



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



D. Nurdan KORKMAZ ÇETİN

HUKUK YARGILAMASINDA DELİLLERİN TOPLANMASINA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN
KATKIDA BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE KAÇINMA HAKKI

Özel Hukuk Anabilim Dalı
Doktora Tezi

Antalya, 2025



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



D. Nurdan KORKMAZ ÇETİN

HUKUK YARGILAMASINDA DELİLLERİN TOPLANMASINA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN
KATKIDA BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE KAÇINMA HAKKI

Danışman

Prof. Dr. Nedim MERİÇ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2025

T.C.
Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Döne Nurdan KORKMAZ ÇETİN'in bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk
Anabilim Dalı Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Üye (Danışmanı) : Prof. Dr. Nedim MERİÇ

Üye : Prof. Dr. Hülya TAŞ KORKMAZ

Üye : Doç. Dr. Ayşe ARAT

Üye : Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU

Tez Başlığı: HUKUK YARGILAMASINDA DELİLLERİN TOPLANMASINA ÜÇÜNCÜ
KİŞİLERİN KATKIDA BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE KAÇINMA HAKKI

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 03/01/2025

Mezuniyet Tarihi : 06/02/2025

AKADEMİK BEYAN

Doktora Tezi olarak sunduğum “HUKUK YARGILAMASINDA DELİLLERİN TOPLANMASINA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KATKIDA BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE KAÇINMA HAKKI” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir, bunu şerefimle doğrularım.

D. Nurdan Korkmaz Çetin



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU BEYAN BELGESİ

Öğrenci Bilgileri	
Adı-Soyadı	D. Nurdan Korkmaz Çetin
Öğrenci Numarası	20185226005
Anabilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Doktora
Danışman Öğretim Üyesi Bilgileri	
Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Nedim Meriç
Doktora Tez Başlığı	Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasına Üçüncü Kişilerin Katkıda Bulunma Yükümlülüğü ve Kaçınma Hakkı
Turnitin Bilgileri	
Ödev Numarası	2574362966
Rapor Tarihi	29.01.2025
Benzerlik Oranı	Alıntılar hariç: %14 Alıntılar dahil: %.14

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE,

Yukarıda bilgileri bulunan öğrenciye ait tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve

d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 310 sayfalık kısmına ilişkin olarak Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esaslarında belirlenen filtrelemeler uygulanarak yukarıdaki detayları verilen ve ekte sunulan rapor alınmıştır.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise:

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise:

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esaslarında öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlere uygun olarak tarafımca yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

Danışman Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Nedim Meriç

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ.....	viii
ÖZET	xi
SUMMARY	xii
ÖNSÖZ.....	xiii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DELİLLERİN TOPLANMASINA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KATKIDA BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE VE KAÇINMA HAKKINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

1.1. İspat Faaliyeti Bağlamında Delillerin Toplanmasına Genel Bakış.....	3
1.1.1. İspat ve Delil Kavramı.....	3
1.1.2. İspatın Konusu.....	5
1.1.3. Delillerin Toplanması Faaliyeti	7
1.1.3.1. Delillerin Toplanması Kavramı	7
1.1.3.2. Delillerin Toplanması ile İddia ve Somutlaştırma Yükü Arasındaki İlişki	10
1.1.3.3. Delillerin Toplanması ile İspat Yükü Arasındaki İlişki.....	12
1.1.3.4. Delillerin Toplanması ile Delil Gösterme Yükü Arasındaki İlişki.....	14
1.1.3.5. Delillerin Toplanmasının Diğer Usûlî İşlemlerle Bağlantısı.....	16
1.1.3.5.1. Delillerin Gösterilmesi	18
1.1.3.5.2. Delillerin Sunulması	19
1.1.3.5.3. Delillerin İncelenmesi.....	21
1.1.3.5.4. Delillerin Değerlendirilmesi	23
1.1.3.6. Delillerin Toplanması ve İspat Hakkı.....	25
1.2. Delillerin Toplanmasına Üçüncü Kişinin Katkıda Bulunma Yükümlülüğü.....	28
1.2.1. Delillerin Toplanmasına Üçüncü Kişinin Katkıda Bulunma Yükümlülüğü Kavramı	28
1.2.2. Üçüncü Kişinin Katkıda Bulunma Yükümlülüğünün Amacının Belirlenmesi	30
1.2.2.1 Yargılamanın Amacı.....	30
1.2.2.2. Üçüncü Kişinin Katkıda Bulunma Yükümlülüğünün Amacı.....	32
1.2.3. Üçüncü Kişinin Katkıda Bulunma Yükümlülüğünün İşlevi.....	34
1.2.4. Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunmanın Karşı Taraf ve Üçüncü Kişiler Açısından Farkı.....	36
1.2.4.1. Genel Olarak.....	36

1.2.4.2. Hukukî Niteliği Bakımından Farklılık.....	39
1.2.4.3. Hukukî Sonuçları Bakımından Farklılık.....	41
1.2.5. Karşı Taraf ve Üçüncü Kişilerin Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunma Rolünün Hukukî Dayanağı	45
1.2.5.1.Maddî Hukuktan Kaynaklanan Katkıda Bulunma.....	45
1.2.5.2.Usûl Hukukundan Kaynaklanan Katkıda Bulunma.....	50
1.3. Delillerin Toplanmasına Üçüncü Kişinin Katkıda Bulunma Yükümlülüğünden Kaçınma Hakkının Anlamı	54
1.3.1. Kaçınma Hakkı Kavramı	54
1.3.2. Kaçınma Hakkının Öngörülmesinin Gerekçesi ve İşlevi	55

İKİNCİ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KATKIDA BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

2.1. Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunma Yükümlüsü Olarak Üçüncü Kişi	58
2.1.1. Genel Olarak.....	58
2.1.2. Üçüncü Kişi Kavramı	58
2.1.2.1.Temel İlke: Üçüncü Kişinin Taraf Olmaması	59
2.1.2.2. Özel Durumlar Bakımından Üçüncü Kişi Kavramının Ele Alınması	62
2.1.2.3. Tüzel Kişinin Temsili Bakımından Üçüncü Kişi Kavramının Ele Alınması ..	65
2.1.3. Üçüncü Kişinin Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunmasının Hukukî Niteliği	68
2.1.3.1. Genel Olarak.....	68
2.1.3.2. Hukukî Niteliği	69
2.1.3.3. Mahkeme ve Üçüncü Kişi Arasında Usûl Hukuku İlişkisinin Doğması	71
2.1.3.4. Hukukî Niteliğin İlgili Kişiler Bakımından Etkisi	72
2.1.3.4.1. Yargılamanın Taraflarına Karşı Etkisi	72
2.1.3.4.2. Katkıda Bulunma Yükümlülüğüne İlişkin Kararın Üçüncü Kişinin Temel Hak ve Özgürlüklerine Etkisi	73
2.1.4. Üçüncü Kişinin Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunmasının Koşulları	76
2.1.4.1. Yargılamada Bilgi Toplanmasının Gerekliliği	76
2.1.4.1.1. Genel Olarak.....	76
2.1.4.1.2.Tarafın Korunmaya Değer Menfaati	77
2.1.4.1.3. Olayın Aydınlatılması Menfaati	78
2.1.4.2. Yükümlülüğün Üçüncü Kişi Tarafından Yerine Getirilebilir Nitelikte Olması Gerekliliği.....	79
2.1.4.2.1. Genel Olarak.....	79

2.1.4.2.2. Gerçek Kişilerde	80
2.1.4.2.2.1. Ergin Olmayan Üçüncü Kişinin Yükümlülüğün Yerine Getirilmesine Etkisi	80
2.1.4.2.2.2. Üçüncü Kişinin Akli veya Fiziksel Özelliklerinde Eksiklik Bulunmasının Yükümlülüğün Yerine Getirilmesine Etkisi.....	81
2.1.4.2.2.3. Üçüncü Kişinin Kamu Görevlisi Olmasının Yükümlülüğün Yerine Getirilmesine Etkisi	83
2.1.4.2.2.4. Üçüncü Kişinin Yargı Bağımsızlığının Bulunmasının Yükümlülüğün Yerine Getirilmesine Etkisi	86
2.1.4.2.3. Tüzel Kişilerde	87
2.1.4.2.3.1. Genel Olarak.....	87
2.1.4.2.3.2. Özel Olarak Resmî Kurumların Katkıda Bulunma Yükümlülüğü	87
2.2. Üçüncü Kişilerin Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunma Yükümlülüğünün Çeşitleri	89
2.2.1. Genel Olarak.....	89
2.2.2. Bilgi Verme Yükümlülükleri.....	91
2.2.2.1. Tanık Olarak Beyanda Bulunma Yükümlülüğü	91
2.2.2.1.1. Tanık Kavramı	91
2.2.2.1.2. Tanık Olarak Beyanda Bulunmanın Şekli ve Bu Şekle Bağlı Tanığın Yükümlülükleri.....	93
2.2.2.1.2.1. Tanığın Sözlü Olarak Dinlenmesi	93
2.2.2.1.2.2. Tanığın Mahkeme Huzurunda Dinlenmesi.....	94
2.2.2.1.2.3. Birden Fazla Tanığın Olması Halinde Dinlenme Usûlü.....	96
2.2.2.1.2.4. Tanıkların Yüzleştirilmesi ve Tanığın Yüzleştirmeye Katlanma Yükümlülüğünün Olup Olmadığı.....	100
2.2.2.1.2.5. Tutanağın İmzalanması ve Tanığın Tutanağı İmza Yükümlülüğünün Olup Olmadığı	101
2.2.2.1.2.6. Tanık Olarak Dinlenilmeden Önce Hazırlık Yapma veya Belgeleri Yanında Getirme Yükümlülüğünün Olup Olmadığı	103
2.2.2.1.3. Tanık Olarak Beyanda Bulunma Yükümlülüğünün Kapsamı	104
2.2.2.1.3.1. Tanığın Kimliğine İlişkin Bilgiler	105
2.2.2.1.3.2. Tanığın Kişilerle İlişkisi ve Diğer Durumlara İlişkin Bilgiler	106
2.2.2.1.3.3. Tanığın Olaya İlişkin Algıları.....	107
2.2.2.1.4. Tanık Olarak Doğru Beyanda Bulunma Yükümlülüğü	110

2.2.2.1.5. Tanık Olarak Beyanda Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları	112
2.2.2.1.6. Tanık Olarak Beyanda Bulunmaya Bağlı Diğer Yükümlülükler	114
2.2.2.1.6.1. Çağrıda Uyma ve Hazır Bulunma Yükümlülüğü	114
2.2.2.1.6.1.1. Genel Olarak.....	114
2.2.2.1.6.1.2. Çağrıda Uyma ve Hazır Bulunma Yükümlülüğünün Kapsamı	117
2.2.2.1.6.2. Yemin Etme Yükümlülüğü.....	120
2.2.2.1.6.2.1. Kural	120
2.2.2.1.6.2.2. İstisnaları	123
2.2.2.1.6.2.3. Yeminin Şekli ve Bu Şekle Bağlı Tanığın Yükümlülükleri	125
2.2.2.2. Bilirkişi Olarak Bilgi Verme Yükümlülüğü	127
2.2.2.2.1. Bilirkişi Kavramı	127
2.2.2.2.2. Bilirkişi Olarak Görüşünü Sunmakla Yükümlü Kişiler	129
2.2.2.2.2.1. Genel Olarak.....	129
2.2.2.2.2.2. Yükümlü Kişiler	131
2.2.2.2.3. Bilirkişinin Görüşünü Sunma Yükümlülüğü	135
2.2.2.2.3.1. Bilirkişinin Görüşünü Sözlü veya Yazılı Olarak Sunması	135
2.2.2.2.3.2. Bilirkişinin Görüşünü Hazırlaması ve İçeriği.....	136
2.2.2.2.3.3. Bilirkişinin Görüşünü Gerçeğe Uygun Hazırlaması.....	139
2.2.2.2.3.4. Bilirkişinin Görüşünü Süresinde Sunması.....	140
2.2.2.2.4. Bilirkişi Olarak Görev Yapmaya Bağlı Diğer Yükümlülükleri.....	143
2.2.2.2.4.1. Çağrıda Uyma ve Hazır Bulunma Yükümlülüğü	143
2.2.2.2.4.2. Yemin Etme Yükümlülüğü.....	145
2.2.2.3. Özel Bilirkişinin (Özel Uzmanın) Bilgi Verme Yükümlülüğü Olup Olmadığının Değerlendirilmesi	146
2.2.2.4. Üçüncü Kişinin Diğer Bilgi ve Beyan Yükümlülükleri	148
2.2.3. İncelemeye İzin Verme Yükümlülükleri	152
2.2.3.1. Genel Olarak.....	152
2.2.3.2. Belge Delilinde İncelemeye İzin Verme Yükümlülüğü	153
2.2.3.2.1. Genel Olarak.....	153
2.2.3.2.2. Belge Kavramı	155
2.2.3.2.3. Belge Delilinde İncelemeye İzin Verme Yükümlülüğünde Özel Koşul: Belgenin Üçüncü Kişinin Erişiminde Olması	156
2.2.3.2.3.1. Genel Olarak.....	156
2.2.3.2.3.2. Maddî Nesnelerde.....	156

2.2.3.2.3.3. Özel Durum: Elektronik Verilerde	159
2.2.3.2.4. Belge Delilinde İncelemeye İzin Verme Yükümlülüğünün İçeriği	161
2.2.3.2.5. Belge Delilinde İncelemeye İzin Verme Yükümlülüğünün Sınırları	163
2.2.3.3. Keşif Delilinde İncelemeye İzin Verme Yükümlülüğü	166
2.2.3.3.1. Genel Olarak	166
2.2.3.3.2. Keşfin Konusu	168
2.2.3.3.3. Keşif Delilinde İncelemeye İzin Verme Yükümlülüğünde Erişilebilir Olma Koşulu	169
2.2.3.3.4. Keşif Delilinde İncelemeye İzin Verme Yükümlülüğünün İçeriği	170
2.2.3.3.4.1. Keşif Konusu Nesne Üzerinde İncelemeye İzin Verme	170
2.2.3.3.4.1.1. Keşif Konusu Nesne Üzerinde İncelemenin İçeriği	171
2.2.3.3.4.1.2. Keşif Konusu Nesne Üzerinde İncelemenin Sınırları	173
2.2.3.3.4.2. Kişinin Bedeni Üzerinde İncelemeye İzin Verme	176
2.2.3.3.4.2.1. Kişinin Bedeni Üzerinde İncelemenin İçeriği	178
2.2.3.3.4.2.1.1. Özel Durum: Kişinin Ruhsal Durum veya Akıl Sağlığına İlişkin Araştırmayla Yükümlü Olması	182
2.2.3.3.4.2.2. Kişinin Bedeni Üzerinde İncelemenin Sınırları	186
2.3. Üçüncü Kişilerin Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunma Yükümlülüğünün Uygulama Alanı	189
2.3.1. Genel Olarak	189
2.3.2. Çekişmesiz Yargıda	190
2.3.3. Geçici Hukukî Korumalarda	191
2.3.4. İcra ve İflâs Hukukuna İlişkin Yargılamalarda	193
2.3.5. Tahkim Yargılamasında	195

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KAÇINMA HAKKI

3.1. Kaçınma Hakkına İlişkin Hükümlerin Hukukî Dayanağı	198
3.2. Kaçınma Hakkına İlişkin Hükümlerin Kapsamı	200
3.3. Kaçınma Hakkı Sayılmayan Durum	203
3.3.1. Genel Olarak	203
3.3.2. Yükümlülük İçeriğinin Kabul Edilemez Olması	205
3.4. Kaçınma Hakkının Hukukî Niteliği	207
3.5. Kaçınma Hakkını Kullanmanın Koşulları	208
3.5.1. Hak Sahibi Olunması	208

3.5.2. Kaçınma Hakkının İleri Sürülmesi	210
3.5.3. Kaçınma Nedenlerinin Bulunması.....	213
3.5.3.1. Kaçınma Nedenlerinin Ayrımı	213
3.5.3.2. Kişisel Nedenlerle Kaçınma Hakkının Koşulu ve Kapsamı.....	213
3.5.3.2.1. Koşul: Üçüncü Kişinin Tarafı Kanunda Belirtilen Düzeyde Yakın İlişki İçinde Olması.....	214
3.5.3.2.1.1. Taraf Kavramı.....	214
3.5.3.2.1.2. Kanundaki Yakın İlişki.....	215
3.5.3.2.1.2.1. Nişanlılık, Evlilik.....	215
3.5.3.2.1.2.2. Hısımlığa Bağlı Yakın İlişkiler.....	217
3.5.3.2.1.2.3. Koruyucu Aile ve Onların Çocukları ile Koruma Altına Alınan Çocuk.....	218
3.5.3.2.2. Kişisel Nedenlerle Kaçınma Hakkının Kapsamı	220
3.5.3.3. Sır Nedeniyle Kaçınma Hakkının (HMK m.249) Koşulları ve Kapsamı.....	221
3.5.3.3.1. Sır Kavramı.....	221
3.5.3.3.2. Sırların Korunmasının Önemi	222
3.5.3.3.3. Kaçınma Hakkı Bağlamında Sırların Korunmasının Amacı	224
3.5.3.3.4. Sır Nedeniyle Kaçınma Hakkının Koşulları.....	225
3.5.3.3.4.1. Kanunen Korunması Gereken Sır Sahibi Başka Bir Kişi Olmalı....	225
3.5.3.3.4.2. Kanun Gereği Korunması Gereken Sır Olmalı.....	227
3.5.3.3.4.3. Sır Sahibi Sırrı Açıklamasına İzin Vermemiş Olmalı	229
3.5.3.3.5. Sır Nedeniyle Kaçınma Hakkının Bazı Türleri	231
3.5.3.3.5.1. Mesleki Sırlardan Doğan Kaçınma Hakkı ve Kapsamı.....	231
3.5.3.3.5.1.1. Kişisel Koşul.....	232
3.5.3.3.5.1.2. Maddî Koşul	237
3.5.3.3.5.1.3. Kapsamı	242
3.5.3.3.5.2. Ticarî Sırlardan Doğan Kaçınma Hakkı ve Kapsamı	243
3.5.3.3.5.3. Haber Kaynaklarının Gizliliğinden Doğan Kaçınma Hakkı ve Kapsamı	245
3.5.3.3.5.4. Devlet Sırlarından Doğan Kaçınma Hakkı ve Kapsamı.....	248
3.5.3.4. Menfaat İhlali Nedeniyle Kaçınma Hakkının Koşulları ve Kapsamı.....	249
3.5.3.4.1. Genel Olarak.....	249
3.5.3.4.2. Menfaat İhlali Nedeniyle Kaçınma Hakkının Koşulları.....	250
3.5.3.4.2.1. Doğrudan Doğruya Maddî Zarar Vermesine Neden Olacaksa.....	250

3.5.3.4.2.2. Şeref veya İtibarını İhlal Edecekse	254
3.5.3.4.2.3. Ceza Soruşturmasına ya da Kovuşturmasına Neden Olacaksa	255
3.5.3.4.2.4. Meslek veya Sanatına İlişkin Sırların Ortaya Çıkmasına Neden Olacaksa.....	257
3.5.3.4.2.4.1. Meslek ve Sanata İlişkin Sır Kavramı	257
3.5.3.4.2.4.2. Meslek ve Sanata İlişkin Sır Nedeniyle Kaçınma Hakkı	259
3.5.3.4.3. Menfaat İhlali Nedeniyle Kaçınma Hakkının Kapsamı	262
3.5.3.5. Kaçınma Hakkının İstisnaları	263
3.6. Kaçınma Hakkının Kabul Edilmediği Durumda Üçüncü Kişinin Hakları	265
3.6.1. Genel Olarak.....	265
3.6.2. Doğru Muamele Görme Hakkı	266
3.6.3. Ücretin Ödenmesi ve Zararın Giderilmesi Hakkı.....	268

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KATKIDA BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ KARARI VE YERİNE GETİRİLMEMESİNİN YAPTIRIMI

4.1. Genel Olarak.....	272
4.2. Katkıda Bulunma Yükümlülüğü Kararı, Karara İtiraz ve Kararın İncelenmesi.....	273
4.2.1. Kararın Hukukî Niteliği.....	273
4.2.2. Kararın İçeriği.....	275
4.2.3. Kararın Verilmesi, Tebliği ve Sonuçları.....	280
4.2.4. Yükümlülük Kararına Üçüncü Kişinin Karşı Koyması.....	283
4.2.4.1. Hukukî Dayanağı.....	283
4.2.4.2. İtiraz Nedenlerini İleri Sürmesi	284
4.2.4.3. Kaçınma Nedenlerini İleri Sürmesi	285
4.2.4.4. Karşı Koyma Nedenlerinin İncelenmesi.....	287
4.3. Katkıda Bulunma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesinin Yaptırımını	291
4.3.1. Üçüncü Kişinin Yükümlülüğü Yerine Getirmemesine Bağlı Öngörülen Yaptırımlara Genel Bakış	291
4.3.2. Yaptırımların Hukukî Niteliği, Amacı ve Türleri.....	293
4.3.2.1. Genel Olarak.....	293
4.3.2.2. Zor Kullanılması.....	296
4.3.2.3. Disiplin Para Cezası.....	299
4.3.2.4. Disiplin Hapsi	300
4.3.2.5. Sebep Olunan Giderlerin Ödettirilmesi	301

4.3.3. Yaptırım Kararının Uygulanmasına İlişkin Temel İlkeler	302
4.3.4. Yaptırım Kararına İlişkin Yargılama.....	303
SONUÇ.....	305
KAYNAKÇA	311
ÖZGEÇMİŞ.....	349



KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
Av K.	: 1136 sayılı Avukatlık Kanunu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
BGH	: Bundesgerichtshof
BGE	: Bundesgerichtsentscheidung
bkz.	: Bakınız
ZPO- BL	: Basel-Landschaft Zivilprozessordnung
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dZPO	: Deutsche Zivilprozessordnung (Alman Medenî Usûl Kanunu)
E.	: Esas Numarası
FamFG	: Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Usulü Hakkında Kanun)
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgeber
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu

İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JS	: Juristen Zeitung
K.	: Karar Numarası
KTK	: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu
m.	: Madde
MİHDER	: Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: NJW – Rechtsprechung-Reports
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SchZPO	: Schweizerische Zivilprozessordnung (İsviçre Medenî Usûl Kanunu)
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozess
ZZZ	: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

ÖZET

Delillerin toplanmasında taraflar ve hâkimin yanında yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişiler de rol oynar. Üçüncü kişiler, ispatla yükümlü tarafın vakıayı ispatlamasına ve yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olur. Hukuk sistemimizde, tanık olarak dinlenen, belge ibraz etmekle yükümlü olan yahut da malvarlığı üzerinde keşif incelemesine katlanmak gibi yükümlülüklerle sahip olan üçüncü kişiler yargılamada delillerin toplanmasına katkıda bulunmakla yükümlüdür. Üçüncü kişilerin bu yükümlülük çeşitleri, yükümlülüğün doğması için gerekli koşullar ve yükümlülüğün doğduğu andan itibaren ortaya çıkan sonuçlarının incelenmesi önem arz eder.

Üçüncü kişiye bazı menfaatleri gereği kaçınma hakkı da tanınmıştır. Üçüncü kişi kanunda öngörülen nedenlerle kaçınma hakkını ileri sürerek bu yükümlülüklerden kurtulabilir. Yükümlülükler üçüncü kişinin Anayasa’da düzenlenen temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil ettiğinde de üçüncü kişi, yükümlülüklerle karşı koyabilir. Kaçınma nedenleri ve itiraz nedenlerinin ileri sürülmesi, şartları ve sonuçlarının incelenmesi de önemlidir.

Bu çalışmada, delillerin toplanmasında üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğünün öngörülmesinin amacı, yükümlülük çeşitleri, koşulları, kapsamı ve sonuçları anlatılacaktır. Ayrıca çalışmada kaçınma hakkı ile diğer itiraz nedenlerine yer verilecektir. Yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, üçüncü kişi kanunda öngörülen yaptırımlara maruz kalacaktır. Bu yaptırımların neler olduğu, amacı ve niteliği de çalışmada ele alınacaktır.

Anahtar Sözcükler: İspat, Delillerin Toplanması, Katkıda Bulunma Yükümlülüğü, Kaçınma Hakkı, Üçüncü Kişi

SUMMARY

OBLIGATIONS TO COOPERATE AND RIGHTS OF REFUSAL OF THIRD PARTIES IN THE TAKING OF EVIDENCE IN CIVIL PROCEEDINGS

In addition the judge and the parties, third parties who are not parties to the proceedings also play a role in the collection of evidence. Third parties assist the party who provides the burden of proof in proving the facts and to reveal the truth in the proceedings. In our legal system, third parties who are heard as witnesses, who are obliged to submit documents or who have obligations such as participating in discovery examinations on assets are obliged to cooperate to the collection of evidence in the civil proceedings. It is important to examine these types of obligations of third parties, the conditions necessary for the emergence of the obligation and the consequences arising from the moment the obligation arises.

The rights of refusal is also recognised for certain interests of the third party. The third party may avoid these obligations by claiming the rights of refusal for the reasons foreseen in the law. When the obligations constitute an interference with the fundamental rights and freedoms of a third party regulated in the Constitution, the third party may object to the obligations. It is also important to identify the reasons for refusal and objection and to analyse their conditions and consequences.

In this study, the purpose of the obligation of third parties to cooperate to the collection of evidence, the types of obligations, conditions, scope and consequences will be explained. In addition, the rights of refusal and other reasons for objection will be analysed in the study. If the obligation is not fulfilled, the third party will be subject to sanctions prescribed by law. What these sanctions are, their purpose and nature will also be discussed in the study.

Key Words: Proof, Collection of Evidence, Obligation to Cooperate, Right of Refusal, Third Party.

ÖNSÖZ

“Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasına Üçüncü Kişilerin Katkıda Bulunma Yükümlülüğü ve Kaçınma Hakkı” başlıklı bu doktora tezi ortalama üç yıla yakın sürede tamamlanmıştır. Konuya ilişkin gerek teori ve gerekse yargı kararları incelenerek konunun araştırması yapılmış, eksiklikler tespit edilerek çözüm önerileri sunulmuştur. Çalışmanın araştırma bölümünde Türk hukukunun yanında Alman ve İsviçre hukuku da incelenerek Türk hukuku ile benzerlikleri ve farklılıkları ortaya koyulmuştur.

Alman ve İsviçre hukukunun araştırılması için 2022 yılı 2. Dönemi 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu, Bilim İnsanı Destek Programları Daire Başkanlığı’ndan alınan altı aylık bir bursla Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi kütüphanesinde araştırmalarımı gerçekleştirdim. Araştırmaya yönelik finansal destek sağlayan TÜBİTAK’a teşekkür ederim. Ayrıca online veri tabanı aracılığıyla Alman ve İsviçre hukukunun araştırılması Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi kütüphanesinde gerçekleşmiştir. Türk hukukunun araştırılması ise Çağ Üniversitesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi kütüphanelerinde gerçekleşmiştir.

GİRİŞ

Delillerin toplanması faaliyeti, bir delilin elde edilmesi amacıyla yapılan faaliyettir. Kural olarak uyuşmazlığın konusunu oluşturan vakıayı ispat etmek amacıyla taraflar, delillerini gösterir ve sunar. Mahkeme de gösterilen delillerin incelenmesi için gerekli kararı alır ve kararın yerine getirilmesi için gerekli işlemleri yapar. Örneğin, taraf, tanığı dilekçesinde gösterir; mahkeme de tanığın dinlenilmesine karar vererek belirlenen gün ve saatte dinlenilmesi için tanığı duruşmaya davet eder ve o gün ve saatte tanığı dinler.

Delillerin toplanması faaliyetini yerine getiren mahkemenin, bu faaliyetini yerine getirirken üçüncü kişilerin hakimiyetinde bulunan delillerin toplanması ve incelenmesi, üçüncü kişiye ait bir belgenin incelenmesi, tanığın beyanının alınması ya da üçüncü kişinin hakimiyetinde bulunan bir nesnenin incelenmesi zorunluluğu doğabilir. Bu zorunluluk tarafın ispat hakkının korunması ve de gerçeğin ortaya çıkarılmasıyla kamunun menfaatinin korunması amacıyla doğar. Üçüncü kişinin hakimiyetinde olan delile yargılamada ulaşılamazsa, delil gösteren taraf, iddiasını ispatlayamama riskiyle karşılaşabilir. Bu ise tarafın maddi hukuktan doğan subjektif haklarının korunamamasına neden olacaktır. Ayrıca medenî usûl hukukun temel amacı olan maddi gerçeğe ulaşma amacı da gerçekleşmeyecektir. Konunun önemi nedeniyle üçüncü kişinin delillerin toplanmasındaki rolünün kanundaki hükümler kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Yargılamanın dışındaki bir kişiye öngörülen yükümlülükler çoğu zaman üçüncü kişinin anayasal temel hak ve özgürlüklerini de yakından ilgilendirir. Yükümlülüğün öngörüldüğü sistemde, üçüncü kişinin belirli menfaatleri dikkate alınarak üçüncü kişiye kaçınma hakkı da tanınmıştır. Çünkü üçüncü kişinin belirli bir zorunlulukla karşılaşması halinde, kendisinin bu yükümlülüğü yerine getirmesine engel durumlar olabilir. Kaçınma hakkı oluşturan haller, üçüncü kişinin üstün menfaati ile tarafın ispat hakkı ve gerçeğin ortaya çıkarılması menfaatine ilişkin çatışmadan doğar. Bir yanda üçüncü kişinin menfaati varken, diğer yanda tarafın ispat hakkı ve gerçeğin ortaya çıkarılması menfaati vardır. Çatışma yaratan hallerde, üçüncü kişi kaçınma hakkını ileri sürerse, yükümlülüğünden kurtulabilecek, bu halde tarafın iddiasını ispatlayabilmesi güçleşecektir. Bu açıdan, kaçınma hakkı oluşturan nedenleri ve kapsamı, bu hakkı ileri sürebilmenin koşullarını belirlemek önemlidir.

Üçüncü kişi bu yükümlülükleri yerine getirmese, kanunda öngörülen yaptırımlarla da karşılaşacaktır. Yaptırımlar her bir yükümlülükte ayrı ayrı düzenlenmiştir. Yaptırımlar üçüncü kişinin anayasal temel hak ve özgürlüklerine müdahale eder. Yargılamanın dışındaki bir kişiyi

bu yaptırımlarla karşı karşıya bırakmak, belirli sınırlar dahilinde mümkündür. Bu sınırların tespit edilerek konunun açıklanması gerekir.

Türk hukukunda delillerin toplanmasında üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğünü ve kaçınma hakkını ele alan kapsamlı bir çalışmaya rastlanmamıştır. Çalışmalarda genellikle belirli bir delil türü üzerinden konunun sınırlı bir incelemesi yapılmıştır. Çalışmamızda amacımız tüm yükümlülüklerin üçüncü kişiler yönünden ortak bir şekilde ele alınması ve konunun değerlendirilmesi olmuştur.

Çalışmamızın ilk bölümünde, konunun anlaşılabilmesi için kavramların açıklanması, bu kapsamda ispat, delil, delillerin toplanması faaliyeti ve bu faaliyetle bağlantılı delillerin gösterilmesi, sunulması, incelenmesi ve değerlendirilmesi faaliyetleri, delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğü ve kaçınma hakkının da anlamı, amacı ve işlevleri; ikinci bölümünde, delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğünün koşulları, çeşitleri, kapsamı, uygulama alanı; üçüncü bölümünde, kaçınma hakkının koşulları, kapsamı, çeşitleri ve istisnaları; son bölümde ise yükümlülük kararı ve yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin ayrıntılı bir inceleme yapmayı planlamaktayız.



BİRİNCİ BÖLÜM

DELİLLERİN TOPLANMASINA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KATKIDA BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE VE KAÇINMA HAKKINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

1.1.İspat Faaliyeti Bağlamında Delillerin Toplanmasına Genel Bakış

Delillerin toplanmasında üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğü ve kaçınma hakkı çalışmamızın konusunu oluşturur. Üçüncü kişilerin delillerin toplanması sürecindeki etkisini ortaya koyabilmek için delillerin toplanması ve bağlantılı ispat faaliyetindeki kavramları ele almamız gerekir. Çalışmamızda bu başlangıcı yapmamızda iki husus etkili olmuştur. İlki daha sonraki açıklamalardan önce “delillerin toplanması” faaliyeti konusunun ve bazı kavramların açıklanmasıdır. İkincisi de aşağıda açıklayacağımız üzere, delillerin toplanması; delillerin gösterilmesi, delillerin bildirilmesi, delillerin ibraz edilmesi veya sunulması, delillerin ikame edilmesi terimleriyle birlikte doktrinde ve yargı kararlarında kullanılmaktadır. Doktrindeki çalışmalar¹ ve Yargıtay’ın kararları incelendiğinde², bu terimlerin yeknesak bir şekilde kullanılmadığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte bu alanda yapılan çalışmalarda bu kavramlar ayrıntılı incelenmiştir. Delillerin toplanması konusu ve ispat hukukuna ilişkin bazı kavramların açıklanması, çalışmamızın sınırlarını aşacağından, konunun tüm yönleriyle ele alınması iddiası olmadan yalnızca konumuzla bağlantılı kısımların aktarılması hedeflenmektedir. Çalışmada üçüncü kişilerin delillerin toplanmasında rolü aktarılırken bu kavramlara yer verileceğinden, önce bu konunun açıklanması gerektiğini düşünmekteyiz.

1.1.1. İspat ve Delil Kavramı

İspat, kelime olarak delil göstererek bir şeyin gerçek yönünü ortaya çıkarmadır³. İspatta amaç, bir konunun doğruluğu ve gerçekliğini delillerle ortaya koymadır⁴. Davada ispat ise bir yargılama sürecinde taraflarca iddia edilen veya hâkim tarafından kendiliğinden gözetilecek,

¹ Bkz. Bolayır, Nur, **Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014; Börü, Levent, **Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

² Örneğin Yargıtay eski tarihli bir kararında delillerin toplanması terimi, delillerin gösterilmesi anlamına gelecek şekilde kullanmıştır. “*Dava dosyasında davalının bu olayın faili olacağını gösterecek hiçbir delil olmadığı gibi, davacı Kurum dahi bu yolda bir delil toplanmasını istemiş bulunmamaktadır.*” Yargıtay 10. HD., T. 09.09.1982, E. 1982/3217, K. 1982/3586, (erişim tarihi: 15.09.2022), Lexpera. Bu kararda delil göstermek yerine “delil toplanmasını istemek” ifadesi tercih edilmiştir.

³ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi: 05.08.2022.

⁴ Yılmaz, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 362. Yargılamanın en önemli aşamasını oluşturan ispat; davanın özü, ruhu, belkemiği olarak anılmaktadır. Yıldırım, M. Kâmil, “Medenî Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilmiş Deliller, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, İstanbul 2007, ss. 861- 871, s. 861.

talebin dayandığı hukuk kuralının koşul vakıalarını karşılamaya elverişli, somut vakıaların iddia edildiği gibi olduğuna ilişkin hâkimde kanaat uyandırmak üzere yapılan inandırma faaliyetidir⁵. İspat faaliyetinde, davadan önce taraflar arasında anlaşma sağlanamadığı için ortaya çıkan uyuşmazlığa ilişkin vakıaların (dış âlemde gerçekleşen olay ve olgulara ilişkin) gerçekliği konusunda yargılamada hâkimin iç dünyasında kanaat uyandırmak amaçlanmaktadır⁶. Dış âlemde gerçekleşen olaya ilişkin gerçek (asıl, maddî gerçek), dava sırasında hâkimin vicdanında (iç dünyasında) oluşturulacak kanaatle yargısal gerçeğe (hâkimin kararına) dönüşür. Maddî gerçek ve yargısal gerçeğin birbiriyle örtüşmesi, adaletin gerçekleşmesi için temel gerekliliktir. İspat faaliyetiyle maddî gerçek ve yargısal gerçeğin örtüşmesi sağlanır⁷.

Sözlük anlamıyla insanı gerçeğe ulaştırabilecek iz, emare olarak tanımlanan delil⁸ ise ispat için başvuru aracıdır⁹. Delil, ispat faaliyetinde kullanılan ve davadan önce ve mahkemenin dışında gerçekleşmiş vakıaların yargılamaya aktarılmasını sağlayan, çekişmeli vakıayı temsile ya da yansıtmaya elverişli olan inandırma araçları olarak tanımlanır¹⁰.

⁵ Atalay, (Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammed/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Ed.), **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C.I-III**, 15. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017), s. 1585; Benzer tanımlar için bkz. Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, **İsbat Yüğü**, 2. Bası, İstanbul 1980, s.2; Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 558; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Mehmet Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, İstanbul, 2009, s. 293; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, 2024, s. 489.

⁶ **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1585; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, **Medenî Usûl Hukuku**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 424.

⁷ **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1585; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 419; Ceza yargılamasında ve medenî yargılama hukukunda maddî gerçeğe ulaşılmaya çalışılır. İki farklı yargılama türünde de amaç aynıdır. Ancak korunan menfaatler sebebiyle gerçeğe ulaşma yöntemleri farklıdır. Medenî yargılamada kural olarak taraflar kendi menfaatlerini korumak için hareket ederlerken, ceza yargılamasında kamunun menfaati esastır. Bu sebeple her iki yargılama türünde farklı kurallar geçerlidir. Bkz. Özekes, Muhammet, “FSEK’De İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, **Legal Fikrî ve Sinaî Haklar Dergisi**, 2005, S. 1, ss. 78-87, s. 79.

⁸ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi: 05.08.2022.

⁹ Ansay, Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usûlleri**, Ankara, 1960, s.251; Bilge, Necip/Önen Ergun, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, Üçüncü Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 493; **Umar/Yılmaz**, s. 2; Konuralp, Haluk, **Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara 1999, s. 8; **Postacıoğlu/Altay**, Usûl, s. 608; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 511.

¹⁰ Atalay, Oğuz, “Delil Kavramı Üzerine”, **Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 2009, ss.129-138; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1730; Delil, bilgi taşıyıcısıdır. (**Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 511). Geniş anlamda delil ve dar anlamda delil ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrım da geniş anlamda delil, kanunda öngörülen kurallar dâhilinde hâkimde, vakıa iddiası konusunda kanaat edinmeye yarayan her türlü araç, o vakıanın mevcudiyetini tespit ettiği ölçüde delil olarak kabul edilir. Dar anlamda delil ise çekişmeli bir iddianın konusu olan bir vakıa hakkında doğrudan bilgi edinilebilen, dava öncesinde hâkimin yokluğunda gerçekleşmiş bir vakıayı temsili yolla canlandırmasına yarayan araçlardır. Bu konudaki açıklamalar için bkz. **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1731; **Atalay**, Delil, s. 131; **Konuralp**, İspat, s. 10.

Delillerle, mahkemenin dışında ve geçmişte gerçekleşmiş vakıalar yargılamaya yansıtılmakta ve hâkimde bu vakıaların gerçekliği ve doğruluğu konusunda bir kanaate varılmaktadır¹¹.

1.1.2. İspatın Konusu

İspatın konusu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 187’de belirtildiği üzere, vakılardır. Vakıa, Arapça kökenli bir kelimedir ve olan, meydana gelen her şey anlamına gelir¹². İspat hukukunda vakıa; yer ve zaman bakımından belirli, geçmiş veya halen mevcut olan, dış dünyaya ait ya da insanın iç dünyasıyla ilgili olay veya durumlardır¹³. Vakıa, bir durum (kıskançlık veya hastalık) veya süreç (devam eden bir tehdit halinde veya aşama aşama kendisini gösteren zehirlenme) şeklinde olabilir¹⁴. Vakıa, makine kazası gibi maddî bir fiil olabileceği gibi satış sözleşmesi gibi hukukî işlemler de olabilir¹⁵. Ayrıca vakıa kast, rıza gibi insanın iç dünyasını ilgilendiren bir durum olarak da belirebilir¹⁶. Vakıa, somut olaya uygulanacak olan hukuk kuralının, koşul vakıalarını karşılayan her şey olarak ifade edilir¹⁷.

Vakıa, mahkemenin uygulayacağı hukuk kuralına ait maddî unsurunu koşul vakıayı ortaya koyan veya onun tanınmasına imkân veren iddialardır¹⁸. Medenî usûl hukukunda kural olarak taraflarca getirilme ilkesi (HMK m. 25) geçerli olduğundan, vakıalar taraflarca iddia

¹¹ Bilge/Önen, s. 491; Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 12. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2024, s. 373.

¹² Gürdoğan, Burhan, “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 1956, Cilt: 11, S.3, ss. 258-285, s. 260; Vakıanın, Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük’te, Türkçe karşılığı olgudur. Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi: 05.08.2022. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda “vakıa” terimi kullanılmıştır, bkz. HMK m. 25, 29, 57, 106, 187 vb. Öte yandan vakıa terimi yerine, Türk Medenî Kanunu’nda “olgu” terimi kullanılmıştır. Örneğin, TMK m. 6’da taraflardan her biri hakkını dayandığı “*olguların*” varlığını ispatla yükümlüdür. Benzer şekilde bkz. TMK m. 7, 183, 184. Görüldüğü üzere, 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren Türk Medenî Kanunu ve 1 Ekim 2011’de yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda aynı kavramı ifade eden iki farklı terim kullanılmıştır. Ancak hukukî terimlerin yeknesak kullanılmaması, anlam karışıklığına sebebiyet verebilir. Bu konudaki tespiti ilişkin açıklamalar için bkz. Toraman, Barış, **Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 144-145. Ayrıca vakıa-olgu terimine ilişkin açıklamalar için bkz. Göksu, Mustafa, “(Hukuk Yargılamasında) Vakıa ve Hukuk”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt 1**, ss. 323-350.

¹³ Rosenberg, Leo/Schwap, Karl Heinz/Gottwald, Peter, **Zivilprozessrecht**, 18 Baskı, C.H. Beck, München 2018, § 110, N. 3, s. 751; Ansay, Hukuk, s. 251; Bilge/Önen, s. 490; Vakıaya ilişkin farklı sınıflandırmalar yapılmaktadır. Örneğin, Gürdoğan, hayat olaylarının çeşitliği sebebiyle vakıalara ilişkin sınıflandırmanın zor olduğunu ifade ederek benzer yönleri itibarıyla vakıaları dört farklı grupta sınıflandırmıştır: Dış (Harici)vakıalar- iç (Batını) vakıalar; geçmişe ait vakıalar – hâle ait vakıalar; müspet vakıalar – menfî vakıalar; yargılama dışı vakıalar – yargılama sırasında veya yargılama dolayısıyla doğan vakıalar. Bkz. Gürdoğan, Vakıa ve Hukuk, s. 260-262.

¹⁴ Toraman, Bilirkişi, s. 148.

¹⁵ Kuru, Baki, “Hukuk Usûlünde Dava Sebebi”, **Makaleler**, İstanbul, 2006, ss. 215 – 246, s. 219.

¹⁶ Bilge/Önen, s. 490.

¹⁷ Rosenberg/Schwab/Grolimund, § 110, N. 3, s. 751; Her talep, hukuk kuralıyla var olabilir. Talep konusunun dayanağını oluşturan hukuk kuralında öngörülen sonucun doğabilmesi için öngörülen unsurlar (koşul vakıalar) örneğin, “zarar”, “kusur” gibi soyut ifadelerle belirtilir. Hukuk kuralında öngörülen hukukî sonucun doğabilmesi için de soyut olarak ifade edilen unsurların (koşul vakıaların), somut biçimde gerçekleştiği anlamına gelen vakıalarla ispat edilmelidir. Örneğin, talep sonucunun dayanağını oluşturan hukuk kuralındaki unsur olan “zararın” nasıl gerçekleştiği somut vakıalarla ortaya koyulmalıdır. Açıklama için bkz. Umar, Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s. 545.

¹⁸ Yıldırım, M. Kâmil, **Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990, s. 114.

edilmelidir¹⁹. Hâkim, taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları araştıramamakta ve bu vakıaların ispat edilmesini de taraflardan isteyememektedir²⁰. Babalık davası gibi kamu düzenini ilgilendiren davalarda ise kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir. Kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu hallerde, hâkim de kendiliğinden vakıaları araştırabilir.

Hukuk Muhakemeleri m.187’de belirtildiği üzere, ispatın konusunu oluşturan vakıa tarafların üzerinde anlaşılmadıkları (çekişmeli) ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek vakılardır. Taraflar bu vakıalar için delil gösterecektir. Uyuşmazlığın çözümünde etkili olan²¹ bir vakıa hakkında taraflar arasında herhangi bir çekişme söz konusu değilse (örneğin, vakıa karşı tarafça ikrar edilmişse), vakıanın ispat edilmesi gerekmemektedir²². İspatın konusunu oluşturan vakıa aynı zamanda uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ve hukukî sonuç bakımından önemli vakıalar olmalıdır²³. Vakıanın varlığında, yokluğundan farklı bir şekilde karar verilmesi gerekecek, başkaca deyişle hâkimin vereceği kararı etkileyecekse, ispatı gereken ve hukuken önemli bir vakıadır²⁴.

Bir vakıa, bazen doğrudan bazen de dolaylı öneme sahip olabilir. Doğrudan öneme sahip vakıa, talebin dayanağını oluşturan hukuk kuralındaki hukukî sonucun doğması için gerekli olan unsuru, doğrudan karşılayan vakılardır²⁵. Dolaylı öneme sahip vakıalar ise hukuk kuralındaki unsuru doğrudan karşılamayan ancak tecrübe kurallarıyla o unsurun, koşul vakıanın

¹⁹ Taraflarca getirilme ilkesinin terminolojisi hakkında bkz. Özçelik, Volkan, **Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 94-97. Vakıaların yanında kural olarak deliller de davanın taraflarınca mahkemeye getirilmelidir. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda deliller bakımından istisna vardır. Bu ilkenin uygulandığı davalarda hâkim kendiliğinden bilirkişi ve keşif deliline başvurabilir.

²⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 339; **Özekes**, FSEK, s. 81.

²¹ Uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilen vakıa, taraflarca ileri sürülen ve uyuşmazlık konusu hakkı kuran, kurulmasını engelleyen, sona erdiren, değiştiren veya bu hakkın korunmasına ilişkin talebin dinlenebilir olup olmadığı tartışmasına sebep olan vakıalar olarak belirtilmektedir (Tuluay, Metin, **Delil Anlaşmaları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 31).

²² **Umar**, Şerh, s. 546; Tanrıver, Süha, **Medenî Usûl Hukuku C. I, 5. Bası**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 844. Kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, hâkim, taraflar arasından çekişmeli olmayan vakıaların da doğruluğunu inceleyebilme yetkisine sahiptir (**Tanrıver**, Medenî Usûl-I, s. 849).

²³ Vakıanın önemli olup olmadığı, talebin dayanağını oluşturan hukuk kuralına bakılarak tespit edilir. Örneğin, Türk Medenî Kanunu m. 161’de zina, boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Kanuni düzenlemeye göre, eşlerden biri zinaya dayanarak, diğer eşe karşı boşanma davası açtığında, davacı eş, zina olayının meydana geldiğini ispat etmelidir. Boşanma talebinin dayanağını oluşturan TMK m. 161’de “ortak hayatın kendisi için çekilmez” olduğu şeklinde bir koşul vakıaya yer verilmemiştir. Bu sebeple kanunda aranmayan bu şarta ilişkin somut vakıalar (örneğin eşinin kendisini sosyal hayatta küçük düşürdüğü ve bu evlilik birliğini artık devam ettiremeyeceği şekilde davranışlar sergilediğine ilişkin) söz konusu dava bakımından önemli değildir. Başka bir örnekte, haksız fiilden doğan kusursuz sorumluluğa ilişkin talepler bakımından verilebilir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (RG T.18.10.1983, S. 18195) m. 85’e göre, araç işletenin (araç sahibi) kusursuz sorumluluğuna ilişkin açılan davalarda, araç işletenin kusurlu olup olmadığı, hukuk kuralındaki (KTK m. 85) koşul vakılarda aranmamıştır. Araç işleteni, kusursuz olarak sorumludur. Bu sebeple araç sahibinin kusurlu olduğu yönündeki vakıa, davayla ilgili değildir. Örnek için bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 349.

²⁴ **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1627.

²⁵ **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1627; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Medenî Usûl, s. 306; **Atalay/Ermenek/Erdoğan**, s. 513-514. Örneğin, ödünç sözleşmesinden doğan alacağın talep edilmesi için açılan davada, paranın borçluya (davalıya) ödendiği vakıası, doğrudan hukuken önemli vakıadır (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 340).

gerçekleşip gerçekleşmediğini dolaylı olarak gösteren vakıalardır. Bu vakıalara, emare de denilmektedir²⁶.

İlke olarak, tecrübe kuralları, örf ve âdet hukuku ve yabancı hukuk, vakıa olmadıkları için ispatın konusu değildir²⁷. Çünkü Latince deyimıyla “*iura novit curia*” olarak bilinen, “*hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması*” ilkesi geçerlidir²⁸. Bu ilke, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 33. maddesinde²⁹ açıkça düzenlenmiştir.

1.1.3. Delillerin Toplanması Faaliyeti

1.1.3.1. Delillerin Toplanması Kavramı

Delillerin toplanması terimi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun bazı hükümlerinde - taraflarca getirilme ilkesini düzenleyen m. 25/2’de, yazılı yargılama usûlünde ön incelemenin kapsamını içeren m.137/1, tahkikatın sona ermesini düzenleyen m. 184/1, ispat ve deliller başlıklı dördüncü kısımda, m.197/2’de, hükmün kapsamını düzenleyen m. 297/1/c, istinaf kanun yolunda m. 353’te, geçici hukukî koruma türlerinden biri olan delil tespiti kararında uygulanacak hükümleri belirleyen m. 404’te- yer alır.

Delillerin toplanması, bir delilin elde edilmesini amaçlayan faaliyettir³⁰. Delillerin toplanması, delillerin gösterilmesi ve sunulmasını da içerecek genişlikte anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, delillerin toplanması, delillerin gösterilmesi ve delillerin sunulması aşamalarından oluşmaktadır. Ancak delillerin toplanması, delillerin gösterilmesi ve delillerin sunulmasından daha geniş bir kavram olarak değerlendirilmektedir³¹. Delillerin toplanması faaliyeti, bir süreci ifade eder ve bu süreçte bir delilin elde edilmesi amacıyla taraflarca ve mahkemece birtakım usûlî işlemler yapılır³². Delillerin toplanması faaliyetinde delillerin gösterilmesi ve sunulması taraflarca gerçekleştirilir. Kural olarak, taraflarca gösterilen ve sunulan delillerin

²⁶ **Atalay**, Pekcanıtez Usûl, s. 1627; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 306. Evinde yangın çıkan kişinin, mali durumunun kötü olup, yangın günü birkaç bidon benzin satın almış ve yangından birkaç gün önce de evine yangın sigortası yaptırmıştır. Tüm bu komşu vakıalar, evin bizzat malik tarafından yakıldığı konusunda emarelerdir (**Atalay**, Pekcanıtez Usûl, s. 1620).

²⁷ Yıldırım, M. Kâmil, **Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Kitap, İstanbul, 1990, s. 116-117; Başözen, Ahmet, **Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 159.

²⁸ Akil, Cenk, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, Cilt: 57, Sayı: 3, ss. 1-32, s. 1-2; **Börü**, İddia ve Somutlaştırma, s. 28.

²⁹ Kanunun gerekçesinde “Türk hukuku” terimi açıklanmıştır. “*Maddedeki “Türk hukuku” terimi, kanunların yanı sıra mevzuat ile örf adet hukukunu ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri de kapsamaktadır.*”

³⁰ Çelikoğlu, Cengiz Topel, “Medenî Usûl Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi”, **TBB Dergisi**, Cilt:26, Sayı: 100, ss. 281-316, s. 285.

³¹ **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 88.

³² Tutumlu, Mehmet Akif, **Delillerin Gösterilmesi ve Toplanmasında Kesin Süre**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 15-16; Erdönmez, Güray, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 87 Sayı:2013/5, ss. 15-53, s. 16.

toplanmasından sonraki aşamada hâkim tarafından birtakım işlemler yapılır. Örneğin, tanığın çağırılması, bilirkişiliğin ve keşfin icrası gibi delillerin toplanmasına yarayan işlemler hâkim tarafından yapılır³³. Ancak mahkemenin usûlî bir işlem yapmasına ihtiyaç duyulmadan da o delil toplanabilir. Örneğin, taraf, dilekçesinde uyuşmazlık konusu vakıayı ispat edecek belgeyi dilekçesinde göstermiş ve mahkemeye sunmuş olabilir. Bu halde belge, tarafın hakimiyetindeyse ve taraf mahkemeye belgeyi ibraz etmişse, o delil toplanmış sayılır³⁴. Ayrıca tarafın delil göstermesi faaliyetini gerçekleştirmek üzere, ispat araçlarının araştırılması ve mahkemeye bildirilmek üzere tespiti aşamasının da delillerin toplanması faaliyeti kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu durum, yargılamadan önceki aşamada taraflar ve avukatlarca gerçekleştirilen aşamaya ilişkindir. Hukukumuzda davacı, dava dilekçesinde, iddia ettiği her bir vakıanın; davalı ise cevap dilekçesinde savunmasının dayanağı olarak ileri sürdüğü her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini açıkça belirtmelidir (HMK m. 119/1, f ve HMK m. 129/1, e). Tarafların dilekçelerinde delilleri gösterme zorunluluğu karşısında tarafların ve avukatın bu aşamadaki faaliyeti de delillerin toplanması olarak görülmektedir³⁵.

Özetle geniş anlamda delillerin toplanması faaliyetine, tarafların delillerini dilekçelerinde göstermeleri ve mahkemeye sunmaları dâhil olduğu gibi delillerin mahkemeye sunulması ve getirtilmesine ilişkin mahkeme tarafından gerçekleştirilen faaliyetler de dâhil edilmektedir.

Delillerin toplanması faaliyeti, bir delilin elde edilmesi amacıyla yapılan faaliyetin tamamını ifade eder. Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ve bazı Yargıtay kararlarında delillerin toplanması dar anlamda da kullanılmaktadır. Dar anlamda delillerin toplanması faaliyeti ile delillerin mahkemeye sunulmasına ilişkin kararı alma ve kararın yerine getirilmesine ilişkin mahkeme tarafından yapılan usûlî işlemler kastedilir. Nitekim yazılı yargılama usûlünde ön inceleme aşamasında yapılacak işlemleri düzenleyen HMK m. 137'de mahkemenin ön inceleme aşamasında tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapacağı düzenlenmiştir. Delillerin toplanması için gereken işlemlerin yerine getirilmesinde mahkeme yetkilidir. Örneğin, tanık delilinde, tanık taraflarca gösterilir (HMK m. 240/1 ve 2). Tanık beyanının alınması için tanığa davetiye gönderilmesi, tanığın çağırılıp mahkemede dinlenmesi ve tanık beyanının tutanağa geçirilmesi işlemleri gerekir. Bu işlemlerde taraflar yetkili değildir; başkaca deyişle tanığı taraflar çağıramaz ve kendileri dinleyemez. Taraf, tanık dinletmek istediği vakıayı ve tanığın ad, soyad ve adresini içeren listeyi mahkemeye sunar. Bu listede gösterilmiş olanlar tanık olarak dinlenebilir (HMK

³³ Bolayır, Delillerin Toplanması, s. 88.

³⁴ Bolayır, Delillerin Toplanması, s. 88.

³⁵ Çelikoğlu, Bilgi ve Delil, s. 286.

m.240/2)³⁶. Tanığın davet edilmesi (HMK m. 243/2) ve dinlenmesi mahkeme aracılığıyla gerçekleşir. Taraflarca ileri sürülen ve çekişmeli bir vakıanın ispatı için gerekli görüldüğünde üçüncü kişideki bir belgenin ibrazı da mahkeme aracılığıyla gerçekleşir (HMK m. 221/1). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinde de delillerin toplanması mahkemece gerçekleştirilen faaliyet olarak ifade edilmiştir: *"Hatta çoğu kez, taraflar delillerini tam olarak göstermeden ve dilekçelerine eklemeden, mahkeme de delilleri tam olarak toplamadan tahkikata başlamaktadır. Delillerin ve hukukî uyumsuzluğun tartışılması için yeterli hazırlık yapılmadan tahkikata başlandığında, istenen sonuç elde edilememekte, tahkikat, delillerin toplanması için gereksiz yere uzamaktadır."*³⁷ Gerekçede taraf usûl işlemi olan delillerin gösterilmesi ve sunulması ile delillerin toplanması aşamaları birbirinden ayrılmıştır.

Yargıtay'ın bazı kararlarında delillerin toplanması ifadesi dar anlamıyladır. Yargıtay, delillerin gösterilmesinden sonra delillerin toplanması faaliyetinin gerçekleştirildiğine yer vermiştir³⁸. Bu kararlarda görüldüğü üzere, delillerin toplanması ispat araçlarının mahkemece yargılamaya getirilmesi, fiziken toplanması anlamında kullanılmaktadır. Başkaca deyişle, delillerin toplanması için mahkemece yapılması gereken işlemler anlamında kullanılmaktadır. Taraflarca getirilme ilkesinin hâkim olduğu hukukumuzda, hâkim delillerin toplanması faaliyetini yerine getirirken kural olarak tarafların ileri sürdüğü delillerle bağlıdır. Dava malzemesinin, vakıa ve delillerin, yargılamaya getirilmesinde taraflar yetkilidir. İddia ve savunmanın dayanağı olan vakıaları getirecek olan taraflar bu vakıaların gerçekleştiğini ispat

³⁶ HMK m. 243/2'de bu kurala esneklik getirilmiştir. Kural olarak tanık davetiyeyle çağrılır. Ancak, davetiye gönderilmeden ve taraflarca hazır bulundurulmuş tanık da dinlenebilir. Mahkeme tarafından tarafa tanık listesini sunması için kesin süre verilmiş ve tanıkların dinlenme günü belirlenmiş ancak taraf liste vermemiş olsa dahi, duruşmada hazır bulundurulmuş tanık dinlenir.

³⁷ <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6100ss.pdf>, erişim tarihi 15.09.2022.

³⁸ *"Davalıya duruşma gününün usulüne uygun olarak tebliğ edilmesi, gösterildiği takdirde delillerin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek gerçekleştirilecek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken eksik hasım ve inceleme ile hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir."* Yargıtay 2. HD., 02.05.2013, E. 2012/26802, K. 2013/12370; *"Bu halde Türk Medenî Kanununun 166/3. maddesine göre boşanmaya hükmolunamayacağı açık ve tartışmasızdır. Böyle bir durumda, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının bilbeyine ispatlanması gerekir. Öyleyse taraflardan delil göstermelerinin istenmesi, göstermeleri halinde delillerin toplanması ve delillerinin Türk Medenî Kanununun 166/1-2. maddesi çerçevesinde değerlendirilerek nasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi gerekir."* Yargıtay 2. HD., T. 30.09.2014, E. 2014/4034, K. 2014/18934; *"Hal böyle olunca, öncelikle taraftan gerekli sağlanmalı, taraflara delillerini bildirmeleri için süre verilip bildirdikleri deliller toplanıp dosya ikmal edildikten sonra keşif ile ilgili giderler kalem kalem belirlenerek, bu giderler toplamını yatırmaları için ispat yükü kendisine düşen davacı tarafa makul süre verilmeli, ara kararına uymamasının sonuçları açıkça bildirilmeli, eksik kalan masraf yatırıldığında arazi başında keşif yapıp, davalı ...'nin 31.12.2009 tarihli duruşmadaki kabul beyanı da gözetilerek tarafların tüm delilleri değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir."* Yargıtay 16. HD., T. 20.6.2016, E. 2015/18027, K. 2016/6842. Benzer yönde: Yargıtay 2. HD., T. 24.6.2014, E. 2013/23372, K. 2014/14305; *"...Taraflara, delillerini bildirmeleri için süre tanınıp, göstermeleri halinde delillerinin toplanması ve toplanan delillerin Türk Medenî Kanununun 166/4. maddesi çerçevesinde değerlendirilerek nasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken hatalı nitelendirme ile ve eksik tahkikatla, hüküm kurulması doğru bulunmamıştır."* Yargıtay 2. HD., T. 30.9.2013, E. 2013/8907 K. 2013/22365; *"...Mahkemece davanın esasına girilerek tarafların delillerinin toplanması ondan sonra nasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere davanın reddine karar verilmiş olması doğru bulunmamıştır."* Yargıtay 17 HD., T. 19.01.2012, E. 2011/1829, K. 2012/269 (Lexpera)

etmek amacıyla delilleri de yargılamaya getirmelidir (HMK m. 25). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddenin gerekçesinde dava malzemesinin yargılamaya getirilmesinde tarafların mutlak yetkisi olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla hâkim taraflarca gösterilmiş olan delillerin toplanmasını gerçekleştirmektedir. Hâkim kural olarak delili kendiliğinden temin edemez. Hâkim davayı aydınlatma ödevi kapsamında, taraflarca yargılamaya getirilmemiş olan delillerin kendiliğinden getirilmesini sağlayabilir (HMK m. 31). Hâkimin bu yetkisi tüm deliller bakımından geçerlidir. Hâkimin kendiliğinden delil araştırma yetkisi yoktur. Kendiliğinden delil toplayabildiği durumlar (bilirkişi ve keşif delilleri) haricinde bir delilin hâkim tarafından kendiliğinden toplanabilmesi için delilin dosyadan anlaşılması gerekir³⁹. Örneğin, davacı tarafından tanık listesinde belirtilen X tanığının ifadesi alınırken Y kişisinden bahsedilmişse, Y kişisi tanık listesinde gösterilmemişse de hâkim o tanığın ifadesini alabilir⁴⁰.

Kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda ise delil listesinde taraflarca gösterilmeyen delilleri de hâkim toplayabilir⁴¹. Hâkimin delil toplama yetkisinin varlığı, tarafların delil gösterme faaliyetini ortadan kaldırmaz. Taraflar da ispat faaliyetinin başarılı olabilmesi için delillerini göstermeli ve dava dosyasına sunmalıdır, deliller başka yerde bulunuyorsa mahkemeye bu hususta bilgi vermelidir⁴².

1.1.3.2. Delillerin Toplanması ile İddia ve Somutlaştırma Yükü Arasındaki İlişki

Medenî yargılama hukukumuzda taraflarca getirilme ilkesi geçerli olduğundan, yargılamada gerçeğin tespitinde büyük ölçüde sorumluluk taraflara aittir. Taraflarca getirilme ilkesi uyarınca, vakıalar taraflarca ileri sürülmelidir. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin ileri sürmediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate almamalı hatta onları hatırlatacak davranışlarda da bulunmamalıdır (HMK m.25). Davada hâkim tarafından bir karar verilmesi, ispatı gereken vakıalara ilişkin tüm bilgilerin kural olarak yargılamanın taraflarınca getirilmesine bağlıdır. Çünkü bir vakıanın ispatının gerekip gerekmediğinin belirlenmesi için öncelikle onun iddia edilmesi, hâkim önüne getirilmesi gerekir⁴³. Tarafların, talebini haklı kılacak hukuk kuralının aradığı unsura (koşul vakıaya)

³⁹ Alangoya, Yavuz, **Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 175-176.

⁴⁰ **Alangoya**, Vakıa ve Deliller, s. 175-176.

⁴¹ “Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkim davanın ispatı için gereken bütün delillere kendiliğinden başvurur; taraflar da duruşma bitinceye kadar delil gösterebilirler. Dava ile ilgili olguların hazırlanmasında, tarafların yanında, hâkimin de görevli olmasına, kendiliğinden araştırma ilkesi denir. Bu ilke kamu düzenini ilgilendiren çekişmeli davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde önem gösterir.” Yargıtay HGK., T. 05.04.2017, E. 2015/1732, K. 2017/623 (Lexpera)

⁴² **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 844.

⁴³ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 355; **Tanrıver**, Medenî Usûl-I, s. 901.

karşılık gelen somut vakıaların varlığını mahkemeye bildirme, iddia yükü olarak ifade edilir⁴⁴. Objektif ispat yükü kuralları gereği, iki taraf da hâkimin kendisi aleyhine karar vermesi tehlikesini ortadan kaldırmak amacıyla, talebinin dayanağını oluşturan hukuk kuralındaki unsurları karşılayan somut vakıaları iddia (ve delil gösterme) yüküne sahiptir⁴⁵.

Tarafların davada haklı çıkmak için bir iddiayı veya savunmayı (karşı tarafın iddiaları) genel geçer ifadelerle ileri sürmesi yeterli değildir. Taraflar iddialarını, ispata elverişli olacak şekilde somutlaştırmalıdır (HMK m. 194/1). Somutlaştırma; bir iddianın zaman, mekân, kişi, oluş şekli gibi unsurlarıyla, algılamaya, anlamaya, tartışmaya, ispata elverişli şekilde belirginleştirilmesidir⁴⁶. Örneğin, “davalıyla aramızda şiddetli geçimsizlik var, boşanmak istiyorum” şeklindeki iddia yeterli değildir. Davacı şiddetli geçimsizlik olduğunu ortaya koyan vakıaların neler olduğunu, olayın veya olayların ne zaman ve nasıl gerçekleştiği gibi hususları da belirtmelidir. Bir davada, ispat faaliyetinin tam yerine getirilebilmesi, iddia edilen vakıaların açık ve somut olarak ortaya koyulmasıyla mümkündür. Böylece hâkim taraflar arasındaki uyuşmazlık konularını doğru tespit edebilir; karşı taraf da vakıa iddialarına karşı kendi savunmasını ileri sürebilir⁴⁷. İddia edilen vakıanın açık ve somut olarak ortaya koyulması, ilgili taraf için yüküdür⁴⁸.

İddia olunan vakıanın somutlaştırılmasının delillerin gösterilmesiyle bağlantısı vardır. Taraflarca getirilme ilkesi gereği, vakıaların yanında delillerin yargılamaya getirilmesi de tarafların sorumluluğundadır. Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz (HMK m. 25/2). Davacı dava dilekçesiyle, davalı da cevap dilekçesiyle dayandıkları vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini de belirtmelidir. (HMK m. 194; HMK m. 119/1/f; HMK m. 129/1/e). Taraflar, ispat faaliyetinde ileri sürülen vakıanın doğruluğunu delillerle ortaya koymaya çalışır. Bu sebeple her bir vakıa bakımından o vakıayı ispata yarayan delillerin belirtilmesi önemlidir. İddia olunan vakıanın somutlaştırılmasıyla o vakıa hakkında delillerin gösterilip gösterilmeyeceği tespit edilir. Çünkü uyuşmazlığın çözümünde etkili, çekişmeli vakıalar hakkında delil gösterilir. Bir vakıanın uyuşmazlığın çözümünde etkili olup olmayacağı da o vakıanın somutlaştırılmasından sonra tespit edilebilir⁴⁹. Böylece uyuşmazlığın çözümünde etkili olmayan vakıaya ilişkin delillerin yargılamaya getirilerek incelenmesine

⁴⁴ Başözen, s.85-86; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 355.

⁴⁵ Guldener, Max, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich, 1979, s. 160.

⁴⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 356-357.

⁴⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısı 198. maddesinin gerekçesinden, <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak/20837>, erişim tarihi: 12.11.2024.

⁴⁸ Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1681; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 502.

⁴⁹ Erdönmez, Güray, *Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti*, 2.Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.144-145; Bolayır, Delillerin Toplanması, s. 74.

engel olunur⁵⁰. Delillerin vakıalarla bağlantı kurularak mahkemeye getirilmesi, mahkemenin yargılamayı doğru yürütebilmesini ve makul bir sürede karar verebilmesini sağlar⁵¹.

1.1.3.3. Delillerin Toplanması ile İspat Yükü Arasındaki İlişki

İspat yükü, iddianın ve savunmanın dayanağını oluşturan belli bir vakıanın gerçekleşmiş olup olmadığının tespit edilememesinde, o vakıaya ilişkin hangi taraf aleyhine karar verileceğini belirleyen yüküdür⁵². İspat yükü, bir vakıanın ispat edilememesinde, ispatsız kalması rizikosuna kimin katlanacağını belirler. Hâkim, vakıanın ispat edilememesinde, o vakıaya ilişkin ispat yükünü taşıyan tarafın aleyhine karar verir. O halde, ispat yükünün hangi tarafta olduğu tespit edilmelidir. Vakıanın gerçekleştiği tespit edilemediğinde, ispatsız kalması (belirsizliğin) sonucuna kimin katlanacağı ve mahkemece kimin aleyhine karar verileceği, düzenlenen ispat yükü kurallarının dağılımına (paylaştırılmasına) göre belirlenir⁵³. Bu bağlamda ispat yükü (objektif ispat yükü), yargılamada olayın tespitinde taraflarca getirilme veya kendiliğinden araştırma ilkesinden hangisinin geçerli olduğuna bakılmaksızın her yargılamada geçerlidir⁵⁴. Çünkü bir vakıanın ispat edilememesi ve bu belirsizliğe kimin katlanacağı her yargılamada ortaya çıkabilecek olası bir durumdur⁵⁵.

Türk hukukunda ispat yüküne ilişkin kural, hem Türk Medenî Kanunu’nun başlangıç hükümlerinde yer alan 6. maddesinde hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 190. maddesinde düzenlenmiştir. Türk Medenî Kanunu’nun 6. maddesinde, “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*” şeklinde yer almıştır. Bu metnin ispat yükü kuralını tam olarak karşılamadığı doktrinde belirtilmiştir. Çünkü ispat yükü, vakıanın kimin tarafından ileri sürüldüğüyle ilgili

⁵⁰ Bracher, Nicolas, **Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess**, Basel, 2011, N. 25.

⁵¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısı 198. maddesinin gerekçesinden, <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak/20837>, erişim tarihi: 12.11.2024.

⁵² Umar/Yılmaz, s. 3; Atalay, Oğuz, **Medenî Usûl Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001 s. 9; Topuz, Gökçen, **Medenî Usûl Hukukunda Karinelerle İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 36; Taşpınar, Sema, **Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 162; Yılmaz, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 3**, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 3562.

⁵³ İspat yükünün paylaştırılması, dağılımı olarak ifade edilen kısaca ispat yükü kuralları konusu, çalışma konumuzu aşacağından ilgili çalışmaya bakılmalıdır. Bkz. Umar/Yılmaz, s. 5 vd.

⁵⁴ Kummer, Max, **Grundriss Des Zivilprozessrechts**, Bern, 1978, s. 136.

⁵⁵ Bir vakıanın tespit edilememesi “her zaman” ortaya çıkan bir durum değildir. Esasında taraflar, genellikle vakıaya ilişkin ispat yükünün kimde olduğuna bakmaksızın delillerini dilekçelerinde gösterir (dava dilekçesi için HMK m. 119/1/f; cevap dilekçesi için HMK m. 129/1/e) ve mahkemeye sunarlar. Delillerle, iddia veya savunmanın dayanağını oluşturan vakıanın gerçekleştiği yönünde mahkeme bir kanaate ulaşırsa, o vakıaya ilişkin ispat yükünün kimde olduğunun tespit edilmesine ihtiyaç yoktur. Çünkü ispat yükünün kimde olduğu meselesi, vakıanın belirsiz veya ispatsız kalması halinde çözümü gereken bir sorundur (Tanrıver, Medenî Usûl-I, s. 882; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 422).

değil; o vakıadan kimin lehine hak çıkarılması gerektiğiyle ilgilidir⁵⁶. Sonradan yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesinde, Türk Medenî Kanunu'nun kaynak kanunu olan İsviçre Medenî Kanunu'nun 8. maddesindeki hükmün benzeri bir görünümüne sahip düzenleme getirilmiştir⁵⁷. Anılan maddede, “*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir*” şeklinde belirtilerek ispat yüküne ilişkin genel kural koyulmuştur⁵⁸. Kanuni düzenlemede belirtildiği üzere, vakıaya ilişkin iddianın davacı veya davalı tarafından ileri sürülmesi arasında fark yoktur. Önemli olan o vakıadan kimin lehine hak çıkarıldığıdır. Kural olarak hakkın doğumuna sebep olan vakıaları (*rechtsbegründende Tatsache*), hakkı talep eden taraf iddia ve ispat eder. Örneğin, ödünç para alacağının talep edildiği davada, ödünç para verildiği iddiasının ispat yükünü, başkaca deyişle vakıanın ispatsız kalmasının rizikosunu, ödünç para talebinde bulunan davacı taşır. Bir hakkın olmadığına karşı çıkan, hakka itiraz eden taraf da doğmuş olan hakkı ortadan kaldıran (*rechtsvernichtende Tatsache*) ya da hakkı engelleyici vakıaları (*rechtshindernde Tatsache*) iddia ve ispat eder. Örneğin, ödünç para alacağına ilişkin tazminat davasında, zamanaşımı def'i davalı tarafından ileri sürülür ve doğmuş olan hakkı engelleyici bu vakıadaki ispat yükünü davalı taşır⁵⁹. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, ispat yükü, tarafların davadaki konumundan -davacı veya davalı olmasından- kaynaklanmaz. Kural olarak iddia ettikleri vakıalarla ilgili meseledir⁶⁰.

İspat yüküne ilişkin bu genel kuralın dışında, kanunda farklı bir düzenleme getirilmiş de olabilir. Bu halde, kanunda özel olarak düzenlenen ispat yüküne ilişkin kurala başvurulmalıdır (TMK m. 6 ve HMK m. 190). Örneğin, TBK m.50'de haksız fiilden doğan

⁵⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 359; Özekes, FSEK, s. 81.

⁵⁷ İsviçre Medenî Kanunu'nun 8. maddesi şöyledir: “*Kanunda başka şekilde belirlenmediği takdirde, iddia edilen vakıanın varlığını, bundan kendi lehine haklar çıkaran kişi ispat etmelidir.*” İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 154. maddesinde ise mahkeme tarafından delillerin kabul edilmesi düzenlenmiştir. Mahkeme tarafından delillerin yargılamaya getirilmesinden (delillerin toplanması faaliyetinden) önce deliller hakkında mahkemece karar verilir. Kabul edilebilir deliller açıklanmakta ve vakıalara ilişkin hangi tarafın asıl ve karşı delili göstereceği belirtilmektedir (SchZPO m. 154/1) Ayrıca kanunda delillerin toplanmasına ilişkin kararın, her zaman değiştirilebileceği ve tamamlanabileceği de kabul edilmektedir (SchZPO m. 154/2). Bu düzenleme gereği, mahkeme, tarafların hangisinin ispat yükünü taşıdığını, buna bağlı olarak delil ve karşı delil getirmekle yükümlü olduğunu bildirmekle görevlidir (Bolayır, Delillerin Toplanması, s. 41).

⁵⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ispat yüküne ilişkin kuralın düzenlenmesi iki açıdan eleştirilmiştir. Birincisi, ispat yükü kuralının, maddî hukuka ait olması sebebiyle, yargılama kurallarının düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan ziyade maddî hukukta düzenlenmesi gerekliliğidir. İkincisi de ispat yükü kuralının her iki kanunda ayrı ayrı yer almasıdır. Bu konudaki eleştiriler için bkz. Tanrıver, Medenî Usûl-1, s. 885. İspat yüküne ilişkin kurallar, özel hukuka dahil ve maddî hukuk temellidir. Atalay, Menfi Vakıalar, s. 14; Umar/Yılmaz, s. 10; Albayrak, Hakan, Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 384. Esasında ispat yükünün maddî hukuka mı usûl hukukuna mı ait olduğu tartışmalıdır. Ancak genel olarak doktrinde kabul edilen maddî hukuk niteliğine sahip olduğudur. Bu görüşün temelini, talebin dayanağını oluşturan hukuk kuralının maddî hukukta düzenlenmiş olması oluşturur. Bkz. Umar/Yılmaz, s. 7 vd; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 167; Atalay, Menfi Vakıalar, s. 14 vd.; Topuz, s. 45 vd.

⁵⁹ Norm teorisini esas alan açıklamalar için bkz. Umar/Yılmaz, s. 49 vd.; ayrıca bkz. Postacıoğlu/Altay, Usûl, s. 590-591.

⁶⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 360.

borç ilişkilerinde, kusur ve zararın ispatında ispat yükü kuralı ayrı düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre; zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altında olduğu hüküm altına alınmıştır.

Delillerin toplanmasıyla ispat yükü arasındaki ilişkiye değinmekte fayda vardır. Hukukumuzda ispat yükünün yerine getirilip getirilmediğine ilişkin sorunun tespiti, yargılamada tahkikat aşaması tamamlandıktan sonra belirlemektedir. Hâkim toplanan delillere göre bir vakıanın doğruluğunun ispat edilip edilmediği yönünde kanaate ulaşmaktadır⁶¹. Toplanan delillerle eğer bir vakıanın gerçekleştiği tespit edilememişse, hâkim o vakıaya ilişkin ispat edemeyen kişinin aleyhine karar verir. Deliller toplanmadan taraflarca iddia edilen ve çekişmeli vakıanın gerçekleştiği doğrudan kabul edilirse, yargılamada haksız bir karar verilmesiyle karşılaşılabilir. Bu halde, verilen haksız kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilir⁶². Hâkim, deliller toplanmadan taraflarca iddia edilen ve hukuken önemli vakıaların ispatsız kaldığını önceden kabul ederse ya da usûlüne uygun gösterilen delili reddederse ve bu sebeple o vakıa hakkında bir taraf aleyhine karar verirse, herhangi bir belirsizlik olmamasına rağmen ispat yüküne göre karar verirse, tarafın hukukî dinlenilme hakkı ihlal edilir ve ispat yükünü taşıyan taraf aleyhine haksız bir karar verilmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalınır⁶³.

1.1.3.4. Delillerin Toplanması ile Delil Gösterme Yükü Arasındaki İlişki

Delil gösterme, tarafların kendi vakıa iddialarının doğruluğunu, karşı tarafın vakıa iddialarının ise yerinde olmadığını ortaya koymak amacıyla, çekişmeli vakıalar hakkında deliller sunarak gerçekleştirdikleri faaliyetlerdir⁶⁴. Delil gösterme yükü de çekişmeli vakıalar hakkında hangi tarafın delil göstereceğini belirleyen usûlî yüküdür⁶⁵. Delil gösterme yükü, “delil

⁶¹ Bolayır, Delillerin Toplanması, s. 44.

⁶² Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek önemli delillerin toplanmadan karar verilmesi ya da gösterilen delillerin mahkemece değerlendirilmemesi (HMK m. 353/1/a, 6); taraflardan birisinin dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın mahkemece kabul edilmemesi de istinaf ve temyiz sebebi olarak düzenlenmiştir (HMK m. 371/1/c).

⁶³ Frank, Richard/Sträuli, Hans/Messmer, Georg, **Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung** 3. Baskı, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1997, § 133, N. 3; Bracher, N. 23. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen kararlar için bkz. BGE 130 III 591 ff. 601 E. 5.4 (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F130-III-591%3Ade&lang=de&type=show_document, erişim tarihi 20.10.2022); BGE 114 II 289 ff. 290 E. 2a (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F114-II-289%3Ade&lang=de&type=show_document, erişim tarihi 20.10.2022).

⁶⁴ Umar/Yılmaz, s. 32; Tanrıver, Medenî Usûl-I, s. 898; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 361; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1707; Tutumlu, Mehmet Akif, “Hukuk Yargılamasında Delil İkamesinin Kapsamı, Şekli ve Zamanı”, **TBB Dergisi**, 1989/6, ss. 924-934, s. 925.

⁶⁵ Umar/Yılmaz, s. 34; Tanrıver, Medenî Usûl-I, s. 898; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 362; Atalay, Menfi Vakıalar, s. 17; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 165; Sungurtekin Özkan, Meral, **Türk Medenî Yargılama Hukuku**, Fakülteler Barış Kitabevi, İzmir, 2013, s. 264; Bolayır, Delillerin Toplanması, s. 45.

ikame yükü”, “şekli ispat yükü”, “subjektif ispat yükü⁶⁶” gibi terimlerle de ifade edilir. Biz bu terimlerden delil gösterme yükünü kullanmayı tercih ediyoruz. Çünkü delil gösterme yükünün tanımında da belirtildiği üzere, bu yük, çekişmeli vakıalara ilişkin hangi tarafın delil göstereceğini belirler.

İspat yükü ile delil gösterme yükü farklı kavramlardır. İspat yükü, bir vakıanın ispat edilememesinde ispatsız kalma rizikosuna kimin katlanacağını belirlerken; delil gösterme yükü ise ispat yükünün yerine getirilme ve gösterilme biçimiyle ilgilidir⁶⁷. Belli bir vakıanın ispatsız kalması taraflardan biri aleyhine olabilir ve bu taraf değişmez. Delil gösterme yükü ise taraflar arasında yer değiştirebilir⁶⁸. Klasik örnek olarak Türk Medenî Kanunu’nun iyiniyet örneği verilebilir. Talebin dayandığı hukuk kuralında tarafın iyiniyetin varlığını ispat etmesi gerekiyorsa, TMK m. 3’deki iyiniyet karinesine dayandığından iyiniyeti ispat etmiş sayılır. Bu halde iyiniyetin yokluğu hakkında delil gösterme yükü, karşı tarafa geçer. Başka bir örnekte, iş akdi feshedilen işçinin yıllık izinlerinin kullandırılmadığı iddiasıyla, yıllık izin ücreti alacağının talep edildiği davada, davalı bu iddiayı inkâr etmiş ve taraflar arasında yıllık iznin kullandırılıp

⁶⁶ Delil gösterme yükü, ispat yükünün türlerinden biri olarak kabul edilmektedir. İspat yükü, doktrinde objektif ispat yükü ve subjektif ispat yükü şeklinde incelenmiştir. Objektif ispat yükü, ispat yükü başlığı aktardığımız üzere, bir vakıanın doğruluğunun tespit edilememesi dolayısıyla kimin aleyhine karar verileceğini, ispatsız kalma rizikosunu kimin taşıyacağını ifade eder. Dolayısıyla objektif ispat yükü, bir vakıanın ispat edilememesinde ortaya çıkacak sonuçları açıklamaktadır. Bkz. **Umar/Yılmaz**, s.9-10; **Atalay**, Menfi Vakıalar, s.16; **Taşpınar**, İspat Sözleşmeleri, s.164; **Başözen**, s.87; **Tanrıver**, Medenî Usûl-I, s. 899; **Sungurtekin Özkan**, Medenî Yargılama, s.264; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 44, dn. 169. Subjektif ispat yükü ise çekişmeli vakıaların ispatı için hangi tarafın delil göstereceğini belirler. Bu ise doktrinde daha ziyade delil gösterme yükü olarak ifade edilir. Bkz. **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 51.

⁶⁷ **Özekes**, FSEK, s. 82. Doktrinde bazı yazarlarca delil gösterme yükü, soyut ve somut delil gösterme yükü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Soyut delil gösterme yükü; görülmekte olan bir davada, mevcut davanın gidişatına bakılmaksızın, taraflardan birinin aleyhe karar verilmesini engellemek amacıyla belli bir koşul vakia unsuru hakkında delil göstermesine ilişkin yük olarak tanımlanır (**Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 19; **Tanrıver**, Medenî Usûl-I, s. 900; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 362; **Başözen**, s. 91; **Topuz**, s. 38). Taraflar, ispat konusu vakıaların doğruluğunun tespitinin hangi deliller aracılığıyla gerçekleştirileceğini mahkemeye bildirmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 194/2’de tarafların dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmelerinin gerekliliğine yer verilmiştir. Kendi aleyhine karar verilmesi tehlikesini ortadan kaldırmak amacıyla her iki taraf da delillerini mahkemeye bildirir. Mahkemeye delillerin bildirilmesi taraflarca getirilme ilkesi kapsamında, delil gösterme kurallarına uygun olmalıdır. Şekle uygun ve süresi içinde olmalıdır. Kanunda, taraflara dilekçeler aşamasında delillerin nelerden ibaret olduğunu açıkça belirtme zorunluluğu öngörülmüştür (HMK m. 119/1/e; 129/1/f). Öngörülen bu düzenleme soyut delil gösterme (ikame) yüküne işaret eder. Bu yük kural olarak objektif ispat yükü kurallarına göre dağılır (**Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 19; **Tanrıver**, Medenî Usûl-I, s. 900; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 362; **Başözen**, s. 91; **Topuz**, s. 38). Örneğin, ödünç para alacağı için dava açan davacı, ödünç para verildiği vakıasının ispatı için davanın gidişatına bakılmaksızın delil gösterme yükünü taşır, bu vakıaya ilişkin delilleri dilekçesinde belirtir. Somut delil gösterme yükü ise hâkimin belirli ölçüde bilgi sahibi olduğu davada gösterilen delillerin durumuna göre, taraflardan hangisinin delil göstermeye davet edileceği ile ilgilidir. Bu yük ispat yükü kuralından bağımsız, delillerin değerlendirilmesi faaliyetine bağlıdır (**Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 18; **Tanrıver**, Medenî Usûl-I, s. 900-901; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 363; **Topuz**, s. 38).

⁶⁸ **Umar/Yılmaz**, s. 34; **Tutumlu**, Delil İkamesi, s. 925. Doktrinde bazı yazarlarca delil gösterme yükü ve ispat yükü aynı anlamda kullanılmıştır. Bkz. Üstündağ, Saim, **Medenî Yargılama Hukuku**, 7. Bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 545; **Bilge/Önen**, s. 502.

kullandırılmadığına ilişkin bir uyuşmazlık ortaya çıkmışsa, delil gösterme yükü davalıdadır. Davalı yıllık izin süresini kullandığını yazılı belgeyle ispat etmelidir (İş Kanunu m. 56)⁶⁹.

Delil gösterme yükü, taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda öneme sahiptir. Kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda mahkeme kendiliğinden delil toplama yetkisine sahiptir. Bu ilkenin geçerli olduğu davalarda da taraflar delil gösterebilir ve mahkeme de taraflara delil gösterilmesini emredebilir⁷⁰. Çünkü ispat yükü kuralı gereği, ispat yükü taşıyan tarafın aleyhine karar verilme riski mevcuttur. Şüphesiz bu ilkenin geçerli olduğu davalar bakımından hukuken önemli, ispatı gereken vakıalara ilişkin delilleri mahkeme kendiliğinden toplama yetkisine sahip olduğundan, ispat yükünü taşıyan tarafın delillerini bildirmeyi ihmal etmesi, doğrudan ispat yükü kuralına göre karar verilmesine, başkaca deyişle aleyhine karar verilmesine sebep olmaz⁷¹.

1.1.3.5. Delillerin Toplanması Diğer Usûlî İşlemlerle Bağlantısı

İspat faaliyeti, yargılamadan önce taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin vakıaları hâkimin gözünde canlandırma amacına hizmet eder. Bu amaçla yargılamaya konu uyuşmazlığın anlaşılması ve taraflar arasındaki anlaşmazlık olan ve uyuşmazlık bakımından önemli vakıaların doğru olup olmadığının tespitinde uyuşmazlığı yansıtan delillere ihtiyaç

⁶⁹Yargıtay 22. HD. T. 22. 10. 2015, E. 2014/20225, K. 2015/20127: “...Somut olayda davacı dava dilekçesinde davalı işyerinde çalıştığı süre içinde yıllık izinlerinin kullandırılmadığını iddia ederek, yıllık izin ücreti alacağı talep etmiştir. Davalı ise davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Bilirkişi tarafından davacının davalı işyerinde çalıştığı 23 yıl karşılığı 448 gün yıllık ücretli izne hak kazandığını belirterek hesaplama yapmıştır. Mahkemece bilirkişi raporu doğrultusunda ve hesaplanan alacak miktarından hayatın olağan akışı, uzun bir süre için hesaplaması ve miktarı dikkate alınarak % 50 oranında hakkaniyet indirimi yapılarak hüküm kurulmuştur. Davalı işveren davacıya yıllık izinlerini kullandığını davacının imzasını taşıyan izin defteri veya eşdeğer bir belge ile ispatlamalıdır. Bu nitelikte belgeler ibraz edilmediği takdirde işçinin yıllık izin ücreti alacağına hak kazanacağı aşikardır...” Yıllık iznin süresine ilişkin çıkan benzer bir uyuşmazlıkta Yargıtay, ispat yükünün ve delil ikame yükümlülüğünün (yük) işverende olduğunu ifade etmiştir. Delil gösterme (ikame) yükü, işverene aittir görüşüne katılmakla birlikte, ispat yükü yer değiştirmez. Kararda ispat yükü olarak ifade edilen esasında delil gösterme yüküdür. Yargıtay 22. HD. T. 25.02.2014, 5675/4010: “...Taraflar arasında davacıya verilen izin süresi konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.4857 sayılı İş Kanunu'nun 56. maddesinin son fıkrasına göre işveren, işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir izin kayıt belgesi tutmak zorundadır. Bu sebeple yıllık ücretli iznin kullanıldığını ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullanıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Davacının çalıştığı süre zarfında yıllık ücretli izinlerini kullandırıldığına ilişkin dosyada hiçbir yazılı belge bulunmamaktadır. Bu konuda belge tanzim etmekle yükümlü olan davalı işveren, kullandığını iddia ettiği izinle ilgili olarak da herhangi bir yazılı belge düzenlememiştir. Davacıyı izne gönderip, sonra izin süresi ile ilgili çıkan ihtilafta ispat yükünün işçiye ait olduğundan söz ederek, işverenin lehine bir sonuç çıkarmayı kabul etmek hak ve adalet duygularıyla örtüşmemektedir. Davacının yıllık ücretli izne çıkarıldığı konusunda uyuşmazlık bulunmamakta ise de izin süresi konusunda çıkan ihtilafta da ispat yükünün 4857 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen hükmü kapsamında işverende olduğu kabul edilmelidir. Davalı işverenin izin defteri tutma ve düzenleme yükümlülüğüne aykırı davranması ve bu konuda delil ikame etme yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle, somut olayın özelliği de dikkate alınarak, işverence devamsızlık gerekçesi ile yapılan feshin haklı bir sebebe dayanmadığını kabul etmek gerekir. Bu itibarla, davacının kıdem ve ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerekirken, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçeyle taleplerin reddi isabetli görülmemiştir...” Kararlar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, erişim tarihi 16.08.2022.

⁷⁰ Guldener, s. 169; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1713; Tanrıver, Medenî Usûl-I, s. 899.

⁷¹ Bracher, s. N.26.

duyulur ve bu delillerin yargılamaya getirilmesi gerekir⁷². Taraf, davada bilgi kaynağıdır⁷³ ve öncelikle delillerin gösterilmesi faaliyeti çerçevesinde⁷⁴, dilekçe ile delillerini mahkemeye bildirmelidir. Taraflar dilekçelerinde gösterdikleri ve ellerinde bulunan belgeleri dilekçeleriyle birlikte mahkemeye sunmalıdır (HMK m. 121; 129/2). Dilekçelerinde göstermekle birlikte henüz sunmadıkları belgeler için yazılı yargılama usulünde ön inceleme duruşmasına davette iki haftalık kesin süre verilerek, bu süre içinde sunmaları emredilir (HMK m. 139/5). Benzer şekilde taraflar dilekçelerinde delil olarak tanık delilini gösterirler. Daha sonra tanık dinletmek istediği vakıayı ve dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğe elverişli adreslerini içeren tanık listesini mahkemeye sunarlar (HMK m. 240/2).

Taraflarca delillerin gösterilmesi ve sunulmasının dışında, tarafların gösterdikleri delillerin uyumsuzluk konusu vakıanın ispat edilmesi için gerekli ise mahkemece delillerin incelemeye hazır hale getirilmesi için toplanması gerekir. Mahkeme tarafından toplanan delillerden sonra deliller mahkemece incelenir ve değerlendirilir. Delillerin değerlendirilmesi zaman itibarıyla delillerin gösterilmesi ve sunulması ile incelenmesinden sonra gerçekleşir⁷⁵.

Delillerin dilekçede gösterilmesi ile onların yargılamaya getirilmesi, ibrazı, delillerin incelenmesi, delillerin değerlendirilmesi ve delillerin toplanması terimleri birbirinden

⁷² Çiftçi, Pınar, Boşanma Davalarında Delillerin Gösterilmesine ve İbrazına İlişkin Güncel Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararlarının (Önemli Bir İçtihat Değişikliğinin) Değerlendirilmesi, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2018, ss. 15-61, s. 27; **Çelikoğlu**, Bilgi ve Delil, s. 285.

⁷³ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 318.

⁷⁴ Doktrinde delillerin gösterilmesi işleminin ne olduğuna ilişkin farklı değerlendirmelerde bulunulmuştur. *Yılmaz*, delil gösterme işlemini, iddianın gerçekliğine hâkimi inandırma faaliyeti olarak tanımlamış ve delillerin gösterilmesi işlemi bakımından “delillerin sunulması” ile “delillerin incelenmesi” şeklinde ayırım yapmıştır. Bu ayırım temelinde delillerin sunulması, tarafın belli bir vakıayı belli bir delille ispat etme yolundaki talebi, dileğidir. Delillerin incelenmesi ise delilin kabulüne yönelik faaliyettir; yani delillerin gösterilmesi ve hâkimin ikna edilmesi işlemidir (Yılmaz, Ejder, **İslah**, Yetkin Yayınları, 4.Baskı, Ankara, 2013, s. 135). Yazar aynı zamanda belgelerin mahkemeye sunulmasını, tanık gösterilmesini, karşı taraf ve üçüncü kişiden elindeki bilgi ve belgeleri dava dosyasına alınmasını istemeyi, delillerin sağlanması işlemi olarak görmekte ve delillerin sağlanması işlemini, delillerin gösterilmesi işleminin bir parçası olmadığını ifade etmektedir (Yılmaz, **İslah**, s. 135). *Akkaya* ise delillerin gösterilmesi faaliyetinin; delillerin bildirilmesi, sunulması ve incelenmesi aşamalarından oluştuğunu ifade etmiştir. Delillerin bildirilmesi, tarafların dilekçelerle veya sözlü olarak tutanağa yazdırarak davada kullanılacak deliller hakkında bilgi vermeleri, delillerini beyan etmeleri; delillerin sunulması, beyan edilen delillerin mahkemeye verilmesi, takdim edilmesi, yollanmasıdır (Akkaya, Tolga, **Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Hasredilmesi**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2003, s. 55-56). Yazarın bu tasnifinde, belgenin mahkemeye sunulması, tanıkların dinletilmesi delillerin mahkemeye sunulması işlemidir ve delillerin gösterilmesi faaliyetinin bir parçasıdır. Delillerin incelenmesi ise mahkemeye bildirilen ve sunulan delillerin ele alınıp, istenen vakıalar bakımından aydınlatılmasıdır (Akkaya, s. 55). Bu anlamda yazar, delillerin gösterilmesi faaliyetine geniş bir anlam yüklemekte; delil göstermeyi, tarafların delillerini mahkemeye bildirmeleri, sunmaları ve mahkemenin de bu delillerin uygunluğuna karar verilmesine ilişkin sürecin tamamı olarak değerlendirmektedir (Akkaya, s. 54-56). Bizim de katıldığımız görüşe göre, delillerin gösterilmesi faaliyeti yalnızca delillerin bildirilmesi aşamasıdır (Çelikoğlu, Cengiz Topel, **Medenî Usûl Hukukunda Avukatın Delil Toplaması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 343; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 91).

⁷⁵ Kılıçoğlu, Evren, **Medenî Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilmiş Deliller**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 27-28.

farklıdır⁷⁶. Her bir terim birbirinden farklı olmakla birlikte bu işlemler ispat faaliyetinde birbirini tamamlayan işlemlerdir.

1.1.3.5.1. Delillerin Gösterilmesi

Delillerin gösterilmesi, tarafların lehlerine olan vakıaların doğru olduğu, aleyhinde olan vakıa iddialarının ise doğru olmadığını ispatlamak amacıyla delillerini bildirerek gerçekleştirdikleri usûlî faaliyetidir⁷⁷. Dayanılan bütün deliller, dava ve cevap dilekçesinde gösterilmelidir⁷⁸.

Davacı dava dilekçesinde (HMK m. 119/1, f); davalı da cevap dilekçesinde savunmasının dayanağı olarak ileri sürdüğü vakıaların her birinin hangi delillerle ispat edileceğini açıkça belirtmelidir (HMK m. 129/1, e). Buna göre davacı ve davalı taraf, dilekçelerinde yalnızca iddia ve savunmanın dayanağı olarak ileri sürdükleri delilleri göstermeli ve ayrıca hangi vakıanın hangi delille ispat edileceğini de belirtmelidir (HMK m. 194/2). Uygulamada dilekçede deliller başlığı altında deliller gösterilmekle yetinilmektedir. Oysa taraflar, dayandıkları delilleri ve delillerin hangi vakıanın ispatı için olduğunu açıkça göstermelidir. Bunun için davacı ve davalı her bir vakıayı belirttikten sonra vakıanın yanına hangi delillerle ispat edileceğini yazabilir veya vakıaları ve delilleri ayrı ayrı belirttikten sonra, vakıaları numaralandırarak hangi delille ispat edileceğini açıklayan ayrı bir liste verebilir⁷⁹. Taraflar, iddiasını ispatlamaya yarayan belgeleri, tanık dinletme talebini, bilirkişi ve keşif taleplerini dilekçelerinde belirtmelidir⁸⁰.

Davacı ve davalı iddia ve savunmasının dayanağı olan delillerini dilekçeler aşamasında göstermelidir. Dilekçelerin değişimi aşamasından sonra delillerin gösterilmesi kanundaki istisnalar dışında mümkün değildir⁸¹. Tarafların delillerini dilekçeler aşamasında gösterecek olması (HMK.m. 119/1,f; m. 129/1, e), doktrinde delillerin hasredildiği şeklinde açıklanmıştır⁸². Bunun yanında tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın

⁷⁶ Görgün, Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet, **Medenî Usûl Hukuku**, 13.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 513.

⁷⁷ **Tutumlu**, Delillerin Gösterilmesi, s. 15; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 92-93.

⁷⁸ **Atalay/Ermenek/Erdoğan**, s. 522.

⁷⁹ Özkes, Muhammet, “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, ss. 263-300, s. 276; Yardımcı, Taner Emre, **Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 123.

⁸⁰ **Çiftçi**, Delillerin Gösterilmesi, s. 28.

⁸¹ Özümucu, Seda, “1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Delillerin İkamesi Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış” **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, 2013, Cilt: 9, Sayı: 101, ss. 42-66.

⁸² Kuru, Baki/Aydın, Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 248-249; **Özümucu**, s. 53. Delillerin hasredilmesi kurumunun varlığı HUMK döneminde tartışılmaktaydı. HMK yürürlüğe girdikten sonra da bu tartışmalar devam etmektedir. Bkz. **Tutumlu**, Delillerin Gösterilmesi, s. 43; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 94 vd; **Yardımcı**, s. 134 vd.

ispatı için gerekli olduğunu belirtmelerinin zorunlu olduğu şeklindeki HMK m. 194/2'ye dayanarak delillerin hasredildiği açıklanmıştır⁸³. Delillerin hasredilmesi, bir tarafın ispat yükü altında bulunduğu bir vakıayı ispat edebilmesi için bütün delillerini göstermesine ve bundan başka delili olmadığını bildirmesine denir⁸⁴. Delillerin hasredilmesiyle taraflar, belirli bir aşamaya kadar bütün delillerini bildirir ve bu şekilde mahkemeye bildirildikten sonra kural olarak yeni delil getiremezler⁸⁵. Katıldığımız diğer görüşe göre, tarafların delillerini dilekçelerinde göstermekle yükümlü olmaları, delillerin gösterilme zamanı ve şekline ilişkin olup, tarafların delilleri hasrettikleri kurumuyla açıklanmamalıdır⁸⁶.

1.1.3.5.2. Delillerin Sunulması

İddia edilmiş bir vakıa hakkında, o vakıanın hangi delille ispat edileceğinin mahkemeye bildirilmesi, açıklanması o delilin gösterilmesi; delilin mahkemeye verilmesi, teslim edilmesi ise delilin sunulmasıdır⁸⁷. Sunmak; bir kimseye bir şeyi vermek, arz etmek, yollamak, göndermek, takdim etmektir⁸⁸. Delillerin gösterilmesi ve delillerin sunulması farklı anlamlara gelir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belge delilinde ibraz kelimesi kullanılır. Delillerin ibrazı, delillerin sunulması ile eş anlamlıdır. Delillerin ibrazı, delillerin gösterilmesi faaliyetinden sonra belgelerin mahkemeye sunulmasıdır⁸⁹. Doktrinde delillerin ibrazının yalnızca yazılı delillere ilişkin olduğu ileri sürülmüşse de belge yazılı olsun veya olmasın elle tutulabilir, gözle görülebilir bir cisim olarak mahkemeye teslim edilebiliyorsa ilgili belgenin ibrazı gerçekleşir⁹⁰. Yazılı belgelerin yanında fotoğraf, film, görüntü, ses kaydı gibi veriler ve elektronik ortamdaki veriler de belge niteliğindedir (HMK m. 199). Birbirinden farklı çeşitteki bu belgeler, kâğıt şeklinde veya hard disk, disket gibi veri taşıyıcıları biçiminde de mahkemeye sunulabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinde de belgenin yazılı veya yazılı olmaması şeklinde herhangi bir ayırım yapılmadan sunulacağına yer verilmiştir (bkz. m. 215/2; m. 216/2; m. 217; m. 219; m. 220; m. 221; m. 222).

Delillerin ikamesi terimi de doktrinde sıklıkla tercih edilen bir terimdir. Esasında bu terim Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda tercih edilmiştir. Örneğin, HUMK m. 75/3, m.

⁸³ Kuru/Aydın, s. 249.

⁸⁴ Kuru, C. II, s. 2026; Akkaya, s. 60.

⁸⁵ Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, s. 208-209.

⁸⁶ Bolayır, *Delillerin Toplanması*, s. 102; Erdönmez, *Belgelerin İbrazi*, s. 122.

⁸⁷ Bolayır, *Delillerin Toplanması*, s. 103; Yardımcı, s. 106; Aşık, İbrahim, "Güncel Yargıtay Kararları Işığında Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları", *Zirve Üniversitesi Özel Sayı- Medeni Usûl ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı- XI*, 2014, s. 162.

⁸⁸ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi: 12.09.2022.

⁸⁹ İbraz, kelime olarak ortaya koymak, göstermek ve meydana çıkarmak anlamına gelmektedir. Bkz. Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi: 12.09.2022.

⁹⁰ Yazılı belgenin ibraz edileceği yönündeki görüş için bkz. Tutumlu, *Delillerin Gösterilmesi*, s. 15; Yazılı olsun veya olmasın belgenin ibraz edilebileceği görüş için bkz. Bolayır, *Delillerin Toplanması*, s. 103.

217/2, m. 218, m. 219, m. 220, m. 224/1, m. 226/1 vb. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise yalnızca birkaç maddede, m. 318'te, m. 324'te, m. 429'ta ve 7251 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen 120. maddenin 3. fıkrasında yer verilmiştir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda sıklıkla tercih edilen bu terimin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yalnızca birkaç hükmünde yer verilmesi, Türkçeleştirme anlamında bu terimin tercih edilmediğini göstermektedir. Gerekçede dilin kullanımı ile ilgili açıklamalar bizi bu sonuca götürür. Çünkü gerekçede güncel ve akıcı bir dil kullanımının tercih edildiği fakat hukukî kavramlar konusunda yerleşmiş terimlerin muhafaza edilmeye çalışıldığı açıklanmıştır⁹¹. Delillerin ikamesi teriminin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda sıklıkla kullanılması ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise birkaç hükümde yer alması bu sonuca varmamızı sağlar. Öte yandan kanun tekniği açısından tek bir terim kullanılması, kanunun ve konunun daha anlaşılır olmasını sağlayacağından kanaatimizce ikame terimini kullanmaktan vazgeçen kanun koyucunun bu terimi kanunun her hükmü açısından tercih etmemesi daha yerinde olurdu. Basit yargılama usûlünün düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 318'te bu terim, delillerin gösterilmesi ve sunulmasını ifade edecek şekilde geniş anlamda kullanılmıştır. Kanunun ilgili hükmüne göre, taraflar dilekçeleri ile birlikte delillerini açıkça ve hangi vakıanın ispatı için olduğunu bildirmeli ve ellerinde bulunan delillerini de dilekçelerine eklemelidir. Ayrıca belge ve deliller, başka yerlerden getirilecek ise bu belge ve delillerin bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerde yer verilmelidir. Kanunun gerekçesinden de delillerin mahkeme sunulması aşamasının dâhil edildiği anlamı çıkmaktadır. Gerekçede basit yargılama usûlünde bu usûlün amacına da uygun olarak kısa sürede tüm delillerin toplanarak incelenmesi için kabul edildiği açıklanmıştır⁹². Delillerin ikamesi teriminin tercih edildiği Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde⁹³, doktrinde de aynı şekilde geniş anlamda ifade

⁹¹ “Tasarıda güncel ve akıcı bir dil kullanılması ilkesi benimsenmiştir. Ancak, özellikle hukukî kavramlar konusunda, üzerinde tereddüt edilmeyen, yerleşmiş, herkesin anladığı kavram ve terimler aynen muhafaza edilmiştir” (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporu (1/574) Genel gerekçesi, s.3, <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, erişim tarihi 15.09.2022).

⁹² “Delillerin verilmesi ve ilgili yerlerden getirilmesi, yargılamada önemli bir aşamayı oluşturmakta, yargılamanın sağlıklı yürütülmesi ve uzayıp uzamaması bakımından önem taşımaktadır. Bu sebeple, yazılı yargılama usulünde de yer alan delillerin gösterilmesi ve verilmesi ile ilgili hükümlere paralel şekilde, tarafların tüm delillerini dilekçelerinde açıkça göstermeleri ve hangi vakıanın delili olduğunu belirtmeleri de aranmıştır. Ayrıca taraflara, ellerindeki delilleri dilekçelerine ekleme ve başka yerden getirilecek belge ve dosyalara ilişkin bilgileri de dilekçelerinde belirtme zorunluluğu getirilmiştir. Bu hüküm de basit yargılama usulünün amacına uygun olarak kısa sürede tüm delillerin toplanarak incelenmesi için kabul edilmiştir.” (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporu (1/574) Madde gerekçesi, m. 322 <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, erişim tarihi 15.09.2022).

⁹³ Esasında delillerin ikamesi teriminin kullanımında doktrinde birlik bulunmamıştır. Bu hususa çalışmasında yer veren *Ataman-Fıganmeşe*, delillerin ikamesine ilişkin açıklamasında delil ikamesinin, “delilin somut olarak hâkime gösterilip, hâkimin delili dinlemesi veya görmesini sağlayarak delili tanıyıp delil hakkında bilgi sahibi olması” anlamında olduğunu ifade etmiştir. Bkz. *Ataman-Fıganmeşe*, İnci, Milletlerarası Usûl Hukukunda Delillerin Temini, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2005, s. 18; *Tutumlu*, tüm delillerin ileri sürülmesi hatta toplanması anlamına geldiğini ifade etmiştir. Bkz.

edilmiştir. *Atalay*, davanın taraflarının, kendi vakıa iddialarının doğru olduğu veya karşı taraf vakıa iddialarının doğru olmadığı hususunda ispat sonucuna ulaşmak amacıyla, çekişmeli vakıalar hakkında deliller sunarak gerçekleştirdikleri usûlî faaliyet olarak tanımlanmıştır⁹⁴.

1.1.3.5.3. Delillerin İncelenmesi

Delillerin toplanması faaliyeti ile bağlantılı bir diğer konu, delillerin incelenmesidir⁹⁵. Delillerin incelenmesi, delillerin gösterilmesinden ve sunulmasından farklı olarak yalnızca mahkeme tarafından gerçekleştirilen usûlî faaliyettir. İnceleme, incelemek eyleminden türetilmiş bir terimdir. İncelemek, bir işi veya bir şeyi ele alıp özelliklerini, ayrıntılarını inceden inceye, özenli bir biçimde anlamaya, öğrenmeye çalışmak, tetkik etmektir⁹⁶. Delillerin incelenmesinde, hâkim beş duyu organıyla bizzat delil üzerinde algı ve bilgi sahibi olur⁹⁷. Bu kapsamda örneğin, hâkim vakıayı ispata yarayan belgeyi görür ve okur, tanıdığı dinler, keşfi icra eder.

Delillerin toplanması ve delillerin incelenmesi birbirinden farklı iki kavramdır. Delillerin toplanmasında, delillerin incelenmek üzere hazır hale getirilebilmesi için mahkeme tarafından birtakım işlemler gerçekleştirilir. Mahkeme, delillerin toplanması için kararı alma ve yerine getirmeye ilişkin işlemlerde yetkilidir. Tanığın davet edilmesi, belgenin ibrazına karar verilmesi, delillerin toplanması faaliyetinde gerçekleştirilir. Tanığın mahkemede dinlenmesi, belgeyi görmesi ve okuması ise delillerin incelenmesi faaliyetine dâhildir. Delillerin toplanması faaliyeti geniş anlamda değerlendirildiğinde, bu iki kavram arasındaki fark işlemi yapan kişiye göre de değişebilir. Delillerin incelenmesi, mahkeme usûl işlemidir. Delillerin toplanması ise taraflar ve mahkemece birlikte yerine getirilen işlem olarak değerlendirilir. Bu doğrultuda, belgenin mahkemeye getirtilmesine ilişkin kararı almaya yönelik faaliyet, mahkeme usûl işlemi olarak buna karşılık davacı tarafça belgenin ibrazı taraf usûl işlemi olarak belirmektedir⁹⁸.

Tutumlu, Delillerin Gösterilmesi, s. 15. Almanca karşılığı olarak *Beweisaufnahme* terimine atıf yapan *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım* ise delilin ortaya koyulması anlamına karşılık gelmekte olduğunu ve Türk uygulamasında delil ikamesinin, tarafın delil göstermesi anlamında kullanıldığını ifade etmiştir. Bkz. *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 288.

⁹⁴ *Atalay*, Menfi Vakıalar, s. 15. Delil ikamesi, hâkimin bir olayın veya olgunun gerçekliğine ilişkin ikna edilmesi etkinliği kapsamında bir içeriğe sahiptir. Bkz. *Taşpınar*, İspat Sözleşmeleri, s. 72, dn. 130.

⁹⁵ Yargıtay'ın bir kararında delillerin toplanması, delillerin incelenmesi anlamında kullanılmıştır. Bkz. "...*Hemen belirtmek gerekir ki; bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır...*" Yargıtay 1. HD., T. 17.2.2014, E. 2013/17893 K. 2014/3154 (Lexpera).

⁹⁶ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi: 12.09.2022.

⁹⁷ *Börü/Görgün/Toraman/Kodakoğlu*, s. 513.

⁹⁸ Bilgiç, Hasan Basri, Medenî Usûl Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, *Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018, s. 38.

Her bir delilin nasıl inceleneceği, somut delilin özelliğine göre farklılık gösterir. Tanığın beyanının nasıl alınacağı, bilirkişinin nasıl ve nerede dinleneceği kanunun ilgili hükümlerinde belirtilmiştir⁹⁹. Delillerin incelenmesine ilişkin kanunda ortak bazı hükümler de vardır. Örneğin, delillerin incelenmesi, davaya bakan mahkeme huzurunda mümkün olduğu kadar birlikte ve aynı duruşmada yapılmalıdır. Bu kural, delillerin incelenmesi ve istinabe kenar başlığı altında HMK m. 197’de düzenlenmiştir. Ancak zorunlu hallerde delillerin incelenmesi başka duruşmaya aktarılabilir. Bu doğrudanlık ilkesinin de sonucudur. Doğrudanlık ilkesi gereği, araya başkaca makam ya da kişi girmeden kararı verecek mahkemenin önünde ve onun tarafından yargılama yürütülmeli ve karar verilmelidir¹⁰⁰. Ancak usûl ekonomisi gereği doğrudanlık ilkesinin istisnaları da vardır. Bu istisnaların çerçevesi Kanun tarafından belirlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 197. maddesinin ikinci fıkrasında, başka yerde bulunan ve mahkemeye getirilemeyen delillerin istinabe yoluyla toplanmasına yer verilmiştir. İstinabe yoluyla yapılacak işlem, delillerin toplanmasıdır (HMK m. 197/2)¹⁰¹. HMK m. 197/3’te, delillerin incelenmesi veya beyanların dinlenmesi sırasında tarafların istinabe olunan mahkemede hazır bulunabilmesi ve açıklama yapabilmesi düzenlenmiştir. Aslında delillerin incelenmesi için istinabe yapılmaz. HMK m. 197/3’te kaleme alınan ifade istinabe olunan mahkemenin istinabe yoluyla yürüttüğü tahkikat sırasında elde ettiği delilin, bu elde ediliş aşamasında yapmış olduğu çalışmalar olarak değerlendirilmelidir¹⁰². İstinabe olunan mahkemece yapılacak olan delillerin incelenmesi faaliyeti delillerin toplanması faaliyeti kapsamında görülmektedir¹⁰³. Kanaatimizce de başka mahkeme tarafından keşfin icra edilmesi, tanık ifadesinin alınması gibi işlemler delilin elde edilmesi sırasında yapılan faaliyetler olarak görülmelidir. Delillerin toplanması istinabe yoluyla yapılsa dahi delillerin asıl olarak incelenmesi ve değerlendirilmesi, asıl davanın görüldüğü hâkim tarafından yapılacaktır. Asıl davanın görüldüğü mahkeme, ses ve görüntü nakli yoluyla kendisi temas ederek de delili inceleyebilir (HMK m. 149). 2019 yılında başlayan pandemi dönemiyle birlikte e-duruşma fiili olarak da usûl hukukunda uygulanmaya başlamıştır. Bu uygulama tartışmalı olmakla birlikte

⁹⁹ Atalay/Ermenek/Erdoğan, s. 521.

¹⁰⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 189; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 197; Arslan, Aziz Serkan, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Adalet, Ankara, 2012, s. 6.

¹⁰¹ Arslan, Aziz Serkan s. 6-7; Görgün/Toraman/Börü/Kodakoğlu, s.161; Umar, Şerh, s. 604-605; Bilgiç, s. 38.

¹⁰² Umar, Şerh, s. 604-605.

¹⁰³ Bilgiç, s. 38.

doğrudanlık ilkesine hizmet etmektedir¹⁰⁴. Bu şekilde delilin toplanması ve incelenmesi de asıl davanın görüldüğü mahkemede gerçekleşmektedir.

1.1.3.5.4. Delillerin Değerlendirilmesi

Taraflarca delillerin gösterilmesi ve sunulması ile hâkim tarafından delillerin yargılamaya getirilmesi tamamlandıktan sonra delillerin değerlendirilmesi faaliyeti gerçekleştirilir. Taraflar, iddialarını dayandırdıkları vakıaları, ispata yarayan delilleri göstererek ve bunları sunarak ispat faaliyetine girişmekteyken; uyuşmazlığın çözümünde ispat faaliyetinin ne derece gerçekleştirildiği ise hâkim tarafından değerlendirilmektedir¹⁰⁵. Delillerin değerlendirilmesi, ispat faaliyetinin başarılı olup olmadığına ve belli bir vakıanın ispatlanmış kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin hâkim tarafından gerçekleştirilen faaliyetir¹⁰⁶. Hâkim, zihinsel faaliyetinin sonucunda bir vakıanın varlığı ya da yokluğuna ikna olmaktadır¹⁰⁷.

Bir vakıanın gerçekleşmiş, ispatlanmış sayılmasına karar verilmesi ise delillerin değerlendirilmesinde ispat ölçüsü kavramıyla ilişkilidir¹⁰⁸. Uyuşmazlığın çözümünde etkili ve çekişmeli vakıanın ispatlanmış sayılabilmesi için hâkim, o vakıanın doğruluğu hakkında bir kanaate sahip olmalıdır. İspat ölçüsü, vakıanın ispatlanmış sayılması için gereken kanaatin derecesini belirlemektedir. Bu anlamda ispat ölçüsü, iddia konusu vakıanın ispatlanmış sayılarak talebin dayanağını oluşturan hukuk kuralındaki hukukî sonucun doğabilmesi için hâkimdeki yargısal kanaatin derecesini ifade etmektedir¹⁰⁹. Bir vakıanın ispatlanmış sayılabilmesi için hâkimde aranan kanaatin derecesi, tam veya yaklaşık derecede olabilir. Bu kapsamda bir vakıa iddiasının doğruluğu konusunda, kesinlik sınırındaki ihtimal derecesi kabul edilmişse tam ispat; ağır basan ihtimal derecesi kabul edilmişse, yaklaşık ispat yeterli olacaktır¹¹⁰.

İspat ölçüsü ve delillerin değerlendirilmesi arasındaki farka gelince, ispat ölçüsü; hâkimde gerekli kanaat derecesine ilişkin soyut ve genel bir kural olarak önceden kanun

¹⁰⁴ Tartışmalar hakkında bkz. Mıdık, Barış, Medenî Yargıda E-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler, <https://blog.lexpera.com.tr/medenî-yargıda-e-durusma-pilot-uygulamasi-ve-yarginin-elektronik-donusumu-uzerine-bazi-dusunceler/#:~:text=Doğrudanlık%20ilkesi%2C%20hâkimin%20dava%20konusu,karar%20verme%20ihtimalini%20artırmış%20olacaktır.,> erişim tarihi 10.10.2023; Çiftçi, Pınar, “Pandemi Sürecinde Yargının İşleyişine İlişkin Alınan Tedbirlerin Türk Medenî Yargılama Hukukunda Yargısal Temel Haklar ve Özel Olarak Doğrudanlık İlkesi Üzerinde Yarattığı Etkiler”, <https://blog.lexpera.com.tr/pandemi-surecinde-yarginin-isleyisine-iliskin-alinan-tedbirlerin-turk-medeni-yargilama-hukukunda-yargisal-temel-haklar-ve-ozel-olarak-dogrudanlik-ilkesi-uzerinde-yarattigi-etkiler/>, erişim tarihi 10.10.2023; Meriç, Nedim/Arslanpınar Tat, Tuğçe, “Elektronik Ortamda Duruşma ve Diğer Yargı Faaliyetlerinin İcrası”, **Dijital Çağda Medeni Yargı**, Adalet, Ankara, 2022, ss.189-242.

¹⁰⁵ **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s.110.

¹⁰⁶ **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 37.

¹⁰⁷ **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 110.

¹⁰⁸ **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 39.

¹⁰⁹ **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 38.

¹¹⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 366-367.

tarafından belirlidir. Delillerin değerlendirilmesi ise; kanunda aranan bu dereceye göre, bir vakıanın doğruluğu konusunda hâkimde kanaat oluşup oluşmadığı yönünde yapmış olduğu değerlendirmedir¹¹¹.

Delillerin değerlendirilmesi sisteminde iki sınıflandırma bulunur: Delillerin serbestçe değerlendirilmesi sistemi ile kanuni delil sistemidir. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi sisteminde, hâkim, iddia olunan vakıanın gerçek olup olmadığını serbestçe takdir eder¹¹². Ancak kanuni delil sisteminde, hâkim, takdir hakkına sahip değildir ve delillerin belirttiği, gösterdiği vakıanın doğruluğunu kabul etmek zorunda kalmaktadır¹¹³.

Türk hukukunda kanunda öngörülmüş istisnalar haricinde, hâkim delilleri serbestçe değerlendirir (HMK m. 198). Delillerin serbestçe değerlendirilmesi, yargılama hukukunda takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde geçerli olur. Takdiri deliller, akıl yürütme açısından tutarlı, ilgili olayların tamamını açıklayıcı ve ikna edici güce sahip olmalıdır. Bu üç ölçüte göre belirlenmişse ancak bir iddianın ispat edilmiş olduğu sonucuna varılabilir¹¹⁴. Kesin delillerle ispatın arandığı durumlarda ise hâkim kesin delillerle bağlıdır. Bu bağlamda, HMK m. 200'e göre, belirli miktarı geçen hukukî işlemler bakımından kanunî delil sistemi geçerlidir. Bunlar dışında ise delillerin serbestçe değerlendirilmesi esası kabul edildiğinden, Türk hukukunda delillerin değerlendirilmesinde karma sistem anlayışı geçerlidir¹¹⁵.

Hâkimin delillerin değerlendirilmesine geçmeden önce, gösterilen delillerden hangisinin caiz olup olmadığı hakkında karar vermesi gerekir. Bu kapsamda örneğin ispat konusu vakıa hakkında tanık delilinin dinlenip dinlenmeyeceğine karar vermelidir. Vakıa hakkında tanık dinlenmeyeceğine karar verirse o delil caiz değildir¹¹⁶.

¹¹¹ **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 39; **Başözen**, s. 113-114.

¹¹² **Alangoya/Yıldırım/Deren- Yıldırım**, s. 296.

¹¹³ **Tuluay**, Delil Anlaşmaları, s. 34.

¹¹⁴ **Konuralp**, İspat, s. 49.

¹¹⁵ **Konuralp**, Haluk, **Medenî Usûl Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.29-30.

¹¹⁶ **Konuralp**, İspat, s. 46. İsviçre Hukuku'nda, hâkimin delilleri serbestçe değerlendireceği prensibi kabul edilmiştir (SchZPO, m. 157). Dolayısıyla Türk hukukundan farklı olarak hâkimin kesin delillerle bağlı olduğu kabul edilmemiştir. Benzer şekilde Alman hukukunda da hâkim delilleri serbestçe değerlendirir. (dZPO, § 286/1). Anılan düzenlemeye göre, hâkim tahkikatın tüm içeriği ve toplanan delillerin neticesinde, iddia edilen vakıanın doğru olup olmadığına serbest kanaatine göre karar verir. Paragrafın (dZPO, § 286) devamında bir istisnaya yer verilmiştir. Buna göre, Alman Medenî Usûl Kanunu'nda belirtilen durumlarda, hâkim, kanuni ispat kuralları ile bağlıdır. Örneğin, Almanya'da düzenlenen resmî senetlerin içeriğinin gerçekliği karine olarak kabul edilir. Buna göre, şekil ve içeriği kamu kurumu tarafından veya kamu inancına sahip bir kimse tarafından oluşturulan belgelerin, gerçek olduğu varsayılır (dZPO § 437/1). Resmî bir makam tarafından onun kendi görev sınırları dâhilinde veya kamu inancına sahip kimse tarafından kendi yetki alanı dâhilinde öngörülen biçimde düzenlenen senetler (resmî senetler), bu resmî makam veya kişiler huzurunda yapılan bir beyan doğrultusunda, belirlenen usûlde düzenlenmişse, işlemin tam ispatını sağlar (dZPO, § 215). Bu işlemin usûlüne uygun olarak düzenlenmediğinin ispatı mümkündür (dZPO, § 215/2). Alman hukukunda düzenlenen bu hüküm, resmî senetlere şekli ispat gücü sağlamasına ilişkindir. Alman Medenî Usûl Kanunu § 437'deki düzenleme ise maddî ispat gücüne ilişkin olup, Almanya'da düzenlenen resmî senetlerin gerçek ve içeriğinin doğru olduğuna karine oluşturulmuştur. Alman hukukunda senetlere ilişkin bu açıklamalar için bkz. **Nart, Serdar**, Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 9, S: 1, 2007, ss. 207-232, s. 221-227.

Delillerin toplanması faaliyeti ile delillerin değerlendirilmesi faaliyeti arasındaki ilişkiye gelince, hâkim delillerin değerlendirilmesi faaliyetinden önce tüm delilleri toplamalıdır. Çünkü davaya bakan hâkim yargılama sonunda dava dosyasında yer alan tüm delilleri bir arada değerlendirerek kararını verecektir¹¹⁷. Delilin dava dosyasına taraflarca sunulması veya hâkim tarafından getirilmesi hâkim tarafından delillerin değerlendirilmesi açısından fark oluşturmaz.

1.1.3.6. Delillerin Toplanması ve İspat Hakkı

İspat hakkı¹¹⁸, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yasal olarak düzenlenmiş ve Kanun'un 189. maddesinin 1. fıkrasında; *tarafların kanunda belirtilen süre ve usûle uygun olarak ispat hakkına sahip olduğu* belirtilmiştir¹¹⁹. Bu düzenlemenin yanı sıra yargılamaya hâkim olan ilkeler başlığı altında yer alan hukukî dinlenilme hakkı (HMK m. 27) kapsamında da ispat hakkına yer verilmiştir. Hukukî dinlenilme hakkını düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 27'de, bu hakkın kapsamına "*açıklama ve ispat hakkının*" dâhil olduğu belirtilerek hukukî dinlenilme hakkı ve ispat hakkı arasındaki bağlantı ortaya koyulmuştur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ispat hakkı terimine doğrudan yer veren bu hükümlerin haricinde: davacı ve davalının dilekçelerinde vakıa ve delilleri bildirebilmesi (m. 119/1; m. 129/1); ileri sürülen vakıalar hakkında tarafların dinlenmesi (m. 144/1); taraf vekillerinin doğrudan, tarafların hâkimin izniyle tanık, bilirkişi ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere soru yöneltebilmesi (m. 152/1) gibi ispat hakkının içeriğini oluşturan hükümlere rastlanmaktadır.

İspat hakkı hukukumuzda olduğu gibi pozitif bir düzenleme olarak İsviçre hukukunda da düzenlenmiştir. İspat hakkı başlığı altında İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 152. maddesinde, taraflardan her birinin, usûl ve süreye uygun getirdikleri elverişli delillerin

¹¹⁷ Erdönmez, Pekcanıtez Usûl, s. 844.

¹¹⁸ "İspat hakkı" teriminin kullanılması dilimize yerleşmiştir. Ancak ispat hakkının bir hak mı özgürlük mü olduğu sorusu gündeme gelebilir. Çiftçi, hak ve özgürlük kavramları arasındaki farka değinerek, ispat hakkının temelinin ispat özgürlüğü oluşturduğunu haklı olarak ifade etmiştir. Çünkü özgürlük, fiili bir durumu yansıtır, bir şeyi yapıp yapmama serbestisidir. Hak ise özgürlüğün ifade edilmesi ve dışa yansıma biçimidir. Hak, normatif alanda yer alır ve devletten ya da onun aracılığıyla özel kişilerden bir şeyler talep edebilme yetkisini içerir. Hak ve özgürlük kavramlarına ilişkin bkz. Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku 1. İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, 7. Baskı, İmge Kitabevi, 2013, s. 13; Çiftçi, Pınar, *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*, Adalet, Ankara, 2018, s. 16. Bu bağlamda Çiftçi, Kaboğlu'na gönderme yaparak (Kaboğlu, s. 13), ispat hakkının, "*devletten veya onun aracılığıyla özel kişilerden, adil bir şekilde ispat faaliyetine katılmaya talep hakkı*" olduğunu ifade etmiştir. İspat hakkının bir "*talep hakkını*" konu alması sebebiyle de hak kavramına vurgu yapılır. Çiftçi, İspat Hakkı, s. 16.

¹¹⁹ İspat hakkına ilişkin bir diğer pozitif düzenleme ise Anayasa madde 39'da yer alır. Anılan düzenlemeye göre: "*Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.*" Bu maddeye dayanarak ispat hakkının anayasada geçerli, genel bir hüküm olarak düzenlendiği sonucuna varılamaz. Çünkü madde, yalnızca kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı açılan hakaret davalarına ilişkindir. Madde; idari, medenî yargılama ve ceza yargılamasının tamamında geçerli ve ispat hakkının özüne, unsurlarına yer veren veya kapsamını ele alan mahiyette değildir. Çiftçi, İspat Hakkı, s. 8.

mahkemece kabul edilmesini isteme hakkı olduğuna yer verilmiştir (SchZPO m. 152/1). Bu hüküm yalnızca kanunda belirtilen zamanda ve şekle uygun ileri sürülen delillerin mahkemece kabul edileceğini (dava dosyasına alınacağını) garanti eder¹²⁰. İsviçre hukukunda ispat hakkının içeriğine dâhil başka hükümlere de yer verilmiştir: Vakıa ve delillerin yargılamaya getirilmesini düzenleyen m. 221/1 ve m. 222/2; tarafların delilleri toplamaya katılma haklarını düzenleyen m. 155/3; tarafların tanığa ek soru sorulmasını talep edebileceği ya da mahkemenin izniyle soru sorabileceğine yer veren m. 173; tarafların delillerin toplanmasından sonra görüşlerini açıklayacağına ilişkin m. 232/1 bu hükümlere örnektir.

İspat hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa’da garanti altına alınmış temel haklar kapsamındadır. İspat hakkı, temeli hak arama özgürlüğü ve adil yargılama hakkına (AİHS m. 6; Anayasa m. 36) dayanan yargısal¹²¹ temel haktır¹²². Adil yargılanma hakkının (AİHS m.6 ve Anayasa m.36) önemli bir unsuru hukukî dinlenilme hakkıdır¹²³ ve ispat hakkı, hukukî dinlenilme hakkı temelinde öneme sahiptir¹²⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 27’ye göre; davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukukî dinlenilme hakkına sahiptir. Bu hakkın kapsamına yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olma, açıklama ve ispat hakkı, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesi ile kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesi dâhildir. Benzer şekilde İsviçre hukukunda da ispat hakkı, yargısal temel bir hak olarak kabul edilmektedir. İspat hakkının hukukî temeli, adil yargılanma hakkına ilişkin AİHS m. 6 ile İsviçre Anayasası m. 29/2 ve İsviçre Medenî Usûl Kanun’unun 53. maddesinde düzenlenen hukukî dinlenilme hakkı¹²⁵ gösterilir ve ispat hakkı, hukukî dinlenilme hakkının bir sonucudur¹²⁶. İspat hakkı temel bir yargısal hak olduğu için kanuni düzenlemenin varlığı şart değildir. *Çiftçi*’nin belirttiği üzere, ispat hakkının açık bir şekilde kanunda düzenlenmesinden daha önemlisi, ispat hakkının ne

¹²⁰ İsviçre Medenî Usûl Kanunu tasarısı (Botschaft SchZPO, BBI, 2006), s. 7312.

¹²¹ *Yargısal temel haklar, yargılama faaliyeti alanında insan hakları ve anayasadaki maddî temel hakların gerçekleştirilmesine hizmet eden yardımcı temel haklar* olarak tanımlanmıştır. Bkz. Atalay, Esra, “Yargısal Temel Haklar”, **Prof. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan**, İzmir 1997, ss. 437-454, s. 441.

¹²² **Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 27-28; **Çiftçi**, İspat Hakkı, s. 20, ayrıca *Çiftçi*, ispat hakkının tek bir anayasal ilkeye dayanarak açıklanamayacağını ifade eder. Yazara göre, ispat hakkı; *köklerini hukuk devletinde salan, hukukî temelini hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkından alan, hukukî dinlenilme hakkı gibi diğer anayasal teminatlarla donatılan yargısal temel haktır*. Bkz. **Çiftçi**, İspat Hakkı, s. 137-139.

¹²³ Pekcanıtez, Hakan, Hukukî Dinlenilme Hakkı, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir 2000, ss. 753-791, s. 754.

¹²⁴ Özkes, Muhammet, **Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı**, Yetkin, Ankara, 2003, s. 123 vd.; **Pekcanıtez**, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 777; **Kılıçoğlu**, Hukuka Aykırı Delil, s. 9-10.

¹²⁵ İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun 53. maddesinin 1. fıkrasına göre, taraflar, hukukî dinlenilme hakkına (*Anspruch auf rechtliches Gehör*) sahiptir.

¹²⁶ Christian Leu (Brunner, Alexander/Gasser, Dominik/Schwander, Ivo (Hrsg.), **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO**, 2. Bası, DIKE, Zürich-St. Gallen, 2016, Art. 152, N.4; Peter Guyan, Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik (Hrsg.), **Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung**, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2017, Art. 152 N.1

şekilde tesis edildiği ve güvence altına alındığıdır. Örneğin, Alman hukukunda ispat hakkının kanuni düzenlemesi yoktur. Buna karşılık, bu hukuk sisteminde ispat hakkının varlığı, temel bir yargısal hak olarak kabul edilir¹²⁷. Bu hukuk sisteminde, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi ve hâkimin taraflarla aktif bir iş birliği içerisinde ispat faaliyetini yürütebilmesi, ispat hakkının önemli güvencelerindedir¹²⁸.

Davanın her iki tarafı da ispat hakkına sahiptir. İspat hakkının davanın her iki tarafına ait olması Anayasa'da temelini bulan hukukî dinlenilme hakkının da bir sonucudur. Anayasa madde 36'ya göre, herkes yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.

İspat hakkı, tarafların ispat faaliyetine katılma hakkıdır ve devlet otoritesine dâhil tüm mahkeme ve idari yargılamada geçerlidir¹²⁹. Bu hak, vakıa ve delilleri yargılamaya getirebilme, delillerin toplanması faaliyetine katılabilme, delillere erişebilme (ulaşma), delillerin toplanması faaliyeti sonunda açıklamada bulunabilmeyi kapsar¹³⁰.

Taraflar arasında uyuşmazlık konusu vakıaların ispatında gösterilen delillerin mahkeme tarafından incelenmesi ve değerlendirilmesi ispat hakkının bir gereğidir¹³¹. Taraflarca vakıayı ispatlamaya hukuken elverişli deliller usûl kurallarına uygun olarak ileri sürülmüşse, hâkim delilleri incelemelidir. Mahkemenin taraflarca gösterilen ve hukuken elverişli delilleri incelememesi, tarafın ispat hakkını ihlal edecektir. Öte yandan taraflarca gösterilen, hukuken elverişli ve caiz deliller usûl kurallarına uygun olarak yargılamaya getirilmemişse reddedilebilir. Örneğin, delilin gösterilmesi için başvuruda bulunan taraf avans yatırmamışsa (HMK m. 324/1, 2) mahkemece incelenmeyecektir. Bunun dışında eğer bir delil, hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde, gereksiz ya da amaçsız gösterilmiş ve sunulmuşsa, mahkeme inceleme yapmayabilir. Örneğin, bir taraf ispat konusu vakıa için çok fazla sayıda delil ileri sürmüşse¹³², zaten ispatlanmış olan bir vakıa için delil ileri sürmüşse¹³³ mahkemece gösterilen delillerin incelenmesi reddedilecektir. Mahkeme ret kararında reddin gerekçesini de yazmalıdır. Bu gerekçe tanığın çok sayıda olması gibi dayanağı olmayan bir gerekçe

¹²⁷ Walter, Gerhard, **Freie Beweiswürdigung**, Tübingen, 1979, s. 302.

¹²⁸ Çiftçi, İspat Hakkı, s. 89-90.

¹²⁹ İsviçre Medenî Usûl Kanunu tasarısı (Botschaft SchZPO, BBI, 2006), s. 7312.

¹³⁰ Kılıçoğlu, Hukuka Aykırı Delil, s. 18-19; Bolayır, Delillerin Toplanması, s. 57; Leuenberger, Christoph/Uffer-Tobler, Beatrice, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 2.Auflage, Stämpfli, Verlag AG Bern, 2016, s.239- 240; Bracher, N. 30.

¹³¹ Leuenberger/Uffer-Tobler, s.239; Bracher, N.30.

¹³² Guldener, yargılamanın kötüye kullanılması yasağından yola çıkarak, bir tarafın ispat konusu vakıa için çok fazla sayıda delil göstermesi halinde ispat için gerekli olmayan tüm delillerin kabul edilmeyebileceğini açıklamıştır. Guldener, s. 321; ayrıca bkz. Botschaft SchZPO, BBI, 2006, s. 7312.

¹³³ Guldener, s. 321. Örneğin ispat konusu vakıa zaten ispatlanmışsa delilin incelenmesi gerekli değildir. Hukuken önemli olmayan bir vakıa hakkında da delil ileri sürülmüşse, delilin incelenmesi gerekli değildir. Guldener, s. 321.

olmamalıdır. Hâkim yeterli kanaate ulaştığı gerekçesiyle delillerin incelenmesini yapmayabilir. Örneğin, tanık sayısının sadece çok fazla sayıda olması gerekçesiyle hâkimin tanıkların bir bölümünü dinlememesi isabetli değildir¹³⁴. Bu durumda hâkim dinlenen tanıklara göre yeterli kanaate ulaştığını gerekçe göstererek kalan tanıkları dinlemekten vazgeçebilir¹³⁵.

1.2.Delillerin Toplanmasına Üçüncü Kişinin Katkıda Bulunma Yükümlülüğü

1.2.1. Delillerin Toplanmasına Üçüncü Kişinin Katkıda Bulunma Yükümlülüğü Kavramı

Hukukumuzda üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğüne ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak genel bir düzenleme olmasa da kanunun ilgili hükümlerinde üçüncü kişilerin ispat faaliyetinde rolünü içeren yükümlülükler yer verilmiştir. Tanıklık yapma ve keşfe katlanma yükümlülüğü bunlardan biridir. Kanunda her bir delil bakımından ayrı ayrı düzenlenmiş bu yükümlülükler için üçüncü kişilerin ispat faaliyetindeki rolünü açıklarken, genel ifade kullanılması çalışmamızda tercih edilmiştir. Doktrinde de konunun ele alındığı çalışmalarda genel bir ifade tercih edilmiştir. Genellikle bu çalışmalarda İsviçre hukukundaki kavramdan yararlanılmıştır. Kaynak kanun İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 160. maddesinin 1. fıkrası “ taraflar ve üçüncü kişiler delillerin toplanmasına katkıda bulunmakla yükümlüdürler” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun maddesinin başlığında bu yükümlülüğü göstermek üzere “*Mitwirkungspflicht*” terimi tercih edilmiştir. Türk hukuku doktrininde bu hükme istinaden üçüncü kişilerin ispat faaliyetindeki rolü aktarılırken “*Mitwirkungspflicht*” ifadesinin Türkçe karşılığı tercih edilmiştir. Örneğin Erdönmez, İsviçre hukukundaki Almanca karşılığı *Mitwirkungspflicht* ifadesinden yararlanarak “*üçüncü kişilerin katkıda bulunma ödevi*” olduğunu belirtmiş ve Türk hukukunda üçüncü kişilerin katkıda bulunmasının delillerle bağlantılı düzenlendiğine dikkat çekmiştir¹³⁶. Çiftçi, “*uyuşmazlığa katkıda bulunma ödevi*”¹³⁷, Direnisa, “*delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğü*”¹³⁸; Çelikoğlu, “*iş birliği ve katkıda bulunma yükümlülüğü*”¹³⁹,

¹³⁴ Yargıtay 8. HD., T. 28.06.2012 E. 2012/604, K. 2012/6492: “...davacı tarafın yedi tanık gösterdiği, bunlardan üç kişinin keşifte tanık olarak ve bir kişinin ise yerel bilirkişi sıfatıyla dinlendiği, kalan üç tanıktan vazgeçme olmadığı gibi mahkemece de dinlenmeme gerekçesi gösterilmeden bu tanıkların dinlenilmemiş olması da doğru değildir...”(Lexpera).

¹³⁵ Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi, s. 35-36.

¹³⁶ Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 33; benzer şekilde, Toraman, Bilirkişi, s. 561.

¹³⁷ Çiftçi, İspat Hakkı, s. 269.

¹³⁸ Direnisa, Efe, “Medenî Usûl Hukukunda Keşfe Katlanma Zorunluluğu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı: 2, Temmuz 2019, ss. 257-317, s. 280.

¹³⁹ Çelikoğlu, Cengiz Topel, “Medenî Usûl Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi”, TBB Dergisi, 2012/(100), ss. 281-316, s. 293.

Börü/Görgün/Toraman/Kodakoğlu ise “delil ikamesine katkıda bulunma ödevi”¹⁴⁰ terimlerini kullanmışlardır.

İsviçre hukukunda ifade edilen “*Mitwirkungspflicht*”, “*Mitwirkung*” ve “*Pflicht*” kelimelerinden oluşmaktadır. “*Mitwirkung*” kelimesinin Türkçe karşılığı; katılma, iştirak, katkı ve yardım anlamına gelmektedir¹⁴¹. *Pflicht* ise yükümlülük, mükellefiyet, zorunluluk anlamına gelmektedir¹⁴². Üçüncü kişilerin delillerin toplanmasında ispat faaliyetindeki asıl rolü, tarafın iddia konusu vakıanın gerçekleştiğini mahkeme önünde ispatlamasına katkı sağlamasıdır. Taraf bazı durumlarda delil ve bilgiye ancak bir başkasının aralığıyla ulaşabilir. Bu hallerde yargılamada maddî gerçeğe ulaşabilmek için, o delil konusu üzerinde yetkili kişinin iş birliğine ihtiyaç duyulabilir. Ancak bu iş birliği; bir ortaklık şeklinde değildir. Üçüncü kişinin katılımıyla kastedilen, mahkeme ve tarafların bir arada olduğu üçlü ilişkiye iştirak ederek taraflardan birinin yahut da mahkemenin yardımcısı olması değildir. *Mitwirkung* kelimesinin Türkçe karşılığında üçüncü kişilerin ispat faaliyetindeki rolünü dikkate aldığımızda, “katkıda bulunma” şeklinde anlam belirginleşir. Katkıda bulunma, Güncel Türkçe Sözlük’te, bir şeyin oluşmasına, gelişmesine veya gerçekleşmesine emek, bilgi, para vb. şeylere yardım etmek şeklinde tanımlanmaktadır¹⁴³.

Üçüncü kişilerin katkıda bulunması somutlaştırıldığında, üçüncü kişiler, ispat aracı olan delile ulaşılmasında rol oynar. Üçüncü kişiler, bunu gerçekleştirmek için çeşitli davranışlarda bulunur¹⁴⁴. Bu davranışlar, aktif bir eylem veya pasif bir katlanma şeklinde gerçekleşir¹⁴⁵.

Üçüncü kişilerin delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğüne, tanık olarak beyanda bulunmak, taşınabilir bir cihazın erişimine izin vermek, belgeyi teslim etmek, defter ve kayıtların incelenmesine izin vermek¹⁴⁶, taşınmazın incelenmesine katlanmak, soy bağının tespiti davasında fiziksel muayeneye izin vermek örnek verilebilir.

¹⁴⁰ *Börü/Görgün/Toraman/Kodakoğlu*, s. 556.

¹⁴¹ Güzel, Abdulkadir/İncesu, Fatma/Demir, Meriç, **Rechtswörterbuch Deutsch-Türkisch**, 1. Baskı, Baden, 2001, s. 193.

¹⁴² Kıyğı, Osman, Nazım, **Hukuk Sözlüğü**, Münih, 2010, s. 87; ayrıca borç ve görev, vazife anlamına da gelmektedir.

¹⁴³ <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi: 12.11.2024.

¹⁴⁴ Rütschi, Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (Hrsg.), **Schweizerische Zivilprozessordnung – Berner Kommentar**, Stämpfli, Bern, 2012, Art. Vorbemerkungen zu Art. 160-167, N. 3; Bracher, N. 103.

¹⁴⁵ Gasser, Dominik/Rickli, Brigitte, **Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkomentar**, Dike, Gallen, 2014, Art. 160, N. 3.

¹⁴⁶ Yargıtay 11. HD., T. 09.11.2014, E. 2012/7765, K. 2014/371: “...mahkemece davalı şirketin ikinci kalem savunmasını ispatlamak amacıyla dava dışı E. Grup Holding AŞ.'nin defterlerine dayanamayacağını kabulü de doğru olmamıştır. Zira 1086 sayılı HUMK.'nın 333-336. maddeleri (6100 sayılı HMK.'nın 221. maddesi) uyarınca, aynı Yasa'nın 326. maddesinde (HMK.'nın 219. maddesi) beyan olunan vesikalar üçüncü şahıs yedinde ise mahkemece onlar tarafından ibraz olunmasına karar verilir. Bu durumda herkes elindeki belgeyi ibraz etmek zorundadır. Dolayısıyla somut uyuşmazlıkta da mahkemenin davalının ikinci kalem savunmalarını ispatlamak

1.2.2. Üçüncü Kişinin Katkıda Bulunma Yükümlülüğünün Amacının Belirlenmesi

1.2.2.1 Yargılamanın Amacı

Üçüncü kişilere katkıda bulunma yükümlülüğünün öngörülmesinin amacı ve önemi, yargılamanın amacı konusunda belirir. Medenî usûl hukukundaki her bir kural, yargılamanın amacını gerçekleştirmeye yarar¹⁴⁷. Üçüncü kişilere yargılamada birtakım yükümlülükler getirilerek de yargılamanın amacını gerçekleştirmek hedeflenmiştir. Üçüncü kişilere katkıda bulunma yükümlülüğünün getirilmesine ilişkin değerlendirmelerde bulunurken, yargılamanın amacı yol gösterici olacaktır. Bunun için de yargılamanın amacı tespit edilerek, bu yükümlülüklerin belirlenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığının belirlenebileceği kanaatindeyiz. Ayrıca yargılamanın amacıyla bağlantılı olarak üçüncü kişilerden beklenen yükümlülüklerin hangi sınıra kadar mümkün olabileceği de saptanabilir.

Yargılamanın amacının belirlenmesi noktasında, izlenen hukuk politikası ve benimsenen dünya görüşü temel odak noktası olarak belirir¹⁴⁸. Bu bağlamda liberal düşünceye sahip medenî usûl hukuku ve sosyalist düşünceye sahip medenî usûl hukukunun amacı farklılaşır. Taraf hâkimiyetinin ön planda olduğu liberal anlayışta, hâkim, tarafların getirdiği dava malzemelerine göre yargılamayı yürütebilir; fiili durumu ve getirilen dava malzemesinin gerçek olup olmadığını kendiliğinden araştırma yetkisine sahip değildir¹⁴⁹. Bu bakış açısıyla liberal anlayışta, taraf menfaatlerinin karşılanması medenî usûl hukukunun amacı olarak görülmüştür. Ancak yargılamanın kamusal ya da sosyal boyutunun mevcudiyeti sebebiyle liberal anlayışa eleştiri yöneltlmıştır. Uyuşmazlığın konusunu ve kapsamını taraflar belirleyecek olsa da yargısal faaliyet, sosyal yapının korunmasına da hizmet eder; devlet sosyal düzenin korunması için gerekli düzenlemeler yapar, hâkime de tarafların yargılamaya gerçeği getirmelerini sağlamak için değişik yetkiler verir¹⁵⁰. Böylece birbirine zıt menfaatlerin çatıştığı yargılamada maddî gerçeğin tespiti ile sosyal adaletin gerçekleşmesi mümkün olabilir¹⁵¹. Klasik liberal yaklaşıma getirilen bu eleştirilerle gelişen sosyal devlet düşüncesine dayanan anlayış, usûl hukukunda etkin hale gelmiştir. Bu anlayışla birlikte yargılamanın amacının kamusal menfaat olduğu üzerinde durulmuştur. Sosyalist düşünceye dayalı usûl hukuku

amacıyla dava dışı E. Grup Holding AŞ.'nin defterlerine dayanabileceğini kabul etmesi ve bu şirketin defter ve kayıtlarını da incelemesi gereklidir..." (Lexpera).

¹⁴⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 7; Yılmaz, Ejder, "Usûl Ekonomisi İlkesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, C. 57, S.1, ss.243-274, s. 246.

¹⁴⁸ Yılmaz, Usûl Ekonomisi İlkesi, s. 246; benzer yönde, Karlı, Abdurrahim, **Medenî Usûl Hukukunda Usûlî İşlemler**, Kudret Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 155.

¹⁴⁹ Meriç, Nedim, **Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 32-33.

¹⁵⁰ Meriç, Tasarruf İlkesi, s. 35.

¹⁵¹ Meriç, Tasarruf İlkesi, s. 35.

anlayışında¹⁵², yargılama sonucunda verilen hüküm maddî hukukun temin edilmesini amaçlamaktadır. Maddî hukuk gerçekleştirilerek, tarafların da sübjektif menfaatleri korunur. Hâkimin davadaki etkinliğinin arttırılması, davanın tek başına özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi olarak görülmemesi, ekonomik veya bilgi anlamında zayıf tarafının korunmasına yardım edilmesi sosyalist düşünce temeline dayalı usûl hukuku anlayışı olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵³. Ayrıca davanın taraflarının doğruyu söyleme yükümlülüğü ve vakıaların tespitinde iş birliği yapma yükümlülüğü de sosyalist düşünce temeline dayalı medenî usûl hukuku anlayışına dayanır¹⁵⁴.

Birbirinden farklı düşünceye dayalı hukuk sistemlerinde, bu sistemlerin yapısına bağlı olarak da yargılamanın amacı değişmektedir. Anglo- Amerikan kökenli Case Law sisteminde, ileri sürülen vakıalara göre hâkim hüküm verdiğinden; yargılamanın amacı, uyuşmazlığın çözülmesi olarak görülmüştür¹⁵⁵. Civil Law sisteminde ise hâkim maddî hukukta düzenlenmiş kurallara bağlı olarak tarafların özel hukuktaki haklarını gerçekleştirmeye yönelir. Bu sistemde, sübjektif hakların korunması yoluyla güvence altına alınması yargılamanın amacı olarak görülür¹⁵⁶. Öte yandan bugün liberal hukuk görüşüyle, sosyalist hukuk görüşünü benimseyen bu sistemlerin de birbirine yakınlaşmakta olduğu görülür¹⁵⁷. 21. yüzyılın başlarından itibaren devletler, temel haklara dayalı hukuk devleti olma çabası içerisine girmiştir. Bu görüş temeline dayalı olarak da yargılama hukukunda da ispat hakkı, hukukî dinlenilme hakkı gibi *yargısal temel hakları* sağlamak görüşü benimsenmiştir. Bu anlamda, farklı iki ideolojik görüşlere sahip yargılama sistemlerinde de yargılamanın amacı birbirine yakınlaşmıştır¹⁵⁸.

¹⁵² Meriç, Tasarruf İlkesi, s. 33-34. Bu anlamda liberal medenî yargılama anlayışına göre hazırlanan kanun ile sosyalist medenî yargılama anlayışına göre hazırlanan kanunun amaçları birbirinden farklı olacaktır. Liberal medenî yargılama anlayışına göre hazırlanan kanunda, taraf menfaati ön plandayken; sosyalist medenî yargılama anlayışına göre hazırlananda ise kamusal menfaat ön plandadır. Karslı, Abdurrahim, **Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 23.

¹⁵³ Taşpınar, Sema, “Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, **Prof. Dr. Faruk Erem’e Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını**, Ankara, 1999, ss. 759-787, s. 778.

¹⁵⁴ Budak, Ali Cem, “Alangoya’ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 2, 2019, ss. 33-43, s. 40.

¹⁵⁵ Gaul, Hans Friedhelm, **Yargılamanın Amacı- Güncelliğini Koruyan Bir Konu, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, çev. Nevhis Deren- Yıldırım, 3. Baskı, İstanbul 2002, s. 80.

¹⁵⁶ Gaul, s. 80.

¹⁵⁷ Açıklama için bkz. Çiftçi, İspat Hakkı, s. 59 vd.

¹⁵⁸ Çiftçi, İspat Hakkı, s. 61.

1.2.2.2. Üçüncü Kişinin Katkıda Bulunma Yükümlülüğünün Amacı

Yargılamanın amacı olarak “sübjektif hakların korunması ve gerçekleşmesini sağlama¹⁵⁹, objektif hukukun gerçekleşmesini sağlama¹⁶⁰, hukukî barışı koruma¹⁶¹, adaletli karar verme¹⁶², uyuşmazlıkları çözme¹⁶³, kararın adil olmasını sağlama¹⁶⁴, kesin hükme ulaşma¹⁶⁵, gerçeğe ulaşma”¹⁶⁶ kabul edilmektedir. Yargılama hukukunun amacı, yalnızca bunlardan birini gerçekleştirmeye yönelmemiştir¹⁶⁷. Bu amaçlardan gerçeğe ulaşma (gerçeğin ortaya çıkarılması) amacı ise medenî usûl hukukunda öngörülen diğer amaçlara ulaşılmasını da temin eder¹⁶⁸. Gerçeğe ulaşma, 19. yüzyıl anlayışında mevcut hükümler çerçevesinde varılması gereken sonuç olarak görülmekteydi (şekli gerçek); sonraları ise maddî gerçeği aramak şeklinde değişmiştir¹⁶⁹. Maddî gerçeğe ulaşma amacı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da gözetilmiş ve maddî gerçekten ödün verilmeyecek düzenlemeler yapılmaya gayret edilmiştir¹⁷⁰. Yargılama hukukunda hangi ilke uygulanırsa uygulansın asıl amaç, maddî gerçekliğe ulaşmaktır¹⁷¹.

Gerçeğin ortaya çıkarılması amacı ile üçüncü kişilere delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğünün öngörülmesi arasında doğrudan bir ilişki vardır. Çünkü yargılamada gerçeğe uygun karar verilebilmesi için ispatın konusunu oluşturan somut vakıaların gerçekleştiğinin hâkim önünde ispat edilmesi gerekir. İspat faaliyeti de deliller aracılığıyla

¹⁵⁹ **Gaul**, s. 87-88; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 8; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 5; **Karşı**, Muhakeme, s. 24.

¹⁶⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 9.

¹⁶¹ **Gaul**, s. 92; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 9. Yazarlar sübjektif hakkın korunması ve yerine getirilmesinin beraberinde hukukî barışı da getirdiği görüşündedir (**Gaul**, s. 93; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 9).

¹⁶² **Yılmaz**, Usûl Ekonomisi İlkesi, s. 247.

¹⁶³ **Konuralp**, İspat, s. 6.

¹⁶⁴ Rüzgaresen, Cumhuriyet, **Medenî Muhakeme Hukukunda Usûl Ekonomisi İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 55.

¹⁶⁵ Bu görüşteki yazarların açıklamasına eleştiri için bkz. **Taşpınar**, Amaç, s. 762.

¹⁶⁶ **Alangoya**, Vakıalar ve Deliller, s. 87; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 10; **Tanrıver**, Medenî Usûl-I, s.135; **Budak**, Yargılamanın Amacı s. 33 vd.; Tercan, Erdal, “Medenî Usûl Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”. **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 5 (1-2 (Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan), ss. 181-212, s. 181. Davada tek başına gerçeğin değil, hukuk devleti ilkesine göre gerçeğin bulunup ortaya çıkarılması önem arz eder. Bkz. **Gaul**, s. 97-98.

¹⁶⁷ **Alangoya**, Vakıalar ve Deliller, s. 76-77; **Meriç**, Tasarruf İlkesi, s. 38; **Konuralp**, hukuk usûlünün tek amacı olduğunu belirtecek güçlü nedenler bulunmadığını; usûl kurallarının (özel olarak ispat kurallarının) amaçsal yorumlanması açısından, adalete ve gerçeğe ulaşmayı da uyuşmazlığı çözmeyi de amaç olarak görmek, hukukçuya esnek ve güçlü bir yorum imkânı kazandıracağını açıklamıştır. **Konuralp**, İspat, s. 6.

¹⁶⁸ Kurt Konca, Nesibe, **Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 37.

¹⁶⁹ **Karşı**, Usûlî İşlemler, s. 155.

¹⁷⁰ “*Kanun sistematiki bakımından, yargılama akışına uygun, takip edilmesi kolay, mantıkî, sade ve basit bir sistematik anlayış benimsenmiştir. Yargılamanın daha doğru, amacına uygun, daha hızlı ve etkin yürütülmesine hizmet edecek yeni kurumların alınması yanında, yargılama sisteminin daha basitleştirilmesi de kabul edilmiştir. Ancak usûl hukukunun amacı olan maddî gerçeğe ulaşmaktan ödün verilmeyecek bir düzenleme yapılmaya çalışılmıştır.*” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporu (1/574) Genel Gerekeçe, s. 4 <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, erişim tarihi 10.09.2022.

¹⁷¹ **Yılmaz**, Usûl Ekonomisi İlkesi, s. 249.

gerçekleştirilir. Ancak bu deliller her zaman tarafın hâkimiyetinde olmayabilir. Üçüncü kişinin hâkimiyetinde olan ve bu sebeple tarafların ulaşamadıkları bilgi ve delile ulaşılması ihtiyacı doğabilir. Örneğin, delil bir belge niteliğindeyse bu belge üçüncü kişide olabilir. Belgenin üçüncü kişinin hâkimiyetinde olduğu ihtimalde, üçüncü kişinin isteğine bağlı olarak katkıda bulunma gerçekleşecek olursa, tarafın iddiasını ispatlayabilmesi güçleşebilir. Bu sonuca bağlı olarak da yargılamada gerçeği bulmak zorlaşacaktır¹⁷².

Üçüncü kişilerin delillerin toplanmasında katkıda bulunması özellikle somut yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılmasında o delilin ikame edilemeyecek olmasında bilhassa önemlidir. Örneğin tanık beyanı alınması gerekiyorsa, o tanığın yerine başka bir kimse getirilemez. Tanığın ikame edilememesi nedeniyle de tanıklık yapmak, Türk yargısına tabi olmak şartıyla herkes için zorunlu olduğu kabul edilir (HMK m. 245). Aynı durum belge delili için de geçerlidir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu olan çekişmeli vakıanın ispatında, belgenin içeriği o vakıayı ispatlayacağından, o belgenin yeri doldurulamaz. Öte yandan bilirkişilik kurumunda aynısı geçerli değildir. Bilirkişi, tanık gibi tesadüfi olarak duyu organları aracılığıyla elde ettiği bilgileri mahkemeye aktarmaz, aksine dava konusu belirli maddî vakıalar hakkında, gerektiğinde uzman görevi bulunan bir başka kişi de bilirkişi olarak görevlendirilebilir¹⁷³. Ancak belirli bir uzmanlık alanına sahip ve o kimsenin yerine başka bir uzmanın ikame edilemeyeceği bir durum söz konusuysa, gerçeğin ortaya çıkarılması için bilirkişilik görevini kabul etme zorunluluğu doğar¹⁷⁴.

