



**HUKUK YARGILAMASINDA
SOMUTLAŖTIRMA YÜKÜ**

Taner Emre YARDIMCI

**Doktora Tezi
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
2017
Her Hakkı Saklıdır**

**T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

Taner Emre YARDIMCI

HUKUK YARGILAMASINDA SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ

DOKTORA TEZİ

**TEZ YÖNETİCİSİ
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY**

ERZURUM - 2017



T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ



TEZ BEYAN FORMU

02/03/2017

SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

BİLDİRİM

Atatürk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğine göre hazırlamış olduğum "*Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*" adlı tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin/raporumun kağıt ve elektronik kopyalarının Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

Lisansüstü Eğitim-Öğretim yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

☐ Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

☐ Tezim/Raporum sadece Atatürk Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.

☒ Tezimin/Raporumun 2 (iki) yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin tamamı her yerden erişime açılabilir.

Taner Emre YARDIMCI

Tarih:02/03/2017

İmza:



T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY'ın danışmanlığında, Taner Emre YARDIMCI tarafından hazırlanan bu çalışma 02/03/2017 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

İmza:

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

İmza:

Jüri Üyesi : Doç. Dr. Metin İKİZLER

İmza:

Jüri Üyesi : Doç. Dr. Varol KARAASLAN

İmza:

Jüri Üyesi : Yrd. Doç. Dr. Özgür TEMİZ

İmza:

Yukarıdaki imzalar adı geçen öğretim üyelerine aittir. 02/03/2017

Prof. Dr. Mehmet TÖRENEK
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Müdürü

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	VII
ABSTRACT	IX
KISALTMALAR DİZİNİ	XI
ÖNSÖZ.....	XIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

1.1. SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ KAVRAMI VE SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜNÜN YARGILAMADAKİ İŞLEVİ	3
1.1.1. Somutlaştırma Yükü Kavramı	3
1.1.2. Somutlaştırma Yükünün İşlevi	7
1.2. SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ VE DİĞER TEMEL USULÎ YÜKLER.....	14
1.2.1. İddia Yükü Kavramı	14
1.2.2. İnkâr Etme Yükü Kavramı	20
1.2.3. Delil İkame Yükü Kavramı	28

İKİNCİ BÖLÜM

SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİ

2.1. SOMUTLAŞTIRILMASI GEREKEN VAKIALARIN TAYİNİ.....	39
2.1.1. Hukuk Kuralları ve Tecrübe Kuralları	39
2.1.1.1. Yabancı Hukuk	41
2.1.1.2. Tecrübe Kuralları.....	44
2.1.2. Somutlaştırılması Gereken Vakıaların Tayini	46
2.1.2.1. Vakıanın Hukukî Açından Önem Arz Eden Vakıa Niteliğinde Olması	47
2.1.2.1.1. Hukuk Kuralının Koşul Unsurlarını Doğrudan Karşılıyan Vakıalar	47
2.1.2.1.2. Hukuk Kuralının Koşul Unsurlarını Dolaylı Olarak Karşılıyan Vakıalar	51
2.1.2.2. Vakıanın Karşı Tarafça Reddedilerek Çekişmeli Hâle Getirilmesi.....	54

2.1.3. Hukuk Kuralının Koşul Unsurunu Karşılmasına ve Çekişmeli Olmasına Rağmen Somutlaştırılması Gerekmeyen Vakıalar	57
2.1.3.1. Çifte Etkili Vakıalar	57
2.1.3.2. Herkesçe Bilinen Vakıalar	59
2.1.3.3. Kanunî Karineler	63
2.1.4. Somutlaştırma Ölçüsünün Tayin Edilmesinde Göz Önünde Tutulması Gereken Hususlar	69
2.1.4.1. Dava Açılırken Benimsenmiş Asgari Koşullar ve İnkâr Etme Yükünün Kabul Edilip Edilmediği	71
2.1.4.2. İddiada Bulunan Tarafın Bilgi Seviyesi	74
2.1.4.3. Uygulanabilecek Bir Tecrübe Kuralının Varlığı	77
2.2. İSPAT KONUSUNUN BELİRTİLMESİ VE DELİLLER İLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ	79
2.2.1. İlişkilendirme Yükü Yerine Getirilirken İspat Konusunun Bildirilmesi ve Deliller ile İrtibatlandırılması Gerekliliği	80
2.2.1.1. Delil Keşfi Usulü	80
2.2.1.2. Uyuşmazlığa İlişkin Vakıalar Hakkında Bilgi Edinme ve Delilleri Elde Etme Yasağı	83
2.2.1.3. İspat Konusunun ve Delillerin Belirtilmesinin Önemi	85
2.2.2. İlişkilendirme Yükünün Kapsamının Genişletilmesi Sorunu	87
2.2.2.1. Delillerin Mahkemeye Verilmesi	87
2.2.2.1.1. Delilin Aslının veya Örneğinin Verilmesi	87
2.2.2.1.2. Yabancı Dilde Tanzim Edilmiş Belgeler	90
2.2.2.1.3. İlişkilendirme Yükünün Yerine Getirilmesinde Yaklaşık İspat Şartının Aranması	91
2.2.3. İspat Konusunun Bildirilmesinin Delil Türleri Bakımından Önemi	93
2.2.3.1. Yemin Delilinde	93
2.2.3.2. Belge Delilinde	95
2.2.3.3. Tanık Delilinde	98
2.2.3.4. Keşif ve Bilirkişi Delillerinde	99
2.2.4. Hangi Delile Dayanıldığı Belirtilerek Vakıa-Delil İlişkisi Kurulması ve Delillerin Hasredilmesi	101

2.2.4.1. Hangi Delile Dayanıldığıının Bildirilmesi Zorunluluğu	102
2.2.4.1.1. Her Bir Vakıanın Hangi Tanık ile İspat Edileceğinin Belirlenmesi ve Tanık Hakkında Bilgilerin Açıklanması	104
2.2.4.1.2. Delil Olarak Dayanılan Belgenin Tayin Edilmesini Sağlayacak Bilgilerin Açıklanması	105
2.2.4.2. Vakıa-Delil İlişkisinin Kurulması ile Delillerin Hasredilmesi	111
2.2.4.2.1. Dilekçeler Aşamasının Sona Ermesi Sonrasında Delillerin Hasredildiğinin Kabulü	111
2.2.4.2.2. Belirli Bir Vakıa ile İlişkilendirilen Bir Delilden Başka Bir Vakıanın Gerçekleşip Gerçekleşmediğinin Anlaşılması	118

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KARŞI TARAFIN SOMUTLAŞTIRMAYA KATILMA ZORUNLULUĞU VE BUNA YÖNELİK ARAÇLAR

3.1. KARŞI TARAFIN SOMUTLAŞTIRMAYA KATILMASINA YÖNELİK

UYGULAMA VE ÖĞRETİDE GELİŞTİRİLEN ARAÇLAR	121
3.1.1. Eda Davası Açılması veya Basamaklı Dava Açılması	122
3.1.1.1. Maddî Hukuka Göre Bilgi Verme Zorunluluğu	122
3.1.1.2. Eda Davası ya da Basamaklı Dava Açılması	125
3.1.2. Talî Somutlaştırma Yükü Gereği Karşı Tarafın Davanın Esasına İlişkin Vakıalar Hakkında Açıklama Yapmasının Sağlanması	127
3.1.2.1. Talî Somutlaştırma Yükünün Devreye Girmesi İçin Aranan Şartlar ve Karşı Taraftan Savunmada Bulunmasının Beklenmesi	128
3.1.2.2. Türk Hukukunda Talî Somutlaştırma Yükünün Uygulanması.....	133
3.1.3. Taraflar İçin Genel Bir Aydınlatma Ödevinin Kabulü.....	134
3.1.3.1. Aydınlatma Ödevinin Şartları ve Karşı Taraf Aleyhine Doğurduğu Yükümlülükler.....	135
3.1.3.2. Aydınlatma Ödevine Yönelik Eleştiriler ve Bunlara Verilen Cevaplar.....	138
3.1.3.3. Aydınlatma Ödevinin Türk Hukukunda Uygulanması.....	142
3.1.3.3.1. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tarafların Aydınlatma Ödevi.....	143

3.1.3.3.2. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapma Gerekliği	145
3.1.4. İspatın Engellenmesine Sebep Olan Taraf Aleyhine Bazı Sonuçların Doğacağıın Kabul Edilmesi.....	148
3.2. KARŞI TARAFIN SOMUTLAŞTIRMAYA KATILMASINA YÖNELİK KANUNDA AÇIKÇA ÖNGÖRÜLEN ARAÇLAR	151
3.2.1. İsticvap ile Karşı Tarafın Açıklama Yapmasının Sağlanması.....	151
3.2.1.1. İsticvabın Hukukî Niteliği ve Taraflar Arasında Bilgi Dağılımındaki Dengesizliğin Yarattığı Durumun Yargılamaya Etkisi.....	152
3.2.1.1.1. İsticvabın Hukukî Niteliği.....	152
3.2.1.1.2. Bilgi Dağılımındaki Dengesizlik	155
3.2.1.2. Bilgi Dağılımındaki Dengesizliğin Giderilmesinde İsticvabın Elverişli Olup Olmadığı.....	161
3.2.1.3. Karşı Tarafın Somutlaştırmaya Katılması için İsticvaptan Nasıl İstifade Edilmesi Gerektiği	163
3.2.2. Belgelerin İbrazının Sağlanması ve Somutlaştırmaya Yönelik Hususların İbraz Sonrasında Açıklanması.....	168
3.2.2.1. Karşı Tarafın Elindeki Belgenin İbrazına Karar Verilmesinin Şartları.....	168
3.2.2.2. İbraz Sonrasında Somutlaştırmaya Yönelik Hususların Açıklanması....	172
3.2.3. Keşif Konusu Şeyin Tevdi Edilmesi veya Keşif İcrasına Katlanılması	174
3.2.3.1. Keşif İcrasına Katkıda Bulunma Yükünün Doğmasının Şartları	174
3.2.3.2. Keşif Konusunun İncelenmesi ve Somutlaştırmaya Yönelik Açıklamaların Yapılabilmesi	176
3.2.4. Delil Tespiti Sonrası Elde Edilen Bilgiler Çerçevesinde Somut Vakıa İddialarına Dayanan Bir Dava Açılabilmesi	177
3.2.4.1. Delil Tespitine Karar Verilmesinin Şartları ve Delil Tespiti Aşamasında Değerlendirilebilecek Deliller	177
3.2.4.1.1. Delil Tespitine Karar Verilmesi.....	178
3.2.4.1.2. İncelenebilecek Deliller Bakımından Sınırlandırma.....	182
3.2.4.2. Karşı Tarafın Somutlaştırmaya Katılması	184

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜNÜN

YERİNE GETİRİLMEMESİNİN SONUÇLARI

4.1. İDDİA YÜKÜ ALTINDAKİ TARAFIN SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜNÜ

YERİNE GETİRMEMESİ..... 189

4.1.1. Dayanılan Vakıaların Somutlaştırılmaması..... 190

4.1.1.1. Aydınlatma Ödevi Çerçevesinde Somutlaştırma Gerekliliğine Dikkat

Çekilmesi 190

4.1.1.2. Uyuşmazlığın Mevcut Duruma Göre Karara Bağlanması..... 195

4.1.1.2.1. Usule İlişkin Karar Verileceği Yönündeki Görüşler ve Bunların

Değerlendirilmesi..... 196

4.1.1.2.2. Esasa İlişkin Karar Verileceği Görüşü ve Değerlendirilmesi..... 202

4.1.1.3. Doğrudan Bilirkişi İncelemesine Karar Verilmesi 204

4.1.2. Vakıa-Delil İlişkinin Kurulmamış Olması..... 207

4.1.2.1. İlişkilendirme Yükünün Yerine Getirilmesi Gerekliliğinin Hâkim

Tarafından Hatırlatılması..... 207

4.1.2.2. Uyuşmazlığın Mevcut Duruma Göre Karara Bağlanması..... 212

4.2. KARŞI TARAFIN SOMUTLAŞTIRMAYA KATILMA

ZORUNLULUĞUNA UYMAMASI..... 213

4.2.1. Aleyhine Katılma Zorunluluğu Doğan Tarafın Somutlaştırmaya

Katılmasının Beklenebilir Olması 214

4.2.1.1. Somutlaştırmaya Yönelik Bilgi Verebilecek Konumda Olma 216

4.2.1.2. İmtina Etmeyi Haklı Kılan Bir Sebebin Mevcut Olmaması..... 219

4.2.1.2.1. Somutlaştırmaya Katkıda Bulunması Beklenen Tarafın Gizli

Tutulmasında Menfaati Olan Bilgiler 221

4.2.1.2.2. Karşı Tarafın Gizli Tutulmasında Menfaati Olan Bilgileri

Koruyacak Şekilde Yargılama Yapılması..... 228

4.2.2. Katılma Zorunluluğunun Yerine Getirilmesi Gerekliliğine Hâkim

Tarafından Dikkat Çekilmesi 234

4.2.3. Somutlaştırma Yükünün Yerine Getirilmesine Katkıda Bulunulmamasına

Bağlanan Yaptırım 235

4.2.3.1. Maddî Hukuka Dayalı Bilgi Verme Yükümlülüğünün İhlalinde 236

4.2.3.2. Talî Somutlaştırma Yükünde Ayrıntılı İnkârda Bulunulmamasında.....	237
4.2.3.3. Aydınlatma Ödevinin Gereklerine Uyulmamasında	239
4.2.3.4. İspatın Engellenmesine Yönelik Bir Tutumda Bulunulmasında	239
4.2.3.5. Delil Olarak Dayanılan Belgenin İbraz Edilmemesinde veya Keşif Yapılmasına Katkıda Bulunulmamasında	242
4.3. SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜNÜN TAKDİRİNDE HATA EDİLMESİ	
HÂLİNDE MAHKEMECE VERİLECEK KARARIN HUKUKÎ DENETİMİ	246
4.3.1. Olağan Kanun Yolları	248
4.3.1.1. İstinaf.....	248
4.3.1.2. Temyiz	253
4.3.2. Olağanüstü Kanun Yolu	256
4.3.3. Ulusal ve Uluslararası Boyutta Temel Yargısal Hak İhlaline Dayalı Denetim	257
4.3.3.1. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru	257
4.3.3.2. AİHM'e Bireysel Başvuru	259
SONUÇ.....	261
KAYNAKÇA	280
EKLER.....	302
EK I. ALMAN MEDENİ USUL KANUNU'NUN İLGİLİ HÜKÜMLERİ.....	302
EK II. İSVİÇRE MEDENİ USUL KANUNU'NUN İLGİLİ HÜKÜMLERİ.....	306
EK III. AVUSTURYA MEDENİ USUL KANUNU'NUN İLGİLİ HÜKÜMLERİ	309
EK VI. FRANSIZ MEDENİ USUL KANUNU'NUN İLGİLİ HÜKMÜ	310
ÖZGEÇMİŞ.....	311

ÖZET

DOKTORA TEZİ

HUKUK YARGILAMASINDA SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ

Taner Emre YARDIMCI

Tez Danışmanı: Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

2017, 311 sayfa

Jüri: Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK
Doç. Dr. Metin İKİZLER
Doç. Dr. Varol KARAASLAN
Yrd. Doç. Dr. Özgür TEMİZ

Taraflarca getirilme ilkesi gereğince maddî vakıaları yargılamaya dâhil etmek taraflara bağlıdır. Mahkeme, kararını yalnızca taraflarca ileri sürülmüş ve ispat edilmiş vakıalara dayandırabilir. Yalnızca çekişmeli vakıalar hakkında delillerin değerlendirilmesi gerekir. Şayet yeterli ölçüde somutlaştırılmamış bir vakıa iddiası karşı tarafça inkâr edilir ise, hâkim, gösterilmiş delili değerlendirmeyecektir. Bu yüzden, taraflardan her biri, kendi iddiası lehine olmak üzere, ilgili vakıaları somutlaştırmalıdır. Bu çalışmanın amacı, vakıa iddialarının taraflarca nasıl somutlaştırılabileceğini ve usul hukukunda hangi araçların bu yönde taraflara yardımcı olacağını tespit etmektir.

Uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinme ve delilleri elde etme yasağı gereği, ilgili vakıaları ortaya koymak ve delilleri belirtmek taraflara ait bir görevdir. Eğer dava konusu vakıa iddiası belirsiz bir şekilde ifade edilirse, dava reddedilecektir. Re'sen araştırma ilkesi uygulanmadığı sürece, iddia yükü taraflardadır. Maddî hukuk kuralında öngörülmüş bütün vakıaların somutlaştırılması için gerekli olan her bir ayrıntı ileri sürülmelidir. Taraflar, ilke olarak, davayı ilgilendiren vakıaları araştırmak ve toplamak için kendi kaynaklarına dayanmalıdırlar.

Bazı durumlarda, davalı taraf, davacının vakıa iddialarını somutlaştırabilmek için ihtiyaç duyacağı bütün yararlı bilgilere sahip olabilir. Bu yüzden, davacıya yardımcı olacak bilgi araçları mevcut olmalıdır. Alman Medeni Usul Kanununa kıyasla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda çok sınırlı bilgi araçları vardır. Her şeyden önce, AMUK m. 254'de düzenlenmiş basamaklı dava gibi bir dava HMK'da öngörülmemiştir. Türk hukukuna göre bilgi talep edilmesine yönelik sözleşmede veya kanunda bu yönde bir imkân söz konusu olsa dahi, davacı, ayrı bir bilgi davası açabilirken; basamaklı dava açamaz. İddiaları somutlaştırmaya yönelik bütün gerekli bilgiler bilgi davası açıldıktan sonra elde edilebilir. Bu durumda, maddî hukukla tanınmış hakka ulaşılması kesinlikle çok fazla zaman alır. Basamaklı dava, davacının menfaatine hizmet edecek bir araçtır; fakat Türk hukukunda uygulanmamaktadır. Türk hukukunda bu hak (bilgi alma), zorunlu olarak ayrı bir davada talep edilebilir. Bunun yanında, Alman ve Türk hukukları arasında dava açılmadan önce bilgi temini hakkı açısından esaslı bir farklılık vardır. Türk hukuku, Alman hukuku kadar kanunî bilgi talep etme hakkı öngörmemiştir. Alman

hukukunda sözleşmede veya kanunda bir bilgi alma hakkı yer almasa dahi, belirli şartlar altında dürüstlük kuralı gereği, davacıya bu hak tanınabilmektedir. Türk hukuk sisteminde dürüstlük kuralının böyle bir uygulaması yoktur.

