticvapta ikrar ile çekişmesiz hale gelen vakıayla da bağlı olmasına neden olmaktadır. Hakimın vakıanın gerçekliğini değerlendiremeden isticvap edilecek tarafın beyanını alamaması nedeniyle vakıayı doğru kabul etmek zorunda kalması, doğruyu söyleme yükümlülüğünün amaçlarından biri olan gerçeğin tespitine aykırıdır¹⁸³⁶. Çözüm olarak gerçeğe aykırı olduğu bilinen vakıalar için isticvap kararı verilmemesi gerektiği belirtilmiştir¹⁸³⁷. Hakimın yargılama içinde gerçek olmadığını tespit ettiği bir vakıa için isticvap gerçekleştirilmiş olsa dahi tarafın duruşmaya mazeretsiz olarak gelmemesi veya duruşmaya katılarak beyanda bulunmaması halinde ikrar sonucunun doğması eleştirilmiş ve bu halde ikrar sonucunun doğmaması gerektiği savunulmuştur¹⁸³⁸.

¹⁸³¹ Krapoth, s. 82.

¹⁸³² Krapoth, s. 84.

¹⁸³³ Krapoth, s. 85.

¹⁸³⁴ Kurt Konca, s. 214.

¹⁸³⁵ Kurt Konca, s. 212.

¹⁸³⁶ Arslan, R., s. 124.

¹⁸³⁷ Alangoya, Vakıalar ve Deliller, s. 126; Arslan, R., s. 124; Kurt Konca, s. 213, 214; Tercan, s. 287.

¹⁸³⁸ Alangoya, Vakıalar ve Deliller, s. 126; Arslan, R., s. 124; Tercan, 287.

Diğer bir görüşe göre ise burada bir yükümlülüğün ihlalden değil savunma hakkının kullanılmaması sebebiyle susma neticesinde aleyhe sonuç doğmasından yakınılamayacağı belirtilmiştir. İsticvaba başvuru için gereken şartlar ve kaçınma hakkı ikrar sonucunun dengesizliğini önleyecektir¹⁸³⁹.

Kanaatimizce burada odaklanılması gereken husus gerçek olmadığı bilinen bir vakıa hakkında ikrarın dikkate alınmamasından ziyade isticvaba başvurulması için gerekli şart olan ispata muhtaç bir vakıanın mevcudiyetidir. Hakim gerçek olmadığını yargılamada tespit edebildiği vakıa hakkında kanaate ulaşmıştır ve isticvap ile tespitine gerek bulunmamaktadır. İsticvaba başvurulamayacağı için ikrar sonucu da doğmayacaktır. Nitekim isticvap için şartlar oluşmamışsa beyanda bulunmamanın olumsuz sonucu da oluşmayacaktır ve usulüne uygun olmayan bir isticvaptan taraf her zaman kaçınabilir¹⁸⁴⁰.

Diğer yandan isticvaptan sonra vakıanın gerçek olmadığı ile ilgili tespitin farklı ispat araçları ile yapılması veya ikrar sonucuna rağmen vakıanın gerçekliği hakkında şüphenin mevcut olması halinde tarafın beyanda bulunmaması nedeni ile meydana gelen ikrarın nasıl bertaraf edileceği soru işaretidir. Gerçek olmadığından şüphelenilen vakıa ile ilgili ikrarın mevcut olması ve doğruyu söyleme ödevinin ihlal edilmemesi için hakime daha geniş takdir hakkı tanınması gerekmektedir¹⁸⁴¹. Örnek olarak İsviçre hukukunda doğruluğuna inanılmayan çekişmesiz vakıa için hakime araştırma imkanı tanınmaktadır. Hukukumuzda bu imkanın bulunmaması bir eksikliktir. İsticvapta da ikrarın meydana gelmesi ve hakim bu ikrarla bağlı olması, doğruluğundan şüphelenilen vakıa sorgusunda beyanda bulunulmamasının sonuçları hakkındaki düzenlemenin isabetsizliğini ortaya koymaktadır. Hakimin gerçek olmayan bir vakıa için ikrar ile bağlı olmaması gerekmektedir. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi hakim gerçek olmadığını bildiği bir vakıa hakkında fiksiyon ile bağlı olmasına engel olmaktadır¹⁸⁴².

¹⁸³⁹ Yeşilova, s. 70, 71. Şartlar ile ilgili bkz. § 6 I B.

¹⁸⁴⁰ MüKo ZPO/*Schreiber*, § 446, kn. 3; Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 446, kn. 5.

¹⁸⁴¹ Arslan, R., s. 124.

¹⁸⁴² Stürner, Aufklärungspflicht, s. 238.

§ 9. İSTİCVABI GÜÇLENDİRMEK: YEMİN VE YALAN BEYAN İÇİN CEZAİ YAPTIRIM

I. Mukayeseli Hukuktaki Durum

A. Alman Hukuku

Alman hukukunda tarafın beyanının, sorgulandığı vakıanın varlığı veya yokluğu hakkında hakimi ikna edememesi halinde beyan için yemine başvurulabileceği düzenlenmiştir (dZPO § 452/1). Kural olarak taraf yeminsiz sorgulanmaktadır ancak hakimin kanaatinin tam oluşmaması halinde yemine başvurulabilmektedir¹⁸⁴³. Beyan için yemin edilmesi tali görülmüş, yani beyan ile ispat konusu vakıanın varlığı veya yokluğu hakkında yeterli kanaate ulaşılamaması halinde başvurulacağı belirtilmiştir¹⁸⁴⁴. Bir diğer şart olarak mahkemenin, delilin yemin ile kanaat oluşturacağını düşünmesi aranmıştır¹⁸⁴⁵. Beyanın karar için önem taşıması, beyanın inanılır olmaması veya yeminin beyanın inanılabilirliğine etki etmeyecek olması hallerinde ise yemine başvurulmaz¹⁸⁴⁶. Yemine başvurulması hakimin takdirindedir¹⁸⁴⁷. Tersinden bakıldığında ise tarafın beyanının hali hazırda kanaat oluşturması halinde yemin için şartlar mevcut olmadığından taraf yemin edemeyecektir¹⁸⁴⁸.

İsticvap kapsamında alınan beyan için yemin edilmesi ayrı bir delil olarak ikame edilmemektedir, adeta taraf isticvabına eklenmekte bu delilin ikinci yüzünü oluşturmaktadır. Amaç beyanı kuvvetlendirmektir¹⁸⁴⁹. Başlı başına bir delil olması için isticvabın içeriğini oluşturmayan beyanlar hakkında da yemin edilebilmesi gerekir ki bu farklı bir delil ikamesidir¹⁸⁵⁰.

¹⁸⁴³ **Jauernig/Hess**, § 56, kn. 14; **Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann**, § 452, kn. 2; **Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock**, § 452, kn. 1.

¹⁸⁴⁴ **Goedecke**, s. 15; **Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann**, § 452, kn. 2; **Stein/Jonas/Berger**, § 452, kn. 2.

¹⁸⁴⁵ **Stickelbrock**, s. 617.

¹⁸⁴⁶ **Stickelbrock**, s. 617.

¹⁸⁴⁷ **MüKo ZPO/Schreiber**, § 452, kn. 1; **Musielak/Voit/Huber**, § 452, kn. 1; **Zöller/Greger**, § 452, kn. 2. Bir görüşe göre hakimin bu konuda bir takdir hakkı bulunmamaktadır, fıkra da belirtilen şartlar varsa yemine başvurulmalıdır: (**Peters**, Richterliche Hinweispflichten, s. 149; **Stickelbrock**, s. 618; **Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock**, § 452, kn. 2).

¹⁸⁴⁸ **Wieczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock**, § 452, kn. 2.

¹⁸⁴⁹ **Goedecke**, s. 16; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 228, 229.

¹⁸⁵⁰ **Goedecke**, s. 16.

Alman hukukunda her iki tarafın isticvap kapsamında dinlenilmesi halinde yeminin sadece bir tarafça edilebileceği Kanunda açıkça düzenlenmiştir (dZPO § 452 I)¹⁸⁵¹. Bunun istisnası, iki tarafın isticvap edilmesiyle birlikte isticvap konularının farklı olması veya beyanların birbiri ile uyuşması halidir¹⁸⁵². Tek tarafın yemin edebilmesinin sebebi, üzerine yemin edilen iki beyanın karşı karşıya kalamamasıdır¹⁸⁵³. Ayrıca aynı vakıa üzerine karşı karşıya kalan iki beyan için yemin edilmesi bir tarafın yalan yere yemin ettiğini gösterecektir. Bundan kaçınmak için de tek taraf yemin ettirilmektedir¹⁸⁵⁴. Yemin etmesi için seçilecek taraf da hakimin takdirindedir¹⁸⁵⁵. İspat yükünden bağımsız olarak yemin edilecek taraf seçilir¹⁸⁵⁶. Yargılamadaki tüm gidişat dikkate alınarak daha güvenilir olan, daha çok bilgiye sahip olan veya doğruyu söyleme ödevini en iyi yerine getiren ve güven kazanan tarafın yemin için seçilmesi uygun olur¹⁸⁵⁷. Bu bakımdan bir farklılık yoksa ispat yükünü taşımayan tarafa öncelik verilmesinin iyi olacağı belirtilmiştir¹⁸⁵⁸.

Taraf beyanı için yemin imkanının getirilmesinin amacı öncelikle bu beyan ile tam olarak sağlanamayan kanaatin tesisidir. Hakim tarafın beyanlarını asla inanılmaz ve güvenilirmez buluyorsa bu beyanlar hakkında elbette yemin verdirilmeyecektir. Ancak belli bir noktaya kadar kanaat oluşturmaya yeter beyanlara delil değerlendirilmesinde dayanmak isteyen hakimin kullanabileceği araç yemindir. Bunun yanında hakimin beyanlar ile kanaat edinmiş olmasına rağmen tarafın yemini ile bu beyanların delil değerini arttırması yeminin bir diğer amacı olabilir¹⁸⁵⁹. Yemin dolayısıyla cezai yaptırım ile beyanın daha fazla ikna gücüne sahip olması hakim tarafından amaçlanmaktadır¹⁸⁶⁰. Yemin ile tarafın beyanının ikna kabiliyeti artacaktır, zira taraf cezai yaptırımla karşı karşıya kalma riskini almış olmaktadır¹⁸⁶¹. Ancak beyan sadece yemin edildiği için daha yüksek delil değerine sahip değildir, yine delillerin

¹⁸⁵¹ Jauernig/Hess, § 56, kn. 15.

¹⁸⁵² Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 452 Rdn. 4. Tarafların beyanlarının uyuşması halinde yemine ihtiyaç olmayacağı yönünde bkz. Wiczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 452, kn. 7.

¹⁸⁵³ Münks, s. 194.

¹⁸⁵⁴ Brennemann, s. 51.

¹⁸⁵⁵ Jauernig/Hess, § 56, kn. 15.

¹⁸⁵⁶ Thomas/Putzo/Seiler, § 452, kn. 3; Stein/Jonas/Berger, § 452, kn. 6.

¹⁸⁵⁷ Brennemann, s. 51; Jauernig/Hess, § 56, kn. 15; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 124, kn. 27; Stein/Jonas/Berger, § 452, kn. 6; MüKo ZPO/Schreiber, § 452, kn. 2; Wiczorek/Schütze/Völzmann-Stickelbrock, § 452, kn. 8.

¹⁸⁵⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 124, kn. 27; Musielak/Voit/Huber, § 452, kn. 2.

¹⁸⁵⁹ Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann, § 452, kn. 3; Stein/Jonas/Berger, § 452, kn. 5.

¹⁸⁶⁰ Ahrens, Kap. 41, kn. 31.

¹⁸⁶¹ Zöller/Greger, § 452, kn. 1.

değerlendirilmesine konu olacak ve bu değerlendirme neticesinde ispat gücünün artıp artmadığı tespit edilecektir.¹⁸⁶².

Yemin edilen beyan ile yeminsiz alınan beyan arasında Alman hukukunda delillerin değerlendirilmesi bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Her iki beyan da delillerin serbestçe değerlendirilmesine konu olacaktır¹⁸⁶³. Elbette hakimde oluşturdukları kanaat bakımından farklılık meydana gelebilir. Ancak yemin edilen beyanın muhakkak doğru kabul edileceğine veya yeminsiz beyandan daha yüksek delil değerine sahip olduğuna dair bir ön kabul bulunmamaktadır. Yemin edilmesi için bir yükümlülük bulunmamaktadır¹⁸⁶⁴, yeminden kaçınma yine delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında dikkate alınır¹⁸⁶⁵. Yeminden kaçınılması halinde dahi tarafın beyanı lehine değerlendirilebilir¹⁸⁶⁶. Yeminli ve yeminsiz beyan arasındaki en önemli fark gerçek olmayan beyanın ancak yemin altında verildiyse cezai yaptırımla karşılaşmasıdır¹⁸⁶⁷.

B. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda taraf beyanına iki farklı kurum aracılığıyla ulaşılmaktadır; basit (*Parteibefragung*) ve nitelikli (*Beweisaussage*) sorgulama. Her ikisi bakımından da kasten yalan söylemenin yaptırımı ayrı ayrı belirtilmiştir. Basit sorgulamada kasten yalan söylemenin yaptırımı 2000 Frank'a kadar, tekrarlanması halinde 5000 Frank'a kadar disiplin cezasıdır (sZPO Art. 191 Abs. 2). Nitelikli sorgulamada taraf yine doğruyu söylemesi hususunda uyarılır ve aksi halde Art. 306 StGB'ye göre cezalandırılır (sZPO Art. 192 Abs. 2). Bu ceza hükmüne göre medeni yargılamada tarafın doğruyu söylemesi doğrultusunda ve aksi halde cezai yaptırımla karşı karşıya kalacağı uyarısı yapılmasına rağmen yalan söylemesi üç yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılacaktır (sStGB Art. 306 Abs. 1).

Basit sorgulamada sadece disiplin cezasının öngörülmesi, nitelikli sorgulamaya göre hafif veya zayıf olarak değerlendirilmesine neden olmaktadır¹⁸⁶⁸. Tarafın cezai yaptırım tehdidi

¹⁸⁶² BeckOK ZPO/*Bechteler*, § 453, kn. 2; Wieczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 453, kn. 5. Aksi yönde bkz. Musielak/Voit/*Huber*, § 453, kn. 2.

¹⁸⁶³ Zöller/*Greger*, § 452, kn. 6.

¹⁸⁶⁴ Wieczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 452, kn. 6.

¹⁸⁶⁵ *Arens/Lüke*, § 26, kn. 25; Stein/Jonas/*Berger*, § 452, kn. 14; *Wittschier*, Die Parteivernehmung, s. 51.

¹⁸⁶⁶ Stein/Jonas/*Berger*, § 453, kn. 6.

¹⁸⁶⁷ Stein/Jonas/*Berger*, § 452, kn. 3.