Yargılamada ne pahasına olursa olsun maddî gerçeğe ulaşma amacından ise bahsedilemez. Yargılamada gerçeğe ulaşma kadar gerçeğe ulaşılmanın şekli de önemlidir. Hukuk devletinde gerçeğin ne pahasına olursa olsun ortaya çıkarılması amacıyla herhangi bir sınırlandırma olmadan tüm yol ve yöntemlerin kullanılması kabul edilemez¹⁷⁵. Nitekim hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılması yasaktır (Anayasa m. 38; HMK m. 189/2). Ayrıca hiç kimse, kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye de zorlanamaz (Anayasa m. 38). Üçüncü kişilere katkıda bulunma yükümlülüğü getirilirken de gerçeğe ulaşma amacı mutlak olarak uygulanmayarak, hukukî açıdan çatışan menfaatler karşı karşıya geldiğinde, bu yükümlülüklere bazı istisnalar tanınmıştır. Örneğin bir kişi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olacak olsa da tanıklığın

¹⁷²Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph (Hrsg.), **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**. 3. Bası, Schulthess, Zürich, 2016, Art. 160, N. 4.

¹⁷³ Tanverdi, Mücahit, *Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1991, s. 199; Tanrıver, Süha, *Medenî Yargıda Bilirkişilik*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.27; Tanrıver, Süha, *Hukukumuzda Bilirkişilik*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 27.

¹⁷⁴ Bracher, N.111.

¹⁷⁵ Kurt Konca, *Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü*, s. 49.

izne bağılı olduğu ve tanıklıktan kaçınma hakkının bulunduğu hallerde, tanık olarak dinlenememesi esası kabul edilmiştir (HMK m. 242, m. 247-250). Bundan başka, soy bağının tespiti amacıyla yapılan insan üzerindeki incelemelerde kaçınma hakkı tanınmamıştır (HMK m.292). İncelemenin makul olmadığı hallerde ise üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğü kabul edilemez. Yargılamada gerçeğin bulunması amacıyla olsa dahi üçüncü kişi makul olmayan incelemelere izin vermekle yükümlü tutulamaz. Çünkü kişinin temel hak ve hürriyetleri Anayasa ve Uluslararası sözleşmelerle güvence altındadır. Hiç kimse vücut bütünlüğünü ihlal eden ya da maddi ve manevi varlığını ciddi derecede ihlal eden (Anayasa m.17) müdahalelere katlanmak zorunda değildir.

1.2.3. Üçüncü Kişinin Katkıda Bulunma Yükümlülüğünün İşlevi

Maddî hukukta tanınan sübjektif hakların yerine getirilebilmesi için dava açıldığında mahkeme, tarafların iddialarını ve savunmalarını dinleyip, delilleri inceler ve delillerin toplanması sonucunda elde edilen sonucu dikkate alarak hüküm verir¹⁷⁶. Davacı iddia, somutlaştırma ve delil gösterme yükünü yerine getirerek, talebin dayanağını oluşturan kanunun öngördüğü koşul vakıaların yerine getirildiğini ispat ederse, yargılamada kendi lehine karar verilmesini sağlar. Tam tersi şekilde davalı da davacının iddiasının doğru olmadığını tespit ettirirse lehine karar vermesini sağlar. Hâkim, altlama faaliyeti kapsamında somut vakıaların, koşul vakıaları karşılayıp karşılamadığını tespit eder. Bu altlama faaliyetinin neticesinde kendi lehine karar verilmesini isteyen tarafın bunu sağlayabilmesi için tarafların ispat hakkını tam ve etkin kullanabilmesi ve gerekli delillere sahip olması gerekir¹⁷⁷.

Taraflar, ispat faaliyetinde deliller aracılığıyla hâkimi ikna etmeye çalışmakta ve hâkimin kanaat edinmesine yarayacak bilgileri sağlayıp, hâkimin önünde olayın canlandırılmasına yardım etmektedir¹⁷⁸. Tarafın karşı taraf veya üçüncü kişideki delile ulaşamadığı bir ihtimalde, tarafın iddiasını ispatlayamaması tehlikesi doğar. Bu anlamda taraflar, maddî hukukta öngörülen sübjektif hakların yerine getirilmesi için açmış olduğu davada başarısız olma riskiyle karşı karşıya kalabilir. Bu tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla üçüncü kişilere getirilen delillerin toplanması faaliyetindeki katkıda bulunma yükümlülüğü, tarafların sübjektif haklarının yerine getirilmesine hizmet eder¹⁷⁹. Bu yönüyle üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğü, özellikle ispat yükünü taşıyan tarafın menfaatinedir. Çünkü bir delile üçüncü kişide olması sebebiyle ulaşılamazsa, vakıanın gerçekleştiğinin tespit

¹⁷⁶ **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 89.

¹⁷⁷ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 121.

¹⁷⁸ **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 138.

¹⁷⁹ **Bracher**, s. N.38-39.

edilememesi durumuyla karşılaşılabılır. Bu halde ispat yükü kuralı gereği, bir vakıanın ispat edilememesinde ispatsız kalma rizikosuna o yükü taşıyan taraf katlanır; başkaca deyişle hâkim o vakıaya ilişkin ispat edemeyen kişinin aleyhine karar verir.

Üçüncü kişi yargılama faaliyetine dâhil olmayan tarafların dışındaki bir kişidir. Üçüncü kişilerin, tarafların ileri sürdüğü iddiaları ispatlamalarına yardım etme ve yargılamayı ilerletme yükümlülüğü yoktur¹⁸⁰. Deliller, kural olarak delil gösterme yükünü taşıyan tarafça gösterilir. Taraflar dilekçelerinde iddia ve savunmalarını dayandırdıkları vakıaları, bu vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini bildirirler. Taraflar kendi lehine karar verilmesini sağlamak amacıyla çekişmeli vakıalar hakkında delillerini kendileri bildirir. Üçüncü kişinin tarafın yerine geçerek veya yanında yer alarak ispat faaliyetine yardımcı olması şeklinde bir işlevi yoktur. Üçüncü kişi kendisinden istenen delil ve bilgi ne ise yalnızca o bilgi ve delili sağlamalıdır. Örneğin, bir trafik kazası tanığı olarak dinlenen üçüncü kişi, yalnızca bu olaya ilişkin duyu organıyla algıladıklarını mahkemeye bildirir. Üçüncü kişi bunun ötesine giderek, tarafın yardımcısı olan fer'i müdahil gibi hareket ederek, tarafın yanında iddialarını ispat etmesine yardımcı olma fonksiyonu yoktur.

Üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, yargılamanın amacına ulaşmasına ve özellikle maddî gerçeğin tespit edilerek gerçeğe uygun karar verilmesine hizmet eder. Mahkeme gerektiğinde karşı taraf ve üçüncü kişinin hâkimiyetindeki delil ve bilgiyi de inceler ve maddî gerçeğe ulaşır. Yargılamanın sonunda maddî hukuka göre gerçek hak sahiplerinin belirlenmesi¹⁸¹ ile hak sahiplerinin haklarına kavuşmaları, taraflar başta olmak üzere tüm toplumda adalet duygusunu tatmin eder¹⁸². Böylece yargılama sonunda taraflar arasındaki uyuşmazlık sona erdiğinde maddî gerçek, adli gerçekle¹⁸³ örtüşür ve gerçeğe uygun bir hüküm verilir. Bu sonuç temelde hukuksal barışın sağlanması ve adalete güveni de gerçekleştirir¹⁸⁴. Kararların gerçeğe uygun olması, toplumun da yargıya olan güvenini sağlar. Mahkemece verilen kararların gerçeği yansıtması, kararların toplumun vicdanında gerçekliğine inancı artıracığından yargının güvenilirliği ve saygınlığının da artmasını sağlayarak kamu düzeninin oluşmasına katkı sağlar¹⁸⁵. Hâkimler, yargı işini yürütürken yalnızca davanın taraflarına karşı değil, tüm topluma karşı adalet dağıtmakla yükümlüdürler¹⁸⁶. Bu yönüyle

¹⁸⁰Huber, (Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.), **Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz**, 20. Baskı, Franz Vahlen, München 2023), § 428, N. 5.

¹⁸¹ **Tercan**, Gerçeği Söyleme, s. 183.

¹⁸² **Kurt Konca**, Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, s. 75.

¹⁸³ Maddî gerçek, gerçekte var olan gerçeklik olarak; adli gerçek ise mahkemece yapılan yargılama faaliyeti neticesinde ulaşılan gerçeklik olarak ifade edilir. **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 10.

¹⁸⁴ **Bracher**, N. 38-39.

¹⁸⁵ **Kurt Konca**, Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü s. 76.

¹⁸⁶ **Ansay**, Hukuk, s. 158.

üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğü, ispat yükü üzerine düşen tarafın menfaatine olduğu gibi yargılama sonucunda verilen hükmün gerçeğe uygun olması sonucunda yargıya güveni sağlaması yönüyle kamunun da menfaatinedir.

Tanık olarak beyanda bulunmak, bir belgeyi ibraz etmek veya bir nesnenin incelenmesine katlanmak gibi farklı şekillerde ve farklı içeriklerde katkıda bulunma yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüklerin temel ortak işlevi, yükümlü kişinin kendi iradesine karşı da olsa, gerektiğinde yaptırımlarla, yargılamaya ilişkin delillerin toplanmasını sağlamaktır¹⁸⁷. Üçüncü kişilerin yargılama ile ilgili delillerin toplanmasına kendi isteğiyle katılmamaları halinde, yaptırımlar öngörülmüştür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 245'te haklı sebep bildirmeyen tanıkların zorla getirilmesi, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir. Belge delili hakkında da belgeyi ibraz veya bu konuda tanıklık yapmak zorunda olanlar hakkında, tanıklara ilişkin hükümler uygulanacağı ifade edilmiş olduğundan (HMK m. 221/3) haklı sebep olmaksızın belgenin ibraz edilmemesinde disiplin yaptırımları söz konusu olacaktır. Keşfe katlanma zorunluluğu bulunan üçüncü kişinin keşif yapılmasına karşı çıkmasında, üçüncü kişinin karşı koymanın sebep olduğu giderlere ve kanunda öngörülen disiplin para cezasına mahkûm edileceğine ve gerektiğinde zor kullanılmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir (HMK m. 291/3). Soybağı tespiti için incelemede de inceleme yapılması zorunluluğuna uyulmamasında, incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir (HMK m. 292/1). Bu hükümlerin temelinde, yargılamanın sağlıklı biçimde yürütülebilmesi ve gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi gayesi vardır¹⁸⁸.

1.2.4. Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunmanın Karşı Taraf ve Üçüncü Kişiler Açısından Farkı

1.2.4.1. Genel Olarak

Gerçeğin açığa kavuşturulması, yargılamada, hâkim ve taraflar arasındaki iş birliğinin temelini oluşturur¹⁸⁹. Taraflar yargılama ile ilgili kendi dayanaklarını destekleyen dava malzemesini (vakıa ve delillerini) beraberinde getirmek sorumluluğundadır¹⁹⁰. Medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerden olan taraflarca getirilme ilkesi kapsamında taraflar, vakıa ve delillerini mahkemeye getirirler. Kanunda öngörülen istisnalar dışında hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatacak

¹⁸⁷ Bracher, N. 38-39.

¹⁸⁸ Keşfe katlanma zorunluluğuna ilişkin açıklama için bkz. Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1954.

¹⁸⁹ Kummer, s. 10.

¹⁹⁰ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 152, N. 9; Rüetschi, (Hausheer/Walter), Art. Vorbemerkungen zu Art. 160-167, N. 8; Tanriver, Medenî Usûl-I, s. 414.

davranışlarda bile bulunamaz (HMK m. 25/1). Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz (HMK m. 25/2). Davacı, talep sonucunu haklı gösterecek vakıaları mahkemeye sunmalı; davalı ise savunmasında dayandığı itirazları ve def'ileri haklı gösterecek vakıaları ileri sürmelidir¹⁹¹. Bu ilkenin diğer bir sonucu taraflar vakıalar dışında delilleri de ileri sürmelidir. Kendiliğinden araştırma ilkesine tabi yargılamalarda dahi vakıa ve delillerin toplanmasında öncelikle taraflar etkilidir¹⁹².

Taraflar gerek taraflarca getirilme ilkesinin gerekse kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılamada olayın aydınlatılması kapsamında genel iş birliği yüküne (iddia, delil gösterme yükü, savunma yüküne) sahiptirler¹⁹³. Tarafların olayın aydınlatılmasındaki genel iş birliği yükü, delillerin toplanmasında karşı tarafın ve üçüncü kişilerin katkıda bulunmasının zorunlu olduğunu öngören hükümlerden farklıdır. Birinci halde, taraf, kendi hukukî konumunu desteklemek için vakıa ve delillerini yargılamaya beraberinde getirir; ikinci halde ise karşı taraf veya üçüncü kişi, başkasının hukukî konumuna (delil gösterenin) etki eden bir yük veya yükümlülük altındadır¹⁹⁴. Üçüncü kişinin, delil gösterenin hukukî konumunu desteklemesi, yargılamada ilgili olmamasından dolayı net bir şekilde belirir. Ancak karşı taraf için bu ayırım bazı hallerde net olmayabilir. Örneğin menfi vakıa iddiasının ispatıyla yükümlü olan karşı taraf, dürüstlük kuralı gereği (TMK m. 2; usûl hukukundaki görünümü HMK m. 29), kendi vakıalarını ve karşı delilini getirerek vakıanın açıklanmasında ve delillerin yargılamaya getirilmesinde iş birliği yapar. Doktrinde bu dürüstlük kuralına dayanan iş birliği yükünün, olayların aydınlatılmasındaki genel bir iş birliği yükünün kısmi yönünü oluşturacağı; karşı tarafın savunmasının dayanağını oluşturan inkâr ettiği vakıa¹⁹⁵ ve karşı delilini getirerek, temelde, kendi hukukî konumunu desteklemek isteyeceği belirtilmiştir¹⁹⁶.

Karşı tarafın veya üçüncü kişinin delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğünün temelinde, ispatla yükümlü tarafın konumunu desteklemek vardır. Ancak ayırımı yalnızca bir başka bir kişinin konumunu desteklemek amacına dayandırmamak gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü görülmekte olan davada vakıanın doğruluğunun araştırılması için de

¹⁹¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 192.

¹⁹² **Guldener**, s. 168.

¹⁹³ Tarafların yargılamada kendi iddialarını desteklemek için yargılamaya aktif olarak katılmaları gerekir. Taraflar talep sonucunu haklı kılmaya yarayan vakıa iddialarını ileri sürmeli ve bu iddiaların doğruluğunu ortaya koyan delilleri yargılamaya getirmelidir. Tarafların doğruyu söyleme ödevi bulunmaktaysa (HMK m. 29) da taraflardan kendi aleyhine ve diğer taraf lehine olan vakıa ve delilleri mahkemeye sunmasını beklemek gerçeğe uymaz (**Özekes**, Hukukî Dinlenilme Hakkı, 80; **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 917).

¹⁹⁴ **Bracher**, N. 65-66.

¹⁹⁵ Kural olarak ileri sürülen vakıa iddialarını açıklamak ve ispatla yükümlü olan tarafa karşı çıkmak yeterlidir. Ancak ispatla yükümlü olmayan tarafın bazı hallerde açıklama yapması gerekebilir. İspatla yükümlü olan tarafın, ileri sürülen iddiaların dışında olması ve bu nedenle vakıaları daha yakından bilmemesi, diğer tarafın ise bunları bilmesi veya tamamlayıcı bilgileri bilmesi bekleniyorsa, ispatla yükümlü olmayan taraf, daha güçlü bir somutlaştırma yüküne sahiptir (**Rosenberg/Schwab/Grolimund**, § 110, N. 8).

¹⁹⁶ **Bracher**, N. 69.

mahkeme, bilirkişi veya keşif deliline başvurabilir. Bu halde üçüncü kişi de karşı taraf da vakıanın doğruluğunun araştırılması ve dolayısıyla gerçeğin ortaya çıkarılması için katkıda bulunmakla yükümlü olur. Hatta taraflar arasında tartışmalı olmayan bir vakıanın da gerçeğin ortaya çıkarılması için araştırılması gerekebilir¹⁹⁷.

Karşı tarafın kendisinin aleyhine olabilecek olan bir delili de yargılamaya getirmek veya incelenmesine katlanmakla yükümlü olması, Türk hukukunda, aydınlatma (veya açıklama ödevi) kapsamında açıklanır. Aydınlatma ödevi, davada ispat yükünü taşımayan tarafın, vakıaların açıklanmasına olumlu bir şekilde katkıda bulunmasıdır. Temeli dürüstlük kuralına (TMK m. 2; HMK m. 29) dayanan aydınlatma ödevinin gereği olarak, gerektiğinde, karşı tarafın elinde bulunan delilleri de yargılamaya getirmesi gerektiği ifade edilir. Bu anlamda özellikle belgelerin ibrazı zorunluluğunda, ispat güçlüğü nedeniyle, kişinin kendi elindeki bir belgeyi ibraz edememesinde, olayların açıklığa kavuşturulması için karşı tarafın belgeyi ibraz etme zorunluluğunun kabul edildiği açıklanır. Böylece Türk hukukunda, karşı tarafın elindeki belgeleri ibraz etmesi ve de keşfe katlanma zorunluluğu öngörülmesi de bu ödevin yansıması olarak görülür¹⁹⁸.

Tarafın kendi aleyhine fakat karşı tarafın lehine delilleri mahkemeye getirme yükümlülüğünde, günümüzde geçmişten farklı bir anlayışın sahip olduğuna rastlamaktayız. Roma hukuku anlayışında “*nemo contra se edere tenetur*” (kimse kendi aleyhine delil getirmek zorunda değildir) ilkesi geçerliydi. Bu ilke gereği, taraf, karşı tarafın davayı kazanmasına yarayacak delilleri yargılamaya getirmek zorunda değildi¹⁹⁹. Başkaca deyişle, taraflar ispat konusunda birbirlerine yardım etmek zorunda değildi. Herkes kendi iddialarını ispatlamalıydı²⁰⁰. Ancak bu usûl hukuku anlayışı etkisini önemli derecede etkisini kaybetmiştir. Bugün medenî usûl hukukunda davanın savaş alanı olarak görülmesinden ziyade, toplumsal bakış açısı anlayışı hâkimdir²⁰¹. Bu bakış açısının etkisiyle, yargılamada gerçeğe ulaşma amacı ön plana çıkmaktadır. Bu amaçla hem karşı tarafın hem de üçüncü kişilerin yargılamada pasif kalmamaları, uyuşmazlığın çözümlenmesi için mahkemeye yardım etmeleri gerekmektedir²⁰². Özellikle delil, ispat yükünü taşıyan tarafın hâkimiyetinde değilse, gerçeğin ortaya çıkarılması

¹⁹⁷ Bkz. 2.1.4.2.3. Olayın Aydınlatılması Menfaati.

¹⁹⁸ Aydınlatma ödevi ve açıklama ödevine ilişkin açıklamalar için bkz. **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 144 vd. Alman hukukunda Alman Medenî Usûl Kanunu § 138’den çıkarılan bu kavram, Türk hukukunda dürüstlük kuralının temelinde açıklanır.

¹⁹⁹ Bu ilkeye ilişkin bkz. **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 26.

²⁰⁰ Ünal Kaya, Hilal, “Türk ve Alman Medenî Usûl Hukukunda Karşı Tarafın Elindeki Belgeye Ulaşabilme İmkânları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 67 (4), 2018, ss.783-806, s. 784

²⁰¹ **Ünal Kaya**, Belge, s. 784

²⁰² **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 32; Aşık, İbrahim, **Medenî Usûl Hukukunda Keşif**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 145; **Direnisa**, s.276.

için bu delillere erişmek gerekir²⁰³. İspat yükünü (delil gösterme yükü) taşıyan tarafın erişiminde olmayan ancak karşı taraf ya da üçüncü kişide bulunan karara etki eden ispat araçlarına mahkeme erişebilmelidir²⁰⁴. Bu anlamda gerektiğinde karşı taraf ve üçüncü kişi katkıda bulunmaya zorlanır. Karşı tarafın ve üçüncü kişinin ispat faaliyetinde katkıda bulunmaya zorlanmaları, özellikle delil gösteren tarafın ispat hakkının teminine hizmet eder²⁰⁵. İspat hakkı, Anayasayla güvence altına alınmıştır (Anayasa m.36). Yargılamada tarafın iddiada bulunabilmesi ve bu iddiaları ispatlayabilmesi gerekir. Taraf ispat faaliyetinde bulunurken, kendi hâkimiyetinde olmayan iddia ve savunmalarının dayanağı olan delillere ulaşabilmelidir. Yargılamada tarafların ispat haklarını kullanabilmesi için kendi hâkimiyetlerinde bulunmayan ispat araçlarına erişilebilmesi hukukî dinlenilme ve adil yargılanma hakkının da gereğidir²⁰⁶.

Taraflar ve üçüncü kişiler arasındaki farklılıklar, özellikle, hukukî niteliği ve sonuçlar açısından doğmaktadır. Bunun yanında taraf ve üçüncü kişilerin dinlenilme şekilleri bakımından da farklılıklar vardır²⁰⁷. Üçüncü kişi tanık olarak dinlenirken; taraf, tarafın dinlenilmesi hükümlerine göre dinlenir.

1.2.4.2. Hukukî Niteliği Bakımından Farklılık

Taraf ve üçüncü kişiler için delillerin toplanmasına katkıda bulunmanın rolü, yargılama faaliyetindeki konumları itibariyle aynı değildir. Taraflar yargılama malzemelerinin toplanmasına aktif olarak katılmalıdır. Genel bir iş birliği yükünden bir önceki başlıkta bahsedilmişti. Bu iş birliğinin dışında, karşı taraf, uyuşmazlığın aydınlatılması için vakıa açıklamalarında bulunmaya ve delillerinin yargılamaya getirilmesine zorlanabilir. Karşı taraf, dürüstlük kuralının dayanağını oluşturan aydınlatma ödevi gereği, vakıaların açıklanmasına ve delillerin toplanmasına yardımcı olmakla yükümlü tutulur.

Üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğü ise sınırlıdır. İsviçre hukukunda taraflar ve üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğü genel bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hukukta da üçüncü kişiler için katkıda bulunma yükümlülüğü sınırlıdır. Üçüncü kişilerin yükümlülüğü

²⁰³ Gerçeğe uygun karar verilebilmesi için taraf ve üçüncü kişilerin dışında, gerektiğinde hâkim de delillerin toplanmasında gerekli önlemleri almalı ve buna ilişkin işlemler yapmalıdır (Yavaş, Murat, “Medenî Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 2015/2 Özel Sayı, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, 2015, ss. 741-762, s. 758; Aşık, Keşif, s. 147).

²⁰⁴ **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 4; Sutter-Somm, Thomas/Seiler, Benedikt, **Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung Art. 1-408 ZPO**, Schulthess, Zürich, 2021, Art. 160, N. 1.

²⁰⁵ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 28; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 53- 54; Bolayır, Nur, “Medenî Usûl Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları”. E. Hanağası ve M. Göksu (Ed.), **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, C. I. Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, ss.555-585, s. 556-557; Aşık, Keşif, s. 143.

²⁰⁶ Guralp, Ayşe Gülin, **Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Hukuku Sistemleri’ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 324; **Çiftçi**, İspat Hakkı, 243.

²⁰⁷ **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. Vorbemerkungen zu Art. 160-167, N. 2.

için temel mantık, ihtiyaç duyulduğu yerde katkı sağlamasıdır. Bu katkı, ispat konusu vakıaların aydınlatılmasına katılımı sınırlıdır. Üçüncü kişinin katkısı, yargılamayı yürüten hâkim tarafından, tarafların menfaatleri doğrultusunda belirlenecektir²⁰⁸.

Üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğü, gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla kamu hukukuna dayanır. Karşı taraf, dürüstlük kuralına dayanan bir iş birliğini yerine getirmekle yükümlüyken; üçüncü kişinin bu yükümlülüğü, kamu hukukuna dayanır. Üçüncü kişi, tamamen yargılamanın dışında bir kişidir ve delil gösterenin ispat hakkının korunması ve gerçeğin ortaya çıkarılması menfaati temelinde, delillerin toplanmasında katkıda bulunmakla zorunlu tutulmuştur.

Üçüncü kişinin delillerin toplanması faaliyetindeki katkısı, İsviçre hukukunda, ikincil nitelikte olarak belirtilir²⁰⁹. Üçüncü kişi, delil gösteren tarafın menfaati için katkıda bulunmakla yükümlüdür. Üçüncü kişi, uyuşmazlığın dışında olduğundan, onların yardımı olmaksızın delil toplanmasının mümkün olmadığı durumlarda katkıda bulunmakla yükümlü tutulabilir. Ancak bu da orantılı olmalıdır²¹⁰. Üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğünün ikincil niteliği, kanunun kendiliğinden delil toplanmasının öngördüğü durumlarda dahi taraflardan birinin veya her ikisinin menfaatine hizmet edip edilmediğine bakılmaksızın gözetilmelidir²¹¹. Dolayısıyla bir taraf, iddia ettiği vakıaları ispat etmek için öncelikle delilleri kendisi yargılamaya getirmelidir. Tarafın ihmalkâr davranışı nedeniyle üçüncü kişi katkıda bulunmaya zorlanmamalıdır. Aksi halde üçüncü kişi için yükümlülüğün yerine getirilmesi orantısız olur²¹². Kendiliğinden harekete geçme ilkesinin geçerli olduğu, örneğin çocuğun yüksek menfaatlerinin korunması gibi tarafların menfaatlerinden daha üstün bir menfaat varsa, üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğünün ikincil niteliği gözetilmemektedir²¹³.

Üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğünün ikincil niteliği, Türk hukuku için de düşünülebilir. Aşağıda açıklanacağı üzere, üçüncü kişinin yükümlü olduğuna, belirli koşullar altında mahkeme karar verir. Mahkeme bu koşulları değerlendirirken, üçüncü kişinin yükümlülüğünün, ikincil nitelikte olduğunu da göz önünde bulundurmalıdır. Bu kapsamda, tarafın kendisi yargılamaya o delili getirebilecekken, üçüncü kişiyi zorlamanın bir anlamı yoktur. Örneğin, keşif konusu nesne üzerinde karşı taraf ve üçüncü kişinin birlikte zilyetliği varsa ve her ikisi de birbirinden bağımsız şekilde o şey üzerinde tasarrufta bulunabiliyorsa,

²⁰⁸ **Higi**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 160, N.13.

²⁰⁹ **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 6; **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.8a; **Higi**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 160, N. 14.

²¹⁰ **Higi**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 160, N.14.

²¹¹ **Higi**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 160, N.14.

²¹² **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 4.

²¹³ **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.8a; **Higi**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 160, N.15; **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 6.

keşif konusu nesnenin teslimi için mahkeme, karşı tarafı teslim etmekle zorunlu tutmalı ve eğer karşı taraf mahkemeye teslim etmezse, kararında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 291/2'deki sonuçları değerlendirmelidir. Taraf elinde bulunan belgeleri ibraz etmekle yükümlüdür. Taraf kendisinin kolaylıkla ulaşabileceği, örneğin tapu kayıtları gibi belgeleri de mahkemeye ibraz etmekle yükümlüdür. Resmî makamı yükümlülüğü yerine getirmeye, kendisinin kolayca ulaşabileceği belgeler bakımından zorlayamamalıdır²¹⁴. Delil gösteren taraf, kendisi o belgeyi mahkeme aracılığı olmaksızın kanun hükümlerine dayanarak getirebiliyorsa, mahkemenin belgeyi yargılamaya getirebilmesi için uğraşmasına ihtiyaç yoktur. Resmî makamdan belgenin onaylı suretini alabiliyorsa taraf, belgenin onaylı sureti aslıyla aynı sonuç doğurduğundan mahkemeye ayrıca ibraz talebinde bulunulması şart değildir²¹⁵. Resmî belgenin aslına ihtiyaç varsa (HMK m. 216/1) ya da belgeyi kurumdan alamıyorsa taraf bu durumu mahkemeye ileri sürerek mahkeme aracılığıyla getirilmesini sağlayabilir.

1.2.4.3. Hukukî Sonuçları Bakımından Farklılık

Usûl hukuku ilişkisinde bir yanda mahkeme bir yanda taraflar vardır. Mahkeme ve taraflar arasındaki ilişkinin yanında tarafların da kendi aralarındaki usûl hukuku ilişkisi vardır²¹⁶. Bu usûl hukuku ilişkisi içinde yargılamanın amacına ulaşabilmesi için yargılamanın başından sonuna kadar taraflar için önemli zorunluluklar öngörülmüştür. Taraflar hem birbirlerine karşı hem de mahkemeye karşı bu zorunlulukları yerine getirmelidir²¹⁷.

Medenî usûl hukukunda hukukî sonuçlar yük ve yükümlülük olarak iki farklı şekilde kategorize edilir. Yükümlülük kelime anlamı itibariyle, “*yapılması zorunlu olan iş veya bir işi yapma zorunluluğu, yükümlülük, yüküm, mükellefiyet, mecburluk, mecburiyet*” anlamlarına gelmektedir²¹⁸. Yükümlülük kavramında “zorunluluk” anlamı dikkat çekmektedir. Tarafların yükümlülüğünde, tarafın belirli bir davranışta bulunma zorunluluğu söz konusudur. Yükümlülükte, taraf, kanunda soyut olarak veya mahkeme tarafından somut olarak belirlenmiş bir davranışı yerine getirmekle yükümlüdür. Tarafın başka şekilde davranması veya o davranışı yerine getirmekten kaçınması mümkün değildir²¹⁹. Doğal olarak yükümlülükte taraflar serbestçe hareket edemezler, o davranışın yerine getirilmesi gerekir. Örneğin, taraflar dürüstlük kuralına uygun davranmak ve gerçeğe uygun beyanda bulunmak zorundadır (HMK m. 29) veya

²¹⁴ Frank/Sträuli/Messmer, § 183, N. 5

²¹⁵ Erdönmez, Belgelerin İbrazi, s. 208.

²¹⁶ Rosenberg/Schwab/Grolimund, § 2, N. 4.

²¹⁷ Üstündağ, Yargılama, s. 481.

²¹⁸ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi 19.12.2022.

²¹⁹ Rosenberg/Schwab/Grolimund, § 2, N. 14.

mahkeme, ara kararında taraflara bir belgeyi ibraz etmesi kararı vermişse, taraf belgeyi ibraz etmekle yükümlüdür²²⁰.

Medenî usûl hukukunda taraflar için yükümlülük, istisnai olarak düzenlenmiştir²²¹. Yükümlülüğe uymamanın hukukî yaptırımı olarak disiplin para cezası, tazminat ödenmesi, yargılama giderlerinin karşılanması gibi yaptırımlarla karşılaşılır²²². Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bazı hükümlerinde taraflar için düzenlenen yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin yaptırımı olarak disiplin para cezası öngörülmüştür. Kötüniyetle ıslaha başvurmak (HMK m. 182), belgenin yerinde incelenmesine engel olmak (HMK m. 218), kötüniyetle dava açma (HMK m. 329), hâkimin hukukî sorumluluğu sebebiyle açılan davanın esastan reddedilmesi (HMK m. 48), hâkimin reddi talebinin kötüniyetle yapıldığının anlaşılması ve esasa ilişkin sebeple kabul edilememesi (HMK m. 42/6) halleri buna örnektir. Medenî usûl hukukundaki bir yükümlülüğün yaptırımı, taraf usûl işleminin dikkate alınmaması şeklinde de olabilir²²³.

Yük ise gerçek anlamıyla, “bir şeyin ağırlığı”, mecaz anlamıyla da “birinin üzerine almak zorunda kaldığı ağır görev” anlamlarına gelmektedir²²⁴. Yükün varlığında kişinin onu yerine getirmesi zorunluluğundan bahsedilmez. O davranışı yerine getirmenin veya getirmemenin kişi için doğuracağı sonuçlar, tamamıyla kişinin aldığı sorumluluğun altındadır. Medenî usûl hukukunda tarafların bazı davranışları için yükten söz edilir²²⁵. Yükün varlığında mahkeme kişiyi o davranışın yerine getirilmesi için zorlamadığı gibi karşı taraf da o davranışın yerine getirilmesi için talepte bulunmaz²²⁶. Örneğin iddiaların yargılamaya getirilmesi veya ispat edilmesi zorunluluğu yoktur. Bu sebeple de iddia etme, ispat etme yükümlülüğünden değil de iddia veya ispat yükünden söz edilir. Yükün yerine getirilip getirilmemesi, yükü taşıyan tarafın menfaatini ilgilendirmektedir²²⁷.

Bu açıklamalardan sonra, genel bir iş birliği şeklinde, tarafın kendi hukukî konumunu desteklemek için yargılamada iş birliği yapması gereken hallerde, yük niteliğinde olduğundan şüphe duyulmaz. Çünkü taraf iddia, delil gösterme veya ispat yükünü yerine getirmezse sonucuna katlanır; yargılamada yerine getirmesi için zorlanmaz. Buna karşılık, karşı tarafın belge ibrazını yerine getirmesi, keşfe katlanma zorunluluğunun öngörülmesini, “yükümlülük

²²⁰ Rosenberg/Schwab/Grolimund, § 2, N. 14.

²²¹ Rosenberg/Schwab/Grolimund, § 2, N. 11.

²²² Konzen, Horst, *Rechtsverhältnisse Zwischen Prozessparteien*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, s. 57.

²²³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 283.

²²⁴ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi 19.12.2022.

²²⁵ Yazar tarafların davranışları için genellikle yükten bahsedileceğini ifade etmiştir: Rosenberg/Schwab/Grolimund, § 2, N. 12.

²²⁶ Rosenberg/Schwab/Grolimund, § 2, N. 11.

²²⁷ Rosenberg/Schwab/Grolimund, § 2, N. 11.

şeklinde” ifade etmek gerekir. Çünkü taraf, mahkemeye verdiği dilekçeyle veya kendiliğinden karar verilen hallerde mahkemece, karşı taraftan bir davranış beklenir. Belgede, belgenin incelenmesi için ibraz ya da yerinde incelemesine müsaade etmesi; keşif konusu nesneyi mahkemeye getirmesi gibi delillerin mahkemece incelenebilmesini sağlayan davranışlar talep edilir. Yük olarak değerlendirilecek olsaydı; belgenin ibrazı için mahkeme zorlayamazdı, taraf da talepte bulunamazdı. Ayrıca yerine getirmemenin sonucunda da yaptırımlar öngörülmüştür. HMK m. 220’de mahkemenin kesin süre vermesinden ve tarafın verilen sürede bu belgeyi ibraz etmemesinde mahkeme duruma göre karşı tarafın beyanını kabul edebilir. Keşfe katlanma zorunluluğunda ise taraf bu zorunluluğu yerine getirmezse, kural olarak, ispat yükü kendisine düşen taraf ise bu delilden vazgeçmiş; diğer taraf ise iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılır. Ancak hâkim duruma ve karşı koyma sebebine göre bu hükmü uygulamayabilir (HMK m. 291). Esasında öngörülen sonuçlar itibariyle taraflar için öngörülen düzenlemelerin “yük” niteliğinde olduğu da düşünülebilir²²⁸. Çünkü düzenlemelerde, sonucu itibariyle, karşı tarafa bir özgürlük bıraktığı görülür; taraftan belli bir davranışta bulunması beklenmekte ve taraf bu davranışı yerine getirmezse sonuçlarına katlanmaktadır. Ayrıca kanunda “duruma göre” hâkimin kanunda öngörülen sonuçları uygulamayacağı da ifade edilmiştir (HMK m. 220/3; m. 291/2). Ancak tarafın yerine getirmeye zorlanması, getirmemesi halinde kanunda öngörülen sonuçların doğması, yükümlülük niteliğinde olduğunun göstergesidir. Özellikle soy bağının tespiti amacıyla yapılacak incelemede, üçüncü kişiler için öngörülen yaptırıma eş değerde kanunda düzenlenmiştir. Kanun koyucu, taraflar ve üçüncü kişiler açısından ayırım gözetmeyerek, herkes için geçerli bir “gerçek bir zorunluluk” öngörmüştür. Soy bağının tespiti için yapılacak incelemeye herkes katlanmak zorundadır. Gerçeğin ortaya çıkarılmasına ilişkin menfaat, kanun koyucu tarafından korunması gereken üstün menfaat olarak görülmüştür. Hatta gerektiğinde taraf için de üçüncü kişi için de zor kullanılabilir.

Üçüncü kişiler için kanunlarda öngörülen katkıda bulunmasına ilişkin düzenlemeler tartışmasız şekilde gerçek bir zorunluluktur²²⁹, yük değildir. Üçüncü kişiler için katkıda bulunmaya ilişkin düzenlemelerde, üçüncü kişilere bir özgürlük tanınmamıştır. Örneğin, belgelerin ibrazında haklı sebep olmadan belgeyi ibrazdan kaçınma halinde, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanacağı belirtilmiştir (HMK m. 221/3). Kanundaki bu atıf dolayısıyla belgeyi haklı sebep olmaksızın ileri sürmeyen taraf, sebep olduğu giderlere ve ayrıca disiplin para cezasına hükmedilir. Benzer şekilde keşfe katlanma yükümlülüğünün ihlalinde, mahkeme

²²⁸ Keşif için yük niteliğinde olduğu hakkında bkz. Albayrak, Zeynep, “Medenî Yargıda İnsan Bedeni Üzerine İnceleme”, **TAAD**, Yıl:9, Sayı:33 (Ocak 2018), ss. 721-751, s. 737.

²²⁹ Budak, Ali Cem, “İspat Hukuku Açısından Hekimin Meslek Sırrı”, **Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu**, 2008, ss. 545-555, 547; **Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 97.

üçüncü kişinin sebep olduğu giderlere ve disiplin para cezasına hükmeder, gerektiğinde zor kullanılmasına da karar verebilir (HMK m.291/3). Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun lafzı itibarıyla de yükümlülük terimi açıkça ifade edilmiştir. Örneğin, bilirkişinin görevini bizzat yerine getirme yükümlülüğü (HMK m. 276) ve keşfe katlanma yükümlülüğü (HMK m. 291/3) terimleri kanunda kullanılmıştır.

Delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğünü taraflar ve üçüncü kişiler için genel bir hükümle düzenleyen İsviçre hukukunda, her ne kadar hem tarafların hem de üçüncü kişilerin yükümlülüğüne ilişkin düzenleme kanunda aynı maddede yer alsa da taraf ve üçüncü kişi için yaptırımların farklı olacağı ifade edilmektedir. Ancak İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun metninde (SchZPO m. 160) açıkça bu farklılık ortaya koyulmamıştır. Tarafların bu yükümlülüğü yerine getirmemesi, uyuşmazlığa katkıda bulunmayı haksız reddetmesinin sonucu, delillerin değerlendirilmesinde, olumsuz anlamda dikkate alınacağı ihtarıyla dolaylı olarak uygulanır (SchZPO m.164 ZPO). Bu nedenle usûlî yük (*prozessualen Last*) veya usûlî bir sorumluluk (*prozessuale Obliegenheit*) mahiyetindedir²³⁰. Taraf, haklı bir sebep olmaksızın bu faaliyete katılmayı reddederse, delillerin değerlendirilmesinde, kendi aleyhine dikkate alınması sonucu ile karşılaşabilir (SchZPO m. 164)²³¹. Tarafların davranışlarının usûlî yük niteliğinde olmasının sebebi, tarafların kendileri için elverişsiz olan usûlî durumdan kaçınma çabası içinde olmasındandır²³². Buna karşılık üçüncü kişiler için gerçek bir yasal yükümlülük (*Rechtspflicht*) söz konusudur²³³. Üçüncü kişi bu yükümlülüğü yerine getirmezse, bunun yerine getirilmesi için zorlanır veya cezaya hükmedilir. Üçüncü kişiler ve taraflar açısından katkıda bulunmanın kaçınmanın sonuçlarının farklı düzenlenmesi, taraflar ve üçüncü kişilerin yargılamadaki konumundan da kaynaklanır. Taraflar, katkıda bulunmayı yerine getirmezse esasında etkin bir zorlama aracı ile karşılaşır. Çünkü tarafın delillerin değerlendirilmesinde olumsuz dikkate alınması tehdidi taraflar açısından etkin bir zorlama aracıdır. Üçüncü kişiler yargılamanın tarafı olmadıklarından dolayı davada başarısız olma riski gibi bir etki onlar için

²³⁰ Botschaft SchZPO, BBI, 2006: 7316; Meier, Isaak, **Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre**, Zürich-Basel-Genf, 2010, 299; **Bracher**, N.63; **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. Vorbemerkungen zu Art. 160-167, N. 2; **Higi** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 160, N. 10; Schönmann, (Gehri, Myriam A./Jent-Sørensen, Ingrid/Sarbach, Martin, **ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung**, 2. Baskı, Orell Füssli, Zürich, 2015), Art. 160, N. 5.

²³¹ İsviçre Medenî Usûl Kanunu 164. maddeye göre, taraflardan birinin gerekçe göstermeksizin katkıda bulunmayı reddetmesi halinde, mahkeme delilleri değerlendirirken bu durumu dikkate alır.

²³² **Higi** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 160, N. 11

²³³ Botschaft SchZPO, BBI, s. 7316; **Meier**, s.299; **Bracher**, N.63; **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. Vorbemerkungen zu Art. 160-167, N. 2; **Higi**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 160, N. 12; **Schönmann**, (Gehri/Jent-Sørensen/ Sarbach), Art. 160, N. 5; **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.8. Tarafların dışında üçüncü kişilerin de katkıda bulunma yükümlülüğüne işaret eden düzenlemelere kanunda yer verilmesiyle birlikte, üçüncü kişiler için katkıda bulunma isteğe bağlı, keyfi değil; aksine gerçek bir hukukî zorunluluğu ifade ettiğini göstermektedir. (**Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. Vorbemerkungen zu Art. 160-167, N. 16).

aynı sonucu doğurmaz. Davanın sonucu ile ilgisi olmayan üçüncü kişinin menfaati çoğu durumda olmayacaktır²³⁴.

Alman hukukunda delillerin toplanmasında karşı tarafın iş birliğinde ise bir yükümlülük söz konusudur. Keşifte Alman Medenî Usûl Kanunu § 371 paragrafının 3. fıkrasında, taraflardan birinin kendisi için makul olmayan bir incelemeyi yapmaması halinde, karşı tarafın iddiaları kabul edilmiş sayılır (dZPO § 371). Belge delili için Alman Medenî Usûl Kanunu § 427 paragrafın karşı tarafın belgenin ibrazı kararına uymamasında, delil gösterenin belgenin niteliği ve içeriğine ilişkin iddiaları kanıtlanmış olarak kabul edebilir (dZPO § 427). Anılan düzenlemelerde, doğrudan zorlama yoksa da karşı taraf iddialarının kabul edilmiş sayılacağı belirtildiğinden, dolaylı bir şekilde zorlama olduğu ve bu nedenle yük olarak değil de yükümlülük olarak adlandırılması gerektiği ifade edilmiştir²³⁵.

Delillerin toplanmasında karşı tarafın ve üçüncü kişilerin katkıda bulunmasının zorunlu olduğunu öngören Türk hukukundaki hükümler hem karşı taraf hem de üçüncü kişi için “yükümlülük” niteliğindedir. Ancak kanun koyucu, keşif ve belge delillerinde her ikisi için ayrı sonuçlar (soy bağının tespiti amacıyla yapılan keşif incelemesi dışında) düzenlemiştir. Bu sonuç doğaldır. Çünkü davanın kaybedilmesine sebep olacak sonuçlar, taraf için yeterince ağırdır. HMK m. 291’e göre karşı taraf, keşif kararını yerine getirmese, iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılır. Bu sonuç üçüncü kişide benzer etkiyi doğurmaz. Çünkü uyuşmazlık temeline dayanan sonuç, karşı taraf için güçlü bir etki bırakırken; üçüncü kişi için aynı etkiyi doğurmaz.

1.2.5. Karşı Taraf ve Üçüncü Kişilerin Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunma Rolünün Hukukî Dayanağı

1.2.5.1. Maddî Hukuktan Kaynaklanan Katkıda Bulunma

Davada başarılı olmak için davacının; davacının iddialarına karşılık iyi bir savunma yapabilmek için de davalının, ispat konusu vakıalar ve delillerle ilgili gerekli bilgiye ihtiyaçları vardır²³⁶. Vakıanın ve delillerin yargılamaya ne zaman ve ne şekilde getirileceği Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda açıkça düzenlenmiştir. Ancak kanun taraflara yargılamanın başarılı olabilmesi için gerekli olan ve tarafın hâlihazırda sahip olmadığı bilgileri elde etmelerini sağlayan genel bir imkâna yer vermemiştir. Benzer şekilde Alman Medenî Usûl Kanunu’nda

²³⁴ Bracher, N.63.

²³⁵ Ahrens, (Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A., **Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Vierter Band §§ 253–299a**, 5., neu bearbeitete Auflage, Walter de Gruyter GmbH, Berlin-Boston, 2023 vor § 284, N. 17. Esasında yazar, delillerin değerlendirilmesinde dikkate alınacak olmasının, hâkimin değerlendirme yaparken gerekli esnekliğin yolunu açacağını; delillerin değerlendirilmesinde dikkate alınmanın, kanıt kurgusuna ve ispat yükünün tersine çevrilmesinden daha tercih edilebilir olduğunu vurgulamıştır.

²³⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 110, N. 1.

da genel bir olanak sağlayan düzenleme yer almamaktadır. Hukuk yargılamasında mahkemenin delilleri toplamasındaki temel amaç, vakıaların tamamlayıcı bir şekilde araştırılması değildir²³⁷. Yargılamada bilgi toplanmasının temel amacı taraflarca ileri sürülen iddiaları doğrulamak veya tam tersi olduğunu ispat etmektir²³⁸.

Katkıda bulunma yükümlülüğü kapsamında bilgilendirme ve belge ibraz yükümlülüğü önem arz eder. Maddî hukukta, kapsamı hukukî uyumsuzluğun ihlalinin kaynaklanan ilgili sözleşme veya yasal olarak düzenlenmiş hukukî ilişkiye bağlı bağımsız bilgi sağlama yükümlülükleri düzenlenmiştir. Tanınan hükümlerde genellikle belgeler için delilin sunulması yer alır. Bu hükümlerde delil konusunun sunulmasına ve bunların görülmesine veya incelenmesine izin verme yükümlülükleri tanınmıştır²³⁹. Türk hukukunda genel bir bilgilendirme ve ibraz yükümlülüğüne yer verilmemiştir. Özel bilgilendirme veya belge ibrazına ilişkin yükümlülükler yer verilmiştir. Maddî hukukta tanınan bilgilendirme ve belge ibraz yükümlülükleri “bilgi verme, hesap verme veya finansal raporları açıklama yahut da inceleme amacıyla ibraz etme, incelemesine katlanma” şeklinde belirir. Maddî hukukta öngörülmuş yükümlülükler, usûl hukukundaki katkıda bulunma yükümlülüğünün de konusunu oluşturur. Başkaca deyişle, uyumsuzluğun tarafları maddî hukuk kurallarından kaynaklanan bu ibraz ve bilgilendirme yükümlülükleri dolayısıyla da uyumsuzluk konusu vakıalara ilişkin bilgi ve delil elde etme imkânına sahip olur²⁴⁰.

Maddî hukukta bilgi ve beyan verme yükümlülüğüne ilişkin örnekler şöyledir:

*Türk Borçlar Kanunu m. 190’da alacağın devrinde bilgi ve belge teslimi açıkça düzenlenmiştir. Maddede devreden, devralan alacaklıya alacak senedi ile elinde bulunan ispatla ilgili diğer belgeleri teslim etmek ve alacağını ileri sürebilmesi için gerekli bilgileri vermekle yükümlü olduğuna yer verilmiştir.

²³⁷ “Taraflar veya avukatlar için bilgi kaynağı, tarafların kişisel bilgileri ve onların sahip olduğu kişisel belgeleridir. Taraflar ve avukatı, somut bir bilgisi olmasa bile gerekli iddiaları ileri sürmekte özgürdür. Ne bir taraf ne de avukatı bu iddiaların doğruluğunu herhangi bir şekilde kanıtlamak zorunda değildir. Ancak tarafın doğruluğu söyleme ödevi de vardır. Taraf, onun mevcut bilgisine veya kişisel kanaatine aykırı veya tamamen rasgele (gelişigüzel) iddialarda bulunursa, doğruluğu söyleme ödevini ihlal etmiş sayılır. Ayrıca dava veya savunma ne kadar çok salt, dayanağı olmayan iddiaya dayanıyorsa o kadar çok spekülasyon ve risk barındırır. Bu halde yargılamanın sonucu tamamen diğer tarafın davranışına, inkâr edip etmemesine ve mahkeme önünde yapılacak olası bir delil toplama sürecinin sonucuna bağlıdır. Taraf, mahkeme dışında gerçekleştirilen yazışmalara dayanarak karşı tarafın davranışını bir dereceye kadar tahmin edebilirse de delillere dayanan başarı şansının değerlendirilmesi daha zordur. Birçok durumda taraf; şüpheye dayalı olarak tanıklar, bilirkişiler veya keşif yoluyla delilin yargılamaya getirilmesini talep eder. Delillerin yargı yoluyla toplanmasında gerek delillerin kendiliğinden toplanmasında gerekse tarafların talebiyle yargılamaya getirilmesinde, her iki taraf için de yeni bilgilerin ortaya çıkması mümkündür.” Açıklama için bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 110, N. 2, 3.

²³⁸ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 110, N. 4.

²³⁹ Alman hukuku için bkz. **Ahrens**, (Wieczorek/Schütze), vor § 284, N. 18.

²⁴⁰ **Çiftçi**, İspat Hakkı, s. 246

*Türk Borçlar Kanunu 403. maddede; işin sonucundan belirli bir pay alması kararlaştırılan hallerde, işverenin işçiye veya belirledikleri bir kişiye belgeleri incelemeye sunma veya verme zorunluluğu düzenlenmiştir. *“İşçiye belli bir pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde, payın hesaplanmasında uyuşulamazsa işveren, işçiye veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri incelemesine sunmak; kârdan bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, işveren işçiye, istemi üzerine ayrıca yıl sonu kâr zarar cetvelini vermek zorundadır.”* (TBK m. 403/2). İşçiye belirli işlerde aracılık yapması karşılığı işverence ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, işverenin bilgi verme ve ilgili defter ve belgeleri incelemesine sunma yükümlülüğü de düzenlenmiştir. *“Hesabı gözden geçirme ihtiyacı ortaya çıkarsa işveren, işçiye veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri onun incelemesine sunmak zorundadır.”* (TBK m. 404/3).

*Vekâlet sözleşmesinde vekilin vekâlet verenin isteği üzerine, yürüttüğü işin hesabını vermekle yükümlü olması düzenlenmiştir (TBK m. 508/1).

* Acente ücret hesaplamasıyla ilgili müvekkilinden bilgi talep edebilir, belgelerin verilmesini veya incelenmesini isteyebilir. Türk Ticaret Kanunu m. 116/2’de şu hüküm yer almaktadır: *“Ücret istemi, muacceliyeti ve hesaplanması bakımından önemli olan bütün konular hakkında acente bilgi istediği takdirde müvekkil bu bilgileri vermek zorundadır. Ayrıca acente, ücrete bağlı işlemlere ilişkin defter kayıtlarının suretlerinin de kendisine gönderilmesini müvekkilinden isteyebilir. Müvekkil, defter suretini vermekten kaçınırsa ya da defterlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haklı nedenler varsa, acente, ticarî defter ve belgelerin ilgili kısımlarını ya kendisi inceler ya da bir uzmana inceletebilir.”*

* Alacağın kefalet sözleşmesi ile garanti altına alındığı hallerde, borç kefil tarafından ödenmişse; alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayacak borç senetlerini teslim etme ve gerekli bilgileri verme yükümlülüğü altındadır. Türk Borçlar Kanunu m. 592/3’e göre; *“Alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır. Alacaklının, diğer alacakları sebebiyle sahip olduğu rehin ve hapis hakları, kefilin haklarından sıracı önce geldikleri ölçüde saklıdır.”*

* Alacağın kefalet sözleşmesi ile garanti altına alındığı hallerde, alacaklı, talep halinde borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermekle yükümlüdür. Türk Borçlar Kanunu m. 594/1

bildirim, iflâsta ve konkordatoda kayıt maddesi başlığı altında şöyledir: “*Asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstek hâlinde alacaklı, her zaman asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır.*”

*Adi şirketlerde her bir ortağın yönetim yetkisi olmasa dahi ortaklığın işleyişi hakkında bilgi talep etme, defter ve kayıtları inceleme, bunlardan örnek alma ve mali durumu hakkında özet çıkarma hakkı vardır (TBK m. 631/1).

*Anonim şirkette yönetim kurulu üyelerinin, şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında şirketten bilgi ve belge talep etme, inceleme yetkisi düzenlenmiştir (TTK m. 392/1)

*Kişisel verisi işlenen ilgili (gerçek) kişinin (KVKK m. 3/1/ç) bu verilere ilişkin veri sorumlusundan bilgi talep etmesi de Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 11’de yer almaktadır.

*Mirasın paylaşılmasında mirasçılarının bilgi verme yükümlülüğü de düzenlenmiştir. Türk Medenî Kanunu m. 649/2’ye göre, mirasçılar, miras bırakanla aralarındaki ilişkiler hakkında paylaşmanın eşitliğe ve adalete uygun olması için her türlü bilgiyi birbirlerine vermekle yükümlüdür. Bu bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin madde dışında Türk Medenî Kanunu m. 646/3’te de bir bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiştir²⁴¹. Bu düzenlemeye göre bir tereke malına zilyet olan veya miras bırakana borçlu olan mirasçılar, paylaşma sırasında bu konularda diğer mirasçılara eksiksiz bilgi vermekle yükümlüdür.

Maddî hukukta belge dışında keşif konusu nesne veya insan üzerindeki inceleme için, izin verme yükümlülükleri de düzenlenmiştir. Türk Medenî Kanunu 572 ve 474, 436 maddeleri bu yükümlülüğe örnek verilebilir.

*Malın ardiyeciyeye bırakılmasına ilişkin düzenlenen Türk Medenî Kanunu m. 572/2’de, ardiyecinin, saklatana, malların durumunu incelemesi ve örnek alması için, kanundaki şartlar dahilinde, izin vermekle yükümlü olduğuna yer verilmiştir.

*Türk Medenî Kanunu m. 474’e göre, eser sözleşmesinde ayıbın belirlenmesi için, taraflardan her biri eserin bilirkşi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir.

²⁴¹ Bu iki düzenlemede iki ayrı hususta bilgi verme yükümü düzenlenmiştir. Birincisi, mirasçılarının ellerinde bulunan tereke mallarını gizlememesine yönelikken ikincisi ise mirasbırakana olan borcunu gizleyen mirasçının diğer mirasçılara payları oranında intikal eden bu alacak hakkının onlar tarafından kullanılması içindir. Bkz. Dural, Mustafa/Öz, Turgut, **Türk Özel Hukuku, Cilt IV Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 478.

* Türk Medenî Kanunu m. 432'ye göre, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması için resmî sağlık kurulu raporu gerekmektedir. Bu sağlık kurulu raporu için kişi üzerinde inceleme yapılması gerekir.

Maddî hukukta öngörülen bu bilgilendirme ve incelemeye izin verme yükümlülükleriyle taraf, yargılamadan önce de bilgilendirilebilir ve böylece karşı taraf veya üçüncü kişideki delillere yargılamadan önce erişim sağlanabilir²⁴². Maddî hukuka göre bir bilgilendirme hakkı varsa bu hakkın yargılamada ileri sürülmesi ve ibraz talebinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki ibraz yükümlülüğüne dayandırılabilmesi mümkündür²⁴³.

Türk hukukunda kamu kurum ve kuruluşların ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bilgi verme yükümlülüğü Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun²⁴⁴ 5. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, istisnalar dışında, kurum ve kuruluşlar, her türlü bilgi ve belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdür. Kanunun 4. maddesinde de herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Alman hukukunda da maddî hukukta genel bir bilgilendirme yükümlülüğüne yer verilmemiştir. Ancak medenî kanun ve diğer kanunlarda hukukî ilişkideki hak sahibine, bilgi veya hesap verme talebi ya da makbuz ibrazı ya da diğer belgelerin teslimi veya ibrazına ilişkin özel düzenlemeler tanınmıştır²⁴⁵.

Alman Medenî Kanunu'nda belgelerin incelenmesine müsaade etmeye ilişkin § 810 maddî hukukta düzenlenen belge ibrazına örnektir. “Belgelerin İncelenmesi” başlığı altında maddî hukukta önemli bir yere sahip olan § 810'daki düzenlemeye göre²⁴⁶, *“başka bir kişinin hakimiyetinde bulunan bir belgeyi incelemekte hukukî yararı olan kişi, belge kendi menfaatine düzenlenmişse veya belge kendisi ile başkası arasındaki mevcut bir hukukî ilişkiyi belgelendiriyorsa veya belge kendisi ile başka bir kişi veya bunlardan biri ile ortak bir aracı arasında yürütülen bir hukukî işlemle ilgili görüşmeleri içeriyorsa, zilyetten incelemeye izin vermesini talep edebilir.”* Örneğin, müvekkil, avukatına karşı hakkın yerine getirilmesi talebiyle bir dava açacaksa belgenin incelenmesine ilişkin genel kural olan bu madde kendisine yardımcı olur²⁴⁷. Bunun gibi hastanın dosyasını inceleme hakkı, BGB § 630g'de

²⁴² Erdönmez, Belgelerin İbrazi, s. 35 vd.; Çiftçi, İspat Hakkı, 257 vd.

²⁴³ Rüetschi (Hausheer/Walter), Art. 160, N. 22; Hasenböhler (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 22.

²⁴⁴ 4982 sayılı Kanun, RG T. 24.10.2003, S. 25269.

²⁴⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 110, N. 5.

²⁴⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki bilgi ve belge ibraz yükümlülüğünün ancak dava açıldıktan sonra söz konusu olması ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda katı somutlaştırma yükünün öngörülmesi (HMK m. 194) karşısında, genel bir bilgi ve belge ibraz zorunluluğunun olmamasının, yargılama prosedüründe ciddi şekilde ispat hakkı ihlallerine sebebiyet verebileceği hakkındaki görüş için bkz. Çiftçi, İspat Hakkı, s. 257.

²⁴⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 110, N. 6.

düzenlenmiştir. Bu hükme göre, hasta, hasta dosyasını elektronik kopyaları da dahil olmak üzere talep edebilir. Bunun dışında nafaka yükümlülüğüne ilişkin BGB § 1605 düzenlemesi vardır. Bu düzenlemeye göre altsoy-üstsoy (doğru çizgi) ilişkisi içinde bulunan akrabalar, talep üzerine, nafaka talebinin veya yükümlülüğünün belirlenmesi için gerektiğinde gelirleri veya mal varlıkları hakkında birbirlerine bilgi vermekle yükümlüdür.

Alman hukukunda ayrıca kanunda düzenleme yoksa, mahkemenin (istisnai durumlarda) dürüstlük kuralına göre bilgilendirme hakkını tanıyacağına da yer verilmiştir (BGB § 242)²⁴⁸.

İsviçre hukukunda da maddî hukukta bilgilendirme ve belge ibraz etme yükümlülüğüne ilişkin bazı özel düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin hizmet sözleşmelerinde işin sonucundan belirli bir pay alması gerektiği durumlarda işveren, işçiye veya işçinin yerine ortaklaşa atanan veya hâkim tarafından belirlenen bir bilirkişiye gerekli bilgileri sağlar ve gerekli olduğu ölçüde muhasebe defterinin incelenmesine olanak sağlar (OR, m. 322a /2). Benzer şekilde vekalet sözleşmesinde vekil, yürüttüğü işlerle ilgili hesap vermek ve bu sözleşme gereği kendisine gelen her şeyi bildirmekle yükümlüdür (OR, m. 400). Yine bu hukukta kanunda sayılanlar dışında, hukukî bir işleme dayanan ya da kanun veya hukukî işleme ilave dürüstlük kuralına göre ve bunların yorumundan çıkarılan bilgilendirme yükümlülüklerinin farklı çeşitlerinin tanınabileceği doktrinde ifade edilmiştir²⁴⁹.

1.2.5.2.Usûl Hukukundan Kaynaklanan Katkıda Bulunma

Maddî hukuktan kaynaklanan yükümlülüğün bağımsız olarak usûl hukukundan kaynaklanan yükümlülükler de vardır. Gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla²⁵⁰ düzenlenen usûlî yükümlülükler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda geniş bir şekilde yer verilmiştir. Ancak hukukumuzda karşı taraf veya üçüncü kişiye, tarafın sahip olmadığı genel bir bilgi veya belgeleri temin etmesine dayanan genel usûlî yükümlülük tanınmamıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen taraflar ve üçüncü kişilerin delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüklerine ilişkin hükümler, yargılama sırasında tarafın, karşı taraf veya üçüncü kişideki delillere ve bilgiye erişimini sağlar. Bununla birlikte davanın görüleceği yargılamadan önce de genellikle her iki tarafın bilmediği hususlara

²⁴⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 110, N. 5. BGB § 242: “Borçlu, ifayı örf ve adete göre dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde gerçekleştirmekle yükümlüdür.”

²⁴⁹ Bracher, N.73.

²⁵⁰ Medenî usûl hukukunda gerçeğe ulaşılması amacı, mutlak ve vazgeçilmez bir amaç olmayıp, daha üstün yararın varlığında bu amaca ulaşmaktan vazgeçmenin söz konusu olduğu durumlar olabilir (Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, **Medenî Usûl Hukuku**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 4-5) Hükümün kesin olarak belirlenmesi, uyuşmazlıkta kimin haklı kimin haksız olduğunu belirlemesi yönündeki şüpheyi ortadan kaldırarak hukukî barışın sağlanması açısından öneme sahip olduğundan (İyilikli, Ahmet Cahit, **Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 36 vd.), yargılama sonunda verilen kesin hüküm de ancak istisnai hallerde ortadan kaldırılabilir (Budak/Karaaslan, s. 5)

ulaşılabilir. Delil tespitiyle ulaşılmaması mümkündür. Kaza sonucu meydana gelen zararlarda, ayıp veya inşaat veya yapıdan kaynaklı kusurlarda, gerçek durumun araştırılması için delil tespitine başvurulur. Ayıbın tespiti, yaralanmanın tespiti, maddî hasar veya kusurun tespiti gibi durumlarda delil tespiti talep edilmişse ve örneğin delil tespitinde bilirkişi incelemesine başvurulmuşsa taraf, dava açılmadan önce bilgiye sahip olur²⁵¹.

Taraflar bakımından, karşı tarafın dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri ibrazla yükümlü olduğuna ilişkin HMK m. 219 ve karşı tarafın duruşmaya çağrılarak isticvap edilmesine ilişkin HMK m. 169 usûl hukukundan kaynaklanan katkıda bulunma yükümlülüklerine örnek olarak verilebilir.

Üçüncü kişiler bakımından usûlî yükümlülükler getiren özel düzenlemeler ise şunlardır:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 221’de, üçüncü kişilerin belgeyi ibraz zorunluluğuna yer verilmiştir. Maddede maddî hukuktaki hükümlere atıf yapılmamış, taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğu durumda üçüncü kişinin belgeyi ibraz etmesine karar verilebileceği düzenlenmiştir²⁵².

²⁵¹ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 110, N. 7.

²⁵² Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu’nun 326. maddesinde, “Senedatın İbrazi Mecburiyeti” düzenlenmiş olup, bu hükümde kural olarak maddî hukuka dayanan ibraz yükümlülüğüne yer verilmişti. Kanunda Medenî Kanun ve Ticaret Kanunu uyarınca bir kimsenin yedinde bulunan vesikayı mahkemeye ibraz etmekle yükümlü olduğuna yer verilmiş, ibraz mecburiyetinde maddî hukuk hükümlerine tabi kılınmıştı. Aynı maddenin devamında, usûlî ibraz mecburiyeti dört bent halinde sıralanmıştı. HUMK m.326, b.1’de, *mahkemeye verilen evrakta istinat olunan senetlerin*; b.2’de, *bir tarafın diğer taraftan davaya müteallik aldığı mektup ve telgrafların*; b.3’te, *iki taraf için müşterek olan muamele ve menfaatlere müteallik tanzim olunan vesikaların* ve b.4’te, *iki tarafın müstakillen veya müştereken malik olduğu vesikaların* ibrazının mecbur olduğu düzenlenmişti. Dolayısıyla Mülgâ Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu’nda belge delilinde hem maddî hukuka dayanan ibraz mecburiyeti hem de usûlî ibraz mecburiyeti düzenlenmişti. Mülgâ Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan bu maddenin başlığı Senedatın İbrazi Mecburiyeti olsa da bu maddenin kapsamına yalnızca senet delilinin dâhil olmadığı kanun metninden anlaşılmaktaydı. Maddî hukuk hükmüne atıfta bulunan ifadede “vesika” terimine yer verilmişti. Kanun koyucunun bu terimi kullanması dolayısıyla ibraz yükümlülüğünü teknik anlamda senetle sınırlandırmak istemediği anlaşılmaktaydı (**Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 6). Maddenin ikinci bendinde, “bir tarafın diğer taraftan aldığı mektup ve telgrafların” ibrazını öngören bu hüküm, mektubun içeriği itibarıyla, bir senet olabileceği gibi imzalanmaması nedeniyle delil başlangıcı olması dolayısıyla belge niteliği de mümkün olabilir (**Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 6). Ayrıca üçüncü bendinde, “iki taraf için müşterek olan muamele ve menfaatlere ilişkin tanzim olunan vesikalar” ve dördüncü bendinde, “bağımsız veya müştereken malik olduğu vesikalar” ifadesinde vesika ifadesi kullanılmakla, yalnızca HUMK m. 287 vd. düzenlenen senetten bahsedilmediği kanunun lafzı itibarıyla teyit edilmektedir. Vesika kelimesinin karşılığı belgedir (Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (erişim tarihi: 30.03.2022). Kanunda geçen vesika ibaresi de yalnızca senedi değil, diğer belgeleri de kapsar mahiyetteydi. Mülgâ Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu’nun ilgili maddesinde, Medenî Kanun ve Ticaret Kanunu uyarınca bir kimsenin yedinde bulunan vesikayı ibrazı düzenlenmiştir. “Bir kimse” ibaresine yer verilmekle hükümde yalnızca taraflardan değil, üçüncü kişilerin de ibrazla yükümlü olduğu çıkarılmaktaydı. Öte yandan Mülgâ Kanunun 333. madde vd. üçüncü kişiler için ibraz yükümlülüğü ayrıca düzenlenmişti. Kanunun 333. maddesinde, üçüncü kişilerin ibraz yükümlülüğü düzenlenirken, taraflara ilişkin HUMK m. 326 hükmüne atıf yapılmıştır. Hükümde “326 ncı maddenin 2, 3, 4 üncü fıkralarında beyan olunan vesikalar üçüncü şahıs yedinde ise onlar tarafından ibraz olunmasına karar verileceğine” yer verilmişti. İlgili hüküm gereği, taraflardan birinin üçüncü kişiden aldığı uyumsuzlukla alakadar mektup ve telgrafların (HUMK m. 326/b.2); içeriği taraf ile üçüncü kişi arasında müşterek olan muamele ve menfaatlere ilişkin tanzim olunan belgelerin (HUMK m. 326/b.3) ve ibraz talebinde bulunan tarafın maliki veya müşterek maliki olduğu fakat üçüncü kişinin yedinde olan belgelerin (HUMK m. 326/b.4) üçüncü kişilerden de ibraz olunmasına karar verilebileceği düzenlenmişti. Kanunun 336. maddesinde de üçüncü kişinin hâkim kararına uymaya mecbur olduğu açıkça belirtilmişti. Kanunu’nun 333. maddesinde üçüncü kişilerin belge ibraz mecburiyetine atıfta bulunurken, maddî

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tanıklık yapma yükümlülüğüne de yer verilmiştir (HMK m.245). Esasında yargılama hukukunda tanıklığa olan güvenilirlik konusunda şüphe olsa da tanık, ispat hukukunda ayrı bir öneme sahiptir. Bu nedenle kanun koyucu, tanıklık yapmayı kişinin keyfine bırakmamış ve gerektiğinde tanığın zorla getirilebileceği yönünde hükme yer vermiştir²⁵³.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 291'de taraflar ve üçüncü kişiler için keşfe katlanma yükümlülüğü düzenlenmiştir²⁵⁴. Ayrıca bazı kişiler için bilirkişilik yapma yükümlülüğü ve bilirkişi görüşü hazırlama yükümlülüğü kanunda öngörülmüştür (HMK m. 270).

Alman usûl hukukunda, hukukumuzda olduğu gibi karşı taraf ve üçüncü kişinin, tarafa bilgi ve belgeyi sağlamasına dayanan genel bir usûlî yükümlülük öngörülmemiştir. Alman hukukunda “*nemo contra se edere tenetur*” (kimse kendi aleyhine delil getirmek zorunda değildir) ilkesi geçerliliğini korumaktadır. Hiç kimse, tarafın davayı kazanmasına yardım etmek zorunda değildir. Alman yargılama hukukunda bu yöndeki tutumun, özel hayatın katı bir şekilde korunması ve özel ve ticarî sırların korunmasıyla uyumlu olduğu düşünülmektedir²⁵⁵. Kanun koyucu, 2001 yılındaki Alman Medenî Usûl Kanunu değişiklik tasarısında da genel bir usûl yükümlülüğü öngörmemiştir. Ancak kanun koyucunun bu görüşü doktrinde eleştirilmektedir²⁵⁶.

Alman usûl hukukundaki üçüncü kişiler için usûlî yükümlülük getiren özel düzenlemeler şöyledir:

Alman Medenî Usûl Kanunu § 428 vd., tarafların üçüncü kişinin elindeki belgelere ulaşabilmesine olanak sağlayan düzenlemeye yer vermiştir. Anılan düzenlemeye göre, delil

hukuktan doğan ibraz yükümlülüğüne ve HUMK m.326, b.1'de yer alan *mahkemeye verilen evrakta istinat olunan senetlerin* ifadesine atıf yapılmamıştı.

²⁵³ Mülgâ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 253. maddesine göre, mahkeme tarafından usûlüne uygun olarak çağırılıp da gelmeyen tanıklar zorla getirilir ve gelmemeleri halinde, gelmemelerinin sebep olduğu giderler mahkeme tarafından takdir edilerek, kamu alacaklarının tahsili usûlüne göre tanığa ödettilir.

²⁵⁴ Mülgâ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda ise yer almamaktaydı. Bununla birlikte doktrinde farklı gerekçelerle keşfe katlanma zorunluluğu kabul edilmekteydi. *Kuru*, keşfe katlanma yükümlülüğünün olduğunu Mülgâ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 7. Kısımında “hususî esbabı hüküm” başlığı altında düzenlenen m. 367'deki hükümde hâkimin “tebeyyün edecek hale iktiza eden tedbirleri iktiza eder” ifadesine dayandırarak keşfe katlanma zorunluluğunun olduğunu ileri sürmüştür. Yazar, maddenin geniş anlamda keşif (taşınmaz mallar dışındaki şeylerde) kavramına dâhil olduğunu ifade ederek gerektiğinde taraflar ve üçüncü kişiler için sağlıklarına sakınca söz konusu olmadıkça, vücutları üzerinde muayene yapılmasına katlanmakla yükümlü olduğunu belirtmişti (Kuru, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. I-VI**, Demir Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 2873). Ayrıca *Kuru*, taraflardan biri veya üçüncü kişinin cebir ve şiddet veya tehdit ile mukavemet ederek keşif yapılmasına engel olmaya çalışırsa, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 258. maddesine göre cezalandırılacağını da belirtmişti (Kuru, C. III, s. 2856). *Ansary* da keşfin icrasına, taraflarca ve üçüncü kişiler tarafından karşı gelindiği takdirde mahkemenin zor kullanılması kararı verebileceğini ve bunun için devlet kuvvetine müracaat edebileceğini ifade etmişti (Ansary, s. 315).

²⁵⁵ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 110, N. 9. Alman hukukunda diğer görüş ise genel bir usûlî aydınlatma yükümlülüğü (allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht) kabul edilmesi gerektiği yönündedir: Stürner, Rolf, **Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, s. 85 vd.

²⁵⁶ Jauernig, Othmar/Hess, Burkhard, **Zivilprozessrecht**, C.H.Beck, München, 2011, § 26, N. 12.

gösteren tarafın iddiasına göre, belge üçüncü kişinin elinde ise taraf, belgenin temini için mahkemeden süre talep eder ya da hâkimden Alman Medenî Usûl Kanunu § 142 uyarınca belgenin ibrazına karar vermesini ister.

Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşlerine İlişkin Konularda Yargılama Usûlüne Dair Kanunu'nun (FamFG) § 235 paragrafına göre mahkeme ilgiliden gelirleri, mal varlıkları ve diğer kişisel ve ekonomik durumları hakkında bilgi vermelerini ve bunları kanıtlayıcı belgeler sunmalarını isteyebilir. İlgili kişi, bu emri yerine getirmemezse veya tam olarak yerine getirmemezse, mahkeme § 236 paragrafa göre bazı üçüncü kişilerden (örneğin işverenler, sigorta şirketleri, sosyal hizmet temsilcisinden, maliyeden) gelirin miktarı hakkında bilgi alabilir.

Mahkeme, Alman Medenî Usûl Kanunu § 142 paragrafa göre, tarafla ilgili olan ancak karşı tarafta veya üçüncü kişinin hâkimiyetindeki belgelerin veya bir aygıtta depolanan verilerin getirilmesini emredebilir. Bu halde ibraz talebi yalnızca mahkemenin takdir yetkisindedir²⁵⁷. Bu düzenleme, karşı taraf veya üçüncü kişiden mahkemenin kararı olmaksızın bir ibraz talebi imkânı sunmamaktadır. Ayrıca yalnızca somut, belirli belgelerin ibrazı mümkündür. Mahkeme yalnızca bilgi edinmek amacıyla bu yönde karar veremeyeceğinden, genel olarak ilgili her belgelerin ibrazının istenmesi kabul edilmez²⁵⁸.

Mahkeme, Alman Medenî Usûl Kanunu § 144 paragrafa göre, keşif yapılmasını ve bilirkişiden rapor alınmasını emredebilir. Anılan bu düzenlemeler dolayısıyla Alman Medenî Usûl Kanunu'nda üçüncü kişiler için usûlî yükümlülükler öngörülmüştür. Belge ibraz yükümlülüğü, keşfe katılma ve bilirkişi raporu hazırlama yükümlülüğü üçüncü kişilerin usûle ilişkin yükümlülükleridir. Ayrıca üçüncü kişinin tanıklık yapma yükümlülüğü de düzenlenmiştir. Tanıklık yapma yükümlülüğü içerisinde tanığın üç zorunluluğuna işaret edilmektedir. Tanık, mahkemede hazır bulunmalı, beyanda bulunmalı ve yemin etmelidir²⁵⁹.

01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Usûl Kanunu²⁶⁰ m. 160'da ise hem taraflar hem de üçüncü kişiler için genel bir usûlî yükümlülüğe yer verilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, taraflar ve üçüncü kişiler için tüm delilleri kapsayacak şekildedir ve genel bir katkıda bulunma yükümlülüğü belirlenmiştir. Kanunun ilgili maddesine göre, taraflar ve üçüncü kişiler, taraf veya tanık olarak gerçeğe uygun beyanda bulunmak, belgeleri ibraz etmek, şahıs varlığı üzerinde inceleme yapılmasına veya bir mülkün keşif incelemesine izin vermekle

²⁵⁷ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 110, N. 9. Bu kuralın mahkemenin yargılama yetkisi ve klasik taraflarca getirilme ilkesini (*Beibringungsgrundsatz*) değiştirdiği ifade edilmiştir. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 110, N. 9.

²⁵⁸ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 110, N. 9.

²⁵⁹ **Jauerning/Hess**, § 53, N.7.

²⁶⁰ İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun taslak çalışmasının çevirisi için bkz. Atalı, Murat "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı", **Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, 1 (1), 2005, ss. 123-189, s. 123 vd.

yükümlüdür. Bu hüküm dolayısıyla İsviçre hukukunda katkıda bulunma yükümlülüğü, delillerin toplanmasında temel bir ilke olarak kabul edilmiştir²⁶¹. Öte yandan bu yönde bir düzenleme olmasa da dürüstlük kuralına göre, tarafların delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğü olduğu kabul edilir²⁶². Nitekim İsviçre hukukunda katkıda bulunma yükümlülüğüne ilişkin düzenleme olmadan önce de tarafların katkıda bulunma yükümlülüğü uygulanmaktaydı²⁶³.

İsviçre medenî usûl hukukunda, karşı taraf veya üçüncü kişilerin delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğünü belirleyen iki hüküm söz konusudur. İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 160'da yer alan genel hükmün haricinde İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 296/2'de, soy bağıнын araştırılmasında inceleme yapılmasına katkıda bulunma görevi ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 296/2, aile hukuku ile ilgili meselelere ilişkin çocuklarla ilgili yargılamalarda, nesebin ispatıyla bağlantılı katkıda bulunma yükümlülüğünde doğrudan doğruya özel içerik belirtmektedir. Anılan hükme göre, taraflar ve üçüncü kişilerin, gerekli ve sağlığı tehdit etmeyen incelemelere katılmaları gerekir. Sağlığı tehdit eden incelemelere ve müdahalelere izin verilmeyecektir. Aynı fıkranın devamında, kaçınma hakkına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağına yer verilmiştir. Kaçınma hakkına ilişkin hükümlerin (SchZPO m.163 vd.) uygulanabilirliğini ortadan kaldırması bakımından, delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğüne ilişkin İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 160'da düzenlenen hükümden bağımsız bir anlama sahiptir.

1.3. Delillerin Toplanmasına Üçüncü Kişinin Katkıda Bulunma Yükümlülüğünden Kaçınma Hakkının Anlamı

1.3.1. Kaçınma Hakkı Kavramı

Kaçınma kelime anlamı itibariyle herhangi bir işi yapmaktan veya özverili davranmaktan geri durmak, kaçmak anlamına gelmektedir²⁶⁴. Kanunda üçüncü kişiyi yükümlülükten kurtarmayı ifade etmek için çekinme veya kaçınma terimi kullanılmıştır. Örneğin belge ve tanıklıkta, çekinebilir (HMK m. 221/3; m. 247; 248; 249; 250; 251;252; 253) ifadesine yer verilmişken; bilirkişi ve keşifte kaçınabileceği ifadesine yer verilmiştir (HMK m. 269; m. 275; m. 291; m. 292). Çekinmek ve kaçınmak Türkçe sözlükte aynı anlama karşılık gelir. Türkçe sözlükte de çekinmek sözcüğünün anlamında kaçınmak ifadesine yer

²⁶¹ Higi, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 160, N. 6.

²⁶² Rüetschi (Hausheer/Walter), Art. Vorbemerkungen zu Art. 160-167, N. 8.

²⁶³ Rüetschi (Hausheer/Walter), Art. Vorbemerkungen zu Art. 160-167, N. 8 (atıf yapılan karar için bkz. BGE 128 III 411, 413, Swisslex).

²⁶⁴ <https://sozluk.gov.tr>, erişim tarihi 22.10.2023.

verilmiştir²⁶⁵. Her ikisi de aynı anlama gelen iki terimden çalışmamızda kaçınma terimi tercih edilerek açıklamalarda bulunulmuştur.

Kaçınma hakkı ise kanunda belirlenen sebeplere dayanarak yükümlülüğün ortadan kaldırılması hakkı olarak tanımlanabilir. Kaçınma hakkının konusunu oluşturan tüm kaçınma yaratan nedenler, bilginin saklanmasıyla ilgilidir. Kaçınma hakkında, mahkemeye gelinmesinden, belgenin ibrazından gibi belirli eylemlerin yapılmasından kaçınılması ön planda değildir. Asıl önemlisi, bir bilginin mahkemeye beyan edilerek iletilmesinde ya da bir belgenin incelenerek tespiti ve elde edilen bulgular neticesinde ortaya çıkan bilginin saklanmasına ilişkindir²⁶⁶. Daha açık ifadeyle örneğin, kişi tanık olarak mahkemeye gelmek istemediğine ilişkin kaçınma hakkını kullanmaz. Bir bilginin iletilmesiyle, örneğin suçlanacağı, sırrın ortaya çıkacağı nedeniyle kaçınma hakkını kullanır ve kanunda bu nedenle üçüncü kişiye kaçınma hakkı tanınmıştır. Kanundaki ifadede, tanık olarak çağrılmış kimsenin tanık olarak beyanda bulunmaktan çekinebileceğinin belirtilmesi de bu durumu açıklar (HMK m. 247/1). Böylece tanığın mahkemeye gelmemesi gereken bir durum kaçınma hakkını oluşturmaz. Bu halde örneğin sağlık nedeniyle mahkemeye gelemeyecek durumda olan tanık ise gerekirse bulunduğu yerde dinlenebilmesine karar verilir.

1.3.2. Kaçınma Hakkının Öngörülmesinin Gerekçesi ve İşlevi

Geçmişe ait olayların doğruluğunu tespit etmek deliller aracılığıyla gerçekleştirilir. Maddî gerçeğin adli gerçeğe dönüşebilmesi için deliller yargılamaya getirilir ve mahkeme önünde incelenmesini zorunlu kılar. Bu gerekçeyle hukukumuzda üçüncü kişiler için delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğü öngörüldüğünü ifade etmiştik. Kaçınma hakkının işlevi de bu zorunluluğun bulunduğu sistemde ortaya çıkar. Davaya taraf olmayanların tanık olarak beyanda bulunmamasında üçüncü kişiyi zorlayacak prosedürler varsa kaçınma hakkının anlamı olabilir. Tanıklık, üçüncü kişinin isteğine bırakılsaydı üçüncü kişinin kaçınma hakkına da ihtiyaç olmayacaktı. Çünkü üçüncü kişinin katkıda bulunup bulunmayacağı kendi iradesine bağlı olurdu. Anglo sakson hukuk sisteminde on beşinci yüzyıldan önce tanıklık yapma yükümlülüğünden kurtulmasını sağlayacak ayrıcalığa (kaçınma hakkına) ihtiyaç duyulmamıştı. Çünkü tanıklık yapmak zorunlu değildi²⁶⁷. Tanıklığın zorunlu olduğu sistemde, ayrıcalık tanınması zorunluluğu ortaya çıkar.

²⁶⁵ <https://sozluk.gov.tr>, erişim tarihi 22.10.2023.

²⁶⁶ Bracher, N. 334-335.

²⁶⁷ Shuman, Daniel, "The Origins of The Physician-Patient Privilege And Professional Secret", *Southwestern Law Journal*, S. 39, 1985, ss. 661-687, s .667.

Üçüncü kişinin bir yanda mahkeme önünde beyanda bulunması (veya belgeyi ibraz etmesi vs.) ve gerçeği söyleme yükümlülüğü bulunurken diğer yanda da üçüncü kişinin kişisel menfaatleri bulunur. Bu ise üçüncü kişinin çatışma içinde kalmasına sebep olur²⁶⁸. Türk medenî usûl hukukunda prensip olarak öngörülen çözümde, maddî hukukun uygulanması ile sürece dâhil olanların özgürlüğü arasındaki çatışmada maddî hukukun uygulanarak hakkın yerine getirilmesi öncelikli sayılır. Kanun koyucu aile bağları gibi yakın ilişkiler, üçüncü kişiye ait sırrın korunması ile kişinin kendi menfaatlerinin korunması amacıyla kaçınma hakkını tanımış ve üçüncü kişinin bu menfaatlerine öncelik vermiştir. Böylece hakkı kullanmaya sahip olan kişiler, kamu hukuku uyarınca yerine getirmesi gereken yükümlülükten kaçınabilme hakkına²⁶⁹ sahip olur. Kaçınma hakkı, kişilere saygı ve özgürlüklerin korunmasına dayanır²⁷⁰. Bu anlamda kaçınma hakkı ispat yasağının da sınırlarını oluşturur. Çünkü kaçınma hakkı kullanıldıktan sonra belge, tanığın beyanı gibi deliller yargılamada hariç bırakılır. Bu nedenle de kaçınma hakkının aynı zamanda Anayasada dayanağı olan ispat hakkının sınırlamalarını (dar anlamda ispat yasağı) oluşturduğu ifade edilir²⁷¹.

Kaçınma hakkı, üçüncü kişiyi “çatışmalardan” kurtarır²⁷². Türk, Alman ve İsviçre hukukunda kaçınma hakkı yaratan durumlar açıkça ve sınırlı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanun koyucu, gerçeğin ortaya çıkarılması ile üçüncü kişinin kişisel menfaatleri arasındaki çatışmada, kural olarak gerçeğin ortaya çıkarılmasına öncelik vermiştir. İsviçre ve Alman hukuku da bu yönde tercihte bulunmuştur. Ancak üçüncü kişi kanundaki sınırlı sebeplere dayanarak kaçınma hakkına sahip olur. Kaçınma hakkının kanunla düzenlenmediği diğer durumlarda ise üçüncü kişi çatışmayı üzerine almaktadır²⁷³. Örneğin, üçüncü kişinin meslek veya sanata ilişkin olmayan sırlarda, sözleşme ile yaratılan gizlilik yükümlülüğü gibi diğer çatışma yaratan durumlarda, üçüncü kişi katkıda bulunmakla yükümlüdür. Üçüncü kişi için gerçeğin söylenmesi ile gizlilik yükümlülüğüne uyulmasına ilişkin çatışma yaratan bu hallerde üçüncü kişi kaçınma hakkı kullanamaz. Çünkü kanunda bu hak tanınmamıştır. Kanun koyucu, gerçeğin ortaya çıkarılmasını tercih etmiştir.

Kaçınma hakkı, ispat hakkının güvencesini de oluşturur. Kaçınma hakkı nedenlerinin öngörüldüğü hallerde, üçüncü kişinin yalan söylemesi ve gerçeği yanıltma tehlikesi ortadan kaldırılmak istenmiştir. Örneğin tanığa yönelik ciddi tehditlerin varlığı kaçınma nedeni

²⁶⁸Landshut, Nathan, **Zeugnispflichten und Zeugniszwang im Zürcher Strafprozess**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1988, s. 87.

²⁶⁹Landshut, s. 87.

²⁷⁰Hauser, Robert, **Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses**, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1974, s. 130.

²⁷¹Schmid (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.44.

²⁷²Berger (Stein/Jonas), § 383, N. 1.

²⁷³Berger (Stein/Jonas), § 383, N. 13.

oluşturmaz. Tanık, kendisine yöneltilmiş ciddi tehdidin varlığına rağmen, mahkemede beyanda bulunmalıdır. Kaçınma hakkı olmayan tanığın, gerçeği yansıtmayacak beyanda bulunabilme ihtimali yüksektir. Üçüncü kişinin beyanının yalan olduğunu ispat yükü, karşı tarafa aittir ve beyanın gerçek olmadığının ispatı da kolay olmayacaktır²⁷⁴. Ciddi tehditlerin varlığında, somut olayın özelliğine göre mahkeme üçüncü kişiyi yükümlülükten kurtarabilir veya yasal düzenlemelere uygun gerekli tedbirleri alarak tanığı dinleyebilir. Aşağıda bu konu incelenmiştir.

²⁷⁴ Çiftçi, İspat Hakkı, s. 611.

İKİNCİ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KATKIDA BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

2.1. Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunma Yükümlüsü Olarak Üçüncü Kişi

2.1.1. Genel Olarak

Çalışmamızın konusu, hukuk yargılamasında öngörülen delillerin toplanmasında üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğü olduğundan, çalışmanın devamında usûlî katkıda bulunma yükümlülüklerine ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Üçüncü kişiler açısından katkıda bulunma yükümlülüğü anlatılırken temel olarak üzerinde durulması gereken konulardan biri de üçüncü kişidir. Çalışmamız esas olarak, üçüncü kişileri ele almaktadır. Delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlüsü ve kaçınma hakkı olan üçüncü kişinin kim olduğu tespit edilmelidir. Üçüncü kişinin yükümlü olduğu durumlarda, bu yükümlülüğün uygulanması, sonuçları ve yaptırımları kanunun farklı hükümlerinde açıklanmış ve bu sonuçların ele alınması bakımından da ilk tespit üçüncü kişinin kim olduğunun tespiti olmalıdır. Ayrıca üçüncü kişinin yükümlülüğünün hukukî niteliğinden bahsedilmelidir. Üçüncü kişinin delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğü, kamu görevi niteliğindeki ödev olarak doktrinde açıklanır. Üçüncü kişinin hukukî konumu ele alınarak, taraflar ve mahkeme karşısındaki hukukî durumu anlatılmalıdır. Öte yandan yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişiye mahkeme tarafından öngörülen yükümlülükler, üçüncü kişilerin hukukî alanına müdahale teşkil etmektedir. Bu nedenle öngörülen yükümlülüklerin içeriği ve özellikle yükümlülüğün yerine getirilmemesinde tayin edilen yaptırım kararları, anayasa ile güvence altına alınmış temel hakların koruma kapsamını ilgilendirebilir. Bu kapsamda müdahalenin anayasaya uygunluğu konusuna da bu başlık altında değinilecektir.

2.1.2. Üçüncü Kişi Kavramı

Üçüncü kişi terimi, hukukumuzda farklı hukuk dallarında tercih edilir. Borçlar hukukunda, sözleşmenin tarafı olmayan kişiler için üçüncü kişi ifadesi kullanılır. Medenî hukukta aynı hakları tanımlarken “üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilen” ifadesiyle aynı hak sahibi dışındaki herkesten bahsedilir. Üçüncü kişi, medenî yargılama hukukunda da bazı kişileri açıklamak için kullanılır. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu dördüncü bölümün başlığı “Taraflar ve Üçüncü Kişiler”dir. Bu bölümde yer verilen ihbar kurumunda, ihbar edilen kişiyi (HMK m.61/1), fer’i müdahalede müdahil olan kişiyi (HMK m.66/1) ve asli müdahalede müdahil olan kişiyi (HMK m.65/1) ifade etmek üzere üçüncü kişi terimi kullanılır. Bunun dışında, tanık, bilirkişi gibi tarafların dışındaki kişileri tanımlarken, üçüncü kişi terimine yer

verilir. Çalışmamızın konu başlığında yer alan “üçüncü kişi” nin kim olduğu açıklanmalı ve bundan sonraki açıklamalar da bu çerçevede değerlendirilmelidir.

2.1.2.1. Temel İlke: Üçüncü Kişinin Taraf Olmaması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda belge ibraz zorunluluğuna yer verilirken taraflar ve üçüncü kişiler için ayrı düzenlemelere yer verilmiştir. Tarafların belgeleri ibraz zorunluluğu HMK 219 ve 220. maddelerinde; üçüncü kişilerin belgeleri ibraz zorunluluğu ise 221. maddede düzenlenmiştir. Keşfe katlanma zorunluluğunun hükme alındığı HMK m. 291’de de taraflar ve üçüncü kişiler ayrı ayrı ifade edilmiştir. Kanuni düzenlemelerde taraf ve üçüncü kişi şeklinde ikili ayırım yapılmış ancak üçüncü kişi tanımı yapılmamıştır. Taraf ve üçüncü kişi şeklindeki farklı düzenlemelerden yola çıkarak, üçüncü kişi yargılamanın taraflarından farklı kişilerdir²⁷⁵. Derdest bir davada delil gösteren taraf ve karşı taraf dışındaki herkesin, üçüncü kişi konumunda olduğu değerlendirilir²⁷⁶. İlke olarak yargılamada taraf olmayan kişi, delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlüsü bağlamında üçüncü kişidir şeklinde ifade edebiliriz. Taraf kavramı, usûl hukukunda şekli taraf kriterine göre belirlenir. Bu kriter gereği, kendi adına hukukî koruma talep eden ve kendisine karşı koruma talep edilen kişi, davanın tarafıdır²⁷⁷. Dikkate alınması gereken ilk husus, üçüncü kişinin şekli kriterine göre taraf olmamasıdır. Böylece şekli kriterine göre, aşağıdaki açıklamalar saklı kalmak üzere, kural olarak dilekçede yer alan taraflar dışındaki kişiler üçüncü kişidir²⁷⁸.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, dava takip yetkisini kullanan kişiler de taraf konumuna sahiptir²⁷⁹. Bu kişiler, başkasına ait bir hak veya hukukî ilişki hakkındaki davayı

²⁷⁵ **Schönmann**, (Gehri/ Jent-Sørensen/ Sarbach), Art. 160, N. 4; **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. Vorbemerkungen zu Art. 160-167, N. 6.

²⁷⁶ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 199.

²⁷⁷ **Guldener**, s. 124; **Üstündağ**, Yargılama, s. 387; **Karşı**, Muhakeme, s. 275; **Tanrıver**, Medenî Usûl-I, s. 535; **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usûl, s. 551; **Taş Korkmaz, Hülya, Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 125; **Taş Korkmaz, Hülya, Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi**, Oniki Levha, İstanbul, 2021, s. 26; **Erişir, Evrim, Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti**, Güncel Hukuk Yayınevi, İzmir, 2007, s. 53 vd. Davada taraf kavramı farklı üç teoriyle açıklanmıştır. Maddî hukuk ilişkisine göre açıklayan maddî taraf teorisi, maddî hukuktan bağımsız olarak usûl hukuku ilişkisine göre açıklayan şekli taraf teorisi ve son olarak, malvarlığına ilişkin davalarda uyumsuzluk konusu mal üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine göre açıklayan fonksiyonel taraf teorisidir. Bu konuda daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Üstündağ**, Yargılama, s. 387 vd.; **Karşı**, Muhakeme, s. 273 vd.; **Tanrıver**, Medenî Usûl-I, s. 536 vd.; **Taş Korkmaz**, İradî Taraf, s. 57 vd.; **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usûl, s. 548 vd.; **Erişir**, Taraf Ehliyeti, s. 53 vd.; **Taş Korkmaz**, Gerçek Taraf, s. 13 vd.

²⁷⁸ Taraflar kendi davalarında tanık, bilirkişi olamaz. (**Taş Korkmaz**, Gerçek Taraf, s. 11).

²⁷⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 53’e göre, dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kural olarak, maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenir. Kanuni ifadeye uygun olarak, dava takip yetkisi, doktrinde “*davayı kendi adına yürütebilme ve davanın esası hakkında hüküm alabilme yetkisi*” olarak tanımlanır (**Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 117; **Deren Yıldırım, Nevhis, Türk, İsviçre ve Alman Medenî Usûl Hukukunda, Kesin Hükümün Subjektif Sınırları**, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1996, s. 24; **Börü, Levent, “Sıfat ve Dava Takip Yetkisi”**, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C: 27, S: 3, Eylül 2011, ss. 249-278, s. 258; **Pekcanitez /Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usûl, s. 593; **Taş Korkmaz**, İradî Taraf, s. 81; **Taş Korkmaz**, Gerçek Taraf, s. 45; **Tanrıver**, Medenî Usûl-I, s. 586; **Arslan/Yılmaz /Taşpınar Ayvaz /Hanağası**, s.

yürütebilme yetkisine sahip olup, taraf statüsündedir²⁸⁰. Bu nedenle delillerin toplanmasında da kural olarak onlar da taraf olarak görünür. Dava takip yetkisine sahip kişi, dinlenmesi gerektiğinde tarafa ait hükümlere göre dinlenir²⁸¹ (HMK m. 144 veya HMK m. 169). Bu kişi mahkemede tanık olarak dinlenmemelidir. Çünkü davada taraf olmayan kişiler, tanık olarak gösterilebilir (HMK m. 240)²⁸².

Gerçek kişilerin kanuni temsilcisi delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğü bakımından bazı hallerde taraf olarak²⁸³, bazı hallerde ise üçüncü kişi olarak muamele görür. Sınırlı ehliyetsiz kendisi adına dava açabiliyor ya da kendisi aleyhine dava açılabilir ise kanuni temsilci bu yargılamada üçüncü kişi olarak muamele görür. Örneğin, kişilik hakkının ihlalinden doğan manevi tazminat davasında ergin olmayan ve kısıtlı bu davalarda, dava açma ve davayı yürütme gibi her türlü yargılama işlemini tek başına gerçekleştirebilir veya dilerse kendisi tarafından tayin edilen avukat aracılığıyla davasını açabilir veya yürütebilir. Hatta dilerse kanuni temsilcisi tarafından da davada kendisini temsil

282; **Erişir**, Taraf Ehliyeti, s. 71; Kale, Serdar, **Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 24; **Dava Takip Yetkisi**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 16). Dava takip yetkisi, talep sonucunda belirtilen hakkın sahibi veya hukukî ilişkinin tarafı olduğunun iddia edilmesine dayanmaktadır. Bu yetki, maddî hak süjesi olup olmamaya ilgili mesele değildir. Yargılamada maddî hukuka göre hak süjesi olup olmamak, esasa ilişkin hükmün tesis edilip edilmemesi ile ilgilidir (**Tanriver**, Medenî Usûl-I, s. 587; Özekes, Muhammet/Seven, Vural/Meriç, Nedim: **Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 82). Bu sebeple, davada ileri sürülen vakıya ve talep sonucu, davacının hak sahipliği iddiasına ilişkinse ve davacının taraf ve dava ehliyeti eksikliği de yoksa dava takip yetkisinin varlığı kabul edilmektedir (**Özekes/Seven/Meriç**, s. 82). Bazı hallerde dava takip yetkisi, talep sonucunda belirtilen hak sahipliği iddiasından kaynaklanmamaktadır. Üçüncü kişi, talep sonucunda belirtilen hakkın sahibi veya hukukî ilişkinin tarafı olduğu iddiasında değildir. Ancak dava açmakta menfaati olduğundan kanun koyucu tarafından kendisine yetki verilmiştir. Alman ve İsviçre Hukukunda <Prozessstandschaft> terimine karşılık gelen bu dava takip yetkisi için Türk hukuk doktrininde *bağımsız dava takip yetkisi* veya *dava yetkinliği* terimleri kullanılmaktadır (Alman hukuku için bkz. **Jacoby** (Stein/Jonas), vor § 50, N. 20; İsviçre hukuku için bkz. **Meier**, s. 159; Türk hukuku terimleri için bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 118; **Deren Yıldırım**, s. 24; **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usûl, s. 593; **Taş Korkmaz**, İradî Taraf, s. 83; Dişel, Buse, **Dava Takip Yetkisi**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 17 vd.). Hak sahibi olduğu iddiasına dayanan dava takip yetkisinin Almanca karşılığı “*Prozessführungsbefugnis*” olarak ifade edilmektedir. Örneğin, borçluya ait taşınmazın borçlu adına tescil edilmesi için takip alacaklısına dava açma yetkisi verilebilir (İİK m. 94/3). Bazen de resmî görev gereği dava takip yetkisi başka bir üçüncü kişiye kanun koyucu tarafından devredilmiştir. Tereke ile ilgili davalara, vasiyeti yerine getirme görevlisi (TMK. m. 552, 553) veya tereke temsilcisi atanmışsa (TMK. m. 592), dava takip yetkisi; vasiyeti yerine getirme görevlisi, tereke temsilcisine aittir.

²⁸⁰ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 118-119; **Üstündağ**, Yargılama, s. 307; **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usûl, s. 550; **Taş Korkmaz**, İradî Taraf, s. 67; **Taş Korkmaz**, Gerçek Taraf, s. 66; Pekcanitez, Hakan/Meriç, Nedim, **Medenî Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale**, 2. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 135. **Deren Yıldırım**, s. 28; **Tanriver**, Medenî Usûl-I, s. 588; **Börü**, Sıfat, s. 269; Hanağası, Emel, **Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 188; 190; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 242. Diğer bir görüş ise dava takip yetkisinin hak sahibinden başkasına ait olduğu hallerde, davanın tarafında değişikliğe sebep olmayacağı; dava takip yetkisine sahip kişi davayı yürütüp, usûl işlemleri yapsa da hükmün davada tarafın leh ve aleyhine verileceği ve onun hakkında kesin hüküm gücüne sahip olacağını kabul etmektedir (HMK m. 303). (**Kuru**, C. III, s. 1155; **Arsalan/Yılmaz/Taşpınar/Ayvaz/Hanağası**, s. 282; **Erişir**, Taraf Ehliyeti, s. 83).

²⁸¹ **Bracher**, N.86; **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.64.

²⁸² **Dişel**, s. 177 vd.

²⁸³ **Kuru**, C. I, s. 1056; Leuch, Georg/Marbach, Omar/Kellerhals, Franz/Sterchi, Martin, **Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern**, Stämpfli Verlag AG Bern, 2000, Kommentar Art. 243-ZPO-BE, N.2b.

ettirebilir²⁸⁴. Vesayet altına alınan kısıtlı kişinin vasisi veya velayet altındaki kişinin ana veya babası; ergin olmayan veya kısıtlının kendi adına davayı açabildiği ya da aleyhine davanın açılabilirdiği hallerde, üçüncü kişidir²⁸⁵. Böylece kanuni temsilci tarafın dinlenmesi usûlüne göre değil, üçüncü kişi (tanık) olarak dinlenir ve tanığa ilişkin hükümler değerlendirilmelidir. Örneğin kanuni temsilci tanık olarak çağrıldığı duruşmaya gelmek zorundadır (HMK m. 245/1). Aynı sonuç sınırlı ehliyetsizin dava ehliyetinin olmadığı ve yargılamanın kanuni temsilci tarafından yürütüldüğü davalarda her zaman geçerli değildir. Bu yargılamalarda kanuni temsilci için tarafa ait hükümler geçerlidir. Kural olarak ergin olmayan veya kısıtlı adına yapılan işlemlerde, kanuni temsilci isticvap olunur (HMK m. 170/2). İsticvap, tarafın dinlenme usûlüdür. Oysa ergin olmayan veya kısıtlının taraf olduğu davalarda, dava konusu maddî vakıalara ilişkin kanuni temsilci hâkim tarafından sorguya çekilir. Kanuni temsilci, uyuşmazlık konusu vakıalara ilişkin bilgi verirken tarafa ait hükümlere göre değerlendirilir. Bu sonuç doğaldır. Çünkü kanuni temsilci, davada tarafın temsilcisi olarak hareket eder. Benzer şekilde uyuşmazlık konusu çekişmeli vakıada yemin deliline başvurulacaksa, yemin kural olarak tarafa teklif olunmalıdır ve tarafça eda ya da iade edilmelidir (HMK m. 232). Ancak taraf, ayırt etme gücüne sahip ergin olmayan veya kısıtlı ise onlar adına yapılan işlemlerde yemin kanuni temsilci tarafından eda veya iade edilir (HMK m. 232).

Maddî hukukta gerçekleştirilen hukukî işleme ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıkta, iradi temsilcinin dinlenilmesi gerektiğinde, iradi temsilci üçüncü kişinin dinlenilmesi hükümlerine tabi olur²⁸⁶. Çünkü maddî hukuktaki işlemi, temsil olunan adına ve hesabına yapan iradi temsilci, üçüncü kişidir. Benzer şekilde belge ibraz zorunluluğu bakımından da iradi temsilci üçüncü kişi olarak belgeyi ibraz etmek zorundadır (HMK m. 221).

Dava, iradi temsilci tarafından yürütülmüş olabilir. Yargılamada iradi temsilci, vekildir. Vekil, davanın tarafı değildir; davayı taraf adına yürüten kişidir. Taraf, temsil olunandır. Vekil, temsil ettiği kişi (temsil olunan-müvekkil) adına işlem yapar ve bu işlemin sonuçları vekilin adına hareket ettiği tarafın (temsil olunan- müvekkilin) hukukî alanında doğar. Yapılan işlem ise bizzat taraf (temsil olunan-müvekkil) tarafından yapılmış gibi sonuç doğurur²⁸⁷. Temsilci sıfatıyla hareket eden vekil, yargılamada usûlî işlemleri taraf adına yapar; davacı taraf adına

²⁸⁴ Yılmaz, Ejder, “Çocuk Hakları Bakımından Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 11, Özel S.: 2009, 2010, ss. 819-842, s. 826.

²⁸⁵ Bracher, N.86.

²⁸⁶ Bracher, N.86.

²⁸⁷ İradi temsile ilişkin açıklamalar için bkz. Börü, Levent, Medenî Usûl Hukukunda Davaya Vekâlet Ehliyeti, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Özel Hukuk (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2006, s. 29 vd.; Kavasoglu, Abdurrahman, Medenî Usûl Hukukunda Davada Temsil, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı**, İstanbul, 2007, s. 147 vd.

dava açar veya davalı adına cevap verir ve davayı takip eder. Vekilin yapmış olduğu bu işlemlerde kendisi üzerinde değil taraf üzerinde hüküm ve sonuç doğurur. Ancak bu hiçbir zaman vekilin yapılan işlem bakımından taraf gibi değerlendirilmesine sebep olmaz. Vekil üçüncü kişi olduğundan, uyuşmazlık konusu vakıya ilişkin davada bilgisine başvurulması gerektiğinde, tanık olarak beyanda bulunabilir²⁸⁸.

2.1.2.2. Özel Durumlar Bakımından Üçüncü Kişi Kavramının Ele Alınması

Mecburi dava arkadaşlığında, tüm dava arkadaşları birlikte dava açar veya birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılır²⁸⁹. Tüm dava arkadaşları, davada taraf olarak yer alır. Mecburi dava arkadaşlığında, delillerin toplanması bakımından da diğer dava arkadaşları da taraftır. İhtiyari dava arkadaşlığında ise ikili bir ayırım yapılır. İhtiyari dava arkadaşlığında, dava arkadaşı kadar dava vardır²⁹⁰. Kişi kendi yargılamasıyla ilgili davada taraf olarak muamele görürken; ihtiyari dava arkadaşının yargılaması açısından üçüncü kişi olarak muamele görür²⁹¹.

Asli müdahale, görülmekte olan bir dava veya çekişmesiz yargı işinde, yargılamanın konusu olan şey veya hak üzerinde, davanın tarafları veya ilgilileri ile hukukî yararı çatışan üçüncü kişinin, bu kişilere karşı aynı mahkemede ayrı bir dava açmasıdır²⁹². Asli müdahilin davanın taraflarına karşı açmış olduğu dava, bağımsız bir davadır ve asli müdahil taraftır. Asli müdahil, açmış olduğu davada davacı taraftır. Dolayısıyla asli müdahil olan kişi için delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğü bakımından alelade bir taraftan farklılığı yoktur.

²⁸⁸ Ansay, s. 266. Kuru, C. III, s. 2574; Umar, Şerh, s. 775; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 489; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Art. 243-ZPO-BE, N.2c. Vekilin (avukat) tanıklığına başvurulması gerektiğinde, onun dinlenmesi gerekliliği maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından önemlidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yeni tarihli bir kararında tarafın kendi vekilinin tanıklığına başvurulmasında tanığın yasal olarak dinlenilmesinin mümkün olduğu ve diğer tanıklar gibi tanıklığa tabi hükümlere (HMK m. 240 vd.) göre dinlenmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararında tarafın ispat hakkının önemine de vurgu yapmıştır. Avukatın tanık olarak dinlenilmemesinde, karşı tarafın savunma hakkı kısıtlanır, bu da hukukî dinlenilme ve buna bağlı olarak adil yargılanma hakkının ihlaline sebep olur. Yargıtay HGK, T. 24.06.2020, E. 2017/2-2209, K. 2020/475: “Avukat vekâleten takip etmekte olduğu bir davada taraflara oranla üçüncü kişi konumunda olduğundan görevi nedeniyle öğrendiği hususlar dışında tanıklık etmek zorunda olup (Kuru, B.; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt 3, 2001, s. 2574), tanık olarak dinlenilmesinde de yasal engel bulunmamaktadır ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Öte yandan vekilin yargılamadaki konumu itibarıyla vekilin tanık beyanında bulunması halinde tanık ifadesinin dikkatle değerlendirilmesini gerektirir. Çünkü vekil, medenî usûl hukuku anlamında taraf olmamakla birlikte, temsil ettiği kişinin yanında ve onun menfaatine hareket eder. Vekil olan avukat ve taraf arasındaki bağ işin niteliği gereği güçlüdür (Çiçekli, Ali Fuat, “Hukuk Yargılamasında Taraf Vekili Avukatın Tanıklığı”, *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021(1), ss. 33-71, s. 48).

²⁸⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 170.

²⁹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 169.

²⁹¹ Guldener, s. 341, dn.14 e; Bracher, N. 87.

²⁹² Asli müdahale ilk olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden önce de asli müdahalenin benzer tanımı yapılmıştır. Bkz. Özekes, Muhammet, *Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale*, Alfa Basın Yayın Dağıtım, İstanbul 1995, s.16 (Aslî Müdahale).

Fer'i müdahil, davanın tarafı veya temsilcisi değildir; yargılamaya katılan üçüncü kişidir (HMK m. 66). Fer'i müdahil taraf olmadığından, tanık olarak dinlenebileceği²⁹³, belge ibraz zorunluluğu²⁹⁴ ve keşfe katılma zorunluluğu²⁹⁵ bakımından da üçüncü kişi olarak değerlendirilebileceği; hukukumuzda kabul edilir²⁹⁶. Alman hukukunda da hukukumuzda olduğu gibi fer'i müdahilin bilgisine başvurulması gerektiğinde tanık olarak dinlenebilir²⁹⁷. İsviçre hukukunda ise delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğü bakımından fer'i müdahil, üçüncü kişi olarak değerlendirilmez²⁹⁸. Fer'i müdahilin uyuşmazlığa dahil olması sebebiyle, taraf olarak muamele görür²⁹⁹. Fer'i müdahil tarafından gerçekleştirilen işlem ve açıklamalar, tarafça yapılmış işlem gibi kabul edilir. Bu nedenle, tarafa ait hükümler kapsamında değerlendirilir³⁰⁰. Davanın ihbarı üzerine davaya fer'i müdahil olarak katıldığında da aynı durum geçerlidir. Fer'i müdahil, tanık olarak dinlenemez. Fer'i müdahil, taraf olarak tüm haklara sahip olduğundan taraf gibi dinlenir (SchZPO m. 191). İsviçre hukukunda davanın ihbarı üzerine davaya katılma iki şekilde gerçekleşir. Birincisi, bahsedildiği üzere kişi davada tarafın yardımcısı (fer'i müdahil) olarak yer alabilir (SchZPO m. 79/1). Bir diğer durum, davada tarafın yerine geçebilir³⁰¹ (SchZPO m. 79/2). İsviçre hukukunda bu iki durum dışında, davanın ihbarı üzerine üçüncü kişiye karşı görülmekte olan davanın dışında ayrı bir dava açılabilir (SchZPO m. 81)³⁰².

²⁹³ **Ansay**, s. 143; **Bilge/Önen**, s. 269; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.151; **Pekcanitez/Meriç**, s. 348 vd.

²⁹⁴ **Ansay**, s. 143; **Pekcanitez/Meriç**, s. 350; **Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 199.

²⁹⁵ **Aşık**, Keşif, s. 164.

²⁹⁶ Fer'i müdahilin yanında katıldığı tarafın yardımcı olması, yargılamada üçüncü kişi olduğunu değiştirmez. Fer'i müdahil, yargılamada üçüncü kişi olduğundan tanık olarak dinlenebilir. Fer'i müdahil aslında yanında katıldığı tarafı korumak amacıyla davaya katılmakta ve bu nedenle, davadaki iddia ve savunma vasıtaları, yanında katıldığı tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı olmamalıdır. Fer'i müdahilin tanık olarak dinlenmesinin kabul edilmesinin sonucunda ise müdahilin ifadesi, tarafın yaptığı işlemlere aykırı olsa bile tanık olarak yapmış olduğu açıklamaları mahkeme tarafından dikkate alınır (Tercan, Erdal, **Medenî Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, (İsticvap), s.189). Ayrıca fer'i müdahilin davada bir taraf yanında yer alması, karşı tarafın fer'i müdahili tanık göstermesine de engel değildir. Ancak mahkeme, fer'i müdahilin beyanını dikkatli değerlendirmelidir (**Pekcanitez/Meriç**, s. 349).

²⁹⁷ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 50, N.31

²⁹⁸ **Higi**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 160, N. 12; **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. Vorbemerkungen zu Art. 160-167, N. 6.

²⁹⁹ **Frank/Sträuli/Messmer**, § § 151/152, N. 7; **Bracher**, N. 88.

³⁰⁰ **Göksu**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 76, N.2; **Stachelin/Schweizer**, (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuberger), Art. 76, N.30. Yargılamaya fer'i müdahil olarak katılan üçüncü kişi daha önceden tanık olarak dinlenmiş de olabilir. Bu halde fer'i müdahilin dava konusuna yakınlığı sebebiyle, mahkeme onun ifadesini dikkatle değerlendirmelidir. **Stachelin/Schweizer**, (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuberger), Art. 76, N.30.

³⁰¹ Üçüncü kişi başkasının hakkı için kendi adına davayı yürütür (başkasına ait dava takip yetkisini kullanır). Taraf değişikliği için karşı tarafın rızası aranmaz (Botschaft SchZPO, BBI, 2006, s. 7284). İhbar eden taraf, yargılamada kaldığında delillerin toplanmasında taraf olarak muamele görecektir. Buna karşılık taraf değişikliği ile yargılamadan ayrılan taraf ise taraf olmaktan çıkar ve böylece delillerin toplanmasında üçüncü kişi olarak muamele görecektir (**Frank/Sträuli/Messmer**, § 157, N. 5b; **Bracher**, N. 88, dn. 237).

³⁰² Bu durum, davanın ihbarının nitelikli şeklidir. İhbar eden taraf yalnızca ihbar edilen kişinin davaya katılımını istememekte, aksine ihbar edilen kişiye karşı aynı davada iddialarını ileri sürmektedir (**Göksu**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 81, N.1). Bu halde, davanın ihbarı üzerine ihbar edilen kişiye karşı dava

Davanın tarafları dışında yargılamaya katılan diğer kişiler bakımından da durumun değerlendirilmesi gerekir. Örneğin yargılamadaki hâkim, olayın tanığı ise delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlüsü müdür? Esasında bu sorunun cevabında hâkimin olayın tanığı olduğu veya yükümlü olduğu diğer durumlarda yargılamadaki yargısal görevine devam etmeli midir sorusunun cevabı önemlidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 36. maddesinde hâkimin yargılamada tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş olması, hâkimin reddi sebebine örnek hallerden sayılmıştır. Hâkimin reddi sayılan bu sebep, hâkimin davadan önce bilgisine başvurulmuş haline ilişkindir³⁰³. Bahsettiğimiz durum ise trafik kazasından kaynaklı açılan davada, davanın görüldüğü mahkemedeki hâkimin olayın tanığı olmasıdır. Bu halde, hâkimin davaya bakmaması gerektiği düşünülmelidir³⁰⁴. Yargılamayı yürüten hâkim, dava konusu vakıanın ispatına etki edebilecektir ve ayrıca hâkimin olayın tanığı olması, hâkimin tarafsızlığı kavramına denk düşmeyecektir.

İsviçre hukukunda hâkim veya mahkemeye yardımcı olarak yargılamaya katılan kişi de üçüncü kişi kapsamında değerlendirilmemektedir³⁰⁵. İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 47. vd. maddelerinde "mahkeme personelinin" kanunun 47. maddesinde sayılan hallerde çekilmesi gerektiği (SchZPO m. 48) veya taraflardan birisi tarafından reddedilebileceği düzenlenmektedir (SchZPO m. 49). İsviçre Medenî Usûl Kanunu düzenlemede mahkeme ve zabıt katipleri gibi bir ayırım yapmamıştır. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda olduğu gibi ret ve yasaklılık sebepleri şeklinde bir ayırım da yapmamıştır. İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 47. maddesinin b bendinde, aynı uyumsuzlukta özellikle merci üyesi, hukuk danışmanı, bilirkişi, tanık veya arabulucu olarak yetkili olmuşsa çekilmesi gerektiğine yer verilmiştir.

Mahkemeye yardımcı olarak yargılamaya katılan kişilerden biri de zabıt kâtibidir. Zabıt kâtibi, hâkimin denetimi ve gözetimi altında çalışır. Tahkikat ve yargılama işlemlerini tutanak altına alır (HMK m. 154). Yargılama ve tahkikata ilişkin işlemleri tutanak altına alan zabıt katibinin objektif, tarafsız ve güvenilir olması zorunludur³⁰⁶. Yargılamadaki görevi itibarıyla zabıt kâtibinin de yasaklılığının veya reddinin ileri sürülmesi mümkündür. Zabıt kâtibinin yasaklılığı ve reddi nedenleri hâkimin reddi ve yasaklılığı hükümlerine atıf yapılarak

açıldığında, bu kişi davalı asıl taraftır ve delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğü kapsamında, görülmekte olan asıl davada taraf olarak muamele görür (Bracher, N.88).

³⁰³ Atalı, Murat, "Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsî) Bilgisini Kullanması" **Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 2009, ss.139-161, s. 150.

³⁰⁴ Hâkimlik ve tanıklık sıfatlarının aynı kişide toplanmasının caiz olmadığı, her iki sıfatın birbiriyle bağdaşmadığı hakkında bkz. Atalı, Şahsî Bilgi, s. 150.

³⁰⁵ İsviçre hukukundaki görüş için bkz. Higi, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 160, N. 12; Rüetschi (Hausheer/Walter), Art. Vorbemerkungen zu Art. 160-167, N. 6. İsviçre hukukunda mahkemeye yardımcı olan kişiye örnek olarak İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 183'te düzenlenen bilirkişi örnek verilir.

³⁰⁶ Taşpınar Ayvaz, Sema, "Zabıt Katiplerinin Reddi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:11, Özel S.: 2009**, ss. 595-615 (Basım Yılı: 2010), s. 597, 600.

düzenlenmiştir (HMK m. 45). Zabıt katibinin olayın tanığı olduğu veya belge ibraz yükümlüsü olduğu durumlarda tanık olarak ifade vermesine veya belge ibraz etme yükümlüsü olarak belgeyi ibraz etmesine yasal bir engel doğrudan bulunmamaktadır. Ancak hâkimin reddi sebeplerine yapılan atıf dolayısıyla (HMK m. 45), zabıt katibinin tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektiren bir hal olduğundan zabıt katibinin reddi mümkün olabilir. Bu halde davaya bakan hâkimin uygun bulması ile kalemdeki bir başka memurun zabıt kâtibi olarak görevlendirilmesi; başka bir görevlinin olmadığı ihtimalde ise 2802 sayılı Kanunu'nun 114. maddesi gereği Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonuna başvurularak geçici bir memurun yalnızca o dava bakımından görevlendirilmesi mümkündür.

2.1.2.3. Tüzel Kişinin Temsili Bakımından Üçüncü Kişi Kavramının Ele Alınması

Davada taraf gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de haklardan yararlanır ve haklarını korumak için dava açabilir veya aleyhlerine dava açılabilir. Tüzel kişinin taraf olduğu davada, tüzel kişiliğin kendisi taraf ehliyetine sahiptir. Dava ehliyeti bakımından, tüzel kişiyi yetkili organları temsil eder (HMK m. 52). Tüzel kişiyi temsile yetkili organın kim olduğu, kanuna ve tüzel kişinin kuruluş belgesine göre tespit edilir. Organ tarafından gerçekleştirilen hukukî işlemler ve diğer bütün fiiller, bu kapsamda organ tarafından işlenen haksız fiiller de doğrudan tüzel kişiyi borç altına sokar (TMK m. 50/2). Önemli olan organ yapmış olduğu işlemlerde, bu göreviyle hareket etmiş olmalıdır³⁰⁷. Kanun tarafından ya da tüzel kişinin kuruluş belgesi ile öngörülenler, şekli (veya biçimsel) organ olarak ifade edilir. Derneklerde şekli ve kanunda öngörülen zorunlu organlar: genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kuruludur (TMK m. 72). Vakıflarda ise yönetim organı, şekli (biçimsel) organlardandır (TMK m. 109). Şekli organ kavramı yanında doktrinde fiili organ kavramı da vardır. Fiili organ, seçilmiş veya atanmış olmamakla birlikte uygulamaya yönelik karar alabilen, fiilen organ görevini yerine getiren kişiler olarak tanımlanır³⁰⁸. Bu çerçevede tüzel kişinin kuruluş belgesinde yetkili olduğu belirtilmemekle birlikte yaptıkları işlemlerle bağlantılı olarak tüzel kişiyi temsilen işlem yapan kişilerin fiili organ olduğu ve tüzel kişinin hukukî sorumluluğunun doğacağı kabul edilir³⁰⁹.

³⁰⁷ Altınok, Ormancı, Pınar, “Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri ile Hukukî İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 79 (4), ss. 1261-1283.

s.1266. TMK m. 50 kapsamında, üçüncü kişilerle olan hukukî ilişkilerde tüzel kişi adına hareket eden organ, yürütme organı olan yönetim organıdır. *Altınok-Ormancı*, s. 1267.

³⁰⁸ *Altınok-Orman*, s. 1268; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: *Kişiler Hukuku*, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, s. 333-334.

³⁰⁹ *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, *Kişiler Hukuku*, s. 335. “Organlar, hükmi şahsın iradesini açıklarlar, tüzel kişiyi içeride yönetir, dışa karşı da temsil ederler. Tüzel kişinin organından söz edebilmek için onun mutlaka tüzel kişinin irade ve karar organı olması zorunlu değildir. Onun içindir ki, genel kurul, yönetim kurulu yanında çeşitli yöneticiler tüzel kişinin organı olarak değerlendirilebilir. Bu kapsamda, genel olarak dış

Organ, tüzel kişinin aracısı olarak eylemde bulunurken tüzel kişinin temsilcisi değildir. Organın faaliyette bulunurken açıkladığı irade, tüzel kişinin iradesidir³¹⁰ (TMK m.50/1). Bunun doğal sonucu olarak, delillerin toplanması faaliyeti kapsamında yapılacak işlemlerde tüzel kişiyi temsil eden yetkili organı oluşturan kişiler, bu sıfatla gerçekleştirdiği işlemlerde tarafa ait hükümler kapsamında değerlendirilir³¹¹. Örneğin, anonim şirketin yönetim kurulu, organ sıfatıyla yaptığı işlemlere ilişkin bilgisine başvurulacağına, tarafın dinlenmesi usûlüyle (HMK m. 144) ya da isticvap yoluyla (HMK m. 170/1) dinlenir³¹². İsviçre hukukunda ispat yargılamasında tüzel kişinin organlarının taraf gibi muamele göreceği açıkça kaleme alınmıştır (SchZPO m. 159). Bir tüzel kişi organı, tüzel kişiyi temsil ettiği için tanık olarak sorgulanmamalıdır (SchZPO m. 169). Tüzel kişi organı, tarafın sorgulanması (SchZPO m. 191) ya da delil beyanı (SchZPO m. 192) olmak üzere tarafın dinlenmesi usûllerine göre dinlenir³¹³. İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nda düzenlenen m. 159, şekli organları kapsadığı gibi fiili organları da kapsadığı kabul edilmektedir³¹⁴.

Tüzel kişiyi temsil eden organın taraf olarak dinlenmesi neticesinde, tanıklığa ilişkin hükümler kapsamında değerlendirilmemelidir. Örneğin, tüzel kişinin yetkili organının dinlenmesi sırasında tanıklıkta olduğu gibi gerçeğe uygun beyanda vereceğine ilişkin yemin eda ettirilmez (HMK m. 258/1, 2, 3). Ayrıca tanık gerektiği durumlarda diğer tanıklarla yüzleştirilir (HMK m. 261/1). Oysa tarafın dinlenmesi hükümlerine göre dinlenen yetkili organın, diğer tanıklarla yüzleştirilmesinden bahsedilmeyecektir. Ayrıca delillerin toplanmasında taraf gibi değerlendirilmesi, katkıda bulunma hakkı ve katkıda bulunma yükümlülüğü ile özellikle katkıda bulunmadan kaçınmanın kapsamı üzerinde etki eder³¹⁵.

ilişkilerde, bazı kimselerin tüzel kişinin hukukî muamelelerine katılması öngörülmüşse, bu kimseler de tüzel kişinin organı sayılırlar.” (HGK. 2004/21-406 E, 2004/434 K).” Yargıtay 9. HD., T. 8.2.2012, E. 2009/42533, K. 2012/4144 (Lexpera).

³¹⁰ **Altınok-Ormanci**, s. 1268. Organ, faaliyette bulunurken açıkladığı irade, tüzel kişinin iradesidir. Organlar, üçüncü kişilere karşı tüzel kişiyi temsil eder. Ancak bu teknik anlamıyla borçlar hukuku anlamında temsil ilişkisi değildir (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, s. 335). Borçlar hukuku anlamında temsilde, temsilci, temsil olunan kişinin iradesini açıklayan bir aracı değildir. Temsilcinin davranışı kendi fiilidir ve temsilcinin kendi iradesiyle yaptığı hukukî işlemin sonuçları, temsil olunan kişinin hukukî alanında etkisini doğurur (Oğuzman, M. Kemal /Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku, C.1**, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 224 vd.).

³¹¹ İsviçre hukukundaki görüş için bkz. **Higi**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 160, N. 12.

³¹² Yargıtay HGK., T. 21.06.2006, E. 2006/315 K. 2006/465: “*Tüzel kişinin taraf olduğu bir davada, o tüzel kişinin kanuni temsilcisi durumunda bulunan kişiler tanık olarak dinlenemezler (Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.baskı, cilt 3, s.2568). Bir davada taraf ya da kanuni temsilcilerinin vakıalar hakkında beyanı isticvap yolu ile alınabilecektir.*” (Lexpera).

³¹³ **Leu**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 159, N. 1, 17. İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 191’de düzenlenen tarafın sorgulanması (*Parteibefragung, Examination of the parties*) başlığı altında, mahkemenin taraflardan biri veya her ikisini hukuken önemli vakıalar hakkında sorgulayabileceğine yer verilmiştir. İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 192’de düzenlenen delil beyanı başlığı altında (*Beweisaussage, Giving evidence*), mahkeme ceza tehdidi altında taraflardan biri veya her ikisini de delil beyanında bulunmaya zorlayabileceğine yer verilmiştir.

³¹⁴ Botschaft SchZPO, s. 7315; **Leu**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 159, N. 4.

³¹⁵ **Leu**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 159, N. 21.

Tüzel kişinin yetkili organındaki kişiler, özel işleriyle ilgili işlemleri veya resmî görevi olmadan, mesleki faaliyetiyle ilgili başka işlemlerde üçüncü kişi olarak değerlendirilmelidir. Beyanına başvurulması gerektiğinde tanık olarak beyanı alınmalıdır³¹⁶. Belgeyi ibraz zorunluluğu bakımından da üçüncü kişiye ait hükümlere göre değerlendirilmelidir.

Ayrı bir tüzel kişiliği bulunan sermaye şirketlerinden olan anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ve şahıs şirketlerinden olan kollektif ve komandit şirketlerin taraf olduğu davalarda, şirketi temsil yetkisi bulunmayan bir ortağın bilgi ve beyanına başvurulması gerektiğinde ortak, taraf olmadığından ve üçüncü kişi olduğundan üçüncü kişiye ait hükümler dikkate alınır³¹⁷. Ortak, tüzel kişinin taraf olduğu davada, tarafa ait hükümlere tabi olmayacaktır. Bunun en önemli sonuçlarından biri de isticvap yoluyla dinlenilmemesidir³¹⁸.

Tüzel kişinin birden fazla temsilcisi varsa hangi temsilcinin isticvap edileceğini hâkim belirler³¹⁹. İsticvap konusu işlem yalnızca bir temsilcinin yetki alanında ise ve onun tarafından işlem yapılmışsa, işlemi yapan yetkili organın isticvap edilmesi uygundur³²⁰. Aynı sonuç, tüzel kişinin işleri ilgili belge ibrazı için de geçerlidir. Yetkili temsilci, tarafa ait hükümlere tabi olur.

İşlemi yapan yetkili organın temsil yetkisi ortadan kalkmış olabilir. Tüzel kişiyi temsil eden yetkili organdaki kişiler, istifa, azil, ölüm vb. bir sebeple görevinden ayrılmış olabilir. Yargılama sırasında tüzel kişiyi temsil eden yetkili organ değil de işlem hakkında bilgiye sahip olan ve görevden ayrılmış yetkili organının dinlenmesi gerekebilir. Maddî hukukta hukukî işlemi gerçekleştirmiş ve işlemin yapıldığı anda imza yetkisine sahip olan bir temsilci olsa dahi bu kişi, bilgisine başvurulduğu anda tüzel kişinin yetkili organı değilse, üçüncü kişinin tabi olduğu hükümler dikkate alınmalıdır. Önemli olan, yetkili organın dinlenilme anıdır. Duruşmada dinlenilme anında tüzel kişiyi temsile yetkili değilse, üçüncü kişi olarak bilgi ve beyanına başvurulur³²¹. Limited şirket müdürünün veya anonim şirket ise anonim şirket

³¹⁶ **Bracher**, N.90.

³¹⁷ Hukukumuzda sermaye şirketlerinden olan anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ve şahıs şirketlerinden olan kollektif ve komandit şirketlerin tüzel kişiliği ve taraf ehliyeti vardır. Bu şirketler yargılamada taraf olabilir. Yetkili organları aracılığıyla temsil edilirler. Tüzel kişiliğe haiz olan sermaye şirketlerinin adına açılan veya aleyhine açılan davalarda ortaklar taraf konumunda değildir. Dava tüzel kişi adına ve aleyhine açılmaktadır. Davada taraf yalnızca şirket tüzel kişiliğinin kendisidir. Bu sebeple ortaklar, davada taraf değildir ve taraf olarak gösterilmesi de gerekli değildir (Kale, Serdar, “Sermaye Şirketlerinin Taraf Olduğu Yargılamada Şirket Ortaklarının Konumu” **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, C: 9 , S: 25, ss. 243-259, s. 244).

³¹⁸ **Kale**, Sermaye Şirketleri, s. 250-251. Ortaklar, tanık olarak dinlenildiğinde bu ifadenin güvenilirliği ise başka bir meseledir. Şirket ortağı tanık olarak dinlenildiğinde, bu beyanının değerlendirilmesinde daha dikkatli olunmalıdır (**Kale**, Sermaye Şirketleri, s. 251). Özellikle tek kişiden oluşan anonim şirketlerde, ortağın beyanına başvurulduğunda ortak sıfatına sahip bu kişi ile şirket arasındaki bağılılık güçlüdür. Bu nedenle tek kişiden oluşan bu şirkette ortağın beyanının ne derece objektif olacağı konusu kuşkuludur (**Kale**, Sermaye Şirketleri, s. 251).

³¹⁹ **Üstündağ**, Yargılama, s. 759.

³²⁰ **Tercan**, İsticvap, s. 168.

³²¹ **Müller**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 169, N. 13; **Tercan**, İsticvap, s. 172. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise bir kararında farklı yönde karar vermiştir. Karara konu olayda davalı, davacı şirkete ait olan borçlarını şirketin eski yetkili temsilcisine ödediğini belirterek, ödediğini ortaya koyan makbuzları ibraz etmiştir. Davacı ise bu

müdürünün taraf olarak dinlenilmesi için, dinlenmesi gerektiği anda şirketi temsil yetkisine sahip olmalıdır³²². Ayrıca tüzel kişinin temsilcisi değil de yardımcı kişi sıfatına sahip olduğu halde tüzel kişinin faaliyetini gerçekleştiren örneğin şirketin çalışanı olan bir kişi de tanık sıfatıyla dinlenir³²³.

2.1.3. Üçüncü Kişinin Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunmasının Hukukî Niteliği

2.1.3.1. Genel Olarak

Üçüncü kişinin delillerin toplanmasında katkıda bulunması, bir zorunluluk, yükümlülüktür. Kanunun ilgili hükümlerinde açıkça belirtilmiştir. Örneğin, HMK m. 245'te "gelmek zorundadır"; HMK m. 221/2'de "elindeki belgeyi ibraz etmek; belgeyi ibraz edememesi halinde ...açıklamak zorundadır" şeklinde ifadelerle yer verilmiştir. Bunun sonucunda, üçüncü kişi katkıda bulunmak için gereken davranışı kendi isteğiyle yerine getirmek istemezse, o eylemi gerçekleştirmeye zorlanabilir.

Üçüncü kişiler için tanıklık yapma zorunluluğu, keşfe katlanma zorunluluğu kamu hukukundan kaynaklanan toplumsal bir görevdir³²⁴. Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasından da bu yükümlülüklerin kamusal bir görev olduğu çıkarılmaktadır. Anayasa'nın ilgili hükmünde, *hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı* düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile

ödemelerin dava dışı eski şirketi temsil eden yetkili ile davalı arasında başka bir ticarî ilişki sebebiyle yapılan ödemeler olduğu ve davacı şirketi bağlamayacağını iddia etmiştir. Makbuzlarda ödemelerin şirket adına alındığına dair bir yazı da bulunmamaktadır. Yargıtay bu ödemelerin yapıldığına ilişkin davanın dışındaki ve daha önceki yetkili temsilciyi tarafa ait hükümlere göre dinleneceğini belirtmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 07.05.2008, E. 2008/19-341., K. 2008/357: "...Ortada, davacı şirketin yetkili temsilcisi olduğunda çekişme bulunmayan G..S..e yapıldığı belirtilen ödemelere ilişkin belgeler bulunduğuna, davacı vekili bu belgelerin davacı şirketi bağlamayacağını ileri sürdüğüne ve davalı taraf da, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 230.maddesi çerçevesinde bu kişinin isticvabını istediğine göre, Mahkemece yapılması gereken; davacı şirketi temsil ve ilzam yetkisi sonradan ortadan kalkmış olsa bile, G..S.. 'in davalının dayanıp sunduğu ödeme belgeleriyle ilgili olarak isticvap edilmesi..." (**kararara.com**). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu daha önceki bir kararında ise önceki yetkili temsilcinin tanık olarak dinlenebileceğine haklı olarak hükmetmiştir: "Usulüne uygun olarak dosyaya sunulan belgelerde yer alan ibarelerin şerhlerin açıklanması hususunda, belgelerde imzası bulunanların mahkemece dinlenmesi mümkün olup, tüzel kişilerin dava sırasındaki temsilcileri tanık olarak dinlenemezler, davadan daha önceki temsilcilerin tanık olarak dinlenmesine yasal engel yoktur. Bu nedenle mahkemenin tanık dinletme talebinin reddine dair ara kararı yerinde olmamıştır." Yargıtay HGK., T. 20.06.2007, E. 2007/438, K., 2007/432 (Lexpera).

³²² Müller (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 169, N. 13. Burada o kişinin tanık olarak mı taraf olarak mı dinleneceği hususunda dikkate alınacağı zaman dilimi, dinleneceği andır (Kale, Sermaye Şirketleri, s. 250-251).

³²³ "Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde, davacı tarafından dava konusu edilen alacağın varlığını ispatlamak için ibraz edilen delillerden olan "A. Evlerindeki Villaya Yapılan İşler", "B Blok Yapılan İşler" ve "C Blok Yapılan İşler" başlıklı, "İ. 'in mimarı Y.K.A." imzalı, 01.01.2006 ile 30.06.2007 tarihleri arasında davacı tarafından yapılan işlerin listesini gösteren belgeler dosyaya sunulmuş, davalı tarafça 22.03.2011 tarihli dilekçesinde anılan mimarın şirketlerinde çalıştığı kabul edilmiş, ancak belgede geçen tarihlerde çalışmadığı, bu nedenle belgelerin sonradan düzenlendiği belirtilerek itiraz edilmiştir. Tüm bu hususlar gözetildiğinde, davanın tarafı olmayan Y.K.A.'ın isticvap hükümlerine göre celbi mümkün olmadığından ancak tanık olarak dinlenebilecektir." Yargıtay HGK, T. 01.04.2015, E. 2013/1606, K.2015/1142 (Lexpera).

³²⁴ Aşık, Keşif, s. 143.

tanıklıktan çekinme bir hak olarak görüldüğünden, tanıklığın da yerine getirilmesi zorunlu bir ödev olduğu sonucuna varılmıştır³²⁵.

Üçüncü kişinin delillerin toplanmasında katkıda bulunması yalnızca tek taraflı etkiye sahiptir. Üçüncü kişi, delillerin toplanmasında katkıda bulunmakla yükümlüdür. Ancak bu yükümlülük, üçüncü kişi için katkıda bulunma hakkı sağlamaz. Çünkü katkıda bulunma, hak niteliğinde değildir. Böylece örneğin üçüncü kişi yargılamada tanık olarak dinlenilme talebinde bulunamaz veya belge kendisinin zilyetliğinde ise belgenin ibrazı için mahkemeye başvuramaz. Üçüncü kişinin hukuk yargılamasında bu hakka sahip olmasını gerektirecek somut bir gerekçe de yoktur³²⁶.

Üçüncü kişinin katkıda bulunması, maddî hukuktan veya usûl hukukundan kaynaklanabilir³²⁷. Maddî hukuktan kaynaklanan katkıda bulunma yükümlülüğünde, delil gösterenin maddî hukuka dayanan talebi, üçüncü kişinin taraf olmadığı yargılamada, bu yükümlülüğe katlanmak zorunda olmasına yeterli gerekçe oluşturmaz. Dava, taraflar arasında görülmektedir ve bu davada özel hukuka dayanan bir talep söz konusudur. Bu sebeple maddî hukuka dayanan talep, üçüncü kişiye karşı ayrı bir yargılamanın konusudur³²⁸. Dolayısıyla bu talep ayrı bir yargılamada takip edilmelidir.

Usûl hukukundan kaynaklanan katkıda bulunma, usûlî yükümlülüktür. Çalışma konumuz olması dolayısıyla aşağıda usûl hukukundan kaynaklanan katkıda bulunma yükümlülüklerinin hukukî niteliği ve bu hukukî niteliğin mahkeme, taraflar ve üçüncü kişinin kendisine etkisi ele alınacaktır.

2.1.3.2. Hukukî Niteliği

Usûl hukukunda üçüncü kişilere ilişkin yükümlülükler, kamu hukuku niteliğindedir. Kamu hukuku, kişinin devlet veya diğer kamu kurumları ile ilişkisini veya devletlerin kendi aralarındaki ilişkisini ele alır³²⁹. Kamu hukukunda, devlet veya diğer kamu kuruluşları, kamu gücünü elinde bulundurur ve hukukun sınırları içinde emredici hükümler koyma olanağına sahiptir³³⁰.

³²⁵ Feyzioğlu, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Us-a yayıncılık, Ankara, 1996, s. 30; Ertanhan, Mesut, **Medenî Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 71; Aşık, Keşif, s. 143.

³²⁶ Bracher, N. 118.

³²⁷ Bkz. 1.2.5. Karşı Taraf ve Üçüncü Kişilerin Katkıda Bulunma Rolünün Hukukî Dayanağı.

³²⁸ Bork, Reinhard/Roth, Herbert (Hrsg.), **Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 23. Bası, Band 5, §§ 328-510c, Mohr Siebeck, 2015, vor § 373 N. 40.

³²⁹ Gözler, Kemal, **İngilizce Karşılıklarıyla Hukukun Temel Kavramları**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2010, s. 48.

³³⁰ Kamu hukuku-özel hukuk ayrımında temelde farklı ölçütler kullanılmaktadır. Bu ölçütler, çıkar ölçütü, irade özgürlüğü ölçütü, eşitlik ölçütü, egemenlik ölçütü şeklindedir. Çıkar ölçütüne göre, korunan menfaat toplumun çıkarına ait ise kamu hukuku; bireyin çıkarına ait ise özel hukuktan söz edilir. İrade özgürlüğü ölçütüne göre,

Usûl hukuku kuralları da emredici hükümler içerir. Taraflar, üçüncü kişiler ve mahkeme usûl hukuku hükümlerine uymak zorundadır. Her ne kadar teorik tartışmalar olsa da usûl hukuku, kamu hukukuna ait bir dal olarak görülür³³¹. Üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğünü düzenleyen hükümler de usûl hukukunda düzenlenmiştir. Bu ise yükümlülüklerin kamu hukuku niteliğinde olduğunu ortaya koyar. Ayrıca bir önceki başlıkta ifade edildiği üzere, HMK m. 221, 245 gibi üçüncü kişilerin katkıda bulunmasını ortaya koyan kanun maddelerinde, üçüncü kişilerin zorunlu olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bir yandan kanun metnindeki açık ifade diğer yandan da yükümlülüklerin usûl kanununda düzenlenmiş olması ve usûl hukukunun da kamu hukuku niteliğinde olması dolayısıyla üçüncü kişilerin katkıda bulunması, kamu hukuku niteliğindedir³³².

Hukuk yargılaması, özel hukuka ilişkin taleplerin yerine getirilmesine hizmet eder ve bu yönüyle bakıldığında, bireyin özel menfaatini korur. Maddî hukukta doğan sübjektif hakların yerine getirilmesinin sağlanması, devletin temel görevlerinden biridir. Devletin bu görevini etkin bir şekilde yerine getirmesi, özel menfaati ilgilendirdiği kadar kamu yararını da ilgilendirmektedir. Bu yükümlülüklerin öngörülmediği bir ihtimalde, etkin hukukî korumanın yerine getirilmesi tehlikede olacaktı. Bu yüzden üçüncü kişiler için öngörülen yükümlülükler, adaletin gerçekleştirilmesi görevinin tam bir şekilde yerine getirilmesine hizmet ettiğinden kamu menfaati de mevcuttur³³³. Böylece usûl hukukunun özel hukuka ilişkin taleplerin yerine getirilmesine hizmet ediyor olması, mahkemenin üçüncü kişinin katkıda bulunmasına ilişkin kararının kamu hukuku niteliğini engellemez. Ayrıca tarafın devletten, daha açık deyişle, devletin yargı faaliyetini yerine getiren mahkemeden talep ettiği hukuksal istem kamu hukukuna dayanır³³⁴ ve adaletin gerçekleştirilmesi medenî yargılamanın esas konusunu oluşturur. Çünkü medenî yargılamada çözülecek olan hukukî ilişki özel hukuka dayansa da mahkeme, devletin hukukî himaye sağlama görevini yerine getirir. Bu niteliği itibarıyla

hukuk kuralı emredici nitelikte ise kamu hukukundan; tarafların değişiklik yapabilme yetkisi varsa irade özgürlüğü vardır ve özel hukuktan söz edilir. Eşitlik ölçütüne göre, hukuksal ilişkinin tarafları eşit ise eşitlik ilkesi vardır ve özel hukuktan; taraflardan biri üstün konumda ise kamu hukukundan söz edilir. Egemenlik ölçütüne göre ise taraflardan biri kamu gücünü temsil ediyorsa, kamu hukukundan; taraflar arasında eşitlik temeline dayanan ilişki varsa özel hukuktan söz edilir. Bu kriterler için bkz. Gözübüyük, Şeref, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, 28. Bası, Ankara, 2008, s. 24. Bu ölçütlerden hiçbirisi tek başına yeterli değildir. Bunlar birlikte kullanıldığında, kamu hukukunu, özel hukuktan ayırmada yardımcı olur. Bkz. **Gözübüyük**, s. 24-25.

³³¹ Usûl hukukunun hukukî niteliğine ilişkin teorik tartışmalar ve kamu hukuku niteliği hakkındaki görüş için bkz. **Pekcanitez**, **Pekcanitez Usûl**, s. 38. Usûl hukukunun kamu hukuku niteliği hakkında bkz. **Guldener**, s. 51; **Üstündağ**, **Yargılama**, s. 39 vd.; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 49 vd.; **Postacıoğlu/Altay**, **Usûl**, s. 10 vd.; **Gözübüyük**, s. 33; **Karsh**, **Muhakeme**, s. 25-27; **Ulukapı, Ömer**, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Baskı, Mimoza, Konya, 2015, s. 8-9.

³³² Türk hukukundaki üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğünün kamu hukuku karakterli olması hakkında bkz. **Erdönmez**, **Belgelerin İbrazi**, s. 34; **Aşık**, **Keşif**, s. 164; **Direnisa**, s. 287.

³³³ **Bracher**, N. 122.

³³⁴ Tuluay, Metin, “Medenî Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi”, **DÜHFD**, C. 1 S. 1, 1983, ss. 101-132, s. 116.

mahkeme, kamu gücünü kullanır. Daha açık şekilde, mahkeme; yargılamaya katılan taraflar ve diğer kişiler karşısındaki konumu itibarıyla kamu gücünü kullanır. Davanın açılması ile birlikte nasıl ki taraflar ve mahkeme arasında doğan usûl ilişkisi kamu hukukuna dayanmakta³³⁵ ise mahkeme ve üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişki de münhasıran kamu hukuku karakterlidir.

2.1.3.3. Mahkeme ve Üçüncü Kişi Arasında Usûl Hukuku İlişkisinin Doğması

Usûl hukukunda öngörülen üçüncü kişilere ilişkin yükümlülüklerin kamu hukuku niteliğinin sonucunda, üçüncü kişiye yüklenen yükümlülükler bir mahkeme kararına dayanmalıdır. Mahkeme egemenlik gücünü kullanarak ve kanunda öngörülen sınırlar dahilinde bir karar vermektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 196’da tarafların ellerinde bulunmayan ve incelenmesine karar verilen delillerin, mahkemece getirileceğine yer verilmiştir. Bu maddeden çıkarılan sonuç da mahkemenin delillerin getirilmesine karar verecek olmasıdır.

Mahkeme ve üçüncü kişi arasında, bir usûl hukuku ilişkisi doğar. Bu usûl hukuku ilişkisi, aynı derecedeki hukukî ilişkiler arasında değildir. Mahkeme, devletin kamusal faaliyetini yerine getirir³³⁶ ve bu ilişkide mahkeme, üçüncü kişiden üstün konumdadır³³⁷.

Mahkemeler kanuna ve hukuka uygun karar vermelidir. Mahkeme hukukla, yasayla bağlıdır (Anayasa. m. 138). Bu temel prensip hukukun üstünlüğünün bir yansımasıdır. Devletin tüm erkleri, yasama, yürütme ve yargı hukukla bağlı olmak zorundadır. Somut davada mahkeme, üçüncü kişinin yükümlü olmasını gerektiren somut koşullar varsa üçüncü kişinin yükümlülüğüne karar vermek zorundadır. Çünkü üçüncü kişiye yükletilen yükümlülüklerin temelinde “delil gösterenin, anayasal düzeyde düzenlenmiş temel bir hak niteliğindeki ispat hakkı” ve “gerçeğin ortaya çıkarılması” amacı vardır. Üçüncü kişiler de gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olmak için bir vatandaşlık ödeviyle yüklenmiş olduklarından bu yükümlülüğü yerine getirmek zorundadırlar³³⁸. Ancak üçüncü kişinin yükümlü olması da mutlak değildir. Kanunda öngörülmuş bir kaçınma hakkı kanuna uygun olarak ilgili tarafından ileri sürülmüşse, mahkeme kaçınma hakkını dikkate alarak karar vermelidir. Kaçınma hakkı dışında başka bir itiraz nedeni varsa da mahkeme itirazları dikkate almalıdır.

Usûl hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin, kamu hukuku karakterinin bir sonucu, bu yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için üçüncü kişiye karşı ayrı bir yargılamada ileri

³³⁵ Tuluay, Dava İlişkisi, s. 113-114.

³³⁶ Devletin üç erklerinden biri yargıdır. Bu yönüyle devletin üç erklerinden biri olan yargının kamusal niteliği vardır. İhkak-ı hakkı yasaklayarak kurduğu organlar (mahkeme) aracılığıyla hukukî koruma sağlayan devletin bir erki olmak özelliği çerçevesinde, mahkeme, kamu iktidarının bir parçası olarak nitelendirilir. (Sungurtekin Özkan, Meral, “Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medenî Yargılama Hukuku”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Özel Sayı 2009, Basım Yılı: 2010, ss. 553-574, s. 560).

³³⁷ Bracher, N. 123.

³³⁸ Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1814.

sürülmesi gerekmez. Aynı yargılama içinde, mahkeme doğrudan üçüncü kişinin ilgili yükümlülüğü yerine getirmesini emredebilir³³⁹.

2.1.3.4. Hukukî Niteliğin İlgili Kişiler Bakımından Etkisi

2.1.3.4.1. Yargılamanın Taraflarına Karşı Etkisi

Üçüncü kişinin delillerin toplanmasında katkıda bulunması, delil gösterenin menfaatine hizmet eder. Çünkü onun katkıda bulunması sayesinde ve mahkeme aracılığıyla, erişilemeyen delillere ulaşılabilecek ve böylece delil gösterenin ispat hakkı korunacaktır. Ancak ne delil gösteren ne de karşı tarafın üçüncü kişiden delilin sunulmasını mahkeme aracılığı olmaksızın -doğrudan- talep etme yetkisi yoktur. Delil gösterenin anayasal düzeyde düzenlenmiş bir temel hakkı olan ispat hakkının korunması, tarafın doğrudan üçüncü kişiden delilin sunulmasını istemesinin yasal dayanağını oluşturmaz³⁴⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki üçüncü kişinin yükümlü olmasını öngören hükümlerde, mahkeme, üçüncü kişiden delili yargılamaya getirmesini emretmektedir. Kanundaki bu hükümler gereği, üçüncü kişi ve mahkeme arasında bir usûl hukuku ilişkisi doğar.

Mahkemenin üçüncü kişinin yükümlülüğüne karar vermesiyle birlikte, üçüncü kişinin yükümlülüğü doğar. Bu sebeple tarafın üçüncü kişiden bunu yerine getirmesini istemesi, mahkemenin kararına dayanır. Mahkeme, delil gösterenin ispat hakkının kapsamı ve sınırları dâhilinde üçüncü kişinin yükümlü olup olmadığına karar verecektir. Bununla birlikte üçüncü kişi ve mahkeme arasında doğan usûl hukuku ilişkisine, çoğu zaman taraf da dâhildir. Çünkü hukuk yargılamasında kural olarak taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir (HMK m. 25). Bu ilke gereği, delil kanunda öngörülen sınırlar dâhilinde ancak taraflarca dilekçede gösterilmişse toplanabilir. Kanunun izin verdiği durumlarda mahkemece de kendiliğinden delil toplanabilir (HMK m.25/2). Böylece taraf, üçüncü kişideki delilin yargılamaya getirilmesini talep ederek, hukukî ilişkinin doğmasını sağlayan ilk adımı atar.

İsviçre hukukunda mahkeme ve üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişkide tarafın doğrudan müdahil olmadığını ortaya koymak için *Bracher*, kanunun tazminata ilişkin düzenlemesini göstermiştir. Üçüncü kişinin yükümlülüğünü düzenleyen genel hüküm niteliğindeki maddenin son fıkrasında, üçüncü kişinin, mahkemeden bir ücret talep edebileceğine yer verilmiştir (SchZPO m. 160/3). Yazar, üçüncü kişinin ödeme talebinin taraflardan birine değil, devlete karşı yöneltilmesinden dolayı tarafın, mahkeme ve üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişkiye doğrudan müdahil olmadığını açıklamıştır³⁴¹. Hukukumuzda katkıda bulunma yükümlülüğü

³³⁹ **Bracher**, N. 122.

³⁴⁰ **Bracher**, N. 129.

³⁴¹ **Bracher**, N. 129.

genel bir hükümde düzenlenmediği gibi tazminata ilişkin genel bir düzenleme de yoktur. Ancak tanıklara ödenecek ücrete ilişkin HMK m. 265'te mahkeme tarafından tanığa kaybettiği zamanla orantılı ücret ödeneceğine yer verilmiştir. Bu düzenleme gereği, Türk hukukunda da aynı yönde düşünülebileceği sonucuna varılabilir.

2.1.3.4.2. Katkıda Bulunma Yükümlülüğüne İlişkin Kararın Üçüncü Kişinin Temel Hak ve Özgürlüklerine Etkisi

Üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğünü içeren mahkeme kararı üçüncü kişiyi bağlar. Üçüncü kişi için haklı sebepler yoksa veya kaçınma hakkı ileri sürülmüş ve mahkeme tarafından reddedilmişse, üçüncü kişi, kamu gücüne dayanılarak verilen mahkeme kararına uymak zorundadır. Ancak mahkemenin üçüncü kişinin yükümlülüğüne karar vermesi, çoğu zaman üçüncü kişinin kişisel veriler (Anayasa m.20/3), düşünce özgürlüğü (Anayasa m.25) veya konut dokunulmazlığı (Anayasa m.21) gibi temel hak ve özgürlüklerini etkiler. Hatta bu yükümlülükler üçüncü kişinin kendi özgürlük sınırları içinde egemenlik alanına bir müdahale oluşturur. Ancak bu müdahale, yükümlülük içeriğine göre değişir. Başkaca deyişle, her bir yükümlülük içeriğine göre, etkilenen temel hak ve özgürlükler de değişiklik gösterir. Örneğin, yargılamada tanık ifade verirken adı, soyadı, mesleği, adresi gibi bilgiler vermektedir (HMK m. 254). Bu bilgiler kişinin kişisel verilerini oluşturmaktadır. Herkes kendisiyle ilgili verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir (Anayasa m. 20/3). Benzer şekilde keşif konusu bir konut olabilir. Bu halde üçüncü kişinin konut dokunulmazlığını ilgilendirir (Anayasa m. 21). Başka bir durum da keşif konusunun insan olması halidir. Kan vb. örnek alınması yönünde mahkemece karar verilirse, kişinin dokunulmazlığı ile maddî ve manevî vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin temel hakkını ilgilendirir (Anayasa m. 17)

Üçüncü kişi mahkemenin öngördüğü yükümlülüğü yerine getirmezse, aleyhine yaptırıma hükmedilir. Bu yaptırımlar da üçüncü kişinin özgürlük sınırları içindeki egemenlik alanına müdahale teşkil eder. Örneğin tanık çağrıldığı duruşmaya getirilmezse, zorla getirilmesine karar verilir (HMK m. 245). Bu yaptırım kararı, üçüncü kişinin kişi hürriyeti ve güvenliği (Anayasa m. 19) ya da seyahat özgürlüğü (Anayasa m. 23) ile yakından ilgilidir.

Görüldüğü üzere, üçüncü kişi için öngörülecek yükümlülük kararı ve yaptırım, üçüncü kişinin temel hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirir. Üçüncü kişi için öngörülen bu yükümlülükler ve yaptırımlar, ancak hukuk devleti ilkesinin koruması altında kabul edilebilir³⁴². Hukuk devleti ilkesi, hukukun üstünlüğü kavramında belirmektedir. Hukuk

³⁴² Bracher, N. 130.

devletinde, devlet, hukuka bağı olmalıdır³⁴³. Hukukun üstünlüğünü kabul eden devletin organlarından yasama, yürütme ve yargı da hukuka bağı olmalıdır. Devlet, faaliyetlerini yerine getirirken hukuk kurallarına göre hareket eder, devletin faaliyetlerini gerçekleştirirken hukuk kurallarına uyulup uyulmadığı yargı yoluyla denetlenir³⁴⁴. Hukuk devletinde, yönetilen kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin tanınması ve korunması da güvence altına alınır³⁴⁵.

Üçüncü kişiye getirilen yükümlülük ve yaptırımlar aynı zamanda üçüncü kişinin temel hak ve özgürlüklerini de ilgilendirmekte olduğundan özellikle bu konudaki sınırlandırmalarda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusu önem arz eder. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında bazı ölçütler gerekir. Bu ölçütlerden bazıları, hukukun üstünlüğünün kabul edildiği ülkelerde, genel olarak farklılıklar olsa da benzerdir. Hukukumuzda, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalarda şu ölçütler dikkate alınmıştır: Sınırlamanın kanuna uygun olması, sınırlamanın ölçülü olması, sınırlamanın belirli sebeplere bağı olması, sınırlamanın Anayasaya uygun olması, sınırlamanın demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine uygun olması (Anayasa m. 13)³⁴⁶.

Kanunilik ilkesi gereği, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama ancak kanunla olur. Sınırlamanın ancak kanunla olmasının temelinde; yürütme organının müdahalesinin engellenmesi vardır. Böylece yürütme organının işlemiyle temel ve hak özgürlükler sınırlandırılmaz. Ayrıca kanunla sınırlandırmada, sınırlama, yasama organında tartışılmakta ve böylece kamuoyunun denetimi altında yapılmaktadır. Kanunla sınırlamanın temelinde bir diğer neden de kanunların genel, objektif olması vardır³⁴⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda üçüncü kişiler için öngörülen HMK m.221 belge ibraz zorunluluğu, HMK m. 245 tanıklık yapma yükümlülüğü, HMK m. 291 keşfe katılma

³⁴³ Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022; Eren, Abdurrahman, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 2018, s. 205-212.

³⁴⁴ Hukuk devleti, Anayasa mahkemesi kararlarında şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.*” AYM, E. 2018/1, K. 2018/83, T. 11.07.2018, RG T. ve S. 20/2/2019-30692.

³⁴⁵ Devletin işlemlerinin hukuk kurallarına bağı olması, devletin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağı olması, kişi haklarının milli iradede doğan yasama organına karşı da korunması, hukuk devletinin başlıca varlık şartlarıdır: **Özbudun**, s. 125.

³⁴⁶ Olağan dönemde ve olağanüstü yönetim usûllerinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının şartları farklı olarak belirlenmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusuna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II**, Ekin, Bursa, 2020, s. 547 vd.; Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2018, s. 144 vd.; Kapani, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Sekizinci Baskı (Tıpkı Basım), Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 217-240.

³⁴⁷ **Kapani**, s. 230-232.

yükümlüğü veya HMK m. 292 ve yine ilgili hükümlerde yaptırımların öngörülmesi kanunla sınırlamanın gerekliliğini taşımaktadır.