AMUK m. 138/2 hükmü uyarınca, inkâr edilmeyen vakıalar gerçeğe uygun olarak dikkate alınır. İddia edilmiş vakıaların genel bir şekilde inkârı çoğunlukla yeterlidir. Davacı iddiaları ayrıntılı bir şekilde somutlaştırdıktan sonra, davalı taraf, aynı şekilde ayrıntılı inkârda bulunmalıdır. İstisnai hâllerde, vakıa iddialarının daha ayrıntılı bir şekilde inkâr edilmesi beklenmektedir. Karşı tarafın cevabı daha belirgin olmalıdır; yoksa vakıa iddiasının davacının iddia ettiği gibi gerçeğe uygun olduğu varsayılır. HMK'da davalının vakıa iddialarına karşı çıkmasına yönelik usulî bir yük yoktur. Davalı tarafından reddedilmemiş vakıalar inkâr edilmiş sayılır. Bunun bir sonucu olarak, dava vakıalarını somutlaştırmaya yönelik bilgilerden yoksun olan davacı, somutlaştırma yükünden dolayı davayı kaybedebilir. Bu yüzden, eşitlik ilkesi gereği, karşı taraf, iddia edilmiş vakıaları ayrıntılı bir şekilde inkâr etmelidir. Türk hukukunda tarafların isticvabı bu anlamda faydalı bir araç olabilir. Her şeyden önce, bir tarafın isticvabı, HMK'da delil olarak düzenlenmemiştir. Belirli bir iddia hakkında sorguya çekilecek taraf, davate icabet etmelidir. Eğer davet edilen taraf gelmezse veya gelip de yöneltile soruya cevap vermezse, iddianın doğru olduğu varsayılır. Hâkim, taraflar arasında silahların eşitliğini sağlamak için, davacı taraf lüzumlu bilgiden yoksun ise, davalıyı sorguya çekmelidir. Bu durumda, davalı taraf, vakıa iddiasını ayrıntılı bir şekilde inkâr etmelidir. Böylece, bilgi eksikliği giderilmiş olur.

Alman hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da taraflar için bütün bilgiyi açıklama şeklinde bir ödev öngörülmemiştir. *Nemo tenetur* ilkesinin bir sonucu olarak, taraflardan her birinin karşı tarafa dava malzemesini sağlamakla yükümlü olmadığı kabul edilmiştir. Alman hukukundaki hâkim görüşe göre, davaya ilişkin gerekli bilgilerin taraflarca açıklanması şeklinde genel bir yükümlülüğün ihdas edilmesi usul hukukunun görevi değildir. Alman hukukunda, maddî hukuktaki bilgi talep edilmesine yönelik dava öncesi haklar, Türk hukukundakinden daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu yüzden, söz konusu bu yaklaşım, Alman hukukunda belirli ölçüde makul görülebilir. Fakat, bir davacı iddialarını somutlaştırmak için bilgiye ihtiyaç duyduğunda, Türk hukuku, dürüstlük kuralına dayalı bir bilgi talep etme hakkı sağlamamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vakıa, delil, taraflarca getirilme ilkesi, iddia yükü, inkâr etme yükü, somutlaştırma yükü, delil ikame yükü.

ABSTRACT**Ph. D. DISSERTATION****SUBSTANTIATION OF PROCESS MATERIALS IN CIVIL PROCEDURE****Taner Emre YARDIMCI****Advisor: Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY****2017, Page: 311**

**Jury: Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK
Assoc. Prof. Dr. Metin İKİZLER
Assoc. Prof. Dr. Varol KARAASLAN
Assist. Prof. Dr. Özgür TEMİZ**

According to the principle of party presentation (Verhandlungsgrundsatz), it is up to the parties to obtain the factual materials. The court bases its ruling only facts submitted and proved by the parties. Evidence may only be taken on the disputed facts. If a not sufficiently substantiated factual allegation is disputed by the other side, the judge will refuse to determine presented evidence. Therefore, every party must concretize related facts in favor of his claim. The aim of this study is to discover how the factual allegations may be substantiated by the parties and which devices of the civil procedure may help the parties in this regard.

Due to the prohibition of fishing expedition, setting out the relevant facts and stating evidence is a duty of the parties. If the factual allegation of the case is described in very vague notions, the claim will be rejected. As long as inquisitorial principle (Untersuchungsgrundsatz) is not applicable, the burden of submitting the facts (Behauptungslast) is left to the parties. Every necessary detail must be asserted to substantiate all elements prescribed by the material law. The Parties must mainly rely on their own sources to investigate and gather facts relevant to the case.

In certain cases, the defendant has all useful information which the plaintiff needs to substantiate his allegations. Therefore, there must be information devices to help the plaintiff. There are very limited information devices in Turkish Code of Civil Procedure with comparison of German Code of Civil Procedure. First of all, there is not provided such an action by stages (Stufenklage) with the meaning of Art. 254 German Code of Civil Procedure. Although there is a contractual or statutory claim for information under Turkish Law, the litigant can't file an action by stages, but an information action. All necessary information can be gathered to substantiate the allegations after the information action. In this case, it will certainly take a lot of time to reach the requested right granted by material law. Action by stage is a better device for the benefit of the plaintiff. But, it is not applicable in Turkish law. This claim has to be enforced mandatorily in separate lawsuit in Turkey. Furthermore, there is one essential difference between German and Turkish law in respect of information right prior to proceedings. Turkish material law does not regulate statutory claims as many as German law. Even if there is not provided a contractual or statutory claim for information in German law,

this right can be granted the plaintiff under certain circumstances based of good faith. There is not such an application of good faith in Turkish legal system.

Under Art. 138 (2) German Code of Civil Procedure, the alleged facts which are not challenged by the defendant deemed as true (*Geständnisfiktion*). It is sufficient often to contest generally the alleged facts. After the plaintiff substantiate allegations in detail, the defendant must contest in detail likewise. In exceptional cases, it is waited to rebut the factual allegations in more detailed way (*sekundäre Behauptungslast*). Thus, the opponent's response must be more precise, otherwise it will be assumed that the allegation is truthful as claimant indicated. There is not such a procedural obligation on the defendant to deny the allegations in Turkish Code of Civil Procedure. The alleged facts which are not challenged by the defendant deemed as rejected (*Bestreitungsfiktion*). As a result of this, the claimant in the lack of information to concretize all factual circumstances will lose the case because of the burden of substantiation. The opponent must be enforced to rebut the alleged facts in detail because of equity. Interrogation of the parties (*Parteivernehmung*) in this sense can be a useful device in Turkish Law. First of all, interrogation of a party is not regulated as an evidence in Turkish Code of Civil Procedure. The party which will be interrogated on a specific allegation must obey the invitation. If he does not appear or answer the question, the allegation will be deemed as true (*Geständnisfiktion*). The judge has to interrogate the defendant to establish equality of the parties (*Waffengleichheit*), when the claimant is in lack of information. In this case, the defendant will have to deny the factual allegation in a detailed way. Consequently, the paucity of information may be compensated in this way.

As in Germany, there is not provided a general duty (*allgemeine Aufklärungspflicht*) for the parties to disclose all information in Turkey. As a result of the *nemo tenetur principle*, it is accepted that no party is obliged to provide his opponent with the materials. According to prevailing view in German Law, it is not a task of civil procedural law to establish such a general duty to disclose all necessary information. In German Law, pre-process rights from the material law to demand information has a broader scope of application than in Turkish Law. Therefore, this approach may be seen reasonable to a certain extent in German Law. But, Turkish substantive law does not provide a claim for information based on good faith, when a potential litigant needs information to concretize his allegations. A general duty for the parties to provide a complete and truthful account of the facts must be regulated in Turkish Code of Civil Procedure.

Key Words: Fact, evidence, the principle of party presentation, the burden of submitting the facts, the burden of challenging the facts, the burden of substantiation, the burden of giving evidence.

KISALTMALAR DİZİNİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AJP	: Aktuelle juristische Praxis
AMKİHK	: Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve İşleyişi Hakkında Kanun
AMUK	: Almanya Medeni Usul Kanunu
AnwBL	: Anwaltsblatt
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av. K.	: Avukatlık Kanunu
AvMUK	: Avusturya Medeni Usul Kanunu
B.	: Band
BGH	: Bundesgerichtshof
Bkz.	: Bakınız
Bsch.	: Beschluss
dn.	: Dipnot
DRiZ	: Deutsche Richterzeitung
E.	: Esas
Ed.	: Edition
FamPra	: Praxis des Familienrechts
FMUK	: Fransız Medeni Usul Kanunu
H.	: Heft
HAVE	: Haftung und Versicherung
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgeben
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İMÖHK	: İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun)

İMUK	: İsviçre Medeni Usul Kanunu
İÜSBF	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
JuS	: Juristische Schulung
Jz	: Juristenzeitung
K.	: Karar
KHD	: Kazancı Hukuk Dergisi
kn.	: kenar numarası
KSZ	: Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung
LFSHD	: Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi
MİHDER	: Legal Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
MMR	: Multimedia und Recht
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJ	: Neue Justiz
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	: Nummer
NZI	: Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
Urt.	: Urteil
V.	: Volume
v.	: vom
vb.	: ve benzeri
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins Zwangsvollstreckungsrecht
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozessrecht
ZZPInt	: Zeitschrift für Zivilprozess International
ZZZ	: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

ÖNSÖZ

“*Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*” adlı bu çalışma, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü’nde Özel Hukuk Programı kapsamında, Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY’ın danışmanlığında doktora tezi olarak hazırlanmıştır. Savunma için belirlenen jüri üyeleri Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY, Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK, Doç. Dr. Metin İKİZLER, Doç. Dr. Varol KARAASLAN ve Yrd. Doç. Dr. Özgür TEMİZ’dir. Tezin savunma tarihi 2 Mart 2017’dir.

TÜBİTAK tarafından verilen burs sayesinde, bu çalışmanın 9 (dokuz) aylık bir kısmı Almanya’daki Regensburg Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yapılmıştır. Atatürk Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projesinin desteği ile tez çalışması ile alakalı akademik eserler temin edilmiştir.

Erzurum-2017

Taner Emre YARDIMCI

GİRİŞ

Yargılama faaliyetinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine ve maddî gerçeğe uygun karar verilebilmesine yönelik birçok düzenlemeden bahsedilebilir. Hukuk yargılamamıza taraflarca getirilme ilkesinin hâkim olması sebebiyle, bu düzenlemelerin birçoğu uyuşmazlığın taraflarına yöneliktir. Davanın başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar olan süreç için öngörülmüş bu düzenlemelerden en önemlileri arasında usulî yükler yer alır. Kendisine usulî bir yük düşen taraf, bu yükün gereklerine uygun olarak belirli bir davranış göstermelidir. Aksi hâlde, görülmekte olan davada, usulî yükü taşıyan tarafın aleyhine karar verilmesi riski doğar. Usulî yüklerden biri olan ve çalışma konumuzu teşkil ede somutlaştırma yükü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 194'te açıkça hükme bağlanmıştır. Somutlaştırma yükü gereğince, davaya konu olacak vakıaların somutlaştırılması ve her bir vakıanın hangi delil veya deliller ile ispat edileceğinin izah edilmesi gerekir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra somutlaştırma yüküne yargı kararlarında ve akademik çalışmalarda yer vermeye başlanmıştır. Kanaatimize göre, bazı hatalı değerlendirmeler (*özellikle somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesinin yaptırımında*) yapıldığı gibi, somutlaştırma yükünü ilgilendiren birçok mesele (*karşı tarafın somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunmasına yönelik hukukî araçlar*) üzerinde durulmamıştır. Çalışmamız, somutlaştırma yükü kavramının önemini, bu yükün ne zaman yerine getirilmiş sayılacağını belirlerken başvurulacak kıstasları ve somutlaştırma yükünün tam olarak yerine getirilmemesinin doğuracağı sonuçları belirleyebilmek ve çözüm önerileri sunmak üzere hazırlanmıştır. Buna ilaveten, taraflar arasındaki bilgi dağılımının dengesiz olması sebebiyle, somutlaştırma imkânsızlığı içinde bulunan tarafın bu yükün gereklerini yerine getirebilmesi için, ne gibi hukukî araçların söz konusu olabileceğinin tespit edilmesi hedeflenmiştir. Özellikle bunun için karşı tarafın elindeki bilgi ve belgeleri paylaşması zorunlu hâle gelmektedir. İşte, karşı tarafın hangi hâllerde bilgi ve belge getirmek zorunda olduğu ve bu süreç içinde korunması gereken bilgiler söz konusu olduğunda nasıl bir yargılama yapılması gerektiğine cevap bulabilmek amacıyla bu çalışma yapılmıştır.

Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde somutlaştırma yükü kavramı ve somutlaştırma yükünün yargılamada üstlendiği işlevler açıklanacaktır. Daha

sonra, diğ er usulî yükler hakkında da bilgi verilerek somutlaştırma yükünün nasıl bir usulî yük olduğu üzerinde durulacaktır.

 kinci bölümde ise somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi meselesi ele alınacaktır. Somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinde bazı hâllerde uyuşmazlığın karşı tarafından somutlaştırmaya katkıda bulunması beklenmelidir. Zira somutlaştırma yükünü taşıyan taraf gerekli açıklamaları yapmaktan yoksun olabilir.  şte, bu gibi durumlarda söz konusu olabilecek ve karşı tarafı somutlaştırmaya katkıda bulunmaya zorlayacak usulî araçlar üçüncü bölümde incelenecektir.

Hem somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi hem de karşı tarafın somutlaştırmaya katkıda bulunmamasının doğuracağı hukukî sonuçlar dördüncü bölümde değerlendirilecektir. Ayrıca bu bölümde, davaya bakan hâkimin somutlaştırma yükünün takdirinde hata etmesi hâlinde, buna göre verilmiş karara karşı hangi hukukî başvuru yollarının söz konusu olabileceği de ele alınacaktır. Nihayet, sonuç bölümünde somutlaştırma yükünü ilgilendiren meselelerde ulaştığımız kanaatlere ve HMK'da yapılması gerekebilecek değişikliklere yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

1.1. SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ KAVRAMI VE SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜNÜN YARGILAMADAKİ İŞLEVİ

Etkin bir yargılama faaliyetinde bulunulabilmesi için dava malzemesinin somutlaştırılması mutlaka gereklidir. Somutlaştırma yükü sayesinde dayanan vakıalar hakkında yeterli ölçüde bilgi verilmekte ve bu vakıaların ispatı için hangi delillerin kullanılacağı bilinmektedir. Hem mahkeme hem de taraflar için dava malzemesinin anlaşılabilir hâle getirilmesi somutlaştırma yükünün bazı işlevleri haiz olduğunu göstermektedir. Aşağıda somutlaştırma yükü kavramı genel itibariyle açıklandıktan sonra vakıaların ve delillerin somutlaştırılmasının ne gibi işlevleri yerine getirdiği üzerinde durulacaktır.

1.1.1. Somutlaştırma Yükü Kavramı

Somitlaştırma yükü (*Substantiierungslast*)¹, iddia edilmiş bir vakıa hakkında yeterli düzeyde bilgi verilmesi gerekliliğini ifade etmek üzere kullanılmaktadır². Vakıa iddiasında bulunulurken hangi vakıalara dayanılması gerektiği tatbik edilecek maddî hukuk kuralına göre tayin edilir. Kuralda öngörülen koşul unsuru karşılayan bütün vakıalar iddia edilmiş olmalıdır (*Schlüssigkeit*) ki, kuralda geçen hukukî sonuca karar verilebilsin³. Diğer bir ifadeyle, davacı için davanın kabulü; davalı içinse davanın reddedilmesini sağlayacak vakıalar ileri sürülmelidir⁴. Zira yalnızca vakıaların ileri

¹ Kavramı ifade etmek üzere *Last* (yük) veya *Pflicht* (yükümlülük veya görev) kavramları arasındaki farka dikkat edilmeksizin *Substantiierungslast* veya *Substantiierungspflicht* ibareleri kullanılmaktadır. Oysa somutlaştırma yükünü ifade etmek üzere *Last* kavramının kullanılması tercih edilmelidir. Somutlaştırma yükünü yerine getirmek bir yükümlülük olmadığı için *Pflicht* kavramının kullanılması uygun değildir, bkz. Levent Börü, *Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, 183, 184.

² Jürgen Brönnimann, *Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Stämpfli & Cie AG Verlag, Bern 1989, 23; Oğuz Atalay, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, D. E. Ü. Rektörlük Matbaası, İzmir 2001, 31; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, 665.

³ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 58-60; Börü, 77, 78.

⁴ Brönnimann, 137-139; Harmurt Rensen, *Die richterliche Hinweispflicht*, Ernst und Werner Gieseking Verlag, Bielefeld 2001, 170; Eberhard Schilken, *Zivilprozessrecht*, Franz Vahlen Verlag, München 2014,

sürülmüş olması ile yetinilemez. Yargılamanın yürütülebilmesi için vakıa iddiasının içerik olarak belirgin hâle getirilmesi ve böylece ispata elverişli bir nitelik kazanması sağlanmalıdır⁵. İddia edilmiş bir vakıa hakkında muayyen unsurlara (*zaman, mekân, kişi, oluş şekli*) temas edilerek açıklama yapılmış olması ile o vakıanın somutlaştırılması mümkün olur⁶. Yargılama sürecinde (*özellikle karşı tarafın vakıa iddiasını inkâr etmesi gibi*) uyuşmazlığın anlaşılabilmesi için bu nitelikteki unsurların daha da ayrıntılı bir şekilde ortaya konulması gerekebilir⁷.

Somitlaştırma yükü, taraflarca getirilme ilkesine dayandırılabilir⁸. Hâkim, hayat olayının açıklığa kavuşturulması için ciddi bir çaba içine girmemelidir. Dava malzemesi hâline getirilmiş vakıa ve deliller ile bağlı kalınarak hüküm kurulmalıdır⁹. İhtiyaç duyulan vakıa ve delillerin genel bir şekilde ileri sürülmesi yargılamanın yürütülmesi için yeterli görülemez. Aynı zamanda bu vakıa ve delillerin anlaşılabilir olmasını sağlamak üzere taraflar açıklamalarda bulunmalıdırlar. Somitlaştırma yükü, taraflarca getirilme ilkesine dayanan iddia ve delil ikame yüklerinin bir devamı olarak düşünülebilir. Vakıa iddiasında bulunulmasının yanı sıra o iddianın içeriği hakkında da bilgi verilmelidir¹⁰. İşte, bu gerekliliği açıklamak üzere somitlaştırma yüküne başvurulmaktadır¹¹. İddiasını ispat için delil ikame eden taraf somitlaştırma yükünü

165, 166; Stefan Rützel/Gerhard Wegen/Stephan Wilske, *Commercial Dispute Resolution in Germany*, C. H. Beck Verlag, München 2016, 22, 23.

⁵ Muhammet Özkes, "FSEK'de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi", *LFSHD*, C. 1, S. 1, 2005, 80, 81; Varol Karaaslan, *Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, 107, 108; Pekcanitez/Atalay/Özkes, (14. Bası), 665; Muhammet Özkes, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler", *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, C. 1, 2015, 275.

⁶ Pekcanitez/Atalay/Özkes, (14. Bası), 665.

⁷ Gottfried Baumgärtel/Hans-Willi Laumen/Hanns Prütting, *Handbuch der Beweislast*, Carl Heymanns Verlag, Köln 2015, 196, 197.