¹⁸⁶⁸ *Berti*, kn. 395; *Meier*, s. 318; *Gasser/Rickli*, Art. 191, kn. 2; *Leuenberger/Uffer-Tobler*, kn. 9.136; *Leuenberger*, Parteibefragung und Beweisaussage, s. 59.

altında dinlenilmesi disiplin cezasına göre daha büyük bir baskıdır¹⁸⁶⁹. Kısaca disiplin cezası ve cezai yaptırımın öngörülmesi beyanın delil değerini etkilemektedir¹⁸⁷⁰. Nitelikli sorgulamanın nitelikli olarak adlandırılması ise cezai yaptırma bağlanmış olmasıyla gerekçelendirilmektedir¹⁸⁷¹. Tanığın cezai yaptırım olasılığı altında sorgulanması ile tarafın sadece disiplin cezası tehlikesi altında beyanlarının alınması, delil değerlendirilmesinde eş görülmemektedir, tarafın da cezai yaptırım altında sorgulanmasıyla tanık beyanı ile aynı basamakta görülebileceği savunulmaktadır¹⁸⁷².

Taraf beyanı kapsamında cezai yaptırma İsviçre hukukunda birkaç nedenden ötürü fazlaca başvurulmamaktadır¹⁸⁷³. Öncelikle ceza mahkemelerinde de gerçeğin tespiti medeni yargılamadan daha kolay olmamaktadır ve ceza hakimleri çoğunlukla sonuca ulaşmamaktadır. Ayrıca hukuk mahkemesi hakimi cezai yaptırım için bildirim yapmadığında çelişen ifadeleri ve emareleri serbestçe değerlendirmektedir, sınırlandırılmamaktadır, aksi halde ceza mahkemesinin kararı ile kendini bağlı kılar ve kendi davasının uzamasına yol açar¹⁸⁷⁴.

Basit sorgulamada tarafın kasten yalan söylemesi cezalandırma için şart olarak aranmaktadır¹⁸⁷⁵. Tarafın bilerek ve isteyerek doğru olmadığını bildiği şeyi yanıltmak için söylemesi olarak anlaşılmaktadır, zira tarafın yargılamadaki yararından dolayı vakıa anlatımları kendi yararına yönelik olabilir¹⁸⁷⁶. Bildiği bir vakıayı bilmediğini söylemek de gerçek olmayan beyandır. Sadece bilgi değil, inanış, kanaat, bilmeme, ikna olmama da beyan olduğundan bunların doğruluğu, daha doğrusu bilerek inandığının veya kanaat getirdiğinin aksini ifade etmek gerçek olmayan beyandır¹⁸⁷⁷. Kanun metninden dolayı (... werden können ...) disiplin cezası hakimnin takdirine bağlıdır¹⁸⁷⁸. Cezai yaptırım için suçun unsuru ise tarafın doğruyu söylemesi konusunda uyarılması ve cezai yaptırım hakkında bilgi verilmesidir¹⁸⁷⁹.

¹⁸⁶⁹ **Leuenberger**, Parteibefragung und Beweisaussage, s. 59.

¹⁸⁷⁰ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Weibel/Walz**, Art 191-192, kn. 11; DIKE Komm. ZPO/**Leu**, Art. 157, kn. 43; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, kn. 9. 136; **Meier**, s. 318.

¹⁸⁷¹ **Gasser/Rickli**, Art. 192, kn. 1.

¹⁸⁷² **Leuenberger/Uffer-Tobler**, kn. 9.137.

¹⁸⁷³ DIKE Komm. ZPO/ **Müller**, Art. 192, kn. 32 (Yıllık 1-10 arasında Art. 306 a göre karar verilmektedir).

¹⁸⁷⁴ BK ZPO/**Bühler**, Art. 191-192, kn. 88.

¹⁸⁷⁵ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Weibel/Walz**, Art. 1191-192, kn. 15.

¹⁸⁷⁶ DIKE Komm. ZPO/**Müller**, Art. 191, kn. 44.

¹⁸⁷⁷ **Witzthum**, s. 110.

¹⁸⁷⁸ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Weibel/Walz**, Art. 1191-192, kn. 15; DIKE Komm. ZPO/ **Müller**, Art. 191, kn. 45

¹⁸⁷⁹ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Weibel/Walz**, Art. 1191-192, kn. 16.

Görüldüğü gibi İsviçre hukukunda taraf beyanının güçlendirilmesi için yemin kurumundan feragat edilmiş ve cezai yaptırım doğrudan yeminsiz beyan için öngörülmüştür. Dini temele dayanan yeminin baskısı ceza ile sağlanmaya çalışılmıştır¹⁸⁸⁰. Ceza Kanununda 306. madde aynı zamanda yemin altında alınan beyanların gerçek olmaması hali için de yaptırım öngörmektedir ancak usul hukukunda tarafın yemin altında beyan verebileceği bir kurum olmadığından bu fıkra uygulanamamaktadır (sStGB Art. 306 Abs. 2)¹⁸⁸¹. Ceza ise iki farklı isticvap kurumu bakımından disiplin cezası ve ceza hukuku alanında bir yaptırım olarak belirlenmiş, böylece tarafın üzerindeki baskı farklılaştırılmıştır. Her ne kadar ceza türlerinin farklı olmasının beyanların delil değeri üzerinde etkiye sahip olduğu kabul edilse de¹⁸⁸² her iki delil de delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine tabidir.

C. Avusturya Hukuku

Avusturya hukukunda tarafın isticvabının öncelikle yeminsiz gerçekleştirileceği, bu dinlemenin yemin ile devam edebileceği düzenlenmiştir (öZPO § 376 I). Yeminsiz dinlenilmesinden önce dahi tarafın beyanlarının yemin altında alınabileceği konusunda uyarı yapılması gerekmektedir (öZPO § 376 II).

Uygulamada sorgulamanın yemin altında yapılmaya devam edilmesinin çok sık başvurulmuş usul olmadığına dikkat çekilmiştir¹⁸⁸³. Hakim ancak yeminsiz beyanların şüphelerini gidermeye yetmediği hallerde yemine başvurmuştur. Görüldüğü gibi burada da yemine başvuruda hakimnin takdiri mevcuttur¹⁸⁸⁴.

Avusturya hukukunda aynı vakıa hakkında isticvap edilen her iki tarafın yemin etmesi mümkündür¹⁸⁸⁵. Yeminin konusu yine yeminsiz olarak beyanların konusunu oluşturan vakıadır ve beyanların bir kısmı için yemin etmek mümkündür¹⁸⁸⁶.

Taraf yemin etmeden önce yalan yere yemin için cezai yaptırımla karşılaşabileceği kendisine hatırlatılmaktadır ve protokolde bu hatırlatma tespit edilmektedir (öZPO § 377 II). Buna rağmen yemin edilen beyanın doğru olmadığına ortaya çıkması cezai yaptırımla

¹⁸⁸⁰ Gasser/Rickli, Art. 192, kn. 2.

¹⁸⁸¹ BSK ZPO/Hafner, Art. 192, kn. 8.

¹⁸⁸² Gasser/Rickli, Art. 192, kn. 2.

¹⁸⁸³ Fasching/Konency/Spenling, § 376, kn. 1; Roth, Marianne/Holzhammer, Richard/Holly, Andrea, Zivilprozessrecht, Wien 2012, s. 51.

¹⁸⁸⁴ Fasching/Konency/Spenling, § 377, kn. 1.

¹⁸⁸⁵ Roth/Holzhammer/Holly, s. 51.

¹⁸⁸⁶ Fasching/Konency/Spenling, § 377, kn. 1.

karşılaşılmasına neden olur (öStGB § 288 II). Yeminden kaçınma ise hakim tarafından serbestçe değerlendirilmektedir¹⁸⁸⁷.

II. Değerlendirme

Taraf beyanına karşı duyulan güvensizlik nedeniyle bu delil türünün dışlandığını veya çeşitli başvuru şartları ile sınırlandırıldığını tespit etmiş bulunmaktayız. Öte yandan ispat güçlüğüne yanı sıra tarafın bilgisinin yargılamada çok kıymetli olması nedeniyle bu delil türünden vazgeçilemeyeceği de açıktır. Mukayeseli hukukta taraf beyanının takdiri delil düzenlemelerinde isticvabı güçlendirmek adına yalan beyan için cezai yaptırım öngörülmesi veya beyanların yemin altında alınması seçenekleri karşımıza çıkmaktadır. Hukukumuzda yemin ayrı ve kesin delil olarak düzenlenmiştir. Ancak takdiri delil olarak taraf beyanına başvurulmasını sağlayan kurum isticvaptır. Bu kapsamda edinilen beyanlara olan güvensizlik ise kendini hem hukuki nitelik konusundaki farklı görüşlerde hem de delil değerlendirilmesindeki kıymetinde göstermektedir. Bu nedenle mukayeseli hukukta olduğu gibi isticvabın yemin veya cezai yaptırım ile güçlendirilmesi, hakimlerin bu delili kullanmaları konusundaki motivasyonlarını arttıracaktır. Burada cezai yaptırım ile korunan delil ikamesi ve bu ikame ile hakimin gerçeğe ulaşarak kararı tesis etmesidir.

Taraflar açısından da doğruyu söyleme konusundaki motivasyon bakımından bu ek imkanlar farklılık yaratacaktır. Uyarının ve cezai yaptırımın varlığı, tarafı elbette bilerek yalan söylememe konusunda motive eder ve baskı oluşturur¹⁸⁸⁸. Yüksek bir cezanın tarafı doğruyu söylemek konusunda teşvik ettiği yadsınamaz¹⁸⁸⁹.

Yemine başvurulması sadece tarafın beyanını yemin ile güçlendireceği kanısından hareketle değil, tarafın yemin altında beyanlarında ısrar edemeyeceği veya yeminden çekineceği öngörüsü ile de mümkündür¹⁸⁹⁰. Ancak yeminin amacının yalan söylediğinden şüphe edilen tarafın temize çıkarılması değildir. Bu nedenle inandırıcılığı olmayan beyan için veya yemin edildiğinde dahi kanaat oluşturmayacak beyan için yemine başvurulmamalıdır¹⁸⁹¹. Böyle bir durumda mahkemenin yalan yere yemin ile karşı karşıya kalması yüksek olasılıktır. Yemine başvurulabilecek bir diğer hal, tarafın beyanı ile aleyhine vakıayı reddederek lehine

¹⁸⁸⁷ Roth/Holzhammer/Holly, s. 51.

¹⁸⁸⁸ Gafner, s. 153; Coester-Waltjen, s. 293.

¹⁸⁸⁹ Müller, H., s. 111; Glücklich, s. 167.

¹⁸⁹⁰ Tanık delili için bu yönde bkz. NJW 1965, 1530, 1531 (Beck Online).

¹⁸⁹¹ Wieczorek/Schütze/Völmann-Stickelbrock, § 452, kn. 3. Yalan söylediğinden şüphe edilen tarafı cezalandırmak amacıyla yemine başvurulması amaca aykırıdır: Fasching/Konency/Spenling, § 377, kn. 1.

durum oluşturmaya çalışması veya bilgisi olması gereken vakıa hakkında bilgisi olmadığını iddia etmesi halidir¹⁸⁹².

Kişilerin beyanlarının delil olduğu hallerde hakimin kanaat getirmesini kolaylaştırmak adına yemin imkanının getirilmesi tanıkta olduğu gibi tarafta da mümkündür. Beyanın yemin ile güçlendirilmesinin dini bir temele dayanmaması için yalan yere yeminin cezai yaptırımının hukukta düzenlenmesi gerekir. Aksi halde tarafın yemin etmesi dahi saf beyanında olduğu gibi onun vicdanına bırakılmış olacaktır. Hukukumuzda hukuk davalarında yalan yere yemin TCK m. 275'te suç olarak düzenlenmiştir. İsticvap kapsamında tarafın yemin etmesi hakimin takdirine tanınan bir imkan olduğunda taraf cezai yaptırım tehdidi altında beyanında ısrar edip etmeyeceğine karar verecektir.

Tanıkların dahi beyanlarını yemin altında gerçekleştirdikleri hukuk davalarında tarafın beyanlarının da yemin altında alınması mümkün olmalıdır¹⁸⁹³. Doğru söyleyen tarafın vicdanı ile karşı karşıya kalması söz konusu değildir. Bunun dışındaki hallerde ise tarafın çekinme hakkı vardır.

Yalan beyan için cezai yaptırımın doğrudan veya yemin vasıtası ile öngörülmesi doğruluk ödevinin yaptırımının da somutlaştırılmasını sağlayacaktır. Tarafın yalan beyanda bulunması bu beyanın dikkate alınmaması ile sonuçlanmaktadır. Bu yaptırım tarafın doğruyu söylemesi için yeterli bir motivasyon olabilmekle beraber özellikle taraf beyanının tek delil olduğu durumlarda hakimin elini güçlendirmek, delile değerlendirmesini kolaylaştırmak ve maddi gerçeğe ulaşılmasını sağlamak adına yemin veya cezai yaptırıma başvurulabilmesi önemlidir. Hakimin delil değerlendirmesinde ek bir başvuru imkanı olacaktır.

Tarafların dinlenilmesi ile isticvap kurumunun ispat faaliyeti bakımından farklılıkları ortaya konmakla beraber, yemin veya cezai yaptırım imkanının getirilmesi bu iki kurum arasındaki farkın daha net konmasına yardımcı olacaktır¹⁸⁹⁴. İspat faaliyeti kapsamındaki isticvap beyanlarının tarafça daha ciddiye alınmasını sağlayacaktır.

Her iki tarafın aynı vakıa hakkında sorgulanması halinde sadece bir tarafın yemin edebilmesi, yeminin şekli ispat kuvvetine dayanmaktadır. Yeminin bu özelliği bertaraf edilirse her iki tarafın yemin edebileceği kabul edilmelidir, neticede hakim bu yemin ile bağlı değildir

¹⁸⁹² BGH MDR 1964, 490; Stein/Jonas/*Berger*, § 452, kn. 4.

¹⁸⁹³ *Tercan*, s. 290.

¹⁸⁹⁴ MüKo ZPO/*Schreiber*, § 452, kn. 1.

ve serbestçe değerlendirebilecektir. Zira isticvap için edilen bu yemin bir delil değildir, sadece beyanı kuvvetlendirmeye yarayan bir araçtır¹⁸⁹⁵. Örneğin tanıklar aynı vakıa hakkında dinlenilmelerine rağmen hepsi yemin etmektedir ve bu beyanlar serbestçe değerlendirilmektedir¹⁸⁹⁶.

Öte yandan yemin veya cezai yaptırım öngörülmesinin bazı sakıncaları da gözden kaçırılmamalıdır. İlk olarak şekli ispat kuvvetine sahip olan yemin delili, delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamı dışındadır ve bu kapsam içinde değerlendirilecek olan isticvapın da yemin ile alakasının kurulması kafa karıştırıcı olabilir. Kesin delil olan yeminin hukukumuzdan uzaklaştırılması modern usul hukuklarına yaklaşmamızı sağlayacakken isticvap için de yemin imkanının getirilmesi yemini hukukumuzda daha da entegre edecektir. Belki bu sebeple yemin ve yalan yere yemin için cezai yaptırım yerine İsviçre hukukunda olduğu gibi yalan beyan için doğrudan bir disiplin cezası veya cezai yaptırım öngörmek daha isabetli olacaktır.

Yemin ile isticvapın güçlendirilmesi açısından bir diğer sakınca, yemin delilinden süregelen alışkanlık ile hakkında yemin edilen her beyanın doğru kabul edilmesi tehlikesi olabilir. Burada özellikle vurgulanması gereken yemin edilen beyanların dahi hakim delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi altında takdir edebilmesidir. Aksi halde takdiri delil olarak boşluğu dolduran isticvap, yemin vasıtası ile bertaraf etmiş olacaktır.