Hukukumuzda ilgili yükümlülük ve yaptırımların açıkça düzenlenmiş olması, üçüncü kişiye getirilen yükümlülük ve yaptırımların, onun temel hak ve özgürlüklerini ilgilendirdiğinden dolayı yerinde olmuştur. Bu noktada üçüncü kişiye, tarafı olmadığı yargılama için ve kanunda öngörülmeleyen bir yükümlülük ve yaptırım mahkeme kararıyla zorla getirilebilir mi sorusu sorulabilir. Bu soruya olumsuz cevap vermemiz gerekir. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak hâkim, sınırlamayı kanuna, hukuka uygun olarak vereceği bir kararla yerine getirir. Kanunda öngörülmeleyen bir yükümlülük veya yaptırım, üçüncü kişiye yükletilmemelidir.

Temel hak ve özgürlüklere müdahale bakımından bir diğer önemli konu, üçüncü kişiye karşı öngörülen yükümlülük ve yaptırımların elverişli, ölçülü olmasıdır. Orantılılık ilkesi veya ölçülülük ilkesi olarak adlandırılan bu ilke, amaç ve araç arasında ölçülü bir bağlantının kurulmasıdır³⁴⁸. Bu ilke üç alt unsuru içerir: Kullanılan araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmalı (elverişlilik), bu araç gerekli ya da zorunlu olmalı (gereklilik ya da zorunluluk), araç ile amaç arasında dengeli bir oran ilişkisinin varlığı bulunmalı (orantılılık)³⁴⁹.

Üçüncü kişi için öngörülen katkıda bulunma yükümlülüğü kararı ile münhasıran üçüncü kişinin erişiminde olan delile ulaşılarak, delil gösterenin ispat hakkının korunması sağlanır. Üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğü öngörülmesinin gerekliliği, bu ispat hakkının korunmasına hizmet etmekte, bu da dolayısıyla adaletin gerçekleştirilmesi amacını sağlamaktadır (elverişlilik)³⁵⁰. O delile erişim, ancak üçüncü kişi aracılığıyla mümkünse veya üçüncü kişinin ihmal edilemeyecek bir katkısı varsa gereklilik koşulu sağlanır³⁵¹. Orantılılık ise somut yargılamada, üçüncü kişi için gerek yükümlülüğün kısmen gerekse o yükümlülüğün tamamen vazgeçilip vazgeçilmeyeceğinin belirlenmesi noktasında dikkate alınmalıdır³⁵². Örneğin, tanık çağrıldığı duruşmaya gelmek zorundadır. Ancak tanık, hasta ya da engeli varsa mahkeme, tanığı bulunduğu yerde dinler (HMK m. 259). Başka bir örnekte, üçüncü kişi belgeyi ibraz etmek zorundadır. Ancak belgenin mahkemede incelenmesi, üçüncü kişinin sır niteliğindeki menfaatini veya başkaca meşru menfaatini zedelemekte ise belgeyi incelemeye izin verme yükümlülüğü sınırlandırılabilir (HMK m. 221/2). Bazen de temel hak ve özgürlüğün korunması için üçüncü kişinin katkıda bulunmasından tamamen vazgeçilebilir. Örneğin üçüncü

³⁴⁸ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 162.

³⁴⁹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 163; Gözler, Anayasa Hukuku, s. 549.

³⁵⁰ Bracher, N. 141.

³⁵¹ Bracher, N. 141.

³⁵² Bracher, N.142.

kişiyeye uygulanacak tıbbi müdahale, üçüncü kişinin sağlığında ciddi tehlike yaratacaksa o tıbbi araştırmadan vazgeçilir (HMK m. 292/1).

2.1.4. Üçüncü Kişinin Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunmasının Koşulları

Üçüncü kişi için öngörülen yükümlülükler, ilgilinin temel hak ve özgürlüğüne müdahale ettiğinden, yalnızca sınırlı koşullara bağlı olmalıdır. Bu noktada üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğünün koşulları belirlenmelidir. Kanunda, her bir yükümlülük ayrı bir kanun maddesinde yer almaktadır. Bu durum, üçüncü kişiye yükletilen yükümlülüklerin doğabilmesi için ortak koşulların bulunmayacağı anlamına gelmez. Çünkü kanunda ayrı ayrı düzenlenmiş olsa da sonuçta tüm yükümlülükler aynı amaca hizmet etmekte, aynı işlevi yerine getirmekte ve aynı hukukî niteliğe sahiptir. Ancak bazen kanunun ilgili hükmünde o delilin türüne de bağlı olarak farklı şartların aranması da gerekebilir. Örneğin, tıbbi inceleme için üçüncü kişinin sağlığını olumsuz etkileyecek tıbbi incelemeye katlanması beklenmez; belge ibraz yükümlülüğünde, belgenin hakimiyetinin üçüncü kişide olması gerekir.

2.1.4.1. Yargılamada Bilgi Toplanmasının Gerekliliği

2.1.4.1.1. Genel Olarak

Üçüncü kişinin delillerin toplanmasındaki rolü, ispat amacıyla sınırlıdır. Üçüncü kişi, yargılamanın taraflarının sahip olmadığı yeni vakıaların ortaya çıkarılması, bilginin genişletilmesi amacıyla katkıda bulunmaz. Üçüncü kişinin, yargılamadaki rolü de mahkeme önüne getirilen uyuşmazlıkla ilgili tarafın sahip olmadığı vakıaların ortaya çıkarılması değildir. Delil gösterenin ispat hakkının korunması için veya mahkemenin kendiliğinden başvurabildiği sınırlı hallerde, vakıanın aydınlatılması için ve ispat amacıyla sınırlı olarak üçüncü kişiye başvurulur. Mahkeme, vakıanın doğruluğu hakkında karar verebilmesi için üçüncü kişideki bilgiye ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle, taraf, kendisinin sahip olmadığı bir bilginin ortaya çıkarılması için tanığa başvuramaz, üçüncü kişideki belgelerin araştırılmasını isteyemez. Ayrıca usûl kanunda öngörülen mahkemenin delilleri toplamasındaki temel amaç, vakıaların tamamlayıcı bir şekilde araştırılması olmayıp, taraflarca ileri sürülen iddiaları doğrulamak veya tam tersi olduğunu ispat etmektir³⁵³.

Mahkeme ve üçüncü kişi arasında hukukî ilişki doğacağını yukarıda bahsettik. Bu hukukî ilişki mahkeme ve üçüncü kişi arasında olduğundan, hukukî menfaat da bu temelde belirlenir. Mahkemenin üçüncü kişideki bilgiye ihtiyaç duymasını gerektiren hukukî menfaat olmalıdır. Bu hukukî menfaat, delillerin toplanmasındaki üçüncü kişinin katkıda bulunmasını

³⁵³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 110, N. 4. Bkz. 1.2.5.1. Maddî Hukuktan Kaynaklanan Katkıda Bulunma.

gerektiren amaçta belirir. Menfaat, tarafın ispat hakkının korunması veya olayın aydınlatılması olabilir.

2.1.4.1.2.Tarafın Korunmaya Değer Menfaati

Katkıda bulunma yükümlülüğü, ispatla yükümlü tarafın, Anayasada düzenlenen ispat hakkı (Anayasa m. 36) ve hukukî dinlenilme hakkının korunmasına hizmet eder. Belgenin ibrazı zorunluluğunun ele alındığı HMK m. 221/1’de kanun koyucu ispat hakkının korunmasına yönelik şartı, “belgenin taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna karar verirse” şeklinde açıkça belirtmiştir. Uyuşmazlık konusu vakıanın ispatı ancak üçüncü kişinin beyanda bulunması, belgeyi ibraz etmesi gibi katkıda bulunmasına gereksinim duyulan bir hal varsa, tarafın korunmaya değer menfaati vardır. İspatla yükümlü tarafın üçüncü kişinin hakimiyetindeki bir belgeye ihtiyaç duyması halinde üçüncü kişi yükümlü tutulabilir. Örneğin Yargıtay, çek aslındaki imza incelemesi için çekin, ciro edilen kişiden ya da bankadan talep edilmesini istemiştir³⁵⁴. Tarafın korunmaya değer menfaati değerlendirilirken delillerin toplanmasında üçüncü kişinin katkıda bulunmasının ikincilliği ilkesi de dikkate alınmalıdır. Çünkü tarafın o delile ancak üçüncü kişinin yardımı ile ulaşabilmesi mümkünse hukukî menfaatin varlığı kabul edilmelidir. Bir nevi delile ulaşılmasındaki zorunluluk, üçüncü kişinin yükümlü olmasını gerektirir.

Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu yargılamada taraf, dilekçesinde zamanında delillerini bildirerek talepte bulunursa, mahkeme, üçüncü kişinin yükümlü olduğuna karar verebilir. Taraf dilekçesinde delili, o delile neden ihtiyaç duyduğunu mutlaka somutlaştırmalıdır. Somutlaştırma, özellikle tarafın korunmaya değer menfaatinin (ispat hakkının) olup olmadığının tespitinde önemli olacaktır. Delil gösterenin hiçbir delil değeri taşımayan, bu kapsamda, taraflar arasında uyuşmazlık bulunmayan bir belgenin, üçüncü kişi tarafından ibrazının istemesinde ya da taraflar arasında çekişmeli olmayan bir vakıanın ispatında korunmaya değer menfaati yoktur. Üçüncü kişiden istenen iş birliğinin, çekişmeli ve hukuken önemli bir vakıanın ispatı için gerekli olduğunun gerekçelendirilmesi gerekir. Örneğin, delil gösterenin belge ibraz talebi, balık avlaması olarak da ifade edilen üçüncü kişinin

³⁵⁴ Yargıtay kararına konu bir olayda, davacı şirket, iki adet çekteki imzanın şirket yetkilisine ait olmaması iddiasıyla menfi tespit davası açmıştır. Dava dosyasında bulunan çeklerden birinin aslı dosyada bulunup imza şirket yetkilisine ait olmadığından davanın kabulüne karar verilmiş, diğer çekin ise aslı dosyada bulunmayıp sureti olduğundan ilk derece mahkemesi davalıya çekin aslının ibraz edilmesi için süre vermiş, bu sürede dosyaya ibraz edilmediğinden davanın kabulüne karar vermiştir. Yargıtay ise dosyaya sunulan çek suretinden çekin üçüncü bir kişiye ciro edildiği ve çekin bu kişi tarafından bankaya ibraz edildiğinden dolayı çekin ibrazının davalıdan beklenemeyeceği, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 221/3’e göre, çek aslının ciro edilen üçüncü kişi veya bankadan talep edilerek imza incelemesinin yapılması yönünde karar vermiştir. Yargıtay 11. HD. T. 15.11.2021, E. 2020/4359 K. 2021/6217 (Legalbank, 17.01.2023).

soruşturulması anlamına gelmemelidir³⁵⁵. Öte yandan delil gösterenin belgelerin tam içeriğini, tarihleriyle birlikte belirtebilmesi de şart değildir³⁵⁶.

Tarafın korunmaya değer menfaatinin bulunması şartı, tarafın başkasına zarar vermek amacıyla ya da merakından kaynaklanan katkıda bulunma taleplerini engelleyecektir³⁵⁷. Bu hallerde tarafın korunmaya değer menfaatinden söz edilemez.

Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu yargılamada da kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılamada³⁵⁸ da tarafın korunmaya değer menfaati varsa, üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğüne karar verilebilir.

2.1.4.1.3. Olayın Aydınlatılması Menfaati

Kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda, mahkemenin tarafların dilekçelerinde gösterdiği vakıaların yanında, vakıaları araştırması ve kendiliğinden delil toplama yetkisi vardır. Özellikle gerçeğin ortaya çıkarılması için bu ilkenin geçerli olduğu yargılamalarda mahkeme, hukuken önemli vakıaları kendisi araştırır. Bu yargılamada da taraflar, dilekçelerinde vakıa ve delillerini bildirirler. Ancak mahkemenin bildirilen vakıa ve delillerin yanında vakıaları araştırması; gerektiğinde bilirkişi, keşif gibi delillere de başvurusu gerekir. Hatta mahkeme olayın aydınlatılması için taraflar arasında çekişmeli olan vakıaların yanında çekişmesiz (ikrar edilmiş veya taraflar arasında tartışma konusu yapılmamış olması gibi) vakıaları da araştırabilir³⁵⁹.

Bu hallerde, belirli bir delilin mahkemeye sunulmasına yönelik ispat hakkının korunması menfaatinden ziyade vakıaların aydınlatılması menfaatinden söz edilebilir³⁶⁰. Örneğin evlilik dışında doğan çocuğu, baba kendi isteğiyle tanımak istiyor olsa bile kan almakla

³⁵⁵ İsviçre hukuku için bkz. **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.24; **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 13. Alman hukukunda tarafın veya üçüncü kişinin soruşturulmaması gerektiği hakkında bkz. **Althammer** (Stein/Jonas) § 142, N.9.

³⁵⁶ **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.24 ve atıf yapılan karar: KassGer ZH, ZR 1996 Nr. 62, 192. Belge delilinde, taraf, ibrazını istediği belgeyi yeterince somutlaştırmalıdır. Bu kapsamda taraf, ibrazını istediği belgenin içeriği hakkında yeterince bilgi vermelidir. Çünkü mahkeme ancak bu şekilde belgenin ispata elverişli olup olmadığı hakkında karar verebilir. Belgenin içeriği hakkında verilecek bilgi, mahkemenin gösterilen belgenin üçüncü kişiden istenebilmesi için karar vermesine de etki eder. Yükümlü üçüncü kişiden, hangi belgeleri ibraz etmesi gerektiği açıkça belirtilmelidir. Genel bir şekilde ifade edilen talep yeterli değerlidir. Eğer ki belgenin ibrazını talep eden taraf, belgeyi tam olarak nitelendirmesi somut koşullara göre, imkânsızsa veya makul değilse bu halde, bunun sebeplerini açıklamalıdır. (Belge delili hakkındaki açıklamalar için bkz. **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 13). Belirli bir sözleşmeye ilişkin tüm yazılı belgelerin araştırılması şeklindeki bir talep makul değildir. (Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang, **Grundkurs ZPO**, C.H. Beck, München 2020, s. 291, N. 810).

³⁵⁷ **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 13; **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. 160 N. 16.

³⁵⁸ **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.4; Belge hakkında, **Althammer** (Stein/Jonas), § 142, N. 5.

³⁵⁹ **Althammer** (Stein/Jonas) § 144, N.7; Açıklamalar için bkz. Tahiroğlu, Fatih, **Medenî Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 104-110.

³⁶⁰ **Bracher**, N. 160.

yükümlü kılınabilir³⁶¹. Böylece vakıa, taraflar arasında çekişmesiz olsa bile, gerçeğin ortaya çıkarılması için, hâkim vakıanın araştırılmasına karar verebilir ve üçüncü kişiyi yükümlü kılabilir. Çünkü gerçeğin ortaya çıkarılması için bu vakıalara ilişkin tespitin doğru olması önemlidir. Ancak bu amacın yalnızca kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu hallerle sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda, mahkeme üçüncü kişiyi çoğu halde yükümlü kılmamalıdır. Aksi durum medenî usûl hukukunda geçerli olan taraflarca getirilme ilkesinin ihlaline sebebiyet verir. Ancak taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda da mahkeme, keşif veya bilirkişi incelemesine; taraflar arasında çekişmeli bulunmayan vakıaların daha net bir şekilde anlaşılması için de başvurabilir³⁶².

2.1.4.2. Yükümlülüğün Üçüncü Kişi Tarafından Yerine Getirilebilir Nitelikte Olması Gerekliliği

2.1.4.2.1. Genel Olarak

Kanunda, tanık olarak beyanda bulunma için “taraf olmayan kişi”; belge ibrazı için “üçüncü kişi veya kurum”; keşifte “üçüncü kişiler” şeklinde üçüncü kişi olduğuna yer verilmiştir. Üçüncü kişinin yükümlü olduğunun kabul edilebilmesi için, yükümlülük onun tarafından yerine getirilebilir nitelikte olmalıdır. Bu koşul esasında her bir yükümlülük içeriğinde zımni olarak bulunur. Taraf olmayan kişinin tanık olamayacağı belirtilmişse de tüzel kişinin insana ait özellikleri olmadığından, beyanda bulunan tüzel kişilik olamaz. Benzer şekilde kişi üzerindeki keşfe katlanma yükümlülüğü için tüzel kişi zorunlu tutulamaz³⁶³.

Öte yandan yükümlülüğün yerine getirilmesi, bazı koşulların bulunmasıyla da mümkün olmayabilir. İlgili kişinin bu koşullara sahip olmamasından dolayı yükümlülüğü yerine getirmesi beklenemez. Örneğin tanık olarak beyanda bulunacak kişinin, vakıaları algılayabilecek yeterliliğe de sahip olması gerekir. Bu yeterliliğe sahip olmayan kişinin tanık olarak beyanda bulunması beklenemez³⁶⁴.

³⁶¹ Anders, Monika/Gehle, Burkhard (Hrsg), **Zivilprozessordnung mit GVG und anderen Nebengesetzen**, C.H. Beck, 81. Auflage, München, 2023, § 372a, N. 31. Yazar, aynı zamanda soybağının belirlenmesinde, vücuttan kan alınmasına vb. katlanmanın “ikincil” olarak uygulanabileceği görüşündedir. Buna göre, eğer soybağının belirlenmesi, farklı güvenilir şekillerde tespit edilebiliyorsa, örneğin tanık delili gibi üçüncü kişinin bu halde zorlanmasına izin verilmez. **Gehle**, (Anders/Gehle), § 372 a, N. 5; 31.

³⁶² **Althammer** (Stein/Jonas) § 144, N.1.

³⁶³ Bkz. 2.1.4.2.3. Tüzel Kişilerde.

³⁶⁴ Bkz. 2.1.4.2.2.2. Üçüncü Kişinin Akli veya Fiziksel Özelliklerinde Eksiklik Bulunmasının Yükümlülüğün Yerine Getirilmesine Etkisi.

Bu genel açıklamadan sonra aşağıda özel durumlara ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Bu özel durumlara ilişkin, üçüncü kişinin gerçek veya tüzel kişi olması şeklinde ayırım yapılarak açıklamada bulunulacaktır.

2.1.4.2.2. Gerçek Kişilerde

Yükümlülüğün yerine getirilmesi için kanuni şartlar varsa, kural olarak gerçek kişi olan üçüncü kişi katkıda bulunmakla yükümlüdür. Ancak bilgisine başvurulacak üçüncü kişi, ergin olmayan olabilir ya da akıl veya fiziki eksiklikleri olabilir yahut görevini ifa eden bir kamu görevlisi olabilir. Aşağıda açıklayacağımız bazı koşulların varlığında üçüncü kişiden yükümlülüğün yerine getirilmesi beklenmez yahut da beklenebilir nitelikte olup olmadığının daha dikkatli değerlendirilmesi gerekebilir.

2.1.4.2.2.1. Ergin Olmayan Üçüncü Kişinin Yükümlülüğün Yerine Getirilmesine Etkisi

Yargılamanın tarafı olmayan ergin olmayan üçüncü kişinin bilgisine başvurulması gerektiğinde tanık olarak dinlenmesi gerekir. Kural olarak yaşı ne olursa olsun her gerçek kişi, tanık olarak dinlenebilir. Ancak ergin olmayanın tanıklık etme yükümlülüğüne karar verilmeden önce her yargılamada somut koşullar mahkemece değerlendirilmelidir. Bu bağlamda ergin olmayan üçüncü kişinin; muhakeme yeteneği, yargılamanın taraflarıyla olan ilişkisi, fiziksel veya zihinsel sağlığı, ifade vermesi gereken ispat konusu vakıa gibi durumlar dikkate alınarak tanık olarak dinlenip dinlenmeyeceği yönünde hâkim karar vermelidir³⁶⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tanıklığa ehliyet için bir yaş sınırı belirlenmesinden kaçınılmıştır. Benzer durum İsviçre hukukunda da geçerlidir. Her iki ülkenin yargılamaya ilişkin kanununda tanık olarak dinlenecek kişinin belirli bir yaşta olması şartı yoktur. İsviçre'de bazı kanton usûl düzenlemeleri belirli yaştaki ergin olmayan üçüncü kişileri ispat yargılamasında tanıklıktan yasaklamıştı. Basel-Landschaft Kantonu henüz on dört yaşını doldurmamış ergin olmayan üçüncü kişinin tanıklığa ehil olmadığını belirtmişti (ZPO BL, m. 160/3). Bern Kantonu da on iki yaşını doldurmamış ergin olmayan üçüncü kişilerin tanıklık yapmasına izin vermemişti (ZPO Bern m. 244). Bunun altındaki neden, genel hayat tecrübesine dayanılarak, belirli bir yaş sınırının altındaki ergin olmayan üçüncü kişilerin ifadelerinin her zaman güvenilir olmadığı varsayımına dayanılmaktaydı. Bu görüş doktrinde eleştirilmiş ve örneğin okul çağına gelmiş bir çocuğun kaza sırasında yolda hayvan olup olmadığı sorusuna doğru cevap verebileceği ifade edilmiştir³⁶⁶. Öte yandan bu türde belirli bir kategorizeye sahip

³⁶⁵ **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 30.

³⁶⁶ **Frank/Strauli/Messmer**, § 244, N. 2; **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 28.

genel-soyut düzenlemeler, ispat hukukunun temel ilkelerinden, ispat hakkı ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin kısıtlanması yönünden önemli bir dezavantaja neden olacağı da ileri sürülmüştür³⁶⁷. Örneğin trafik kazasının tanığı çocuğun tanıklığına başvurulamaması halinde olduğu gibi bir durumda tarafın ispat hakkının zedelenmesine sebep olabilir. Yasal düzenlemelerde, belirli bir yaş şartına yer verilmemesi, ispat yargılamasında henüz belli yaşa ulaşmamış ergin olmayan üçüncü kişilerin tanık olarak ifade vermesine olanak sağlar. Ancak bu durumun neticesi belirli yaştaki ergin olmayan üçüncü kişilerin “tanıklık etme yükümlülüğüne tabi tutulmalıdır” şeklindeki anlayışın doğmasına sebep olmamalıdır. Ki böylesi bir anlayış da somut olaya göre, örneğin ergin olmayan üçüncü kişinin ayırt etme gücü, yargılamanın taraflarıyla olan bağlantısı gibi durumların dikkate alınmaması sonucunu doğurabilir³⁶⁸. İsviçre Medenî Usûl Kanunu’na göre, mahkeme ergin olmayan bir kişinin katkıda bulunma yükümlülüğüne takdir yetkisine göre karar verir. Hâkim, kararını verirken çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurur (SchZPO m.160/2).

Ergin olmayanın yargılamada üçüncü kişi olarak katılımı incelemeye izin verme yükümlülüklerinde de karşımıza çıkabilir. Ergin olmayan üçüncü kişi ayırt etme gücünden eksik ise belge ibrazı ve keşfe katlanma için de katkıda bulunma yükümlülüğünü tek başına kendisi getiremez. Ergin olmayan üçüncü kişinin zilyetliğinde bulunan mallarıyla ilgili belge ibrazı ve keşif için incelemeye izin vermeyi kanuni temsilci yerine getirir³⁶⁹. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde yükümlülük taşıyıcısı ergin olmayan üçüncü kişidir, bu yükümlülüğü yerine getirecek kişi ise kanuni temsilcidir. Bu nedenle, kararın yerine getirilmesi de kanuni temsilciden beklenir³⁷⁰.

2.1.4.2.2.2. Üçüncü Kişinin Akli veya Fiziksel Özelliklerinde Eksiklik Bulunmasının Yükümlülüğün Yerine Getirilmesine Etkisi

Gerçek kişinin akli veya fiziki özelliklerinde eksiklik olabilir. Yükümlülük sahibi kişinin akli veya fiziki özelliklerindeki eksiklikler, yükümlülüğü yerine getirmesi gerektiğinde, o yükümlülüğün yerine getirilmesine ters düşebilir. Örneğin, tanık, vakıayı algılayabilecek, algıladığı vakıayı hafızada tutarak, mahkemeye aktarabilecek akli olgunluğa sahip olmalıdır³⁷¹.

³⁶⁷ Hasenböhler (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 28.

³⁶⁸ Botschaft SchZPO, s. 7316.

³⁶⁹ Schätzle, Reinhold, **Das Kind im Zivilprozess, unter besonderer Berücksichtigung seiner Stellung, als selbstständig handelnde Partei**, Zürich, 1982, s. 161 vd.

³⁷⁰ Bkz. 4.2.2. Kararın İçeriği.

³⁷¹ Meriç, Nedim, Türk ve Alman Hukukunda Tanık İfadesinin Değerlendirilmesi, **Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, 2005, Cilt 1, Sayı 1, ss. 89-121, s. 904-905; Tahiroğlu, Fatih, “Medeni Usûl Hukukunda Tanığın Hazır Bulunma Yükümlülüğü”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 2, 2021, ss. 617-644, s. 619.

Tanığın tanıklığa ehil olabilmesi için algılama, hatırlama ve anlatım ehliyeti gerekir³⁷². Eğer kişinin vücudunda bir engel varsa, yaşı ya da akıl hastalığı gibi eksikliği varsa tanık olarak dinlenilmesi kendisinden beklenmeyebilir. Tanıkta var olan bazı eksiklikler, tanıklık yapma yükümlülüğünü tamamen ortadan kaldırmasına yol açar. Ayırt etme gücünü tamamen ortadan kaldıran akıl hastalığının olduğu ihtimalde, tanığın tanık olarak dinlenilmesi yükümlülüğü tamamen ortadan kalkar. Öte yandan bazı eksikler tanığın tanıklık yapma yükümlülüğüne engel olmayabilir. Önemli olan dinlenecek vakıya ilişkin tanığın bu eksiklikleri dikkate alınmalıdır. Sağır olan bir kimsenin bir patlama olayı hakkında tanıklık yapma yükümlülüğü kendisinden beklenemez³⁷³. Benzer şekilde trafik kazasında trafik ışıklarından hangisinin yandığı hakkında dinlenecek kişi, görme engelli ise yükümlülüğü yerine getirmesi kendisinden beklenemez³⁷⁴. Ancak görme yetisini ilgilendiren ispat konusu vakıya ilişkin sağır olan kişinin ya da sağır olan kişinin görme yetisini ilgilendiren bir ispat konusu vakıa hakkında dinlenebilmesi mümkündür.

Bu sonucu diğer bilgi verme yükümlülükleri için de düşünebiliriz. Örneğin bilirkişilik yapılması istenen kişi, çok istisnai bir durum da olsa, o alanda yalnızca kendisi uzmanlık yapıyor ve belirli bir yaştan üstünde olması ya da hastalığı sebebiyle artık o konuda uzmanlık faaliyetini gerçekleştiremiyorsa, bilirkişilik yükümlülüğünü yerine getirmesi kendisinden beklenemez.

Belge veya keşif konusunun nesneler için incelemeye izin verme yükümlülüğünde, üçüncü kişinin bizzat yerine getirmesi gereken nitelikte bir yükümlülük yoktur. Bu nedenle akli veya fiziksel özelliklerdeki eksiklikler, kişinin bilgisine başvurulmasından farklı değerlendirilmelidir. Belge ve keşif konusu nesnenin ibrazı temsilci aracılığıyla gerçekleştirilebilir. Kişi fiziksel eksikliği nedeniyle yerine getiremese de temsilcisi aracılığıyla gerçekleştirebileceğinden, yükümlülüğünün devam ettiğini düşünmek gerekir³⁷⁵. Bu yükümlülüğü yerine getirecek kişi ise kanuni temsilci olduğundan, kararın yerine getirilmesi de kanuni temsilciden beklenir.

İnsan vücudu üzerindeki incelemelerde ise üçüncü kişiden özellikle pasif bir davranış beklenir. Bu pasif davranış, vücudundaki inceleme için katlanmasıdır. Bu davranış, üçüncü kişi tarafından yerine getirilebilir niteliktedir. Ancak insan üzerindeki incelemelerde kişinin

³⁷² Literatürde tanığın bu özelliklere sahip olması, tanığın psikolojik ehliyeti başlığı altında anlatılmaktadır. Tanığın psikolojik ehliyetinin yanında yasal ehliyetinden de söz edilir. Bu ikinci durum, tanığın bir tarafla olan akrabalık ilişkisi gibi dış koşullara ilişkindir ve her yargılamada farklı değerlendirilmelidir. Açıklamalar için bkz. **Hauser**, s. 63 vd.

³⁷³ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 418.

³⁷⁴ Tanığın görme veya duyma yetisi gibi fiziksel yeterliliği azaldığı durumda ise delillerin değerlendirilmesinde göz önünde bulunmalıdır. (**Müller** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 169, N. 14).

³⁷⁵ **Bracher**, N. 168.

bilgisine başvurulması gerektiğinde, bilgi verme yükümlülüklerinde olduğu gibi benzer zihinsel veya bedensel yeterliliğe sahip olması gerekebilir³⁷⁶. Yalnız insan üzerindeki incelemenin konusu, üçüncü kişinin akli bir yeterliğe sahip olup olmadığını değerlendirme sorusunu açıklığa kavuşturmakta ise, üçüncü kişinin yükümlülüğü yerine getirmesi için bu yeteneklere sahip olması koşul olarak aranmamaktadır³⁷⁷.

2.1.4.2.2.3. Üçüncü Kişinin Kamu Görevlisi Olmasının Yükümlülüğün Yerine Getirilmesine Etkisi

Üçüncü kişi kamu görevlisi olduğunda yükümlülüğün yerine getirilmesi etkilenebilir. Bilgisine başvurulacak kişi, kamu görevlisi ise ve görevi gereği sır saklamakla yükümlü olduğu bir konu ise tanık olarak dinlenilmesine karar verilmeden önce izin alınması gerekir. Kamu görevlisi görevinden ayrılmış olsa bile önce ilgili kurumdan izin almalıdır (HMK m. 242). Kamu görevlisi, kendisi karar vermeden önce ilgili kurumun karar vermesi öngörülmüş olduğundan hükmün amacı, kamu yararı için gizli tutulması gereken durumların gizliliğini korumaktır³⁷⁸.

Geniş anlamda kamu görevlisi, kamu sektöründe çalışan ve hukuksal durumları farklı olan (memur, sözleşmeli personel, işçi statüsü olduğundan bağımsız) tüm kişilerken; dar anlamda kamu görevlisi, kamu tüzel kişilerinde mesleki bir sıfatla ücretli bir iş yapan ve kamu hukuku rejimine tabi olan bütün personellerdir³⁷⁹. Mesleki sıfatla ücretli iş yapamayan kişiler, dar anlamda kamu görevlisi tanımına dahil değildir. Bu kapsamda, devlet başkanı, başbakan, milletvekilleri, muhtarlar, il genel meclisi üyeleri gibi kişiler, seçilmiş veya atanmış vatandaş sıfatıyla bu görevleri yürüttüklerinden dar anlamda kamu görevlisi kavramına dahil değildir³⁸⁰. Dar anlamda kamu görevlisi kavramına, memurlar ve idari hizmet sözleşmesiyle çalışan sözleşmeli personel dahildir³⁸¹. HMK m. 242’de, seçilmiş ve atanmış kişiler için de izin alınacak yetkili makamın belirtilmesinden, kamu görevlisi terimiyle, geniş anlamda kamu görevlisinin kastedildiği anlaşılmaktadır³⁸². Geniş anlamda kamu görevlisi, devlet, mahalli

³⁷⁶ Bracher, N. 169.

³⁷⁷ Bkz. 2.2.3.3.4.2.1.1. Özel Durum: Kişinin Ruhsal Durum veya Akıl Sağlığına İlişkin Araştırmayla Yükümlü Olması.

³⁷⁸ Damrau/Weinland, (Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 6. Baskı, C.H. Beck, München, 2020), § 376, N.1.

³⁷⁹ Tanımlar için bkz. Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 24. Baskı, Ekin, Bursa, 2022, s. 559. Gözler, Kemal, **İdare Hukuku, Cilt II**, Gürsel Kaplan’ın Katkılarıyla Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 644.

³⁸⁰ Gözler/Kaplan, s. 560; Gözler, İdare Hukuku, s. 645.

³⁸¹ Gözler/Kaplan, s. 560; Gözler, İdare Hukuku, s. 645.

³⁸² “Bu izin, milletvekilleri hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Cumhurbaşkan yardımcılar ve bakanlar hakkında Cumhurbaşkanı ve diğerleri hakkında bağlı oldukları bakan veya kuruluşun amiri tarafından verilir”

idareler ve kamu kurumlarında gerek kamu hukukuna gerekse özel hukuka tabi olarak çalışan memur, sözleşmeli personel ya da işçi statüsündeki herkeştir³⁸³.

HMK m. 242’de kamu görevlilerinin meslekleri ile ilgili her türlü öğrendikleri meslek sırrı niteliğindeki sırlar şeklinde anlaşılmamalı, “devlet sırrı” niteliğindeki sırlar olarak dar yorumlanmalıdır³⁸⁴. Sır kavramı çeşitli açılardan sınıflandırılır. Temel ayrımlardan biri de özel sır ve devlet sırrı ayrımıdır. Kamu hukukuna dayanan devlet sırrı, saklanmasında kamunun yararı bulunan devlete ait gizli bilgilerdir³⁸⁵. Devlet sırrı niteliğinde bulunmayan diğer sırlar ise özel sır kategorisine dahil edilir. Gerçekten Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 242 anlamında izin, saklanmasında kamunun yararı bulunan gizli bilgilerdir. Kişilerin özel sırlarının korunması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 249 ve m. 250/1, c’de ayrıca düzenlenmiş olup, bu madde kapsamına dahil değildir³⁸⁶. Bu madde kapsamına, kamu görevlisinin görevini yerine getirirken haberdar olduğu ve gizliliği kanun veya resmî kararla öngörülen ya da niteliği gereği gerekli olan tüm hususlar dahildir³⁸⁷. Örneğin, bir hâkimin oy ve görüşü hakkında dinlenilmesi bu kapsamda örnek verilir. Karar görüşmelerindeki gizlilik, yargı bağımsızlığıyla ilgilidir ve kamu yararına hizmet etmektedir³⁸⁸.

Bir vakıa herkesçe biliniyorsa ya da gerçek değilse, sır kavramından bahsedilemeyeceğinden, kanunun bu hükmü uygulanmaz. Kamu görevlisinin görev nedeniyle öğrendiği sırları saklaması, mahkemedeki ve mahkeme dışındaki her türlü beyan ve açıklamaları (yazılı açıklamalar da dâhil) için geçerlidir³⁸⁹. Kamu görevlisi bu sır, görevini yerine getirirken vakıf olmalıdır. Ancak kamu görevlisinin görevi vesilesiyle haberdar olduğu vakıalar söz konusuysa, bu kapsamda bir polis memurunun kaza yerindeki incelemesinde olduğu gibi gizliliğin korunmasında meşru bir menfaat olmadıkça, kamu görevlisinin dinlenmesi için izin şart değildir³⁹⁰.

Kanun koyucu, gizlenmesinde kamu yararı bulunan ve kamu görevlisinin görevleri gereği sır olarak saklanması gereken hususlar hakkında izin şartını öngörmüştür. Bu halde, bir şeyin gizliliği hakkında tanık karar vermez; yetkili makam karar verecektir. Yetkili makam izin

³⁸³ Gözler/Kaplan, s. 559; Gözler, İdare Hukuku, s. 644.

³⁸⁴ Ertanhan, s. 96; HUMK dönemindeki m. 249 için bu yöndeki görüş için bkz. Budak, Meslek Sırrı, s. 552-553. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu m. 249’a göre: “Devlet hizmetinde bulunanların, meslek sırrıyla mukayyet oldukları vakalar hakkında hizmetlerinden ayrıldıktan sonra da mensup oldukları resmî makamın tahriri izni olmadıkça şahit sıfatıyla istimaları caiz değildir.”

³⁸⁵ Özkan Koç, Sema Deniz, İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 129. Ayrım için bkz. Özkan Koç, s. 129-130.

³⁸⁶ Alman hukukundaki görüş için bkz. Damrau/Weinland, (MüKoZPO), § 376, N.1.

³⁸⁷ Berger (Stein/Jonas) § 376, N. 1.

³⁸⁸ Berger (Stein/Jonas) § 376, N. 17.

³⁸⁹ Berger (Stein/Jonas) § 376, N. 1.

³⁹⁰ Berger (Stein/Jonas) § 376, N. 1.

verinceye kadar, sorgulama yasağı vardır³⁹¹. Bilginin saklanması kamu yararı olduğu için, bu halde ilgili kamu görevlisinin ya da ilgili tarafın vazgeçmesi sorgulama yasağını ortadan kaldırmaz. Gizlenmesinde kamu yararı bulunan sırrın yanında kamu görevlisi olan doktorun tıbbi gizlilik nedeniyle üçüncü kişinin sırrını saklama durumu da olabilir. Bu halde, makam sırrın açıklanması kararını vermeden önce, sır sahibi kişinin iznini almalıdır³⁹².

Mahkeme, mutlaka, sırrın ait olduğu makamın yazılı iznine bağlıdır (HMK m. 242). Gizlenmesinde kamu yararı bulunan gizli bilgiler (devlet sırları), kaçınma hakkı başlığı altında anlatılsa da³⁹³, esasında devlet sırrı nedeniyle üçüncü kişinin kaçınma hakkından bahsedilmemelidir. Devlet sırrının varlığı, üçüncü kişinin kendi isteğine bırakılmayacak şekilde kanunda düzenlenmiştir. Devlet sırrının varlığında, mahkeme kendiliğinden, bu sırrın mahkemede açıklanmasına ilişkin karar veremez. Devlet sırrına sahip olan kişi için de bu sır nedeniyle kaçınma hakkından değil, kaçınma yükümlülüğünden bahsedilmelidir³⁹⁴. Mahkeme vereceği ara karar üzerine, yazılı iznin verilmesi için ilgili kamu kurumuna başvurur. Kanunun üçüncü fıkrasında ise iznin mahkeme kararı ile alınacağı ve yazıyla isteneceği belirtildikten sonra, izin verildikten sonra, tanığın davet edileceği belirtilmiştir. Bu düzenleme gereği, kamu görevlisinin tanık olarak beyanda bulunma yükümlülüğü ve özellikle hazır bulunma yükümlülüğü izinden sonraya ertelenmiştir. Mahkeme ancak izin alındıktan sonra, tanığa yapacağı davetiyle, tanığın çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü de başlar. Devlet sırrı olduğundan, mahkeme tanığın dinlendiği duruşmanın gizli yapılmasına tanığın talebi üzerine ya da kendiliğinden karar verebilir (Anayasa m.141; HMK m.28)

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 242, tanık bölümünde düzenlenmiştir. Tanıklığa yapılan atıf dolayısıyla benzer şekilde, belgenin incelenmesi gerekiyorsa, mahkeme belgenin incelenebilmesi için de ilgili kurumdan yazılı izni almalı, yükümlülük ancak bu izin üzerine yerine getirilebilir (HMK m. 221/3). Bilirkişi ve keşif delillerinde tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere gönderme yapılmıştır (HMK m. 267/2; 291/3). Devlet sırrının varlığında, kamu yararına ilişkin bir bilginin gizli kalması söz konusu olup, kişilerin özel sırları nedeniyle kaçınma hakkına nazaran daha önemlidir. Bu nedenle mahkeme önünde yapılacak tüm bilgi verme yükümlülüklerinde ve belge gibi inceleme neticesinde elde edilecek bilgi varsa, bu düzenleme dikkate alınmalıdır.

³⁹¹ **Damrau/Weinland**, (MüKoZPO), § 376, N.1. Ceza hukukunda devlet sırrının varlığında tanığı dinleyen makamın sırrın devlet sırrı teşkil edip etmediği, tanık çekinme zorunluluğunu ileri sürmediği sürece incelemekle görevli olmadığı yönünde görüş de vardır. Bkz. **Feyzioğlu**, s. 15.

³⁹² **Berger** (Stein/Jonas) § 376, N. 3.

³⁹³ Karaege, Özge, *Medenî Usûl Hukukunda Tanıklıktan Çekinme Nedenleri ve Usûlü*, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt I, Sayı I (2006), ss. 339-360, s. 351.

³⁹⁴ Ceza hukuku açısından bkz. **Feyzioğlu**, s. 181 vd.

2.1.4.2.2.4. Üçüncü Kişinin Yargı Bağışıklığının Bulunmasının Yükümlülüğün Yerine Getirilmesine Etkisi

Bir gerçek kişi, Türk yargısından muaf olduğu sürece, kural olarak katkıda bulunmakla da yükümlü değildir. 18 Nisan 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi m. 31 vd. diplomatik ajanın cezai, kısmen de yargı bağışıklığı düzenlenmiştir³⁹⁵. Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmenin 1. maddesinin e bendine göre, “Diplomatik ajan”, misyon şefi veya misyonun diplomatik kadrosunun bir üyesidir. Sözleşmenin 1. maddesinin a bendine göre, “Misyona şefi”, gönderen Devlet tarafından bu sıfatla hareket etmek üzere görevlendirilen şahıstır. Misyona diplomatik kadrosunun üyeleri ise Sözleşmenin 1. maddesinin d bendine göre, “Diplomatik kadronun üyeleri”, misyon kadrosunun diplomatik rütbe taşıyan üyeleridir.

Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesinin 31. maddesinin 2. fıkrasında diplomatik ajanların tanıklık yapma yükümlülüğü olmadığı da açıkça düzenlenmiştir. Diplomatik ajanın tanık olarak mahkeme önünde hazır bulundurulması da mümkün değildir. Tanık olduğu olayla ilgili yabancı devlet diplomatik ajanı kendi isteğiyle tanık olarak Türk mahkemelerinde dinlenmek isterse, gönüllü olarak dinlenebilir. Örneğin, II. Dünya Savaşı sırasında Ankara’da görevli bulunan Alman Elçisi Von Papen’e düzenlenen suikast teşebbüsü olayında, tanık olarak dinlenmek üzere mahkemeye çağrılan Von Papen Türk Mahkemesi’nde kendi isteğiyle dinlenmiştir³⁹⁶.

Diplomatik ajanlara 1961 Viyana Konvansiyonu’nun Başlangıç bölümünde belirtildiği üzere, sözleşmede tanınan ayrıcalık ve bağışıklıkların esas amacı, kişilerin bireysel faydası için değil, devleti temsil eden misyonların görevlerini etkin bir şekilde yapabilmesini sağlamak içindir. Bu nedenle yalnızca tanıklıkta değil, keşfe katılma, belge ibrazı gibi diğer yükümlülükler için de bu bağışıklıklar geçerli olmalıdır³⁹⁷.

Bir üçüncü kişi, yargı bağışıklığını ileri sürdüğünde, yargı bağışıklığının koşullarının ispat yükü kendisine aittir. Mahkeme de ilgili ulusal ve uluslararası hükümlere dayanarak kişisel ve maddî koşulların varlığını değerlendirmelidir³⁹⁸. Yargı bağışıklığından yararlanan diplomatik ajanın yargı bağışıklığı gönderen devlet tarafından kaldırılabilir (Diplomatik

³⁹⁵ RG. T. 24.12.1984, S. 18513.

³⁹⁶ Karakuş, Uğur, Diplomasi Temsilcilerinin Hukuki Statüsü, Ayrıcalık ve Bağışıklıkları, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2015, s. 77.

³⁹⁷ Bracher, N. 174.

³⁹⁸ Bracher, N. 175.

İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi 32. maddesi). Bu halde üçüncü kişi olan diplomatik ajan yükümlülüğü yerine getirmekle yükümlü olur.

2.1.4.2.3. Tüzel Kişilerde

2.1.4.2.3.1. Genel Olarak

Üçüncü kişi, tüzel kişi de olabilir. Genel açıklamalar kısmında değinildiği üzere, bazı hallerde, tüzel kişinin, kendi niteliğinden kaynaklanan sebeplerle yükümlülükleri yerine getirmesi kendisinden beklenmez. İncelemeye izin verme yükümlülüğüne ilişkin konu değerlendirildiğinde, tüzel kişi, insan üzerindeki incelemenin yükümlüsü olamaz. Belge ibraz ve keşfe konu nesne söz konusu olduğunda ise gerçek kişi gibi tüzel kişi de yükümlülük taşıyıcısı olabilir.

Tüzel kişilerden bilgi verilmesi talep edildiğinde, tanık olarak ifade vermesi mümkün değildir. Sadece gerçek kişiler tanık olabilir. Çünkü tanık, olayları algılayıp mahkemeye iletir. İnsana ait bu özelliğe sahip olmayan tüzel kişinin kendisinin olayları algılayıp mahkemeye aktarabilmesi mümkün değildir. Ancak tüzel kişinin organları, onlara ait işlemler konusunda tanıklık edebilir³⁹⁹. Şirketten maaş bilgisinin istenilmesi, emsal ücret araştırılması gibi diğer bilgi ve beyan verme yükümlülüğü bakımından ise tüzel kişinin kendisi yükümlüdür. Çünkü bu halde, tanıklıkta olduğu gibi bir vakıanın algılanıp, mahkemeye iletilmesinden değil; tüzel kişinin faaliyeti kapsamındaki kendisine ait verilerin mahkemeye iletilmesinden söz edilir⁴⁰⁰. Tüzel kişi bu yükümlülüğünü organları vasıtasıyla yerine getirir. Bilirkişilik görevini yapmakla yükümlü kişi tüzel kişi olabilir (Bilirkişilik Kanunu m.2). Bilirkişi olarak görevi resmî kurumlarda görevli bir gerçek kişi yerine getirir (Bilirkişilik Kanunu⁴⁰¹ m. 10/2).

2.1.4.2.3.2. Özel Olarak Resmî Kurumların Katkıda Bulunma Yükümlülüğü

Resmî kurumların özel hukuk ilişkisi olarak hareket ettiği işlemlerde, diğer gerçek kişi gibi aynı muameleye tabi tutulacağı önceden beri kabul edilen anlayıştır⁴⁰². Çünkü özel hukuk ilişkisi içinde olan resmî kurum ile diğer kişilerin arasında eşitlik ilkesi geçerlidir. İdarenin özel hukuk ilişkisiyle hareket etmediği diğer işlemlerde, yürütme organı ile idare ve mahkemeler arasında kuvvetler ayrılığı ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye karşın resmî kurumların da mahkemeye yardım etmekle yükümlülüğü zamanla gelişmiştir⁴⁰³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.

³⁹⁹ Bilge/Önen, s. 524; Ertanhan, s.49.

⁴⁰⁰ Bracher, N. 183.

⁴⁰¹ RG T. 24.11.2016, S. 29898.

⁴⁰² Herzog, Peter, *Die Editionsspflicht nach neuer zürcherischer Zivilprozessordnung, unter Berücksichtigung der Editionspflichten aufgrund des Bundesprivatrechtes*, ADAG Administration & Druck AG, Zürich, 1980, s. 55; Frank/Strauli/Messmer, § 184, N. 9.

⁴⁰³ Belge ibraz yükümlülüğü bakımından konunun incelenmesine bkz. Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 203-204.

221/1’de “kurumun” elinde bulunan belgenin ibrazını mahkeme tarafından emredilebileceği; m. 216/2’de belgenin aslını elinde bulunduran resmî makamın istenmesi halinde belgenin aslını mahkemeye vermek zorunda olduğuna ilişkin hükümler idarenin yardım yükümlülüğünün göstergesidir. Resmî kurumlar, gerçeğin aydınlatılmasına yönelik kamu yararı için mahkemeye yardım etmekle yükümlüdür. Resmî kurumların yardım etme yükümlülüğü Anayasa’nın 138. maddenin son fıkrasına da dayanır. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymakla yükümlüdür⁴⁰⁴. Mahkeme kararları bakımından ayırım gözetilmediğinden, idare ve yasama organları, mahkemenin nihai ve ara kararlarına uymalıdır.

Gerçeğin aydınlatılması için çoğu zaman resmî senetlerin incelenmesi gerekebilir. Resmî kurumlar da olaydaki gerçeğin aydınlatılması için üzerlerine düşen katkıyı yapmalıdır. Resmî kurumların yardım etme yükümlülüğü, bu kurumlar için sevk edilen kanunlar dikkate alınarak belirlenir. Bu nedenle yetkili makam veya memur kendileri için yetkili olan hükümler uyarınca o belgeyi mahkemeye ibraz etmekle yükümlü olup olmadıklarını ya da bir üst makamın onayının gerekip gerekmediğini incelemelidir⁴⁰⁵. Resmî kurumların yardım etme yükümlülüğü Anayasa’ya dayandığından, makam keyfi olarak bu yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınmaz. Ancak kamu hukuku niteliği gereği, korunan kamu menfaati de dikkate alınmalıdır. Kanun gereği ya da niteliği gereği gizli tutulması gereken belgelerde resmî kurum ibrazla yükümlü tutulamaz. Bu kapsamda idarenin kendi arasındaki yazışmalar, kamu hizmetinin yerine getirilmesi için verilen emirler ibraz yükümlülüğünün kapsamı dışındadır. Çünkü bunlar idarenin iç işleyişine ilişkin belgelerdir⁴⁰⁶. Resmî kurumlardan istenecek belge, özel veya resmî bir belge olabilir. Resmî kurum, her iki türden de belgeyi vermekle, kanundaki sınırlar dahilinde yükümlüdür. Özel belgeye örnek olarak, vergi veya vesayet makamına gönderilen belgeler verilebilir⁴⁰⁷.

Belgenin gönderilmesini yasaklayan bir kanun hükmü olmasa dahi ilgili kişilerin sır gibi özel veya kamu menfaatleri nedeniyle belgenin mahkemeye ibrazı yasaklanabilir. Belgenin içeriğinde üçüncü bir kişiye ait sır varsa, ilgili kişinin rızasının da alınması gerekir. Bu nedenle talepte bulunulan makam, her zaman hukukî ilişkiyi ve belgenin hangi amaçla elinde bulundurduğunu dikkate almalı ve gerektiğinde ilgili menfaatleri tartmalıdır⁴⁰⁸.

Diğer bir mahkemedeki dosyada bulunan belgeye de ihtiyaç bulunabilir. Belgenin ibrazında, mahkemeler arasındaki hukukî yardım veya istinabe kurumu esas alınır. Alman

⁴⁰⁴ “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

⁴⁰⁵ **Berger** (Stein/Jonas) § 432, N. 13.

⁴⁰⁶ **Berger** (Stein/Jonas) § 432, N. 13; **Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 212.

⁴⁰⁷ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 212.

⁴⁰⁸ **Berger** (Stein/Jonas) § 432, N. 16.

hukukunda haklı olarak resmî kurumların belgenin ibrazına ilişkin Alman Medenî Usûl Kanunu § 432 paragrafının mahkemeden dosya talep edildiğinde uygulanmayacağı, mahkemenin hukukî yardımlaşma gereğince belgeyi göndereceği belirtilmiştir⁴⁰⁹. Türk hukukunda uygulamada da mahkemeden dosya talep edildiğinde, hukukî yardımlaşmayla dosya gönderilmektedir. Mahkeme belgenin ibrazında hukukî menfaat varsa belgenin ibrazına karar verir. Bu halde talep edilen mahkemeye başvurulması yeterlidir. Mahkemeden istenen dosyada taraflara ait sır varsa, dosyadaki tarafların menfaatleri dikkate alınmalıdır. Tarafların sırlarının açığa çıkarılması söz konusu olduğundan, mahkeme tarafların onayını almalı ve sırrın korunması için gereken önlemleri aldıktan sonra dosyayı göndermelidir⁴¹⁰.

Üçüncü kişi olarak resmî kurumun davranışının incelenmesi, usûl hukukuna özgü yollarla değil, idare hukukuna özgü yollar ile denetlenebilir⁴¹¹. Resmî kuruma yöneltilen ibraz talebinin reddedilmesinde, mahkeme, üst makama denetim için başvurabilir. Resmî makamın ibraz yükümlülüğünü yerine getirip getirmemesinde, bu denetimi sağlayacak olan ona göre daha yetkili bir makamdır. Başkaca deyişle bir üst makamdır. Mahkeme üst makama başvurarak ibraz talebinin reddedilmesi kararının denetlenmesini isteyebilir⁴¹². Talepte bulunulan kurum mahkeme ise bunun için üst mercie başvurulamaz. Mahkemeler arası hukukî yardım ilkesi geçerlidir⁴¹³. Mahkeme taraflara da talebin reddedildiğini bildirir. Delil gösteren kişi de ilgili idare hukuku kuralına göre, bir üst makama başvurarak kararın denetlenmesini isteyebilir ya da idare mahkemesinde dava açabilir⁴¹⁴. Bir üst makama yöneltilen talebin ya da davanın başarıya ulaşması, delilleri gösteren tarafın resmî makamdan ibraz talebinde bulunma hakkının varlığına bağlıdır⁴¹⁵. Taraf, kamu veya özel hukuk hükümlerine göre talepte bulunmaya yetkili olduğunu ve makamın belgeyi sunmaktan haksız olarak kaçındığını ileri sürerek, kararın iptalini isteyecektir⁴¹⁶.

2.2. Üçüncü Kişilerin Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunma Yükümlülüğünün Çeşitleri

2.2.1. Genel Olarak

Üçüncü kişilerin delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğü, delillere bağlı olarak açıklanmıştır. Bu bağlamda, üç yükümlülüğten söz edilir. Bunlar, tanıklık yapma

⁴⁰⁹ **Berger** (Stein/Jonas) § 432, N. 14.

⁴¹⁰ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 215.

⁴¹¹ **Frank/Strauli/Messmer**, § 184, N. 15.

⁴¹² **Berger** (Stein/Jonas) § 432, N. 17.

⁴¹³ **Berger** (Stein/Jonas) § 432, N. 17.

⁴¹⁴ **Frank/Strauli/Messmer**, § 184, N. 15; **Berger** (Stein/Jonas) § 432, N. 18.

⁴¹⁵ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 393-394.

⁴¹⁶ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 394.

yükümlülüğü, keşfe katlanma yükümlülüğü ve belgeyi ibraz etme yükümlülüğüdür. Çalışmamızda genel bir kategori çizerek, yükümlülük içeriklerine göre bir sınıflandırma yapmayı tercih ediyoruz. Üçüncü kişinin katkıda bulunması; bilgi verme veya incelemeye izin verme yükümlülüğü şeklinde belirebilir. Bilgi verme yükümlülüğü kapsamında üçüncü kişinin tanık veya bilirkişi olarak dinlenmesi veya bunun dışında bilgi verme yükümlülükleri; incelemeye izin verme yükümlülüğü kapsamında ise nesne veya insan vücudu üzerindeki keşifte ve belgelerin incelenmesinde izin verilmesi ele alınabilir. Esasında belge ve keşif konusu nesnenin de incelenmesiyle de mahkeme bilgi sahibi olur. Ancak üçüncü kişi için yükümlülük içeriği, belge ve keşif konusu bakımından ibraz etme ve katlanmayı⁴¹⁷ da içine alacak şekilde “incelemeye izin verme” şeklinde belirirken; tanık, bilirkişi veya diğer bilgi verme yükümlülüklerinde, bir bilginin sözlü veya yazılı olarak mahkemeye aktarılması şeklinde belirir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, bu yükümlülüklerin içeriğinde niteliği gereği üçüncü kişinin farklı yükümlülüklerinin doğduğu görülecektir. Klasik örnek verilecek olursa, tanıklık yapma yükümlülüğünde, tanık olarak çağrıya uyma ve mahkemede hazır bulunma yükümlülüğü de bulunur.

Üçüncü kişi bu yükümlülükleri çeşitli hareket biçimleri ile yerine getirir; bunlardan bazıları aktif gerçekleştirilirken, bazıları ise pasif katlanma şeklinde gerçekleştirilir: Üçüncü kişi, bir eylemde bulunma (açıklamada bulunma, teslim etme) veya katlanma şeklinde katkıda bulunabilir. Yapma ve katlanma şeklindeki katkıda bulunma doktrinde tartışmasız kabul edilir. Bir görüşe göre, katkıda bulunma, yapmama şeklinde de olabilir⁴¹⁸. Buna örnek olarak, taraflardan birine veya tanığa tanığın dinlenmesinin öncesinde, bir tanıkla veya taraflarla temasta bulunmaması yönünde bir mahkeme kararı verilmesi durumu verilir. Ancak diğer görüş ise bu delil verilerinin yargılamaya ne şekilde getirileceği açık olmadığından, yapmama şeklinde bir katkıda bulunmanın olamayacağını ifade etmektedir⁴¹⁹.

Belirtelim ki yükümlülük içeriklerine bakılarak yalnızca aktif ya da yalnızca pasif davranış şeklinde ayırım yapmak doğru değildir. Bu sebeple çalışmamızda böyle bir ayırım yapmaktan kaçınılmıştır. Çünkü doktrinde sıklıkla katlanma yükümlülüğü olarak adlandırılan keşfe katlanma yükümlülüğünde de gerekli oldukça, aktif davranışlar bulunur. Örneğin soy

⁴¹⁷ Keşifte, keşif konusunun niteliğine göre, ibraz yükümlülüğü ve katlanma zorunluluğu şeklinde bir ayırım da yapılır. Taşınmaz ya da taşınması zor olan keşif konusu nesneler için kural olarak ibraz yükümlülüğü; keşif konusu nesne, mahkemeye getirilmesi mümkün olmayan veya işin niteliği gereği incelenmesi bulunduğu yerde olması gereken veya mahkemeye getirilmesi taraf için külfet oluşturacak ise katlanma yükümlülüğünden söz edilir. Bkz. **Zimmermann**, (MüKoZPO), § 371, N. 15; **Aşık**, Keşif, s. 142-143.

⁴¹⁸ **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.10.

⁴¹⁹ **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. Vorbemerkungen zu Art. 160-167, N. 3.

bağının incelenmesinde, üçüncü kişi inceleme yapılması için araştırma merkezine de gitmelidir⁴²⁰.

2.2.2. Bilgi Verme Yükümlülükleri

2.2.2.1. Tanık Olarak Beyanda Bulunma Yükümlülüğü

2.2.2.1.1. Tanık Kavramı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tanığın tanımına yer verilmemiştir. Tanık, taraflar arasında dava konusu çekişmeli ve geçmişte meydana gelmiş olayla veya durumla ilgili sahip olduğu bilgi ve algılarını mahkeme huzurunda açıklayan kişidir⁴²¹. Tanık, hukukî ihtilafa dâhil değildir⁴²². Bu sonuç Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 240. maddesinden de çıkarılır. Maddeye göre, davada taraf olmayan kişiler tanık olarak gösterilir. Davada taraf kavramının belirlenmesinde dikkate alınan şekli taraf teorisine göre, taraf olmayan kişi tanık olabilir. Ancak bu kuralın istisnasız geçerli olup olmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, tanık olabilmek için taraf olmamak gerekir ifadesinin tam olarak doğru bir ifade olmadığı, tarafın dinlenmesiyle tanık olarak dinlenmenin birbirini kapsayan iki ispat şekli olduğu ifade edilmiştir⁴²³. Davanın tarafı dava ehliyetine sahip olmayan 16 yaşındaki çocuk ise belirli bir vakıa hakkında (örneğin, haksız fiil) çocuğun tanık olarak dinlenebileceği ifade edilmiştir⁴²⁴. Bu görüşe göre, 16 yaşındaki çocuk davanın tarafıdır, taraf olarak isticvap hükümlerine göre sorgulanamayacağından (HMK m.170/2) tanık olarak mahkemede ispat konusu vakıalara ilişkin bildikleri dinlenecektir⁴²⁵. Doktrinde katıldığımız karşı yönde görüşe göre ise tanık mutlaka davanın tarafları dışındaki bir kişi olmalıdır. Çünkü kimse kendi davasının tanığı olamaz⁴²⁶. Diğer görüşe karşın, tarafın dinlenilmesi bakımından, tanığın tabi olduğu usûllere göre dinlenebileceği kabul edilebilir. Ancak bu sonuç tarafın “*tanık sıfatıyla*”

⁴²⁰ 2.2.3.3.4.2.1. Kişinin Bedeni Üzerinde İncelemenin İçeriği.

⁴²¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 415; **Postacıoğlu/Altay**, Usûl, s. 712. İsviçre hukukunda tanıklık kanunda tanımlanmıştır. Kanunda, tanıklık, taraf olmayan kişinin doğrudan algıladığı vakıalar hakkında bilgi vermesi olarak tanımlanmıştır (SchZPO m. 169). Kanunun bu ifadesinden yola çıkarak ise tanık, vakıalara ilişkin doğrudan algıladığını tanık olarak ifade verme biçiminde (şeklinde) bilgi vererek, gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım eden üçüncü kişi olarak tanımlanmıştır. Kanundaki ifade gereği, tanık, üç karakteristik unsura sahiptir: 1- uyuşmazlıkla ilgili olmayan üçüncü kişi olması, 2- ispatı gerekli olan vakıalara ilişkin kendi algıladıkları hakkında bilgi vermesi, 3- kanunda düzenlendiği şekilde tanıklık etmesi (**Bracher**, N. 192).

⁴²² Kummer, Max, **Grundriss des Zivilprozessrechts**, 3. Auflage, Stämpfli, Bern, 1978, s. 129; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 543.

⁴²³ **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1887. Alman hukukunda Alman Medenî Usûl Kanunu'nun ilgili hükümlerinde kimin tanık olabileceği düzenlenmemiştir. Doktrinde, bir tarafın bazı özel durumlarda tanık olarak dinlenebileceği ifade edilmiştir. Kişi yargılamada taraf olarak sorgulanabilecekse, tanık olarak dinlenmemelidir. (**Musiellak/Voit**, Grundkurs, N. 781).

⁴²⁴ **Kuru**, C. III, s. 2567; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 489; **Ertanhan**, s. 54.

⁴²⁵ **Musiellak/Voit**, Grundkurs, N. 819.

⁴²⁶ **Tanriver**, Medenî Usûl-I, s. 983; aynı yönde bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 352-353; Tercan, isticvaba tabi olan kimselerin o davada tanık olamayacağını, taraf ve kanuni temsilcileri dışındaki kimselerin tanık olabileceğini ifade etmiştir. (**Tercan**, İsticvap, s. 88).

dinlendiği şeklinde sonuca varmamızı sağlamayacaktır. Tarafın tanık sıfatıyla dinlenebilmesinin mümkün olduğu varsayımında tanığın hazır bulunma, yemin etme gibi diğer yükümlülüklerinin veya beyanda bulunma yükümlülüğünden kaçınma hakkı ve yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı uygulanacak yaptırımlar bakımından yargılamanın tarafı için de uygulanacak hükümlere tabi olacak mıdır sorusu gündeme gelebilir. İsticvaba tabi olmayan bir kimseyi, kendi davasında tanık sıfatıyla dinlemek, tanıklığa ilişkin yaptırımların da uygulanmasına sebep olabilir. Kanımızca bu sonucun doğması tarafın aleyhine olacaktır. Tarafın, niteliğine uygun düştüğü ölçüde tanığın dinlenmesindeki usûle göre dinleneceğini kabul etmek gerekir. Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğunu yalan tanıklık suçunun oluşup oluşmadığının değerlendirdiği bir kararından çıkarmaktayız. Kararda, Yargıtay, yalan tanıklık suçunun oluşması için uyuşmazlığa konu olayla ilgili bildiklerini aktaran kişinin, “kendisinin katılmadığı olaya ilişkin” bildiklerini anlatmasının gerektiğini ifade etmiştir⁴²⁷.

Tanığın, yargılamanın sonucu üzerinde dolaylı bir menfaati olması, taraflardan biri ile arasındaki düşmanlığı ya da akrabalık gibi durumların mevcut olması tanık olmasına engel değildir. Taraflardan birinin çocuğu, eşi, yakını, borca kefil olanı, yanında çalışanı tanık olabilir⁴²⁸.

Tanık yargılamada kendisini avukatla temsil ettirebilir mi sorusu sorulabilir. Alman hukukunda bu soru, tanığın kişilik haklarını ilgilendirdiğinden ve usûlî hak olan kaçınma hakkı bağlamında değerlendirilerek olumlu bir şekilde yanıtlanmıştır. Alman hukukunda yargılamada avukatla temsil zorunluluğu vardır. Normalde ilgili kişi kendisini avukatla temsil etmek zorundadır. Tanıklığı reddeden üçüncü kişinin ise ret nedeniyle yapılacak incelemede avukatla temsil zorunluluğu yoktur (dZPO § 387/II). Tanığın kaçınma hakkı bağlamında avukatından yardım alması mümkündür. İsviçre hukukunda *Müller*, tanığın dinlenildiği duruşmanın da kamuya açık olduğunu (SchZPO m. 54) ve tanığın güvendiği bir kişinin yanında bulunmasının engellenemeyeceğini haklı olarak belirtmiştir. Tanığın vekili duruşma sırasında hazır bulundurulabilir. Ancak tanık kendisini avukatla temsil ettirip, beyanını avukat aracılığıyla

⁴²⁷ Yargıtay 11. CD., T. 20.02.2014, E. 2014/11, K. 2014/2951: “TCK'nun 272. maddesinde düzenlenen yalan tanıklık suçunun oluşması için; hukuka aykırı bir fiil nedeniyle soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapılması ya da mahkeme veya yemin ettirerek tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapılmasının zorunlu bulunması, başka deyişle hukuksal bir uyuşmazlığa konu bir olayla ilgili olarak bilgisini aktaran kişinin yasalar gereği “tanık” sıfatıyla dinlenilmesi gerekli olup, anılan suç, kendisinin katılmadığı olaylara ilişkin bildiklerini tanık dinlemeye yetkili merciler önünde açıklamaya zorunlu olan kimselerin yalan söylemesi veya gerçeği inkar etmesi yahut dinlendiği konudaki bilgilerini az veya çok söylememesi ile gerçekleşir.”, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi 28.03.2023.

⁴²⁸ *Atalay*, Pekcanitez Usûl, s. 1887; *Atalı/Ermenek/Erdoğan*, Usûl, s. 544. HGK, T. 16.05.2018, E. 2015/1828, K. 2018/1093: “...tanık olarak beyanlarına başvurulacak kişiler davacının yakın akrabaları ise de bu durum tek başına tanıklıklarının geçersiz olduğu, beyanlarına itibar edilmemesi gerektiği sonucunu doğurmayacağı gibi davalı işveren tutanağın aksini gösteren hiç bir delil de ibraz etmemiştir....” Lexpera, erişim tarihi 06.04.2023.

veremez⁴²⁹. Tanık, beyanını bizzat kendisi verecektir. Dinlenildiği sırada vekiliyle görüş alışverişinde bulunması da mümkün değildir⁴³⁰.

2.2.2.1.2. Tanık Olarak Beyanda Bulunmanın Şekli ve Bu Şekle Bağlı Tanığın Yükümlülükleri

2.2.2.1.2.1. Tanığın Sözlü Olarak Dinlenmesi

Tanıklık, tanığın olayla ilgili bildiklerini dinlemeye yetkili makama anlatmasıdır⁴³¹. Tanıklıkta delil olan tanığın kendisi değil; onun beyanıdır⁴³². Tanık kural olarak beyanını mahkemede sözlü olarak ifade eder. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 261/1’de tanığın “dinlenilme” şeklinden bahseder. Tanık bildiğini sözlü olarak açıklar (ayrıca bkz. HMK m. 259/1; m. 246/1). Tanık kural olarak sözlü beyanda bulunacağından, tanığın beyanını yazılı olarak sunması veya daha önceden hazırlamış olduğu beyanını duruşmada okuması mümkün değildir. Bunun yanında tanığın başka bir mahkemede vermiş olduğu beyanın bulundugu tutanağın da mahkemede okunarak, kabul ettiğini ifade etmesi de geçerli değildir.

Tanık dinlenilme sırasında yazılı notlar kullanamaz. Tanığın bildiklerini doğrudan ve her türlü etkiden uzak olarak ifade edebilmesi amacıyla tanık dinlenirken ve tanığa sorular sorulurken yazılı not kullanması engellenmiştir⁴³³. Ancak tanık tarihleri ve rakamları tespit etmek amacıyla ya da bazı hususları açıklayabilmek, hatırlayabilmek için yazılarına bakmak zorundaysa ve bunu hâkime söylerse, hâkim o sırada yazılarına bakmasına karar verebilir. Yazılı not kullanılmasına sözleşmenin açıklanmasında olduğu gibi belgenin içeriği hakkında bilgi verilmesi gerekteyse ya da tanığın hatırlamasına yardımcı olması amacıyla (örneğin muhasebe kaydı, randevu defteri, hastanın öyküsü gibi belgelerde) izin verilebilir⁴³⁴. Bunun yanında hâkim daha sonraki bir duruşmada da yeniden dinlenmesine karar verebilir (HMK m. 261/2).

Tanık sağır ve dilsiz ise okuma ve yazmayı biliyorsa, sorular kendisine yazılı olarak bildirilir, tanığın cevapları da yazdırılır (HMK m. 263/2). Tanığa soru kâğıdı gönderilmesi

⁴²⁹ **Berger** (Stein/Jonas) vor § 373 N. 38.

⁴³⁰ **Berger** (Stein/Jonas) vor § 373 N. 38; **Müller** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 169, N. 19.

⁴³¹ **Feyzioğlu**, s. 29.

⁴³² **Tanrıver**, Medenî Usûl-I, s. 993; **Görgün/Toraman/Börü/ Kodakoğlu**, s. 575.

⁴³³ **Hauser**, s. 290.

⁴³⁴ **Hauser**, s. 290; **Bracher**, N. 216.

yoluyla da beyanı alınabilir⁴³⁵. Tanığa soru kâğıdı gönderilmesi, istisnai bir hükümdür⁴³⁶ (HMK m. 246). Bu usûlde, tanığın beyanı yazılı olarak alınır. Tanığın, sorulara yazılı olarak cevap verme yükümlülüğünün olup olmadığı sorulabilir. Tanığa, soru kâğıdı gönderilmesi usûlünde, tanığın hazır bulunma yükümlülüğü yoktur ancak sorulara cevap verme yükümlülüğü vardır⁴³⁷. Tanık yazılı olarak ifade vermeyi reddederse, tanık gecikmeksizin dinlenilmek üzere duruşmaya çağrılmalıdır. Bu şekilde mahkeme huzurunda dinlenmesinin sağlanması gerekir⁴³⁸.

Tanığın beyanda bulunma yükümlülüğünün olması, tanığın duruşmada beyanının zor kullanılarak alınması sonucunu doğurmaz. Tanık beyanını özgürce, herhangi bir tehdit ve baskı altında olmadan vermelidir. Bu tanıklığın güvenilirliği ve tarafsızlığı açısından da önemlidir.

2.2.2.1.2.2. Tanığın Mahkeme Huzurunda Dinlenmesi

Tanık, mahkeme tarafından dinlenir (HMK m. 261/1). Mahkeme ile kastedilen tek hakimli mahkemelerde hâkim, toplu mahkemelerde başkan ve diğer üye hakimlerdir. Toplu mahkemede bir üye görevlendirilmişse, o hâkim tarafından da dinlenebilir (HMK m. 183/A/2, 3). Bunun dışında tanık, mahkemenin yazı işlerinde görevli olan yazı işleri müdürü, zabıt kâtibi veya mübaşir tarafından dinlenilmez. Ayrıca tanığın dinlenilmesi tarafların sorumluluğunda da değildir⁴³⁹. Tanıkların dinlenilme şekline ilişkin bu hüküm ve aşağıda görüleceği üzere soruların yöneltilmesini düzenleyen diğer hükümler dolayısıyla tanığın beyanda bulunma yükümlülüğü, mahkemeye karşı mevcuttur.

Tanık bildiklerini mahkemeye sözlü olarak açıklar ve sözü kesilmeden dinlenir (HMK m. 261/2). Ayrıca tanık, olayı yaşayan tarafların önünde dinlenir. Tanığın bu şekilde sözlü olarak dinlenmesi, tanığın doğru söylemesini garanti eder⁴⁴⁰. Mahkeme tanığın jest ve mimiklerini de inceleyerek tanığın doğruyu söyleyip söylemediğini tespit edebilir.

Tanığa soru hâkim tarafından sorulur. Toplu mahkemelerde hakimlerden her biri de tanığa doğrudan soru sorabilir (HMK m. 261/4). Taraflar da tanığa hâkim aracılığıyla soru

⁴³⁵ Yargıtay 2. HD., T. 25.05.2015, E. 2015/8969, K. 2015/10498: “Beyanı eksik kalan tanığın dinlenmesi için yeniden çağırılması, adresinin yargı çevresi dışında bulunması halinde beyanının tespiti için mahal mahkemesine talimat yazılması, adı geçen tanığın sağlık sorunlarının mahkeme huzurunda dinlenmesine engel olması halinde ise tanığa cevaplarını yazılı olarak bildirmesi için soru kâğıdı gönderilmesi suretiyle tanığın beyanlarının tespiti (HMK. md. 246) gerekirken, yazılı şekilde eksik araştırmayla hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” Lexpera, erişim tarihi 01.05.2023.

⁴³⁶ Akkan, Mine, “Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 555-609 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, ss. 555-609, s.555.

⁴³⁷ **Ertanhan**, s. 106.

⁴³⁸ Alman hukukunda savunulan tanığın yazılı ifade vermek zorunda olmadığı hakkındaki görüş için bkz. **Berger** (Stein/Jonas) § 377, 27, 30.

⁴³⁹ **Müller** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 171, N. 16.

⁴⁴⁰ Belgesay, Mustafa, Reşit, **Hukuk ve Ceza Usûlü Muhakemesinde Deliller**, Güven Basımevi, İstanbul, 1940, s. 123.

sorabilirler (HMK m. 152). Tarafların, tanıkların sözünü kesmeleri yasaktır (HMK m. 262). Taraf vekilleri ise duruşma disiplinine uygun olmak şartıyla tanığa doğrudan soru sorabilir (HMK m. 152). Tanığa sorulacak sorular bakımından kural olarak önce başkan tarafından sorular sorulması, sonra başkan tarafından hakimlerden her birine ek soru izni verilmesi sonra da tarafların sorularının sorulması yolu izlenebilir⁴⁴¹.

Tanığın ifade ettiği hususların açıklanması veya tamamlanması amacıyla soru sorulacaksa, bu tanığın sözü bitirildikten sonra yapılmalıdır (HMK m.261/3). Doktrinde bir görüş, soru sorulmanın zamanının hâkimin takdirine bırakılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu görüşe göre, hâkim beyanların akışına ve ilgisine göre, gerekli gördüğü yerlerde tanığa soru sorabilmelidir⁴⁴². Ancak tanığın bir akış halinde beyanda bulunması, psikolojik olarak kendisini daha rahat ifade edebilmesine imkân verir. Bu da tanığın doğru beyanda bulunmasına katkı sağlar. Kanundaki düzenlemede bu şekildedir. Tanığa soru sorulması, tanığın sözü bittikten sonra yapılmalıdır (HMK m. 261/3).

Tanıkların telefonla dinlenilmesi usûlü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bulunmamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen usûlde, tanığın mahkeme önünde şahsen hazır bulunması amaçlanır. Tanığa gönderilen davetiyeyle tanık, mahkemede hazır bulunur; mahkeme ve tarafların önünde dinlenir ve sorular mahkemede sorulur. Bu şekilde dinlenilme hukukî güvenlik ilkesi ve tanığın korunması çıkarlarına da uygun düşer⁴⁴³. Çünkü mahkeme önünde dinlenen tanığın, üçüncü kişilerin tehdit veya diğer başka koşulların etkisi altında olup olmadığı, şahsen hazır bulundurulularak denetlenebilir. Telefonla iletişim kurularak dinlenen tanığın böyle bir koşulda dinlenip dinlenmediği tespit edilemeyecektir. Tanığın kanunda öngörülmeşen şekilde dinlenilmesi istenildiğinde, tanık kendisine sorulan sorulara cevap verme yükümlülüğü altında değildir.

Belirli koşullar altında tanığın teknik araçlar kullanılarak dinlenmesi mümkündür. Tanık, mahkemenin kendiliğinden vereceği kararla ya da taraflardan birinin talebi üzerine mahkemenin kararıyla elektronik ortamda duruşmaya katılabilir ve bu şekilde dinlenebilir. Mahkemenin kararıyla birlikte elektronik ortamda duruşmaya katılma, aynı anda ses ve görüntü nakli yoluyla bulundukları yerden duruşmaya katılma şeklinde gerçekleştirilir (HMK m. 149). Bu hüküm gereği, duruşmaya katılım, bir sesli videonun duruşmada dinlenmesi ve izlenmesi şeklinde gerçekleşmez. Hem sesli hem de görüntülü şeklinde ve duruşmaya eş zamanlı olarak canlı katılım sağlanmalıdır⁴⁴⁴. Tanık, bilirkişi, uzman ve diğer ilgililer bulundukları her yerden

⁴⁴¹ Müller (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 171, N. 16.

⁴⁴² Ertanhan, s. 251.

⁴⁴³ Rüetschi (Hausheer/Walter), Art. 160, N. 9.

⁴⁴⁴ Meriç/Arsılanpınar Tat, s. 214.

duruşmaya katılım da sağlayamazlar. Bulundukları yerlerdeki adliye ve ceza ve infaz kurumlarında bu amaca tahsis edilen yerlerde duruşmaya katılabilirler (Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik⁴⁴⁵ m. 11/2). Tanığın adliye ve ceza infaz kurumlarında belirtilen yerlerde duruşmaya katılarak dinlenilmesi sağlanır. Tanığın belirtilen yere giderek hazır bulunma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir. Öte yandan tanık, engellilik ya da yaşlılık gibi nedenlerle bulunduğu kurumdan, örneğin huzurevinden, fizik tedavi ve rehabilitasyon merkezinden de elektronik duruşmaya katılmasına izin verilebilir. Tanığın elektronik ortamda duruşmaya katılması ve dinlenmesi usûlünde, tanık, hâkimin duruşma salonunda bulunduğu ve normal koşullarda yürüttüğü yargılamaya dahil olmaktadır⁴⁴⁶. Bu nedenle tanığa mümkün olduğunca mahkeme salonunda dinlenmeye ilişkin esaslar uygulanmalı ve tanığın bulunduğu yerde herhangi bir yönlendirme ya da etki altında kalmamasına özen gösterilmelidir⁴⁴⁷. Tanık, duruşmanın gerektirdiği düzen ve kurallara uymakla yükümlüdür. Elektronik ortamda duruşmaya katılmada, mahkeme huzurunda yapılan duruşma düzeniyle aynı usûl ve esaslara tabidir (Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik m. 14/1). Örneğin yemin eda ederken ayağa kalkması, tanık olarak beyanda bulunmadan önce yemini eda etmesi gibi kurallara tabidir. Tanık elektronik ortamda katıldığı duruşmanın niteliğine uygun da hareket etmelidir. Örneğin, bilgisayarı ya da UYAP sistemini kasten kapatarak duruşmadan ayrılırsa yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılır.

2.2.2.1.2.3. Birden Fazla Tanığın Olması Halinde Dinlenme Usûlü

Davada birden çok tanık varsa, her bir tanık ayrı dinlenir (HMK m. 261/1). Bütün tanıkların duruşma salonuna alınarak dinlenmesi hukuka aykırıdır. Tanıklardan biri dinlenirken, henüz dinlenmemiş olan tanık duruşma salonunda bulundurulmaz. Bu şekilde, tanığın gördüğü, duyduğu olayı bilgisi dahilinde ve diğerinden etkilenmeden anlatması sağlanır. Aksi durum, tanıkların birbirlerinin beyanlarından etkilenmeleri ve beyanlarını tekrarlamalarına sebebiyet verebilir. Bu ise gerçeğin gizlenmesine veya çarpıtılmasına neden olabilir. Tanık, dinlendiği duruşmada diğer tanıklar dinlenirken bulunsa da mahkeme tarafın göstermiş olduğu tanığı dinlemelidir⁴⁴⁸. Dinlenmeyen tanığın, diğer tanıklar dinlenirken duruşma salonunda bulunması,

⁴⁴⁵ RG T. 30.06.2021, S. 31527.

⁴⁴⁶ Meriç/Arslanpınar Tat, s. 219.

⁴⁴⁷ Meriç/Arslanpınar Tat, s. 224, dn. 134. Ayrıca bkz European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings, m. 14 ve 15 (<https://rm.coe.int/cepej-2021-4-guidelines-videoconference-en/1680a2c2f4>).

⁴⁴⁸“Mahkemece, davalının gösterdiği tanıklardan R. ve N. dinlenmemiş, buna gerekçe olarak “bu tanıkların, diğer tanıklar dinlenirken duruşma salonunda bulundukları” gösterilmiştir. Tanıkların hâkim tarafından ayrı ayrı dinlenmesi, biri dinlenirken henüz dinlenmemiş olanların salonda bulunmaması temel usul kuralıdır.

tanık olarak beyanda bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Ayrıca bu durum tanıklıktan kaçınma hakkı için bir sebep de oluşturmaz. Yargıtay'ın kararına konu bir olayda, mahkeme, tanıkların, daha önceki duruşmalarda salonda bulunması sebebiyle dinlenilmemesi şeklindeki usûl hatasını bozma sebebi saymıştır. Kararda haklı olarak belirtildiği gibi mahkemenin bu kurala riayet edilmemesi halinde yapılması gereken tanıkların dinlenmesi, gerektiğinde yüzleştirilmesinin sağlanmasıdır⁴⁴⁹.

Kanunda “biri dinlenirken henüz dinlenmemiş olanlar duruşma salonunda bulunmaz” şeklindeki ifade dolayısıyla dinlenen tanık duruşma salonunda bulunmalıdır. Tanığın hazır bulunma yükümlülüğü kapsamında, beyanı alındıktan sonra da diğer tanıklarla yüzleştirilmesi gerekebilir. Bu sebeple tanık, hâkimin izni olmadıkça, duruşma salonunda kalmalıdır. Bu konuda *Ertanhan* da dinlenen tanıkların duruşma bitmeden duruşma salonundan çıkarılmasına izin verilmemesi gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre, Ceza Muhakemesi Kanunu m. 208 kıyasen uygulanmalıdır. Tanık dinlendikten sonra ancak mahkeme başkanı veya hâkimin izniyle dışarı çıkabilmelidir⁴⁵⁰. Öte yandan tanık dinlendikten sonra gerekirse diğer tanıkların dinlenilmesi sırasında, henüz beyanı alınmamış tanığın etkilenmemesi için dinlenmeyen tanıklarla görüşmeyeceği bir yere alınması da düşünülebilir⁴⁵¹.

Tanık olarak beyanda bulunma yükümlülüğü, tarafların ve diğer üçüncü kişilerin huzurunda yerine getirilir. Tarafların ve kamunun huzurunda tanıkların dinlenilmesi, usûl hukukuna hâkim olan ilkelerden hukukî dinlenilme hakkı (Anayasa m. 36/1; HMK m. 27) ve aleniyet ilkesinin (Anayasa m. 141/1 ve HMK m. 28) de bir gereğidir. Çünkü hukukî dinlenilme hakkı gereği, taraf, yargılama ile ilgili bilgi sahibi olur ve sahip olduğu bu bilgi hakkında da

(HMK md. 261/1) Kuralın amacı, tanığın gerçek bilgisini saptamaktır. Zira, tanıklardan biri dinlenirken, henüz dinlenmemiş olan tanık veya tanıklar, duruşma salonunda bulunuyor iseler, bunların ifadelerini taraflardan biri lehine değiştirme ihtimali mevcuttur. Bu sebeple birden fazla tanık aynı duruşmaya çağırılmış ise hâkimin oturumu açtıktan sonra, öncelikle tanık yoklaması yapması, bundan sonra tanıkları sırayla duruşma salonuna alıp, her birini ayrı ayrı dinlemesi, aynı olaya ilişkin tanık beyanları arasında çelişki ortaya çıkması halinde tanıkları yüzleştirmesi gerekir. Ne var ki, hâkimin düştüğü bu usulü hata, gösterilen tanığın dinlenmemesi için yasal sebep de değildir. Bu hal, olsa olsa yüzleştirme ile bir neticeye ulaşamaz ise tanığın beyanının takdir ve değerlendirilmesinde göz önünde tutulabilir.” Yargıtay 2. HD., T. 06.02.2014, E. 2013/19601, K. 2014/2014, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi 01.04.2023.

⁴⁴⁹ Yargıtay 2. HD. T. 28.02.2017, E. 2015/22863, K. 2017/2090: “Somut olayda 10/03/2015 tarihli celsede tanık İ. K.’nın geçen celse duruşma salonunda tanıklık yapmayacağını bildirerek duruşmayı izlediğinden bahisle tanığın dinlenmediği görülmüştür. Oysa, tanıklığa engel olan ve tanıklıktan çekilme halleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu 248. maddesinde belirtilmiştir. Özellikle birden fazla tanığın aynı celsede dinlendiği duruşmalarda, tanıkların birbirlerinden etkilenmemeleri için ayrı ayrı duruşma salonuna alınıp dinlenmesi emredici usul kuralıdır. Ancak, daha önceki duruşmalarda tanığın dinleyici olarak duruşma salonunda bulunması tanıklıktan çekinmesini gerektirecek bir neden olamayacağı gibi, tanıklık yapmasını engelleyecek bir durum da değildir.” <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi 01.04.2023.

⁴⁵⁰ *Ertanhan*, s. 234.

⁴⁵¹ Kurt Konca, Nesibe, *Medenî Usûl Hukukunda Alenîyet İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 293.

açıklama ve ispat hakkını kullanabilir. Taraf, tanığın beyanını dinleyerek, eksik, çelişkili veya yanlış olan hususlarla ilgili soru sorabilme imkanına sahip olur.

Hukukî dinlenilme hakkının gereği gibi yerine getirilmesine hizmet eden aleniyet ilkesi de açıklama hakkının ve taraf açıklamalarının dikkate alınarak gerekçeli kararın verilmesini güvence altına almakta ve bu şekilde mahkemelerin hukukî dinlenilme hakkına riayet edip edilmedikleri denetlenmektedir⁴⁵². Tanığın duruşmada taraflara ve kamuya aleni olarak dinlenmesi de tarafın hukukî dinlenilme hakkına riayet edilip edilmediğinin güvencesini oluşturur.

Tanıklar bazı istisnai hallerde gizli (kamuya kapalı) yapılan duruşmada dinlenir. Tanığın gizli yapılan duruşmada dinlenmesi ancak kanunda sayılan sebeplerin varlığında ve mahkemenin kararıyla mümkündür. Genel ahlak, kamu düzeni, milli güvenlik, özel hayatın ve ailenin korunması, çocukların dinlenmesi, ticarî ve mesleki sırların korunması, tarafların, tanıkların veya diğer ilgililerin hayatının, vücut ve ruh bütünlüğünün ve özgürlüğünün korunması hukuken korunmaya değer olup, bu hallerde yargılama gizli yapılır⁴⁵³ (AİHS m.6; Anayasa m. 141/1; HMK m. 28/2). Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilen⁴⁵⁴ 7251 sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 28. maddesindeki hüküm⁴⁵⁵, yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi üzerine veya kendiliğinden duruşmanın kısmen veya tamamen gizli yapılmasına karar verilebileceği yönünde düzenleme getirilmişti (HMK m. 28/2). Getirilen düzenlemeyle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 28 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi arasında bir uyum sağlanmak istenmiş ve “*yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaati*” bulunması halinde duruşmanın gizli yapılabileceği kabul edilmişti⁴⁵⁶. Bu düzenlemeyle, tarafların dışındaki bilirkişi, fer’i müdahil, tanık ve tarafların kanuni temsilcilerinin de talebi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verilebileceği öngörülmüştü.

⁴⁵² Özkes, Hukukî Dinlenilme, s. 58; Kurt Konca, Aleniyet, s. 105.

⁴⁵³ Kurt Konca, Nesibe, “Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması”, **S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı**, ss.65-96, s.80.

⁴⁵⁴ RG. T. 22.12.2023, S. 32407, Karar Tarihi: 26.10.2023, E. 2020/73, K. 2023/181.

⁴⁵⁵ 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.28/2 düzenlemesi; “*Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir.*” şeklindeydi.

⁴⁵⁶ Öztekin, Selçuk, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 İnci Maddesi ile Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149 Uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler”, **Adalet Dergisi**, 2021/1 66. Sayı, ss.641-665, s. 648. Yazar ayrıca düzenlenen kavramlar bakımından, hukukumuzda yabancı olmayan İsviçre Medenî Usûl Kanunu ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından yararlandığını ifade etmiştir.

Üçüncü kişilerin varlığı nedeniyle tanığın doğru beyanda bulunamayacağına ilişkin ciddi bir tehlike olabilir. Uyuşmazlık konusu maddî vakıa, aile hayatı, mesleki veya ticarî sırlar, iş, arkadaşlık gibi konuları ilgilendirmekteyse, tanığın, duruşma salonunda bulunan kişilerin önünde beyan vermek zorunda kalması kendisini baskı altında hissettirebilir⁴⁵⁷. Üçüncü kişilerin varlığında dinlenen tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunabilmesi ihtimali varsa, bu ihtimal, gerçeğin ortaya çıkarılmasını tehlikeye düşürebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde, aleniyetin tamamen veya kısmen kaldırılabilceği haller arasında, genel ahlak, milli güvenlik, kamu düzeni, çocukların çıkarı, davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliğinin yanında “*aleniyetin adil yargılamaya zarar vermesi*” hali sayılmıştır. Doktrinde sayılan bu son sebep, “adaletin selametine zarar verebilecek özel koşulların bulunması” olarak adlandırılmıştır⁴⁵⁸. Tanığın herkesin içinde dinlenmesinden çekinmesi halinde gerçeğin ortaya çıkarılması tehlikesi sebebiyle aleniyet, bu son sebebe dayanılarak, sınırlandırılabilir⁴⁵⁹. Gerçeğin ortaya çıkarılması menfaatinin temelinde, toplumsal düzeni (kamu düzeni) koruma düşüncesi de vardır⁴⁶⁰. Bu durum karşısında ise hâkim gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki kamu yararı nedeniyle duruşmanın gizli yapılmasına veya yalnızca o tanığın dinleneceği kısmın gizli yapılmasına karar verebilir. Bununla birlikte salt tanığın herkesin içinde veya taraflardan birinin huzurunda beyanda bulunmasından duyduğu rahatsızlık aleniyetin sınırlandırılması sonucunu doğurmamalıdır⁴⁶¹.

Tanığın gizli yapılan duruşmada dinlenilmesi kararı verildikten sonra da tanık, taraflar ve vekilleri huzurunda dinlenir⁴⁶². Aleniyetin sınırlandırılması, üçüncü kişilere kapalı olması içindir. Öte yandan tanık, taraflardan biri veya ikisinin huzurunda, rahat bir şekilde gerçekleri ifade edemeyebilir. Yahut kötü bir muameleye maruz kalacağı korkusuyla gerçekleri gizleyebilir veya gerçekte olduğundan farklı anlatmasına sebep olacağı bir durum olabilir. Bu ihtimalde gerçeğin ortaya çıkarılması için hâkim, taraflardan birinin veya her ikisinin de yokluğunda tanığın dinlenmesine de karar verebilir⁴⁶³. Bu durum, tarafların duruşma

⁴⁵⁷ **Kurt Konca**, Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması, s. 83.

⁴⁵⁸ Açıklamalar için bkz. **Kurt Konca**, Aleniyet, s.265.

⁴⁵⁹ Pekcanıtez, Hakan, “Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl 65, Ekim 1999, ss. 21-42, s.38.

⁴⁶⁰ **Kurt Konca**, Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması, s. 82. Belirtelim ki gerçeğin ortaya çıkarılması gerekçesine dayanan kamu düzeninin korunması sebebiyle aleniyetin kaldırılmasında amaç, yargılama sürecinin kendisinin aleniyetten zarar görmemesinin sağlanmasıdır. Diğer durumlarda ise toplum, yargılama sürecinden ve içeriğinden korunmaktadır (**Kurt Konca**, Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması, s. 84).

⁴⁶¹ **Bracher**, N. 215.

⁴⁶² Bunun dışında, hâkim, savcı, zabıt kâtibi ve mübaşir için duruşmalar alenidir. Ayrıca, eğitimlerinin bir parçası niteliğinde olduğundan, avukat ve hâkim stajyerleri de hâkimin izniyle duruşmaları izleyebilirler. Bkz. **Pekcanıtez**, Aleniyet İlkesi, s. 38; **Öztek**, Aleniyet İlkesi, s. 651. Gizli yapılan duruşmada kimlerin duruşma salonunda bulunacağına hâkim karar verir.

⁴⁶³ **Kurt Konca**, Aleniyet, s. 294-295; **Ertanhan**, s. 233. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun aksine Hukuk Usûlû Muhakemeleri Kanunu'nun 255. maddesinin 2. fıkrasında, önemli sebebin varlığı halinde, hâkimin tanığı tarafların

tutanaklarını inceleme ve soru sorma haklarını etkilememelidir. Taraf, yokluğunda dinlenen tanığın beyanının yer aldığı tutanağı okuyabilir, herhangi bir itirazı varsa bu itirazlarını ileri sürebilir ve tanığa soru sorabilir. Tarafın yokluğunda tanık dinlenilirse de hukukî dinlenilme hakkı (Anayasa m. 36; HMK m. 27) gereği tarafın, tanığa, soru sorma hakkı (HMK m. 152) ve itirazlarını ileri sürme hakkı vardır.

2.2.2.1.2.4. Tanıkların Yüzleştirilmesi ve Tanığın Yüzleştirmeye Katılma Yükümlülüğünün Olup Olmadığı

Bir davada birden çok tanık olabilir. Tanıklar mahkemede dinlendikten sonra, aynı vakıa hakkında birbirleriyle çelişen veya birbirlerinden farklı açıklamalarda bulunmuş olabilir. Tanıklar mahkemede dinlendikten sonra, olayları birbiriyle çelişen veya farklı şekilde anlatmışlarsa bu beyanlardaki çelişkilerin giderilmesi ve farklılıkların da anlaşılması, araştırılması gerekir. Bu halde hâkimin yapması gereken tanıkları yüzleştirmektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hâkime böyle bir yetki tanınmıştır. Yüzleştirme, gerçeğin ortaya çıkarılması için hâkimin yapması gereken bir ödevdir. Hâkim, gerekli gördüğünde tanıkları yüzleştirir (HMK m. 261/1).

Yüzleştirme, tanıkların beyanlarının doğruluğunu ölçmeye yarayan araçlardan biri olup, açıklamaları birbiri ile çelişkili olan iki kişinin karşı karşıya getirilmesi işlemidir⁴⁶⁴. Bu işlem, tanığın kararlılığının yanı sıra çelişkilerin açıklığa kavuşturulmasına hizmet eder⁴⁶⁵. Böylece yüzleştirme işlemi gerçeğin ortaya çıkarılmasını ve hâkimin kanaatinin daha iyi ve doğru bir şekilde oluşmasını temin eder⁴⁶⁶.

Hâkim, tanıkların beyanları arasında çelişki veya farklılık olduğunda yüzleştirilmesine karar verir. Bu kararla birlikte, tanık, yüzleştirme işlemine katılmak zorundadır. Özellikle beyanlar arasında bir çelişki varsa bu çelişki giderilmelidir. Hâkim, tanıkların beyanları arasındaki çelişkileri gidermeden, tanık veya tanıkların beyanını karara esas alamaz ve kararın gerekçesini oluşturamaz⁴⁶⁷. Bu gerekçeyle, yüzleştirme, tanığın beyanda bulunma

yokluğunda dinleyebileceğine yer verilmişti: “Şahidin istimai sırasında mühim bir sebebe binaen hâkim tarafından hilafına karar verilmiş olmadıkça iki taraf hazır bulunabilir.” Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu düzenleme yer almasa da gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki kamu yararı sebebiyle tarafın yokluğunda tanığın dinlenilmesi kararı verilebilir.

⁴⁶⁴ Ertanhan, s. 270.

⁴⁶⁵ Hauser, s. 293.

⁴⁶⁶ Ansay, Hukuk, s. 272; Ertanhan, s. 270.

⁴⁶⁷ Ertanhan, s. 271. Yargıtay 8. HD., T. 03.12.2012, E. 2012/10959, K. 2012/11682: “...mahkemece yapılacak iş; yerel bilirkişi ve tanıkların HMK.nun 243, 244 ve 259. maddeleri gereğince davetiye ile yeniden keşif yerine çağrılmaları, uyuşmazlığın taşınmaza ilişkin bulunması nedeniyle keşif yerinde dinlenmeleri, iddia ve savunmada belirtilen konularda yerel bilirkişi ve tanıkların beyanlarına başvurulması, HMK. nun 261. maddesi uyarınca yerel bilirkişi ve tanıkların ayrı ayrı dinlenmeleri, beyanlar arasında çelişki bulunduğu takdirde HMK.nun 261. maddesi uyarınca aykırılığın giderilmesi...”; Yargıtay 16. HD., T. 16.12.2015, E. 2014/7751, K. 2015/1124: “Yargıtay bozma ilamında özetle; “zilyetliğin yerel bilirkişi ve tanık dahil her türlü

yükümlülüğünün tamamlayıcı bir işlemidir. Başkaca deyişle, tanığın beyanda bulunma yükümlülüğü, aynı zamanda yüzleştirmeye katılma yükümlülüğünü de kapsar⁴⁶⁸.

2.2.2.1.2.5. Tutanağın İmzalanması ve Tanığın Tutanağı İmza Yükümlülüğünün Olup Olmadığı

Tanığın beyanı, mahkeme tutanağına kaydedilir (HMK m. 154/3, d). Tanığın dinlenilme şeklini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu 261. maddenin 5. fıkrasında özel olarak, tanığın sözlerinin tutanağa yazılacağı ve önünde okunacağı, tutanağın daha sonradan tanık tarafından imzalanacağı düzenlenmiştir. Tanık yalnızca beyanının olduğu tutanağı imzalamak zorundadır. Mahkemenin diğer tutanakları için tanığın imzası söz konusu değildir. İmza, tanığın tutanağı incelediğini ve tutanağın doğru olduğunu gösterir⁴⁶⁹. İmza, tanığın yalan beyanda bulunmamasını sağlayan psikolojik veya hukukî son engeldir⁴⁷⁰. Psikolojik açıdan, tanık, beyanını okuduktan sonra onayladığı bu imza işlemiyle birlikte, yalan beyanda bulunmanın sonuçlarını son kez düşünme imkânı olur. Hukukî açıdan ise tanığın beyanı mahkemeye alındıktan sonra, tanık okur veya kendisine okunur, daha sonra imzalayarak beyana ilişkin tutanak tamamlanmış olur. İmzanın eksikliğinde beyanın geçerli olup olmayacağı sorusu gündeme gelebilir. Bu konuda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁷¹.

Tanığın beyanının kendisine okunacağı ve tanık tarafından tutanağın imzalanmasına ilişkin benzer düzenleme İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nda düzenlenmiştir (SchZPO m. 176/1). Bu kurala uyulmamasının sonucunun ne olacağına kanunda yer verilmemiştir. İsviçre doktrininde bir görüşe göre, tutanağın geçerliliği ve kullanılabilirliği için tanığın imzasının bulunması zorunludur. Tutanakta imzanın bulunması, yalnızca yargılamadaki düzen kurallarından değildir, imzaya ilişkin öngörülen kural, yanlış anlamaları da önlemeye yöneliktir⁴⁷². Tanığın beyanına ilişkin tutanağın, tanık tarafından imzalanması, geçerlilik için

delille kanıtlanması mümkün olduğu açıklandıktan sonra davetiye ile gelmeyen mahalli bilirkişi ve tanıkların kolluk gücü aracılığı (HMK. m.245, HUMK m.253) ile getirilip zilyetliğin başlangıç ve süresinin taşınmazın öncesinin kime ait olduğunun, kimler tarafından ne şekilde kullanıldığının, uyumsuzluk konusu olan bu yerin, halen kimler tarafından zilyet ve tasarruf edildiğinin kendilerine sorularak açıklığa kavuşturulması, beyanlar arasında çelişki bulunduğu takdirde 261/1. maddesi gereğince çelişkinin giderilmesi, ondan sonra toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi" gereğine değinilmiştir." <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi 01.04.2023.

⁴⁶⁸ Bracher, N. 217.

⁴⁶⁹ Hauser, s. 306. İmza, yazılı beyanın onaylanmasına da hizmet eder (Sutter-Somm, Thomas/Seiler, Benedikt, **Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung Art. 1-408 ZPO**, Schulthess, Zürich, 2021, Art. 176, N. 4).

⁴⁷⁰ Müller (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 176, N. 19.

⁴⁷¹ İsviçre hukukunda imzanın olup olmadığı, medenî usûl hukuku açısından beyanın geçerliliğine ilişkin bir mesele olarak görülmüş, ceza hukuku açısından ise yalan tanıklık suçu için bir koşul olup olmadığı noktasında toplanmıştır (Rüetschi (Hausheer/Walter), Art. 176, N. 12).

⁴⁷² Müller (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 176, N. 17; Weibel/Walz (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger) Art. 176, N 11.

koşuldur⁴⁷³. Çünkü tanık imzaya ilişkin bu gereklilik sayesinde, beyanı okunduktan sonra, onun beyanı ile aynı olduğunu bir kez daha onaylar. Bu onay, tanığa bir kez daha doğruyu söylemesinin sorumluluğunda olduğuna ilişkin tanıklığın önemini vurgular⁴⁷⁴. Kanunda tanığın imzasının bulunması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. İmza yalnızca teknik bir mesele olarak görülemez ve onun eksikliğini delillerin değerlendirilmesine bırakmak mümkün değildir⁴⁷⁵. Aksi yönde görüş ise tanığın imzasının eksikliğini tanığın beyanının kaydedildiği tutanağı geçersiz kılmayacağı ancak delilin değerini düşüreceğini düşünmektedir⁴⁷⁶.

Kanatımızca, imza eksik olsa da tanık beyanı, delillerin değerlendirilmesi kapsamında mahkemenin takdirinde olmalıdır. İmzanın eksikliğinde, tanık imzadan kaçındığını nedenleriyle belirterek, bu durum tutanağa yazılmalıdır, tutanak zabıt kâtibi ve mahkeme tarafından imzalandıktan sonra beyanın geçerli olduğu kabul edilmelidir. Tutanağın imzalanmasına ilişkin kural (HMK m. 261/5) yerine getirilmesi gereken emredici bir usûl kuralıdır ve tamamlanması gerekir⁴⁷⁷. Ancak tanık imzadan kaçınırsa, imzadan kaçınma sebepleri tutanağa yazılmalı; tutanak, hâkim ve zabıt kâtibi tarafından imzalanmalıdır (HMK m. 155/1). Tanığın imzalamaması halinde, mahkeme, tanığın dinlendiğine ancak imzadan kaçındığına ilişkin bu kaydı, tutanağa yazdırmalıdır. Bu şekilde, imza veya imza yerine mahkeme tarafından tutanağa düşülecek kayıt ile beyanın geçerli olduğu kabul edilmelidir. Mahkemenin imzadan kaçındığını belirten bir kayıt olmadığı örneğin unutulma gibi bir nedenle imzanın eksikliğinde, tutanak geçerli değildir. Tanığın imzası, geçerlilik koşuludur. Beyanın kendisine ait olduğunu gösterir.

Öte yandan tanık yönünden tanığın tutanağı imzalamasının bir yükümlülük olup olmadığı meselesi değerlendirilmelidir. Üçüncü kişilerin delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğü olduğunu kabul eden İsviçre hukukundaki bir görüşe göre, tanık, doğru beyanda bulunmakla yükümlü olduğundan ve bu kurala aykırılıkta, İsviçre Ceza Kanunu m. 307’de düzenlenen ceza tehdidi nedeniyle, tanık doğru olduğunu düşünmediği bir tutanağı imzalamaya zorlanamaz⁴⁷⁸. Bunun neticesinde tanığın imza yükümlülüğü olmadığı belirtilmiştir. Aksi yöndeki görüş ise tanığın imzadan kaçınmasının katkıda bulunma yükümlülüğünün ihlali olup tanığın yaptırımlara (SchZPO m. 167/1) tabi olduğu yönündedir⁴⁷⁹. Türk hukukunda da *Ertanhan*, tanığın imzadan kaçınmasını, tanığın tanıklıktan doğan

⁴⁷³ Müller (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 176, N. 19.

⁴⁷⁴ Müller (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 176, N. 19.

⁴⁷⁵ Müller (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 176, N. 17.

⁴⁷⁶ Gasser/Rickli, Art. 176, N 3; Rüetschi (Hausheer/Walter), Art. 176, N. 12.

⁴⁷⁷ Yargıtay 9. HD., T. 07.10.2019, E. 2016/7523, K. 2019/17411: “Tanığın sözleri tutanağa yazılarak önünde okunur ve tutanağın altı kendisine imza ettirilir” hükmü emredici niteliktedir.” Lexpera, erişim tarihi: 01.04.2023.

⁴⁷⁸ İsviçre hukukundaki bu görüşe ilişkin bkz. Bracher, N. 218.

⁴⁷⁹ Müller (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 176, N. 19.

yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve tanıklık etmekten kaçınması olarak değerlendirmiştir. Bu görüş, “imza”yı beyan yükümlülüğünün tamamlayıcı bir parçası olarak kabul etmiştir⁴⁸⁰.

Biz, bu görüşlerden sonuncusu ile aynı fikirdeyiz. İmza, tanık olarak beyan yükümlülüğünün tamamlayıcı bir parçasıdır. Tanık, tutanakta yazılanların kendisinin beyanıyla aynı olmadığı iddiasında olmadığı sürece, beyanını içeren tutanağı imzalamakla yükümlüdür. Tanık beyanın aynı olmadığı düşüncesindeyse, yanlışsa vs. imzalamadan önce serbestçe beyanını düzeltebilir. Fakat önceki beyanı tutanaktan silinmemeli, tutanakta düzeltilen beyanla birlikte kalmalıdır. Bu özellikle, delillerin değerlendirilmesinde tanığın son belirleyici olan beyanının nasıl ortaya çıktığı bakımından önemli olabilir⁴⁸¹. Sonuç olarak, tanığın beyanda bulunma yükümlülüğünün imza yükümlülüğünü de kapsadığını düşünmekteyiz.

2.2.2.1.2.6. Tanık Olarak Dinlenilmeden Önce Hazırlık Yapma veya Belgeleri Yanında Getirme Yükümlülüğünün Olup Olmadığı

Tanığın, dinlenilmeden önce sahip olmadığı bilgileri araştırması gibi bir hazırlık yapma yükümlülüğü yoktur. Böyle bir araştırma, tanıklık kavramıyla bağdaşmaz⁴⁸². Tanık, bildiklerini mahkemeye açıklar. Tanığın beyanda bulunma yükümlülüğü kapsamında, dinlenilmeden önce, örneğin olayın gerçekleştiği yeri ziyaret ederek veya başka kişilerle de görüşerek, hafızasını canlandırması gibi hazırlık yapma yükümlülüğü de yoktur. Bununla birlikte İsviçre hukukunda⁴⁸³ hazırlık yapma yükümlülüğü kapsamında, belirli belgeleri kullanmasının istenebileceği ileri sürülmüştür. Yalnız bu hazırlık yapma yükümlülüğünün çok sınırlı olduğu da ifade edilmiştir. Buna göre, tanığın önceden bildiği ancak unuttuğu bilgilere ilişkin hafızasını canlandırması amacıyla, vakıaya ilişkin belirli belgeleri kullanması istenebilir. Bunun için mahkeme, bu belgeleri tanığa gönderilen davetiyede bildirilmelidir (SchZPO m. 133/b). Ayrıca böyle bir hazırlık yapma yükümlülüğü yalnızca tanığın elinde bulunan belgelere ilişkin olabilir. Mahkeme gerekli görürse, yazılı olarak beyanda bulunma şartlarını sağlarsa⁴⁸⁴, yazılı tanık ifadesi (rapor) de isteyebilir⁴⁸⁵. Tanık kendisinden beklenmeyecek araştırmayı yapmakla yükümlü değildir. Tanık yalnızca, ibraz yükümlülüğünün haklı olduğu hallerde kendisinde bulunan kayıtları mahkemeye sunmalıdır⁴⁸⁶.

⁴⁸⁰ Ertanhan, s. 266.

⁴⁸¹ Müller (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 176, N. 14; 19.

⁴⁸² Bracher, N. 219.

⁴⁸³ Bracher, N. 219.

⁴⁸⁴ Alman hukukunda Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 377. paragrafının 3. fıkrasında düzenlenen yazılı tanık ifadesi alınması istisnaidir ve ancak belirli koşulu sağlaması halinde mümkündür. Buna göre, sorunun yazılı ifadeye uygun olması ve tanığın da yazılı ifade vermesinin uygun olması gerekir.

⁴⁸⁵ Guldener, s. 339, dn. 7.

⁴⁸⁶ Guldener, s. 339, dn. 7.

Alman hukukunda beyanda bulunma yükümlülüğünün, hazırlık yapma yükümlülüğü ile tamamlanacağı ifade edilmektedir. (dZPO § 378/1)⁴⁸⁷. Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 378. paragrafının 1. fıkrasına göre; tanık, algıladıklarını beyan etmede kolaylaştırdığı sürece, kayıt (not) ve diğer belgeleri inceleyebilir; izin verildiği ve makul olduğu takdirde, onları duruşmaya yanında getirebilir. 2. fıkrasında ise; tanık mahkemenin kararına karşılık olarak 1. fıkra da belirtilen yükümlülüğe uymazsa, mahkemenin gerekli önlemleri alacağı (dZPO § 390) ve bu konuda tanığın bilgilendirileceğine yer verilmiştir. Mahkeme, tanığın zilyetliğinde bulunan kayıtların içeriği hakkında beyanda bulunulmasını isteyebilir; tanık, mahkemenin talebiyle, bu kayıtları incelemeli ve beyanda bulunma için yanında getirmelidir.

Hukukumuzda tanığın hazırlık yapma yükümlülüğü kapsamında belgeleri inceleme ve yanında getirme yükümlülüğü maddede ayrıca düzenlenmemiştir. Ancak tanığın belgeleri kullanması gerekmekte ise mahkeme belgenin ibrazına karar vermeli ve ayrıca belge ibraz yükümlüsü olan üçüncü kişiyi, tanık olarak da çağırmalıdır. Böylece üçüncü kişinin bu belgeye ilişkin açıklamalarda bulunması istenebilecektir. Dolayısıyla mahkeme, vakıa konusunu ilgilendiren belgelere ilişkin tanıktan, belgeleri incelemesi ve yanında getirmesini isteyebilir. Ancak bu husus, tanığa gönderilen davetiyede bildirilmelidir. Üçüncü kişi olan tanık, belgenin ibrazını gerektiren hallerde, belgeyi mahkemeye sunmakla yükümlü tutulabilir. Üçüncü kişi tanık olarak beyanda bulunduktan sonra tanıklık yaptığı konuyla ilgili belgeleri ibraz etme yükümlülüğü konusunda ise üçüncü kişinin kaçınabileceği kabul edilmelidir. Aksi düşüncenin kabulünde üçüncü kişi ilerde belgeleri vermekle yükümlü tutulacağından tanıklık yapmaktan kaçınabilir⁴⁸⁸. Üçüncü kişi elindeki belgeleri neden ibraz etmediğini de gerekçeleriyle açıklamalıdır. Çünkü üçüncü kişinin tanıklık yaptığı konudaki belgeyi ibraz etmemesi doğruluğu konusunda tereddüt doğurur. Tanık olarak vermiş olduğu ifadedeki bilgilerin bir kısmı belgede yazıyorsa, bilginin doğruluğuna ilişkin şüphe daha da artacaktır⁴⁸⁹.

2.2.2.1.3. Tanık Olarak Beyanda Bulunma Yükümlülüğünün Kapsamı

Tanığın beyanda bulunma yükümlülüğü, tanığın kendi kişisel ve ihtilaflı konu hakkındaki bilgisini, algısını gerçeğe uygun olacak şekilde ve herhangi bir şey saklamaksızın mahkemeye bildirmesini ifade eder⁴⁹⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tanığın beyanda bulunmasının içeriğine ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Ancak böyle bir düzenlemenin olmaması, tanığın keyfi her konuda dinlenebileceği anlamına gelmemelidir. Tanık,

⁴⁸⁷ Jauernig/Hess, s. 216, N. 10.

⁴⁸⁸ Erdönmez, Belgelerin İbrazi s. 372 ve dn. 211 anılan yazarlar.

⁴⁸⁹ Erdönmez, Belgelerin İbrazi, s. 372 ve dn. 211 anılan yazarlar.

⁴⁹⁰ Üstündağ, Yargılama, s. 733.

uyuşmazlıkla ilgili vakıaya ilişkin dinlenir. Kanunun 240. maddesinde tanık gösteren tarafın “tanık dinletmek istediği vakıayı” mahkemeye sunması düzenlenmiştir. Tanık, öncelikle uyuşmazlıkla ilgili, karara etki eden hukuken önemli vakıalara ilişkin dinlenir⁴⁹¹. Bunun dışında, tanık; kimlik bilgileri, yargılamayla ilgili diğer kişilerle ilgisi ve beyanının güvenilirliği ilgili olabilecek diğer durumlar hakkında dinlenir (HMK m. 254). Tanık yalnızca bu hususlara ilişkin dinlenebilir ve beyanda bulunma yükümlülüğü çerçevesinde bu sorulara cevap vermekle yükümlüdür. Tanığın bu konular dışında dinlenmesi, kendisine sorulan sorulara cevap vermeyi reddetmesi, tanığın haksız olarak beyanda bulunmaktan kaçınması olarak nitelendirilemez.

Bu konular aşağıda “tanığın kimliğine ilişkin bilgiler”, “kişilerle ilişkisi ve diğer durumlara ilişkin bilgiler” ile “olaya ilişkin algıları” şeklinde üç başlık altında incelenmiştir.

2.2.2.1.3.1. Tanığın Kimliğine İlişkin Bilgiler

Tanığın kimliğinin tespiti başlıklı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 254’te tanığa dinlenilme sırasında, bazı sorular sorulmaktadır. Bu sorulardan bir kısmı tanığın kimlik bilgilerine ilişkindir. Kanunda, dinleme sırasında öncelikle tanıktan adı, soyadı, doğum tarihi, mesleği ve adrese ilişkin kişisel bilgilerinin sorulacağı açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık tanığın durumu, uyuşmazlığı gibi sorulara yer verilmemiştir⁴⁹². Tanığa böyle bir soru yöneltirise, tanığın bu sorulara cevap verme yükümlülüğü yoktur. Ancak bu soruların sorulması, tanığın diğer kişilerle ilgisini veya tanığın güvenilirliğini anlamaya yönelikse; tanığa bu soruların sorulabileceğini, tanığın da bu soruları cevaplamakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

Tanığa yöneltilen bu nitelikteki sorular, özellikle, tanığın kim olduğunun tespitini sağlar⁴⁹³. Mahkemenin tanığın ehliyetine, tanıklığının güvenilirliğine ilişkin sonuç çıkarmasına da yardımcı olabilir. Ayrıca, tanığın dinlenilmesi usûlünün belirlenmesine de yarar. Tanığın yeminli olarak dinlenip dinlenmeyeceği tespit edilir⁴⁹⁴.

Tanık beyanda bulunma yükümlülüğü kapsamında, kimlik bilgilerine ilişkin bu soruları tam ve doğru bir şekilde cevaplamakla yükümlüdür. Tanık olarak beyanda bulunma yükümlülüğü, kamusal bir ödev olduğu için kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmesi zorunludur. Hatta bu konuda kimliğin tespiti için gerekli belgeler varsa tanık, bu belgeleri de ibraz etmekle yükümlüdür⁴⁹⁵. Tanığın kimlik bilgilerine ilişkin bu bilgileri vermeme konusunda

⁴⁹¹ Rüetschi, (Hausheer/Walter), Art. 160, N. 10.

⁴⁹² Dini aidiyetine ilişkin soruların sorulmayacağı hakkında bkz. Hauser, s. 280.

⁴⁹³ Yargıtay 22. HD., T. 09.06.2014, E. 2013/14088, K. 2014/16337: “Somut olayda 30.03.2011 tarihli celsede dinlenen tanığın kimlik bilgileri bulunmamaktadır. Dinlenen tanığın kim olduğu duruşma zaptından anlaşılmamaktadır, bu husus usul ve kanuna aykırı olup bozma sebebi sayılmıştır.” Lexpera, 18.04.2023.

⁴⁹⁴ Ansay, Hukuk, s. 272.

⁴⁹⁵ Ertanhan, s. 235.

kaçınma hakkı bulunmamaktadır. Bundan başka, tanık kimlik bilgilerine ilişkin yalan beyanda bulunursa bu fiili sebebiyle cezai sorumluluğu doğar⁴⁹⁶.

2.2.2.1.3.2. Tanığın Kişilerle İlişkisi ve Diğer Durumlara İlişkin Bilgiler

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 254. maddesine göre, tanığa taraflarla akrabalığının veya başka bir yakınlığının bulunup bulunmadığı, tanıklığına duyulacak güveni etkileyebilecek bir durumu olup olmadığı sorulur. Böylece, tanığa taraflarla olan kişisel ilişkileri ile güvenilirliği açısından önemli durumlara ilişkin sorular sorulur. Kanunun gerekçesinde, tanık delilini değerlendirecek olan hâkime, tanığın olayla ilgisini tespit etme yönünde soru sorma yetkisi verildiği belirtilmiştir⁴⁹⁷. Sorulara verilecek cevaplar, mahkemenin delillerin değerlendirilmesinde önemlidir. Çünkü verilecek cevaplar, mahkemenin delilleri değerlendirirken, tanığın taraflarla ve dava konusuyla muhtemel bağlantıları hakkında bir çerçeve oluşturmaya katkı sağlar. Bu sorulara verilecek cevaplarla tanık ve taraf arasındaki yakın ilişkinin tespiti, doğrudan tanık beyanının dikkate alınmamasına neden olmaz. Yalnızca mahkemenin değerlendirilmesinde göz önünde tutulur⁴⁹⁸. Mahkeme, tanık beyanına esas alarak karar verecekse veya tam tersi itibar etmeyecekse gerekçesine de kararında yer vermelidir.

Tanığın cevapları, tanıklıktan kaçınma hakkı olup olmadığı ve varsa da tanığa bu hakkının hatırlatılıp hatırlatılmayacağı konusunun belirlenmesinde önemlidir. Kişisel nedenlerle tanıklıktan kaçınma sebebi varsa, tanık olarak mahkemeye çağrılan kişi, tanıklıktan kaçınabilir. Tanığın kişisel nedenlerle tanıklıktan kaçınma hakkı varsa, mahkeme tanığa kaçınma hakkı olduğunu hatırlatmalıdır (HMK m. 247/1, 2).

Tanığa sorulacak bu başlık altındaki sorular, tanığın güvenilirliğine ilişkin sorulardır. Tanığa, taraflarla olan aralarındaki her türlü kişisel ilişkiye ilişkin sorular sorulabilir. Kanun

⁴⁹⁶ Doktrine göre, yalan beyanda bulunma suçunun maddi unsurunun, yargılamaya konu olan “olayla” sınırlı olduğu yönündedir. Tanık, yargılamaya konu olay hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunursa, yalan tanıklık suçu oluşur; buna karşılık, tanığın kimlik bilgilerine ilişkin yalan beyanda bulunmasında, Türk Ceza Kanunu’nun 206. maddesinde düzenlenen resmî belge düzenlenmesinde yalan beyan suçu oluşur. Maddeye göre, bir resmî belgeyi düzenlemekle yetkili kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 1081 vd; Göktürk, Neslihan, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XX, Y:2016, S. 1, ss. 347-410, s. 356,

⁴⁹⁷ e-uyar.com, erişim tarihi: 10.10.2023.

⁴⁹⁸ Yargıtay HGK, T. 06.11.2013, E. 2013/1043, K. 2013/1539: “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 254.maddesi uyarınca aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır. Akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılamaz (HGK’nun 13.04.2011 gün ve 2010/2-751 E., 2011/96 K. sayılı ilamı).” Lexpera, 18.04.2023. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun “aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar olmadıkça tanıkların gerçeği söylemiş olmaları asıldır” şeklindeki görüşü eleştiriye açıktır. Bu durum mahkemeleri, tanık beyanıyla bağlı olması gibi bir sonuca götürebilir. Bu karara ilişkin eleştiri hakkında bkz. Akil, Cenk/Ercan Özler, Meltem, “Tanıklık Beyanının Delil Değerinin Değerlendirilmesi Hakkında Bir İnceleme (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 25.02.2015 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi)”, **TAAD**, Yıl:9, Sayı:34 (Nisan 2018), ss. 61-73, s. 68.

metninde taraflarla olan akrabalığı veya başka bir “yakınlığı” olup olmadığının sorulacağı belirtildiğinden, sorunun yalnızca aile ilişkisine ilişkin olmadığı açıktır. Aile ilişkisi dışında, tanığa özel veya iş ilişkileriyle ilgili de soru sorulabilir ve tanık bu konuda bilgi vermekle yükümlüdür. Akrabalık ilişkisine benzer, evlenmeden birlikte yaşama ilişkisi veya evlatlık ilişkisi sorulabileceği gibi vesayet hukuku kapsamındaki ilişkiler de sorulabilir⁴⁹⁹. İş ilişkileri, özellikle tarafla arasındaki çalışma ilişkisi⁵⁰⁰, müşteri ilişkisi, rekabet ilişkisi veya bir tarafın borçlusu veya alacaklısı olması gibi durumlar da tanığa sorulabilir⁵⁰¹. Bunun dışında kişisel ilişkileri kapsamında tarafla aralarındaki arkadaşlık, düşmanlık gibi durumlar sorulabilir⁵⁰².

Tanığa kişisel ilişkilerinin yanı sıra güvenilirliğini etkileyebilecek diğer durumlar hakkında soru sorulabilir; tanık da bu durumlar hakkında bilgi vermelidir. Örneğin, yargılamanın sonucu, tanığın kendi menfaatini de etkilemekteyse⁵⁰³ veya bir tarafın, tanığı etkileme amacıyla konuşma, vaatle bulunma veya tehdit etme gibi davranışları varsa, tanık bu gibi durumlar hakkında da bilgi vermelidir⁵⁰⁴. Bunun dışında izah edilen vakıanın algılanması sırasında ya da duruşmada tanık olarak dinlenilmeden önce tanığın psikolojik olarak tanıklık ehliyetini etkileyen gözle görülemeyen fiziksel rahatsızlıkları veya hastalıkları ya da alkol veya ilaç kullanımı gibi bir durum olup olmadığı hakkında tanığa soru sorulabilir ve tanık bu konularda bilgi vermelidir⁵⁰⁵. Tanık, taraflarla olan kişisel ilişkileri veya güvenilirliğini etkileyen durumlara ilişkin doğru beyanda bulunmakla da yükümlüdür. Aksi halde, tanığın cezai sorumluluğu doğar.

2.2.2.1.3.3. Tanığın Olaya İlişkin Algıları

Tanığın olaya ilişkin algıları yani davadaki hukuken önemli vakıalara ilişkin dinlenmesi, tanığın dinlenilmesinin en önemli kısmını oluşturur. Tanık, vakıaya ilişkin kendi algıladıkları hakkında dinlenir ve beyanında, olaya ilişkin duyu organlarıyla edindiği izlenimlerini

⁴⁹⁹ Bracher, N. 227.

⁵⁰⁰ Örneğin iş yerindeki çalışma düzenine ilişkin tanık beyanına başvurulduğunda, tanığın iş yerinde çalışanlardan olması, beyanın güvenilirliği için önemlidir. Bu nedenle mahkemenin tanığın dinlenilmesi sırasında soracağı sorulardan biri, tanığın o iş yerinde çalışıp çalışmadığı olabilir. Yargıtay 9. HD., T. 18.06.2018, E. 2017/2966, K. 2018/13107: “İddia edilen çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, sözü edilen çalışmaların yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.” Lexpera, 18.04.2023.

⁵⁰¹ Hauser, s. 281; Landshut, s. 187.

⁵⁰² Hauser, s. 281; Landshut, s. 187.

⁵⁰³ Uygulamada iş hukuku uyumsuzluklarında, işverene karşı dava açan tanıkların beyanlarına, mahkeme tarafından daha temkinli yaklaşılmaktadır. Yargıtay 9.HD. T. 18.06.2018, E. 2017/2965, K. 2018/13106: “Dairemizin istikrarlı uygulaması gereği, davalı aleyhine dava açanlar tanık olarak dinlenmiş ise bu işçilerin tanıklıklarına ihtiyatlı yaklaşılması gerekir. Bu beyanlar diğer yan delillerle birlikte değerlendirilerek, sonuca gidilmelidir.” Lexpera, 18.04.2023.

⁵⁰⁴ Hauser, s. 281.

⁵⁰⁵ Bracher, N. 228.

mahkemeye aktarır. İnsan duyularıyla algılanabilen her şey tanıklığın konusu olur⁵⁰⁶. Görme, işitme, koku alma, tat alma ve dokunma duyusu dahildir. Sıcaklık ve acı duyusu da dikkate alınmalıdır⁵⁰⁷. Duyusal olmayan algılar ise tanıklığın konusuna ait değildir. Öte yandan örneğin akdedilmiş bir sözleşmede gerçek zihnindeki (gerçek iradesinin) araştırılması ve belirlenmesinde olduğu gibi zihinsel algının da önemli bir rol aldığı kabul edilir⁵⁰⁸. Tanık, dış dünyada gerçekleşen bir vakıada, duyu organları aracılığıyla algıladıkları hakkında mahkemeye bilgi verir. Tanığın dinlenilmesiyle, tanığın iç dünyasından kaynaklanan zihinsel süreçlere ilişkin vakıanın tespiti amaçlanabilir. Tanıktan korku, istek gibi tanığın kendi duyguları veya fikirleri (örneğin tanığa yapılan bir açıklamaya ilişkin fikri) veya çıkarımlarına ilişkin algıladıkları hakkında bilgi verilmesi istenebilir⁵⁰⁹. Hukukî meseleler ise tanıklığın konusuna dahil değildir⁵¹⁰.

Tanık kendi, doğrudan algıladıklarının dışında, başkasından (davanın tarafı ya da üçüncü kişiden) duyduğunu aktarmaya dayanan (dolaylı) tanıklık da yapabilir. Tanık, bir başkasından duyduğunu, başkasının olay hakkındaki bilgisini de mahkemeye aktarabilir. Ancak böyle bir beyanda bulunma, bizzat gören, duyan kişiye nazaran daha zayıftır⁵¹¹. Bu nedenle başkasından duyduğunu aktarmaya dayanan tanıklık belirli şartlarda kabul edilmektedir⁵¹². *Belgesay*, asıl dinlenecek tanığın ölmesi gibi bir nedenle dinlenememesi durumunda, başkasından duyduğunu aktaran tanığın doğru bir kimse olarak bilinmesi, asıl tanığın güvenilir olması ile her iki tanığın beyanının açık ve kesin bulunması halinde, başkasından duyma beyanının kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Çünkü kanunda başkasından duyduğunu aktarmaya dayanan beyan yasaklanmamıştır⁵¹³. *Meriç*, taraflar dışındaki başkasından duyduğunu aktaran tanığın, aktardığı hususların dosyadaki diğer hususlarla bütünlük taşıması

⁵⁰⁶ **Müller** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 169, N. 14.

⁵⁰⁷ **Müller** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 169, N. 14.

⁵⁰⁸ **Müller** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 169, N. 14. Gerçek iradenin araştırılmasına ilişkin örnek karar için bkz. BGE 130 III 66, E. 3.2. (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F130-III-66%3Ade&lang=de&type=show_document), erişim tarihi 20.04.2023.

⁵⁰⁹ **Guldener**, s. 338, dn. 2; **Bracher**, N. 232.

⁵¹⁰ **Müller** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 169, N. 14.

⁵¹¹ **Belgesay**, C:2, s. 74; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1911; **Belgesay**, C:2, s. 74; **Meriç**, Tanık, s. 111; **Ertanhan**, s. 287. Alman hukukunda başkasından duyduğunu aktaran kişinin tanıklığına pek itibar edilmeyeceği hakkında bkz. **Meriç**, Tanık, s. 111; Uysal, Merve, “Türk ve Alman Medeni Usûl Hukukunda Tanık İfadelerinin Değerlendirilmesinde Tecrübe Kuralları”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:26, Sayı:1, 2022, ss. 329-366, s. 343.

⁵¹² **Belgesay**, C:2, s. 74; **Meriç**, Tanık, s. 115-116; **Ertanhan**, s. 287. Taraflardan duyduğunu aktaran tanık beyanları dikkate alınmamaktadır: Yargıtay 3. HD., T. 17.03.2014, E.2013/19835, K. 2014/4101: “Kural olarak aksine ciddi ve inandırıcı delil bulunmadıkça tanıkların gerçeği söyledikleri kabul edilir. Ancak tanıkların taraflardan aktardıkları olaylar sabit kabul edilemez ve tanıkların duyuma dayalı beyanları hükme esas alınamaz.” (Lexpera); Yargıtay 2. HD., T. 20.03.2008, E.2007/6202; K. 2008/3728 (Lexpera).

⁵¹³ **Belgesay**, C:2, s. 74.

ve diğer tanık beyanlarını doğrular nitelikte ise hükme esas alınabileceğini ifade etmiştir⁵¹⁴. *Ertanhan* da beyanları destekleyen diğer delillerin varlığı halinde, hâkimin başkasından duyduğunu aktaranın beyanını serbestçe değerlendirebileceğini ifade etmiştir⁵¹⁵. İsviçre Medeni Usûl Kanunu'na göre ise tanıklık, tanık olmak üzere beyanda bulunan kişinin doğrudan algısına dayanmalıdır. Tanık, tanığın sorgulanması kapsamında, doğrudan doğruya algıladığı vakıalara ilişkin sahip olduğu bilgiyi mahkemeye aktarmalıdır (SchZPO m. 169; m. 172/c). Doktrindeki hâkim görüş ise tanığın yalnızca doğrudan algıladıkları hakkında dinlenilmesine karşı çıkmaktadır. Doktrine göre, duyuma dayalı beyanlar, doğrudan ispat gücüne sahip olmasa da bir emare olarak dikkate alınabilir⁵¹⁶. Önemli olan tanığın bir vakıayı doğrudan algılayıp algılamadığı veya kulaktan duyma bilgilerle bilip bilmediğini ortaya koymasındır⁵¹⁷.

Tanık mahkemede yalnızca vakıalara ilişkin algıladıklarını beyan eder. Bunun dışında vakıalara ilişkin fiili veya hukukî değerlendirmelerde bulunması veya vakıalara ilişkin çıkarımda bulunması, yorumlaması gerekmez⁵¹⁸. Tanık, vakıayı değerlendirmeden, uzmanlık bilgisini paylaşmadan veya kullanmadan algılanan vakıalar hakkında mahkemeye bilgi verir⁵¹⁹. Olaya ilişkin değerlendirme tamamen mahkemenin sorumluluğundadır. Bununla birlikte, tanığın tespit edilecek olan vakıadan ayrı tutulması mümkün olmayan bazı fiili değerlendirme ve çıkarımlarda bulunması mümkündür. Örneğin, bir malın bozuk olarak değerlendirilmesi ya da tanığın algılarıyla doğrudan bağlantılı olan mesafe, hız gibi tahmini değerlendirmelerde bulunulması mümkündür⁵²⁰. Ancak bunun dışında, vakıaya ilişkin çıkarımları, genel izlenimleri, tahminleri, kişisel görüşleri veya hukukî değerlendirmelerini ifade etmesine yol açacak soruların tanığa sorulması kabul edilemez⁵²¹. Çünkü tanığın salt varsayımları, değerlendirmeleri delil teşkil etmez⁵²². Bu soruları cevaplandırmak da tanığın beyanda bulunma yükümlülüğü kapsamına dahil değildir. Böylece bu sorular yöneltilmişse, tanık beyanda bulunmaktan kaçınabilir.

⁵¹⁴ **Meriç**, Tanık, s. 115-116.

⁵¹⁵ **Ertanhan**, s. 287.

⁵¹⁶ **Müller** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 169, N. 15; **Borla-Geier** (Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach), Art. 169, N. 9; **Weibel/Walz** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger) Art. 169, N. 7.

⁵¹⁷ **Müller** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 169, N. 15.

⁵¹⁸ Staehelin, Adrian/Staehelin, Daniel/Grolimund, Pascal, **Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts**, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf, 2019, § 18, N. 87; **Landshut**, s. 184; **Bracher**, N. 232.

⁵¹⁹ **Borla-Geier** (A.Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach), Art. 169, N. 10.

⁵²⁰ **Bracher**, N. 232.

⁵²¹ **Bracher**, N. 232.

⁵²² **Gasser/Rickli**, Art. 169, N. 3.

2.2.2.1.4. Tanık Olarak Doğru Beyanda Bulunma Yükümlülüğü

Tanık doğru beyanda bulunmakla yükümlüdür⁵²³. Tanığa, dinlenilmeden önce gerçeği söylemesinin önemi ve gerçeği söylememesi halinde ise yalan tanıklıktan dolayı cezalandırılacağı bildirilir (HMK m. 256/1, a ve b). Doğruluktan kasıt, nesnel (objektif), gerçekte olan durumun açıklanmasıdır.

Tanığın yanlış beyanda bulunması ile yalan beyanda bulunması farklı durumlardır. Yanlış beyan söz öbeğinde, “yanlış” kelimesi, yanılmak fiilinden türetilmiştir. Yanılmak, sonucunu düşünmeden veya bilmeden uygunsuz bir davranışta bulunmak anlamına gelir. Yanlış kelime anlamında; bir kurala, bir ilkeye, bir gerçeğe uymama durumu, yanlışlık, hata olarak; felsefe anlamında ise biçimsel düşünme yasalarına uymayan, düşünülen şeyle uyuşmayan olarak tanımlanır⁵²⁴. “Yanlış” kelimesinde bir yanılma hali söz konusudur. Tanığın yanlış beyanda bulunması, olay veya durumu gerçekte olandan farklı algılamasından ya da doğru şekilde algıladığı fakat sonradan bu olay veya durumları farklı hatırlamasından yahut ifade sırasında algıladığını yanlış sözcüklerle, hatalı bir şekilde ifade etmesinden kaynaklanabilir⁵²⁵.

Yalan ise kelime anlamıyla doğru olmayan, gerçeğe uymayan sözdür⁵²⁶. Yalanda bir yanılma durumu yoktur. Yalan beyan, tanığın algıladığı olayları ve durumları kasıtlı olarak gerçekten farklı olarak açıklaması, gerçeği inkâr etmesi, bilgisini saklaması veya hiçbir bilgisi olmadığı halde bilgisi varmış gibi beyanda bulunması hallerinde söz konusudur⁵²⁷.

Tanığın yanlış veya yalan beyanda bulunması, tanık beyanının güvenilirliği konusunda şüphe yaratmakta ve ayrıca gerçeğin ortaya çıkarılmasını da güçleştirmektedir. Ancak tanık beyanı vazgeçilemeyen bir delildir. Bu sebeple de tanık beyanı, uyumsuzluk ve çekişmeli vakıanın ispatında önemini korumaktadır.

Doğru beyanda bulunma yükümlülüğü, tanığın beyanda bulunma yükümlülüğünün bir parçası olsa da beyanda bulunma yükümlülüğünden bağımsız bir karaktere sahiptir⁵²⁸. Tanığın

⁵²³ Schmid (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.10.

⁵²⁴ <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi 27.03.2023.

⁵²⁵ Ertanhan, s. 110. Yanlış beyanda tanığın kasıtlı olarak gerçek durumdan farklı beyanda bulunması hali söz konusu olmadığından, yalan tanıklık suçunu oluşturmaz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 08.05.2018, E. 2015/177, K. 2018/205: “Tanığın gerçeğe aykırı her beyanı yalan tanıklık suçunu oluşturmamaktadır. Bu nedenle tanığın doğru sandığı açıklamaların objektif olarak gerçek dışı olması bu suçun oluşması için yeterli değildir. Tanığın bilinçli olarak gerçekten ayrılması gerekmektedir. Bu itibarla tanık, beyanında samimi olduğu ve algıladığı olayı tamamen algılayış biçimi içinde açıkladıysa yalan beyanda bulunmuş sayılmamalıdır. Zira yalan gerçeğin kasten değiştirilmesi olup yanılma ve ihmal ederek veya bilmeyerek söylenen sözlerde, yalan tanıklık suçunun unsurlarının oluşmadığı kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla tanığın beyanları arasında çelişki bulunması tek başına yalan tanıklık suçunun oluştuğunun kabulü için yeterli değildir. Suçun tüm unsurlarının özellikle de gerçeğe aykırı tanıklığın bilinerek ve istenerek yapıldığının şüpheye yer verilmeyecek şekilde ispatlanması gerekmektedir.”, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi 28.03.2023.

⁵²⁶ <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi 27.03.2023.

⁵²⁷ Ertanhan, s. 110.

⁵²⁸ Bracher, N. 214.

yalan beyanda bulunmasının yaptırımı, beyanda bulunmamasına bağlanan yaptırımdan farklı olması bu durumu teyit eder. Tanık, kanuni bir sebep göstermeksizin tanıklıktan çekinir veya göstermiş olduğu sebep mahkemece reddedildikten sonra tanıklık yapmazsa, disiplin hapsine, para cezasına ve tanığın dinlenilmek üzere duruşmanın başka güne bırakılmasına karar verilir (HMK m. 253/1). Tanığın yalan beyanda bulunması ise tanıklıktan çekinme olarak değerlendirilmez ve bu halde Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 253/1'deki sonuçlar doğmaz. Başka bir deyişle, yalan beyanda bulunma halinde, HMK m. 253/1'de öngörülen tanığın beyanda bulunmaması halindeki öngörülen yaptırım uygulanmaz; ceza hukuku tarafından öngörülen yaptırıma tabi tutulur (HMK m. 264; TCK m. 272). Ayrıca beyanda bulunma için tanık gerektiğinde zorlanılmaktadır (HMK m. 253/1). Fakat bunun aksine, tanığın beyanının doğruluğu için gerektiğinde özgürlüğü kısıtlama gibi zorlama yöntemlerinin kullanılması, gerçeğin araştırılmasına yardımcı olmayacaktır. Gerçeğin araştırılmasında bu tür yöntemlerin yaygınlaştırılması yargıya olan güvenin de kaybedilmesine sebep olacaktır⁵²⁹. Tanık, beyanda bulunma yükümlülüğünden kaçınma hakkı olup, bu hakkından vazgeçerek, isteğe bağlı olarak beyanda bulunacak olursa da doğru beyanda bulunmakla yükümlüdür⁵³⁰. Bu sonuç da tanığın beyanda bulunma yükümlülüğü ile doğru beyanda bulunma yükümlülüğünün birbirinden bağımsız karakterlere sahip olduğunu gösterir.

Tanık, tam ve açık bilgi vermelidir. Beyanını açıklarken açık ve net olmalı, kendisine yöneltilen sorulara da cevap vermelidir. Aksi hal, yükümlülüğün ihlaline sebep olur. Tanık gerçekleri yanlış anlatırsa, vakıaları önemsizleştirir veya tam tersi abartırsa yahut ifadesinin doğruluğu hakkında yanlış bilgi verirse doğru beyanda bulunma yükümlülüğünü ihlal eder⁵³¹.

Tanık, dinlenilmesi sırasında hâkimin, beyanını yanlış anladığını veya yanlış yorumladığını fark etmesine rağmen, bunu belirtmezse de doğru beyanda bulunma yükümlülüğünü ihlal eder⁵³². Tanık doğru beyanda bulunur ancak önemli gerçekleri gizler ve böylece mahkemede yanlış bir gerçeklik izlenimi uyandırır da doğru beyanda bulunma yükümlülüğünü ihlal eder⁵³³. Örneğin, tanık kendisine sorulan soruların cevabını bildiği halde, “bilmiyorum” diyerek cevaplırsa, doğru beyanda bulunma yükümlülüğünü ihlal eder. Tanık aleyhine Türk Ceza Kanunu m. 272'ye göre yalan tanıklık suçundan dolayı takip yapılabilir.

⁵²⁹ Hauser, s. 113.

⁵³⁰ Hauser, s. 146.

⁵³¹ Schmid (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.10.

⁵³² Schmid (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.10.

⁵³³ Schmid (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.10.

Bu halde tanık beyanda bulunmuşsa da doğru beyanda bulunma yükümlülüğünü ihlal etmiştir⁵³⁴.

2.2.2.1.5. Tanık Olarak Beyanda Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları

Tanığın beyanda bulunması içeriğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Tanığın hangi soruları cevaplayabileceği, özel hayatına ilişkin hususlarda dinlenilmesinde bir sınırın olup olmadığına ilişkin düzenleme bulunmaz. Tanığın dinlenirken dinlenilme usûlüne, yalan makinesiyle dinlenip dinlenemeyeceği, ilaç verilip beyanın alınıp alınabileceğine ilişkin de daha ayrıntılı düzenleme bulunmaz. Tanığın dinlenilme usûlü, tanığın beyanında kendisine sorulacak soruların bir sınırı olup olmadığı ya da tanığın beyanda bulunurken dinlenilmesine başka sınırlamaların olup olmadığı sorgulanabilir.

Tanığa sorulacak sorularda tanığın özel hayatını ilgilendiren, mahremiyet sorularının sorulup sorulamayacağı ya da sorulduğu takdirde tanığın bu soruyu cevaplamakla yükümlü olup olmadığı sorunu ortaya çıkar. Bir yanda tanığın beyanda bulunma yükümlülüğü varken, diğer yanda ise tanığın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa ile güvence altına alınan kişi dokunulmazlığı (Anayasa m. 17), kişi hürriyeti ve özgürlüğü (Anayasa m. 19), özel hayatın gizliliği (Anayasa m. 20), haberleşme özgürlüğü (Anayasa m. 22) vardır. Tanığın beyanda bulunma yükümlülüğü, ilgili kişinin özgürlüğünün çeşitli yönlerini kapsayan Anayasa ile korunan temel hak ve özgürlüklerini etkiler⁵³⁵. Mahkemenin tanığın temel haklarını korumada özen yükümlülüğü mevcuttur⁵³⁶. Mahkeme bu yükümlülüğü yerine getirmezse, temel haklara ilişkin yargısal bir ihmal doğar. Örneğin, tanığın akıl hastanesinde zorunlu bir psikiyatrik incelemeye tabi tutulması, tanığın ırkı ya da mezhebi nedeniyle onun güvenilirliği olmadığının ifade edilmesi ve tanıklığı reddedilmesi, sır nedeniyle beyanda bulunmayı reddeden tanığın beyanda bulunmaya zorlanması, tanığın kişisel inançlarına aykırı yemin etmeye zorlanması gibi yükümlülüklerde, tanığın temel hak ve özgürlükleri ihlal edilir⁵³⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça düzenleme bulunmamaktaysa da üçüncü kişinin Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri, bir sınır oluşturur. Bu kapsamda, tanığa, kendisini gereksiz yere kötü duruma düşürecek uygunsuz sorulardan kaçınılmalıdır⁵³⁸. İspat konusuyla ilgisi olmayan uygunsuz ve aşağılayıcı sorular sorulmamalıdır⁵³⁹. Gerçeğin araştırılması için gerekmiyorsa, tanığın kendisine veya yakınının

⁵³⁴ Feyzioğlu, s. 151 vd.

⁵³⁵ Landshut, s.190; Bracher, N. 235.

⁵³⁶ Berger (Stein/Jonas) vor § 373, N. 33; ayrıca bkz.

⁵³⁷ Örnekler için bkz. Berger (Stein/Jonas) vor § 373 N. 33.

⁵³⁸ Landshut, s.190

⁵³⁹ Landshut, s.191.

onurunu zedeleyebilecek ya da zarar verebilecek vakıalar hakkında bilgi verilmesi sağlanmamalı, taraflardan veya taraf avukatlarından gelen bu nitelikteki sorular da reddedilmelidir⁵⁴⁰. Kanun, tanığa sorulacak soruları açıkça yasaklamamış ve gerçeğin ortaya çıkarılması şeklindeki kamu menfaatine öncelik tanımıştır. Bununla birlikte, tanığın anayasada düzenlenen kişilik hakkına yönelen müdahale nedeniyle, çok özel (mahrem) nitelikteki sorular, yalnızca belirli koşullar göz önüne alındığında, gerçeğin ortaya çıkarılması için uygun ve gerekli görünüyorsa, tanığın etkilenen menfaati ile vakıaya ilişkin gerçeğin ortaya çıkarılması menfaati tartıldığında, tanığın beyanda bulunması makul görülebiliyorsa (orantılıysa), tanığın beyanda bulunması kabul edilebilir⁵⁴¹. Böylece çok hassas bilgilerin verilmesi talep edildiğinde, tanığın mahremine ilişkin sorularda, mahkeme orantılılık ilkesine göre değerlendirme yaparak, tanığa bu nitelikte sorulardan ve beyanda bulunması talep etmekten kaçınabilir. Anayasadaki kişi özgürlüğüne dayanarak tanığın beyanda bulunma yükümlülüğü ancak çok sınırlı hallerde ortadan kaldırılabilir.

Tanığa, beyanının kendisinin veya yakınlarından birinin şeref veya itibarını ihlal edecek nitelikte ya da ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına neden olacak nitelikte ise kaçınma hakkı öngörülmüştür. Kanun koyucu, gerçeğin ortaya çıkarılması için tanığın beyanda bulunma yükümlülüğünü öncelikle tercih etmişse de şeref veya itibarını ihlal edecek ya da ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına sebep olacak nitelikteki sorularda, tanığın kişi özgürlüğünü üstün tutarak, kaçınma hakkı tanımıştır. Dolayısıyla tanığın menfaatini, gerçeğin ortaya çıkarılması menfaatinden üstün tutmuştur. (HMK m. 250/b). Bu nedenle tanık kendisine sorulan şeref ve itibarını ihlal eden sorularda kaçınma hakkını kullanabilir. Bunun dışındaki sorularda özel hayatı ilgilendiriyorsa da tanık kaçınma hakkını kullanamaz. Çünkü kanun koyucu, gerçeğin ortaya çıkarılması şeklindeki kamu menfaati ve tanığın özel bilgilerini gizli tutma şeklindeki bireysel menfaati karşısında kamu menfaatine öncelik tanımıştır. Bu nedenle kural olarak, tanık özel hayatını ilgilendiren tüm sorulardan anayasadaki temel hak ve özgürlüklerini ileri sürerek beyanda bulunmaktan kaçınmaz. Ancak kanaatimizce tanık, çok özel nitelikteki ya da yalan makinesiyle dinlenme gibi kişilik haklarına müdahalede bulunan yöntemlerle dinlenilme usûllerine itiraz edebilir. Özellikle beyanda bulunmaktan kaçındığı için kendisine karşı yaptırım kararı verilirse, tanık bu yaptırım kararına karşı koyabilir.

Tanığın dinlenirken doğru muamele görme hakkı vardır. Tanığın Anayasa'da düzenlenen kişi dokunulmazlığı (Anayasa m. 17), kişi hürriyeti ve özgürlüğü (Anayasa m. 19) vardır. Tanığın dinlenmesinde, ilaç verme, şiddet uygulama, kötü davranma gibi yöntemler

⁵⁴⁰ Landshut, s.191.

⁵⁴¹ Bracher, N. 236.

kullanılamaz. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 148’de ifade alma ve sorguda yasak usûller belirlenmiştir. Bu usûllerin şüpheli veya sanığın beyanı alınırken alınması yasaklanmıştır. Düzenlemeye göre, şüpheli veya sanığın beyanı özgür şekilde alınmalı, beyanın alınmasında özgür iradeyi engelleyici kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahalelerde bulunulmamalıdır (CMK m. 148/1). Aynı düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda yer almaz. Düzenlemenin kanunda yer almaması, kişinin Anayasa’yla korunan temel haklarına orantısız bir müdahalede bulunabileceği anlamına gelmez.

2.2.2.1.6. Tanık Olarak Beyanda Bulunmaya Bağlı Diğer Yükümlülükler

2.2.2.1.6.1. Çağrıya Uyma ve Hazır Bulunma Yükümlülüğü

2.2.2.1.6.1.1. Genel Olarak

Tanığın hazır bulunma yükümlülüğü Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 245. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, “Kanunda gösterilen hükümler saklı kalmak üzere, tanıklık için çağrılan herkes gelmek zorundadır. Usûlüne uygun olarak çağrıldığı hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirtilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve *beşyüz Türk Lirasına kadar disiplin* para cezasına hükmolunur. Zorla getirtilen tanık, evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse, aleyhine hükmedilen giderler ve disiplin para cezası kaldırılır.” Madde başlığı “çağrıya uyma zorunluluğu” olarak kaleme alınmıştır. Mahkemeye davetiyeyle çağrılan tanık (HMK m. 243), bu çağrıya uymak (HMK m. 245) ve davette belirtilen saatte ve belirtilen yerde hazır bulunmakla (HMK m. 244/ç) yükümlüdür. Çalışmada kanundaki her iki ifadeyi de içine alan bir terim olarak “çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü”nü kullanma tercih edilmiştir. Bu yükümlülük, çağrılan kişinin kendisinin bizzat çağrıya uyması ve hazır olmasını gerektirir. Çünkü tanığın kendisi yerine vekili veya temsilcisi dinlenemez.

Türk yargısına tabi olan herkes, tanıklık yapma yükümlülüğüne tabidir. Aynı sonuçla Türk yargısına tabi olan kişiler çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğüne de tabidir. Türk yargısına tabi olmayan kişilerin çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü yoktur⁵⁴².

Tanığın kaçınma hakkı varsa da tanık çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğüne uymalıdır. Çünkü kaçınma hakkı tanığı bu yükümlülüğten kurtarmaz. Ancak tanık, çekinme sebebini ve bu sebebi haklı gösterecek delillerini dinleneceği günden önce mahkemeye dilekçeyle ileri sürebilir (HMK m. 252/1). Bu şekilde tanık, sebeplerini önceden bildirmişse çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü yoktur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 252.

⁵⁴² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 418; Tahiroğlu, Hazır Bulunma Yükümlülüğü, s. 620.

maddesinin 2. fıkrasına göre, çekinme sebeplerini ve bunun dayanaklarını önceden bildirmiş olan tanık belli günde mahkemeye gelmek zorunda değildir. Ancak mahkeme duruşmada tarafları da dinledikten sonra kaçınma sebebinin haksızlığına karar verirse, tanık mahkeme tarafından davet edilir. Tanık bu çağrıya uyarak, çağrıldığı yere gelmelidir. İsviçre hukukunda ise tanığın kaçınma hakkı mahkeme tarafından sabit olmadığı sürece ve mahkeme tarafından da çağrı geri alınmadıkça tanığın çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünden kurtulamayacağı ifade edilmiştir⁵⁴³. Hukukumuzda duruşmadan önce yazılı olarak kaçınma sebebi bildirilmesiyle birlikte tanığın mahkemeye gelme zorunluluğu ortadan kalkmaktayken; İsviçre hukukunda mahkeme tarafından karar verilmedikçe, tanık çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünden kurtulamaz. Tanık ancak kaçınma sebeplerini duruşmadan önce ispat ederse ve mahkemede çağrıyı geri alırsa tanık çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünden kurtulur; çağrının geri alınması kararı da mahkemenin takdirindedir⁵⁴⁴. İsviçre hukukundaki düzenlemenin yargılamanın hızlandırılması bakımından daha işlevsel olduğunu kabul etmek gerekir. Hukukumuzda tanığın kaçınma sebebinin haksızlığına karar verilmesi halinde, yeniden tanığa davetiye gönderilerek tanığın davet edilmesi ve mahkemeye gelmesi gerekir. Bu durum da yargı sürecini uzatır.

Tanık olarak dinlenecek kişinin ciddi bir hastalık gibi mahkemeye gelerek ifade veremeyeceği durumlar varsa, tanığın mahkemede hazır bulunması beklenmez. Bu durum için mahkemeye bilgi verilmelidir. Böylesi bir ihtimalde duruma göre mahkeme gerekli kararı almalıdır. Örneğin kişi tanık olarak ifadesi alınamayacak durumdaysa (yoğun bakımda bulunma gibi) tanığın dinlenilmesinden vazgeçilir. Haliyle çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünden de söz edilemez. Bir başka durum da tanığın hastalığı veya engelliliği sebebiyle davette yazılı bulunan yerde hazır bulunamayacak olmasıdır. Bu durumda tanığın kendi ikametgahında veya nerede bulunmaktaysa orada ifadesi alınabilir. Kanunun 259. maddesinin 2. fıkrasında mahkemenin hastalık veya engellilik sebebiyle tanığı bulunduğu yerde dinleyebileceği imkânı kabul edilmiştir. Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik m. 9/3'te de hastalığı, yaşlılığı veya engelliliği sebebiyle mahkemeye bizzat gelmesinde zorluk yaşayacak taraf, tanık, bilirkişi ve diğer ilgililerin talepleri halinde mahkemenin öncelikle duruşmaya elektronik yolla katılmasına karar vereceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereği, mahkeme öncelikle tanığın

⁵⁴³ **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. 160, N. 5.

⁵⁴⁴ **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. 160, N. 6.

duruşmaya elektronik yolla katılmasına karar vermelidir. Hâkimin bu husustaki takdir yetkisi kısıtlanmıştır⁵⁴⁵.

Tanık kural olarak mahkemede sözlü olarak dinlenir (HMK m. 259/1). Mahkeme tanığı gerektiğinde sözlü olarak dinlemek yerine tanığa yazılı soru kâğıdı gönderilmesine de karar verebilir. Tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 246 istisnai niteliktedir⁵⁴⁶. Soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin usûlün istisnai olarak uygulanması gerektiği kanun metninden ve gerekçeden anlaşılmaktadır⁵⁴⁷. Kanun metninde hâkimin “gerekli görülen hâllerde” tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar vereceği ifade edilmiştir. Soru kâğıdı gönderilip gönderilmeyeceği mahkemenin takdirindedir. Mahkemenin bu takdirinde dikkate alması gereken ölçütler ise kanunun gerekçesinde örnek niteliğinde sayılmıştır. Gerekçeye⁵⁴⁸ göre, zaman, uzaklık, gider konuları, tanığın dış ülkede bulunması, mahkeme önünde dinlenmesi için zorunluluk bulunmaması, tanığın yazı ile cevap verebilecek bir kimse olması gibi hususlar, takdirin kullanılmasında birer ölçü olabilir. Kendisine soru kâğıdı gönderilen tanığın mahkemede hazır bulunma yükümlülüğünden bahsedilemez. Çünkü bu usûlde, tanığa mahkemede hazır bulunmasını sağlamak amacıyla davetiye gönderilmez. Tanık cevaplarını tayin edilen süre içerisinde mahkemeye yazılı olarak bildirir (HMK m. 246). Mahkeme yazılı verilen cevabı yetersiz bulursa, tanığı dinlemek üzere mahkemeye davet edebilir (HMK m. 246). Bu son halde, usûlüne uygun olarak davet edilen tanığın çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü doğar.

⁵⁴⁵ Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik m. 9/3 hükmünün emredici mahiyette olduğu hakkında bkz. **Meriç/Arslanpınar Tat**, s. 225, dn. 229.

⁵⁴⁶ **Akkan**, Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi, s. 556. Tanığa soru kâğıdı gönderilmesine ilişkin düzenlemenin benzeri Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 377. paragrafının 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, mahkeme, tanık ve tanığa sorulacak sorunun içeriği açısından elverişli olduğunu görürse, sorulara yazılı olarak cevaplanmasına karar verilebilir. Tanık, ifade vermek üzere davet edilebileceği konusunda bilgilendirilir. Tanığa sorulacak sorunun daha fazla açıklığa kavuşturulması gerekliyse mahkeme tanığın davet edilmesine karar verir. Tanığa soru kâğıdı gönderilmesi koşulları yönünden Türk hukukundaki düzenleme ve Alman hukukundaki düzenleme arasında farklılık olduğu görülmektedir. Alman hukukundaki düzenlemede sorunun yazılı ifadeye uygunluğu ve tanığın yazılı ifadeye uygunluğu koşul olarak aranmıştır. Bu koşullara ilişkin açıklama için bkz. **Akkan**, Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi, s. 575 vd. İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun 190. maddesinde ise yazılı bilgi (schrifliche Auskunft) düzenlenmiştir. Yazılı bilgi, İsviçre’de sınırlı sayıda belirtilen delillerden biridir (SchZPO m. 168). İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun 190. maddesinin 1. fıkrasına göre, mahkeme resmî kurum ve kuruluşlardan yazılı bilgi talep edebilir. Kanunun 190. maddesinin 2. fıkrasında ise özel kişilerden yazılı bilgi istenmesi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, eğer tanık olarak mahkemede hazır bulunması gerekli değilse, özel kişilerden yazılı olarak bilgi toplanabilir. Özel kişilerden yazılı olarak bilgi talep edilmesi yönündeki 2. fıkradaki düzenleme Türk hukukundaki tanığa soru kâğıdı gönderilmesine benzemektedir. (**Akkan**, Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi, s. 582).

⁵⁴⁷ “Tanığın mahkeme huzurunda dinlenilmesinin yüz yüzelik ilkesinin bir sonucu olduğu, soru kâğıdının gönderilmesinin ise çok istisnai durum olacağı gözetilmelidir.

⁵⁴⁸ e-uyar.com, erişim tarihi:10.10.2023.

Mahkemece çağrılan tanık, davetiyede bildirilen hususlarla ilgili bilgisi olmadığını düşünebilir. Ancak tanığın kendisinin böyle bir kanaate sahip olması, çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Tanık belirtilen saatte ve yerde hazır bulunmalıdır.