⁸ Peter Loosli, *Die unbezifferte Forderungsklage*, Rüedi-Druck, Zürich 1977, 82; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 32; Cemil Simil, *Belirsiz Alacak Davası*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2013, 139; Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, *Zivilprozessrecht (nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen unter Einbezug des internationalen Rechts)*, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2013, 142; Cenk Akil, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Dava Dilekçesinin Unsurları Bağlamında Somitlaştırma Yükü", *MÜHFD*, S. 1, 2012, 87; Nina Reiser, *Fahrlässiger Irrtum nach Art. 26 OR*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2012, 85, 86; Fatih Karamercan, *Dava Dilekçesinin Unsurları-Somitlaştırma Yükü*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, 342, 343; Börü, 90, 91. Yargılama sistemimize vakıalara dayandırma teorisinin benimsenmiş olmasının da somitlaştırma yüküne dayanak teşkil ettiği kabul edilmektedir, bkz. Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 32; Karamercan, 342.

⁹ Karaaslan, 111, 112; Cemil Simil, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları", *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, C. 1, 2015, 1359-1367.

¹⁰ Somitlaştırma yükü gereği iddia edilen vakıa somut ve açık hâle getirilmelidir, bkz. Özkes, 285.

¹¹ Brönnimann, 23, 24; Walter Fellmann, "Substanziierung und Beweis unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 1 und 2 OR", in *Haftpflichtprozess 2007*, (Hrsg. Fellmann,

yerine getirilebilmek için delillerini de bildirmelidir¹². Gösterilen delillerin değerlendirilebilmesi için gerekli açıklamalarda bulunularak vakıa-delil ilişkisi de kurulmalıdır. Genel geçer ifadeler ile delillerin belirtilmesi yeterli değildir. İkame edilen delilin anlaşılabilir şekilde izah edilmesi somutlaştırma yükünün bir diğer yönüdür¹³.

Somitlaştırma yükü tarafların yargılamadaki rollerinden bağımsızdır. Taraflardan her biri kendi iddia ettiği vakıayı somutlaştıracaktır. Davalı taraf da savunmada bulunurken yeni vakıalara (*hakkın doğumuna engel olan vakıalar vb.*) dayanabileceğinden onun için de somutlaştırma yükü söz konusu olabilir¹⁴. Mesela davalı taraf, alacak hakkının ibra sebebiyle sona ermiş olduğunu, iddia edip ibra sözleşmesinin yapıldığına ilişkin açıklamalar yaparak, ibra sözleşmesine ilişkin vakıa örgüsünü somutlaştırmalıdır. Yani savunmanın somutlaştırılmasının da söz konusu olduğunu söyleyebiliriz¹⁵. Burada dikkat edilmesi gereken husus, savunmada bulunan tarafın kendi lehine olan yeni bir vakıaya dayanmış olmasıdır. İddiada bulunulurken ileri sürülmüş vakıa iddiaları bakımından savunmada bulunan kişi (*davacı veya davalı taraf olabilir*) kural olarak ayrıntılı açıklama yapmak zorunda kalmaz. Yani bir taraftan kendi aleyhine ileri sürülmüş vakıa iddiasının somutlaştırılmasına yönelik bir çabaya girmesi beklenmez.

Somitlaştırma yükü, iddia edilmiş vakıaların algılanabilir olmasını sağlayacak şekilde izahatta bulunulmasını öngörmektedir. İlgili tarafın bu bilgileri vermesi onun menfaatinedir. Çünkü verilecek hüküm kuvvetle muhtemel somutlaştırma yükünü yerine getirmeyen tarafın aleyhine olur. Somutlaştırılmamış vakıa iddiası hükme esas alınmayacaktır. Ancak bunun ötesinde bir yaptırım uygulanması düşünülemez. Zira

Walter/Weber, Stephan), Zürich/Basel/Genf 2007, 37; Karl Spühler/Anette Dolge/Myriam Gehri, *Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts*, Stämpfli Verlag, Bern 2010, 138. Muayyen bir vakıanın yargılamaya dâhil edilmesi iddia yükü ile açıklanır. İddia edilmiş vakıa hakkında lüzumlu bilgilerin paylaşılması ise somutlaştırma yüküne dayanır, bkz. Sabine Burkhalter Kaimakiotis, "Die substantzierungs-last- insbesondere gemäss der Zürcher Zivilprozessordnung und der Praxis des Bundesgerichts", *AJP*, H. 10, 2007, 1264.

¹² Loosli, 81, 82; Brönnimann, 25; Nedim Meriç, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü", *DEÜHFD*, C. 11, 2009, 401, 402; Domminik Gasser, "Das ordentliche Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung", in *Haftpflichtprozess 2009*, (Hrsg. Fellmann, Walter/Weber, Stephan), Zürich/Basel/Genf 2009, 15.

¹³ Sema Taşpınar-Ayvaz, *Hukuk Muhakemleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, 376.

¹⁴ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 34; Christine Osterloh-Konrad, *Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch*, C. H. Beck Verlag, München 2006, 52; Güray Erdönmez, *Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2014, 152; Schilken, (*Zivilprozessrecht*), 165.

¹⁵ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 31.

usulî yükün ihlalinin doğacak olumsuz sonuç yalnızca görülmekte olan davada etkisini gösterir¹⁶. Bu durum, somutlaştırma yükünün usulî bir yük olmasından ileri gelir. Yükümlülükten farklı olarak usulî yük, başka birinin menfaatini korumaya yönelik değildir¹⁷. Yükümlülüğün ihlalinde ise birtakım yaptırımlara başvurulabilir¹⁸. Somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi, usulî bir yükten kaynaklanan belirli bir davranışta bulunmamaktır. Dolayısıyla, vakıa iddiasının somutlaştırılması için gerekli çabayı göstermeyen taraf aleyhine, yalnızca açılmış dava açısından olumsuz bir sonuç doğabilir¹⁹.

İddia yükünü taşıyan taraf, talep sonucunda hükmedilebilmesi için dayandığı hayat olayı hakkında elindeki bütün bilgileri sunma çabasına girecektir. İstisnai hâllerde ise mevcut bilgilerin elde edilmesi için karşı tarafın da katkısı gerekebilir. Kendisine iddia yükü terettüp etmeyen taraf, hükme dayanak teşkil edecek ve iddia yükü altındaki tarafın ileri sürmüş olduğu vakıalar açısından gereken ölçüde açıklamada bulunulmasına yardımcı olmalıdır. Çünkü muayyen bir vakıa iddiasında bulunmak isteyen taraf ispat faaliyetinin yürütülmesi için gerekli bilgileri veremeyecek durumdadır. Karşı taraf, kendi menfaatine aykırı olacağından ötürü, bu açıklamaları yapmaktan imtina edecektir. Pasif kalmak suretiyle karşı tarafın elindeki bilgileri paylaşmaması sonucu somutlaştırma yükü yerine getirilemeyecektir. Bu yüzden, iddia ve ispat yükü yer değiştirmeksizin, karşı tarafın somutlaştırmaya katılmasını sağlamaya yönelik belirli araçların mevcut olması gerekir. Somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi için katkıda bulunmama hâlinde belirli yaptırımların doğması, karşı tarafı, genel bir şekilde ileri sürülmüş vakıa iddiaları hakkında açıklamada bulunmaya sevk edecektir.

¹⁶ Hanns Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, C. H. Beck Verlag, München 1983, 32; Brönnimann, 35; Christoph Leuenberger, 3; Spühler/Dolge/Gehri, 138; Börü, 66, 67.

¹⁷ Friedrich Lent, "Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozess", ZJP, B. 67, H. 5, 1954, 350, 351; Christian Heinrich, *Die Beweislast bei Rechtsgeschäften*, Carl Heymanns Verlag, Köln 1996, 20; Daniel Adloff, *Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2007, 181; Kurt Schellhammer, *Zivilprozess (Gesetz-Praxis-Fälle)*, C. F. Müller Verlag, Hamburg 2012, 176.

¹⁸ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 143. Yükümlülüğün ihlalinde cezaî ve hukukî sorumluluk doğabilir. Bunun dışında, verilen karara karşı şartları oluşmuş ise yargılamanın iadesi yoluna başvurulması dahi mümkündür, bkz. Günther Zettel, *Der Beibringungsgrundsatz*, Duncker & Humblot, Berlin 1977, 127; Börü, 68. Sözgelimi, doğruyu söyleme yükümlülüğü ihlal edilerek gerçeğe aykırı açıklamada bulunulması durumunda, HMK m. 375/1 - (h)'ye istinaden yargılamanın iadesi istenebilir. HMK m. 29'a ilişkin hükümet gerekçesinde de doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlalinin usul hilesi arz ettiği belirtilmiştir, İbrahim Özbay, *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, 65, 66.

¹⁹ Brönnimann, 35; Staehelin/Staehelin/Grolimund, 142; Akil, (*Somutlaştırma Yükü*), 87.

1.1.2. Somutlaştırma Yükünün İşlevi

Yargılamada somutlaştırma yükünün birtakım temel işlevleri haiz olduğunu söyleyebiliriz²⁰. Somutlaştırma yükünün ilk işlevi, hâkimi de yakından ilgilendirmektedir. Önüne getirilen uyuşmazlık hakkında karar vermesi gereken hâkim uygun bir hukuk kuralını uygulamalıdır. Uygulanması gereken kuralın belirlenmesi, hangi vakıalara dayanılmış olduğunu bilmesine bağlıdır. Bu ise, iddia edilen vakıaların somutlaştırılarak algılanabilir hâle getirilmesi ile mümkün olabilir²¹. Somutlaştırma yükünün bu işlevi mahkemece altlama yapılabilmesine hizmet eder²². Talep sonucunu doğru bir şekilde değerlendirebilmesi için dayanakların (*vakıaların*) nelerden ibaret olduğu taraflarca anlaşılır bir şekilde izah edilmelidir²³. Altlama faaliyetinde, davaya bakmakta olan hâkim, vakıa örgüsünü hukukî bir kalıp içine sokmaktadır. Uygulanacak hukuk kuralının (*hukukî sebeb*) taraflarca ileri sürülmesi de bu açıdan önemlidir²⁴. Her ne kadar hukukî sebeb bildirilmesi lüzumu olsa da, hâkimin hukuku re'sen uygulayacak olması sebebiyle, uygulanacak hukuk kuralının izah edilmemiş olması, bunu yerine getirmemiş tarafın aleyhine karar verilmesi sonucunu doğurmaz²⁵.

²⁰ Öğretide vakıa iddialarının gerçeğe uygun olduğu yönünde somutlaştırılması durumunda gösterilmiş delillerin incelenmesini öngören makullük kontrolü (*Plausibilitätskontrolle*) öğretisi geliştirilmiştir, bkz. Rolf Stürner, *Die Aufklärungspflicht der Parteien im zivilprozess*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen 1976, 118, 119; Alexander Lüderitz, *Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch bei Vefolgung privater Rechte*, Tübingen 1966, 39. Haklı olarak, somutlaştırma yükünün böyle bir işlevi üstlenemeyeceği belirtilmektedir, bkz. Mark Schweizer, "Substanziiieren- Wozu?", *SJZ*, Nr. 108, 2012, 566; Raoul A. Meier, *Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2015, 155. Ayrıca dayanak noktalarının iddiayı muhtemel göstermesinin hangi koşullar altında gerçekleştiğinin kabulünde hukukî belirlilik sağlamak da güçtür, bkz. Sonja Lang, *Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2007, 132.

²¹ Wolfgang Mertins, "Substantiierung im Zivilprozess", *NJ*, Nr. 11, Y. 63, 2009, 443; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 152.

²² Georges Huguenin-Dumittan, *Behauptungslast, Susbtantiierungspflicht und Beweislast*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1980, 19, 20; Markus Affolter, *Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess*, Paul Haupt Verlag, Bern/Stuttgart/Wien 1993, 109; Meier, 148-153.

²³ Mertins, 442, 443; Özkes, 264; Levent Börü, "İflâsın Ertelenmesinde İyileştirme Projesinde Öngörülen İyileştirme Tedbirlerinin Somutlaştırılması Gerekliliği Üzerine Bazı Değerlendirmeler", *ABD*, Y. 74, S. 1, 2016, 213.

²⁴ Muhammet Özkes, "Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur", *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, 2009, 759; Nur Bolayır, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakimin Rolü*, Vedat Yayınevi, İstanbul 2014, 25 (dn. 61).

²⁵ Saim Üstündağ, *İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı*, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967, 75; Cenk Akil, "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi", *AÜHFD*, C. 57, S. 3, 2008, 4; Karaaslan, 119-121; Börü, 76, 87.

Hâkim, hukuk kuralında geçen koşul unsur ile önüne getirilen vakıaları eşleştirmek suretiyle altlama faaliyetini yürütebilir²⁶. Kabul etmek gerekir ki, yalnızca vakıaların açıklanması durumunda, hangi vakıanın verilecek karar açısından dikkate alınması gerektiğini tayin etmek zorlaşacaktır²⁷. Şayet hukukî sebep bildirilir ise iddia edilmesi gereken vakıalar belirlenebilir. Hatta bu vakılardan iddia edilmesi ihmal edilen vakıanın hâkim tarafından hatırlatılması da hukukî sebebin bildirilmesi sayesinde mümkün olabilir²⁸. Bu yüzden, hâkimin hukukî sebebin bildirilmesini sağlaması beklenmelidir. Öğretide hukukî sebebin bildirilmesinin taraflar için bir zorunluluk arz ettiği de savunulmaktadır²⁹.

İddia edilen vakıaların tamamı bütün ayrıntıları ile açıklanmış olsa dahi tatbik edilecek hukuk kuralının öngördüğü koşul unsuru karşılayan maddî vakılardan biri eksik olduğu takdirde talep sonucuna hükmedilemez³⁰. Lüzumlu vakıaların tamamı ileri sürülmüşse, bu sefer, bu vakıaların somutlaştırılıp somutlaştırılmadığı sorunu gündeme gelebilir. Hâkim, somutlaştırılmış vakıa iddiasına dayanarak, altlama faaliyetinde bulunabilir³¹. Çünkü somutlaştırılmamış vakıa hükme esas alınamayacak vakıa olup, koşul unsuru karşılayan vakıaların eksiksiz bir şekilde iddia edilmesi (*schlüssig*) şartı sağlanamamış demektir³². Dolayısıyla, uygulanacak hukuk kuralına göre hukuken önem arz eden bir vakıanın mevcut olduğunun anlaşılmasını sağlayacak şekilde somutlaştırmaya yönelik bilgiler verilmelidir³³. Örneğin, TBK m. 125'te geçen seçimlik

²⁶ 80, 81. Uygulanacak hukukun tayin edilmesi ile toplanacak dava malzemesi arasında sıkı bir ilişki olup birbirinden bağımsız olarak ele alınamazlar, bkz. BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 7.

²⁷ Özkes, (*Hukuki Sebep*), 759; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, 630.

²⁸ BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 8; Karaaslan, 116.

²⁹ Özkes, (*Hukuki Sebep*), 756-779.

³⁰ Özkes, (*Hukuki Sebep*), 764.

³¹ Tilman Spohr, *Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) im Zivilprozess*, Göttingen 1969, 162; Karaaslan, 108; Akil, (*Somutlaştırma Yükü*), 85, 86.

³² Spohr, 162, 163; Karaaslan, 107. Vakıa örgüsünü kuran her bir vakıa tek tek izah edilmiş ise vakıa iddiasındaki eksiksizlik (*Schlüssigkeit*) şartı sağlanmış demektir. Dayanılan vakıaların algılanabilir hâle getirilmesi amacıyla ayrıntılı bir şekilde açıklanması durumunda somutlaştırma yükü yerine getirilmiş olur. Görüldüğü üzere, her iki kavram da birbirinden farklıdır, bkz. Mark Seibel, "Die Darlegungs- und Behauptungslast im Zivilprozess", *DRiZ*, Y. 84, 2006, 363; Thorsten Süß, "Waffengleichheit? Substantiierungslast und Verjährung im Arzthaftungsverfahren", *Festschrift für Karl Otto Bergman zum 70. Geburtstag*, 2015, 307. İddia edilen vakıanın somutlaştırılmadığı durumlarda dikkate alınmaması gerektirdiği için sonuçta vakıa iddiasındaki eksiksizlik şartı yerine getirilmemiş olacaktır.

³³ Mesela taraflar arasında sözleşme yapıldığının iddia edilmesi, somut vakılara dayanılmaması demektir. Ancak altlama faaliyeti sonucunda sözleşmenin mevcut olup olmadığı söylenebilir. Dolayısıyla, ne zaman ve kime karşı irade açıklamasında bulunulduğu ve bunun içeriği açıklanmış olmalıdır. Böylece, davaya bakan hâkim, taraf iradesinin sözleşme yapmaya yönelik olup olmadığını karara bağlayabilir, bkz. Johannes Brose, "Substantiierungslast im Zivilprozess", *MDR*, H. 23, 2008, 1316.

haklara dayanarak (L) aleyhine dava açan (C), (L)'ye uygun bir süre verdiğini iddia edip ispatlamalıdır. Ancak genel açıklamalara (*uygun süre verildiğinin söylenmesi ile yetinilmesi gibi*) dayalı bir şekilde iddiada bulunulması, altlama faaliyetinin yürütülmesini zorlaştıracaktır³⁴. Uygun süre verildiğini söyleyen (C)'den ne kadar süre verdiğini bildirmesi de beklenmelidir. Sürenin uygun olup olmadığını takdir etmek ve altlama yapmak hâkimin görevidir. Genelde uygulanacak maddî hukuk kuralındaki koşul unsur normatif niteliği haiz olduğunda bu gibi durumlar ortaya çıkar. Benzer bir durum ayıp ihbarında da söz konusu olabilir. (C)'nin satım konusu şeyin ayıplı olduğunu öne sürerek TBK m. 227'ye binaen (L)'den talepte bulunduğunu düşünelim. Gerekli diğer bütün vakıalar iddia edilmiş olsa dahi ayıp teşkil eden husus hakkında somut açıklamada bulunulmamıştır. Oysa ayıp teşkil eden hususun ne olduğu somut bir şekilde izah edilmiş olmalıdır³⁵. Satım konusunun ayıplı olup olmadığına karar vermek ve hukuk kuralını uygulamak hâkimin görevidir. Yalnızca ayıptan bahsedilmesi ile hâkime bu imkân verilmemektedir. Hukukî himaye isteyen (C)'nin hâkime kanunu uygulamasını sağlayacak şekilde somut açıklamalar getirmesi zorunludur³⁶.

İddia edilen bir vakıanın hukuken önem arz eden bir vakıa olup olmadığı, somut vakıa iddialarına dayanılması ile anlaşılabilir³⁷. Hayat olayına ilişkin olmakla birlikte altlama faaliyeti açısından hiçbir anlam ifade etmeyen vakıalar da söz konusu olabilir. Bu tür vakıalara ilişkin olarak ayrıntılı bir şekilde açıklama yapılmış olması, uyuşmazlığın karar bağlanması bakımından önemsizdir³⁸. Özellikle iyiniyet iddiasında bu tür durumlar ortaya çıkmaktadır. Kanunun iyiniyete hukukî sonuç bağlamadığı hâllerde iyiniyetli olmak bir önemi haiz değildir. İddia veya savunmada bulunulurken iyiniyetli olmaya ilişkin ayrıntılı açıklamalarda bulunulmuş olabilir. Yani bu yönde dayanan vakıalar somutlaştırılmış bir şekilde ileri sürülebilir. Fakat yapılan açıklamalar karar verilmesi açısından hiçbir önemi haiz olmayacaktır. Zira altlama faaliyetinde bulunulması açısından önemsiz bir vakıanın ciddi ölçüde ayrıntılı bir

³⁴ Brose, 1316; Mertins, 442, 443.