Taraf beyanının gerçek olmamasının cezai yaptırıma bağlanmasının dezavantajı tarafın büyük bir baskı altında beyanda bulunması olabilir. Hakim tarafın beyanlarının yanında ifade tarzını, davranışlarını da değerlendirecektir ancak cezai yaptırım tehdidi altında taraf gerilebilir ve şüphe doğuran hareketler sergileyebilir. Bu durum ise hakim beyanları değerlendirmesinde yanılmasına neden olabilecektir. Tarafın bilerek ve isteyerek, doğru olmadığını bildiği bir beyanı gerçek olarak iletmesi halinin yalan beyan sayılacağı hususu hakimce tarafa açıkça anlatılmalıdır. Tarafın vakıayı kendi sübjektif değerlendirmesiyle aktarmasının normal olduğu vurgulanmalıdır.

Yemin veya cezai yaptırım ile beyanın güçlendirilmesi imkanına başvurmaktan çekinme hakim için söz konusu olabilir. Bu ayrı bir prosedür olarak işleyecektir ve kimi zaman davanın uzamasına neden olabilecek ve hakim beyanları serbestçe değerlendirmesini kısıtlayacaktır. Delil için cezai yaptırımın ön görülmesi, gereksiz cezadan kaçınmak için delilin kullanımına

¹⁸⁹⁵ Wiczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 453, kn. 5.

¹⁸⁹⁶ *Kwaschik*, s. 299; *Nagel*, Subsidiarität der Parteivernehmung, s. 196.

Çekingen yaklaşılmasına neden olabilir. Ayrıca hakim son tereddütü gidermek için bu delile başvurur ve genellikle tek taraf sorgulanmaktadır veya iki tarafa farklı sorular sorulmaktadır zira aksi halde iki tarafın beyanlarının çelişkili olması halinde iki taraftan birinin ceza alması gerekmektedir¹⁸⁹⁷.

¹⁸⁹⁷ Gasser/Rickli, Art. 192, kn. 4.

§ 10. İSPAT FAALİYETİNDE TARAF BEYANI İÇEREN İRADİ TARAF İŞLEMİ

I. Genel Olarak

Medeni yargılama hukukunda tasarruf ilkesi ve taraflarca getirme ilkesinin hakim olması sebebiyle yargılamanın gidişatının büyük ölçüde tarafların isteklerine ve bu doğrultudaki tasarruflarına bağlı olduğunu söyleyebiliriz. Zorlanabilir ve gerçekleştirilmediği takdirde yaptırımla karşılaşılacak yükümlülükler genel olarak usul hukukunda düzenlenmemiştir. Taraf yararına olacak ve yokluğu aleyhine sonuç doğuracak işlemleri yapma imkanına sahiptir, bunları gerçekleştirmediğinde aleyhine sonuçlar doğabilecektir. Öte yandan tarafın, lehine sonuç doğurabilecek usuli işlem imkanları bulunmaktadır ve bu işlemlerin yapılması veya yapılmaması sonuç doğurmakla birlikte bu sonuca dair zorunluluk bulunmamaktadır. Bu sonuçlardan kaçınmak isteyen taraf kendi yararı için usuli işlemleri gerçekleştirme motivasyonuna sahiptir. Bu nedenle taraf işlemlerinin gerçekleştirilmesi için yükümlülükten ziyade gerçekleştirilmediğinde yaptırımla değil dezavantajla karşılaşılacak yükler usul hukukunda mevcuttur¹⁸⁹⁸.

Usuli yük ve usuli yükümlülük arasındaki farkın kısaca belirlenmesi bizi usuli yükün yerine getirilmemesinin muhakkak usuli bir dezavantajla karşılaşılıp karşılaşılmadığı sorusuna götürecektir. Bu sorunun cevabını kullanarak yargılamada tarafın yapabileceği ancak usuli yük veya usuli yükümlülük olmayan işlemler belirlenecektir. İrادی taraf işlemi olarak nitelendirilen bu işlemlerin içinde iradi taraf beyanı olarak nitelendirdiğimiz ve isticvapta mevcut olan tarafın soru sorması incelenecektir.

II. Usuli Yük ve Usuli Yükümlülüğün Ayrılması

Usuli yükümlülük ve usuli yükün ayrılmasında Alman hukukunda bugün çoğunlukla benimsenen görüş belirtilmeden önce mevcut görüşlerin üzerinde kısaca durulmalıdır. İlk olarak *Goldschmidt*, tarafın gerçekleştirdiği işlemin hangi tarafın yararına sonuç doğurduğundan yola çıkarak bir ayrıma gitmiştir. Buna göre usuli yükümlülük gerçekleştirildiğinde karşı tarafın yararına bir netice doğarken, usuli yük olan işlem

¹⁸⁹⁸ **Goldschmidt**, James, *Der Prozess als Rechtslage*, Aalen 1986, s. 335; **Lent**, Friedrich, *Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozess*, ZZZ 67. Band 1954, s. 344-356, s. 344; **Guldener**, *Zivilprozessrecht*, s. 187; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 186 kn.8.4; **Willisegger**, s. 124; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 2 kn.11.

yapıldığında tarafın kendisi için olumlu bir sonuç doğacaktır¹⁸⁹⁹. Ayrıca yazar muhakkak olumsuz netice doğuran usuli yükleri “*vollkommene*”, hakimın takdirine bağılı olarak olumsuz sonuç doğuran yükleri “*milder vollkommene*” olarak ikiye ayırmıştır¹⁹⁰⁰.

Buna karşılık *Lent*, yük ve yükümlülüğün ayırımının kanun lafzına göre yapılamayacağını, zira yük niteliğı taşıyan kimi işlemlerin yükümlülük olarak adlandırıldığını ifade etmiştir¹⁹⁰¹. Ayrıca her yükümlülük için bir yaptırım öngörülmediğinden -buna en güzel örnek doğruyu söyleme yükümlülüğüdür- yükümlülük için yaptırım ve yük için usuli olumsuzluk neticesi vardır kabulü de ayırım için bir kriter olarak kabul edilmemiştir¹⁹⁰². Bu nedenle *Lent* usuli yük ve usuli yükümlülüğün ayırımında dış reaksiyonlardan ziyade kanundaki içsel motivasyonun dikkate alınması gerektiğini savunmuştur ve bunu “*innere Moment*” olarak belirtmiştir¹⁹⁰³. Buna göre usuli yükte kanunun tarafın inisiyatifine bıraktığı, gerçekleştirilmesini taraftan beklemediğı ancak gerçekleştirilmediğı takdirde usuli bir olumsuzlukla karşılaşılabilcek işlemler söz konusudur¹⁹⁰⁴. Usuli yükümlülük ise kanunun taraftan muhakkak gerçekleştirmesini beklediğı işlemlerdir. Yükümlülüğün yerine getirilmemesi kanuna aykırı ve izin verilmeyen bir davranıştır¹⁹⁰⁵.

Günümüzde Alman hukukunda *Lent*’in görüşünü benimseyen yazarlar¹⁹⁰⁶ bulunduğı gibi iki kavram arasındaki farkı işlemin yerine getirilmemesi halinde meydana gelen yaptırım ve olumsuzluğa dayandıran yazarlar da mevcuttur¹⁹⁰⁷.

İsviçre hukukunda yük ve yükümlülük arasındaki fark zorlanabilen bir davranışın mevcudiyetine bağlanmıştır. Dolaylı (ceza) veya dolaysız (polis zoru kullanma vb.) zorlama araçlarının kullanılabilmediğı yani zorlanabilen bir işlemin mevcudiyeti usuli yükümlülük olarak kabul edilmektedir. Dolaylı veya dolaysız zorlamanın mevcut olmadığı ve davranışın yerine getirilmediğı takdirde usuli dezavantajın oluşabileceğı haller yük olarak belirtilmiştir¹⁹⁰⁸.

¹⁸⁹⁹ **Goldschmidt**, s. 82 ve 336.

¹⁹⁰⁰ **Goldschmidt**, s. 361.

¹⁹⁰¹ **Lent**, Lasten und Pflichten, s. 348.

¹⁹⁰² **Lent**, Lasten und Pflichten, s. 349.

¹⁹⁰³ **Lent**, Lasten und Pflichten, s. 350.

¹⁹⁰⁴ **Lent**, Lasten und Pflichten, s. 350.

¹⁹⁰⁵ **Lent**, Lasten und Pflichten s. 354.

¹⁹⁰⁶ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 2, kn. 11-14; **Jauernig/Hess**, § 26, kn. 2-4; **Stein**, Friedrich/**Jonas**, Martin/**Brehm**, Zivilprozessordnung Band 1, Tübingen 23. Auflage, vor §1, kn. 214; **Adloff**, s. 181.

¹⁹⁰⁷ **Lindacher**, Walter F. Zur Mitwirkung der Parteien bei der Ermittlung ausländischen Rechts, Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, Tübingen 2001, 283 vd., s. 285; **Braun**, s. 489, 490; **Schellhammer**, kn. 371.

¹⁹⁰⁸ **Kummer**, s. 89; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 186 kn.8.5; BSK ZPO/**Schmidt**, Art. 160, kn. 8; **Guldener**, Zivilprozessrecht, s. 187; **Kaufmann**, U., s. 31.

Tarafın tercihine bırakılan bir davranışla, olumsuzlukla karşı karşıya kalması veya kalmaması kendisine bırakılmıştır¹⁹⁰⁹.

Willisegger, bu ayrımın sağlam olmadığını ifade etmiş ve ayırımı emredilen işlem ile kimin yararına sonuç doğacağını dikkate alınmasını teklif etmiştir. Buna göre emredilen işlemin yararının bir tarafa olması ve aksi durumun bu tarafın usuli durumu kötüleştirilmesi halinde usuli yük vardır. Tarafın yararı dışındaki yararların, özellikle karşı tarafın yararının gözetildiği bir işlemin varlığı ise usuli yükümlülüğe dalalet etmektedir¹⁹¹⁰.

III. Usuli Yükte Mecburi ve Takdiri Olumsuzluk

Usuli yükün amacı taraf davranışından bağımsız olarak yargılamanın ilerletilmesidir. Bu nedenle yükün yerine getirilmemesiyle meydana gelen olumsuzluk yargılamada dezavantajlı konuma düşmek ve en nihayetinde davanın kaybedilmesi olacaktır. Yargılamada davanın sonuçlanmasına katkı sağlamayacak başka bir olumsuzlukla karşılaşılması yükün sonucu olamaz¹⁹¹¹. Kanunun beklediği bir hareket bulunmaktadır ve yerine getirilmemesi yargılamanın ilerlemesini sağlayan ve taraf için olumsuz olan bir sonuçtur. Böyle bakıldığında objektif ispat yükü de usuli yük niteliğindedir zira yargılamanın taraf aleyhine sonuçlanmasını sağlamaktadır. Yükümlülükte ise yine kanunun taraftan beklediği bir davranış söz konusudur fakat yerine getirilmemesinin sonucu yargılamanın sonuçlanmasına hizmet etmemektedir¹⁹¹².

Usuli yük ve usuli yükümlülüğün ikisi için de Kanun tarafından işlemin gerçekleşmesi beklenmektedir zira yükümlülükte yaptırım düzenlenebileceği gibi, yükte olumsuz bir sonuç öngörülebilmektedir. Burada iki işlem arasındaki fark Kanunun bu işlemi taraftan beklemesinden ziyade tarafın işlemi gerçekleştirmede özgür bırakılmasındadır¹⁹¹³.

Alman hukukundaki görüşlerden hareketle yükümlülüğün yerine getirilmemesi sonucundaki yaptırımın tarafın usuli durumunu kötüleştirmek için olmadığı, istenilen davranışa aykırı hareketin kınandığını gösterdiği yönünde bkz. **Brönnimann**, C. Jürgen, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989, s. 31. Usuli yük ve usuli yükümlülüğün ayrılmasında, davranışın doğrudan veya dolaylı zorlanabilir olmasının yanında karşı tarafın veya kamunun yararının zarar görmesi sebebiyle kınanabilir olmasının dikkate alınabileceğine dair bkz. **Müller**, Thomas, Gesetzliche und Prozessuale Parteipflichten, Zürich 2001, s. 59.

¹⁹⁰⁹ **Brönnimann**, Die Behauptungs- und Substanziierungslast, s. 31; Farklı yönde, **Willisegger**, s. 124.

¹⁹¹⁰ **Willisegger**, s. 125.

¹⁹¹¹ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 2, kn. 11; Stein/Jonas/**Brehm**, vor §1, kn. 210; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, kn. 8.4.

¹⁹¹² **Prütting**, s. 31; **Lent**, Lasten und Pflichten, s. 347.

¹⁹¹³ **Wuillemin**, Nicolas, Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO, Zürich 2018, kn. 186.

Yük ve yükümlülüğün ayrılmasından sonra yük teşkil eden işlemin gerçekleştirilmemesi ile muhakkak bir usuli olumsuzluğun oluşup oluşmayacağına görüş ayrılıkları bulunmaktadır. *Goldschmidt*, usuli yükü “*vollkommene*” ve “*milder vorkommene*” şeklinde ayırmıştır. İlk halde yükü yerine getirmeyen tarafın kesinlikle bir olumsuzlukla karşılaşacağını, ikinci halde hakimın takdirine bağlı olarak bir olumsuzluk mevcudiyetini öngörmüştür¹⁹¹⁴. Alman hukukunda bugün baskın olan görüş, usuli yükün yerine getirilmemesinin muhakkak olumsuz sonucu doğuracağı yönündedir¹⁹¹⁵. *Prütting*, olumsuzluğun meydana gelmeyebileceğinin kabulünün, usuli yükün belirsizleşmesine, sınırlarının kaybolmasına sebep olacağını savunmuştur¹⁹¹⁶. Farklı bir görüşe göre ise usuli yükün varlığından söz edebilmek için tarafın kendi yararını gözetken ve zorlanılamayan bir davranışın varlığı yeterlidir, bir olumsuzlukla karşılaşılması zorunlu değildir¹⁹¹⁷.

Usuli yükün sonucunda muhakkak bir olumsuzluk meydana gelmesi beklendiğinde, usuli yükün çerçevesi sadece bu şekilde sonuç doğuran işlemlerle sınırlı olacaktır. Aynı usuli yükümlülüğün belirlenmesinde mutlaka bir doğrudan veya dolaylı yaptırımın aranması, bazı işlemlerin usuli yükümlülük olarak nitelendirilmesini engelliyorsa, olumsuz sonucun şart koşulması halinde usuli yükü belirleyen kriter buna indirgenmiş olacaktır¹⁹¹⁸. Tersinden bakıldığında, yani usuli yük üzerinde olan tarafın gerekli işlemi gerçekleştirmesine karşın yine aleyhe sonuçla karşılaşma riski bulunmaktadır ancak bu olumsuzluk yükten kaynaklanmayacaktır. Olumsuz sonuçtan kaçınmak için ise yapılabilecek yegane davranış işlemi gerçekleştirmektir.

Yargılamada mevcut bazı usuli yüklerin yerine getirilmemesi halinde oluşabilecek sonuçlar incelenerek, her zaman olumsuz sonucun doğup doğmayacağı tespit edilebilir. Örneğin iddia yükü üzerinde olan tarafın yükü yerine getirmemesi halinde hakimın aydınlatma ödevini gerçekleştirmesi veya karşı tarafın iddiaları yargılamaya getirmesi halinde bu taraf lehine sonuç alabilecektir. Delil ikame yükünün ihlalinde ise yine karşı tarafça ileri sürülen delillerle veya hakimın re’ sen ikame ettiği delillerle yükü taşıyan taraf lehine karar verilebilir. Yükün yerine

¹⁹¹⁴ *Goldschmidt*, s. 361.