2.2.2.1.6.1.2. Çağrıya Uyma ve Hazır Bulunma Yükümlülüğünün Kapsamı

Çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünün içeriği, çağrılan kişinin davette belirtilen yerde ve davette belirtilen zamanda hazır bulunmasıdır. Tanık, kural olarak davaya bakan mahkemede dinlenir (HMK m. 259). Ancak tanık mahkemenin yargı çevresi dışında bulunmaktaysa davanın açıldığı yer mahkemesi yerine bulunduğu yer mahkemesi tarafından dinlenmesine karar verilebilir (HMK m. 259/3). Bu halde davanın açıldığı mahkeme, tanığın bulunduğu yerdeki mahkemeyi istinabe eder. Tanık, usûlüne uygun olarak gönderilen davetiyeyle bulunduğu yer mahkemesine davet edilir. Bu şekilde çağrılan tanık istinabe edilen yer mahkemesinin duruşma salonunda hazır bulunmalıdır. Mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan tanığın, bulunduğu yerden ses ve görüntü nakli mümkün olan hallerde, ses ve görüntü yoluyla dinlenmesine karar verilebilir (HMK m. 149/2). Tanığın ilk olarak ses ve görüntü yoluyla dinlenmesine karar verilmesi ve tanığın bizzat davaya bakan mahkeme tarafından dinlenmesinin tercih edilmesi, istinabe yoluyla tanığın dinlenmesine nazaran daha uygundur. Çünkü bu şekilde davaya bakan hâkim, dinleme sırasında tanığı bizzat görmekte, tanığın davranış ve mimiklerini inceleyebilmektedir. Bu ise tanığın beyanının doğruluğuna ilişkin hâkimin kanaatini oluşturmaya yardımcı olur⁵⁴⁹. Tanık olarak gösterilen üçüncü kişi (Türk vatandaşı), Türkiye dışında bir ülkede oturuyorsa, bu halde tanığın Türk mahkemesine çağırılması usulü uygulanmaz. Devletler arasında adli yardım sözleşmesi varsa bu sözleşme hükümlerine göre hareket edilir. Sözleşme yoksa Türk mahkemesi tanığın bulunduğu yerdeki mahkemeyi istinabe eder⁵⁵⁰.

Tanık, kural olarak mahkemenin duruşma salonunda dinlenir. Tanığın duruşma salonu dışında dinlenmesi de mümkündür. Mahkeme, gerçeğin açıklığa kavuşturulması için gerekliyse tanığı olayın gerçekleştiği veya şeyin bulunduğu yerde dinleyebilir (HMK m. 259/2). Özellikle uygulamada taşınmaza ilişkin uyuşmazlıklarda tanıkların keşif yerinde hazır bulundurulmalarına ve o yerde dinlenilmelerine karar verilmektedir⁵⁵¹. Tanık olayın gerçekleştiği, şeyin bulunduğu yerde hazır bulunmalıdır. Ayrıca hastalık veya engelliliği

⁵⁴⁹ Ses ve görüntü yoluyla tanığın dinlenmesi, istinabeye nazaran doğrudanlık ilkesinin gerçekleşmesine daha çok hizmet eder. (Gayretli Aydın, Seda, “Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2106, ss. 2101-2126; Akkan, Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi, s. 588.

⁵⁵⁰ Nomer, Ergin, **Devletler Hususî Hukuku**, Yenilenmiş 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 599. Milletlerarası adli yardım hakkında bkz. Nomer, s. 598 vd.

⁵⁵¹ Yargıtay 8. HD. 16.11.2012, E. 2012/4237, K. 2012/10680, Lexpera, erişim tarihi 17.04.2023.

sebebiyle mahkemeye gelemeyen tanık, bulunduğu yerde dinlenebilir (HMK m. 259/3). Mahkemenin bu yöndeki kararıyla, tanık ikamet ettiği evde dinlenebileceği gibi örneğin mahkemeye gelemeyecek kadar hasta veya yaşlıysa hastanede ya da bakım evinde de ifadesi alınabilir⁵⁵². Tanığın bulunduğu yerde dinlenmesine karar verilmişse tanık o yerde, evinde, hastanede veya bakım evinde hazır bulunmalıdır.

Tanığın çocuk olması da duruşma salonu dışında dinlenmesini gerektirebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda çocuk tanıkların dinlenmesine ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Çocuğun tanık olarak beyanına başvurulması gerektiğinde, ergin olan tanıklardan farklılığı göz önünde bulundurulmalıdır. Çocuğun duruşma salonunda, bilmediği bir ortamda dinlenmesi, heyecan, korku gibi duygularla, dinlendiği konudaki vakıayı mahkemeye doğru bir şekilde ifade etmesini güçleştirebilir⁵⁵³. Bazen duruşma salonu yerine özel ortamda beyanının alınması, çocuğun daha güvenilir hissetmesini sağlayarak daha doğru bir tanık beyanı elde edilmesine yardımcı olabilir⁵⁵⁴. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 236. maddesinde suçtan zarar gören mağdur çocukların tanık olarak dinlenmesi özel olarak düzenlenmiştir. Bu maddenin 4. fıkrasında tanığın gerektiğinde özel ortamlarda dinlenilmesi düzenlenmiştir: *“Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından ifade ve beyanının özel ortamda alınması gerektiği ya da şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen çocuk veya mağdurların ifade ve beyanları özel ortamda uzmanlar aracılığıyla alınır”*. Anılan maddenin hukuk muhakemelerinde de kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁵⁵.

Tanık davetiyede belirtilen gün ve saatte hazır bulunmakla yükümlüdür. Yargılamada ispat aşamasının seyri için hazır bulunmanın zamanında olması gerekir⁵⁵⁶. Tanık belirlenen gün ve saatte, mazeret bildirmeksizin gelmezse, kanunda öngörülen yaptırımlar uygulanır (HMK m. 245). Tanık geç kalmış ancak duruşma sona ermeden gelmiş ve dinlenebilmesi mümkün ise tanık hakkında yaptırım uygulanmamalıdır⁵⁵⁷. Özellikle birkaç dakikalık gecikmelerde, duruşma sona ermemişse, tanığın dinlenmesine, mahkemenin karar vermesi makuldür.

⁵⁵² Ertanhan, s. 235.

⁵⁵³ Ertanhan, s. 246-247; Tahiroğlu, Hazır Bulunma Yükümlülüğü, s. 625.

⁵⁵⁴ Tahiroğlu, Hazır Bulunma Yükümlülüğü, s. 625.

⁵⁵⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan çocuk tanıkların dinlenmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Ertanhan, s. 249-250; Tahiroğlu, Hazır Bulunma Yükümlülüğü, s. 626.

⁵⁵⁶ Huber, (Musielak/Voit), § 380, N. 2; Berger (Stein/Jonas), § 380, N. 3; Greger, Zöllner, § 380, N. 2; Bracher, N.206.

⁵⁵⁷ Scheuch, (Vorwerk, Volkert / Wolf, Christian (Hrsg.), “Beck'scher Online-Kommentar ZPO”, 21. Edition, Verlag C.H.BECK, München, 2016. (Bölüm Yazarı, Vorwerk/ Wolf), § 380, N. 4; Berger (Stein/Jonas), § 380, N. 3; Tahiroğlu, Hazır Bulunma Yükümlülüğü, s. 626.

Tanık belirlenen gün ve saatte geldiği halde, henüz dinlenilmeden duruşma salonunu terk ederse hazır bulunma yükümlülüğü yerine getirilmiş sayılmaz⁵⁵⁸. Tanık, davetiyede belirtilen zamandan mahkeme tarafından ifadesi alınana kadar, duruşma salonunda kalmakla yükümlüdür⁵⁵⁹. Ancak sabah saatlerinde dinlenilmek üzere çağrılan tanığın öğleden sonraya kadar bekletilmemesi gerekir⁵⁶⁰. Alman hukukunda bu konuda kırk beş dakika, bir saat veya bir buçuk saat gibi süreler tartışılmaktadır⁵⁶¹.

Tanık, beyanda bulunabilecek yeterlikte olmalıdır. Tanığın dinlenmeye hazır olması, gerçeğe uygun bir beyan için vazgeçilmez bir koşuldur. Özellikle tanıklıkta, olayı hatırlama ve kendini ifade etme becerisi gerekir⁵⁶². Tanık, alkol, ilaç ya da uyuşturucu madde kullanarak beyanda bulunamayacak halde mahkemeye gelmişse, ifadesi alınamayacağından hazır bulunmamış gibi kabul edilmelidir⁵⁶³. Bu halde Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 245'te düzenlenen gelmemenin sonuçları doğacaktır.

Çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünün doğabilmesi için öncelikle tanık usûlüne uygun olarak çağrılmalıdır (HMK m. 245). Tanık, davetiye⁵⁶⁴ ile çağrılır (HMK m. 243/1). Tanığın davetiye ile çağrılması ve gerekirse zorla getirilmesi mahkemenin görevidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 243/1'e göre, davetiye gönderilmeden taraflarca hazır bulundurulan tanık da mahkemede dinlenebilir (HMK m. 243/1). Tanık listesi için kesin süre verildiği ve dinlenme gününün belirlendiği hallerde taraf, tanık listesi vermemiş fakat duruşmada tanıkları hazır bulundurmuşsa, tanıklar dinlenir (HMK m.243/1, son cümle). Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 243/1'e dayanarak tarafların tanıkları hazır bulundurma yükümlülüğü olduğu sonucuna varılmamalıdır. Yargıtay, bu hususa değinerek, tarafların tanıkları hazır bulundurma yükümlülüğü olmadığını haklı olarak belirtmiştir⁵⁶⁵. Aksi halde

⁵⁵⁸ **Berger** (Stein/Jonas), § 380, N. 3; **Tahiroğlu**, Hazır Bulunma Yükümlülüğü, s. 626.

⁵⁵⁹ **Bracher**, N.208.

⁵⁶⁰ **Ertanhan**, s. 211, dn. 241.

⁵⁶¹ Açıklama için bkz. **Tahiroğlu**, Hazır Bulunma Yükümlülüğü, s. 626.

⁵⁶² **Bracher**, N.207.

⁵⁶³ **Berger** (Stein/Jonas), § 380, N. 3; **Greger**, Zöller, § 380, N. 2; **Bracher**, N.207.

⁵⁶⁴ Davetiye; hukukî anlamıyla idari, işlem veya kararlara ilişkin olarak bir kişinin idari veya adli bir makamda hazır bulunulmasının istenmesidir. (Meriç, Nedim/Arslanpınar Tat, Tuğçe/Işık, Melih/Korkmaz, D. Nurdan/Özkan Kıldıl, Barçın, **Olaylarla Tebligat Hukuku**, 3. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 7).

⁵⁶⁵ “Mahkemece; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca yasal dayanağı bulunmadığı halde, taraflara tanıklarının duruşmada hazır bulundurma yükümlülüğü yüklenemez. Bu konuda süre verilemez. Verilmiş olsa dahi sonuç doğurmaz. Tanıkların mahkemeye ne şekilde davet edilecekleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 240., 243. ve 245. maddelerinde gösterilmiştir. Bu durumda ilk derece mahkemesince yapılacak iş; davalının dinlenmesinden açıkça vazgeçmediği tanık ...'ın tebligata elverişli adresini sunması için usulüne uygun şekilde sonuçları hatırlatılacak şekilde davalıya kesin süre verilerek adı geçen tanığın HMK m.240/3'e göre bildirilen adresine gönderilecek tebligat ile HMK m.243 uyarınca duruşmaya davet edilmesi, gerektiğinde istinabe yoluyla dinlenmesi için gerekli işlemlerin yapılması, usule uygun olarak davet edildiği halde mazeret bildirmeksizin gelmemesi halinde tanığın HMK m.245 gereği zorla getirilmesine ve sonuç olarak zorla getirme kararının akıbeti uyarınca hüküm kurulması gerekirken hukukî dinlenilme hakkına (HMK m. 27) aykırılık oluşturacak şekilde, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD., T. 25.5.2021, E. 2021/1333, K. 2021/3820; “Davacı-karşı davalının bu tanığın dinlenmesinden açıkça vazgeçtiğine dair bir beyanı

tanıkları hazır bulundurma yükümlülüğü taraflara yükletilerek, gösterilen tanığın dinlenilmemesi, adil yargılanma hakkı (Anayasa m. 36) kapsamında olan iddia ve savunma hakkının ihlal edilmesine sebep olabilir⁵⁶⁶.

Tanığın bildiklerini mahkemeye davet edilmeden kendiliğinden gelip anlatması şeklinde bir yükümlülüğü ise yoktur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda böyle bir usûl de düzenlenmemiştir. Tanık, tarafların talebiyle veya kendiliğinden araştırma ilkesi kapsamında mahkeme tarafından çağrılmalıdır. Tarafların talebi olmaksızın doğrudan mahkemeye gelerek beyanda bulunmak isteyen üçüncü kişi tanık olarak dinlenilmemelidir. Doktrinde tanığın kendiliğinden gelerek teklifte bulunması, doğruluğundan şüphe edilmesini gerektirecek bir hal olarak da değerlendirilmiştir⁵⁶⁷.

2.2.2.1.6.2. Yemin Etme Yükümlülüğü

2.2.2.1.6.2.1. Kural

Hukuk yargılamasında kural olarak, tanıklara dinlenmeden önce yemin eda ettirilir. Tanığa dinlenmeden önce doğruyu söyleyeceği konusunda yemin edeceği de hâkim tarafından hatırlatılır (HMK m. 256/1, c). Tanığın yemin etme yükümlülüğü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 258. maddesinde “yemin, tanığın dinlenilmesinden önce eda edilir.” şeklinde ifade edilmiştir. Yeminin zorunlu olduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 253'teki düzenlemeden açıkça anlaşılmaktadır. Maddede kanuni bir sebep gösterilmeden tanıklıktan çekinme ve yemin etmeme aynı hukukî sonuca bağlanmıştır. Her ikisinin de yerine getirilmemesinde disiplin para cezası, sebep olunan giderlerin ödettilmesi ve disiplin hapsi yaptırımları öngörülmüştür.

Tanığın yemin etmesi, doğru beyanda bulunmasını temin eder (HMK m. 256/1, c). Tanığın yemin etmesi, bir delil değildir; yapacağı açıklamaların doğruluğunu temin etmek içindir⁵⁶⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 225 vd. ise tarafın yemin etmesi düzenlenmiştir. Taraf yemini, taraflardan birinin, bir vakıanın doğru olup olmadığı hakkında, mahkeme önünde

olmadığı gibi, tarafların tanıklarını duruşmada hazır bulundurma yükümlülükleri de bulunmamaktadır. Davacı-karşı davalının davasının reddedildiği de göz önüne alındığında Hukuk Muhakemeleri Kanununun 241. maddesi şartları da oluşmamıştır.” Yargıtay 2. HD., T. 23.3.2016, E. 2015/14722, K. 2016/5694; Yargıtay 2. HD., T. 26.11.2019, E. 2019/4431 K. 2019/11549. Kararlar için bkz. Lexpera, erişim tarihi: 17.03.2023.

⁵⁶⁶ “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 243/1. maddesine göre “Tanık davetiye ile çağrılır. Şu kadar ki, tanık listesi için kesin süre verildiği ve dinlenme gününün belirlendiği hallerde, liste verilmemiş olsa dahi taraf, o duruşmada hazır bulundursa tanıklar dinlenir.” (HMK m.243/1). Yasal sebep bulunmadıkça gösterilen tanığın dinlenmemiş olması savunma hakkını kısıtlayan önemli bir usul hatasıdır.” Yargıtay 2. HD., T. 15.4.2019 E. 2018/825 K. 2019/4718, Lexpera, erişim tarihi: 17.03.2023; “O halde; yukarıda belirtilen ilkeler ve olgular birlikte değerlendirildiğinde; hukuka aykırı olarak tarafça hazır edilmesi istenen davalı tanıklarının dinlenmeden, olaya ilişkin bilgi ve görgülerine başvurulmadan sonuca gidilmesi, diğer bir söyleyişle davalının tanık delilinin toplanmayarak savunma hakkının kısıtlanmış olması doğru değildir.” Yargıtay 1. HD., T. 10.09.2015, E. 2015/9232, K. 2015/10620, (Lexpera, erişim tarihi: 17.03.2023).

⁵⁶⁷ Belgesay, Deliller, s. 125.

⁵⁶⁸ Yılmaz, Şerh 3, s. 4104.

ve kanunun belirlediği şekilde beyanda bulunmasıdır⁵⁶⁹. Tarafın yemin etmesi, tanığın yemin etmesinden farklı olarak kanunda delil olarak düzenlenmiştir.

Yemin, tanığın ifadesini güçlendirmeye yöneliktir⁵⁷⁰. Ayrıca yemin, tanığın doğru söylemesini sağlayan bir araç olarak görülebilir. Bu işlevi, yeminin kutsal olması anlayışına dayanır. Yemin, tanık üzerinde doğru beyanda bulunması için manevi baskı oluşturur. Kanunda öngörülen usûlde yemin eda ettirilmesi de bu manevi baskıyı artırır⁵⁷¹. Yeminin herkesin huzurunda eda edilmesi, hâkim de dahil olmak üzere herkesin ayağa kalkması, kutsal sayılan inanç ve değerler üzerine yemin eda edilmesi gibi şekli ve içeriğe ilişkin unsurlar, tanığın doğru beyanda bulunmasına hizmet eden etkiye sahiptir. Ancak bu etki tüm tanıklar için aynı değerde değildir. Hatta yemin eda ettirilmesi, bazı tanıklar için hiçbir etki doğurmayabilir. Bu durum göz önüne alındığında, tanık yemini eda etmiş olsa da bu yemin tanığın doğru beyanda bulunduğunu kesin olarak ortaya koymaz⁵⁷². Yemin aynı zamanda gerçeğin ortaya çıkarılmasında bir araçtır⁵⁷³. Tanığın doğruyu söylemesine dikkat çekilerek, gerçeğin ortaya çıkarılması sağlanır.

İsviçre hukukunda yargılamada tanığın yemin etmesinin zorunlu olduğuna ilişkin kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman hukukunda ise kural olarak tanıklar yemin etmezler ve tanıkların yemin etme yükümlülüğü belli durumların varlığına bağlı olarak mahkemenin takdirine bırakılmıştır (dZPO § 391). Tanık yalnızca istisnai olarak ve mahkemenin takdirine bağlı olarak yemin eder⁵⁷⁴.

Alman Medenî Usûl Kanunu'na göre, § 393 paragrafındaki hüküm saklı kalmak üzere, tarafların yeminden vazgeçmemesi halinde, mahkeme, beyanın önemi veya tanığın gerçeğe uygun beyanda bulunabilmesi için gerekli görürse tanığa yemin ettirilmesine karar verir (dZPO § 391). Taraflar yeminden vazgeçerse, yemin gerçekleşmez. Alman Medenî Usûl Kanunu § 393 paragrafında bazı kişilerin yemin ettirilmeden dinleneceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, dinlendiği sırada henüz on altı yaşını doldurmamış olan veya akıl zayıflığı ya da akli olgunluğu nedeniyle yeminin önemi ve niteliğini yeterince anlayamayanlar yemin ettirilmeden dinlenir.

⁵⁶⁹ Yılmaz, Ejder, **Medenî Yargılama Hukukunda Yemin**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 525. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 03.03.2017 tarihli E. 2015/2, K. 2017/1 kararında yemini şu şekilde tanımlanmıştır: “Yemin, taraflardan birinin davanın çözümünü ilgilendiren bir olayın doğru olup olmadığı konusunu, kanunda belirtilen usule uyararak, mahkeme önünde, kutsal sayılan değerlerle teyit eden ve kendisine kesin delil vasfı yüklenmiş sözlü açıklamalardır.” (Lexpera).

⁵⁷⁰ Yılmaz, Şerh 3, s. 4104.

⁵⁷¹ Yılmaz, Şerh 3, s. 4106.

⁵⁷² Canpolat, Şerafettin, **Usûl Hukukunda Tanık ve Psikolojisi**, Kemal Matbaası, Adana, 1974, s. 45-46.

⁵⁷³ Scheuch (Vorwerk/Wolf), § 391, N. 1.

⁵⁷⁴ Baur, Fritz/Grunsky, Wolfgang/Jacoby, Florian, **Zivilprozessrecht**, 17. Auflage, Franz Vahlen, München, 2020, N. 578; Damrau/Weinland (MüKoZPO), § 391, N. 4. Ayrıca uygulamada yemin etmenin nadiren gerçekleştiği ifade edilmiştir (Baur/Grunsky/Jacoby, N. 578).

Alman hukukunda, mahkeme, “beyanın önemi” veya “tanığın gerçeğe uygun beyanda bulunması” için gerekli olduğunda tanığın yemin etmesine karar verir. Beyanda bulunma, yargılamanın sonucu (karar) açısından belirleyici bir öneme sahipse yeminin öneminden söz edilebilir⁵⁷⁵. Tanığın beyanı karara etki eden öneme sahip değilse, tanığın güvenilirliğine ilişkin şüphe olsa bile tanığa yemin ettirilmez⁵⁷⁶. Önemli olan tanığın doğru beyanda bulunmasını sağlamaktır. Tanık eğer güvenilir ise karara etki eden önemli bir vakıa olsa da yemin ettirilmeyebilir⁵⁷⁷. Ancak mahkemenin tanığın doğru beyanda bulunmasına ilişkin bir şüphesi varsa ve beyanı karara etkiliyse tanığa yemin ettirilmelidir⁵⁷⁸. Yemin, tanığın beyanda bulunurken, onun algılama yeteneğinde veya koşullarında herhangi bir değişiklik yapmamakta yalnızca tanığın doğru beyanda bulunma isteğini artırmaktadır⁵⁷⁹.

Alman hukukunda, tanığın yemin ettirilmesine karar verilmişse, tanık yemin etmekle yükümlüdür. Tanık haksız yere yemin etmezse, bunun sonucu beyanda bulunmama ile aynıdır (dZPO § 390). Haksız olarak yemin etmeme ile haksız olarak tanıklıktan kaçınma aynı hukukî sonucu doğurur⁵⁸⁰. Tanığa, sebep olduğu giderlerin ödettirilmesine karar verilir ve aynı zamanda disiplin para cezasına, bu cezanın tahsil edilememesinde disiplin hapsine karar verilir (dZPO § 390). Öte yandan Alman hukukunda tanığın yemin etmeden dinlendirilmiş olmasının delillerin değerlendirilmesi anlamında bir sonucu da yoktur. Başkaca deyişle, delillerin değerlendirilmesi kapsamında mahkeme, beyanın yeminli olup olmadığını takip etmez. Hatta yemin eden tanık aksi yönde beyan etmiş olsa da mahkeme yemin etmeden beyanda bulunan tanığın beyanının daha güvenilir olduğu kanaatine varabilir⁵⁸¹.

Alman hukukunun aksine hukukumuzda tanığın yemin etmekle yükümlü olması kuraldır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda ise kural olarak tanığın yemin etmekle yükümlü olduğu söylenemezdi. Çünkü kanunda yemini, taraflardan biri talep edebilir veya mahkeme gerektiğinde yemin eda ettirilmesine karar verebilirdi (HUMK m. 261). Dolayısıyla tanık, hâkim tarafından gerekli görülürse veya taraflardan birinin istemesi halinde yeminli olarak beyanı alınırdı. Yemin teklif edilirse veya mahkeme tarafından gerekli görülürse, tanık yemin etmekle yükümlüydü. Bununla birlikte tanık, yeminden kaçınabilir; bu halde kaçınma sebebi sorularak vereceği cevap tutanağa yazılırdı (HUMK m. 263). Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda ise yemin, taraflardan birinin talebine veya mahkemenin takdirine bırakılmamıştır.

⁵⁷⁵ **Scheuch** (Vorwerk/Wolf), § 391, N. 2.

⁵⁷⁶ **Scheuch** (Vorwerk/Wolf), § 391, N. 2; **Huber** (Musiak/Voit), ZPO, § 391, N.1; **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), § 391, N. 5.

⁵⁷⁷ **Huber** (Musiak/Voit), ZPO, § 391, N.1; **Scheuch** (Vorwerk/Wolf), § 391, N. 2.

⁵⁷⁸ **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), § 391, N. 5; **Scheuch** (Vorwerk/Wolf), § 391, N. 3.

⁵⁷⁹ **Huber** (Musiak/Voit), ZPO, § 391, N.1.

⁵⁸⁰ **Musiak/Voit**, Grundkurs ZPO, N. 783.

⁵⁸¹ **Baur/Grunsky/Jacoby**, N. 578.

Bu nedenle, kanunda sayılan istisnalara tabi olmayan her tanık dinlenmeden önce mutlaka yemin ettirilir.

2.2.2.1.6.2.2. İstisnaları

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 257. maddesinde iki grupta kategorize edilen tanıklar yemin etmeden dinlenir: (a) Dinlendiği sırada on beş yaşını bitirmemiş olanlar ile (b) yeminin niteliğini ve önemini kavrayamayacak derecede ayırt etme gücüne sahip olmayanlar. Bu iki gruptaki kişiye yemin ettirilmez. Bu iki gruptaki kişilerin yemin ettirilmemesi için tanığın rızası veya mahkemenin takdir yetkisi söz konusu değildir. Ayrıca örneğin on beş yaşını bitirmemiş bir tanık, yeminin anlam ve önemini kavrayabilecek nitelikte olabilir. Böyle bir ihtimalde tanığın yemin ederek dinlenilmesine karar verilmemelidir. Kanunda öngörülen bu iki şarttan biri gerçekleşmişse, tanığın yemin etme yükümlülüğü yoktur.

Maddede ilk olarak on beş yaşını doldurmamış tanıkların yeminsiz dinleneceğine yer verilmiştir. Bunun için tanığın “dinlendiği sırada” on beş yaşını doldurmamış olması yeterlidir. İkincisi yeminin anlam ve önemini kavrayamayacak derecede ayırt etme gücüne sahip olmayanlardır. Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini mahkeme kendiliğinden incelemelidir. Her iki istisnanın da gerekçesi, tanığın yeminin anlamını kavrayamayacak olmasındandır. Ancak yemin edilememesi, tanıkların yemin vermeden dinlenmesine engel değildir⁵⁸². Tanık, yeminsiz de olsa dinlenir. Yemin etme yükümlüsü olmayan tanığa yemin eda ettirilmişse, bu beyan, yeminsiz bir beyan gibi değerlendirilmelidir⁵⁸³.

Bu iki istisna küçük farklılıkla Alman Medenî Usûl Kanunu'nda da sayılmıştır. § 392 paragrafına göre, dinlendiği sırada on altı yaşını doldurmamış olanlar ile akli olgunluğu nedeniyle yeminin anlam ve önemini yeterince anlayamayanlar yemin ettirilmeden dinlenir.

Yeminin anlam ve önemini anlaşıp anlaşılmadığını mahkeme dikkatlice incelemelidir. Burada kastedilen tanığın ayırt etme gücüne sahip olmaması değildir. Tanığın yeminin anlam ve önemini kavrama yeteneğinin olmamasıdır. Örneğin tanık on yedi yaşında olup yeminin anlam ve önemini anlamayacak durumda olduğu görülmekteyse, yemin etmeden dinlendirilebilir. Ayrıca akıl hastalığı veya akıl zayıflığı gibi nedenlerde (TMK m. 13) yeminin anlam ve önemini anlayamayacaksa yemin ettirilmeden dinlenir. Tanığın alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olması gibi ayırt etme gücünün geçici yokluğunda, tanık, tanıklık ehliyeti de olmadığından beyanda bulunamayacaktır. Burada duruma göre tanık çağrıyla uyma ve hazır

⁵⁸² Scheuch (Vorwerk/Wolf), § 393, N.1.

⁵⁸³ Scheuch (Vorwerk/Wolf), § 393, N.1.

bulunma yükümlülüğünü yerine getirmemiş sayılabilir. Çünkü bu halde, tanık hazır bulunma yükümlülüğüne uymamıştır. Böylece tanık için HMK m. 246'daki yaptırım uygulanabilir⁵⁸⁴.

Kanunda sayılan bu iki grup dışındaki tanıkların yemin etme yükümlülüğü vardır. Bununla birlikte tanığın kaçınma hakkı varsa örneğin tanık iki taraftan birinin nişanlısı, karısı veya kocasıysa beyanda bulunmaktan kaçınabilir. Bu kaçınma sebebine rağmen bu haktan yararlanmayarak tanık olarak beyanda bulunmaya karar verirse, yemin etmekle yükümlü olup olmadığı sorulabilir. Alman hukukunda, tanık olarak beyanda bulunmadan kaçınma hakkına sahip tanığın bu hakkından vazgeçerek açıklama yapmış olsa bile yemin etmekten kaçınabileceği ve bunun dayanağının da Alman Medenî Usûl Kanunu § 390 olduğu ileri sürülmüştür⁵⁸⁵. Alman Medenî Usûl Kanunu § 390'da beyanda bulunmaktan kaçınmanın sonuçları düzenlenmiştir. Anılan düzenlemede, tanık gerekçesiz olarak veya açıklanan nedenin önemsiz olduğu kesin bir şekilde karara varıldıktan sonra tanıklıktan ve yeminden kaçınırsa kaçınmanın sebep olduğu giderlerin tanığa yükletileceği, para cezası verileceği ve bunun tahsil edilememesinde tanığa disiplin hapsine hükmedileceğine yer verilmiştir. Tanık gerekçesini ileri sürerek tanık olarak beyanda bulunmaktan kaçınabileceği gibi yeminden de kaçınabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.253'te de Alman Medenî Usûl Kanunu § 390'daki düzenlemenin benzeri yer almaktadır. Buna göre, kanuni bir sebep göstermeden tanıklıktan çekinen, yemin etmeyen tanığa kanundaki yaptırımlar uygulanabilir. Ancak kanun koyucu bu kişilerin yeminsiz dinlenmesinden vazgeçmiştir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda yemin etmeden dinlenecek kişiler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na kıyasla daha fazlaydı ve kanun koyucu bu kişilerin yeminsiz dinlenmesinden vazgeçtiğini gerekçede açıkça ifade etmiştir. Gerekçede yeminsiz dinleneceklerin bir kısmının esasında tanıklıktan çekinme hakkı olduğu halde, tanıklıktan çekinme haklarını kullanmadıklarına; bir kısmının da menfaat ilişkilerine göre yeminsiz dinlenmeleri, iyiniyet kuralları ve doğruyu söyleme yükümlülüğü ile bağdaşmayacağından bu kişilere yeminsiz dinlenme hakkı tanınmadığı şeklinde açıklanmıştır⁵⁸⁶. Kanunun gerekçesinden tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerin bu hakkı kullanmaktan vazgeçerek, tanıklık edecek olurlarsa yemin etmekle yükümlü oldukları açıkça ifade edilmiştir. Böylece tanık, kaçınma hakkını ileri sürerek yemin etme yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınamaz. Bundan başka, tanık, taraflardan birinin davayı kazanmasında

⁵⁸⁴ Alman hukukunda, Alman Medenî Usûl Kanunu § 380 paragrafının uygulanacağı hakkında bkz. **Huber**, (Musielak/Voit), § 393, N.1; **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), § 393, N. 2. Alman Medenî Usûl Kanunu § 380 paragrafında, usûlüne uygun olarak davet edilen tanığın talep olmaksızın gelmemesinin sebep olduğu giderlerin karşılanacağı ile aynı zamanda kendisine para cezası verileceği ve disiplin hapsinin uygulanacağı düzenlenmiştir (dZPO § 380/1). Tanık tekrar gelmezse tanığın zorla getirilmesine de karar verilebilir (dZPO § 380/2).

⁵⁸⁵ **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), § 391, N. 2; **Scheuch** (Vorwerk/Wolf), § 391, N. 5.

⁵⁸⁶ e-uyar.com, erişim tarihi: 10.10.2023.

menfaati olan bir kişiye de yemin etmekle yükümlüdür. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu m. 247’de ise yeminsiz dinleneceği kuralı öngörülmüştü. Ancak doğruyu söyleme yükümlülüğü ile bağdaşmadığından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda bu kişilerin de yemin etme yükümlülüğü kabul edilmiştir.

Ceza yargılaması ise hukuk yargılamasından farklıdır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 51. maddesine göre, 45. madde gereğince tanıklıktan çekinebilecek kimselere yemin verdirip verdirmemek mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Ayrıca tanığın kendisi de yemin etmekten çekinebilir ve bu hususun tanığa bildirilmesi gerekir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 45. maddesine göre tanıklıktan çekinebilecek kişiler: şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derecede dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunan kişilerdir. Bu düzenleme ile tanığın beyanda bulunması için üzerindeki yemin baskısı kaldırılmaktadır⁵⁸⁷.

2.2.2.1.6.2.3. Yeminin Şekli ve Bu Şekle Bağlı Tanığın Yükümlülükleri

Yemin, tanığın dinlenmesinden önce eda ettirilir (HMK m. 258). Bu düzenleme yürürlükten kaldırılan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’ndan farklıdır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 261. maddesindeki düzenlemede, yeminin tanığın dinlenilmesinden sonra eda ettirilmesi öngörülmüştü. Bu hükmün değiştirilmesindeki amaç, gerekçede, bu şekilde dinlenilmenin amaca daha uygun olduğu şeklinde ifade edilmiştir. Gerekçede “amaca uygun” ifadesine yer verilmiştir. Buradan kanun koyucunun tanığın dinlenmeden önce yemin verdirilerek dinlenmesiyle doğru beyanda bulunması amacının daha iyi gerçekleştirileceği kanaatinde olduğu anlaşılmaktadır. Tanık dinlenmeden önce yemin ettiğinde, doğru beyanda bulunması yönünde bir bilince sahip olur. Ayrıca tanığın dinlenmeden önce yemin ile uyarılması yalan ve gerçek dışı cevapların önlenmesini de sağlar⁵⁸⁸. Yemin beyandan sonra gerçekleştirildiğinde ise tanık, beyanı üzerinde bir kez daha düşünebilir, beyanını açıklarken yapmış olduğu hataları çekinmeden düzeltebilir ve bu şekildeki yemin ile birlikte tanığın şüphe etmemiş olduğu şeyler üzerinde yemin ettiği kabul edilebilir⁵⁸⁹. Yemin, tanığın dinlenmesinden sonra gerçekleştirilirse, tanığın bir kez daha düşüneceği ve gerekli görürse düzeltme yapabileceği fikri yerinde olmakla birlikte böyle bir düzeltme yapılması

⁵⁸⁷ Feyzioğlu, s. 148.

⁵⁸⁸ Canpolat, s. 51. Ayrıca yemin tanığın dinlenmesinden önce gerçekleştirilirse, tanık vicdan muhasebesini yaparak doğru beyanda bulunması sağlanır. (Ertanhan, s. 262).

⁵⁸⁹ Bilge/Önen, s. 529-530.

esasen düşük bir ihtimaldir. Çünkü tanığın mahkeme huzurundaki beyanlarını geri alması veya düzeltmesi psikolojik açıdan değerlendirildiğinde çoğu zaman çok düşük bir ihtimal olacaktır⁵⁹⁰. Alman hukukunda ise yemin tanığın dinlenilmesinden sonra gerçekleştirilir (dZPO § 392). Alman hukukunda yemin etmeye, hâkim, gerekli durumlarda karar verdiğinden dolayı bu şekildeki düzenlemeyle, hâkime yemin etmenin gerekliliğine ilişkin değerlendirme fırsatı verilmiş olur⁵⁹¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 258'in devamında, yeminin şekli ve içeriğine ilişkin hükme yer verilmiştir. Bu hüküm gereği, yemin, duruşmada hazır bulunanların huzurunda eda edilir ve bu sırada hâkim de dahil olmak üzere herkes ayağa kalkar. Düzenlemeyle tanığın kendisinden bekleneni yapması yönünde manevi baskı oluşturulmakta, tanığın doğru beyanda bulunması için teşvik edilmektedir. Bu uygulama gerçeğin ortaya çıkarılması için önemli bir etkiye sahiptir. Tanık, kanunda öngörülen usûle uygun şekilde dinlenilmeden önce, herkesin huzurunda bu yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Tanık hastalık gibi bir sebep olmadan keyfi olarak bu kurala riayet etmezse, bu halde duruşma düzenini bozmaya ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 151 değerlendirilmelidir. Hâkim, önce uyarır; ihtara rağmen aynı davranışta bulunmaya devam ederse, hakkında dört güne kadar disiplin hapsi uygulanabilir.

Maddenin son fıkrasında da tanığın yemini eda ederken ne söylemesi gerektiğine yer verilmiştir: *'Hâkim tanığa, "Tanık sıfatıyla sorulacak sorulara vereceğiniz cevapların gerçeğe aykırı olmayacağına ve bilginizden hiçbir şey saklamayacağınıza namusunuz, şerefiniz ve kutsal saydığınız bütün inanç ve değerler üzerine yemin ediyor musunuz?" diye sorar. Tanık da cevaben, "Sorulacak sorulara, hiçbir şey saklamadan doğru cevap vereceğime namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ediyorum." demekle yemin eda edilmiş sayılır.'* Kanundaki bu metnin benzeri Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda da yer almaktaydı. Ancak iki düzenleme arasında farklılık vardır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tanığın kendisi için kutsal saydığı inanç ve değerleri üzerine yemin eda etmesi öngörülmüştür. Yürürlükten kaldırılan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda ise "Allah ve namus" değerlerine yer verilmişti. *"Yemin aşağıdaki şekilde icra olunur: Hâkim şahide: "Şahit sıfatıyla sorulan suallere verdiğiniz cevapların hakikate muhalif olmadığına ve meşhudat ve malûmatınızdan birşey saklamadığınıza Allahınız ve namusunuz üzerine yemin ediyor musunuz" ve şahit de cevaben "Allahım ve namusum üzerine yemin ediyorum" der."* (HUMK m. 264).

⁵⁹⁰ Ertanhan, s. 262.

⁵⁹¹ Böyle bir düzenleme Alman hukukunda usûl ekonomisine hizmet eder. Çünkü mahkeme gerekli gördüğünde yemin ettirilmesine karar vermektedir. (Gehle, (Anders/Gehle), § 392, N.2).

Hâkim ve tanık bu yemin metnini değiştiremez. Hâkim maddede belirtilen şekilde tanığa sorar ve tanık da kanunda belirtilen şekilde aynen tekrarlar⁵⁹². Hâkim bu şekildeki yemin metninin tutanağa aktarılmasını sağlar. Hâkim tanığa bu yemin metninin dışında soru yöneltemez. Tanığın da bu metnin dışında yöneltilen yemin metnine göre yemin etme yükümlülüğü yoktur. Örneğin hâkim, tanıktan “kutsal saydığı inanç ve değerleri” yerine eski kanundaki hükme göre “Allah ve namusu” üzerine yemin etmesini istememelidir. Kanundaki bu metne göre beyanda bulunulduğunda yemin eda edilir (HMK m. 258/3).

2.2.2.2. Bilirkişi Olarak Bilgi Verme Yükümlülüğü

Bilirkişinin delilleri toplanması faaliyetinde asıl yükümlülüğünü, bilirkişi görüşünü sunma yükümlülüğü oluşturur. Bilirkişi bu yükümlülüğü yerine getirirken, çağrıya uyma ve hazır bulunma, yemin etme ve gerçeğe uygun bir görüş hazırlama zorunluluğu vardır. Bu sayılan yükümlülükler, “bilgi verme yükümlülüğünün” temel parçaları olarak belirir ve kanunda “bilirkişilik görevinin kapsamı” altında yer almıştır (HMK m. 269). Bu yükümlülüklerin içeriğine, diğer yükümlülükler de olduğu gibi başka yükümlülükler de dahil olabilir. Örneğin, bilirkişi, keşif konusu şey bakımından inceleme yapmakla da yükümlü kılınabilir. Bilirkişinin, bu görevi ifa ederken, tarafsızlığı, görevini sadakat ve özenle yerine getirme yükümlülüğü, haber verme yükümlülüğü gibi diğer yükümlülükleri de vardır. Bu yükümlülükler, bilirkişinin görevini ifa ederken, tarafsızlığını, objektifliğini veya diğer etik değerlerini koruması amacıyla vardır ve esasında çalışmamızın asıl konusunu oluşturmaz. Bu nedenle çalışmamızda bilirkişinin bu yükümlülüklerine ayrıntılı olarak yer verilmemiştir.

2.2.2.2.1. Bilirkişi Kavramı

Çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda, hâkimdeki bilgi eksikliğini tamamlamak üzere, bilirkişinin oy ve görüşüne başvurulur (HMK m. 266/1). Bilirkişi, hâkime yardımcı olan üçüncü kişi olup, çözümü teknik ve özel bir bilgiyi gerektiren konularda, bir vakıa iddiasının doğru olup olmadığına ilişkin maddî olarak değerlendirme yapar⁵⁹³. Bilirkişi kurumu sayesinde, hâkim, özel ve teknik konularda, kendisindeki bilgi eksikliğini gidererek, vakıanın doğru olup olmadığını tespit eder. Bu ise bireyin doğru ve güvenilir yargılanma hakkını güvence altına almaktadır⁵⁹⁴. Bilirkişilik kurumu olmasaydı, hâkim teknik veya özel

⁵⁹² Yılmaz, Şerh 3, s. 4106.

⁵⁹³ Bilirkişinin tanımı için bkz. Kuru, C. III, s.2622; Üstündağ, Yargılama, s. 740; Tanrıver, Medenî Yargıda, s. 25-26; Tanrıver, Hukukumuzda, s. 25-26; Postacioğlu/Altay, s. 734; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1915; Aşçıglu, Çetin, “Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları”, *Bilirkişilik Sempozyumu*, Samsun Barosu, Türkiye Barolar Birliği, 9-10 Kasım 2001, ss. 25-107, s. 28; Zora, Fatih, *Anglo-Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 21 vd.

⁵⁹⁴ Aşçıglu, s. 28.

bilgi gerektiren konularda, vakıa hakkında tespiti sağlayacak bilgi olmadan karar verecekti ki bu da kararın doğru ve güvenilir olmasını engelleyecekti.

Bilirkişi, devlet tarafından yerine getirilen yargılama faaliyetine, kanunda belirlenmiş şartlar dahilinde katılmakta, mahkemenin sevk ve idaresi altında, onun kamu gücünün uzantısı olarak görevini yerine getirmektedir. Bu yönüyle, bilirkişilik görevi, kamu hukuku karakterlidir⁵⁹⁵.

Bilirkişilik Kanunu m.2/b'ye göre, “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvurulanan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi” olarak tanımlamıştır. Kanundaki tanım doğrultusunda, bilirkişi hem gerçek hem de özel hukuk tüzel kişiler olabilir.

Bilirkişi görüşünün “delil” mi “delil değerlendirme aracı” mı olduğu doktrinde tartışılmakta olup, bilirkişi görüşünün, geniş anlamda “delil” olduğu görüşü ifade edilir. Geniş anlamda delil tanımına göre delil, ispat faaliyetinde, bir vakıanın varlığı veya yokluğu hakkında, kanaat oluşturma eylemi içinde kullanılabilen bütün ispat araçlarıdır⁵⁹⁶. Bilirkişi görüşü de uyuşmazlık konusu vakıaların aydınlatılmasına, anlaşılmasına, özel ve teknik bilgi ile yardımcı olduğundan, bir ispat aracı olarak görülmelidir⁵⁹⁷. Bilirkişi, hâkime yardım eden bir kişiyken; onun görüşü, raporu ise delildir⁵⁹⁸. Bu delilin işlevi de diğer delillerde olduğu gibi kararla ilgili gerçeğin mahkeme aracılığıyla tespitini mümkün kılmaktır⁵⁹⁹. Mahkeme, spesifik, belirli bir teknik bilginin gerektirdiği durumlarda, daha güvenilir bir şekilde belirleyebilmek için tartışmasız vakıaların aydınlatılmasında da bilirkişi deliline başvurabilir. Özellikle üstün teknolojik konuları içeren patent yargılamalarında bilirkişiye başvurulması bu duruma örnek oluşturur⁶⁰⁰.

Bilirkişinin genel olarak farklı görevleri vardır. Bilirkişi, vakıanın tespitinde rol oynar⁶⁰¹. Bu vakıa hukuken önemli vakıa veya emare olabileceği gibi başka bir delilin ispat gücüne ilişkin bir vakıa da olabilir. Örneğin, tanığın güvenilirliği hakkında psikolog ve

⁵⁹⁵ Doktrindeki tartışmalar için bkz. **Zora**, s. 26-32.

⁵⁹⁶ **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1740. Geniş anlamda delil ve dar anlamda delile ilişkin bkz. **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1731 vd.

⁵⁹⁷ Bu konudaki tartışmalar ve bu görüş için bkz. **Zora**, s.32-37. Ayrıca bkz. **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1916-1917; **Toraman**, Bilirkişi, s. 90 vd.; **Üstündağ**, Yargılama, s. 742 vd.

⁵⁹⁸ Taşpınar, Sema, “Bilirkişi Ücreti”, (**Bilirkişilik Sempozyumu 9-10 Kasım 2001**), Ankara 2002, ss.347-394, s. 356-357; **Tanverdi**, s. 37. Hâkimin yardımcısı değil, “hâkime yardım eden” olduğu hakkında bkz. **Aşçıoğlu**, s. 29; Alman hukukunda hâkimin yardımcısı olduğu hakkında bkz. **Musielak/Voit**, Grundkurs ZPO, N. 788; Hâkimin yardımcısı, danışman rolünde olduğu hakkında bkz. Seibel, Mark, “Der Sachverständige und die gerichtliche Leitung seiner Tätigkeit nach der ZPO”, **NJW**, 2014, s. 1628; Alman hukukundaki tartışmalar için bkz. **Üstündağ**, Yargılama, s. 742 vd.

⁵⁹⁹ **Berger**, (Stein/Jonas), § 402, N. 4.

⁶⁰⁰ **Althammer** (Stein/Jonas) § 144, N.8.

⁶⁰¹ Gottwald, Peter, “Die Stellung des Sachverständigen und seines Gutachtens im deutschen Zivilprozess”, **Ritsumeikan Law Review** Nr. 36, 2018, ss. 121-133, s. 122; **Üstündağ**, Yargılama, s. 743.

psikiyatristlerin bilirkişi raporları da söz konusu olabilir⁶⁰². Bunun dışında, kural olarak hukukî konuların tespiti, bilirkişi incelemesine konu olamaz⁶⁰³. Ancak yabancı hukuk, örf ve âdet hukuku da bazen ispata tabi olduğunda, hukukî değerlendirmelerde bilirkişi raporuna konu olur⁶⁰⁴.

2.2.2.2.2. Bilirkişi Olarak Görüşünü Sunmakla Yükümlü Kişiler

2.2.2.2.2.1. Genel Olarak

Hukumumuzda gerçeğin ortaya çıkarılması menfaati göz önünde bulundurularak, kanun koyucu yalnızca belirli bilirkişiler için bilirkişilik yapma yükümlülüğü öngörmüştür. Kanun koyucu, gerekçede, “*Çok spesifik alanda bilirkişi temininde karşılaşılabilecek güçlüğü aşmak amacıyla*” bu istisnaların tanındığını belirtmiştir. Kanundaki sayılan kişilere bakıldığında ise istisnanın çok geniş olduğu görülür. Alman hukukunda da bilirkişi olarak görevde bulunma yükümlülüğü belli kişiler için zorunlu olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, genel bilirkişi görüşü sunma yükümlülüğünden bahsedilemeyeceği ifade edilir⁶⁰⁵. Böyle olması, kanun koyucunun, yükümlülük olmadığı takdirde, hukuk yargılamasında bilirkişi bulmanın her zaman mümkün olmayacağına ilişkin inancından kaynaklanır⁶⁰⁶. İsviçre hukukunda ise tarafların ve üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğünün düzenlendiği İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 160 gereği, doktrinde genel olarak bilirkişilerin uzmanlık görevinin olduğu ifade edilmiştir⁶⁰⁷. Aksi görüşe göre ise kelime anlamı itibarıyla bu sonucun doğabileceği kabul edilse de daha yakından bakıldığında m. 160’dan bu sonucun çıkarılmasının yanlış olduğu ileri sürülmüştür⁶⁰⁸. Bu son görüş, bilirkişinin yargılamadaki faaliyetinden kaynaklı olarak aşağıda açıklayacağımız sebeplerle, bilirkişilerin m. 160 gereği iş birliği yapmakla yükümlü tutulamayacağını ifade etmektedir. Aslında ilk görüş de kanundan dolayı, genel bir yükümlülük olduğunu kabul ederken, mahkemelerin elbette hiç kimseyi kendi iradesi dışında bir raporu hazırlamaya tabi tutmaya zorlamayacağı, aksi takdirde bilirkişinin görüşünün doğruluğu, güvenilirliği konusunda şüphelerin ortaya çıkacağı ve hızlı bir şekilde değerlendirmenin yapılmasının

⁶⁰² **Berger**, (Stein/Jonas), § 402, N. 16.

⁶⁰³ Hukukî konuda herhangi bir şekilde bilirkişiye başvurulamayacağı hakkında bkz. **Aşçıoğlu**, s. 74 vd.

⁶⁰⁴ Alman hukuku açısından bkz. **Berger**, (Stein/Jonas), § 402, N. 18; yabancı hukuka ilişkin açıklama hakkında bkz. **Gottwald**, Die Stellung des Sachverständigen, s. 122.

⁶⁰⁵ Alman hukukunda da benzer şekilde genel bir yükümlülük yoktur. (**Berger**, (Stein/Jonas), § 407, N.1; § 402, N. 65; **Huber** (Musielak/Voit), § 407, N.1; Lüke, Wolfgang, **Zivilprozessrecht I, Erkenntnisverfahren und Europäisches Zivilverfahrensrecht**, 11. Auflage, C. H. Beck, München, 2020, § 26, N. 17. Alman Medenî Usûl Kanunu’na göre, § 407 paragrafındaki kişiler bilirkişilik yapmakla yükümlüdür. dZPO § 407 paragrafındaki kişiler, gerekli türde bilirkişi görüşü vermek üzere kamu tarafından atanmışsa veya bilirkişi görüşünün koşulu olan bilim, sanat veya zanaatını kamuya açık şekilde yapıyorsa veya bunları yerine getirmek üzere kamu tarafından atanmış veya yetkilendirilmişse, görevi yapmakla yükümlüdür. Mahkemede bilirkişilik yapmayı kabul eden bir kişi de bilirkişi görüşü vermekle yükümlüdür.

⁶⁰⁶ **Zimmermann**, (MüKoZPO), § 407, N.1

⁶⁰⁷ **Stachelin/Stachelin/Grolimund**, N. 124.

⁶⁰⁸ **Bracher**, N. 110.

beklenemeyeceğini haklı olarak belirtmiştir⁶⁰⁹. Bilirkişi olarak genel bir yükümlülük olmamasının sebebi, bilirkişi olarak görev yapacak kişinin yerine başka bir bilirkişi görev yapabilir. Ayrıca kişiyi gerekirse hapis zoruyla görüşünü bildirmeye zorlamanın, bilirkişinin gereken özeni göstermeyerek bilirkişi raporu hazırlamasına neden olur. Bu da bilirkişilik faaliyetinden beklenen faydayı sağlamaz⁶¹⁰.

Bilirkişi tarafından sunulan görüş, bir bilim alanına ilişkin genel olarak erişilebilir tecrübe ve bilgiye dayanan uzmanlık bilgisinden veya bu uzmanlık bilgisi yardımıyla elde edilen çalışmanın sonuçlarından oluşur⁶¹¹. Bu nedenle, bilirkişinin sağlayabileceği bilgiyi, başka bir bilirkişi de yerine getirebilir. Oysa diğer ispat araçlarıyla elde edilen (tanık, belge gibi) delil verileri (tanığın kişisel kanaati, belirli bir belgenin içeriği gibi) benzersiz, tektir ve bu tür benzersiz, tek delil verilerine genel olarak erişilemediği ölçüde, bu veriler yalnızca bunlara gerçekten erişimi olan kişiler tarafından sağlanabilir⁶¹². Bu nedenle onların katkıda bulunması gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından somut yargılamada vazgeçilmezdir⁶¹³. Bilirkişi ve tanık arasındaki ayrımın anlatıldığı çalışmalarda sıklıkla şu ayrımdan bahsedilir: Tanık, ikame edilemez bir delildir; çünkü geçmişte meydana gelmiş olaya ilişkin algılarını aktarır. Bilirkişi ise sahip olduğu teknik ve özel bilgiyi mahkemeye aktarmakta olduğundan, uzmanlığa sahip bir başka kişi de bilirkişi olarak atanabilir⁶¹⁴.

Kanunda açık düzenlemeye karşın, bilirkişinin yükümlü olmadığını ifade etmek mümkün değildir. Öte yandan çoğu zaman bilirkişi, mahkeme tarafından dinlenmeden

⁶⁰⁹ Stachelin/Stachelin/Grolimund, § 18, N. 124.

⁶¹⁰ Atalay, Oğuz, “Bilirkişinin Seçimi ve Zorunlu Bilirkişilik”, **Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun Barosu, Türkiye Barolar Birliği**, 9-10 Kasım 2001, ss. 173-189, s. 187-188.

⁶¹¹ Bracher, N. 111. Yazar ayrıca bilirkişinin hükümlerinin ayrı olarak kanunda düzenlendiği gerekçesiyle de bilirkişinin yükümlülüğünün m. 160’dan çıkarılamayacağını ortaya koymuştur. İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 184 vd. bilirkişinin hak ve yükümlülükleri ve bilirkişiye ait diğer hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümlerde ise genel iş birliği yükümlülüğünü düzenleyen m. 160’a yollama yapılmadığını da çalışmasında görüşünü desteklemek için açıklamıştır. Gasser/Rickli ise bilirkişiliğin de teorik olarak tanıklık yapmak gibi bir vatandaşlık görevi olduğunu belirterek, üçüncü kişinin genel iş birliği yapmakla yükümlü olduğu maddelerine yollama yapmıştır. (Gasser/Rickli, Art. 184, N. 1).

⁶¹² Bracher, N. 111.

⁶¹³ Bracher, N. 111.

⁶¹⁴ Tanverdi, s. 33; Tanriver, Medenî Yargıda, s. 27; Tanriver, Hukukumuzda, s. 27; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 497. Tanık, vakıa hakkında gördüklerini, işittiklerini mahkemeye iletirken; bilirkişi, sahip olduğu teknik ve özel bilgiyi veya bu bilgisini kullanarak çıkardığı sonuçları mahkemeye iletir. Zora, s. 37-38. Bilirkişi, özel uzmanlığı nedeniyle, mahkeme tarafından görüşünü almak üzere görevlendirilir; tanık ise henüz mahkeme kararı olmadan sahip olduğu algıladıkları hakkında ifade verir. (Berger, (Stein/Jonas), § 402, N. 11). Alman hukukunda bu ayrımı yapan Berger, onun uzmanlığıyla ilgili olsa da mahkeme kararı olmaksızın olay yerine çağrılan bir doktorun da tanık olduğunu, bilirkişi olmadığını ve bu halde dZPO § 414 paragrafındaki uzman tanıktan söz edileceğini ifade etmiştir (Berger, (Stein/Jonas), § 402, N. 11). Ayrıca bilirkişinin yetki ve sorumluluklarının olması, reddi ve yasaklılığının istenebilmesi, tanıklıktan farklıdır. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Tanriver, Medenî Yargıda, s. 27; Tanriver, Hukukumuzda, s. 27; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 497-498.

atanmaktadır⁶¹⁵. Kanunda sayılı kişiler, örneğin listeye kaydedilmiş bir bilirkişi ise bu kişi bilirkişilik yapmakla yükümlüdür. Ancak mahkeme, iş yükünün çokluğu sebebiyle, bilirkişiyi yükümlülükten kurtarabilir (HMK m. 270/2). İş yükünün çokluğu, dosyanın istenilen zamanda yetiştiremeyecek olması, kabul edilebilir bir mazeret olarak görülebilir. Fakat bu halde, yeni bir bilirkişinin bulunması gerekmekte ve bu da yargılamayı uzatacaktır⁶¹⁶.

2.2.2.2.2.2. Yükümlü Kişiler

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 270'e göre, bilirkişilik görevini kabulle yükümlü kişiler belirtilmiştir. Kanuna göre, resmî bilirkişiler ile listeye kayıtlı olan bilirkişiler (m. 268), bilgisine başvurulacak konuyu bilmeksizin meslek veya zanaatlarını icra etmesine olanak bulunmayanlar, bilgisine başvurulacak konu hakkında meslek veya sanat icrasına resmen yetkili kılınmış olanlar, bilirkişilik görevini kabul etmekle yükümlü sayılmıştır.

Kanunun birinci fıkrasının a bendi resmî bilirkişilerdir. Resmî bilirkişiler, herhangi bir kanun tarafından belirli bir konu hakkında bilirkişilik yapacağı belirtilmiş kimselerdir⁶¹⁷. Adli tıp kurumu; mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklar ile Kurumun uygun gördüğü alanlarda kamu kurum ve kuruluşları tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmekle yetkilidir⁶¹⁸. Yükseköğretim kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda resmî bilirkişidir⁶¹⁹. Sosyal sigorta yüksek sağlık kurulu, 5510 sayılı Kanunda⁶²⁰ yazılı görevlerle sınırlı olmak üzere resmî bir bilirkişidir (m. 58/5). Eğer ki kanunda uyuşmazlık konusu vakıa hakkında resmî bilirkişi varsa öncelikle resmî bilirkişi atanır (HMK m. 268/3).

Resmî bilirkişinin olmaması halinde, bilirkişilik bölge kurulu tarafından hazırlanmış listelere kayıtlı kişiler arasından bilirkişi seçilir (HMK m. 268/1, 3). Eğer uzmanlığı ilgilendiren konuda, listede bilirkişi bulunmazsa, diğer bölge kurullarının listelerinden bilirkişi seçilmelidir.

⁶¹⁵ Alman hukukunda bu durumun bilirkişinin yanlış seçilmesi ve görevinin yanlış anlaşılmasına neden olacağı haklı olarak belirtilmiştir. **Gottwald**, Die Stellung des Sachverständigen, s. 125. Bu nedenle, Alman Medenî Usûl Kanunu'nda, karar alınmadan önce, bilirkişinin önceden dinlenilmesi gerektiği ve görevlendirme kararını önceden onunla konuşabileceğine kanunda yer verilmiştir (dZPO § 404 a/2). Dinleme, daha doğru bir delil kararının alınmasına ve bilirkişi görüşünün daha sonradan tamamlanmasına katkıda bulunabilir ve böylece gecikmeler ve ek maliyetlerden kaçınılır. **Gottwald**, Die Stellung des Sachverständigen, s. 125.

⁶¹⁶ **Gottwald**, Die Stellung des Sachverständigen, s. 124-125.

⁶¹⁷ **Kuru**, C. III, s. 2663 vd.

⁶¹⁸ Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yayımlandığı Resmî Gazetenin Tarihi 15/7/2018 – Sayısı: 30479, Birinci Bölüm, Adli Tıp Kurumu, m. 3/1/a. Adli tıp kurumunun özerk olmaması nedeniyle resmî bilirkişi olması doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. Koç, Sermet, "Bilirkişilik ve Adli Tıp Kurumu", **TBB Dergisi**, Sayı 50, 2004, ss. 144-151, s. 145 vd.

⁶¹⁹ 2659 sayılı Kanun (RG.T. 20.04.1982, S. 17670) m. 31/1. Anılan düzenlemenin yalnızca tıp fakültelerinin adli tıp anabilim dalında görev yapan öğretim elemanları için geçerli olduğu hakkında bkz. **Tanrıver**, Bilirkişilik Görevi, s. 382.

⁶²⁰ RG.T. 16.06.2006, S. 26200.

Listede yer alan kişiler, kural olarak bilirkişilik görevini kabul etmekle yükümlüdür (HMK. m. 270/1/a). Diğer listelerde de o konuda bilirkişi bulunmazsa, hâkim liste dışından bilirkişi seçmelidir ve bu hususu bilirkişilik bölge kuruluna bildirmelidir (HMK m. 268/2).

Kanunun birinci fıkrasının b bendinde ise “*bilgisine başvurulacak konuyu bilmeksizin, meslek veya zanaatlarını icra etmesine olanak bulunmayanların*” bilirkişilik yapmakla yükümlü olduğuna yer verilmiştir. Güncel Türkçe Sözlükte, meslek, “*Belli bir eğitim ile kazanılan, sistemli bilgi ve becerilere dayalı, insanlara yararlı mal üretmek, hizmet vermek ve karşılığında para kazanmak için yapılan, kuralları belirlenmiş iş*”; zanaat ise “*insanların maddeye dayanan gereksinimlerini karşılamak için yapılan, öğrenimle birlikte deneyim, beceri ve ustalık gerektiren iş; sınaat, sanat*” veya “*el ustalığı isteyen işler*” şeklinde tanımlanır. Marangozluk, demircilik, terzilik gibi işler, zanaata örnektir. “*Meslek veya zanaatın icra edilmesine olanak bulunmaması*” şeklindeki şart dolayısıyla, maddeden, kişinin, kamuya açık şekilde işini (meslek ve zanaatını) fiili olarak yerine getirdiği anlaşılmaktadır. Kamuya açıklık unsuru, faaliyetin, işin icra edildiğinin bilinmesinden kaynaklanır⁶²¹. Bu hüküm, hobi amaçlı faaliyetlerin varlığında zorunluluğun olmadığı sonucuna vardır⁶²². Kişinin bu meslek veya zanaatının yerine getirdiği biliniyorsa, kişinin kendi hesabına (serbest meslek faaliyeti) veya başkasının hesabına gerçekleştirmesi (bağımlı faaliyet) önemli değildir⁶²³. Ayrıca emeklilik hali gibi bilirkişinin o meslek veya zanaata devam etmediği durumlarda da bilirkişiliği kabulle yükümlü sayılmalıdır. Çünkü faaliyetin fiilen gerçekleştiği ve bu konuda uzmanlık bilgisinin olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, bilirkişiye başvuru vakıa, özellikle güncel gelişmeleri de ilgilendirmekte ise mahkeme, uzmanın niteliği gereği, bu bilirkişiye başvurmadan kaçınılmalıdır.

Kanunun birinci fıkrasının c bendinde ise bilgisine başvurulacak konu hakkında meslek veya sanat icrasına resmen yetkili kılınmış olanlar sayılmıştır. Kamu tarafından bir ruhsat, lisans veya benzeri bir belge ile yetkilendirilerek, mesleğini yapan kişiler, bilirkişiliği kabul etmekle yükümlüdürler. Örneğin, doktor, veteriner, mühendis, mimarlar resmî olarak yetkili kılınmış kişilerdir. Alman hukukunda bilirkişiliği kabule ilişkin bu hüküm yer almakta olup, ruhsat sahibi kişilere örnek olarak avukatlar da gösterilmektedir⁶²⁴. Oysa hukukumuzda hukukçuların bilirkişiliği, kanunen yasaktır. Bir hukukçunun görevlendirilebilmesinin koşulu

⁶²¹ Bu husus önceki usul kanunumuz Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu m. 268’de “*malûmatına müracaat edilecek hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi kabil olmıyan ve alenen icrayı sanat eden kimseler*” şeklinde açık olarak belirtilmiştir.

⁶²² Ahrens (Wieczorek/Schütze), § 407, N. 3. Türk hukukunda hobi amaçlı faaliyetin de düşünülmesi gerektiği hakkında bkz. Zora, s. 110.

⁶²³ Ahrens (Wieczorek/Schütze), § 407, N. 3.

⁶²⁴ Ahrens (Wieczorek/Schütze), § 407, N. 5.

olarak, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olması gerektiği kanunda açıkça belirtilmiştir⁶²⁵ (HMK m. 266/1, son cümle). Bu nedenle hukukçular, avukatlar ve öğretim üyeleri bilirkişiliği kabul etmekle yükümlü değildir; bu kişiler hakkında yaptırım hükümleri de uygulanamaz⁶²⁶.

Bilirkişi mahkeme tarafından atanmış ve bu görevlendirmeyi kabul etmiş veya itiraz etmemişse, bilirkişi görüşünü sunma yükümlülüğü doğar. Bu sonuç Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 265'ten doğar. Kanunda bilirkişinin görevinin kapsamı anlatılmış ve ikinci fıkrada bu görevin yerine getirilmemesinin yaptırımına yer verilmiştir. Bu hüküm gereği, mahkemeye atanan bilirkişinin de görevi açıkça kabul ettikten sonra veya mahkemeye itiraz etmemişse, yükümlülüğün doğduğu kabul edilmelidir⁶²⁷. Bu halde bilirkişi olarak görevini yerine getirmese, tanıklığa ilişkin disiplin hükümleri uygulanır (HMK m. 269/2).

Bilirkişi, birey olarak onun kendi uzmanlık bilgisini ve de bu bilgilerden elde edilen kişisel değerlendirmelerini mahkemenin kararını oluşturması için sunan, tarafların dışındaki bir kişidir⁶²⁸. Bu nedenle mahkemenin kararında⁶²⁹ belirtilen gerçek kişiden raporu sunması istenir. Alman hukukunda, mahkemenin ihtiyaç duyduğu bir kurumdan, örneğin, bilimsel araştırma enstitüsünden, bilgi alınacak olsa bile, kural olarak, raporun, bir kişiden istenmesi gerektiği belirtilmiştir. Eğer gerekiyorsa mahkeme, kendisi ön soruşturma yoluyla uygun ve yetkili kişiyi araştırmalı ve kararında bu kişiyi belirtmelidir⁶³⁰. Yetkili bilirkişinin seçilmesi kararı, kuruma devredilerek, kurumun bir kişiyi belirlemesi yöntemi seçilmemelidir. Bu görüş Türk hukuku

⁶²⁵ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu m. 275'te de hukukî konularda bilirkişiye başvurulamayacağı düzenlenmişti. Kanunun yürürlükte olduğu dönemde *Atalay*, kanunun hükmü gereği hukukî konularda başvurulamayacağını ifade etmişse de uygulamada ortaya çıkan karmaşık konuların zorunluluğu karşısında hukukî konularda da hâkimlerin “hukukî mütalaa” ya başvurmak zorunda kaldığını, bunun ise bilirkişilik kurumu ile gerçekleştirilmek zorunda olduğunu açıklamıştır. *Atalay*, Türk Medenî Kanunu m.1'e göre hâkimin bilimsel görüşlerden yararlanabileceğinin mümkün olduğunu söyleyerek bu konuya haklı olarak dikkat çekmiştir. Bkz. *Atalay*, Bilirkişi, s. 181-182. Bilirkişilik Sempozyumunda söz alan *Karayalçın* da bazı konuların çok karmaşık olduğunu, hukukun çok kapsamlı olduğunu belirterek, gerektiğinde mahkemenin hukukî mütalaa talep edeceğini haklı olarak belirtmiştir. Bkz. *Karayalçın*, Yaşar, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun Barosu, Türkiye Barolar Birliği, 9-10 Kasım 2001, s. 257-258. Tartışmalar için bkz. *Toraman*, Bilirkişi, s. 197-201. Kanundaki emredici hüküm dolayısıyla başvurulmaması gerektiği ve hatta hâkimin hukukî sorumluluğunun (HMK m. 46/1/c) doğacağı hakkında bkz. *Tanrıver*, Medenî Usûl-I, s. 1006-1007.

⁶²⁶ *Tanrıver*, Bilirkişilik Görevi, s. 377 vd.

⁶²⁷ Alman Medenî Usûl Kanunu § 407/2'ye göre, mahkeme önünde bilirkişi olmayı kabul eden kişi de bilirkişi görüşü vermekle yükümlüdür. Açık bir kabulün gerekip gerekmediği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar açık bir kabul aramaz (*Gottwald*, Die Stellung des Sachverständigen, s. 125). Bazı yazarlar ise açık bir kabulü ararlar (*Ahrens* (Wieczorek/Schütze), § 407, N. 6).

⁶²⁸ Greger, (Zöller, Richard, *Zöller Zivilprozessordnung*, 34. Auflage, Ottoschmidt, Köln 2022), § vor 402, N. 7.

⁶²⁹ Bilirkişinin kim olduğuna mahkeme karar verir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, bilirkişinin mahkeme tarafından tayin edilerek atanması söz konusudur. Türk ve Alman hukukunda da geçerlidir. Diğer bir yaklaşım ise kural olarak davanın taraflarınca bilirkişinin tayin edilmesidir. Bu konu hakkında daha ayrıntılı açıklama için bkz. *Toraman*, Barış, “Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2013, ss. 115-129, s. 115-116 ve dn.1. Bu düzenleme, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklıdır. Kanunda iki tarafın anlaşamaması halinde, mahkemenin bilirkişiye karar vereceği belirtilmişti (HUMK m. 276/1).

⁶³⁰ *Greger*, Zöller, § vor 402, N. 7.

için de geçerli olmuştur. Hâkim, kararında bir kurumun kendisinin takdir etmesine karar vermemeli; bilirkişiyi kendisi göstermelidir⁶³¹. Öte yandan Alman hukukunda istisnai olarak ise belirli bir uzmanlaşmış kuruma böyle bir görevin, herhangi bir kişiyi belirlemeden, kurumun kendisinin yetkilendirildiği durumlar vardır⁶³². Örneğin Alman hukukunda yargılamada birden fazla uzmanın birbirinden farklı görüş sunması halinde, mahkemenin talebi üzerine, Patent ve Marka Ofisi görüş sağlamakla yükümlü kılınmıştır (Patent Kanunu, § 29/1).

Kanunda, bilirkişinin gerçek bir kişi olabileceği gibi bir kuruluştaki olabileceği ifade edilmiştir (HMK m. 270/1). Özel hukuk tüzel kişisine yapılan eleştirilere rağmen, Bilirkişilik Kanunu (m.2/b) ve Yönetmeliğinde (m.3/c) bilirkişinin tanımında, “özel hukuk tüzel kişisinin” de bilirkişi olabileceği düzenlenmiştir. Kanundaki değişiklik uygulamaya da yansımış ve ülkemizde gayrimenkul değerlendirme alanında da özel hukuk tüzel kişi bilirkişiliği uygulamaya başlamıştır⁶³³.

Bilirkişi görevi bizzat yerine getirmekle yükümlüdür. Bilirkişi görevini, kısmen de olsa başkasına devredemez (HMK m. 276). Bu hüküm Alman Medenî Usûl Kanunu § 407a paragrafında, bilirkişinin yardımcıya ihtiyaç duymasında, önemsiz olmayan işler dışında, mahkemeye onun ismini vermesi ve yardımın kapsamını belirteceğine ilişkin hükümden farklıdır⁶³⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarisının ilk halinde de yer alan bu metin “uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunların önüne geçmesi amacıyla”⁶³⁵ kanundan çıkarılmıştır. Kanunun gerekçesinde, bilirkişinin maddî yardımla sınırlı (örneğin, aletin çalıştırılması gibi) yardım alabileceği ancak yardımcının inceleme faaliyetine katılamayacağı açıkça belirtilmiştir⁶³⁶. Bilirkişi yardımı ihtiyacı duyuyorsa, inceleme konusu maddî vakıaların

⁶³¹ Üstündağ, Yargılama, s. 747.

⁶³² Greger, Zöller, § vor 402, N. 8.

⁶³³ <https://www.adalet.gov.tr/adalet-bakani-yilmaz-tunc-tuzel-kisi-bilirkisiligi-tanitim-toplantisi-na-katildi>, erişim tarihi 17.07.2024.

⁶³⁴ Alman hukukunda yardımcının kabul edilmesi ile birlikte yardımcı ve bilirkişinin birlikte hazırladığı raporun nasıl olması gerektiği hususunda tespitler yapılmaktadır. Bilirkişi başkası tarafından hazırlanmış raporu, kabul ediyorum yazısı olsa dahi yalnızca imzalaması; bilirkişi ve yardımcının varlığı halinde, toplanan bulgu ve değerlendirmeler temelinde kararlaştırılmış (mutabık kalınmıştır) gibi genel ifadelerin yetersizliği, bilirkişinin ve yardımcının ne yaptığını açıkça ortaya koymadığı belirtilmiştir. Zimmermann, (MüKoZPO), § 407a, N.7. Konunun Türk hukukunda değerlendirilmesine ilişkin bkz. Toraman, Bilirkişi, s. 519-521.

⁶³⁵ Adalet Komisyonu Değişiklik gerekçesinden. e-uyar, 20.11.2023.

⁶³⁶ “Ancak, bilirkişinin yardımcı şahıs kullanması, hiçbir zaman, bilirkişilik görevinin, kısmen bir başka kimseye bırakılması biçiminde gerçekleşemez. Bilirkişi, görevinin icrası bağlamında, inceleme konusu objenin gerekli kıldığı ölçüde, salt maddî yardımla sınırlı olmak kaydıyla, yardımcı şahıslara müracaat edebilir. Örneğin, bilirkişi olarak atanan bir kimse, inceleme sırasında, bir aletin kullanılması için, zorunlu olması sebebiyle asistanlarının yardımını alabilir. Bu durum, hiçbir zaman, asistanların inceleme faaliyetine katıldıkları anlamına asla gelmez; incelemeyi yapan yine tek başına bilirkişidir. Çünkü, yardımcının faaliyetini sevk ve idare eden, ondan sadece kullanacağı done bağlamında yararlanan, bu doneyi değerlendirip bir kanaate ulaşacak olan bilirkişinin kendisinden başka bir kimse değildir.” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), madde 280 gerekçeden. <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, erişim tarihi 15.09.2022.

açığa kavuşturulması ve tespiti için görevlendirildiği mahkemeye bir hafta içinde bildirir ve mahkeme, uzman kimliği bulunan başka bir bilirkişiyi görevlendirir (HMK m. 275).

2.2.2.2.3. Bilirkişinin Görüşünü Sunma Yükümlülüğü

2.2.2.2.3.1. Bilirkişinin Görüşünü Sözlü veya Yazılı Olarak Sunması

Bilirkişi görüşü mahkemeye, sözlü veya rapor şeklinde sunulur. Bu hususta takdir etme yetkisi mahkemeye aittir⁶³⁷. Bilirkişi raporunun sözlü veya yazılı olması için tarafların rızası aranmaz. Tarafların rapor şeklinde olmasını istemeleri, daha sonradan bilirkişinin sözlü olarak dinlenilmesi için talepte bulunmasına da engel oluşturmaz⁶³⁸.

Mahkeme, bilirkişinin görüşünü rapor şeklinde veya mahkeme önünde sözlü olarak açıklamasına karar verir (HMK m. 279/1). Hukuk yargılamasında mahkemeden bilirkişinin görüşünü sözlü olarak açıklanmasının istenmesi aslında çok nadirdir. Bilirkişiden sözlü görüş istenilmesi, kazada oluşan küçük zarara ilişkin veya belirli tıbbi sorulara ilişkin olabilir⁶³⁹. Keşif sırasında bilirkişinin de katılımına karar verilmesi istenildiğinde, bilirkişinin keşif mahallinde görüşünün açıklanması da sözlü görüş istenilmesine örnektir. Almanya’da yapılan bir çalışmada, son yıllarda tüm davaların yalnızca %4’ünde bilirkişi görüşü sözlü olarak sunulmuştur⁶⁴⁰. Bilirkişi görüşünün yazılı olarak sunulması, sözlü görüş sunulmasına tercih edilir⁶⁴¹. Çünkü bilirkişi, kendi görüşünü, uzmanlık literatürüne dayanarak kapsamlı bir şekilde hazırlamak için daha fazla zamana ihtiyaç duyar. Öte yandan sözlü görüş de özellikle etkili hukukî korunmanın gerektirmesi halinde, sürecin hızlanması için talep edilir⁶⁴².

Tanık dinlenirken, yazılı notları kullanamasa da (HMK m. 261/2) bilirkişi görüşünü mahkemeye iletirken, yazılı notlar kullanabilir. Bu da bilirkişiyi, tanık olarak dinlenen kişiden ayırır. Tanık geçmişte yaşanmış olay hakkındaki kişisel algılamalarını iletirken; bilirkişi, mahkemeye özel ve teknik bilgiyi ya da bu özel ve teknik bilgi sonucunda çıkarımlarını iletir.

Bilirkişinin görüşü, mahkemede sözlü olarak açıklandığında, açıklaması tutanağa geçirilir ve tutanağın altı bilirkişi tarafından imzalanır. İmza bu işlemin zorunlu unsuru olduğundan, bilirkişi imzalamakla da yükümlüdür (HMK m. 279/2).

⁶³⁷ **Tanrıver**, Hukukumuzda, s. 111; **Tanrıver**, Medenî Yargıda, s. 93; **Tanrıver**, Medenî Usûl-I, 1074; **Seiler** (Thomas/Putzo), § 411, N.1; **Üstündağ**, Yargılama, s. 749; **Postacıoğlu/Altay**, Usûl, s. 736; **Atah/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 560.

⁶³⁸ **Zimmermann**, (MüKoZPO), § 411, N. 2.

⁶³⁹ **Gottwald**, Die Stellung des Sachverständigen, s. 126.

⁶⁴⁰ **Keders, Johannes/Walter, Frank**, “Langdauernde Zivilverfahren – Ursachen überlanger Verfahrensdauern und Abhilfemöglichkeiten”, **NJW** 2013, ss. 1697-1704, s.1697; 1701.

⁶⁴¹ **Tanrıver**, Hukukumuzda, s. 112; **Tanrıver**, Medenî Yargıda, s. 93; **Zimmermann**, (MüKoZPO), § 411, N. 3.

⁶⁴² **Berger**, (Stein/Jonas), § 411, N.1.

Genellikle mahkeme, bilirkişi raporunun sunulmasına karar verir. Bilirkişiden rapor istenebilmesi, kanunda herhangi bir koşula bağlanmamıştır. Mahkeme, duruşmada veya keşifte bilirkişinin görüşünü aldıktan sonra da rapor vermesini isteyebilir.

2.2.2.2.3.2. Bilirkişinin Görüşünü Hazırlaması ve İçeriği

Bilirkişi görüşünün sözlü veya yazılı olarak sunulmasına karar verilmesi mahkemenin takdir yetkisindedir. Bilirkişi görüşünün sözlü istenilmesine nadiren başvurulur. Bu nedenle, hukuk yargılamasında bilirkişinin asıl yükümlülüğü, raporun hazırlanmasıdır⁶⁴³.

Bilirkişinin görevleri farklıdır ve bu nedenle de bilirkişi görüşünün içeriği de farklılaşır⁶⁴⁴. Birincisi, mahkeme bilirkişiden, uzmanlığına ilişkin genel bilgi vermesini isteyebilir. İkincisi, mahkeme, bilirkişiden, uzmanlığına dayanarak yargılamayla ilgili açıklamalar yapmasını isteyebilir. Ki bu halde raporun içeriği, bilime ilişkin bilgi içerir ve aynı zamanda somut vakıanın varlığı veya yokluğu hakkında da bilgi içerir. Üçüncüsü de bilirkişilik faaliyeti, yalnızca özel uzmanlık alanıyla mümkün olan, mikroskobik incelemelerde olduğu gibi duysal algılamalar yapmak olabilir ve raporun içeriğini de bu sonuçlar oluşturabilir⁶⁴⁵. Bilirkişinin yükümlülüğü de kendisinden istenen görev kapsamında görüşünü hazırlayıp mahkemeye sunmaktır⁶⁴⁶. Bilirkişi sunmuş olduğu raporda, cevaplaması gereken tüm sorulara cevap vermekle yükümlüdür. Bilirkişi hukukî değerlendirme yapmaktan kaçınmalıdır. Hukukî değerlendirme, yargılamada hâkimin görevidir. Sınırlarını aşarak hukukî değerlendirmede bulunması, bilirkişinin disiplin sorumluluğunu doğurur⁶⁴⁷. Mahkemenin bilirkişiden talebi,

⁶⁴³ **Gottwald**, Die Stellung des Sachverständigen, s. 126. Güncel Türkçe Sözlükte, rapor, “herhangi bir işte, bir konuda yapılan inceleme, araştırma sonucunu, düşünceleri veya tespit edilenleri bildiren yazı; yazanak” olarak tanımlanmıştır. <https://sozluk.gov.tr>, erişim tarihi 21.11.2023. Rapor, yazılı olur. Bilirkişi görüşünün mahkemede sözlü veya yazılı açıklanmasına karar verilebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun hükümlerinde görüşün sözlü olarak açıklanmasından ziyade, raporun hazırlanması ve mahkemeye sunulması hükümleri daha ağırlıklıdır. Bkz. m. 273/1,c; m. 274; m. 280; m. 281.

⁶⁴⁴ **Berger**, (Stein/Jonas), § 402, N. 22; **Üstündağ**, Yargılama, s. 743.

⁶⁴⁵ **Berger**, (Stein/Jonas), § 402, N. 23-24-25; **Üstündağ**, Yargılama, s. 743.

⁶⁴⁶ Mahkeme, bilirkişinin görev alanını, tarafların da görüşünü alarak belirler ve bilirkişiye açıklar. Bilirkişiye verilen görev yazısında, “*inceleme konusunun bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmesi*”, “*bilirkişinin cevaplaması gereken sorular*”, “*raporun verilme süresi yazılmalı*” ve mahkeme bu şekilde prosedürü uygulamak zorundadır (HMK m. 273). Mahkeme tarafların görüşünü almadan ve bilirkişinin görevinin kapsamını, kendisinden hangi bilgilerin istendiğini açıklanmadan, her türlü yoruma açık genel sözcüklerle oluşturulan ara kararlarıyla bilirkişinin görev alanını belirlememelidir. Uygulamanın ise tam tersi olduğu hakkında bkz. **Aşçıoğlu**, s. 32. Eğer mahkeme bilirkişinin görev alanını tespit etmeden, yalnızca genel ifadelerle belirtmişse, bilirkişi, öncelikle görevinin belirlenmesini mahkemeden isteyebilir, mahkeme buna rağmen belirtmezse, görevden kaçınmasının haklı bir sebebi olduğu düşünülmelidir. **Aşçıoğlu**, s. 86. Bilirkişilik Kanunu (6754 sayılı Kanun, RG T. 03.11.2016, S. 29898), m.3/6: “*Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren sorun açıkça belirtilmeden ve inceleme yaptırılacak konunun kapsamı ile sınırları açıkça gösterilmeden bilirkişi görevlendirilemez.*”

⁶⁴⁷ Bilirkişinin hukukî değerlendirmelerde bulunamayacağı, bilirkişilik kanununda temel ilkeler arasında açıkça sayılmıştır (Bilirkişilik Kanunu m. 3/2). Bilirkişilik sicilinden ve listeden çıkarılma şartlarından biri de Bilirkişilik Kanunu m. 3’de belirtilen temel ilkelere aykırılıktır (Bilirkişilik Kanunu m. 13/1, ç). Dolayısıyla hukukî değerlendirmede bulunmak, bilirkişinin sicilden ve listeden çıkarılmasına neden olur: Bursa Bilirkişilik Bölge Kurulu, şikâyet konusu edilen birden fazla dosyadaki hukukî nitelendirmeye ilişkin rapor hazırlayan bilirkişi

hukukî konuda nitelendirme ve değerlendirme yapmak ise⁶⁴⁸, bilirkişi, bu hususu raporunda cevaplandırmakla yükümlü olmadığı gibi bu görevi reddetmelidir⁶⁴⁹. Bilirkişi eğer bilgisine başvurulmuş husus konusunda aydınlatılmaya ihtiyacı varsa, sınırları ve kapsamı hakkında, mahkemeden bu durumun giderilmesini talep etmelidir (HMK m. 278/2). Bilirkişiye hukuka aykırı delili inceleme görevi de yükletilemez⁶⁵⁰. Bilirkişi böyle bir halde, bilirkişi olarak görevde bulunmaktan kaçınabilir.

Maddî vakıalara ilişkin bilimsel temellere dayanan raporun içeriğinde, şu hususlara yer verilmelidir: Tarafların adı, soyadı, raporun düzenlenme tarihi, bilirkişinin görevlendirildiği konular, inceleme konusu vakıalar, gerekçe ve sonuç, birden fazla bilirkişi görevlendirilmiş olup, bilirkişiler arasında görüş ayrılığı varsa, bu durumun sebebi ve bilirkişi veya bilirkişilerin imzası⁶⁵¹ (HMK m. 279/2). Ad-soyad ve imza unsurunda özel hukuk tüzel kişinin bilirkişi olarak görevlendirildiği durumlarda, bilirkişi raporunda hem tüzel kişi adına raporu düzenleyen gerçek kişi bilirkişinin adı, soyadı ve imzası hem de özel hukuk tüzel kişinin kanuni temsilcisinin adı ve soyadı ve imzası yer alır (Bilirkişilik Yönetmeliği m.55/i). Bu halde bilirkişi olarak raporu tanzim etme yükümlülüğü hem özel hukuk tüzel kişisine hem de gerçek kişiye aittir. Bilirkişinin duruşmada hazır bulunması istendiğinde hazır bulunma yükümlülüğü de her ikisi için geçerlidir⁶⁵².

Raporun mahkeme tarafından anlaşılabilmesi için bu hususların olması zorunludur. Rapordaki eksiklikler, mahkemece tamamlattırılır. Mahkeme, tarafların isteği üzerine (HMK m. 281/1) veya kendiliğinden bilirkişiden rapordaki eksiklik veya belirsizlik için ek rapor isteyebilir veya sözlü olarak mahkemede açıklanmasını talep edebilir (HMK m. 281/2). Bilirkişi, raporu hazırlama yükümlülüğü kapsamında, bu ek raporu hazırlamak zorunda veya mahkemede dinlenilmek üzere çağırılmışsa, çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğüne uyarak mahkemede görüşünü bildirmek zorundadır.

hakkında “*bilirkişilik listesinden ve sicilinden çıkarılmasına*” karar vermiştir. Bkz. Bursa Bilirkişilik Bölge Kurulu, Karar No: 2019/197, Karar Tarihi: 30.12.2019. (<https://bilirkisilik.adalet.gov.tr>)

⁶⁴⁸ Hâkimin de disiplin sorumluluğu doğar. Hakimlerin de bilirkişinin görevlendirilmesi konusundaki ödevi, 6754 sayılı Kanunla getirilen ek hükümle açıkça düzenlenmiştir. Kanunda, “*Bilirkişi seçimi ve görevlendirmesi sırasında kanunlarla belirlenen kurallara uymamak*” hâkim açısından uyarma cezasına sebep olacaktır. (2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, RG T. 26.02.1983, S 17971, m. 63/1/e).

⁶⁴⁹ Aşçıoğlu, s. 86.

⁶⁵⁰ Öntan, Yaprak, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011, s. 127.

⁶⁵¹ Bilirkişi raporunda çıkıntı, silinti ve kazıntı yoluyla düzeltme yapılmışsa, bunların da ayrıca imza edilmesi gerekir. İmzası olmayan çıkıntı, kazıntı veya silinti, bilirkişi raporunun geçerliliğine ve anlamına etkili olacak nitelikte görülürse, bilirkişi raporunun kısmen veya tamamen geçersiz sayılabileceği hakkında bkz. Kuru, C. III, s. 2742.

⁶⁵² Meriç/Arsılanpınar Tat, s. 225, dn. 140.

Bilirkişi, mahkemenin kararına aykırı olarak, eksikliği tamamlamamakta ısrar ederse, sorumluluğu doğar. Bilirkişi, görevini, sadakat ve özenle yerine getirmekle yükümlüdür⁶⁵³. Bu yükümlülük, bilirkişinin yemin metninde de açıkça ifade edilmiştir. “*Bilirkişilik görevimi, sadakat ve özenle... yerine getireceğime...yemin ederim.*” Bu nedenle gelişi güzel yazılmış bir raporun mahkemeye sunulması, bilirkişinin bu yükümlülüğüne de aykırılık oluşturacaktır. Gelişi güzelden kastettiğimiz, örneğin, düzenleme tarihinin eksikliğinde olduğu gibi hatalı olarak unutulan şekle ilişkin unsurlar değildir. Bilirkişinin gerekçesini sunmadan, bilim ve fen kurallarına uymadan hazırlamış olduğu rapor örnek olarak verilebilir. Burada bilirkişinin sorumluluğunun doğduğunu kabul etmekteyiz. Bu sorumluluğun dayanağı da bilirkişinin dürüstlük kurallarına uymakla yükümlü olmasıdır. Bilirkişilik Kanunu’nda bölge kurullarının bilirkişi raporlarının özel veya teknik bilgi yönünden içeriğine ilişkin başvurular incelenmeksizin reddedileceği açıkça belirtilmiştir (Bilirkişilik Kanunu m. 14/3,4). Burada kastettiğimiz bilirkişinin dürüstlük kurallarına uymadan hazırlamış olduğu raporlara ilişkindir. Dürüstlük kuralı, bilirkişinin bu görevi yerine getirirken uyması gereken bir kuraldır (Bilirkişilik Kanunu m. 3/1). Kanunda açıkça düzenleme olmasaydı dahi, genel bir hukuk kuralı olan, dürüstlük kuralına bilirkişi uymakla yükümlüdür.

Bilirkişi olarak birden fazla kişiden oluşan kurul görevlendirilmişse, bu kişiler, toplantılar yaparak fikir alışverişinde bulunmalı ve raporu birlikte hazırlamalıdır. Bilirkişilerin bir araya gelmesi ve müzakerede bulunması, işin doğası gereğidir⁶⁵⁴. Bu nedenle kurul halindeki görevlendirmede, bilirkişilerin, müzakerede bulunması onlar için bir yükümlülüktür⁶⁵⁵. Müzakere etme yükümlülüğünü de raporu hazırlama yükümlülüğünün bir tamamlayıcı unsuru olarak görmek gerekir. Çünkü raporun, bilimsel temellere dayalı ve doğru bir şekilde hazırlanabilmesi için kurul halinde görevlendirme yapılmıştır. Dolayısıyla bilirkişinin, kendi görüşünü, herhangi bir müzakereyi gerçekleştirmeden, raporu yazması yeterli değildir. Bilirkişiler, gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla, mahkemenin yargılama faaliyetine yardımcı olurlar. Ayrıca çok boyutlu ve kompleks bir iş niteliği değişik uzmanlık alanına sahip kişilerin görevlendirilmesini gerektirdiğinden müzakere edilmesini ve görüş alışverişinde bulunmasını zorunlu kılar⁶⁵⁶. Bilirkişi müzakerede bulunduktan sonra, kendi fikri diğer bilirkişilerle aynı olmak zorunda değildir. Bu nedenle görüş ayrılığı ortaya çıkmışsa, bunun sebebini gerekçesiyle birlikte raporda belirtir.

⁶⁵³ Tanrıver, Medenî Usûl-I, s. 1055.

⁶⁵⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), m. 283 gerekçesinden. <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, erişim tarihi 15.09.2022.

⁶⁵⁵ Tanrıver, Süha, **Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 76; Öntan, s. 120.

⁶⁵⁶ Tanrıver, Medenî Usûl-I, s. 1061-1062.

Bilirkişinin görevlerinden biri de duyuşal incelemeler yapmaktır. Görevin gereğini uygun bir şekilde ifa edilebilmesi için bilirkişiyeye, kamusal bazı yetkileri tanımıştır. Bilirkişinin bir nevi keşif yetkisine benzer bir yetkisi vardır⁶⁵⁷. Mahkeme, bilirkişinin oy ve görüşünü açıklayabilmesi için kişi, nesne veya başka bir şey üzerinde inceleme yapmasının zorunlu olduğu hallerde, bilirkişiyeye inceleme yapması için yetki verir. Eğer taraflar isterlerse, işlemin icrasında hazır bulunabilirler (HMK m. 278/4).

Görevinin bir parçası olan durumlarda, bilirkişi, mahkemenin vermiş olduğu yetkiyle birlikte incelemeyi yapmakla da yükümlüdür. Hatta vücuda tıbbi müdahale gerçekleştirilecekse, bu yetki ve görev doğrudan bilirkişiyeye aittir. Örneğin, vücuttan kan örneği alınması yalnızca doktor bilirkişi veya ona yardımcı olan sağlık görevlisi tarafından yerine getirilebilir⁶⁵⁸. Bilirkişi, yetkisi dahilinde, belgeleri yerinde inceleyebilir, keşif konusu nesne ve kişi üzerinde dokunarak vs. inceleme yapabilir. Bilirkişinin incelemesi, görüşünü sunma yükümlülüğünün bir parçasıdır. Çünkü bilirkişi incelemeyi yaptıktan sonra görüşünü bildirmekle yükümlüdür.

Birden fazla kişiden oluşan bilirkişiler kurulunda da inceleme konusu üzerinde birinin incelemeye katılmayarak, daha sonradan görüşünü bildirmesi de yeterli değildir. Bilirkişi, görevini bizzat yerine getirmekle yükümlü olduğundan kurul halindeki incelemede de aynı esaslar geçerli olacaktır. Bilirkişiler, birlikte keşif incelemesine katılmalıdır⁶⁵⁹.

2.2.2.2.3.3. Bilirkişinin Görüşünü Gerçeğe Uygun Hazırlaması

Bilirkişi, çözümü özel ve teknik bilgi gerektiren konularda hâkime yardım ederek kararın verilmesinde etkin bir rol oynar. Bilirkişinin gerçeğe uygun görüş hazırlaması, mahkemenin maddî gerçeğe uygun karar verebilmesini sağlar. Bu nedenle, bilirkişinin gerçeğe uygun bilirkişi görüşü hazırlaması zorunluluğu onun diğeri bir yükümlülüğüdür⁶⁶⁰. Bu yükümlülük özü itibarıyla, dürüstlük ilkesinin, somut alandaki uygulama biçimlerinden birinin göstergesidir⁶⁶¹. Bilirkişinin gerçeğe uygun beyanda bulunma, görüş bildirme yükümlülüğü, hukukî, cezai ve disiplin yaptırımları ile korunmuştur. Gerçeğe aykırı rapor düzenlenmesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 285’de; gerçeğe aykırı bilirkişilik Ceza Muhakemesi Kanunu

⁶⁵⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), m. 282 gerekçesinden. <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6100ss.pdf>, erişim tarihi 15.09.2022

⁶⁵⁸ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, m. 8/2 kıyasen.

⁶⁵⁹ Hukuk Genel Kurulu Kararı, 26.06.1967, E. 998, K. 316: “Üç kişiden mürekkep (oluşturulan) bilirkişi kurulunun keşif yerini aynı anda beraberce görmeleri gerekir. Üçüncüsünün bilahare iltihakla raporu imzalaması rapora kıymet kazandırmaz.” (Rıfat Ersoy, s. 590, aktaran: Umar, Şerh, s. 804)

⁶⁶⁰ Berger, (Stein/Jonas), § 402, N. 65.

⁶⁶¹ Tanrıver, Bilirkişinin Hukukî Statüsü, s. 49; Dürüstlük ilkesi için bkz. Arslan, Ramazan, **Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1989, s. 116.

m. 276'da düzenlenmiştir. Bu maddelerdeki amaç, bilirkişinin gerçeğe uygun rapor düzenlemesidir. Ayrıca Bilirkişilik Kanunu'nda bilirkişinin dürüstlük kuralları çerçevesinde hareket edeceği açıkça belirtilmiş ve bu yükümlülüğe uymamanın disiplin yaptırımı kanunda düzenlenmiştir. Buna göre bilirkişinin sicilden ve listeden çıkarılmasına sebep olur (Bilirkişilik Kanunu m. 13/1, ç).

2.2.2.2.3.4. Bilirkişinin Görüşünü Süresinde Sunması

Mahkeme bilirkişiye raporu hazırlaması için süre verir (HMK m. 274) ve bilirkişi bu süre içinde raporu hazırlamakla yükümlüdür. Kanundaki bu süre yalnızca bilirkişi raporunun hazırlanmasına ilişkindir⁶⁶². Bilirkişi, sonuçlarını, anlaşılabilir şekilde gerekçelendirmelidir⁶⁶³. Bilirkişi verilen süre içinde, raporunu, imzalı olarak dosya ve diğer belgelerle birlikte⁶⁶⁴ mahkemeye teslim etmek zorundadır. Bilirkişi eğer raporu süresinde teslim edemeyecekse, bilirkişinin talebi üzerine, mahkeme süreyi uzatabilir. Bilirkişi raporunu süresinde sunmazsa, kanuna göre tanıklar hakkındaki disiplin hükümleri uygulanır (HMK m. 269 atfı gereği m. 253). Bu nedenle bilirkişi, raporu mahkemeye süresinde sunmazsa, para cezasına hükmedilebilir ve bu yüzden doğan giderleri karşılaması istenir⁶⁶⁵. Bilirkişinin bu yaptırımlarla karşılaşabilmesi için, verilen görev kararında, kendisine verilen sürenin belirtilmesi ve bu süre içinde tamamlanmamasının sonuçlarının da belirtilmiş olması gerekir. Süresinde raporun teslim edilmemesi, şartlar varsa, bilirkişi hakkında Bilirkişilik Kanunu'ndaki disiplin hükümlerinin de uygulanmasına yol açar⁶⁶⁶.

Bilirkişi raporunun süresinde sunulmaması halinde mahkeme, daha önceden süre vermeden veya sonuçlarını ihtar etmeden bir süre vermişse, yeni bir süre vermeli ve

⁶⁶² Raporun hazırlanması için mahkemeye süre verilir. Sözlü olarak görüşün sunulmasında, mahkemeye davet edilerek, mahkemede veya keşifte oy ve görüşü açıklanır. Bu oy ve görüşün hazırlanması için verilen süre zarfında hâkim, bilirkişiye raporu sunmasını isteyecektir. Bu temel üzerine inşa edilerek kanunda yalnızca raporun süresine ilişkin hüküm getirilmiştir. Bilirkişiye süre verilerek sözlü açıklamalarda bulunmasını beklemek üzere süre vermek ve mahkemede tutanağa geçirmek, yazılı bir bilirkişi görüşünün sunulmasına tercih edilmemelidir. Sözlü olarak bilirkişi görüşünün sunulmasının da dahil olduğu hakkında bkz. **Toraman**, Bilirkişi, s. 522.

⁶⁶³ Ulukapı, Ömer, "Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 3-4, Yıl 2001, ss. 191-207, s. 197.

⁶⁶⁴ Teknolojinin gelişimi, yargılamanın da şekillenmesinde etkili olmuş, olmaya da devam etmektedir. Bugün artık yargılamamızda elektronik işlemlerin yaygınlaşması ile Ulusal Yargı Ağı Bilişimi Sisteminden (UYAP), bilirkişinin gerekli belgelere erişimi de mümkündür. Hatta Bilirkişilik Yönetmeliğine göre, bilirkişiye fiziki dosya teslim edilmek yerine, UYAP üzerinden dosyayı görebilmesi tercih edilmektedir (Bilirkişilik Yönetmeliği, m. 51/2).

⁶⁶⁵ Bu giderler raporun geç verilmesinden dolayı tarafın uğradığı tüm zararlar değildir; yalnızca belirlenen tarihteki yerde hazır bulunmanın gereksiz masraflarına ilişkindir. Bkz. **Huber** (Musielak/Voit), § 380, N. 3 (§ 409, N. 1).

⁶⁶⁶ Bilirkişinin süresinde tamamlanamayacağını mahkemeye izah etmeden 15 ay sonra sunduğu bilirkişi raporundan dolayı Bilirkişilik Kanununun 13/1-b- Bilirkişilik Yönetmeliğinin 52/1, 7/1 maddelerine aykırılık teşkil ettiği (raporun belirlenen süre içinde mazeretsiz olarak verilmemesi) ile bilirkişinin 6 ay için listeden ve sicilden geçici olarak çıkarılması kararına ilişkin bkz. Adana Bilirkişilik Bölge Kurulu, Gündem No: 2019/22, Toplantı No: 2019/22, Karar No: 2019/336. (<https://bilirkisilik.adalet.gov.tr>)

sonuçlarıyla birlikte bilirkişiye ihtar etmelidir⁶⁶⁷. Mahkeme, bu süreyi bilirkişiyle telefonla görüşerek kararlaştırabilir⁶⁶⁸. İşin mahiyeti, bilirkişinin elindeki dosyanın çokluğu gibi durumlar olabileceğinden bilirkişiyle görüşülmesi daha yerinde olur. Bu süre, özellikle bilirkişinin haklı mazeretlerinde (dosyada inceleme yapması için gereken işlemlerin çokluğu, karmaşıklığı gibi nedenlerde) verilebilir.

Alman hukukunda, süresinde raporun sunulmaması halinde, Alman Medenî Usûl Kanunu § 411 paragrafının ikinci fıkrasında da para cezasının kararlaştırılacağı öngörülmüştür. Para cezasına hükmedilebilmesi, bilirkişi için önceden tayin edilen sürede raporun teslim edilmemesi ve sonuçlarının ihtar edilmiş olmasına bağlıdır. Mahkeme bu koşulların varlığında, para cezasına hükmetmelidir. Sürenin yeniden kaçırılması halinde, mahkeme yeniden para cezasına hükmedebilir. Ancak uygulamada hakimlerin, bu hükümleri uygulamak yerine sürenin kaçırılmasında, bilirkişilere işlerin durumu hakkında soru sorulduğu belirtilmiştir. Bu ise hakimlerin bir sonraki yargılamalarda da bilirkişi olarak görev yapacak olmasından dolayı, bilirkişileri olumsuz etkilememek niyetinden kaynaklanır⁶⁶⁹.

Kanuni düzenlemeye bakıldığında, bilirkişinin raporu süresinde teslim etmemesinin birden fazla sonucu doğar. Hukukî sorumluluğu ve cezai sorumluluğunun⁶⁷⁰ dışında disiplin yaptırımları vardır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 269/2’de, süresinde raporun teslim edilmemesinde, tanıklığa ilişkin disiplin hükümleri uygulanacağı ve durumun bilirkişilik bölge kuruluna bildirileceği düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 274. maddesinde de bilirkişinin raporu süresinde teslim etmemesinin sonucunda, bilirkişinin görevden alınıp, yeni bir bilirkişi tayin edileceği ile “*bilirkişiye ücret ve masraf altında hiçbir ödeme yapılmaması*”na

⁶⁶⁷ Herhalde bilirkişilik görevi için kanunda öngörülen azami sürenin aşılması gerekir (HMK m. 274).

⁶⁶⁸ Alman hukukunda bilirkişiye görev verilmeden önce uygulamada telefon edilmesi tavsiye edilmektedir. Bkz. **Zimmermann**, (MüKoZPO), § 407a, N.2. Bilirkişinin süreyi ne kadar süre içinde tamamlanacağını da telefonla kararlaştırıldığı hakkında bkz. **Zimmermann**, (MüKoZPO), § 407a, N.5. Türk hukukunda sürenin bilirkişiyle görüşülerek belirlenmesi gerektiği hakkında bkz. **Toraman**, Bilirkişi, s. 528-529.

⁶⁶⁹ **Keders/Walter**, s. 1697; 1702; **Gottwald**, Die Stellung des Sachverständigen, s. 127.

⁶⁷⁰ Bilirkişi, yargı faaliyetine (kamusal faaliyete) yardım ettiğinden Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisidir. Türk Ceza Kanunu m. 6 gerekçeden: “*Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir.*” Bilirkişilerin görevini zamanında yerine getirmemesi aynı zamanda Türk Ceza Kanunu anlamında “*görevi kötüye kullanma suçu*nu” oluşturur. (Tanrıver, Süha, “Bilirkişinin Sorumluluğu”, **TBB Dergisi**, Sayı:56, 2005, ss.133-166, s. 157 ve 65. dipnotta belirtilen Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin kararları). Ayrıca bilirkişi kamu görevlisi sayıldığından, Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisinin işleyebileceği diğer mahsus suçları da işleyebilir. Bu konuda bkz. **Tanrıver**, Bilirkişinin Sorumluluğu, s. 156-158.

da karar verilebileceği ve gerekçesi gösterilerek gerekli yaptırımların uygulanmasının bilirkişilik bölge kurulundan talep edilebileceği düzenlenmiştir.

Raporun süresinde verilmemesinde hâkim Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 274 hükmünü öncelikle uygulayacaktır. Kanun koyucu uygulamadaki en büyük sorunlardan biri olan bilirkişi raporunun süresinde teslim edilmemesini sorununu çözmek amacıyla kanunda ayrı bir hükme yer vermiştir. Gereken özenin gösterilmemesi halinde, hâkimlerin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 274'deki hükmü uygulamaktan kaçınmaması gerektiği hükmün gerekçesinde belirtilmiştir⁶⁷¹. Dolayısıyla eğer bilirkişi, kendisine verilen görevi zamanında yerine getirmezse, yerine başka bir bilirkişi görevlendirilmesi yapılabilir (HMK m. 274/2). Bu halde, bilirkişinin değerlendirmesinin güvenilir olması (hızlı hazırlanmış bir rapor olmaması için) açısından, hükmün uygulanması yerindedir. Bilirkişi, elindeki tüm dosya ve belgeleri hemen mahkemeye teslim etmekle yükümlüdür. Mahkeme disiplin yaptırımı⁶⁷² olarak bilirkişiye hiçbir ücret ve ödeme yapılmamasına karar verebilecek ve ayrıca disiplin yaptırımının uygulanması için bilirkişilik bölge kuruluna bildirecektir.

Raporun süresinde verilmemesi tanıklığa ilişkin disiplin yaptırımlarının uygulanmasını ortadan kaldırır mı sorusu sorulabilir? Bu kapsamda para cezası, disiplin hapsi yaptırımlarına mahkeme hükmedebilecek midir? Bu soruların cevabından önce, kanundaki bu çifte disiplin yaptırımı hükümlerinin varlığının bilirkişi açısından olumsuz olduğunu ifade etmek gerekir. Bilirkişinin aynı eylemi farklı disiplin hükümleri öngörülerek kanunda yaptırıma bağlanmıştır. Üstelik raporun geç verilmesine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 274'te hukukî ve cezai sorumluluğunun yanında "disiplin yaptırımı niteliğinde" paranın ödenmemesine karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu maddede ve maddenin gerekçesinde, tanıklığa ilişkin disiplin yaptırım hükümlerine gönderme yapılan 269. maddenin 2. fıkrasına gönderme yapılmamıştır. Dolayısıyla bu maddelerin varlığı iki farklı yorumu ortaya çıkaracaktır. Birincisi, süresinde raporun verilmemesi nedeniyle bilirkişi için ayrı "disiplin yaptırımı" öngörülmüş olduğundan yalnızca bu yaptırımın uygulanması gerektiği ifade edilebilir. İkincisi de kanun koyucunun amacının süresinde geç verilmesinin engellenmesi olduğu belirtildiğinden, raporun süresinde verilmesini temin etmek istediği için tanıklığa ilişkin disiplin yaptırımlarının yanında ek bir disiplin yaptırımı öngördüğü de düşünülebilir.

⁶⁷¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), m. 278 gerekçesi: "*Öte yandan, gereken özenin gösterilmemesi hâlinde, mahkemeler de, bilirkişi hakkında, bu yaptırımlara işlerlik kazandırmaktan kaçınmamalıdır. Çünkü, uygulamada en çok yakınılan konulardan birisini de, bilirkişinin raporunu süresi içerisinde mahkemeye tevdi etmemesi oluşturmaktadır.*" <https://kgm.adalet.gov.tr/TasariAsamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, erişim tarihi 15.09.2022

⁶⁷² Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), m. 278 gerekçesinden. <https://kgm.adalet.gov.tr/TasariAsamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, erişim tarihi 15.09.2022

Kanunda her iki hükmün aynı anda varlığı söz konusu olsa da bu sakınca, disiplin hukukunun temel ilkeleri bağlamında çözümlenmelidir. Disiplin hukukunun temel ilkelerinde, Anayasa’da temelini bulan ölçülülük ilkesi (Anayasa m. 13) dikkate alınmak zorundadır⁶⁷³. Disiplin yaptırımını ile bu yaptırımın esasını oluşturan eylem arasında denge oluşturulmalıdır. Ölçülülük ilkesinde temel üç alt unsuru olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkesine uygunluk olmalıdır. Uygulanacak yaptırımın, hedeflenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı (elverişlilik); bu yaptırımın uygulanmasının zorunlu olup olmadığı (zorunluluk) ve uygulanan yaptırım ile hedeflenen amaç arasında denge olup olmadığı (orantılılık) tespit edilerek⁶⁷⁴ belirlenebilir. Dolayısıyla her somut olayda bu ölçülülük ilkesi dikkate alınarak belirlenmelidir. Kanun koyucu, süresinde raporun teslim edilmemesi nedeniyle gerektiğinde ücretin de verilmeyeceği şeklinde disiplin yaptırımını öngörmüştür. Bilirkişi herhangi bir faaliyette bulunmamışsa, ücretin ona ödenmemesi bir disiplin yaptırımını niteliğinde olmayacaktır. Çünkü bilirkişi zaten faaliyetinin karşılığını oluşturacak bir emek, mesai harcamamıştır. Bu ancak bilirkişinin belirli emek ve mesai harcadığı zamanlarda bir yaptırım olarak görülebilir. Bu halde de hâkim, kendisi takdir ederek para cezası öngöreceğinden, para cezasının belirlenmesinde, bu bedelin düşürülmesi veya yaptığı işin ağırlığına göre herhangi bir para cezasının verilmemesine de karar verilebilir.

Süresinde raporun teslim edilmemesinde, aşırı iş yükü nedeniyle, bilirkişi süresinde oy ve görüşünü sunamıyorsa, kanunda öngörülen yaptırımlar uygulanmayabilir. Ancak bu nedenlerin zamanında mahkemeye bildirilmemesi bir kusur sayılır⁶⁷⁵.

Bilirkişi hakkında düzenlenen yaptırımlara karşı itiraz edebilir. Savunma hakkı, her bireyin, anayasal düzeyde korunan temel hakkıdır (Anayasa m. 36). Bilirkişi, gecikmenin kendisinin kusurundan kaynaklanmadığına veya öngörülen para cezasının miktarına ilişkin itirazlarda bulunabilir⁶⁷⁶.

2.2.2.2.4. Bilirkişi Olarak Görev Yapmaya Bağlı Diğer Yükümlülükleri

2.2.2.2.4.1. Çağrıya Uyuma ve Hazır Bulunma Yükümlülüğü

Bilirkişilik yapmakla yükümlü kişinin, mahkeme tarafından görevlendirildiğinde çağrıya uyuma ve hazır bulunma yükümlülüğü de vardır. Çağrıya uyuma ve hazır bulunma yükümlülüğünün içeriği, bilirkişinin davette belirtilen yerde ve davette belirtilen zamanda hazır

⁶⁷³ Hatipoğlu, Mehmet, “Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”, **TBB Dergisi** 2019 (143), ss. 181-220, s. 187; Zor, Burç Volkan, “Disiplin Hukukunda Uygulanan İdari Usul İlkeleri”, **TBB Dergisi** 2021 (155), ss. 331-377, s. 362.

⁶⁷⁴ **Zor**, s. 363.

⁶⁷⁵ **Zimmermann**, (MüKoZPO), § 411, N. 7.

⁶⁷⁶ **Zimmermann**, (MüKoZPO), § 411, N. 9; OLG München: Androhung von Ordnungsmittel OLGZ 1981, 91 (<https://beck-online.beck.de>)

bulunmasıdır. Kanunun 269. maddesinde, yalnızca “mahkemede” hazır bulunma yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Oysa uygulamada sıklıkla, keşif konusu taşınmaz olduğunda, keşif mahallinde dinlenilmek üzere bilirkişi çağrılır. Çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü kapsamında, mahkeme keşif sırasında, bilirkişinin de hazır bulunmasını isteyebilir (HMK m. 290/2) ve bilirkişi bu yükümlülüğe uymak zorundadır⁶⁷⁷.

Geçerli bir özür olmaksızın, davet edilen mahkemede hazır bulunmayan kişi hakkında hem disiplin hem de cezai sonuçlar doğar. Ancak bunun için öncelikle mahkemenin, bilirkişiyi, usûlüne uygun tebliğ edilmiş davetiye ile çağırması gerekir. Bu davetiyede, mazeretsiz hazır bulunmamasının sonuçları da açıkça yazmalıdır⁶⁷⁸.

Davet edilen bilirkişinin kanuni temsilci ya da çalışan gönderme yetkisi yoktur⁶⁷⁹. Çünkü bilirkişi bu yükümlülüğü bizzat yerine getirmekle yükümlüdür. Birden fazla kişi birlikte görevlendirildiğinde, tüm bilirkişiler, birlikte çağrılan yere belirtilen zamanda gelmekle yükümlüdür (HMK m. 279/3). Birden fazla bilirkişilerin sözlü olarak açıklama yapmasından önce, mahkeme, bilirkişilerin kendi aralarında, başvuru hususu, müzakere etmek üzere kendilerine süre verir. Müzakere, sonucunda açıklanan görüş, tutanakla tespit edilerek, tutanağın altı bilirkişilerce imzalanmalıdır. Kanunda, mahkemenin müzakerenin usûlüne ilişkin bu hüküm, bilirkişi için yükümlülüktür (HMK m. 279/3).

Bilirkişiliği kabul etmekle yükümlü kişiler, tarafsızlığını şüpheyi gerektiren sebepler olsa dahi mahkemeye veya mahkemece belirlenen keşif mahalline çağrıldığında gelmek zorundadır. Bilirkişi mahkemeye duruşma ve keşif gününden önce bu sebebi bildirir ve mahkeme de kararını geri alırsa, bilirkişinin çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü ortadan kalkar.

Bilirkişilerin davet edilme ve çağrılmasında, tanıklara ilişkin aynı usûl uygulanabilir (HMK m. 243). Yükümlülüğe uyulmamasının yaptırımı, tanıklar hakkındaki disiplin hükümlerinin uygulanmasıdır (HMK m. 269/2). Bilirkişiye bu yaptırımın uygulanabilmesinin koşulu, bilirkişinin davetiye ile çağrılması; bilirkişiye çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünün sonuçlarının açık ve kesin olarak ihtar edilmesidir. Benzer şekilde bilirkişinin

⁶⁷⁷ Gaziantep Bilirkişilik Bölge Kurulu, Gündem No: 2020/13, Toplantı No: 2020/13, Karar No: 2020/208: “keşif mahallinde hazır olması yönünde ihtarlı davetiye tebliğine rağmen, bilirkişinin, geçerli bir mazereti olmaksızın keşfe katılmadığı böylelikle, Bilirkişilik Yönetmeliğinin 7. nci maddesinde belirtilen yetkinlik ve mesleki özen etik ilkesi ve 11. nci maddesinde belirtilen görevi kabul yükümlülüğü etik ihlal ettiği, eyleminin 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 13/1-b ve Bilirkişilik Yönetmeliğinin 48/1-b maddelerine göre sicilden ve listeden çıkarılması yaptırımını gerektirdiği ancak, bilirkişiye daha önce disiplin cezası verilmemiş olması olması dikkate alınarak sicilden ve listeden çıkarma yaptırımı yerine 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 13/1-b, 2 maddeleri gereğince bilirkişinin taktiren 6 Ay süreyle geçici olarak bilirkişilik sicilinden...” (<https://bilirkisilik.adalet.gov.tr>)

⁶⁷⁷ Berger, (Stein/Jonas), § 402, N. 65.

⁶⁷⁸ Tanrıver, Medenî Usûl-I, s. 1044.

⁶⁷⁹ Berger, (Stein/Jonas), § 411, N. 2.

telefonla da çağırılması mümkün olmakla birlikte, davetiye ile çağırmanın sonuçlarını doğurmayacaktır (HMK m. 243/son).

Çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü, bilirkişiliğe kabulle yükümlü olanlar için davetiyenin gönderilmesi ile başlar. Ancak yükümlü olmayan bir bilirkişinin çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünün başlaması, mahkemece atandıktan sonra bu görevi kabul etmesine bağlıdır.

2.2.2.2.4.2. Yemin Etme Yükümlülüğü

Bilirkişi, gereken dikkat ve özeni göstererek görüşünü mahkemeye sunmakla yükümlüdür. Bilirkişinin doğru, tarafsız bir görüşünü sunabilmesi, rapor hazırlayabilmesi için hukukumuzda bilirkişinin yemin etme yükümlülüğü de öngörülmüştür (HMK m. 269/2). Yemin etme yükümlülüğü, mahkemenin takdirine göre değişmez⁶⁸⁰. Bilirkişi, bilirkişilik bölge kurulu tarafından oluşturulan listeye kayıtlı ise listeye kayıt olurken yemin ettiğinden, bu bilirkişilere, her dosyada ayrıca yemin ettirilmez. Her bir dosya için ayrı ayrı yemin ettirilmesi istenirse de bilirkişi bunu yerine getirmekle yükümlü değildir. Bu halde, bilirkişiye verilen görevlendirme yazısında, bilirkişilere önceden etmiş oldukları yemine bağlı kalmaları hatırlatılır (HMK m. 271/1). Başvurulacak konu hakkında listede bulunmayan bir bilirkişi göreve atanacaksa, görevine başlamadan önce yemin verdirilir ve tutanak imzalatılır (HMK m. 271/2). Yemin etme yükümlülüğü, manevi baskı hissettirilerek, bilirkişinin, tarafsızlığı ile objektifliğini sağlamayı amaçlar⁶⁸¹.

Tüzel kişinin bilirkişiliği söz konusu olduğunda, tüzel kişinin temsilcisinin yemin etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir⁶⁸². Oysa tüzel kişi listeye kayıtlı olarak atansa bile, bilirkişilik görevini gerçek kişi yerine getirmekle yükümlüdür. Bu nedenle mahkeme tarafından atanan bilirkişinin yemin etme yükümlülüğü devam eder. Burada sorun, genelde resmî bilirkişi görevi bulunan kurumlardaki (tüzel kişilik bünyesindeki) bilirkişilerin yemin etme yükümlülüğü olup olmadığı noktasındadır. Adli tıp uzmanlığı yapan bilirkişilerde olduğu gibi tarafsız ve objektif olarak etmiş oldukları yemin, bilirkişi yemini yerine geçer ve onlara her seferinde, faaliyet gösterdikleri alanla veya diğer bir alanda, bilirkişilik yapmaları durumunda

⁶⁸⁰ Alman hukukunda bilirkişiye ilişkin hükümlerde farklı hükümler bulunmadığı sürece, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır. (dZPO § 402 paragrafının atfıyla § 391). Bu nedenle tanıklıkta olduğu gibi bilirkişinin yemin edip etmeyeceği, hâkimin takdirine bırakılmıştır. (Zimmermann, (MüKoZPO), § 410, N.1; Gottwald, Peter, Die Stellung des Sachverständigen, s. 129).

⁶⁸¹ Tanrıver, Medenî Usûl-I, s. 1045-1046.

⁶⁸² Toraman, Bilirkişi, s. 440.

yeniden yemin verdirilmesi zorunluluğu yoktur⁶⁸³. Bu halde, mahkemenin bilirkişiye yemini hatırlatması gerekir.

2.2.2.3. Özel Bilirkişinin (Özel Uzmanın) Bilgi Verme Yükümlülüğü Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

Tarafın kendisinin belirlediği uzman bir kişiden ve kendisinin belirlediği özel veya teknik bir konuda aldığı görüşe uzman görüşü; bu görüşü aldığı kişiye de özel bilirkişi (özel uzman) denir⁶⁸⁴. Taraflar, dilekçelerindeki iddia ve savunmaların hazırlanması sırasında bir uzmana başvurabilecekleri gibi dava açıldıktan sonra taraflar mahkemenin bilirkişiye başvurmasını beklemeden özel ve teknik konulardaki bilgi eksikliğini gidermek için uzman görüşüne başvurabilir; bu uzman görüşüne dayanarak dilekçelerini mahkemeye sunabilirler⁶⁸⁵. Uzman, mahkemenin atadığı bilirkişiden farklıdır. Her ikisi de uzman niteliğine sahip olup, kendi uzmanlık alanında görüşüne başvurulacak kişilerdir⁶⁸⁶. Uzman ile resmi bilirkişi arasındaki farklılıklar şu şekilde sıralanabilir: Uzman raporu, resmî bilirkişi raporu gibi delil değildir, taraf beyanıdır. Uzman, resmî bilirkişi gibi objektif ve tarafsız olmasını sağlayan hükümler ile teminat altına alınmamıştır. Resmî bilirkişilerin, hâkimler hakkındaki sebeplerle reddi mümkündür (HMK m. 272). Resmî bilirkişilerin, yemin etme yükümlülüğü olmasına rağmen (HMK m. 271), uzman ne tarafça ne de mahkeme tarafından yemin ettirilmez. Resmî bilirkişi mahkeme tarafından atanır, uzman ise tarafça ve serbestçe atanır. Resmî bilirkişiler, bilirkişilik görevini kabulle yükümlü olmasına rağmen (HMK m. 270), uzman kendisinden talep edilen konuda görüş hazırlamayı serbestçe kabul edebilir veya reddedebilir⁶⁸⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 293'te, tarafların dava konusu olayla ilgili, uzman kişiden mütalaa alabileceği kaleme alınmıştır. Uzman görüşüne taraflar kendi istekleriyle başvurumaktadırlar. Taraf isterse, dava konusu olayla ilgili bilimsel mütalaa alabilir. Uzman görüşü mahkemeye sunulduktan sonra da gerektiğinde hâkim, talep üzerine veya kendiliğinden uzmanın dinlenmesine karar verebilir. Uzman görüşü, bilirkişi deliliyle

⁶⁸³ Tanrıver, Medenî Usûl-I, s. 1047.

⁶⁸⁴ Pekcanitez, Hakan, "Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi" Prof. Dr. Saim Üstündağa Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, ss. 397-418, s. 397; Özbek, Mustafa Serdar, "Uzman Görüşünün Yargılamada Değerlendirilmesi", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Ankara, 2017, Yıl:4, Sayı:1, ss. 63-162, s. 67; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1958-1959; Atalı/Ermenek/Ersin, Usûl, s. 567; Tanrıver, Hukukumuzda, s. 30-31; Tanrıver, Medenî Yargıda, s. 33.

⁶⁸⁵ Pekcanitez, Uzman Görüşü, s. 398; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1958-1959.

⁶⁸⁶ Pekcanitez, Uzman Görüşü, s. 398; Özbek, s. 76; Tanrıver, Hukukumuzda, s. 31; Tanrıver, Medenî Yargıda, s. 33.

⁶⁸⁷ Pekcanitez, Uzman Görüşü, s. 399-404; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1959-1961; Yazıcı Tıktık, Çiğdem, "HMK m. 293'teki Uzman Görüşü Kurumu ile Anglo Sakson Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması", Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, Cilt:7, Sayı: 20, 2011/3, ss. 79-100, s. 95.

ilişkilendirilmemektedir. Bilirkişi bir delil olup, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda başvurulmaktadır. Uzman görüşüne ise hukukî konularda da başvurulmaktadır.

Uzman görüşünün doktrinde ağırlıklı olarak delil niteliğinde olmayıp⁶⁸⁸, tarafın mahkemeye sunduğu bir beyanı olarak kabul edilmektedir⁶⁸⁹. Ayrıca hâkimin kişisel görüşünün oluşması için bir yardım aracı olarak⁶⁹⁰ veya tarafların iddia ve savunmalarını desteklemek ve hâkimi aydınlatmak üzere kullandıkları delil değerlendirme vasıtası olarak kabul edilmektedir⁶⁹¹.

Uzman görüşü, delil niteliğinde olmadığından, uzmanın görüşü hakkında bilgi verme yükümlülüğü olup olmadığının değerlendirilmesi konumuzla esasen bağlantılı değildir. Kaldı ki doktrinde açıklandığı üzere, uzman ile taraf arasındaki ilişki sözleşme serbestisine dayanmakta olup, uzman, tarafın talebi üzerine rapor vermek zorunda değildir⁶⁹². Dolayısıyla bu anlamda, uzmanın bilgi verme yükümlülüğünden de söz edilemez. Ayrıca üçüncü kişi ile mahkeme arasında kurulan bir usûl hukuku ilişkisi ve kamusal bir bağ⁶⁹³ da bulunmamaktadır. Taraf, kendi iradesiyle iddia ve savunmasını desteklemek amacıyla, teknik ve özel konularda, kendi belirlediği uzmana başvurur. Taraf ve uzman arasındaki hukukî ilişki kendileri arasında kurulmaktadır ve bu ilişki, özel hukuk ilişkisine dayanır. Mahkemeye bir kamu hukuku ilişkisi kurulmaz. Uzman, görüşünü hazırladıktan sonra, taraf, uzman görüşünü mahkemeye sunmuşsa, uzman görüşü mahkemece taraf beyanı olarak değerlendirilir. Bu halde, hâkim kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine uzmanın mahkemeye davet edilerek dinlenmesine karar verebilir (HMK m. 293/2). Bu sayede uzmanın daha titiz ve daha dikkatli çalışması sağlanarak, eksik veya yanlış bilgi vermesi engellenebilir⁶⁹⁴. Uzman duruşmaya çağrıldığında, gelmek zorundadır⁶⁹⁵. Usûlüne uygun olarak çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmaksızın gelmeyen uzmanın raporu mahkemece değerlendirmeye tabi tutulamaz (HMK m. 293/3). Bu hükme istinaden mahkemece dinlenmesine karar verilen uzmanın beyanı, tanık ifadesi niteliğinde de değildir. Uzman kişinin dinlenmesi, bir yandan uzmanlık gerektiren konuların

⁶⁸⁸ Uzman görüşünün hukukî niteliği, uzman görüşünün alınması için taraf ve uzman görüşü arasındaki sözleşmenin hukukî niteliği gibi konular doktrinde tartışılmakta olup, bu tartışmalara ilişkin bkz. **Zora**, s. 44-56; ayrıca bkz. **Özbek**, s. 125-126.

⁶⁸⁹ **Pekcanitez**, Uzman Görüşü, s. 398; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1958-1959; **Atalı/Ermenek/Ersin**, Usûl, s. 567; **Yazıcı Tıktık**, Uzman Görüşü, s. 93; **Tanriver**, Hukukumuzda, s. 33; **Tanriver**, Medenî Yargıda, s. 35.

⁶⁹⁰ **Yazıcı Tıktık**, Uzman Görüşü, s. 93.

⁶⁹¹ **Özbek**, s. 126 vd.

⁶⁹² **Pekcanitez**, Uzman Görüşü, s. 403.

⁶⁹³ **Tanriver**, Hukukumuzda, s. 35; **Tanriver**, Medenî Yargıda, s. 37. Bilirkişi ile kendisini görevlendiren mahkeme arasında ise kamu hukuku ilişkisi mevcuttur. **Tanriver**, Hukukumuzda, s. 35; **Tanriver**, Medenî Yargıda, s. 37.

⁶⁹⁴ **Öztek Selçuk**, “Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Uzman Görüşü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi”, İstanbul, 2008, ss. 179-189, s. 187; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1962; **Tanriver**, Hukukumuzda, s. 32; **Tanriver**, Medenî Yargıda, s. 34.

⁶⁹⁵ **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1961; **Özbek**, s. 118 vd.

daha iyi aydınlatılabilmesini sağlarken bir yandan da çelişkili ya da yanlış bilgilerle yargılamanın olumsuz etkilenmemesini sağlar⁶⁹⁶. Uzmanın tanık olarak dinlenmesi de mümkündür. Ancak tanık olarak beyanda bulunması, uzman görüşü hakkında olmayıp, tanık olduğu vakıya ilişkindir⁶⁹⁷. Bu halde uzman, tanık olduğundan, tanıkların dinlenmesi hakkındaki hükümlere tabi olur ve tanık olarak beyanda bulunma yükümlülüğü vardır.

2.2.2.4.Üçüncü Kişinin Diğer Bilgi ve Beyan Yükümlülükleri

Delillerin toplanması kapsamında üçüncü kişi yargılamayla ilgili bildiklerini çoğunlukla tanık veya bilirkişi olarak paylaşır. Ancak bunun dışında resmî kurumlardan veya özel kişilerden de bilgi alınabilir. Bunun yasal dayanağı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 195’dir. Maddeye göre, tarafların ellerinde bulunmayan ve incelenmesine karar verilen delillerin getirilmesi için, mahkemece ilgili resmî makam ve mercilerle üçüncü kişilere bu husus bildirilir. Mahkemeye getirilmesi mümkün olmayan deliller, bulunduğu yerde incelenebilir veya dinlenebilir. Taraflar dilekçeler aşamasında, ellerinde bulunan delilleri sunmalı; ellerinde olmayan delillerin ise nerede olduğuna ilişkin bilgi vermelidir. Tarafların üçüncü kişi ve resmî makam ve mercilerin ellerinde olan belge ve diğer delilleri temin edememesi halinde, bu delillerin incelenmesine karar verildikten sonra mahkeme gerekli deliller için bu kişilere bildirim yapmaktadır. Gerektiğinde ilgili delillerin yerinde incelenmesi veya dinlenmesi de mümkündür. Bu bağlamda örnek olarak emsal bedel araştırılması için ticaret ve sanayi odası ile mesleki kuruluşlara yazı yazılması⁶⁹⁸ şirketteki ortağa ait gelirin araştırılması için şirkete yazılması⁶⁹⁹, sosyal sigorta primlerinin tespiti için Sosyal Güvenlik Kurumuna yazı

⁶⁹⁶ **Yazıcı Tıktık**, Uzman Görüşü, s. 96.

⁶⁹⁷ **Pekcanitez**, Uzman Görüşü, s. 401; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1960-1961; **Yazıcı Tıktık**, Uzman Görüşü, s. 96.

⁶⁹⁸ Yargıtay 15. HD., 16.01.2017 T., E. 2015/5129, K. 2017/145; “...6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 195. maddesi uyarınca sözleşme tarihi itibarıyla gerçek piyasa fiyatlarının ticaret ve sanayi odaları ile ilgili meslek kuruluşlarından sorularak tespit edildikten sonra bilirkişi kurulundan yaklaşık maliyet cetveli, mahal listesi, ihale evrakları ve sözleşme bedelinin belirlenmesinde davalı idare elemanlarının ihmali ve kusurları bulunup bulunmadığı varsa dereceleri...” Yargıtay 15. HD., T.25.01.2016, E. 2015/1645 K.2016/387, Lexpera, erişim tarihi 01.05.2023.

⁶⁹⁹ Yargıtay 17. HD., 06.10.2016 T., E. 2014/7882, K. 2016/8629: “Söz konusu gelire ilişkin davacı tanıklarının beyanları ve emniyet araştırması dışında objektif üçüncü kişileri bağlayıcı nitelikte herhangi bir resmi kayıt veya ispata yarar delilin de olmadığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Böyle bir davada gerçek zararın belirlenmesi için, davacının gelirinin daha net ve ispata yarar somut delillerle ortaya konulması gerekmektedir. Tarafların ellerinde bulunmayan ve incelenmesine karar verilen delillerin getirilmesi için, mahkemece ilgili resmi makam ve mercilerle üçüncü kişilere bu husus bildirilir. Mahkemeye getirilmesi mümkün olmayan deliller, bulunduğu yerde incelenebilir veya dinlenebilir (HMK 195/1). Bu bakımdan, davacının gelirinin somut ve ispata yarar delillerle subuta ermediği dikkate alınarak, davacının ortağı ve müdürü olduğu HMK 195/1 maddesi uyarınca yazılarak anılan şirkete ait kaza tarihinden geriye doğru birkaç seneyi de kapsayacak şekilde ticarî defter ve kayıtları getirtilerek, şirket ortaklar kurulu kararı da incelenerek davacının şirketteki görevinin ve almış olduğu maaşın tespit edilmesi suretiyle hesaplama yapılarak alınacak gelirin usulünce belirlenmesinden sonra bu ücret üzerinden tazminatın hesaplanması gerekirken...” Lexpera, erişim tarihi 01.05.2023.

yazılması⁷⁰⁰, tarafa ait tahlil ve tetkiklerin incelenmesi için hastaneye yazı yazılması⁷⁰¹ verilebilir. Mahkeme bu maddeye istinaden üçüncü kişiden istenen bilgi, belge vb. delilleri istemek yerine ispat yükü üzerine düşen tarafa süre vererek eksikliğin tamamlanmasını, bunun tamamlanmaması nedeniyle de ispat yükü üzerine düşen tarafın aleyhine karar vermemelidir⁷⁰².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 195, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu m. 242'nin yeniden düzenlenmiş halidir. Yürürlükten kaldırılan kanunda yalnızca vesika (belge) delili için düzenlenmiş olmasına rağmen, yürürlükteki usûl kanunumuzda tüm delil türleri için öngörülmüştür. Bu düzenlemenin benzeri İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 190 ve Alman Medenî Usûl Kanunu § 273, 2/2 paragrafında yer almaktadır.

İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nda deliller sayılmıştır ve bu delillerden biri de yazılı bilgidir (schrifliche Auskunft, m. 168). Yazılı bilgi; tanıklık, bilirkişi raporu ve belge delili arasında karma niteliğe sahiptir⁷⁰³. İsviçre uygulamasında bu delil türü büyük bir öneme sahiptir. Yazılı bilgi, kanunun 190. maddesinin birinci fıkrasında, resmî kurum ve kuruluşlardan yazılı bilgi talep edilmesi; ikinci fıkrasında ise tanık olarak mahkemede hazır bulunarak, dinlenmeleri gerekli görülmeyen özel kişilerden bilgi alınması şeklinde iki farklı görünümde düzenlenmiştir. Sözlü veya telefonla bilgi alınması ise bu madde kapsamında geçerli değildir⁷⁰⁴. Kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda hâkim yazılı bilgi istenmesine kendiliğinden karar verebilirken; taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda yazılı bilgi istenmesi için tarafların talebi gerekir⁷⁰⁵. Bu madde, tanıklardan yazılı bilgi istenmesinden

⁷⁰⁰ Yargıtay 15. HD., T. 16.05.2018, E. 2018/2184, K. 2018/2013: “Tarafların elinde olmayan başka yerden getirilecek deliller konusunda HMK 195. maddede; tarafların ellerinde bulunmayan ve incelenmesine karar verilen delillerin getirilmesi için, mahkemeye ilgili resmî makam ve mercilerle üçüncü kişilere bu husus bildirileceği, mahkemeye getirilmesi mümkün olmayan delillerin, bulunduğu yerde incelenilebileceği düzenlenmiş olup, ödenmeyen prim borçları bulunduğu iddiası yönünden SGK kayıtlarının getirilerek incelenmesi gerekir.” Lexpera, erişim tarihi 01.05.2023.

⁷⁰¹ Yargıtay 4. HD., T. 20.03.2017, E. 2016/10322, K. 2017/1800: “...mahkemeye, murisin ilk rahatsızlandığı andan itibaren tarih aralığı da belirtilerek, yukarıda sayılan hastanelerden tetkik, tahlil, film, rapor, CD ve hasta tabele müşahade kayıtları istenerek dosya içine alınması ve oluşturulacak uzman bilirkişi kurulu ile gerekirse mahallinde evraklar üzerinde inceleme yapılması bu inceleme ve araştırma sonucu toplanan delillerle birlikte davalı doktorun kusur oranı konusunda düzenlenecek bilirkişi raporu sonucuna ve dosya kapsamına göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile davanın ispat edilemediği gerekçesiyle reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun bulunmamış ve bu durum kararın bozulmasını gerektirmiştir...” Lexpera, erişim tarihi 01.05.2023.

⁷⁰² Yargıtay 11. HD., T. 19.04.2021, E. 2020/5312, K. 2021/3814: “HMK'nun 195 ve 216-221. maddeleri çerçevesinde ilgili kişilerden sorarak temin etmesi gerekirken, davacıya kesin süre vermek suretiyle bu bilgi ve belgeleri de davacıdan istemesi ve kesin süre içerisinde istenen belgelerin davacı tarafından tamamlanmadığı gerekçesiyle davanın dava şartı yokluğundan reddine karar vermesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” Lexpera, erişim tarihi 01.05.2023.

⁷⁰³ Botschaft SchZPO, s. 7325; **Weibel/Walz** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger) Art. 190, N. 2; **Sutter-Somm/Seiler**, Art. 190, N. 1.

⁷⁰⁴ **Sutter-Somm/Seiler**, Art. 190, N. 2.

⁷⁰⁵ Bohnet, François/ Droese, Lorenz, **Präjudizienbuch ZPO**, Stämpfli Verlag AG / hep Verlag AG, Bern, 2018 Art. 190, N. 2; **Weibel/Walz** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger) Art. 190, N. 3; **Wullschleger** (Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach), Art. 190, N. 2.

çok uygulamada resmî kurumlardan yazılı bilgi talep edilmesinde kullanılmaktadır. Özellikle tanık olarak dinlenme veya bilirkişi incelemesinin mümkün olmadığı veya amaca uygun olmadığı durumlarda daha çok kullanılabilir hale gelir⁷⁰⁶. Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğünden belirli bir güne ait hava durumu hakkında veya resmî kuruma adres bilgisinin sorulması, resmî kurumlardan yazılı bilgi istenmesine örnek olarak verilebilir (SchZPO m. 190/1)⁷⁰⁷. Özel kişilerden bilgi alınması ise tanıkların mahkeme huzurunda dinlenmesinin gerekmediği veya taraflar arasında tartışmalı olmayacak konular için geçerlidir. Buna doktor raporu, maaş bilgisi, bankadan alacak ve borçlar hakkında bilgi alınması örnek olabilir⁷⁰⁸. Bu madde kapsamında işverenden işin türü ve süresi ile alınan maaş hakkında, ev sahibinden kiracılık ilişkisi hakkında, sigorta şirketinden verilen hizmetler hakkında, sorumluluk davalarıyla ilgili bankalardan belirli dönemlerdeki faiz oranları hakkında veya bir doktordan hastalığın türü ve süresi hakkında bilgi alınması gibi her türden yazılı bilgi alınması olabilir⁷⁰⁹. İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 190. maddesinin 2. fıkrasında ele alınan yazılı bilgi için de üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğü vardır⁷¹⁰. Bu nedenle mahkeme üçüncü kişiye, katkıda bulunmakla yükümlü olduğunu, kaçınma hakkını ve haksız olarak katkıda bulunmaktan kaçınırsa, bunun sonuçlarını açıklamalıdır (SchZPO m. 161). İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 190. maddesinin 1. fıkrasına göre resmî kurum ve kuruluştaki özellikle kamu görevlisinin katkıda bulunmakla yükümlü olup olmadığı ise kamu hukukuna göre belirlenir⁷¹¹. Resmî kurum ve kuruluşlar devlet sırrı ile bağlıdır ve gerektiğinde yetkili organ tarafından önceden muaf tutulmalıdır. Bu durum mesleği sebebiyle sır saklamakla yükümlü olan kişiler için de geçerlidir⁷¹². Örneğin bir doktor sır saklama yükümlülüğünden muaf tutulduktan sonra bir hasta hakkında bilgi verebilir. Mesleki sır sebebiyle gereken muafiyet, talepte açıkça işaret edilmelidir⁷¹³. Ayrıca kurum ve kuruluşlardaki yetkili kişiler gizliliğe ve kişisel verilerin korunmasına dikkat etmelidir⁷¹⁴.

⁷⁰⁶ **Sutter-Somm/Seiler**, Art. 190, N. 5.

⁷⁰⁷ **Wullschleger** (Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach), Art. 190, N. 3.

⁷⁰⁸ **Wullschleger** (Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach), Art. 190, N. 4.

⁷⁰⁹ **Weibel/Walz** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger) Art. 190, N. 4.

⁷¹⁰ **Müller** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 190, N.22; **Wullschleger** (Gehri/Sorensen/Sarbach), Art. 190, N. 6; **Sutter-Somm/Seiler**, Art. 190, N. 7. Karşı görüş için bkz. **Weibel/Walz** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger) Art. 190, N. 5.

⁷¹¹ **Müller** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 190, N.23; **Wullschleger** (Gehri/Sorensen/Sarbach), Art. 190, N. 6a. Bu resmî kurum ve kuruluşların görevi gereği yazılı bilgi verilmesinde katkıda bulunmakla özellikle beyanda bulunmakla yükümlü olmadığı (SchZPO m. 190/1) ancak bu halde yetkili kişiye şikâyet yoluyla ileri sürülebileceği hakkında bkz. **Weibel/Walz** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger) Art. 190, N. 5.

⁷¹² **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. 190, N. 18.

⁷¹³ **Weibel/Walz** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger) Art. 190, N. 5.

⁷¹⁴ **Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi**, Art. 241-ZPO-BE, N.1c; **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. 190, N. 18; **Wullschleger** (Gehri/Sorensen/Sarbach), Art. 190, N. 8.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 195'e göre, kanunda her türlü delil için başvurulacağı öngörüldüğünden, belge, tanık, keşif, bilirkişi delilleri için kullanılabilir. Bunun dışında üçüncü kişinin belgeyi ibraz etmesine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 221'de de üçüncü kişinin belgeyi ibraz etme zorunluluğu (m. 221/1) ve ibraz edilmemesinin sonuçları düzenlenmiştir. Resmî kurum ve kuruluşlardan bilgi ve belge talebinde bulunan mahkemeler bunun dayanağı olarak her iki maddeye de genellikle yollama yapmaktadır⁷¹⁵.

Resmî kurumlardan yazılı bilgi alınması, yazılı tanık ifadesine benzerlik gösterir. Ancak resmî kurumlardan yazılı bilgi alınması daha farklıdır. Resmî kurumlardan alınan bilgilerde, ilgili kurumun bilgisi mahkemeye aktarılmaktadır. Tanıklıkta, tanığın kişisel bilgisi aktarılmaktadır⁷¹⁶. Resmî kurum ve kuruluşların Anayasa m. 138'de de dayanağı olan mahkemelere yardım yükümlülüğü vardır. Bu kurum ve kuruluşlar bilgi ve beyan verme yükümlülükleri idare hukukunun genel ve özel kurallarına göre belirlenir⁷¹⁷. Örneğin noter, sır saklama yükümlülüğü kapsamında bilgi ve beyanda bulunmayı reddetmelidir⁷¹⁸.

Hukukumuzda resmî makam ve merciler yanında üçüncü kişilere de delillerin getirilmesi için bildirileceği gerektiğinde yerinde inceleme yapılacağı kanunda belirtilmiştir. Kanunun bu hükmü dolayısıyla mahkeme sigorta şirketleri gibi bir özel hukuk tüzel kişisi ya da bir gerçek kişiden de gerekli bilgi ve beyanda bulunmayı emreder. Ancak bu zorunluluk, yaptırımla karşılaşmamaktadır. Başkaca deyişle, üçüncü kişinin yükümlülüğü yerine getirmemesinde bir yaptırım düzenlenmemiştir. Mahkeme üçüncü kişiden yalnızca gerekli bilgi ve beyanda bulunmayı emredebilir. Yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde mahkeme,

⁷¹⁵ Yargıtay 15. HD., T. 05.11.2015, E. 2015/1641, K. 2015/5576: “Tarafların ellerinde bulunmayan ve incelenmesine karar verilen delillerin getirilmesi için, mahkemece ilgili resmî makam ve mercilerle üçüncü kişilere bu husus bildirilir. Mahkemeye getirilmesi mümkün olmayan deliller, bulunduğu yerde incelenebilir veya dinlenebilir. (HMK 195/1) İbrazi istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükût ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verir. (HMK 220/1) Mahkemece, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif edilir. (HMK 220/2) Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir. (HMK 220/3) Mahkeme, üçüncü kişi veya kurumun elinde bulunan bir belgenin taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna karar verirse, bu belgenin ibrazını emreder (HMK 221/1) Belgeyi ibraz etmesine karar verilen herkes, elindeki belgeyi ibraz etmek; belgeyi ibraz edememesi hâlinde ise bunun sebebini delilleri ile birlikte açıklamak zorundadır. Mahkeme yapılan açıklamayı yeterli görmezse, bu kimseyi tanık olarak dinleyebilir. (HMK 221/2) Belgeyi ibraz zorunda olanlar, tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere göre, belgeyi ibrazdan veya bu konudaki tanıklıktan çekinebilirler. Belgeyi ibraz veya bu konuda tanıklık yapmak zorunda olanlar hakkında, tanıklara ilişkin hükümler uygulanır. (HMK 221/3)” (Lexpera, erişim tarihi 01.05.2023)

⁷¹⁶ Stadler, Astrid, “Schriftliche Zeugenaussagen und pre-trial discovery im deutschen Zivilprozess”, **ZZP** 110. Band, Heft 2, 1997, ss. 137-165, s. 139, dn. 8,

⁷¹⁷ Greger, Zöller, § 273, N. 8a.

⁷¹⁸ Bkz. 3.5.3.3.5.1.1. Kişisel Koşul.

üçüncü kişinin tanık veya bilirkişi olarak dinlenilmesine karar verebilir. Bu şekilde ancak üçüncü kişinin yükümlülüğü yerine getirmesi için zorlanabilmesi mümkündür.

Üçüncü kişilerden bilgi almanın da sınırları vardır. Uluslararası sözleşmeler ve anayasa ile düzenlenen temel hak ve özgürlükleri ihlal eden yükümlülük kararları hukuka aykırıdır. Örneğin uygulamada belirli bir süre boşanma davası açmadan önce eşler ve şüphelenilen üçüncü kişiler aleyhine mahkemeler iletişimin tespiti kararı vermiştir⁷¹⁹. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda öngörülen bu önlem medenî yargıda düzenlenmemiştir (CMK m. 135). İletişim tespiti kararları, Anayasa m. 13’de düzenlenen, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın kanuniliği ilkesine aykırıdır. Çünkü kanunda düzenlenmemiştir⁷²⁰. Telekomünikasyon şirketlerinin tarafın kendisi ya da üçüncü kişi aleyhine iletişimin denetlenmesi kararı verilmesi üzerine müşterilerine ait bilgilerin verilmesi, gizli tutma yükümlülüğüne aykırıdır⁷²¹.

2.2.3. İncelemeye İzin Verme Yükümlülükleri

2.2.3.1. Genel Olarak

Belge ve keşif konusu nesne, incelemeye izin verme yükümlülüğünün konusunu oluşturur. İncelemeye izin verme yükümlülüğünde, üçüncü kişinin zilyetliğinde bulunan belge ve keşif konusu nesneye erişimin sağlanması amaçlanır. Bu yükümlülüğün içeriğini Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda belgelerin üçüncü kişi tarafından ibrazına ilişkin HMK m. 221 ve keşif için düzenlenen HMK 291 ile 292 maddeleri oluşturur. Kanunda belge delili için “ibraz zorunluluğu”; keşif delili için de “katlanma zorunluluğu” ele alınmıştır. Çalışmamızda ise her iki zorunluluğu içerecek şekilde incelemeye izin verme yükümlülüğü kavramı seçilmiştir. Aslında ibraz ve katlanma bu delil türleri için belirgin olan yükümlülük *davranışını* oluşturur. Keşifte üçüncü kişinin daha ziyade inceleme sırasında incelemeye “keşfe katlanması” belirginleşir; belge delilinde ise incelenmek üzere mahkemeye *sunulması* anlamındaki “belgenin ibrazı” belirginleşir. Ancak belge delilinde, belgenin incelenmesine katlanma ve keşif konusu nesne veya diğer bilgi taşıyıcılarının da ibrazı söz konusu olabilir.

Belge ve keşif iki farklı delildir. Her ikisine ilişkin hükümler de kanunda birbirinden farklı düzenlenmiştir. Ancak üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğü bakımından, yükümlülük taşıyıcısı için her ikisinde de geçerli olan yükümlülük içeriğinin konusu ortaktır. Bu kapsamda, belge ve keşif konusu nesnenin belirli yer ve zamanda mahkeme veya bilirkişi

⁷¹⁹ Ateş, Mustafa, “Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller” **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 18, Şubat 2008, ss. 89-105, s. 99.

⁷²⁰ Çiftçi, İspat Hakkı, s. 586.

⁷²¹ Telekomünikasyon hizmetinde hâkim olan gizlilik ilkesi 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu (RG T. 10.11.2008, S. 27050) m. 4/1 bendinde belirtilmiştir. Telekomünikasyon alanında gizliliğin korunması ve istisnaları hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Kaya, Mine, Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:68, Sayı: 2010/4, ss. 279-334, s. 307 vd.

tarafından incelenmesine izin verilmesi, erişilebilir hale getirilmesidir. Çalışmamızda farklı hükümlerde düzenlenmesi dolayısıyla belge ve keşif konusu aşağıda ayrı başlıklarda incelenmiştir. Ancak tekrar etmemek amacıyla keşifteki açıklamalarımızda belge deliline atıf yapılmıştır.

2.2.3.2. Belge Delilinde İncelemeye İzin Verme Yükümlülüğü

2.2.3.2.1. Genel Olarak

Kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 221’de üçüncü kişinin veya kurumun elinde bulunan belgenin ibrazından bahsetmiştir. Kanunda belge delili için “ibraz zorunluluğu” ele alınmıştır. Aslında ibraz belge delili için belirgin olan yükümlülük *davranışını* oluşturur. Keşifte üçüncü kişinin daha ziyade inceleme sırasında incelemeye “katlanması” belirginleşirken; belge delilinde incelenmek üzere mahkemeye *sunulması* anlamındaki “ibraz” belirginleşir. İbraz ve katlanma, yükümlülük davranışlarıdır.

Resmî kurumlar da üçüncü kişi olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 221 kapsamındadır. Bu kapsamda örneğin, taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu olan hukukî ilişkinin varlığını ispatlamak amacıyla, davalının kendisi tarafından maliyeye verdiği bildirimlerde yapmış olduğu ikrarlardan yararlanmak için davacı o bildirim yazılarının, kişinin bağlı olduğu vergi dairesinden istenmesini talep edebilir⁷²². Kadastro tespiti davalarında, kadastro tespitine dayanak yapılan tapu ve vergi kaydı ile çekişmeli taşınmaza ilişkin komşu taşınmazların tespitine ilişkin tutanakları tapu müdürlüğünden istenebilir⁷²³.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 221, usûlî ibraz yükümlülüğüne dayanır ve maddî hukuktaki talepten bağımsız olarak, üçüncü kişi, belgeyi ibraz etmek zorunda kalır. İsviçre hukukunda usûlî ibraz yükümlülüğü İsviçre Medenî Usûl Kanunu 160. maddesine dayanmaktadır ve bu hukukta da maddî hukuka dayanan talepten bağımsız olarak üçüncü kişi belgeyi ibraz etmekle yükümlü kılınabilir. Alman hukukunda ise Türk ve İsviçre hukukundan farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir⁷²⁴. Alman Medenî Usûl Kanunu § 428 ve devam eden

⁷²² **Kuru**, C. II, s. 1527’de anılan Yargıtay 6. HD. T. 13.11.1969, E. 4200, K. 4601.

⁷²³ Yargıtay keşiften önce dava dosyasının hazırlıklı olmasının zorunluluğuna da kararda değinmiştir. Bkz. Yargıtay 7. HD., T. 24.03.2000, E. 2000/1135, K. 2000/1446 (Legal, erişim tarihi: 24.10.2023).

⁷²⁴ Alman Medenî Usûl Kanunu’nda ispatla yükümlü olan tarafın, iddiasını ispatlayabilmek için karşı taraf ya da üçüncü kişinin zilyetliğindeki belgeye ihtiyacı olduğunda, bu belgenin ibrazını sağlamak için karşı taraf ve üçüncü kişi açısından ayrı prosedürler, ayrı sonuçlar öngörülmüştür. Karşı tarafın belge ibrazı, tarafların delil göstermesi yoluyla (dZPO § 422, § 423) ya da Alman Medenî Usûl Kanunu § 142 paragrafına göre hâkimin kendiliğinden ibrazına karar vermesi ile mümkündür. Tarafın delil göstermesi yoluyla karşı tarafın ibrazını istemesi de Alman Medenî Usûl Kanunu § 422 ve dZPO § 423’te farklı düzenlenmiştir. Alman Medenî Usûl Kanunu § 422 paragrafında, delil gösterenin maddî hukuka dayanan ibraz talebi düzenlemiştir; dZPO § 423 paragrafı, karşı tarafın kendisinin de yargılama sırasında bu belgeye dayanmış olmasına dayanmaktadır. Bu düzenlemelerin dışında, Alman Medenî Usûl Kanunu § 142 paragrafında mahkemenin yargılamada gerekli gördüğünde tarafların ve üçüncü kişilerin elindeki belge ve diğer verilerin mahkemeye getirilmesini emredebilmesi yer alır.

paragraf hükümlerine göre, belge, üçüncü kişinin zilyetliğinde ise delil gösteren tarafın iki olanağı vardır: Delil gösteren taraf, mahkemeye vereceği dilekçeyle (dZPO § 430) ya belgenin temin edilmesi için kendisine süre tayin edilmesini ister (dZPO § 431) ya da hâkimin dZPO § 142'ye göre belgenin ibrazı karar vermesini ister. Hâkimin kendisine süre vermesini istediği durumda, delil gösteren taraf, üçüncü kişi belgeyi ibraz etmezse, belgenin ibrazına karar verilmesi için dava açmak zorundadır. Delil gösterenin bu davada başarılı olabilmesi için ibraz talebi maddî hukuktan kaynaklanmalıdır⁷²⁵. Alman Medenî Usûl Kanunu § 142 paragrafındaki düzenlemeden önce, yalnızca delil gösteren taraf, üçüncü kişiye karşı maddî hukuk hükümlerine göre ibraz ve teslim hakkı varsa, üçüncü kişinin elinde bulunan belgeyi ibraz etmesini isteyebilirdi. Alman Medenî Usûl Kanunu § 142 uyarınca, taraflar üçüncü kişinin elindeki belgeye maddî hukuka dayanan ibraz yükümlülüğünden bağımsız olarak hâkimden belgenin ibrazına karar verilmesini isteyebileceklerdir. Anılan düzenlemeye göre, delil gösteren 142 paragraf uyarınca dilekçeyle başvurarak, belgenin üçüncü kişinin zilyetliğinde olduğunu ortaya koyarsa ve mahkemede belgenin üçüncü kişinin zilyetliğinde olduğu kanaatinde olursa ve kanundaki diğer şartlar dahilinde, hâkim, bu talebi kabul edebilir⁷²⁶. Alman Medenî Usûl Kanunu § 142 düzenlemesi, süre tayin edilmesi kararına (dZPO § 428) göre oldukça kolay bir yol olduğundan ve bu nedenle uygulamada baskın olduğundan, belgenin üçüncü kişinin zilyetliğinde olmasında, Alman Medenî Usûl Kanunu § 142'ye göre belgenin ibrazına ilişkin dilekçe ile sunulması sağlanır⁷²⁷.

⁷²⁵ Alman Medenî Usûl Kanunu § 429 paragrafı uyarınca üçüncü kişi, delil gösteren tarafın karşı tarafı gibi aynı sebeplerle (dZPO § 422, § 423) belgeyi ibraz etmekle yükümlü kılınabilir. Üçüncü kişi, belgeyi ibraz etmezse yalnızca dava yoluyla belgeyi ibraz etmek için zorlanabilir. Bu sebeple delil gösteren taraf, mahkemeden süre ve bu süre içinde üçüncü kişiye karşı açacağı ayrı bir davayla üçüncü kişiden belgenin ibrazını talep eder. Bu hükme istinaden, delil gösteren taraf, belgenin ibrazında, üçüncü kişinin ibraz yükümlülüğünü gösterir. Alman Medenî Usûl Kanunu § 429 paragrafında, karşı tarafın belgeyi ibraz yükümlülüğüne atıfta bulunulduğundan, karşı tarafın ibraz yükümlülüğünde geçerli olan hükümlere istinaden üçüncü kişi belgeyi ibraz etmekle yükümlü olur. Bu nedenle üçüncü kişinin belge ibrazıyla yükümlü olması için Alman Medenî Usûl Kanunu § 422 paragrafında maddî hukuktan doğan bir ibraz yükümlülüğünün olması gerekir. Öte yandan karşı tarafın ibraz yükümlülüğünün doğabilmesi için bir diğer sebep karşı tarafın kendisinin de yargılama sırasında bu belgeye delil olarak dayanmış olmasıdır (dZPO § 423). Ancak bu halde üçüncü kişi tarafından sunulan dilekçede bu belgeye atıfta bulunulması gerektiğinden ilgili Alman Medenî Usûl Kanunu § 423 paragrafının üçüncü kişi açısından pratikte bir anlamı yoktur. (Huber, (Musiellak/Voit), § 429, N. 1).

⁷²⁶ Kanun koyucu Alman Medenî Usûl Kanunu § 142 uyarınca delil gösteren tarafın üçüncü kişiye karşı maddî hukuktan bağımsız olarak ibraz talebinin gerekçesini usûl ekonomisine dayandırmıştır: BT-Drucks, 14/4722, s. 92. <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/047/1404722.pdf> (erişim tarihi: 07.04.2022). Bununla birlikte doktrinde üçüncü kişiden bu yönde talepte bulunmasının gerekçesinin usûl ekonomisiyle açıklanmasının tartışmalı olduğu, bu gerekçenin taraflar için haklı görülebileceği ancak üçüncü kişilerin yargılamayı ilerletme yükümlüsü olmadığı için üçüncü kişiler için haklı görülemeyeceği ifade edilmiştir. (Huber, (Musiellak/Voit), § 428, N. 5).

⁷²⁷ Wagner, Gerhard, "Urkundenedition durch Prozesspartien- Auskunftspflicht und Weigerungsrechte", *Juristen Zeitung*, 20. Temmuz 2007, 62. Jahrg., Nr. 14 (20 Temmuz 2007), ss. 706-719, s. 710.

2.2.3.2.2. Belge Kavramı

Belge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 199’da düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, yazılı veya basılı metinlerin dışında çizim, plan, kroki, fotoğraf, film görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler de belge olarak sayılır. Kanunda “gibi veriler” ile “bunlara benzer bilgi taşıyıcıları” ifadelerine yer verilmiştir. Böylece kanunda sayılı bilgi taşıyıcıları dışında da belge vardır. Kanunda, yargılama hukuku açısından, belgenin iki unsuruna dikkat çekilmiştir: Uyuşmazlık konusu vakıayı ispata elverişli olması ve bilgi taşıyıcısı olmasıdır. Sadece yazılı veya basılı metinler değil; çizim, kroki gibi yazı dışındaki resim ya da görüntüyü anlık veya hareketli olarak yakalayan fotoğraf ve film de belge sayılmıştır⁷²⁸. Elektronik veriler de bilgi taşıyıcısı olarak belge niteliğindedir.