³⁵ Bernhard Gremmer, "Der unsubstanzierte Vortrag-ein Phantomproblem?", *MDR*, H. 20, 2007, 1173; Rainer Oberheim, *Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess*, Luchterhand Verlag, Köln 2011, 247.

³⁶ Ayıp ihbarının süresi içinde bildirildiğini ortaya koymak için de aynı şekilde buna ilişkin vakıaların somutlaştırılmış bir şekilde ileri sürülmesi lâzım gelir, bkz. Meier, 153.

³⁷ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 32; Brose, 1316; Gerrit M. Beckhaus, *Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2010, 78; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 152.

³⁸ Brose, 1316; Roger Groner, *Beweisrecht Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht*, Stämpfli Verlag, Bern 2011, 43, 44; Ömer Ulukapı, *Medenî Usûl Hukuku*, Mimoza Yayınevi, Konya 2015, 352, 353; Meier, 153.

şekilde iddia edilmiş olmasının bir önemi yoktur. Örneğin, (L)'nin temsilcisi (T) ile sözleşme yapan (C), bu sözleşmeden doğan yükümlülüğün ifası için dava açmış olsun. İşlemin yapıldığı esnada (L)'nin iflâs etmiş olduğunu (C)'nin bildiği konusunda ne kadar ayrıntılı açıklama yapılmış olursa olsun, bunun bir önemi yoktur. Yetkisiz temsilde temsilci ile işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişi, yalnızca TBK m. 42/3 uygulandığı takdirde iyiniyetli olduğu için korunabilir³⁹. (L)'nin iflâs etmiş olması, TBK m. 42/3'ün uygulanmasını gerektiren bir hâl olmadığından, (C)'nin iyiniyetli olmadığına iddia edilmesi ve buna ilişkin ayrıntılı bir açıklama yapılması bir anlam ifade etmez. Çünkü iyiniyetli olunması, tatbik edilecek maddî hukuk kuralındaki koşul unsuru karşılamamaktadır.

Somutlaştırma yükünün diğer bir işlevi, karşı tarafa savunmada bulunma imkânı tanınmasında ortaya çıkar⁴⁰. HMK m. 194'e ilişkin hükûmet gerekçesinde de somutlaştırma yükünün karşı tarafa savunma imkânı tanıyacağına değinilmiştir⁴¹. Etkin bir savunmada bulunulabilmesi, hukukî dinlenilme hakkının bilgi edinme ve açıklama yapma unsurlarına göre gerçekleşebilir. Açıklama yapma hakkından önce bilgi edinme hakkı gelmektedir. Davanın içeriği hakkında bilgi edinilmesinden sonra açıklama yapmak suretiyle savunmada bulunulabilir⁴². Somutlaştırma yükü açısından bilgilenme hakkının konusu iddia edilmiş vakıalar ve bunlar hakkında gösterilmiş delillerdir. Aynı çerçevede, açıklama hakkının konusu da yine vakıalar ve deliller olacaktır. Dayanılan vakıa ve deliller hakkında açıklama yapma olanağının bulunmaması hukukî dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelir⁴³. Hem bilgi edinme hakkının hem de açıklama hakkının kullanılabilmesi için dava malzemesinin anlaşılabilir nitelikte olması sağlanmalıdır.

³⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Ankara 2015, 452.

⁴⁰ Huguenin-Dumittan, 19, 20; Affolter, 109; Brose, 1318; 437; Beckhaus, 78; Schweizer, (*Substanziiieren*), 562, 563; Bolayır, 85; Meier, 148-153.

⁴¹ Yargıtay vermiş olduğu bir kararda davacı işçinin genel ve soyut açıklamalar (*ücretin eksik ödendiği*) üzerine, ispat yükü altındaki davalı işverenin savunma yapmadığı (*ücretin ödendiği*) ve ispat yükünü yerine getiremediği gerekçesi ile davalı aleyhine hüküm kurulamayacağını kabul etmiştir, bkz. Yargıtay 22. HD. E. 2014/20710, K. 2014/27601, T. 14.10.2014 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası): “Davacının talebine ilişkin beyanı soyut ve genel olduğundan, ücretlerin ödendiğinin ispat külfeti üzerinde bulunan davalıdan bu iddiaya karşı savunma yapmadığı ve üzerine düşen ispat külfetini yerine getirmediği söylenemez. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda dahi, davacının talebinin yeterli açıklık taşımadığı ve bu yönde bir hesaplama yapılmasına imkân bulunmadığı belirtilmiştir. Mahkemece, fark ücret alacağının esasen reddine karar verilmesi gerekirken, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçeyle kabulü isabetli bulunmamıştır.”

⁴² Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003, 87.

⁴³ Hakan Pekcanıtez, "Medenî Yargıda Adil Yargılanma ", Makaleler, C. 1, İstanbul 2016, s. 399, 400; Süha Tanrıver, "Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", *TBB*, S. 53, 2004, 208; Brose, 1318.

Dava malzemesi karşı taraf için anlaşılabilir olmadığı sürece, ondan kendini savunması beklenemez⁴⁴. Bu sebepten ötürü, karşı tarafa savunma hakkı tanınmasının ancak vakıa iddialarının somutlaştırılması ile mümkün olacağı kabul edilmelidir⁴⁵. Bu durum, iddia ve savunma arasındaki farktan kaynaklanır. İddiada bulunulurken nasıl bir strateji izleneceği tamamen bu yük altındaki tarafça belirlenebilir. Savunma ise iddia yükü altındaki tarafın yapmış olduğu açıklamalara (*dayanılan vakıalara ve delillere*) göre temellendirilebilir. Vakılardaki belirsizlik veya hangi vakıanın hangi delil ile ispat edileceğinin anlaşılabilmesi, savunma yapılmasını zorlaştıracaktır⁴⁶.

Karşı taraftan kendi aleyhine ileri sürülen vakıa iddiasını anlamak üzere çaba harcaması beklenemez⁴⁷. Bu yüzden, iddia edilen vakıaların karşı tarafın kendisini savunmasına imkân tanıyacak nitelikte olup olmadığı gözetilmelidir⁴⁸. Hâkim, somutlaştırma yükü altında olan tarafın bu yükün gereklerinin yerine getirilmesini sağlamalıdır⁴⁹. Böylece, vakıa iddiaları hakkında karşı açıklamada bulunulabilir ve bu vakıaların gerçeğe uygun olmadığı yönünde karşı delil gösterilebilir⁵⁰. Yapılan açıklamalar ayrıntılı olduğu ölçüde, karşı taraf, gerçeğe uygun olmayan açıklamayı belirleyip ortaya koyarak (*elindeki bilgileri paylaşmak suretiyle*) kendini kolayca savunabilecek duruma gelebilir⁵¹. Şöyle ki, vakıa iddiasına ilişkin unsurlar (*zaman, kişi,*

⁴⁴ Gerd Chudoba, *Der Ausforschende Beweisantrag*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1993, 103; Osterloh-Konrad, 95; Raphael Koch, *Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess (ein Beitrag zum Verhältnis von Parteiherrschaft und Richtermacht, zur Wechselwirkung von materiellem Recht und Prozessrecht sowie zur Risikoverteilung und Effizienz im Zivilprozess)*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2013, 160.

⁴⁵ Sigmund P. Martin, "Rechtliches Gehör bei ungenauer Fassung der Anklageschrift", *JuS*, H. 5, 1999, 506; Özekes, (*Hukuki Dinlenilme Hakkı*), 92, 122; Börü, 201, 202.

⁴⁶ Özekes, (*Hukuki Dinlenilme Hakkı*), 91, 92; Bolayır, 85, 86; Özekes, 275, 276; Börü, 201.

⁴⁷ Wolfram Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 1989, 18; Özekes, (*Hukuki Dinlenilme Hakkı*), 92; Meier, 150.

⁴⁸ Schweizer, (*Substanziieren*), 562. Somutlaştırma yükü ile bu yük altındaki tarafın açıklama yapma hakkı belirli şartlara bağlanmaktadır. Aşırıya gidebilecek şartların aranması hukukî dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurur. Karşı tarafın bilgi edinme ve açıklama hakkını kullanmasını temin etmekten öteye geçecek şekilde somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi için aşırıya gidebilecek şartlar aranmamalıdır, bkz. Dieter Gessler, "Informationsbeschaffung mit den Mitteln des Zivilprozesses", *SJZ*, Nr. 100, 437. Yoksa somutlaştırma yükünü taşıyan tarafın hukukî dinlenilme hakkının ihlal edilmesi sonucu doğar, bkz. Brose, 1318. Alman Federal Mahkemesi dayanılan hakka temel teşkil eden hukuk kuralında geçen koşul unsurları karşılayacak şekilde iddiada bulunulması ve hakkın doğruluğunu gösterecek ölçüde açıklama yapılmasını yeterli görmektedir. Bunun ötesine geçebilecek şartlar ile somutlaştırma yükünün yerine getirilmediğini söylemek ise hukukî dinlenilme hakkına aykırı olacaktır, bkz. BGH, Besch. v. 31.7.2013 – VII ZR 59, 12 (NJW, H. 43, Y. 2013, 3180). Nitekim ispat hakkının kullanılmasını zorlaştıracak ölçüde koşullar aranması, hukukî dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurur, bkz. Özekes, (*Hukuki Dinlenilme Hakkı*), 130.

⁴⁹ Özekes, (*Hukuki Dinlenilme Hakkı*), 92.

⁵⁰ Brose, 1318; Gessler, 437; Schweizer, (*Substanziieren*), 563; Bolayır, 154.

⁵¹ Brose, 1318; Gremmer, 1172; Meier, 151; Börü, 201, 202.

mekân vb.) anıldığı takdirde iddianın gerçeğe uygun olmadığını ispat etmek kolaylaşır. Mesela, hukukî işlemin gerçekleştiği yerde ve tarihte başka bir yerde olduğunu ortaya koyan taraf, bu işleme iştirak etmediğine yönelik karşı açıklamada bulunma ve karşı delil gösterme imkânı bulacaktır⁵².

Vakıa iddiasının somutlaştırılması ile aynı nitelikteki başka vakıaların sonradan ileri sürülmesi olanağı da sona erer. Somutlaştırma yükünün sınırlama işlevi olarak adlandırabileceğimiz bu işlev ceza yargılamasında iddianame açısından da önemli bir yere sahiptir. İddianamede atılı eylemlerin somut bir şekilde belirtilmesi ile hem karşı tarafa savunma yapma hakkı tanınmakta (*savunma işlevi*) hem de iddianamede yer almayan bir eylemden dolayı mahkûm olmama (*sınırlama işlevi*) sonucu doğmaktadır⁵³. İlk durum, yukarıda belirttiğimiz somutlaştırma yükünün savunma işlevi ile ilgilidir. İkincisi ise sınırlama işlevi olup, hukuk yargılaması açısından da düşünülebilir niteliktedir. Dilekçede iddia edilmemiş bir vakıanın hükme esas alınması düşünülemez. Hangi vakıanın iddia edildiğinin anlaşılabilmesi, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi ile mümkün olabilir. Taraflarca getirilme ilkesinde hâkim, iddia edilmemiş vakıaya göre hüküm kuramaz⁵⁴. Bununla birlikte, dilekçede geçmeyen vakıanın sonradan ileri sürülmesi de kural olarak mümkün değildir. Koşul unsuru karşılayan aynı içerikte (*zina, şiddet uygulama vb.*) birden fazla vakıa vuku bulmuş olabilir. Hangi vakıanın talep sonucunu haklı kıldığı muayyen bir unsur (*tarih, mekân vb.*) bildirerek dava açıldığı takdirde görülmekte olan davada sonradan aynı içerikte başka bir vakıaya dayanılmak istenip istenmediği anlaşılabilir. Dikkat edileceği üzere, yeni bir vakıanın ileri sürülüp sürülmediğinin anlaşılması vakıa iddiasının somutlaştırılması ile sağlanmaktadır. Böylece, somutlaştırma yükü ispat konusu maddî vakıalar bakımından sınırlama işlevi görmektedir.

Son olarak, delillerin değerlendirilmesini kolaylaştırma şeklinde bir işlevin de somutlaştırma yükü ile sağlanabileceğini söyleyebiliriz⁵⁵. İspatı gereken vakıanın

⁵² Schweizer, (*Substanziieren*), 562, 563; Meier, 151.

⁵³ Martin, 506, 507; Groner, 51; Hamide Zafer/Nur Centel, *Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, 481, 489.

⁵⁴ Ömer Ulukapı, "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hakim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi", *SÜHFD, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan*, 1998, 717-722.

⁵⁵ Huguenin-Dumittan, 19; Schweizer, (*Substanziieren*), 561, 562; Meier, 148, 149; Börü, 194-196. Somutlaştırma yükünün hayat olayına ilişkin vakıaları ve delilleri öğrenmeye yönelik yasağı (*Ausforschungsverbot*) gerçekleştirme işlevinin olduğu da ifade edilmiştir, bkz. Schweizer, (*Substanziieren*), 564, 565; Meier, 151, 152. Gerçekten, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinin beklenmesi ile dava açılırken uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinilmesi ve delillerin elde

belirlenmesi ve bu uğurda hangi delile başvurulacağı bilinir ise gösterilmiş delilin mantıklı ve amacına uygun olarak incelenmesi sağlanır⁵⁶. Somutlaştırılmamış vakıa iddiaları hakkında delillerin değerlendirilmesine geçilmesi, o delil hakkında ihtiyaç duyulmayan incelemelerin de yapılmasına sebep olabilir. Buna karşın, somutlaştırma yükü yerine getirildiğinde delilin değerlendirilmesi kolaylaşacaktır. Mesela ispat konusu belirli olduğunda tanığın amaca uygun bir şekilde dinlenmesi gerçekleşebilir⁵⁷. Vakıa-delil ilişkisi kurulduğunda davaya bakan hâkim, hangi ispat konusunda hangi delile başvurulması gerektiğini kolaylıkla bilebileceği için delili daha kolay değerlendirebilir. Vakıa iddiasının somutlaştırılmasına yönelik bilgileri elde etmek amacıyla ispat faaliyeti yürütülemez⁵⁸. Deliller değerlendirilirken ispatı gereken somut vakıa bilinmelidir. Yargılamanın doğru ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlamak için taraflar somutlaştırma yüküne uygun açıklamalar yapmalıdırlar. HMK m. 194'ün gerekçesinde de somutlaştırma yükünün bu işlevi açıkça vurgulanmıştır. Ayrıntılı açıklamalar yapıldığında uyuşmazlığın kaynağına inilebilmesi sayesinde ispatın konusu daralacağı için gösterilen delilin değerlendirilmesi kolaylaşacaktır⁵⁹. Mesela satılan malın ayıplı olduğu iddiası üzerine o mal üzerinde keşif yapılması ve nasıl bir ayıbın mevcut olduğunun tespiti yerine ayıp teşkil eden hususun somut bir şekilde belirtilmesi durumunda iddianın gerçeğe uygun olup olmadığını araştırma ve tespit etme imkânı elde edilebilir. Ayıplı olduğu iddia edilen şeyin tamamının incelenmesi bazı hâllerde çok uzun bir inceleme sonrasında mümkün olabilir. Dolayısıyla, delilin ne amaçla inceleneceğinin belirlenemediği hâllerde, somutlaştırma yükünün yerine getirilmediğine dayalı karar verilmelidir⁶⁰. Başka bir deyişle, gösterilmiş delile bakılmaksızın karar

edilmesine yönelik taleplere engel olunmaktadır, bkz. Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 112-119; Anette Dolge, "Anforderungen an die Substanziierung", in *Substantiieren und Beweisen Praktische Probleme 2013*, (Hrsg. Dolge, Anette), Zürich 2013, 35. Yani somutlaştırma yükünü ilgilendiren bir durum söz konusudur, bkz. Gremmer, 1173; Börü, 197, 200. Ancak ispat konusunu daraltma ve delilleri etkin bir şekilde değerlendirmeye imkân tanıma işlevi de bu yasağa aykırı olarak delil gösterilmesine cevaz vermemektedir. Dolayısıyla, çalışmamızda somutlaştırma yükünün bu işlevini delillerin değerlendirilmesini kolaylaştırma işlevine dâhil olarak düşünerek ayrı bir kapsamda ele almayacağız.

⁵⁶ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 123; Bolayır, 88; Meier, 149; Börü, 195.

⁵⁷ Lüderitz, 10; Osterloh-Konrad, 95.

⁵⁸ Lang, (§ 142), 134; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 29.

⁵⁹ Mesela, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi için, ayıp ihbarının yapıldığı tarihin ve yerin belirtilmesi, gösterilmiş delilin bu hususların gerçeğe uygun olup olmadığı noktasında değerlendirilmesini sağlayacaktır, bkz. Meier, 149, 150; Börü, 196.

⁶⁰ Brönnimann, 36; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 153; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, 386; Meier, 149. Buna karşın, öğretide genel açıklamalara dayalı vakıa iddialarının da deliller aracılığıyla ispat edilebileceği belirtilmiştir. Her ne kadar genel açıklamalara dayanılmış olsa da, delillerin değerlendirilmesi yapılabilmelidir, bkz. Peter

verilmelidir. Uyuşmazlığın bu şekilde karara bağlanmasıyla, zaman ve masraftan tasarruf edilerek, sağlıklı bir karara varılabilir⁶¹.

1.2. SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ VE DİĞER TEMEL USULÎ YÜKLER

Somutlaştırma yükünün diğer temel usulî yükler ile ilişkisi yargılamadaki kronolojik sıraya uygun olarak ele alınmalıdır. En önde gelen usulî yük iddia yüküdür. Daha sonra iddia edilen vakıaların reddedilmesi gerekliliğini ortaya koyan inkâr etme yükü gelir. İnkâr edilen vakıa çekişmeli hâle geldiği için delil ikame yükü gereğince delil gösterilmesi şarttır. Nitekim çekişmeli bir vakıanın hükme esas tutulabilmesi için ispat vasıtaları ile gerçekliği ortaya konulmalıdır. İnkâr etme yükü, Türk hukuku için geçerli bir usulî yük değildir. Çalışmamızda bu usulî yükü de ele almamızın sebebi, somutlaştırma yükü açısından arz ettiği önemdir. Somutlaştırma yükü bakımından cevap bulması gereken bazı sorulara karşılaştırmalı hukukta inkâr etme yükü çerçevesinde çözüm getirilmektedir.

İspat yüküne, usulî bir yük olmaması sebebiyle, ayrı bir başlık altında yer vermeyeceğiz. Delil ikame yüküne ilişkin açıklamalarımızda, zorunlu olarak ispat yükü kavramına da değinilecektir. Her iki kavramın anlaşılabilmesi için birbirleri ile karşılaştırılması gerekmektedir.