¹⁹¹⁵ *Prütting*, s. 25, 34; *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, s. 170; Stein/Jonas/*Brehm*, vor §1, kn. 209, 210.

¹⁹¹⁶ *Prütting*, s. 25.

¹⁹¹⁷ *Musielak*, s. 39 ve 49; *Klicka*, Thomas, Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht Wien 1995, s. 14; *Lindacher*, Mitwirkung, s. 286;

¹⁹¹⁸ *Lindacher*, Mitwirkung, s. 286; *Musielak*, s. 39.

getirilmemesi her zaman olumsuz sonuç doğurmayacaktır ancak her olumsuz sonuç aleyhe karara yol açabilir¹⁹¹⁹.

IV. Usuli Yük ve Usuli Yükümlülük Olmayan İradi Taraf İşlemi

Yargılamada tarafın gerçekleştirme imkanı bulunan işlemlerden usuli yük veya usuli yükümlülük teşkil etmeyen işlemlerin tanımlanması için genellikle usuli yükün yerine getirilmemesinde muhakkak bir olumsuzlukla karşılaşılacağı kabulü kullanılmaktadır. İradi taraf işlemlerinin usuli yükümlülüklerden ayrımı zaten yükümlülüğün ihlali neticesinde yargılamanın ilerlemesine hizmet etmeyen bir sonuçla karşılaşılmasından Kanunun bu işlemi taraftan mutlaka beklemesinden yola çıkılarak yapılabilir. Usuli yükte tarafın işlemi gerçekleştirmesinin kendi isteğine bırakılması iradi taraf işlemleri ile ortak olmakla birlikte yükün veya iradi taraf işleminin yerine getirilmemesinin sonuçları mecburi olumsuzluk ve olumsuzluk meydana gelmemesi şeklinde ifade edilmeye çalışılmıştır. Buna göre davranışın yerine getirilmemesi taraf için muhakkak bir olumsuzluk meydana getiriyorsa usuli yük, aksi halde iradi taraf davranışı (*freiwillige Partei-handlung* veya *Handeln in natürlichem Parteiinteresse*¹⁹²⁰) söz konusudur.

Tarafın yargılamada yararına sonuç alma şansını yükselten her davranışın yük olarak belirtilmemesi gerektiği, usuli yükten söz edilebilmesi için yerine getirilmeyen davranışın belli derecede tarafın aleyhine sonuç doğurma tehdidinin bulunması gerektiği bu iki kavramın ayrılmasında ifade edilmiştir¹⁹²¹. Diğer görüşe göre ise tarafların usul hukukunda mevcut haklarını kullanmaları gerekmektedir ve bu nedenle hak olan bu işlemlerin hepsi usuli yükür¹⁹²². Ancak bu görüş tüm usuli işlem imkanlarının hepsinin usuli yük olarak nitelendirilmesini gerektirdiğinden eleştirilmiştir¹⁹²³. Bu nedenle kanunun taraftan beklediği işlem yük olarak ifade edilmeli ve gerçekleştirilmediği takdirde olası bir olumsuzluk tehdidi mevcut olmalıdır¹⁹²⁴. Kanunun davranışı bekleyip beklemediği sorusu ise sonucunda olumsuzluk riskinin olması ile belirlenebilir¹⁹²⁵. Olası bir olumsuzluğun somut şekilde öngörülemediği işlemler usuli yükten ayrı iradi taraf işlemi olarak nitelendirilmelidir¹⁹²⁶.

¹⁹¹⁹ Willemin, kn. 175.

¹⁹²⁰ Lindacher, Mitwirkung, s. 286.

¹⁹²¹ Lindacher, Mitwirkung, s. 286.

¹⁹²² BSK ZPO/Willisegger, Art. 232, kn. 3.

¹⁹²³ Willemin, kn. 182.

¹⁹²⁴ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 75.

¹⁹²⁵ Willemin, kn. 184.

¹⁹²⁶ Willemin, kn. 183.

Kısaca usuli yük ve iradi taraf işlemi arasındaki fark, yerine getirilmedikleri takdirde somut ve öngörülebilir bir usuli dezavantajın varlığı ile ortaya konabilir. İradi taraf işlemi gerçekleştirildiğinde tarafın durumunu iyileştirebilir ve yargılamadaki şansını artırabilir. Gerçekleştirilmediğinde ise taraf için bir olumsuzluk söz konusu olmayacaktır. İşlem yapılmadığında bunun sonucu belli bir usuli dezavantaj değildir, sadece yararına olacak sonuçtan mahrum kalmış olabilir.

Konumuz açısından ispat faaliyetindeki iradi taraf işlemleri tarafın tanıklara, bilirkişiye ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere soru sorması (m. 152), tarafın keşfe katılması, tarafın delillerin değerlendirilmesine katılması (m. 184) ve isticvapta tarafın soru sormasıdır. Konumuz kapsamında çalışmamızda sadece isticvapta tarafın soru sorması iradi taraf beyanı incelenecektir.

V. İsticvapta Tarafın Karşı Tarafa Soru Yönelmesi

Tarafın, diğer tarafın isticvabı sırasında soru sorma hakkını kullanabilmesi konusunda isticvap başlıklı ayırımda bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece 173. maddenin üçüncü fıkrasında isticvap esnasında karşı tarafın ve vekilinin hazır bulunabileceği belirtilmiştir. Buradan hareketle tarafın soru sorma imkanı çıkarılamamaktadır. Tarafın soru yönelme imkanının düzenlendiği 152. maddede tarafın ve vekilinin tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya katılan diğer kişilere soru yöneltebileceği vurgulanmıştır. Burada açıkça tarafa soru sorulabileceği düzenlenmemekle birlikte kanaatimizce diğer kişilerin içine tarafı dahil edebiliriz. Ayrıca madde gerekçesinde “*Canlı ve sözlü gerçekleşen bu aşamada, tanık, taraf, bilirkişi ve diğer kişilere soru sorulması önemli bir yargılama işlemidir.*” denilerek tarafa da taraf ve vekilince soru yöneltebileceği gösterilmektedir.

Alman hukukunda tanıklığa ilişkin isticvaba uygulanacak hükümler arasında tarafın tanığa soru sorması yer almaktadır (dZPO § 451, § 397). Buna göre sorgulanan taraf, karşı tarafın veya vekilinin sorularını yanıtlamakla yükümlüdür¹⁹²⁷. İsviçre hukukunda da isticvap kapsamında tarafın soru sorabileceği isticvap düzenlemelerinde açıkça belirtilmemekle beraber tanık beyanlarının tutanağa geçirilmesi ile ilgili sZPO Art. 176’ya atıf yapmaktadır ve bu maddede tutanağa tarafların sorduğu soruların da geçirileceği ifade edilmektedir. Buradan

¹⁹²⁷ Wicczorek/Schütze/*Völzmann-Stickelbrock*, § 451, kn. 6.

hareketle tarafın tanığa soru sorma hakkının isticvap kapsamındaki sorgulamalarda da mevcut olduğu sonucu çıkmaktadır.

Tarafın delil ikamesine aktif olarak katılmasını sağlayan soru sorma hukuki dinlenilme hakkının bir gereği kabul edilmektedir¹⁹²⁸. Hukuki dinlenilme hakkı ile bağlantılı olarak ispat hakkının gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir¹⁹²⁹. Vakıa hakkında bilgisi olan tarafın, karşı tarafın sorgulanması sırasında ortaya çıkan çelişki ve eksiklikleri tespit etmesi ve bunlara soruları aracılığıyla dikkat çekmesi mümkündür¹⁹³⁰. Ayrıca tarafın soru sormasının amacı beyanın güvenilirliğini test edebilmek ve delil değerini sorgulayabilmektir¹⁹³¹. Bu nedenle tarafın lehine sonuç çıkarmak için karşı tarafa soru yöneltmesi ispat hakkını gerçekleştirmesi için önem taşımaktadır.

Tarafın sorgulandığı vakıa hakkında bilgi alınması isticvaptaki temel amaç olduğundan hakim tarafından sorulan soruların yetersiz görülmesi karşı tarafın harekete geçmesini ve eksik soruları tamamlamasını gerekli kılar. Hakimin yaptığı sorgulamanın ayrıntılı ve derin olması tarafın soru sormasını gereksiz kılacaktır¹⁹³². Özellikle istinabe yolu ile isticvabın gerçekleştirilmesinde tarafın ve vekilinin soru sorması mühimdir. Davanın detaylarına istinabe hakiminden daha vakıf olan taraf ve vekilinin sorgulamaya dahil olması ve amaca yönelik sorular sorabilmesi isticvabın amacına ulaşmasına hizmet edecektir.

Hakimin soru sorması, tarafa göre önceliklidir¹⁹³³. Yargılamanın sevk ve idaresi hakimin görevi olduğundan ve delillerin değerlendirmesini hakim yapacağından isticvap edilen tarafa sorular öncelikle hakim tarafından sorulmalıdır. Bunu tarafın ancak hakim aracılığı ile soru sormasından da anlayabiliriz¹⁹³⁴. Ayrıca tarafın soruları için hakimin takdir hakkı bulunması ve izninin gerekli olması da öncelik sonralık ilişkisini ortaya koymaktadır¹⁹³⁵.

¹⁹²⁸ Stein/Jonas/**Berger**, § 397, kn. 1; Wiczorek/Schütze/**Ahrens**, § 397, kn. 3; BK ZPO/**Bühler**, Art. 191-192, kn. 75; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Weibel/Walz**, Art. 173, kn. 2; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 98, 99.

¹⁹²⁹ **Nissen**, s. 736; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/**Weibel/Walz**, Art. 173, kn. 2.

¹⁹³⁰ **Lorenz**, kn. 353; **Müller**, H. A., s. 499.

¹⁹³¹ BK ZPO/**Rüetschi**, Art. 173, kn. 4; **Nissen**, s. 722.

¹⁹³² **Balzer**, Christian/**Walther**, Bianca, Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess, Berlin 2018, kn. 182.

¹⁹³³ Wiczorek/Schütze/**Ahrens**, § 397, kn. 4; Stein/Jonas/**Berger**, § 397, kn. 1. Tarafın soru sormasının hakime göre ikincil olmasının ispat hakkını ihlal etmediği yönünde bkz. **Nissen**, s. 688.

¹⁹³⁴ Tarafın sorularını ancak hakim aracılığı ile sormasının ispat hakkını sınırlandırdığı yönünde bkz. **Nissen**, s. 688, 689.

¹⁹³⁵ **Uysal**, s. 248.

Soruların konusu ve sorular hakkında sınırlamalar bulunmaktadır. Sorular isticvap konusunun yani ispat konusunun dışına çıkmamalıdır, zira taraflarca getirme ilkesi hakimın tarafın sorduğu sorularla ispat konusu dışına çıkılmasını engellemesini gerekli kılar¹⁹³⁶. Yahut tarafın soru sorma amacı ile konuşmaya başlayarak kendisi için beyanda bulunması da engellenmelidir.

Sorulmasına müsaade edilmeyen sorular, tarafın cevap vermesi gerekmeyen ve cevap vermemesinin delil değerlendirilmesine konu olmadığı sorulardır. İsticvap konusunu aşan sorular, yargılamaya taşınmayan vakıaları konu alan sorular, tarafın meslek sırrı vb. nedenlerle susmasını gerektiren sorular, tarafın algılarından ziyade değerlerini konu alan sorular, tarafın çekinme hakkının mevcut olduğu ve bu hakkını kullandığı vakıayı konu alan sorular, cevabını içinde barındıran yönlendirici sorular veya sadece evet-hayır şeklinde cevaplanacak sorular, halihazırda cevaplanmış sorular sorulamayacak sorular arasında sayılmaktadır¹⁹³⁷.

Uygun olmayan sorular hakimın takdirinde olmakla birlikte, bu sorular muhakkak hakim tarafından reddedilmelidir¹⁹³⁸. Kaldı ki soruların hakimın onayından geçmesi, hakim aracılığı ile sorulması uygun olmayan veya tarafı şaşırtacak soruların sorulmasının engellenmesi amacını taşımaktadır¹⁹³⁹. Sorulması uygun bulunmayan ve reddedilen soruların da tutanağa geçirilmesi gerekmektedir, bu kanun yolu denetimi açısından yararlıdır¹⁹⁴⁰. İçerik olarak sorulabilecek ancak sorulma şekli ile uygun olmayan sorular -örneğin yönlendirici sorular- hakim tarafından düzeltilerek sorulabilir¹⁹⁴¹. Aynı şekilde avukatın direkt olarak sorduğu soruların sorulma şeklinin uygun olmaması halinde hakim tarafından hemen kesilmeli ve düzeltilmesi mümkünse sorunun düzeltilerek sorulması sağlanmalıdır¹⁹⁴². Tarafın veya vekilinin agresif sorularından isticvap edilen tarafın korunması mahkemenin görevidir¹⁹⁴³.

Hukukumuzda tarafın diğer tarafa doğrudan soru yöneltme imkanı bulunmamaktadır, bu ancak vekil aracılığı ile yapılabilir. Hakimın tarafın sorduğu soruyu yöneltmesi karşı tarafın korunmasını, şaşırtıcı ve yönlendirici sorular ile karşı karşıya kalmasının engellenmesini

¹⁹³⁶ Müller, H. A., s. 498.

¹⁹³⁷ Prütting/Gehrlein/*Trautwein*, § 397, kn. 4; Zöller/*Greger*, § 397, kn. 3; Wieczorek/Schütze/*Ahrens*, § 397, kn. 12; Stein/Jonas/*Berger*, § 397, kn. 6; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Weibel/Walz*, Art. 173, kn. 3; DIKE Komm. ZPO/*Müller*, Art. 173, kn. 13. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Uysal*, s. 250 vd.

¹⁹³⁸ Wieczorek/Schütze/*Ahrens*, § 397, kn. 4.

¹⁹³⁹ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Weibel/Walz*, Art. 173, kn. 6.

¹⁹⁴⁰ BK ZPO/*Rütschi*, Art. 173, kn. 11.

¹⁹⁴¹ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Weibel/Walz*, Art. 173, kn. 6.

¹⁹⁴² Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/*Weibel/Walz*, Art. 173, kn. 7.

¹⁹⁴³ Müller, H. A., s. 499.

amaçlamaktadır. Alman ve İsviçre¹⁹⁴⁴ hukukunda taraf soruları hakim aracılığıyla sorulabileceği gibi hakimin takdirine göre doğrudan da sorabilmektedir. Kanaatimizce tarafın sorularının uygunluğu hakimce takdir edildikten sonra tarafça direkt sorulmasında sakınca bulunmamaktadır. Buna karşılık yargılamanın sevk ve idaresi hakimin görevi olduğundan ve çapraz sorgu hukukumuzda düzenlenmediğinden bu imkan mevcut değildir¹⁹⁴⁵. *Deren-Yıldırım*'a göre isticvaptan taraf beyanlarının güvenilirliğinden şüphe edilmesi nedeniyle çekinilmesinin çaresi bu beyanların çapraz sorgu vasıtasıyla denetlenebilmesidir¹⁹⁴⁶.