Almanca karşılığı “*Urkunde*”⁷²⁹ olan belge, Alman hukukunda kullanılan materyale (kâğıt, ahşap, tükenmez) ve üretildiği türe (el yazısı veya daktilo) dikkat edilmeksizin bir insan düşüncesinin herhangi bir yazılı somutlaşmış halidir⁷³⁰. Alman hukukunda, Türk hukukunun aksine, belge teriminde “yazılı” olması unsuru belirlemektedir. Çizimler, ses kayıtları gibi okunabilirliği olmayan şeyler, elektronik veri taşıyıcıları, bilgisayar bandı, diskler, CD veya DVD, video kaydedici, teknolojinin yardımı olmadan herhangi bir zamanda mevcut olmayan şeyler, Alman hukukuna göre, keşif konusudur⁷³¹. Buna karşılık fotoğraf, fax fotokopisi gibi fotokopilerde Alman Medenî Usûl Kanunu bağlamında belge niteliğindedir⁷³². Elektronik veriler ise Alman Medenî Usûl Kanunu bağlamında zaten belge niteliğinde değildir. Çünkü onlarda yazılı olma unsuru eksiktir⁷³³. Bu yüzden elektronik veri, keşif delilin konusu olarak literatürde incelenmektedir.

İsviçre hukukunda, hukuken önemli vakıaları ispat etmeye elverişli yazı, çizim, plan, fotoğraf, film, ses kaydı, elektronik veri ve benzeri dokümanlar belge olarak nitelendirilmiştir (SchZPO m. 177). “Ve benzeri” ifadesine yer verildiği için İsviçre hukukunda da belge sınırlı sayıda sayılmamış, örnekseme yoluyla belgenin tanımına kanunda yer verilmiştir.

⁷²⁸ **Yılmaz**, Şerh 3, s. 3659; Koç, Evren, **Medeni Usul Hukukunda Belge Kavramı**, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 14; **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 1771-1772; **Tanrıver**, Medenî Usûl-I, 936; **Umar**, Şerh, s. 614; Özkaya Feredenci, Özden, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.16, Özel Sayı 2014, ss.813-830 (Basım Yılı 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 822; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 385; **Postacıoğlu/Altay**, Usûl, s. 625; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 542.

⁷²⁹ İsviçre hukukundaki “*Urkunde*” terimi, Türk hukukundaki “belgeyi” karşılamaktayken (SchZPO m. 177); bu terimin Alman hukukundaki karşılığı, Türk hukukundaki “senede” karşılık gelir.

⁷³⁰ **Huber** (Musielak/Voit), § 415, N. 4; **Musielak/Voit**, N. 802.

⁷³¹ **Huber** (Musielak/Voit), § 415, N. 5.

⁷³² **Musielak/Voit**, Grundkurs, N. 802.

⁷³³ **Musielak/Voit**, Grundkurs, N. 803.

2.2.3.2.3. Belge Delilinde İncelemeye İzin Verme Yükümlülüğünde Özel Koşul: Belgenin Üçüncü Kişinin Erişiminde Olması

2.2.3.2.3.1. Genel Olarak

Üçüncü kişinin kendi isteğiyle hakimiyetinde bulunan belirli bir belgeyi mahkemenin incelenmesine sunmadığı durumlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 221 dikkate alınmalıdır. Anılan maddeye göre ibraz yükümlülüğü için kanunda aranan şartlar, taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olması ile belgenin üçüncü kişinin elinde bulunmasıdır. Bu iki şarttan ilki, katkıda bulunmanın genel koşullarında bahsettiğimiz “tarafın korunmaya değer menfaati” nin kanundaki ifade ediliş şeklidir⁷³⁴. İkinci şart ise yükümlülüğün doğasından kaynaklanır. Şöyle ki belgenin ibrazında esas nokta, mahkemece belgenin incelenebilir hale getirilmesi, erişiminin sağlanmasıdır. Bu da öncelikle üçüncü kişinin de belgeye erişebildiği durumlarda mümkün olur. Belgeye erişebilir olması, belgenin temin edilmesi için üçüncü kişiden araştırma yapmasını istemek değildir. Üçüncü kişi, kendisinin ilgili olmadığı yargılamada tarafın ispat hakkının korunmasına yardımcı olur. Kanun koyucu da üçüncü kişiyi ek külfete sokmak istememekte, ondan belgenin bulunması için araştırma yapmasını beklememektedir. Kanunun kaleme alınışından da anlaşıldığı üzere, üçüncü kişiden yalnızca kendisinin fiili hâkimiyetindeki bir belgeyi mahkemeye ibraz etmesi istenebilir. Kanun, üçüncü kişinin ibraz yükümlülüğünde, ek bir şart aramamıştır. İbraz talebi, maddî hukuktaki bir talebe dayandırılmamıştır. İbraz yükümlülüğü, maddî hukuktaki talepten bağımsız olarak vardır. Kanundaki şartların varlığı halinde üçüncü kişinin ibraz yükümlülüğü doğar.

2.2.3.2.3.2. Maddî Nesnelerde

Üçüncü kişi, taraflarca erişilebilir olmayan belgenin mahkemece incelenebilmesine olanak sağlar. Dolayısıyla bu yükümlülükte öncelikle belgenin mahkeme ve taraflarca incelenebilmesi için erişimi sağlanmalıdır. Yükümlülük sahibi kişinin o belgeye erişebilir olması zorunludur. Hangi hallerde belge konusuna erişebileceğinin tespiti önemlidir.

Kanun koyucu belgenin ibrazında “belgeyi elinde bulunduran şeklinde” şart koymuştur (HMK m. 221/1). Elinde bulundurma terimi, maddî hukuka yabancısıdır⁷³⁵. Ancak bu, terimi

⁷³⁴ Bkz. 2.1.4.2. Yargılamada Bilgi Toplanması Gerekliği.

⁷³⁵ **Schreiber**, (MüKoZPO), § 428, N.1. Alman hukukunda, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girene kadar maddenin ilk halinde üçüncü kişinin elinde bulunması (in den Händen eines Dritten) şartı aranmaktaydı. Karşı tarafın ibraz yükümlülüğü dZPO § 421, kurumların belge ibrazına ilişkin dZPO § 432 paragraflarında ise hala elinde bulundurma ifadesine yer verilmektedir. Alman hukuku dZPO 428 paragrafında, zilyetlik ifadesi tercih edildiğinden, dolaylı zilyedin de dahil olduğu ve tasarruf yetkisinin artık önemli olmadığı ifade edilmiştir (**Schreiber**, (MüKoZPO), § 428, N.1). Ancak belirtelim ki üçüncü kişinin belge ibrazına ilişkin prosedürünü düzenleyen dZPO § 430 paragrafında üçüncü kişinin zilyetliğine değil, elinde bulunma ifadesine yer verilmiştir. Yazar buna rağmen dZPO 428 ve 430 paragraflarının birlikte yorumlanması gerektiğini bu nedenle, teknik anlamda zilyetlik ifadesini yeterli görmektedir. (**Schreiber**, (MüKoZPO), § 430, N.1).

açıklarken maddî hukuktan yararlanılmasını engellemez. Belgenin ibraz edilmesi bakımından, öncelikle belge, fiili tasarruf yetkisine sahip olanın elinde olmalıdır⁷³⁶. Bu her şeyden önce medenî hukuk terminolojisinde bir zilyet aracılığıının olduğu durumlarda, doğrudan zilyet için düşünülür⁷³⁷. Doğrudan zilyet, bir şeydeki hakimiyetini doğrudan doğruya sürdürür (TMK m. 975). Bu bağlamda öncelikle, yazılı kâğıt, cismani varlığı olan şeylerde fiili hakimiyete sahip olma, beraberinde iş birliği, katkıda bulunma zorunluluğunu da getirir.

Dolaylı zilyet ise farklıdır. Dolaylı zilyet, şey üzerindeki hakimiyetini, bir başkası aracılığıyla sürdürür (TMK m. 975). Klasik örnek verilecek olursa, bir kişi malını kiraya verecek olursa; kiraya verenin zilyetliği dolaylıdır, ancak kiracı, o malı kullanım hakkına dayanan kira sözleşmesi gereği doğrudan zilyettir. Dolaylı zilyedin de belge hakkında yükümlü tutulup tutulmayacağının tespiti önemlidir. Kanun koyucu, terim olarak zilyetlik ifadesine yer vermemiştir. Bu nedenle, dolaylı zilyet genellikle hariç tutulmamaktadır. Dolaylı zilyedin, o şey üzerinde erişim yetkisi varsa dolaylı zilyet de yükümlülük taşıyıcısı olur. Ancak dolaylı zilyedin o şey üzerindeki fiili hakimiyeti eksikse, bu halde dolaylı zilyedin erişim yetkisi de yoktur. Esasında “elinde bulundurma” ifadesi bakımından önemli olan da zilyetlik ilişkisinin dışında hakimiyetin olup olmadığı meselesidir⁷³⁸. Bu nedenle, herhangi bir zamanda belgeye erişilebilirse, fiili olarak erişebilme olanağına sahipse, dolaylı zilyet de yükümlüdür. Saklayanın elinde bulunan şey bakımından (TMK m. 561), saklatan, saklayandan her an fiili hakimiyeti geri alabilir; bu sebeple saklatanın erişim yetkisinin varlığı kabul edilmelidir⁷³⁹. Örneğin, belge, bir bankanın kasasına emanete bırakılmışsa, malik (dolaylı zilyet) her zaman geri alabilir⁷⁴⁰. Dolayısıyla bu gibi durumlarda dolaylı zilyedin de yükümlü olacağı kabul edilmelidir. Ancak intifa ya da kira ilişkisi gibi dolaylı zilyedin, şey üzerindeki fiili hakimiyeti sona erdirilmişse, malikin (dolaylı zilyet) bu gibi durumlarda her zaman yükümlü olduğu değerlendirilmemelidir.

Yukarıdaki örneklerde, kural olarak dolaylı zilyedin yanında doğrudan zilyedin de temelde yükümlülüğü vardır; bu nedenle ikisi de yükümlülük taşıyıcısı olabilir⁷⁴¹. Ancak somut olaydaki zilyetlik ilişkisi de dikkate alınmalıdır. Örneğin, saklama sözleşmesinde, saklayanın yükümlülüğünden önce, saklatanın yükümlü olduğu kabul edilmelidir. Çünkü üçüncü kişinin kaçınma hakkının ileri sürülmesi gerekebilir. Bu yolla salt delil gösterenin ispat hakkı için üçüncü kişinin kaçınma hakkının kullanmasının tamamen engellenmesi doğru olmayacaktır.

⁷³⁶ Feskörn, Zöller, § 421, N. 1.

⁷³⁷ Schreiber, (MüKoZPO), § 420, N.2.

⁷³⁸ Schreiber, (MüKoZPO), § 420, N.2; Berger (Stein/Jonas), § 421, N.7; Ahrens (Wieczorek/Schütze), § 421, N. 6.

⁷³⁹ Bracher, N. 259.

⁷⁴⁰ Berger (Stein/Jonas), § 421, N.7.

⁷⁴¹ Berger (Stein/Jonas), § 421, N.7.

Üçüncü kişi erişilebilir kılınma için gereği yerine getirmezse, duruma göre saklayanın yükümlülüğüne karar verilmesi daha yerinde olur⁷⁴².

Tüzel kişinin organı da hakimiyeti elinde bulunduran kişidir. Çünkü ortaklığa ait belge üzerindeki hakimiyet, tüzel kişinin organının sorumluluğundadır⁷⁴³. Şahıs şirketlerinin zilyetliğinde ise münferit durumlardaki hakimiyet ilişkisi belirleyicidir⁷⁴⁴. Burada ortakların belge üzerindeki hakimiyeti tek başına ya da birlikte zilyetlik şeklinde olabilir. Birlikte zilyetlik de ortakların belge üzerindeki hakimiyetine göre, müşterek zilyetlik veya elbirliği ile zilyetlik hali olabilir⁷⁴⁵. Eğer ortaklar diğerinin katılımı olmaksızın o belge üzerindeki hakimiyeti kullanabiliyor, belgeye erişimi var ise bu halde müşterek zilyetlik vardır. Dolayısıyla her biri belgeye erişebilir olduğundan, yükümlülük taşıyıcısıdır. Ancak ortak diğerinden bağımsız olarak belge üzerinde hakimiyeti kullanamıyorsa, elbirliği ile zilyetlik söz konusudur. Bu halde, her iki ortağın birlikte hakimiyeti olduğundan, ikisi birlikte yükümlüdür. Hatta biri diğerinin katılımı olmadan hakimiyet kuramadığından, erişilebilirliğin koşulu da birlikte hareket etmelerine bağlıdır. Çünkü önemli olan yükümlü kişinin fiilen erişebilir olmasıdır. Örneğin kasanın ikisinin anahtarlarıyla açılabilirdiği bir ihtimalde, her ikisinin de mahkemece yükümlü kılınması gerekir. Çünkü ikisinin birlikteliği ile o şey üzerinde hakimiyet sağlanır.

Belgeyi elinde bulunduran kişi için düşünülmesi gereken bir durum da herhangi bir hak iddiası olmadan şeyi elinde bulunduranla, zilyet yardımcısıyla, ilgilidir. Zilyet yardımcılığında⁷⁴⁶, kişi, zilyedin şey üzerindeki hakimiyetin kullanılmasına aracılık eder. Hizmetçi, gündelik işçi, malların sadece satışında görevli satış elemanı zilyet yardımcısı için klasik örnektir⁷⁴⁷. Belgenin ibrazındaki HMK m. 221/1'deki "elinde bulunduran" ifadesi ilk bakışta zilyet yardımcısını da dahil ettiği düşündürülebilir. Çünkü belge, zilyet yardımcısının elindedir. Ancak burada tek başına fiili olarak elinde tutması yeterli değildir. Zilyet yardımcısı, herhangi bir hak iddia etmeksizin belgeyi elinde bulundurur. En önemlisi de zilyet yardımcısı,

⁷⁴² Başka bir durumda kiracının mülkiyetindeki nesne için olabilir. Fiili hakimiyetin engellendiği dolaylı zilyetlikte, kural olarak yükümlü kişi doğrudan zilyettir. Örneğin kiradaki konutun keşfi bakımından erişilebilir kılmakla yükümlü kişi kural olarak kiracıdır. Malik, dolaylı zilyet olarak kural olarak yükümlü tutulmamalıdır. Dolayısıyla malik, kaçınma hakkını da ileri süremez. Ancak malikin korunmaya değer menfaatlerinin olduğu bir durum varsa bu halde, malikin kaçınma hakkının kullanabilmesinin de kabulü gerekir. (Bracher, N. 258, dn. 669).

⁷⁴³ Schreiber, (MüKoZPO), § 420, N.2.

⁷⁴⁴ Ahrens (Wieczorek/Schütze), § 421, N. 9.

⁷⁴⁵ Bir malı tek başına elinde bulunduran malikin zilyetliği, tek başına zilyetliktir. Birden çok kişinin varlığında birlikte zilyetlik söz konusudur. Birlikte zilyet olan kişiler, bu zilyetliğe ait hakimiyeti birbirlerine tabi olmaksızın kullanabiliyorlarsa, bunların zilyetliğine müşterek zilyetlik; bu hakimiyeti ancak beraberce kullanabiliyorlarsa, elbirliği ile zilyetlik söz konusu olur (Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, **Eşya Hukuku**, 24. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 64-65).

⁷⁴⁶ Zilyet yardımcılığının Türk Medenî Kanunu'nda tanımı yoktur. Ancak Alman hukukundaki BGB § 855'te tanımı yapılmıştır. BGB § 855'e göre, zilyet yardımcısı, bir kişinin diğerinin evinde ya da işletmesinde gördüğü iş veya benzer bir ilişki sebebiyle, diğerinin şeyle ilgili talimatına göre ve onun adına fiili hakimiyeti kullanan kişidir. Türk hukuk doktrininde de bu tanımlamaya göre tanım yapılmıştır.

⁷⁴⁷ Zilyet yardımcılığı açıklamaları için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, **Eşya Hukuku**, s. 62-63.

yalnızca zilyedin talimatına göre işlem yapar⁷⁴⁸. Zilyet yardımcısı, emri dikkate almazsa, kural olarak zilyedin egemenlik gücü de sona erer⁷⁴⁹. Bu nedenle, örneğin, bir işçi, işverene ait belgeleri işverenin izni olmaksızın teslim etmek zorunda değildir. Kaldı ki bu durum en başta işçinin iş ilişkisi sebebiyle bağlı olduğu yükümlülüğüne de aykırılık oluşturur⁷⁵⁰. Çünkü işçi, işverenin talimatlarına bağlı olup, bu kurallara, dürüstlük kuralının gerektirdiği ölçüde uymakla yükümlüdür (TBK m. 399). Diğer bir durum da işveren açısından doğar. Üçüncü kişi, belge veya keşif konusu nesnenin erişilebilir hale getirilmesi ile yükümlü olduğu kadar, tanıklıktan kaçınma hakkına da sahiptir (HMK m. 221/3). Zilyet yardımcısının yükümlü tutulması halinde, asıl tasarruf hakkına sahip üçüncü kişinin kaçınma hakkını kullanamaması ihtimali ile karşılaşılabılır⁷⁵¹. Sonuç olarak, üçüncü kişinin yalnızca fiili olarak elinde bulundurması, ibraz yükümlülüğü kapsamında yeterli bir erişim yetkisi sağlamaz.

2.2.3.2.3.3. Özel Durum: Elektronik Verilerde

Elektronik veri ve benzer türde, maddî olmayan nesnelerin de yargılamada incelenmesi gerekebilir. Mahkemece incelenmesine karar verildikten sonra, üçüncü kişi ibraz yükümlülüğü altındadır. Bu bağlamda üçüncü kişinin yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için “erişilebilir hale getirmesi” gerekir. Başkaca deyişle, mahkemenin erişimine hazır hale getirmesi gerekir.

Kelime anlamı itibariyle bilgi olarak ifade edilen veri⁷⁵² (data), bilgisayarın bir sonuca ulaşmak amacıyla bilgi işleme süreci içinde üzerinde işlem yaptığı rakamlar, sözcükler ve cümlelerdir⁷⁵³. Elektronik veri ise elektronik ortamda var olan her türlü veriye denilmektedir⁷⁵⁴. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu⁷⁵⁵ m. 3/a ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği m.4/g⁷⁵⁶ elektronik veriyi tanımlamıştır. İlgili hükümlere göre, elektronik veri, “*elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtları*” ifade eder. Elektronik verinin nerede kim tarafından oluşturulduğu önemli değildir, önemli olan verinin herhangi bir aşamada elektronik ortamda yer almasıdır⁷⁵⁷. Elektronik ortam da Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği m. 4/f’de “*bilişim sistemi ve bilişim ağından oluşan toplam ortam*” olarak tanımlanmıştır.

⁷⁴⁸ Berger (Stein/Jonas), § 421, N.8; Ahrens (Wieczorek/Schütze), § 421, N. 7.

⁷⁴⁹ Ahrens (Wieczorek/Schütze), § 421, N. 7.

⁷⁵⁰ Bracher, N. 260.

⁷⁵¹ Bracher, N. 260.

⁷⁵² <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi 15.01.2023. Bilişim anlamında ise olgu, kavram veya komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimli gösterimi olarak ifade edilir.

⁷⁵³ Arıkan, Ayşe Saadet, “Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1996/3, ss. 309-380, s. 326.

⁷⁵⁴ Göksu, Mustafa, **Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 13.

⁷⁵⁵ R.G.T.: 23.01.2004, S: 25355.

⁷⁵⁶ R.G.T.: 03.04.2012, S. 28253.

⁷⁵⁷ Göksu, Elektronik Delil, s. 13.

Elektronik ortamda sayısal olarak kodlanmış olan elektronik verilere ise elektronik belge denir⁷⁵⁸. Belge kelime anlamı itibariyle, bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb., vesika, dokümandır⁷⁵⁹. Belge ile düşünceler somutlaşır, cisim halini alır. Bu sayede araya herhangi bir araç girmeden görülebilir, algılanabilir⁷⁶⁰. Elektronik belge ise kâğıt üzerine yazılmış belge gibi doğrudan algılanamamakta, bunun için ya bilgisayar ortamında görülebilir olması veya çıktısının alınması gerekir⁷⁶¹. Elektronik veriler bir araya gelerek hukuken anlamlı bir bütün oluşturduğunda bu verilerin görülebilmesi de elektronik belge aracılığıyla gerçekleşir⁷⁶².

Elektronik belgeler için işlevsel olarak zilyetlik tarifinin, “veri toplamı üzerindeki tasarruf yetkisine” sahip olması şeklinde yapılması daha doğrudur. Elektronik veri söz konusu olduğunda, bu verinin mahkemeye sunulabilmesi için üçüncü kişinin fiilen erişimi olmalıdır⁷⁶³. Elektronik veriler kullanıcının doğrudan kontrol alanındaki bir veri taşıyıcısında (hard disk, flash disk, CD gibi) olabilir. Bu halde kişinin doğrudan veri taşıyıcısı üzerinde fiilen hâkimiyeti vardır. Ancak elektronik bir veri üzerindeki tasarruf yetkisi, veri taşıyıcısına fiilen sahip olmadan ayrı olarak mevcut olabilir. Genellikle elektronik veriler kullanıcının doğrudan kontrol alanındaki bir veri taşıyıcısında değil de kullanıcıya depolama alanı sağlayan bir hizmet sağlayıcının sunucusunda (örneğin, bulut tabanlı dosya sistemleri, Google Drive, Dropbox gibi) bulunur. Bu halde ilgili verilere erişim yetkisine sahip olan üçüncü kişi, veri taşıyıcısı üzerinde fiilen tasarruf yetkisinin olmadığını ileri süremez. Çünkü elektronik veri üzerinde tasarruf yetkisi, ilgili verilere erişilebilir olma yetkisini gerektirir. Üçüncü kişi kendisinden talep edilen dosyayı görüntülemek, aktarmak veya düzenlemek gibi eylemleri gerçekleştirebiliyorsa erişilebilir olma yetkisinin varlığı kabul edilmelidir. Bu bağlamda özellikle üçüncü kişi; dosyayı alma, kopyalama, üçüncü kişilere aktarma veya açma yetkisine sahipse ve veri tabanını değiştirme veya silme yetkisine sahipse elektronik veri üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir⁷⁶⁴.

⁷⁵⁸ Erturgut, Mine, **Medenî Usûl Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 29; Acar, Ayşe Ece, **Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 66; **Koç, Evren**, s. 51; elektronik belgelerin delil niteliği hakkında bkz. Keser-Berber, Leyla, “İmzalıyorum, O Halde Varım”, Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital imzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 2, Mayıs 2000, ss. 503-556, s. 545-550.

⁷⁵⁹ <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi 15.01.2023.

⁷⁶⁰ **Erturgut**, Elektronik İmzalı Belge, s. 30.

⁷⁶¹ **Erturgut**, Elektronik İmzalı Belge, s. 34.

⁷⁶² **Erturgut**, Elektronik İmzalı Belge, s. 30.

⁷⁶³ **Althammer** (Stein/Jonas), § 142, N. 15; **Bracher**, N. 261; **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 16.

⁷⁶⁴ **Bracher**, N. 262; **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 16.

2.2.3.2.4. Belge Delilinde İncelemeye İzin Verme Yükümlülüğünün İçeriği

Belge delilinde yükümlülüğünün içeriği, üçüncü kişinin aktif katılımını gerektiren bir davranıştır. Bu yükümlülük üçüncü kişinin belgenin mahkeme ve taraflarca incelenmesi için erişilebilir hale getirmesidir. Başkaca deyişle, mahkeme tarafından incelenmek üzere, belgenin mahkemeye sunulmasıdır. Üçüncü kişi yalnızca yeterince somutlaştırılmış bir belgeyi mahkemeye sunmakla yükümlü tutulabilir. Üçüncü kişiden gelişi güzel, herhangi bir ayrıntı belirtilmeden arşiv, depo gibi saklama yerleri içinde araştırma yapması istenemez. Üçüncü kişi böyle bir araştırma yapmakla yükümlü tutulmamıştır⁷⁶⁵.

Kanunda yalnızca “ibraz” dan bahsedilmiştir. İbraz kelime anlamı itibariyle ortaya koyma, gösterme, meydana çıkarmayı ifade etmektedir. İbraz, öncelikle, teslim aracılığıyla sunma anlamına gelir. Taşınabilir nesneler bakımından “teslim” fiili temel olarak kişinin, kendisinin bizzat mahkemeye (mahkeme kalemine) getirmesi veya posta yoluyla ulaştırabilmesidir. Belgenin örneğin mahkemeye (mahkeme kalemine) verilmesi mümkün olabileceği gibi fax veya diğer uygun teknik araçlarla iletilebilmesi de mümkündür. Elektronik belge söz konusu olduğunda, mahkemeye çıktısı alınarak da ibraz edilebilir. Mahkeme, elektronik veri gibi belgeleri gerektiğinde, taşıyıcısından örneğin, hard disk, CD gibi bir ortama aktarılmasını da isteyebilir. Böylece mahkeme, elektronik ortamda da belgeyi inceleyebilir (HMK m. 219, kıyasen).

Bazı hallerde, teslim mümkün olmayacaktır. Bu teslim üçüncü kişiden makul olmayan sebeplerle beklenmeyebilir. Mahkemeye getirilmesi zor veya sakıncalı belgelerde, mahkeme, hâkim veya görevlendireceği bir bilirkişi aracılığıyla, belgeyi yerinde inceleyebilir (HMK m. 218). Örneğin belgenin taşıma sırasında kaybolması, hasara uğrama tehlikesi varsa ya da makul olarak beklenemeyen diğer durumlarda belge yerinde incelenebilir. Ayrıca özel bir ortamda korunması gereken ya da taşınması güç olan belgelerle bulunduğu yerden çıkarılması güç olan belgeler de bulunduğu yerde incelenebilir⁷⁶⁶. Üçüncü kişi tarafından örneği sunulan belgenin, hâkim veya görevlendireceği bir bilirkişi aracılığıyla yerinde aslıyla karşılaştırılmasına karar verilmesi de mümkündür (HMK m.218). Ses kaydına ilişkin bant veya video kaydı bandı da belge niteliğinde olup bunların da yerinde incelenmesi mümkündür. Kanunda üçüncü kişiler için belgenin ibraz zorunluluğundan bahsedilmişse de belgenin incelendiği durumlarda, üçüncü kişiden asıl beklenen davranış, belgenin incelenmesine katlanmasıdır (HMK m. 218/1).

Gerek belgenin yerinde incelenmesi sırasında gerekse mahkemeye ibrazında yalnızca sunma veya gösterme yetmeyebilir. Örneğin, donanım veya yazılımın açıklanmasının

⁷⁶⁵ Herzog, s. 21 vd.; Bracher, N. 264.

⁷⁶⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu 218. maddenin gerekçesinden (e-uyar.com, erişim tarihi: 10.10.2023).

istenmesi, dosyanın açılması için şifre gerekiyorsa, o şifrenin verilmesi gibi farklı davranışlar, erişimin sağlanması için gerekebilir. Bu halde, üçüncü kişiden beklenebilecek, makul bir ölçüde bir iş birliği ile belgeye ulaşılması mümkünse, üçüncü kişi belge ve dosyaya erişim sağlamakla da yükümlü tutulur. Bu kapsamda, elektronik belgenin erişilebilir hale getirilmesine yönelik ibrazın içeriğine, iletimine ek olarak erişim anahtarlarının (şifre) sağlanmasını da içerebilir⁷⁶⁷. Ancak üçüncü kişi, yazılım veya donanımın yüklenmesi gibi ekstra çaba, maliyet gerektiren iş birliğine katlanmakla yükümlü değildir⁷⁶⁸. Maliyetin tarafça karşılanabilir olmasında ise iş birliğine katlanma yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir.

Belgenin aslı mahkeme tarafından istenmişse, üçüncü kişi belgenin aslını sunmakla yükümlüdür. Belgenin örneği delil gösterenin elinde olup taraf, belgeyi mahkemeye ibraz etmişse veya delil gösteren, belgenin üçüncü kişide olduğunu ileri sürmüşse, mahkeme, kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine, üçüncü kişiden belgenin aslının ibrazını isteyebilir. Özellikle tereddütlü, belgenin aslının incelenmesi gereken hallerde, belgenin örneği ile yetinilemez. Bu hallerde belgenin aslının incelenmesi zorunludur⁷⁶⁹. Üçüncü kişi belgenin aslını ibraz etmekle yükümlüdür (HMK m. 216/2). Ancak bunu her koşulda, mahkemeye aslının ibraz edilmesi şeklinde de anlaşılmaması gerekir. Yukarıda olduğu gibi eğer belgenin aslının korunması gerekiyorsa, tereddütlü bir durum varsa, mahkemeye örneğinin verilmesi ile yetinilebilir. Özellikle kurumun iç mevzuatı gereği kurumun dışına çıkarılamayacak ya da çok eski ve kaybolmaması gereken kitap, belge vs.nin aslının gönderilmesi kurum tarafından da tercih edilmemelidir⁷⁷⁰. Mahkeme de kurumu buna zorlayamaz. Burada yapılması gereken, onaylı suretinin gönderilmesidir. Mahkeme eğer aslını incelemek istiyorsa, kendisi, kendi bölgesi sınırları içerisinde değilse istinabe yoluyla diğer bir mahkeme veyahut da bilirkişi aracılığıyla yerinde incelemesi daha uygundur.

Belgenin, aslı olabileceği gibi resmî belge söz konusu ise onaylı sureti de verilebilir. Bunun yanında kopyası veya taranmış örneği de olabilir (HMK m. 216). Üçüncü kişi, belgenin kopyasını verdiği durumlarda da yükümlülüğü yerine getirmiş olur. Ancak özellikle aslının veya resmî belge ise tasdikli örneğinin incelenmesi gereken hallerde, mahkeme, bunu kararında

⁷⁶⁷ Althammer (Stein/Jonas), § 142, N. 15.

⁷⁶⁸ Berger (Stein/Jonas) § 371, N. 27.

⁷⁶⁹ Yargıtay 1. HD, T. 24.10.2018, E. 2015/11337, K. 2018/13842: “Hal böyle olunca, dava konusu taşınmazda davacıya ait çekişmeli payın davalıya temlikine ilişkin 22.05.1998 tarih 3261 yevmiye no’lu resmi senetteki imza ve yazının davacıya ait olup olmadığı hususunda alanında uzman bilirkişi görevlendirilerek resmi senedin aslı üzerinde, yerinde inceleme yaptırılmak suretiyle denetime açık, bilimsel metodlarla hazırlanmış, hükme yeterli bir rapor alınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle ve yetersiz bilirkişi raporuna itibar edilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.” (Lexpera, 21.10.2023)

⁷⁷⁰ Umar, Şerh, s. 718.

açıkça belirtmelidir. Bu karar, tarafların yargılamanın bir an evvel sonuçlandırılmasına ilişkin menfaati için önemlidir.

Belgenin aslının okunamaması, örneğin el yazısı ile yazılmış bir belge olduğu için, belgenin hazırlanması veya fotokopi gibi nüshası istenebilir. Benzer şekilde elektronik veriler okunamıyorsa, bu verilerin okunabilir şekilde çıktısının alınması istenebilir⁷⁷¹. Bu istemin gerekçesi, üçüncü kişinin ibrazıyla kastedilenin belgenin erişilebilir hale getirilmesiyle yükümlü tutulmasıdır. Ancak bu hiçbir zaman üçüncü kişiden beklenemeyecek davranışlara katlanması şeklinde anlaşılmamalıdır.

Yabancı dilde yazılmış bir belgenin üçüncü kişiden istenmesinde, belgenin tercümesinin de üçüncü kişiden istenmesine karar verilmemelidir. Belgenin yabancı dilde yazılmasında, belgeye dayanan tarafın Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 223'e göre, tercümesini eklemek zorunda olmasına ilişkin bir düzenleme olsa da kanunda üçüncü kişi için böyle bir zorunluluk kabul edilmemiştir. Ayrıca tercümenin üçüncü kişi tarafından istenmesi, ek bir külfet olarak da görülmelidir⁷⁷². Bu halde çevirinin ibraz edilmesi bir taraftan istenmelidir (HMK m. 223). Belgenin kullanılmasında, iddia ve ispat yüküne göre hangi tarafın menfaati varsa, mahkeme ona yükletebilir⁷⁷³.

2.2.3.2.5. Belge Delilinde İncelemeye İzin Verme Yükümlülüğünün Sınırları

Üçüncü kişinin hâkimiyetinde bulunan bir belgenin (ve nesnenin) incelenmesi, kişinin özel hayatını (Anayasa m. 20), kişisel verilerini (Anayasa m. 20/3) yakından ilgilendirebilir⁷⁷⁴. Dolayısıyla incelemenin sınırlarını ilk olarak üçüncü kişinin temel hak ve özgürlükleri bağlamında Anayasal sınırlamalar oluşturur. Bir yanda üçüncü kişinin temel hak ve özgürlükleri diğer yanda ise delil gösterinin ispat hakkı ile ispat hakkının temelinde gerçeğin ortaya çıkarılmasına ilişkin kamu menfaati olmak üzere çatışan iki menfaat vardır. Çatışan bu menfaatlerin tartılması önemlidir. Temel hak ve özgürlükler ile ispat hakkı ve temelindeki gerçeğin ortaya çıkarılması menfaati çatıştığında, baştan soyut, genel geçer bir kural koymak ve birisine diğerine göre üstünlük tanımak mümkün değildir⁷⁷⁵. Somut olaydaki temel hak ve

⁷⁷¹ Bracher, N. 267.

⁷⁷² Alman Medenî Usûl Kanunu'nda üçüncü kişiden böyle bir talepte bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir (dZPO § 142/3).

⁷⁷³ Althammer (Stein/Jonas) § 142, N. 52.

⁷⁷⁴ Özel hayatın gizliliğinin korunması; bilgi mahremiyeti, vücut mahremiyeti, iletişim mahremiyeti ve yaşama alanı mahremiyetini kapsar. Bilgi mahremiyetinde kişinin kredi bilgisi, tıbbi kayıtları gibi bilgilerin korunması; vücut mahremiyetinde, kişinin fiziksel bütünlüğünün müdahaleci usûl ve araştırmaya karşı korunması; iletişim mahremiyetinde, elektronik posta gibi iletişim alanlarının korunması; yaşama alanı mahremiyetinde ise konut, ofis gibi kişisel alanlara müdahalelerin korunması ele alınır. Bkz. Okur, Nurdan, Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, **Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010, s.11.

⁷⁷⁵ Çiftçi, İspat Hakkı, s. 588.

özgürlüklerin çatışması değerlendirilmeli, sınırlamada bu değerler ölçüsünde belirlenmelidir. Üçüncü kişinin kişilik haklarına, aile hayatına ya da haberleşmesine dokunulamaması gibi temel hakkı ile tarafın ispat hakkı ve gerçeğin ortaya çıkarılması menfaati arasında inceleme hâkim tarafından yapılmalıdır. Bu değerlendirmeyi belirleyen soyut bir kriter olmadığından hâkim her olayda ayrı değerlendirme yaparak karar vermek zorundadır⁷⁷⁶. Değerlendirmede ölçülülük (orantılılık) ilkesi dikkate alınmalıdır. Her somut olayda gerçeğin ortaya çıkarılması menfaati ile üçüncü kişinin bilginin gizli kalmasındaki menfaati özellikle kişilik haklarının korunması ya da diğer meşru menfaatlerinden hangisinin öncelikli olduğu değerlendirilmelidir⁷⁷⁷. Kanaatimizce hâkimin tereddüt ettiği hallerde, sırrın korunmasındaki menfaat, tarafın ispat hakkı ve yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılması kamu yararına tercih edilmelidir. Çünkü üçüncü kişi yargılamanın dışındaki bir kişidir. Onun özel hayatını ilgilendiren sırlarının yargılamada ortaya çıkarılması yalnızca mahkeme tarafından değil, taraflarca öğrenilmesinin de yolunu açar. Gerçeğin ortaya çıkarılması pahasına üçüncü kişiyi böyle bir tehlikeyle karşı karşıya bırakmak üçüncü kişi için olumsuz sonuçlar doğurabilir. Değerlendirme yapılırken, üçüncü kişinin yükümlü olup olmadığı, başvurulacak ispat aracına başvurulmasının zorunlu olması gibi diğer kriterler de esas alınır⁷⁷⁸. Mahkeme, üçüncü kişinin menfaati ile tarafın ispat hakkının ve gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki ortaya çıkan menfaat çatışmasını ön sorun⁷⁷⁹ olarak çözümleyecektir.

Belge ve nesne üzerindeki incelemede özellikle kişinin özel hayatını ilgilendiren bir durum olabilir. Özel hayat, kişinin başkasının gözü önünde olmayan, kamuya kapalı, herkesten gizlediği bir alandır. Kişi bu alanı, kendisi istemeden, toplumsal zorunluluklar dışında, başkalarıyla paylaşmak zorunda değildir. Özel hayat, kişinin belirli sayıda kişilerle (yakınlarıyla paylaştığı) bir alandır. Daha da özelinde kişinin mahrem (gizli) hayatı vardır. Gizli hayatta kişinin yakınlarıyla dahi paylaşmadığı, gizli duygu ve düşünceleri vardır⁷⁸⁰.

Üçüncü kişiler için özel hayatın korunması nedeniyle kaçınma hakkı kanunda öngörülmemiştir. Özel hayatın korunmasının dar bir kısmını karşılayan şeref ve haysiyetin korunması ile meslek ve sanatına ilişkin sırların korunması kaçınma hakkı olarak

⁷⁷⁶ **Stürner**, Aufklärungspflicht, s. 198- 201; **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.25.

⁷⁷⁷ **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.25.

⁷⁷⁸ Orantılılık ilkesi hakkında bkz. 2.1.3.4.2. Üçüncü Kişinin Kendisine Karşı Etkisi.

⁷⁷⁹ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 327 ve dn. 36'da anılan yazarlar.

⁷⁸⁰ Doktrinde insan hayatı sınırları belirli olmayan üç alanda kategorize edilmiştir: Genel (kamusal hayat), özel hayat ve mahrem (gizli) hayat. Genel hayat, kişinin herkes tarafından izlenen, belli ölçüde aleni alanıdır. Özel hayat, kişinin genel hayatından daha dar bir çevreyi içine alan ve yalnızca belirli kişiler tarafından bilinen, kişinin yakınları ile paylaştığı alandır ve özellikle kamudan gizlediği faaliyetleri içine alır. Bir de mahrem hayat olarak da ifade edilen gizli alanı vardır. Kişinin kimse tarafından bilinmesini istemediği, isterse bir veya birkaç kişiyle paylaştığı sırlar, gizli tutmak istediği hususlar, belgelerdir. Özel hayata ilişkin açıklamalar hakkında bkz. **Okur**, s.4 vd.

düzenlenmiştir (HMK m. 221'in atfı ile HMK m. 250/1-b). Bununla birlikte kaçınma hakkı oluşturan durumların dışında üçüncü kişinin kişilik haklarına, sırlarına ve diğer meşru menfaatlerine zarar verme tehlikesi olduğunda, belge ibraz yükümlülüğüne sınırlamalar getirilmelidir.

Belgenin ibrazında hangi belgelerin özel hayatın gizliliğine müdahale edebileceğine ilişkin doktrinde farklı örnekler verilmiştir. Günlük gibi belgeler, kişinin kendisinin kişisel kullanımı için düzenlenmiş belgelerdir ve sır olarak korunmalıdır⁷⁸¹. Belgenin içeriğinden kişinin kendisinin kullanımı için düzenlendiği, belgeyi kaleme alanın başkaları tarafından ileride görülemeyecekleri düşüncesiyle hareket ettiği veya belgenin başkaları tarafından incelenmesinde önemli şekilde zarara uğrama ihtimali varsa, belgenin kişisel kullanım için düzenlendiği düşünülebilir⁷⁸². Belgenin içeriğinde kişinin özel hayatını (aile hayatını, şeref ve haysiyetini, itibarını), mahremiyetini, ruhsal hayatını ya da iç dünyasını yansıtan bilgiler⁷⁸³ olabilir. Üçüncü kişinin kişisel kullanımı için düzenlenmiş belgelerin ibrazının emredilmesi, üçüncü kişinin özel hayatının korunmasını ihlal eder⁷⁸⁴. Bundan başka, başkasından gelen gizli yazılı bildiri, mesajlar da kişinin kendisinin kişisel kullanımı için düzenlemiş olduğu belgelerle eş değerde görülür⁷⁸⁵. Örneğin, diğer bir kişi tarafından üçüncü kişiye verilen ticarî mektuplar da özel hayatın koruması kapsamında görülür. Üçüncü kişi kendisine verilen ticarî mektubu açıklama yetkisi yoksa gizli tutmalıdır⁷⁸⁶. Bir avukatın ya da doktorun kişisel notlarının ibrazı da talep edilmemelidir⁷⁸⁷. Tüzel kişi olan üçüncü kişi de bazı belgelerin ibraz edilmesinden kaçınabilir. Bir anonim şirketin yönetim kurulu kararları da kural olarak ibraz yükümlülüğüne tabi değildir. Çünkü yönetim kurulu kararı, ilgili organın iradenin oluşumundaki sürecini yansıtır⁷⁸⁸. Bununla birlikte şirketin yönetim kurulu üyesinin karar alma veya denetim faaliyetiyle ilgili iradenin oluşumuna hangi yönde katkı sağladığının ispatı konusunda belgeyi ibraz etmelidir⁷⁸⁹. Bu ikinci halde, şirket aynı zamanda davanın tarafıdır.

Mahkeme yükümlülüğün somut olaya göre makul olup olmadığını kendiliğinden inceleyebileceği gibi üçüncü kişi de mahkemeden temel hak ve özgürlüklerinin korunması kapsamında talep edebilir. Buna karşın kişinin özellikle mahremiyet alanına giren konulara

⁷⁸¹ **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.26.

⁷⁸² **Erdönmez**, Belgelerin İbrası, s. 342.

⁷⁸³ **Çiftçi**, İspat Hakkı, s. 585-586; Tarafın ruhsal alanıyla ilgili beyanda bulunmaya ve iç dünyasının açıkladığı belgeleri ibraz etmeye zorlanamayacağı hakkında bkz. **Stürner**, Aufklärungspflicht, s. 202. Taraf gibi üçüncü kişi de iç dünyasını açıkladığı belgeleri ibraz etmeye zorlanamaz.

⁷⁸⁴ **Stürner**, Aufklärungspflicht, s. 197-198.

⁷⁸⁵ **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.27.

⁷⁸⁶ **Erdönmez**, Belgelerin İbrası, s. 345.

⁷⁸⁷ **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. 160, N. 17.

⁷⁸⁸ **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.28; **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. 160, N. 17.

⁷⁸⁹ **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.28.

ilişkin bir belge söz konusuysa ve bu durum açıkça fark ediliyorsa, mahkeme, belgeyi üçüncü kişiden istememelidir. Mahkeme üçüncü kişinin temel hak ve özgürlüklerini de korumakla yükümlüdür. Belgenin içeriğinde yazılı olan mahremiyetini ilgilendiren bir sır varsa, üçüncü kişi de mahkemede bunu ileri sürebilir. Çünkü sırların korunmasının temelinde, Anayasa'nın 20.maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkı yer alır. Kişisel verilerin korunması ve bu kapsamda sırların korunması, özel hayatın gizliliği kapsamındadır⁷⁹⁰.

2.2.3.3.Keşif Delilinde İncelemeye İzin Verme Yükümlülüğü

2.2.3.3.1. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda "keşfe katlanma zorunluluğu" düzenlenmiştir. Kanunun 291. maddesinde "keşfe katlanma" başlığı altında ele alınmıştır. Bu düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilmiştir⁷⁹¹. Katlanma sözcüğünün Almanca karşılığı "*Duldung*"; keşfe katlanma zorunluluğu ise "*Duldungspflicht*" olarak ifade edilmektedir. Türk, Alman ve İsviçre hukukunda keşifte katlanma ifadesi vurgulanır. Bunun sonucunda, keşif konusu bakımından, katkıda bulunma için "katlanma" şeklindeki pasif davranışta belirir.

Keşfe ilişkin yükümlülüğün düzenlendiği HMK m. 291'de yükümlülük içeriği, çok geniş belirlenmiştir. Buna göre, "*Taraflar ve üçüncü kişiler keşif kararının gereğine uymak ve engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadırlar.*" Anılan düzenlemede, taraf ve üçüncü kişinin hangi koşullar altında yükümlü olduğuna, hangi yükümlülüklerle tabi olduğuna, yükümlülüklerin içeriğine ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Kanunun gerekçesinde yükümlülük içeriğine nelerin dahil olduğu örnekler gösterilerek açıklanmıştır. Gerekçede, "*incelemenin konusunun; beden muayenesi, doku alınması, bir belgenin tetkiki veya zilyet olunan yere girilmesi gibi zorunlulukları*" içerebilir ifadesine yer verilmiştir. Gerekçede, keşif konusuna bağlı olarak farklı yükümlülük içerikleri belirtildiği görülmektedir. Keşif konusu "insan" ise beden muayenesi, doku alınması; keşif konusu belge ise "belgenin tetkiki", keşif konusu taşınmaz ise "zilyet olunan yere girilmesi" şeklinde belirtilmiştir⁷⁹². Dolayısıyla keşif kararı çok farklı şekillerde gerçekleşebilir ve üçüncü kişi de o keşif konusu üzerinde inceleme yapılmasına katlanmalı, müdahale etmemeli şeklinde yorum yapılabilir. Ancak bu yorum yeterli olmayacaktır. Üçüncü kişinin yükümlülüğü, sınırlar dahilinde mümkün olabilir. Öncelikle genel koşullar altında ifade ettiğimiz koşullar aranmalı; bilgi toplanması gerekli

⁷⁹⁰ Kurt Konca, Aleniyet, s. 285.

⁷⁹¹ 1086 sayılı HUMK'nun yürürlükte olduğu dönemde yeni bir usûl kanununun kabulü için 1948, 1952, 1955, 1959, 1967, 1971 yıllarında hazırlanan, ancak kanun haline gelemeyen tasarılar da üçüncü kişi ve tarafların keşfe katlanma yükümlülüğüne yer veren hükümleri vardı. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Yurtbaşı, Fatih, Medenî Usûl Hukukunda Keşif, **Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s. 119-121.

⁷⁹² e-uyar.com, erişim tarihi: 10.10.2023.

olmalı ve yükümlülük üçüncü kişi tarafından yerine getirilebilir olmalıdır. Üçüncü kişinin yükümlülüğüne karar verildiği haller sınırlıdır. Üçüncü kişinin temel hak ve özgürlüklerini etkilediği göz önünde bulundurulduğunda, üçüncü kişi, sınırsız bir yükümlülüğe tabi değildir. Ayrıca bu koşullar, tarafın başvurusu üzerine ya da mahkemenin kendiliğinden keşif deliline başvurmada geçerli olacaktır. Alman hukukunda soy bağının incelenmesine ilişkin Alman Medenî Usûl Kanunu § 372a’da düzenleme vardır. Bu düzenlemede, soy bağının belirlenmesi için gerektiği ölçüde, her kişinin incelemeye özellikle kan alınmasına katlanması gerektiğine yer verilmiştir. Üçüncü kişi makul olmayan yükümlülüğe katlanmak zorunda değildir (dZPO § 372a, I). Özellikle maddî hukuk hükümlerine göre, üçüncü kişi, vakıaları açıklığa kavuşturacak ya da ispatlayacak tarafa karşı ibraz ya da katlanmakla yükümlü kılınmış ise kural olarak yükümlülüğün makul olduğu kabul edilmelidir⁷⁹³.

Türk hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 291’de keşifte katlanma, genel bir yükümlülük olarak ele alınmış, sonraki 292. maddede ise soy bağının tespiti amacıyla insan vücuduna yapılan belirli müdahalelere katlanma şeklinde özel bir yükümlülüğe yer verilmiştir⁷⁹⁴. İsviçre hukukunda İsviçre Medenî Usûl Kanunu 160. maddede genel bir katkıda bulunma yükümlülüğü ve ayrıca 296. maddenin ikinci fıkrasında soy bağının incelenmesine katkıda bulunma yükümlülüğüne ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir. Alman hukukunda ise genel bir keşfe katlanma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak Alman hukukunda Alman Medenî Usûl Kanunu § 144’de, mahkemenin keşfin yapılmasına (dZPO § 371 tarafların talebi üzerine veya dZPO § 144’e göre kendiliğinden) ve bilirkişi incelenmesine kendiliğinden karar verebileceği; bu amaçla mahkeme üçüncü kişi ve taraflardan zilyetliğinde bulunan eşyayı mahkemeye ibraz etmesini isteyebileceği ve süre tanıyabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca mahkeme keşif konusu bir konut olmadığı sürece, üçüncü kişi ve taraf için keşfe katlanmaya karar verebilir.

Belge delilinde olduğu gibi yükümlülüğün içeriği açısından keşifte de incelemeye izin verme zorunluluğu ön plana çıkar. Keşif delilinde, üçüncü kişinin yükümlülüğünü düzenleyen

⁷⁹³ Althammer (Stein/Jonas), § 144, N. 24.

⁷⁹⁴ Bu hüküm genellikle soy bağının reddi (TMK m. 286 vd.); babalık davası (TMK m. 301 vd.) soy bağını ilgilendiren davalarda uygulanır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesinin gerekçesinde de soy bağını ilgilendiren davalarda bu hükmün uygulanacağına yer verilmiştir. Ancak madde metninde, yalnızca belli bir dava türüyle sınırlandırılmamış ve diğer şartların da varlığı halinde “soy bağının tespiti amacıyla” bu hükmün uygulanacağına yer verilmiştir. Benzeri düzenlemenin yer aldığı Alman Hukukunda ise Alman Medenî Usûl Kanunu § 372a ile aynı şekilde kaleme alınan Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Usûlü Hakkında Kanun (FAM FG) 178 paragrafının nesebin reddi gibi soy bağına ilişkin davalar bakımından geçerli olduğu; Alman Medenî Usûl Kanunu § 372 a’nın ise çocuğun soy bağına bağlı olarak karar verilmesi gereken durumlarda, yani ön sorunlarda dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Nafaka, miras ya da isim hakkına ilişkin uyuşmazlıklar örnek olarak gösterilir. Bkz. Trautwein (Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus (Hrsg.), **Prütting/Gehrlein Zivilprozessordnung Kommentar**, 14. Auflage, Luchterhand, Köln, 2022), § 372a, N.2; **Berger** (Stein/Jonas), § 372a, N.2; **Gehle** (Anders/Gehle), § 372a, N. 5.

madde başlığında, “katlanma” zorunluluğu tercih edilmiştir. Ancak madde düzenlemesi daha geniş anlama gelmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 291/1’de “Keşif kararının gereğine uyulması” şeklinde kaleme alınmıştır. Bu ifade dolayısıyla üçüncü kişiden beklenen davranış, aktif veya pasif bir davranış (katlanma) olabilir.

2.2.3.3.2. Keşfin Konusu

Keşif, kişiler veya nesneler üzerinde, mahkemenin doğrudan ve duyu organları aracılığıyla bilgi sahibi olmasıdır⁷⁹⁵. Keşif konusu, insan veya nesnenin fiziksel özellikleri veya durumudur⁷⁹⁶. Gürültü, ses kayıtları, koku gibi şeyler keşif konusuna örnektir⁷⁹⁷. Keşif konusu insan bedeni de olabilir. Keşifte hukuken önemli vakıalar hakkında bilgi sağlayabilecek delil elde edilir. Örneğin, genetik bilgiler, bir kişinin sağlık durumu gibi delil elde edilebilir⁷⁹⁸. Keşfin konusu insan olabileceği gibi ölü beden de olabilir. Ölü beden üzerindeki incelemeler daha çok ceza yargılamasında görülse de hukuk yargılamasında da keşfe konu olabilir⁷⁹⁹.

Belgeler, geçmişteki insana ait düşünceleri somutlaştırır ve kanıt olarak önemli olurken; keşif, bir kişi veya şeyin duyuşsal olarak algılanmasını sağlar⁸⁰⁰. Keşif, tüm duyu organları aracılığıyla yapılabilir. Telefon ekranının çizilip çizilmediği, görme duyusuyla; besinin test edilmesi, tatma duyusuyla; gazın veya buharın yayıldığına tespit edilmesi, koklama duyusuyla; ses kaydının dinlenmesi, duyma duyusuyla; zeminin kaygan olup olmadığının denenerek tespit edilmesi, dokunma duyusuyla yapılır⁸⁰¹. Keşif konusu nesnenin incelenmesinde, doğru tespitin gerçekleştirilebilmesi için çoğunlukla özel teknik veya başka bir uzmanlık bilgisi gerekebilir. Bu halde bir veya birden çok bilirkişinin yardımına başvurulabilir (HMK m.288/1).

Belge ve tanık delilleri, keşif değildir. Alman hukukunda keşfin; belge ve tanık delilinden farklılığı doktrinde şu şekilde ortaya koyulmuştur. Buna göre; tanık ve belge

⁷⁹⁵ Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1949; Tanrıver, Medenî Usûl-I, s. 1112; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 436; Postacioğlu/Altay, Usûl, s. 752; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 564; Aşık, Keşif, s; 17-20; Ege, Önder, Medenî Usûl Hukukunda Keşif, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 13; Albayrak Alçı, Zeynep, Medenî Usûl Hukukunda Keşif, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 23.

⁷⁹⁶ Rosenberg/Schwab /Grolimund, § 119, N. 1.

⁷⁹⁷ Gehle (Anders/Gehle), § 371, N. 8.

⁷⁹⁸ Hasenböhler (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 25.

⁷⁹⁹ Yargıtay 8. HD., T. 04.05.2021, E. 2020/4435, K. 2021/4023: “Mahkemece yapılacak iş; müteveffa ...'nin mezar yeri tespit edilerek adli tıp uzmanı veya temin edilememesi halinde tıp doktoru huzuru ile feth-i kabir yapılarak yönetmelikte belirtildiği üzere çürümemiş yumuşak dokulardan (örneğin, psoas kası, femoralis kası) bir parça (yaklaşık 3x3x3cm ebadın gönderilmesi, bunun yanında 3-4 adet azı dişi, 2x2 cm2 ebadında kemik parçaları (örneğin, femur, tibia, sternum) kemiklerinin herhangi bir koruyucu madde içerisine konulmadan ayrı ayrı steril kaplara konularak analize gönderilinceye kadar buzdolabında (+40 °C de) muhafaza edilerek, etiketlenip usûlüne uygun olacak şekilde mühürlü koli halinde soğuk taşıma zinciri sağlanarak (plastik buz paketi içeren termos içinde) anne ... ile davacı ...'in örneklerinin muhafaza edildiği ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığına gönderilerek alınacak rapora göre bir karar verilmek olmalıdır.” (Lexpera).

⁸⁰⁰ Müller (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 177, N. 13.

⁸⁰¹ Rosenberg/Schwab/Grolimund, § 119, N. 1.

delillerinin amacı, bir düşüncenin iletilmesidir. Yazılı bir evrakın düşünce içeriğinden bilgi edinme, belge delili ile; bir insandan açıklama (bilgi edinme) tanık deliliyle söz konusudur⁸⁰². Tanık ve belge delilinde amaç, bir düşünce içeriğinin iletilmesidir. Keşfin esas noktası, mahkemenin duyular aracılığıyla keşif konusunu algılamasını sağlamaktır. Örneğin, kayda alınmış bir sesin incelenmesi veya gerçekliğinin tespiti amacıyla yazı karakterlerinin incelenmesi keşfin konusu olacaktır⁸⁰³.

2.2.3.3.3. Keşif Delilinde İncelemeye İzin Verme Yükümlülüğünde Erişilebilir Olma Koşulu

Keşif delilinde, nesnenin kişinin hakimiyetinde olmasını gerektiren bir koşula kanunda yer verilmemiştir. Bununla birlikte keşif konusu nesnede de belge delilinde olduğu gibi kişinin o nesne üzerinde erişilebilir olma yetkisi gerekir⁸⁰⁴. Alman hukukunda bu koşul, § 144, 1 paragrafında, karşı tarafın ya da üçüncü kişinin zilyetliğinde bulunan şeyi ibraz edeceği şeklinde düzenlenmiştir.

Belge delilinde yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Bu kapsamda maddî şeylerde, üçüncü kişi fiilen sahipse ancak keşif konusu nesneye erişim sağlayabilir. Doğrudan zilyetliğin varlığı yükümlülük için erişilebilir yetkisi verir. Dolaylı zilyetlikte, dolaylı zilyet o nesneye erişim sağlayabiliyorsa, yükümlülüğün olduğunu kabul etmek gerekir. Bunun dışında herhangi bir hakkın iddia edilmediği zilyet yardımcılığında ise kişinin yükümlü olmayacağı kabul edilmelidir. Elektronik veri gibi bilgi taşıyıcıları için de üçüncü kişi, verinin mahkemeye sunulabilmesini sağlayan erişim yetkisine sahip olması gerekir⁸⁰⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu 291. maddenin üçüncü fıkrasındaki “keşfe karşı koyan” ifadesi dolayısıyla üçüncü kişinin anlaşılmamakta olduğunu tespit eden *Umar*, üçüncü kişiyi, “*keşif çalışmalarının rahatsızlık verebilmesi beklenecek kişiler*” şeklinde anlamanın uygun olacağını belirtmiştir⁸⁰⁶. Kanundaki ifade bu kadar geniş anlaşılabilir şekilde olsa da biz, sınırlandırmanın daha doğru olduğunu düşünmekteyiz. Aksi hal zilyet yardımcısının, zilyedin rızası olmadan keşif konusu nesnenin yerine getirilebilmesi için nesnenin ibrazını gerçekleştirebilmesi, keşif konusunun incelenmesine izin vermesi gibi sonuçları doğurabilir. Bu da zilyedin kaçınma hakkını kullanmasını engelleyebilir. Kaldı ki kanun metni bir bütün olarak incelendiğinde, üçüncü kişiyi sınırlı anlamak gerektiği görülür. Maddenin üçüncü

⁸⁰² **Gehle** (Anders/Gehle), § 371, N. 6.

⁸⁰³ **Rosenberg/Schwab/Grolimund**, § 119, N. 3.

⁸⁰⁴ Keşif konusunun üçüncü kişinin zilyetliğinde veya mülkiyetinde olması gerektiği hakkında bkz. **Direnisa**, s. 287.

⁸⁰⁵ Açıklamalar için bkz. 2.2.3.2.3.3. Elektronik Verilerde.

⁸⁰⁶ **Umar**, Şerh, s. 838.

fıkrasında keşfin üçüncü kişi için uygun zamanda yapılacağı ve keşif yeri ile zamanın üçüncü kişiye bildirileceği hükme alınmıştır. Üçüncü kişi de kendisine bildirim yapılacak kişidir. Dolayısıyla üçüncü kişinin keşif konusu nesne üzerinde tasarruf yetkisi olması gerekir.

2.2.3.3.4. Keşif Delilinde İncelemeye İzin Verme Yükümlülüğünün İçeriği

Keşif konusu, nesne olabileceği gibi insan da olabilir. İnsan üzerindeki incelemeye izin verme yükümlülüğü, konunun önemi, şartları, koşulları, içeriğinin farklı olması sebebiyle ayrıca ele alınmalıdır. Bu nedenle çalışmamızda, nesne üzerindeki incelemeye izin verme yükümlülüğü ve kişinin bedeni üzerindeki incelemeye izin verme yükümlülüğü şeklinde iki temel başlık açıklamalara yer verilmiştir.

2.2.3.3.4.1. Keşif Konusu Nesne Üzerinde İncelemeye İzin Verme

Keşif konusu nesne, taşınır veya taşınmaz şeyler olabilir. Kanunda herhangi bir ayırım yapılmamış; gerekçesinde de keşfe ilişkin verilen örneklerden biri de zilyet olunan yere girilmesi şeklinde belirtilmiştir. Kanunda böyle bir ayırım yapılmadığı için iş yeri, garaj, kiler, bahçe ya da tarla ayırımı yapılmaksızın gerektiğinde konutta da keşif yapılabilir ve mahkemenin kararıyla birlikte üçüncü kişi incelemeye izin vermekle yükümlü olur. Taşınmaz üzerindeki keşfe, imar davalarında, komşu hakkının korunmasına ilişkin davalarda, kadastro davalarında sıklıkla başvurulur. İsviçre hukukunda da ayırım yapılmamış olup, konut veya diğer taşınmazlarda da üçüncü kişi, keşfin gereğinin yapılmasına katlanmalıdır. Alman hukukunda ise konut bakımından istisna tanınmıştır. Alman hukukunda mahkeme, bir konutun keşif veya bilirkişi aracılığıyla incelemesine hizmet eden önlemlere katlanma için karar veremez (dZPO § 144, 3). Bu yöndeki istisna hem taraflar hem de üçüncü kişiler için geçerlidir. Kanunun gerekçesinde Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığına atıf yapılmıştır⁸⁰⁷. Dolayısıyla Alman medenî yargılamada vakıanın açıklığa kavuşturulması ya da ispatın sağlanması amacıyla Anayasa'da korunan konut dokunulmazlığı hakkına müdahale haklı görülmez⁸⁰⁸. Öte yandan karşı taraf veya üçüncü kişi kendisi isterse, konutta inceleme yapılabilir. Ayrıca karşı taraf, makul olan konutta inceleme yapılmasına karşı çıkarsa, duruma göre tarafın iddiaları ispatlanmış sayılabilir (dZPO § 371, 3), ancak tarafın zorlanması mümkün değildir⁸⁰⁹.

⁸⁰⁷ BT- Drucks, 14-4722, s. 79.

⁸⁰⁸ **Stadtler** (Musielak/Voit), § 144, N. 10.

⁸⁰⁹ **Stadtler** (Musielak/Voit), § 144, N. 10.

2.2.3.3.4.1.1. Keşif Konusu Nesne Üzerinde İncelemenin İçeriği

Keşif konusu nesne bakımından yükümlülüğün içeriğini taşınabilir nesnelerde, keşif konusu nesnenin mahkemeye ibrazı, başkaca deyişle, incelenmek üzere mahkemeye teslim edilmesi oluşturur. Keşif konusu nesne, mahkemeye getirilmesi mümkün olan ve mahkemece de keşif konusu nesnenin mahkemeye getirilmesine karar verilmişse, niteliğine uygun düştükçe, belge ibrazına ilişkin kurallar, keşif konusu nesnenin ibrazı için de geçerli olmalıdır⁸¹⁰. Belge delilinde olduğu gibi keşif konusu nesne yeterince belirlenmiş olmalıdır. Belge delilinde kopyasının veya taranmış örneğinin teslim edilmesinden bahsedilebilse de keşfin niteliği gereği, teslim edilecek şey, nesnenin aslı, orijinaldir.

Mahkemeye teslim taşınabilir olmayan şeylerde mümkün olmayacaktır. Bu halde, taşınmazın keşfinde yapılan incelemede olduğu gibi üçüncü kişinin yükümlülüğü keşif konusu nesnenin yerinde ve zamanında yapılan incelenmesine katlanmaktadır⁸¹¹. Eğer taşınabilir şeyin taşınması üçüncü kişi için ciddi masraf gerektirecekse, taşınma sırasında kaybolma ya da zarar görme tehlikesi varsa yahut taşınması orantılılık sebebiyle üçüncü kişi için makul değilse, mahkeme taşınma konusu şeyin olduğu yerde inceleme yapmalı ve üçüncü kişi de yerinde yapılan incelemeye katlanmakla yükümlüdür. Örneğin büyük bir jet uçağının boyutlarının ne kadar olduğunun anlaşılması için keşif mahallinde keşif konusunun yanında durularak ve çıplak gözle görülerek keşif yapılabilir⁸¹². Bu örnek ve benzeri bir durumda üçüncü kişiden uçağın belli bir yere getirilmesi beklenmemelidir. Çünkü üçüncü kişi için bu çok fazla ek maliyet gerektirecektir.

Yükümlülük içeriğine keşif konusu nesnenin erişilebilir hale getirilmesi için üçüncü kişiden beklenecek diğer davranışlar da dahil olmalıdır. Bu kapsama örneğin bir konut ise konutun kapalı olması halinde, kilitli yerlerinin açılması, şifrenin iletilmesi ya da ilgili ekipmanın çalışması için gereken desteğin sağlanması da dahildir. Görüldüğü üzere yükümlülük içeriğine nelerin dahil olduğu keşif konusu nesneye göre değişmektedir. Bu

⁸¹⁰ Zimmermann, (MüKoZPO), § 371, N. 15; Aşık, Keşif, s. 142-143.

⁸¹¹ Yargıtay 17 HD. T. 17.03.2015, E. 2013/17568, K. 2015/4337: "HMK'nun 288,290 ve 291 maddelerinde keşif, keşfin yapılması ve keşfe katlanma zorunluluğudüzenlenmiştir. Özellikle HMK'nun 291/3 maddesinde keşfin 3.kişi için uygun zamanda yapılmasını, keşif zamanı ve yerinin 3.kişiye bildirilmesini, geçikmesinde zarar umulan hallerde bildirim yapılmaksızın keşfin icra edilebileceğini ,keşfe karşı konulması halinde Hakim, 3.kişiye karşı koymanın sebep olduğu giderlerle 500 TL'dan 500.000 TL'sına kadar disiplin para cezasına mahkum etmesi gerektiğini, zor kullanılmasına karar verebileceğini, ancak 3.kişinin tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak keşfekatlanma yükümlüğünden kaçabileceğini hükme bağlanmıştır. Bu durumda anılan keşfin davacıya ait adreste yapılmaması da gözönüne alınarak davacı vekilinin 29.4.2013 ve 31.5.2013 tarihli dilekçeleri doğrultusunda HMK'nun 288,290 ve 291/3 maddesindeki yasal düzenleme gereğince haciz adresinde faaliyette bulunan dava dışı şirketlere belirlenecek keşif gün ve saatinin bildirilmesi, mahcuzların bulunduğu adreste keşif yapılması dava konusu mahcuzların 1.6.2006 tarihli ticarî işletme rehni kapsamında olup olmadığının belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle hüküm tesisi isabetli görülmemiştir." (Lexpera, erişim tarihi 14.09.2024).

⁸¹² Anglo-Amerikan hukukundaki bu örnek için bkz. Yurtbaşı, s. 49.

noktada orantılılık ilkesi göz önünde tutularak üçüncü kişiden beklenebilir davranışlara katlanmasının mümkün olduğunu söylemek gerekir. Buna karşılık, üçüncü kişinin oyalanarak bilgisayarları incelemeye hazır etmemesi ya da telefonla başka kişileri arayarak keşif incelemesi yapacak hâkim veya heyeti bekletmesi yükümlülüğün ihlali niteliğindedir.

Bazı hallerde üçüncü kişinin yalnızca mahkeme veya bilirkişi tarafından yapılan incelemeye katlanma şeklindeki pasif davranışı yeterlidir. Üçüncü kişiden aktif bir katılım beklenmez. Arazi, kilitli olmayan bahçe gibi serbestçe girilebilir taşınmazlarda, üçüncü kişinin pasif katılımı yeterlidir⁸¹³.

Üçüncü kişinin nesne üzerindeki incelemeye katlanması gerekirse de tüm müdahalelere katlanması gerektiği düşünülemez. Bu sebeple “müdahalenin sınırının ne olacağı” sorusu gündeme gelir. Vakıa iddialarının doğruluğunu teyit etmek için üçüncü kişilere ait nesnelerin incelenmesi gerektiğinde, üçüncü kişinin katlanması gereken müdahalenin bir sınırı olmalıdır. Basit bir gözlemlerle yapılan incelemenin makul olacağından şüphe yoktur. Ancak bazı hallerde, dışarıdan basit bir gözlemlerle incelemenin yapılması yeterli olmayabilir ve incelemenin teknik araçlar kullanılarak yapılması, bir cihazın çalıştırılarak kullanılması gerekebilir.

Alman hukukunda bu 1985 tarihli Federal Mahkeme kararı üzerine doktrinde tartışılmıştır. Bu kapsamda, mahkeme veya bilirkişi aracılığıyla yapılan muayene, inceleme, yalnızca “dış görünüşün incelenmesi” olarak anlaşılmamalı; aksine “amaca uygun bir müdahale” şeklinde anlaşılmalıdır⁸¹⁴. Örneğin parçalara ayırma, inşaatın bir kısmının kazılması gibi işlemler de inceleme sırasında gerekli olabilir ve üçüncü kişinin katlanması gerekebilir. Mahkeme her bir somut olaydaki teknik detaylara dayanarak⁸¹⁵ incelemenin sınırını belirlemelidir. Fakat her halükârda geniş bir şekilde “öze yönelik müdahale” özellikle de nesnenin tamamen sökülmesi, makul olma sınırını aşar⁸¹⁶.

Alman hukukunda, değerlendirme sırasında inşaat faaliyetinde genel olarak, yapının açılması, numune almak, arazide kazı ve sondaj yapmak vb. işlemler eşyanın özüne yapılan müdahaleler olarak görülür. Bu müdahaleye karşı tarafın belirli şartlar dahilinde katlanması gerektiği de kabul edilir. Bu şartlar, özdeki bozulmanın küçük olması, bir uzman tarafından gerçekleştirilmesi ve aynı hale getirmenin teknik ve mali olarak sağlanmasıdır⁸¹⁷. Aynı şartların üçüncü kişinin incelemeye izin verme yükümlülüğü için de geçerli olduğunu kabul edebiliriz.

⁸¹³ Bracher, N. 270; 271.

⁸¹⁴ Stürner, Rolf/Stadler, Astrid “BGH, 8. 1. 1985 — X ZR 18/84. Zum Besichtigungsanspruch des Patentrechtsinhabers”, *JuristenZeitung*, 6. Dezember 1985, 40. Jahrg., Nr. 23 (6. Dezember 1985), ss. 1096-1105, s. 1103.

⁸¹⁵ Stürner/Stadler, s. 1103.

⁸¹⁶ Stürner/Stadler, s. 1103.

⁸¹⁷ Ahrens, (Wieczorek/Schütze), §§ 253-299a, § Vor 284, N. 43; eski hale getirmenin gerekliliği hakkında bkz. Stürner, Aufklärungspflichten, s. 139.

Böylece uzman tarafından gerçekleştirilen, önemsiz, küçük müdahaleler, nesnenin eski hale getirilebilir olması koşuluyla kabul edilebilir. Bu kapsamda, makinelerin veya cihazların bakım veya onarım sırasında hasarsız olarak sökülmesi⁸¹⁸ ve kullanım talimatlarına uygun olarak cihazların çalıştırılması kabul edilecektir⁸¹⁹.

Müdahale Alman doktrininde “işlevsel olarak anlaşılan müdahale” şeklinde de ifade edilmiştir. Bu kavram içerisinde, üçüncü kişi, dokunmak, ölçmek, tartmak şeklindeki incelemelere ya da mikroskop, endoskop, kuvars lamba yardımıyla kullanılan metotlara katlanmalıdır. Bu hallerde üçüncü kişinin objektif olmayan korkuları veya kişisel olarak istememesi müdahalenin makul olmadığını göstermez⁸²⁰.

2.2.3.3.4.1.2. Keşif Konusu Nesne Üzerinde İncelemenin Sınırları

Nesne üzerindeki inceleme sırasında, kişiye ait sırların⁸²¹, mahremiyeti içindeki bilgilerin açığa çıkabilmesi mümkündür. Örneğin, ses kayıt cihazındaki konuşmaların elektronik ortama aktarılması işleminde, kişinin kimsenin bilmesini istemediği bilgileri de mahkeme ve taraflar öğrenebilir. Bu durum, tanıklıktan kaçınma sebebinin oluşturduğu bir durum ise üçüncü kişi tanıklıktan kaçınma sebebine dayanarak çekinebilir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda sır sebebiyle kaçınma imkânı veren genel nitelikte bir düzenlemeye yer verilmemiş; özel olarak tek tek belirtilmiştir. Bir başkasına ait sırların korunması amacıyla belirli mesleklerdeki kişilerin öğrendiği sırları paylaşmamasına yönelik istisna (HMK m. 249), üçüncü kişinin kendisinin meslek ve sanatına dair sırların açığa çıkmaması için tanınan istisna (HMK m. 250/c) ile kişinin şeref ve itibarını ihlal edecek ya da ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına sebep olacak hallerde (HMK m. 250/b) tanınan istisna özel düzenlemelerdir. Tanıklıktan çekinme sebebinin varlığı varsa kişi kaçınabilir. Ancak tanıklıktan çekinme sebepleri içinde olmayan ve üçüncü kişinin gizlilik alanına dahil bir bilginin ortaya çıkacağı incelemeye de üçüncü kişi katlanmak zorunda değildir. Kişinin şeref ve hayatını etkilemeyecek ya da diğer istisna hükümleri kapsamına girmeyen bir inceleme halinde, üçüncü kişinin özel hayatına ağır bir müdahale oluşturacak ise üçüncü kişi makul olmayan bu incelemeye karşı çıkabilir. Burada mahkeme, üçüncü kişinin itirazı üzerine, üçüncü kişinin özel hayatının

⁸¹⁸ Eğer faaliyetin zorunlu olarak kesintiye uğraması söz konusu ise faaliyet kaybı ve daha sonra kullanılmayan üretim numuneleri ve faaliyet ürünlerinin harcamaları tazmin edilmelidir (Ahrens, (Wieczorek/Schütze), §§ 253-299a, § Vor 284, N. 43).

⁸¹⁹ Ahrens, (Wieczorek/Schütze), §§ 253-299a, § Vor 284, N. 43.

⁸²⁰ Ahrens, (Wieczorek/Schütze), §§ 253-299a, § Vor 284, N. 43. Üçüncü kişi için incelemenin makul olup olmadığı, üçüncü kişinin katılımıyla gerçekleştirilecek ara oturumda açıklığa kavuşturulmalıdır (Ahrens, (Wieczorek/Schütze), §§ 253-299a, Vor 284, N. 43).

⁸²¹ Sır, üçüncü kişinin başkalarıyla paylaşmak istemediği gizli alanı içindedir. Üçüncü kişi, bunu bir veya daha çok yakın kişilerle paylaşmış olabilir. Ancak bu paylaşım, gizlilik niteliğini etkilemez. Okur, s.12.

korunması ile delil gösterenin ispat hakkı ve gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki kamu menfaati arasındaki orantılılık ilkesine göre gerekli kararı vermelidir. Mahkeme gerektiğinde bu sırları koruyan gerekli tedbirleri alır. Örneğin mahkeme yalnızca yargılamayla ilgili kısımları açıklamasına karar verebilir veya gerektiğinde yükümlülük kararını geri alabilir.

Konut dokunulmazlığı hakkında kaynaklanan sınırlamalar da dikkate alınmalıdır. Konut dokunulmazlığında korunan kişinin özel hayatıdır; mülkiyet veya oturma hakkı değildir⁸²². Bu nedenle, Anayasa’da özel hayatın gizliliği ve korunması başlığı altında yer almıştır. Anayasa hukukunda, konut, kelime anlamı itibariyle gündelik yaşamdaki “konut, ev” ile aynı anlamda kullanılmamakta; aksine iş yeri de dahil olmak üzere geniş bir anlamı karşılamaktadır⁸²³. Herkesin girmesine izin verilmeyen ve özel hayatın içinde geçtiği yerler konut kavramına dahildir. Alman hukukunda da “konutun” geniş bir şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu kapsama, kamuya açık olmadıkları sürece garajlar, bisiklet mahzeni gibi yer, ambar, kiler, merdiven, bahçe de dahildir⁸²⁴.

Konutta inceleme yapılabilmesi kanunen mümkün olsa da üçüncü kişinin konut dokunulmazlığı hakkı bağlamında değerlendirme yapılmalıdır. Konut dokunulmazlığında, hakkın koruduğu menfaat, “özel hayatın gizliliği”dir. Konuta girilmesi ve konut içinde inceleme yapılmasını gerektirmeyen keşif söz konusu ise üçüncü kişinin katlanması gerektiğinden tereddüt edilmez. Çünkü dışarıdan yapılan inceleme ve müdahalelerde üçüncü kişinin korunması gereken özel yaşamı etkilenmez. Ancak konuta girmeyi ve konut içinde inceleme yapılmayı gerektiren durumlarda, özellikle üçüncü kişinin özel hayatının çekirdek alanına müdahale edip etmediği incelenmelidir. Çünkü konut dokunulmazlığı içinde düşünülmesi gereken, basit müdahaleler değil; özel hayatın çekirdek alanına müdahale

⁸²² İzgi, Ömer/Gören, Zafer, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C.1**, Ankara 2002, s. 261; Okur, s.166; Selçuk, Seyhan, “İcra ve İflâs Kanunu’nun 79/a maddesi Uyarınca Konutta Haciz”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 14(2), 2023, ss. 412-425, s. 417; Aras, Aslı, “Konutta Haciz Prosedürüne Türk-Alman Karşılaştırmalı İcra Hukuku Açısından Genel Bir Bakış”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 216, Eylül 2023, ss. 1047-1063, s. 1050; Köksoy, Mesut, “Borçlunun Konutunda Haciz Yapılması (İİK m. 79/A)”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Yıl: 9, Sayı: 24/1, ss. 327-367, s. 333.

⁸²³ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru, Başvuru No: 2019/40991, T. 23.03.2023, R.G. 20.06.2023, S. 32227: “Konut kavramı genellikle özel yaşamın ve aile yaşamının geliştiği maddi olarak belirlenmiş yer olarak tanımlanmaktadır. Öte yandan konut kavramı işyerlerini de kapsamakta; bu bağlamda bir kişinin mesleğini sürdürdüğü bürosu, özel bir kişinin işlettiği şirketin faaliyetlerinin yürütüldüğü kayıtlı merkezi, tüzel kişilerin kayıtlı merkezleri, şubeleri ve diğer işyerleri de bu kapsamda değerlendirilebilmektedir (Günay Dağ ve diğerleri [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, § 133; Mehmet Taşdemir, B. No: 2013/3436, 18/5/2016, § 55). Bununla birlikte işyerlerinin mahrem bir unsur içermeyen, herkese açık, aleni alanları konut kavramı kapsamında görülmeyebilir.”

⁸²⁴ BGH, NJW 2013, s. 2687, 2688. Kararda iş yeri ve ofiste konut kavramına dahil olarak sayılmıştır. Karar için bkz. NJW 1971, s. 2299. Doktrinde kararlarda özellikle korumada bir farklılık yaratılmadığı için eleştirilmiştir. Açıklamalar için bkz. **Althammer** (Stein/Jonas), § 144, N. 25. “Konut” kavramı yalnızca ev ile sınırlı değildir. İlgili alanın özel amaçlar için tahsis edilip edilmediği ve kamunun serbestçe erişimine açık olup olmadığı belirleyici iki kriterdir: Alman hukukunda keşfe katlanma yükümlülüğündeki “konuttaki” istisnaya ilişkin açıklamalar için bkz. Basler, Christoph/ Meßerschmidt, Klaus “Zumutbarkeit von Beweiserhebungen und Wohnungsbetroffenheit im Zivilprozess”, **NJW**, 2014, ss.3329-3337, s. 3330.

oluşturup oluşturmadığıdır⁸²⁵. Üçüncü kişinin Anayasa’da korunan “konut dokunulmazlığı” hakkı kapsamında, üçüncü kişinin izni olmadan, bu çekirdek alanına müdahale oluşturacak şekilde inceleme kabul edilmemelidir. Bu noktada konut söz konusu olduğunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 291/3, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kişinin haberi dahi olmadan, gerekirse, çilingir marifetiyle kapının açılmasını oluşturacak şekilde keşif, ölçülülük ilkesiyle uyuşmayabilir. Ayrıca kişinin özel hayatını müdahale oluşturacak şekilde, mahkemenin gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla hiçbir ilgisi olmayan konutta bulunan fotoğraf ve film kayıtlarının incelenmesi de incelemenin sınırlarını aşacaktır. Üçüncü kişi de bu yükümlülüğe katlanmak zorunda değildir. Konutta arama yapılması, eşyaya el koyulması ise mümkün olamaz; keşfin niteliği ile uyuşmayan bu işlemlere üçüncü kişinin katlanması beklenemez.

Bu sınırlandırmaları üçüncü kişi itiraz sebebi olarak ileri sürebilir. Eğer üçüncü kişi itiraz etmemişse, keşif konusu nesnenin incelenmesine katlanmak zorunda kalacaktır. Öte yandan keşfe ilişkin yükümlülüğün ve yaptırımın düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 291’den böyle bir sonuç madde içeriğinden ve gerekçeden çıkarılacak şekilde kaleme alınmamıştır. Taraflar için düzenlenen ikinci fıkra da hâkim “sebebe göre” keşfi yerine getirmeyen tarafa karşı hâkimin bu hükmü uygulamayabileceği düzenlenmişse de üçüncü kişi için yalnızca tanıklıktan çekinme sebeplerine göre kaçınabileceğine yer verilmiştir. Üçüncü kişinin keşfe karşı koyması halinde sebep olduğu giderlere ve disiplin para cezasına hükmedileceği öngörülmüş ve bu fıkra üçüncü kişinin haklı sebepleri ileri sürebilecek şekilde kaleme alınmamıştır. Gerekçede de aynı şekilde yalnızca tanıklıktan çekinme sebepleri varsa, keşfe katlanmak zorunda değildir ifadesine yer verilmiştir⁸²⁶. Bu başlık altında açıkladıklarımız, tanıklıktan kaçınma sebebi oluşturmayan durumlardır. Ancak üçüncü kişiden beklenilmeyecek, temel hak ve özgürlüklerinin ağır ihlalini oluşturacak durumlardır. Kanunda açıkça yer verilmese dahi, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının şartlarını belirleyen Anayasa madde 13’teki hüküm gereği kişiden makul olmayacak sınırlandırmalar beklenemeyecektir. Çünkü temel hak ve özgürlükler, hakkın özüne dokunulmaksızın ve orantılı olarak ancak kısıtlanabilir (Anayasa m. 13).

Üçüncü kişi itiraz etmediği sürece yükümlülüğü yerine getirmek zorunda kalır. Bununla birlikte özel hayat özellikle de kişiye ait sırların varlığı halinde mahkeme, mümkün olduğunca

⁸²⁵ Alman hukukunda konutta keşif yapılamayacağına ilişkin hükmün özel hayatın korunması kapsamında değerlendirilerek, yapının dışındaki incelemelere katlanılması gerektiği kabul edilmektedir. Çünkü konutta istisnanın düzenlendiği hüküm, Anayasadaki konut dokunulmazlığının somutlaştırıldığı bir hüküm olup; konuta girme ve inceleme hakları bakımından istisna tanınmıştır. Ancak konut sahibini özel hayatını etkilemeyen herhangi bir dış etkiden korumaz. Açıklamalar için bkz. **Basler/Meßerschmidt**, s. 3332.

⁸²⁶ e-uyar.com, erişim tarihi: 10.10.2023.

üçüncü kişinin özel hayatının iyi korunabilmesi için gerekli önlemler almalıdır. Çünkü üçüncü kişinin sırlarının açıklanması, mahremiyetinin başkaları tarafından öğrenilmesi, ilgilinin psikolojisini olumsuz etkileyebilir, birey kendisini toplum karşısında güçsüz ve korunmasız hissedebilir⁸²⁷. Mahkeme hukuken elverişli önlemleri alabilir. Örneğin, bilirkişi raporunun yalnızca yargılamayla ilgili kısımların taraflara açıklanmasına karar verebilir⁸²⁸.

2.2.3.3.4.2. Kişinin Bedeni Üzerinde İncelemeye İzin Verme

Keşif konusu insan bedeni de olabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 291'deki genel düzenleme, insan bedenini⁸²⁹ de kapsar. Ceza hukukundaki durumun aksine hukuk yargılamasında kişi üzerinde incelemeye daha az rastlanılır. Hukuk yargılamasında insan üzerindeki keşif, daha çok soy bağının tespiti davalarında önemlidir. Soy bağının tespiti davalarında özellikle “çocuğun menfaati” ön plandadır. Ayrıca çocuğun soy bağına bilmesi⁸³⁰, Anayasa madde 17'de temelini bulan “maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı” kapsamında da görülür; çocuğun gerçek kan bağı bulunan kişileri, genetik kökenini öğrenmesi, onun maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi yönünden önemlidir⁸³¹. Anayasa mahkemesi bir kararında çocuğun soy bağına öğrenme hakkının önemini belirtmiştir:

“Kişinin genetik babasıyla nesep ilişkisi kurabilmesi maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkının bir gereğidir. Bireyin kökenini yani biyolojik ebeveynini öğrenme hakkı, kişiliğini ve kimliğini oluşturma hakkının önemli bir unsuru olduğundan özel hayata saygı hakkı kapsamı içinde korunur. Başka bir ifadeyle bireyin ana ve babasını bilme, babasının nüfusuna yazılma ve bunların getireceği haklardan yararlanma, ana ve babasından velayete bağlı görevlerini yerine getirmelerini isteme hakkı özel hayata saygı kapsamındadır.”⁸³²

Türk, Alman ve İsviçre hukukunda soy bağına ilişkin incelemede ayrı hükümler sevk edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 292⁸³³,ye göre, herkes soybağının tespiti amacıyla

⁸²⁷ Sırların başkalarınca öğrenilmesinin kişide yaratacağı etkilere ilişkin açıklama hakkında bkz. **Okur**, s.7.

⁸²⁸ **Bracher**, N. 290.

⁸²⁹ İnsan bedeni üzerindeki incelemenin keşif niteliği hakkında bkz. **Albayrak Alçı**, s.156-157.

⁸³⁰ Türkiye'nin taraf olduğu 27 Ocak 1995 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi (RG T. 27.01.1995, S. 22184)'nin 7. maddesinde, çocuğun ana-babasını bilme hakkı olduğu da açıkça belirtilmiştir.

⁸³¹ Akcan, Recep, “Medenî Usûl Hukukunda Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması”, **Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, ss. 887-934, s. 914. Çocuğun genetik yoldan geçecek hastalıklar için hangi tür hastalıklara eğilimli olduğunun belirlenmesi genetik kökenini bilmesine bağlıdır. **Akcan**, s. 914.

⁸³² Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Numarası: 2016/72747, T. 02.12.2020, (RG T. 02.03.2021, s. 31411).

⁸³³ Soy bağına ilişkin yargılamaların usûlü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 292 düzenlemeye girmeden önce, Türk Medenî Kanunu m. 284'te düzenlenmiştir. Türk Medenî Kanunu m. 284'te, taraflar ve üçüncü kişilerin soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Düzenlemenin devamında ise davalının hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermemesi halinde hâkimin, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun

vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır⁸³⁴. Anılan düzenlemeye göre, *“Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.”* Ayrıca Türk Medenî Kanunu’nun 284. maddesinde soy bağının tespiti amacıyla inceleme ve araştırma yükümlülüğü olduğu düzenlenmiştir: *“Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler.”* Alman Medenî Usûl Kanunu § 372 a paragrafında⁸³⁵ ve İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 296/2’de de soy bağına ilişkin özel hüküm yer almaktadır⁸³⁶. Soy bağının tespitine ilişkin davalar kamu düzeninden olup, kanunlarda bu kamu düzeninin sağlanması amacıyla düzenlemelere yer verilmiştir⁸³⁷.

aleyhine doğmuş sayılabileceği kaleme alınmıştır. Bu düzenlemenin son fıkrası, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 292’dekinden farklıdır. Türk Medenî Kanunu m. 284’te yükümlülüğün yerine getirilmemesinde zorla yerine getirilmesi düzenlenmemiş, yükümlülüğü yerine getirmeyen taraf ise onun aleyhine doğmuş sayılacağı şeklinde farklılık vardır. Her iki kanun da aynı anda yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Bu şekildeki düzenleme, doktrinde tartışmaya sebep olmuşsa da bugün Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun sonraki kanun olması sebebiyle m. 292’nin, TMK m.284’ü zımnen ilga etmiş sayılacağı şeklinde değerlendirilmektedir. (Tüzüner, Özlem, “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *AÜHFD*, C. 62, S. 4, 2013, ss. 1139-1166, s.1153). Uygulamada da Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 292 dikkate alınarak karar verilmektedir. Örnek için bkz. Yargıtay 2. HD., 10.10.2022, 2022/8520 E., 2022/7918 K.: *“Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesi uyarınca dava dilekçesindeki talep çerçevesinde mahkemece tarafların iddia ve savunmaları da dikkate alınarak babalık iddiası ile ilgili olarak DNA testi yaptırmak üzere davalı ...'a tekrar meşruhatlı davetiye çıkarılarak DNA testi için gerekli kan ve doku örneklerini vermesi, aksi taktirde zor kullanılarak bu incelemenin yaptırılacağı hususu ihtar edilmeli, buna rağmen davalı gelmez veya gelir de kan ve doku örneklerini vermez ise bu incelemelerin zor kullanılarak yapılmasına karar verilerek, zor kullanılarak DNA testi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, yukarıda gösterilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde eksik incelemeyle davanın kabulü doğru görülmemiştir.”* (Lexpera).

⁸³⁴ Soy bağının tespiti amacıyla yapılan inceleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun keşif ile hükümlerinin bulunduğu keşif başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme Alman ve Türk hukuku doktrininde eleştirilmektedir. Bir kısım yazarlar keşif başlığı altında düzenlense de aslında soy bağının tespiti amacıyla inceleme, bilirkişi incelemesinin özel bir görünümü olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre, hâkim kan ve doku incelemesinde yer almamaktadır. Hâkimin keşif konusu üzerinde doğrudan kişisel algılama yapmasına yönelik bir inceleme ve tespit yoksa bilirkişi incelemesinden söz edilmelidir. Türk hukukunda bu görüşü savunan **Aşık**, Keşif, s. 136. Soy bağının tespitinde görevlendirilen bilirkişi aracılığıyla inceleme yapılmasında, hâkimin bulunmaması nedeniyle, soy bağının tespiti amacıyla incelemenin keşif değil; bilirkişi incelemesinin konusu olduğu hakkında bkz. **Rosenberg/Schwab/Grolimund**, § 119, N. 29. Aksi yöndeki görüş ise soy bağının tespitine ilişkin vakıda inceleme konusunun insan bedeni olması dolayısıyla keşif incelemesi olduğunu savunmaktadır (**Atalay**, Pekcanıtez Usûl, s. 1950; **Direnisa**, s. 264); Alman hukukundaki görüş için bkz. **Jauernig/Hess**, s. 214, N. 10.

⁸³⁵ Alman Medenî Usûl Kanunu § 372a: *“1. Soy bağının belirlenmesi için gerektiği ölçüde, her kişi incelemeye özellikle kan alınmasına katlanmalıdır. Meğer ki incelenecek kişiden makul olarak beklenemeyecek olsun. 2. 386’dan 390a paragrafına kadar hükümler uygun olduğu ölçüde geçerlidir. Birden fazla incelemeden haksız olarak kaçınmada zor kullanılabilir, özellikle inceleme için zorla getirmeye karar verilebilir.”*

⁸³⁶ İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 296/2: *“Soy bağının belirlenmesi amacıyla taraflar ve üçüncü kişiler gerekli ve sağlık açısından tehlike oluşturmamaya araştırmalara katlanmakla yükümlüdür. Tarafların ve üçüncü kişilerin kaçınma hakkına ilişkin hükümler uygulanmaz.”*

⁸³⁷ Yapılan bir çalışmada soybağının tespitine ilişkin davalarda zaman içerisinde değişen durum ortaya koyulmuştur: *“Fransa’da 1912 yılına kadar babalık davasının yasak olduğu görülmektedir. Sadece anne kaçırılmışsa ve kaçırılma ile hamile kalma tarihleri uyumlu ise dava açılması mümkün olabilmektedir. Bulgaristan, Bolıvy, Romanya, Kolombiya gibi bazı ülkelerde ise babalık davalarının kamu düzenini bozduğu gerekçesiyle*

Bu noktada belirtelim ki insan bedenini konu olan keşif, yalnızca soy bağının tespiti amacına dayanmayabilir. Türk Medenî Kanunu'nun cinsiyet değişikliğine ilişkin m.40, akıl hastalığı sebebiyle boşanmaya ilişkin m. 165, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlama m. 409, insan bedeni üzerindeki incelemeye ilişkin hükümlere örnektir. Keşif konusu başlığı altında açıkladığımız üzere, insan bedeni keşif konusunu oluşturur ve soy bağının tespiti amacına dayanmayan keşifler için, incelemenin dayanağı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 291 veya ilgili maddî hukuk hükümleridir. Ancak kanunda incelemenin içeriğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunda yalnızca soy bağı amacıyla yapılacak incelemelere ilişkin ayrıntılı düzenlenmeye yer verilmiştir (HMK m. 292). Alman hukukunda ise kural olarak (soy bağının tespiti amacıyla dZPO § 372 a'ya dayanma istisna⁸³⁸), üçüncü kişi, tıbbi muayeneye tabi tutulamaz. Üçüncü kişinin rızası varsa inceleme yapılabilir. Ancak üçüncü kişinin rızası yoksa yükümlü olduğuna karar verilemez⁸³⁹.

Kişi dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı başlıklı Anayasamızın 17. maddesi, kişinin vücut bütünlüğüne yapılan müdahaleleri yasaklar. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 292 düzenlemesi dolayısıyla, soy bağına ilişkin sorunlarda, üçüncü kişiler (tarafklar da) anayasal bir itiraza konu olmaksızın inceleme amacıyla araştırma yapılmasına izin vermek zorundadır⁸⁴⁰. Kişinin soy bağının belirlenmesi amacıyla yapılan incelemeye katlanma yükümlülüğü olmakla birlikte, soy bağına ilişkin hükümlerin özellikle dikkatli, özenli bir şekilde uygulanmalıdır. Çünkü bu yükümlülük, kişilerin vücut dokunulmazlığı hakkına ve bireyin kişisel verilerini ifşa edilmesi ve kullanılmasında kendi kaderini tayin etme (*das Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) hakkına müdahale oluşturabilir⁸⁴¹.

2.2.3.3.4.2.1. Kişinin Bedeni Üzerinde İncelemenin İçeriği

İnsan üzerindeki incelemeye izin verme yükümlülüğünün konusunu, insan vücudunun hem iç hem de dış kısmı oluşturur ve teknik araçların da yardımıyla yapılacak incelemede, hukuken önemli vakıalar hakkında bilgi sağlayabilecek delil elde edilir⁸⁴².

dava açma hakkı verilmemişti.” Çalışma için bkz. Tuğ, Ayşim/Elma, Cüneyt, Ankara Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı 2004-2007 Verileri ile Babalık Testlerinin Değerlendirilmesi, **Adli Tıp Dergisi**, Yıl: 2008, S. 22, C. 3, ss.15-21.

⁸³⁸ Alman hukukunda genel bir insan üzerindeki incelemeye katlanma yükümlülüğü tanınmamıştır. Ünal Kaya, Hilal, **Die Mitwirkungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund letzter Reformen in Deutschland und der Türkei**, Peter Lang GmbH, Berlin, 2018, s. 69.

⁸³⁹ **Berger**, (Stein/Jonas), vor § 402, N. 60.

⁸⁴⁰ **Trautwein** (Prütting/Gehrlein), § 372 a, N.1.

⁸⁴¹ **Berger** (Stein/Jonas), § 372a, N. 1.

⁸⁴² **Bracher**, N. 282.

İnsan vücudu üzerindeki incelemedeki üçüncü kişinin yükümlülüğünün içeriğinin esas konusunu “katlanma” şeklindeki davranışı oluşturur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda incelemenin nasıl olacağı konusunda genel hüküm olarak ayrıntılı düzenleme yoktur.

Üçüncü kişinin katlanması gereken yükümlülüğün sınırının doktrinde, nesne üzerindeki incelemelerde olduğu gibi amaca yönelik (işlevsel olarak anlaşılan) müdahaleler olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda, insan vücudunun özellikle bir kısmının yapısı ya da onun yüzeysel kalan özelliklerinin, yara izi, dövmesi gibi dış gözlemlerle yapılacak incelemelere üçüncü kişi katlanmalıdır. Bu görüş doğrultusunda, kişi, yalnızca dışarıdan gözle yapılacak değerlendirmeye değil, çoğu zaman bilirkişi tarafından yapılacak tıbbi araştırmalara da katlanmakla yükümlüdür⁸⁴³.

Biz bu görüşe katılmaktayız. Üçüncü kişi, dış gözlemlerle yapılabilecek muayenelere katlanmalıdır (HMK m. 291’nin gerekçesinden). Ceza hukukunda, dış beden muayenesi, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde tanımlanmıştır. Dış beden muayenesi, vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesidir. Bu tanım, dış gözlemlerle yapılacak incelemenin belirlenmesi açısından önemlidir. İlgili Yönetmeliğin aynı maddesinde, iç beden muayenesi de tanımlanmıştır. Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi iç beden muayenesidir. Ceza hukukunda, iç beden muayenesi ve vücuttan kan ve benzeri biyolojik örnek alınmasında, daha sıkı şartlar aranmıştır⁸⁴⁴. Üst sınırı iki yıldan az hapis cezası gerektiren suçlarda kişi üzerinde iç beden muayenesi ve vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnek alınamayacağı belirtilmiştir (CMK m. 75/5). Medenî usûl hukukuna göre, kamu menfaatinin daha ağır olduğu ceza yargılamasında bu yönde düzenleme yapılması, ilgili kişinin vücut bütünlüğüne yapılan müdahalenin orantılılığı ilkesiyle bağlantılıdır. Orantılılık ilkesinin somutlaştırılmış bir ifadesi olarak belirtilebilir.

Üçüncü kişi, vücuttan örnek alınmasını gerektiren müdahalelere de katlanmakla yükümlüdür. Bilimsel yöntemlerin kullanılarak vücuttan örnek alınmasını gerektiren yöntemler esasında bir vücut bütünlüğüne müdahale teşkil eder. Bu noktada üçüncü kişi sınırlar dahilinde yükümlüdür. Bir görüş, yalnızca Hukuk Muhakemeleri Kanunu 292. madde kapsamında değerlendirmeyerek, bu maddenin medenî yargılamaya ilişkin tüm davalarda uygulanabileceği

⁸⁴³ Bu görüş için bkz. **Bracher**, N. 284.

⁸⁴⁴ Bu konuda bkz. Apiş, Özge, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:18, Sayı:1, 2012, ss. 267-296; Dursun, Gizem, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı- 2017, ss. 2955-2996; Bağlar, Yunus Emre, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, **Türkiye Adalet Akademisi**, Yıl: 12, Sayı: 45, Ocak 2021, ss.121-154.

savunmuştur⁸⁴⁵. Diğer bir görüş ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu 292. maddenin sadece soy bağının tespiti davalarına ilişkin olduğunu ve bu nedenle maddenin kıyas yoluyla uygulanmaması gerektiğini savunmuştur. Son görüş, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının Anayasa hukuku ve temel haklar öğretisi açısından hukuka aykırı olduğunu kabul etmektedir⁸⁴⁶. Gerçekten Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 292 yalnızca soy bağının tespiti amacıyla vücutundan kan ve doku alınmasına ilişkin özel hükümdür. Maddenin, Anayasa hukuku ve temel haklar bağlamında değerlendirildiğinde, kıyasen uygulanması görüşüne katılmamaktayız. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda üçüncü kişilerin keşfe uymakla yükümlü olduğunu belirten 291. maddesi genel bir düzenlemedir⁸⁴⁷. Bu düzenlemede inceleme konusu türü olarak insan üzerindeki incelemelerde, beden muayenesi, doku alınması da amaçlanmıştır. Kanun koyucu getiriliş amacında insan bedeni üzerindeki incelemede, “beden muayenesi ve doku alınmasına” yer vermiştir. Kanaatimizce insan üzerindeki incelemenin, kişi bütünlüğüne müdahale oluşturması nedeniyle daha ayrıntılı düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Bu görüş de olduğumuzu belirtmekle birlikte, mevcut düzenleme bağlamında konunun açıklanması zorunludur. Bu amaçla incelemenin sınırları başlığı altında konu, Ceza Muhakemesi Kanunu m. 75 ve 76'daki tanımlamalardan da yararlanılarak aşağıda açıklanmıştır⁸⁴⁸.

Müdahalenin vücut bütünlüğüne yönelik olması dolayısıyla mahkeme, keşif kararında mutlaka müdahalenin şeklini de belirlemelidir. Örneğin bir DNA örneği gerekmekeyse, mahkeme kan örneğinin gerekli olup olmadığına ya da ağızdan alınan mukozanın yeterli olup

⁸⁴⁵ Budak, Ali Cem, “Türk Medenî Usûl Hukukunda Tıbbi Deliller”, YÜHFD, 2016, C. 3, S. 2, **Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, ss. 337-356, s. 340.

⁸⁴⁶ Çiftçi, İspat Hakkı, s. 589; 600-604.

⁸⁴⁷ Yargıtay 4. HD., T. 08.12.2021, E. 2021/14742, K. 2021/9956: “Dava, ... poliçesinden kaynaklanan rücuen tazminat alacağına dayalı itirazın iptali davasıdır. Davacı, sigortacısı olduğu aracın sürücüsünün alkollü ve tam kusurlu şekilde karıştığı kazada araçta yolcu olarak bulunan dava dışı ...'ya yaptığı ödemenin sigortalı-malik davalıdan tahsilini talep etmektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Bilirkişiye başvurulmasını gerektiren haller" başlıklı 266. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre mahkeme taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verebilir. Yine aynı kanunun "Keşif kararı" başlıklı 288. maddesinde de benzer düzenlemeye yer verilmiş olup; HMK'nın 291. maddesi gereğince tarafların keşfe katılma yükümlülüğü mevcuttur. HMK'nın 288, 290 ve 291 maddelerinde keşif, keşfin yapılması ve keşfe katılma zorunluluğudüzenlenmiştir. Özellikle HMK'nın 291/3 maddesinde keşfin 3.kişi için uygun zamanda yapılmasını, keşif zamanı ve yerinin 3.kişiye bildirilmesini, geçikmesinde zarar umulan hallerde bildirim yapılmaksızın keşfin icra edilebileceğini, keşfe karşı konulması halinde Hakim, 3. kişiyi karşı koymanın sebep olduğu giderlerle 500,00 TL'den 5.000,00 TL'ye kadar disiplin para cezasına mahkum etmesi gerektiğini, zor kullanılmasına karar verebileceğini, ancak 3. kişinin tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak keşfe katılma yükümlülüğünden kaçabileceğini hükme bağlanmıştır. Bu durumda HMK 291 hükümleri işletilmek suretiyle, dava dışı ... /varsa vasisine gerekli bildirimler yapıp, ...'nın maluliyetinin tespiti için 02.11.2015 tarihli ATK raporunda istenen eksikliklerin tamamlanarak, şahsın gereken muayenelerinin de yapılmasından sonra maluliyetinin belirlenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı gerekçeyle hüküm tesisi isabetli görülmemiştir.” (Lexpera, erişim tarihi: 14.09.2024).

⁸⁴⁸ Bkz. 2.2.3.3.4.2.2. Kişinin Bedeni Üzerinde İncelemenin Sınırları.

olmadığına da karar vermelidir⁸⁴⁹. Mahkeme bu kararı vermeden önce bilirkişinin de görüşünü alabilir. Çünkü teknik ve özel bir konuyu ilgilendirir. Kişi üzerinde, vücut bütünlüğüne (kan örneği alınması gibi) yönelik bir inceleme yapılacaksa, bunun bilirkişi aracılığıyla⁸⁵⁰ yapılması gerekir⁸⁵¹. Bilirkişi tarafından yapılacak incelemelerde, üçüncü kişi, bilirkişi tarafından ve incelemenin gerektirdiği sorulara cevap vermekle de yükümlüdür. Ancak bilirkişi tarafından sorulacak sorularda, bilhassa dikkatli olunmalıdır. Örneğin kan örneğinin alınmasında, bilirkişi, hemofili gibi sağlığı açısından tehlikeli bir hastalığı olup olmadığı ya da belirli bir zaman dilimi içinde kanın pıhtılaşmasını engelleyen ilaçları kullanıp kullanmadığını sorabilir. Ama sorulacak sorunun inceleme konusu ile bağlantısı yoksa, kişinin sağlığı açısından tehdit oluşturabilecek bir durumun tespiti amacıyla da sorulmamışsa, üçüncü kişi sorulara cevap vermekle yükümlü değildir. Örneğin soy bağının tespiti amacıyla yapılan incelemede, hastanın kişisel verileri kapsamındaki sağlık durumu veya ailede meydana gelen kalıtsal hastalıklar hakkında bilgi talep edilmemelidir. Üçüncü kişi de bu yöndeki sorulara cevap vermek zorunda değildir.

Üçüncü kişi araştırmanın gereklerine uygun olarak kimlik doğrulaması amacıyla kimlik belgelerini veya imzalarını ibraz etmekle yükümlüdür. Esasında bu yükümlülük kanunda belirtilmemiştir, ancak kimliği güvence altına almadan ve doğrulamadan bir muayene sonucunun pratikte bir değeri yoktur⁸⁵².

Üçüncü kişinin aktif şekilde katkıda bulunma zorunluluğu; bu kapsamda çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü de vardır. Üçüncü kişi, yükümlülüğün yerine getirilmesi için

⁸⁴⁹ **Berger** (Stein/Jonas), § 372a, N. 4. Türk Medenî Kanunu m.436/6'da, kişi üzerinde küçük müdahaleler örnek niteliğinde sayılmıştır: Kişinin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle kıl, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir, kişiye gerekli tıbbi müdahaleler yapılabilir.

⁸⁵⁰ Bilirkişi tarafından ilgilinin vücuduna yönelik müdahalede bir zarar ortaya çıkarsa, bilirkişinin hukukî sorumluluğu doğar. Bilirkişinin raporu nedeniyle doğan sorumluluğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 285'te düzenlenmiş ve devlete karşı tazminat davası açılır. Bilirkişi raporunun hazırlanmasından önceki dönemde, gerçekleştirilen tasarruflardan kaynaklanan zararlardan doğan hukukî sorumluluğu ise bu maddenin kapsamında değildir. Örneğin, soy bağının belirlenmesinde, kan alma sırasında göstermiş olduğu dikkatsizlik sebebiyle, kanı alınan kişiye sarılık ya da diğer bir bulaşıcı hastalığı bulaştırması örnek gösterilebilir (**Tanverdi**, s. 218. Bilirkişinin kamu görevi niteliğindeki eylemi sebebiyle ve kamusal yetkiye dayanarak gerçekleştirdiği faaliyeti, adli-eylem niteliği taşır. İdare, bu eylemlerden hizmet kusurunun varlığı sebebiyle Anayasa m. 125/son fıkrasına göre, tazmin etmekle yükümlü tutulur. Bu halde Adalet Bakanlığına karşı idarî yargı yerinde ilgililerce tam yargı davası açılmalıdır. Bu konuda daha ayrıntılı açıklama için bkz. **Tanriver**, Bilirkişinin Sorumluluğu, s. 144; yazarın görüşünü yansıtan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu m. 289'un gerekçesinden. <https://kgm.adalet.gov.tr/TasariSamaLari/KanunLasi/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, erişim tarihi 15.09.2022. Alman hukukunda, Alman Medenî Kanun'u (BGB) § 823/1 paragrafının uygulandığı hakkında bkz. **Tanriver**, Bilirkişinin Sorumluluğu, s. 139. Anılan düzenlemeye göre, kasten veya ihmâl suretiyle, bir başkasının yaşamına, bedenine, sağlığına, özgürlüğüne, mülkiyetine veya başka herhangi bir hakkına hukuka aykırı olarak ihlâl eden kişi, bunun sonucunda oluşan zararı diğer kişiye tazmin etmekle yükümlüdür.

⁸⁵¹ Ceza Hukukunda, Dış Beden Muayenesi, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesindeki tanıma göre müdahale; tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemlerdir. Tanıma göre, müdahale, sağlık personeli tarafından yapılmış olmalıdır. Hukuk davalarında gerçekleştirilen insan üzerindeki müdahalelerde bilirkişi tarafından gerçekleştirilmelidir.

⁸⁵² **Berger** (Stein/Jonas), § 372a, N. 6.

çağrılara uymalı ve bu amaçla gerektiğinde araştırma merkezine de gitmelidir⁸⁵³. Üçüncü kişi, çağrıda belirtilen zamanda ve yerde hazır bulunmalıdır. Ancak hastanede kalma yükümlülüğü, gözlem altında bulunma yükümlülüğü olarak değerlendirilmemelidir. Çünkü inceleme, bir kişinin hastane veya araştırma merkezinde çok uzun süre kalma zorunluluğu anlamına gelmez⁸⁵⁴.

Ölü bedenden kan, doku örneği vb. alınabilir⁸⁵⁵. Örneğin mirasın paylaşılmasından sonra açılan mirasçılık belgesinin iptali davasında, mirasçı olup olmadığının tespitinde, doku örneği alınması için ölenin mezardan çıkarılarak incelenmesi de gerekebilir. Bu halde de soy bağının belirlenmesi yönündeki menfaat karşısında, ölenin yakınlarının bu yükümlülüğe katlanması gerekir.

2.2.3.3.4.2.1.1. Özel Durum: Kişinin Ruhsal Durum veya Akıl Sağlığına İlişkin Araştırmayla Yükümlü Olması

Kişinin ruhsal durumunu ilgilendiren vakıalar da söz konusu olabilir. Örneğin, akıl hastalığı sebebiyle boşanmada (TMK m. 165), akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlılık kararının verilmesinde (TMK m. 409)⁸⁵⁶, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararında (TMK m. 432) veya verilen vesayetin kaldırılmasında (TMK m. 474), kişilerin akıl sağlığının ve psikolojisinin araştırılması gerekebilir. Bu durumlarda gerek karşı taraf gerekse üçüncü kişi psikolojik veya psikiyatrik teste, incelemeye tabi tutulabilir. İlgilinin rızası varsa, kişi bu test veya incelemenin yerine getirilmesini sağlar. Kişinin akıl sağlığı ve psikolojik durumunu ilgilendiren vakıanın tespitinde, hâkim, uzman psikiyatri veya sağlık kurulu şeklinde, bilirkişiye başvurur.

İlgili üçüncü kişinin psikolojisinin araştırılması için psikolojik inceleme veya testlerin yapılması gerektiğinde, üçüncü kişi, kendi isteğiyle yerine getirmese, yükümlü olduğu kabul edilebilir mi sorusu sorulabilir. Yasal dayanağın Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 291 olduğu,

⁸⁵³ **Gehle** (Anders/Gehle), § 372a, N. 26.

⁸⁵⁴ Alman hukukunda soy bağının incelenmesi amacıyla yapılan araştırmalar bakımından aynı yönde **Berger** (Stein/Jonas), § 372a, N. 6; Karşı yöndeki görüşe göre ise gerektiğinde uzun süre gözlem altında kalınabilir. Bkz. **Gehle** (Anders/Gehle), § 372a, N. 26.

⁸⁵⁵ **Gehle** (Anders/Gehle), § 372a, N. 26; **Berger** (Stein/Jonas), § 372a, N. 5.

⁸⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuranın zihinsel sağlığının araştırılması için klinikte gözlem altına alındığı bir olayda TMK m. 409 hükmünü değerlendirmiş ve Mahkeme kararında şu açıklamalara yer vermiştir: “Hal böyleyken, AİHM somut olayda ayrıca Medenî Kanunu’nun 409. maddesine eğilmenin de gerekli olduğu kanaatindedir.....AİHM, bu maddede, bu tür bir özgürlükten yoksun bırakma kararı vermek üzere hangi makamın yetkili olduğunun ve hangi usulün uygulanabileceğinin belirtilmediğini ve ayrıca kişiye zorunlu bir psikiyatri incelemesi yapılmak üzere tutulma kararında ön şart olarak hekim muayenesinin öngörülmediğini dikkate almaktadır. Dolayısıyla Medenî Kanunu’nun 409 maddesi, gerekli açıklıktan ve kesinlikten yoksundur. Bu maddenin, başvuranın hastaneye kapatılmasına dayanak olarak gösterilebildiği varsayıldığında da, keyfiliğe karşı gerekli koruma seviyesinin altında kalmıştır”. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci daire, K.T. 03.09.2013, Ümit Bilgiç/Türkiye Başvuru No: 22398/05.

bu nedenle üçüncü kişinin yükümlü olduğu ve gerektiğinde de kişinin zorla yerine getirmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak ilgilinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale (Anayasa m. 13) teşkil ettiğinden, orantılılık ilkesi bu incelemelerde bilhassa önemlidir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, psikiyatrik değerlendirmeyi kişisel özgürlüğe ağır bir müdahale olarak görmemiş ve gerektiğinde, ilgilinin isteğine karşı dahi değerlendirmenin yapılacağı kanaatine varmıştır. Somut olay yaşa bağlı akıl zayıflığı sebebiyle kişinin kısıtlanmasına ilişkin olup, temyiz gücüne sahip olup olmadığının değerlendirilmesi için kişinin polis eşliğinde inceleme merkezine götürülmesine ilişkindir⁸⁵⁷.

Psikolojik değerlendirme, bir kişinin tanık olarak ifade verecek olmasına kıyasla kişi özgürlüğüne, kişisel alanına daha fazla müdahale oluşturduğu açıktır. Bu sebeple her durumda üçüncü kişinin psikolojik incelemeye tabi olduğunu düşünmemekteyiz. Üçüncü kişinin kişi özgürlüğü (Anayasa m. 19) ve maddî ve manevî varlığını koruma geliştirme hakkına (Anayasa m. 17) oranla daha ağır basan bir kamu menfaati varsa, örneğin velayet gibi çok istisnai konularda, ilgili üçüncü kişinin psikolojik olarak değerlendirmeye katkıda bulunmakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı verilebilir⁸⁵⁸ (TMK m. 432). Bu kararın verilebilmesi için resmî sağlık kurulu kararı gerekir (TMK m. 436/5). Bu halde, kanun koyucu, ilgilinin psikolojik incelemeye tabi tutulması gerektiğini açıkça düzenlemiştir.

Velayetin değiştirilmesi, kaldırılması (TMK m. 348), çocuk hakkında koruma kararı verilmesinde (TMK m. 346 vd.), kişisel ilişkinin düzenlenmesi yargılamalarında (TMK m. 182), çocuğun üstün menfaati gereği, aile mahkemelerinde görevli uzmanlar (Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun⁸⁵⁹, m. 5) tarafından⁸⁶⁰, psikolojik değerlendirme de yapılmaktadır. Uzman tarafından yapılacak incelemede, gerektiğinde çocuğun davranışlarının incelenmesi, psikiyatrik teste tabi olması mümkündür. Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesine göre, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocukların kendi görüşlerini ifade edebilmesinde gereken özen gösterilir; uzmanın görüşleri de

⁸⁵⁷ BGE 124 I 40, S. 47, 5 a.

⁸⁵⁸ Ruh Sağlığı Yasa Tasarısı ile birlikte incelenen çalışma için bkz. bkz. Sert, Gürkan/Özçelik, Hatice/Yıldırım, Gülay, Türkiye'de Akıl Hastalığı Olan Hastalarda Zorla Yatırma ve Zorla Tedavi/ Hukukî ve Etik Sorunlar, **Lokman Hekim Dergisi- Lokman Hekim Journal**, 2019, C.9, S. 3, ss. 393-404.

⁸⁵⁹ 4787 sayılı Kanun, RG. T. 18.01.2003, S. 24997.

⁸⁶⁰ Bu uzmanın hukukî niteliği bilirkişiden farklıdır. Bilirkişiye, çözümü özel ve teknik bilgi gerektiren vakıa hakkında başvurulmaktayken; uzmana, uyuşmazlık nedeninin araştırılması gibi farklı nedenlerle başvurulmaktadır. Uzman, davanın aydınlatılması faaliyeti çerçevesinde, hâkime yardımcı olmaktadır. Bkz. Tercan, Erdal, "Türk Aile Mahkemeleri", **AÜHFD**, C. 52, S. 3, 2003, ss. 19-53, s. 32-33; Kadioğlu, Nagehan, Aile Mahkemelerinde Yargılama Usûlü, **İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı (Ekonomi Hukuku)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s. 31 vd.; Uzmanın hukukî niteliği hakkında ayrıca bkz. Özbay, İbrahim/Aydemir, Fatih, "Aile Mahkemelerinde Kendisinden Yararlanılan Bir Uzman Olarak 'Psikolog' ", **Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Mart 2024, Cilt:2, Sayı:1, ss. 1-42, s. 9-11.

alınır. Çocuğun görüşlerini oluşturma yeteneğinin olmadığı yaşlarda da bilincinin iletilmesine sağlayacak davranış içerikleri, psikoloji testleri uzman tarafından gerçekleştirilir. Sonuç olarak, psikolojik incelemelerin gerçeğin aydınlatılmasında üstün menfaatin olduğu durumlarda var olduğunu kabul etmekteyiz ve üçüncü kişinin bu sınırlı hallerde mahkeme tarafından yükümlü kılınabileceğini düşünmekteyiz.

Psikolojik incelemeler az çok bir zaman gerektirmekte olup bu amaçla kişinin gözlem altına alınması, kanunda bir düzenleme yoksa mümkün değildir. Belli bir süre gözlem altına alınmasına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenleme yoktur. Ceza Muhakemeleri Kanunu m. 74'te gözlem altına alma düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, fiili işlediğine ilişkin kuvvetli şüpheler olan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığı konusunda, uzman hekimin önerisi üzerine mahkeme tarafından karar verilebilir. Dolayısıyla kişi, ceza yargılamalarında kanundaki şartlar dâhilinde gözlem altına alınabilir. Bu düzenleme, kıyas yoluyla medenî yargıda uygulanamaz. Çünkü temel ve hak ve özgürlükleri sınırlayan düzenlemelerin, kanunda dayanağının olması gerekir (Anayasa m. 13). Özel hukukta ise koruma amacıyla kişi özgürlüğünün kısıtlanması (Türk Medenî Kanunu m. 432) düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike oluşturan bulaşıcı hastalığı olanların resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra mahkemece özgürlüğün kısıtlanmasına karar verilebilir. Türk Medenî Kanun'un 436. maddesi 2019 değişikliği ile eklenen 6. fıkrasıyla⁸⁶¹; gerektiğinde kişinin hekim raporu ile yirmi gün süreyle sağlık kuruluna yerleştirilmesine karar verilebileceği de öngörülmüştü. Ancak bu hüküm, Anayasa Mahkemesi'nin 25/1/2023 tarihli ve 2020/30 E., 2023/12 K. sayılı kararı ile Anayasa m. 13 ve 19. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptal edilmiştir⁸⁶². Anayasa mahkemesi, hekim ön raporu kararı üzerine kişinin yerleştirmeye karşı başvurabileceği bir yol getirilmediğinden ve mevcut yasal düzenlemelerde de böyle bir yol bulunmadığından, sınırlamanın orantılı olmadığını belirtmiş ve bu gerekçeyle iptal kararı vermiştir. 12.03.2024 tarihinde yayınlanan 7499 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle Anayasa

⁸⁶¹ 6/12/2019 tarihli ve 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu'nun 53. maddesiyle eklenen fıkra şöyledir: "...Resmî sağlık kurulu raporunun alınabilmesini temin amacıyla; kişinin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle kıl, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir, kişiye gerekli tıbbi müdahaleler yapılabilir ve gerektiğinde kişi, hekim ön raporu üzerine en fazla yirmi gün süreyle sağlık kuruluşuna yerleştirilebilir..." RG. T. 24.12.2019, S. 30988.

⁸⁶² "...Kuralda hekim ön raporu üzerine sağlık kuruluşuna yerleştirilen kişinin bu yerleştirme kararına karşı başvurulabileceği herhangi bir yol öngörülmediği gibi bu konuda başvuru imkânı sağlayan başkaca bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Bu itibarla kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı sınırlanan kişiye aşırı külfet yüklendiği ve kuralla getirilen sınırlamanın orantılı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır..." Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 25/1/2023, E. 2020/30, K. 2023/12, R.G. T. 27.06.2023, S.32234. Anayasa Mahkemesi iptal kararında, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına getirilen sınırlamanın belirli ve öngörülebilir bir kanuna dayanmakta olduğunu ve meşru bir amacı olduğunu belirterek, bu yönüyle düzenlemenin Anayasa'ya uygun olduğunu belirtmiştir.

mahkemesinin kararı doğrultusunda kanuna yeni hüküm eklenmiştir⁸⁶³: “Resmî sağlık kurulu raporunun alınabilmesini temin amacıyla; kişinin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle kıl, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir, kişiye gerekli tıbbi müdahaleler yapılabilir ve gerektiğinde kişi, hekim ön raporu üzerine en fazla yirmi gün süreyle sağlık kuruluşuna yerleştirilebilir. Hekim ön raporu üzerine verilen yerleştirme kararı derhâl ilgiliye ve yakınlarına bildirilir. İlgili veya yakınları, bu karara karşı bildirimden itibaren on gün içinde denetim makamına itiraz edebilir, yapılan itiraz kararın icrasını durdurmaz. İtiraz denetim makamınca ivedilikle karara bağlanır.”

Ceza hukukunda olduğu gibi medenî yargıda da gözlem altına almanın usûlüne ilişkin açık bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, vesayet altına alınması kararı için kişinin akıl hastalığı olup olmadığının değerlendirildiği bir olayda, vesayete ilişkin hükümlerde, kişinin belirli süre bir kurumda bulunmasına ilişkin bir düzenlemenin olmaması nedeniyle, kişinin 22 gün hastanede kalmasının (gözlem altında kalmasının) kişinin kişi özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğini tespit etmiştir⁸⁶⁴.

Üçüncü kişi olarak, tanığın, psikolojik olarak değerlendirilmesi sorunu da ele alınması gereken diğer bir konudur. Bu hususta, bilirkişi incelemesi ile ilgili incelenmesi gereken vakia, başka bir delilin güvenilirliğinin tespitine ilişkindir⁸⁶⁵. Tanığın psikolojik incelenmesi, ceza hukukunda asıl olarak gündeme gelen bu konu olup, medenî yargıda çok fazla gündeme gelmez. Psikolojik incelemede tanığın kişiliğine ve onun gerçek ile gerçek olmayanla ilişkisine odaklanılır⁸⁶⁶. Tanığın fiziksel durumu değil, zihinsel, ahlaki, tıbbi durumu ele alınır. Bu nedenle, tanığın psikolojik olarak incelenmesi, tanığın kişisel alanına ciddi bir müdahale teşkil eder. Tanığın rızasının varlığında, mahkemede dinlenirken uzmanın incelemesi ve rapor oluşturması dahi tanığın kişisel alanına müdahale teşkil eder. Bu nedenle tanığın kendi rızasına rağmen mahkemenin takdir yetkisi sınırlıdır. Mahkeme her durumda psikolojik incelemenin yapılması kararı veremez. Çünkü mahkeme temel hak ve hürriyetlerine özen göstermekle de yükümlüdür⁸⁶⁷.

⁸⁶³ RG T. 12.03.2024, S. 32487.

⁸⁶⁴ Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özgürlükten yoksun bırakma kararı için hangi makamın yetkili olduğunun ve hangi usulün uygulanabileceğinin belirtilmediğini ve ayrıca kişiye zorunlu bir psikiyatri incelemesi yapılmak üzere tutulma kararında ön şart olarak hekim muayenesinin öngörülmediğini de dikkate almış ve Türk Medenî Kanunu’nun 409 maddesinin gerekli açıklıktan ve kesinlikten yoksun olduğunu tespit etmiştir (99). Maddenin hastaneye kapatılmasını öngördüğünün kabulünde ise düzenlemenin keyfiliğe karşı gerekli koruma sağlamadığını da ortaya koymuştur (100). Karar için bkz. Ümit Bilgiç/Türkiye, 03.09.2013 (hudoc.echr.coe.int, erişim tarihi: 10.11.2023). 7196 sayılı Kanunu’nun (RG T. 24.12.2019, S. 30988) 52. maddesiyle getirilen değişiklikle, vesayet altına alma kararında, gözlem altına almayı da içeren 436. madde hükümlerinin uygulanacağına ilişkin hüküm de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 25/1/2023, E. 2020/30, K. 2023/12, R.G. T. 27.06.2023, S.32234).

⁸⁶⁵ **Berger** (Stein/Jonas), vor § 373, N. 28.

⁸⁶⁶ **Berger** (Stein/Jonas), vor § 373, N. 28.

⁸⁶⁷ **Berger** (Stein/Jonas), vor § 373, N. 33.

Doktrinde belirli şartların dahilinde tanığın psikolojik incelemesinin yapılabileceği kabul edilir. Bu şartlar, tanığın beyanının yargılama için belirleyici bir öneme sahip olması; tanığın kendi özel hayatına yönelen müdahalelerden korunması ve tanığa psikolojik inceleme yapılmasının, gerçeğin ortaya çıkarılması için son çare olması şeklindedir⁸⁶⁸. Tanığın psikolojik olarak incelenmesi kabul edilse dahi bu inceleme, yalnızca sözlü olarak dinlenen tanığın, dinlendiği sırada uzmanın gözetlemesinden ibarettir. Bunun dışında, tanık, psikolojik ya da psikiyatrik herhangi bir araştırmaya katlanmakla yükümlü değildir. Ayrıca tanık, mahkeme veya uzman tarafından güvenilirliğini tespit eden soruları cevaplamakla da yükümlü değildir⁸⁶⁹.

Kanaatimizce, tanığın psikolojik incelemesinin mümkün olduğu kabul edilse bile tanık, psikolojik incelemeye katlanmakla yükümlü değildir. Tanığın incelemeye yükümlü olmadığı mahkeme tarafından tanığa da açıklanmalıdır. Psikolojik inceleme tanığın kişisel alanına müdahale teşkil eder ve mahkemenin böyle bir inceleme yapmasına tanık katlanmakla yükümlü değildir. Tanığın rızası olsa dahi mahkeme ancak belirli şartlar dahilinde bu incelemeyi yapabilir. Tanığın kişilik hakları devletin yargı organları tarafından da korunmalıdır.

2.2.3.3.4.2. Kişinin Bedeni Üzerinde İncelemenin Sınırları

İnsan vücudu üzerinde inceleme ve araştırma yapılması, diğer yükümlülüklerde olduğu gibi o kişinin, temel hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirmektedir. Bu kapsamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yaşama hakkı (m.2), kimsenin işkenceye, aşağılayıcı işleme tabi tutulmaması (m. 3), herkesin özgürlüğe ve güvenliğe sahip olması (m.5), özel hayata saygı (m.8) ile Anayasa'da düzenlenen kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı (Anayasa m.17/2), bireyin kişisel verilerin ifşa edilmesi ve kullanılmasında kendi kaderini tayin etme (Anayasa m.20/3), kişi hürriyeti (Anayasa m. 19) ve insan onuru (Anayasa m.17/3) insan üzerindeki incelemelerin çerçevesini oluşturur. Bu düzenlemeler, üçüncü kişi üzerindeki yükümlülüklerin sınırını belirler.

Temel hak ve özgürlüklere getirilen müdahalelerde, Anayasa m. 13'deki sınırlamalar dikkate alınmalıdır. Üçüncü kişinin vücut bütünlüğüne yönelik yapılacak müdahalede ölçülülük ilkesi önemlidir. Vücut bütünlüğüne müdahale oluşturan incelemelerin gerekmesi halinde, üçüncü kişinin vücut bütünlüğü (Anayasa m. 17) ile yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılması menfaatinin tartılması gerekir. Kamu düzeni gibi istisnai vakıaların varlığı halinde gerçeğin ortaya çıkarılması menfaati ağır basar. Soy bağı vakıasının tespiti, buna örnektir. Ancak gerçeğin ortaya çıkarılması menfaatinin ağır basmadığı hallerde, vücut bütünlüğüne yönelik

⁸⁶⁸ Berger (Stein/Jonas), vor § 373, N. 28-29.

⁸⁶⁹ Berger (Stein/Jonas), vor § 373, N. 31.

müdahalenin orantısız olacağı göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin haksız fiil nedeniyle zarar görenin uğramış olduğu ağır bedensel bir zararda, yakınları, manevi tazminat talebinde bulunabilir (TBK m. 56/2). Davanın tarafı olmayan ve bedensel zarara uğrayan kişinin vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleye, kişi rıza göstermiyorsa kişinin katlanmakla yükümlü olduğunu düşünmemekteyiz. Kaldı ki bu ihtimalde, incelemenin sağlık açısından tehlike oluşturması da düşünülebilir. Üçüncü kişi, psikolojik olarak zarara uğradığı için de bu incelemeyi yerine getirmek istemeyebilir. Kişide psikolojik olarak hasar bırakacak incelemeler makul değildir⁸⁷⁰.

Bunun dışında müdahalede kullanılan araçta, amaca elverişli olmalıdır. İnsan bedeni üzerinde yapılacak incelemelere ilişkin Ceza hukukundan farklı olarak sınırlamalar ayrıntılı düzenlenmemiştir. Öte yandan ölçüt olarak, ceza hukukundaki hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği kabul edilebileceği gibi⁸⁷¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 292’de öngörülen ölçütler de dikkate alınabilir. Neticede bu düzenlemelerde, kanun koyucu, vücut bütünlüğü ve insan onurunun korunmasına özen gösterecek hükümleri öngörmüştür. İnsan üzerindeki yapılacak incelemede, üç kıstas önemlidir: İnceleme, uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu olmalı, bilimsel verilere uygun olmalı ve sağlık açısından tehlike oluşturmamalıdır (HMK m. 292; benzer şekilde, TMK m. 284).

İnsan vücudu üzerindeki müdahale, zorunlu olmalıdır. Bu kapsamda vakıa, soy bağıının tespiti ise soy bağı vakıasının kararla ilgisi olması ve ispatı gerekli olması gerekir⁸⁷². Baba olduğu iddia edilen kişinin, daha önceden yapılmış bir bilimsel inceleme sonucu tıbben baba olma imkânı bulunmuyorsa, müdahalenin zorunluluğundan söz edilmez⁸⁷³. Kanaatimizce soy bağıının belirlenmesi amacıyla üçüncü kişiden örnek alınması için mutlaka başka erkekle birlikte olduğunun ciddi bir şekilde ispat edilmesi şartına gerek yoktur. Böyle bir ispat prosedürünün kabul edilmesi, kadının özel hayatına fazla bir müdahale olarak görülebilir.

⁸⁷⁰ **Gehle** (Anders/Gehle), § 372a, N. 31.

⁸⁷¹ İncelemenin usûlü Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmemiştir. Ceza hukukunda ise Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75-77 maddelerinde ve beden muayenesi, vücuttan örnek alınması, genetik incelemeler ve fizik kimliğinin tespitine ilişkin çıkarılan yönetmeliğin (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, R.G.T.01.06.2005, S. 25832) 4-11 maddelerinde şüpheli, sanık veya üçüncü kişinin, iç ve dış beden muayenesine ilişkin hükümlerine yer verilmiştir. Ceza hukuku ve medenî usûl hukuku konuları itibarıyla birbirinden tamamen farklı hukuk dalları olsa da oradaki hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği belirtilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu ve yönetmelikteki kural ve hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması hakkındaki görüş için bkz. **Budak**, Tıbbi Deliller, s. 340-341; ayrıca bkz. **Albayrak, Zeynep**, İnsan Bedeni s. 735. Aksi görüş ise Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kuralındaki “kanunilik ilkesine” ve Anayasa’ya aykırı olduğu yönündedir. Bkz. **Çiftçi**, İspat Hakkı, s. 607.

⁸⁷² **Berger** (Stein/Jonas), § 372 a, N. 4.

⁸⁷³ **Aşık, Keşif**, s. 179.

Ayrıca günümüz teknolojik gelişmeler değerlendirildiğinde, tükürük salgısı veya saç kılı gibi basit biyolojik örneklerle bu durum ispat edilebilir⁸⁷⁴.

İkincisi araştırma, bilimsel temellere uygun yapılmalı ve netlik olmalıdır⁸⁷⁵. Bunun için de her şeyden önce inceleme, bilimin kabul edilmiş genel ilkelerine göre yapılmalıdır⁸⁷⁶. Araştırmada bilinen yöntemler kullanılır. Bilinen yöntemlere, kişinin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle, kıl, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması ve DNA testi yapılması örnektir. Ayrıca uygulanacak yöntemin uyumsuzluk konusu vakıanın aydınlatılması için elverişli olması gerekir. Örneğin soy bağının belirlenmesi için yapılacak inceleme türü de soy bağının belirlenmesi için uygun, yararlı olmalıdır⁸⁷⁷.

Üçüncüsü, inceleme türü, sağlık açısından bir tehlike de oluşturmamalıdır. Bu kapsamda, kan örneği alınması veya ağızdan alınan mukoza sağlık açısından çok istisnai bir durum olmadığı sürece tehlike oluşturmaz. Ancak cerrahi müdahale (operasyon, ameliyat); üstüne üstlük riskli operasyon hiç makul değildir ve bu bir “inceleme” den çok daha fazlasıdır⁸⁷⁸. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 3’te yapılan tanıma göre, cerrahi müdahale, tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlardır.

İnsan vücudu üzerindeki müdahalelerde özellikle “insan onuru” da dikkate alınması gereken diğer önemli bir değerdir. İnsan onurunu etkileyecek her türlü müdahaleden kaçınılmalıdır⁸⁷⁹. Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya işleme tutulamaz (Anayasa m. 17/3). Dolayısıyla kişi üzerinde yapılacak incelemelerde insan onuru özellikle dikkate alınmalı ve mahkeme insan onurunu dikkate alan karar vermelidir. Kişinin yalnızca görünebilir, el, baş gibi kısımlarının incelenmesi mümkün olabilirse de örneğin mahkeme tarafından yapılacak incelemede, üçüncü kişinin, bir mahkeme üyesi tarafından vücuduna dokunulması veya kıyafetlerinin soyularak bir inceleme yapılmasına karar verilmesi mümkün olmamalı; böyle bir incelemeden kaçınılmalıdır⁸⁸⁰. Bu halde, gerektiğinde, incelemenin bilirkişi tarafından yerinde yapılmasına karar verilebilir. Ancak incelemenin bilirkişi tarafından yapılıyor olmasında dahi bazı testler veya incelemeler konusunda daha dikkatli olunmalıdır.

⁸⁷⁴ Çiftçi, İspat Hakkı, s. 600.

⁸⁷⁵ **Gehle** (Anders/Gehle), § 372a, N. 28. Bilirkişi tarafından yapılacak yöntemde, henüz kanıtlanmayan yöntem denenmemelidir. Ama denenmiş yöntemin uygulanması da amacı gerçekleştiriyorsa yeterli değildir. Araştırma sırasında amacın gerçekleşmeyeceği anlaşılmışsa, inceleme yarıda bırakılmalıdır. **Gehle** (Anders/Gehle), § 372a, N. 28.

⁸⁷⁶ **Berger** (Stein/Jonas), § 372a, N. 7.

⁸⁷⁷ **Berger** (Stein/Jonas), § 372a, N. 7.

⁸⁷⁸ **Gehle** (Anders/Gehle), § 372a, N. 31; **Ahrens**, (Wieczorek/Schütze), vor § 284, N. 43.

⁸⁷⁹ İnsan onuru tüm alanlarda dikkate alınmalı, yasama, yürütme ve yargı faaliyetinde göz önünde tutulmalı ve insan onurunu ihlal edecek uygulamalardan kaçınılmalıdır. Özkes, Muhammet, **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 113.

⁸⁸⁰ **Bracher**, N. 289.

Örneğin soy bağının tespiti amacıyla üçüncü kişilerin yükümlü kılındığı üreme ehliyetine ilişkin testlerin zorla uygulanabilirliği insan onurunun ihlali olarak görülmelidir⁸⁸¹.

Üçüncü kişinin inceleme yapılabilmesi için araştırma merkezine de gitme zorunluluğu vardır. Üçüncü kişi, davetiyede belirtilen zamanda ve yerde hazır bulunmakla yükümlüdür. Yapılacak tıbbi inceleme, mahkemenin ve tarafların hariç tutulmasıyla gerçekleşir⁸⁸². Yargılamada yapılan işlemlerde tarafın hazır bulunması hakkı vardır. Ancak üçüncü kişinin daha üstün nitelikteki menfaati dikkate alınarak, tarafın hazır bulunma hakkı sınırlandırılmıştır. Ayrıca üçüncü kişinin inceleme için gözlem altında bulunma yükümlülüğü getirilmesi, çok uzun süre kalma zorunluluğu, soy bağının tespiti amacıyla yapılacak incelemelerde dahi beklenmemelidir. Aksi halde, üçüncü kişinin kişi özgürlüğüne müdahale teşkil eder.

Üçüncü kişinin vücut bütünlüğüne yapılacak önemsiz, küçük nitelikte olmayan, fiziksel müdahalelerde, mahkeme, üçüncü kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahalenin orantılı olup olmadığını takdir eder. Mahkeme bu takdir yetkisini kullanırken daha temkinli yaklaşmalıdır. Üçüncü kişi, incelemenin orantılı olmadığını mahkemede ileri sürebilir. Ancak üçüncü kişinin böyle bir itirazda bulunduğu ihtimalde, üçüncü kişinin kendisi üzerinde devlet baskısını hissedeceğinden, kararı yerine getirmek zorunda olduğunu düşünebilir. Bu düşünce ve baskı altında kararı yerine getirebilir.

2.3. Üçüncü Kişilerin Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunma Yükümlülüğünün Uygulama Alanı

2.3.1. Genel Olarak

Delillerin toplanmasında üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğü, çekişmesiz yargı, geçici hukukî korumalarda, icra ve iflâs hukukuna ilişkin yargılamalarda, tahkim yargılamasında da niteliğine uygun düştüğü ölçüde bulunur. Alternatif çözüm yollarından biri olan arabuluculuk görüşmelerinde ise üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğünden söz edilemez. Arabuluculuk, taraflar arasındaki iradi bir süreçtir ve gizlilik temeline dayanır (HUAK m. 3 ve 4). Arabuluculuk, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getirdiği, tarafların kendisinin çözüm üretmesiyle uyuşmazlığın çözüldüğü, tarafların kendisinin çözüm üretmediğinde arabulucunun çözüm önerisi getirdiği bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir (HUAK m. 2/b).

⁸⁸¹ **Berger** (Stein/Jonas), § 372a, N. 9.

⁸⁸² Erdönmez, Güray, “Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış”, **Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 2009, ss. 223-239, s. 226; Tarafın hazır bulunmaması dolayısıyla tarafın hukukî dinlenilme hakkına müdahale olarak gözüke de taraflar, doktor muayenesinin sonuçları hakkında bilgilendirilirler ve bu sonuçlara karşı açıklama yapabilme haklarına sahiptirler. (Stadler, Astrid, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozeß, **NJW** 1989, s. 1206, ss. 1202-1209, s.1204).

Arabuluculukta bir yargılama yapılmaz. Üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğü, arabuluculuk görüşmelerinin niteliğine ters düşer.

2.3.2. Çekişmesiz Yargıda

Medenî yargı, çekişmesiz ve çekişmeli yargı olmak üzere ikiye ayrılır. Çekişmesiz yargı da bir yargılama faaliyeti olup, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 382 ve 388 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Çekişmesiz yargıyı, çekişmeli yargıdan ayırmak için bazı ölçütler kullanılmaktadır. Bu ölçütler, uyuşmazlık yokluğu ölçütü, sübjektif hakkın yokluğu ölçütü, kendiliğinden harekete geçme ölçütü ve inşai-önleyici etki ölçütü olarak sıralanır. Bu ölçütlerden birine veya birkaçına giren işler, çekişmesiz yargı işi niteliğindedir⁸⁸³. Çekişmesiz yargı işleri mahkemede karara bağlanır. Ergin kılınma (TMK m. 12), evlenmeye izin verilmesi (TMK m. 126/11), adın değiştirilmesi (TMK m. 27) çekişmesiz yargı işlerine örnektir ve mahkemede karara bağlanır. Ancak mirasçılık belgesinin verilmesi gibi bazı çekişmesiz yargı işlerinin çözümü, mahkemeler dışındaki resmî makamlara bırakılır ve bu halde ilgili özel kanunlarında belirtilen hükümler dikkate alınır (HMK m. 385/3).

Çekişmesiz yargı işlerinde aksine hüküm olmadıkça kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir (HMK m. 385/2). Mahkeme çekişmesiz yargı talebinde bulunan kişi talep etmese dahi tanık dinleyebilir, keşif yapabilir veya bilirkişi incelemesine başvurabilir.

Çekişmesiz yargı iki taraf sistemine dayanmaz. Çekişmesiz yargı işinde davacı ve davalı taraf bulunmaz. Yargılamaya katılan kişiler ilgili olabilir. Yargılamaya katılan kişilere şeklen ilgili; yargılamaya katılmayan ama maddi anlamda ilgisi olan kişilere maddi ilgili denir. Çekişmesiz yargı işlerinde niteliğine uygun düştüğü sürece çekişmeli yargı hakkındaki hükümler, çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanabilecektir⁸⁸⁴. Bu kapsamda çekişmesiz yargı işinde ilgililer (şeklen ve maddi) belge ibraz etmekle yükümlüdür (HMK m. 221/3). Ayrıca tanık olarak dinlendiğinde bu yükümlülüğü yerine getirmek zorundadır⁸⁸⁵. Böylece Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda delilin toplanmasına ilişkin üçüncü kişinin katkıda bulunmakla yükümlü olduğunu düzenleyen hükümler burada da geçerlidir.

⁸⁸³ Kuru, Baki, **Nizasız Kaza**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 156, Ankara, 1961, s. 16 vd.; Budak, Ali Cem, "Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı", **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV**, Ankara, 2005, ss. 128-187, s. 129; Aras, Aslı, **Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 26 vd.; Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 101; Tanrıver, Medenî Usûl-I, s. 119; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 32; Postacıoğlu/Altay, Usûl, s. 24; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usûl, s. 618.

⁸⁸⁴ Kuru, Nizasız Kaza, s. 170; Aras, Çekişmesiz Yargı, s. 162.

⁸⁸⁵ Kuru, Nizasız Kaza, s. 145; Aras, Çekişmesiz Yargı, s.160.

2.3.3. Geçici Hukukî Korumalarda

Hukukumuzda ihtiyati tedbir (HMK m. 389-399), ihtiyati haciz (İİK m. 257-268), delil tespiti (HMK m. 400-405) ve özel kanunlarda düzenlenmiş değişik geçici hukukî korumalar (HMK m. 406/2) vardır.

İhtiyati tedbir, kesin hüküm verilinceye kadar devam eden yargılamada, davacı veya davalının, dava konusuyla ilgili hukukî durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörölmüş geçici nitelikteki hukukî korumadır⁸⁸⁶. İhtiyati tedbir, kesin nitelikte bir koruma sağlamaz, kesin hukukî koruma sonucuna kadar ortaya çıkabilecek tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla geçici nitelikte koruma sağlar⁸⁸⁷. İhtiyati tedbire karar verebilmek için iki temel şart bulunur. Bunlardan birincisi, ihtiyati tedbire esas olan bir hakkın varlığı (HMK m. 389/1); ikincisi de ihtiyati tedbir sebebinin mevcut olmasıdır. Mevcut hakkın durumunda meydana gelebilecek değişme nedeniyle, hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması, tamamen imkânsız hale gelmesi, gecikme nedeniyle bir sakıncanın ya da ciddi bir zararın doğacağı tehlikesi varsa, ihtiyati tedbir sebebinin var olduğu kabul edilmektedir (HMK m. 389/1). İhtiyati tedbir, bir dava değildir. Davadan önce veya dava sırasında davanın görüldüğü asıl mahkemeden talep edilebilir (HMK m. 390/1). İhtiyati tedbir talebi için de bir yargılama yürütölür. Bu yargılamanın kendisine özgü özellikleri vardır. Taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirterek, davanın esası yönünden haklılığını yaklaşık olarak ispat etmelidir (HMK m. 390/3). İhtiyati tedbir yargılamasında, Kanunda açıkça düzenlenen özel hükümler dikkate alınarak basit yargılama usûlü uygulanır (HMK m. 316/1/c). Basit yargılama usûlünde kural olarak dosya üzerinden inceleme yapılır (HMK m. 320/1). Mahkeme, tarafları duruşmaya davet etmeden kararını verebilir. Bazı hallerde duruşma da yapılabilir. (HMK m. 320/2). Basit yargılama usûlüne tabi yargılamalarda da başka yerlerden getirilecek delillere ihtiyaç duyulabilir. Kanunda, tarafların dilekçelerinde tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmesi; ellerinde bulunan delillerini

⁸⁸⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 587; ayrıca bkz. Yılmaz, Ejder, **Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri**, Cilt 1, Yetkin Ankara, 2001, s. 178; Ercan, İbrahim, “Medenî Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1992, s.8; Taş Korkmaz, Hülya, “Türk Hukukunda İhtiyati Tedbirler”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 1995, s.4; Özekes, Muhammet, **İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 55-56; Erişir, Evrim, **Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 137; Konuralp, Cengiz Serhat, **İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.8; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2461; Tanrıver, Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, Cilt 2, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.215; **Postacıoğlu/Altay**, Usûl, s. 995; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 729; Tunç Yücel, Müjgan, **HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 26.

⁸⁸⁷ Üstündağ, Saim, **İhtiyati Tedbirler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s. 11; Yılmaz, Geçici Hukukî Himaye C:1, s. 37; Ercan, s.20; Erişir, Geçici Hukukî Koruma, s. 149; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2462; **Tanrıver**, Medenî Usûl-II, s.214; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 587; **Postacıoğlu/Altay**, Usûl, s. 995; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 730.

dilekçelerine eklemesi ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermesi düzenlenmiştir (HMK m. 318/1). Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 322’de uygulama bulur. Kanunda, basit yargılama usûlü hakkında hüküm yoksa, yazılı yargılama usûlüne ilişkin hükümler uygulanır. Bu halde mahkeme üçüncü kişi hakkında yükümlülük kararı vermelidir. Yalnız burada tedbirin nihai koruma sağlamadığı, geçici koruma sağladığı dikkate alınmalıdır. Asıl yargılamaya kıyasen daha hızlı bir prosedür öngörülmüştür. Amaç talepte bulunanın kesin nitelikte koruma sağlandığında ortaya çıkabilecek tehlikeyi bertaraf etmektir. Bu yargılamada, mahkemenin üçüncü kişinin yükümlülüğüne karar vermesi çok az karşılaşılabilecek durumdur.

İhtiyati haciz de geçici bir hukuki korumadır. İhtiyati haciz, para alacaklarına ilişkin mevcut ya da müstakbel bir cebri icra takibinin sonucunun güvence altına alınması için mahkeme kararı ile borçlunun malvarlığına el konulmasını sağlar⁸⁸⁸. İhtiyati haciz, takibin başarılı olmasını amaçlamakta ve takibin sonucunu güvence altına almaktadır⁸⁸⁹. İhtiyati haciz, İcra ve İflas Kanunu 257-268 maddelerinde düzenlenmiştir. İhtiyati haciz yargılamasında da kanunda açıkça düzenlenen özel hükümler dikkate alınarak basit yargılama usûlü uygulanır (HMK m. 316/1/c). İhtiyati tedbir için ifade ettiklerimiz burada da geçerlidir. İhtiyati tedbirde delillerin toplanmasında üçüncü kişinin katkıda bulunması gereken durumlara çok az rastlanabilecekse de üçüncü kişi hakkında yükümlülük kararı verilebilir⁸⁹⁰.

Delil tespiti, ileride açılacak olan ya da açılmış davayla ilgili delillerin belirli şartlar dahilinde zamanından önce toplanmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiş bir kurumdur⁸⁹¹. Henüz inceleme sırası gelmemiş delilin, kanunda açıkça öngörülen haller dışında, kaybolacağı

⁸⁸⁸ **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 12; diğer tanımlar için bkz. M. Berkin, Necmeddin, **İhtiyati Haciz**, Hamle Matbaası, İstanbul, 1962, s. 9; Kuru, Baki, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1033; Üstündağ, Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul, 2004, s. 406; Yılmaz, Ejder, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Cilt 2, Yetkin Ankara, 2001, s. 1078; **Ercan**, s. 32; **Taş Korkmaz**, İhtiyati Tedbir, s.11; **Erişir**, Geçici Hukukî Koruma, s. 225; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku**, 11. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 352; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 501; Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer, **İcra Hukuku Esasları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 861; **Tunç Yücel**, s. 31.

⁸⁸⁹ **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 12; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 352; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, İcra, s. 501.

⁸⁹⁰ Keşfe katlanma zorunluluğuna ilişkin kuralların geçici hukuki koruma tedbirlerinde de uygulama alanı bulacağı hakkında bkz. **Aşık**, Keşif, s. 148.

⁸⁹¹ Yavaş, Murat, Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1999, s. 3; Akyol Aslan, Leyla, **Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 29; Akil, Cenk, “Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, Cilt: 58, S. 1, ss. 1-62, s. 3-4; Arslandoğan, Birce, **Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti**, 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 15; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye C:2, s. 1335; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2562; **Tanrıver**, Medeni Usûl-II, s. 237; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 610; **Postacıoğlu/Altay**, Usûl, s. 1018; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Usûl, s. 753; **Tunç Yücel**, s. 29.

ya da ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimalde, delil tespiti istenebilir (HMK m. 400/2). Belirli koşullar altında dava açılmadan önce ya da dava açıldıktan sonra ancak henüz delilin incelenmesi aşaması gelmeden delil tespiti yoluyla delil toplanabilir (HMK m. 400/1).

Her türlü delilin delil tespiti yoluyla toplanabilmesi mümkündür. Kanunda, bilirkişi incelemesi yaptırılması, tanık ifadelerinin alınması, keşif yapılması gibi işlemlerin yapılacağına yer verilerek, delil türlerine ilişkin sınırlandırma yapılmamıştır (HMK m. 400/1). Delil tespiti talep edenin hakkının korunması için, delillerin toplanmasında üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğü mevcuttur. Tespiti istenen vakıanın hangi delille tespit edileceğine karar verilmişse, o delilin toplanmasına ilişkin hükümler uygulanacağına kanunda yer verilmiştir (HMK m. 404). Kanundaki bu hüküm gereği, delilin toplanmasına ilişkin üçüncü kişinin katkıda bulunmakla yükümlü olduğunu düzenleyen hükümler burada da geçerli olmalıdır. Ayrıca delillerin tespit edilerek korunmak istenmesinin amacı, daha sonra ileri sürülecek talebi korumak içindir. Örneğin ölmek üzere olan bir tanığın dinlenmesi ya da kiralanan maldaki hasarın ve kusurun tespit edilmesi için keşif incelemesi yapılmamasında delil kaybolabilir ya da delilin ileri sürülmesi önemli ölçüde zorlaşabilir. Delilin yargılamada ileri sürülmesi ve tespitiyle, o delili ileri sürenin açtığı davadaki ya da ileride açacağı davadaki vakıaya ilişkin delili koruma altına alındığından, ilgili kişinin ispat hakkı korunur. Delilin tespiti aynı zamanda gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayacağından kamu yararına da hizmet eder.

2.3.4. İcra ve İflâs Hukukuna İlişkin Yargılamalarda

İcra ve iflâs dairelerinin icra ve iflâs hukukuna aykırı yapmış oldukları işlemlerden dolayı şikâyet yoluna başvurulur (İİK m. 16-17). Şikâyet bir dava değildir, icra hukukuna özgü bir hukuki çaredir⁸⁹². Şikâyet bir dava değilse de usûlüne uygun olarak ileri sürüldüğünde, icra mahkemesi, şikâyeti, basit yargılama usûlü hükümlerine göre inceler (HMK m. 316-322)⁸⁹³. Şikâyetin incelenmesi usûlünde basit yargılama usûlünün kuralları yanında, mahkeme İcra ve İflâs Kanunu'nun 18. maddesinde belirtilen kuralları da dikkate alır. Buna göre, kanunda açıkça öngörülmeleyen durumlar dışında mahkeme incelemenin duruşmalı mı dosya üzerinden mi yapılacağını takdir eder. Şikâyetin incelenmesinde hangi delillerin ileri sürülebileceği ve icra mahkemesinin de hangi delillere dayanarak şikâyeti çözümleyeceği hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenleme bulunmamaktadır. Şikâyetin niteliğine uygun düştüğü ölçüde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümler geçerlidir⁸⁹⁴. Böylece belge ibraz edilebilir, tanık

⁸⁹² Şikâyetin hukukî niteliği hakkında bkz. Pekcanitez, Hakan/Simil, Cemil, **İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 27 vd.; s. 48. Ayrıca bkz. **Kuru**, El Kitabı, s. 103-104; **Üstündağ**, İcra, s. 44-45; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 64; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 52-54.

⁸⁹³ **Pekcanitez/Simil**, s. 340.

⁸⁹⁴ **Pekcanitez/Simil**, s. 367.

dinlenebilir⁸⁹⁵ ve bilirkişi ve keşif incelemesi⁸⁹⁶ yapılabilir. Bu delillere başvurulduğunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümler dikkate alınacak olduğundan gerçeğin araştırılması için delillerin toplanmasında üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğünün varlığı da kabul edilmelidir.

İcra ve iflâs hukukunda öngörülen bir diğer hukuki çare, itirazın kesin kaldırılmasıdır. İtirazın kesin kaldırılması da icra mahkemesinde incelenen ve takipteki itirazın hükümden düşürülebilmesi için öngörülen bir prosedürdür⁸⁹⁷. Genel haciz yoluyla takipte, borçlunun itirazı üzerine alacaklı itirazın kendisine tebliğinden itibaren altı ay içinde itirazın geçici veya kesin kaldırılmasına başvurabilir (İİK m. 68; İİK m. 68/a). İcra mahkemesinde süresinde başvuru itirazın kesin kaldırılmasında, mahkeme yalnızca ve sınırlı bir inceleme yapar (İİK m. 68). İtirazın geçici kaldırılmasında da borçlu adi senetteki imzanın kendisine ait olmadığı iddiasında ise kanunda öngörülen usûlde bir imza incelemesi yapar (İİK m. 68/a). İtirazın kesin kaldırılması ve geçici kaldırılması prosedüründe, niteliğine uygun düştükçe Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen usûl uygulanır. Örneğin, itirazın geçici kaldırılmasında imzanın incelemesi için bilirkişiye başvurulur ve HMK m. 211 dikkate alınarak inceleme yapılır (İİK m. 68/a, 4). Öte yandan itirazın kesin kaldırılmasında yalnızca belgelerle inceleme yapılacağından, icra mahkemesinde uyuşmazlığın çözülmesi için tanık dinlenmez, keşif veya bilirkişi incelemesi yapılmaz⁸⁹⁸. Bu prosedürlerin niteliğine uygun düştükçe üçüncü kişinin delillerin toplanmasında katkıda bulunması zorunluluğu doğar ve bu halde üçüncü kişi katkıda bulunmakla yükümlüdür.

⁸⁹⁵ Yargıtay 12. HD., T. 29.09.2015, E. 2015/19003, K. 2015/22326: “İİK.nun 127. maddesi gereğince taşınmaz satışlarında, satış ilanının bir örneği borçluya tebliğ edilmelidir. Borçluya satış ilanının tebliğ edilmemiş olması veya usulsüz tebliğ edilmesi başlı başına ihalenin feshi sebebidir. O halde mahkemece yukarıda açıklanan nedenlerle borçlular vekilinin tanık listesine ilişkin talebinin kabulü ile bildirilen tanıkların dinlenilmesi ve ayrıca borçlu ... şirketi yönünden ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.” (Lexpera, e.t: 14.09.2024). Yargıtay 12. HD., T. 05.10.2021, E. 2021/7612, K. 2015/8355: “O halde Bölge Adliye Mahkemesince, borçlunun dinlenmesini istediği tanıkların bildirilmesi sağlanarak, tanıklar dinlendikten ve varsa kamera kayıtları incelendikten sonra fesat iddiası konusunda bir değerlendirme yapıp oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.” (Lexpera, e.t: 14.09.2024). Şikâyet yargılamasında tanık dinlenmesi sınırlı hallerde mümkündür. Örneğin ihaleye fesat karıştırıldığı iddialarında mahkemeler tanık dinlenmesine karar verir. Bilirkişi ve keşif delillerine ise daha sık başvurulur. Özellikle haczedilmezlik ve mesken şikâyetlerinde bilirkişi raporuna ve keşif yapılmasına karar verir. Bu konuda yapılan uygulamadaki inceleme için bkz. **Pekcanitez/Simil**, s. 368-372.

⁸⁹⁶ Yargıtay 8. HD., T. 25.11.2013, E. 2013/10186, K. 2013/17567: “Somut olayda haczedilmezlik şikâyetine konu edilen .. DD 236 plaka sayılı marka binek aracın yapılan keşif ve alınan bilirkişi raporlarına göre çalışır durumda olmadığı, hurda raporu tanzim edilerek trafikten düşülmesi gerektiği bildirildiği halde, Mahkemece atıl vaziyetteki bu aracın ne surette kamu hizmetinde kullanıldığı belirlenmeden, bu araç üzerindeki haczin de kaldırılmasına karar verilmiştir.” (Lexpera, e.t: 14.09.2024).

⁸⁹⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz. Kiraz, Taylan Özgür, **İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması (İİK md. 68-70)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 27 vd.

⁸⁹⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz. **Kiraz**, s. 301 vd.