1.2.1. İddia Yükü Kavramı

Maddî hukuk kuralında öngörülen hukukî sonuca hükmedilmesi mahkeme önüne getirilen hayat olayının o kuraldaki koşul unsuru karşılıyor olmasına bağlıdır⁶². Bununla birlikte, ya olay hakkında ihtilaf olmamalı (*inkâr etme yükünün kabul edildiği hukuk düzenlerinde inkâr edilmemiş olma şartı da aranabilir*) ya da mahkeme olayın

Hafter, *Strategie und Technik des Zivilprozesses*, Schulthess Juristische Medien, Zürich/Basel/Genf 2011, 164; Schweizer, (*Substanziieren*), 562. Oysa uyuşmazlığın çözümüne etki edecek vakıalar hakkında delil incelemesi yapabilir. Vakıa iddiası somutlaştırılmadığı sürece bunun anlaşılması olanaksızdır, bkz. Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 152, 153; Bolayır, 85; Börü, 196. Ayrıca karşı tarafın savunmada bulunma imkânı da böyle bir durumda ciddi ölçüde sınırlandırılmış olur.

⁶¹ Nobert Pantle/Stephan Kreissl, *Die Praxis des Zivilprozesses*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2002, 115.

⁶² Brönnimann, 130; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (*14. Bası*), 369; İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, Vedat Yayınevi, İstanbul 2015, 179.

gerçekleştiğine kanaat getirmiş olmalıdır⁶³. Taraflardan her birinin kendini savunmaya yönelik açıklamasının iddia mı yoksa inkâr mı olduğu maddî hukuk kuralına göre belirlenir⁶⁴. Koşul unsuru karşılayan her bir vakıanın bildirilmesine iddia (*Behauptung*) denir. Koşul unsura karşılık gelen muayyen bir vakıanın gerçeğe uygun olmadığına yönelik beyan ise inkâr (*Bestreitung*) anlamına gelir⁶⁵.

İddia yükü (*Behauptungslast*), kuralda geçen hukukî sonuca hükmedilmesi için somut vakıaların yargılamaya dâhil edilmesine yönelik taraflara ait usulî yüküdür⁶⁶. Yalnızca vakıalar iddia yüküne konu olabilir. Dolayısıyla, vakıa iddiasına dayanmaksızın yalnızca hukukî durumun açıklanması (*hukukî iddia*) vakıa iddiası değildir⁶⁷. İddia yükünün yerine getirilmesi için davacı hakkın doğumunu ortaya koymalıdır. Aslında hakkın doğumunun yanı sıra hakkın doğumuna mani teşkil eden, hakkı sona erdiren veya hakkın dayanılmasını önleyen vakıaların da gerçekleşmemiş olması aranır. Ancak davacıdan bunu beklemek hakkın gerçekleşmesini zorlaştırır. Bu sebeple, hakkın ileri sürülmesine engelleyen her türlü vakıanın mevcut olmadığının iddia edilip ispatlanması davacıya ait değildir⁶⁸.

İddia yükü, şu şekilde ele alınmaktadır⁶⁹: Muayyen bir vakıanın dava malzemesi hâline gelmemesinin sonuçlarını (*objektif iddia yükü*) düzenlemek ve vakıa iddiasında bulunulması gerekliliğini (*sübjektif iddia yükü*) ifade etmek üzere iddia yükü ikiye

⁶³ Bilge Umar/Ejder Yılmaz, *İspat Yükü*, Kazancı Matbaacılık, Ankara 1980, 1, 2; Brönnimann, 3; Jürgen H. A. Sander, *Normtatsachen im Zivilprozeß*, Berlin 1998, 17, 18; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 58-60; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (3. Bası), 369.

⁶⁴ Meier, 71.

⁶⁵ Hans-Joachim Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Walter de Gruyter Verlag, Berlin/New York 1975, 53; Michael Huber, "Ungleiche Aufklärungsmöglichkeiten der Parteien", *MDR*, H. 2, 1981, 97; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 23; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000, 509; Kaimakiotis, 1263; Schellhammer, 149; Schilken, (*Zivilprozessrecht*), 193.

⁶⁶ Brönnimann, 26; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 24; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (14. Bası), 664; Gökçen Topuz, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, 142; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 134.

⁶⁷ Egon Schneider, *Die Klage im Zivilprozess (mit Klageerwiderung und Replik)*, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 2007, 407; Schellhammer, 173; Baumgärtel/Laumen 206, 207.

⁶⁸ Leo Rosenberg, *Die Beweislast (Auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung)*, C. H. Beck Verlag, München 1965, 153; Max Guldener, *Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht*, Zürich 1955, 44; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 34; KSZ-ZGB/Schmid, Art. 8, kn. 43. Mesela alacak hakkı rehin ile temin edilen davacı taraf, açmış olduğu alacak davasında yalnızca bu hakkın doğduğunu iddia ve ispat etmelidir. Hakkın sona ermediğinin iddia edilmesi ve ispatlanması ise davacıdan (alacaklıdan) beklenmemelidir, bkz. BGH, Urt. v. 20.03.1986 - IX ZR 42/85 (NJW, Y. 1986, H. 39, 2427).

⁶⁹ Prütting, 44; Brönnimann, 25-29; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 24-26; Koch, 26; Hans-Joachim Musielak, *Grundkurs ZPO*, C. H. Beck Verlag, München 2012, 263; Dolge, 19; Spühler/Dolge/Gehri, 136, 137; Hans-Jürgen Ahrens, *Der Beweis im Zivilprozess*, Otto Schmidt Verlag, Köln 2015, 252; Börü, 119.

ayrılmaktadır. Objektif iddia yükü, vakıa eksikliği (*Behauptungslücke*) sebebiyle hükmün kimin aleyhine verileceğini belirler. Sübjektif iddia yükü ise bir tarafın kendi aleyhine karar verilmesi riskini bertaraf etmek için vakıa iddiasında bulunmasını gerekli kılan bir yüküdür.

Hâkim görüşe göre, hangi yargılama ilkesi (*tarafarla getirilme veya re'sen araştırma*) tercih edilmiş olursa olsun, objektif iddia yükü uygulama alanı bulur. Zira, re'sen araştırma ilkesinde dahi, belirli bir vakıanın tespit edilememesi ihtimali her zaman için vardır⁷⁰. Buna göre, objektif iddia yükünün hem vakıa iddiasında bulunulmamasının hem de vakıanın mahkemece tespit edilememiş olmasının sonuçlarını düzenlediğini söyleyebiliriz⁷¹. Sübjektif iddia yükü ise yalnızca taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olabilir⁷².

Objektif iddia yüküne göre karar verilirken, ispat yükünün dağılımını belirleyen kurallara başvurulacağı benimsenmiştir⁷³. Ancak ispat yüküne dayalı bir karar verilemeyeceğine dikkat edilmelidir. Vakıa iddiası mahkeme önüne getirilmediği takdirde, mahkemenin vereceği karar, ispat yükü ile açıklanamaz⁷⁴. İspat yüküne dayalı karar verilmesi hâlinde, hükme esas alınabilecek muayyen bir vakıa vardır. Ancak, bu vakıa için gösterilen delille, vakıanın gerçeğe uygun olduğu hususunda kesin bir kanaat sağlanamamıştır. Oysa objektif iddia yüküne göre hüküm kurulmasında, muayyen bir vakıa iddia edilmemiştir ya da tespit edilememiştir⁷⁵.

Dikkat edileceği üzere, objektif iddia yükü gerçek anlamda usulî bir yük değildir⁷⁶. Yalnızca dava malzemesi hâline gelmemiş vakıa sebebiyle verilecek karar için bu kavrama başvurulur⁷⁷. Hâlbuki, usulî yükte tarafların aktif davranışta bulunup

⁷⁰ Prütting, 44; Brönnimann, 28, 112; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 25; Kaimakliotis, 1264; Baumgärtel/Laumen, 200; Börü, 91. Objektif-sübjektif iddia yükü ayrımı yapmakla birlikte, iddia yükünü yalnızca taraflarca getirilme ilkesine hasreden görüş de bulunmaktadır, bkz. Musielak, 50, 51; Stephan Gregory Bnedicter, *Sachverhaltsermittlung im Zivilprozess*, Berlin 2005, 16; Börü, 119, 120.

⁷¹ Meier, 62, 63.

⁷² Brönnimann, 29; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 25, 26; Bnedicter, 16.

⁷³ Guldener, (*Beweiswürdigung*), 21; Rosenberg, 14, 15; Prütting, 45; Jan Asmus Bischoff, "Tatsachenvortrag im Zivilprozessrecht", *JA*, Y. 42, 2010, 532; Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, C. H. Beck Verlag, München 2010, 651; Johann Braun, *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2014, 716; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 135.

⁷⁴ Bnedicter, 15; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, 144.

⁷⁵ Baumgärtel/Laumen, 200.

⁷⁶ Peter Frohn, "Substantiierungspflicht der Parteien und richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO", *JuS*, Y. 36, 1996, 247.

⁷⁷ Brönnimann, 28; Kaimakliotis, 1264; Nina Freudenthal, *Die sekundäre Behauptungslast*, Dr. Kovač Verlag, Hamburg 2008, 9.

bulunmamalarına doğrudan bir sonuç bağlanması söz konusudur⁷⁸. Ortada usulî bir yük olmadığı için “*sübjektif-objektif iddia yükü*” şeklinde bir ayrıma gidilmemelidir⁷⁹. Objektif iddia yükünün geliştirilme sebebi, davaya dâhil edilemeyen vakıa sebebiyle, gerek taraflarca getirilme ilkesinde gerekse re’sen araştırma ilkesinde verilecek kararı açıklamaktır. İspat yüküne dayalı bir karar verilmesi doğru olmamakla birlikte, verilecek karar ispat yükü kurallarına göre belirlenir. Anılan kavram yalnızca belirli bir vakıanın dava malzemesi hâline gelememesinin sonuçlarını düzenler. Bu durumu ifade etmek amacı ile “*yük*” ibaresinin kullanılması ise isabetli değildir. Ayrıca, bu ayrım, kavram kargaşasına da sebep olabilecek niteliktedir. Verilecek kararın kimin aleyhine olacağı böyle bir kavrama başvurulmadan dahi açıklanabilir. Bu hususta, tatbiki gerekli maddî hukuk kuralının esas alınması yeterli olur. Uygulanacak hukuk kuralının koşul unsurunu karşılayan bir vakıa, dava malzemesi hâline gelmezse, doğal olarak o kural uygulanmaz. Dolayısıyla, bu kural uygulandığında kimin (*hakkında doğması için lüzumlu vakıada davacı taraf; hakkın sonra ermesine yönelik vakıada davalı taraf*) lehine bir durum ortaya çıkacaksa, vakıa iddiasında bulunulmadığı için kuralın uygulanamaması, o tarafın aleyhine (*davacı taraf için davanın reddi; davalı taraf için davanın kabulü*) karar verilmesi sonucunu doğurur⁸⁰.

Kanaatimizce, iddia yükü, yalnızca sübjektif iddia yükünü karşılamak üzere kullanılmalıdır⁸¹. Buna göre, iddia yükü taraflarca getirilme ilkesiyle birlikte düşünülmelidir. Kabul etmek gerekir ki, re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda sınırlı bir iddia yükü gündeme gelebilir. Bu durum, katılma yükü (*Mitwirkungslast*) olarak da ifade edilmektedir⁸². Başvuruda bulunan tarafça (davacı), hâkimin araştırma yapmasını sağlayacak düzeyde iddiada bulunulmuş olması beklenmektedir. Ancak, re’sen araştırma ilkesi geçerli olduğu takdirde, iddia yükünden

⁷⁸ Lent, 347; Wolfgang Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Giesecking Verlag, Bielefeld 1974, 170; Stein/Jonas (23)/Brehm, vor § 1, kn. 210.

⁷⁹ Frohn, 247.

⁸⁰ Oberheim, 193. Gerek iddia yükü gerekse ispat yükü maddî hukuka dayanmaktadır. İspat yükü altındaki taraf bir vakıayı ispat edebilmek için öncelikle o vakıayı iddia etmiş olmalıdır, bkz. Staehelin/Staehelin/Grolimund, 142. Görüldüğü üzere, iddia yükü ispat yükünden önce gelmektedir, bkz. Frohn, 247; Ralf Eschlebach/Andreas Geipel, "Substantiierungslast des Beklagten im Zivilprozess", *ZAP*, Nr. 24, 2010, 1683.

⁸¹ Objektif-sübjektif iddia yükü ayrımı yapılmayan eserlerde iddia yükü bu ayrımda geçen sübjektif iddia yükü ile örtüşmektedir, bkz. Guldener, (*Beweiswürdigung*), 21; Kaimakliotis, 1264; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 15; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 21.

⁸² KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 64.

bahsedilemeyeceği gerçeği değişmez. Kaldı ki, tarafların iddia etmemiş olduğu vakıalar dahi, karar verilirken dikkate alınabilmektedir⁸³.

Re'sen araştırma ilkesinin uygulanış şekline (*klasik re'sen araştırma ilkesi yerine sınırlı re'sen araştırma ilkesinin uygulanması*)⁸⁴ bağlı olarak iddia yükünden bahsedilebilir. Klasik re'sen araştırma ilkesinde, yukarıda belirttiğimiz üzere, iddia yükü yoktur. Sınırlı re'sen araştırma ilkesinde talep sonucunu haklı kılacak vakıaları dava malzemesi hâline getirmek taraflara aittir⁸⁵. O yüzden, taraflar için gerçek anlamda usulî bir yükten bahsedilebilir⁸⁶. Yalnızca hâkimin davayı aydınlatma ödevi bu ilkenin geçerli olduğu davalarda güçlendirilmiştir⁸⁷. Özellikle boşanma davalarında bu şekilde bir uygulama söz konusu olabilir⁸⁸. Mahkemenin hayat olayına dair bütün ayrıntıları açıklığa kavuşturma zorunluluğu yoktur⁸⁹. Burada, davaya bakan hâkime tam anlamıyla kendiliğinden araştırma yetkisi tanımadığından, iddia yükünün taraflarca getirilme ilkesine tabi davalarda uygulanacağı gerçeği yine değişmemektedir.

Sübjektif iddia yükü de soyut ve somut iddia yükü olmak üzere ayrıma tabi tutulmaktadır. Soyut iddia yükünün dağılımı ispat yükünün dağılımı ile paraleldir. Soyut iddia yükü ile karşı tarafın savunmasından bağımsız olarak iddiada bulunulması gerekliliği açıklanmaktadır⁹⁰. Mesela davacı, hakkın doğumuna ilişkin vakıa örgüsünü kuran bütün vakıaları iddia etmelidir⁹¹. Vakıaların doğru olduğu varsayımında, davacının lehine karar verilebilecek şekilde iddia yükü yerine getirilmiş olmalıdır. Aynı şekilde, davalının dayandığı vakıaların doğru olduğu varsayımında, davanın reddi sağlanabilecek şekilde iddiada bulunmalıdır⁹².

⁸³ Baumgärtel/Laumen, 206.

⁸⁴ Tarafların getirmediği dava malzemesinin hâkim tarafından araştırılması zorunluluğu yalnızca klasik re'sen araştırma ilkesinde vardır. Sınırlı re'sen araştırma ilkesinde dava malzemesini getirmek tarafların sorumluluğundadır, bkz. İbrahim Ercan, "Boşanma Davalarına Hakim Olan İlkeler", *Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-XII*, 2014, 262 (dn. 49).

⁸⁵ Brönnimann, 107.

⁸⁶ BSK-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 64.

⁸⁷ Brönnimann, 109; BK-ZPO/Hurni, Art. 50, kn. 65.

⁸⁸ Ercan, s. 262-266.

⁸⁹ Meier, 38.

⁹⁰ Prütting, 44; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 26; Herbert Seutemann, "Die Anforderungen an den Sachvortrag der Parteien", *MDR*, H. 7, 1997, 616; Frohn, 248; Seutemann, 616; Seibel, 361; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 652; Antonios Diakonou, *Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2014, 120; Baumgärtel/Laumen, 196; Börü, 122.

⁹¹ Prütting, 44; Rosenberg, 49; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 26.

⁹² Prütting, 44.

Vakıa iddialarının ne ölçüde somutlaştırılması gerektiği ise somut iddia yükü ile açıklanmaktadır⁹³. Somut iddia yükünde karşı tarafın tepkisi belirleyicidir⁹⁴. Karşı taraf aleyhine olan vakıayı inkâr ettiği takdirde, iddia yükünü taşıyan taraf, o vakıa hakkında daha ayrıntı bir açıklama yapmalıdır⁹⁵. Bunun üzerine, artık yalnızca inkârda bulunmak ile yetinilmemeli; inkâr da aynı şekilde ayrıntılı bir hâle getirilmelidir⁹⁶. Görüldüğü üzere, bu yük, taraflar arasında yer değiştirebilmektedir⁹⁷. Dolayısıyla, somut iddia yükü, soyut iddia yükünün aksine, ispat yükünden bağımsızdır⁹⁸. Somut iddia yükü aslında somutlaştırma yükünü karşılamaktadır⁹⁹. Çünkü iddia edilen vakıalar hakkında ayrıntılı bilgi verilmesi ihtiyacı, somutlaştırma yükü ile açıklanabilir. Buna ek olarak, aşağıda açıklayacağımız talî somutlaştırma yükünün de, somut iddia yükünün kapsamına girdiği belirtilmektedir¹⁰⁰.

Somut iddia yükünün taraflar arasında yer değiştirmesi, aşağıda açıklanacak olan somut delil ikame yüküne de bağlıdır¹⁰¹. Somut delil ikame yükü gereğince, yeni delil ileri sürülürken doğal olarak bu delilin temsil ettiği vakıadan da bahsetme ihtiyacı doğar. Somut iddia yükü buna bağlı olarak yer değiştirir. Vakıa iddialarının bu şekilde somutlaştırılması için, taraflardan her biri delil ikame yüküne göre yeni açıklama yapmak durumunda kalır. Bu durum, somut iddia yükünün ispat yükünden bağımsız olduğunu göstermektedir¹⁰².

⁹³ Prütting, 44; Udo Hansen, "Die Substantiierungslast", *JuS*, H. 7, Y. 31, 1991, 589; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 26; Topuz, 142 (dn. 427); Rosenberg/Schwab/Gottwald, 652; Diakonis, 120; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 103; Börü, 122, 123. İsviçre hukukunda farklı şekillerde ayrımlara yer vermekle birlikte temelde bu ayrıma paralel bir anlayış hâkimdir, bkz. Meier, 67-71.

⁹⁴ Prütting, 44; Hansen, 589; Martin Sarbach, *Die richterliche Ausklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Stämpfli Verlag, Bern 2003, 27; Baumgärtel/Laumen, 196.

⁹⁵ Huguenin-Dumittan, 119; Schilken, (*Zivilprozessrecht*), 193, 194; Kaimakliotis, 1265; BK-ZPO/Huni, Art. 55, kn. 23; BSK-ZPO/Willisegger, Art. 222, kn. 22; Martin Tanner, "Antizipierte Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung", *AJP*, H. 5, 2015, 738; Meier, 111.