Son olarak tarafın dinlendiği oturuma mazereti nedeniyle katılamayan tarafın sorularını yazılı olarak iletebilmesi mümkün olmalıdır. Sorgulamadan sonra mazeretin iletilmesi ve kabul edilmesi halinde ise bu sorular kapsamında isticvabın tekrar etmesi gerekebilir¹⁹⁴⁷.

¹⁹⁴⁴ Müller, H. A., s. 499.

¹⁹⁴⁵ Müller, H. A., s. 499.

¹⁹⁴⁶ *Deren-Yıldırım*, Das neue türkische Zivilprozessgesetz, s. 10.

¹⁹⁴⁷ BK ZPO/*Rüetschi*, Art. 173, kn. 9.

SONUÇ

Bu çalışma ile vardığımız sonuçlar aşağıda şu şekilde sıralanmıştır:

1. Taraf beyanı yargılamanın tümünde mevcuttur ve farklı rollere sahiptir. İspat faaliyetinde sadece delil olarak bulunmamaktadır ve birden çok görünüme sahip olabilir. İspat konusundaki çelişkilerin, açık olmayan hususların aydınlatılması amacıyla hakim tarafın beyanına başvurulması bir delil olarak değerlendirilemez, ancak ispat konusunun ortaya konmasını sağlamaktadır. Bu nitelikteki taraf beyanı ispat faaliyeti için yardımcı olmasına rağmen vakıanın ortaya konmasını sağlamamaktadır. Bilgi ve kanaat oluşturma aracı olarak taraf beyanı, delillerin sınırlı olarak sayıldığı usul hukuku sistemlerinde ispat faaliyetinde kullanılan taraf beyanlarını nitelendirmek için kullanılmaktadır. Bu beyanların delil olan taraf beyanından ayrılması için genellikle pozitif düzenlemedeki farklılıklar kriter olarak gösterilmiştir. Delillerin sınırlı olmadığı, beyanın delillerin değerlendirilmesine konu olduğu ve sadece ikrar sonucunun amaçlanmadığı sistemlerde taraf beyanları delil olarak nitelendirilmelidir. Taraf beyanının delil olarak nitelendirildiği hallerde ise taraf beyanına güvensizlik dolayısıyla ispat gücü düşürülmeden diğer delillerle eşdeğer görüldüğü başlı başına bir delil olması; beyanlardan en iyi sonucu alabilmek amacıyla diğer deliller ikame edilmeden başvurulmasını hedefleyen birincil delil olması; diğer delillerle oluşan kanaatin tamamlanması ve desteklenmesi amacıyla tamamlayıcı delil olması; ancak mevcut delillerin ikamesinden sonra toplanabilen tali delil olması mümkündür. Tali delil ile tamamlayıcı delil arasındaki fark, tali delil olarak taraf beyanının tek başına kanaat oluşturabilmesidir.

İsticvabın hukuki niteliği taraf beyanına olan güvensizlik, mehzaz kanundaki düzenlemeler, Kanunda deliller bölümünde sayılmamış olması nedeniyle delil olarak kabul edilmemektedir. Sadece ikrar elde etme aracı olarak görülmektedir. Aksi yönde isticvabın delil türlerinden biri olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Hukukumuzda delillerin sınırlı olarak sayılmamış olması, taraf beyanlarına takdiri delil olarak ancak isticvap vasıtasıyla ulaşılabilmesi, Kanunda tarafın lehine ve aleyhine beyanları arasında fark gözetilmemesi ve delil tanımından hareketle isticvabın takdiri delil niteliğinde olduğu sonucuna ulaşmaktayız.

2. Taraf beyanının, ispat faaliyeti ile ilgisi olan ve taraf beyanı içeren diğer kurumlarla farkı özellikle fonksiyonları açısından ortaya konmalıdır. Vakıayı ispat konusu olmaktan çıkarmak, şekli ispat kuvveti ile ispatlanmış sayılmasını sağlamak veya ispat

konusundaki çelişkileri ve eksiklikleri gidermek gibi işlevler isticvaba ait değildir. Takdiri delil olarak taraf beyanının işlevi vakıayı çekişmesiz kılmaktan ziyade vakıanın taraf beyanı ile ortaya konması ve tespitidir. Bu işlev tarafın vakıayı ikrar etmesi ile sağlanacağı gibi hakimin beyanları değerlendirmesi ile de sağlanabilir. Bunun yanında benzer kurumlardaki beyanların temininde usul farklılıkları da dikkat çekmektedir.

3. Taraf beyanına tarafın yargılamadaki yararı nedeniyle her zaman şüpheyile bakılmıştır, aynı zamanda tarafın vakıaları en iyi bilen kişi olması sebebiyle bu beyanlardan vazgeçilememiştir. Bu dengeyi sağlamak için beyanların güvenilirliği dini vasıtalarla gerçekleştirilmeye çalışılmış ve şekli ispat kuvveti tanınmıştır. Modern usul hukuklarında görülmektedir ki delillerin serbestçe değerlendirilmesi ile şekli ispat kuvveti bağdaşmamaktadır ve yargılamada dini değerlerle bağdaşan yemin terk edilmektedir. Hukukumuzda olduğu gibi yemin ve isticvabın bir arada bulunduğu karma sistem mukayeseli hukukta tercih edilmemektedir ve sınırlamalarla dahi de olsa taraf beyanının sadece takdiri delil olarak mevcudiyeti sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu yönelim göz önüne alınarak delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi güçlendirilmeli ve modern usul hukukuna ait olmayan yemin delili terk edilmeli ve takdiri delil olarak isticvap güçlendirilmelidir.
4. İsticvapta beyanı alınacak kişi davanın tarafıdır. Şekli taraf kavramına göre davanın tarafı net olmakla birlikte kanuni temsilci ve dava takip yetkilisi söz konusu olduğunda isticvabın niteliği gereği beyanı alınacak kişinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Dava yetkinliğinin söz konusu olduğu hallerde vakıa hakkında bilgi sahibi olan kişi taraf olamadığından ancak tanık olarak dinlenebilir, isticvap edilecek kişi dava yetkinidir. Tanığın davada yararının bulunması hali beyanların değerlendirilmesinde dikkate alınabilir. Bu yöndeki görüşümüzden farklı olarak Kanunda ayırt etme gücüne sahip ergin olmayan veya kısıtlanmış kişinin isticvabının, dava ehliyeti ve dava takip yetkisi kurumlarının farklılığından dolayı hakimin takdirine bırakılması gerekmektedir.

Yargılamada üçüncü kişi olarak nitelendirilen dava arkadaşlarının isticvap kapsamında beyanlarının alınması davanın tarafı olmalarına göre belirlenecektir. Vakıa ile ilgili üçüncü kişi olma hali beyanların isticvap kapsamında değil tanıklık kapsamında alınmasını gerektirir. Tarafların ortak vakıalar ile ilgili tanık ve taraf olarak dinlenilmesi delillerin değerlendirilmesi açısından önem arz eder.

Üçüncü kişi olan fer' i müdahilin isticvabı, hukuki dinlenilme hakkının gerçekleştirilmesi ve davanın aydınlatılması için hakimin re' sen isticvap imkanını

kullanabilmesi bakımlarından değerlendirilmeli ve bu yönde bir düzenleme yapılmalıdır.

5. İsticvabın konusunun davanın temelini oluşturan vakıalar ve bunlarla ilişkili hususlar (emare vakıalar) olarak Kanunda belirtilmesi, kurumun işlevinin ispat faaliyetinde vakıanın tespiti olduğunu göstermektedir. Bu yönde ispatın konusunu oluşturan vakıalar ve delilin bu vakıalar için elverişliliği isticvap için de geçerli olacaktır.
6. İkrar ile isticvabın sebep sonuç ilişkisinin koparılması bizi tarafın beyanının takdiri delil olduğu dolayısıyla re' sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda dahi kullanılabileceği sonucuna ulaştırmaktadır. İkrarın hakimi bağlamayacak olmasının tarafın ispat vasıtası olarak beyanını kullanmasına engel gösterilmesi ispat hakkının ihlalidir.

İsticvap için talepte bulunabilecek taraf açısından Kanunda bir sınırlama bulunmamaktadır. buna rağmen beyanı alınacak tarafın, dolayısıyla isticvap talep edebilecek tarafın ispat yüküne göre belirlenmesi, kurumun ikrar elde etme amacı ile tesis edildiği görüşünden türemektedir. Ayrıca tamamlayıcı yeminden kalma alışkanlıkla taraf beyanlarına ancak kanaatin tam olarak tesis edilememesi hallerinde başvurulması ile isticvabın tali veya tek başına taraf beyanlarına ispat gücü tanınmayarak tamamlayıcı nitelikte görülmesi, kuruma başvuruyu sınırlandırmaktadır. Şekli ispat kuvvetini haiz olmayan ve hakimın serbestçe değerlendirilmesine konu olan isticvabın bu sınırlandırmalardan kurtulması, taraf beyanına olan güvensizliğin delillerin serbestçe değerlendirilmesi ile aşılabileceğinin benimsenmesine bağlıdır.

Hakimin kendiliğinden başvurabileceği isticvap, ispat faaliyetinde en önemli araç olabilen taraf beyanına erişimi sağlamaktadır. Re' sen isticvaba başvuru için diğer delillerin tüketilmesi, halihazırda vakıanın mevcudiyeti için bir ihtimalin olması ve beyanların kanaat oluşturacağına dair bir öngörünün bulunması gibi şartlar delillerin serbestçe değerlendirilmesine, delilin ikame edilmeden değerlendirilmesi yasağına, ispat hakkına aykırıdır. Re' sen isticvap edilecek tarafın belirlenmesinde delilin elverişliliği öncelikle dikkate alınmalıdır, bunun yanında hakimın taraf hakkında yargılamadaki izlenimi de önem taşımaktadır.

İspat güçlüğünün söz konusu olduğu hallerde tarafın tek delili kendi beyanları olabilir. Bu beyanların yargılamada kanaate esas alınamaması, tarafın kendi lehine beyanlarının delil olamayacağı kabulüne dayanmaktadır. bu kabul ile hareket edildiğinde bir tarafın beyanları veya diğer delilleri ikame edilebilirken karşı taraf ispat güçlüğü içinde kalacak ve silahların eşitliğinin ihlali gündeme gelecektir. Bu ihlalin

giderilmesi için farklı görüşler ileri sürülse de hukukumuz açısından isticvabın ispat yükünden bağımsız tesisi ve re' sen isticvabın uygulanması sorunu ortadan kaldıracaktır.

7. İsticvabın gerçekleştirilmesi ile ilgili usul tanıklıkla ilgili hükümlere atıf yapılarak belirlenmiştir. Tarafın kendi yargılamasında tanık olması bu düzenlemenin sebebi olarak görülebilir. İsticvap kararında ayrıntıların bulunması kanun yoluna başvuruda önem taşımaktadır.

Taraf ile hakimin karşı karşıya gelmesinin kurumun niteliği gereği önemli olduğundan istinabe yolu ile isticvabın gerçekleşmesi için iki şartın öngörüldüğü kanaatindeyiz: Tarafın yargı çevresinde oturmaması ve tarafın ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenemeyecek olması. Bu nedenle hakimin isticvabı istinabe yolu ile gerçekleştirilmesinde takdir hakkı yalnızca istinabe şartları bulunduğu halde tarafı yüz yüze dinlemeye karar verebilecek olmasındadır.

Hakimin bizzat tarafı sorgulaması, avukatın bu sorgulamada özne olamaması ve yazılı not kullanılamaması, beyanların yanında tarafın izlenmesinin de önemini ortaya koymaktadır. Bu kadar önemli bir ispat faaliyetinin yargılamanın başında gerçekleştirilmesi beyanların sıhhatini güçlendirecektir.

Tarafın sorgulanması tamamen hakimin takdiri ile izleyeceği yönteme bırakılmasına rağmen beyanların alınması usulü üzerinde durulması, kurumun kullanımına ve güvenilirliğine, böylece yargılamalarda daha hızlı sonuç alınmasına hizmet edecektir. Sorunun veya soruların sorulma biçimi dava konusuna, ispat konusuna, tarafın yargılamadaki davranış ve tutumu dikkate alınarak belirlenmelidir. Beyanların tutanağa geçirilmesinde de yine hakimin takdirine göre bire bir veya özet şeklinde, dikte veya dolaylı yazdırma yöntemleri tercih edilmelidir.

8. Tarafın isticvap kapsamında duruşmaya katılma yükü bulunmaktadır. duruşmaya katılarak beyanda bulunması ise delil ikamesine katkı sağlama yükü kapsamında değerlendirilmelidir. Mazeretsiz olarak duruşmaya katılmaması veya duruşmaya katılarak beyanda bulunmaması halinin muhakkak ikrar ile neticelenmesi delillerin serbestçe değerlendirilmesi ile uyum içinde değildir. Mukayeseli hukukta yemin altında alınan beyanların dahi delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine tabi olması, tarafın beyanda bulunmaktan kaçınmasının da serbestçe değerlendirilmesi taraf beyanı delilinin niteliği gereği hakime geniş takdir hakkı verilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamaması usul hukukunda genel bir ilke olarak kabul edilmemelidir zira tarafın

beyanda bulunmaktan kaçınması belli hallerde hak olarak tanınmıştır. Medeni usul hukuku ile tarafın yararının ve haklarının gözetilmesi arasındaki ilişkide, beyanlar ile tarafın kendi aleyhine cezai tatbikata neden olacak olması konusunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına ağırlık vermelidir.

Taraf beyanının takdiri delil olması ve değerlendirilmesinde karşılaşılan en büyük handikap bu beyanlara tanınan delil değeridir. Tarafın yargılamada yararının bulunması ve şekli ispat kuvvetini haiz yemin delilinin mevcudiyeti dolayısıyla beyanlarına olan güvensizlik, delil değerinin tanınmamasına veya düşük görülmesine neden olmaktadır. İspat gücü ve tarafın vakıa hakkındaki en iyi bilgiye sahip olması lehe beyanlara diğer delillerle eşdeğer ispat kuvvetinin tanınmasını gerektirmektedir. Öte yandan tarafın aleyhe beyanlarının hukukumuzda yalnızca ikrar sonucu doğurması, hakimin takdirine alan tanınmaması isticvabın değerlendirilmesi açısından bir diğer yeni düzenleme gerektiren konudur. Taraf beyanı delil olarak ancak delillerin serbestçe değerlendirilmesi ışığında hakimin takdirine bırakıldığında işlevini yerine getirebilecek ve beklenen faydayı sağlayabilecektir.