2.3.5. Tahkim Yargılamasında

Tahkim, özel hukuk alanına ilişkin uyuşmazlıkların, mahkemeler dışında, bağımsız ve tarafsız hakemle ve yargısal yolla çözülmesine denir⁸⁹⁹. Tahkim, özel bir yargı faaliyetidir ve bu yargı faaliyeti devlet tarafından denetlenir⁹⁰⁰. Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi için taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi olmalıdır⁹⁰¹. Tahkim sözleşmesi, tahkim yargılamasının da temelidir. Tahkime ilişkin hükümler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 407 ve 444 maddeleri arasında tahkim başlığı altında düzenlenmiştir.

Hakemler, yargılamada tanık dinleyebilir, keşfin icra edilmesine karar verebilir, bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Hakemler, yargı yetkisi dahilinde, iş birliği içerisindeki taraflardan veya tahkim sözleşmesinin dışındaki üçüncü kişilerden delilleri toplayabilir. Ancak hakemler, inceleme konusu nesne ya da belgenin zorla getirilmesine ya da keşfe katlanmasına karar veremezler⁹⁰². Başkaca deyişle, yükümlülüğün üçüncü kişi tarafından zorla yerine getirilmesi kararı veremezler. Bunun için mahkemelerin yardımına ihtiyaç duyulmaktadır. (HMK m. 432). Tahkimde, mahkemelerin yardımında sınırlılık ilkesi vardır (HMK m. 411). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, tahkim yargılamasında mahkemelerin yardımı ancak kanunun tahkime ilişkin kısmında açıkça izin verilen hallerde mümkündür (HMK m. 411). Bu sınırlı hallerden biri de delillerin toplanmasıdır. Tahkimde delilleri toplamak aslında, tarafların yükümlülüğündedir⁹⁰³. Ancak bir delilin toplanması için mahkeme kararı gerekli ise tarafın yapacağı talebin hakem tarafından onaylanması ile bu delilin toplanmasına karar verilir⁹⁰⁴. Hakem, tarafın talebini ispat etmek için delile ihtiyaç duyulduğu kanaatindeyse, onayı verecektir. Bu halde delilin toplanması için mahkemeye yapılacak başvuruya hakem onayı kararının da eklenmesi gerekir⁹⁰⁵. Üçüncü kişilerin keşfi yerine getirmeye zorlanması, tanık olarak dinlenmesi gibi katkıda bulunması gereken hallerde ve üçüncü kişi kendi isteğiyle katkıda bulunmuyorsa, bu yardım özellikle gereklidir⁹⁰⁶. Çünkü hakem, yargı gücüne doğrudan

⁸⁹⁹ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2593; Özbay, İbrahim/Korucu, Yavuz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim**, HMK m. 407-444, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 4; Yeşilirmak, Ali, **Türkiye'de Ticarî Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem- Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 58.

⁹⁰⁰ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2593; Özbay/Korucu, s. 4.

⁹⁰¹ Tahkim sözleşmesi hakkında bkz. Aydemir, Fatih, **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 55-64.

⁹⁰² Pekcanitez, Hakan, "Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukukî Koruma Önlemleri", **Makaleler Cilt I**, 2. Baskı, 2023, Oniki Levha Yayıncılık, ss. 781-822, s. 794.

⁹⁰³ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2713; Tanrıver, Medenî Usûl-II, s. 461.

⁹⁰⁴ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2713.

⁹⁰⁵ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2714.

⁹⁰⁶ Tanrıver, Medenî Usûl-II, s. 464.

sahip değildir ve tahkim sözleşmesi, niteliği gereği yalnızca tarafları bağlar⁹⁰⁷. Üçüncü kişi ise tahkim sözleşmesinin tarafı değildir. Bu halde, uyuşmazlığın taraflarından biri, mahkemenin yardımına başvurabilmek için hakem ya da hakem kuruluna başvurur. Hakem ya da hakem kurulunun onayıyla birlikte mahkemece delillerin toplanması gerçekleştirilir⁹⁰⁸.

Bir tahkim kurumunun gözetiminde ve o kurumun kurallarına göre yapılan tahkime kurumsal tahkim; bir kurumun gözetimine bağlı olmaksızın yapılan tahkime ad hoc (arızî) tahkim denilmektedir⁹⁰⁹. Kurumsal tahkimde, tahkime başvuran tarafların tahkimin işleyişine ilişkin usul ve kuralları belirlemesine gerek olmayıp, tahkim kurumunun önceden belirlemiş olduğu uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak usul kuralları vardır⁹¹⁰. İTOTAM (İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi), ISTAC (İstanbul Tahkim Merkezi), TOBB (Türkiye Odalar Borsalar Birliği) tahkimi, TBB (Türkiye Barolar Birliği tahkim merkezi) ülkemizde kurulan kurumsal tahkime örnektir⁹¹¹. Tarafların, tahkim usulünü kendileri belirlemek yerine kurumsal tahkime atıfta bulunarak tahkim usulünü belirlemeleri de mümkündür. Kurumsal tahkimlerde delillerle ilgili bazı usûl kuralları belirlenmiştir. Kurumsal tahkim kurallarının bazılarında delillerin toplanmasında mahkemeden yardım alınması konusuna değinilir⁹¹². Ayrıca belirlenen usûl kurallarındaki, hüküm bulunmayan hallerde, taraflara ve/veya hakem veya hakem kuralına tanınan usûl kuralı belirleme ilkesiyle üçüncü kişilerdeki delillere ulaşmak için mahkemeden yardım alınabilir.

ISTAC kurallarının 22. maddesine göre, hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını ISTAC kurallarına göre yürütür. Bu kurallarda hüküm bulunmayan hallerde, taraflarca kararlaştırılan kurallar uygulanır, bu konuda anlaşma sağlanamazsa, hakem veya hakem kurulu tarafından belirlenen usûl kuralları uygulanır. Ayrıca tahkim yargılamasında herkes dürüstlük kuralına uymak zorundadır (ISTAC m. 22/2). ISTAC kurallarının 29.

⁹⁰⁷ **Özbay/Korucu**, s. 108; Konuralp, Cengiz Serhat, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s. 197.

⁹⁰⁸ *Umar*, mahkemeden yardım istenmesinin hakem ya da hakem kurulunun onayına bağlanmasını eleştirmektedir. Yazar, tarafın talebinin doğrudan mahkemeye yöneltilmesinin daha kestirme bir yol olduğu görüşündedir (*Umar*, Şerh, s. 1231).

⁹⁰⁹ Bir tahkim kurumunun gözetiminde ve o kurumun kurallarına göre yapılan tahkime kurumsal tahkim; bir kurumun gözetimine bağlı olmaksızın yapılan tahkime ad hoc (arızî) tahkim denilmektedir. **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usûl, s. 2593. Ad hoc tahkimde, tahkim usulü taraflarca belirlenirken; kurumsal tahkimde, tahkim bir kurulun kurallarına göre yapılır. Daha ayrıntılı açıklama için bkz. **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usûl, s. 2612-2613; **Özbay/Korucu**, s. 21-24; Özbay, İbrahim/Erdem, Murat, “Bir Kurumsal Tahkim Merkezi Örneği: İberoamerikan Tahkim Merkezi”, **TAAD**, Yıl: 11, Sayı: 42, 2020, ss. 449-470, s. 450-452.

⁹¹⁰ **Özbay/Erdem**, s. 451.

⁹¹¹ Milletlerarası ticaret uygulamasında uyuşmazlıkların çözülmesi için kurulan kurumsal tahkim örnekleri için bkz. **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usûl, s. 2594; **Özbay/Erdem**, s. 452-453.

⁹¹² Erdem, Ercüment H., “Tahkimde Delil Toplama ve Belge İbrazi Açısından Mahkemelerin Rolü”, **Hukuk Postası 2019**, Editör: Erdem, Ercüment H., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, ss. 158-165, s.158 vd.

maddesine göre, hakem veya hakem kurulu, davanın dayanağı olan vakıaları tespit edebilmek için uygun bulduğu tüm yöntemleri kullanabilir, taraflardan birinin talebi üzerine veya kendiliğinden tarafları, tanıkları veya diğer kişileri dinleyebilir, taraflardan ek belge ve bilgi sunmasını isteyebilir.

İTOTAM kurallarının 25.madde vd. tahkim yargılamasına ilişkin usûl kuralları öngörülmüştür. İTOTAM kuralları madde 25'te tahkim yargılamasında İTOTAM tahkim kuralları uygulanacağı; hüküm bulunmayan hallerde, taraflarca uygulanacak usul kurallarının belirleneceği; taraflarca kararlaştırılmadıysa, uygulanacak usul kurallarının hakem kurulu tarafından belirleneceği ve belirleme yapılırken tahkim yeri hukukunun emredici kurallarının dikkate alınacağı belirtilmiştir. İTOTAM kuralları madde 33'te hakem kurulunun uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olay ve olguların tespitinde hakem kurulunun taraflardan delillerini sunmalarını isteyebileceği, tanık dinleyebileceği, bilirkişi incelemesi ve keşif yapabileceğine yer verilmiştir. Anılan kurallar doğrultusunda, delillerin toplanmasında mahkemeden yardım alınabilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KAÇINMA HAKKI

3.1. Kaçınma Hakkına İlişkin Hükümlerin Hukukî Dayanağı

Üçüncü kişinin yükümlülüğü, yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet eder. Öte yandan üçüncü kişinin uluslararası sözleşmeler ve anayasada tanımlanan temel hak ve özgürlükleri vardır. Bu nedenle bazı hallerde yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılması menfaati ilgili üçüncü kişinin temel hak ve özgürlüklerinin karşısında öncelikli olmayabilir. Bunun sonucunda üçüncü kişinin anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlükleri ile yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılması menfaatinin tartılması konusu gündeme gelir. Kaçınma hakkı ise kanun koyucunun bu tartışmadaki, çatışma çözümünün sonucunu temsil eder⁹¹³. Bu bağlamda üçüncü kişiye katkıda bulunma yükümlülüğünün istisnası kararlaştırıldı ve belirli çatışma yaratan hallerde üçüncü kişiye katkıda bulunma yükümlülüğünden kısmen ya da tamamen kaçınma için hak yaratılmıştır. Kaçınma hakkını oluşturan haller, anayasal düzeyde korunan temel hakların sınırı içinde zaten varlığı mevcuttur⁹¹⁴. Bu nedenle kanunda düzenlenmemiş olsaydı dahi, üçüncü kişi yükümlülüğünden anayasal düzeyde korunan temel hak ve özgürlükler bağlamında değerlendirme yapıldığında kaçınabilmesi mümkün olacaktı.

Kaçınma hakkı, birbirine zıt iki menfaatin çatışmasının kanun koyucu tarafından çözümlenmesidir. Kaçınma hakkı kanunda öngörülmeseydi, somut olayda üçüncü kişinin yükümlülüğünden kaçınma sebebinin haklılığı her somut olayda hâkim tarafından araştırılması gerekecekti. Kaçınma nedenleri kanunda öngörülmesiyle birlikte hâkim somut olayda ilgili hükümleri dikkate alarak değerlendirme yapacaktır. Bu yönüyle hâkime yol gösterici bir işlevi de vardır. Aynı zamanda üçüncü kişi için kanunda kaçınma hakkının soyut koşulları belirlenmiş ve bu hakkı kullanabilmenin şartları öngörülmüş olduğundan, hakkın kanunda düzenlenmiş olması, hukukî güvenlik ilkesine de hizmet eder⁹¹⁵. Bu yönüyle, kaçınma hakkının kanuni dayanağının olması, ilgili üçüncü kişinin korunmasını güçlendirir. Çünkü kaçınma hakkı sayesinde üçüncü kişi, yükümlülüğünden kurtulmak için kanundaki soyut koşulları göstererek yükümlülüğünden kurtulabilir. Bu açıdan kanıtlanması da daha kolaydır. İlgili düzenleme

⁹¹³ Bracher, N. 296.

⁹¹⁴ Bracher, N. 296.

⁹¹⁵ Anayasa Mahkemesi Kararı, T. 18.06.2013, E. 2013/71, K. 2013/77 (26.07.2013-28719): “Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri ‘hukuk güvenliği’ ilkesidir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”

olmasaydı, üçüncü kişi, yükümlülüğün makul olmadığını, temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırdığını, tüm ayrıntılarıyla ispat etmesi gerekecekti⁹¹⁶.

Kaçınma hakkının, kanunda dayanağı olmalıdır. Böylece bu hak, soyut-genel düzeyde geçerlidir⁹¹⁷. Kural olarak kaçınma hakkının hukukî dayanağı Hukuk Muhakemeleri Kanuna dayanır. Bununla birlikte kanunun yollama yaptığı hallerde, diğer kanunda yer alan nedenlere de dayanarak kaçınma hakkından üçüncü kişi yararlanabilir (HMK m. 249). Kaçınma hakkının varlığının olmadığı hallerde ise kanun koyucunun gerçeğin ortaya çıkarılması menfaatini kabul ettiği sonucu çıkarılmalıdır. Çünkü kural, üçüncü kişinin yükümlü olmasıdır. İstisna olarak üçüncü kişinin kaçınma hakkının varlığı tanınmıştır.

Öte yandan kaçınma hakkı oluşturan tüm nedenlerin kanunda belirtilmesi ve yükümlülüğün sınırlarını tespit etmek kolay değildir. Kaçınma nedenleri, yükümlülüğün kaçınmanın bir bölümünü oluşturup, kanunda belirli bir kategoride toplanmıştır. Bazı yükümlülükler üçüncü kişi için somut olaya göre makul olmayabilir. Bu makul olmama durumu esasında kaçınma hakkı yaratan durum değildir. Uluslararası sözleşmelerde veya anayasada temelini bulan bazı sınırlamalar nedeniyle, özellikle orantılılık ilkesine aykırılık nedeniyle, yükümlülüğün yerine getirilmesi üçüncü kişiden beklenmez⁹¹⁸. Bu halde hâkim üçüncü kişinin korunan hukukî menfaati ile yükümlülüğün yerine getirilmesindeki tarafın ispat hakkının korunması ile yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki menfaati tartmalıdır. Hâkim bu konuda takdir yetkisini kullanır. Kaçınma hakkı yaratan hallerde ise kanun koyucu üçüncü kişinin menfaatine öncelik tanımıştır. Bu nedenle kaçınma hakkını yaratan nedenlerin varlığında, üçüncü kişinin korunan hukukî menfaati ile tarafın ispat hakkı ve temelinde gerçeğin ortaya çıkarılması menfaatlerinin dikkate alınması ve ölçülülük ilkesine göre çözümlenmesi gerekmemektedir. Çünkü kanun koyucu üçüncü kişinin korunan menfaatini dikkate alarak üçüncü kişiye kaçınma hakkı tanımıştır. Kural bu olmakla birlikte, bazı sınırlı hallerde, bir kişinin korunan üstün menfaati dikkate alınarak üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğü kabul edilmelidir. Örneğin çocuğa fiziksel zarar verildiği iddiasında, hekimin kaçınma hakkını kullanmasına izin verilmeyebilir⁹¹⁹.

⁹¹⁶ **Bracher**, N. 298. Konunun taraflar açısından değerlendirmesi için bkz. **Erdönmez**, Belgelerin İbrarı, s. 336.

⁹¹⁷ Anayasa ve diğer hukukî kaynaklara dayanarak kanuni kaçınma nedenlerine ek olarak genel geçerli kaçınma hakkı yaratılamayacağı hakkında bkz. **Bracher**, N. 301.

⁹¹⁸ Bkz. 3.3. Kaçınma Hakkı Sayılmayan Durum.

⁹¹⁹ Bkz. 3.5.3.1.2.5.1.2. Maddî Koşul.

3.2. Kaçınma Hakkına İlişkin Hükümlerin Kapsamı

Kaçınma hakkı, katkıda bulunma yükümlülüğüne istisna olarak tasarlanmıştır. Kanunda kaçınma sebepleri tanıklık hakkında genel geçerli şekilde düzenlenmiş; diğer delil türlerinde üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğünü ifade eden maddelerinde tanık hakkındaki hükümlere (belge delili için Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 221/2; bilirkişi delili için m. 270/2 ve keşif delili için m. 291/2) gönderme yapılmıştır. Tanıklıktan kaçınma, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 247- 251 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Alman Medenî Usûl Kanunu da Türk hukukunda olduğu gibi § 383 ile § 385 paragraflarında, tanıklıktan kaçınma hakkı sebeplerini düzenlemiş ve diğer deliller için bu hükümlere yollama yapmıştır. Alman Medenî Usûl Kanunu § 142/2 paragrafı, belge delilinde ve § 144/2 paragrafı, keşif incelemesinde üçüncü kişinin tanıklığa ilişkin hükümlerine yollama yaparak (dZPO § 383 ile § 385) üçüncü kişinin tanıklıktan kaçınma hakkı sebeplerine dayanarak kaçınabileceğine yer vermiştir. Soy bağının tespiti amacıyla yapılan incelemeye katılma yükümlülüğünden kaçınma hakkında ise kanun koyucu, tanıklıktan kaçınma sebeplerine (dZPO § 383 ile § 385) herhangi bir atıfta bulunmamış; ancak bu paragrafların devamındaki dZPO § 386 ile § 390 hükümlerine atıfta bulunmuştur.

İsviçre Medenî Usûl Kanunu ise 165 ve 166. maddelerinde, kaçınma hakkına yer vermiştir. İsviçre hukukunda kaçınma hakkına ilişkin düzenlemede genel bir hükme yer verilmiştir. Taraflar için İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 163-164. maddelerinde; üçüncü kişiler için ise 165-167. maddelerinde kaçınma hakkı düzenlenmiştir. İsviçre hukukundaki bu düzenleme Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun (m.163 vd.) ilgili hükümlerine dayanmaktadır. Bu sebeple yorumlanması gereken sorunlarda Ceza Muhakemeleri Kanunu'ndaki doktrin ve yargı kararlarının da dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir⁹²⁰. Taraflar ve üçüncü kişiler için kaçınma hakkının kapsam ve koşulları farklı düzenlenmiştir. Yargılamanın tarafı yalnızca İsviçre Medenî Usûl Kanunu 163. maddedeki nedenlerle reddedebilir ve geniş, kapsamlı kaçınma hakkına sahip değildir (SchZPO m. 163). Taraflar ve üçüncü kişiler açısından başka bir fark da tarafların “kendilerini korumak” için katkıda bulunmadan kaçınma hakkı bulunmazken üçüncü kişiler için vardır (SchZPO m. 163). Üçüncü kişi, geniş bir kaçınma hakkına (SchZPO m. 165) veya sınırlı kaçınma hakkına (SchZPO m. 166) sahiptir. Üçüncü kişiler için geniş kaçınma hakkı, üçüncü kişinin yargılamanın taraflarından biriyle belirli bir hısımlık ilişkisi olduğunda veya çok yakın bir ilişkisi olduğu durumlarda bulunur. Üçüncü kişiler için sınırlı kaçınma hakkı ise belirli bir vakıa ya da örneğin hassas veya sır gibi bir

⁹²⁰ Schmid (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.3.

bilginin olduğu durumlarda bulunur⁹²¹. Öte yandan İsviçre hukukunda soy bağının tespiti amacıyla yapılan incelemelerde ne taraflar ne de üçüncü kişilerin kaçınma hakkına ilişkin hükümlerden faydalanamaz (SchZPO m. 296/2).

İsviçre hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da soy bağının belirlenmesi amacıyla yapılan insan üzerindeki incelemeye izin verme yükümlülüğünde kaçınma hakkının istisnasına yer verilmiştir. Üçüncü kişi tanıklıktan kaçınma hakkı bulunduğunu ileri sürerek, bu yükümlülüğünden kaçınmaz (HMK m. 292/2). Bu kanuni düzenleme, üçüncü kişinin kaçınma hakkını oluşturan menfaate göre, yükümlülüğün yerine getirilmesine ilişkin korunan menfaatin daha üstün olduğu şeklindeki kabulün göstergesidir. Kanun koyucu bu hususu, gerekçede “işin önemi” dikkate alınarak böyle bir zorunluluk öngörülmüştür şeklinde açıklamıştır⁹²². İşin önemi şeklindeki gerekçe, açıklama için yeterli değildir. İsviçre hukukunda bunun gerekçesi, “her kişinin kendi soyunu bilme (soy bağını bilme) hakkına” dayandığı ve kaçınma hakkına istisna tanındığı şeklinde ifade edilmiştir⁹²³. Kişinin kendi soyunu bilme hakkı, terminoloji olarak Türk medenî hukuk doktrininde “kökenin öğrenilmesi hakkı” olarak ifade edilmekte olup⁹²⁴; bu hakkın yasal dayanağını uluslararası sözleşmeler ile anayasanın temel ilkeleri oluşturur⁹²⁵.

Kaçınma hakkına getirilen istisna, kökenin öğrenilmesi menfaatinden daha geniş bir amaca hizmet eder. Soy bağının bilinmesi, çocuğun manevi kişiliğinin yanında maddî kişiliğinin korunmasını sağlar⁹²⁶. Ancak bunun yanında soy bağının belirlenmesine yönelik davaların sonucu, nafaka ve miras gibi hukukî sonuçları doğurur⁹²⁷. Bu yönüyle, soy bağının

⁹²¹ Botschaft SchZPO, s. 7317

⁹²² Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), madde 296 gerekçeden. <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasani/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, erişim tarihi 15.09.2022.

⁹²³ Bracher, N. 304.

⁹²⁴ Baysal, Başak, “Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, İstanbul, 2010, ss. 493- 533; Dönmez, Zeynep, “Kökenin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişmesine Yönelik Bir Değerlendirme” **TAAD**, Yıl:9, Sayı:36 (Ekim 2018), ss. 171-195.

⁹²⁵ Uluslararası sözleşmelerden; Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m.7/1; m.8; Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme m. 30 doktrinde gösterilmektedir. Bu hususta bkz. **Baysal**, s. 498-501. Türk hukukunda Anayasa’nın 17. maddesinde belirtilen herkes yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğuna ilişkin hüküm, anayasal dayanağını oluşturur. Bu konuda bkz. **Baysal**, s. 514.

⁹²⁶ Soybağının bilinmesinin önemi, soy bağı hukukunun önemli bir konusudur. *Serozan*, çocuğun kendi soyunu öğrenme hakkının önemini çocuğun bedensel ve ruhsal sağlığı açısından önemli olduğunu, bu noktada çocuğun bu menfaatinin, aile huzurunun korunması kaygısından bile üstün tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Serozan, Rona, **Çocuk Hukuku**, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 185.

⁹²⁷ Kendi soyunu bilme hakkı, soy bağının kurulması veya kaldırılması talebinden farklıdır. Soy bağına ilişkin taleplerde, hukukî sonuç doğuran işlemler söz konusudur. Örneğin nafaka, miras hukukuna ilişkin sonuçlar doğurur. Kendi soyunu bilme (kökenin öğrenilmesi) hakkı, böyle bir haklar vermemesi, hak düşürücü süreye tabi olmaması ve ana- babaya, ana- baba olduğu varsayılan kişilere, ilgili sağlık kuruluşuna, evlatlık işlemlerine aracılık etmiş kurum ve kuruluşlara hakkını ileri sürebilmesi yönüyle ayrılır. Doktrinde bu konudaki açıklamalara ilişkin bkz. **Dönmez**, s. 174. Ayrıca çocuğun soy bağı devam etse bile biyolojik kökenini öğrenme hakkı devam edeceği hakkında bkz. **Baysal**, s. 506.

tespiti, kökenin belirlenmesine ilişkin talepten daha fazlasıdır. Bu sonuçların kümülatif varlığı ise doktrinde sıklıkla ifade edilen, “çocuğun üstün menfaati” şeklindeki amaçta belirir.

Soy bağının tespitine ilişkin incelemeye izin verme yükümlülüğünde, kaçınma hakkı sebeplerinin uygulanmayacağı istisnasız kabul edilmiştir. Böylece, tüm kaçınma sebepleri dahildir. Öte yandan bu kuralın istisnasız uygulanıp uygulanmayacağı sorgulanmalıdır. Doktrinde bu konuya yükümlü kişinin kendisinin veya yakınlarının ceza soruşturması ile karşı karşıya kalıp kalmayacağı konusu ele alınarak temkinli yaklaşılmıştır.

Kaçınma sebepleri arasında, kişinin kendisinin veya yazılı kimselerden birinin ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına dahil olması hali de vardır (HMK m. 250/1/b). Böyle bir durumun varlığına rağmen, üçüncü kişi soy bağının incelenmesine katlanmakla yükümlüdür. Bununla birlikte, üçüncü kişinin kendisini veya yakını, gerekirse zorla yerine getirme yoluyla, ciddi bir suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturma riskiyle karşı karşıya bıraktığı durumlarda üçüncü kişinin yükümlü olduğu şüpheli görünmüştür. Doktrinde bu nedenle, katkıda bulunma yükümlülüğünün orantılı olup olmadığının, her bir olayda incelenmesi gerektiği haklı olarak belirtilmiştir⁹²⁸. Makul olup olmadığının tespitinde, soy bağı ilişkisinin belirlenmesindeki menfaat ile incelemeye katlanmakla yükümlü kişinin kendisini suçlamak zorunda kalmamasındaki menfaati ölçülmelidir⁹²⁹. Bu durumun önemi, cinsel saldırı fiilinden dolayı ölüm cezası riskiyle karşılaşmasında olduğu gibi üçüncü kişinin yurt dışında orantısız bir ceza tehdidiyle karşılaşması riskinin varlığında somut şekilde belirir⁹³⁰.

Hukukumuzda ve Alman hukukunda taraflar için belge ibrazından ya da keşfe katlanmadan kaçınma hakkı ne ayrıca ne de tanıklıktan kaçınma hükümlerine gönderme yapılarak düzenlenmiştir. Yargılamanın tarafları yargılamanın sonucunda lehine karar verilmesi için çaba harcarlar. Üçüncü kişi ise yargılamanın dışında kalır. Bu nedenle yargılamanın taraflarının, gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla katkıda bulunmaları kendi menfaatlerinedir. Tarafların davanın sonucuyla ilgileri, menfaatleri vardır. Üçüncü kişi ise kendi menfaatine hareket etmemekte ve yargılamanın içine mahkeme aracılığıyla çekilmektedir. Taraf ve üçüncü kişi arasındaki bu temel farklılık dolayısıyla taraflar, üçüncü kişiye (tanığa) kıyasla daha geniş bilgi verme yükümlülüğüne sahiptir. Aynı zamanda taraflar,

⁹²⁸ **Steck** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 296, N.23; **Bracher**, N. 304. Tanıklıktan kaçınma sebebi olarak düzenlenen § 384 paragrafına atıfta bulunulmasa dahi, kişinin kendisinin veya yakınlarının ceza soruşturması ve kovuşturmasına uğrayacak olması halinde, makul olup olmadığı incelemesinin yapılması hakkında bkz. **Berger** (Stein/Jonas), § 372a, N. 11. Yazar her hukuka aykırı fiil için ceza kovuşturması tehlikesinin yeterli olmayacağını, çünkü bu kabulün 372a maddesini anlamsız hale getireceğini belirttikten sonra, incelemenin suç şüphesini kuvvetlendirdiği halde ise yükümlülüğün makul olmadığını belirtmiştir. **Berger** (Stein/Jonas), § 372a, N. 11.

⁹²⁹ **Berger** (Stein/Jonas), § 372a, N. 11.

⁹³⁰ **Bracher**, N. 304.

üçüncü kişiye nazaran çatışan menfaatlerini de daha sınırlı ileri sürebilme haklarına sahiptir⁹³¹. Bu bakış açısıyla, tanıklıktan çekinme halleri taraflar için de örnek niteliğinde kabul edilerek, tarafın da bu hallerde kaçınabileceği düşünülebilir. Çünkü kaçınma halleri oluşturan nedenler, tanığın menfaatinin üstünlüğü dikkate alınarak düzenlenmiştir. Yalnız tarafın daha geniş katkıda bulunma yükümlülüğü söz konusu olduğundan tüm tanıklıktan çekinme halleri uygulanmamalıdır. Bu hususta İsviçre Medenî Usûl Kanunu; Türk ve Alman hukukundan farklı olarak taraflar için kaçınma nedenlerini kanunda açıkça düzenlenmiştir. Düzenlemede taraflar için üçüncü kişiye nazaran daha sınırlı kaçınma nedenleri yer almaktadır. Kanunda üçüncü kişiler için hem kendisi hem de yakınlarının cezai soruşturmaya veya hukukî sorumluluğa uğrama tehlikesi nedeniyle kaçınma hakkı yer almaktadır (SchZPO m.166/1, a). Buna karşılık taraf yalnızca yakınlarına karşı cezai soruşturmaya uğrama tehlikesi varsa kaçınabilir (SchZPO m. 163/1). Taraf, üçüncü kişinin aksine kendisini cezai kovuşturma veya hukukî sorumluluk riskine maruz bırakacağı gerekçesiyle katkıda bulunmaktan kaçınamaz. Türk hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 220/3’de, belgeyi ibraz etmekle yükümlü taraf, “kabul edilebilir mazeret” nedeniyle kaçınabileceği düzenlenmiştir. Ancak tarafların üçüncü kişiye göre katkıda bulunma yükümlülüğü fazla olduğundan, belgeyi ibraz etmekle yükümlü tarafın “kabul edilebilir mazeret” nedeniyle kaçınabilmesine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 220/3 daha dar yorumlanması gerektiği haklı olarak belirtilmiştir⁹³². Özellikle taraf, beyanda bulunması kendisine doğrudan doğruya maddî bir zarar vereceğini ileri sürerek kaçınma hakkını ileri sürememelidir⁹³³. Çünkü bu nedenin taraflar için de kabul edilmesi gerek sözleşmeye dayanan gerekse sözleşmeye dayanmayan birçok talebin yerine getirilmesini güçleştirir⁹³⁴.

3.3.Kaçınma Hakkı Sayılmayan Durum

3.3.1. Genel Olarak

Alman hukukunda belge ibraz yükümlüğünde ve keşfe katılanma yükümlülüğünde, “makul olma” şartı kanunda açıkça ifade edilmiştir⁹³⁵ (örneğin dZPO § 142/2; 144/2). Bu

⁹³¹ Stürner, Aufklärungspflicht s. 190.

⁹³² Erdönmez, Belgelerin İbrazi, s. 364.

⁹³³ Türk hukukundaki aynı görüş için bkz. Erdönmez, Belgelerin İbrazi, s. 365; Alman hukukundaki aynı görüş için bkz. Greger, Zöller, § 142, N. 8. buna karşılık Türk hukukunda tarafın malvarlığının önemli bir zarara uğrayacak olmasının haklı bir kaçınma sebebi olduğu yönündeki karşıt görüş için bkz. Belgesay, İspat Teorisi, s. 42- 43.

⁹³⁴ İsviçre hukukundaki görüş için bkz. Meier, s. 305.

⁹³⁵ Alman hukukundaki bir çalışmada, “tanığın kişisel nedenlerle çekinmesini gerektiren haller (§ 383)”, makul olmama kavramı içinde değerlendirilmiş ve tanıklıktan kişisel nedenlerle çekinme, somut yargılamaya göre değişmeyen ve genel nitelikteki bir makul olmama durumu olarak kabul edilmiştir. (Basler/Meßerschmidt, s. 3329). Ayrıca § 384 paragrafındaki maddî nedenlerle tanıklıktan kaçınma da “makul olmama” kavramı içinde

hukukta, üçüncü kişi tanıklıktan çekinme nedenlerine dayanarak veya makul olmayan hallerde belge ibrazından ya da keşfe katlanmaktan kaçınabilir. Belgenin ibrazının istenmesinde veya keşfe katlanma yükümlülüğünde üçüncü kişinin kendi iş hayatında önemli bir aksaklığa neden olacak veya özel yaşam alanını ihlal edecekse bu yükümlülükler üçüncü kişi için makul değildir⁹³⁶. Bununla birlikte, örnek niteliğinde sayılan bu hallere karşın, makul olmama, sabit belirli kriterlerle belirlenemez; birbirine zıt menfaatlerin ölçülmesi gerekir. Bir yanda üçüncü kişi için genellikle sırların ve kişiliğin korunmasına ilişkin meşru menfaatleri tehdit eden bir müdahale söz konusuysa; diğer yanda yargılamada elde edilecek bilgi edinmeye ilişkin menfaat söz konusudur. Üçüncü kişinin meşru menfaatleri ile yargılamada belgenin ibrazından elde edilen bilgi edinmeye ilişkin menfaatler ölçülmelidir⁹³⁷. Alman hukukunda sınai hakkın korunmasına ilişkin bir ihtilafta, Federal Yüksek Mahkeme (BGH), belgenin ibrazı gerçeğin ortaya çıkarılmasında gerekli, elverişliyse ve aynı zamanda belgeyi ibraz etmekle yükümlü kişinin hukukten korunan menfaatleri tartıldığında onun için makul ise Alman Medenî Usûl Kanunu 142'ye göre belgenin ibrazına karar verilebileceğine hükmetmiştir⁹³⁸. Üçüncü kişi için makul olmayan durumlar belirli koşullar altında düzeltilebilirse, belgenin ibrazından kaçınmak yerine, belge ibrazının sınırlandırılması, belgenin bir kısmının karartılması ya da üçüncü kişinin masraflarının karşılanması yoluyla belge ibrazı sağlanabilir⁹³⁹. Alman hukukunda üçüncü kişilerin belge ibrazından kaçınmada yalnızca tanıklıktan çekinme nedenleriyle sınırlandırmaması, üçüncü kişi için yükümlülüğünden kaçınmada geniş yetki tanınmış olduğu şeklinde değerlendirilebilir.

Türk ve İsviçre hukukunda, Alman hukukunda olduğu gibi makul olma koşulu, yükümlülük içeriklerinin düzenlendiği maddelerde açıkça ifade edilmemiştir. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, katkıda bulunma yükümlülüğünün tek istisnası kaçınma hakkı değildir. Yükümlülük içeriği makul değilse, üçüncü kişi yükümlülüğü kural olarak yerine getirmek zorunda değildir. Belge (HMK m. 221/2) ve tanık delilinde (HMK m. 245) üçüncü kişinin yükümlülüğü yerine getirmemesinde sebeplerle açıklanmasının istenmesi, bir sınırın olduğunun somut göstergesidir. Makul olma şartı, soy bağının tespiti amacıyla insan üzerindeki incelemede, *“uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, sağlık yönünden tehlike oluşturmamak”* şeklindeki ifadeyle de belirtilmiştir (HMK m. 292).

değerlendirilmiştir. Çalışmada “makul olma” şartının delillerin toplanmasında en önemli ve tek yasal engel olduğuna dikkat çekilmiştir. Bkz. **Basler/Meßerschmidt**, s. 3329.

⁹³⁶ Belge ibrazına ilişkin açıklamalar için bkz. **Greger**, Zöller, § 142, N. 12; keşif deliline ilişkin açıklamalar için bkz. **Greger**, Zöller, § 144, N. 4.

⁹³⁷ **Smid/Hartmann**, (Wieczorek/Schütze), § 142, N. 31.

⁹³⁸ BGH NJW-RR 2007, 106. (**Smid/Hartmann**, (Wieczorek/Schütze), § 142, N. 31).

⁹³⁹ Belge ibrazına ilişkin açıklamalar için bkz. **Greger**, Zöller, § 142, N. 12; keşif deliline ilişkin açıklamalar için bkz. **Greger**, Zöller, § 144, N. 4.

Yükümlülüğün yerine getirilmesi, somut olayın koşulları nedeniyle üçüncü kişi için “orantısız” olabilir⁹⁴⁰. Örneğin, kan örneği alınması, sağlık açısından tehlike oluşturmeyen bir yükümlülük olmasına rağmen, üçüncü kişinin sağlığı açısından tehlike oluşturunca, üçüncü kişi için orantısızdır. Kalp rahatsızlığı olan bir tanığın belirli bir yerde herkesin önünde dinlenmesi tanığın sağlık koşulu nedeniyle orantılı olmayabilir. Diğer bir örnek de tarafın kendisinin elde edebileceği belgenin teslim edilmesini üçüncü kişiden istemesi ve dolayısıyla üçüncü kişinin katkıda bulunmasına gerek olmadığı durumlar, somut olaya göre üçüncü kişi için “orantısız” sayılabilir⁹⁴¹. Yükümlülüğün üçüncü kişi için orantısız olması, somut olay kapsamında, üçüncü kişi için kabul edilemez yükümlülük içeriğine dönüştürecektir⁹⁴².

Mahkeme, somut olaya göre, “orantılılık” incelemesini kendiliğinden dikkate alabilir⁹⁴³. Bu yönüyle kaçınma hakkından farklıdır. Kaçınma hakkı, sonradan ileri sürülürken; mahkeme, yükümlülüğün somut olaya göre orantılı olup olmadığını kendiliğinden dikkate alır. Üçüncü kişi makul olmama durumunu, kendisi de ileri sürebilir. Hatta bazı hallerde mahkemenin bunu bilmesi mümkün olmayabilir. Tanığın kalp hastası olması veya kan örneğinin alınmasında olduğu gibi mahkemenin bilme imkânı olmadığı bu halleri, üçüncü kişi kendisi ileri sürmelidir. Bundan başka hukukumuzda tanığa maddî veya manevî varlığını tehlikeye düşürecek hallerde kaçınma hakkı tanınmamıştır. Bu nedene dayanan kaçınma hakkı kanunda düzenlenmediğinden, tanık bu nedeni ileri sürerek kaçınmaz. Buna karşılık, tanığa yönelik ciddi tehditler varsa ve tanık bunu ispat edebilirse, tanığın kişi güvenliği (Anayasa m. 19/1) tehlikeye düşer⁹⁴⁴. Bu ise üçüncü kişinin, kişi güvenliğine ilişkin temel hakkının karşında, orantılı olarak değerlendirilemez. Bir yanda tarafın ispat hakkı ve gerçeğin ortaya çıkarılması menfaati olmasına karşılık diğer yanda üçüncü kişinin korunmaya değer menfaati vardır. Bu hallerde mahkeme gerekli tedbirleri de almalıdır. Son örnekte mahkeme gerekiyorsa gizli oturum yapmalı, bu oturumda, üçüncü kişinin kendisine yönelik ciddi tehlike oluşturan hali incelemeli ve kararını vermelidir⁹⁴⁵.

3.3.2. Yükümlülük İçeriğinin Kabul Edilemez Olması

Makul olmama, somut olayın özelliklerine göre değişebilir. Ancak bazı haller, somut olaya göre değişmeyen, “genel nitelikteki bir makul olmama” durumu değerlendirilmelidir.

⁹⁴⁰ Higi, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 160, N.20.

⁹⁴¹ Örnekler için bkz. Bracher, N. 307.

⁹⁴² Bracher, N. 307.

⁹⁴³ Bracher, N. 308.

⁹⁴⁴ Çiftçi ise olması gereken hukuk bakımından, tanıklıktan çekinme hakkını düzenleyen HMK m.250/b bendinin “tanığın maddî ve manevî varlığını tehlikeye düşürecek durumlarda” kaçınma hakkı tanınması yönünde görüş bildirmiştir. Bkz. Çiftçi, İspat Hakkı, s. 610.

⁹⁴⁵ Çiftçi, İspat Hakkı, s. 611.

Yükümlülükler, kişilerin korunan temel hak ve özgürlüklerini ilgilendirir. Bu temel hak ve özgürlüklere müdahale “kabul edilemez” ise üçüncü kişinin yükümlülüğüne karar verilmemelidir. Bu sınırlandırmaların dayanağını da daha üstün nitelikteki uluslararası sözleşmeler ve anayasa, özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler oluşturur. Kabul edilemez nitelikteki yükümlülük içeriği olarak, özellikle, anayasada temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların sınırını oluşturan “hakkın özüne ilişkin (Anayasa m. 13)” müdahaleler düşünülebilir⁹⁴⁶. Keşif konusu nesnenin tahrip edilmesi; yalan makinesi kullanılarak, baskı altında beyanda bulunması kabul edilemez nitelikteki yükümlülük içeriklerine örnek olarak verilebilir⁹⁴⁷. Kişinin sağlığını tehlikeye düşürecek yükümlülük içeriği de kabul edilemez nitelikteki yükümlülüktür. Üçüncü kişinin kendi isteği olsa bile, kabul edilemez yükümlülük içeriğini yerine getirmesi beklenmez. Üçüncü kişinin böyle bir yükümlülük içeriğini kabul etmesi, mahkeme için önemsiz olup, mahkeme o delilin yargılamaya getirilmesine veya toplanmasına karar vermemelidir. Bu bağlamda, üçüncü kişinin hayatını riske atacak cerrahi müdahaleye (operasyona) üçüncü kişinin kendi isteğiyle dahi karar verilmemelidir. Riskin çok az olması dahi önemsizdir. Alman hukukundaki bir kararda taraftan bu yönde talepte bulunulması dahi, kişi üzerinde baskı oluşmasına neden olacağı belirtilmiştir:

*“Taraftan kendi isteği olsa bile, mahkeme taraftan hayatını riske atacak delilin kabul edilebilir olduğu kararı veremez. Hatta taraftan kendisine, uyuşmazlık konusu vakıyı belge, uzman görüşü ve diğer delillerle ispatlaması için, mahkeme dışında gerçekleştirilecek operasyon ve incelemenin sonucunu belirlenecek bir tarihe kadar sunmaya ilişkin belirli bir süre verilmesi yönünde karar da vermemelidir. Çünkü, böyle bir prosedür ve karar, hayati tehlike oluşturacak komplikasyonlarla ilişkilendirilebilecek bir operasyon geçirmesi için kişi üzerinde dolaylı baskı oluşturabilir.”*⁹⁴⁸

Kişinin yaşam hakkını etkileyerek (etkileyebilecek olasılığı da dâhil) elde edilen delilin hukuka aykırılığı söz konusu olacaktır. Böyle bir yöntemle elde edilecek delilin yargılamada dayanak oluşturması, kişinin yaşam hakkını tehlikeye attığından (Anayasa m. 17), hukuka

⁹⁴⁶ Hakkın özüne yönelik sınırlandırılan haller doktrinde şu ölçütlerle belirtilmiştir: “a) Gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştırıcı, veya imkânsızlaştırıcı, b) onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tâbi tutucu, c) açıkça yasaklayıcı, d) örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu, e) ciddi surette güçleştirici, f) amacına ulaşmasını önleyici, h) hürriyetten faydalanmayı genel surette izin alınmasına bağlı tutucu, i) ne ifade ettiği açıkça anlaşılamayan ve her türlü yoruma elverişli bulunan terimlerle belirtilen hükümlerle sınırlayıcı, j) hakkı genel olarak ortadan kaldırıcı, k) yararlanmayı yok edecek derecede önleyici veya engelleyici anlamda dolaylı ya da dolaysız etkileyici.” Bkz. Örücü, Esin, “1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özünü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özünü” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1975, Cilt: 41, Sayı: 3-4, ss. 145-161, s. 157.

⁹⁴⁷ Bracher, N. 305.

⁹⁴⁸ Oberlandesgerichts Düsseldorf, 14.06.1984, 166/83 (NJW, 1984, s. 2635).

aykırı elde edilen delil olarak kabul edilecek ve mahkemede değerlendirmeye de alınmayacaktır (Anayasa m. 38; HMK m. 189/2).

Kabul edilemez nitelikteki yükümlülük içeriği, kaçınma hakkında olduğu gibi genel-soyut nitelikte olup, somut yargılamaya göre değişmez⁹⁴⁹. Kaçınma hakkından farkı ise bu sınırlandırmalar, daha baştan, mahkeme tarafından yükümlülüğe hükmedilirken dikkate alınmalı ve üçüncü kişi için dolaylı da olsa baskı oluşturulmamalıdır. Kaçınma hakkında, üçüncü kişi, yükümlülüğün yerine getirilmemesindeki sebebi mahkemeye sonradan ileri sürerken; kabul edilemez nitelikteki sınırlandırmalar, daha baştan mahkeme tarafından dikkate alınır ve yükümlülüğün sonradan iptal edilmesi sonucunu doğurmaz⁹⁵⁰.

3.4. Kaçınma Hakkının Hukukî Niteliği

Kaçınma hakkı, niteliği itibarıyla bir haktır, yükümlülük değildir⁹⁵¹. Bu hak, üçüncü kişiye, mahkeme tarafından tesis edilen kamu hukuku niteliğindeki yükümlülüğün kaçınma yetkisi verir. Başkaca deyişle, üçüncü kişi, kaçınma hakkına dayanarak devletin (mahkemenin) egemenlik ilişkisine göre kurulan yükümlülüğün kaçınabilir⁹⁵². Kaçınma nedenleri temel olarak kanun koyucu tarafından belirlenir ve tespit edilir. Bunun sonucunda, kaçınma hakkı yaratan nedenler, başka kaynaklara ve o kaynaklardaki hükümlere dayanarak genişletilemez. Örneğin, kişiliğin korunmasına ilişkin hükümleri ileri sürerek üçüncü kişi için öngörülmemeyen bir kaçınma hakkı yaratılamaz⁹⁵³. Daha somut bir örnek verilecek olursa, tanık, kişisel verilerinin korunması gerektiğini iddia ederek olaya ilişkin bildiklerini beyan etme yükümlülüğünden kurtulamaz⁹⁵⁴. Bundan başka meslek sırrına sahip olan avukat ve hekim gibi kişilerin sır saklama yükümlülüğü yalnızca bu kapsama giren olaylar için geçerlidir. Üçüncü kişinin bu meslek sırrı niteliğindeki olaylar dışındaki yükümlülükleri için kaçınma hakkının genişletilmesi mümkün değildir.

Kaçınma hakkı, kamu hukukuna dayanan hukukî niteliğe sahiptir ve kanunda öngörülen koşullar yerine getirildiğinde hakkın kullanılmasına izin verilmelidir. Mahkeme, kamu hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesinin gereği olarak kanunda öngörülen kaçınma hakkına saygı duymalıdır (kanunun üstünlüğü ilkesi). Böylece mahkeme yalnızca kanunda öngörülen koşulların yerine getirilip getirilmediğini incelemelidir. Başka bir maddî hukuktaki hükme

⁹⁴⁹ Bracher, N. 306.

⁹⁵⁰ Bracher, N. 306.

⁹⁵¹ Schmid (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.46.

⁹⁵² Bracher, N. 321; Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 366.

⁹⁵³ Bracher, N. 322. Alman hukukunda da evlat edinmenin gizliliğinin korunması yasağının, (§ 1758 BGB), kaçınma hakkını gerekçelendirmeyeceği ve tanıklıktaki kamu yararının daha ağır bastığı ifade edilmiştir. Berger (Stein/Jonas), § 383, N. 13.

⁹⁵⁴ Bracher, N. 322.

dayanarak örneğin bilgi verilmesi zorunluluğuna dayanarak, üçüncü kişinin kaçınma hakkına sahip olmadığı sonucuna varılamaz⁹⁵⁵. Kaçınma hakkı öngörülen nedenler, çoğu halde, üçüncü kişinin temel hak ve özgürlüklerini ilgilendirdiğinden, böyle bir sözleşme yapılması, ilgili kişinin hak ve özgürlüklerine de müdahale oluşturabilir ve sözleşmenin geçersizliğine neden olabilir.

“Taraflar arasında düzenlenen 11/05/2015 tarihli ‘‘Uzlaşma Tutanağı’’ başlıklı belge, kesin olarak hükümsüz bir sözleşme olarak kabul edilmelidir. Çünkü davalı, davacıdan, eşiyle gayrimeşru ilişki yaşadığına dair tanıklıkta bulunmasını istemektedir. Kişinin, üçüncü bir kişiyle meşru veya gayrimeşru biçimde yaşadığı ilişkiyi açıklamaya zorlamayı içeren koşul, ahlaka aykırı bir edim olduğu gibi özel hayat ve aile hayatının ihlali anlamına gelir ki kimse böyle bir konuda tanıklıkta bulunmaya zorlanamaz. Dolayısıyla kişinin şeref ve itibarına yönelik bir konuda mahkeme huzurunda açıklama yapmaya zorlayan sözleşmeyi hukuken geçerli kabul etmek mümkün değildir.”⁹⁵⁶

3.5. Kaçınma Hakkını Kullanmanın Koşulları

3.5.1. Hak Sahibi Olunması

Yükümlü üçüncü kişi, aynı zamanda kaçınma hakkının da sahibidir⁹⁵⁷. Böylece yükümlü kişiler, tanık, bilirkişi veya incelemeye izin vermekle yükümlü kişiler, kaçınma hakkını kullanacaktır. Üçüncü kişi, bazı hallerde, kendisinin dışında, başka kişilerin de menfaatlerini de korur. Nitekim yakın ilişkiler nedeniyle (HMK m. 248, 250) veya sır saklama yükümlüğü (HMK m. 249) nedeniyle kaçınma hakkında, üçüncü kişi kaçınma hakkını kullanarak yakın kişilerin veya sır sahibinin de menfaatini korur. Ancak bu durum, asıl menfaat sahibi kişinin, üçüncü kişilerin yerine kaçınma hakkını kullanmasına yol açmaz. Örneğin, üçüncü kişinin eşi, kendisini suçlayacağından bahisle eşinin beyanda bulunmasından veya incelemeye izin vermekle yükümlülüğünden kurtarmak için kaçınma hakkını kullanamaz⁹⁵⁸.

Kişinin bizzat yerine getirmekle yükümlü olduğu kişi üzerindeki incelemeler dışındaki incelemeye izin verme yükümlülüklerinde (belge ve keşif konusunda) yükümlülük, temsilen de yerine getirilebilir. Benzer şekilde, tüzel kişinin yetkilisi (gerçek kişi, organ), tüzel kişinin

⁹⁵⁵ Bracher, N. 323.

⁹⁵⁶ Yargıtay 4. HD., T. 06.07.2021, E. 2020/2014, K. 2021/4239 (Lexpera).

⁹⁵⁷ Taraf, üçüncü kişi yerine kural olarak kullanamaz. Dava ehliyetine sahip olmayan tarafın davasının kanuni temsilcisi tarafından yürütülmesi halinde ise dava ehliyetine sahip olmayan taraf, tanık olarak dinlenir. Tarafın kendi davasında aleyhine olacak şekilde beyanda bulunmak zorunda kalmaması gerektiğinden, tanıklıktan kaçınma hakkına sahip olduğu doktrinde kabul edilir. **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), § 383, N.4; **Trautwein** (Prütting/Gehrlein), § 383, N.6.

⁹⁵⁸ Bracher, N. 330.

yerine, belge ve keşif konusu belgenin incelenmesinin yerine getirilmesi için yükümlü kılınır. Bu durumlarda, temsilci veya organ, kaçınma hakkını yükümlü üçüncü kişi adına kullanan yetkili kişidir. Kaçınma hakkı sahibi, tüzel kişinin kendisi olup; yükümlülüğü yerine getiren ve kaçınma hakkını kullanacak yetkili kaçınma hakkına sahip değildir. Dolayısıyla örneğin, zilyetliği tüzel kişiye ait olan belgenin ibrazında, ibraz etmekle yükümlü olan tüzel kişinin, tek kişilik yönetim organı, belgenin teslim edilmesini sağlamakla yükümlüdür. Yetkili organ, belgenin içeriğinin kendisini suçladığı iddiasıyla kaçınma hakkına sahip değildir⁹⁵⁹. Yalnızca belge içeriğinin bizzat tüzel kişinin kendisini suçlaması halinde tüzel kişi yetkilisi (organı), kaçınma hakkını kullanabilir. Aynı sonucu dolaylı zilyetlik ilişkisinin varlığında da düşünmemiz gerekir. Kiralanan taşınmazın sahibi yükümlü kılınmışsa, taşınmaz maliki, kiracının kaçınma hakkını ileri sürerek yükümlülüğünden kaçınmaz⁹⁶⁰.

İnceleme konusu nesne veya belge üzerinde birlikte zilyetlik varsa bu durumun ne olacağı sorgulanabilir. Kaçınma hakkı sahibinin hakkının engellenmemesi amacıyla, yükümlü kişi, diğer zilyedin kaçınma hakkını ileri sürebilmelidir⁹⁶¹. Buna karşılık, taraf ile üçüncü kişi arasında birlikte zilyetlik varsa, üçüncü kişinin, taraf lehine kaçınma hakkını ileri süremeyeceği belirtilmiştir⁹⁶². Bu görüşe katılmakla birlikte, müşterek zilyetlik söz konusu olduğunda, üçüncü kişi değil, taraf yükümlü kılınmalı (ikincillik ilkesi) ve taraf, birlikte zilyetliği bulunan üçüncü kişi (diğer zilyet) lehine kaçınma hakkını ileri sürebilmelidir.

Tüm yükümlülüklerde kaçınma hakkı, tanıklıkların kaçınma hakkı hükümlerine atıf yapılarak belirlenmiştir. Tanık gerçek kişi olduğundan hükümler gerçek kişilere özgüdür. Tüzel kişi olan üçüncü kişi söz konusu olduğunda ise tanıklıklar hakkındaki hükümlerin niteliğine uygun düşenler dikkate alınır. Örneğin, tüzel kişi, kişisel nedenlerle kaçınma hükümlerine (HMK m. 248) göre yükümlülüğünden kaçınma hakkına sahip olmayacaktır. Ayrıca tüzel kişi yakınlarının maddî bir zarara uğrayacağı tehlikesi ya da yakının soruşturmaya uğrayacağı nedenleriyle (HMK m. 250/1, a ve b) kaçınma hakkına sahip olamayacaktır⁹⁶³. Tüzel kişi ile menfaat birlikteliği olanlar bu hükümlere göre kaçınma hakkına sahip olmayacaktır. Örneğin, tek ortağı olan anonim şirketin organı ile şirket arasındaki menfaat birlikteliği, tüzel kişinin taraf olduğu yargılamada ortağa kaçınma hakkı vermeyecektir.

⁹⁵⁹ **Damrau/Weinland**, (MüKoZPO), § 383, N. 11.

⁹⁶⁰ **Bracher**, N. 331.

⁹⁶¹ **Bracher**, N. 332.

⁹⁶² **Bracher**, N. 332.

⁹⁶³ Tüzel kişinin kendisine doğrudan doğruya maddî zarar vermesi halinde kaçınma hakkının mümkün olduğu hakkında bkz. **Huber** (Musielak/Voit), § 384, N. 3.

3.5.2. Kaçınma Hakkının İleri Sürülmesi

Üçüncü kişi, kaçınma hakkının varlığını ileri sürmediği sürece, bir kaçınma hakkının varlığı, üçüncü kişi hakkında katkıda bulunma yükümlülüğünün mahkeme tarafından emredilmesini ve uygulanmasını engellemeyecektir. Örneğin, bir tarafın yakını olan (annesi, eşi vs.), tanık olarak dinlenilmek üzere mahkemeye çağrılabilir. Üçüncü kişinin ise kaçınma hakkını ileri sürmesi gerekir. Üçüncü kişinin kaçınma hakkını ileri sürmemesi, onu katkıda bulunma yükümlülüğünden kurtarmaz. Üçüncü kişi kural olarak kaçınma hakkını kullanmak zorunda değildir. Yalnızca kaçınma hakkına sahip kişi, beyanda bulunacak olursa mahkeme delillerin değerlendirilmesi kapsamında, ne ölçüde dikkate alınacağına karar vermelidir⁹⁶⁴. Örneğin, üçüncü kişinin tanık olarak ifadesi alındığında, delillerin değerlendirilmesi bağlamında, tarafa yakınlığı dikkate alınacaktır⁹⁶⁵. Üçüncü kişi ile birden fazla dava arkadaşından biriyle arasında kanunda tanınan anlamda yakın ilişki varsa ispat konusu yalnızca bu dava arkadaşını ilgilendirdiğinde, üçüncü kişi kaçınma hakkını kullanabilir⁹⁶⁶.

Kaçınma hakkı mutlaka ilgili kişi tarafından ileri sürülmelidir. Kural olarak kaçınma hakkı sahibi kendisi ileri sürmelidir. Mahkeme, kendiliğinden kaçınma hakkı hakkında karar veremez. Hukukumuzda mahkemenin üçüncü kişiye kaçınma hakkı konusunda aydınlatma yükümlülüğü de düzenlenmiştir. Yasal düzenleme yalnızca kişisel nedenlerle kaçınma hakkında üçüncü kişiye kaçınma hakkı olduğunun hatırlatılması şeklindedir (HMK m. 248/2). Buna karşılık, kaçınma hakkının varlığının diğer nedenler halinde de hatırlatılması gerekir⁹⁶⁷. Üçüncü kişinin yargılamada kendisini temsil ettirmediği de dikkate alındığında, üçüncü kişi açısından sakıncalı durumlar doğabilir. Örneğin, çocuğun kendisini ceza soruşturması ve kovuşturması tehlikesinde bırakması ihtimali düşünüldüğünde bu hakkın tanınmasının zorunluluğu ortaya çıkar⁹⁶⁸.

Kaçınma hakkı, kişisel (şahsi) bir haktır. Bu nedenle fiil ehliyetine sahip olmayan üçüncü kişi, eğer kaçınma hakkının anlamını, kapsamını ve vazgeçmeyi gerektiren karar verme ehliyetine (muhakeme ehliyetine) sahipse, bu hakkı kullanıp kullanmayacağına kendisinin karar vermesi gerekir⁹⁶⁹. Bu halde, kaçınma hakkının ileri sürülmesi için kanuni temsilcinin onayına ihtiyaç da yoktur. Bu ehliyetin eksikliğinde kural, kanuni temsilcinin karar vermesidir⁹⁷⁰. Mahkeme ergin olmayan üçüncü kişinin tanıklık için ehliyetinin olduğunu ancak

⁹⁶⁴ Schmid (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.46.

⁹⁶⁵ Schmid (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.46.

⁹⁶⁶ Trautwein (Prütting/Gehrlein), § 383, N. 4.

⁹⁶⁷ Umar, Şerh, s. 773.

⁹⁶⁸ Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bkz. 4.2.2. Kararın İçeriği.

⁹⁶⁹ Frank/Strauli/Messmer, § 164, N. 4b.

⁹⁷⁰ Frank/Strauli/Messmer, § 164, N. 4b.

kaçınma hakkının önemini anlamada eksiklik olduğunu tespit edebilir. Bu ihtimalde mahkeme kanuni temsilcinin rızasıyla ergin olmayan üçüncü kişinin dinlenilmesine karar verebilir. Kanuni temsilci kaçınma hakkını ileri sürerse, ergin olmayan üçüncü kişi beyanda bulunmak istese de beyanda bulunmasına izin verilmemelidir. Bunun temel nedeni ergin olmayan üçüncü kişinin kendisinin göremediği çatışma durumundan korumak içindir⁹⁷¹.

Çocuğun kaçınma hakkının kullanılıp kullanılmayacağına kural olarak her iki ebeveyn rıza göstermelidir. Çocuk, ebeveynlerinin boşanma davasında tanık olarak dinleniyorsa, bu hususta karar verme yetkisi, kayyıma devredilir⁹⁷². Eşlerden birinin taraf olduğu yargılamada ise diğer eş için aksine karar olmadıkça, eşin onay vermesi yeterlidir⁹⁷³.

Kanuni temsilci, üçüncü kişinin açıkça belirttiği iradesine aykırı olarak kaçınma hakkından feragat etme yetkisine sahip değildir. Böylece kaçınma hakkına sahip olan hiçbir üçüncü kişi için yaşına veya anlama yeteneğine ya da kaçınma hakkı niteliğinin kendisi için ne kadar belirsiz olduğuna bakılmaksızın, onun kendi isteğine aykırı olarak beyanda bulunmakla yükümlü tutulamaz. Kaçınma hakkının varlığına rağmen üçüncü kişiyi kendi iradesine aykırı olarak katkıda bulunmakla yükümlü tutmak kanunun getiriliş amacıyla (*ratio legis*) bağdaşmaz⁹⁷⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ne açıkça ne de anlam yoluyla üçüncü kişinin kaçınma hakkını kullanması zorunluluğu öngörülmemiştir. Yargılamada gerçeğin araştırılması kapsamında, üçüncü kişinin kaçınma hakkını kullanmasında kamu yararı yoktur⁹⁷⁵. Üçüncü kişinin kaçınma hakkını kullanıp kullanmamak kural olarak kendisine bırakılmıştır. Üçüncü kişi isterse kaçınma hakkını kullanır; isterse de gönüllü olarak katkıda bulunur. Üçüncü kişi, usûl hukukuna dayanan kaçınma hakkını kullanmazsa, maddî hukuktaki bazı olumsuz sonuçlarla karşılaşabilir. Ancak bu durum kaçınma hakkını kullanmakla yükümlü olduğu sonucunu doğurmaz⁹⁷⁶. Üçüncü kişinin kaçınma hakkını kullanmayarak gönüllü olarak katkıda bulunmayı gerçekleştirmesi, gizlilik yükümlülüğünün ihlalini haklı göstermemelidir. Bu nedenle maddî hukuka dayanan sır saklama yükümlülüğünün ihlali, ceza kanununda düzenlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu oluşturabilir (TCK m. 134). Üçüncü kişi, sır sahibinin maddî ve manevi zararını karşılamakla da yükümlü tutulabilir⁹⁷⁷.

Sorumluluğun dışında bir de sır sahibinin rızası olmaksızın tanığın beyanı, belgenin

⁹⁷¹ **Berger** (Stein/Jonas), § 383, N. 5.

⁹⁷² **Berger** (Stein/Jonas), § 383, N. 7.

⁹⁷³ **Berger** (Stein/Jonas), § 383, N. 8.

⁹⁷⁴ **Hauser**, s. 147.

⁹⁷⁵ **Bracher**, N. 326.

⁹⁷⁶ Maddî hukuktaki hükümler dolayısıyla üçüncü kişinin kaçınma hakkını kullanmakla yükümlü olduğu hakkında bkz. **Stachelin/Stachelin/Grolimund**, § 18, N. 70

⁹⁷⁷ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 377.

incelenmesi neticesinde elde edilen delilin hukuka aykırı olup olmadığı meselesi doktrinde tartışılmıştır. Bir görüş, delilin yargılamada dikkate alınması gerektiğini kabul ederken; diğer görüş ise elde edilen delilin hukuka aykırı olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁹⁷⁸. Bu son görüşe göre, sır sahibinin rızası olmaksızın tanık olarak beyanda bulunulmuşsa veya belge incelenmişse, elde edilen delil, hukuka aykırı delildir. Çünkü maddî hukuka aykırı yollardan delil elde edilmiştir. Meslek sahibi kişi, maddî hukuka ilişkin sır saklama yükümlülüğünü özel hukuk, ceza hukuku ve idare hukuku anlamında⁹⁷⁹ ihlal etmiştir. Hatta diğer bir kişinin menfaati dikkate alındığında, o kişinin rızası bulunmuyor ve durum baştan belliyse, mahkeme o delili toplamaktan da vazgeçmelidir⁹⁸⁰. Kanaatimizce üçüncü kişi kaçınma hakkını ileri sürmemişse ve yükümlülüğü yerine getirmişse, o delilin yargılamada dikkate alınması gerekir. Kaçınma hakkını mahkeme kendiliğinden dikkate alamayacağı gibi sır sahibinin rızasının varlığını da mahkeme kendiliğinden dikkate alamayacaktır. Üçüncü kişinin maddî hukuka ilişkin hükümleri ihlal etmesi, onun sorumluluğunun doğmasına sebebiyet verecektir. Delilin hukuka aykırılığı sonucunu doğurmaz.

Üçüncü kişi kaçınma hakkının koşullarının oluştuğunu mahkemeye ispatlamalıdır. Üçüncü kişi kaçınma hakkının varlığına ilişkin salt beyanla yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınamaz. Üçüncü kişi, kaçınma hakkının koşullarını gerçeğe yakın şekilde ispatlamalıdır. Üçüncü kişinin kaçınma hakkının koşullarını tam olarak ispatlaması beklenmemelidir. Çünkü böyle bir şey beklenirse, üçüncü kişi çoğu olayda sırları kısmen de olsa açıklamak zorunda kalır⁹⁸¹. Mahkeme yapmış olduğu incelemede, kaçınma nedeninin haklılığını tespit ederse, üçüncü kişinin yükümlülüğüne ilişkin kararı geri almalıdır.

Somut olayda birden fazla kaçınma nedeni varsa, üçüncü kişi bunlardan birine ya da hepsine dayanarak katkıda bulunmaktan kaçınabilir. Ancak üçüncü kişi belirli vakıyyla ilgili kaçınma hakkından vazgeçerse, o vakıyyla ilgili yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır⁹⁸². Yalnız menfaat ihlali tehlikesi nedeniyle (HMK m. 250) veya sır nedeniyle kaçınma hakkında (HMK m. 249), üçüncü kişi belirli bir vakıya (konuya) bağlı olarak kaçınma hakkını kullanır ve üçüncü kişinin sınırlı bir kaçınma hakkı vardır. Kanunda sayılı kişisel ilişkiler nedeniyle

⁹⁷⁸ Delillrin dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. Donay, Sühely, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul, 1978, s. 551; delilin hukuka aykırı delil olarak değerlendirilmesi hakkında bkz. **Budak**, Meslek Sırrı, s. 551. İsviçre hukukunda maddî hukuka aykırı olarak elde edilen delil olduğu hakkında bkz. **Kılıçoğlu**, Hukuka Aykırı Delil, s. 49. İsviçre hukukunda sır sahibinin rızası alınmaksızın açıklanmışsa, mahkemenin katkıda bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmesinden elde edilen sonucu yargılama sırasında değerlendirebileceği de ifade edilmiştir. Bkz. **Higi** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 166, N. 11.

⁹⁷⁹ Örneğin, avukatın meslek sırrını açıklamaması onun meslek kurallarındandır.

⁹⁸⁰ İsviçre hukukunda bu görüş için **Stachelin/Stachelin/Grolimund**, § 18, N. 70.

⁹⁸¹ **Higi** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 166, N. 9; Belge ibrazından tarafların kaçınması hakkında bkz. **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 330 vd.

⁹⁸² **Higi**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 166, N. 9.

tanınan kaçınma hakkında ise üçüncü kişi belirli bir vakıa ve konuyla bağılı değildir. Bu nedenle üçüncü kişi kişisel nedenlerle kaçınma hakkını ileri süreceğ olursa bu gerekçe, diğere kaçınma nedenlerine nazaran öncelikle dikkate alınır.

3.5.3. Kaçınma Nedenlerinin Bulunması

3.5.3.1. Kaçınma Nedenlerinin Ayrımı

Kaçınma nedenleri (tanıklıktan çekinme nedenleri) farklı şekillerde sınıflandırılabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kişisel nedenlerle (HMK m. 248); sır nedeniyle (HMK m. 249); menfaat ihlali tehlikesi (HMK m. 250) nedeniyle kaçınma şeklinde üç temel ayırım yapılmıştır. Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin gizlenmesi ise izne bağılı haller başlığı altında madde 242'de düzenlenmiştir. Alman hukukunda kişisel nedenlerle (dZPO § 383) ve nesnel nedenlerle (dZPO § 384) şeklinde ve İsviçre hukukunda ise geniş (SchZPO m. 165) ile sınırlı (SchZPO m. 166) şekilde kaçınma nedenleri düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda geniş ve sınırlı kaçınma hakkı, çekinme nedenine bağılı olarak hakkın kapsamını belirlemekteyken⁹⁸³; Alman hukukundaki kişisel nedenlerle kaçınma hakkı, belirli kişilerle kaçınma hakkını ve kapsamını; objektif nedenlerle kaçınma hakkı ise belirli bir duruma bağılı kaçınma hakkını ve kapsamını belirlemektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da tanıklıktan çekinme halleri madde 45 vd. düzenlenmiştir. Madde 45'te belirli yakın ilişkiler nedeniyle çekinme halleri; madde 46'da meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle çekinme; madde 47'de devlet sırrı niteliğindeki bilgilerde tanıklığa ait gizlilikten; madde 48'de kendisi veya yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratılabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebileceğı haller nedeniyle çekinme hallerine yer verilmiştir.

Kaçınma nedenlerini oluşturan ayırma bağılı sınıflandırma, kanun koyucunun tercihini ortaya koymaktadır. Bu ayrımlara bağılı sonuçlar kaçınma hakkının kapsam ve koşulları tespit etme noktasında belirleyicidir. Biz çalışmada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki ayırma dikkate alarak açıklamada bulunacağız.

3.5.3.2. Kişisel Nedenlerle Kaçınma Hakkının Koşulu ve Kapsamı

Hukukumuzda kişisel nedenlerle kaçınma hakkı yalnızca tarafla belirli derecede sıkı aile bağları veya aile bağlarına benzer (koruyucu aile) yakın ilişkiler için düzenlenmiştir. Bu

⁹⁸³ İsviçre hukuku doktrinde bir diğere ayırım da gerçek ve gerçek olmayan kaçınma hakkı noktasındadır. Bu ayırım ise sır saklama yükümlülüğünde üçüncü kişinin onayı ya da mahkemenin onayına bağılılığındadır. Üçüncü kişi, katkıda bulunmaya kendisinin karar verip veremeyeceğı hallerde gerçek kaçınma hakkına sahiptir. Ancak üçüncü kişinin kaçınma hakkı mahkemenin onayına bağılı ya da diğere bir kişinin onayına bağılı ise gerçek olmayan kaçınma hakkından söz edilir. Bu ayırım için bkz. **Hauser**, s. 133.

kaçınma hakkını kullanılabilmesi için davanın tarafıyla belirli derecede aile bağı ya da aile bağına benzer bir yakınlık kanunda öngörülmüştür. Taraflardan birinin tüzel kişi olduğu ihtimalde bu nedenle kaçınma hakkı yoktur. Çünkü tüzel kişi niteliği gereği insana ait bu yakınlığa sahip değildir. Aşağıda görüleceği üzere, taraflardan biri tüzel kişiyse, tüzel kişinin yetkili temsilcisinin yakınları da kaçınma hakkına sahip olmayacaktır. Davada taraf kim ise onların yakınları kaçınma hakkına sahiptir.

3.5.3.2.1. Koşul: Üçüncü Kişinin Tarafla Kanunda Belirtilen Düzeyde Yakın İlişki İçinde Olması

Tarafla belirli bir yakınlık bulunan kişiler tanıklıktan kaçınma hakkına sahiptir (HMK m. 248). Bu kişiler kaçınma hakkına sahip olduğundan, yükümlülüğü yerine getirmekten kurtulabilir. Taraf ve üçüncü kişi arasındaki aile bağları hesaba katıldığından, aileyi koruyan bir hükümdür. Yükümlülüklerin yerine getirilmesi, üçüncü kişilerin birçok menfaati ile ahlaki ve hukukî yükümlülükleri ile çatışır⁹⁸⁴. Bu kaçınma hakkı öngörülmeseydi, ailenin bir üyesi, diğer bir üyesinin delillerin toplanmasındaki sürecine katılmak zorunluluğu nedeniyle vicdan ve sadakat çatışması yaşayacaktı. Bu nedenle hüküm, üçüncü kişiyi vicdan ve sadakat çatışması içinde bırakmaktan kurtarır⁹⁸⁵. Kanun koyucu belirli sayıdaki kişiler için kaçınma hakkını kabul etmiş olduğundan, diğer kişiler için yaşanacak çatışmaları üçüncü kişi üzerinde bırakmıştır. Diğer kişilerde yaşanacak menfaat çatışmaları ile gerçeğin aydınlatılması menfaatinin çatışması arasında, gerçeğin aydınlatılması tercih edilmiştir.

3.5.3.2.1.1. Taraf Kavramı

Bir taraf ile olan ilişki nedeniyle yakınlığından bahsedildiğinden, bu taraf kavramı açıklanmalıdır. Tarafla yakınlık anlamında çıkış noktası “maddî taraf” kavramında belirmektedir. Medenî usûl hukukunda şekli taraf kavramı kabul edilmekle birlikte, buradan “şekli taraf” kavramının tüm taraf işlevlerinde geçerli olduğu sonucu varılamaz⁹⁸⁶. Çünkü bir hükmün şekli mi yoksa maddî ilişkiye göre mi belirleneceği yorum yoluyla belirlenebilir⁹⁸⁷. Tarafla yakınlık ilişkisi temeline dayanan kaçınma hakkı, üçüncü kişinin vicdan ve sadakat çatışmasından doğmuştur. Bu nedenle maddî taraf kavramına dahil tarafın yakınlarının kişisel ilişkisi nedeniyle kaçınma hakkı söz konusu olacaktır⁹⁸⁸. Bu görüşün sonucunda, örneğin şekli taraf kavramına sahip tarafın yakınlarının kaçınma hakkı reddedilecektir. Üçüncü kişi görevi

⁹⁸⁴ Trautwein (Prütting/Gehrlein), § 383, N. 1.

⁹⁸⁵ Stachelin/Stachelin/Grolimund, § 18, N. 76.

⁹⁸⁶ Henckel, Wolfram, *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, Heidelberg 1961, s. 125 vd.

⁹⁸⁷ Berger (Stein/Jonas), § 383, N. 21.

⁹⁸⁸ Benzer sonuç için bkz. Damrau/Weinland (MüKoZPO), § 383, N. 5; Greger, Zöller, § 383, N. 2.

gereği davayı takip etmekle yükümlü kişiye, başka bir kişi için yargılamayı takip ettiğinden, dava takip yetkisine sahip kişinin yakınları kaçınma hakkına sahip değildir⁹⁸⁹. Aynı sonuç gereği, iflâsa ilişkin davalarda, iflâs eden kişinin yakınları kaçınma hakkına sahip olacaktır⁹⁹⁰.

Taraf yardımcısı konumunda olan, fer'i müdahil ile üçüncü kişi arasındaki ilişki kaçınma hakkı vermez⁹⁹¹. İradi temsilci ve kanuni temsilci de kanundaki kişiler arasında sayılmamıştır. Ayrıca tarafla olan ilişkisi bahsedildiğinden, tarafın iradi veya kanuni temsilcisinin yakınları, kişisel yakınlık sebebiyle kaçınma hakkı da tanımaz.

3.5.3.2.1.2. Kanundaki Yakın İlişki

3.5.3.2.1.2.1. Nişanlılık, Evlilik

İki taraftan birinin nişanlısı olması tanıklıktan kaçınma nedeni olabilecek yakınlık olarak kanunda kabul edilmiştir (HMK m. 248/1, a). Nişanlılık, medenî hukuktaki hükümlere göre değerlendirilmeli ve geçerli bir nişanlılık ilişkisinin varlığında, üçüncü kişi, kaçınma hükümlerinden yararlanabilir. Bu nedenle nişanlanmanın yokluğu, genel ahlaka, kamu düzeni gibi nedenlerle emredici hukuk kurallarına aykırılığı nedeniyle geçersizliği hallerinde nişanlanma olmadığından, bu kişilerin nişanlılık nedeniyle, kaçınma hakkı yoktur⁹⁹². Nişanlanmanın yokluğu, kurucu unsurlardaki eksiklikten doğar. Nişanlanmada kurucu unsurlar, karşılıklı evlenme vaadi ile bu vaatte bulunanların ayrı cinsiyetlerde olmalarıdır. Taraflar arasından evlenme vaadi bulunmuyorsa ve/veya her ikisi de aynı cinsiyette ise kaçınma hakkı yoktur. Nişanlanmanın geçersizliği ise kurucu unsurlarında eksiklik olmayan işlemin, geçerlilik unsurlarındaki eksiklikten doğar. Geçersizlik, ayırt etme gücünün eksikliği; evlenme vaadinin emredici hukuk kurallarına, ahlak ve adaba aykırı olması, taraflar arasında muvazaa olması ile evlenmenin imkânsız olması hallerinde doğar (TBK m. 27). Evlenmeleri yasak olan hısımların, akıl hastalarının nişanlanmaları, evli bir kişinin bir başkasıyla nişanlanması, nişanlanmanın geçersizliğine neden olur⁹⁹³. Buna karşılık çocuk, ayırt etme gücüne sahip ve evlenme vaadinin anlamını, sonucunu mantık çerçevesinde anlayabilecek kişiye nişanlanması mümkündür. Kanuni temsilcinin onayı olmasa da nişanlanmadaki önemli olan evlenme vaadi

⁹⁸⁹ **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), § 383, N. 5; **Greger**, Zöller, § 383, N. 2; **Berger** (Stein/Jonas), § 383, N. 24.

⁹⁹⁰ **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), § 383, N. 5; **Greger**, Zöller, § 383, N. 2; **Trautwein** (Prütting/Gehrlein), § 383, N. 5.

⁹⁹¹ **Trautwein** (Prütting/Gehrlein), § 383, N. 5.

⁹⁹² **Seiler** (Thomas/Putzo), § 383, N. 3.

⁹⁹³ Bu kimselerin nişanlanmaları, emredici hukuk kurallarına aykırılığın yanında ahlaka aykırılık ve evlenme vaadinin imkansızlığı sebebiyle geçersizdir. Bkz. **Helvacı**, Serap/Erlüle, Fulya, **Medenî Hukuk**, 4. Bası, İstanbul, 2016, s. 145. Çifte nişanlanmada; ikinci nişanlanma, birinci nişanlanmayı ortadan kaldırma amacını da taşıyorsa geçerli; her ikisinin de devamını sağlıyorsa, geçersiz olduğu hakkında bkz. **Helvacı/Erlüle**, s. 145.

olduğundan, medenî hukuk tarafından kabul edilen hukuken geçersizlik (TMK m. 118), kaçınma hakkına engel olmaz⁹⁹⁴.

Evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi iki taraftan birinin eşi de kaçınma hakkına sahiptir. Nişanlılıkta olduğu gibi evlilik birliğinin geçerli bir şekilde kurulmuş olması gerekir. Evlilik, medenî hukuk öğretisinde kabul edildiği üzere, bir aile hukuku sözleşmesi olup, geçerli bir şekilde kurulmuş olması için, kanundaki sıkı şartların yerine getirilmiş olması gerekir⁹⁹⁵. Geçerli bir şekilde kurulan evlilikten sonra taraflar boşanma ya da mutlak veya nisbi butlan nedenleriyle iptal edilen evlilikte de kaçınma hakkını kullanabilir. Kanunda “evlilik birliği ortadan kaldırılmış olsa” da ifadesine mahkemenin iptal kararı ile geçersiz hale gelen evlilik de dahildir⁹⁹⁶. Çünkü mahkemenin kararı ile iptal edilinceye kadar evlilik, geçerli bir şekilde kurulmuştur⁹⁹⁷. Öte yandan yokluk halinde evlilik geçerli şekilde kurulmadığından üçüncü kişinin kaçınma hakkı yoktur. Aynı cinsten iki kişinin evlenmesi, evlenmenin memur önünde yapılmamış olması, tarafların evlendirme memuru önünde hazır bulundurulmadan yapılmış olması halleri, yokluk sonucunu doğurur. Yurt dışında yapılan evliliklerde Türkiye’de geçerli olarak kabul edilmesiyle şartıyla, eşler kaçınma hakkını kullanabilir⁹⁹⁸.

Hukukumuzda, Alman (dZPO § 383, 2a) ve İsviçre hukukundan (SchZPO § 165/1, a) farklı olarak, ortak yaşayan kişiler için kaçınma hakkı oluşturacak yakınlık olarak kabul edilmemiştir. Bu nedenle resmî nikahı olmadan birlikte yaşayan (imam nikahı da dahil) kişilerin kaçınma hakkı yoktur⁹⁹⁹. Kanunda sayılan kişiler sınırlı sayıda kabul edilmelidir. Çünkü kaçınma hakkı, kanun koyucunun tercihinin bir sonucu olup, kaçınma hakkı sayılmayan diğer hallerde, gerçeğin aydınlatılmasının tercih edildiği düşünülür. Bu hususta imam nikahı olan kişiler için evlilik yok hükmünde olduğundan kaçınma hakkından yararlanamayacağı kabul edilmelidir. Bu kişiler nişanlı da sayılmamaktadır. Çünkü, nişanlanmada “evlenme vaadi” kurucu unsurlardan olup, evlilik birlikteliği olmaksızın birlikte yaşayan bu kişilerin bu gerekçeyle kaçınma hakkı da yoktur¹⁰⁰⁰. Öte yandan diğer kaçınma hakkı nedenleri de bulunmadığı hallerde yükümlülüğü yerine getiren bu kişilerin beyanlarının değerlendirilmesinde, hâkim bu yakınlığı dikkate alacaktır.

⁹⁹⁴ Berger (Stein/Jonas), § 383, N. 26.

⁹⁹⁵ Helvacı/Erlüle, s. 153.

⁹⁹⁶ Berger (Stein/Jonas), § 383, N. 27.

⁹⁹⁷ Helvacı/Erlüle, s. 160.

⁹⁹⁸ Berger (Stein/Jonas), § 383, N. 27.

⁹⁹⁹ 03.11.2017 tarihli ve 30229 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu’nun 6.maddesiyle 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun (RG T. 29.04.2006, S. 26153) “Evlendirme Yetkisi” başlıklı evlendirmeye yetkili memurları belirleyen 22.maddesine “il ve ilçe müftülükleri” de eklenmiştir. Böylece müftülüklere de resmi nikah işlemi yapabilme yetkisi tanınmıştır.

¹⁰⁰⁰ Umar, Şerh, s. 774; Ertanhan, s. 134; Taşkın Adıyaman, Esra, **Medenî Usûl Hukukunda Tanıklıktan Çekinme Hakkı**, Yetkin, Ankara, 2022, s. 40-41.

Evlenmede, bu bağ sonradan ortadan kalksa dahi kaçınabilme hakkı tanınmış olmasına rağmen, nişanlılıkta bu tercih yapılmamıştır. Bu nedenle nişanlı kişilerin sonradan ayrılmasında, bu kişiler bu gerekçeyle kaçınamazlar. Nişanlılık ilişkisinin varlığının arandığı zaman ise üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğünün bulunduğu an itibariyledir. Üçüncü kişi, tanık ise dinlenildiği anda nişanlılık ilişkisinin varlığı devam ediyor olmalıdır¹⁰⁰¹.

3.5.3.2.1.2.2. Hısımlığa Bağlı Yakın İlişkiler

Türk Medenî Kanunu'nda kabul edilen kan hısımlığı, kayın hısımlığı ve kanunla kurulan hısımlık hallerinden bazıları kaçınma halleri arasında sayılmıştır (HMK m. 248/1, c, ç ve d bentleri). Kan hısımlığı doktrinde düz çizgi kan hısımlığı olarak da adlandırılan alt soy-üst soy ve yan soy hısımlığıdır. Biri diğerinden gelen kişiler arasındaki hısımlık alt soy-üst soy hısımlığıdır. Alt soy-üst soy hısımlığı, kişinin hem kendisinin hem de eşinin alt soy ve üst soy hısımlığı dolayısıyla (HMK m. 248/1, c), yükümlülükten kaçınması mümkündür. Alt soy ve üst soy hısımlarında herhangi bir derece öngörülmemiş olup, taraflardan birinin üst soylarından dedesi, babası, annesi; alt soylarından çocuğu, torunu bu sebebe dayanarak kaçınabilir.

Çocukla ana arasında doğuma bağlı soy bağı kurulurken¹⁰⁰²; baba ile soy bağı, kanundaki belirli şartların varlığına bağlı olarak kurulur (TMK m. 285). Bu da hukuken kabul edilen kişiler arasında soy bağı kurulduğunu gösterir. Çocuk ile baba arasında soy bağının kurulmasını sağlayan haller, ana ile evli olma, tanıma ve mahkeme kararıdır (TMK m. 282/2). Bu noktada, medenî hukukun öngördüğü çözüm, tanıklıktan kaçınma hakkı için de geçerlidir. Hukuken belirli şartların yerine getirilmesiyle, medenî hukuka göre soy bağı kurulan kişinin kaçınma hakkı vardır¹⁰⁰³. Öte yandan evlilik dışında doğan kan bağı bulunan babası ancak medenî kanun hükümlerine göre, soy bağı ilişkisi kurulduğu takdirde bu hükme istinaden kaçınma hakkından yararlanacaktır¹⁰⁰⁴.

Soy bağı ilişkisi evlat edinmeyle de hukuken kurulur (TMK m. 282/3). Bu şekilde kurulan soy bağı, “yapay soy bağı” şeklinde ifade edilir. Bu yapay soy bağında, evlatlığın, evlat edinenin kan veya kayın hısımlarıyla hısımlık ilişkisi kabul edilmemiş, kural olarak evlat edinenin de evlatlığın kan ve kayın hısımlarıyla bir hısımlığı kabul edilmemiştir¹⁰⁰⁵. Medenî hukuktaki kabul edilen bu sistem de tanıklıktan kaçınmaya ilişkin hükümlere aynı şekilde sirayet etmiştir. Dolayısıyla evlatlık ile evlat edinen, birbirlerinin taraf olduğu yargılamada

¹⁰⁰¹ Ertanhan, s. 133.

¹⁰⁰² Çocuk ile ana arasında soy bağı, doğumla kurulur. Bu nedenle çoğu durumda, biyolojik anne ile hukuken kurulan soy bağı örtüşür.

¹⁰⁰³ Berger (Stein/Jonas), § 383, N. 27.

¹⁰⁰⁴ Ertanhan, s. 135; Taşkın Adıyaman, s. 42.

¹⁰⁰⁵ Baygın, Cem, “Evlat Edinmenin Sonuçları”, AÜEHFD, C. 7, S. 3-4, Aralık 2003, ss. 627-657, s. 635-636. Ancak istisnaen evlatlığın alt soyu ile evlat edinene kan hısımlı gibi mirasçı olur (TMK m. 500/1).

tanıklıktan kaçınabilecektir. Ancak evlatlık ile evlat edinenin çocuğu arasında hısımlık ilişkisi kurulmadığı gibi bu kişilerin taraf olduğu yargılamalarda tanıklıktan kaçınma hakkı da tanınmamıştır. Evlatlığın taraf olduğu yargılamada, evlat edinenin kardeşi, çocuğu ve eşi de tanıklıktan kaçınma hakkına sahip değildir¹⁰⁰⁶. Evlatlık ilişkisinin sona ermesinde, evlatlık ve evlat edinen arasındaki kaçınma hakkının devam edip etmeyeceği sorgulanabilir. Alman hukukunda kaçınma hakkının devam edeceği kabul edilirken¹⁰⁰⁷; Türk hukukunda kaçınma hakkının devam etmeyeceği kabul edilir¹⁰⁰⁸. Kaçınma hakkı, istisnai hükümlerdir ve bu hükümler dar yorumlanmalıdır. Evlilikte olduğu gibi evlatlık ve evlat edinen arasındaki güçlü bağ dikkate alındığında, evlat edinme ilişkisinin sona erdiği halde de tanıklıktan kaçınma hakkının devam ettiğini olması gereken hukuk açısından kabul etmek gerekirse de evlilik de bunu ayrıca belirten kanun koyucu, evlat edinmede benzer sonucu öngörmemiştir. Bu nedenle evlat edinme ilişkisinin sona erdiğinde kaçınma hakkının olmayacağını kabul eden görüşe katılmaktayız. Evlatlığın, asıl ailesiyle olan ilişkisi ise evlat edinme kararıyla sona ermediğinden (TMK m. 314/4), bu kişiler arasındaki tanıklıktan kaçınma hakkı devam eder.

Yan soy hısımlığı, ortak bir kökten gelen kişiler arasındaki hısımlıktır. Yan soy hısımlığında yalnızca üçüncü derecede dahil olmak üzere olan kişiler yükümlülüğünden kaçınma hakkına sahiptir. Ortak anne ve babadan (tam kan yansoy hısımlığı) ya da sadece anne veya babası bir olan (yarım kan yan soy hısımlığı) diğer kardeş, dayı, teyze, amca, hala, yeğenin tanıklıktan kaçınma hakkı vardır. Kayın hısımlığında da tarafla üçüncü dereceye kadar olan kayın hısımları tanıklıktan kaçınma hakkına sahiptir. Bu doğrultuda üçüncü kişi, eşinin tam veya yarım kan kardeşinin veya kardeşinin eşi, amcasının, halasının veya yeğeninin taraf olduğu yargılamada kaçınma hakkına sahiptir¹⁰⁰⁹.

3.5.3.2.1.2.3. Koruyucu Aile ve Onların Çocukları ile Koruma Altına Alınan Çocuk

Koruyucu ailelik, çeşitli nedenlerle ailesi yanında bakılamayan çocukların kısa veya uzun süreli bakımını üstlenen aile ya da kişiler yanında devletin denetimi altında yetiştirilmeleri

¹⁰⁰⁶ Evlat edinenin eşi ile evlatlık arasında kan veya kayın hısımlığı bulunmadığı gerekçesiyle evlat edinenin eşinin kaçınma hakkı bulunmadığına ilişkin görüş için bkz. **Ertanhan**, s. 135; **Taşkın Adıyaman**, s. 43. Alman hukukunda evlatlık ilişkisine bağlanan kaçınma hakkı, medenî hukukta öngörülen sisteme göre tanınmıştır. Evlatlığın çocuk ve ergin olmasına göre yapılan ayırım, tanıklıktan kaçınma hakkı için de aynı sonucu doğurmuştur. Buna göre, evlatlık çocuk ise çocuk, eşlerin müşterek çocuğu statüsünde olduğu kabul edilir (BGB § 1754). Evlat edinenin hısımları ile evlatlığın arasında da tanıklıktan kaçınma hakkı vardır. Ergin birinin evlat edinilmesinde ise evlat edinenin hısımları ile evlatlık arasında hısımlık ilişkisi doğmaz (BGB § 1770). Tanıklıktan kaçınma hakkı da evlat edinen ile evlatlık arasındadır. Bkz. **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), § 383, N. 17.

¹⁰⁰⁷ **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), § 383, N. 18.

¹⁰⁰⁸ **Ertanhan**, s. 135; **Taşkın Adıyaman**, s. 44.

¹⁰⁰⁹ Alman hukukunda kan hısımlığında kaçınma hakkı üçüncü dereceye kadar kabul edilmişken; kayın hısımlığında kaçınma hakkı ikinci dereceye kadar mümkündür.

amacına hizmet eden bir kurumdur¹⁰¹⁰. Koruyucu aile, Koruyucu Aile Yönetmeliğinde belirlenen usûl ve esaslara göre korunmayı gerektiren duruma göre belirlenen sürede, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı il müdürlükleri denetiminde, ödeme karşılığı ya da karşılıksız olarak çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini üstlenen aile ortamında olmasını sağlayan ve yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının a, e, r, ş bentlerindeki belirlenen modeldeki aile veya kişi olarak tanımlanır¹⁰¹¹. Yönetmelikte belirlenen aile modelleri şöyledir: akraba veya yakın çevre koruyucu aile modeli (a)¹⁰¹², geçici koruyucu aile modeli¹⁰¹³ (e), sürekli koruyucu aile modeli¹⁰¹⁴ (r) ve uzmanlaşmış koruyucu aile modeli¹⁰¹⁵ (ş).

Koruyucu aile olabilmek için Aile Sosyal Politikalar Bakanlığı il müdürlüğü ile koruyucu aile arasında koruyucu aile sözleşmesi imzalanır ve bu belge mahalli mülki amir tarafından onaylanır (Koruyucu Aile Yönetmeliği, m. 4/m). Koruyucu aile, bir kişi olabileceği gibi evli bir çift de olabilir. Evli kişilerin birlikte başvurması zorunlu olup, koruyucu aile olabilmek için gereken şartlar ve belgeler her iki eş için de sağlanmalıdır (Koruyucu Aile Yönetmeliği, m. 8/3, m. 8/10).

Koruyucu aile ve koruyucu ailenin çocukları ile koruma altına alınan çocuk arasında kurulan kişisel ilişki nedeniyle kaçınma hakkı tanınmıştır¹⁰¹⁶. Buna göre, koruma altındaki çocuğun tarafı olduğu yargılamada koruyucu aile veya koruyucu ailenin çocukları kaçınma hakkına sahiptir. Koruyucu aile ya da koruyucu ailenin çocuğunun taraf olduğu yargılamada da koruma altındaki çocuk kaçınma hakkına sahiptir. Bunun dışındaki kişiler kaçınma hakkına sahip olmayacaktır.

¹⁰¹⁰ Umar, Şerh, s. 774. Bu kurum, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu (RG T. 27.05.1983, S. 18059) m. 23'te düzenlenmiştir.

¹⁰¹¹ Koruyucu Aile Yönetmeliği, RG T. 14.12.2012, S. 28497, m. 4.

¹⁰¹² Veli ya da vasi dışında kalan kan bağı bulunan akrabalar ya da çocuğun iletişim içinde olduğu veya tanıdığı bakıcı, komşu gibi yakın çevresinde olan, tercih etmeleri halinde en az temel ana, baba eğitimleri kapsamında eğitim almış kişi ve ailelerin sağladığı bakımı

¹⁰¹³ Acil koruma gereken ya da hakkında hizmet planı oluşturulmamış ve kuruluş bakımına yerleştirilmemiş ya da kendisi için planlanan hizmet modelinden çeşitli nedenlerle henüz yararlandırılamamış çocuklar için, temel ana, baba eğitimleri ve Koruyucu Aile Birinci ve İkinci Kademe Eğitimini almış profesyonel kişi ve ailelerin sağladığı birkaç gün ile en fazla bir ay arasında değişen bakımı,

¹⁰¹⁴ Öz ailesi yanına kısa sürede döndürülme imkânı bulunmayan ya da kalıcı olarak aile yanına yerleştirilemeyen çocuklara, tercihen temel ana-baba eğitimleri ve Koruyucu Aile Birinci Kademe Eğitimini almış kişi ve ailelerin sağladığı bakımı

¹⁰¹⁵ Özel zorlukları ve ihtiyaçları olan çocuklara yardımcı olabilecek lisans eğitimine sahip olan veya eşlerden biri en az ilköğretim düzeyinde olmak üzere temel ana, baba eğitimleri, Koruyucu Aile Birinci ve İkinci Kademe Eğitimlerini almış kişi ve ailelerin sağladığı bakımı

¹⁰¹⁶ Bu ilişkiye tanınan kaçınma hakkına benzer düzenleme İsviçre medenî usûl hukukunda da vardır (SchZPO m. 165/1,d).

Koruyucu aile ilişkisi, sınırlı veya uzun bir süre için kurulabilir. Üçüncü kişinin kaçınma hakkı, koruyucu aile ilişkisi devam ettiği sürece devam eder. Önemli olan yükümlülüğün icra edileceği anda bu ilişkinin devam ediyor olmasıdır.

3.5.3.2.2. Kişisel Nedenlerle Kaçınma Hakkının Kapsamı

Yakın ilişkiler nedeniyle tanınan kaçınma hakkı, “geniş” bir kaçınma hakkı tanır. Üçüncü kişi, herhangi (tanık olarak dinlenme, belge ibraz etme gibi) bir katkıda bulunma yükümlülüğünden kaçınabilir. Delil türlerinde, tanıklıktan kaçınmaya ilişkin hükümlere atıf yapıldığından üçüncü kişi, diğer delillerde de bu haktan yararlanabilir (HMK m. 221/3; HMK m. 270/2; HMK m.291/3). Üçüncü kişiye tanınan kaçınma hakkı, ispat konusuna bağlı değildir. Üçüncü kişinin tarafla olan kişisel ilişkisi, uyuşmazlığın konusu ile herhangi bir bağlantısının olup olmadığı önemsizdir¹⁰¹⁷.

Üçüncü kişinin kaçınma hakkını kullanmak için gerekçelendirilmesine de gerek olmayıp, üçüncü kişi bu hakkını kullandığında, mahkeme karar vermelidir. Delilin hangi tarafça gösterildiği de önemli değildir. Delil gösterenin kendisi tarafından ileri sürülmesi ve üçüncü kişinin de delil gösterenin yakını olması bir fark yaratmaz. Kaldı ki delil gösterenin yakını olsa da özellikle bilgi verme yükümlülüklerinde, açıklanacak bilginin yargılamaya nasıl etki edeceği önceden bilinmeyeceği gibi üçüncü kişinin, tarafın lehine beyanda bulunmamasında başka bir menfaati de olabilir¹⁰¹⁸. Taraf veya mahkemenin eylemleriyle, üçüncü kişinin bu hakkını kullanması engellenemez¹⁰¹⁹. Örneğin, tarafın babasının tanıklığı istendiğinde, babası ile tarafın arasındaki ilişkinin normal zamanda iyi olmadığı ileri sürülerek kaçınma hakkı engellenemez.

Üçüncü kişinin gerekçe sunmasına gerek olmamakla birlikte, kaçınma hakkının koşullarını mahkemeye bildirmesi ve dayanaklarını ileri sürmesi gerekir. Çünkü mahkeme, ileri sürülürse, kaçınma hakkının olup olmadığını incelemek zorundadır. Üçüncü kişiler, kaçınma nedenini ve dayanağını önceden mahkemeye bildirirse, çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünden de kurtulur (HMK m. 252/2). Öte yandan mahkemenin kaçınma sebebi konusunda tanık ya da diğer üçüncü kişiyi dinlemesi gerekiyorsa bu halde üçüncü kişinin mahkemeye gelmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

¹⁰¹⁷ **Trautwein** (Prütting/Gehrlein), § 383, N. 2.

¹⁰¹⁸ **Bracher**, N. 360.

¹⁰¹⁹ **Trautwein** (Prütting/Gehrlein), § 383, N. 3.

3.5.3.3. Sır Nedeniyle Kaçınma Hakkının (HMK m.249) Koşulları ve Kapsamı

3.5.3.3.1. Sır Kavramı

Sözlük anlamı itibariyle, sır, “varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey” olarak tanımlandığı gibi “bir amaca ulaşmak için kullanılan, başvuru olan özel ve gizli yöntem” olarak da tanımlanır¹⁰²⁰. Hukukî anlamda sır, “bir hususun (gerçeğin) yalnızca belirli kişilerce bilinmesi veya bilinmesi gerekmesi” dir¹⁰²¹. Bu tanımdan anlaşılabileceği üzere, ilk olarak, kamuya açık hususlar, sır kavramında belirmez. Örneğin, tescil edilmiş bir patent, tescille birlikte kamuya açık hale geldiğinden sır değildir¹⁰²². Bir ticaret şirketinin unvanı, adresi gibi herkes tarafından bilinebilir (ulaşılabilir) hususlar da sır kavramına dahil edilmez. Bir hususun sır olup olmadığının değerlendirilmesinde yalnızca kamuya açık olup olmadığının aranması yeterli değildir. Sırdan söz edebilmek için, bir bilginin, kamuya açık olmamasının yanında, gizliliği sürdürülme isteği ve menfaatinin bulunması gerekir¹⁰²³.

Bir hususun sır olup olmadığının değerlendirilmesinde zorunlu unsurlar doktrinde farklı başlıklar altında açıklansa da temelde kabul edilen ölçütler, bilginin gizliliği, gizliliğin sürdürülmesi isteği ile gizliliğin sürdürülmesinde menfaatin bulunmasıdır¹⁰²⁴. Bu şartların birlikte yer alması gerekir. Öncelikle, bilginin varlığı gerekir. Bilgi, sözlük anlamı itibariyle “insan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü” olduğu ifade edilmiştir¹⁰²⁵. Sır ile korunan temelde bilgi olduğundan, hukukun koruması altına alınabilmesi için de bu bilginin mutlaka maddî varlığa sahip olması gerekli değildir. Öte yandan bilgi, patent veya faydalı model olarak somutlaşmış ise maddî varlık bakımından koruma altına alınır¹⁰²⁶. Hukuka, ahlaka aykırı bilgiler ise sır olarak korunması gereken menfaatlerden değildir. Bir sırdan bahsedebilmek için mutlaka yalnızca sır sahibi tarafından bilinmesi zorunluluğu yoktur. Belirli kişilerce bilinen veya bilinmesi gereken bilgiler de sır kavramına dahildir¹⁰²⁷. Sır sahibi

¹⁰²⁰ Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, erişim tarihi: 21.12.2023.

¹⁰²¹ **Ahrens**, (Wieczorek/Schütze), § 384, N. 53; **Scheuch** (Vorwerk/Wolf), § 384, N. 12. Sır kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. Erem, Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 1, S. 1 (Mart 1943), ss. 35-72, s. 36.

¹⁰²² **Ahrens**, (Wieczorek/Schütze), § 384, N. 53.

¹⁰²³ **Berger**, (Stein/Jonas), § 384, N. 10. Sırrın olup olmadığının işin mahiyetinden anlaşılması gerektiği hakkında bkz. **Erem**, s. 37.

¹⁰²⁴ Doktrinde kriterler, objektif ve sübjektif şartlar başlığı altında açıklanır. Gizli bilginin varlığı ile haklı menfaatin varlığı, objektif unsurları iken; sır sahibinin gizli tutma iradesi, sübjektif unsur olarak ifade edilir. Bkz. **Özkan Koç**, s. 74 vd. Doktrinde bu unsurlar şu şekilde de sıralanmıştır: gerçeklik, bilinmezlik, gizli tutma iradesi, sır konusunun saklanması bir yararın bulunması. Bkz. **Aytaç**, Zühtü, “Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **BATİDER**, C.X S.1, Haziran 1979, ss.177–218, s. 184-185.

¹⁰²⁵ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, erişim tarihi: 25.12.2023.

¹⁰²⁶ **Özkan Koç**, s. 73. Ayrıca tüm gerçek, olay, görüş, fikir, iş ve işlemler sır kavramına dahil olduğu hakkında bkz. **Aytaç**, s. 184.

¹⁰²⁷ Sırların kapsam ve niceliğinin farklı boyutlarda olacağı, nisbiliği hakkında bkz. **Aytaç**, s. 184.

tarafından bilginin gizli kalması isteğinin olması gerekir¹⁰²⁸. Bugün irade ve menfaat teorisinin birlikte olması görüşü hakimdir¹⁰²⁹. Gizli kalma isteği (iradesi) ile birlikte sır olduğu iddia edilen bilginin, yayılmamasında, saklanmasında sır sahibinin menfaatinin olması gerekir¹⁰³⁰. Sırrın üçüncü kişilere açıklanmasında (işçinin iş sırlarını açıklamasında) ekonomik zarara uğraması tehlikesi ile karşılaşılabilirliğinden, bu menfaat genellikle ekonomiktir. Menfaat, ekonomik olabileceği gibi sübjektif ve manevi biçimde de olabilir¹⁰³¹. Sır sahibinin, ticarî yaşamını etkileyen iflâs ya da konkordato ihtimalinin olduğu, likit problemleri olduğu vb. bilginin paylaşılması, sırrın sağladığı menfaatin manevi yönüne ilişkindir¹⁰³². Sırrın açıklanmasıyla, zarara uğradığını ya da zarara uğrama tehlikesinin doğduğunu ispat yükü, sır sahibine aittir¹⁰³³.

3.5.3.3.2. Sırların Korunmasının Önemi

Genel hukuk sisteminde sırların korunmasına önem verilmiştir. Sırlar, sır sahibinin kişilik hakkını ilgilendirir; kişinin şeref ve haysiyetini (manevi kişiliğini) ilgilendirebileceği gibi kişinin ekonomik hayatını (iktisadi kişiliğini)¹⁰³⁴ da ilgilendirebilir. Devlet sırları ise toplumsal yaşamı yakından ilgilendirir. Kişinin dini inancı, sağlığına veya diğer kişilerle iletişimine ilişkin gizli bilgileri ile şirkete ait teknik ve ticarî nitelikteki bazı bilgiler, sır kavramı içinde belirir. Bu bilgilerin gizli kalması hukukun da koruması altındadır. Maddî hukukta sırları koruyan pek çok düzenleme bulunur. Örneğin, işçi, iş gördüğü sırada özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri hizmet ilişkisinin devamı süresince kullanamaz. İşverenin haklı menfaati varsa, iş sözleşmesi sona erdikten sonra da saklamakla yükümlüdür (TBK m. 396/4). Sıfat ve görevi dolayısıyla banka ve müşterilere ait sırları öğrenenler, kanunda açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına sırları açıklayamazlar. Bu yükümlülükleri görevden ayrıldıktan sonra da devam eder (Bankacılık Kanunu¹⁰³⁵ m. 73/3). Sıfat ve görevi dolayısıyla sahip olduğu, meslek ve sanatı gereği sahip olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeleri yetkisiz kişilere veren ya da ifşa eden kişi, kanundaki şartlar dahilinde, hapis ve para cezası ile cezalandırılır (TCK m. 239). Görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle

¹⁰²⁸ Bir hususu gizli tutmaya devam etme isteğinin *fark edilebilir şekilde olması* gerektiği hakkında bkz. **Ahrens**, (Wieczorek/Schütze), § 384, N. 53.

¹⁰²⁹ Stürner, Rolf, “Die gewerbliche Geheimsphäre im Zivilprozess”, **Juristen Zeitung**, 40. Jahrgang, 17.05.1985, ss. 453-500, s. 453; Berger (Stein/Jonas), § 384, N. 10; Aytaç, Zühtü: Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü, **BATİDER C.X S.1**, Haziran 1979, ss.177-218, s. 184.

¹⁰³⁰ **Aytaç**, s. 184.

¹⁰³¹ **Aytaç**, s. 184.

¹⁰³² **Özkan Koç**, s. 115.

¹⁰³³ **Aytaç**, s. 184-185.

¹⁰³⁴ Haksız rekabetin, kişinin iktisadi kişiliğini koruması hakkında bkz. Karayalçın, Yaşar, “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, **AÜHFD**, C.19, S.1, 1962, ss. 251-275, s. 252.

¹⁰³⁵ 5411 sayılı Kanun, RG T. 01.11.2005, S. 25983.

bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri, tebligatları açıklayan, başkasının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisi, kanundaki şartlar dahilinde hapis cezası ile cezalandırılır (TCK m. 258/1). Devletin organları da sırlara sahiptir ve bu sırlar da hukukun koruması altındadır. Devletin sırlarına karşı suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun ayrı bir bölümünde düzenlenmiş ve suç oluşturan fiiller ve cezalarına kanunda yer verilmiştir (TCK m. 326-m. 339 arası).

Maddî hukukta örnek olarak gösterdiğimiz maddelerde, sırlar konusuna göre iş sırrı, müşteri sırrı, meslek sırrı, üretim sırrı, şirket, ortaklık ve banka sırrı şeklinde adlandırılmıştır. Kanunda bu şekilde yapılan farklı terimlerde ifade edilen sırlar, maddî hukuk doktrininde sınıflandırılmaya çalışılmışsa da ortak bir kabul gören sınıflandırma da olmamıştır¹⁰³⁶. Öte yandan maddî ve usûl hukukuna ait ilgili tüm kanunlardaki sır terimlerinin tamamını açıklayan ortak bir tanım ve sınıflandırma yerine¹⁰³⁷ ilgili kanunun amacı bağlamında konunun ele alınması daha önemlidir. Medenî usûl hukuku bağlamında, sır nedeniyle kaçınma hakkı bağlamında iki önemli madde vardır. Birincisi “kanun gereği” sır olarak korunması gereken bilgilerden kaçınma hakkını düzenleyen HMK m. 249’dur. Bu maddeye dayanan kaçınma hakkında, sırrın konusunun meslek, iş, ticarî, üretim sırrı olması önem arz etmez. İkincisi de meslek ve sanata ilişkin sırlara ilişkin HMK m. 250/1/c’dir. Her iki kaçınma sebebi de birbirinden farklı iki duruma ilişkindir. Meslek ve sanata ilişkin sırrın ise hukuk muhakemeleri bağlamında açıklanması gerekir. Aşağıda görüleceği üzere medenî usûl hukuku anlamında *mesleğe ilişkin sır* kavramı, ticarî sırlar, iş sırları, şirket içi sırlar, müşteri sırları, bankacılık sırları dahil olacak genişlikte ifade edilir.

Maddî hukukta korunan sırlar, usûl hukukunun da koruması altına alınmıştır. Kaçınma hakkı oluşturan durumlar sırların korunması amacına hizmet eder. Maddî hukukta öngörülen sır saklama yükümlülüklerinin usûl hukuku anlamında da korunmasını sağlayan hükümlerle, korumanın şekli hukuk kurallarıyla bertaraf edilmesi engellenmiştir. Türk, Alman ve İsviçre medenî usûl hukukunda sır nedeniyle kaçınma hakkı düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeler birbirinden farklı olup, çoğu halde farklı koşullar sevk edilmiştir¹⁰³⁸.

¹⁰³⁶ Doktrindeki sınıflandırmalara ilişkin güncel çalışma için bkz. **Özkan Koç**, s. 89-92; 132-147. Bu terimlerin her birinin ayrıntılı ele alınması konumuzu aşacaksa da ilgili terimlere aşağıda kısaca değinilecektir. Ancak şimdiden belirtelim ki kanunlarda kullanılan farklı terimler de birbirini her koşulda karşılamaz: “*Ticarî sır, meslek sırrı ve üretim sırrı kavramlarına bakıldığında bunların birbiriyle bağlantılı kavramlar olduğu, ancak her durum ve şartta birbirini karşılamadığı görülmektedir. Örneğin; ekonomik değeri nedeniyle ticarî sır olan bir bilgi aynı zamanda meslek, üretim veya banka sırrı da olabilir.*” Bkz. **Özkan Koç**, s. 93.

¹⁰³⁷ Kanun koyucunun ilgili kanunun amacına göre farklı ifadeler seçmesi hakkındaki görüş için bkz. **Özkan Koç**, s. 92.

¹⁰³⁸ Aşağıda ilgili başlıklar anlatılırken, bu farklılıklara da değinilecektir.

3.5.3.3.3. Kaçınma Hakkı Bağlamında Sırların Korunmasının Amacı

Sırların korunmasına dayanan amaç, sırları korumakla yükümlü üçüncü kişinin, katkıda bulunma yükümlülüğü ile sır saklama (gizlilik) yükümlülüğü ile sır saklama menfaatine (HMK m. 250/1, c) ilişkin çatışmadan korunmasıdır. Bunun yanında sırrın konusuna bağlı olarak farklı amaçlar da vardır. Meslekî sırda dayanan kaçınma hakkında, bu güven temeline dayanan ilişkileri dolayısıyla o temel kurumları korumak amaçlanır. Hekimlik, avukatlık gibi güven ilişkisine dayalı mesleklerde, kişiler belirli meslek gruplarına güvenerek sırları emanet eder. Örneğin, hasta ile hekim ilişkisinde, o sırrın korunacağına inanarak hasta, hekime bir şeyleri rahatlıkla söyleyebilmektedir. Aksi halde bu meslekleri yürüten kişilere, bu hizmeti alan kişiler güvenemezler ve özel hayatlarını ilgilendiren bilgileri paylaşamazlar. Bazı sırların korunmasında ise özellikle kamunun korunan menfaati vardır. Örneğin haber kaynaklarının korunmasında (5187 sayılı Basın Kanunu¹⁰³⁹ m. 12) ya da devletin sırlarının korunmasında kamunun menfaati ön plandadır. Bu nedenle sır nedeniyle kaçınma hakkında amaç, ilgili korunan sır konusuna göre değişir. Korunan sırların amacı farklı olmasına rağmen, kanunda sırlar ortak şekilde tek maddede ele alınmıştır. Bununla birlikte düzenleme tüm sırlar için geçerli değildir. Devlet sırları madde kapsamında değerlendirilemez. İlgili kişinin rızası, devlet sırrının açıklanmasına imkân tanımaz. Devlet sırrında korunan kamu güvenliğidir. Bu nedenle de devlet sırrındaki kamu amacı dikkate alınarak farklı düzenleme vardır (HMK m. 242)¹⁰⁴⁰.

Sır nedeniyle kaçınma hakkı tanınması, sır sahibinin anayasal temel haklarını da korur. Sır konusu meslek sırrı ise sır sahibi kişinin özel hayatının korunması amacına hizmet eder. Meslek sırrı nedeniyle hekim, avukat gibi mesleklere sahip kişiler, görevin ifası sırasında kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren konularda bilgi sahibi olurlar. Bu bilginin sır olarak korunması amacıyla açıkça verilmesine de gerek yoktur. Mesleği ifa eden kişi, görevini yerine getirirken tesadüfi bir şekilde öğrendiği sırları da kural olarak saklamakla yükümlüdür¹⁰⁴¹.

Sır, kişinin kendisine ait olabileceği gibi bir üçüncü kişiye veya da yargılamanın taraflarına ait olabilir. Kaçınma hakkı, sır sahibi kişinin kendisi veya başka kişilerin sırlarına ilişkin olabilir.

¹⁰³⁹ RG T. 26.06.2004, S. 25504.

¹⁰⁴⁰ 2.1.4.2.2.3. Üçüncü Kişinin Kamu Görevlisi Olmasının Yükümlülüğün Yerine Getirilmesine Etkisi.

¹⁰⁴¹ Hekimin tedavi veya tıbbi müdahale ile doğrudan bağlantılı olmayan bilgileri de açıklamama yükümlülüğü vardır. Örneğin, tedavi sırasında hastasının zina nedeniyle gebe kaldığını öğrenen hekimin bu bilgiyi gizli tutma yükümlülüğü vardır. Hekim, hastanın tamamen tesadüfen öğrendiği hastasının aile ilişkileri, mali ilişkileri hakkında öğrendiği ve gizli kalmasını isteyebileceği bilgileri de gizli tutmakla yükümlüdür. Açıklama için bkz. **Budak**, Meslek Sırrı, s. 547. Ayrıca bkz. 3.5.3.3.5.1. Mesleki Sırlardan Doğan Kaçınma Hakkı ve Kapsamı.

3.5.3.3.4. Sır Nedeniyle Kaçınma Hakkının Koşulları

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 249'a göre, *“kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler”* hakkında üçüncü kişinin kaçınma hakkı vardır. Kanunda sır sahibinin mesleği, işi, konumu vs. gibi şart belirtilmeden *“kanun gereği”* sır olarak korunan bilgilerde kaçınma hakkı olduğu belirtilmiştir. Kanunun bu hükmü, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen, 245. maddenin birinci fıkrasının d bendine benzemektedir. Ancak düzenlemede farklılık vardır. Bu farklılığın ilk tespiti, eski düzenlemenin daha dar olmasıdır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu m. 245, bent d'de memurluğu, sanat veya mesleği nedeniyle bir kimseye ait sırrını bilenlerin tanıklıktan kaçınma hakkı olduğuna yer verilmişti¹⁰⁴². Hukukumuzda artık mesleği, işi veya görevi nedeniyle o sırra sahip olup olmadığı ayırımına değinilmeden *“kanun gereği korunması gereken sır”* lardan bahsedildiğinden, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 245, daha geniş bir düzenlemedir. Gerekcede bir önceki düzenlemenin *“kısmen”* karşılığı olduğu belirtilmiştir¹⁰⁴³.

Kanun koyucu gerçeğin ortaya çıkarılması temelinde yargılamadaki bilgi toplanmasının gerekliliği ile delillerin toplanmasındaki gizliliğe ilişkin çatışan çıkarlar arasında genel soyut düzeyde bir menfaat dengelemesi yapmıştır. Bu dengelemede bazı sırlarda, sırrın konusuna göre farklı düzeyde koruma sağlamıştır. Devlet sırrının açıklanmasında makamın yazılı izni gerekmekte ve yazılı izin için mahkemenin önceden vereceği ara kararlar makama başvurusu gerekmektedir. Diğer bir farklı düzeyde koruma avukatlık mesleğinde vardır. Avukatın mesleğini yürütürken öğrendiği sırlardan müvekkil, sırrın açıklanmasına rıza göstermiş olsa dahi avukat, kaçınma hakkını kullanabilir. Oysa görevi sırasında sırra sahip olan hekim vb. diğer meslek sırrı sahipleri, sır sahibi, sırrın açıklanmasına rıza gösterirse, meslek sahibi kural olarak sırrı açıklama yükümlülüğündedir.

3.5.3.3.4.1. Kanunen Korunması Gereken Sır Sahibi Başka Bir Kişi Olmalı

Kanunen korunması gereken sır, başkasına ait olmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 249'da bu şart açıkça yazılmamıştır. Oysa Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu m. 245 bent d'de açıkça *“başkasının sırrı”* şeklinde belirtilmişti. Yürürlükten kaldırılan bu kanunda, kişinin kendisinin sanatına ilişkin sır nedeniyle kaçınma hakkı 246. maddenin üçüncü bendinde ele alınmıştı. Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, iki madde arasındaki fark şu şekilde ifade edilebilir. Kişi kendisine ait sır nedeniyle HUMK m. 246 ya göre kaçınabilirken; başkasına ait sır nedeniyle HUMK m. 245'e dayanarak kaçınabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda her

¹⁰⁴² *“Memuriyet ve sanat ve meslekleri itibariyle bir kimsenin sırrını bilenler, şu kadar ki o kimse muvafakat ederse şahadetten imtina edemezler.”*

¹⁰⁴³ e-uyar.com, erişim tarihi: 10.10.2023.

iki hükmün mevcudiyetini koruması da dikkate alındığında, aynı sonucun geçerli olduğu kabul edilmelidir. Kanun koyucu, tüm sırları dahil etmiş olsaydı, kişinin kendisine ait meslek ve sanat sırları nedeniyle kaçınma hakkına ilişkin maddeyi tekrar etmezdi. Bu halde, üçüncü kişinin kaçınma hakkı, başkasının sırrı nedeniyle gizlilik yükümlülüğünün doğduğu durumlardır. Bu düşüncenin sonucunda, kanundaki geniş bir şekilde ifade edilen durumun aksine, yalnızca başka birinin sırrına, kanunen gizliliği koruma yükümlülüğü olan durumlarda üçüncü kişinin kaçınma hakkı olduğunu kabul etmekteyiz. İlk planda düşünülmesi gereken kişiler de avukat, hekim gibi meslek sırrına sahip kişilerdir. Bu düşüncenin aksi, sırra sahip olan diğer tüm üçüncü kişiler için geçerli olacaktır ki bu durum kaçınma hakkının istisna olması ile uyuşmamaktadır. Kural, üçüncü kişinin delillerin toplanmasında katkıda bulunmakla yükümlü olmasıdır. Kaçınma hakkı ise bu kuralın istisnasıdır. Kanun koyucu, kural olarak tarafın ispat hakkının korunması ve gerçeğin ortaya çıkarılması menfaatine üstünlük tanımıştır. Aksi halde herhangi bir gizlilik yükümlülüğüne tabi olmayan ve sırra sahip olan, örneğin sır saklamakla yükümlü olan avukatın, hekimin eşi de bu sırra sahip olduğu gerekçesiyle kaçınma hakkını ileri sürebilecektir. Bu ise istisnanın dar yorumlanması kuralıyla uyuşmamaktadır. Bunun sonucunda, sır konusuna ilişkin yalnızca sırrı saklamakla yükümlü üçüncü kişi kaçınma hakkına sahiptir. Sır saklayan üçüncü kişi, yalnızca meslek sırrı olduğu için değil, başka nedenlerden dolayı da örneğin ticarî sır nedeniyle de bu bende dayanarak kaçınma hakkına sahiptir. Ticarî sır, meslek sırrı değildir. Ticarî sır ise ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanıyla ilgilidir.

Alman hukukunda, kişisel nedenlerle kaçınma hakkının düzenlendiği Alman Medenî Usûl Kanunu § 383 paragrafının birinci fıkrasının altıncı bendinde niteliği ya da kanun gereği gizliliği gerekli olan işi, görevi veya mesleği gereği güvenilen kişiler, gizlilik yükümlülüğü vakıyyla ilgili sır saklamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir (dZPO § 383, I, 6). Aşağıda açıklanan meslek veya sanat nedeniyle sır nedeniyle kaçınma hakkına ilişkin benzeri düzenlemeye de objektif nedenlerle kaçınma hakkının düzenlendiği Alman Medenî Usûl Kanunu § 384 paragrafının birinci fıkrasının üçüncü bendinde yer verilmiştir. Doktrinde her iki düzenleme arasındaki fark anlatılırken, yargılama hukukunda üçüncü kişiler için sırların korunmasından bahsedilecekse, öncelikle tespit edilmesi gereken hususun, üçüncü kişinin kendi sırlarını korumak için mi yoksa bir üçüncü kişi korumak için mi olduğunun tespitinin önemli olduğu vurgulanmıştır. Buna göre, bir tacirin tanık olarak beyanında kendi işletmesiyle ilgili sırlarını koruması veya bir vergi danışmanının yargılamayla ilgili olmayan üçüncü kişinin bilanço detaylarını koruması durumları olabilir. Üçüncü kişi kendi ticarî sırrını koruyorsa dZPO § 384 paragrafının birinci fıkrasının üçüncü bendinde yer alan (meslek veya sanata ilişkin sır

nedeniyle) kaçınma hakkına; başkasının sırrını koruyorsa işi, görevi veya mesleği gereği güvenilen kişiler, dZPO § 383 paragrafının birinci fıkrasının altıncı bendine dayanan kaçınma hakkına sahiptir¹⁰⁴⁴.

Korunan başkasına ait sır olduğundan, kaçınma sebebini oluşturan sır, sır saklamakla yükümlü olduğu kişiye aittir. Bunun sonucunda, üçüncü kişinin sır saklamakla yükümlü olduğu “başkasına” ait ve yalnızca onun kanunen korunan gizli alanına ait bilgilerdir. Bunun sonucunda, üçüncü kişinin kendisinin kişisel alanına dayanan sırlar, bu maddeye dayanmaz.

3.5.3.3.4.2. Kanun Gereği Korunması Gereken Sır Olmalı

Maddî hukukta sırrın korunmasını sağlayan hükümler, sır sahibinin, o bilginin gizli kalmasındaki menfaatinin tespit eden hükümlerdir¹⁰⁴⁵. Kanun gereği korunması gereken sırlarda, kanunda açıkça sırrı saklamakla yükümlü olduğu yazılıyorsa herhangi bir tereddüt yoktur. Bu halde, üçüncü kişi sırrı saklamakla yükümlü olduğundan, kaçınma hakkına sahiptir. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu m. 613’e göre, ortaklar şirketin sırlarını saklamakla yükümlü olup, bu yükümlülük, şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla dahi kaldırılmaz. Öte yandan kanunun amacı bağlamında korunması gereken sırlar varsa, açıkça yükümlü olduğu yazılmasa dahi üçüncü kişinin kaçınması mümkündür. Örneğin, hâkimin mesleği gereği öğrendiği sırları açıklamamasına ilişkin açık hüküm yoktur. Hâkim yargılamayı yürütürken, üçüncü kişilere ait sırları da öğrenebilir. Bu halde, korunması gereken sırları öğrenen hâkimin de kaçınma hakkı vardır. Hâkim bu gizli bilgileri görevin ifası sırasında öğrenmiştir ve özen yükümlülüğü hakimlik mesleğinin vazgeçilmez koşuludur. Hâkim yargı görevini özenli bir şekilde yürütür ve bu yükümlülükle bağdaşmayacak hiçbir davranış biçiminde bulunamaz¹⁰⁴⁶. Hekimlik mesleği için hekim ve hasta arasındaki güven ilişkisinin gereği, hekim mesleği ifa ederken öğrendiği bilgileri saklamakla yükümlüdür. Hekim ve hasta arasındaki hukukî ilişkinin temelindeki tartışmalardan bağımsız olarak¹⁰⁴⁷, iş görme borcu doğuran hukukî ilişkilerdeki güven unsuru belirgin olduğundan¹⁰⁴⁸, hekimin öğrendiği gizli bilgileri saklama yükümlülüğü vardır.

¹⁰⁴⁴ **Stürner**, Geheimsphäre, s. 454. Bir tarafın çalışanının, tarafa ait ticarî sırlara ilişkin tanıklığı ise farklı bir durumdur ve farklı kurallara tabidir. Bkz. **Stürner**, Geheimsphäre, s. 454.

¹⁰⁴⁵ Sır saklama menfaatinin olup olmadığının tespitinin, maddî hukuktaki hükümlere göre de değerlendirileceği hakkında bkz. **Ahrens**, (Wieczorek/Schütze), § 384, N. 60.

¹⁰⁴⁶ Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/YargiEtiğiIlkeleri.pdf>, Değer 6, erişim tarihi: 29.12.2023.

¹⁰⁴⁷ Doktrinde hekimlik mesleğinin icrası sırasında gerçekleştirilen faaliyet bazı hallerde eser sözleşmesi (estetik gibi) bazı hallerde vekaletsiz iş görme borcu doğuran sözleşme (kaza üzerine gelen hastaneye kaldırılan hasta) yahut da vekalet ilişkisine (hekim ile muayenesine gelen hasta arasındaki ilişki) dayanabilir. Hekimin sır saklama yükümlülüğünün hukukî niteliği ve kapsamı hakkında bkz. **Budak**, Meslek Sırrı, s. 545-547.

¹⁰⁴⁸ Yıldırım, M. Fadıl, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 58.

Alman hukukunda Alman Medenî Usûl Kanunu § 383 paragrafının birinci fıkrasının altıncı bendinde “niteliği gereği” sır saklamakla yükümlü olan kişilerin kaçınma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu bende dayanan kişilerin kimler olduğunun tespiti, kaçınma hakkının belirlenmesi bakımından bilhassa önemli olmuştur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 249. maddesinin taslak halinde yer alan “niteliği gereği” sır olarak korunması gereken bilgilere ilişkin kısım, kanun haline getirilmemiştir. Kanun koyucu, uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunları göz önüne alarak madde metninden çıkarmıştır¹⁰⁴⁹.

Kanun gereği korunması gereken sırdan bahsederken, sır türlerindeki meslek sırrı, ticarî sır, iş sırrı, ortaklık sırrı ayrımı yapılmasının önemi yoktur. Bu sır, devlet sırrı niteliğinde de olabilir. Devlet sırrı söz konusu olduğunda, kaçınma hakkından değil, yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için şarttan veya kaçınma yükümlülüğünden bahsedilmelidir. Çünkü üçüncü kişi ancak yazılı izinle katkıda bulunabilecektir (HMK m. 242). Yazılı iznin varlığını mahkeme kendiliğinden dikkate almalı ve üçüncü kişi de bu nitelikteki sırrın varlığında gönüllü olarak dahi yazılı bir izin olmadan katkıda bulunmamalıdır.

Bu başlık altında İsviçre hukukundaki farklı düzenlemeden de bahsetmek gerekir. İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nda 166. maddede kaçınma haklarına yer verilmiş ve bu düzenlemede, birinci ve ikinci fıkrada¹⁰⁵⁰ sır konusuyla korunan amaç dikkate alınarak farklı hükümlere yer verilmiştir. İkinci fıkrada, birinci fıkra kapsamında olmayan kanunen korunan diğer sırların sahipleri, gizlilikten doğan menfaatin, gerçeğin ortaya çıkarılmasından daha ağır bastığını inanılır şekilde ispatlarsa kaçınma hakkına sahiptir (SchZPO m. 166/2). Hukukumuzdaki düzenlemeden farkı, avukatın veya meslek sırrına sahip olan kişilerin sahip olduğu sırlar dışındaki kanunen korunan sırlar, İsviçre hukukunda da kaçınma hakkı verir. Ancak bu hukuk düzeninde üçüncü kişi gizlilikten doğan menfaatin ağır bastığını inanılır şekilde ispatlamalıdır.

¹⁰⁴⁹ Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), s. 154. <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, erişim tarihi 15.09.2022.

¹⁰⁵⁰ İsviçre hukukunda sır nedeniyle kaçınma hakkı sınırlı kaçınma hakkının düzenlendiği 166. maddenin birinci fıkrasının b ve c bentleri arasında ve ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasının b bendinde, gizliliğin ihlali nedeniyle Ceza Kanunu’nun 321. maddesi uyarınca cezalandırılabilirse, kaçınabilir. Avukatlar ve din adamları hariç, üçüncü kişiler bildirim yükümlülüğü varsa ya da gizlilik yükümlülüğünden muaf tutulduğunda; gizli kalma menfaatinin, gerçeğin ortaya çıkarılması menfaatinin daha üstün olduğunu inandırıcı şekilde ileri sürerek kaçınabilirler. C bendinde ise ceza kanunun 110. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında memur olan veya resmî sıfatıyla bir makamın üyesi olarak inanılan ya da görevini yerine getirirken yahut devlet memuruna yardım ederken bilgi sahibi olduğu vakıaların tespiti için, bildirme yükümlülüğü ya da üst makam tarafından açıklama yetkisi verildiğinde üçüncü kişi katkıda bulunmalıdır. D bendinde ise bir kamu denetçisi, evlilik veya aile danışmanı, arabulucu, ilgili vakıalar hakkında algıladıklarına ilişkin beyanda bulunmak zorunda kalırsa, kaçınma hakkı vardır. E bendinde, profesyonel olarak veya yardımcı kişi olarak sürekli olarak yayınlanan bir yayının bölümünde mesleki faaliyette bulunan ya da yardımcı olarak görev alan, yazarın kimliği ya da onun bilgisinin içeriği ve kaynağı hakkında, kaçınma hakkı vardır.

İsviçre hukukunda, gizlilikten doğan menfaat ve gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki menfaat dengesinin nasıl tespit edileceği belirlenmesi ise önemli bir konu olmuştur. Öncelikle, bu dengelemenin ölçülmesinde, somut olaydaki menfaat çatışması dikkate alınır. Kanunda kıyaslanacak menfaat, gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik kamu menfaatidir. Gizliliğe ilişkin menfaat, bu kamu menfaatinden daha üstün olmalıdır ki üçüncü kişinin kaçınma hakkı olsun. Daha üstün menfaat, delile ulaşılamaması nedeniyle tarafın ispat hakkının korunamaması şeklinde olabilir. Eğer üçüncü kişinin elindeki delile ulaşılamazsa ve bu nedenle tarafın ispat hakkı korunamazsa, gizlilikten doğan menfaat daha üstün sayılabilir. Bir diğer durum ise istisnai olarak kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu bazı vakıalarda, olayın aydınlatılması menfaati temelinde bulunur. Örneğin, soy bağının belirlenmesine yönelik bir vakıa ise gerçeğin aydınlatılması menfaati, üçüncü kişinin gizlilik yükümlülüğüne daha ağır basar. Buna karşılık eğer sır sahibi kişinin kendisi çağrıldığında da kaçınma hakkı varsa örneğin, ceza soruşturmasına uğrama tehlikesi varsa, sırrı korumakla yükümlü kişinin de kaçınma hakkı olduğu kabul edilmelidir. Bir sır sahibi kişinin anayasal gerekçelerle katkıda bulunması beklenmiyorsa, sırrın gizli kalmasında daha üstün menfaat olup üçüncü kişinin kaçınma hakkı olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁵¹.

3.5.3.3.4.3. Sır Sahibi Sırrı Açıklamasına İzin Vermemiş Olmalı

Kanun koyucu kanunen korunması gereken sırlar konusunda, üçüncü kişinin sırların gizliliğini öncelikli menfaat olarak varsaymıştır. Üçüncü kişi, kanun gereği saklamakla yükümlü olduğu sırrın ihlaline neden olacak ise bu bilginin gizli kalmasında üçüncü kişinin menfaati vardır. Kanunda, sır sahibinin, o sırrı açıklamasına izin verdiğinde, üçüncü kişinin artık kaçınma hakkını kullanamayacağı düzenlenmiştir (HMK m. 249, son cümle). Bu halde, üçüncü kişinin sırrın açıklanmasına rıza göstermesiyle, o bilginin gizli kalmasına ilişkin menfaat ortadan kalkar. Üçüncü kişi, sır sahibinin korunması gereken gizli bilgi gereği kaçınma hakkını kullanmakta, başkasının menfaati gereği, yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınmaktadır. Bununla birlikte avukat ve yardımcıları için kanun koyucu farklı düşünmekte ve sır sahibinin açıklanmasına izin vermesine rağmen, avukat için bilginin gizli kalması menfaatinin varlığını kabul etmektedir (HMK m. 249, son cümle). İsviçre hukukunda da din adamları ve avukatlar için benzeri düzenleme vardır. Yalnız İsviçre hukukunda avukat ve din adamları dışındaki meslek sahiplerinin, bildirim yükümlülüğü olduğu ya da gizlilik yükümlülüğünden muaf tutulduğu durumda dahi meslek sahiplerine kaçınma hakkını kullanabilme imkanını veren düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, meslek sahibi, sırrın gizli

¹⁰⁵¹ Açıklamalar için bkz. **Bracher**, N. 418.

kalmasındaki menfaatin, gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki menfaatten daha üstün olduğunu inandırıcı şekilde ispatlarsa, üçüncü kişi kaçınma hakkını kullanabilir (SchZPO m. 166/1, b).

Üçüncü kişi, sır sahibinin beyanıyla veya zımni olarak sır saklama yükümlülüğünden kurtulabilir. Sır sahibinin yargılamada taraf olduğu ihtimalde, taraf iddiasını ispatlamak için meslek sahibi üçüncü kişiyi tanık olarak göstermişse, zımni olarak sır saklama yükümlülüğünden kurtulduğu düşünülebilir. Ancak kanaatimizce sırrın korunması, kişisel bir hak olduğundan, yalnızca sır sahibi kişi tarafından açıklamada bulunulmalıdır ve sır sahibi kişi açık bir şekilde beyan etmelidir¹⁰⁵². Sır sahibi kişi ergin değilse, bu halde kaçınma hakkının ileri sürülmesine ilişkin kurallar burada dikkate alınmalıdır. Böylece kaçınma hakkının anlam ve önemini anlayabilen sır sahibi çocuk, kanuni temsilcisinin rızası olmadan, kendisi bu yöndeki rızasını açıklayabilir. Kaçınma hakkının anlam ve önemini anlayamıyorsa, sır sahibi kişi yerine kanuni temsilci açıklamada bulunabilir. Ancak yargılamanın tarafı kanuni temsilci ise sır sahibi küçüğe kayyım atanmalı ve sırrın açıklanmasına izin verilip verilmeyeceğine kayyım karar vermelidir. Çocuk, sırlarının açıklanmasını istemiyorsa, kanuni temsilcinin rızası yeterli değildir¹⁰⁵³.

Sır sahibinin ölümünde, kural olarak sırrın gizli kalması zorunluluğu devam eder¹⁰⁵⁴. Sır sahibi kişi ölmüşse, ölen kişi, sırrın açıklanmasına önceden rıza göstermemiş veya bu konuda bir kişiyi yetkilendirmemişse, sır gizli kalmaya devam etmelidir¹⁰⁵⁵. Yalnız malvarlığı haklarında farklı düşünülür. Malvarlığı hakları söz konusu olduğunda, sır saklamadan muaf tutulmasına ilişkin beyan da mirasçıya geçer. Bu halde, malvarlığı hakları mirasçılara geçtiğinden, mirasçının ölen kişinin sırları nedeniyle üçüncü kişiyi sır saklama yükümlülüğünden kurtarabileceği kabul edilir¹⁰⁵⁶.

Belirli bir kurula, makama bildirim yükümlülüğü varsa da üçüncü kişinin kaçınma hakkı bulunmamaktadır. Örneğin hasta, hekim aleyhine yanlış müdahale veya hatalı tedavi nedeninden doğan tazminat davası varsa, tıbbi kayıt veya hastaya ait bilgilerin açıklanması gerekebilir. Çünkü bu bilgiler, hasta ve hekim tarafından iddia edilen vakıaların doğruluğunu tespit eden önemli bir ispat aracı niteliğindedir. Hekim, hukukî veya cezai olarak sorumluluğunun doğmaması için sır saklama yükümlülüğü kapsamında bilgileri açıklamak

¹⁰⁵² Huber (Musielak/Voit), § 383, N. 7.

¹⁰⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. 3.5.2. Kaçınma Hakkının İleri Sürülmesi.

¹⁰⁵⁴ Okay, Sadık, “Meslek Sırrını İfşa”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.1, 1953, ss. 235-25, s.241.

¹⁰⁵⁵ Huber (Musielak/Voit), § 383, N. 7.

¹⁰⁵⁶ Huber (Musielak/Voit), § 383, N. 7.

zorunda kaldığı ihtimalinde, hekimin hak arama hürriyeti, sır saklama yükümlülüğünden daha üstündür. Bu nedenle hekim, mahkemede sır niteliğindeki bilgileri açıklayabilir¹⁰⁵⁷.

3.5.3.3.5. Sır Nedeniyle Kaçınma Hakkının Bazı Türleri

Sır konusuna göre çeşitli menfaatlere hizmet eder. Şirket sırrı, iş sırrı, müşteri sırrı, banka sırrı, üretim sırrı şeklinde sır konusuna göre ayrılabilir. Bütün sırları sınıflandırmak sırların çeşitli menfaatlere hizmet etmesi ve kanundaki terim birlikteliğinin olmaması nedeniyle hukukumuzda zordur. Çalışmamızda sır konusunun önemi dikkate alınarak bazı sırlara ilişkin açıklamalarda bulunulması tercih edilmiştir.

3.5.3.3.5.1. Mesleki Sırlardan Doğan Kaçınma Hakkı ve Kapsamı

Meslek, kişilerin genel olarak hayatlarını kazanmak için yaptıkları faaliyete denir¹⁰⁵⁸. Meslek sırrı, meslek sahibi kişi tarafından mesleki faaliyet sırasında öğrenilen gizli bilgilerdir¹⁰⁵⁹. Meslek sırları, en genel tanımıyla, mesleki faaliyet sebebiyle, iradi veya gayri iradi olarak öğrenilen, güven ilişkisi içinde işin yürütülmesinde paylaşılan, objektif olarak başkalarınca bilinmeyen ve sır sahibi tarafından da bilinmemesi arzu edilen, mesleğe veya sır sahibi kişinin özel alanına ilişkin gizli bilgilerdir¹⁰⁶⁰. Meslek sırları özellikle, avukat, hekim, psikolog, noter, mali müşavir, bankacı gibi güven ilişkisi temeline dayanan mesleklerde söz konusudur. Mesleki sırlardan doğan kaçınma hakkı, maddî hukukta birçok ilgili hükümde korunmuştur. Meslek sırrının korunmasında, avukat, hekim gibi meslekleri ifa eden kişiler ile bu kişilerle ilişki kuran müvekkil, hasta gibi sır sahibi kişiler arasındaki güven ilişkisinin korunması ön plandadır. Belirli güven ilişkilerinde gizlilik, hem müvekkil ya da hasta gibi sır sahibi kişilerin hem de mesleği ifa eden kişinin (meslek sahibi kişi) menfaatine yarar. Sır sahibi kişi, belirli vakıaları, meslek sahibi kişiye açıklayarak kendisi için sağlık, adalet gibi bir hizmeti almasını sağlarken; diğer taraftan meslek sahibi kişi için belirli vakıaları öğrenerek işini yapmasını kolaylaştırır¹⁰⁶¹. Güven ilişkilerinde mutlak gizliliğin garanti edilmesini sağlayan kaçınma hakkı ve meslek sahibi kişinin sorumluluğunun doğmasını sağlayan hukukî kurumlar, sır sahibi kişi ile meslek sahibi kişi arasındaki belirli gizli bilgilerin edinilmesinin kolaylaştırılmasını sağlar.

¹⁰⁵⁷ Belgesay, Mustafa Reşit, “Doktorun Hukukî Borçları”, **İÜHFM**, C.12, S. 3-4, 1945, ss. 108-127, s. 125; **Budak**, Meslek Sırrı, s. 549. Bkz. 3.5.3.1.2.5.1.2. Maddî Koşul.

¹⁰⁵⁸ **Donay**, s. 7.

¹⁰⁵⁹ **Donay**, s. 7.

¹⁰⁶⁰ **Erem**, s. 37; **Kurt Konca**, Aleniyet, s. 285; **Özkan Koç**, s. 135.

¹⁰⁶¹ **Bracher**, N. 382; **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 166, N. 22.

Mesleki sır nedeniyle mesleği ifa eden kişinin kaçınabilmesi için iki temel koşul vardır. Birincisi belirli kişiler kaçınma hakkını kullanabilir (kişisel koşul). İkincisi ise mesleki sır nedeniyle kaçınma hakkının doğduğu duruma ilişkindir (maddî koşul). Aşağıda bu iki koşul aktarıldıktan sonra bazı meslek gruplarına ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur.

3.5.3.3.5.1.1. Kişisel Koşul

Kişisel koşul, belirli meslek grupları için sır saklama yükümlülüğü ve buna bağlı olarak kaçınma hakkı tanınmıştır. Meslek sırrının, sözleşmeyle tanınması geçerli değildir. Çünkü üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğü, kamu hukukuna dayanır. Taraflar arasında yapılacak bir sözleşmeyle, kamu hukukuna dayanan yükümlülüğün kurtulmak mümkün değildir. Kanun koyucu belirli meslekler veya mesleği ifa eden kişiler için bir ayırım yapmamış, kanun gereği korunması gereken sırlardan bahsetmiştir. Hangi meslek sahibi kişilerin bu gruba dahil olduğunu belirten genel hüküm yoktur. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 46'da meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle kaçınma nedeni başlığı altında belirli meslek grupları sayılmıştır. Bu haliyle, medenî usûl hukukuna göre daha dar tutulduğu görülmektedir. Avukat ve stajyerleri, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensupları, mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterler tanıklıktan çekinebilecek kişiler olarak sayılmıştır. Bu mesleği yürüten kişilere verilen bilgi, yapılan faaliyetin gereği, kendilerine güvenilerek verilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki belirlenen kişilerin yükümlülüğü, medenî usûl hukuku için de öncelikle düşünülmelidir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kaçınma hakkı sahibi kişiler sayma yöntemiyle belirlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise sayma yöntemi tercih edilmemiştir. Bunun anlamı, başka birinin sırrı ve kanunen gizliliği koruma yükümlülüğü kapsamında sayılabilecek meslek sahipleri de kaçınma hakkına sahiptir.

Roma hukuku döneminden bu yana varlığına ilişkin örneklere rastlanan mesleki sır nedeniyle kaçınma hakkının, çağdaş literatürde ilk örneği, avukatın müvekkil aleyhine tanıklık etmesini reddetmesidir. Roma hukukunda avukat, efendisinin sırlarını saklamakla yükümlüydü¹⁰⁶². Nasıl ki bir köle, ailenin bir parçası olduğundan dolayı efendisi aleyhine tanıklık edememekteyse, avukatın da kanunun tanıdığı benzer bir ahlaki görevi olduğu kabul edilmekteydi¹⁰⁶³. Avukat, her türlü hukukî ilişki ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanması hususunda yargı organları, hakemler, resmî ve özel kişi, kurul ve kurumlara yardım etmek amacıyla, hukukî bilgi

¹⁰⁶² Shuman, s.667,

¹⁰⁶³ Shuman, s.667,

ve tecrübelerini adaletin hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eden ve kamu hizmeti gören kişidir¹⁰⁶⁴ (Avukatlık Kanunu m. 2). Avukat, mesleğini serbest, bağımsız olarak yürüten ve baro levhasına kayıtlı kişilerdir. Avukatlık meslek sırrının korunması, Anayasa ile güvence altına alınmış olan özel yaşamın gizliliğine hizmet eder. Avukatın meslek sırrının korunmasına ilişkin hükümler, kişinin özel hayatını ilgilendirdiğinden sır sahibi kişinin kişi özgürlüğünü garanti etmesi yönünde özel menfaati korur. Bunun yanında avukatın meslek sırrının korunması kamu menfaatini de korur. Avukat, yargılama faaliyetinde, gerçeğin ortaya çıkarılmasında rol oynamaktadır. Müvekkil, tüm bildiklerini avukatına güvendiğinde açıklayabilir. Müvekkilin bildiklerini gizlemesi, yargılama faaliyetinde gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adil bir karar ulaşılması amacına engel oluşturabileceğinden toplumsal düzeni zedeleyebilir¹⁰⁶⁵. Adaletin temin edilmesi ve hukukî güvenliğin sağlanması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu nedenle, avukatın meslek sırlarının korunmaması aynı zamanda hukuk devleti ilkesine de zarar verir¹⁰⁶⁶.

Müvekkil tarafından avukata açıklanan bilgilerin gizli tutulması, avukatın yükümlülüğü olduğu gibi bu bilgilerin güvenli bir şekilde gizli tutulması isteği müvekkilin hakkıdır¹⁰⁶⁷. Bu bilgiler, mahkeme, kamu otoritesi veya herhangi bir üçüncü kişi tarafından açıklanması istendiğinde de gizli tutulmalıdır¹⁰⁶⁸.

Avukatlar gibi hekimlerin de mesleki sır nedeniyle kaçınma hakkının varlığının ileri sürülmesi çok eskidir. 1776 yılında ünlü Kingston düşesi davasında (*The Duchess of Kingston's Case*), düşesin doktoru Hawkins'ın tıbbi gizliliği ileri sürmesi örnek olarak gösterilebilir. Bu davada düşes, lordlar kamerası önünde iki eşlilikten yargılanmıştı. Kraliyet, düşesin önceki evliliğin varlığını itiraf etmesi için doktoru Hawkins'ın zorla ifadesini alınmasını talep ettiğinde, Hawkins, mesleğini yerine getirirken güven ilişkisi temelinde önüne gelen herhangi bir şeyin açıklanmasının meslek onuruna uymadığına vurgu yapmıştı¹⁰⁶⁹.

Hekim, hasta tedavi edebilmek amacıyla ve tıp fakültesinden diploma sahibi olan kişilerdir¹⁰⁷⁰. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun'da hekim terimi dar yorumlanır. Bu tanıma göre, hekim yalnızca tıp fakültesinden diploma sahibi

¹⁰⁶⁴ Sungurtekin Özkan, Meral, **Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri**, Fakülteler Barış Kitabevi, İzmir, 2013, s. 1.

¹⁰⁶⁵ Avukatın mesleki sırlarının güvence altına alınmasının kamu yararı hakkında bkz. van Gerven, Dirk "Professional Secrecy in Europe", **Professional Secrecy of Lawyers in Europe**, The Bar of Brussels, Cambridge Univ. Press 2013, s. 1; **Sungurtekin Özkan**, Avukatlık Mesleği, s. 523 ve 525.

¹⁰⁶⁶ **Sungurtekin Özkan**, Avukatlık Mesleği, s. 525.

¹⁰⁶⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de avukatın sır saklama yükümlülüğünü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında görmektedir. Bu konudaki yapılan araştırma ve sonuçları için bkz. **Çiftçi**, İspat Hakkı, s. 739-743.

¹⁰⁶⁸ **van Gerven**, s. 2.

¹⁰⁶⁹ **Shuman**, s.671.

¹⁰⁷⁰ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (RG T. 14.04.1928, S. 863), m. 1.

olan kişilerdir. Hekim kavramı içinde tüm tıp ile ilgili mesleklerin anlaşılması düşünülebileceği gibi yalnızca tıp fakültesi diplomasına sahip olan meslekler de düşünülebilir. Doktrinde, yalnızca dar anlamda, tıp fakültesi diplomasına sahip olan kişilerin hekim olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁷¹. Bunun yanında tedaviyi bizzat yapan hekimle birlikte, bilgisine başvurulana diğer hekimler, hasta bakıcı, hemşire ve idari memurlar da hastanın bilgilerine sahip olurlar. Bu nedenle idari ve yardımcı personelin ve de sağlık kurumunun da sır saklama yükümlülüğü vardır¹⁰⁷². Hekim kavramına, diş hekimi, eczacı gibi diğer meslek sahipleri dahil değildir. Çünkü bu kişiler, bir tıp fakültesi bitirmiş kişiler değildir¹⁰⁷³. Bununla birlikte, sağlık mensubu olan bu kişilere de kişiler güven ilişkisi temelinde ve kendisine ait gizli bilgileri vermektedir. Bu nedenle bu meslek sahipleri de sırları saklamakla yükümlüdür. Veteriner ise bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Mesleki gizlilik, insanlar üzerindeki teşhis ve tedaviyi gerektirir. Bu nedenle, veterinerler kaçınma hakkına sahip değildir¹⁰⁷⁴.

Hekim ve diğer sağlık mensuplarının sır saklama yükümlülüğünün temelinde, özel hayatın korunması (mahremiyet hakkı) vardır¹⁰⁷⁵. Ayrıca gerekli bilgilerin hekime verilmesi, toplumun sağlığı açısından da önemlidir. Böylece hekimin sır saklama yükümlülüğüyle kamunun da menfaati korunur¹⁰⁷⁶. Bu amaçla uluslararası antlaşmalarda ve iç hukukumuzda hekimin ve sağlık görevlilerinin hastaların sırlarını korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷¹ Donay, s. 159.

¹⁰⁷² Küçükgüngör, Erkan, “Tıbbi Kayıtlarda Sır Saklama Yükümlülüğü”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları**, ss. 554-576, s. 556; Büyükay, Yusuf, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **AÜEHFD**, C. VIII, S. 1-2 (2004), ss. 383- 396, s. 387.

¹⁰⁷³ Donay, s. 159.

¹⁰⁷⁴ Hasenböhler (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 166, N. 31.

¹⁰⁷⁵ Shuman, s.682; Tacir, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 305-310.

¹⁰⁷⁶ Küçükgüngör, s. 556; Büyükay, s. 384. Hekimlerin sır saklama yükümlülüğünün temeli iki farklı doktrinle açıklanmıştır. Faydacı doktrin, sırların hekim tarafından saklanması sonucunda, hastaların rahatça teşhis ve tedavi için hekime başvurmasını, tam ve dürüst bir şekilde hekime gerekli bilgileri vermesini ve hastanın da uygun ve etkili tedavi göreceğini sağlayacağını savunur. Bu ise toplumun da daha sağlıklı ve mutlu olmasını sağlayacaktır. Küçükgüngör, s. 557-558. Ayrıca bkz. Shuman, s.663; Deontolojik doktrine göre de sır saklama yükümlülüğünün temelinde sadece faydacı düşünce yoktur. Bunun yanında kişi özgürlüğüne (özerkliğine) saygı veya özel hayatın gizliliğine saygı da vardır. Küçükgüngör, s. 558. Ayrıca bkz. Shuman, s.663.

¹⁰⁷⁷ 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin 1 Nolu Protokol madde 16’da tıbbi faaliyetlerde bulunan kimselerin kural olarak bilgi vermeye zorlanamayacağına yer verilmiştir. Maddenin resmî güncel çevirisi için bkz. 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, (Hazırlayanlar: Melike Batur Yamaner/A. Emre Öktem/Bleda Kurtarcan/Mehmet C. Uzun), https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=485, erişim tarihi 10.02.2024, s. 192. 2 Nolu Protokolün 10.maddesinde de tıbbi müdahalede bulunan kişilerin mesleki gizliliklerine saygı gösterileceğine yer verilmiştir. Maddenin resmî güncel çevirisi için bkz. 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, (Hazırlayanlar: Melike Batur Yamaner/A. Emre Öktem/Bleda Kurtarcan/Mehmet C. Uzun), https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=485, erişim tarihi 10.02.2024, s. 272. Bu antlaşmadan başka Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlanan 1981 tarihli Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi madde 4’te hastaların özel hayatının korunmasına yer verilmiştir. Hekimin hastasına ilişkin gizli bilgileri saklamakla yükümlü olması Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (Tüzüğü), (19.2.1960, No: 10436), m.4’te düzenlenmiştir: “Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan

Hipocrate tarafından (M.Ö. 5. y.y. da) formüle edilen yeminde hasta hekim arasındaki ilişkide sır saklama yükümlülüğünün temel taşıını oluşturur: “*Gerek san’atımın icrası sırasında gerek san’atımın dışında insanların hayatına ilişkin olarak gördüğüm veya işittiğim, başkalarına söz edilmemesi ve sır olarak saklanması gereken bilgileri açıklamayacağım.*” Hekim sır saklama yükümlülüğünü ihlal ederse, hukukî sorumluluğu ve özel hayatın gizliliğin ihlali nedeniyle de ceza hukukundan doğan sorumluluğu doğar (TCK m. 134).

Avukat ve hekimin dışında noterin de mesleki sır nedeniyle kaçınma hakkı vardır (Noterlik Kanunu m. 54). Noter, hukukî güvenliği sağlamak ve hukukî anlaşmazlıkların doğumunu önlemek için görevli kişilerdir. Noterler kamu hizmeti gören ve serbest çalışan kişilerdir¹⁰⁷⁸.

Diğer bir meslek grubu ise mali müşavirlerdir (Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu¹⁰⁷⁹ m. 43). Mali müşavirlerin, müşterilerinin finansal anlamda danışmanlığını yapmak ve diğer finansal konularda yardım etmek görevleri vardır (Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m. 2¹⁰⁸⁰) Mali müşavirlere ilişkin Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m. 43’te tanıklığın sırrın ifşası sayılamayacağına yer verilmiştir. Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 249, sonradan yürürlüğe giren kanunda düzenlenen sırlara ilişkin özel bir düzenlemedir. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 249’un esas alınması gerekir¹⁰⁸¹.

vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.” Benzer şekilde Hasta Hakları Yönetmeliği (RG T: 01.08.1998, S. 23420), m. 23: “*Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.*” Hekimin mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklaması hekimlik mesleğinin etik ilkeleriyle de bağdaşmaz. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, m. 9/1: “*Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz.*”

¹⁰⁷⁸ Tanrıver, Süha, “Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri”, **Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler**, 1993-2011, Ankara, 2011, s. 41. Diğer bir tanım ise “hukukî güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek amacıyla çeşitli belge ve işlemlere resmiyet kazandıran ve kanunların öngördüğü diğer görevleri yerine getiren, belli nitelikleri ve kendine özgü bir hukukî statüsü olan kamu görevlisidir” Bkz. Ulukapı, Ömer/Atalı, Murat, **Noterlik Hukuku**, Mimoza, Konya, 1994, s. 3.

¹⁰⁷⁹ RG T. 13.06.1989, S. 20194.

¹⁰⁸⁰ A) Muhasebecilik ve mali müşavirlik mesleğinin konusu: Gerçek ve tüzel kişilere ait teşebbüs ve işletmelerin; a) Genel kabul görmüş muhasebe prensipleri ve ilgili mevzuat hükümleri gereğince, defterlerini tutmak, bilanço, kar-zarar tablosu ve beyannameleri ile diğer belgelerini düzenlemek ve benzeri işleri yapmak. b) Muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, muhasebe, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenlemek veya bu konularda müşavirlik yapmak. c) Yukarıdaki bentte yazılı konularda, belgelerine dayanarak, inceleme, tahlil, denetim yapmak, mali tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş vermek, rapor ve benzerlerini düzenlemek, tahkim, bilirkişilik ve benzeri işleri yapmak. Yukarıda sayılan işleri; bir işyerine bağlı olmaksızın yapanlara serbest muhasebeci mali müşavir denir.

B) Yeminli mali müşavirlik mesleğinin konusu:

(A) fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yazılı işleri yapmanın yanında Kanunun 12 nci maddesine göre çıkartılacak yönetmelik çerçevesinde tasdik işlerini yapmaktır.

¹⁰⁸¹ Çiftçi, İspat Hakkı, s. 757-758.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirtilen meslek grupları dışında da diğer meslek sahiplerinin kaçınma hakkı vardır. Bu kapsamda, marka ve patent vekili¹⁰⁸² ve arabulucu da faaliyeti sırasında öğrenmiş olduğu gizli bilgiler nedeniyle kaçınma hakkına sahiptir. Sicile kayıtlı arabulucuların sır saklama yükümlülüğüne ilişkin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 4 ve tanıklık yapamayacağını belirten açık düzenleme m. 5'te yer almaktadır. Sicile kayıtlı olmayan arabulucular da olabilir ve bu kişilerin de sır saklama yükümlülüğü vardır¹⁰⁸³.

Çeşitli kanunlarda¹⁰⁸⁴ hakem, denetçi gibi kişilere başvurulması gerektiğini belirten düzenlemeler vardır. Uyuşmazlığın belirli kişilerce çözümlenmesine ilişkin kanunda düzenlenen bu hallerde, kişiler görevi ifa edenlere, belirli sırları açıklayabilirler. Bu kişilerin de sırları saklama yükümlülüğü vardır ve kaçınma hakkına sahiptirler. Uyuşmazlığın alternatif çözüm yollarına bırakıldığı hallerde, uyuşmazlığın mahkeme dışında çözümlenmesi arzulanmakta olduğundan, bu kişilere güven duyulmasında kamunun menfaati ön plandadır.

Mesleki gizliliğin tam ve etkin şekilde korunması için yalnızca meslek sahibi kişilerin değil, aynı zamanda yardımcıların da sır saklama yükümlülüğü altında olduğu ve bu kişilerin de kaçınma hakkının varlığı kabul edilmelidir¹⁰⁸⁵. Böylece avukat stajyeri, hemşire, kâtip gibi kişiler için de sır saklama yükümlülüğü geçerlidir. Kanaatimizce yardımcı kişinin hukukî durumundan bağımsız olarak sır saklama yükümlülüğü ve kaçınma hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda, meslek sahibi kişinin onun görevini yerine getirirken herhangi bir şekilde yardımcı olan ve sırları öğrenen yardımcı kişi olabilir. Daimî bir hizmet ilişkisi içinde veya bağımsız ve belirli bir işi yerine getirirken iş birliğinde bulunuyorsa kaçınma hakkı

¹⁰⁸² Marka ve patent vekilinin sır saklama yükümlülüğü Türk Patent ve Marka Kurumu Patent Vekilleri ve Marka Vekilleri Meslek Kuralları ve Disiplin Yönetmeliği (RG T. 18.05.2017, S. 30070) m. 5/e ve ğ bentlerinde açıkça belirtilmiştir.

¹⁰⁸³ Arabulucu sözleşmesine vekâlete ilişkin hükümler kıyasen uygulanır ve Türk Borçlar Kanunu'nda vekâlete ilişkin m. 506'da vekilin kendisine tevdi edilen işi sadakat ve özenle ifa edeceği düzenlenmiştir. Vekilin sadakat ve özen yükümlülüğünün içinde sır saklama yükümlülüğü de vardır. Bu nedenle vekil, sır saklama yükümlülüğü altındadır. Sicile kayıtlı olmayan arabulucular da sırları saklamakla yükümlüdür. Yazıcı Tıktık, Çiğdem, **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, Oniki Levha, İstanbul, 2013, s. 177-178.