⁹⁶ Gerhard Lüke, *Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung)*, München 2006, 229; Mertins, 444; Schilken, (*Zivilprozessrecht*), 193, 194; Schweizer, (*Substanziieren*), 562; Schellhammer, 174.

⁹⁷ Prütting, 47; Hansen, 589; Frohn, 247, 248; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 26; Adloff, 121, 122; Mertins, 444; Topuz, 142 (dn. 427); MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 136; Rolf Meyke, *Darlegen und Beweisen im Zivilprozeß*, Deutscher Anwaltverlag, Bonn 2000, 69.

⁹⁸ Hansen, 589; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 652; Mertins, 444; Verena Brandt, *Das englische Disclosure-Verfahren*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2015, 79; Baumgärtel/Laumen, 197.

⁹⁹ Prütting, 47; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 26; Hansen, 589; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 652.

¹⁰⁰ MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 103; Baumgärtel/Laumen, 198.

¹⁰¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 652; Eschlebach/Geipel, (*Substantiierungslast des Beklagten*), 1684; Baumgärtel/Laumen, 194.

¹⁰² Baumgärtel/Laumen, 197.

Şunu belirtmeliyiz ki, somut iddia yükü, somutlaştırma yükünün içeriğini tam olarak karşılamamaktadır. Türk hukuku açısından somutlaştırma yükünün kapsamı düşünüldüğünde, yukarıda belirtilen tasnifin hukukumuzda geçerli olamayacağını söyleyebiliriz. İddia edilen vakıaların deliller ile ilişkilendirilmesi de somutlaştırma yükünün kapsamına girer¹⁰³. Hâlbuki, yukarıda belirtilen somut iddia yükü kapsamında vakıa-delil ilişkisi kurulması hususuna değinilmemektedir. Öte yandan, somut iddia yükünün (*somutlaştırma yükü*) taraflar arasında yer değiştirmesi, Türk hukukunda sınırlı şekilde söz konusu olabilir. Anılan görüşün temeli inkâr etme yüküne dayanır. Taraflardan biri ayrıntılı bir açıklama yaptığı ölçüde diğer taraf da daha ayrıntılı açıklamada bulunmaz ise iddia edilmiş vakıa ikrar edilmiş sayılır¹⁰⁴. Hatta maddî gerçek araştırılmaksızın iddia edilmiş vakıaya göre bir karar verilmektedir¹⁰⁵. Bu yüzden, somutlaştırma yükü taraflar arasında yer değiştirebilmektedir. Türk hukukunda ise inkâr etme yükü geçerli değildir. Hukukumuzda bugüne kadar inkârın ne ölçüde ayrıntılı olması gerektiği tartışmasının yaşanmamış olması da bunu haklı kılmaktadır. İddiada bulunan taraf ne kadar ayrıntılı bir açıklama yapmış olursa olsun hiç cevap vermemek veya sadece inkârda bulunmak ile yetinilebilir¹⁰⁶. Türk hukukunda iddia yükü, soyut iddia yükünü karşılamak üzere kullanılmalıdır. Soyut-somut iddia yükü ayrımı ise hiç yapılmamalıdır. Yargılama esnasında iddia edilmiş vakıalar hakkında daha ayrıntılı bilgi verilmesi ve vakıalar ile delillerin ilişkilendirilmesi gerekliliği için somutlaştırma yükü kavramına başvurulmalıdır.

1.2.2. İnkâr Etme Yükü Kavramı

Her ne kadar inkâr etme yükü Türk hukukunda kabul edilmemiş olsa da, çalışmamızda bu kavramın açıklanmasını gerekli görmekteyiz. Yabancı hukuk düzenlerinde (özellikle Alman hukukunda), aslında iddia yükü altında olmayan bir taraf, iddia yükünü taşıyan tarafça getirilmiş vakıa iddialarına, inkâr etme yükü sebebiyle, ayrıntılı bir şekilde cevap vermek durumunda kalmaktadır. İnkâr etme yükünün bu

¹⁰³ Taşpınar-Ayvaz, 381; Bolayır, 87, 88; Simil, 27; Özkes, 290. Öğretide somutlaştırma yükünün deliller ile doğrudan bir bağının olmadığı belirtilmektedir. Buna göre, HMK m. 119/1 - (f) ve 112/1 - (e) ile HMK m. 194/2 düzenlemeleri, somutlaştırma yükünü tamamlayıcı bir işlevi yerine getirmektedir, bkz. Tanrıver, 796, 797.

¹⁰⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 611; Baumgärtel/Laumen, 215.

¹⁰⁵ Hans Dieter Lange, "Bestreiten mit Nichtwissen", *NJW*, H. 51, 1990, 3239.

¹⁰⁶ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 29.

işlevi nasıl yerine getirdiği ve Türk hukukunda bu yükün kabul edilmemiş olmasının doğurduğu eksikliğin nasıl giderilebileceğini açıklayabilmek için inkâr etme yükünün açıklanması gerekir.

İnkâr etme yükü (*Bestreitungslast*), karşı tarafın ileri sürdüğü vakıaların reddedilmesi ihtiyacını doğuran usulî bir yüküdür. Açıkça karşı çıkılmayan bir vakıa iddiası, ikrar faraziyesi (*Geständnisfiktion*) sebebiyle, kabul edilmiş sayılır¹⁰⁷. Yargılamada hangi vakıaların ispatının gerektiğini belirlemede inkâr etme yükü önemli bir rol oynar. Şöyle ki, belirli bir vakıa inkâr edilmediği sürece ispatı gerekmeksizin hükme esas alınabilir¹⁰⁸. İnkâr edilen vakıa ise, yalnızca ispat edildiği takdirde, hüküm verilirken göz önünde tutulabilir. O yüzden, ispatı gereken vakıanın inkâr edilen vakıa olduğunu söyleyebiliriz¹⁰⁹. İnkâr etme yükü yalnızca davalı tarafa ait usulî bir yük olarak görülmemelidir. Yerine göre (*dava konusu hakka dayanılmasını engelleyen vakıaların davalı tarafından ileri sürülmesi gibi*) davacı da inkâr etme yükü altında olabilir¹¹⁰.

İnkâr etme yükünün kabul edilme sebebi, ispatın konusunun sağlıklı bir şekilde belirlenmesidir. Yalnızca talep sonucunun haklı olmadığı veya ileri sürülen vakıaların gerçeği yansıtmadığı şeklinde inkârda bulunulması, hangi vakıa veya vakıaların çekişmeli olduğunun belirlenmesini zorlaştırır. Bu nedenle, çekişmeli vakıaların anlaşılmasını kolaylaştırmak amacıyla inkâr etme yükü tercih edilebilir. Böylece, hem mahkeme hem de vakıa iddiasında bulunan taraf, ispat edilmesi gereken vakıa veya vakıaları anlayabilirler¹¹¹. Davaya temel teşkil eden vakıaların ne ölçüde

¹⁰⁷ Huguenin-Dumittan, 23; Marco Bendi/Danä Sonderegger, "Die Bestreitungslast im Zivilprozess", *SJZ*, Nr. 102, 2006, 408, 409; BK-ZPO/Brönnimann, Art. 150, kn. 17; BK-ZPO/Killias, Art. 222, kn. 21; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 22; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 41; Baumgärtel/Laumen, 30; Meier, 10, 11.

¹⁰⁸ Grunsky, 171; Brönnimann, 173; Mehmet Kamil Yıldırım, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1990, 115; Martin Sarbach, "Gedanken zur Verhandlungsmaxime", *ZBJV*, 2000, 687; Regina E. Aeibi-Müller/Laura Jetzer, "Beweislast und Beweismass im Ehegüterrecht", *AJP*, H. 3, 2011, 292; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 42; BK-ZPO/Killias, Art. 222, kn. 19; Leuenberger, 3; Schellhammer, 149; Braun, 503.

¹⁰⁹ Musielak, (*Grundkurs*), 265; KSZ-ZPO/Hasenböhler, Art. 55, kn. 16; Tanner, (*Beweiswürdigung*), 737.

¹¹⁰ Braun, 509.

¹¹¹ Schweizer, (*Substanziieren*), 567; Volker Pribnow/Yves Gogniat, "Substanziierung im Haftpflichtprozess", in *Haftpflichtprozess 2013*, (Hrsg. Fellmann Walter/Weber Stephan), Zürich 2013, 111.

somutlaştırılacağı da inkâr etme yüküne bağlıdır. Karşı tarafın vereceği cevaba göre, uyuşmazlığa ilişkin olarak daha fazla bilgi verilmesi ihtiyacı doğabilir¹¹².

Alman ve İsviçre hukukunda, inkâr etme yüküne yer verilmiştir. Öyle ki, inkâr yükü, taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucu olarak görülmektedir¹¹³. Zira uyuşmazlığın konusunu belirlemek, bu ilke gereğince tarafların elindedir. Böylece, vakıa iddiasını inkâr edip etmeme tekeline sahip olan taraf, uyuşmazlığın konusunu belirlemektedir. Dolayısıyla, inkâr etme yükü yalnızca taraflarca getirilme ilkesine tabi davalara özgülenmiştir¹¹⁴. Re'sen araştırma ilkesine tabi davalarda ise, davaya bakan hâkim, vakıa iddiasının gerçekliği hakkında kanaat getirmedikçe, bu iddiaya göre karar veremez. Karşı tarafın nasıl bir savunmada bulunduğu önemi yoktur. Bu yüzden, re'sen araştırma ilkesi uygulandığı hâllerde inkâr etme yükü uygulama alanı bulamaz¹¹⁵. Kanun koyucu, klasik veya sınırlı re'sen araştırma ilkesinden birini tercih etmiş olabilir. Yapılmış olan tercihin inkâr etme yükü açısından bir önemi yoktur. Sınırlı re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı hâllerde de inkâr etme yükünden bahsedilemez¹¹⁶. Buna karşın, yapılan tercihe göre inkâr etme yükünün doğabileceği şeklinde aksi yönde görüş de belirtilmektedir¹¹⁷.

İnkâr etme yükünün konusu yalnızca vakılardır¹¹⁸. Uygulanması talep edilen hukuk kuralı açısından ise inkâr etme yükü yoktur¹¹⁹. Dava açarken dayanılmış bir hukuk kuralına karşı çıkılmadığı için o kurala göre hüküm kurulamaz. Nitekim hâkim, tarafların hukukî nitelendirmeleri ile hiçbir şekilde bağlı değildir¹²⁰. İnkâr edilmesi gereken vakıalar ise yargılamaya dâhil edilmiş vakılardır. Karşı taraftan yalnızca onun bilgisine sunulmuş vakıları inkâr etmesi beklenebilir. Dava malzemesi hâline

¹¹² Delil ikame talebinde ispat edilecek vakıanın somut bir şekilde belirtilmesi lâzım gelir. Her bir vakıanın somutlaştırılmasında mevcut durumun şartları ve özellikle karşı tarafın vermiş olduğu cevap belirleyicidir, bkz. BGH, Versäumnisurteil vom 15. 1. 2004 - I ZR 196/01 (NJW-RR, Y. 2004, H. 19, 1362).

¹¹³ Brönnimann, 173; Sarbach, (*Verhandlungsmaxime*), 687; KSZ-ZPO/Hasenböhler, Art. 55, kn. 17; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 37; MüKo-ZPO/Wagner, § 138, kn. 23.

¹¹⁴ BK-ZPO/Hurni, Art. 50, kn. 64.

¹¹⁵ Brönnimann, 175; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 45; Spühler/Dolge/Gehri, 138; BK-ZPO/Brönnimann, Art. 55, kn. 18; BK-ZPO/Killias, Art. 222, kn. 23; KSZ-ZPO/Hasenböhler, Art. 150, kn. 19; Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 12; Meier, 38.

¹¹⁶ Brönnimann, 175; Meier, 41, 42.

¹¹⁷ KSZ-ZPO/Hasenböhler, Art. 150, kn. 21.

¹¹⁸ Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 41; KSZ-ZPO/Hasenböhler, Art. 150, kn. 4, 5; Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 12.

¹¹⁹ Schneider, (*Klage*), ; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 41.

¹²⁰ Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Vakıalar ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, 5; Karaaslan, 119; Schellhammer, 165.

gelmemiş bir vakıa ise hiçbir şekilde onun aleyhine sonuç doğuramaz. Demek ki, ikrar faraziyesi, iddia edilmiş vakıalar hakkında işletilebilir¹²¹.

Yargılamada taraf davranışlarına bağlı ortaya çıkabilecek çeşitli ihtimallere göre inkâr etme yükü önem kazanır. Kendi aleyhine ileri sürülmüş vakıa iddialarını öğrenen taraf, ya savunmada bulunur ya da bulunmaz. Savunmada bulunulmaması cevap vermeyerek gerçekleşir. Cevap vermek istenildiğinde ise şu iki ihtimal ortaya çıkar¹²²: Ya vakıa iddialarının gerçek ile örtüşmediği ileri sürülür ya da vakıa iddialarına karşı çıkılmamakla birlikte talep edilen hukukî sonuca hükmedilmesini engelleyen bir vakıa iddiasına dayanılır. İlk durum, vakıa iddiasının inkârıdır. İnkâr, vakıa örgüsünü kuran vakıaların tamamına ya da bir kısmına yönelik olabilir¹²³. Cevapsız bırakılan vakıalar doğrudan; inkâr edilen vakıalar ise ispat edildikleri takdirde hükme esas alınabilir. İkinci durumda ise karşı çıkılmayan vakıa iddiaları ikrar edilmiş sayılır. Artık savunmaya yönelik vakıa iddialarının inkâr edilip edilmeyeceğine göre ispatın konusu belirlenir¹²⁴.

İnkâr etme yükünü taşıyan tarafın ikrar faraziyesine göre aleyhine karar verilmesi, dayanılmış olan vakıaların talep sonucunu haklı kılması şartına bağlıdır (*schlüssig*)¹²⁵. Öne sürülmüş vakıaların doğru olduğu varsayımında, istenen talep sonucuna hükmedilebiliyor ise bu şart sağlanmıştır¹²⁶. Aksi hâlde, karşı tarafın verdiği cevaptan bağımsız olarak hüküm kurulur¹²⁷. Verilecek karar ise vakıa iddiasında eksiklik bulunan tarafın aleyhine olur¹²⁸. Talep sonucuna hükmedilmesini sağlayacak şekilde vakıa iddiasında bulunulabildiği takdirde, inkâr etme yükü gereğince, artık karşı taraf için kendini savunma zorunluluğu doğar¹²⁹.

İnkârdan bahsedilebilmesi için bu yönde bir irade açıklamasına ihtiyaç vardır. Hangi vakıanın gerçeğe uygun olmadığı düşünülüyorsa, o vakıa inkâr edilmelidir. Örneğin “*Açıkça kabul edilmeyen vakıalar inkâr edilmiştir*” şeklindeki bir kayda

¹²¹ Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 25.

¹²² Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 23; Musielak, (*Grundkurs*), 259; Meier, 116.

¹²³ Lüke, 228; Braun, 96.

¹²⁴ Braun, 96.

¹²⁵ Brönnimann, 174; Kaimakliotis, 1265; Gremmer, 1172; Schellhammer, 170, 171; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 37; Braun, 502, 508; Meier, 111; Börtü, 130.

¹²⁶ Musielak, (*Grundkurs*), 259; Braun, 27; Tanner, (*Beweiswürdigung*), 738.

¹²⁷ Brönnimann, 174; Lüke, 229; Musielak, (*Grundkurs*), 259; Meier, 113, 114.

¹²⁸ BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 37.

¹²⁹ Ruth A. Van Der Pol/Anton Petrov, "Searching for Truth in Civil Process: The Netherlands and Russia", *RLJ*, Vol. III, S. 1, 2005, 116.

dayanmak suretiyle vakıa inkârında bulunulamaz¹³⁰. Çünkü inkâr, yalnızca somut vakıa iddiasına yönelik olabilir¹³¹. Öyle ki, aslında inkâr edilmek istenmesine rağmen, bu vakıa iddiası hakkında, ikrar edilmiş sayılma sonucu doğar¹³².

İnkâr etme yüküne bağlı olarak günlük hayatta yaygınlık kazanmış hukukî terimlerin (*satım, ödünç, kira vb.*) kullanılması suretiyle de dava açılabilceği benimsenmiştir. Taraflar arasında aynı nitelikte birden fazla işlem yapılmış olması hâlinde, bunlardan hangisinin dava edildiğinin anlaşılmasını sağlayacak ölçüde açıklama yapılması yeterlidir¹³³. Daha ayrıntılı bir açıklamada bulunma ve talep sonucunu haklı kılan vakıaları tek tek izah etme ise inkâr hâlinde söz konusu olabilir. İlk aşamada vakıa örgüsünü kuran her bir vakıanın tek tek izah edilmesi mecburiyeti yoktur. Genel bir inkârda bulunulması üzerine, iddiada bulunan tarafın daha ayrıntılı bir açıklama yapması ihtiyacı doğar¹³⁴. İnkârda bulunulurken ciddi ölçüde ayrıntılı bir açıklamada bulunulması hâlinde ise, çok daha ayrıntılı bir şekilde açıklanma yapılması lâzım gelir¹³⁵. Mesela nafaka talep edilirken belirli bir miktar para talep edilmiş olup, bu miktara nasıl ulaşıldığı açıklanmamış olabilir. Bu durumda karşı tarafın öngörülen miktara itiraz etmekten öteye giden bir açıklama yapması beklenmez. Buna karşın, şayet talep sonucuna nasıl ulaşıldığına ilişkin dayanak noktaları açıklanırsa, bu sefer karşı tarafın da bu dayanak noktaları hakkında, somut açıklamalarda bulunmak suretiyle, nafaka miktarına itiraz etmesi beklenir¹³⁶.

İddia aşamasında genel açıklamalar ile yetinildiğinde basit bir inkâr dahi yeterli olabilir. Fakat inkârın da yerine göre somutlaştırılması ihtiyacı doğabilir. Vakıa iddiasının reddedilmiş sayılması buna bağlı olacaktır. Bilhassa vakıalara dayanılırken ayrıntılı açıklamalar yapılmış olması hâlinde bu durum ortaya çıkar. İkrar faraziyesine

¹³⁰ Musielak, 11; Schneider, (*Klage*), 408; Oberheim, 239, 240; Aeibi-Müller/Jetzer, 292; Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 10; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 41.

¹³¹ Baumgärtel/Laumen, 30. Türk hukukunda da benzer bir kaydın geçerli olamayacağı ifade edilmiştir, bkz. Akil, (*Somutlaştırma Yükü*), 89, 90. Türk hukukunda inkâr etme yükünün uygulanıp uygulanmadığına bakılmaksızın böyle bir görüşün ileri sürülmesi isabetli değildir.

¹³² Meyke, 75; Spühler/Dolge/Gehri, 139.