9. Taraf beyanına karşı mevcut güvensizliğin aşılması ve delil değerinin diğer delillerle eş görülmesi için bazı düzenlemeler yapılabilir. Mukayeseli hukuktaki örneklerde delillerin serbestçe değerlendirilmesine konu olan isticvap için yemin veya yalan beyanın cezalandırılması görülmektedir. Hukukumuzda yeminin delil olarak yer alması yerine taraf beyanının yemin ile güçlendirilmesi yahut dini temellerden ayrılarak yalan beyan için cezai yaptırım ön görülmesi ispat sistemimizi modernleştirecektir.
10. İspat faaliyetinde taraf beyanının takdiri delil olması halinde beyanda bulunma usuli yük teşkil etmekteyken, yine ispat faaliyetinde isticvap kapsamında mevcut beyanların usuli yük veya usuli yükümlülük olmayan bir şekli daha mevcuttur. Tarafın işlemi ile lehine durum oluşturması ancak işlemi gerçekleştirmemesinin usuli yükten farklı olarak öngörülebilir bir olumsuzluk tehlikesinin bulunmaması halinde iradi taraf işlemleri söz konusudur. İsticvapta, isticvap edilen tarafa diğer tarafın avukatının doğrudan veya tarafın hakim aracılığı ile soru sorması iradi taraf işlemi niteliğindedir. Soru sorulmaması bu taraf için somut bir olumsuzluk oluşturmayacaktır, ancak soruların yöneltmesi ile isticvaptan lehine bir sonuç alması mümkün olacaktır. Bu konu üzerinde ayrıca durmamızın nedeni isticvapta tarafın soru sormasının ayrıca belirlenmesi ve hukuki niteliğinin belirlenmesidir. Taraflarca getirme ilkesinin hakim olduğu yargılamada tarafın sorgulanmasına karşı tarafın soruları ile müdahale edebilmesi kurumun amacının gerçekleşmesine katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Adloff, Daniel. *Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess*. Tübingen, 2007.
- Adolphsen, Jens. *Zivilprozessrecht*. Baden-Baden, 2014.
- Aghte, Linda. *Die Vernehmung der minderjährigen Partei – eine kritische Untersuchung zu § 455 ZPO*. Remscheid, 2016.
- Ahrens, Hans-Jürgen. *Der Beweis im Zivilprozess*. Köln, 2015.
- Akil, Cenk. «Dava Yetkinliği.» *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* (Y. 2018 S. 36): 1-20.
- . «Hakimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi.» *AÜHFD* (Y. 2008 C. 57 S. 3): 1-32.
(Kendiliğinden)
- Alangoya, Yavuz. *Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı*. İstanbul, 1999 (Tıpkı Basım).
(Dava Ortaklığı)
- . *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*. İstanbul, 1979. (Dava Ortaklığı)
- . «Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler.» *Makaleler*. Derleyen: Mert Namlı. İstanbul, 2012: 21-84. (Tarafta İradi Olarak)
- Alangoya, Yavuz - M. Kamil Yıldırım - Nevhis Deren Yıldırım. *Medeni Usul Hukuku Esasları*. İstanbul, 2011.
- . *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*. İstanbul, 2006. (Tasarı)
- Alpay, Ece. *İngiliz ve Türk Hukukunda Sözlülük İlkesi*. İstanbul, 2020.
- Anders, Monika - Burkhard Gehle. *Zivilprozessordnung*. München , 2022.
- Ansay, Sabri Şakir. «Mahkemelerimizde Yemin.» *AÜHFD* (C. 11 S. 3 Y. 1954): 115-118.
- Ansay, Sabri Şakir. «Yemin.» *Adliye Ceridesi* (S. 4 Y. 1940): 255-296.
- Arens, Peter - Wolfgang Lücke. *Zivilprozessrecht*. München, 2020.
- Arens, Peter. «Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess.» *ZZP* (1983): 1-24.
- Arslan, Ramazan. *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*. Ankara, 1989.
- Arslan, Aziz Serkan. «Doğrudanlık İlkesi.» *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* (Y. 2014 C. 4 S.2): 133-144.
- Arslan, Ramazan - Ejder Yılmaz - Sema Taşpınar Ayvaz - Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara, 2020.

- Aşık, İbrahim. *Medeni Usul Hukukunda Keşif*. Ankara , 2019.
- Aşık, İbrahim, ve diğerleri. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara, 2022.
- Atıcı, Cansu. *Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti*. Ankara, 2021.
- Atalı, Murat - İbrahim Ermenek - Ersin Erdoğan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara, 2020.
- Atalay, Oğuz. *Menfi Vakıların Tespiti*. İzmir, 2001.
- Ayan, Mehmet. *Miras Hukuku*. Ankara, 2020.
- Ayar, Ahmet. *Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler*. İstanbul, 2019.
- Bahtiyar , Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul, 2021.
- Baker - McKenzie. *Schweizerische Zivilprozessordnung*. Bern, 2010. (SHK ZPO)
- Ballon, Oskar J. *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht Streitiges Verfahren*. Leykam, 2006.
- Balzer, Christian ve Bianca Walther . *Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess*. Berlin 2018.
- Başözen, Ahmet. *Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı*. Ankara, 2010.
- Baumbach, Adolf, ve diğerleri. *Zivilprozessordnung*. München, 2019.
- Baumgärtel, Gottfried. «Die Beweisvereitelung im Zivilprozess.» *Festschrift für Winfried Kralik* (Wien 1986): 63-74.
- Baumgärtel, Gottfried - Hans-Willi Laumen - Hanns Prütting. *Handbuch der Beweislast (Band I)*. Köln, 2019.
- Becker-Eberhard, Ekkehard. «Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları.» *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*. (Derleyen: M. Kamil Yıldırım) (Çeviren: M. Kamil Yıldırım). İstanbul, 2016: 17-38.
- Beckhaus, Gerrit M. *Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung*. Tübingen, 2010.
- Beinert, Jörg. *Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht*. Basel, 1963.
- Belgesay, Mustafa Reşit. *Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi C. II*. İstanbul, 1935.
- . *Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller*. İstanbul, 1940. (Deliller)
- Berg, Hans. «Die Prozessführungsbefugnis im Zivilprozessrecht .» *JuS* (Heft 12/1966): 461-466.
- Berkin, Necmeddin M. *Medeni Usul Hukuku Esasları*. İstanbul , 1969.
- . «Senetle İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları.» *İÜHFM* (Y. 1950 C. XVI S. 3-4): 799-821.
- . «İspat Hukuku'nda Senet Delili ve Yazılı Şekil.» *İÜHFM* (Y. 1946 C. 12 S. 4): 1175-1192. (İspat Hukuku'nda Senet Delili ve Yazılı Şekil)

- Bernhardt, Wolfgang. «Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess.» *Beiträge zum Zivilprozessrecht, Festgabe zum Siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg* (München, Berlin 1949): 9-50.
- Berti, Stephen V. *Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung*. Basel, 2011.
- Bilge, Necip ve Ergun Önen. *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*. Ankara, 1978.
- Bischofberger, Walter. *Parteiwechsel im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und des zürcherischen Zivilprozessrechts*. Zürich, 1973.
- Bogisch, Mario. *Nemo testis in re sua*. Frankfurt am Main. , 1998.
- Bolayır, Nur. *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakimin Rolü*. İstanbul, 2014. (Delillerin Toplanması)
- . *Medeni Usul Hukukunda Hakimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi*. İstanbul, 2019. (Hakimin Hukuku Re' sen Uygulaması İlkesi)
- Born, Ulrich. «Antrag auf Vernehmung des Beweisgegners, zugleich Einwilligung auf Vernehmung der beweispflichtigen Partei? — Zum Verhältnis der § 445, 447 ZPO.» *JZ* (1981): 775-779 .
- Börü, Levent. *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*. Ankara, 2016.
- Brönnimann, C. Jürgen. *Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht*. Bern, 1989.
- Brüggeman, Dieter. *Judex statutor und jude investigator*. Bielefeld, 1968.
- Brühl, Albrecht. *Die Rolle der Prozessführungsbefugnis im Zivilprozess*. Frankfurt am Main, 1970.
- Bracher, Nicolas. *Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess*. Basel, 2011.
- Braun, Johann. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. Tübingen, 2014.
- Brehm, Wolfgang. *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*. Tübingen, 1982.
- Brennemann, Harry. *Parteieid und Parteivernehmung in deutschen und ausländischen Recht*. Dresden, 1934.
- Brunner, Alexander, Dominik Gasser ve Ivo Schwander . *Schweizerische Zivilprozessordnung*. Zürich, 2016. (DIKE Komm. ZPO)
- Bruns, Patrick. «Gespräche unter 4 Augen im Zivil- und Arbeitsgerichtsprozess.» *MDR* (2010): 417-421.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara, 2021.

- Bühler, Alfred. «Parteibefragung und Beweisaussage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung.» *Haftpflichtprozess* (2013): 127-170.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul, 2021.
- Centner, Björn. *Iura Novit Curia in Internationalen Schiedsverfahren*. Tübingen, 2019.
- Coester-Waltjen, Dagmar. «Parteiaussage und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts.» *ZZP* (2000): 269-294.
- Çiftçi, Pınar. *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*. Ankara, 2018.
- Dahlmanns, Gerhard J. *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*. Aalen, 1971.
- De Boor, Hans Otto. *Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff*. Leipzig, 1941.
- Deren-Yıldırım, Nevhis. «Das neue türkische Zivilprozessgesetz.» *Informationsbrief der Deutsch-Türkischen Juristenvereinigung* (Jhrg. 21 Nr. 2/2012): 2-13. (Das neue türkische Zivilprozessgesetz)
- . «Gedanken zum formellen Parteibegriff.» *Festschrift für Kostas E. Beys* (Athen 2003): 251-266. (Gedanken zum formellen Parteibegriff)
- . «Hakimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar.» *Prof Dr. Baki Kuru'ya Armağan* (Ankara 2004): 817-832. (Hakimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar)
- . «Kanunyollarına Dair Bazı Düşünceler.» *Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı*. (İzmir 2007): 3-17.
- . *Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Subjektif Sınırları*. İstanbul, 1996.
- . «Fordert die Waffengleichheit die Legale Beweistheorie heraus?» *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre, Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag* (Tübingen 2021): 899-912. (Fordert die Waffengleichheit die Legale Beweistheorie heraus?)
- Dişel, Buse. *Dava Takip Yetkisi*. İstanbul, 2020.
- Diakonīs, Antonios. *Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess*. Tübingen, 2014.
- Direnisa, Efe. *Medeni Yargılamada Ön İnceleme Aşaması*. İstanbul, 2021.
- Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz . *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*. İstanbul, 2021.
- Dural, Mustafa ve Turgut Öz. *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*. İstanbul, 2021.
- Effer-Uhe, Daniel Oliver. *Die Parteivernehmung*. Baden-Baden , 2015.
- Eickmann, Karl Wilhelm. *Beweisverträge im Zivilprozeß*. Bochum, 1987.

- Ekşi, Nuray. «Yabancı Hukukun Tespiti ve Uygulanması – Mukayeseli Bir İnceleme.» *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* (Y. 2014 C. 3 S. 1): 3-96.
- Elgün Toğrul, Emel. *Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti*. Ankara, 2021.
- Erdönmez, Güray. «Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı.» *İstanbul Barosu Dergisi* (Y. 2013 C. 87 S. 5): 15-53.
- . *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti*. İstanbul, 2014. (Belgelerin İbrazı)
- Erdoğan, İhsan ve Dilşad Keskin. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*. Ankara, 2019.
- Erişir, Evrim. *Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti*. İzmir, 2007.
- Ertanhan, Mesut. *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*. Ankara, 2005.
- Fasching, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*. Wien , 1990.
- Fasching, Hans W. ve Andreas Konency . *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen 3. Band*. Wien , 2004.
- Fröhlich, Daniela. *Die Beweisvereitelung im Zivilprozess*. Würzburg, 2008.
- Frank, R. «Die Verschiebung von Prozessrechtverhältnissen mit Hilfe der gewillkürten Prozessstandschaft.» *ZZP* (1979): 321-351.
- Frank, Richard - Hans Sträuli - Georg Messmer - Niklaus Wiget - Gregor Wiget. *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*. Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1997.
- Gafner, Max. *Die Parteibefragung im schweizerischen Zivilprozessrecht*. Bern, 1919.
- Gasser, Dominik - Brigitte Rickli. *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkommentar*. Zürich, 2014.
- Gaul, Hans Friedhelm. «Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu.» *İlkeler Işığında Altında Medeni Yargılama Hukuku*. (Derleyen: M. Kamil Yıldırım) (Çeviren: Nevhis Deren-Yıldırım). İstanbul 2016: 75-106.
- . «Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses.» *AcP* (168. Band 1968): 27-62.
- Gayretli Aydın, Seda. «Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılması.» *DEÜHFD* (Y. 2017 C. 19 Özel Sayı Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan): 2101-2126.
- Gehri, Myriam A. - Ingrid Jent-Sørensen - Martin Sarbach. *ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (Orell Füssli Kommentar)*. Zürich, 2015. (OFK ZPO)
- Gehrlein, Markus. «Warum kaum Parteibeweis im Zivilprozess.» *ZZP* (1997): 451-475.
- Geiger, Jürg. *Streitgenossenschaft und Nebenintervention unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Zivilprozeßrechtes*. Aarau, 1969.

- Gerhardt, Walter. «Stein/Jonas: Kommentar zur Zivilprozessordnung Rezension.» *ZZP* (2001): 246-254.
- Giray, Faruk Kerem. «Milletlerarası Özel Hukuk Adaletinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi.» *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Y. 2011-2012 C. 8-9 S. 1-2, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan): 555-577.
- Glücklich, Heinz-Werner. *Parteivernehmung nach deutschem Zivilprozess*. Würzburg, 1938.
- Goeddecke, Wolfgang. *Die Parteivernehmung in ihrer Bedeutung für die prozessualen Grundbegriffe*. Düsseldorf, 1935.
- Goldschmidt. JW 1931 B. III, s. 2447.
- Goldschmidt, James. *Der Prozess als Rechtslage*. Aalen, 1986.
- Gomille, Christian. *Informationsproblem und Wahrheitspflicht*. Tübingen, 2016.
- Gottwald, Peter. «Grundprobleme der Streitgenossenschaft im Zivilprozess.» *JA* (1982): 64-71.
- Göksu, Mustafa. «Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk.» *Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. I* (Ankara 2009): 323-350.
- Görgün, Şanal - Levent Börü - Barış Toraman - Mehmet Kodakoğlu. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara, 2020.
- Greger, Reinhard. «Die Partei als Erkenntnis- und Beweismittel im Zivilprozess.» *MDR* (2014): 312-316.
- Groner, Roger. *Beweisrecht - Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht*. Bern, 2011.
- Grunsky, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts*. Bielefeld, 1974.
- . «Prozeßstandschaft.» *50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft Band III*. (2000): 109-126.
- Grunsky, Wolfgang - Florian Jacoby. *Zivilprozessrecht*. München, 2018.
- Guldener, Max. *Schweizerisches Zivilprozessrecht*. Zürich, 1979. (Zivilprozessrecht)
- . *Beweiswürdigung und Beweislast nach Schweizerischem Zivilprozessrecht*. Zürich, 1955.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Medeni Hukuk ve Medeni Usul Hukuku Boyutuyla Tereke (Miras Ortaklığı) Temsilcisi*. İstanbul, 2020.
- Gürdoğan, Burhan. «Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakıa ve Hukuk.» *AÜSBF Dergisi* (Y. 1956 C. 11 S. 3): 258-285.
- Habscheid, Walter J. «Das Recht auf Beweis.» *ZZP* (1983): 306 vd.
- . *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*. Basel und Frankfurt, 1986.
- Hacı, Can ve Ekin Tuna. *Milletlerarası Usul Hukuku*. Ankara, 2019.
- Hackenberg, Wolfgang. *Die Erklärung mit Nichtwissen*. Berlin, 1995.