¹⁰⁸⁴ Örneğin 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (RG T. 07.05.198, S. 18040)'na göre, hakeme başvuru düzenlenmiştir (madde 58).

¹⁰⁸⁵ **Stürner**, Geheimsphäre s. 453-454; **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 166, N. 40. Hekimin yanında yardımcıların da meslek sırasında öğrenmiş olduğu sır nedeniyle kaçınma hakkına sahip olduğu Ceza Muhakemesi Kanunu m. 46'da açıkça düzenlenmiştir. Aynı işleve sahip olan hukuk yargılamasındaki kaçınma hakkı için de geçerli olmalıdır. Ayrıca bazı mesleklerde yardımcı kişilerin kaçınma hakkı olduğu açıkça belirtilmiştir. Bkz. Avukatlık Meslek Kuralları m. 37/1, b: "Avukat, yardımcılarının, stajyerlerinin ve çalıştırdığı kimselerin de meslek sırrına aykırı davranışlarını engelleyecek tedbirler alır."; 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 54'e göre, "Noter ve noterlik katipleri, görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları, kanunların emrettiği haller dışında açıklayamazlar."

vardır¹⁰⁸⁶. Meslek sahibi kişinin görev aldığı ve verilere sahip olan tüzel kişiliğin de kaçınma hakkı vardır¹⁰⁸⁷.

3.5.3.3.5.1.2. Maddî Koşul

Maddî bakımdan koşullar, şu şekilde belirlenebilir: Bir sırrın varlığı (1) ile sır ile mesleğin icra edilmesi arasında nedensellik bağının bulunması¹⁰⁸⁸ (2) ve sır saklama yükümlülüğünün varlığı (3).

- (1) Sır, sır sahibi tarafından bilginin gizliliğinin sürdürülme isteği ve sır olarak saklanmasına yönelik menfaatin varlığını gerektirir. Bu nedenle kamuya açık bilgiler ve herkes tarafından bilinen bilgilerin gizliliğinden bahsedilmez. Örneğin bir kimsenin belirli bir hastalık nedeniyle kısıtlandığı gazetelerde ilan edilmişse, sır niteliğinde değildir¹⁰⁸⁹. Herkes tarafından bilinen bir bilginin mahkemede açıklanması veya ortaya çıkarılması gerektiğinde de meslek sahibinin sorumluluğu gündeme gelmeyeceğinden kaçınma hakkının değerlendirilmesi de gerekli değildir. Öğrenilen gizli bilgi, mesleğin yerine getirilmesiyle ilgili bir bilgi olabileceği gibi bu sır sahibinin ailevi, mali, iktisadi, özel durumuna ilişkin bir bilgi de olabilir¹⁰⁹⁰. Örneğin hekimin tedaviyle bağlantılı olan ya da tedaviyle bağlantılı ancak doğrudan bağlantısı olmayan bilgileri (hastanın zina oluşturan bir ilişki nedeniyle gebe kaldığını öğrenmesinde olduğu gibi)¹⁰⁹¹ ve tedaviden bağımsız öğrendiği özel hayatına ilişkin bilgileri sır kapsamındadır. Bilgi, sır sahibinin kendisine ait olabileceği gibi mesleğin icrası sırasında ve mesleki ilişkisiyle bağlantılı olarak öğrendiği üçüncü kişiye ait bilgi de olabilir. Örneğin, müvekkilin eşine ait maaş bilgisi ya da hastanın kalıtsal hastalıklarına (diğer aile üyelerini ilgilendirir) ilişkin bilgisi de sır sayılır¹⁰⁹². Sır sahibi kişinin açıkça gizlilik talebinde bulunmasına da gerek yoktur. Bu mesleğin icra edilmesiyle doğrudan ya da bağlantılı olan, objektif gizli gerçeklerin bilinmesi yeterlidir¹⁰⁹³. Asıl belirleyici olan sır sahibi kişinin açıkça gizli olduğu yönündeki iradesi değildir. İlginin bu gizliliği zımni ya da varsayıma

¹⁰⁸⁶ Bracher, N. 386.

¹⁰⁸⁷ Hasenböhler (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 166, N. 42.

¹⁰⁸⁸ “Türkiye Barolar Birliği 17.01.1998 tarihli Disiplin Kurulu kararında avukatın taraflar aynı olmakla birlikte konuları birbiriyle ilintili bulunan davalarda, eski müvekkili aleyhine dava kabul etmesinin, davalı vekili sıfatıyla takip ettiği ilk davanın dosyasını ikinci davada delil olarak kullanmasının, 36. maddeye aykırı olduğu belirtilmiştir.” Sungurtekin Özkan, Meral, *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, İzmir, 2013, s. 521, dn.3.

¹⁰⁸⁹ Örnek için bkz. Belgesay, Doktorun Hukukî Borçları, s. 122.

¹⁰⁹⁰ Budak, Meslek Sırrı, s. 547.

¹⁰⁹¹ Budak, Meslek Sırrı, s. 547.

¹⁰⁹² Bracher, N. 395.

¹⁰⁹³ Huber (Musielak/Voit), § 383, N. 4.

dayalı olarak bekleyip beklemediği ya da beklemekte haklı menfaatinin olup olmadığıdır¹⁰⁹⁴. Örneğin, noterin¹⁰⁹⁵ bilginin kendisinde gizli kalması için özel olarak bildirilmesi zorunlu değildir. Noter, noterlik görüşmesi içinde öğrendiği tüm bilgiyi saklamakla yükümlüdür¹⁰⁹⁶.

- (2) Sır, meslek faaliyeti sırasında meslek sahibine emanet edilmiş olmalıdır ya da meslek sahibi kişi, mesleği icra ederken bir sırrı algılamış, öğrenmiş olmalıdır. Sır niteliğindeki bilginin meslek sahibinde olması, tamamen meslekle bağlantılıdır. Meslekle bağlantılı olmadan öğrenilen sırlarda, (örneğin, avukatın duruşmaya giderken, yolda tanık olduğu trafik kazasına ilişkin dinlenilmesinde) kaçınma hakkından söz edilemez. Sırrın kaynağı da önemli değildir¹⁰⁹⁷. Meslek sahibi kişinin sır olarak saklaması gereken bilgiyi, yer ve zaman gibi hangi koşullar altında öğrenmiş olduğu da önemsizdir. Önemli olan, mesleğin işleviyle bağlantılı öğrenmiş olmasıdır¹⁰⁹⁸. Örneğin, sır niteliğindeki bilgi, hekimin hasta ile görüşmesi sırasında, hastaya ait test sonuçlarına bakılarak ya da hekimin hasta ile olan ilişkisi sırasında başka bir yakını tarafından öğrenilerek elde edilmiş olabilir¹⁰⁹⁹. Buna karşılık, hekim, mesleğin yerine getirilmesiyle ve mesleğin işleviyle bağlantılı olmayan öğrenilen gizli bilgiler için ise sır saklama yükümlülüğüne dahil değildir. Bu kapsamda, koma halinde bulunan bir hastayı tedavi eden hekim, mirasçıların vasiyetnameyi yırtmasına tanık olmuşsa veya bir hizmetçinin eşyaları çaldığını görmüşse, kaçınma hakkından yararlanamaz¹¹⁰⁰. Sır sahibi kişi, mesleğini yerine getirmesi sırasında değil de sosyal veya siyasi yaşantısı nedeniyle öğrenmiş olduğu sır nedeniyle de kaçınma hakkına sahip değildir¹¹⁰¹. Örneğin, avukat, farklı faaliyetlerde de bulunabilir (Avukatlık Kanunu m. 12). Avukat, yalnızca hukukî faaliyetlerin (hukukî danışmanlık) yerine getirilmesi bağlamında öğrenilen gizli bilgiler nedeniyle kaçınma hakkına sahiptir. Bir avukatın ticarî faaliyetinin ağır bastığı ve yaptığı faaliyetinin, avukatlık faaliyeti olarak görülemeyeceği durumlarda

¹⁰⁹⁴ **Huber** (Musielak/Voit), § 383, N. 4.

¹⁰⁹⁵ Noter, hukukî güvenliği sağlamak ve hukukî anlaşmazlıkların doğumunu önlemek için görevli kişidir. Noter kamu hizmeti gören ve serbest çalışan kişidir. **Tanrıver**, Noter, s. 41. Diğer bir tanıma göre de noter, “hukukî güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek amacıyla çeşitli belge ve işlemlere resmiyet kazandıran ve kanunların öngördüğü diğer görevleri yerine getiren, belli nitelikleri ve kendine özgü bir hukukî statüsü olan kamu görevlisidir” Bkz. **Ulukapı/Atalı**, s. 3.

¹⁰⁹⁶ BGH, NJW, 2005, 1948.

¹⁰⁹⁷ **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 166, N. 43.

¹⁰⁹⁸ **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 166, N. 43.

¹⁰⁹⁹ **Küçükgüngör**, s. 566.

¹¹⁰⁰ Örnekler için bkz. **Belgesay**, Doktorun Hukukî Borçları, s. 127.

¹¹⁰¹ **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 166, N. 43.

(şirkette, yönetim kurulu üyesi olarak faaliyette bulunuyorsa) kaçınma hakkı yoktur¹¹⁰².

- (3) Sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verilmişse, üçüncü kişi kaçınma hakkını kullanamaz. Bunun dışında, her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmese de üçüncü kişinin belirli bir makama, kurula, bilgiyi ifşa etme, bildirme yükümlülüğü varsa da üçüncü kişinin kaçınma hakkı bulunmamaktadır. Bu halde, üçüncü kişi, sır sahibinin korunan menfaatinde daha üstün bir menfaat için, sır saklama yükümlülüğüyle bağlılıktan kurtulur. Örneğin, bulaşıcı hastalıkları kesin veya ihtimal dahilinde teşhis eden hekim, hastalıkları, hastanın kimlik ve adresiyle birlikte sağlık müdürleri veya kolluk görevlilerine bildirmesi gerekir (Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, RG T. 06.05.1930, S. 1489, m. 57). Mesleğini yerine getirirken bir suç işlediği yönünde belirtiyile karşılaşan hekimin veya diğer sağlık mesleği mensupları, durumu, yetkili makama bildirmelidir (TCK m. 280). Banka, müşterilerini ilgilendiren bilgiler istendiğinde, meslek sırrı nedeniyle kaçınabilecektir. Buna karşılık, banka icra dairelerine borçlunun ikamet ettiği yer, tebligat adresi ve haczedilebilir malvarlığı değerleri hakkında bilgi vermek zorundadır¹¹⁰³. Bundan başka, bankalar, müşterilerinin telefon görüşmelerini içeren bant kayıtlarını mahkemeye vermek zorundadır. Bir ticarî sırrın açıklanması söz konusu olmadıkça taşınmazın değerinin tahmin ve takdir edilen bedelini içeren raporu da açıklamakla yükümlüdür¹¹⁰⁴.

Sır saklama yükümlülüğüne dayanan üçüncü kişinin kaçınma hakkı ile tarafın ispat hakkı karşı karşıya geldiğinde, kanun koyucu sır sahibinin menfaatinin üstünlüğünü dikkate alarak, kaçınma hakkı tanımıştır. Örneğin boşanma davasında, eşe ait tıbbi kayıtlar istendiğinde, hastanın rızası olmadan hekim, belgeyi ibraz etmekle yükümlü değildir. Tarafın ispat hakkından, sır sahibinin özel hayatının korunması daha üstün tutulmuştur¹¹⁰⁵. Ancak bazı yargılamalarda, sır saklama yükümlülüğüne dayanan kaçınma hakkından daha üstün menfaat olabilir. Esasında bu üstün menfaat medenî yargılama hukukunda çok sınırlı alanda söz konusudur. Çünkü kamusal yararın ağır bastığı ceza yargılamasında dahi hekim, sağlık görevlisi gibi kişilere tanıklıktan kaçınma hakkı tanınmıştır. Üçüncü kişi, mesleği gereği

¹¹⁰² İsviçre hukukunda avukatın yalnızca dar anlamda hukukî faaliyetleri (danışmanlık ya da hukukî faaliyetleri) nedeniyle mesleki sır nedeniyle kaçınma hakkını kullanabileceği kabul edilir (**Bracher**, N. 396).

¹¹⁰³ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 379.

¹¹⁰⁴ **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.28.

¹¹⁰⁵ **Çiftçi**, İspat Hakkı, s. 755.

hayata yapılan müdahalenin haklılığı için, yargılamanın kendine özgü özellikleri dikkate alınarak, kaçınılmaz ve kesinlikle gerekli kılınan müdahaleler olması gerektiğini belirtmiştir¹¹⁰⁹. Ancak velayet davasında, ebeveynin velayetini almak istediği çocuğa karşı zarar verici bir tıbbi müdahalede bulunduğu iddiasında olduğu gibi bazı yargılamalarda korunan üstün menfaat vardır. Örnekte olduğu gibi sır saklama yükümlülüğü ile çocuğun üstün menfaatinin karşı karşıya geldiği ihtimallerde, çok sınırlı olarak gerçeğin ortaya çıkarılması menfaatine üstünlük tanınmalıdır. Böylece hekimin tanık olarak beyanda bulunma yükümlülüğü veya belge ibraz etme yükümlülüğü kabul edilmelidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi, özel hayatın gizliliğine mutlak koruma sağlamamıştır. Buna karşılık, sır sahibinin menfaatinin korunması için yargılamanın taraflar dışındaki üçüncü kişilerden gizli olarak yürütülmesi öngörülmelidir (AİHS m. 6/1).

Burada ele alınması gereken bir konu da meslek sahibinin bildirim yükümlülüğüne sahip olduğu durumlarda ya da sır saklamaktan muaf olduğuna ilişkin iznin varlığında, sır sahibinin gizlilik konusundaki menfaatinin, gerçeğin ortaya çıkarılmasından daha üstün olması halinde, üçüncü kişinin kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağı meselesidir. Doktrinde hekimler için sır sahibinin iznine rağmen, hastanın sağlığı için hastanın dahi bilmediği bir sır varsa ve sır sahibinden saklanması gerekiyorsa, hekimin kaçınma hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir¹¹¹⁰. Bu örnekte sır sahibi sırrı tam olarak bilmeden sırrın açıklanmasına izin vermiştir. Sır sahibi sır konusuna tam olarak vakıf olmadığından, izne ilişkin iradenin oluşumunda sakatlık vardır. Bu nedenle, sır sahibinin sırrın tam olarak farkında olmadığı ve iradesini doğru bir şekilde yansıtamadığı durumlarda, meslek sahibinin kaçınabilmesine izin verilmelidir. Bu noktada, meslek sahibi kişi, sırrın açığa çıkarılmaması gerektiğini mahkemede inandırıcı şekilde ispat etmelidir. Avukat için ise durum farklıdır. Kanun koyucu, avukat için mutlak kaçınma hakkı tanımıştır. Bunun temel nedeni de avukatın sır sahibinin hakkını koruyacak mesleki bilgi ve deneyime sahip olmasıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 249'da sır sahibinin rızası halinde avukatların kaçınabileceğine ilişkin düzenleme gereği, diğer meslek sahibi kişilerin sır sahibinin rızasıyla mesleğini yerine getirirken öğrendiği sırları açıklamak zorunda oldukları sonucuna neden olacaktır. Bu durum ise üçüncü kişinin sır sahibinin menfaatine olan hallerde, sırrı açıklamaktan kaçınmasına engel olacaktır. Avukat gibi doktor, psikolog ve diğer meslek sahipleri de sır sahibinin menfaati gereği sırrın saklanması gerektiğini kendi mesleği bakımından zorunlu görebilir. Bu nedenle doktor, psikolog gibi diğer meslek

¹¹⁰⁹LL v. France, 10.10.2006, 7508/02, § 27-34; 45-46. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-77356%22%5D%7D>}, e.t. 10.12.2023)

¹¹¹⁰ Budak, Meslek Sırrı, s. 551.

sahiplerinin gizliliğin korunmasındaki menfaatin, gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki menfaatten daha üstün olduğu hallerde ve bunu mahkemede inandırıcı şekilde ispatlarsa tanıklık yapmaktan ya da belgeleri mahkemeye ibraz etmekten kaçınabilirler¹¹¹¹. Olması gereken hukuk bakımından kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmesi daha yerindedir. İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nda avukatlar dışındaki diğer meslek sahiplerinin, gizliliğin saklanmasıdaki menfaatin, gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki menfaatten daha ağır bastığını inandırıcı şekilde ortaya koymaları halinde kaçınabilecekleri düzenlenmiştir (Sch ZPO m.166/1, b). Bu şekilde diğer meslek sahiplerinin yaşayabilecekleri tereddütlere engel olunur¹¹¹².

Dikkate alınması gereken diğer bir husus da meslek sahibinin mesleğini gereği gibi yerine getirebilmesi için bu faaliyeti sırasında aldığı kişisel kayıtların (notların) gizli tutulmasındaki menfaattir. Burada sır sahibinin yanında meslek sahibinin de menfaati vardır. Örneğin, hekimin hastayla ilgili gözlemleri, kişisel kanaati gibi değerlendirmeleri içeren kişisel kayıtların, ibraz edilmesi talep edildiğinde, hekimin kaçınma hakkı olduğu kabul edilmelidir¹¹¹³. Çünkü meslek sahibi kişi, bu mesleği yerine getirirken, mesleğin gereği gibi yerine getirilmesi ve sır sahibinin menfaatini korumak için hareket ederek bazı gizli bilgileri açıklamamış olabilir. Yalnız meslek sahibinin salt kendi menfaatini dikkate alarak ileri sürdüğü nedenle kaçınma hakkı yoktur. Örneğin kamuoyu mesleğinin gizliliğine olan güvenin sarsılacağı ya da meslek sahibi kişinin mesleğini yerine getirirken yapmış olduğu hatalı bir işlemi nedeniyle sorumluluğunun doğacağı gerekçeleriyle kaçınamaz¹¹¹⁴. Bu halde sır sahibinin rızası varsa, meslek sahibi kişi yükümlülüğünü yerine getirmelidir.

3.5.3.3.5.1.3. Kapsamı

Meslek sırrı nedeniyle kaçınma hakkının koşulları aynı zamanda kapsamını da belirler. Kanun gereği sır saklamakla yükümlü olan meslek sahibi kişiler için geçerli olmasıyla sınırlı olmasıdır. Sır saklama yükümlülüğü kanunda açıkça yazılı olan ya da kanunun amacı dikkate alındığında, kendisine güvenilerek sır niteliğindeki bilgiler verilen, meslek sahibi kişiler yalnızca bu kaçınma hakkına sahiptir. Bu kişilerin sözleşmeyle genişletilmesi mümkün değildir. Örneğin, bir kuaför ile müşterisi arasında sır saklama sözleşmesi yapılmışsa, kuaför, yargılamada bu sözleşmeye dayanarak kaçınma hakkı olduğunu ileri süremez.

¹¹¹¹ Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 381.

¹¹¹² Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 381.

¹¹¹³ Bracher, N. 391.

¹¹¹⁴ Bracher, N. 391.

Sır, meslek sahibine görevi gereği emanet edilmiş ya da onun mesleğini yerine getirirken kendisi tarafından algılanmış olmalıdır. Kaçınma hakkı yalnızca bilgi verme yükümlülükleri için söz konusu değildir. Belge veya nesne üzerindeki incelemeye izin verme yükümlülüklerinde de bu kaçınma hakkı kullanılabilir. Örneğin, doktor, mesleği yerine getirirken öğrendiği bilgilere ilişkin tanık olarak beyanda bulunması (bilgi verme yükümlülüğü) talep edildiğinde bilgi açığa çıkabileceği gibi hastanın öyküsünü anlatan dosya veya röntgen filmi belge olarak talep edildiğinde bilgi açığa çıkabilir. Bu nedenle hem bilgi verme yükümlülüklerinde hem de nesne üzerindeki incelemeye izin verme yükümlülüklerinde, meslek sırrı nedeniyle kaçınma hakkı kullanılabilir¹¹¹⁵. Sır sahibi ve meslek sahibi arasındaki kişisel veya sözleşmeye dayanan ilişki sona erse dahi kaçınma hakkı geçerliliğini sürdürür¹¹¹⁶.

3.5.3.3.5.2. Ticarî Sırlardan Doğan Kaçınma Hakkı ve Kapsamı

Ticarî sırlar konusu doktrinde kapsamlı çalışmalara konu olmuştur. Ticarî sırrın tanımındaki güçlük nedeniyle bu çalışmalarda ticarî sırlar örneklemeler yapılarak açıklanmıştır¹¹¹⁷. Ticarî sır tanımında özellikle Ticarî Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nda madde 2, a bendinde yapılan tanımlamaya gönderme yapılmıştır. Kanun tasarısında ticarî sır, örnekseme yoluyla geniş bir şekilde tanımlanmıştır. Maddeye göre,

“Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri ifade eder.”

Ticarî sırlar Anayasa'da ve çeşitli kanunlarda koruma altına alınmıştır. Anayasa m. 17'de herkesin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Ticarî sırlar da ticarî işletmelerin piyasadaki değerini belirleyen önemli gayri maddî mal varlıklarından biri olup bu madde kapsamında korunduğu kabul edilir¹¹¹⁸. Ticarî sırlar, genellikle ticarî hayatın rekabete ilişkin kısımlarını koruma kapsamında olup, haksız rekabete ilişkin hükümlerde de korunmuştur (TTK m. 54 vd.) Ticarî işletmeye dahil olan mal

¹¹¹⁵ Bracher, N. 394.

¹¹¹⁶ Hasenböhler (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 166, N. 47; Bracher, N. 397.

¹¹¹⁷ Ticarî sırların tanımındaki güçlük nedeniyle, her somut olayda uzmanlarca değerlendirilmesiyle çözülmeye çalışılmıştır: Yargutay 22. HD., 10.02.2015, E. 2013/29244, K. 2015/4344: “rekabet yasağının belirlenmesinde ticarî sırrın ne olduğu uzman mahkemelerce değerlendirilmesi gereken ve piyasa şartlarıyla sıkı sıkıya bağlı bulunan ticarî bir konudur.” (Lexpera).

¹¹¹⁸ Sulu, Muhammed, **Ticarî Sırların Korunması**, 3. Baskı, Oniki Levha, İstanbul, 2020, s. 1 vd.

varlığının önemli bir unsuru olan ticarî sırların koruma altına alınması, sır niteliğindeki bilginin elde edilmesi için ortaya koyulan emek, çaba, beceri ve masrafları korumak düşüncesinin sonucudur¹¹¹⁹. Ticarî sırlarda, korunan sır, sır sahibinin mülkiyet hakkıyla yakın ilgilidir¹¹²⁰. Ticarî sırların korunması, ülkelerin ekonomik anlamda büyümesiyle ilgilidir ve küçük ve orta ölçekli şirketlerin büyüebilmesine de hizmet eder¹¹²¹. Bu yönüyle ülkelerin refahı açısından da önemlidir. Ticarî sırların yargılama sırasında açığa çıkarılması tacir bakımından ekonomik ve ticarî tehlike doğurur. Maddî hukukta korunan bu sırların yargılamada da korunması, tacirin ekonomik ve ticarî hayatının devamlılığı ve korunması içindir.

Ticarî sır nedeniyle kaçınma hakkının şartları, üçüncü kişiye ait bilginin ticarî sır niteliğinde olması ve sır sahibi üçüncü kişi tarafından sırrın açıklanmasına rıza gösterilmemiş olması şeklinde belirlenebilir. Bilginin ticarî sır niteliğinde olması, maddî hukukta açıklanmıştır. Buna göre genellikle, bilginin ticarî nitelikte olması, sır sahibinin gizli tutma yönündeki iradesi, bilginin gizli kalmasındaki menfaatin varlığı ve sır niteliğindeki bilginin ekonomik değere sahip olması aranmıştır¹¹²². Ticarî sır nedeniyle kaçınma hakkı için sır sahibinin önemli, doğrudan ve ekonomik menfaati olmalıdır. Sır sahibinin ekonomik olarak menfaati olan bilgi veya olay, hukuka ya da ahlaka aykırı ise ticarî sırrın korunmasından yararlanılmayacaktır. Bu nedenle üçüncü kişi, başkasına ait sır nedeniyle kaçınma hakkından yararlanmamalıdır. Üçüncü kişinin kendisine ait bir ticarî sır nedeniyle kaçınma hakkı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 250'de düzenlenmiştir. Üçüncü kişinin başkasına ait ticarî sır nedeniyle kaçınma hakkı ise bu maddeye dayanmaktadır¹¹²³. Üçüncü kişinin kendisine veya başkasına ait ticarî sır nedeniyle kaçınma hakkı mutlak koruma sağlar¹¹²⁴. Üçüncü kişinin başkasına veya kendisine ait ticarî sırrı hukuken korunmaya değerse, üçüncü kişi böyle bir sır nedeniyle kaçınabilir. Bununla birlikte doktrinde ticarî sır nedeniyle kaçınma hakkında tarafın menfaati ve ticarî sırrın korunması arasındaki menfaatin dikkate alınarak menfaatlerin tartılması temelinde çözüme kavuşturulmasının gerektiği de ifade edilmiştir¹¹²⁵.

Üçüncü kişinin yargılamanın taraflarından birine¹¹²⁶ ait ticarî sırları da olabilir. Üçüncü kişi taraflara ait sır nedeniyle de kaçınma hakkını kullanabilir. Ancak sır sahibi sırrın

¹¹¹⁹ **Sulu**, s. 47.

¹¹²⁰ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 349-351; **Çiftçi**, İspat Hakkı, s. 761.

¹¹²¹ **Sulu**, s. 47.

¹¹²² Konunun kapsam itibarıyla ayrıntılı olması nedeniyle bu konudaki çalışmalara bakılmalıdır. Bkz. **Sulu**, s. 14 vd.

¹¹²³ Bkz. 3.5.3.3.4.1. Kanunen Korunması Gereken Sır Sahibi Başka Bir Kişi Olmalı.

¹¹²⁴ **Stadler**, Unternehmensgeheimnissen, s.1203.

¹¹²⁵ Açıklamalar için bkz. **Çiftçi**, İspat Hakkı, s. 616.

¹¹²⁶ Yargılamada taraflar da kendisine ait ticarî sırları açıklamak zorunda değildir. Özellikle karşı taraf, kendisine ait ticarî sırlar nedeniyle kaçınma hakkını kullanabilir. Doktrinde, mahkemenin sırrın ekonomik bir değere sahip olup olmadığını ve sırrın mahkemede ortaya çıkarılmasının kendisine zarar verip vermeyeceğini araştırması gerektiği haklı olarak belirtilmiştir. Ayrıca tarafın bu sırrı ekonomik olarak değerlendirebilecek bir rakip olup

açıklanmasına izin verirse, üçüncü kişi katkıda bulunmakla yükümlüdür. Üçüncü kişi yükümlülüğü yerine getirecek olursa, mahkeme, sır sahibinin menfaatini engelleyecek tedbirleri almalıdır.

3.5.3.3.5.3. Haber Kaynaklarının Gizliliğinden Doğan Kaçınma Hakkı ve Kapsamı

Basın, kamusal bir görevi yerine getirir ve asıl fonksiyonu da haber verme görevidir¹¹²⁷. Basının bu görevini gereği gibi yerine getirebilmesi amacıyla haber kaynaklarının gizliliği gerekir. Haber kaynaklarının gizliliği, basın özgürlüğünün korunmasını sağlar (Anayasa m.28). Basın özgürlüğü, demokratik hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir unsuru olup, basın özgürlüğünün önemli olmasının asıl sebebi, basın yoluyla yapılan açıklamalarda kamu yararının bulunmasıdır¹¹²⁸. Haber kaynaklarının açıklanmasının istenmesi, haber kaynağıyla ilgili belgelerin alınması basın özgürlüğünün sınırlandırması anlamına gelir¹¹²⁹. Çünkü haberin kaynağı olan kişiler çoğunlukla ortaya çıkmak istemezler. Basın mensubu yayınladıkları anonim yazı ve haberlerin kaynaklarını açıklamak zorunda kalırsa, haber kaynakları azalabilir hatta ortadan kalkabilir¹¹³⁰.

Haber kaynaklarının açıklanmaması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin bir parçası olup, onun norm alanı içerisindedir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletler, ayrıca bir düzenlemeye ihtiyaç olmaksızın sözleşmeyi imzalamakla haber kaynaklarının açıklanmaması güvencesini iç hukuklarında uygulamalıdır¹¹³¹. Basın Kanunu m. 12' de haber kaynaklarının açıklanmaması düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, *“sürelî yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz.”* Bu maddeye dayanan kaçınma hakkının kişisel ve maddî koşulu vardır. Kişisel koşulu, sürelî yayın sahibi, eser sahibi ya da sorumlu müdür olmasıdır. Kanunda sürelî yayın sahibi tanımlanmamışsa da sürelî yayın tanımından yola çıkarak, sürelî yayın sahibi *belirli aralıkla*

olmadığı ya da değilse bile değerlendirebilecek birine devretme ihtimalinin olup olmadığının araştırılması da önemlidir. Taraflara ait ticarî sır nedeniyle belge ibrazından kaçınmaya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 352. Ayrıca etkin hukukî korunma kapsamında ticarî sır nedeniyle tarafın ya da karşı tarafın yargılamadan hariç bırakılarak yargılama yapılması ile korunan hukukî menfaatlere ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. **Stadler**, Unternehmensgeheimnissen, s.1204-1205.

¹¹²⁷ İçel, Kayıhan, “Gazetecilerin Tanıklıktan Çekinme Hakkı”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt: 1, Yıl: 1978, Sayı: 1, ss. 37 – 45, s. 37.

¹¹²⁸ Kılıçoğlu, Ahmet, “Basın Özgürlüğünün Suistimali”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 13/3-4, ss. 385-388, s. 385.

¹¹²⁹ Demir, Samsun, “Gazetecilerin Tanıklıktan Çekinme Hakkı”. **İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi**, S. 1-2 (Temmuz 2015), s. 187, ss.187-190.

¹¹³⁰ İçel, s. 38.

¹¹³¹ Başol, Kemal, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Düzeninde Basın Özgürlüğü ve Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Güvencesi” **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 78.

yayımlanan, gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını ve internet haber sitelerinin sahibi (Basın Kanunu m. 2/c) olarak tanımlanabilir. Her süreli yayının sorumlu müdürü de bulunur (Basın Kanunu m. 5/1). “Süreli veya süresiz yayının içeriğini oluşturan yazıyı veya haberi yazanı, çevireni veya resmî ya da karikatürü yapanı, görsel veya işitsel içerikleri kaydeden veya düzenleyeni”ne de eser sahibi denir (Basın Kanunu m. 2/1). Basında çalışan gazeteciler, fotoğraf, radyo ve televizyon gazeteciler, haber ajansları, yayın şirketleri gibi tüzel kişiler bu koruma kapsamında olup, kaçınma hakkını kullanabilir. Kaçınma hakkı kapsamındaki kişiler kısmi süreli ya da tam zamanlı çalışan, düzenli ya da profesyonel olarak kamuya haber toplayan veya dağıtanlardır¹¹³². Buna karşılık, basında çalışan bir editöre mektup yazan, konuk olarak bir radyo veya televizyon programına katılan kişi, gazeteci değildir¹¹³³. Bu kişiler kaçınma hakkının kişisel koşulu şartını da sağlamaz. Profesyonel olarak gazeteci olmayan blog yazarı, internet sitesi sahibi veya video sahibi de bu kapsamda değerlendirilmemelidir¹¹³⁴. Düzenli ya da profesyonel olarak mesleği yürüten kişilere kaçınma hakkı öngörülmiştir.

Kanunda mesleki ilişki içinde olan sekreter, matbaada çalışan teknik bir uzman, fotoğraf, ses kaydı veya video çekimini yapan, bir yazının düzeltmelerini yaparak yayına hazır hale getiren redaktör, gazetecinin asistanları, işvereni veya bağlı olduğu editör gibi diğer kişiler sayılmamıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (2000) 7 sayılı Tavsiye Kararı Eki (2. ilkesi) diğer kişiler tanımlanmış ve bu kişilerin de haber kaynağını açıklamama güvencesinden yararlanacağı belirtilmiştir. Diğer kişiler, gazetecilerle mesleki (profesyonel) iş ilişkileri aracılığıyla bilgilerin toplanması, işlenmesi veya dağıtılması sürecinde, haber kaynağına ilişkin bilgi edinen kişilerdir. Haber kaynağının açıklanmaması şeklindeki güvencenin amacı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10.maddesindeki haber kaynaklarının korunarak halkın kamu yararı olan konularda haber almasının sağlanmasıdır¹¹³⁵. Bu nedenle amaç haber kaynağının gizlenmesi olduğundan, haberi yazan, karikatürü çizen gibi eser sahibine destek sağlayan teknik, idari faaliyette bulunan yardımcı kişilerin de kaçınma hakkı kabul edilmelidir¹¹³⁶. Aksinin kabulü gazeteciyle profesyonel iş ilişkisi içinde olan diğer bir kişi tarafından haber kaynağının kimliğinin açıklanabilmesine neden olacaktır. Bu ise haber kaynağının gizliliğinden elde edilen amaca aykırı olacaktır.

¹¹³² Gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamama güvencesi kapsamında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (2000) 7 sayılı kararı ile birlikte kimin gazeteci olduğu hakkında yapılan açıklamalar için bkz. **Başol**, s. 83.

¹¹³³ **Başol**, s. 83.

¹¹³⁴ **Başol**, s. 84.

¹¹³⁵ **Başol**, s. 78.

¹¹³⁶ Aksi yönde görüş için bkz. **Taşkın Adıyaman**, s. 131.

Bu maddeye dayanan kaçınma hakkının maddî koşulu ise “haber kaynağının” açıklanmamasıdır. Haber kaynağı ile kastedilen, haber ya da bilgi sağlayan kişilerdir. Haber kaynağı gazeteciyle bizzat görüşerek, arayarak ya da yazarak haberi sağlayabileceği gibi gazetecinin bir video kaydı ya da ses kaydı almasına izin vererek de haberi sağlayabilir¹¹³⁷. Önemli olan haber kaynağı ile eser sahibi (gazeteci) vs. arasında bir anlaşma olmasıdır. Haber kaynağı kişi, karşısındakinin gazeteci olduğunu bilmeli ve kimliğinin gizli kalacağına güvenmelidir¹¹³⁸. Gizlilik kapsamında olan haber kaynağının kimliğini tespit etmeye yarayacak doğrudan bilgi ve dolaylı bilgi olabilir. Bu bağlamda haber kaynağının ismi ve kişisel verilerini yanı sıra haber kaynağını tespit etmeye yarayan haber kaynağının görüntüsü, sesi de olabilir. Üçüncü kişi haber kaynağının kimliğini tespit etmeye yarayacak doğrudan bilgi ve dolaylı bilgileri mahkemede açıklamak ve ibraz etmekten kaçınabilir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (2000) 7 sayılı Tavsiye Kararı ekindeki tanımlar başlığı altında, haber kaynağının kimliğini ortaya çıkaran bilgi olarak şu hususlar belirtilmiştir.

- i. Haber kaynağının sesi ve görüntüsü yanında adı ve kişisel verileri
- ii. Gazeteci tarafından haber kaynağından bilgi edinmenin maddî koşulları
- iii. Haber kaynağı tarafından gazeteciye verilen bilginin yayınlanmamış içeriği ve
- iv. Gazetecilerin ve iş verenlerinin mesleki çalışmalarıyla ilgili kişisel verileri

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (2000) 7 sayılı Tavsiye Kararı ekindeki açıklayıcı notun 18. paragrafında her bir maddeye örnekler verilmiştir:

- i. Haber kaynağının adı, adresi, telefon ve faks numarası, haber kaynağının işverenin adı ve diğer kişisel verileri yanında haber kaynağını gösteren resim ve ses
- ii. Haber kaynağıyla buluşma yeri ve zamanı, haber kaynağı ile gazeteci arasında yazışma araçları ya da anlaşılan hususlar
- iii. Gazeteci tarafından henüz yayınlanmamış ve haber kaynağının kimliğini belirleyebilecek veriler, sesler, resimler, olaylar vb.
- iv. Gazetecinin işi nedeniyle üretilen ve örneğin adres listelerinde, telefon görüşmelerinin listesinde, bilgisayar tabanlı iletişim kayıtlarında, seyahat randevuları ya da banka dokümanlarındaki kişisel veriler

Haber kaynaklarının gizliliği kapsamına hem bilgi verme yükümlülükleri hem de incelemeye izin verme yükümlülüğü dahildir. Kaçınma hakkı yaratan durum, yukarıda açıkladığımız haber kaynağının gizliliğine ilişkin hususlardır. Bu nedenle gazeteci gibi eser sahibi, sorumlu müdür ve süreli yayın sahibinin konu bakımından sınırlı kaçınma hakkı vardır. Eser sahibi, sorumlu müdür ve süreli yayın sahibi bu konu kapsamında bilgi verme

¹¹³⁷ Başol, s. 87.

¹¹³⁸ Başol, s. 88.

yükümlülüğünden kaçınabileceği gibi belge veya nesne üzerinde incelemeye izin verme yükümlülüğünden kaçınabilir.

3.5.3.3.5.4. Devlet Sırlarından Doğan Kaçınma Hakkı ve Kapsamı

Devlet sırrının tanımına bazı kanunlarda yer verilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 47. maddesinde, “Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler” devlet sırrı sayılabilecek bilgiler olarak tanımlanmıştır. Kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarından ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından bilgi edinme hakkına yer veren Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 16. maddesinde devlet sırrı, “açıklanması halinde, devletin emniyetine, dış ilişkilerine, millî savunmasına ve millî güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla Devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgeler”, bilgi edinme hakkının kapsamı dışında sayıldığı belirtilerek, devlet sırrının niteliği belirlenmiştir. Görüldüğü üzere, devlet sırrı kapsamına, devletin emniyetine, dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verecek ya da niteliği itibarıyla devlet sırrı oluşturabilecek bilgiler girer.

Devlet sırrı söz konusu olduğunda, dikkate alınacak hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 242’dir¹¹³⁹. Devlet sırrı niteliğindeki bir bilgi varsa, sırrın ait olduğu makamın izni olmadıkça, o bilginin yargılamada mahkeme tarafından incelenmemesi gerekir. Kanunda açıkça sırrın ait olduğu makamın yazılı rızası aranmıştır. Kanunun bu düzenlemesiyle, devlet sırrı niteliğindeki bilgilerde, bilginin mahkemeden de gizli tutulması öngörülmüştür. Bu hüküm, yürürlükten kaldırılan Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu’nun 49. maddesinde de vardı¹¹⁴⁰. Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu’ndan farklıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 47/1’de bir suç olgusuna ilişkin bilgilerin Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamayacağı düzenlenmiştir. Bu halde mahkeme heyeti ya da hâkim, zabıt kâatibi dahi olmaksızın tanığı dinler ve bu bilgilerden yalnızca yüklenen suçu aydınatabilecek bilgileri tutanağa kaydettirir (CMK m.47/2)¹¹⁴¹. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun yeni düzenlemesiyle birlikte devlet sırlarının mahkemeden gizlenmesi mümkün değildir.

Resmî kuruma yöneltilen taleplerde, diğer üçüncü kişilerden farklı olarak o belgenin ibraz edilip edilmeyeceğine, kaçınma hakkının varlığını, resmî kurumun kendisi takdir eder. Kurum bu takdirinde, bir yanda kamunun menfaatini, diğer yanda ilgili tarafın sübjektif

¹¹³⁹ Bu konudaki açıklamalar için bkz. 2.1.4.2.2.3. Üçüncü Kişinin Kamu Görevlisi Olmasının Yükümlülüğün Yerine Getirilmesine Etkisi.

¹¹⁴⁰ “Devlet memurları memuriyetten çekildikten sonra bile, saklamakla mükellef oldukları vakıalar hakkında sırrın ait olduğu makam amirinin izni olmaksızın şahit sıfatıyla dinlenemezler.”

¹¹⁴¹ Kanundaki bu hüküm hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır (CMK m. 47/3).

hakkının yerine getirilmesi yönündeki bireysel menfaati ile gerçeğin ortaya çıkarılması menfaati dikkate alınmalıdır. Bu değerlendirmede mutlak olarak tek bir üstünlüğünün bulunduğu sonucuna varılamaz. Her somut olayda ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Eğer kamunun menfaati gerektiriyorsa, resmî makam belgeyi vermekten veya bilgiyi açıklamaktan kaçınabilir. Örneğin, devletin güvenliği nedeniyle bilginin gizli kalması gerekiyorsa resmî makam, belgeyi vermekten kaçınacaktır¹¹⁴². Resmî makam, devlet sırrı gerektiren bir belgeyi ibraz ediyorsa, bu sırların korunması için bazı tedbirleri de almalıdır¹¹⁴³. Örneğin dosyaya giren belgenin belirli kişilerce incelenmesinin engellenmesi, belgenin belirli bir kısmının incelenmesine izin verilmesi, belgenin aslı yerine suretinin gönderilmesi veya belgenin önemli bölümünün mahkemeye rapor olarak sunulması resmî makamın alabileceği tedbirlerdendir¹¹⁴⁴.

3.5.3.4. Menfaat İhlali Nedeniyle Kaçınma Hakkının Koşulları ve Kapsamı

3.5.3.4.1. Genel Olarak

Menfaat ihlali nedeniyle kaçınma hakkı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 250’de düzenlenmiştir. Madde düzenlemesine göre üç “nesnel” nedene dayanarak kaçınma hakkı doğar. Üçüncü kişinin kendisine veya yakınlarından birine (HMK m. 248) doğrudan doğruya maddî bir zarar verecekse, bu kişilerin şeref veya itibarını ihlal edecek veya bu kişilerin ceza soruşturması ile kovuşturmasına sebep olacaksa ya da meslek veya sanatına ait sırların ortaya çıkmasına neden olacaksa kaçınma mümkündür (HMK m. 250).

Menfaat ihlali tehlikesi nedeniyle kaçınma Alman hukukunda nesnel nedenlerle kaçınma hakkı paragrafı altında aynı nedenlerle düzenlenmiştir (dZPO § 384). İsviçre hukukunda maddenin taslak halinde, Türk ve Alman hukukunda olduğu gibi düzenlenmişken; yürürlüğe giren hükümde, kendisinin veya yakının (SchZPO m. 165) hukukî ya da cezai sorumluluğu doğacak ise kaçınma hakkı olduğu şeklinde düzenlenmiştir. Hukukî sorumluluğun doğma ihtimalinde Türk hukukunda olduğu gibi doğrudan doğruya maddî zarar tehlikesi aranmamıştır.

Düzenlemenin amacı, üçüncü kişinin delilerin toplanmasına katılarak olumsuz sonuçlarından korumaktır¹¹⁴⁵. Tanık ise gerçeğe uygun beyanda bulunarak, belge ise bu belgenin incelenmesiyle ortaya çıkacak olumsuz sonuçlardan korumaktadır.

Bu düzenlemenin kişisel nedenlerle kaçınma hallerinden (HMK m. 247) farkı, üçüncü kişinin bu kaçınma sebebine dayanması için yakının taraf olması gerekmez. Bilginin açığa

¹¹⁴² Ayrıntılı açıklama için bkz. **Erdönmez**, Belgelerin İbrazi s. 389.

¹¹⁴³ **Frank/Strauli/Messmer**, § 184, N. 14.

¹¹⁴⁴ **Frank/Strauli/Messmer**, § 184, N. 14.

¹¹⁴⁵ **Huber** (Musielak/Voit), § 384, N. 1; **Bracher**, N. 361; **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 166, N. 16.

çıkması, üçüncü kişinin kendisi veya yakınlarının menfaat ihlaline (HMK m. 250) neden olacaksa kaçınma hakkı vardır. Bu kaçınma hakkı yaratan neden, yalnızca belirli bir konuya bağlıdır. Bu nedenle sınırlı bir kaçınma hakkı niteliğinde olup, bu nitelikteki bilginin açığa çıkması tehlikesi varsa üçüncü kişi kaçınma hakkını kullanabilir. Kişisel nedenlerle kaçınma hakkında (HMK m. 247) ise üçüncü kişi bu nedenle kaçınma hakkını kullanarak yükümlülüğün tamamından kurtulabilir.

Tarafla kişisel nedenlerle kaçınma hakkında, üçüncü kişinin bu hakkı olduğu mahkeme tarafından önceden hatırlatılır (HMK m. 247/2). Ancak menfaat ihlali tehlikesi nedeniyle kaçınma hakkında (ayrıca sır nedeniyle kaçınma hakkında) hâkimin böyle bir ödevi düzenlenmemiştir. İsviçre hukukunda ise mahkemenin üçüncü kişiyi kaçınma hakkı hakkında aydınlatacağı düzenlenmiştir (SchZPO m. 161). Oysa Türk hukukunda da düzenlemenin bu yönde olması gerekirdi¹¹⁴⁶.

3.5.3.4.2. Menfaat İhlali Nedeniyle Kaçınma Hakkının Koşulları

Aşağıda sayılan dört durumdan birinin varlığı halinde menfaat ihlali nedeniyle kaçınma hakkı doğabilir. Kanun başlığında menfaat ihlali nedeniyle kaçınma hakkı olduğu belirtilmiş, maddenin içeriğinde ise “aşağıdaki hallerde” tanıklıktan çekinebilir ifadesine yer verilmiştir (HMK m. 250). Madde başlığı geniş bir şekilde ifade edilse de yalnızca maddede sayılı hallerden birine dayanarak üçüncü kişinin kaçınabilmesi mümkündür. Başka bir kaçınma hakkı da yoksa, bu nedenlerden birine girmeyen sebebe dayanarak, menfaat ihlali nedeniyle kaçınma hakkını ileri sürerek üçüncü kişi yükümlülüğünden kurtulamaz.

3.5.3.4.2.1. Doğrudan Doğruya Maddî Zarar Vermesine Neden Olacaksa

Üçüncü kişi ya da yakınlarının maddî zararı, kendisine sorulan sorunun cevabının bir sonucu olmalıdır. Dolayısıyla yargılamanın sonunda verilen kararın değil, kendisine sorulan sorunun cevabı üçüncü kişiyi doğrudan maddî zarara uğratacaksa kaçınma sebebidir¹¹⁴⁷. Kanun koyucu burada üçüncü kişinin mülkiyet hakkını dikkate alarak öncelik tanımıştır. Mülkiyet hakkı, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle korunan temel bir haktır (Anayasa m. 35).

¹¹⁴⁶Bu husus Alman hukukunda da eleştirilir. Menfaat nedeniyle kaçınma nedenini oluşturan kendisi veya yakınlarını suçlayacak olması ihtimalinde, tanığın yalan söyleyebileceğinden dolayı önceden bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir (Berger, (Stein/Jonas), § 384, N. 18). Diğer görüş de özellikle çocukların menfaat ihlali tehlikesi nedeniyle kaçınma hakkının önceden bildirilmesinin amaca uygun olduğunu belirtmiştir. Bkz. Huber (Musielak/Voit), § 384, N. 1

¹¹⁴⁷Berger (Stein/Jonas), § 384, N. 3. Hukukumuzda Budak/Karaaslan’a göre, bu bende dayanarak kaçınmanın olmaması gerektiği, gerçeğin bulunmasının tanığın maddî zarar verme ihtimaline feda edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Budak/Karaaslan, s. 304.

Hükümdeki doğrudan doğruya maddî zarar kavramının açıklanması gerekir. Zarar “maddî zarar” olmalıdır. Manevi zarar bu bende dayanarak kaçınma hakkı vermez¹¹⁴⁸. Maddî zararı doğuran talep, sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden, miras ve mülkiyet hukuku ile aile hukukundaki nafaka taleplerinden doğabilir.

Bu bende dayanan kaçınma hakkında mutlaka zararın doğması gerekmez. Kanunun başlığında “tehlike”den bahsetmiştir. Üçüncü kişinin doğrudan maddî zarar tehlikesi ile karşılayacağı hallerde de kaçınma hakkının varlığı dikkate alınmalıdır. Üçüncü kişiye karşı bir talepte bulunulmasını sağlayan, üçüncü kişinin mevcut bir hak iddiasını azaltan veya ortadan kaldıran bilginin açığa çıkması ihtimalinde böyle bir tehlikeden söz edilir¹¹⁴⁹. Bunun yanında iddianın ileri sürülmesini kolaylaştırdığı hallerde veya tam tersi mevcut bir hakkı engelleyen hallerde de kaçınma mümkündür¹¹⁵⁰. Bir iddianın ileri sürülmesini kolaylaştırılmasında, üçüncü kişinin sorumluluğu zaten önceden mevcuttur ancak üçüncü kişinin gerçeğe uygun beyanda bulunması veya bilginin ortaya çıkarılmasının sağlaması ile hak sahibinin iddiasını kolaylaştırıyorsa, üçüncü kişinin kaçınma hakkı olduğu kabul edilir¹¹⁵¹. Örneğin, aynı borç nedeniyle müteselsil borçlulara karşı açılan ihtiyari dava arkadaşlığı şeklindeki davada, diğer dava arkadaşının tanık olarak dinlenilmesinde verilecek beyan, doğrudan doğruya maddî zarara uğrama tehlikesi nedenine sebep olacaksa, tanık, kaçınma hakkına sahiptir. Bunun dışında aynı olayda henüz dava açılmayan müteselsil borçlu da kaçınma hakkına sahiptir. Doğrudan doğruya maddî zarar tehlikesi, üçüncü kişinin borçlu, müşterek borçlu, kefil, kendisine rücu edilebilmesi yoluyla borçlu olarak sorumluluğunun koşul vakiasını oluşturduğu veya üçüncü kişinin açıkladığı beyanla mevcut yükümlülüğün yerine getirilmesini kolaylaştırdığı durumlarda vardır¹¹⁵². Örneğin üçüncü kişinin nafaka yükümlülüğünü kolaylaştırdığı durumlarda da kaçınma hakkı olduğu kabul edilir. Alman hukukunda bir kararda, davacı baba, davalı çocuğun babası olmadığı iddiasını ispatlamak için, çocuğun annesi ile ilişkisi bulunan kişiyi tanık olarak göstermiştir. Tanık, daha sonradan nafaka yükümlülüğü doğacağı gerekçesiyle kaçınma hakkını ileri sürmüş ve bu hükme dayanarak kaçınma hakkının varlığı kabul edilmiştir¹¹⁵³. Öte yandan hak sona ermiş veya zamanaşımına uğramışsa, doğrudan doğruya zarar tehlikesinden bahsedilemeyeceğinden kaçınma hakkı da yoktur¹¹⁵⁴.

¹¹⁴⁸ Belgesay, M. Reşit, **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II**, İstanbul, 1939, s. 84-85.

¹¹⁴⁹ **Huber** (Musielak/Voit), § 384, N. 3; **Bracher**, N. 369.

¹¹⁵⁰ **Huber** (Musielak/Voit), § 384, N. 3; **Bracher**, N. 369.

¹¹⁵¹ Karardaki açıklamalar için bkz. OLG Celle NJW 1953, 426 (<https://beck-online.beck.de>).

¹¹⁵² **Berger** (Stein/Jonas), § 384, N. 3.

¹¹⁵³ OLG Karlsruhe NJW 1990, 2758. (<https://beck-online.beck.de>).

¹¹⁵⁴ **Bracher**, N. 370.

Uygulamada karşılaşılan durumlardan biri de işçinin işvereni aleyhine tanıklık yapmasına karar verilmesidir. İşçinin işvereni aleyhine tanıklık yapması, işçinin işsiz kalması sonucunu doğurabilecektir. İşçinin işsiz kalması tehlikesi, işçinin hem maddî kaybına hem de sosyal güvenlik riskiyle de karşılaşmasına neden olacaktır¹¹⁵⁵. Örneğin Yargıtay’a konu bir kararda işçinin işvereni aleyhine tanıklık yapması üzerine, işçiye mobbing uygulanmış, görev yeri değiştirilmiş ve bu nedenle işçinin performansı düşük gösterilerek işçinin sözleşmesi bu gerekçeyle feshedilmiştir. Yargıtay, olaya ilişkin vakıaları ispatlayan işçi lehine, feshin geçersizliğine karar vermiştir¹¹⁵⁶. Kanaatimizce işçinin bu bende dayanarak doğrudan doğruya maddî zarara uğrama tehlikesi kabul edilmelidir.

Kanunda “doğrudan doğruya” maddî zarar kabul edildiğinden dolayı maddî zarar tehlikesi varsa kaçınma mümkün olmayacaktır. Taraflardan birinin alacaklısının tanık olarak dinlenmesinde, diğer tarafın davayı kazanması halinde, onun borçlusunun ödeme kabiliyetinin azalacağı bir ihtimalde dolaylı zararı ortaya çıkar. Ancak bu zarar alacaklı olan üçüncü kişiye kaçınma hakkı vermez¹¹⁵⁷. Bunun yanında genel ticarî sakıncalardan korkan tacirin veya olası terfinin azalacağını düşünen memurun kaçınma hakkı yoktur¹¹⁵⁸. Tacirin genel ticarî sakıncası değil de somut bir tehlikede kaçınma mümkündür. Örneğin tacir, tanık olarak beyanda bulunduğu, üretimdeki hatanın mahkemede açığa çıkarılması ile tacirin müşteri kaybına neden olarsa, doğrudan bir maddî zararı olduğu düşünülebilir.

Sözleşmenin ihmalinden doğan yükümlülük ve bunun yaptırım tehlikesi veya sözleşmenin genel ahlak kurallarına aykırı yapıldığının ortaya çıkacağı halinin kaçınma hakkı vermeyeceği belirtilmiştir¹¹⁵⁹. Sözleşmeden doğan sır saklama yükümlülüğü ve bunun yaptırımı da doğrudan zarar kapsamında değerlendirilmemektedir¹¹⁶⁰.

İsviçre hukukunda, hukukumuzdan farklı olarak spesifik neden belirtilmemiş ve hukukî sorumluluğa yol açtığı hallerde kaçınma hakkının olmadığı belirtilmiştir. Hüküm geniş bir ifadeyi belirtilse de tıpkı ceza soruşturması ve kovuşturmasına yol açacak hallerde olduğu gibi hukukî sorumlulukla kastedilenin ne olduğu doktrinde açıklanmıştır. Kural olarak sözleşme, sebepsiz zenginleşme, aile hukukundaki nafaka taleplerinden, miras veya mülkiyet hukukundan doğan ve maddî zarara neden olan hallerde üçüncü kişinin kaçınma hakkı olduğu belirtilir¹¹⁶¹. Ancak İsviçre hukukunda da hukukumuzda olduğu gibi üçüncü kişinin zararının doğma

¹¹⁵⁵ Çiftçi, İspat Hakkı, s. 610.

¹¹⁵⁶ Yargıtay 7. HD. T. 27.02.2015, E. 2014/18760, K. 2015/2744 (Lexpera).

¹¹⁵⁷ Örnek için bkz. **Berger** (Stein/Jonas), § 384, N. 4. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Belgesay**, C. II, s. 84.

¹¹⁵⁸ Örnek için bkz. **Berger** (Stein/Jonas), § 384, N. 4.

¹¹⁵⁹ **Gehle** (Anders/Gehle), § 384, N. 4.

¹¹⁶⁰ Örnek için bkz. **Berger** (Stein/Jonas), § 384, N. 4.

¹¹⁶¹ **Bracher**, N. 369.

ihtimalinin çok uzak olduğu varsayımlarda üçüncü kişinin kaçınma hakkı olmadığı belirtilmiştir. Bu görüş, doğrudan doğruya zarar tehlikesinde üçüncü kişinin kaçınma hakkı olduğunu kabul eder¹¹⁶².

Üçüncü kişinin kendi şahsında ya da 248. maddede belirtilen kişilerden birinin şahsını etkilemesi halinde kaçınma mümkündür. Kanuni temsilci ile temsil edilen kişi arasındaki ilişki bu yakın kişiler arasında sayılmamıştır. Beyan ya da incelenecek belge, üçüncü kişi tarafından temsil edilen bir tüzel kişiyi etkilemesi ve maddî zarara uğratması halinde, kaçınma hakkı bulunmaz¹¹⁶³. Üçüncü kişinin dolaylı zararı ihtimali yeterli değildir. Çünkü kanunda “doğrudan doğruya zararlar” kabul edilmiştir. Örneğin, anonim şirkette hisse sahibinin, anonim şirket aleyhine tanıklık yapması halinde, hisse değerinin düşeceğini ileri sürerek kaçınma hakkı yoktur¹¹⁶⁴. Çünkü anonim şirket, ayrı bir kişiliğe sahiptir. Ancak Alman hukuku doktrininde kollektif ve komandit şirketin ayrı bir tüzel kişiliği olmadığından ortağın kaçınma hakkı olduğu kabul edilir¹¹⁶⁵.

Türk hukukunda kollektif ve komandit şirketler, tüzel kişiliği olan şahıs şirketleridir. Kollektif şirkette, şirket ortakları, şirketin borcundan dolayı müteselsil olarak ve bütün malvarlığı ile sınırsız sorumludur (TTK m. 236/1). Kollektif şirketin ortaklarının tüm malvarlığı ile sorumluluğu doğabileceğinden, şirket ortağının da maddî zarar tehlikesi varsa kaçınma hakkının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Komandit şirkette ortakların sorumluluğu bakımından farklılık vardır. Komanditer ortakların sorumluluğu sınırlıdır. Ancak komandite ortaklar, malvarlığı ile sınırsız olarak sorumludur. (TTK m. 325/1). Bu nedenle verilecek beyan, komandit şirkette, şirketi temsil eden komandite ortağın ve kollektif şirket ortağının, şirketin zararına olacak soruları cevaplamaktan kaçınabileceği kabul edilmelidir. Çünkü şirketin maddî zararı, ortağın da doğrudan doğruya maddî zarara uğraması tehlikesini doğurur.

Adi şirketin tüzel kişiliği yoktur ve bu şirketi oluşturan ortaklar arasında el birliği ile ortaklık ilişkisi söz konusudur (TBK m. 638/1)¹¹⁶⁶. Aynı zamanda adi şirkete hak ve taraf

¹¹⁶² Daha geniş açıklama için bkz. **Bracher**, N. 369.

¹¹⁶³ Alman hukuku için bkz **Berger** (Stein/Jonas), § 384, N. 4; **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), § 384, N. 7; **Huber** (Musielak/Voit), § 384, N. 3. Karşı görüşe göre ise tüzel kişinin temsilcisinin de bu nedenle kaçınabileceği hakkında bkz. **Gehle** (Anders/Gehle), § 384, N. 6.

¹¹⁶⁴ **Bracher**, N. 369.

¹¹⁶⁵ Bkz. **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), § 384, N. 7; **Huber** (Musielak/Voit), § 384, N. 3. Alman hukukunda kollektif şirketin (die offene Handelsgesellschaft) tüzel kişiliği olmamasına karşılık, Alman Şirketler Kanunu’na göre, kollektif şirkette kendi adına haklar edinebilmesi ve borç altına girebilmesi mümkündür. Ayrıca mahkemede kollektif şirket tarafından dava açılabilir ve şirket aleyhine de dava açılabilir (Handelsgesetzbuch, § 124/1). Kanunda komandit şirkette, niteliğine aykırı düşmedikçe, kollektif şirkete ilişkin hükümlerin uygulanacağı da belirtilmiştir (Handelsgesetzbuch, § 161/2).

¹¹⁶⁶ Peksöz, Vildan, **Medenî Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri**, 2. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 29 vd.

ehliyeti de tanınmamıştır¹¹⁶⁷. Adi şirket ortakları, birlikte veya bir üçüncü kişiye karşı ortaklık ilişkisi çerçevesinde edindikleri borçlardan dolayı ise aksi kararlaştırılmadıkça müteselsil olarak sorumludur (TBK m. 638/1). Adi şirketin ortağı ortaklık ilişkisi kapsamında doğan borçta, diğer ortağın davasında, tanık olarak beyanda bulunmak istediğinde, kaçınma hakkı bu bende dayanarak vardır¹¹⁶⁸. Adi şirket ortaklarının mecburi dava arkadaşlığı¹¹⁶⁹ söz konusu ise ortaklar taraf konumunda olduğundan tarafa ilişkin kaçınma nedenleri dikkate alınmalıdır.

3.5.3.4.2.2. Şeref veya İtibarını İhlal Edecekse

Belgenin içeriği veya tanığın vereceği beyan, üçüncü kişinin şeref ve itibarına yönelik tehlike oluşturacaksa, üçüncü kişi kaçınabilir¹¹⁷⁰. Kaçınma nedeninin varlığı için üçüncü kişinin itibarını ve şerefini makul olmayan bir şekilde azaltacak bir bilgi olmalıdır. Üçüncü kişinin şeref ve itibarını ihlal edip etmeyeceği mahkemenin takdirinde olup, mahkeme, değerler ölçüsünde, bilginin kişinin şeref veya itibarını ihlal edip etmeyeceğine karar vermelidir¹¹⁷¹. Bu değer ölçüsü, tanığın ve yakınlarının hislerini ya da belirli bir grubun (belirli mezhebe bağlı grup gibi) görüşünü dikkate almayan, yerel ve sosyal ilişkileri dikkate alan, genel bir ölçüt olmalıdır¹¹⁷².

Kişinin mahremiyetinin açıklanmasına yol açarak şeref ve itibarını ihlal edecek bir bilgi, somut olaya göre değerlendirildiğinde, üçüncü kişinin kaçınabilmesi mümkündür¹¹⁷³. Evli bir kişi ile cinsel ilişkisi veya eş cinsel ilişkisinin ortaya çıkacağı durumlarda¹¹⁷⁴, toplumun çoğu kesimi tarafından kabul edilmeyecek ilişki olduğundan, bu hükme dayanarak kaçınma hakkı olduğu kabul edilmelidir. Üçüncü kişiye önceki mahkumiyetleri sorulduğunda da şeref veya itibarı zedelenir¹¹⁷⁵. Üçüncü kişi ve taraf arasında gizlilik anlaşması yapılarak, üçüncü kişinin bu anlaşmanın ihlal edileceğini, bu gerekçeyle kaçınma hakkını kullanması mümkün değildir. Aksi halde üçüncü kişi ve taraf böyle bir anlaşma yaparak her zaman yükümlülükten kaçınabilir¹¹⁷⁶.

¹¹⁶⁷ Alman hukukundaki adi şirketin taraf ehliyeti tartışmalıdır. Bu taraf ehliyetine ilişkin tartışmalar hakkında bkz. **Peksöz**, s. 82 vd.

¹¹⁶⁸ Adi şirket ortaklarının ihtiyari dava arkadaşlığı hakkında bkz. **Peksöz**, s. 186 vd.

¹¹⁶⁹ Adi şirket ortaklarının mecburi dava arkadaşlığı hakkında bkz. **Peksöz**, s. 172 vd.

¹¹⁷⁰ İsviçre medenî usûl hukukunda üçüncü kişinin kaçınma sebebinde şeref veya itibarı ihlal edecek nedenin ortadan kaldırılmasına ilişkin eleştiriler hakkında bkz. **Bracher**, N. 371.

¹¹⁷¹ **Berger** (Stein/Jonas), §384, N. 6.

¹¹⁷² **Scheuch** (Vorwerk/Wolf), §384, N. 6; **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), §384, N. 8; **Huber** (Musielak/Voit), §384, N. 4.

¹¹⁷³ **Berger** (Stein/Jonas), §384, N. 6.

¹¹⁷⁴ Örnekler için bkz. **Berger** (Stein/Jonas), §384, N. 6; **Scheuch** (Vorwerk/Wolf), § 384, N. 6.1; **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), §384, N. 8. Bir görüşe göre, toplum içinde cinsellikle ilgili tüm soruların yeterince utanç verici olduğu da ifade edilmiştir. **Ahrens** (Wieczorek/Schütze) §384, N. 46

¹¹⁷⁵ **Scheuch** (Vorwerk/Wolf), §384, N. 6.1; **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), §384, N. 8.

¹¹⁷⁶ **Berger** (Stein/Jonas), §384, N. 6; **Scheuch** (Vorwerk/Wolf), §384, N. 6.1.

Bu bentte öngörülen kaçınma hakkında da kişinin kendisi veya yakınlarının şeref veya itibarının zarar görmesi tehlikesi varsa kaçınabilir. Üçüncü kişinin yakını ölmüş olsa da şeref ve itibarını etkileyecekse, üçüncü kişi bu gerekçeyle kaçınabilir. Bu nedene dayanan kaçınma hakkında, yakınların hayatta olması şart değildir¹¹⁷⁷. Örneğin kadının, ölen eşi hakkında beyanda bulunması, şeref ve itibarını etkileyecek bir durumun varlığında, üçüncü kişi kaçınma hakkına sahiptir. Kişinin veya yakınlarının şeref ve itibarını etkileyen sorunun kendisi, şeref ve itibarı ihlal eden davranışa ilişkinse, gerçekte böyle bir durum söz konusu olmasa dahi üçüncü kişi kaçınabilir¹¹⁷⁸.

3.5.3.4.2.3. Ceza Soruşturmasına ya da Kovuşturmasına Neden Olacaksa

Cezaya neden olan fiilin, kanunda hangi kategoride olduğundan bağımsız olarak, ceza soruşturması veya kovuşturması tehlikesi varsa, üçüncü kişinin kaçınma hakkı vardır¹¹⁷⁹. Cezanın ne olduğu da önemli değildir. Kişi hakkında güvenlik tedbiri, hapis cezası veya para cezası verilmesi arasında fark yoktur. Bu düzenlemenin dayanağı, uluslararası hukuk ve Anayasa'da güvence altına alınan hiç kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanamayacağı (*nemo tenetur se ipsum accusare*) ilkesine dayanır (Anayasa m. 38).

Kanunda ceza soruşturması veya kovuşturmasına neden olmasından bahsedildiğinden yargı organları tarafından yürütülen cezai takibat dikkate alınır. Bunun yanında kamu düzenini bozan fiiller, yalnızca suç niteliğinde değildir ve bazı fiiller idari yaptırımı¹¹⁸⁰ gerektirebilir. Bu nedenle üçüncü kişinin katılımıyla, idari soruşturma veya kovuşturmaya tabi olacak (idari yaptırıma tabi olabilecek fiillerin açığa çıkacak olmasının) kişilerin de bu madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorgulanabilir. Alman hukukundaki bir görüşe göre, normun getiriliş amacı (*ratio legis*) dikkate alındığında, idari yaptırıma tabi olabilecek fiiller, soruşturma vb. işlemler için de üçüncü kişinin kaçınma hakkı olduğu kabul edilmelidir. İdari yaptırımlar da cezai yaptırımlar ile eş değerdedir¹¹⁸¹. Kanaatimizce hüküm dar yorumlanmalıdır. Bu nedenle idari soruşturma veya kovuşturmanın da dahil olduğu görüşüne katılmamaktayız. Yalnızca ceza soruşturması ve kovuşturmasına neden olacak haller dikkate

¹¹⁷⁷ **Scheuch** (Vorwerk/Wolf), §384, N. 7; **Huber** (Musielak/Voit), § 384, N. 4; **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), §384, N. 8.

¹¹⁷⁸ **Scheuch** (Vorwerk/Wolf), § 384, N. 6.

¹¹⁷⁹ **Hauser**, s. 173.

¹¹⁸⁰ İdari yaptırım, kanunun açıkça yetki verdiği ya da yasaklamadığı hallerde, mahkeme kararı olmaksızın, idarenin doğrudan doğruya bir işlemiyle ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar, uyguladığı yaptırımlardır. Bkz. Aslan, M. Yasin, "İdari Yaptırımlar", **TBB Dergisi**, Sayı 85, 2009, ss.173-188, s. 177.

¹¹⁸¹ **Berger** (Stein/Jonas), 384, N. 8. Benzer görüş için bkz. **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), §384, N. 11; **Huber** (Musielak/Voit), §384, N. 4.

alınmalıdır¹¹⁸². Ancak idari soruşturma ve kovuşturma menfaat ihlali oluşturacak bir sonuca neden olursa kaçınma hakkının varlığı kabul edilmelidir. Bu kapsamda idari soruşturma veya kovuşturmayı gerektiren fiil, aynı zamanda kişinin şeref veya itibarını ihlal etmekteyse ve/veya doğrudan doğruya maddî zarara uğrama tehlikesi varsa (diğer menfaat ihlaline neden olan durumlar nedeniyle) kaçınma hakkı vardır. Örneğin, devlet memurunun memuriyetten çıkarma cezası almasına neden olacak bir ihtimalde (siyasi partiye dahil olduğunu ortaya çıkaran bir soruya cevap vermekle yükümlü kılınmasında), doğrudan doğruya maddî bir zararı olacağından, üçüncü kişinin kaçınma hakkı vardır (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 125). Diğer hallerde ise hiç kimse kendisini suçlayıcı beyanda bulunamaz ilkesi dikkate alınarak (Anayasa m.38) somut olayın özelliğine göre hâkim, makul olmadığı gerekçesiyle üçüncü kişiyi yükümlülükten kurtarabilir. Ancak salt kamu düzeni işleyişini bozduğu gerekçesiyle disiplin yaptırımına tabi olacak olmasının yeterli olmadığı kanaatindeyiz.

Ceza soruşturmasına ve kovuşturmasına neden olan bir tehlikeden söz edilir. Tehlike olgusunun belirsizliğinden dolayı onun açıklanması zorunluluğu gerekir. Tehlikenin teorik olarak çok uzak ihtimali içinde barındırması yeterli değildir. Örneğin, tanığın, daha önce konusu aynı olan bir yargılamada tanık olarak dinlendiğini ileri sürerek kaçınmasında uzak bir ihtimalden söz edilebilir¹¹⁸³. Öte yandan tehlikenin yakın bir ihtimal olması zorunluluğu da yoktur. Özellikle o suçun karşılığında mutlaka mahkûmiyet kararı verilecek olması, ceza hukukuna göre (maddî hukuka) gereken tüm şartların tespit edilmesi vs. önemli değildir. Mahkûmiyet kararı verilebilmesi için maddî hukukta öngörülen başka fiili ve hukukî koşullar da gerekebilir ve üçüncü kişinin gerçekten o suçu işleyip işlemediği her zaman kesin olarak belirlenemez¹¹⁸⁴. Usûl hukukunda ceza soruşturmasını başlatılabilecek yeterli derecede şüpheyi yol açacak koşulların varlığında kaçınma hakkı kabul edilmelidir¹¹⁸⁵. Açığa çıkan bilgi suçun doğrudan itirafı şeklinde olmasına da gerek yoktur. Tanık, cezayı gerektiren fiilin işlendiği şüphesini yaratacak dolaylı soruların cevaplanmasından da kaçınabilir¹¹⁸⁶. Örneğin

¹¹⁸² Konunun yalnızca disiplin hukuku boyutuyla ele alınıp, disiplin yaptırımlarında uygulanmayacağı hakkında bkz. **Ertanhan**, s. 139; **Taşkın Adıyaman**, s. 71.

¹¹⁸³ Örnek için bkz. **Berger** (Stein/Jonas), 384, N. 7. Tanığın ilk derece mahkemesinde bir kez beyanı alındıktan sonra yeniden dinlenilmesinde kaçınma hakkının olup olmadığı hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, tanığın dinlendiği konu hakkında ceza soruşturması ve kovuşturmaya uğrayacaksa kaçınma hakkı kabul edilmelidir. Bu konu hakkında daha önceki beyanı kaçınma hakkı vermez. (**Damrau/Weinland** (MüKoZPO), §384, N. 9). Bununla birlikte üçüncü kişi, yakınının yalan beyanını ortaya çıkarma ihtimaline dayanarak kaçınma hakkını kullanabilir. (**Damrau/Weinland** (MüKoZPO), §384, N. 9). Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, tanık, ilk derece mahkemesinde ve bir kez beyanı alındıktan sonra, istinaf incelemesinde yeniden dinlenecek olursa, daha önceki beyanı nedeniyle ceza soruşturmasına uğrayabileceğinden, tehlikeden söz edilir. (**Huber** (Musielak/Voit), § 384, N. 4.)

¹¹⁸⁴ **Hauser**, s. 172-173.

¹¹⁸⁵ **Hauser**, s. 173.

¹¹⁸⁶ **Hauser**, s. 172.

tanık, çalındığı iddia edilen mala ilişkin (TMK m. 989) kimden ve hangi fiyata alındığı sorulduğunda kaçınma hakkını kullanabilir¹¹⁸⁷.

Ceza hukukuna göre af, ceza zamanaşımı, kesin hüküm gibi sebeplerle suçun artık takip edilemeyecek olması halinde kaçınma hakkının da artık devam etmeyeceğini kabul etmek gerekir. İlgili kişi artık ceza soruşturma veya kovuşturması tehlikesi altında değildir¹¹⁸⁸.

Bu bentte öngörülen kaçınma hakkında da kişinin kendisi veya yakınlarının cezai soruşturma veya kovuşturmaya maruz kalma tehlikesi varsa üçüncü kişi kaçınabilir. Üçüncü kişi, yabancı ve kendi ülkesinde ceza sorumluluğunun doğma tehlikesi varsa da kaçınma hakkı olduğu kabul edilir¹¹⁸⁹. Bu halde kişi, daha sonradan ceza soruşturması veya kovuşturması tehlikesi altındadır. Ceza soruşturması tehlikesi olduğunu ileri sürüyorsa, bu nedenini gerekçelendirmelidir. Bu mahkemenin kaçınma hakkının varlığını değerlendirmek açısından gereklidir.

Üçüncü kişi, cezai sorumluluğunun doğacağını ileri sürerek yükümlülükten kurtulabilir. Ancak Devlet, üçüncü kişinin kaçınma hakkını kullanmasıyla cezai sorumluluğun doğmasına neden olacak fiilden haberdar olabilecektir. Bu nedenle doktrinde haklı olarak, hukuk davası görülürken elde edilen bilgilerin ceza yargılamasında kullanılmasını engelleyen bir hüküm getirilebileceği de ileri sürülmüştür¹¹⁹⁰.

3.5.3.4.2.4. Meslek veya Sanatına İlişkin Sırların Ortaya Çıkmasına Neden Olacaksa

3.5.3.4.2.4.1. Meslek ve Sanata İlişkin Sır Kavramı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 250/1, c bendine dayanan kaçınma hakkı, üçüncü kişinin ekonomik yaşamının önemi nedeniyle meslek ve sanat (*Kunst- oder Gewerbeheimnis*) sırlarını korur¹¹⁹¹. Bu düzenleme, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesinde düzenlenen maddenin aynısını ihtiva eder. Kanun koyucu gerekçesinde, mevcut düzenlemede aynen korunmuş olduğunu, yeni bir hüküm içermediğini açıkça ifade etmiştir. Sanat kelimesi, doktrindeki anlamı da karşılayacak şekilde “*meslek veya sanatına*” şeklinde değiştirilmiştir¹¹⁹². Meslek, para kazanmak amacıyla yapılan faaliyettir¹¹⁹³. Sanat ise hem zanaatı hem de söz, yazı,

¹¹⁸⁷ Örnek için bkz. **Huber** (Musielak/Voit), § 384, N. 2.

¹¹⁸⁸ Aynı yönde bkz. **Berger** (Stein/Jonas), 384, N. 7. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Ertanhan**, s. 140.

¹¹⁸⁹ **Berger** (Stein/Jonas), 384, N. 7; **Damrau/Weinland** (MüKoZPO), §384, N. 9.

¹¹⁹⁰ **Erdönmez**, Belgenin İbrazı, s. 349.

¹¹⁹¹ Ahrens, (Wieczorek/Schütze), § 384, N. 52.

¹¹⁹² “Mahremiyeti kendisince mültezem ve sanatına ait esrarın ifşasını müeddi ise” tanıklıktan çekinebilir. (Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu m. 246/1, c. Meslek ve sanat şeklinde kullanan doktrindeki yazarlar için bkz. **Karaege**, s. 351; **Ertanhan**, s. 145.

¹¹⁹³ *Meslek*, belirli bir eğitimle kazanılan, sistemli bilgi ve beceriye dayanan, karşılığında para kazanmak amacıyla, insanlara yararlı bir mal üretmek veya hizmet vermek için yapılan, kuralları belirli bir iş olarak tanımlanır. Bkz. Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, erişim tarihi 29.12.2023.

heykel ve benzerleri ile duygu ve düşüncelerin göze ve gönle hitap edecek şekilde ifade edilmesindeki yaratıcılığı karşılar¹¹⁹⁴.

Mesleğe ilişkin sır, geniş bir kapsamı içine alır. Bir mesleğin faaliyetinde sır sahibi için önemli olan, *kamuya açık olmayan, sır sahibinin gizliliğin sürdürülme isteği ve menfaatinin bulunduğu ticarî ve teknik beceri, yöntem ve olguları*¹¹⁹⁵ içerir. Teknik kelime anlamıyla *bir sanat, bir bilim, bir meslek dalında kullanılan yöntemlerin hepsi veya yol, beceri, yöntem* olarak tanımlanır¹¹⁹⁶. Bu anlamı karşılayan, teknik nitelikte sırlara, proje çizimi, üretim yöntemi ve usûlü dahildir. Mesleğe ilişkin sırlara, ticarî sırlar da dahildir. Bir tacir, belgenin ibrazı veya beyanda bulunması halinde, kendi ticarî sırlarını açıklamak zorunda kalacaksa da kaçınma hakkı vardır. Ticarî nitelikteki sırlara, müşteri listesi, malların menşei, tedarik mahalli gibi sırlar dahildir¹¹⁹⁷. Üçüncü kişi bir şirket ise bu şirketin teknik veya işletmeyle ilgili bilgi ve tecrübeleri (Know-how)¹¹⁹⁸ ile şirketin teknik ve işletmesi dışında kalan, üretim programı değişikliği, yakın zamanda planlanan fiyat düşmesi gibi şirket içi hususlar da bu kapsama dahil olabilir¹¹⁹⁹. Örneğin bir fabrikada üretim sürecinin izlenmesi amacıyla yapılacak keşifte, şirketin üretim sırları ortaya çıkacaksa, keşiften kaçınma hakkı vardır¹²⁰⁰.

Sanata ilişkin sırlar da kaçınma hakkı verir. Öte yandan sanata ilişkin sır hakkında Türk hukuk doktrininde ve içtihatlarında kaçınma hakkı bağlamında geniş açıklamalara yer verilmemiştir. Alman hukukunda da açıklamalar daha ziyade, meslek sırrına ilişkin olmuş; sanata ilişkin sırrın açıklamasına çok rastlanmamaktadır. Alman hukukunda sanata ilişkin sır terimi doktrinde iki farklı görüşte açıklanır. Bir görüş, sanata ilişkin sır teriminin, telif hakkıyla (Telif Hakkı ve İlgili Hakların Korunması Hakkında Kanunu'nun 2. paragrafına dahil olan) korunan yapıtlara (eserlere) ilişkin olduğunu açıklar. Bu görüşe göre, bu hüküm, ilk yayın hakkının korunması amacına hizmet eder¹²⁰¹. Eserin sahibi, yayınlanmadan önce, bu esere ilişkin açıklamada bulunmak, belge ibraz etmek gibi yükümlülüklerden kaçınabilir. Bu görüş, bu bent anlamında bilimsel açıklamaların da bu kavrama dahil olmadığı görüşündedir¹²⁰². Bizim de katıldığımız diğer görüş ise bilgi ve uygulamaya dayalı her türlü faaliyeti sanat kavramına dahil eder. Böylece telif hakkıyla korunan eserlerden olup olmadığından bağımsız

¹¹⁹⁴ Sanat, birinci anlamıyla, duygu ve düşünceleri göze ve gönle hitap edecek şekilde söz, yazı, resim, heykel vb. ile ifade etme konusundaki yaratıcılık, diğer anlamıyla ise zanaatı karşılar. Bkz. Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, erişim tarihi 29.12.2023.

¹¹⁹⁵ Berger (Stein/Jonas), 384, N. 10; Stürner, Geheimsphäre, s. 453.

¹¹⁹⁶ Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, erişim tarihi 29.12.2023.

¹¹⁹⁷ Örnekler için bkz. Stürner, Geheimsphäre, s. 453; Ertanhan, s. 145.

¹¹⁹⁸ “the knowledge how to do it” ifadesinin kısaltılmışı olup, karşılığı “nasıl yapıldığı bilgisi”dir.

¹¹⁹⁹ Stürner, Geheimsphäre s. 453.

¹²⁰⁰ Aşık, Keşif, s. 173.

¹²⁰¹ Berger (Stein/Jonas), 384, N. 11. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 7/1: “Hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen bir eser alenileşmiş sayılır.”

¹²⁰² Berger (Stein/Jonas), 384, N. 11.

serbest meslek işi de sanat kavramına dahil olacaktır. Bu görüş, fikirlerin¹²⁰³ de dahil edilmesi gerektiği görüşündedir¹²⁰⁴. Sır niteliğindeki bilginin mutlaka maddî bir varlık kazanması gerekmediğinden, önemli olan bilginin gizli kalmasındaki menfaattir. Bu anlamda bir ürün üzerinde somutlaşmamış bir fikir dahi sırrın konusunu oluşturabilir¹²⁰⁵.

3.5.3.4.2.4.2. Meslek ve Sanata İlişkin Sır Nedeniyle Kaçınma Hakkı

Kanunda menfaat ihlali nedeniyle kaçınma hakkı, yalnızca meslek ve sanata ilişkin sırlar için tanınmıştır. Üçüncü kişi kendisine ait meslek ve sanatına ilişkin sırların ortaya çıkması tehlikesinde, *kendi menfaati gereği*, yükümlülüğünden kaçınır. Çünkü tarafın ispat hakkının (tarafın menfaati) ve aynı zamanda gerçeğin ortaya çıkarılmasında menfaati (kamu menfaatinin), üçüncü kişinin meslek yaşamında olumsuz sonuçlara neden olmamalıdır¹²⁰⁶.

Üçüncü kişinin korunan menfaati olmalıdır. Sanatı icra eden ve mesleği yürüten kişinin somut olayın niteliği gereği, gerçeğin saklanması *önemli ve doğrudan* bir menfaati varsa¹²⁰⁷ bu bent kapsamında kaçınma hakkı kabul edilmelidir. Kaçınma hakkının olup olmadığının tereddütü halinde, mahkeme, istisnanın dar yorumlanması kuralına göre değerlendirecek ve üçüncü kişinin katkıda bulunmakla yükümlü olduğuna karar verecektir. Çünkü kanun koyucu yükümlülüğü kural olarak kabul ederek kendi tercihini ortaya koymuştur¹²⁰⁸. Mesleğin veya faaliyetin icrası için gizli kalması gereken husus, ekonomik bir menfaat sağlayacaksa, bu sırrın korunması gerektiğinden tereddüt duyulmaz. Ekonomik bir menfaat varsa, üçüncü kişinin kaçınması bakımından önemli ve doğrudan menfaat vardır¹²⁰⁹. Öte yandan bir bilgi hukuka ya da ahlaka aykırı ise o bilginin saklanması, ekonomik menfaat olsa da hukukî menfaat yoktur. Hukuken korunan bir menfaat varsa, o bilginin sır olarak saklanması (korunmasından) bahsedilebilir. Bu nedenle örneğin¹²¹⁰, çevre koruma usûlüne uygun olmayan hatta suç teşkil eden bir üretim sırrına ilişkin bilginin saklanmasına dayanılırsa, üçüncü kişi, kaçınma hakkını ileri sürerek, katkıda bulunma yükümlülüğünden kurtulamaz.

¹²⁰³ Eser kavramı dışında kalan unsurlar şunlardır: fikirler, temalar ve konular, bilimsel sonuçlar, teori ve öğretiler, resim yapma tekniği, şiir ölçüleri, musiki usul ve makamları, iş yapma yöntemleri, ayırt ediciliği bulunmayan ve umum tarafından kullanılan eser ad ve alametleri ile dış şekilleri, hususiyet arz etmeyen TV program formatları ve reklam konsepti. Oğuz, Arzu/Yılmaztekin, Kadir/Üner, Ezel, (Editörler: Bektaş, Sezercan/Akipek Öcal, Şebnem), **Fikri Mülkiyet Hukukunda Uzman Arabuluculuk**, Ankara, 2020, s. 28.

¹²⁰⁴ Ahrens, (Wieczorek/Schütze), § 384, N. 58.

¹²⁰⁵ Özkan Koç, s. 74.

¹²⁰⁶ Ahrens, (Wieczorek/Schütze), § 384, N. 52.

¹²⁰⁷ Alman hukuku öğretisinde kabul edilen genel görüşe göre, gizli kalmasında *maddî (nesnel) bir menfaatin* bulunduğu sırların korunacağı hakkında bkz. Ahrens, (Wieczorek/Schütze), § 384, N. 59.

¹²⁰⁸ Umar, Şerh, s. 776.

¹²⁰⁹ Ahrens, (Wieczorek/Schütze), § 384, N. 59.

¹²¹⁰ Örnek için bkz. Özkan Koç, s. 116.

Yalnızca maddî değeri olan hususlarla sınırlandırmak yeterli değildir. Manevi değeri olan bilgiler de hukuken koruma altına alınmıştır. Maddî hukuk da manevi değeri olan sırları korur¹²¹¹. Bir eserin umuma arz edilip edilmeyeceği, yayınlanma zamanı ve tarzı (FSEK m. 14/1) ile eserin adın belirtilerek ya da müstear (takma) isimle ya da adsız olarak yayınlanması veya yayınlanmaması (FSEK m.15/1) eser sahibinin manevi hakkını oluşturur. (FSEK m. 14/1, m. 15/1). Bu bilgilerin umuma arz edilip edilmeyeceği vs. eser sahibinin yetkisi dahilindedir; bunların gizli kalması manevi değeri olan sırlara örnek oluşturur.

Meslek ve sanata ilişkin sır nedeniyle kaçınma hakkında üçüncü kişinin sırrın korunması menfaati ile gerçeğin ortaya çıkarılması menfaati arasında bir menfaat değerlendirilmesi yapılmaz. Üçüncü kişinin meslek veya sanat sırrının varlığı ve bu kişi tarafından kaçınma hakkının ileri sürülmesi yeterlidir. Öte yandan menfaat değerlendirilmesi yapılmassa da üçüncü kişi, doğrudan ve önemli bir menfaatinin tehlikede olduğunu gerekçelendirmelidir. Üçüncü kişinin sır saklama menfaatinin korunmaya değer olup olmadığı mahkeme tarafından değerlendirilir. Sır sahibinin sübjektif düşüncesi, mahkemede açıklama yapılmasının sırrın bu menfaatlara zarar vereceği şeklinde gerekçelendirilemez¹²¹². Mahkeme sırrın korunması amacıyla üçüncü kişinin kaçınmasına karar verdiğinde, gerekçesini açıklamalı ancak gerekçesinde sırrın ortaya çıkmasına neden olacak şekilde açıklamada bulunmamalı ve meslek veya sanatına ilişkin sırların ortaya çıkabilme tehlikesine kararında dayanmalıdır¹²¹³.

Kaçınma hakkının şartları varsa üçüncü kişinin kaçınma hakkı engellenmemelidir. Kanunda meslek ve sanata ilişkin sır nedeniyle kaçınma hakkı, mutlak olarak kabul edilmiştir. Alman medenî usûl hukukunda da benzer şekilde kabul edilmiştir (dZPO § 384/1, 3). Bunun sonucunda ilgili üçüncü kişi, meslek veya sanata ilişkin sır nedeniyle zarara uğrayacağı gerekçesiyle birlikte mahkemeye sunduğunda, mahkeme bu sebebin varlığı halinde, kaçınma hakkını kabul etmelidir. Mahkeme gerçeğin aydınlatılmasının daha üstün olduğunu kabul ederek, üçüncü kişinin bu hakkını engelleyemez. Öte yandan üçüncü kişinin ticarî sırra ait bilgisine veya elindeki belgeye başvurulduğunda, hâkimin sırrın açığa çıkmasını engelleyen gerekli önlemleri alarak yargılama sürecini yönetebileceği doktrinde ileri sürülmüştür. Bu halde mahkemenin alabileceği kararlar ise; üçüncü kişi tanık olarak dinlenecekse, duruşmanın taraflar dışındaki kişilere ve basına kapalı olması (AİHS m. 6/1); ticarî sırrın ortaya çıkmasına neden olacak teknik detaylara yer vermeyen tarafsız bir bilirkişi tarafından incelettirilmesi ve raporun hazırlanması yahut dava dosyasındaki her türlü belge ve delillerin mahkemenin izni olmaksızın

¹²¹¹ **Ahrens**, (Wieczorek/Schütze), § 384, N. 59.

¹²¹² **Kurt Konca**, Aleniyet, s. 280.

¹²¹³ **Kurt Konca**, Aleniyet, s. 280.

yayınlanmaması (HMK m. 153) şeklinde olabilir¹²¹⁴. Alman hukukunda da meslek ve sanat sırrı nedeniyle kaçınma hakkında, taraflar ile üçüncü kişi arasında herhangi bir rekabet ilişkisi yoksa, mahkemenin, yargılamanın kamuya kapalı yapılmasına (AİHS m.6/1)¹²¹⁵ karar verebileceği ileri sürülmüştür¹²¹⁶. Bu görüşler, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında menfaatlerin tartılarak değerlendirilmesi temeline dayanmaktadır. Gizli yargılama gibi süreci yöneten kararlar ile tarafın ispat hakkının bertaraf edilmesi ile yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılmamasından doğan tehlike engellenebilir. Mevcut hüküm kapsamında değerlendirildiğinde ise ilgilinin kaçınma hakkına engel oluşturduğundan, üçüncü kişi yükümlülüğü yerine getirmek istemiyorsa mahkeme kaçınma hakkını kullanmasına karar verir. Eğer üçüncü kişi kaçınma hakkını kullanmaz ve kendi isteğiyle yerine getirmek isterse bu halde de mahkeme, üçüncü kişinin temel hak ve özgürlüklerini kendiliğinden dikkate almalıdır. Çünkü Anayasa’da da dayanağı olan temel hak ve özgürlüklerin korunması gerekir (Anayasa m. 20)

Alman hukukunda bu hüküm kapsamında yalnızca üçüncü kişinin kendi sırlarını korumayacağı; üçüncü kişinin meslek ve sanatla ilgili sırlarını saklamakla yükümlü olduğu diğer kişileri de koruyacağı belirtilir¹²¹⁷. Şirketin ortağı olan üçüncü kişi, şirketin ticarî sırlarını (TTK m. 613); işçi olan üçüncü kişi de işverene ait üretim sırlarını saklamakla yükümlü olduğundan (TBK m. 396/4) bu kişilere ait meslek ve sanata ilişkin sırlar da kaçınma hakkı verir. Bununla birlikte sır sahibi, gizlilik kapsamındaki hususların açıklanmasına izin verirse, üçüncü kişi aynı zamanda kendisine ait meslek veya sanata ilişkin sır olmadığı sürece, yükümlülüğü yerine getirmek zorundadır¹²¹⁸.

Türk hukukunda ise yalnızca üçüncü kişinin kendisine ait meslek ve sanatına ilişkin sır varsa bu maddeye dayanarak üçüncü kişinin kaçınabileceği kabul edilir. Bu görüşün dayanağı da Alman hukukunda Alman Medenî Usûl Kanunu § 384/I, 3’de hükmün lafzından da

¹²¹⁴ Çiftçi, İspat Hakkı, s. 552.

¹²¹⁵ Anayasa Mahkemesinin 26.10.2023 tarihli, E.: 2020/73, K. 2023/181 sayılı Kararı (R.G. T. 22.12.2023, S. 32407) ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 28’de öngörülen “yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde” ibaresi iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında şu gerekçelere dayanmıştır: *Anayasa’nın 141. maddesinin birinci fıkrasında “...Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.”; ikinci fıkrasında da “Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.” denilmek suretiyle yargılamanın aleniliği ilkesine ilişkin özel sınırlama sebepleri gösterilmiştir. Buna göre Anayasa’nın anılan maddesinin söz konusu ilkenin sınırlandırılmasına yalnızca genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerektirdiği hâllerin bulunması ya da küçüklerin yargılanması durumunda imkân tanıdığı açıktır.*

¹²¹⁶ Stürner, Geheimsphäre, s. 453; Ahrens, (Wieczorek/Schütze), § 384, N. 61; Sırların korunması için gizli yargılama yapılmasının önemi hakkında bkz. Kurt Konca, Aleniyet, s. 285. Ayrıca yazar, tarafların yanında üçüncü kişilerin de sırlarının korunması için gerekirse gizli yargılama yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Kurt Konca, Aleniyet, s. 279.

¹²¹⁷ Ahrens, (Wieczorek/Schütze), § 384, N. 62.

¹²¹⁸ Stürner, Geheimsphäre s. 453, 454; Ahrens, (Wieczorek/Schütze), § 384, N. 62.

kaynaklandığı ifade edilir¹²¹⁹. Gerçekten Alman hukukunda sorulara, meslek ve sanata ait sırlar açıklanmadan cevap veremeyeceği durumda kaçınabileceği belirtilmesine karşılık, Türk hukukunda, meslek veya sanatı (*na*) ait olan sırların ortaya çıkması halinde kaçınabileceği şeklindedir. Türk hukukunda sırlara verilen önem dikkate alınarak, maddî hukukta birçok maddede koruma altına alınmıştır. Medenî usûl hukukunda da bu korumanın sonucunda, “kanun gereği korunması gereken sırlara” önem verilerek kaçınma hakkı tanınmıştır. Üçüncü kişinin sırlarının korunmasının gerektiği çoğu durumda, maddî hukukta düzenlendiği için, üçüncü kişi Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 249’a dayanarak yükümlülükten kaçınabilir.

Meslek ve sanata ilişkin sır, üçüncü kişinin yakınlarına ilişkin ise üçüncü kişinin kaçınma hakkı yoktur. Bu kaçınma sebebinde, yakınlarına ilişkin maddeye (HMK m. 248) gönderme yapılmamıştır.

3.5.3.4.3. Menfaat İhlali Nedeniyle Kaçınma Hakkının Kapsamı

Menfaat ihlali nedeniyle kaçınma sebebini oluşturan haller, üçüncü kişinin tarafla olan kişisel ilişkisi nedeniyle veya belirli bir konuma sahip olduğu için tanınmamıştır¹²²⁰. Bu hükmün gerekçesi, beyanın, açıklamanın, üçüncü kişinin kendisine ve birinci ve ikinci fıkrasındaki hallerde yakınlarına zarar verebilecek olmasıdır. Alman hukukunda yalnızca belirli vakıalara ilişkin suçlayıcı, zarar veren ya da sırların ortaya çıkmasına neden olan “sorularda”, (meselelerde)” kaçınma hakkı verir. İlgilinin veya kanunda belirtilen kişilerden birine (dZPO § 383/I) doğrudan doğruya maddî bir zarar uğramasına neden olan ya da suç veya genel düzen kurallarına aykırılık nedeniyle cezalandırılması tehlikesi olan, bir meslek ve sanat sırrı açıklanmaksızın cevap veremeyeceği sorular hakkında yükümlülükten kaçınabilir. Kanundaki düzenleme gereği, bu maddeye dayanan kaçınma halleri doktrinde “sınırlı bir kaçınma hakkı” şeklinde ifade edilir¹²²¹. Üçüncü kişinin tüm sorulara cevabı menfaat ihlali oluşturacak ise üçüncü kişinin tamamen kaçınma hakkı olabilir. Bunun için de öncelikle soruların üçüncü kişiye sorulması gerekir¹²²². Dolayısıyla Alman hukukunda bu hüküm üçüncü kişinin tamamen yükümlülükten kaçınmasına hak tanımaz. Yalnızca belirli vakıalara ilişkin suçlayıcı, zarar veren ya da sırların ortaya çıkmasına neden olan sorulardan kaçınma hakkı verir.

Türk hukukunda tanığın beyanı, kendisine veya yakınlarından birine (HMK m. 248) doğrudan doğruya maddî bir zarar verecekse, şeref veya itibarını ihlal edecek ya da ceza

¹²¹⁹ Üçüncü, S. Hilal, **Medenî Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması**, Oniki Levha, İstanbul, 2019, s. 325.

¹²²⁰ **Berger** (Stein/Jonas), § 384, N. 1.

¹²²¹ İsviçre hukukunda sınırlı kaçınma hakkı başlığı altında düzenlenmiştir (SchZPO m. 161/1). Alman hukukunda sınırlı kaçınma hakkı için bkz. **Huber** (Musielak/Voit), § 384, N. 1; **Scheuch** (Vorwerk/Wolf), § 384, N. 2.

¹²²² **Berger** (Stein/Jonas), § 384, N. 2.

soruşturmasına veya kovuşturmasına neden olacaksa, meslek veya sanatına ilişkin sırların ortaya çıkmasına neden olacaksa, tanıklıktan kaçınabileceği belirtilmiştir. Kanaatimizce Türk hukuku için de sınırlı bir kaçınma hakkı olduğu kabul edilmelidir. Çünkü yalnızca “belirli vakıalara” ilişkin kaçınma hakkı kabul edilmiştir. Böyle olunca tanık yalnızca bu vakıaya ilişkin açıklama yapmaktan kaçınabilir. Ancak bu vakıalar dışında tanığın yükümlülüğü devam eder. Üçüncü kişi bu hakka tanık olarak beyanda bulunma dışında, bilirkişilik, belge ve keşif delillerinde de sahiptir.

3.5.3.5. Kaçınma Hakkının İstisnaları

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda kaçınma hakkı nedenleri 248, 249 ve 250. maddelerde sayılmıştır. 251. maddede ise kaçınma hakkının istisnaları düzenlenmiştir. Bu istisnalar, kişisel nedenlerle (HMK m. 248), sır nedeniyle (HMK m. 249) kaçınma hakkına ve üçüncü kişinin kendisine veya yakınlarına doğrudan doğruya maddî zarar verecek nedenlere özgüdür (HMK m. 250, a). Bu istisnalar Alman hukukunda da mevcuttur (§ 385). İsviçre hukukunda ise düzenlenmemiştir.

Bu istisnalardan ilki, bir hukukî işlemin yapılması sırasında o işlemin esas ve içeriği hakkında bulundurulmuş kimse, kaçınma hakkını kullanamaz. Yalnız bu istisna, hukukî işlemin yapılması ve içeriğini içerir. Bunun dışındaki diğer olayları kapsamaz. Örneğin, kardeşi üçüncü kişiyle yapacağı sözleşme için sözleşmenin yapılması ve koşulları hususunda tanık olarak hazır bulundurulmuşsa kaçınma hakkı olduğunu daha sonradan ileri süremez. Kanunda hukukî işlem şeklinde ifade edilmişse de kanunun sözüyle ve özüyle uygulanması gerektiğinden (TMK m. 1) yalnızca hukukî işlemleri kapsamamalıdır. Aynı zamanda hukuksal sonuç doğuran fiillere (örneğin temerrüde düşürücü ihtarin yapılmasına) yahut da kendi başına hukuksal sonuç doğurmayan ancak ilerde ispatı gerektirebilecek bir olay (yenisi çıkarılıp hak sahiplerine verilecek hisse senetlerinin şirkete tesliminden sonra bunların şirket tarafından imha edilmesine tanık olsun diye hazır bulundurulan kimseler) için de istisna olduğu kabul edilmelidir¹²²³. Örneğin Yargıtay’a konu bir olayda işçinin iş akdinin feshedilmesi, tanık olarak gösterilen üçüncü kişilerin işverene yazdıkları dilekçelere dayanmakta olduğundan, mahkeme üçüncü kişinin kaçınma hakkını kullanamayacağını belirtmiştir¹²²⁴.

¹²²³ Umar, Şerh, s. 777.

¹²²⁴ “Davacının iş akdi, davalı işveren tarafından; alınan duyurular neticesinde yapılan araştırmalar ve tanık beyanlarıyla başka bir ilaç şirket ile bu şirketin bünyesinde çalışmak üzere, davacının... da görüşmeler yaptığı ve bu görüşme sonrası çalışma arkadaşlarını bu şirkette çalışmak üzere ikna etmeye çalıştığı, bunlara ek olarak yine çalışma arkadaşlarına çalıştığı şirketi karalayıcı söylemlerde bulunduğu ve eczanelerce verilen siparişleri işlemek ya da iptal etmek, çalışma arkadaşlarını bu yönde kışkırtmak şeklinde işvereni zarara ve itibar kaybına uğratacak nitelikte eylemler gerçekleştirdiğini tespit edildiği ve bu hususlarla ilgili olarak alınan savunmanın yetersiz olduğu belirtilerek feshedilmiştir. Davalı vekili tarafından iş akdinin feshinde sebep olarak gösterilen

Bir diğer istisna ise medenî durumdan kaynaklanan olaylara ilişkindir. Aile bireyleri doğum, ölüm ya da evlenmelerden kaynaklanan olaylar hakkında beyanda bulunmaktan kaçınamazlar. Bu istisna tüm aile bireyleri için geçerlidir. Yalnızca belirli bir dereceye kadar olan aile bireyleriyle sınırlı değildir. Kanunun amacı, gerçek ilişkinin hukukî olarak açıklığa kavuşturulması ile medenî hale ilişkin kayıtların doğruluğunun sağlanmasıdır¹²²⁵. Örneğin, evde doğum sırasında vefat eden anne ve çocuğun ölmesinde, hangisinin daha önce öldüğünün ispatında, baba tanıklıktan kaçınma hakkını kullanamaz¹²²⁶. Hüküm, istisnanın istisnası olarak öngörülmüştür. Bir istisna hüküm olduğundan dar yorumlanmalıdır. Konu yalnızca, hükümde sayılanlarla sınırlı olmalıdır. Ölüm, doğum veya evlenmeden kaynaklanan olaylara ilişkindir. Olayların nedenleri ile koşulları hakkında bilgi verilmek zorunda değildir. Örneğin ölüm nedeni ya da gebelik hakkındaki sorularda kaçınma hakkı vardır¹²²⁷.

Maddedeki diğer istisna ise ailevî ilişkilerden kaynaklanan malî uyuşmazlıklara ilişkin vakıalar hakkındadır. Bu istisna yalnızca aile bireyleri arasındaki ve ailevî ilişkilerden kaynaklanan malî uyuşmazlıklara ilişkindir. Bu ilişkilere, mirasın kabulü ya da reddi, evlilikle ilgili mal rejimi hukukundan doğan talepler veya bu konudaki anlaşmalardan doğan talepler, çocuklar ve ebeveynleri arasındaki nafaka talepleri örnek verilebilir¹²²⁸. Ailevî ilişkilerden kaynaklanan malî uyuşmazlıklara ilişkin vakıa olması zorunludur. Bu nedenle evlilik dışında doğan çocuğun tanınmasında bu hüküm geçerli değildir. Çünkü malî uyuşmazlıklara ilişkin vakıa değildir. Ayrıca aile bireyleri arasındaki ailevî ilişkilerden de kaynaklanmaz.

Düzenlenen son istisna ise taraflardan birinin hukukî selefi veya temsilcisi olarak kendisinin yaptığı işler hakkında üçüncü kişinin kaçınma hakkı yoktur. Hukukî selefi veya

olguları ispat için yine davalı iş yerinde çalışan ve A isimli şahısların davalı işverene yazdıkları sırasıyla 09.07.2014 ve 11.07.2014 tarihli dilekçeler delil olarak gösterilmiştir. Davalı vekili bu kişileri de tanık olarak göstermiştir. Mahkemece bu kişilerin tanık sıfatıyla dinlenmesi için ikamet ettikleri yer mahkemesine talimat yazılmış ise de talimat bila ikmal dönmüştür. Davalı vekili tarafından bu tanıkların dinlenilmesinden vazgeçilmediği gibi bu kişilerin dilekçeleri feshin dayanağı olduğundan, bu kişiler 6100 sayılı HMK. nun 251/1-a maddesi gereğince tanıklıktan da çekinemezler.” Yargıtay 9. HD., T. 06.02.2017, E.2016/4165, K. 2017/1156. (Lexpera).

¹²²⁵ **Berger** (Stein/Jonas), § 385, N. 3.

¹²²⁶ **Taşkın Adıyaman**, s. 135.

¹²²⁷ **Berger** (Stein/Jonas), § 385, N. 3.

¹²²⁸ “*Davacı, davalı ile Türk Medenî Kanunun 166/3. maddesi gereğince boşandıklarını, boşanma protokolü ve mahkeme ilamı gereğince davalının kendisine devredeceği taşınmazı sattığını belirterek, taşınmazın gerçek bedelinin tespiti ile fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere şimdilik 5000 TL'nin faizi ile iadesini talep etmiş, davalı evin davacının isteği ile satıldığını ve satış parasının davacıya teslim edilmek üzere müşterek çocukları tanık’ya teslim edildiğini belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkemece dava kabul edilmiştir. Davalı, tanık olarak davacı ile müşterek çocukları 1985 doğumlu’ın dinlenmesini talep etmiş, tanık 17.12.2013 tarihli celsede “şahitlik yapmak istemediğini” beyan etmiş ve tanıklıktan çekilmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 248. Maddesi gereğince tanık tarafların müşterek çocuğu olduğundan kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkı bulunmamaktadır. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunun 25/3 maddesi gereğince mahkeme, duruşmada bulunan taraflar dinlendikten sonra, tanıklıktan çekinmenin haklı olup olmadığına karar verir. Tanıklıktan çekinme hakkının istisnalarını düzenleyen HMK 251/1-c maddesine göre “Aile bireyleri arasında, ailevi ilişkilerden kaynaklanan mali uyuşmazlıklara ilişkin vakıalar hakkında tanıklıktan çekinilmez.” Yargıtay 2. HD., T. 27.11.2014, E. 2014/16432, K. 2014/24078 (Lexpera).*

temsilcisi geniş anlamda kullanılmıştır. Bu nedenle taraflardan birinin vasi, veli, yasal danışman olduğu durumları ya da diğer temsil durumlarını da kapsar. İstisna, temsil ya da halefiyetin gerçekleştiği hukukî ilişki ve selef ya da temsilcinin kendi faaliyetiyle ilgilidir¹²²⁹.

Kaçınma hakkının diğer bir istisnası da sır saklama yükümlülüğünden kurtulma halidir¹²³⁰.

3.6. Kaçınma Hakkının Kabul Edilmediği Durumda Üçüncü Kişinin Hakları

3.6.1. Genel Olarak

Yükümlülükler, üçüncü kişinin korunan menfaatlerini etkileyebilir. Yükümlülük, üçüncü kişi için makul ise ve kaçınma hakkı da bulunmuyor veya kaçınma hakkının kullanımı reddedilmişse, üçüncü kişi yükümlülüğü yerine getirmek zorundadır. Bu yükümlülüğe karşın, üçüncü kişinin korunması gereken menfaatleri de vardır. Örneğin, tanık olarak dinlenen üçüncü kişinin kapalı oturumda dinlenmesi hakkı (HMK m. 28/2) vardır. Bir diğeri, tanık, belge ibraz eden yükümlü üçüncü kişi veya bilirkişi için düzenlenen “ücret talep etme” hakkıdır¹²³¹ (tanık için HMK m. 265; belge delili için HMK m. 221/3; bilirkişi için HMK m. 283).

İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 156’da “*korunmaya değer menfaatlerin gözetilmesi (Wahrung schutzwürdiger Interessen)*” başlığı altında “delillerin yargılamaya getirilmesi, bir taraf veya üçüncü kişilerin özellikle ticarî sır gibi korunmaya değer menfaatleri tehlikeye atıyorsa mahkemenin gerekli tedbirleri alacağına” yer verilmiştir. Dolayısıyla mahkeme tarafın veya üçüncü kişinin korunmaya değer menfaatlerini korumalıdır. Üçüncü kişinin menfaatlerinin korunacak olması, üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Menfaatlerin korunması, kaçınma hakkından bu yönüyle ayırt edilir. Kaçınma hakkının varlığı, üçüncü kişi veya tarafın yükümlülüğünü ortadan kaldırırken; korunmaya değer menfaatlerin varlığı, üçüncü kişi ve tarafın yükümlülüğünü kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaz¹²³². Taraf veya üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğü devam eder. Hastalık veya buna benzer başka bir menfaat nedeniyle, o delilin yargılamaya farklı getirilmesi

¹²²⁹ “Davalı gerek cevap dilekçesinde gerekse son oturumdaki (isticvap) ve (yemin)inde dava konusu bononun müvekkilince davacı şirketin o zamandaki temsilcisi bulunan S. Anıçok’a verilen borçların ve bu arada bu kişice müvekkilinin şirkete ortak alınacağı vaadiyle alınan paraların karşılığı olarak verildiğini beyan etmiş bulunmaktadır. Bu durumda açıklanan savunmanın gerçeklik derecesinin saptanması için öncelikle adı geçen şirket temsilcisi (BK.449) S.Anıçok’un mahkemece dinlenilmesi icap etmektedir. Her ne kadar adı geçene davacı tarafından dava ihbar edilmişse de; kendisi davaya ihbar edilen sıfatıyla katılmamış, cevap dahi vermemiş bulunmaktadır. Bu durumda adı geçen, davada taraf sıfatını kazanmadığından Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu’nun 248.maddesinin 4.fıkrası hükmü gereğince tanık sıfatıyla çağrılıp dinlenmesi mümkün bulunmaktadır. O halde, adı geçen tanık sıfatıyla dinlenilerek olayın açıklığa kavuşturulması gerekirken (adı geçen) son oturumda dinlenmesine gerek olmadığı şeklinde, karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 11.HD, T. 25.5.1982, 1935-2498 (Karar için bkz. **Taşkın Adıyaman**, s. 136, dn. 591.

¹²³⁰ Bkz. 3.5.3.3.4.3. Sır Sahibi Sırrı Açıklamasına İzin Vermemiş Olmalı.

¹²³¹ Keşif delili için düzenlenmemiştir.

¹²³² **Stachelin/Stachelin/Grolimund**, § 18, N. 26; **Higi**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 160, N.21.

sağlanabilir¹²³³. Mahkemenin alabileceği tedbirler örneğin, dosyaları inceleme hakkının kısıtlanması, kapalı oturum yapılması ve belgelerin bir kısmının açıklanması olabilir¹²³⁴. Alınacak önlemlerde mahkeme üçüncü kişinin korunan hukukî menfaati ile tarafın katkıda bulunma ve delilin sunulmasıyla elde edeceği menfaati tartmalıdır. Eğer üçüncü kişi lehine koruyucu önlemler alınması gerekcek ise tarafın hukukî dinlenilme hakkı ve ispat hakkının sınırlandırılması gerekir. Mahkeme somut olayda yapacağı değerlendirmede orantılılık ilkesine riayet etmelidir¹²³⁵. Örneğin ticarî defterlerin sadece bir bölümü ticarî sır içerdiği halde defterlerin tamamının ibrazından vazgeçilmemelidir. Mahkeme bu tür belgelerin sadece sır içeren bölümlerini kapatabilir.

İsviçre hukukunda özel olarak düzenlenen bu hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bununla birlikte kamu gücüne ve yargılama yetkisine sahip olan hâkim uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile korunan temel ve hak özgürlükleri de yargılamada gözetmelidir¹²³⁶. Hâkim yargılama faaliyetini yürütürken, üçüncü kişinin ve tarafın korunmaya değer menfaatlerini göz önünde bulunduracaktır. Bu konuda dikkate alınacak önemli bir konu da tanığın gizli duruşmada dinlenip dinlenemeyeceği meselesidir¹²³⁷. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 28'de genel ahlakın ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, gizlilik kararı verilebilir. Kanunda belirtilen sınırlandırma sebebi olmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'da "aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda" duruşma salonunun dinleyicilere ve basına kapalı olabileceği belirtilmiştir. Uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde ve bağlayıcıdır (Anayasa m.90/son). Özellikle tanığa yöneltilen bir tehdit varsa tanığın kaçınma hakkı olmayabilir; ancak bu can güvenliğini vs. tehdit eden durumlarda, tanığın gizli oturumda dinlenmesine karar verilmelidir.

3.6.2. Doğru Muamele Görme Hakkı

Mahkeme yükümlülük kararını verirken, üçüncü kişinin kişilik haklarını, korunması gereken diğer menfaatlerini, tarih ve süre belirlerken ilgili üçüncü kişinin durumu gibi önemli hususları dikkate almalıdır. Tarih ve sürenin belirlenmesi üçüncü kişinin kendisinden beklenen yükümlülüğü yerine getirebilmesi için önemlidir. Her şeyden önce üçüncü kişi için kendisinden beklenen yükümlülüğü yerine getirebilmesi ya da yokluğunda gerekli hazırlıkları yapabilmesi

¹²³³ Schmid (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.12.

¹²³⁴ Schmid (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N.12.

¹²³⁵ Guyan (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 156, N.1.

¹²³⁶ Yargılama sürecinde tarafın ispat hakkı ile ticarî sır gibi diğer tarafın anayasal dayanakları olan başka menfaatleri çatışabilir. İspat hakkıyla çatışan menfaatlerde menfaatler dengesine uygun bir değerlendirme yapılması gerekir. Örneklerle birlikte konunun anlatımı için bkz. Çiftçi, İspat Hakkı, s. 556- 557.

¹²³⁷ Gizli yargılamaya ihtiyaç duyulmasının sebepleri hakkında bkz. Erdönmez, Gizli Yargılama, s. 224.

için kendisine karar zamanında bildirilmelidir¹²³⁸. Kanunda açıkça belirtilmese de bu şart tüm yükümlülükler için geçerli olduğu düşünülmelidir. Tanığın mahkemeye davetinde, davetiyenin duruşma gününden en az bir hafta önce yapılmış olması (HMK m. 243/2; HMK m. 221/3) gerekir¹²³⁹. Üçüncü kişinin belirli bir yerde bulunmasını öngören, çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülükleri bakımından tanıklık için öngörülen sınır (asgari bir hafta önceden bildirilme şartını) diğer yükümlülükler için de düşünülmeli ve hâkim kararında buna dikkat etmelidir. Ayrıca mahkeme, süreyi, üçüncü kişiden beklenen yükümlülüğe göre takdir etmelidir. Keşifte ise kanun koyucu, gerektiğinde üçüncü kişiye haber verilmeden dahi keşif yapılabileceğini kabul etmiştir. Bu düzenlemenin çok sınırlı hallerde dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz¹²⁴⁰. Örneğin, keşif konusu derhal bozulabilecek bir gıda maddesi (süt, yumurta vs.) bir şey ise hâkim bildirim yapmadan keşif yapılmasına karar verebilir. Çünkü bu ihtimalde bildirim yapılması zaman alır ve telafisi zor maddi zararların doğma ihtimali kuvvetlidir¹²⁴¹.

Duruşma günü ve saati, ilgili kişi için maruz kalacağı zaman kaybı en aza indirilecek şekilde planlanmalıdır¹²⁴². Üçüncü kişi, hastalık, hastanede kalma, bir yakınının ölümü, askeri hizmet, yurt dışında kalma gibi nedenlerini göstererek mahkemeden başka bir zamana planlanmasını da isteyebilir. Mahkeme, dürüstlük kuralına uygun bir talebi kabul etmelidir¹²⁴³. Sürenin ertelenmesi veya uzatılması sonucunu doğuran bu sonuçlar, tüm yükümlülükler için de geçerli olmalıdır. Mahkeme, belgenin ibrazında son tarihin, keşifte keşif günü ve saatinin ertelenmesine veya uzatılmasına karar verebilir.

Üçüncü kişinin kişilik hakları ve korunması gereken menfaatlere özen gösterilmelidir. Mahkeme, üçüncü kişinin temel haklarını ihlal edecek şekilde hareket ederse, mahkemenin eylemleri hukuka aykırı olur¹²⁴⁴. Tanık veya diğer üçüncü kişilere, soru sorulurken saygı gösterilmeli, aşağılayıcı muamele ya da sorulara maruz bırakılmamalı, ifade alınırken gerektiğinde tarafsız ve sakın tonda yapılmalıdır¹²⁴⁵. İnsan üzerindeki muayeneler, bilirkişi aracılığıyla yapılmalı ve tarafların dahi katılımından kaçınılmalıdır¹²⁴⁶. Çocuğun tanık olarak dinlenmesi sırasında çocuğun menfaati gözetilmelidir. Çocuğun menfaatinin üstün tutulması gereken olaylarda, çocuğun psikolojisi değerlendirilir. Çocuğun velayet hakkına sahip kanuni temsilcisi tarafından inceleme merkezine götürülmelidir. Kanuni temsilci bu yükümlülüğü

¹²³⁸ Hauser, s. 123; Bracher, N. 313.

¹²³⁹ Acele hallerde tanığın daha önce de gelinmesine de karar verilebilir (HMK m. 243/2).

¹²⁴⁰ Bkz. 2.2.3.3.4.1.2. Keşif Konusu Nesne Üzerinde İncelemenin Sınırları.

¹²⁴¹ Ege, s. 24.

¹²⁴² Hauser, s. 123.

¹²⁴³ Guldener, s. 268.

¹²⁴⁴ Berger (Stein/Jonas), vor § 378, N. 34.

¹²⁴⁵ Hauser, s. 123.

¹²⁴⁶ Açıklamalar için bkz. 2.2.3.3.4.2. Kişinin Bedeni Üzerinde İncelemeye İzin Verme.

yerine getirmese, çocuğun zorla inceleme merkezine götürülmesinden kaçınılmalıdır. Hâkim, çocuğun menfaati için gerekli uygun tedbirleri almalıdır (TMK m. 346). Zorla götürme kararı (polis gücüyle), çocuğun manevi olarak zarar görmesine neden olacağından, hâkim, çocuğun menfaatini koruyan bir tedbire karar vermelidir. Örneğin, çocuğun inceleme merkezine kayyım eşliğinde getirilmesine karar verebileceği gibi¹²⁴⁷ evinde inceleme yapılmasına da karar verebilir.

Mahkeme, inceleme konusu nesnenin muhafazası, tarafların veya temsilcinin katılımı olmadan insan üzerindeki incelemenin yapılması¹²⁴⁸ ve tanığın duruşma dışında dinlenmesi, belgelerin veya bilirkişi raporunun bir kısmının kapatılması gibi tedbirler alabilir¹²⁴⁹. Bu tedbirler, orantılı ve gerekli olanla sınırlı olmalıdır¹²⁵⁰. Koruyucu tedbirler, hassas bilgilerin taraflardan birine veya her ikisine ve/veya kamuya ulaşmamasını sağlamayı amaçlar; hâkimlere karşı açıklama her zaman mümkündür¹²⁵¹. Çünkü hakimlerin görevlerini icra ederken öğrendikleri gizli bilgilerin mahremiyetini koruma görevi vardır¹²⁵². Bu durumda da tarafların dikkatine sunulmayan ve yalnızca mahkemenin dikkatine sunulan delile mahkemenin dayanıp dayanmayacağı veya ne ölçüde dayanabileceği sorusu ortaya çıkıyor. Delillerin toplandığı aşamaya katılma ve delillere ilişkin açıklama yapma, hukukî dinlenilme hakkının asgari gereklilikleri olduğundan mahkeme yalnızca tanık beyanının tutanağı gibi tarafların dikkatine sunulan delillere dayanabilir¹²⁵³. Taraf en azından daha sonradan soru sorma imkanına sahip olmalıdır. Bu asgari koşulların sağlanmamasında mahkeme ilgili delile dayanmayabilir¹²⁵⁴.

3.6.3. Ücretin Ödenmesi ve Zararın Giderilmesi Hakkı

Üçüncü kişi, katkıda bulunmakla yükümlülüğünü yerine getirmekle birlikte, yükümlülüğün yerine getirilmesi sırasında giderleri olabilir. Bu giderlerden ilki, üçüncü kişinin yükümlülüğü yerine getirirken, doğrudan maruz kaldığı giderlerdir. Kopya ve posta masrafları, ile mahkemeye veya keşfin yapılacağı yere ulaşmak için seyahat, konaklama, yemek gibi masraflar, bu giderlere örnektir¹²⁵⁵. Nesnenin eski hale getirilmesi için gereken giderler de olabilir¹²⁵⁶. Bu giderler, yükümlülük içeriklerine göre değişir.

¹²⁴⁷ Alman hukukunda bu yönde verilen karar için bkz. NJW-RR 2011, s. 1445-1446.

¹²⁴⁸ Kişi üzerindeki incelemede taraf ve temsilcilerinin katılımının kısıtlanması veya hariç tutulması gerektiği hakkında bkz. Gasser/Rickli, Art. 181, N. 1.

¹²⁴⁹ İsviçre hukuku için bkz. Botschaft SchZPO, s. 7314.

¹²⁵⁰ İsviçre hukuku için bkz. Botschaft SchZPO, s. 7314.

¹²⁵¹ Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18, N. 26.

¹²⁵² Türk Yargı Etiği Bildirgesi, 06, Mahremiyeti gözetirler. Bkz. <https://rayp.adalet.gov.tr/Resimler/1/dosya/etik-bildirge.pdf>, erişim tarihi 06.12.2023.

¹²⁵³ Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18, N. 26.

¹²⁵⁴ Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18, N. 26.

¹²⁵⁵ Rüetschi (Hausheer/Walter), Art. 160, N. 41.

¹²⁵⁶ Bracher, N. 318.

Üçüncü kişinin yükümlülüğü yerine getirirken harcadığı zaman için de bir ücret ödenmesi gerekir. Harcanan zaman için ücretlendirme, yükümlülüğün yerine getirilmesinden kaynaklanan zaman kaybını telafi etmeye hizmet eder¹²⁵⁷. Özellikle tanığın beyanda bulunmak için mahkemeye veya keşif yerine veya üçüncü kişinin inceleme için araştırma merkezine gitmesi gerektiğinde olduğu gibi hazır bulunma yükümlülüğünde, üçüncü kişinin harcadığı zaman kayda değerdir. Bilirkişiler için bu zaman ve emek çok daha fazla olup, çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü, inceleme yapma yükümlülüğü, görüşünü sunma yükümlülüğü vb. yükümlülükler için harcanan zamanın telafi edilmesi önemlidir. Gerçek kazanç kaybı varsa bu kaybın da karşılanması gerekebilir¹²⁵⁸. Bunun dışında, incelemeye izin verme yükümlüsü veya tanığın çocuk olmasında refakatçisi için zaman ve masraf kaybı da olabilir¹²⁵⁹.

Üçüncü kişinin bu ücret ve giderlerin tazmin edilmesini talep hakkı, hukukumuzda her yükümlülük için öngörülmemiştir. Tanık, bilirkişi için ücret ödeneceği ve giderlerin tazmin edileceği kanunda düzenlenmişken; keşif kararını yerine getirmekle yükümlü olan üçüncü kişi için böyle bir düzenleme yoktur. Tanığa ödenecek ücret başlığı altında kanunda, çağrılan tanığa harcanan zamana bağlı ücret¹²⁶⁰ ödeneceği belirtildikten sonra, tanığın doğrudan maruz kalacağı giderlerin¹²⁶¹ de karşılanacağı belirtilmiştir. Kanun koyucu, tanığa ücret ödenmesi ve giderlerin karşılanması gerektiğine ilişkin kanundaki düzenlemenin gerekçesinde, yeni getirilen bu hükmü, angarya yasağı ile ilişkilendirerek, anayasaya aykırılığını belirtmiş ve kişinin işinden ve iş yerinden alınmasının doğurduğu zararın tazmin edilmesi ile yaptığı giderlerin karşılanması gerektiğini vurgulamıştır¹²⁶². Bilirkişi için de harcadığı zamana bağlı ücret ödeneceği ve diğer giderlerin karşılanacağı belirtilmiştir (HMK m. 283). Belgeyi ibraz ve bu konuda tanıklık yapmakla yükümlü olanlar hakkında tanıklara ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtildiğinden, belge delili için de üçüncü kişinin giderlerinin tazmin edileceği kanunda öngörülmüştür (HMK m. 221/3). Keşifte üçüncü kişinin giderlerinin tazmin edilmesi, harcanan zaman için ücret ödenmesi düzenlenmemiştir. Kanun koyucu tanık ve bilirkişi için anayasaya aykırı olduğunu gerekçesinde açıkça belirtirken, keşifte herhangi bir hükme yer vermemiştir.

Tanık, bilirkişi ve belge delilinde (tanıklık hükümlerine yapılan atıfla m. 221/3) üçüncü kişi zararını talep edebilme hakkına sahiptir. Öte yandan tanıklık için ücret ve giderlerine

¹²⁵⁷ **Bracher**, N. 318.

¹²⁵⁸ **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 31; **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. 160, N. 41.

¹²⁵⁹ **Bracher**, N. 318.

¹²⁶⁰ Her yıl Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan tarifeye göre kaybettiği zaman ile orantılı bir ücret ödenecektir (HMK m. 265/1, 1. Cümle)

¹²⁶¹ Tanık hazır olmak için seyahat etmek zorunda kalmışsa yol giderleri ile tanıklığa çağrıldığı yerdeki konaklama ve beslenme giderleri de karşılanır (HMK m. 265/1, 2. cümle)

¹²⁶² Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), madde 269 gerekçeden. <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>, erişim tarihi 15.09.2022.

yönelik düzenlemede de eksiklik vardır. Kanun koyucu gerekçede, “işinden ve yerinden alınmasının doğurduğu zararın tazmin edilmesi ve yaptığı giderlerin karşılanması” gerektiğini belirttikten sonra, tanığa ödenecek ücreti tarifedeki sınırlı miktara gönderme yaparak ve sayılan giderlerin karşılanması gerektiğini belirtmiştir. Oysa üçüncü kişinin yükümlülüğün yerine getirilmesi sırasında katlanması gereken kazanç kaybı, masraflar çok daha fazla olabilir. Bilirkişi için “diğer giderlerin” de ödeneceği belirtilerek, sayma yolu tercih edilmemesine karşın, tanıklıkta tek tek sayılmıştır¹²⁶³. Yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi başka giderlerin de doğması mümkün olup, üçüncü kişi bu giderlerin de karşılanmasını, doğrudan mahkemeden talep edebilmelidir. Bu hususta, İsviçre Medenî Usûl Kanunu, yükümlü olan üçüncü kişinin “uygun tazminat alma hakkı” olduğunu açıkça düzenlemiştir (SchZPO m. 160/3). Hükümde, tazminatın ödeneceği ve bu tazminatın kapsamını karşılayacağı genel şekilde belirtilmiştir. Bu tazminat kapsamında, giderlerin ödenmesi, harcanan zaman için ücret ve kazanç kaybının tazminin düşünülmesi gerektiği açıklanmıştır¹²⁶⁴.

Üçüncü kişinin bu ücretler ve giderleri talep edebilmesinin koşulu, yükümlülüğün yerine getirilmesidir. Bu nedenle, yükümlülük kısmen veya tamamen yerine getirilirse, üçüncü kişi bu giderleri ve ücreti talep edebilmelidir. Bunun sonucunda örneğin, bir tanık, çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünü yerine getirdikten sonra, kaçınma hakkını ileri sürmesi veya tanıklığından vazgeçilmesi halinde de ücret ve giderlerin ödenmesi gerekir¹²⁶⁵. Tanığın geç gelmesi veya zorla getirilerek mahkemeye getirilmesinde de tanığın bir sonraki duruşmaya gelip dinlenmesinde de tanığın ücreti ve giderleri karşılanmalıdır. Ancak bu halde tanığın davranışı nedeniyle sebep olduğu masraflar, ücretin ve giderlerin tazmininde değerlendirilmelidir. Üçüncü kişinin haksız olarak yükümlülüğü yerine getirmemesinde ise üçüncü kişinin ücret talep etme hakkı yoktur¹²⁶⁶.

Üçüncü kişinin bu giderlerin tazmin edilmesi talebi, “devlete (mahkeme)” karşı olup, mahkemeden istenir¹²⁶⁷. Bu giderler, yargılama giderlerinin kapsamı içinde olup, yargılama giderlerinden taraflar sorumludur (HMK m. 323). Bu nedenle, yargılamanın sonunda bu giderler tarafların üzerinde bırakılır. Ancak yargılamanın sonunda, taraflar ödemekle yükümlü olsalar dahi, bu talep, kamu hukuku niteliğinde sınıflandırılmalıdır¹²⁶⁸.

¹²⁶³ Bilirkişi ücretindeki giderlere ilişkin yapılan diğer eleştiriler için bkz. **Tanrıver**, Medenî Usûl-I, s. 1086 vd.

¹²⁶⁴ Botschaft SchZPO, s. 7316.

¹²⁶⁵ **Bracher**, N. 319. Öte yandan bilirkişi ücreti ve giderleri hususunda, bilirkişinin kendisine verilen işi tamamlamış olması gerektiği hakkında bkz. **Tanrıver**, Medenî Usûl-I, s. 1088.

¹²⁶⁶ **Bracher**, N. 319; **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. 160, N. 44.

¹²⁶⁷ **Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi**, Art. 255-ZPO-BE, N.1; **Bracher**, N.320; **Hauser**, s. 126; **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. 160, N. 41.

¹²⁶⁸ **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler /Leuenberger), Art. 160, N. 31; **Rüetschi** (Hausheer/Walter), Art. 160, N. 42.

Üçüncü kişinin gerçek giderlerinin karşılanması gerekir. Üçüncü kişi bu giderleri belgelemesi karşılığında masrafların ödenmesi gerekmektedir. Bilirkişilik ücret tarifesi m.5'e göre, bilirkişiye görevlendirmenin mahiyetine uygun inceleme, konaklama, ulaşım, yemek ve diğer mutad giderlerin ödeneceği belirtilmiş ve bunların "belge" karşılığında ayrıca ödeneceği belirtilmiştir. Ayrıca ödemeler, rayiç bedeller dikkate alınarak yapılır ve ibraz edilen belgeler dosyasında saklanır¹²⁶⁹.

Üçüncü kişinin bu ücret ve giderlere ilişkin kararlara karşı (tanık ve bilirkişi delilinde) itiraz yolu da tanınmamıştır. Bu karar, hukukî niteliği itibarıyla ara karar olduğundan, üçüncü kişi bu karara itiraz edebilir¹²⁷⁰.

Kanunda düzenlenmeyen ücret ve giderlerin (özellikle kazanç kaybı veya diğer masraflar) tazminini üçüncü kişinin talep edebilmesi gerekir. Üçüncü kişinin bu talebi, kamu hukuku niteliğinde olduğundan, üçüncü kişi bu talepleri için devlete karşı, idare hukukuna göre (tam yargı davası) dava açmalıdır¹²⁷¹. Öte yandan uygulamada yalnızca tanık ve bilirkişiler için bu ücret ve giderin karşılanması gerektiği düşünülmektedir. Oysa incelemeye izin vermekle yükümlü olan diğer üçüncü kişilerin de bu ücret ve giderleri karşılanmalıdır. Üçüncü kişilerin haklarının korunması ve uygulamada etkin hale getirilmesi için kanunda açık bir hükme yer verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Çünkü üçüncü kişi, kendisinin taraf olmadığı yargılama için mahkemenin faaliyetine katkıda bulunur. Bilirkişi ve tanık için ücretin ödenmemesi, angarya yasağı kapsamında değerlendirilmesine karşın, aynı amaç ve işlevle katılan diğer üçüncü kişilere ödeme yapılmasının kabul edilmemesi, tutarsız bir durum olarak görülür.

¹²⁶⁹ 2025 Yılı Bilirkişilik Asgari Ücret Tarifesi, RG. T. 25.12.2024, S. 32763.

¹²⁷⁰ Ara kararlara itiraz hakkında bkz. Muşul, Timuçin, "Medenî Usûl Hukukunda Ara Kararları", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 4/4 (Ekim 1988), ss. 217-262, s. 232-238.

¹²⁷¹ İsviçre hukukunda ücret ve diğer giderlere ilişkin daha yüksek talepleri için bir hukukî imkân tanınmadığından, üçüncü kişinin idare hukukuna göre dava açması gerektiği hakkında bkz. **Bracher**, N. 320; **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 31.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KATKIDA BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

KARARI VE YERİNE GETİRİLMEMESİNİN YAPTIRIMI

4.1. Genel Olarak

Medenî usûl hukukunda üçüncü kişinin yükümlülüğünün doğması için, kanunda dayanağın olması yeterli değildir. Mutlaka üçüncü kişiye karşı, bireysel somut bir karar verilmiş olmalıdır. Kanun, somut olayda yükümlülüğün hangi tür ve şekilde olacağını temel düzeyde belirlemiştir. Üçüncü kişiye bu yükümlülük kararı bildirilmelidir. Bildirime kanunun ilgili maddelerinde (belge için HMK m. 221/2; tanık için HMK m. 245; bilirkişi için HMK m. 269; keşif için HMK m. 291/3) yer verilmiştir. Mahkeme kararında, üçüncü kişiye, yükümlülük kararı, yükümlülüğün yerine getirilmemesinde uygulanacak yaptırım ve kaçınma hakkı bildirilmelidir. İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 161’de bu üç hususun üçüncü kişiye bildirileceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, yükümlülük kararı, yükümlülüğün ihlalinde doğacak sonuçlar ile kaçınma hakkı konusunda mahkeme, üçüncü kişiyi bilgilendirir. Hukukumuzda mahkemenin kaçınma hakkı konusunda üçüncü kişiyi bilgilendirmesi yalnızca bir durumda kabul edilmiştir. Kişisel nedenlerle kaçınma hakkında mahkeme çağrılmış olan tanığa kaçınma hakkı olduğunu hatırlatır (HMK m.247/2). Kanuni düzenlemede, hâkime ödev yüklenmiştir. Kişisel nedenlerle kaçınmanın varlığında mahkeme tanığa kaçınma hakkını hatırlatmak zorundadır. Bu düzenlemenin, tüm yükümlülükler ve tüm kaçınma nedenleri için olması daha yerinde olurdu. Çünkü üçüncü kişiye -bir önceki bölümde aktarıldığı üzere- bu kaçınma hakkı, onun menfaati dikkate alınarak tanınmıştır ve kaçınma nedeni yaratan durumlarda, gerçeğin aydınlatılması ile üçüncü kişinin menfaatine ilişkin çatışan değerde, üçüncü kişinin korunan menfaatine (kaçınma hakkına) üstünlük tanımıştır. Yargılamayla ilgili olmayan bu üçüncü kişinin kamu hukukuna dayanan bu hakkı tüm kaçınma nedenlerinde ve üçüncü kişinin yerine getirmek zorunda olduğu tüm yükümlülüklerde mahkeme tarafından hatırlatılmalıdır.

Kaçınma nedenlerinin ileri sürülmesi ve incelenmesi kanunda açıkça düzenlenmiştir (HMK m. 252). Yükümlülüğün yerine getirilmemesinde uygulanacak yaptırımlar da tıpkı yükümlülüklerde olduğu gibi çeşitlilik arz eder. Bu ise yükümlülüklerin incelenmesinde olduğu gibi yerine getirilmemesine bağlı yaptırım konusunun da farklı incelenmesi zorunluluğunu doğurur. Bazı yükümlülüklerin yerine getirilmemesinde kanun, kademeli bir yaptırım öngörmüştür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 253’e göre, tanık haklı sebep göstermeden beyanda bulunmaktan veya yemin etmekten kaçınırsa disiplin para cezasına hükmedilir. Ancak

tanığın sorulara cevap vermemekte direnmesi ya da yemin etmemekte ısrar etmesinde disiplin hapsine mahkûm edilir.

4.2. Katkıda Bulunma Yükümlülüğü Kararı, Karara İtiraz ve Kararın İncelenmesi

4.2.1. Kararın Hukukî Niteliği

Üçüncü kişinin yükümlü olması için mutlaka mahkeme karar vermiş olmalıdır. Çünkü üçüncü kişiye yükletilen yükümlülükler, kişinin özel hayatına (AİHS m. 8), başta aile hayatına, konut dokunulmazlığına, haberleşme hürriyetine müdahale teşkil eder. Delilin yargılamaya getirilebilmesi ve tarafın ispat hakkının korunması için yapılacak müdahalenin meşru bir dayanağı olmalıdır. Bu dayanak, yükümlülüğün kanunda öngörülmesi ve mahkemenin de kanunda öngörülen yükümlülüğe karar vermesidir. Mahkeme kararına dayanmayan ve özellikle de kanuni bir dayanağı olmayan delilin yargılamaya getirilmesi için yapılacak tüm yöntemler (örneğin, mahkeme kararı olmaksızın yargılamadan önce tarafların özel dedektif bürosuyla anlaşarak delili toplaması), temelinde tarafın ispat hakkını temin etse de özel hayatın gizliliğine ağır bir müdahale teşkil eder¹²⁷².

Mahkeme takdir yetkisi dahilinde, üçüncü kişiye ait keşif konusu nesne veya belgenin incelenmesine, bilirkişiye başvurulmasına¹²⁷³ tanığın beyanda bulunmasına karar verir¹²⁷⁴. Taraf, belgenin üçüncü kişide olduğunu ileri sürmüş ve yeterince somutlaştırmışsa, mahkeme üçüncü kişiden belgenin ibraz edilmesine karar vermelidir¹²⁷⁵. Bu halde mahkeme, belgenin ibrazı için gereken koşulların bulunup bulunmadığı, belgenin somutlaştırılıp somutlaştırılmadığı, taraflar arasında çekişmeli bir vakıya ilişkin olup belgenin içeriğinin ispat konusu vakıyı aydınlatıp aydınlatamayacağı konuları takdir ederek delilin toplanmasına karar verir ya da talebi reddeder. Bu karar, mahkemenin üçüncü kişiye açıklamadığı, yalnızca üçüncü kişideki delillerin toplanmasına ilişkin karardır (HMK m. 195).

Delillerin toplanması kararı, üçüncü kişinin yükümlülüğünün doğması için yeterli değildir. Mahkeme, koşulları sağlıyorsa, üçüncü kişinin yükümlülüğüne karar vermelidir ve karar

¹²⁷² Çiftçi, İspat Hakkı, s. 583.

¹²⁷³ Çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren konularda hâkimin şahsi bilgisini kullanıp kullanmayacağı konusu doktrinde eleştirilmekte ve şahsî bilgisi bulunan hâkimin bilirkişiye başvurusunun zorunlu olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bkz. Erdoğan, Ersin/Üçüncü, S. Hilal, Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 10(1) 2020, ss. 354-387, s. 367 vd. Çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren konularda (DNA Testi yapılması gibi) bilirkişi incelemesine başvurulması zorunludur. Çözümün özel veya teknik bilgiyi gerektirmesinde, mahkemenin bilirkişiye başvurusu zorunlu olsa da çözümün teknik veya özel bilgiyi gerektirip gerektirmediği konusunda mahkemenin takdir yetkisi vardır. Bkz. Ersin/Üçüncü, s. 370.

¹²⁷⁴ Keşif delili hakkında bkz. **Rosenberg/Schwab/Grolimund**, § 119, N. 16. Belge ibrazı hakkında bkz. **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N. 23.

¹²⁷⁵ **Althammer** (Stein/Jonas), § 142, N. 9; 33; benzer görüş keşif delili hakkında bkz. **Althammer** (Stein/Jonas), § 144, N. 15.

üçüncü kişiye bildirilmelidir. Mahkemenin kararı mahkeme usûl işlemi olup, mahkeme üçüncü kişiden bu kararın yerine getirilmesini ister. Örneğin, tanığın mahkeme veya dinlenecek keşif mahalline davet edilmesi gerekir. Mahkemenin kararı üçüncü kişi için bağlayıcıdır. Bu karar, başvuru üzerine, gönüllü olarak yerine getirilmesine ilişkin bir talep veya katkıda bulunma yükümlülüğü tanınmasından önce hukukî dinlenilme hakkının verildiği bir görüş değildir¹²⁷⁶.

Bazı hallerde bilirkişi incelemesi sırasında, üçüncü kişinin iş birliğine ihtiyaç duyulabilir. Bu halde, bilirkişinin doğrudan üçüncü kişiden talebi olmaz. Tıbbi bir rapor hazırlamak için bilirkişi belgeye ihtiyaç duymaktaysa, mahkeme belgenin ibrazı hakkında karar vermeli ve sonra bilirkişiye teslim etmelidir¹²⁷⁷ (HMK m. 275/2). Benzer şekilde, doktorun hatası sebebiyle açılan davalarda, üçüncü kişi üzerinde röntgen incelemesi gibi keşif incelemesi yapılması gerektiğinde de mahkeme, incelemenin yapılması için karar vermelidir¹²⁷⁸, bilirkişinin kendisi karar veremez (HMK m 278/4). Hatalı tıbbi uygulama dolayısıyla mağdurun (üçüncü kişi) ailesinin açtığı davada mağdurdan röntgen talep edilmesi duruma örnek verilebilir (TBK m. 56/2). Öte yandan bazı basit bilgilerin sorulması gerektiğinde, bilirkişi, üçüncü kişiye doğrudan soru yöneltebilir. Ancak bu doğrudanlık ilkesini ihlal etmeden gerçekleştirilmelidir¹²⁷⁹. Buna örnek olarak, kan örneği almadan, üçüncü kişiden hastalığı olup olmadığı hakkında soru sorulması, ilaçlara ilişkin bilgi verilmesi gibi durumlar verilebilir. Bu durumun mahkemenin karar verirken yükümlülük içeriğinde belirtilmesi, üçüncü kişi için doğabilecek tereddütleri ortadan kaldırır. Tereddüt oluşturan ihtimalde, üçüncü kişinin böyle bir yükümlülüğe zorlanması beklenmemeli, mahkeme, üçüncü kişiden bilgiyi istemelidir. Yargılamanın uzatılmaması için de yükümlülük içeriğinin açıkça belirtilmiş olması önemlidir. Bilirkişi görüşünün oluşturulması için bağlantılı bazı vakıaların tespitine yarayan hallerde, üçüncü kişi mahkeme kararıyla yükümlü kılındığından, bilirkişinin sorularına cevap vermekle yükümlüdür¹²⁸⁰.

Mahkemenin kararı, ara karar niteliğindedir¹²⁸¹. Yargılama sona ermediği sürece, üçüncü kişinin yükümlülüğe ilişkin karar değiştirilebilir¹²⁸². Değiştirilebilir olmasının anlamı,

¹²⁷⁶ Bracher, N. 425.

¹²⁷⁷ Alman hukukundaki görüş için bkz. Adloff, Daniel, **Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im Deutschen und Französischen Zivilprozess**, Tübingen, 2007, s. 270. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 275/2'ye göre, bilirkişi, incelemesini gerçekleştirebilmek için bazı hususların soruşturulmasına ve bazı kayıt ve belgelerin getirilmesine ihtiyaç duyuyorsa, bunun sağlanması için bir hafta içinde kendisini görevlendiren mahkemeye bilgi verir ve talepte bulunur.

¹²⁷⁸ Alman hukukundaki görüş için bkz. Adloff, s. 270. Bilirkişinin yetkisinin düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 278/4'te bilirkişinin oy ve görüşünü açıklayabilmesi için bir şey üzerinde inceleme yapması zorunlu ise mahkemenin karar vereceği açıkça düzenlenmiştir.

¹²⁷⁹ Adloff, s. 271.

¹²⁸⁰ Adloff, s. 271.

¹²⁸¹ Boran Güneysu, Nilüfer, **Medenî Usûl Hukukunda Karar**, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 158.

¹²⁸² Doktrin ve uygulamaya göre, ara kararlar bağlayıcı değildir; kendiliğinden veya talep üzerine karardan dönülebilir. Bkz. Boran Güneysu, s. 161.

mahkemenin kendiliğinden ya da taraflardan biri veya ilgilinin talebi üzerine, usûlî menfaatlerin gerektirmesi ya da haklı göstermesi halinde, kararın değiştirilebilmesi, önceki karara dönülebilmesi ya da kararın iptal edilebilmesidir¹²⁸³. Kararın iptali ya da değişikliğini, mahkeme kendiliğinden yapabilir ya da taraflardan birinin ya da ilgilinin talebi üzerine mahkeme kararın iptali ya da değişikliğini yapabilir. Üçüncü kişi kaçınma hakkını kullanmışsa, üçüncü kişi hakkında makul olmayan bir yükümlülük kararı verilmişse, taraf o delile dayanmaktan vazgeçmiş ya da delilin yargılamaya getirilmesi başkaca bir nedenle geçersizse, yükümlülük kararı iptal edilebilir¹²⁸⁴. Sürenin ertelenmesi veya uzatılmasında ise yükümlülük kararı değiştirilebilir¹²⁸⁵. Örneğin, bilirkişi raporu için verilen sürenin yeterli olmamasında öngörülen süre uzatılabilir.

4.2.2. Kararın İçeriği

Mahkeme yükümlülük kararını verdiğinde, bu kararda yükümlülüğün içeriği ve yükümlülük taşıyıcısı üçüncü kişinin belirtilmesi gerekir. Kararda, yükümlülük taşıyıcısı kişiselleştirilmeli, yükümlülük içeriği somutlaştırılmalı ve yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerekçesi olmalıdır. Hâkim, üçüncü kişinin kim olduğunu, yükümlülüğün ne olduğunu ve yükümlülüğün üçüncü kişiden talep edilmesinin gerekçesini kararda belirtmelidir¹²⁸⁶.

Kararın içeriğine ilişkin somut düzenleme yoktur. Bu nedenle kararın içeriğinde nelerin olması gerektiği tespit edilmelidir. Bu hususta tanığın hazır bulunması için gönderilecek davetiyeye ilişkin hüküm yardımcı olabilir. (HMK m. 244). Ayrıca davetiyenin içeriğinde ne yazılacağı Tebligat Kanunu m. 9'da belirtilmiştir¹²⁸⁷. Bu iki düzenleme, diğer yükümlülüklerle verilen kararlar için de dikkate alınabilir. Bu açıklamalar dikkate alınarak, aşağıdaki hususlar eksiksiz ve açık şekilde belirtilmelidir. Böylece, üçüncü kişi somut olayda, yükümlü olup olmadığını, yükümlü olmasına bağlı sonuçları ve yükümlülüğe uymadığı takdirde bunun hukukî sonucunu anlayabilir.

Yükümlülük taşıyıcısı (asıl kişi) üçüncü kişinin belirtilmesi: Yükümlülük taşıyıcısının kim olduğu belirsizliğe mahal kalmayacak şekilde kararda açıkça yazılmalıdır. Tanığa gönderilecek davetiyede adı, soyadı ve adresinin belirtilmesi buna örnektir (HMK m. 244/1, a).

¹²⁸³ Staeelin/Staehelin/Grolimund, § 17, N. 18

¹²⁸⁴ Bracher, N. 426.

¹²⁸⁵ Bracher, N. 426.

¹²⁸⁶ Bracher, N. 429. Yazar ayrıca ilgilinin (üçüncü kişinin) haklarını koruyan bilgilendirmenin de yapılması gerektiğini belirtmiştir.

¹²⁸⁷ Davetiye, Tebligat Kanunu m. 9 ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.244'te yazılı içeriğe sahip olmalıdır. Buna göre, davetiyede, tanığın adı, soyadı ve açık adresi; tarafların ad ve soyadları; tanıklık yapacağı konu; hazır bulunması gereken yer, gün ve saat ile Adalet Bakanlığınca hazırlanan tarife gereği ücret ödeneceği yazılır (HMK m. 244).

Davetiye için öngörülen bu husus, üçüncü kişiye bildirilen diğer yükümlülükler için de geçerli olmalıdır. Kararda yükümlülük taşıyıcısının belirsizliğe mahal kalmayacak şekilde belirtilmesi, yükümlülük taşıyıcısı ile tasarruf yetkisinin farklılaştığı ve onun kanuni temsilcisine bildirimin yapılması gerektiği durumlarda önemlidir¹²⁸⁸. Ergin olmayan üçüncü kişi üzerinde yapılacak incelemelerde ya da ergin olmayan üçüncü kişinin dinlenmesinde, yükümlülük taşıyıcısının kanuni temsilcine haber verilir. Aynı sonuç, tüzel kişilere ilişkin yükümlülükler için de geçerlidir. Yükümlülüğü yerine getirmeye yetkili kişi, organlarıdır. Örneğin bir anonim şirket ise anonim şirket yetkili organına kararın bildirilmesi gerekir¹²⁸⁹.

Yargılamanın taraflarının ve yükümlü olunan konunun bildirilmesi: Tanığa gönderilecek davetiyede tarafların ad ve soyadlarının da bildirilmesi gerektiği kanunda düzenlenmiştir (HMK m. 244/1, b). Bu düzenleme, üçüncü kişinin diğer yükümlülük içerikleri içinde düşünülmelidir. Tarafla belirli derecede yakın ilişkilerin olduğu kaçınma hakkı sebeplerinde, tarafların bildirilmesi önemlidir¹²⁹⁰.

Sırta dayanan kaçınma sebepleri için konunun belirtilmesi, ilgili kişiye bilgilendirme sağlar. Örneğin, kamu makamından izin alınması gereken bir durumun varsa, ilgili kişi durumu mahkemeye bildirebilir (HMK m. 242). Konuya ilişkin bilgilendirme, üçüncü kişiden beklenen yükümlülük içeriğine göre de değişiklik gösterebilir. İncelemeye izin verme yükümlülüğünde, hangi belgenin¹²⁹¹ veya hangi nesnenin incelenmesine izin vermesi gerektiği; tanığın hangi konu için beyanının alınacağı, bilirkişinin hangi konuda rapor yazacağı belirtilir. Bilgilendirme üçüncü kişinin kendisinden beklenen yükümlülük içeriği hakkında gerekli hazırlıkları yapmasına da hizmet etmektedir. Örneğin, bu üçüncü kişi tanık ise konunun yazılması, hafızasını toplamasına yardım eder¹²⁹². Ancak tanığa sorulacak tüm sorular ayrıntılı olarak yazılmamalıdır. Çünkü tanık, kendisine sorulacak sorulara önceden tamamıyla hazırlık yaparak yalan beyanda bulunabilir¹²⁹³. Bilirkişi aynı zamanda hâkime yardım eden olup, teknik ve özel bilgiyi gerektiren konuda yardımcı olacağından bilirkişinin görüşünü sunma yükümlülüğü kapsamında önceden tüm soruların belirtilmesi gerekir (HMK m. 273). İncelemeye izin verme yükümlülüklerinde, belgenin veya nesnenin ayrıntılı olarak belirtilmesinin ve ayrıntılı açıklamanın bulunması gerekir. Örneğin belge delilinde belirli bir hastanın, hasta dosyasının istenmesi, belirli bir kişiyle arasındaki yazışmaların tamamı, ticarî defterin tamamı, belirli bir

¹²⁸⁸ Bracher, N. 431.

¹²⁸⁹ Bühler (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 133, N. 12.

¹²⁹⁰ Bracher, N. 432.

¹²⁹¹ Schmid (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 160, N. 23.

¹²⁹² Bracher, N. 432.

¹²⁹³ Belgesay, Mustafa, Reşit, *Teorik ve Pratik Adliye Hukuku Üçüncü Cilt İspat Teorisi, Hukuk, Ceza ve İdare Usûlü Muhakemeleri- Delilleri, (İkinci Bası),* Üniversite Kitabevi, İstanbul, 1947, s. 108.

sözleşmeye ilişkin yazılı belgelerin tamamı veya belirli bir isimle adlandırılan dosya klasörlerinin istenmesi yeterli değildir¹²⁹⁴. Soy bağının incelenmesi amacıyla keşif yapılacaksa, üçüncü kişinin gereken hazırlıkları yapabilmesi için mahkeme, keşif kararında, üçüncü kişinin tüm yükümlülüklerini bildirmelidir. Bu kapsamda, araştırma merkezine gitmesi, bilirkişi tarafından kendisine yöneltilecek sorulara cevap vermesi, bilirkişinin inceleme yapabilmesi amacıyla, kan, doku örneği gibi kendisinin hangi incelemeye katlanması gerektiği kararda açıkça belirtilmeli ve üçüncü kişiye bildirilmelidir. Bu noktada bilirkişi olan hekim, sağlıkla ilgili incelemede, hâkimden daha yetkindir. Bu sebeple, gerektiğinde hâkim, bilirkişiyi dinleyerek, ilgili kararı vermeli ve üçüncü kişinin yükümlülüğünü net olarak belirlemeli ve üçüncü kişiyi bu hususta bilgilendirmelidir.

Hazır bulunması gereken yer, gün ve saatin bildirilmesi: Tanığa gönderilecek davetiyede tanığın hazır bulunması gereken yer, gün ve saat bildirilmek zorundadır. Bu bilgilendirmenin yapılması tüm yükümlülük içerikleri için geçerlidir¹²⁹⁵ (HMK m. 244/1,ç; m.221/3; m. 269/1 m. 291/3). Yükümlülüğün yerine getirilmesi için son tarih verilmesi gerekebilir. Mutlaka o son tarih de net ve anlaşılır şekilde belirtilmiş olmalıdır. Ayrıca belge ve nesnede, mahkemeye sunulabilmesi için gereken süre de tayin edilmelidir. Kanunda üçüncü kişiler için süre tayinine ilişkin bir hüküm yoktur. Taraflar için ise hâkimin kesin süre vereceği kanunda yazılıdır (HMK m. 220/1). Yargılamanın makul süre içinde sona erdirilmesi gerekir. Bu nedenle hâkim, üçüncü kişinin belirli bir zamanda belgeyi veya nesneyi sunmasına karar vermeli ve üçüncü kişiye süre bildirilmelidir.

Yükümlülüğün sonuçları hakkında bilgilendirilmesi: Yükümlülüğün yerine getirilmemesine bağlı sonuçların doğması, üçüncü kişiye önceden usûlüne uygun şekilde yükümlülük kararının ve sonuçlarının bildirilmesine bağlıdır. Üçüncü kişi, kendisinin bilgisi dahilinde olmayan olumsuz sonuçlarla karşılaşmamalıdır. Yaptırımlar, genelde yükümlülük içeriğine bağlı değişmektedir. İlgili yükümlülüğe bağlı kanunda öngörülen yaptırım, kararda belirtilmelidir. Yaptırımın kararda belirtilmesi ve üçüncü kişiye bildirilmesi, yaptırımların uygulanabilmesinin de ön koşuludur. Üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde ne tür bir yaptırımla karşı karşıya kalacağı açıkça bildirilmelidir. Üçüncü kişiye yalnızca yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde cezai yaptırıma uğrayacağını bildirilmesi yeterli değildir. Hangi cezai yaptırıma maruz kalacağı da bu bildirimde belirtilmelidir¹²⁹⁶. Kanuni temsilcinin varlığında, kanuni temsilcinin de kararda belirtilmesi

¹²⁹⁴ Örnekler için bkz. **Althammer** (Stein/Jonas), § 142, N. 11; **Musielak/Voit**, Grundkurs, s. 291, N. 810; **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 160, N. 13.

¹²⁹⁵ Keşfe katlanma zorunluluğu açısından bkz. **Aşık**, Keşif, s. 148.

¹²⁹⁶ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 309.

gerekir. Ergin olmayan üçüncü kişinin tanık olarak dinlenmesi gerektiğinde ya da incelemeye izin verme yükümlülüklerinde, ergin olmayan üçüncü kişi, kararın sonuçlarını anlayabilecek olsa dahi, doğrudan çağrılmaları yerine, kanuni temsilcisinin dikkatine sunulması daha doğrudur¹²⁹⁷. Bu tüzel kişinin organları için de geçerlidir. Yükümlülüğün yerine getirilmemesi sonucunda ilgili tüzel kişinin organı sorumlu olacağından, tüzel kişinin yetkili organının da kararda belirtilmesi gerekir¹²⁹⁸.

Ücretin ve masrafların karşılanacağına yer verilmesi: Tanığa ilişkin düzenlemede, Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan tarife gereğince tanığa ücret ödeneceğinin davetiyede yazılacağına yer verilmiştir (HMK m. 244). Üçüncü kişinin mahkeme faaliyetine katkı sağlayarak, delillerin toplanmasına yardımcı olduğundan, üçüncü kişi belirli bir emek ve zaman harcamaktadır. Onun bu emek ve zamanının karşılığında ücret ödeneceği, bilirkişi ve tanıklıkta açıkça düzenlenmiştir. Üçüncü kişinin diğer yükümlülüklerinde de kanunun amacına uygun olarak ücret ödenmesi ve aynı gerekçeyle yapmış olduğu masrafların da ödenmesi gerekmektedir. Bu düzenlemenin tüm yükümlülük türleri için de geçerli olması ve kararda belirtilmesi, kanunun amacına daha uygun olur. Örneğin keşif konusu nesnenin mahkemeye getirilmesi gerekiyorsa, mahkeme keşif kararı verdiğinde, bu masrafların kimin tarafından karşılanması gerektiğine de keşif giderlerinden sorumluluk ilkesine göre karar vermelidir. Çünkü üçüncü kişinin mali külfet altına girmesi kendisinden beklenmemelidir¹²⁹⁹. Kanunda bu düzenlemenin olmaması eksiklik olup, üçüncü kişilerin masraflarının ve zararlarının karşılanmasına ilişkin düzenlenmeye ihtiyaç vardır.

Mahkemenin mühürü, yetkilinin imzası, karar tarihi: Bunlar kararlara ilişkin şekli unsurlardır. Tanık için gönderilen davetiyeye ilişkin düzenlemede (HMK m. 244) açıkça yer verilmeyen bu husus, Tebligat Kanunu madde 9 beşinci bentte düzenlenmiştir. Mühür, kararın doğruluğunu da tespit etmeye yarar.