¹³³ Aslında dava konusunun belirlenmesi için böyle bir zorunluluk öngörülmektedir. Somutlaştırma yükünü ilgilendiren bir durum söz konusu değildir. Sadece dava konusunun ferdileştirilmesi için bazı genel açıklamaların yapılmış olması aranmaktadır, bkz. Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 8.

¹³⁴ Brönnimann, 145; Hansen, 589; Ralf Eschlebach/Andreas Geipel, "Substantiierungslast des Klägers im Zivilprozess", ZAP, Nr. 22, 2010, 1670; Mertins, 444; Meier, 74, 75. İnkâr üzerine iddia edilmiş vakıaların somutlaştırılması için ayrıntılı açıklama her hâlükârda zorunlu değildir. Şayet inkâr üzerine ileri sürülen hak bakımından bir karara varılması mümkün olmuyor ise somutlaştırma gerekliliği doğar, bkz. Hansen, 589; Eschlebach/Geipel, (*Substantiierungslast des Beklagten*), 1683.

¹³⁵ Schneider, (*Klage*), 504; MüKo-ZPO/Wagner, § 138, kn. 18.

¹³⁶ Meyke, 70.

göre dayanılan vakıa iddiasının kabul edilmiş sayılmasına engel olabilmek için, inkâr da mutlaka ayrıntılı olmalıdır¹³⁷. Başka bir ifadeyle, iddia edilmiş vakıaları reddetmek ile yetinilmemelidir. Yoksa inkârda bulunulmadığı gözetilerek karar verilir¹³⁸.

İnkâr etme yükü, vakıa iddiasında bulunulurken de somutlaştırma yükünü ilgilendiren bir durum olarak ortaya çıkabilir. Bazı hâllerde, iddia ve ispat yükünü taşıyan tarafın yargılama için ihtiyaç duyulan bilgilere sahip olmaması sebebiyle, inkâr etme yükü çerçevesinde karşı tarafın ayrıntılı bir inkârda bulunması beklenebilir¹³⁹. Delil incelemesi aşamasına geçilebilmesi için inkârda bulunması beklenen taraf ayrıntılı bir açıklama yapmalıdır¹⁴⁰. Bu durum, talî somutlaştırma yükü (*sekundäre Substantiierungslast*)¹⁴¹ olarak ifade edilmektedir. Açıklama yapmaya zorlayan sebep ise inkâr etme yüküdür. Şayet beklenen açıklama yapılmaz ise, ileri sürülmüş ve yeterli ölçüde somutlaştırılmamış vakıa iddiası inkâr edilmiş sayılmayacak ve buna göre karar verilecektir¹⁴². Bu karar ise şüphesiz gerekli bilgileri vermekten imtina eden tarafın aleyhine olacaktır¹⁴³.

¹³⁷ Eschlebach/Geipel, (*Substantiierungslast des Beklagten*), 1682.

¹³⁸ Seutemann, 619; Musielak, (*Grundkurs*), 260; Van Der Pol/Petrov, 117; MüKo-ZPO/Wagner, § 138, kn. 19; Baumgärtel/Laumen, 215; Meier, 123.

¹³⁹ Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 37; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 611; Pantle/Kreissl, 129; Malte Stieper, "Der Beweis negativer Tatsachen, insbesondere Neuheit von Immaterialgütern im Verletzungsprozess", *ZZP*, B. 113, 2010, 38; Schellhammer, 174; Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 10; BK-ZPO/Killias, Art. 222, kn. 20; KSZ-ZPO/Leuenberger, Art. 222, kn. 25; Pribnow/Gogniat, 111; Dolge, 24, 25; Brandt, 97; Oberheim, 206; Brandt, 82.

¹⁴⁰ Karşı tarafın inkârda bulunurken yapacağı açıklamaya makul sınırlandırmalar getirilmesi önerilmektedir. Özellikle ilgili tarafın kendi menfaatlerine (*ticari sır gibi*) aykırı bazı açıklamalar yapması zorunluluğu doğuyor ise buna bir sınırlama getirilmelidir, bkz. Huber, 97; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 157; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 13; Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 11; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 58.

¹⁴¹ Peter Schlosser, "Wirtschaftsprüfervorbehalt und prozessuales Vertraulichkeitsinteresse der nicht primär beweis- und substantiierungsbelasteten Prozeßpartei", *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, 1999, 1011. Aslında bu durumu ifade etmek üzere talî iddia yükü (*sekundäre Behauptungslast*) kavramı kullanılmaktadır. Çünkü inkârda bulunulurken iddia yükü altındaki tarafın dayanmadığı yeni vakıalara dayanılabilmektedir. Ancak karşı taraf, her ne kadar yeni vakıalar ileri sürecektir olsa da onun açıklamaları iddia olarak ele alınamaz. Kendisinden açıklama yapması beklenen karşı taraf aslında uygulanacak hukuk kuralının koşul unsuru karşılayacak muhtemel vakıaları inkâr etmektedir. Yalnızca inkârda bulunulurken daha ayrıntılı bir açıklama yapılması beklenir, bkz. Huber, 97. Dolayısıyla, çalışmamızda talî somutlaştırma yükü kavramı esas alınacaktır.

¹⁴² Rosenberg/Schwab/Gottwald, 611; Ingo Saenger, "Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts aus deutscher Sicht", *ZZP*, B. 112, H. 2, 2008, 145; Braun, 509; MüKo-ZPO/Wagner, § 138, kn. 21; Börü, 102, 103. **BRÖNNIMANN**, böyle bir durumda iddia yükünü taşımayan tarafça başka vakıa iddialarında bulunulmasının o tarafın inkârının bir parçası olduğunu ifade etmektedir, bkz. Brönnimann, 160. Dolayısıyla, yazarın ayrıntılı açıklama yapmama hâlinde inkârın gerçekleşmediği görüşünü benimsediği sonucuna varılması mümkündür.

¹⁴³ MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 103; Baumgärtel/Laumen, 579.

Yukarıda belirtilen durumda inkâr etme yükünü taşıyan tarafın aleyhine karar verilmesinin sebebi, dayanılan vakıaların inkâr edilmemiş sayılmasıdır¹⁴⁴. Inkâr yükünü taşıyan tarafa ispat yükünün geçtiğinin düşünülmesi ise yanlış olur¹⁴⁵. Nitekim vakıa iddiası ispat edilmediğinden değil, karşı tarafça bu iddia inkâr edilmemiş sayıldığı gözetilerek karar verilir. Buna engel olmak amacıyla, kendisinden inkârda bulunması beklenen taraf, sahip olduğu ve dava için ihtiyaç duyulan bilgileri paylaşarak inkârda bulunmalıdır. Bundan sonra, ispat yükünü taşıyan taraf, kendi haklılığını ortaya koymak için iddiasını ispat etmelidir¹⁴⁶.

Inkârın ayrıntılı olmasını gerektiren hâllere (*vakıa iddiasının ayrıntılı olması veya talî somutlaştırma yükü*) sınırlandırma getirilmiştir. Buna göre, bir taraf hakkında yeterli bilgiye sahip olmadığı vakıa iddiasına karşı koymak üzere bilmemeye dayalı inkârda (*Bestreiten mit Nichtwissens*) bulunabilir¹⁴⁷. Inkârda bulunacak tarafın kendi eylemlerini ve egemenlik alanını ilgilendiren hususlarda bilmemeye dayalı inkârda bulunması kural olarak mümkün değildir¹⁴⁸. Böyle bir durumda, bilmemeye dayalı inkârda bulunulursa, ikrar faraziyesi devreye girer¹⁴⁹. Buna karşın, genel açıklamalara dayanarak inkârda bulunmak mümkünse, ileri sürülmüş bir vakıa iddiasının hükme esas alınabilmesi ispat edilmesine bağlı olur¹⁵⁰.

Türk hukukunda inkârda bulunulması meselesi, HMK m. 128 hükmü çerçevesinde ele alınabilir¹⁵¹. Anılan hüküm, HUMK dönemindeki hâkim görüşün kanunlaşmış hâlidir. Cevap verilmediği için davacı tarafından ileri sürülen vakıaların kabul edilmiş sayılması ağır bir yaptırım olarak görülmüştür. Bundan dolayı, cevap vermeme hâlinde, bu vakılardan her birinin inkâr edilmiş sayılacağı kabul edilmiştir¹⁵². Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre davalının kendini savunmak zorunda olmadığını

¹⁴⁴ Rolf Meyke, "Plausibilitätskontrolle und Beweis", NJW, 2000, 2235; Oberheim, 249; BK-ZPO/Killias, Art. 222, kn. 22; MüKo-ZPO/Wagner, § 138, kn. 28; Dolge, 25.

¹⁴⁵ Christoph Greyerz, *Der Beweis negativer Tatsachen*, Stampfli & CIE Verlag, Bern 1963, 57; Brönnimann, 176; Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 146-150; Hansen, 590; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 38; Pribnow/Gogniat, 111; Bundi/Sonderegger, 407; Baumgärtel/Laumen, 568; Meier, 132.

¹⁴⁶ Baumgärtel/Laumen, 578.

¹⁴⁷ Brönnimann, 182, 183; Kaimakliotis, 1268; Pantle/Kreissl, 129; Schellhammer, 150; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 43; MüKo-ZPO/Wagner, § 138, kn. 29; Baumgärtel/Laumen, 30.

¹⁴⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 629; Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 16; Meier, 128.

¹⁴⁹ Eschlebach/Geipel, (*Substantiierungslast des Beklagten*), 1687.

¹⁵⁰ Oberheim, 240; Braun, 517.

¹⁵¹ HMK m. 128 hükmünde inkâr faraziyesinin öngörüldüğü kabul edilmelidir, bkz. Börü, 155.

¹⁵² Üstündağ, (*Medeni Yargılama*), 508; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 29; Taylan Özgür Kiraz, *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, 163.

söyleyebiliriz¹⁵³. Ancak cevap verilmemiş olması, yalnızca iddia edilen vakıaların inkârı ile sınırlı olarak savunma yapılması zorunluluğunu doğurmaktadır¹⁵⁴. Şu an itibariyle, yargılama sistemimize bu sebepten ötürü inkâr faraziyesinin (*Bestreitungsfiktion*)¹⁵⁵ hâkim olduğunu söyleyebiliriz¹⁵⁶.

Türk hukukunda inkâr faraziyesine uygun bir anlayış benimsenmelidir. Dayanılan vakıa örgüsünü oluşturan vakıaların tamamı veya bir kısmı inkâr edilebilir¹⁵⁷. Bu vakıaların tamamının inkârı hâlinde, hepsinin ispat edilmesi şarttır. Bir kısmının inkârı hâlinde ise cevap veren tarafın iradesine göre bir sonuca ulaşılmalıdır. Cevapsız bırakılan vakıaların kabul edildiği yönünde bir irade mevcutsa, ispatın konusu yalnızca inkâr edilen bu vakıalar olur¹⁵⁸. Bu yönde bir irade mevcut değilse, hakkında açıklama yapılmamış olan vakıalar bakımından, aşağıda belirteceğimiz şekilde bir değerlendirme yapılmalıdır.

KURU, iddia edilmiş vakıaların bir kısmının cevapsız bırakılmasını HMK m. 129/1- (d)'ye aykırı görmektedir. Yazara göre, iddia edilmiş vakıaların her biri karşı tarafça cevaplandırılmalıdır¹⁵⁹. Benzer bir düzenleme, İMUK m. 222/2'de yer almaktadır. Ancak İMUK m. 222/2 hükmü, inkâr edilmek istenen vakıaların açıkça

¹⁵³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, (3. Bası), 386.

¹⁵⁴ Umar, 411; Baki Kuru, *İstinâf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul 2016, 260; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (14. Bası), 314; Postacıoğlu/Altay, 471.

¹⁵⁵ İnkâr faraziyesinde yapılan savunmaya göre şu ihtimaller ortaya çıkmaktadır: Karşı taraf hiçbir açıklamada bulunmamış olsa dahi, vakıa örgüsünü ortaya koyan taraf, ayrıca bu vakıa örgüsünü kuran her bir vakıayı tek tek ispat etmelidir. Karşı taraf inkârda bulunursa, bu takdirde, yalnızca inkâr edilen vakıalar ispatın konusu olur. İnkâr gerçekleşmez ve fakat ileri sürülen hakkın talep edilmesine engel teşkil edecek bir iddiaya dayanılır ise bunu karşı taraf ispat etmelidir, bkz. Braun, 26, 27.

¹⁵⁶ İnkâr faraziyesi, kendi aleyhine vakıa iddiasında bulunulan tarafı korumaya yöneliktir. İkrar faraziyesinde ise tam tersi bir durum söz konusudur. Uyuşmazlık konusu vakıaların kısa sürede belirlenebilmesi ve yargılamanın sonuçlanabilmesi ve ayrıca karşı tarafın cevap vermesi ile iddia ve ispat yükü altındaki tarafın haklılığını ortaya koymasının kolaylaşması için, ikrar faraziyesinin kabul edilmesi daha isabetli görülmektedir, bkz. Börü, 181, 182.

¹⁵⁷ İkrar ve inkârın yanı sıra hukukî ilişkinin niteliğine karşı çıkılabileceği şeklinde bir alternatiften de bahsedilmektedir, bkz. Postacıoğlu/Altay, 461. Aslında bu durumda kısmi inkâr söz konusudur. Tarafların iradelerinin ne yönde olduğuna ilişkin vakıa (*iç vakıa*) inkâr edilmekte; ama hukukî ilişkiye konu şeyin teslim alındığı vakıası ikrar edilmektedir, bkz. Kiraz, 212. Dolayısıyla, savunmada bulunurken hukukî niteliğe itiraz edilmesi şeklinde bir ayrıma gidilmemesinin daha isabetli bir tercih olacağı kanaatindeyiz.

¹⁵⁸ Alacak iddiasına karşı borcun ödendiği iddiası ileri sürülür ise davalı borçlunun alacağı kabul ettiği sonucuna ulaşılabilir, bkz. Börü, 156. Bu durumda, kanaatimizce hatalı olarak, ayrıca karşı ispatın söz konusu olduğu ifade edilmiştir, Börü, 156. Oysa karşı delil gösterilmesi, ileri sürülmüş vakıa iddiasının gerçeğe uygun olmadığına yönelik bir iddiada bulunulmasında söz konusu olur. Şöyle ki, hukukî işlemin (*satım sözleşmesi gibi*) belirli bir esnada ve yerde yapıldığı iddiasına karşılık o anda farklı bir yerde olma iddiasında bulunulması **MEIER**'e göre karşı ispat faaliyetidir, bkz. Meier, 115 (dn. 722). Yani alacak iddiasının reddedilmesi hukukî işlemin (*satım sözleşmesinin*) yapılmadığına dayanmaktadır. Alacağın ödendiği iddiası ise yeni bir iddiadır ve bu iddianın ileri sürülmesi ve ispatlanmaya çalışılması karşı ispat olarak görülemez.

¹⁵⁹ Kuru, (*İstinâfa Göre*), 248.

bildirilmesi zorunluluğunu öngörmektedir¹⁶⁰. Söz konusu kanunî düzenleme sebebiyle İsviçre hukukunda inkâr faraziyesinin uygulanamayacağı savunulmaktadır¹⁶¹. Türk hukukundaki düzenleme daha çok davalının yeni vakıa iddialarına yöneliktir. Öğretide haklı olarak bu düzenlemenin inkâr dışında bir savunma yapılması hâline özgüleneceği belirtilmiştir¹⁶². Dolayısıyla, HMK m. 129/1- (d) hükmü uyarınca davalı, davacının dayandığı hakkın ileri sürülmesini engelleyecek kendi vakıa iddialarını tek tek ve açıkça belirtmelidir. Bunun yanında, İsviçre hukukunda, HMK m. 128'e tekabül eden bir düzenleme yoktur. O hâlde, İsviçre hukukunda inkâr edilmek istenen vakıanın açıkça belirtilmesi anlayışının Türk hukuku için geçerli olamayacağını söyleyebiliriz. Bir başka deyişle, HMK m. 128 hükmü mevcut olduğu sürece, hangi vakıaların inkâr edilmek istendiğinin açıkça belirtilmesi zorunlu olmayacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 128 uyarınca, cevap dilekçesinin verilmemesine bağlanmış sonuç ile cevap verilip ileri sürülmüş vakılardan cevapsız bırakılmasında ortaya çıkacak sonuç paralel olmalıdır. Ancak şunu da belirtmeliyiz ki, cevap veren tarafın açıklamaları bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde, cevapsız bırakılmış bir vakıanın kabul edildiği yönünde bir irade varsa, bu iradenin dikkate alınması gerekir. Netice itibarıyla, Türk hukuku için şöyle bir durumun söz konusu olacağını söyleyebiliriz: Cevapsız bırakılmış bir vakıa inkâr edilmiş vakıadır¹⁶³; meğerki belirli bir vakıa iddiasını cevapsız bırakan tarafın iradesinden aksi anlaşılmasın.

1.2.3. Delil İkame Yüğü Kavramı

İspat yüğü ve delil ikame yükünü açıklamak üzere yaygın bir şekilde yapılan ayırım şu şekildedir¹⁶⁴: İspat yüğü, objektif ispat yüğü ve sübjektif ispat yüğü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Objektif ispat yüğü ile belirli bir vakıanın ispat

¹⁶⁰ Spühler/Dolge/Gehri, 139.

¹⁶¹ Bendi/Sonderegger, 409; Meier, 110; Börü, 178.

¹⁶² Pekcanitez/Atalay/Özekes, (14. Bası), 665; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (3. Bası), 386. Buna karşın, HMK m. 129/1 - (d) hükmünün davacı tarafından bildirilmiş olan vakıaların her biri hakkında verilecek cevaplara yönelik olduğu da ifade edilmektedir, bkz. Kuru, (İstinafa Göre), 248. Bu çerçevede, inkâr etme yükünün Türk hukuku için de geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır, bkz. Börü, 152.

¹⁶³ Postacıoğlu/Altay, 462, 463. AMUK m. 138'de geçen inkâr etme yüğü zorunluluğunun Türk hukukunda benimsenmediği belirtilmektedir, bkz. Özekes, 288.

¹⁶⁴ Prütting, 6; Grunsky, 421, 422; Umar/Yılmaz, 34; Brönnimann, 153; Atalay, (Menfi Vakıalar), 8-22; Fabian Krapoth, *Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess*, V. Florentz Verlag, München 1996, 55-57; Topuz, 35-40; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 644, 645; Diakonis, 125; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 13; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (14. Bası), 668; Mark Schweizer, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, Mohr Siebeck, Tübingen 2014, 545-547; Tanrıver, 777.

edilememesinin kimin aleyhine sonuç doğuracağı belirlenir. Sübjektif ispat yükü ise bir vakıanın ispatı için kimin delil göstereceğini düzenler. Objektif ispat yükü yerine *ispat yükü* kavramı; sübjektif ispat yükü yerine ise *delil ikame yükü* kavramı kullanılmaktadır. Kanaatimizce, her iki durumu ifade etmek için bağımsız kavramların kullanılması daha isabetli olacaktır.