- Hahn, Carl - Benno Mugdan. *Die Gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 2 Abteilung 1.* (Editör: Eduard Stegemann). Aalen, 1983.
- Hanağası, Emel. *Davada Menfaat*. Ankara, 2009. (Davada Menfaat)
- . *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*. Ankara, 2016. (Silahların Eşitliği)
- Harke, Jan Dirk. *Der Eid im klassischen römischen Privat- und Zivilprozessrecht*. Berlin, 2013.
- Hasenböhler, Franz. «Das Gericht im Spannungsfeld von Beweisanspruch und antizipierter Beweiswürdigung.» «Im Namen des Obergerichts», *Festschrift zur Pensionierung von Frau Dr. Magdalena Rutz* (Liestal 2004): 105-114.
- Hasenböhler, Franz - Sonia Yanez . *Das Beweisrecht der ZPO, Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Band I*. Zürich Basel Genf, 2015.
- Hauser, Robert. «Zur Beweisaussage im Zivilprozess.» *Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer* (1980): 617-631.
- Hausheer, Heinz - Hans Peter Walter. *Schweizerische Zivilprozessordnung*. Bern, 2012. (BK ZPO)
- Heintzmann, Walther. *Die Prozessführungsbefugnis*. Köln, 1970.
- Henckel, Wolfram. «Parteibegriff und Rechtskrafterstreckung.» *ZZP* (1957): 448-465. (Parteibegriff)
- . *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*. Heidelberg, 1961.
- Henssen, Ralf. «Pflicht zur Parteivernehmung oder Parteianhörung.» *jurisPR-ArbR* (2/2008 Anm. 6): 65-69.
- Holzhammer, Richard. *Österreichisches Zivilprozeßrecht*. Wien, 1976.
- . *Parteihäufung und einheitliche Streitpartei*. Wien-New York, 1966. (Parteihäufung)
- Hülsmann, Christoph. «Kein Geständnis während der Parteivernehmung? Zur erneuten Kehrtwende des BGH im Urteil vom 14. 3. 1995.» *NJW* (1997): 617-621.
- İmre, Zahit ve Hasan Erman. *Miras Hukuku*. İstanbul, 2021.
- İnceoğlu, Sibel. *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 4*. Ankara, 2018.
- İtişgen, Rezzan. *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı*. İstanbul, 2013.
- Jäckel, Holger. *Das Beweisrecht der ZPO*. Stuttgart, 2014.
- Jansen, Wilhelm. *Parteibefragung und Parteivernehmung im Zivilprozess in ihrem gegenseitigen Verhältnis zueinander*. Viersen, 1934.
- Jauernig, Othmar - Burkhard Hess. *Zivilprozessrecht*. München, 2011.

- Kale, Serdar. «Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (m. 149).» *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* (Y. 2013 C. 9 S. 25): 141-155.
- . *Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti*. İstanbul, 2010.
- Karaaslan, Varol. *Medeni Usul Hukukunda Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi*. Ankara, 2019.
- Kaser, Max - Karl Hackl. *Das Römische Zivilprozessrecht*. München, 1996.
- Katzenmeier, Christian. «Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß.» *JZ* (57. Jahrg., Nr. 11 (7. Juni 2002)): 533-540.
- Kaufmann, Martin. *Beweisführung und Beweiswürdigung Tatsachenfeststellung im schweizerischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess*. Zürich, 2009.
- Kaufmann, Urs. *Freie Beweiswürdigung im Bundesprivatrecht und in ausgewählten Zivilprozessordnungen*. Zürich, 1986.
- Kawano, Masanori. «Wahrheits- und Prozessförderungspflicht als Verhaltenspflicht der Parteien Gegeneinander.» *Festschrift für Wolfram Henckel* (Berlin New York, 1995): 411-422.
- Kaya, Cemil ve Recep Akcan. «Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı.» *İÜHFİM* (Y. 2009 C. LXVII S.1-2): 123-141.
- Kern, Christoph - Dirk Diehm. *Zivilprozessordnung*. Berlin, 2020. (Berliner Komm. ZPO)
- Keser, Salih. *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı*. İstanbul, 2016.
- Kılıçoğlu, Evren. *Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller*. İstanbul, 2021.
- Kiraz, Taylan Özgür. *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*. Ankara, 2013.
- Klicka, Thomas. *Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht*. Wien, 1995.
- Kluth, Peter - Julius Böckmann. «Beweisrecht - Die zivilprozessuale Partei im Zeugenmantel.» *MDR* (2002): 616-621.
- Koch, Raphael. *Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess*. Tübingen, 2013.
- Kocher, Eva. «Für eine Gleichbehandlung von Parteien und Zeugen Zum Beweis des Inhalts eines Vier-Augen Gesprächs.» *NZA* (2003): 1314-1317.
- Kodakoğlu, Mehmet. *Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale*. Ankara, 2018.
- Kodek, Georg E. - Peter G. Mayr. *Zivilprozessrecht*. Wien, 2011.
- Kofmel, Sabina. *Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren*. Bern, 1992.
- Kollhossner, Helmut. «Rezension: Konstantin Polyzogopoulos, Parteianhörung und Parteivernehmung in ihrem gegenseitigen Verhältnis.» *ZZP* (91): 102-107.
- Konuralp, Haluk. *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*. Ankara 2009. (İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları)

- . *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*. Ankara, 2009.
- Krapoth, Fabian. *Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess*. München, 1996.
- Köroğlu, Anıl ve Fatih Tahiroğlu. «Medeni Usul Hukukunda Tanık Delilinden Vazgeçme.» *TAÜHFD* (2020/1): 221-248.
- Krönig, Ernst. «Die Bedeutung der Beweislast für die Parteivernehmung und -vereidigung.» *MDR* (1949): 735-735.
- Krüger, Wolfgang - Thomas Rauscher. *Münchener Kommentar zur ZPO*. München, 2020. (MüKo ZPO)
- Kummer, Max. *Grundriss des Zivilprozessrechts*. Bern, 1984.
- Kuntschen, Sibylle. *Die antizipierte Beweiswürdigung im schweizerischen Zivilprozess*. Zürich, 2021.
- Kurt Konca, Nesibe. *Medeni Usul Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü*. Ankara, 2016.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I*. İstanbul, 2001.
- . *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. II*. İstanbul, 2001.
- . *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. III*. İstanbul, 2001.
- . *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt IV*. İstanbul, 2001.
- . *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. Ankara, 2013. (İcra ve İflas Hukuku)
- . *Medeni Usul Hukuku El Kitabı C. I*. Ankara, 2020. (C. I)
- Kwaschik, Annett. *Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess*. Tübingen, 2004.
- Kwiatek, Jan Feliks. *Die Parteibefragung als Beweismittel im Zivilprozess*. Bern, 1927.
- Lamberti, Andrea - Wolf Stumpf. «Die Parteivernehmung von Amts wegen – „Woher“ und „Wohin“.» *NJOZ* (2009): 1860-1868.
- Lang, Johannes. *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung*. Berlin, 1999.
- Lang, Sonja. *Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO*. Frankfurt am Main, 2007.
- Lange, Hans Dieter. «Parteianhörung und Parteivernehmung.» *NJW* (2002): 476- 483.
- Laumen, Hans-Willi. «Der Grundsatz “nemo tenetur edere contra se” in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof.» *Festschrift für Hanns Prütting* (Köln 2018): 391-400.
- Lent. «Geständnis im Anwaltsprozeß.» *NJW* (1953): 621-622.
- Lent, Friedrich. «Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozess.» *ZZP* (1954): 344 - 356.

- Leuenberger, Christoph. «Protokoll der Zeugeneinvernahme im Zivilprozess.» ZZZ (25/2011): 19-22. (Protokoll)
- . «Parteibefragung und Beweisaussage im Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung.» *Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler* (Zürich, Basel, Genf 2008): 47-64. (Parteibefragung und Beweisaussage)
- Leuenberger, Christoph - Beatrice Uffer-Tobler. *Schweizerisches Zivilprozessrecht*. Bern, 2010.
- Lienhard, Andreas. «Beweislast und Beweislastumkehr im Schweizer Privatrecht.» ZZZ (2021): 389-403.
- Lindacher, Walter F. «Die Streitgenossenschaft.» *JuS* (Heft 5 1986): 379-384.
- . «Zur Mitwirkung der Parteien bei der Ermittlung ausländischen Rechts.» *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag* (Tübingen 2001): 283 vd. (Mitwirkung)
- Lorenz, Tabea. *Beweiserhebung mittels Parteiaussage*. Zürich, 2019.
- Lorenz, Stephan. «Die Neuregelung der pre-trial-Discovery im US-amerikanischen Zivilprozessrecht-Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozeß.» ZZZ (1998): 35-65.
- Lötscher, Cordula. *Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess*. Basel, 2016.
- Lücke, Gerhard. «Die Prozeßführungsbefugnis.» ZZZ (1963): 1-31.
- Maelzer, Helene. *Vernehmung der Partei und Parteieid im reichsdeutschen, österreichischen und künftigen deutschen Zivilprozess*. Leipzig, 1931.
- Markus, Alexander R. - Melanie Huber-Lehmann . «Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung – Substantiierung und richterliche Fragepflicht.» ZBJV (154/2018): 269-296.
- Meier, Isaak. *Schweizerisches Zivilprozessrecht*. Zürich, 2010.
- Meyer, Hans. *Der Eid in den Zivilprozessordnungen des Kantons Luzern*. Lachen, 1947.
- Meyke, Rolf. «Zur Anhörung der Parteien im Zivilprozeß.» MDR (1987/5): 358-362.
- Moret, Sebastien. *Aktenschluss nd Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*. Zürich-Basel-Genf, 2014.
- Morhard, Peter. *Die Informationspflicht der Parteien bei der Erklärung mit Nichtwissen*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1993.
- Musielak, Hans-Joachim. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*. Berlin-New York, 1975.
- Musielak, Hans Joachim - Max Stadler. *Grundfragen des Beweisrechts*. München, 1984.
- Musielak, Hans Joachim - Wolfgang Voit. *Zivilprozessordnung*. München, 2020.

- Müller, Walter. *Der Parteieid in den Zivilprozessordnungen des Kantons Schwyz*. Wattwil, 1938.
- Müller, Artur. *Die Parteibefragung in der aargauischen Zivilprozeßordnung*. Zürich, 1937.
- Müller, Heinrich Andreas. «Beweisen nach der ZPO.» *“Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung” Festschrift für Isaak Meier* (Zürich-Basel-Genf 2015): 487-505.
- Müller, Henry. *Die Beweisaussage der Partei und deren Wahrheitssicherung nach den kantonalen Zivilprozessrechten und nach Art. 306 EStGB*. Zürich, 1946.
- Müller, Thomas. *Gesetzliche und Prozessuale Parteipflichten*. Zürich, 2001.
- Münks, Andrea. *Vom Parteieid zur Parteivernehmung in der Geschichte des Zivilprozesses*. Köln, Berlin, Bonn, München, 1992.
- Nagel, Heinrich. *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß*. Baden-Baden, 1967. (Grundzüge)
- . «Kann die Subsidiarität der Parteivernehmung in der deutschen ZPO noch vertreten werden?» *Festschrift für Walther J. Habscheid* (Bielefeld 1989): 195-203. (Subsidiarität der Parteivernehmung)
- Namlı, Mert. *Türk ve Fransız Hukukunda İsticvap ve Tarafların Dinlenmesi*. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007. (İsticvap)
- . «The Evidential Value of Interrogation in the Law of Civil Procedure.» *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul* (Y. 2019 S. 68): 69-83. (The Evidential Value of Interrogation)
- Nissen, Moritz. *Das Recht auf Beweis im Zivilprozess*. Tübingen, 2019.
- Noethen, Mark. «Parteivernehmung oder Parteianhörung bei einem allein zwischen Parteien geführten “Vier-Augen-Gespräch”?» *NJW* (2008): 334-337.
- Nomer, Ergin. *Davada Yabancı Kanun*. İstanbul, 1972.
- Oberhammer, Paul - Tanja Domej - Ulrich Haas. *Kurzkomentar ZPO*. Basel, 2021. (KuKo ZPO).
- Oberhammer, Paul. «Parteiaussage, Parteivernehmung und freie Beweiswürdigung am Ende des 20. Jahrhunderts.» *ZZP* (1999): 295-326.
- Oetker, Friedrich. *Konkursrechtliche Grundbegriffe Band 1 : Die Gläubiger*. Stuttgart, 1891.
- Orfanides, Georgios. «Probleme des gerichtlichen Geständnisses.» *NJW* (1990): 3174-3178.
- Oruç, Yakup. *İflas İdaresi*. Ankara, 2019.
- Öcal, Bahar. «Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri.» *AÜHFD* (Y. 2011 C. 60 S. 3): 523-570.

- Önen, Ergun. *Medeni Yargılama Hukuku*. Ankara, 1979.
- Özçelik, Volkan. «Yabancı Hukukun Uygulanmasında Taraf Rollerini.» *SDÜHFD* (Y. 2020 C. 10 S. 1): 190-220.
- Özbay, İbrahim ve Taner Emre Yardımcı. *Tebliğat Hukuku*. Ankara , 2021.
- Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*. Ankara, 2003.
- Öztan, Bilge. *Miras Hukuku*. Ankara, 2020.
- Pamukçu, Bengü. *Medeni Yargılama Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması*. İstanbul, 2020.
- Pantle, Norbert. «Beweiserhebung über offenkundige Tatsachen?» *MDR* (12/1993): 1166-1168.
- Papanikolaou, Dimitrios. *Die sekundäre Erklärungspflicht im Zivilprozess*. Berlin, 2018.
- Paulus, Christoph Georg. «Die Beweisvereitelung in der Struktur des deutschen Zivilprozesses — rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Betrachtungen.» *AcP* (1997 Bd. 197 H. 1/2): 136-160.
- Pekcanitez, Hakan ve Nedim Meriç. *Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*. İstanbul, 2020.
- Pekcanitez, Hakan, ve diğerleri. *Pekcanitez Usûl Hukuku, C. I.* İstanbul, 2017.
- . *Pekcanitez Usûl Hukuku, C. II.* İstanbul, 2017.
- Peksöz, Vildan. *Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri*. İstanbul, 2020.
- Peters, Egbert. «Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners.» *ZZP* (1969): s. 200 vd. (Beweisvereitelung)
- . *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozess*. Tübingen, 1983. (Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen)
- Pieronczyk, Anna Katharina - Marc-Christian Pieronczyk. «Die Streitgenossenschaft gem. §§ 59 ff. ZPO.» *JuS* (2020): 319-323.
- Planck, Julius Wilhelm. *Lehrbuch des Deutschen Civilprozess Band II*. Nördlingen, 1896.
- Polyzogopoulos, Konstantin. *Parteianhörung und Parteivernehmung in ihrem gegenseitigen Verhältnis*. Berlin, 1976.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu . *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul, 2014.
- Postacıoğlu, İlhan E. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul, 1975.
- . *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları*. İstanbul, 1964. (Şehadetle İspat Memnuiyeti)
- Prütting , Hanns. *Gegenwartsprobleme der Beweislast*. München, 1983.
- Prütting, Hanns - Markus Gehrlein. *ZPO Kommentar*. Köln, 2021.
- Prange, Kerstin. *Materiell-rechtliche Sanktionen bei Verletzung der prozessualen Wahrheitspflicht durch Zeugen und Parteien*. Berlin, 1995.