Bir diğer önemli konu da *üçüncü kişinin haklarının korunmasına* ilişkindir. Kaçınma hakkı, üçüncü kişinin bazı menfaatlerini korumaya hizmet eder. Örneğin, ekonomik hayatını korumaya yarayan sır nedeniyle kaçınma hakkı (HMK m. 250), ceza soruşturmasından veya kovuşturmasından kaçınmasını sağlayan (HMK m. 250) ya da başkasına karşı sır saklamakla yükümlü olan kişilerin bu yükümlülüğe aykırılığından doğan sonuçlarından kurtaran (HMK m. 249) hükümler dikkate alındığında, üçüncü kişinin bu nedenlere dayanan kaçınma hakkını bilmesinde menfaati vardır. Bu nedenle ilgili üçüncü kişinin kaçınma hakkının bildirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Kaçınma hakkının bildirilmesi kanunda düzenlenmemiş, aksine

¹²⁹⁷ Landshut, s. 147.

¹²⁹⁸ Bracher, N. 434.

¹²⁹⁹ Aşık, Keşif, s. 148.

yalnızca kişisel nedenlerle kaçınma hakkının varlığında mahkemenin hatırlatması gerektiği düzenlenmiştir (HMK m. 247/2). Bunun sonucunda, diğer kaçınma sebeplerinde bunun bildirilmesinin zorunlu olmadığı sonucuna varılmaktadır. Ancak kanaatimizce üçüncü kişinin korunması için bu hususların bildirilmesi zorunludur. Bu bildirimin mutlaka kararda belirtilmesi ve bildirilmesi zorunluluğu yoktur. Tanık dinlenilmeden önce de hâkim, duruşmada tanığı bilgilendirebilir. Bildirimin üçüncü kişi tarafından anlaşılabilir şekilde yapılması ve tutanağa bilgilendirmenin yapıldığının kayıt altına alınması önemlidir. Belgenin ibrazında, kişi üzerinde bilirkişi tarafından yapılan incelemelerde, üçüncü kişi mahkemede dinlenmez. Bu hallerde, kararda üçüncü kişinin kaçınma haklarına yer verilmeli ve üçüncü kişiye bildirilmelidir. İsviçre hukukunda, mahkemenin üçüncü kişiyi (ve tarafları) yükümlülüğü, kaçınma hakkı ve ihlalin sonuçları hakkında bilgilendireceği (SchZPO m. 161/1) açıkça düzenlenmiştir. Doktrinde bu bilgilendirmenin şekle bağlı olmadığı, mahkemenin duruşmadan önce üçüncü kişiye açıklayabileceği belirtilmiştir¹³⁰⁰. İsviçre hukukunda, mahkeme eğer kaçınma hakkına ilişkin üçüncü kişiyi bilgilendirmezse, kural olarak toplanan delilin dikkate alınmaması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak ilgili kişi rıza gösterirse ya da kaçınma haksız olacak ise delil dikkate alınabilir (SchZPO m. 161/2). Bu madde gereği, üçüncü kişiye kaçınma hakkı bildirilmemiş ise üçüncü kişi sonradan rıza göstererek ya da ileri sürmüş olsaydı dahi haksız olan bir kaçınmanın varlığında o delil mahkemece dikkate alınabilecektir. Kural ise bildirilmemeye bağlı olarak o delilin dikkate alınmaması olarak düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda kaçınma hakkına ilişkin uygun hukukî bilginin var olması (örneğin meslek sırrı nedeniyle kaçınma hakkında) ya da üçüncü kişinin avukatının olduğu hallerde bilgilendirme yükümlülüğünün ortadan kaldırılmayacağı da doktrinde kabul edilir¹³⁰¹. Üçüncü kişinin kaçınma haklarını koruyan bu düzenlemenin, yargılamayla ilgisi olmayan üçüncü kişi için amaca daha uygun olduğunu düşünmekteyiz. Burada tarafın ispat hakkı ve gerçeğin ortaya çıkarılması menfaati olduğu düşünülebilir. Ancak kanun koyucu, gerçeğin ortaya çıkarılması menfaati ile üçüncü kişinin kaçınma nedeni oluşturan menfaatinin çatışmasında, üçüncü kişinin kaçınma hakkına üstünlük tanımıştır. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kişisel nedenlerle kaçınma hakkında mahkemenin kaçınma hakkını bildireceği düzenlenmiş (CMK m. 45); bunun dışındaki kaçınma nedenlerinde, ilgili makamın gerekli görmesi halinde kaçınma nedenini oluşturan olguları bildireceği düzenlenmiştir (CMK m. 49). Benzer düzenlemenin yer aldığı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tanığın kaçınma hakkının hatırlatılmaması halinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu, beyanın delil olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir.

¹³⁰⁰ **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 161, N. 3.

¹³⁰¹ **Schmid** (Spühler/Tenchio/Infanger), Art. 161, N. 5.

“Tanıklıktan çekinme hakları olan kimselere, bu hakları dinlemeye başlamadan önce hatırlatılmalı, bu hakları kullanıp kullanmayacakları hususu sorulup, keyfiyet tutanağa yazılmalıdır. Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan bir kimsenin bu hakkının kendisine hatırlatılması zorunlu olduğundan, bu hak hatırlatılmadan dinlenilmesi halinde beyanlarının delil olarak değerlendirilmesi de artık mümkün değildir.”¹³⁰²

Özel hukuka ilişkin yargılamalarda üçüncü kişiye bu hakkın varlığının bildirilmemesi eksikliklidir. Kanunî düzenlemeye göre yalnızca kişisel nedenlerle kaçınma hakkının varlığında hâkimin üçüncü kişiye kaçınma hakkını hatırlatma yükümlülüğü vardır. Kanaatimizce tüm kaçınma nedenlerinde kaçınma hakkı üçüncü kişiye bildirilmelidir. Kaçınma hakkı dışında üçüncü kişinin temel hak ve özgürlüklerini etkileyen itiraz sebeplerinin de üçüncü kişiye bildirilmesi gerekir. Kişi üzerinde yapılacak fiziksel muayenelerde olduğu gibi gerektiğinde, sağlık için tehlikeli olan durumlarda üçüncü kişinin katlanma yükümlülüğü olmadığı, özel hayatını ihlal etmesine neden olacak belgeleri vermekle yükümlü olmadığı bildirilmelidir.

4.2.3. Kararın Verilmesi, Tebliği ve Sonuçları

Kararın verilmesinin maddî ve şekli koşulları vardır. Şekli koşul, kararın yetkili merci tarafından verilmesidir¹³⁰³. Kararı verecek merci, mahkemelerdir. Toplu mahkemelerde, tahkikat işlemleri mahkemenin üyelerinden veya belirli bazı işlemleri yapmakla görevlendirilen naip hâkim tarafından yürütülebilir (HMK m. 183A/2 ve 3). Bu halde mahkemenin üyelerinden biri tarafından karar verilir. Karar, bilirkişi tarafından verilemez. Kararın verilmesinin maddî koşulu ise yargılamada bilgi toplanmasının gerekliliğine ihtiyaç duyulmasıdır. Katkıda bulunmanın koşulları başlığında aktardığımız üzere, tarafın korunmaya değer menfaatinin ya da olayın aydınlatılması menfaatinin varlığı gerekir.

Kararın verilmesinde, hukuk devleti ilkesinin temel ilkelerine uygun olması da her zaman dikkate alınacak bir ölçüttür. Bu anlamda, üçüncü kişi için orantısız olacak yükümlülöklere karar verilmekten kaçınılmalıdır. Örneğin, kişinin mahremiyet (gizli) alanına dahil fotoğrafların bulunduğu albümün incelenmesi zorunluluğu, engelli bir kişiyi mahkemede hazır bulundurma zorunluluğundan yahut insan onuruna aykırılık oluşturabilecek kişi üzerindeki incelemeler, üçüncü kişi için orantısız nitelikte olabilecektir¹³⁰⁴.

Yükümlülüğün yerine getirilmesi için tayin edilecek süre, üçüncü kişiden istenen yükümlölük içeriğine göre, kararı veren merci tarafından takdir edilir. Genel bir süre verilmesi

¹³⁰² Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, T. 12. 11. 2013, E. 2013/251, K. 2013/454 (Lexpera).

¹³⁰³ Landshut, s. 140; Hauser, s. 83.

¹³⁰⁴ Bracher, N. 444.

mümkün değildir. Yükümlülük içeriğine göre, davetiye veya tebliğ evrakının ulaşması gibi koşullara göre sürenin tayini değişecektir. Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik¹³⁰⁵ madde 15'te belirtildiği üzere, onuncu maddede sayılan vasıtalarla yapılan tebligatlar dışındaki her çeşit tebliğ evrakı ve davetiyelerin, ilgililere ulaşması ve ilgililerin tebliğin veya davetiyenin gereklerini yerine getirebilmesi için bu evrakı çıkaran merci tarafından tayin edilecek müddetin hesabında, evrakın gönderileceği mahallin yakınlık veya uzaklığı, mevsim koşulları, ulaşım araçlarının durumu gibi hususlar dikkate alınır. Öte yandan tanığın çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü kapsamında, tanığa gönderilen davetiye, duruşma gününden en az bir hafta önce tebliğ edilmelidir (HMK m. 243/1)¹³⁰⁶. Bu bir haftalık süre, acele hallerde kısaltılabilir. (HMK m. 243/2). Çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüklerinde kanundaki bu süre asgari olarak kabul edilebilir. Belgenin ibrazı, bilirkişi raporunun teslimi gibi son sürenin belirlenmesinde, yükümlülüğün konusuna göre mahkeme tarafından süre tayin edilir.

Mahkeme kararının kural olarak yazılı şekilde bildirilmesi gerekir¹³⁰⁷. İstisnai durumlarda, örneğin tanığın telefonla mahkemeye çağrılmasında olduğu gibi sözlü olarak da mahkemenin kararı ilgiliye bildirilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, bildirim dahi yapılmadan keşif kararının verilmesi¹³⁰⁸ diğer bir örnektir (HMK m. 291/3). Üçüncü kişi, kendisinin taraf olmadığı bir yargılamada, tarafın ispat hakkının korunması, adaletin gerçekleştirilmesinin yerine getirilmesi için yardımcı olmaktadır. Üçüncü kişiye haber verilmeden keşfin icra edilebilecek olması, bazı hallerde, üçüncü kişinin temel hak ve özgürlüklerinin orantısız bir şekilde ihlali anlamına gelebilir. Kanundaki bu düzenleme gereği, üçüncü kişiye ait konutta keşif yapılmasına karar verilebilecek ve gecikmesinde sakınca bulunduğu gerekçesiyle, konutta üçüncü kişinin haberi olmadan keşif yapılabilecektir. Oysa üçüncü kişiye haber verilmeden keşif yapılmışsa, kişinin evinde olmadığı bir ihtimalde, kişinin özgürlüğüne, özellikle konut dokunulmazlığına aşırı müdahale teşkil edebilir. Kapının gerekirse çilingir marifetiyle açılmasında, ölçüçülük ilkesi bilhassa gözetilmelidir¹³⁰⁹.

¹³⁰⁵ RG T. 25.12.2012, S. 28184

¹³⁰⁶ En az bir hafta önce tebliğ edilmesi zorunluluğu, tanığın duruşma günü mahkemeye gelmeden önce, kaçınma hakkı olup olmadığını incelemesi ve varsa bu hakkı ileri sürmesini sağlar (Ansay, Hukuk, s. 273).

¹³⁰⁷ Guldener, s. 249; Bracher, N. 428.

¹³⁰⁸ Sınırlı sayıda delilin caiz olduğu İsviçre hukukunda, aile hukuku yargılamalarında, çocuklara ilişkin meselelerde bu kural geçerli değildir. (SchZPO m. 168/2) Federal Mahkemenin bir kararında (BGE 122, 153 (55)), mahkemenin alışılmadık şekilde bir delil toplayabileceği ve kendiliğinden rapor da alabileceği kabul edilmiştir. Kararın ilgili kısmı için bkz. Vogel, Oscar/Spühler, Karl, **Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz**, 7. Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern, 2001, § 48, 95 a; Meier, s. 314. Bu aynı zamanda şu anlama da gelmektedir: Mahkeme, taraflardan habersiz, çocuklara bakan eşin yanındayken keşif (sosyal araştırma) yapabilir. Vogel/Spühler, § 48, 95 a; Meier, s. 314.

¹³⁰⁹ Bkz. 2.2.3.3.4.1.2. Keşif Konusu Nesne Üzerinde İncelemenin Sınırları. Keşfin üçüncü kişinin yokluğunda yapılacağı ve gerekirse çilingir marifetiyle kapının açılacağı hakkındaki görüş için bkz. Direnisa, s. 288.

Kararın yazılı bildirilmesi, üçüncü kişinin kişisel olarak hazır bulunmasını gerektiren hallerde de önemlidir¹³¹⁰. Mahkemede yükümlülük içeriğinin yerine getirilmesi çoğu durumda üçüncü kişinin mahkemede veya inceleme konusu yerde kişisel olarak hazır bulunmasını gerektirir. Çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü, ilgilinin uluslararası sözleşme ve anayasa ile güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliğiyle de yakından ilgilidir (AİHS m. 5; Anayasa m. 19). Ayrıca ilgili kişinin yükümlülüğü yerine getirmemesinde zorla getirilme kararı uygulanmaktadır. Bu iki neden göz önüne alındığında, kararın ilgiliye özel bir biçimde bildirilmesi gerekir¹³¹¹. Çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü, açıkça (HMK m. 245; 269/1), ilgili maddeye gönderme yaparak (belge delili için HMK m. 221/3) düzenlenmiş veya maddenin genel düzenlenmesinden çıkarılarak (HMK m. 291) yahut yükümlülüğün içeriğinin yerine getirilmesinin doğal sonucundan (HMK m. 292) çıkarılmaktadır. Hazır bulunma yükümlülüğünde gerekirse “zorla” getirilebilmesi için öncelikle Anayasa’ya uygun olarak kanunla düzenlenmiş olması gerekir. Çünkü bir kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturacak ve özgürlüğünün kısmen de olsa kısıtlanmasını doğuracak kararın kanunda düzenlenmiş olması gerekir (Anayasa m. 13).

Mahkemenin kararı ve ilgiliye tebliğiyle, üçüncü kişi için belirli bir katkıda bulunma yükümlülüğü oluşur. İsviçre hukukunda üçüncü kişinin kaçınma hakkı bulunuyor veya mahkemenin kararı, somut olaya göre uygulanabilir değilse de bu karar geri alınıncaya kadar üçüncü kişi yerine getirmekle yükümlüdür¹³¹². Hukukumuzda ise çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünde kaçınma hakkını önceden ileri süren tanık belirli günde gelmek zorunda değildir (HMK m. 252/2). Tanıklar için düzenlenen bu maddenin, diğer yükümlülükler için de geçerli olduğu düşünülebilir. Çünkü kanun koyucu tanığın önceden bildirmesi halinde, kaçınma hakkına ilişkin karar verilinceye kadar yükümlülüğün yerine getirilmesini ertelemiştir. Olması gereken hukuk açısından, İsviçre hukukundaki düzenleme daha yerindedir. Yargılamanın hızlı yapılabilmesi için kaçınma hakkı hakkında karar verilmeden üçüncü kişinin yükümlülüğü yerine getirmesi ertelenmemelidir. Aksi halde, üçüncü kişi hakkında karar verilecek, yeniden bildirim yapılacaktır. Bu usûl yargılamayı uzatacaktır.

Davetiye ya da tebliğ evrakının Tebligat Kanunu ve Yönetmeliği doğrultusunda usûlüne uygun olarak tebliği gerekir. Usûlüne uygun tebliğ, mahkeme tarafından öngörülen sürenin ve bu süreye uyulmaması halinde yaptırımların doğması için şarttır. Usûlüne uygun tebliğ edilmemesi, muhatap olan üçüncü kişi açısından hukukî sonuç doğurmaz. Bunun dışında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 243/3’e göre, tanık; davet, telefon, faks, elektronik posta gibi

¹³¹⁰ Guldener, s. 249.

¹³¹¹ Bracher, N. 428.

¹³¹² Bracher, N. 448.

iletişim araçları kullanılarak çağrılırsa da tanığa gelmemeye bağlanan yaptırımlar uygulanmaz (HMK m. 243/3).

4.2.4. Yükümlülük Kararına Üçüncü Kişinin Karşı Koyması

4.2.4.1. Hukukî Dayanağı

Üçüncü kişi mahkemenin kararına karşı üç şekilde davranabilir: Birincisi, kararda belirtilen yükümlülüğü gereği şekilde yerine getirir. İkincisi, pasif tutum sergileyerek yükümlülüğün yerine getirilmesini ihmal eder. Üçüncüsü, yükümlülük kararına karşı itirazlarını ileri sürebilir. Üçüncü kişi katkıda bulunma yükümlülüğüne itiraz etmişse, örneğin kaçınma hakkını kullanmışsa bu halde önce kaçınma hakkına ilişkin karar verilmeli, o delilin toplanması bekletilmelidir.

Kanunda yükümlülüklerin düzenlendiği maddelerde, genelde yükümlülüğe karşı üçüncü kişinin itiraz edebilmesi öngörülmemiştir (HMK m. 221/3; m. 245; 291/3). Ancak bazı maddelerde itiraz imkânı kanunun ifadesinden çıkarılmaktadır. Bilirkişinin haber verme yükümlülüğü kapsamında, görevi kabulden kaçınmasını haklı kılacak mazeretini bir hafta içinde sunması gerektiğine ilişkin HMK m. 275 ve soy bağının tespiti amacıyla insan üzerindeki incelemelerde, haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulması gerektiğine ilişkin HMK m. 292/1'de üçüncü kişinin itiraz imkânı anlaşılmaktadır. Bunun dışında kaçınma nedenlerinin varlığında da üçüncü kişinin kaçınma hakkını kullanabileceğine (soy bağının tespiti amacıyla yapılacak incelemeler hariç) yer verilmiştir. Kendisi aleyhine verilen yükümlülük kararına karşı kanunun doğru uygulanmasını sağlamak ve aynı zamanda kararın yeniden gözden geçirilmesini sağlamak amacıyla üçüncü kişiye itiraz hakkı tanınmalıdır. Yargılamanın yalnızca tarafları değil, yargılamaya katılan tüm ilgililerin hukukî dinlenilme hakkı vardır (Anayasa m. 36; HMK m. 27). Üçüncü kişi, hukukî dinlenilme hakkı dolayısıyla mahkemenin kararına itiraz edebilir. Üçüncü kişinin itirazı üzerine mahkeme, yükümlülüğün yerine getirilmesine ilişkin ara kararı inceler. Eğer mahkeme üçüncü kişinin itirazını haksız bulursa ve gerçeğin aydınlatılması için üçüncü kişinin yükümlü olduğuna karar verirse, mahkeme kanunda öngörülen yaptırımları hemen uygulamamalıdır. Önce üçüncü kişiyi yükümlülüğü yerine getirmeye yeniden davet etmeli ve bu amaçla da üçüncü kişiye uygun süre vermelidir. Üçüncü kişi yükümlülüğü yerine getirmeyi yeniden reddederse mahkeme kanunda öngörülen yaptırımları uygulayabilir¹³¹³. Mahkeme üçüncü kişinin ileri sürdüğü itiraz sebeplerini haklı bulursa, yükümlülük kararını değiştirebileceği gibi kararı iptal de edebilir¹³¹⁴.

¹³¹³ Erdönmez, Belgelerin İbrazi, s. 382- 383; Bracher, N. 451.

¹³¹⁴ Erdönmez, Belgelerin İbrazi, s. 382- 383; Bracher, N. 451.

Üçüncü kişi, katkıda bulunma yükümlülüğü kararına karşı açıkça ve gerekçesini göstererek karşı koymalıdır¹³¹⁵. Üçüncü kişi karşı koyma nedenini ve dayanaklarını ileri sürmelidir. Üçüncü kişinin ileri sürdüğü itirazlarında haklı olup olmadığına karar verilebilmesi için mahkeme, karşı koyma nedenleri hakkında bilgi sahibi olmalıdır. Hâkim, üçüncü kişiyi kararın verilmesinden önce veya sonra dinleyebilir¹³¹⁶. Üçüncü kişi karşı koyma nedenlerini sözlü veya yazılı olarak ileri sürebilir¹³¹⁷. Karşı koyma nedenlerinin varlığını üçüncü kişi her türlü delillerle ispat edebilir. Üçüncü kişi kaçınma hakkını ve diğer itirazlarını ileri sürerken sırlarını vs. açıklamak zorunda değildir. İlgili sebebin ispatında tam ispat aranmaz.

Üçüncü kişinin karşı koyması iki farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Birincisi, kaçınma nedenlerinin; ikincisi ise itiraz nedenlerinin ileri sürülmesidir. Kaçınma hakkı da aslında üçüncü kişinin o yükümlülüğü yerine getirmesine itiraz sebebidir. Kaçınma hakkı kanunda ayrı şekilde düzenlendiğinden, ayrı başlık altında anlatılması tercih edilmiştir.

4.2.4.2. İtiraz Nedenlerini İleri Sürmesi

Üçüncü kişinin farklı itiraz nedenleri vardır. Üçüncü kişi, katkıda bulunmanın koşullarındaki eksiklikleri ileri sürerek ya da makul olmayan (orantısız) bir yükümlülük kararına¹³¹⁸ karşı itirazda bulunabilir. Belirli bir yükümlülük kararının hatalı olmasına neden olan ve böylece tartışılabilir hale gelen tüm nedenlere dayanarak itiraz edebilir¹³¹⁹. Üçüncü kişi, *kendisi için orantılı olmayan yükümlülük kararına* (örneğin sağlığını tehlikeye atacaksa) ya da *somut olaya göre yerine getirilmesi mümkün olmayan yükümlülük kararına* (örneğin yakın tarihte kalp krizi geçirmiş kişinin mahkemede herkesin önünde tanık olarak dinlenmesinde) ya da *koşulları eksik bir yükümlülük kararına* (örneğin kamuda çalışan ve devlet sırrına sahip olan üçüncü kişinin kamu makamından izin alınmadan dinlenilmesi istendiğinde veya zilyet olmayan üçüncü kişiden keşif konusu nesnenin mahkemeye getirilmesi istendiğinde¹³²⁰) itiraz edebilir¹³²¹. Üçüncü kişi itiraz nedenlerini açıkça ve delilleriyle birlikte açıklamak zorundadır. Delilleriyle birlikte açıklama, mahkeme kararına karşı, haklılığını ispat etmek için gereklidir. Kanunda belge deliline ilişkin düzenlemede, belgeyi ibraz edemeyecek herkesin bunun sebebini delilleriyle birlikte açıklamak zorunda olduğuna yer verilmiştir (HMK m. 221/2). Anılan düzenleme tüm yükümlülük türlerindeki itirazın ileri sürülmesinde dikkate alınabilir. Asıl olan üçüncü kişinin katkıda bulunma yükümlülüğüdür. Üçüncü kişi yükümlülüğü yerine

¹³¹⁵ Bracher, N. 452-454.

¹³¹⁶ Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 382.

¹³¹⁷ Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 383.

¹³¹⁸ Aşık, Keşif, s. 176.

¹³¹⁹ Bracher, N. 454.

¹³²⁰ Aşık, Keşif, s. 176.

¹³²¹ Bracher, N. 454.

getiremeyecekse, bunun nedenini ve nedeni haklı gösterecek delillerini mahkemeye bildirmelidir. Kaçınma nedenlerinin ileri sürülmesinde de üçüncü kişi kaçınma nedenini ve bu nedenini haklı gösterecek delilini mahkemeye bildirmelidir (HMK m. 252).

4.2.4.3. Kaçınma Nedenlerini İleri Sürmesi

Kaçınma nedenlerinin ileri sürülmesi ve incelenmesi usûlü Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 252’de düzenlenmiştir. Üçüncü kişi, kaçınma nedenini ve bu nedenini haklı gösterecek delilini mahkemeye bildirmelidir. Kural olarak mahkeme kendiliğinden ya da tarafların ileri sürmesi üzerine kaçınma hakkı doğrultusunda karar veremez.

Üçüncü kişinin kaçınma nedenini ileri sürme zamanı ve şekline de kanunda yer verilmiştir. Üçüncü kişi, tanık olarak dinlenilmeden önce kaçınma nedenini yazılı olarak ileri sürebilir. Bunun dışında, davet edildiği duruşmada sözlü olarak bildirebilir (HMK m. 252/2). Tanık, diğer itiraz nedenlerini de bu süre de ileri sürebilir. Tanığın dinlenmesine başladıktan sonra kaçınabileceğine ilişkin hüküm kanunda yoktur. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 45/3’te ise tanığın dinlenirken de “her zaman çekinebileceğine” yer verilmiştir. Kanaatimizce tanık, bu hakkını dinlenilmenin sonuna kadar istediği zaman kullanabilmelidir¹³²². Bu halde tanığın dinlenilme anı dikkate alındığından yargılamanın gereksiz uzaması riskiyle de karşılaşılmayacaktır. Diğer yükümlülüklerde mahkeme, üçüncü kişiye, kaçınma hakkını veya diğer itiraz nedenlerini delilleriyle birlikte ileri sürmesi için uygun ve kesin bir süre vermelidir¹³²³. Bu yargılamanın gereksiz uzamaması için gereklidir. Bilirkişi için ise kanunda açık düzenleme vardır. Bilirkişi, kaçınma nedenini veya kaçınmayı haklı kılacak diğer mazeretini bir hafta içinde mahkemeye bildirmek zorundadır (HMK m. 275/1).

Yargılamanın gereksiz uzamaması için üçüncü kişi o sürenin sonuna kadar kaçınma hakkını kullanmalıdır. Aksi halde, doğacak olumsuz sonuçlara üçüncü kişi katlanır. Üçüncü kişi, kaçınma hakkını kullanmaz veya diğer itiraz nedenleri ileri sürmez ve yükümlülüğü yerine getirmezse, kendisi hakkında yaptırım kararı verilir. Yaptırım kararına rağmen de üçüncü kişi kaçınma hakkını kullanabilir veya diğer itiraz nedenlerini ileri sürebilir. Örneğin, konutta keşif yapılmasına ilişkin kararda üçüncü kişi kaçınma hakkını kullanmazsa, yükümlülük zorla yerine getirilir. Ancak üçüncü kişi, kaçınma hakkını ileri sürdüğünde ve kabul edildiğinde, mahkeme zorla yerine getirme kararını uygulayamaz. Bu halde zorla yerine getirme kararı iptal edilmelidir. Üçüncü kişinin daha evvelki yerine getirmemesi nedeniyle masrafların ödenmesine ve disiplin para cezasına ilişkin yaptırım kararı ise kaçınma hakkının sonra kullanılmasından

¹³²² Berger (Stein/Jonas), § 383, N. 15.

¹³²³ Erdönmez, Belgelerin İbrazi, s. 383.

dolayı etkilenmez¹³²⁴. Çünkü disiplin para cezasına ilişkin yaptırım, yargılamanın düzenli bir şekilde yerine getirilmesini sağlamaya hizmet eder. Ayrıca üçüncü kişi kaçınma hakkını zamanında ileri sürmeyerek masrafların doğmasına neden olmuştur.

Kaçınma hakkını kullanmaktan önceden vazgeçilmiş ve yükümlülük yerine getirilmişse, daha sonra bu haktan geri dönülebilir¹³²⁵. Kaçınma hakkını kullanması geleceğe etkili olarak sonuç doğurur. Kaçınma hakkını kullandığı ana kadar mahkemeye yaptığı açıklamaları mahkeme değerlendirilebilir. Bu bağlamda, daha önceki yargılamada dinlenen ancak sonrasında kaçınma hakkını kullanan tanığın, önceki ifadesi de değerlendirme yasağına tabi değildir¹³²⁶. Bu nedenle önceki duruşmanın tutanağı belge olarak kullanılabilir ve tanık bu beyanıyla ilgili de sorgulanabilir¹³²⁷. Ancak bu sonuçların doğması için üçüncü kişinin kaçınma hakkı olduğunun hatırlatılması gerektiği kanaatindeyiz. Üçüncü kişinin kaçınma hakkını bilmeden yükümlülüğü yerine getirmesi ve sonra kaçınma hakkını kullanması, önceden bu hakkı kullanmaktan vazgeçme ile eş değerde değildir.

Kaçınma hakkının kullanımında yalnızca nedenin belirtilmesi yeterli değildir. Kaçınma hakkının ileri sürülmesinde, üçüncü kişi kaçınma nedeninin varlığını somut şekilde ortaya koymalı ve herhangi bir anlaşmazlık halinde yaklaşık ispat ölçüsünde (*Glaubhaftmachung*)¹³²⁸ ispatlamalıdır¹³²⁹. Kişisel nedenlerle kaçınma hakkında, alt soy- üst soy gibi hısımlığa bağlı ilişkilerin varlığını ispatlamak kolaydır. Çünkü bu ilişkiler, medenî durum kayıtlarının sunulmasıyla tespit edilebilir. Bu nedenle, üçüncü kişinin kaçınma nedenini ve delillerini ayrıntılı açıklama yapmasına ihtiyaç duyulmaz. Öte yandan nişanlılık ilişkisine bağlı kaçınma nedeninin varlığının ispat edilmesi gereken hallerde, daha ayrıntılı açıklama ve delillere ihtiyaç duyulacaktır¹³³⁰. Ayrıca kişisel nedenlerle kaçınma hakkında, kanunda sayılan ilişki tespit edildiği takdirde mahkeme karar verir. Bunun için üçüncü kişinin başka bir açıklama ve kaçınma hakkını kullanmasının gerekçelendirmesine gerek yoktur. Üçüncü kişinin tarafla olan ilişkisinin kötü olması vs. gibi nedenler bu hakkın kullanımına engel oluşturmaz. Sır nedeniyle kaçınma hakkında ya da menfaat ihlali tehlikesine dayanan kaçınma hakkında, belirli bir konuya bağlı olarak kaçınma hakkı ileri sürülmektedir. Bu nedenlerde kaçınma hakkının varlığının ispatlanması için konuya bağlı açıklamalarda bulunulması ve delillerin mahkemeye

¹³²⁴ Bracher, N. 458.

¹³²⁵ Berger (Stein/Jonas), § 383, N. 15.

¹³²⁶ Berger (Stein/Jonas), § 383, N. 16.

¹³²⁷ Leipold, Stein/Jonas), § 284, N. 35.

¹³²⁸ Alman ve İsviçre hukukunda kullanılan bu terimin karşılığı hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Albayrak, Hakan, s. 57.

¹³²⁹ Yaklaşık ispat ölçüsünün aranması hakkında bkz. Staeelin/Staehelin/Grolimund, § 18, N. 77; Hauser, s. 143; Bracher, N. 460; Taşkın Adıyaman, s. 139.

¹³³⁰ Fiili birliktelik hakkında bkz. Staeelin/Staehelin/Grolimund, § 18, N. 77.

ileri sürülmesi gerekir. Sır nedeniyle kaçınma hakkını oluşturan durumlarda, bilginin sır niteliğinde olmasından, üçüncü kişinin sır niteliğindeki bilgiyi açığa çıkarmadan somutlaştırması ve delillerini ileri sürmesi güçlük oluşturacaktır¹³³¹. Bu nedenle de kaçınma hakkının kullanımının etkisiz hale getirilmemesi için, kaçınma nedeninin somutlaştırılması ve kanıtlanmasında çok yüksek gereklilikler (koşullar) beklenmemelidir¹³³².

4.2.4.4. Karşı Koyma Nedenlerinin İncelenmesi

Kaçınma hakkını oluşturan nedenler ve diğer itiraz nedenleri yargılamanın yapıldığı mahkemede incelenir. İtiraz ve kaçınma hakkı ileri sürüldüğünde hâkim, kaçınma hakkının varlığına ya da diğer itiraz nedenin yerindeliliğine ilişkin değerlendirme yapmalı ve kararını vermelidir. Üçüncü kişi dinlenilmeden yükümlülüğüne karar verildiğinden, onun hukukî dinlenilme hakkı korunur. Mahkemenin inceleme üzerine vereceği karar, yargılamanın gidişatıyla ilgili olduğundan usûle ilişkin bir karardır¹³³³. Mahkemenin vereceği karar, yükümlülük kararının onaylanması, değiştirilmesi ya da iptal edilmesidir. İtiraz nedenlerinin yerindeliliği ile kaçınma hakkının varlığı ya da yokluğu mutlaka mahkeme tarafından değerlendirilmelidir. Mahkeme değerlendirme yapmaz ve gerekçesini açıklamazsa, tarafın ispat hakkını zedeleyerek yargılamada silahların eşitliği ilkesini ihlal eder¹³³⁴. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru üzerine verilen kararın gerekçesine konunun önemi açısından yer vermekteyiz.

“ Taraflarca gösterilen bir tanığın kanunda sayılan sınırlı şartları gerekçe göstererek tanıklıktan çekinmesi mümkün ise de çekinmenin kanunda sayılan haklı nedenlere dayanıp dayanmadığı hususunda mahkemelerin değerlendirme yapması gerektiği açıktır. Özellikle bir tarafın iddiasını ispat etmede tanık tek ve belirleyici bir delilse bu gereklilik daha da önem arz etmektedir. Çünkü iddiasının ispatında esaslı bir unsur olan bir olgunun göz ardı edilmesine sebebiyet veren uygulamalar iddiaya dayanan tarafı yargılamada dezavantajlı duruma düşürebilir. Bu nedenle söz konusu uygulamanın yargılamayı hakkaniyet ölçütünden uzaklaştırmaması için dengeleyici mekanizmaların sağlanması gerekir. Çekinme isteğinde bulunan kişinin çekinme sebebinin haklı olup olmadığının mahkemece objektif kabul edilebilir gerekçelerle açıklanması ve başvurucuya alternatif imkânların sağlanması bu kapsamda değerlendirilebilir.

Somut olayda başvurucunun iddiasını ispat etmek üzere dosyaya bildirdiği tek tanığın, tanıklıktan çekinme talebinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı ve sonuçları

¹³³¹ Bracher, N. 460.

¹³³² Hauser, s. 143; Lanshut, s. 213.

¹³³³ Bracher, N. 461.

¹³³⁴ Şeklen bir karar verilmesi hakkında bkz. Schmid (Spühler/Tenchio/Infänger), Art. 160, N. 41.

hususunda Mahkemece değerlendirme yapılmaksızın doğrudan davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. Başvurucu tarafından dile getirildiği hâlde bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay tarafından da tanığın çekinmesine dair bir değerlendirme yapılmamıştır. Başvurucunun istifa dilekçesinin baskı altında imzalatıldığı ve gerçek iradesini yansıtmadığı iddiasını ispat etmede belirleyici delil olan tanığın çekinmesi, başvurucuyu aleyhindeki delillerin aksini ispat imkânı hususunda davalı işverene nazaran zayıf bir konuma düşürmüştür. Bu itibarla yargılama makamlarınca başvurucunun dezavantajlı durumunu gidermek için ilgili usûl kurallarında öngörülen ve Yargıtay içtihadında da benimsenen şekilde dengeleyici imkânların sağlanması gerektiği hâlde bu yönde bir değerlendirme dahi yapılmamış olmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının güvencelerinden olan silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.¹³³⁵”

Üçüncü kişinin kaçınma hakkını ileri sürmesi üzerine, delil gösteren taraf, bu delile dayanmaktan vazgeçse dahi mahkeme tarafından inceleme yapılmalıdır¹³³⁶. Çünkü karşı tarafın açık izni olmaksızın o delile dayanılmaktan vazgeçilmez (HMK m. 196). Kaçınma hakkı ileri sürüldüğünde mahkeme, tarafları dinlemelidir. Yargılamadaki tarafların hukukî dinlenilme hakkını koruyan bu usûl, diğer itiraz nedenleri ileri sürüldüğünde de geçerli olmalıdır. Hâkim, tarafları dinledikten sonra kaçınma hakkının ya da diğer itiraz nedenlerinin haklı olup olmadığına karar verecektir (HMK m. 252/3). Tarafların duruşmaya gelmeden önce hazırlık yapabilmeleri için üçüncü kişinin kaçınma hakkını kullandığı, taraflara, duruşmadan önce bildirilmelidir¹³³⁷. Mahkeme gerekli görürse, taraflardan delillerini sunmasını isteyebilir veya kendisi gerekli yazışmaları yapabilir¹³³⁸. Diğer itiraz nedenlerinin incelenme prosedürüne ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Ancak kaçınma hakkına ilişkin bu düzenlemenin (HMK m. 252/3) diğer itiraz nedenlerini oluşturduğu hallerde de geçerli olduğu kabul edilebilir. Bununla birlikte şüpheli olmayan ve tartışmalı olmayacak itiraz nedenlerinde, örneğin kanundaki şartların eksikliği nedeniyle yükümlülüğe karar verilemeyecek bazı hallerde, taraflar

¹³³⁵ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru, Başvuru No: 2018/13415, T: 29.06.2021. Bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/13415>

¹³³⁶ Tanık deliline ilişkin, karşı taraf o tanığın dinlenilmesi talebinde bulunacağından mahkemenin dinlenilme hakkında karar vermesi gerektiği hakkında bkz. **Umar**, Şerh, s. 778. Tanığın dinlenmesini isteyen taraf onun kaçınmasını kabul eder ve tanığın dinlenilmesinden vazgeçerse, bu halde mahkemenin tanığın kaçınma hakkında ayrıca karar vermesine gerek olmadığı ileri sürülmüştür: **Kuru**, C. II, s. 1774.

¹³³⁷ **Umar**, Şerh, s. 777.

¹³³⁸ **Hauser**, s. 143.

dinlenilmeden de mahkemenin usûle ilişkin kararı iptal edebileceği veya değiştirebileceği kabul edilmelidir. Örneğin, bilirkişinin görevi kabulden kaçınmasını haklı kılacak mazereti varsa, mahkeme tarafları dinlemek zorunda değildir. Bilirkişinin görevinin çok yoğun olması ve dosyayı yetiştiremeyecek durumda olmasını gerektiren hali, haklı neden olarak ileri sürüyorsa ve mahkeme haklı olduğunu tespit ettiyse, taraflar dinlenilmeden başka bir bilirkişi görevlendirilebilir.

Mahkeme yaptığı inceleme üzerine, itirazın ya da kaçınma hakkının varlığının asılsız olduğuna karar verirse, yükümlülük kararını onaylar ve mahkemenin kararı üzerine, üçüncü kişi yükümlülük kararını yerine getirir. Özellikle üçüncü kişinin hukukî dayanaktan yoksun bir şekilde kaçınma hakkını ileri sürmesinde mahkeme, tarafları dinlemeden de yükümlülüğün yerine getirilmesi kararını onaylayabilir. Nitekim tanığın, kanuni dayanaktan yoksun bir şekilde çekinmesi de kanunda üçüncü kişi için yaptırım ile sonuçlanacağı şeklinde düzenlenmiştir (HMK m. 253/1). Bu halde tanığın aynı duruşmada dinlenilmesine karar verilebilir. Öte yandan bazı hallerde yükümlülüğün yerine getirilmesinin ertelenmesine de karar verilebilir. Önemli olan yargılamadaki usûl hukuku ilkelerine uygun kararın verilmesidir. Örneğin tanık olarak dinlenecek kişi, kanunda dayanağı olmayan bir kaçınma hakkını ileri sürmüştse, mahkeme yükümlülük kararını onaylayarak tanığın aynı duruşmada hazır bulunmasını emredebilir yahut çağrıya uyarak mahkemeye gelen tanık, dinlenilmeden önce kaçınma hakkını ileri sürmüştse, mahkeme duruşmada kaçınma hakkının koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle talebi reddederek, tanığın beyanını o duruşmada dinleyebilir. Somut durumda, yargılamanın sürüncemede kalmaması amacıyla hâkimin bu yönde karar vermesi yerindedir. Somut koşullara bağlı olarak mahkemenin süreyi ertelemesi de mümkündür. Örneğin, belge ibrazı için verilen sürenin ertelenmesine ya da keşif için yeni bir sürenin belirlenmesine de karar verilebilir¹³³⁹.

Üçüncü kişi, inceleme üzerine verilen karara karşı artık itiraz edemez. Yükümlülüğün yerine getirilmesine ya da yükümlülüğün değiştirilmesine karar verilmişse, bu kararı yerine getirmekle yükümlüdür. İsviçre hukukunda üçüncü kişinin yükümlülüğü yerine getirmemesi üzerine zorlayıcı tedbirlere karar verilecektir. Bu zorlayıcı tedbirlere ilişkin karara üçüncü kişi itiraz edebilir (SchZPO m.167). Üçüncü kişi bu yaptırım kararı üzerine, kaçınma hakkını reddetmenin haksız olduğunu ileri sürebilir ve böylece onaylanma ya da değiştirme kararına üçüncü kişi dolaylı şekilde itiraz eder¹³⁴⁰. Alman hukukunda ise mahkemenin kaçınma hakkı konusundaki verdiği kararı taraflar ara sorun haline getirebilir. Mahkemenin bu türden verdiği

¹³³⁹ Bracher, N. 464.

¹³⁴⁰ Göksu, Tarkan, "Urkundenedition nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung" *ZZZ* 26/2011 S. 91 ss. 91-98, s. 91. vd.

ara karara karşı acele şikâyet (dZPO § 567 vd.) yoluna gidilir¹³⁴¹ (dZPO § 387/3). Bunun dışında bir de üçüncü kişinin Alman Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'un § 90 paragrafına göre, anayasa şikâyeti yoluna başvurulabileceği kabul edilir¹³⁴². Bunun için Anayasa'nın § 20/4, 33, 38, 101, 103 ve 104'de sayılan haklardan birinin ihlal edilmiş olması gerekir. Bu türden başvuru için § 90/2 ve diğer hak arama yollarının tüketilmiş olması gerekir.

Kanaatimizce itiraz veya kaçınma hakkına ilişkin mahkemece verilen karara karşı Türk Hukuku'nda da hukukî çare imkânı tanınmalıdır. Yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişi, kendisi aleyhine verilen bir karara karşı istinaf veya kanun yoluna başvuramaz. Çünkü karar, yargılamanın tarafları hakkında verilir. Kanaatimizce, üçüncü kişiye kendisi aleyhine verilen yaptırım kararına karşı itiraz hakkı olduğu kanunda açık bir şekilde yazılmalı¹³⁴³ ve itiraz hakkı olduğu da kendisine önceden bildirilmelidir. Üçüncü kişinin Anayasa'da dayanağı olan savunma ve itiraz hakkını (Anayasa m. 36) kullanabilmesi için bildirim de şarttır. Bunun dışında üçüncü kişi Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile buna ek Türkiye'nin taraf olduğu Ek protokollerde güvence altına alınan hakların ihlaline dayanarak Anayasa mahkemesine bireysel başvuru yoluna da başvurabilir. Anayasa mahkemesine bireysel başvuru için iç hukuktaki tüm yolları tüketilmesi gerekir¹³⁴⁴.

Taraflar da mahkemenin bu inceleme üzerine verilen kararına karşı kanun yoluna başvuramazlar (HMK m. 341/1, a). Çünkü karar, hukukî niteliği olarak bir ara karardır. Kaçınma hakkının kabul edilerek o delilin toplanılmaması halinde, taraflar hükümle birlikte ancak kanun yoluna başvurabilirler¹³⁴⁵. O delilin toplanılmaması ve değerlendirilmemesi tarafın vakıya ilişkin sunduğu delilin incelenmemiş olması sonucunu doğurur. Bu ise istinaf sebebi olup kanun yolunda incelenir (HMK m. 353/1, a, 6). Kanaatimizce yargılama devam ederken, mahkemenin kararını değiştirebilecek bir değişiklik olmuşsa, örneğin yakının cezai soruşturma ya da kovuşturma tehlikesine neden olma ihtimalinin varlığı nedeniyle kaçınma

¹³⁴¹ Acele şikâyet kurumu hakkında bkz. Acar, Tuna, "Alman, İsviçre ve Avusturya Medeni Yargılama Hukukunda Ara Karara Karşı Kanun Yolları", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Cilt: 27, Sayı: 47, Yıl: 2022, ss. 703-740, s. 720.

¹³⁴² **Berger** (Stein/Jonas) vor § 373 N. 36.

¹³⁴³ Olması gereken hukuk açısından, bazı ara kararlar için hukukî çare olarak itiraz imkanını genel nitelikte bir hükümle düzenlenebilir. Bu hukuk devletinin bir gereği olan belirlilik ilkesiyle uyumlu olacaktır. Bkz. **Boran Güneysu**, s. 151.

¹³⁴⁴ Anayasa mahkemesine bireysel başvuruda uygulanacak prosedür hakkında bkz. Korkmaz, Ramazan, **Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, Güncellenmiş 2. Baskı, Oniki Levha, İstanbul, 2017, s. 89 vd.

¹³⁴⁵ İsviçre hukukunda İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 319. maddenin 2. fıkrasının koşulları altında "kolayca giderilemeyecek bir dezavantaja yol açmasında" itiraz edebileceği belirtilmektedir. Bu duruma örnek olarak da çok ağır hasta olan bir tanığa tartışmalı bir kaçınma hakkının tanınması ve delil gösteren tarafın delili kaybetme riskiyle karşı karşıya kalması örnek olarak verilir. Bkz. **Bracher**, N. 469.

hakkı ileri sürülmüş ve o yakın ölmüşse tarafların kararın değişikliği için itiraz yoluyla yargılamayı yürüten mahkemeden talepte bulunabileceği de kabul edilmelidir¹³⁴⁶.

4.3. Katkıda Bulunma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesinin Yaptırımı

4.3.1. Üçüncü Kişinin Yükümlülüğü Yerine Getirmemesine Bağlı Öngörülen Yaptırımlara Genel Bakış

Yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılmasına önem verilmiş olup, üçüncü kişinin bu yükümlülüğe aykırı davranmasında yaptırımlar öngörülmüştür. Üçüncü kişinin kaçınma hakkı olup, bu hakkını ileri sürmüş ve mahkeme de kaçınma hakkının varlığını kabul etmişse, üçüncü kişi, yükümlülüğü yerine getirmek zorunda değildir. Ancak kaçınma hakkı yoksa ya da diğer itiraz oluşturan hal yoksa üçüncü kişi yükümlülüğünden kaçınamaz.

Yaptırımlar, her bir yükümlülük türünde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Yaptırım için kanunilik ilkesi zorunludur¹³⁴⁷. Dolayısıyla kanunda öngörülmemiş bir yaptırıma karar verilemez. Örneğin hapis cezası verilmesi, beyanda bulunmayan tanığa o gün belirli yerde bulunma zorunluluğu gibi kanunda öngörülmemiş bir yaptırımın verilmesi mümkün değildir. Kanunilik ilkesinin bir diğer uzantısı olarak da kıyas yasağı vardır. Üçüncü kişiye kanunda öngörülmemiş ama diğer bir yükümlülük türünde öngörülen yaptırım kıyas yoluyla uygulanamaz. Örneğin tanığın beyanda bulunması için polis kuvvetiyle zor kullanılarak beyanın alınması kararı verilemez. Tanığın gerektiğinde zorla getirilmesine yönelik kararı yalnızca çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü kararı için geçerlidir. Belirtelim ki kanunda bu yönde düzenleme olmasa ve yaptırımlar tek bir maddede düzenlenmiş olsaydı dahi mahkeme beyanın zorla alınmasına karar veremezdi. Çünkü beyanın kişinin özgür iradesiyle alınması zorunludur. Bundan başka tanığın yemin etmemesi veya beyanda bulunmamakta ısrar etmesinde, tekrar eden bu fiili nedeniyle kanunda, tanık için disiplin hapsi öngörülmüştür (HMK m. 253/2). Tanıklar hakkındaki disiplin yaptırımlarına atıfta bulunan yükümlülükler için de bu yaptırım uygulanabilir (HMK m. 221/3; HMK m. 269/2). Ancak incelemeye izin verme yükümlülüklerinden biri olan keşifte, tekrar eden fiil sebebiyle disiplin hapsi öngörülmemiştir. Bu nedenle keşfe katlanmakla yükümlü kişinin tekrar eden fiili sebebiyle bu yükümlülüğü yerine getirmemesine bağlı olarak disiplin hapsine karar verilemez. Bunun dışında üçüncü kişi olarak diğer bilgi verme yükümlülükleri başlığı altında belirttiğimiz üzere, emsal ücretin araştırılması gibi bazı hallerde bilginin araştırılması ve mahkemeye bildirilmesi de mümkündür.

¹³⁴⁶ Bracher, N. 467.

¹³⁴⁷ Doktrinde genel kabul edilen görüşe göre, disiplin suçlarının kanunda düzenlenmiş olması zorunlu değilken, disiplin yaptırımlarının kanunda düzenlenmiş olması zorunludur. Bkz. Muratoğlu, Tahir, “Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 30-31, ss. 77-147, s. 116.

Üçüncü kişinin bu bilgiyi vermemesine bağlı kanunda herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bunun sonucunda diğer bilgi verme hallerinde yaptırıma tabi tutulması mümkün değildir.

Bu açıklamadan sonra, kanundaki yaptırımlar şu şekilde çerçevelemiştir:

Tanık delilinde: Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 245'te tanığın çağrıya uyma zorunluluğu başlığı altında “tanığın zorla getirilmesi”, “gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beş yüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmolunması” şeklindedir. Tanığın çekinmesinin kabul edilmemesi başlığı altında Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 253'te ise “beş yüz Türk lirasından beş bin Türk lirasına kadar disiplin para cezası ile”, “bu yüzden doğan giderleri ödemesi” ve ayrıca yeniden dinlenilmek üzere yargılama başka güne bırakıldıktan sonra mahkemede sorulara cevap vermemesi ile yemin etmekte direnmesi halinde “iki haftayı geçmemek üzere disiplin hapsine” mahkûm edilmesi düzenlenmiştir.

Bilirkişi delilinde: Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 269/2'de çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğüne uymayan, yemin etmekten ya da süresinde oy ve görüş bildirmekten kaçınan bilirkişiler hakkında tanıklığa ilişkin disiplin hükümlerinin uygulanacağı ve durumun bilirkişilik bölge kuruluna bildirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yanında bilirkişinin belirlenen sürede raporunu vermemesine ilişkin ayrı bir hükme de yer verilmiştir. Buna göre, mahkeme bilirkişiyi görevden alıp, yerine başka bir bilirkişi görevlendirebilir (HMK m. 274/2). Ayrıca hukukî ve cezai sorumluluğun yanında bilirkişiye ücret ve masraf adı altında hiçbir ödeme yapılmamasına karar verilebileceği ile gerekçesi gösterilerek gerekli yaptırımların uygulanması bilirkişilik bölge kurulundan talep edileceğine yer verilmiştir (HMK m. 274/2, son cümle).

Belge delilinde: Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 221/3'te, belgeyi ibraz veya bu konuda tanıklık yapmak zorunda olanlar hakkında tanıklara ilişkin hükümlerin uygulanacağına yer verilmiştir.

Keşif delilinde: Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 291/3'te, keşfe karşı koyma halinde, üçüncü kişinin karşı koymanın “sebep olduğu giderlere” ve “beş yüz Türk lirasından beş bin Türk lirasına kadar disiplin para cezasına hükmedileceği” ile gerektiğinde zor kullanılmasına karar verileceği düzenlenmiştir. Soy bağının tespiti amacıyla yapılan incelemelerde ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 292'de bu zorunluluğa uyulmaması halinde incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verileceği düzenlenmiştir. Anılan düzenlemede keşfe ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 291'de öngörülen yaptırımların uygulanıp uygulanmayacağı sorusu tartışmaya açık hale gelmiştir. Kanaatimizce soy bağının tespiti amacıyla kan veya doku alınması, özel bir düzenleme olduğundan yalnızca HMK m. 292'deki zor kullanma yaptırımı uygulanabilir.

4.3.2. Yaptırımların Hukukî Niteliği, Amacı ve Türleri

4.3.2.1. Genel Olarak

Yükümlülüklerin kanunda yalnızca belirlenmiş olması yeterli değildir; gerektiğinde yükümlülük zorlayarak da yerine getirilebilir olmalıdır. Kanunda öngörülen yaptırımlar, daha doğrusu yaptırımın türleri genellikle aynıdır. Ancak kanun koyucu bazı yükümlülüklerde bazı yaptırımları öngörmemiş yahut daha azını öngörmüştür. Alman hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi her bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinde karşılaşılabilecek yaptırımlar açıkça düzenlenmiştir. İsviçre hukuku ise Türk ve Alman hukukundan farklıdır. İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun 167. maddesinde, yaptırımlara genel bir şekilde yer verilmiştir. Buna göre, mahkeme herhangi bir gerekçe göstermeden haksız olarak kaçınan üçüncü kişi hakkında şu kararları verebilir: para cezası (a), Ceza Kanunu m. 292 uyarınca cezalandırılması tehdidi (b), zorla yerine getirme (c), kaçınma nedeniyle sebep olduğu masrafların ödenmesi (d)¹³⁴⁸. Görüldüğü üzere İsviçre hukukunda, Türk hukukunda olduğu gibi belirli bir yükümlülüğün yerine getirilmemesine karşı belirli bir yaptırım şeklinde düzenlenmemiştir. Mahkeme hangi yaptırım veya zorlayıcı tedbire karar vereceğini kendisi takdir eder. Mahkeme bu takdir yetkisini kullanırken, kanundaki yaptırımları somut koşullara göre değerlendirecektir. Bu nedenle mahkemenin yaptırımlara ilişkin belli bir seçme takdiri vardır¹³⁴⁹. Mahkeme zorlama ya da zorlayıcı araçların seçiminde orantılılık ilkesini dikkate almalıdır. Ölçülülük ilkesinde kullanılacak ölçüt, ilk olarak araç amaç ilişkisidir. Böylece, üçüncü kişiden beklenen katkıda bulunma yükümlülüğü neyse o yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlayan en uygun ve en elverişli zorlayıcı tedbir seçilmelidir¹³⁵⁰. İkinci olarak birden fazla yaptırım içinden en az olanı başlangıçta seçilmelidir¹³⁵¹. Üçüncü olarak ise kanunda düzenlenen zorlayıcı araçların tamamı farklı şekilde üçüncü kişiye etki eder. Bir yaptırımın etkisizliğinde, daha sert bir yaptırımla değiştirilmesi veya üçüncü kişinin katkıda bulunmamasında farklı araçların birleştirilmesi de mümkündür¹³⁵².

Türk hukukundaki yaptırım türleri şu şekildedir: “Zor kullanılması”, “disiplin para cezası”, “disiplin hapsi” ve “sebep olduğu giderlerin ödettirilmesi”. Bu yaptırımların tamamının ortak noktasında, “zorlama” unsuru vardır. Bu zorlama, yükümlü kişinin istek ve iradesine karşı, öngörülen davranışın gerçekleştirilmesi amacıyla, uygun mekanik ya da

¹³⁴⁸ Üçüncü kişinin gecikmesi de katkıda bulunmadan haksız kaçınma gibi aynı sonuçları doğurur (SchZPO m. 167/2).

¹³⁴⁹ Sutter-Somm/Seiler, Art. 167, N.1.

¹³⁵⁰ Higi, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 167, N.11.

¹³⁵¹ Higi, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 167, N.11.

¹³⁵² Higi, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 167, N.11.

psikolojik araçlarla yapılır¹³⁵³. Mahkemeye farklı zorlama araçları tanınmıştır. Disiplin para cezası ve disiplin hapsi; disiplin düşüncesiyle tanınmış olup üçüncü kişiye yönelik *dolaylı* baskı amacı vardır¹³⁵⁴; zor kullanılmaya ilişkin alınan kararda ise üçüncü kişiye yönelik *doğrudan* bir baskı amacı vardır. Bunun dışında bir de birçok hükümde “*sebeup olduğu giderlerin ödettilmesi*” düzenlenmiştir.

Yaptırımlar hakkında karar verme yetkisi, yargılamanın yürütüldüğü mahkemeye aittir. Kanunda öngörülen bu yaptırımlar ve buna bağlı sonuçlar, mahkeme ile üçüncü kişi arasında kurulan usûl hukuku ilişkisine dayanmaktadır. Mahkeme bu usûl hukuku ilişkisinde kendisine tanınan yetki gereği, yargılamada üçüncü kişiyi koruyan koruyucu tedbirlere ve özellikle yaptırımlara karar verebilmektedir¹³⁵⁵. Doktrinde ise disiplin yaptırımları, yargısal bir karar olarak nitelendirilmemektedir. Bu görüşe göre¹³⁵⁶, mahkemenin yargısal faaliyeti fonksiyonuyla uyuşmamaktadır. Yargısal faaliyetlerin iki önemli kriteri vardır. Biri şekli, diğeri maddî kriterdir. Şekli kriter gereği, yargı organları tarafından yürütülen faaliyetler, yargısal faaliyetlerdir. Maddî kriter gereği ise yargısal faaliyetler, hukukî uyuşmazlıkları karara bağlama faaliyetleridir. Bir faaliyetin yargısal olduğunun tespiti için mutlaka her iki kriteri de sağlaması gerekir. Disiplin yaptırım kararları, yargı oranları tarafından verilen bir karar olduğu için şekli kriteri sağlamaktadır. Maddî kriteri sağlayabilmesi için ise disiplin yaptırım kararlarının hukukî uyuşmazlığı çözümleyen, en azından hukukî uyuşmazlıkla doğrudan bağlantılı yahut çözümüne katkı sunan bir karar olmasıdır. Oysa disiplin yaptırımları hukukî uyuşmazlığı çözen nitelikte kararlar olarak görülmemekte ve bu bağlamda tanığın dinlenilmesi, uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayacaksa da tanığın zorlayıcı yaptırımlara tabi olmasına ilişkin kararlar, görülmekte olan asıl yargılamanın konusuyla bağlantılı olmadığı kabul edilmektedir. Biz bu görüşe katılmamakta¹³⁵⁷, verilen kararların yargısal karar olduğunu düşünmekteyiz. Üçüncü kişi hakkında verilen karar da mahkeme ile üçüncü kişi arasında kurulan usûl hukuku ilişkisine dayanmakta ve kanun koyucu üçüncü kişi için yükümlülük öngörürken, bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi için de yaptırımlara yer vermektedir ve amaç üçüncü kişiyi caydırmaaktır.

¹³⁵³ Burckhardt, Walter, “Vom Rechtszwang”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 29, No. 2 (Februar 1936), ss. 163-174, s. 166; Müller, Heinrich Andreas, *Der Verwaltungszwang*, Zürich, 1976, s. 1. Yaptırımların idari nitelikte olduğu hakkında bkz. **Hauser**, s. 80; **Lanshut**, s. 50; **Bracher**, N. 471.

¹³⁵⁴ 6100 sayılı Kanunu’nda çeşitli disiplin yaptırım türleri vardır. Örnek olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 151/2’ye göre, bir kimse ihtarla rağmen mahkemenin düzenini bozar, mahkeme huzurunda uygun olmayan söz veya davranışta bulunmaya devam ederse, dört güne kadar disiplin hapsi uygulanır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 42/6’ya göre, hâkimin reddi talebi kötü niyetle yapıldığı anlaşılar ve esas yönünden kabul edilmezse talepte bulunan hakkında disiplin para cezasına hükmolunur.

¹³⁵⁵ **Higi**, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 167, N.21.

¹³⁵⁶ Disiplin yaptırımlarının yargısal faaliyet niteliğinde olmadığı hakkında ayrıntılı açıklama hakkında bkz. **Muratoğlu**, s. 89 vd. Yaptırımların idari nitelikte olduğu hakkında İsviçre hukuku için bkz. **Hauser**, s. 80; **Lanshut**, s. 50.

¹³⁵⁷ **Muratoğlu**, s. 89 vd.

Hâkimin bu yetkisi kapsamında aldığı karar da yargısal bir karardır. İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre tazyik hapsine ilişkin alınan kararlar için de Anayasa Mahkemesi yargısal bir karar olduğuna hükmetmiştir¹³⁵⁸. Anayasa Mahkemesi 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 5358 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen 346. maddesinin başlığının ve birinci fıkrasının incelenmesine üzerine alınan kararın gerekçesi şu şekildedir:

“Anayasa’ya ve hukukun temel ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla toplum düzeninde yaptırım altına alınması gereken eylemlerin hangisinin idari, hangisinin ceza yaptırımına bağlı tutulacağı yasa koyucunun takdir alanı içindedir. İcra ceza mahkemesince uygulanan yaptırımlar idari nitelikte olmayıp, yargısal işlemlerdir. Dolayısıyla bunların hangi yargı merciince verileceği yukarıdaki sınırlamalar içinde yasa koyucunun takdir alanı içindedir.”

Yaptırımların öngörülmesindeki temel mantık delillerin yargılamaya getirilebilmesi için üçüncü kişilerin doğrudan ya da dolaylı araçlarla zorlanmasıdır. Tarafların aksine, üçüncü kişilerin, hukuk davasında başka kişiler arasında görülen yargılamayla doğrudan ilgisi ve menfaati yoktur. Bu nedenle üçüncü kişilerden gereken delillerin toplanabilmesi için başka hukukî sonuçlara da ihtiyaç vardır¹³⁵⁹.

Yaptırım kararı için öncelikle mahkemenin yükümlülük kararı vermesi, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinde hangi yaptırımla karşılaşacağının üçüncü kişiye bildirilmesi ve üçüncü kişinin yükümlülüğü yerine getirmemesi gerekir. Yaptırım, yükümlülüğün yerine getirilmemesine bağlı bir sonuç olduğundan öncelikle yükümlülük kararı verilmelidir. İkincisi üçüncü kişi yükümlülüğün yerine getirilmemesinde karşılaşacağı sonuçlar hakkında uyarılmış olmalı ki yaptırım kararı verilebilsin. Bu iki temel koşulun yanında yaptırım kararı verilebilmesi için yükümlülüğün yerine getirilmemesinde üçüncü kişinin kasten hareket etmiş olması ya da mazeretsiz olarak yükümlülüğü yerine getirmeyi geciktirmiş olması gerekir. Haklı bir neden olmaksızın yükümlülüğün yerine getirilmesinin geciktirilmesinde mahkeme yaptırım kararı verir. Buna karşılık, üçüncü kişinin kasten değil de mazereti nedeniyle örneğin üçüncü kişinin hastalık, kaza nedeniyle duruşmaya katılamaması ya da belgenin ibrazı için son sürenin karıştırılması gibi durumlar varsa yaptırım kararı uygulanmamalıdır¹³⁶⁰.

Üçüncü kişinin belirli bir süreye bağlanan yükümlülüklerinde, o süreye uymaması da yükümlülüğü yerine getirmemeye eş değerde sayılmalıdır. Çünkü üçüncü kişinin yükümlülüğü zamanında yerine getirmesi yargılama faaliyetinin doğru ve düzgün yürütülmesini sağlar. Bu nedenle belirli bir sürede ibraz edilmesi gereken belgenin haklı bir neden olmaksızın o sürede

¹³⁵⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, T. 28.02.2008, Esas: 2006/71, Karar: 2008/69, RG T. 16.04.2008, S. 26849.

¹³⁵⁹ **Hasenböhler** (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 167, N. 9.

¹³⁶⁰ **Higi** (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 167, N.20.

yerine getirilmemesi, tanık olan üçüncü kişinin mahkemeye geldikten sonra çağrılana kadar duruşmayı beklememesi, yükümlülüğü yerine getirmekten geciktirme olarak düşünülmelidir¹³⁶¹.

4.3.2.2. Zor Kullanılması

Zor kullanma, üçüncü kişiye karşı doğrudan yükümlülüğün yerine getirilmesini amaçlar ve yükümlü kişiye karşı gerçek bir infazın özel şekli olarak belirir¹³⁶². Zor kullanma hukukumuzda çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünde ve de keşif delilinde kabul edilmiştir¹³⁶³. İsviçre hukukunda ise genel bir yaptırım olarak zor kullanma kabul edilmiş ve buna ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Bu açıklamalar konunun anlaşılabilmesi için önemlidir. Zor kullanma, üçüncü kişinin isteğini kırmak için kişi ya da nesne üzerinde güç kullanılmasıdır¹³⁶⁴. Bu ise ancak katkıda bulunma yükümlülüğünün “fiilen” gerçekleşebilmesi halinde mümkündür. Örneğin, belgenin zorla getirilmesinde, keşfin yerine getirilmesinde ya da tanığın mahkemeye getirilmesinde bu mümkündür. Buna karşılık örneğin tanığın sessiz kalmasında, zor kullanılarak tanığın beyanının alınması mümkün değildir¹³⁶⁵. Başkaca deyişle, üçüncü kişinin iradesi üzerine baskı uygulanmaz. Tanık, yalnızca zorla mahkemeye getirilebilir. Tanığın zorla getirilmesi neticesinde beyanın alınması da ispat değeri açısından problem teşkil eder. Çünkü kural tanımayan üçüncü kişinin yargılamada doğruyu söyleyecek olması çok düşük bir ihtimaldir¹³⁶⁶.

Türk hukukunda zor kullanmanın belgede de olup olmayacağı sorgulanabilir. Esasında kanundaki atıf gereği mümkün olduğu söylenebilir. Çünkü belgenin üçüncü kişilerce ibrazında tanıklara ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir (HMK m. 221/3). Öte yandan kanunda tanığın zorlanması yalnızca tanığın çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü için öngörülmüştür. Kanunda belgenin ibrazı hakkında zor kullanılarak alınmasının mümkün olup olmadığı tereddütlüdür. Bu hususta belgenin ibrazında zor kullanmanın mümkün olmayacağı söylenebilir. Ancak net bir açıklama yapılamaz¹³⁶⁷. İsviçre hukukunda ise genel yaptırım

¹³⁶¹ Higi (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 167, N.20.

¹³⁶² Gasser/Rickli, Art. 167, N.2.

¹³⁶³ Zor kullanma icra hukukunda da tanınmıştır. İcra ve İflâs Kanunu m. 80/3'e göre, haciz yapan memur, haciz sırasında kilitli yerleri açmaz veya dolapları açmazsa, gerektiğinde zorla açtırılır. Ayrıca borçlunun üzerinde para, kıymetli evrak gibi diğer kıymetli şeyleri sakladığını anlar ve borçlu bunları vermekten kaçınırsa, borçlunun şahsına karşı güç kullanılabilir. İcra müdürünün zor kullanma yetkisi (İİK m. 80/4) hakkında bkz. Özçelik, Volkan, “Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi (İİK m. 80/4)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s.2909-2952, (Basım Yılı: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 2909 vd.

¹³⁶⁴ Hasenböhler (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 167, N. 17.

¹³⁶⁵ Higi, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 167, N.30.

¹³⁶⁶ Bracher, N. 483.

¹³⁶⁷ Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 315.

şeklinde düzenlendiğinden belge zorla getirilebilir. Bunun için, belgenin mutlaka delil gösteren tarafından ayırt edici özellikleriyle tespit edilmesi gerekir. Üçüncü kişinin elindeki tüm dosyaların aranması şeklinde yükümlülüğü olmadığı gibi zorla belgenin aranması da mümkün değildir. Bu balık avı olarak nitelendirilen anlama gelmekte olduğundan yasaktır¹³⁶⁸.

Bilirkişi için de tanıklığa ilişkin disiplin hükümlerine gönderme yapılmıştır (HMK m. 269/2). Bilirkişi çağrıyla uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünü ihlal ederse zorla getirilebileceğinin yasal dayanağı bulunmaktadır. Ancak belirtelim ki yaptırımların kanunda düzenlenmiş olması, onun hukuk devleti ilkesi ile anayasadaki öngörülen temel hak ve özgürlüklere aykırı karar alınmasına yol açmamalıdır. Yaptırımlar, orantılı olmalıdır. Mahkeme üçüncü kişiye yükümlülük kararı verirken de yükümlülüğün yerine getirilmemesinde uygulanacak yaptırıma karar verirken de orantılılık ilkesini göz önünde bulundurmalıdır¹³⁶⁹. Bu anlamda, başka bir bilirkişinin görevlendirebilme ihtimalinin varlığına rağmen bilirkişinin zorla getirilmesine hükmedilmesi bu ilkeye ayrılık oluşturur¹³⁷⁰. Nitekim süresinde bilirkişi raporu teslim edilmezse de başka bir bilirkişi görevlendirilir hükmü de yer almaktadır (HMK m. 274/2).

Keşifte ise mahkeme gerektiğinde zor kullanılmasına karar verebilir (HMK m. 291/3; m. 292/1). Bu bağlamda muhafaza altına alınan ya da kilitli yere erişim için kilitlerin açılması örnek verilebilir. Belge ibrazında zor kullanılması mümkün olmadığı kabul edilse dahi delil tespiti talebiyle de belgeyi ibrazla zorlanabileceği doktrinde kabul edilir. Bu görüşe göre, taraflar üçüncü kişinin elinde bulunan bir belge hakkında delil tespiti talebinde bulunursa, mahkeme keşif yapılmasına karar verebilir. Üçüncü kişinin kaçınma hakkı yoksa elindeki belgeyi keşif sırasında mahkemeye vermek zorunda kalacaktır. Keşif kararına uymayan üçüncü kişi aleyhine keşif sırasında zor kullanılması kararı verilebilir ve belge üçüncü kişiden zorla alınabilir¹³⁷¹.

Soy bağının tespiti amacıyla keşifte de zor kullanma yaptırımı öngörülmüştür. Özellikle kişi üzerindeki incelemelerde, daha dikkatli olunmalıdır. Zor kullanma kapsamında, kişinin özel hayatını ihlal eden müdahale gerçekleştirilmemelidir. Üçüncü kişinin araştırma merkezine polis güçleri aracılığıyla götürülmesi ve kan örneği almak için tişörtünün kol kısmının soyulması müdahale kapsamında görülebilir¹³⁷².

¹³⁶⁸ Sutter-Somm/Seiler, Art. 167, N.4.

¹³⁶⁹ Hasenböhler (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Art. 167, N. 23.

¹³⁷⁰ Doktrinde bilirkişiye tanıklıktaki zorlama hükümlerinin uygulanmasının yerinde olmadığı, tanığın ikame edilemeyecek delil olmasına rağmen, bilirkişinin yerine bir başkasının ikame edilecek olması dolayısıyla bilirkişiyi zorlama ve yaptırımlarla karşı karşıya bırakmanın bilirkişinin mahiyetine uymadığı hakkında bkz. Tanverdi, s. 199.

¹³⁷¹ Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 315.

¹³⁷² Bracher, N. 487. Vücuttan kan ve doku alınmasının zor kullanılarak alınmasının hukuk sistemine aykırı olduğu ve hukukumuza ters düştüğü hakkında bkz. Umar, Şerh, s. 839.

Zor kullanmada kişi veya eşyaya karşı bir güç kullanımı gerekebilir. Güç kullanımı gerektiğinde, zor kullanma mahkeme tarafından gerçekleştirilmemeli; aksine polis tarafından uygulanmalıdır¹³⁷³. Tanığın ya da inceleme konusu kişinin mahkemeye getirilmesi ya da bir yerin zor kullanılarak açılması polis tarafından gerçekleştirilmelidir¹³⁷⁴.

Zor kullanma kanunda kabul edilmişse de bu düzenlemelerin özellikle nesne ve kişi üzerindeki keşifte, hangi ölçüye kadar mümkün olduğu sorgulanabilir. Çünkü zor kullanma, belirli bir gücü de içinde barındırır. Örneğin, tanığın zorla getirilmesinde, tanığın alıkonulması; konutta yapılan keşifte kişinin mülkiyetine zorla girilmesi ya da kan örneği almada, kişinin zorla alıkonulması şeklindeki müdahaleler belirli bir güç gerektirir. Kanunda zor kullanabileceği belirtilmişse de katkıda bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için her türlü zor kullanmaya kanunun izin verdiği varsayılmaz. Genel olarak hukukî belirlilik ilkesi gereği, yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla zorlamanın üçüncü kişi açısından öngörülebilir olduğu ve temel haklara ciddi bir müdahale teşkil etmediği sürece zor kullanma kabul edilebilir¹³⁷⁵. Bu bağlamda, inceleme konusu nesneye erişimin sağlanması için kapının açılması, konteynırların kilitlerinin kırılarak açılmasına izin verilebilir. Bu amaçla kişilerin özel yaşam alanını ilgilendiren yerlere (mülklere) girilebilir. Buna karşılık arama yapılması, müdahalenin sınırını aşar¹³⁷⁶. Arama yapılmasıyla haksız bir şekilde bir bilgi toplama veya özel hayata ilişkin sırlara ya da ticarî sırlara vakıf olmasına sebep olabilir¹³⁷⁷. Kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri olmadıkça, kimsenin üstü, eşyaları aranamaz ve bunlara el konulamaz (Anayasa m. 20/2). Bunun için merciin kanunda yetkili kılınmış olması gerekir. Zor kullanılmasına yönelik karar, keşif konusu nesneye erişimin sağlanması amacıyla sınırlı olup, zor kullanma ile aramanın yapılması, hükmün amacını aşar niteliktedir.

Bundan başka tanığın hazır bulunması amacıyla mahkemeye polis zoruyla götürülmesinde de müdahale vardır. Ancak kişiye kelepçe vurularak götürülmesi, herhangi bir suretle ellerinin bağlanması, vücudunda yaralanmaya sebebiyet verilmesi, müdahalenin sınırını aşar¹³⁷⁸. Bu yöntemler zor kullanma yetkisinin insan onuruna uygun olarak kullanılmadığını gösterir¹³⁷⁹. Bundan başka, borçlunun şahsı üzerinde suç teşkil edecek kararların verilmesi,

¹³⁷³ Higi, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 167, N. 31.

¹³⁷⁴ Higi, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 167, N. 31; İcra hukukunda m. 80'e dayanan zor kullanmanın kolluk kuvvetiyle gerçekleştirileceği hakkında bkz. Kuru, Baki, **İcra ve İflâs Hukuku**, C.1, 3. Baskı, Evrim Dağıtım Yayıncılık, İstanbul, 1988, s. 629. Özçelik, s. 2943; Zor kullanmanın icra memuruyla da gerçekleştirileceği hakkında bkz. Özkes, Temel haklar ve İlkeler, s. 163.

¹³⁷⁵ Bracher, N. 484.

¹³⁷⁶ Bracher, N. 485.

¹³⁷⁷ Cebri icra faaliyetleri bakımından yapılan değerlendirme için bkz. Özkes, Temel Haklar ve İlkeler, s. 165.

¹³⁷⁸ Bracher, N. 486; Özçelik, s. 2924.

¹³⁷⁹ Özçelik, s. 2924. İnsan onurunun yapılan tüm işlemlerde korunması ve dikkate alınması hakkında bkz. Özkes, Temel Haklar ve İlkeler, s. 113.

örneğin borçlunun gerektiğinde dövülerek de olsa yargılamaya getirilmesine karar verilmesi, zor kullanma kapsamında değerlendirilemez.

Zor kullanma yetkisi kullanılırken anayasal temel hak ve ilkeler dikkate alınmalıdır¹³⁸⁰. Ancak zor kullanmada, üçüncü kişinin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmeyecek ince bir çizgi belirlemek zordur. Zor kullanma amaca uygun olsa dahi somut koşullara göre ölçülülük ilkesi dikkate alınmalıdır. Buna göre, delil toplamanın türü (keşif, beyan ya da belgenin sunulması), delil toplamanın konusu (belirli bir belge, konut, kişi vs.) ve de üçüncü kişinin kaçınmasının nedenleri, örneğin masraf gibi nedenle yerine getirmek istememesi ya da üçüncü kişinin kendinden kaynaklanan nedenlerle (hastalığı nedeniyle mahkemeye gelememesi) kaçınmaması gibi haller dikkate alınmalıdır¹³⁸¹. Zor kullanma yaptırımında, müdahalenin gerekliliği, elverişliliği ve orantılılığı her bir somut olayda ayrıntılı olarak mahkeme tarafından değerlendirilmelidir¹³⁸². Örneğin çocuğu araştırma merkezine polis zoruyla getirilmesini sağlamak, müdahalenin orantılılığı ile uyuşmaz.

Zor kullanma nedeniyle ortaya çıkan masraflar üçüncü kişiye yükletilmelidir. Üçüncü kişi bu masraflara katlanmak zorundadır (HMK m. 245; m. 291/3).

4.3.2.3. Disiplin Para Cezası

Disiplin para cezası, mahkemenin usûl hukuku ilişkisine dayanarak üçüncü kişiye yükümlülüğün yerine getirilmesi için almış olduğu bir önlemdir. Mahkeme, yükümlülüğün ihlalinde, üçüncü kişi hakkında yaptırım kararı verir. Disiplin para cezası, ceza hukukundaki adli para cezası niteliğinde değildir. Disiplin para cezasının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 446. maddesinde tanımına yer verilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, *"Bu Kanun anlamında disiplin para cezasından maksat, yargılamanın düzenli bir biçimde işleyişini sağlamak ve kamu düzenini korumak amacıyla verilen, verildiği anda kesin olan ve derhâl infazı gereken para cezasıdır."* Para cezası, seçenek yaptırımlara çevrilemez. Ayrıca adli sicil kayıtlarında da yer almaz (HMK m. 446/1). Disiplin para cezaları, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usûlü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilir (HMK m. 446/2).

Disiplin para cezası, yalnızca üçüncü kişi hakkında geçerlidir ve karar onun aleyhine verilir. Disiplin para cezası, tüzel kişiliğe de verilebilir¹³⁸³. Disiplin para cezası kanuni temsilci aleyhine de verilebilir. Yükümlülüğün yerine getirilmesi, kanuni temsilcinin iradesine bağlıysa

¹³⁸⁰ Özçelik, s. 2922.

¹³⁸¹ Higi, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 167, N.30.

¹³⁸² Bracher, N. 487. Zor kullanma kararı verilirken de tatbik edilirken de ölçülülük (orantılılık) ilkesi dikkate alınmalıdır. Bkz. Özçelik, s. 2931.

¹³⁸³ Rüetschi (Hausheer/Walter), Art. 167, N. 5; Sutter-Somm/Seiler, Art. 167, N.2.

örneğin soy bağıının belirlenmesi amacıyla çocuğun bilirkişi incelemesi için araştırma merkezine getirilmesi gerekiyorsa, disiplin para cezası kanuni temsilciye de yöneltilebilir¹³⁸⁴.

Disiplin para cezasına hükmedilen hallerde, tanığın zorla getirilmesine karar verilmişse tanığın zorla getirilmesinin yanında disiplin para cezasına da hükmedilir. Kanun koyucu tanığın yalnızca zorla getirilmesine değil, üçüncü kişinin sebep olduğu giderlere katlanmasına ve aynı zamanda disiplin para cezasına hükmedilmesi gerektiğine de yer vermiştir (HMK m. 245). Bunun dışında tanık gelmesine rağmen, haklı sebep olmaksızın tanıklık yapmaktan kaçınırsa disiplin para cezasına ve bu yüzden doğan giderlerin ödettirilmesine karar verilir (HMK m. 253). Üçüncü kişinin keşfe katlanma yükümlülüğünü yerine getirmemesinde de disiplin para cezasına hükmedilecektir (HMK m. 291/3). Belgeyi ibraz yükümlülüğünde ve bilirkişiler için de tanıklığa ilişkin disiplin hükümlerine gönderme yapıldığından belgeyi ibraz etmeyen üçüncü kişi veya bilirkişi hakkında da disiplin para cezasına hükmedilir (HMK m. 221/3; m. 269).

4.3.2.4. Disiplin Hapsi

Disiplin hapsinin tanımına Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer verilmiştir. Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasının L bendine göre, “Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapis” olarak tanımlanır. Kanunda öngörülen disiplin yaptırımlarından birisi de disiplin hapsidir. Tanık, sorulara cevap vermemekte ısrar etmesi veya yemin etmemekte direnmesi halinde disiplin hapsine mahkûm edilir. (HMK m. 253/1 ve 2; ayrıca diğer hükümler için bkz. m. 245; m. 269/2; m. 291). Disiplin hapsi iki haftaya kadar verilir. Tanık, beyanda bulunursa veya yemin ederse, serbest bırakılacağı kanunda düzenlenmemiştir. Oysa Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda tanığın tanıklık yapmasında derhal serbest bırakılacağı düzenlenmiştir. Bu yönüyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu, disiplin hapsini ceza mahiyetinde düzenlemiştir; Ceza Muhakemesi Kanunu, disiplin tedbiri mahiyetinde düzenlemiştir. Bozulan düzenin yeniden sağlanması hapis yaptırımının kaldırılmasını sağlıyorsa disiplin hapsi yaptırımı, tedbir mahiyetindedir. Ancak hukuka aykırı fiilin yapılmasına bağlı olarak disiplin hapsi kaldırılmıyorsa bu hapis disiplin cezası mahiyetindedir¹³⁸⁵.

Disiplin hapsi yalnızca gerçek kişilere yönelik olabilir. Üçüncü kişi bir tüzel kişi ise kararı yerine getirmekle sorumlu kişi yetkili organdır. Disiplin hapsi kararının muhatabı da

¹³⁸⁴ Bracher, N. 476.

¹³⁸⁵ Muratoğlu, s. 84.

yetkili organ olan gerçek kişidir. Disiplin hapsinin kimler hakkında uygulanacağını ismen belirtilmesi şart değildir. Ancak kişilerin kimler olduğu herhangi bir şüpheye mahal vermeyecek netlikte olmalıdır¹³⁸⁶. Yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde yaptırımla karşılaşılabileceği yetkili organa bildirilmelidir.

Disiplin hapsi, tanığın sorulara cevap vermemekte ısrar etmesinde ve yemin etmemekte direnmesinde mahkemece verilir. Bunun dışında belgenin ibraz edilmemesinde ısrar edilmesinde de disiplin hapsine hükmedilebilir (HMK m. 221/3). Keşfe karşı koyma halinde disiplin hapsi hükümlerine gönderme yapılmadığından ve kanunda düzenlenmediğinden insan ve nesne üzerindeki incelemelerde disiplin hapsine hükmedilmemelidir. Bilirkişi delili hakkında ise her ne kadar tanıklığa ilişkin hükümlere gönderme yapılmışsa da çoğu halde orantılılık ilkesine aykırı olabilir (HMK m. 269/2). Çünkü başka bir bilirkişi görevlendirilebilmesi de mümkündür.

4.3.2.5. Sebep Olunan Giderlerin Ödettirilmesi

Yükümlülüğün yerine getirilmemesinde, “*sebep olunan giderlerin ödettirilmesi*” ne karar verilebilir. Sebep olunan giderlerin ödettirilmesi, zarara uğratan karşılar ilkesine dayanır. Esasında amaç, baskı veya zorlama değildir¹³⁸⁷. Zarara uğratan karşılar ilkesi (*das Verursacherprinzip*), üçüncü kişi yükümlülüğünü zamanında yerine getirmiş olsaydı ödemeyeceği bedelin karşılığıdır. Bu bakış açısıyla mali yaptırım olarak anlaşılmamalıdır¹³⁸⁸. Bununla birlikte sebep olunan giderlerin ödettirilmesi, yükümlülüğü zamanında ve doğru bir şekilde yerine getirmeyen üçüncü kişi üzerinde zorlayıcı bir psikolojik baskı oluşturur.

Yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin masraflarına üçüncü kişinin katlanması gerektiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu 245/1, 253/1, 269/2; 291/3 maddelerinde düzenlenmiştir. Sebep olunan giderlere tarafların zararları ile mahkeme masrafları dahildir. Bu giderlere örnek olarak, mahkeme yeni bir duruşma günü tayin etmişse, davetiye masrafları; polis çağırılmışsa buna ilişkin masraflar ya da yeniden keşif yapılmasına karar verilmişse keşfe ilişkin sebep olunan giderler, taraf kendisini avukatla temsil ettirmişse, avukatlık ücretleri verilebilir. Tanık olarak dinlenecek üçüncü kişiye tercüman atanmış ve üçüncü kişi yargılamaya gelmemişse, boş yere sebep olan tercüman masrafları da dahildir. Üçüncü kişinin bu masraflara ilişkin de diğer yaptırımlar için de önceden uyarılması gerekir¹³⁸⁹. Mahkeme gereken masrafları kendiliğinden hesaplamalıdır. Mahkeme bu hesaplamayı belirli bir tarife

¹³⁸⁶ Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 309.

¹³⁸⁷ Higi (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 167, N.7.

¹³⁸⁸ Higi, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 167, N.7. Mali yaptırım olduğu hakkında bkz. Gasser/ Rickli, Art. 167 N 1.

¹³⁸⁹ Herzog, s. 132-133.

üzerinden (tebligat gideri) ya da yapılan masrafa ilişkin tahmini değer üzerinden (yol masrafı vs.) yapılabilir.

Üçüncü kişi, haksız olarak yükümlülüğünü yerine getirmemişse, ayrıca tarafın zararından haksız fiil hükümleri gereği de sorumlu olur¹³⁹⁰. Bununla birlikte üçüncü kişinin, sebep olduğu giderleri ödemesi nedeniyle yapmış olduğu ödemeler tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmalıdır.

Üçüncü kişi haklı bir nedeni mahkemeye ileri sürerse, sebep olduğu giderlerden sorumlu değildir. Nitekim çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünde, tanığın gelmemesini haklı kılacak nedenleri ileri sürmesi halinde aleyhine hükmedilen giderlerin kaldırılacağı açıkça hükme bağlanmıştır (HMK m. 245).

4.3.3. Yaptırım Kararının Uygulanmasına İlişkin Temel İlkeler

Kanunda öngörülen şartların doğmasıyla birlikte yaptırımlara mahkeme tarafından karar verilmesi gerekir. Yaptırım kararının uygulanması için tarafların mahkemeden talepte bulunması gerekmez. Karar, mahkeme tarafından kendiliğinden ve taraflar dinlenmeden verilir. Bu ise katkıda bulunma yükümlülüğünün kamu hukuku niteliğinden kaynaklanır¹³⁹¹. Mahkeme eğer kendiliğinden bu yaptırım kararını almazsa, taraflar mahkemeden bu kararın alınmasını da isteyebilirler. Çünkü yaptırım kararıyla, yükümlülüğün yerine getirilmesi amaçlandığından tarafların ispat hakkını yakından ilgilendirir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, hukuka aykırı fiiller için farklı disiplin yaptırımları öngörülmüştür. Bazı disiplin yaptırımları için objektif olarak hukuka aykırı fiilin varlığının tespiti yeterliyken; bazı disiplin yaptırımı kararları için sübjektif şartlar da gerekir. Örneğin hâkimin reddi talebinin kötü niyetle yapıldığının anlaşılması halinde disiplin para cezasına hükmedilir. Kötü niyet ise sübjektif şarttır¹³⁹². Üçüncü kişilerin katkıda bulunma yükümlülüğünde öngörülen yaptırımlarda ise sübjektif şarta (kötü niyet) yer verilmemiştir. Bu nedenle kanundaki şartların gerçekleşmesiyle birlikte disiplin para cezasına, disiplin hapsine ve diğer disiplin yaptırımlarına hükmedilecektir.

Üçüncü kişi belirli bir davranışta bulunmayarak veya zamanında yerine getirmeyerek yükümlülüğü ihlal etmiş olur. Bu hükümlerde hâkime takdir yetkisi de tanınmamıştır. Örneğin *“tanık kanuni sebep göstermeden tanıklıktan çekinir, yemin etmez yahut göstermiş olduğu sebep mahkemece kabul edilmemesine rağmen tanıklık yapmaktan çekinirse, beş yüz Türk lirasından beşbin Türk lirasına kadar disiplin para cezasına”* şeklinde belirtilerek disiplin para

¹³⁹⁰ Belge ibrazına ilişkin açıklamalar hakkında bkz. **Herzog**, s. 134-135.

¹³⁹¹ **Bracher**, N. 491.

¹³⁹² Ayrıntılı açıklama için bkz. **Muratoğlu**, s. 119.

cezasına hükmedilir (HMK m. 253). Tanığın çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğünün düzenlendiği 245. madde de aynı şekilde ele alınmıştır. Maddeye göre, “*usûlüne uygun olarak çağrıldığı halde, mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık, zorla getirilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beş yüz Türk lirasına kadar disiplin para cezasına hükmolunur.*”

Yaptırım kararının verilmesinde hâkimin takdir yetkisi yoksa da hâkimin takdir yetkisinde olan konu, disiplin para cezasının miktarına veya disiplin hapsindeki süreye ilişkindir. Hâkim kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar dahilinde yaptırımı belirler. Disiplin para cezası miktarının belirlenmesinde, katkıda bulunma yükümlülüğünün ihlalinin ağırlığı ile kusuru dikkate alınarak mahkeme tarafından değerlendirilir¹³⁹³. Örneğin kasten ve ısrarlı bir şekilde yükümlülüğü yerine getirmiyorsa, disiplin para cezasının miktarı artırılabilir. Üçüncü kişinin mali durumunun dikkate alınması gerekli değildir. Bunun disiplin hukukuyla bağlantısı yoktur¹³⁹⁴.

4.3.4. Yaptırım Kararına İlişkin Yargılama

Yaptırım kararı, yükümlülüğün yerine getirilmesini zorlamak amacıyla verilir. Kanunda öngörülen yaptırım kararda belirtilir. Mahkemenin yaptırım kararı, usûle ilişkin bir karardır. Çünkü yargılamanın gidişatıyla ilgilidir. Bu kararın yerine getirilmesi için hukukî menfaat kalmadığında, kararın iptali mümkündür. Örneğin o delile dayanılmaktan vazgeçilmişse, o delilin toplanmasında menfaat kalmadığından yaptırım kararı da iptal edilir¹³⁹⁵.

Yaptırım kararının şekli ve içeriği hakkında kanunda düzenleme yoktur. Mahkeme kararı olduğundan ve hukukî belirlilik ilkesi gereği, karar yazılı şekilde ve imzalı olmalıdır. İçerikte de ilgili yaptırım açıkça belirtilmelidir. Disiplin para cezasında ve sebep olunan giderlerin ödettirilmesi kararında miktar açıkça yazılmalıdır. Üçüncü kişinin ısrarla yükümlülüğü yerine getirmemesinde hangi yaptırımla karşılaşacağı da açıkça yazılmalıdır. Örneğin tanık sorulara cevap vermemekte direnirse, disiplin hapsine mahkûm edilir. Kararda mahkemenin bu hususu da açıkça belirtmesi gerekir. Üçüncü kişi birden fazla yükümlülüğe tabi ise kararda her bir yükümlülüğün ihlaline bağlı yaptırım da belirtilmelidir. Yaptırım kararının açıkça belirlenmesi, hukukî belirlilik ilkesi gereğidir¹³⁹⁶.

Zor kullanma yaptırımında, zor kullanılabileceği kararda belirtilir. Zor kullanma kararı ise hemen uygulanmaz. Önce, üçüncü kişi yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde zor kullanma ile karşılaşacağı konusunda uyarılır. Üçüncü kişi eğer ki yükümlülüğü yerine

¹³⁹³ Higi, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 167, N.23; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18, N. 82; Sutter-Somm/Seiler, Art. 167, N.2.

¹³⁹⁴ Higi, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 167, N.23.

¹³⁹⁵ Bracher, N. 501.

¹³⁹⁶ Bracher, N. 506.

getirmezse, süre verilmesi halinde sürenin sonunda ya da hazır bulunması gereken hallerde hazır bulunmaması halinde, zor kullanılmasına karar verilir. Örneğin tanık dinlenilmek üzere çağrılır ve çağrıda, uymaması halinde zorla getirileceği de belirtilir. Tanık, duruşmaya gelmezse, doğrudan hazır edilmez. Ancak ikincisinde gerekirse, zorla mahkemeye getirileceği belirtilerek çağrılır.

Disiplin yaptırımlarıyla ilgili en önemli mesele de hukukî dinlenilme hakkının olup olmadığıdır. Kanunda öngörülen yaptırımlardan önce üçüncü kişinin mahkeme tarafından savunmasının alınması zorunluluğu öngörülmemiştir. Savunmanın alınmamış olması, kararın hukuka aykırılığı ya da iptali sebebi değildir¹³⁹⁷. Disiplin yaptırımlarına karar verilmeden önce mutlaka savunmanın alınması zorunluluğu yoktur. Savunma alınmadan karar verilmiş olsa dahi önemli olan kişilerin bu kararlara karşı hukukî başvuru imkânı olup olmadığı ve üçüncü kişinin dinlenilip dinlenilmediğidir¹³⁹⁸. Yaptırım, yalnızca bir baskı amacıyla uygulanmaktadır. Üçüncü kişi yaptırım kararına sonradan haklı sebepleri varsa, bu sebepleri ileri sürebilir ve karar iptal edilebilir. Örneğin zorla getirilen tanık sonradan gelir ve gelmemesini haklı kılacak mazeretini ileri sürerse, aleyhine hükmedilen giderler ve disiplin para cezası kaldırılır (HMK m. 245). Yaptırım kararı, yalnızca üçüncü kişiye yöneliktir. Yargılamanın tarafları, üçüncü kişi ve mahkeme arasındaki görülen bu yargılamanın dışındadır. Bu nedenle, davanın taraflarının ne dilekçe hakkı, dinlenilme hakkı gibi usûl hukukuna ilişkin hakkı vardır ne de kararın kendisine tebliğ edilmesini isteme hakkı vardır¹³⁹⁹.

Yaptırım kararı verilebilmesi için üçüncü kişi yükümlülüğü yerine getirmemiş olmalıdır. Üçüncü kişi, yükümlülüğü yerine getirmeyeceğini aktif ya da pasif davranışlarıyla açıklayabilir. Tanığın duruşma salonunda dinlenilmeden önce ayrılması ya da mahkemede kendisine yöneltilen sorulara cevap vermemesi ya da üçüncü kişinin kan örneği vermek için araştırma merkezine gitmemesi pasif davranışlara örnek verilebilir.

¹³⁹⁷ Muratoğlu, s. 112.

¹³⁹⁸ Muratoğlu, s. 123.

¹³⁹⁹ Higi, (Brunner/Gasser/Schwander), Art. 167, N.22.

SONUÇ

Delillerin toplanmasında tarafların ve üçüncü kişilerin mahkemeye katkıda bulunma yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülükler kanunda çeşitli hükümlerde öngörülmüştür. Hukukumuzda üçüncü kişilerin delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğünü düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. Delil türlerinin içinde yükümlülükler yer verilmiştir. Genel bir yükümlülük öngörülmediğinden, bir vakıanın ispatı için mahkeme, üçüncü kişiyi ve tarafı kanunda öngörülmeyen yükümlülük altına sokamaz. Aksi halde üçüncü kişinin Anayasa'da korunan temel hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturur. Temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahaleler de ancak kanunla sınırlanabilir (Anayasa m. 13).

Yükümlülük, mahkeme ve üçüncü kişi arasında kurulan hukukî ilişkiden doğar. Yükümlülük, kamu hukuku niteliğine sahiptir. Üçüncü kişiler, kanunda öngörülen yükümlülükleri kaçınma hakkını ileri sürmediği sürece ve yükümlülük yerine getirilebilir olduğu sürece yerine getirmek zorundadır. Makul olmayan yükümlülüklerin yerine getirilmesi üçüncü kişiden beklenmemelidir. Örneğin tanığa ilaç vererek ifadesi alınamaz.

Tüm yükümlülükler, ortak bir amaca ve işleve sahiptir. Bu amaç, ispatla yükümlü olan tarafın uluslararası sözleşme ve Anayasa'da da dayanağı olan ispat hakkının korunmasına hizmet eder. Böylece ispatla yükümlü tarafın bireysel menfaati korunur. Bunun yanında üçüncü kişinin katılımıyla yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılması sağlandığından, kamusal menfaat de korunur. Yükümlülük, tarafın subjektif haklarının yerine getirilmesi işlevini sağlarken, gerçeğin ortaya çıkarılmasıyla adaletin gerçekleşmesi işlevine hizmet eder.

Tüm yükümlülükler ortak bir amaca hizmet ettiğinden, yükümlülüklerin de ortak koşulları vardır. Bu koşullardan ilki yargılamada bilgi toplanmasının gerekliliğidir. Üçüncü kişi, yargılamanın tarafı değildir. Bu nedenle yargılamadaki rolü, uyuşmazlıkla ilgili tarafın da sahip olmadığı vakıaların ortaya çıkarılması değildir. İspatla yükümlü tarafın ispat hakkının korunması için veya mahkemenin kendiliğinden başvurabildiği sınırlı durumlarda, vakıanın aydınlatılması amacıyla ve vakıanın doğruluğu hakkında üçüncü kişi, katkı sağlamakla yükümlüdür. Üçüncü kişi, tarafın kendisinin dahi sahip olmadığı bir bilginin ortaya çıkarılmasına katkı sağlamaz. Koşullardan ikincisi ise yükümlülüğün üçüncü kişi tarafından yerine getirilebilir olmasıdır. Yükümlülükler gerçek veya tüzel kişi tarafından yerine getirilir. Bazı yükümlülükler yalnızca gerçek kişi tarafından yerine getirilir. Tanık olarak mahkemede beyanda bulunma yükümlülüğü yalnızca gerçek kişilere özgüdür. Tüzel kişiler tarafından beyanda bulunma yükümlülüğü, tüzel kişiliğin doğası gereği mümkün değildir. Bazı yükümlülükler de gerçek kişiler tarafından yerine getirilebilir ancak üçüncü kişinin fiziki

eksikliği gibi nedenlerle yerine getirilebilmesi mümkün değildir. Tanık olarak beyanda bulunacak kişinin ayırt etme gücünden yoksun olması yahut görme engelli kişinin görme duyusuyla ilgili dinlenmesi gereken vakıada, yükümlülük yerine getirilebilir nitelikte değildir.

Delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülükleri çeşitli açılardan tasniflere ayrılabilir. Yükümlülük davranışına ilişkin aktif ve pasif şeklinde ayrılabilceği gibi yükümlülüğün içeriğine ilişkin bilgi verme yükümlülüğü ve incelemeye izin verme yükümlülüğü şeklinde ayrılabilir. Bu ayrımlardan ilki üçüncü kişiden beklenen davranışa bağlıdır. İkincisi ise yükümlülüğün içeriğinde nelerin beklendiğine ilişkindir. Bilgi verme yükümlülükleri bir bilginin sözlü veya yazılı olarak mahkemeye aktarılması şeklinde belirirken; incelemeye izin verme yükümlülükleri ise belge ve keşif konusu bakımından ibraz etme ve katlanmayı da içine alacak şekilde belirir. Bilgi verme yükümlülüklerinde de incelemeye izin verme yükümlülüklerinde de yükümlülüklerin niteliği gereği farklı yükümlülüklerin doğduğu görülür. Örneğin bilgi verme yükümlülüğünde de incelemeye izin verme yükümlülüğünde de mahkemede veya araştırma merkezinde çağrıya uyma ve hazır bulunma yükümlülüğü bulunur.

Kaçınma hakkı, kanunda öngörülen nedenlere dayanarak yükümlülüğün ortadan kaldırılmasıdır. Kaçınma nedeni oluşturan hallerde asıl amaç bir bilginin saklanmasıdır. Bu nedenle kaçınma hakkında amaç, belgenin ibraz edilmesi şeklindeki bir yükümlülük davranışından kaçınmak değildir; bir bilginin mahkemeye iletilmesi ile ortaya çıkacak bilginin ortaya çıkarılmasından kaçınmaktır.

Kaçınma nedenleri, kanunda düzenlenen hallerdir. Yükümlülük, yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılması amacına hizmet eder. Ancak üçüncü kişinin de uluslararası sözleşmeler ve anayasada tanımlanan temel hak ve özgürlükleri vardır. Üçüncü kişi de uluslararası sözleşmeler ve anayasada tanımlanan temel hak ve özgürlükleri nedeniyle yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınabilir. Kaçınma hakkı, üçüncü kişinin anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlükleri ile yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılması menfaatinin tartılması şeklindeki tartışmanın kanun koyucu tarafından çözümünü ifade eder.

Bazı durumlar, kaçınma hakkından farklıdır. Kaçınma hakkı, üçüncü kişinin yükümlülüğü yerine getirmesinden kaçınmasının tek istisnası değildir. Üçüncü kişiden beklenen yükümlülük içeriği makul değilse de üçüncü kişi yükümlülüğü yerine getirmek zorunda değildir. Yükümlülük içeriği, temel hak ve özgürlüklere kabul edilemez nitelikte bir müdahale teşkil ediyorsa, üçüncü kişiden bu yükümlülüğün yerine getirilmesi beklenmemelidir. Bazı hallerde ise yükümlülük içeriği kabul edilemez nitelikte olmayıp, üçüncü kişi için yükümlülüğün yerine getirilmesi orantısız olabilir. Örneğin kalp rahatsızlığı olan bir kişinin mahkeme önünde beyanının alınması şeklindeki yükümlülük, üçüncü kişiye karşı orantısız olur.

Kaçınma hakkı, niteliği itibarıyla bir haktır ve bu hak üçüncü kişiye devletin egemenlik yetkisine dayanılarak kurulan kamu hukuku niteliğindeki yükümlülükten kaçınma yetkisi verir. Yükümlülük sahibi kişi, aynı zamanda hakkın da sahibidir. Bu hakkın kullanılması için mahkemeye ileri sürülmesi gerekir. Mahkeme kendiliğinden kaçınma hakkının varlığına dayanarak üçüncü kişiyi yükümlülükten kurtaramaz.

Kanunda kaçınma nedenleri üç temel ayrıma dayanmıştır ve kanunda yalnızca tanıklıkta düzenlenmiştir. Diğer yükümlülüklerde tanıklığa ilişkin kaçınma hakkına gönderme yapıldığından bu düzenlemeler, diğer yükümlülüklerde de geçerlidir (HMK m. 221/3; m.270/2; 291/3). Soy bağının belirlenmesi amacıyla yapılacak incelemelerde ise üçüncü kişi kural olarak tanıklıktan kaçınma hükümlerine dayanarak yükümlülükten kaçınamaz (HMK m. 292/2). Kaçınma nedenleri, kişisel nedenlerle (HMK m. 248); sır nedeniyle (HMK m. 249); menfaat ihlali tehlikesiyle nedeniyle (HMK m. 250) olmak üzere üç temel ayrımdadır. Kişisel nedenlerle kaçınma hakkı, üçüncü kişinin kanunda belirtilen şekilde tarafla yakın ilişkisi dolayısıyla tanınmıştır. Aile üyesinin yükümlülüğün yerine getirilmesiyle, vicdan ve sadakat çatışması yaşayacağından tanınmıştır. Üçüncü kişinin yakın ilişkisi bulunan taraf maddî taraftır. Çünkü yakın aile bağları nedeniyle tanınmıştır. Kişisel nedenlere dayanan kaçınma hakkı, geniş bir kaçınma yetkisi tanır. Yargılamadaki belirli bir vakıaya bağlı, belirli sorulardan kaçınma hakkı değildir. Bu ilişki nedeniyle üçüncü kişi katkıda bulunma yükümlülüğünden kaçınabilir.

Diğer kaçınma nedeni sır nedeniyle kaçınma hakkıdır. Kanun gereği korunması gereken sır nedeniyle üçüncü kişi yükümlülükten kaçınabilir. Bu kaçınma nedeninde, kanun gereği korunması gereken bir sır olmalıdır. Kanun gereği korunması gereken sır, başkasına ait bir sır olmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 250’de kişinin kendi sanat veya mesleği nedeniyle kaçınma hakkı düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 249’da düzenlenen ise mesleği gereği sır saklamakla yükümlü olan kişilerde olduğu gibi başkasına ait sır nedeniyle kaçınma hakkıdır. Bazı istisnalar dışında, üçüncü kişi, sır sahibinin izin vermesiyle ya da bildirim yükümlülüğüne tabi olduğu durumlarda, sır nedeniyle kaçınma hakkını ileri süremez.

Menfaat ihlali tehlikesiyle kaçınma hakkı ise üçüncü kişinin bilgi verme veya incelemeye izin vermesi, kendisi veya kanunda belirtilen yakınları aleyhine doğrudan doğruya maddi zarar verecek, şeref veya itibarını ihlal edecek, ceza soruşturması ya da kovuşturmasına neden olacaksa kaçınabilir. Ayrıca bilgi verme veya incelemeye izin verme üçüncü kişinin meslek veya sanatına ait sırların ortaya çıkmasına neden olacaksa üçüncü kişi kaçınabilir. Menfaat ihlali nedeniyle kaçınma hakkı sınırlı bir kaçınma hakkıdır. Üçüncü kişi, yalnızca vakıanın ispatı sırasında menfaat ihlali oluştursa kaçınabilir. Bunun dışındaki vakıaların

ispatında üçüncü kişinin yükümlülüğü devam eder. Bu yönüyle, kişisel nedenlere dayanan kaçınma hakkından farklıdır.

Üçüncü kişinin doğru muamele görme hakkı vardır. Delillerin toplanmasında katkıda bulunma yükümlülüğü beklenen üçüncü kişinin kişilik hakları ve korunması gereken diğer menfaatleri dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda belirli bir yerde ve saatte hazır bulunması gereken üçüncü kişinin gerekli hazırlıkları yapabilmesi için kendisine uygun süre verilmeli ve karar zamanında tebliğ edilmiş olmalıdır.

Üçüncü kişi yükümlülüğü yerine getirirken bazı giderleri olabilir. Belgenin kopyalanması ve kargo yoluyla gönderilmesi masrafları, seyahat, konak gibi masrafların üçüncü kişiye ödenmesi gerekir. Üçüncü kişinin yükümlülüğü yerine getirirken harcadığı zaman için de bir ücretlendirme yapılmalıdır. Bilirkişi, tanık ve belge (tanıklığa ilişkin hükümlere gönderme yapıldığından) delilleri için kanunda ücrete ve giderlerin tazminine ilişkin düzenleme vardır. Ancak keşifte düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca yükümlünün ergin olmayan üçüncü kişi olduğu ihtimalde yasal temsilcinin de bir zaman kaybı olacaktır. Ücrete ilişkin eksikliğin giderilmesi gerekir. Tanığa ödenecek ücret de günümüz şartlarında yeterli değildir. Tanığın kazanç kaybı ya da masrafları çok daha fazla olabilir. Bu nedenle tanıklığa ilişkin düzenlemenin de iyileştirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Belge ve keşif delilinde de ücret ve giderlerin açıkça düzenlenmesi daha yerinde olur. İncelemeye izin verme yükümlülükleri için de ücret ve masrafların ödenmesi gerekir. Çünkü Anayasa'da da belirtildiği üzere angarya yasaktır (Anayasa m. 18).

Yükümlülüğün doğması için kanun tarafından yükümlülüğün düzenlenmesi yeterli değildir. Mahkemenin üçüncü kişinin yükümlülüğüne karar vermesi ve bu kararın yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırım ile kaçınma hakkının varlığı da üçüncü kişiye bildirilmelidir. Hukukumuzda yalnızca kişisel nedenlerle kaçınma hakkında üçüncü kişiye mahkemenin bildirmesi gerektiği belirtilmiştir. Üçüncü kişinin menfaati için tüm kaçınma nedenlerinde ileri sürülmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Üçüncü kişinin yükümlü olduğu kararı, ara karar niteliğindedir. Yargılama sona ermediği sürece, karar değiştirilebilir, iptal edilebilir veya geri alınabilir. Yükümlülük kararı, delillerin toplanması kararından farklıdır. Mahkeme delillerin toplanmasına karar verir. Üçüncü kişinin yükümlü olması için yükümlü kişinin kim olduğu ve yükümlülük içeriğinin de somutlaştırılarak üçüncü kişiye bildirilmesi gerekir.

Mahkemenin vereceği yükümlülük kararının içeriğine ilişkin düzenleme yoktur. Kararın içeriğinde olması gerekenler tanığın hazır bulunması için gönderilecek davetiyeye ilişkin hüküm ele alınarak (HMK m. 244) belirlenebilir. Bu kapsamda, kararda, yükümlülük

taşıyıcısı (asıl kişinin) belirlenmiş, yargılamanın taraflarının ve konunun bildirilmiş, hazır bulunma gün ve saati ile yerin bildirilmiş (belge ise belgenin hangi sürede ve nereye teslim edileceğinin bildirilmiş), yükümlülüğün sonuçları hakkında bilgilendirmenin yapılmış, ücret ve masrafların karşılanacağına yer verilmiş, üçüncü kişinin haklarını koruyan menfaatlerin hatırlatılmış olması gerekir.

Üçüncü kişi bu yükümlülük kararına karşı üç şekilde davranabilir. Birincisi, yükümlülüğü yerine getirebilir. İkincisi pasif tutum sergiler ve yükümlülüğü yerine getirmeyi ihmal eder. Üçüncüsü ise yükümlülük kararına karşı itiraz edebilir. İtiraz iki şekilde olabilir. Birincisi üçüncü kişi, kanunda öngörülen kaçınma nedenlerini ileri sürebilir. İkincisi ise diğer itiraz nedenlerinin ileri sürülmesidir. Kaçınma nedenleri de aslında bir itiraz nedenidir. Ancak kaçınma nedenlerinin ileri sürülmesi kanunda açıkça düzenlenmiştir. Diğer itiraz nedenleri, katkıda bulunma koşullarındaki eksiklik veya orantılı olmayan yükümlülük kararına karşı olabilir. Örneğin kamu makamından izin alınmadan üçüncü kişinin tanık olarak dinlenilmesi kararı verilmişse, üçüncü kişi bu karara karşı itiraz edebilir. İtiraz nedenleri ve kaçınma hakkını oluşturan sebepler, yargılamanın yürütüldüğü mahkemede incelenir. Mahkeme yapacağı inceleme neticesinde kararını verir. İtiraz nedenleri ve kaçınma hakkı ileri sürüldüğünde, mahkemenin kaçınma nedenini incelememesi ve itiraz üzerine doğrudan o delili toplamaması ve incelememesi tarafın ispat hakkını zedeler. Mahkemenin yapacağı inceleme üzerine verilen karara karşı kanun yolu imkânı hukukumuzda getirilmemiştir. İnceleme üzerine verilen karara karar olduğundan, taraflar da bu karara karşı kanun yoluna başvuramazlar (HMK m. 341/1, a). Kaçınma hakkı kabul edilerek o delilin toplanılmasından vazgeçilmişse, taraflar hükümle birlikte kanun yoluna başvurabilirler. Çünkü tarafların ispat hakkını etkiler. Kanaatimizce, üçüncü kişiye kendisi aleyhine verilen yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırım kararına karşı kanunda itiraz hakkı tanınmalı ve itiraz hakkı da önceden kendisine bildirilmelidir. Ayrıca üçüncü kişi şartları varsa, Anayasa mahkemesine bireysel başvuru yoluna başvurabilir.

Üçüncü kişi, mahkeme tarafından verilen hükmü yerine getirmezse, kanunda öngörülen yaptırımlara tabi olur. Yükümlülüklerde olduğu gibi yaptırımlarda da kanunilik ilkesi geçerlidir. Bu nedenle kanunda öngörülmeyen yaptırımlara karar verilemez. Hukukumuzda genel bir katkıda bulunma yükümlülüğü olmadığı gibi yükümlülüklerin yerine getirilmemesinde mahkeme tarafından uygulanan genel bir yaptırım da düzenlenmemiştir. Yükümlülüklerin öngörüldüğü maddelerde ise yükümlülüğün yerine getirilmemesinde uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Öngörülen yaptırımlar değiştirilemez, kıyas yoluyla diğer yaptırımın uygulanmasına da karar verilemez.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki yaptırım türleri, zor kullanılması, disiplin para cezası verilmesi, disiplin hapsi, sebep olunan giderlerin ödettirilmesi şeklindedir. Yaptırımların tamamında ortak unsur, zorlama unsurudur. Yükümlü olan üçüncü kişi, yükümlülüğü yerine getirmemezse mahkeme uygun ve kanunda öngörülen yaptırıma karar verir. Yaptırım kararı, yargılamanın yürütüldüğü mahkemece verilir. Yaptırıma ilişkin karar, yargısal bir karardır; idari bir karar değildir. Üçüncü kişi hakkında verilen yaptırım kararı, mahkeme ile üçüncü kişi arasında kurulan usûl hukuku ilişkisine dayanır. Mahkemece yaptırım kararı verilmesi için öncelikle üçüncü kişi hakkında yükümlülük kararı verilmesi, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinde üçüncü kişinin bir yaptırımla karşılaşacağını üçüncü kişiye bildirilmesi ve son olarak üçüncü kişinin kasten ve mazeretsiz olarak yükümlülüğü yerine getirmemiş olması gerekir. Üçüncü kişi, yaptırımlar konusunda önceden uyarılmamışsa ya da hastalık, kaza gibi mazereti nedeniyle yükümlülüğü yerine getirememişse yaptırım kararı uygulanmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Acar, Ayşe Ece : **Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Acar, Tuna : “Alman, İsviçre ve Avusturya Medeni Yargılama Hukukunda Ara Karara Karşı Kanun Yolları”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Cilt: 27, Sayı: 47, Yıl: 2022, ss. 703-740.
- Adloff, Daniel : **Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im Deutschen und Französischen Zivilprozess**, Tübingen, 2007.
- Akcan, Recep, : “Medenî Usûl Hukukunda Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması”, **Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, ss. 887-934.
- Akil, Cenk : “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, Cilt: 57, Sayı: 3, ss. 1-32, (Kendiliğinden Uygulama)
- Akil, Cenk : “Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, Cilt: 58, S. 1, ss. 1-62, (Delil Tespiti)
- Akil, Cenk/Ercan Özler, Meltem : “Tanıklık Beyanının Delil Değerinin Değerlendirilmesi Hakkında Bir İnceleme (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 25.02.2015 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi)”, **TAAD**, Yıl:9, Sayı:34 (Nisan 2018), ss. 61-73.

- Akkan, Mine :“Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 555-609 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, ss. 555-609, (Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi).
- Akkaya, Tolga : **Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Hasredilmesi**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2003.
- Akyol Aslan, Leyla :**Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011,
- Alangoya, Yavuz : **Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979 (Alangoya, Vakıalar ve Deliller).
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Mehmet Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis :**Medenî Usûl Hukuku Esasları**, İstanbul, 2009.
- Albayrak, Hakan :**Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Albayrak Açı, Zeynep :**Medenî Usûl Hukukunda Keşif**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019. (Albayrak Açı, Keşif).
- Albayrak, Zeynep :“Medenî Yargıda İnsan Bedeni Üzerine İnceleme”, **TAAD**, Yıl:9, Sayı:33 (Ocak 2018), ss. 721-751. (İnsan Bedeni).
- Altınok, Ormancı, Pınar :“Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri ile Hukukî İşlemlerinin Doğurduğu

Sonuçlar”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, 79 (4), ss. 1261-1283.

Anders, Monika/Gehle, Burkhard (Hrsg) :**Zivilprozessordnung mit GVG und anderen Nebengesetzen**, C.H.Beck, 81. Auflage, München, 2023, (Bölüm Yazarı, (Anders/Gehle).

Ansary, Sabri Şakir : **Hukuk Yargılama Usûlleri**, Ankara, 1960. (Hukuk).

Apiş, Özge :“Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:18, Sayı:1, 2012, ss. 267-296.

Aras, Aslı :“Konutta Haciz Prosedürüne Türk-Alman Karşılaştırmalı İcra Hukuku Açısından Genel Bir Bakış”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 216, Eylül 2023, ss. 1047-1063, (Konutta Haciz).

Aras, Aslı :**Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, (Çekişmesiz Yargı).

Arıkan, Ayşe Saadet, : “Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1996/3, ss. 309-380.

Arslan, Aziz Serkan :**6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi**, Adalet, Ankara, 2012.

Arslan, Ramazan :**Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1989.

- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel :**Medenî Usûl Hukuku**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- Aslan, M. Yasin :“İdari Yaptırımlar”, **TBB Dergisi**, Sayı 85, 2009, ss.173-188.
- Arslandoğan, Birce :**Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti**, 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Aşık, İbrahim :“Güncel Yargıtay Kararları Işığında Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları”, **Zirve Üniversitesi Özel Sayı-Medeni Usûl ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı- XI**, 2014, (Dilekçe)
- Aşık, İbrahim :**Medenî Usûl Hukukunda Keşif**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019 (Keşif).
- Atalay, Esra :“Yargısal Temel Haklar”, **Prof. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan**, İzmir, 1997, ss. 437-454.
- Atalay, Oğuz :“Bilirkişinin Seçimi ve Zorunlu Bilirkişilik”, **Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun Barosu, Türkiye Barolar Birliği**, 9-10 Kasım 2001, ss. 173-189, (Bilirkişi).
- Atalay, Oğuz :“Delil Kavramı Üzerine”, **Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 2009, ss.129-138, (Delil).
- Atalay, Oğuz :**Medenî Usûl Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001 (Menfi Vakıalar).

- Atalı, Murat :“İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı”, **Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, 1 (1), 2005, ss. 123-189, (Taslak).
- Atalı, Murat, :“Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsî) Bilgisini Kullanması" **Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 2009, ss.139-161 (Şahsî Bilgi)
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin :**İcra ve İflâs Hukuku, 8. Baskı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, (İcra).
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin :**Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, (Usûl).
- Ataman-Figanmeşe, İnci :Milletlerarası Usûl Hukukunda Delillerin Temini, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2005.
- Ateş, Mustafa :“Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller” **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 18, Şubat 2008, ss. 89-105.
- Aşçığlu, Çetin :“Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları”, **Bilirkişilik Sempozyumu**, Samsun Barosu, Türkiye Barolar Birliği, 9-10 Kasım 2001, ss. 25-107.
- Aydemir, Fatih :**Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Aytaç, Zühtü :“Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **BATİDER**, C.X S.1, Haziran 1979, ss.177–218.

- Bağlar, Yunus Emre :“Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, **Türkiye Adalet Akademisi**, Yıl: 12, Sayı: 45, Ocak 2021, ss.121-154.
- Basler, Christoph/ Meßerschmidt, Klaus :“Zumutbarkeit von Beweiserhebungen und Wohnungsbetroffenheit im Zivilprozess”, **NJW**, 2014, ss.3329-3337.
- Başol, Kemal :“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Düzeninde Basın Özgürlüğü ve Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Güvencesi” **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- Başözen, Ahmet :**Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Baur, Fritz/Grunsky, Wolfgang/Jacoby, Florian :**Zivilprozessrecht**, 17. Auflage, Franz Vahlen, München, 2020.
- Baygın, Cem :“Evlat Edinmenin Sonuçları”, **AÜEHFD**, C. 7, S. 3-4, Aralık 2003, ss. 627-657.
- Baysal, Başak, :“Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, İstanbul, 2010, ss. 493- 533.
- Belgesay, Mustafa Reşit :“Doktorun Hukukî Borçları”, **İÜHFM**, C.12, S. 3-4, 1945, ss. 108-127.
- Belgesay, Mustafa, Reşit, :**Hukuk ve Ceza Usûlü Muhakemesinde Deliller**, Güven Basımevi, İstanbul, 1940 (Deliller).
- Belgesay, Mustafa, Reşit :**Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C. II, İstanbul, 1939, (C.II).

- Belgesay, Mustafa, Reşit :**Teorik ve Pratik Adliye Hukuku Üçüncü Cilt İspat Teorisi, Hukuk, Ceza ve İdare Usûlü Muhakemeleri-Delilleri, (İkinci Bası),** Üniversite Kitabevi, İstanbul, 1947. (İspat Teorisi).
- M. Berkin, Necmeddin :**İhtiyati Haciz,** Hamle Matbaası, İstanbul, 1962.
- Bilge, Necip/Önen Ergun :**Medenî Yargılama Hukuku Dersleri,** Üçüncü Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- Bilgiç, Hasan Basri :**Medenî Usûl Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi,** Ankara, 2018.
- Bohnet, François/ Droese, Lorenz :**Präjudizienbuch ZPO,** Stämpfli Verlag AG / hep Verlag AG, Bern, 2018.
- Bolayır, Nur :**Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, (Delillerin Toplanması).
- Bolayır, Nur, :“Medenî Usûl Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları”. E. Hanağası ve M. Göksu (Ed.), **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan,** C. I. Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, ss.555-585, (İspat).
- Boran Güneysu, Nilüfer : **Medenî Usûl Hukukunda Karar,** Adalet Yayınları, Ankara, 2014.
- Bork, Reinhard/Roth, Herbert (Hrsg.) :**Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung,** 23. Bası, Band 1, §§ 1-77, Mohr Siebeck, 2014. (**Bölüm Yazarı,** (Stein/Jonas))

Bork, Reinhard/Roth, Herbert (Hrsg.) :Stein/Jonas **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 23. Bası, Band 2, §§ 78-147, Mohr Siebeck, 2016. (**Bölüm Yazarı**, (Stein/Jonas))

Bork, Reinhard/Roth, Herbert (Hrsg.) :Stein/Jonas **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 23. Bası, Band 4, §§ 271-327, Mohr Siebeck, 2018. (**Bölüm Yazarı**, (Stein/Jonas))

Bork, Reinhard/Roth, Herbert (Hrsg.) :Stein/Jonas **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 23. Bası, Band 5, §§ 328-510c, Mohr Siebeck, 2015. (**Bölüm Yazarı**, (Stein/Jonas))

Börü, Levent :**Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016. (İddia ve Somutlaştırma).

Börü, Levent :Medenî Usûl Hukukunda Davaya Vekâlet Ehliyeti, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Özel Hukuk (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2006, (Vekalet).

Börü, Levent :“Sıfat ve Dava Takip Yetkisi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C: 27, S: 3, Eylül 2011, ss. 249-278 (Sıfat).

Bracher, Nicolas :**Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess**, Basel, 2011.

Brunner, Alexander/Gasser, Dominik/Schwander, Ivo (Hrsg.) :**Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO**, 2. Bası, DIKE, Zürich-St.

Gallen, 2016, (Bölüm Yazarı, (Brunner/Gasser/Schwander)).

Budak, Ali Cem :“Alangoya’ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 2, 2019, ss. 33-43, (Yargılamanın Amacı).

Budak, Ali Cem, :“İspat Hukuku Açısından Hekimin Meslek Sırrı”, **Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu**, 2008, ss. 545-555, (Meslek Sırrı).

Budak, Ali Cem :“Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV**, Ankara, 2005, ss. 128-187.

Budak, Ali Cem :“Türk Medenî Usûl Hukukunda Tıbbi Deliller”, **YÜHFD**, 2016, C. 3, S. 2, Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, ss. 337-356. (Tıbbi Deliller).

Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, :**Medenî Usûl Hukuku**, Güncellenmiş 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.

Burckhardt, Walter :“Vom Rechtszwang”, **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, Vol. 29, No. 2 (Februar 1936), ss. 163-174.

Büyükkay, Yusuf :“Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **AÜEHFD**, C. VIII, S. 1-2 (2004), ss. 383- 396.

Canpolat, Şerafettin :**Usûl Hukukunda Tanık ve Psikolojisi**, Kemal Matbaası, Adana, 1974.

- Çelikoğlu, Cengiz Topel :“Medenî Usûl Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi”, **TBB Dergisi**, 2012/(100), ss. 281-316. (Bilgi ve Delil).
- Çelikoğlu, Cengiz Topel :**Medenî Usûl Hukukunda Avukatın Delil Toplaması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, (Delil Toplaması).
- Çiçekli, Ali Fuat :“Hukuk Yargılamasında Taraf Vekili Avukatın Tanıklılığı”, **Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2021(1), ss. 33-71.
- Çiftçi, Pınar :“Boşanma Davalarında Delillerin Gösterilmesine ve İbrazına İlişkin Güncel Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararlarının (Önemli Bir İçtihat Değişikliğinin) Değerlendirilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2018, ss. 15-61. (Delillerin Gösterilmesi)
- Çiftçi, Pınar :“Pandemi Sürecinde Yargının İşleyişine İlişkin Alınan Tedbirlerin Türk Medenî Yargılama Hukukunda Yargısal Temel Haklar ve Özel Olarak Doğrudanlık İlkesi Üzerinde Yarattığı Etkiler”, <https://blog.lexpera.com.tr/pandemi-surecinde-yarginin-isleyisine-iliskin-alinan-tedbirlerin-turk-medeni-yargilama-hukukunda-yargisal-temel-haklar-ve-ozel-olarak-dogrudanlik-ilkesi-uzerinde-yarattigi-etkiler/>, erişim tarihi 10.10.2023.
- Çiftçi, Pınar :**Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları**, Adalet, Ankara, 2018 (İspat Hakkı).
- Demir, Samsun :“Gazetecilerin Tanıklıktan Çekinme Hakkı”. **İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi**, S. 1-2 (Temmuz 2015), ss.187-190.

- Deren Yıldırım, Nevhis :**Türk, İsviçre ve Alman Medenî Usûl Hukukunda, Kesin Hükmün Subjektif Sınırları**, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1996.
- Direnisa, Efe, :“Medenî Usûl Hukukunda Keşfe Katlanma Zorunluluğu”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:18, Sayı: 2, Temmuz 2019, ss. 257-317.
- Dişel, Buse :**Dava Takip Yetkisi**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Donay, Sühely :**Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul, 1978.
- Dönmez, Zeynep :“Kökenin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişkinine Yönelik Bir Değerlendirme” **TAAD**, Yıl:9, Sayı:36 (Ekim 2018), ss. 171-195.
- Dural, Mustafa/Öz, Turgut :**Türk Özel Hukuku, Cilt IV Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Dursun, Gizem :“Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı- 2017, ss. 2955-2996.
- Ege, Önder :**Medenî Usûl Hukukunda Keşif**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- Ercan, İbrahim :“Medenî Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1992.

- Erdem, Ercüment H. :“Tahkimde Delil Toplama ve Belge İbrazı Açısından Mahkemelerin Rolü”, **Hukuk Postası 2019**, Editör: Erdem, Ercüment H., Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, ss. 158-165.
- Erdönmez, Güray :“Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış”, **Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 2009, ss. 223-239, (Gizli Yargılama).
- Erdönmez, Güray :“Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 87 Sayı:2013/5, ss. 15-53. (Delillerin Gösterilmesi).
- Erdönmez, Güray :**Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti**, 2.Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, (Belgelerin İbrazı).
- Erem, Faruk :“Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 1, S. 1 (Mart 1943), ss. 35-72.
- Eren, Abdurrahman :**Anayasa Hukuku Ders Notları**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Erişir, Evrim :**Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti**, Güncel Hukuk Yayınevi, İzmir, 2007, (Taraf Ehliyeti).
- Erişir, Evrim :**Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, (Geçici Hukukî Koruma).

- Ertanhan, Mesut :**Medenî Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Erturgut, Mine :**Medenî Usûl Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, (Elektronik İmzalı Belge).
- Feyzioğlu, Metin :**Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Us-a Yayıncılık, Ankara, 1996.
- Frank, Richard/Sträuli, Hans/Messmer, Georg (Hrsg.) :**Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung** 3. Baskı, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich ,1997.
- Gasser, Dominik/Rickli, Brigitte :**Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurzkomentar**, Dike, Gallen, 2014.
- Gayretli Aydın, Seda :“Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, ss. 2101-2126.
- Gaul, Hans Friedhelm :**Yargılamanın Amacı- Güncelliğini Koruyan Bir Konu, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku**, çev. Nevhis Deren- Yıldırım, 3. Baskı, İstanbul 2002.
- Gehri, Myriam A./Jent-Sørensen, Ingrid/Sarbach, Martin :**ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung**, 2. Baskı, Orell Füssli, Zürich, 2015, (**Bölüm Yazarı**, (Gehri/ Jent-Sørensen/ Sarbach)).
- Gottwald, Peter :“Die Stellung des Sachverständigen und seines Gutachtens im deutschen Zivilprozess”, **Ritsumeikan**

Law Review Nr. 36, 2018, ss. 121-133 (Die Stellung des Sachverständigen).

Göksu, Mustafa, :“(Hukuk Yargılamasında) Vakıa ve Hukuk”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt 1**, ss. 323-350. (Vakıa ve Hukuk)

Göksu, Mustafa, :**Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011. (Elektronik Delil).

Göksu, Tarkan :“Urkundenedition nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung” **ZZZ** 26/2011 S. 91 ss. 91-98.

Göktürk, Neslihan :“Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XX, Y:2016, S. 1, ss. 347-410.

Görgün, Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet :**Medenî Usûl Hukuku**, 13.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.

Gözler, Kemal :**Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II**, Ekin, Bursa, 2020.(Anayasa Hukuku)

Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel, :**İdare Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 24. Baskı, Ekin, Bursa, 2022.

Gözler, Kemal :**İdare Hukuku, Cilt II**, Gürsel Kaplan’ın Katkılarıyla Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.

Gözler, Kemal :**İngilizce Karşılıklarıyla Hukukun Temel Kavramları**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2010.

- Gözübüyük, Şeref :**Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, 28. Bası, Ankara, 2008.
- Guldener, Max :**Schweizerisches Zivilprozessrecht**, Zürich, 1979.
- Güralp, Ayşe Gülin :**Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Hukuku Sistemleri'ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Gürdoğan, Burhan :“Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 1956, Cilt: 11, S.3, ss. 258-285 (Vakıa ve Hukuk).
- Güzel, Abdulkadir/İncesu, Fatma/Demir, Meriç :**Rechtswörterbuch Deutsch-Türkisch**, 1. Baskı, Baden, 2001.
- Hanağası, Emel :**Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Hatipoğlu, Mehmet :“Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”, **TBB Dergisi** 2019 (143), ss. 181-220.
- Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (Hrsg.) :**Schweizerische Zivilprozessordnung – Berner Kommentar**, Stämpfli, Bern, 2012 (**Bölüm Yazarı**, (Hausheer/Walter)).
- Hauser, Robert, :**Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses**, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1974.
- Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya :**Medenî Hukuk**, 4. Bası, İstanbul, 2016.

- Henckel, Wolfram :**Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess**, Heidelberg 1961.
- Herzog, Peter, :**Die Editionsspflicht nach neuer zürcherischer Zivilprozessordnung, unter Berücksichtigung der Editionspflichten aufgrund des Bundesprivatrechtes**, ADAG Administration & Druck AG, Zürich, 1980.
- İçel, Kayıhan :“Gazetecilerin Tanıklıktan Çekinme Hakkı”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt: 1, Yıl: 1978, Sayı: 1, ss. 37 – 45.
- İyilikli, Ahmet Cahit :**Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- İzgi, Ömer/Gören, Zafer :**Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C.1**, Ankara 2002.
- Jauernig, Othmar/Hess, Burkhard :**Zivilprozessrecht**, C.H.Beck, München, 2011.
- Kaboğlu, İbrahim :**Özgürlükler Hukuku 1. İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, 7. Baskı, İmge Kitabevi, 2013.
- Kadioğlu, Nagehan :**Aile Mahkemelerinde Yargılama Usûlü, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı (Ekonomi Hukuku)**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.
- Kagan, Robert :“Adversarial Legalism”, **The American Way of Law**, Harvard Univ. Press 2001.
- Kale, Serdar :**Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010. (Taraf Ehliyeti).

- Kale, Serdar :“Sermaye Şirketlerinin Taraf Olduğu Yargılamada Şirket Ortaklarının Konumu” **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, C: 9, S: 25, ss. 243-259, (Sermaye Şirketleri).
- Kapani, Münci :**Kamu Hürriyetleri, Sekizinci Baskı (Tıpkı Basım)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Karaege, Özge :Medenî Usûl Hukukunda Tanıklıktan Çekinme Nedenleri ve Usûlü, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt I, Sayı I (2006), ss. 339-360.
- Karakuş, Uğur :Diplomasi Temsilcilerinin Hukuki Statüsü, Ayrıcalık ve Bağışıklıkları, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2015.
- Karayalçın, Yaşar :“Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, **AÜHFD**, C. 19, S.1, 1962, ss. 251-275.
- Karslı, Abdurrahim, : **Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, (Muhakeme).
- Karslı, Abdurrahim :**Medenî Usûl Hukukunda Usûlî İşlemler**, Kudret Yayınevi, İstanbul, 2001 (Usûlî İşlemler).
- Kavasoglu, Abdurrahman :Medenî Usûl Hukukunda Davada Temsil, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı**, İstanbul, 2007.
- Kaya, Mine :Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması, **ABD**, Yıl:68, Sayı: 2010/4, ss. 279-334.

- Keders, Johannes/Walter, Frank :“Langdauernde Zivilverfahren–Ursachen überlanger Verfahrensdauern und Abhilfemöglichkeiten”, **NJW** 2013, ss. 1697-1704.
- Keser-Berber, Leyla :“ ‘İmzalıyorum, O Halde Varım’, Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital imzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 2, Mayıs 2000, ss. 503-556.
- Kılıçoğlu, Ahmet :“Basın Özgürlüğünün Suistimali”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 13/3-4, ss. 385-388.
- Kılıçoğlu, Evren :**Medenî Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilmiş Deliller**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Hukuka Aykırı Delil).
- Kıyğı, Osman, Nazım :**Hukuk Sözlüğü**, Münih, 2010.
- Kiraz, Taylan Özgür :**İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması (İİK md. 68-70)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Koç, Evren :**Medeni Usul Hukukunda Belge Kavramı**, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2021
- Koç, Sermet :“Bilirkişilik ve Adli Tıp Kurumu”, **TBB Dergisi**, Sayı 50, 2004, ss. 144-151.
- Konuralp, Cengiz Serhat :**Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, **Yayımlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul, 2011, (Tahkim).

- Konuralp, Cengiz Serhat :**İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, (İhtiyati Tedbir).
- Konuralp, Haluk :**Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, (İspat).
- Konuralp, Haluk :**Medenî Usûl Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, (Yazılı Delil Başlangıcı).
- Konzen, Horst, :**Rechtsverhältnisse Zwischen Prozessparteien**, Duncker & Humblot, Berlin, 1976.
- Korkmaz, Ramazan :**Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, Güncellenmiş 2. Baskı, Oniki Levha, İstanbul, 2017.
- Köksoy, Mesut : “Borçlunun Konutunda Haciz Yapılması (İİK m. 79/A)”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Yıl: 9, Sayı: 24/1, ss. 327-367.
- Kummer, Max :**Grundriss des Zivilprozessrechts**, 3. Auflage, Stämpfli, Bern, 1978.
- Kurt Konca, Nesibe :**Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016 (Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü).
- Kurt Konca, Nesibe :**Medenî Usûl Hukukunda Alenîyet İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009 (Alenîyet).
- Kurt Konca, Nesibe, :“Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması”, **S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**

MİHBİR Özel Sayısı, ss.65-96. (Alenîyet İlkesinin Sınırlandırılması).

Kuru, Baki :“Hukuk Usûlünde Dava Sebebi”, **Makaleler**, İstanbul 2006, ss. 215 – 246 (Dava Sebebi).

Kuru, Baki :**Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, C. I-VI. Demir Yayıncılık, Ankara, 2001, (**Kuru**, C. I-VI).

Kuru, Baki :**İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (El Kitabı).

Kuru, Baki :**İcra ve İflâs Hukuku**, C.1, 3. Baskı, Evrim Dağıtım Yayıncılık, İstanbul, 1988.

Kuru, Baki :**Nizasız Kaza**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 156, Ankara, 1961.

Kuru, Baki/Aydın, Burak :**İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Küçükgüngör, Erkan : “Tıbbi Kayıtlarda Sır Saklama Yükümlülüğü”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı**, 7-8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları, ss. 554-576.

Landshut, Nathan :**Zeugnispflichten und Zeugniszwang im Zürcher Strafprozess**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich.

Leuch, Georg/Marbach, Omar/Kellerhals, Franz/Sterchi, Martin: **Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern**, Stämpfli Verlag AG Bern, 2000.

Leuenberger, Christoph/Uffer-Tobler, Beatrice: **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 2.Auflage, Stämpfli, Verlag AG Bern, 2016.

- Lücke, Wolfgang :**Zivilprozessrecht I, Erkenntnisverfahren und Europaisches Zivilverfahrensrecht**, 11. Auflage, C.H.Beck, München, 2020.
- Meier, Isaak :**Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre**, Zürich-Basel-Genf, 2010.
- Meriç, Nedim :“Türk ve Alman Hukukunda Tanık İfadesinin Değerlendirilmesi”, **Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, 2005, Cilt 1, Sayı 1, ss. 89-121, s. 904-905 (Tanık).
- Meriç, Nedim :**Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011 (Tasarruf İlkesi).
- Meriç, Nedim/Arslanpınar Tat, Tuğçe :“Elektronik Ortamda Duruşma ve Diğer Yargı Faaliyetlerinin İcrası”, **Dijital Çağda Medeni Yargı**, Adalet, Ankara, 2022, ss.189-242.
- Meriç, Nedim/Arslanpınar Tat, Tuğçe/Işık, Melih/Korkmaz, D. Nurdan/ Özkan Kızıllı, Barçın :**Olaylarla Tebligat Hukuku**, 3. Baskı, Oniki LevhaYayıncılık, İstanbul, 2022.
- Mıdık, Barış :“Medenî Yargıda E-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler”, <https://blog.lexpera.com.tr/medenî-yargıda-e-durusma-pilot-uygulamasi-ve-yarginin-elektronik-donusumu-uzerine-bazi-dusunceler/#:~:text=Doğrudanlık%20ilkesi%2C%20hâkîmin%20dava%20konusu,karar%20verme%20ihtimalini%20artırmış%20olacaktır>, erişim tarihi 10.10.2023.

- Muratoğlu, Tahir :“Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 19, Sayı: 30-31, ss. 77-147.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang :**Grundkurs ZPO**, C.H.Beck, München 2020 (Musielak/Voit, Grundkurs).
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.) :**Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz**, 20. Baskı, Franz Vahlen, München 2023 (**Bölüm Yazarı**, (Musielak/Voit)).
- Muşul, Timuçin :“Medenî Usûl Hukukunda Ara Kararları”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 4/4 (Ekim 1988), ss.217-262.
- Müller, Heinrich Andreas :**Der Verwaltungszwang**, Zürich, 1976.
- Nart, Serdar :“Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:9, S: 1, 2007, ss. 207-232.
- Nomer, Ergin :**Devletler Hususî Hukuku**, Yenilenmiş 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- Oğuz, Arzu/Yılmaztekin, Kadir/Üner, Ezel, (Editörler: Bektaş, Sezercan/Akipek Öcal, Şebnem) :**Fikri Mülkiyet Hukukunda Uzman Arabuluculuk**, Ankara, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe :**Kişiler Hukuku**, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- Oğuzman, M. Kemal /Öz, Turgut :**Borçlar Hukuku, C.1**, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe :**Eşya Hukuku**, 25. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- Okay, Sadık : “Meslek Sırrını İfşa”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.10, S.1, 1953, ss. 235-25.
- Oruç, Hami Şener :“Medenî Yargılama Hukukunda Tarafların İsticvabı”, **Yargıtay Dergisi**, 1990, Cilt: 16, Sayı:1-2, ss. 59-76.
- Okur, Nurdan :Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, **Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010.
- Önen, Ergun :**Medeni Yargılama Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.
- Öntan, Yaprak :Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.
- Örücü, Esin :“1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1975, Cilt: 41, Sayı: 3-4, ss. 145-161.
- Özbay, İbrahim/Aydemir, Fatih :“Aile Mahkemelerinde Kendisinden Yararlanılan Bir Uzman Olarak ‘Psikolog’ ”, **Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Mart 2024, Cilt:2, Sayı:1, ss. 1-42.

- Özbay, İbrahim/Erdem, Murat :“Bir Kurumsal Tahkim Merkezi Örneği: İberoamerikan Tahkim Merkezi”, **TAAD**, Yıl: 11, Sayı: 42, 2020, ss. 449-470.
- Özbay, İbrahim/Korucu, Yavuz :**Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, HMK m. 407-444**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Özbek, Mustafa Serdar :“Uzman Görüşünün Yargılamada Değerlendirilmesi”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, Ankara, 2017, Yıl:4, Sayı:1, ss. 63-162.
- Özbudun, Ergun :**Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Özçelik, Volkan :“Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi (İİK m. 80/4)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s.2909-2952, (Basım Yılı: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan.
- Özçelik, Volkan :**Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Özekes, Muhammet :“FSEK’De İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, **Legal Fikrî ve Sınaî Haklar Dergisi**, 2005, S. 1, ss. 78-87. (FSEK)
- Özekes, Muhammet :“HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, ss. 263-300 (Dilekçe).

- Özekes, Muhammet :**İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, (Temel Haklar ve İlkeler).
- Özekes, Muhammet :**İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, (İhtiyati Haciz).
- Özekes, Muhammet :**Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale**, Alfa Basın Yayın Dağıtım, İstanbul 1995, s.16 (Aslî Müdahale).
- Özekes, Muhammet :**Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı**, Yetkin, Ankara, 2003, (Hukukî Dinlenilme).
- Özekes, Muhammet/Seven, Vural/Meriç, Nedim :**Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- Özkan Koç, Sema Deniz :**İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Özkaya Feredenci, Özden :”Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.16, Özel Sayı 2014, s.813-830 (Basım Yılı 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan.
- Öztek, Selçuk :“Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 İnci Maddesi ile Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149 Uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler”, **Adalet Dergisi**, 2021/1 66. Sayı, ss.641-665. (Aleniyet İlkesi).
- Öztek Selçuk : “Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Uzman Görüşü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler ve

Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi”, İstanbul, 2008, ss. 179-189.

- Pekcanıtez, Hakan :“Hukukî Dinlenilme Hakkı”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir 2000, ss. 753-791 (Hukukî Dinlenilme).
- Pekcanıtez, Hakan :“Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl 65, Ekim 1999, ss. 21-42. (Aleniyet).
- Pekcanıtez, Hakan :“Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukukî Koruma Önlemleri”, **Makaleler Cilt I**, 2. Baskı, 2023, Oniki Levha Yayıncılık, ss. 781-822. (Tahkim)
- Pekcanıtez, Hakan :“Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi” **Prof. Dr. Saim Üstündağa Armağan**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, ss. 397-418, (Uzman Görüşü).
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet :**İcra ve İflâs Hukuku**, 11. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2024.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet :**Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 12. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2024.
- Pekcanıtez, Hakan/Özekes, Muhammed/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Ed.):**Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C.I-III**, 15. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017. (**Bölüm Yazarı**, Pekcanıtez Usûl).
- Pekcanıtez, Hakan/Meriç, Nedim :**Medenî Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale**, 2. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Pekcanıtez, Hakan/Simil, Cemil :**İcra - İflâs Hukukunda Şikâyet**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

- Peksöz, Vildan :**Medenî Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri**, 2. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer :**İcra Hukuku Esasları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, (İcra).
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer :**Medenî Usûl Hukuku Esasları**, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, (Usûl).
- Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus (Hrsg.) :**Prütting/Gehrlein Zivilprozessordnung Kommentar**, 14. Auflage, Luchterhand, Köln 2022 (**Bölüm Yazarı**, (Prütting/Gehrlein)).
- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.) :**Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 6. Baskı, C.H. Beck, München, 2020 (**Bölüm Yazarı**, MüKoZPO).
- Rosenberg, Leo/Schwap, Karl Heinz/Gottwald, Peter :**Zivilprozessrecht**, 18 Baskı, C.H. Beck, München 2018.
- Rüzgaresen, Cumhuri :**Medenî Muhakeme Hukukunda Usûl Ekonomisi İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Schätzle, Reinhold :**Das Kind im Zivilprozess, unter besonderer Berücksichtigung seiner Stellung, als selbstständig handelnde Partei**, Zürich, 1982.
- Seibel, Mark :“Der Sachverständige und die gerichtliche Leitung seiner Tätigkeit nach der ZPO”, **NJW**, 2014, s. 1628.
- Selçuk, Seyhan :“İcra ve İflâs Kanunu’nun 79/a maddesi Uyarınca Konutta Haciz”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 14(2), 2023, ss. 412-425.

- Serozan, Rona :**Çocuk Hukuku**, Genişletilmiş İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- Sert, Gürkan/Özçelik, Hatice/Yıldırım, Gülay :Türkiye'de Akıl Hastalığı Olan Hastalarda Zorla Yatırma ve Zorla Tedavi/ Hukukî ve Etik Sorunlar, **Lokman Hekim Dergisi- Lokman Hekim Journal**, 2019, C.9, S. 3, ss. 393-404.
- Shuman, Daniel :“The Origins of The Physician-Patient Privilege And Professional Secret”, **Southwestern Law Journal**, S. 39, 1985, ss. 661-687.
- Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik (Hrsg.) :**Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung**, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2017, (Bölüm Yazarı, (Spühler/Tenchio/Infanger))
- Stadler, Astrid :“Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozeß”, **NJW** 1989, s. 1206, ss. 1202-1209. (Unternehmensgeheimnissen).
- Stadler, Astrid :“Schriftliche Zeugenaussagen und pre-trial discovery im deutschen Zivilprozess”, **ZZP** 110. Band, Heft 2, 1997, ss. 137-165. (Schriftliche Zeugenaussagen).
- Staehelin, Adrian/Staehelin, Daniel/Grolimund, Pascal :**Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts**, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf, 2019.
- Stürner, Rolf/Stadler, Astrid :“BGH, 8. 1. 1985 — X ZR 18/84. Zum Besichtigungsanspruch des Patentrechtsinhabers”,

- JuristenZeitung**, 6. Dezember 1985, 40. Jahrg., Nr. 23 (6. Dezember 1985), ss. 1096-1105.
- Stürner, Rolf :“Die gewerbliche Geheimsphäre im Zivilprozess”, **Juristen Zeitung**, 40. Jahrgang, 17.05.1985, ss. 453-500. (Geheimsphäre).
- Stürner, Rolf :**Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976. (Aufklärungspflicht).
- Sulu, Muhammed :**Ticarî Sırların Korunması**, 3. Baskı, Oniki Levha, İstanbul, 2020.
- Sungurtekin Özkan, Meral :“Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medenî Yargılama Hukuku”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Özel Sayı 2009, Basım Yılı: 2010, ss. 553-574. (Sosyal Hukuk Devleti).
- Sungurtekin Özkan, Meral :**Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri**, Fakülteler Barış Kitabevi, İzmir, 2013. (Avukatlık Mesleği).
- Sungurtekin Özkan, Meral :**Türk Medenî Yargılama Hukuku**, Fakülteler Barış Kitabevi, İzmir, 2013, (Medenî Yargılama).
- Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph (Hrsg.) :**Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, 3. Bası, Schulthess, Zürich, 2016. (**Bölüm Yazarı**, (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger)).
- Sutter-Somm, Thomas/Seiler, Benedikt :**Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung Art. 1-408 ZPO**, Schulthess, Zürich, 2021.

- Tacir, Hamide :Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010.
- Tahiroğlu, Fatih :“Medeni Usûl Hukukunda Tanığın Hazır Bulunma Yükümlülüğü”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 2, 2021, ss. 617-644, (Hazır Bulunma Yükümlülüğü).
- Tahiroğlu, Fatih :**Medenî Usûl Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, (Re’sen Araştırma İlkesi).
- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi :**1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2018.
- Tanrıver, Süha :“Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri”, **Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler**, 1993-2011, Ankara, 2011 (Noter).
- Tanrıver, Süha :“Bilirkişinin Sorumluluğu”, **TBB Dergisi**, Sayı:56, 2005, ss.133-166, (Bilirkişinin Sorumluluğu).
- Tanrıver, Süha :“Hukuk Fakültesi Öğretim Üyeleri (Elemanları) Mahkemelerce Bilirkişilik Görevini Kabule Zorlanabilirler mi?” **TBB Dergisi**, 2011, (92), ss. 377-383 (Bilirkişilik Görevi).
- Tanrıver, Süha :**Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002 (Bilirkişinin Hukukî Statüsü).

- Tanrıver, Süha :**Hukukumuzda Bilirkişilik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, (Hukukumuzda).
- Tanrıver, Süha :**Medenî Usûl Hukuku C. I**, 5.Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2024 (Tanrıver, Medenî Usûl-I).
- Tanrıver, Süha :**Medenî Usûl Hukuku C. II**, 2.Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022 (Tanrıver, Medenî Usûl-II).
- Tanrıver, Süha :**Medenî Yargıda Bilirkişilik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, (Medenî Yargıda).
- Tanverdi, Mücahit :Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış, Doktora Tezi, İstanbul, 1991.
- Taş Korkmaz, Hülya :“Türk Hukukunda İhtiyati Tedbirler”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 1995, (İhtiyati Tedbir).
- Taş Korkmaz, Hülya :**Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi**, Oniki Levha, İstanbul, 2021. (Gerçek Taraf).
- Taş Korkmaz, Hülya :**Medenî Usûl Hukukunda İradi Taraf Değişikliği**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014. (İradi Taraf).
- Taşkın Adıyaman, Esra :**Medenî Usûl Hukukunda Tanıklıktan Çekinme Hakkı**, Ankara 2022.
- Taşpınar Ayvaz, Sema :“Zabıt Katiplerinin Reddi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:11, Özel S.: 2009**, ss. 595-615 (Basım Yılı: 2010).

- Taşpınar, Sema :“Bilirkişi Ücreti”, **(Bilirkişilik Sempozyumu 9-10 Kasım 2001)**, Ankara 2002, (Bilirkişilik).
- Taşpınar, Sema :“Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, **Prof. Dr. Faruk Erem’e Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını**, Ankara, 1999, ss. 759-787. (Amaç)
- Taşpınar, Sema :**Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001 (İspat Sözleşmeleri).
- Tercan, Erdal :“Medenî Usûl Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”. **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5 (1-2 (Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan)**, ss. 181-212, (Gerçeği Söyleme).
- Tercan, Erdal :“Türk Aile Mahkemeleri”, **AÜHFD.**, C. 52, S. 3, 2003, ss. 19-53.
- Tercan, Erdal :**Medenî Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, (İsticvap).
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Topuz Gökçen :**Medenî Usûl Hukukunda Karinelerle İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Toraman, Barış :“Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 2013, ss. 115-129. (Anglo-Amerikan).
- Toraman, Barış :**Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.(Bilirkişi).

- Tuğ, Ayşim/Elma, Cüneyt :“Ankara Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı 2004-2007 Verileri ile Babalık Testlerinin Değerlendirilmesi”, **Adli Tıp Dergisi**, Yıl: 2008, Sayı: 22, Cilt: 3, ss.15-21.
- Tuluay, Metin :“Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi”, **DÜHFD**, C. 1 S. 1, 1983, ss. 101-132, (Dava İlişkisi).
- Tuluay, Metin :**Delil Anlaşmaları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Tarihsiz. (Delil Anlaşmaları).
- Tunç Yücel, Müjgan :**HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Tutumlu, Mehmet Akif :“Hukuk Yargılamasında Delil İkamesinin Kapsamı, Şekli ve Zamanı”, **TBB Dergisi**, 1989/6, ss. 924-934. (Delil İkamesi).
- Tutumlu, Mehmet Akif :**Delillerin Gösterilmesi ve Toplanmasında Kesin Süre**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008. (Delillerin Gösterilmesi).
- Tüzüner, Özlem :“Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **AÜHFD**, C. 62, S. 4, 2013, ss. 1139-1166.
- Ulukapı, Ömer :“Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 3-4, Yıl 2001, ss. 191-207.
- Ulukapı, Ömer :**Medenî Usûl Hukuku**, 3. Baskı, Mimoza, Konya, 2015.
- Ulukapı, Ömer/Atalı, Murat :**Noterlik Hukuku**, Mimoza, Konya, 1994.

- Umar, Bilge :**Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2 Baskı, Yetkin, Ankara 2014. (Şerh)
- Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder :**İsbat Yüğü**, 2. Bası, İstanbul 1980.
- Uysal, Merve :“Türk ve Alman Medenî Usûl Hukukunda Tanık İfadelerinin Değerlendirilmesinde Tecrübe Kuralları”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:26, Sayı:1, 2022, ss. 329-366.
- Üçüncü, S. Hilal :**Medenî Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Ünal Kaya, Hilal :“Türk ve Alman Medenî Usûl Hukukunda Karşı Tarafın Elindeki Belgeye Ulaşabilme İmkânları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 67 (4), 2018, ss.783-806.
- Ünal Kaya, Hilal :**Die Mitwirkungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund letzter Reformen in Deutschland und der Türkei**, Peter Lang GmbH, Berlin, 2018.
- Üstündağ, Saim :**İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul, 2004, (İcra).
- Üstündağ, Saim :**Medenî Yargılama Hukuku**, 7. Bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, (Yargılama).
- Üstündağ, Saim :**İhtiyati Tedbirler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.
- van Gerven, Dirk :“Professional Secrecy in Europe”, **Professional Secrecy of Lawyers in Europe**, The Bar of Brussels, Cambridge Univ. Press 2013.

- Vogel, Oscar/Spühler, Karl :**Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz**, 7. Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern, 2001.
- Vorwerk, Volkert / Wolf, Christian (Hrsg.) :**“Beck'scher Online-Kommentar ZPO”**, 21. Edition, Verlag C.H.BECK, München, 2016. (**Bölüm Yazarı**, Vorwerk/ Wolf).
- Yardımcı, Taner Emre :**Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Yavaş, Murat :**“Medenî Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı”**, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015/2 Özel Sayı**, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, 2015, ss. 741-762, (İspat Yükü).
- Yavaş, Murat :**Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti**, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1999, (Delil Tespiti).
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem :**Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, Oniki Levha, İstanbul, 2013, (Arabuluculuk).
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem :**“HMK m. 293’teki Uzman Görüşü Kurumu ile Anglo Sakson Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması”**, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, Cilt:7, Sayı: 20, 2011/3, ss. 79-100, (Uzman Görüşü)
- Yeşilırmak, Ali :**Türkiye’de Ticarî Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem- Bilirkişilik**

ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

- Yıldırım, M. Fadıl :”Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Yıldırım, M. Kamil :“Medenî Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilmiş Deliller”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, İstanbul, 2007, ss. 861- 871, (Hukuka Aykırı Delil).
- Yıldırım, M. Kamil :**Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Kitap, İstanbul, 1990 (Delillerin Değerlendirilmesi).
- Yılmaz, Ejder :“Çocuk Hakları Bakımından Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 11, Özel S.: 2009, 2010, ss. 819-842, (Çocuk)
- Yılmaz, Ejder :“Usûl Ekonomisi İlkesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, C. 57, S.1, ss.243-274.
- Yılmaz, Ejder :**Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt 1**, Yetkin Ankara, 2001, (Geçici Hukuki Himaye C:1).
- Yılmaz, Ejder :**Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt 2**, Yetkin Ankara, 2001, (Geçici Hukuki Himaye C:2).
- Yılmaz, Ejder :**Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 1-3**, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021. (Yılmaz, Şerh 1-3).
- Yılmaz, Ejder :**Hukuk Sözlüğü**, 4. Baskı, Ankara 2011.

- Yılmaz, Ejder :**İslah**, 4.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Yılmaz, Ejder :**Medenî Yargılama Hukukunda Yemin**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Yurtbaşı, Fatih :**Medenî Usûl Hukukunda Keşif, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015.
- Wagner, Gerhard :“Urkundenedition durch Prozesspartien- Auskunftspflicht und Weigerungsrechte”, **Juristen Zeitung**, 20. Temmuz 2007, 62. Jahrg., Nr. 14 (20 Temmuz 2007), ss. 706-719.
- Walter, Gerhard :**Freie Beweiswürdigung**, Tübingen, 1979.
- Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A. :**Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Vierter Band §§ 253–299a**, 5., neu bearbeitete Auflage, Walter de Gruyter GmbH, Berlin-Boston, 2023 (**Bölüm Yazarı**, (Wieczorek/Schütze)).
- Zor, Burç Volkan :“Disiplin Hukukunda Uygulanan İdari Usûl İlkeleri”, **TBB Dergisi** 2021 (155), ss. 331-377.
- Zora, Fatih :**Anglo-Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Zöller, Richard :**Zöller Zivilprozessordnung**, 34. Auflage, Ottoschmidt, Köln, 2022, (**Bölüm Yazarı**, Zöller).

Elektronik Kaynaklar

Beck-Online Dijital Veri Tabanı	: beck online.beck.de
Legalbank Elektronik Veri Tabanı	: legalbank.net
Lexpera	: lexpera.com.tr
Swisslex Dijital Veri Tabanı	: www.swisslex.ch/de/
Yargıtay Karar Arama Bilgi Bankası	: karararama.yargitay.gov.tr



ÖZGEÇMİŞ

Adı ve Soyadı	Döne Nurdan KORKMAZ ÇETİN
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	İsmail Safa Özler Anadolu Lisesi (Almanca)
Lisans Diploması	Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi (%50 Burslu)
Tezli Yüksek Lisans Diploması	Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı (Tam Burslu)
Yüksek Lisans Tez Konusu	İcra Hukukunda Rehin Açığı Belgesi
Yabancı Dil/Diller	İngilizce, Almanca
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Adana Barosu-Stj. Av. (2015-2016)
Çalıştığı Kurumlar	Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi (Eylül, 2016-Halen)
YAYINLAR	
- Korkmaz, D. Nurdan, “Tebliğatin Yapılamaması ve Tebellüğden İmtina Edilmesi” (Meriç, Nedim/Arslanpınar Tat, Tuğçe/Işık, Melih/Korkmaz, D. Nurdan/Özkan Kıdıl, Barçın), Olaylarla Tebligat Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 3. Baskı, 2022. - Korkmaz, D. Nurdan, “Değiştirilen Adresin Bildirilmesi Zorunluluğu ve Bu Zorunluluğa Uyulmaması Durumunda Tebligat” (Meriç, Nedim/Arslanpınar Tat, Tuğçe/Işık, Melih/Korkmaz, D. Nurdan/Özkan Kıdıl, Barçın), Olaylarla Tebligat Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 3. Baskı, 2022. - Korkmaz, D. Nurdan, “Vergi Usûl Kanunu’na Göre Tebligat” (Meriç, Nedim/Arslanpınar Tat, Tuğçe/Işık, Melih/Korkmaz, D. Nurdan/Özkan Kıdıl,	

Barçın), Olaylarla Tebligat Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 3. Baskı, 2022.

- Korkmaz, D. Nurdan, “Tarafların Davasını Takip Edebilecek Ehliyetinde Olmaması”, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, Cilt:16, Sayı:45, 2020, ss. 221-276.
- Uluğ Cicim, İlknur/Korkmaz, D. Nurdan, “Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Sigortacı Aleyhine Açtığı Davanın Medenî Usul Hukukuna Ait Bazı Hükümler Bakımından İncelenmesi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:10, Sayı:1, Haziran 2020, ss. 53-93.
- Korkmaz, D. Nurdan, İcra Hukukunda Rehin Açığı Belgesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.