- Rüßmann, Helmut. «Einziehungsermächtigung und Klagebefugnis.» *AcP* (Band 172 Heft 6 1972): 520-554.
- Rassi, Jürgen C. T.,. «Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht Beweisbelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht.» *ZZP* (2008): 165-202.
- Rechberger, Walter H. «Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması.» *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*. (Çeviren: Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım.) İstanbul 2016: 1-16.
- Rechberger, Walter H. - Daphne-Ariane Simotta . *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*. Wien , 2017.
- Reinkenhof, Michaela. *Die Informationsbeschaffung durch Parteiaussagen im Zivilprozess unter Berücksichtigung rechtsvergleichenden Perspektive*. Hamburg, 2012.
- . «Parteivernehmung und „Vier-Augen-Gespräche“ - BVerfG.» *JuS* (2002): 645-649. (Vier-Augen-Gespräche)
- Rosenberg, Leo - Karl Heinz Schwab - Peter Gottwald. *Zivilprozessrecht*. München, 2018.
- Roth, Marianne. «Die Parteivernehmung als Voraussetzung eines fairen Zivilverfahrens nach Artikel 6 I EMRK.» *ZEuP* (1996): 484-498.
- Roth, Marienne - Richard Holzhammer - Andrea Holly. *Zivilprozessrecht*. Wien, 2012.
- Sändig, Martin. *Der Beweis durch Parteivernehmung*. Königsbrück , 1934.
- Saçar, Ömer Faruk. *Medeni Usul Hukukunda İhtiyari Dava Arkadaşlığı*. Ankara, 2022.
- Saenger, Ingo. *Zivilprozessordnung Handkommentar*. Zürich, 2021.
- Sarbach, Martin. «Gedanken zur Verhandlungsmaxime.» *ZBJV* (136/2000): 685-724.
- Schöpflin, Martin. *Die Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess*. Frankfurt am Main, 1992. (Die Beweiserhebung von Amts wegen)
- . «Die Parteianhörung als Beweismittel.» *NJW* (1996): 2134-2138. (Die Parteianhörung)
- Schellhammer, Kurt. *Zivilprozess*. C.F. Müller, 2020.
- Schilken, Eberhard. «Medeni Yargılamada Hakimin Rolü.» , *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku* (Derleyen: M. Kamil Yıldırım) (Çeviren: Nevhis Deren-Yıldırım). İstanbul 2016: 39-60. (Medeni Yargılamada Hakimin Rolü)
- . *Zivilprozessrecht*. München, 2014 .
- Schlosser, Peter. «Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne — Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 11.6. 1990.» *JZ* (1991/12): 599-608. (prozessuale Moderne)
- . *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*. Tübingen, 1968.

- . «EMRK und Waffengleichheit im Zivilprozess.» *NJW* (1995): 1404-1406. (EMRK und Waffengleichheit)
- Schmidt, Burkhard. «Die Begründung der Ablehnung einer Parteivernehmung nach § 448 ZPO.» *MDR* (1992): 637-640.
- Schmidt, Joachim P. *Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozess*. Berlin, 1972.
- Schmidt, Richard. *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig, 1910.
- Schmidt-Schondorf, Sibylle. «Menschenrechte im Zivilprozeß.» *JR* (1996): 268-269.
- Schneider, Egon. «Tendenzen und Kontroversen in der Rechtsprechung.» *MDR* (1998): 690-694.
- Schreiber, Klaus. «Die Prozessführungsbefugnis im Zivilprozess.» *JURA* (Heft 10/2010): 750-753.
- Schumacher, Peter. «Die Würdigung von Zeugen- und Parteiaussagen insbesondere im Zivilprozess.» *AJP* (2000): 1451-1462.
- Seidl, Erwin. *Römische Rechtsgeschichte und Römisches Zivilprozessrecht*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1971.
- Senn, Daniel. *Die Beteiligung wirkungsbetroffener Dritter im Zivilprozess dargestellt am Beispiel der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen gemäss Art. 706 f. OR*. Zürich, 2018.
- Sommerlad, Klaus - Joachim Schrey. «Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß und die Folgen der Nichtermittlung.» *NJW* (1991): 1377-1383.
- Spühler, Karl - Luca Tenchio - Dominik Infanger. *Schweizerische Zivilprozessordnung*. Basel, 2017. (BSK ZPO)
- Stürner, Rolf. «Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess.» *Festgabe für Max Vollkommer* (Köln 2006): 201-215. (Die Informationsbeschaffung)
- . «Die Partei als Beweismittel im europäischen Zivilprozeß.» *Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag am 27. November 2001* (Berlin New York, 2001): 529-539. (Die Partei als Beweismittel)
- . «Geschichtliche Grundlinien des europäischen Beweisrechts.» *Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag* (München 2000): 1171-1190. (Geschichtliche Grundlinien)
- . *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*. Tübingen 1976. (Aufklärungspflicht)
- . *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß*. Tübingen, 1982. (Die Richterliche Aufklärung)

- . «Parteianhörung und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts aus Schweizerischer Sicht.» *ZZP* (1999): 327-345. (Parteianhörung und Parteivernehmung)
- Staehelin, Adrian - Daniel Staehelin - Pascal Grolimund. *Zivilprozessrecht*. Zürich, 2019.
- Staehelin, Ernst. *Die Nebenparteien im Zivilprozess*. Basel und Frankfurt am Main, 1981.
- Stein, Friedrich - Martin Jonas. *Zivilprozessordnung Band 1*. Tübingen, 23. Auflage.
- . *Zivilprozessordnung Band 2*. Tübingen, 23. Auflage.
- . *Zivilprozessordnung Band 3*. Tübingen, 23. Auflage.
- . *Zivilprozessordnung Band 4*. Tübingen, 23. Auflage.
- . *Zivilprozessordnung Band 5*. Tübingen, 23. Auflage.
- Stickelbrock, Barbara. *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess*. Köln, 2002.
- Sunaric, Predrag. *Die Richtige Partei im Zivilprozessualen Erkenntnisverfahren*. Zürich, 2018.
- Sutter-Somm, Thomas. «Parteianhörung und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts aus schweizerischer Sicht.» *ZZP* (2000): 327-345.
- Sutter-Somm, Thomas - Franz Hasenböhler - Christoph Leuenberger. *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*. Zürich, 2016.
- Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul, 2013.
- Şener, Oruç Hami. «Medeni Yargılama Hukukunda Tarafların İsticvabı.» *YD* (Y. 1990 S. 1-2): 59-76.
- Taş Korkmaz, Hülya. *Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi*. İstanbul , 2021. (Gerçek Tarafın Belirlenmesi)
- . *Medeni Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği*. Ankara, 2014. (İradi Taraf Değişikliği)
- Taşpınar, Sema. «Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü.» *AÜHFD* (Y. 1996 C. 45 S. 1): 533-572.
- Tahiroğlu, Fatih. *Medeni Usul Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*. İstanbul, 2021.
- Tanner, Martin. «Antizipierte Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung.» *AJP* (2015): 735-749.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku, Cilt I*. Ankara, 2021.
- Taruffo, Michele. *Under the Auspices of the International Association of Legal Science, Volume XVI: Civil Procedure, Chapter 7: Evidence*. Tübingen-Boston-Lancaster, 2010.
- Teomete Yalabık, Fulya. *İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi İle Delillerin Toplanmasında Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*. İstanbul, 2016.

- Tercan, Erdal. *Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)*. Ankara, 2001.
- Thomas, Heinz - Hans Putzo. *Zivilprozessordnung*. München, 2021.
- Tok, Ozan. *Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı*. Ankara, 2016.
- Tok, Ozan ve Harika Koltaş. «Senetle İspat Kuralının Tesis Ediliş Amacı Bakımından Bazı Vakıaların İspatına İlişkin Değerlendirmeler.» *MÜHAD* (Y. 2016 C. 22 S. 3): 2665-2691.
- Topuz, Gökçen. *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*. Ankara, 2012.
- Toraman, Barış. *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi*. Ankara, 2017.
- Tsai, Chanlin. «Eine rechtsvergleichende Studie der europäischen Parteivernehmung - auch ihre Anwendung und Kodifikation in ROC.» *Tomos Pros Timn Gergiu Th. Rommus, in: T.1* (1979): 907-921.
- Tutumlu, Mehmet Akif. *Bilimsel Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi*. Ankara, 2002.
- Ulukapı, Ömer. *Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi*. Konya, 1997. (Tarafların Duruşmaya Gelmemesi)
- . *Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı*. Konya, 1991.
- Ulukapı, Ömer ve Taner Emre Yardımcı. «6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi.» *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Y. 2014 C. 16 Özel Sayı): 483-507.
- Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara, 2014.
- Umar, Bilge ve Ejder Yılmaz. *İspat Yüğü*. İstanbul, 1980.
- Unger, Klaus. «Vernehmung per Bildschirm-Telefon?» *NJW* (1984): 415-417.
- Uysal, Merve. *Der Zeugenbeweis und seine Grenzen im Rahmen der freien Beweiswürdigung*. Hamburg, 2021.
- Ünal Kaya, Hilal. *Die Mitwirkungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund letzter Reformen in Deutschland und der Türkei*, Berlin 2018.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*. İstanbul, 2000.
- v. Harrasowsky, Philipp Harras Ritter. *Die Parteienvernehmung und der Parteieneid nach dem gegenwärtigen Stande der Civilprozessgesetzgebung*. Wien, 1876.
- Varol Karaosmanoğlu , Gökçe. «Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi.» *AndHD* (C. 8 S. 1 Ocak 2022): 71-92.

- Volkmar. «Das neue Zivilprozeßgesetz vom 27. Oktober 1933.» *B. III, JW* 1933: 2427-2439.
- von Bar, Carl Ludwig. *Recht und Beweis im Civilprocesse*. Leipzig Tauchnitz, 1867.
- von Hippel, Fritz. *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*. Frankfurt am Main, 1939.
- von Holzen, Cristina. *Die Streitgenossenschaft im Schweizerischen Zivilprozess*. Basel-Genf-München, 2006.
- Vorwerk, Volkert - Christian Wolf. *BeckOK ZPO*. München, 2020.
- Wach, Adolf. *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts Band 1*. Leipzig, 1885.
- . *Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung*. Bonn, 1896. (Vorträge)
- Wagner, Gerhard. «Europäisches Beweisrecht.» *ZEuP* (2001): 441-514.
- . *Prozessverträge*. Tübingen, 1998.
- Walder Richli, Hans Ulrich - Beatrice Grob-Andermacher. *Zivilprozessrecht*. Zürich-Basel-Genf, 2009.
- Walter, Gerhard. *Freie Beweiswürdigung*. Tübingen, 1979.
- Walther, Jürgen. «Der Beweisantritt der nicht beweispflichtigen Partei.» *NJW* (1972): 237-238.
- Wandel, Richard. *Der Parteieid im Zivilprozess und die Frage seiner Reformbedürftigkeit bezw. Seiner Ersetzung durch die eidliche oder uneidliche Vernehmung der Parteien*. Mühlacker, 1933.
- Wassermann, Rudolf. *Alternative Kommentar zur Zivilprozessordnung*. Darmstadt, 1987. (AK ZPO)
- Waterstraat, Daniel. «Informationspflichten der nicht Risikobelasteten Partei im Zivilprozess.» *ZZP* (2005): 459-484.
- Weber, Wolfram. «Nochmals: Zum Beewisantritt der nicht beweispflichtigen Partei.» *NJW* (1972): 896-897.
- Wehmeier, Karl. *Die Parteivernehmung im deutschen und österreichischen Zivilprozeß*. Düsseldorf, 1939.
- Weibel, Heinrich. «Zur Beweisaussage der Parteien im Zivilprozess.» *Festschrift zur Pensionierung von Frau Dr. Magdalena Rutz* (Verlag des Kantons Basel-Landschaft 2004): 231-23.
- Wieczorek, Bernhard - Rolf A. Schütze . *Zivilprozessordnung und Nebengezetse, Band 4*. De Gruyter Berlin, 2013.
- . *Zivilprozessordnung und Nebengezetse, Band 2*. De Gruyter Berlin, 2018.
- . *Zivilprozessordnung und Nebengezetse Band 6*. De GruyterBerlin, 2014.
- . *Zivilprozessordnung und Nebengezetse, Band 3*. De Gruyter, 2013.

- Willisegger, Daniel . *Grundstruktur des Zivilprozesses - Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren*. Zürich, 2012.
- Winter, Herbert. *Die falsche Beweisaussage der Partei nach Art. 306 StGB*. Zürich, 1974.
- Wittschier, Johannes. *Die Parteivernehmung in der Zivilprozessualen Praxis*. Köln-Berlin-Bonn-München, 1989.
- Wittschier, Johannes. «Die Parteivernehmung (§§ 447, 448 ZPO) im Lichte der Entscheidung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 27.10.1993.» *DRiZ* (1997): 247-250.
- Witzthum, Hermann. *Die falsche Parteiaussage im Zivilprozess*. Strasbourg, 1926.
- Wuillemin, Nicolas. *Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO*. Zürich, 2018.
- Yaşar, Tuğçe Nimet. «Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması.» *MHB*)Y. 2013 C. 33 S. 2): 75-114.
- Yardımcı, Taner Emre. *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*. İstanbul, 2017.
- Yavaş, Murat. *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları*. Ankara, 2020.
- Yağcı, Uğur. «İsticvaba İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler, » *EÜHFD* (Y. 2012 C. XVI S. 1–2): 285-308.
- Yeşilova, Bilgehan. «Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği.» *TBB* (Y. 2009, S. 86): 47-101.
- Yıldırım, M. Kamil. «Avrupa İspat Hukuku Tablosu.» *Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan* (İstanbul 2006): 797-808. (Avrupa İspat Hukuku Tablosu)
- . «İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı.» *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan* (Ankara 2006): 679-692. (İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı)
- . «Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler,» *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan* (İstanbul 2003): 467-491. (Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler)
- . *Delillerin Değerlendirilmesi*. İstanbul, 1990. (Delillerin Değerlendirilmesi)
- . «Medeni Yargılamada Hakimin Rolü.» *MÜHFD* (Cilt 22, Sayı 3, 2016): 3027 - 3044. (Medeni Yargılama Hukukunda Hakimin Rolü)
- . «Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi.» *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*. (Derleyen: M. Kamil Yıldırım) İstanbul 2016: 107-128. (Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi)

- Yıldırım, M. Kamil ve Ozan Tok. «İtirazın Kaldırılması Yargılamasında Delil Başlangıcının Delil Değeri.» *MÜHAD* (Y. 2016 C. 22 S. 1): 241-250.
- Yılmaz, Ejder ve Tacar Çağlar. *Tebliğat Hukuku*. Ankara, 2013.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I*. Ankara, 2021.
- . *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II*. Ankara, 2021.
- . *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. III*. Ankara, 2021.
- . *İflas İdaresi*. Ankara, 1976.
- . *Medeni Yargılama Hukukunda Yemin*. Ankara, 2021. (Yemin)
- Yöney, Can. *Yabancı Hukukun Uygulanması*. İstanbul, 2018.
- Yves, Waldmann. *Informationsbeschaffung durch Zivilprozess*. Basel, 2009.
- Zeiss, Walter - Klaus Schreiber. *Zivilprozessrecht*. Tübingen, 2014.
- Zettel, Günther. *Der Beibringungsgrundsatz*. Berlin, 1977.
- Zöller, Richard. *Zivilprozessordnung*. Köln, 2020.
- Zwanziger, Bertram. «Arbeitsrechtliche Standardsituationen und Parteivernehmung.» *DB* (1997): 776-778.
- Zweidler, Thomas. «Die Würdigung von Aussagen.» *ZBJ* (1996): 105-127.