Delil ikame yükü ile ispat yükü içerik olarak birbirilerinden tamamen farklıdır. Ancak ispat yükünü taşıyan taraf çoğunlukla delil ikame yükünü taşıdığı için ikisi arasındaki ayrımın anlaşılması zorlaşmaktadır. Usulî yük olup olmamalarına göre de bu iki kavram birbirinden ayrılmaktadır. Ayrıca, bu iki kavram, tabi olunan hukuk alanı açısından da farklıdır. Bununla birlikte, delil ikame yükü, davaya hangi usul ilkesinin uygulandığına bağlıdır. Oysa ispat yükü her türlü davada uygulama alanı bulur. Hatta hukuk yargılamasına göre farklı sonuçlar doğsa bile, ceza yargılamasında dahi ispat yükünden bahsedilebilir¹⁶⁵.

İspat yükü, hükme esas alınacak bir vakıanın gerçeğe uygun olup konusunda belirsizlik hâli (*non liquet*)¹⁶⁶ ortaya çıktığında gündeme gelir. Hangi tarafın aleyhine karar verileceğini belirlemek için ispat yüküne başvurulur¹⁶⁷. İspat yükünün önemi burada kendini gösterir¹⁶⁸. Vakıa iddiası hakkında belirsizlik olsa dahi mahkeme, önündeki uyuşmazlığı karara bağlayabilmektedir. Buna göre, ispat yükünün muhatabının taraflardan ziyade davaya bakan hâkimin olduğunu söyleyebiliriz¹⁶⁹. İspat yüküne dayalı karar verilmesi için mevcut delillerin tüketilmesi şarttır¹⁷⁰. Vakıa iddiası hakkında gösterilmiş delil incelenmeden verilen bir karar ispat yükü kavramı ile açıklanamaz¹⁷¹.

¹⁶⁵ Prütting, 39; Sema Taşpınar-Ayvaz, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", *AÜHFD*, C. XLV, 1996, 545, 546; KSZ-ZGB/Schmid, Art. 8, kn. 28; Baumgärtel/Laumen, 173.

¹⁶⁶ Rosenberg, 2; Umar/Yılmaz, 2; Van Der Pol/Petrov, 117.

¹⁶⁷ Musielak, 1, 2; Prütting, 14; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 9; Hans Ulrich Walder-Richli/Béatrice Grob-Andermacher, *Zivilprozessrecht (nach den Gesetzen des Bunder und des Kantons Zurich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte)*, Zürich 2009, 325; Bolayır, 45; Diakonis, 125; Schweizer, (*Beweiswürdigung*), 546; Postacıoğlu/Altay, 584; Schilken, (*Zivilprozessrecht*), 237; Börü, 33.

¹⁶⁸ Lang, (§ 142), 166.

¹⁶⁹ BK-ZGB/Walter, Art. 8, kn. 171; Baumgärtel/Laumen, 170.

¹⁷⁰ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 10; BK-ZGB/Walter, Art. 8, kn. 28; Börü, 42.

¹⁷¹ Hans-Will Laumen, "Die „Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ - Ein beweisrechtliches Phänomen", *NJW*, H. 51, 2002, 3741.

İspat yükü, teknik anlamda usulî bir yük olarak da görülemez¹⁷². İspat yükü, tarafların eksik yapmış oldukları işlemleri ele almaya yönelik bir müessese değildir¹⁷³. Oysa usulî yükte, belirli bir tarafın sırf aktif bir davranışta bulunmamış olması, o tarafın aleyhine karar verilmesine sebep olur¹⁷⁴. İspat yüküne dayanarak aleyhine karar verilen taraf belirli delillere dayanarak aktif bir davranış göstermiş dahi olabilir¹⁷⁵. Buna rağmen vakıa iddiası ispat edilemediğinde, o tarafın aleyhine karar verilir¹⁷⁶. Delil ikame yükü ise gerçek bir usulî yüküdür¹⁷⁷. Delil ikame yükünde, taraflarca delil göstermek suretiyle davayı kaybetme ihtimali bertaraf edilmeye çalışılır¹⁷⁸. Delil gösterilmemesi hâlinde, usulî yük kavramına bağlı tipik hukukî sonuç doğar. Yani delil ikame yükünü taşıyan tarafın aleyhine karar verilir¹⁷⁹.

İspat yükü maddî hukuka tabi iken; delil ikame yükünü düzenleyen kurallar usul hukukuna ilişkindir¹⁸⁰. Aynı bir delil ikame yükü kavramına başvurulmasının gerekliliğini göstermek üzere bu duruma dayanılır¹⁸¹. Şöyle ki, dava ve cevap dilekçelerinde delillerin belirtilmesi, belirli giderler yapılarak incelenebilecek deliller için bu giderlerin yatırılması ve hâkimin re'sen bir delile başvurma gerekliliği gibi kurallar maddî hukuk kuralları ile açıklanamaz¹⁸². Anılan kuralların uygulanmasında ispat yükünün dağılımının hiçbir önemi yoktur¹⁸³. Ayrıca, farklı hukuk dallarına tabi olmaları nedeniyle ispat yüküne veya delil ikame yüküne aykırı kararlar kanun yolu incelemesinde farklı kapsamda görülmelidir. İspat yüküne aykırı karar maddî hukukun yanlış uygulanmasıdır ve bu çerçevede incelemeye tabi tutulur. Hâlbuki, delil ikame yüküne aykırı karar usule aykırı bir karardır ve bu kapsamda ele alınmalıdır¹⁸⁴.

¹⁷² Prütting, 34; Heinrich, 20; Laumen, 3741; Diakonis, 125 (dn. 47); Schweizer, (*Beweiswürdigung*), 546; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 100; Koch, 35; Brandt, 79 (dn. 10); Baumgärtel/Laumen, 168.

¹⁷³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 645.

¹⁷⁴ Lent, 351; Stein/Jonas (23)/Brehm, vor § 1, kn. 210.

¹⁷⁵ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 14.

¹⁷⁶ Heinrich, 20, 21.

¹⁷⁷ Prütting, 34; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 17; Heinrich, 22; Laumen, 3741; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 99; Baumgärtel/Laumen, 181; Börü, 40.

¹⁷⁸ Rosenberg, 16; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 16, 17; Schweizer, (*Beweiswürdigung*), 546.

¹⁷⁹ Diakonis, 127; Baumgärtel/Laumen, 29.

¹⁸⁰ Umar/Yılmaz, 32; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 17; Özkes, (*FSEK*), 83; Pekcanitez/Atalay/Özkes, (14. *Bası*), 673; Aeibi-Müller/Jetzer, 289; BK-ZGB/Walter, Art. 8, kn. 175, 177; Tanrıver, 793.

¹⁸¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 645.

¹⁸² Baumgärtel/Laumen, 183, 184.

¹⁸³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 645.

¹⁸⁴ Recep Akcan, *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri*, Nobel Yayınevi, Ankara 1999, 98, 99. Mesela yalnızca delilin serbestçe değerlendirilmesi bakımından yanlış bir karar verilmiş olması ispat yüküne aykırılık teşkil etmez. Bu sebeple, böyle bir karar usule aykırı karar olarak ele alınmalıdır, bkz. Guldener, (*Beweiswürdigung*), 25.

Delil ikame yükü, taraflarca getirilme ilkesinin hâkim olduğu davalarda uygulama alanı bulabilir¹⁸⁵. Aksi yöndeki görüş ise re'sen araştırma ilkesinde dahi delil gösterilmesine ilişkin usulî bir yükten bahsedileceği yönündedir¹⁸⁶. Taraflardan delil ikame etmelerinin mahkemece talep edilebilmesi ve ispat yüküne göre karar verilmesi riskinin varlığı gerekçe olarak gösterilmektedir¹⁸⁷. Lâkin re'sen araştırma ilkesi ve usulî anlamda yük kavramı birbiriyle bağdaşmaz. Usulî yükte aktif bir davranış (*delil ikame edilmesi*) beklenir ve bu davranış gerçekleşmediği takdirde doğrudan bir tarafın (*delil ikame etmemiş olan tarafın*) aleyhine karar verilir¹⁸⁸. Kendiliğinden araştırma ilkesinde ise doğrudan aleyhe karar verilme riski hemen doğmaz. Şöyle ki, öncelikle mevcut bütün imkânlar mahkemece tüketilmeli¹⁸⁹ ve hâlâ bir kanaate varılamamış ise ispat yükünü taşıyan taraf aleyhine karar verilmelidir¹⁹⁰. Buna karşın, taraflarca getirilme ilkesinde, mahkeme, hakkında hiç delil gösterilmemiş vakıa için araştırma yapmaz, o vakıa sanki hiç yokmuş gibi kararını verir¹⁹¹. Delil ikame yükü, bu yüzden, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hayat bulamaz. Taraflarca getirilme ilkesinde asıl ispat faaliyetinde bir sonuç elde edilmemiş olması hâlinde karşı delilin incelenemeyecek olması da bunu desteklemektedir¹⁹².

Hangi ilke (*taraflarca getirilme veya re'sen araştırma*) tercih edilmiş olursa olsun, ispat yükü her halükarda uygulama alanı bulur¹⁹³. İspat yüküne göre karar verilmesi mevcut delillere rağmen belirsizlik hâline bağlıdır. Hem taraflarca getirilme

¹⁸⁵ Rosenberg, 16; Prütting, 24-26; Grunsky, 423; Brönnimann, 29; Stephan Lorenz, "Die Neuregelung der pre-trial-Discovery im US - amerikanischen Zivilprozeßrecht - Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozeß?", ZJP, B. 111, 1998, 41; Krapoth, 56; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 51; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (14. Bası), 669; Schellhammer, 176; BK-ZGB/Walter, Art. 8, kn. 178; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 45; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 13; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 99; Musielak ZPO/Foerste, § 286, kn. 33; Diakonis, 125.

¹⁸⁶ Musielak, 39; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 22; Ahmet Başözen, *Medenî Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, 91; Tanrıver, 793.

¹⁸⁷ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 22.

¹⁸⁸ Heinrich, 22; BK-ZGB/Walter, Art. 8, kn. 176; Baumgärtel/Laumen, 185.

¹⁸⁹ Horst Konzen, "Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess", *Festschrift für Hans Friedhelm Gaul (zum 70. Geburtstag)*, 1997, 350.

¹⁹⁰ Gottfried Baumgärtel, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, München 1996, 13; Baumgärtel/Laumen, 185.

¹⁹¹ Grunsky, 171; Diakonis, 126; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 45; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 13.

¹⁹² Heinrich, 23, 24; Diakonis, 127, 128.

¹⁹³ Rosenberg, 24; Guldener, (*Beweiswürdigung*), 19, 20; Prütting, 7; Umar/Yılmaz, 9, 10; Heinrich, 21; Konzen, 355; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 48; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 645; Başözen, (*İlk Görünüş İspatı*), 87; BK-ZGB/Walter, Art. 8, kn. 174; Schellhammer, 176; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 95; Börü, 33, 34.

ilkesinde hem de re'sen araştırma ilkesinde bu durum ortaya çıkabilir¹⁹⁴. Her iki ilkede de belirli bir vakıa hakkında ispatın gerçekleşmemiş olması hâli söz konusu ise ispat yükünü taşıyan tarafın aleyhine karar verilir¹⁹⁵. Kabul etmek gerekir ki, re'sen araştırma ilkesinde delil göstermek yönünde tarafların menfaati vardır¹⁹⁶. Ancak hâkim tarafların işlemleri ile bağlı olmadığı için her hâlükârda kendi delil toplayabilecektir¹⁹⁷. Delil gösterilmediği takdirde doğrudan bir tarafın aleyhine karar verilemez¹⁹⁸. Delil ikame yükü ise yalnızca taraflarca getirilme ilkesinin hâkim olduğu davalara özgülenmelidir. Re'sen araştırma ilkesine tabi davalarda ise delil ikame yükü söz konusu olamaz¹⁹⁹. Taraflar bu tür davalarda da delil göstererek hâkimi ikna etmeye çalışabilirler²⁰⁰. Ancak usul hukuku anlamında bir yükten bahsedilemez. Zira verilecek karar doğrudan bir tarafın davranışına atfedilmemektedir²⁰¹.

Şunu da belirtmeliyiz ki, kanun koyucunun hukuk politikasına göre re'sen araştırma ilkesi esnetilebilir (*klasik re'sen araştırma ilkesi yerine sınırlı re'sen araştırma ilkesinin uygulanması*). Sınırlı re'sen araştırma ilkesi uygulandığında, taraflar haklılıklarını ortaya koymak üzere delil ikame etmelidirler²⁰². Ancak gerçek anlamda bir re'sen araştırma ilkesinden bahsedilemez. Dolayısıyla, sınırlı re'sen araştırma ilkesi uygulanan davalara bakarak, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı hâllerde de delil ikame yükünün söz konusu olabileceği sonucuna varılamaz.

Öğretide delil ikame yükü, soyut ve somut delil ikame yükü olmak üzere tasnif edilmektedir²⁰³. Soyut delil ikame yükü ile yargılamanın başında kimin delil göstermesi gerektiği açıklanmaya çalışılmaktadır. İspat yükünün taraflar arasında dağılımı ile soyut delil ikame yükünün dağılımı aynıdır. Soyut delil ikame yükünde, yargılamanın seyrinden bağımsız olarak delil ikame yükünün kimde olduğu belirlenir²⁰⁴. Delil ikame

¹⁹⁴ Rosenberg, 24; Prütting, 42; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 16; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 58; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 14.

¹⁹⁵ BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 58; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 76.

¹⁹⁶ Musielak, 38, 39; Heinrich, 29; Baumgärtel/Laumen, 185.

¹⁹⁷ BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 60.

¹⁹⁸ Heinrich, 29; Baumgärtel/Laumen, 185.

¹⁹⁹ Grunsky, 422.

²⁰⁰ Baumgärtel/Laumen, 184, 185.

²⁰¹ Prütting, 25; Heinrich, 29; Baumgärtel/Laumen, 185.

²⁰² BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 64.

²⁰³ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 18, 19; Tanrıver, 794, 795; Börü, 40, 41.

²⁰⁴ Böyle bir ayırım yapılması gereksiz bulunmaktadır, bkz. Hans-Joachim Musielak, "Gegenwartsprobleme der Beweislast", ZZZ, B. 100, 1987, 404. Yapılan ayırım içerik olarak doğru ve fakat faydasızdır. Soyut ve somut delil ikame yükü ayırımı yerine delil ikame yükünün yer değiştireceğinin kabulü yeterlidir. Yargılama esnasında hangi tarafın delil ikame yükünü taşıdığını ifade

yükünü taşıyan taraf bunu yerine getirmez ise onun aleyhine karar verilir²⁰⁵. Somut delil ikame yükü ise yargılamadaki duruma göre tayin edilir. İlk aşamada soyut ve somut delil ikame yükü örtüşür²⁰⁶. Yargılamanın seyrine göre somut delil ikame yükü taraflar arasında yer değişebilir²⁰⁷.

Soyut delil ikame yükü yerine getirilmediği için verilecek karar ile gösterilen delillere rağmen belirsizlik hâlinde ispat yüküne dayalı olarak verilecek karar aynı yönde olur²⁰⁸. Ancak bu durum, iki kavramın aynı içeriği haiz olduğu anlamına gelmez. Soyut delil ikame yükünde, delil gösterilmemiş olması, tek başına, ilgili tarafın aleyhine karar verilmesine sebep olur²⁰⁹. Hâlbuki, ispat yüküne dayalı bir karar için delil gösterilmiş olması şarttır. Buna ek olarak, gösterilen delillerin tamamı tüketilmelidir. Hâlâ vakıa hakkında belirsizlik durumu devam ediyor ise ispat yüküne dayalı karar verilebilir²¹⁰.

Taraflarca getirilme ilkesi gereğince soyut delil ikame yükünü yerine getirmek taraflara aittir. Zira hâkim, belirli bir vakıaya ilişkin mevcut delili kendiliğinden ele alamaz²¹¹. İddia edilen vakıa için delil gösterilmediği takdirde, o vakıaya ilişkin karşı tarafın gösterdiği delil (*karşı delil*) dahi incelenmeden karar verilir²¹². Karşı delilin incelenmesi, asıl ispat sonucunda iddia edilmiş vakıanın gerçeğe uygun olduğu yönünde belirli bir kanaatin oluşmasına bağlıdır²¹³. Asıl ispat faaliyeti bulunan tarafça delil

etmek üzere “asıl delil ikame yükü” ve “karşı delil ikame yükü” kullanılması da düşünülebilir. Asıl delil ikame yükü kural olarak ispat yükünü taşıyan taraftadır. Gösterilen delil koşul vakıayı karşılayan somut vakıanın gerçekliği konusunda bir kanaat uyandırır ise karşı delil gösterilmelidir. Karşı delil mevcut kanaati sarsmaya yeterli olursa, asıl delil ikame yüküne göre yeniden delil gösterilmelidir, bkz. Heinrich, 26, 27. **LAUMEN** ise, delil ikame yükünün soyut-somut delil ikame yükü şeklinde ayrıma tabi tutulmasının gerekli olduğunu belirtmektedir, bkz. Baumgärtel/Laumen, 186, 187.

²⁰⁵ Prütting, 7-13; Hansen, 588; Yıldırım, 75, 76; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 18; Topuz, 38; Başözen, (*İlk Görünüş İspatı*), 91; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 645; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (*14. Bası*), 673, 674; Baumgärtel/Laumen, 186.

²⁰⁶ Prütting, 9; Bnedicter, 17; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (*14. Bası*), 674; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 103; Koch, 36; Baumgärtel/Laumen, 189; Börü, 41, 42.

²⁰⁷ Prütting, 9; Yıldırım, 75; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 19; Umar/Yılmaz, 34; Adloff, 121, 122; Başözen, (*İlk Görünüş İspatı*), 91; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 103; Musielak ZPO/Foerste, § 286, kn. 33; BK-ZGB/Walter, Art. 8, kn. 180; Postacıoğlu/Altay, 170, 171.

²⁰⁸ Huguenin-Dumittan, 5; Brönnimann, 31, 32; Heinrich, 24; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 13.

²⁰⁹ Heinrich, 24; Diakonis, 127.

²¹⁰ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 10; BK-ZGB/Walter, Art. 8, kn. 28; Baumgärtel/Laumen, 181; Börü, 42.

²¹¹ KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 13; Diakonis, 125.

²¹² Rosenberg, 22, 23; Grunsky, 423, 424; Heinrich, 23; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 51; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 645; Schellhammer, 178; Diakonis, 126; Musielak ZPO/Foerste, § 286, kn. 33; BK-ZGB/Walter, Art. 8, kn. 69.

²¹³ Her iki tarafça delil gösterilmesi hâlinde, ispat yükünün dağılımının önemli olmadığı da savunulmaktadır. Hâkimin hangi tarafın gösterdiğine bakılmaksızın bütün delilleri değerlendirebileceği

gösterilmezse, vakıa iddiası hakkında kanaat edinilemeyeceği için karşı delil incelenemez²¹⁴.

Somut delil ikame yükü ise, delillerin değerlendirilmesi ile ilgili bir kavramdır²¹⁵. İspat yükünün dağılımı somut delil ikame yükü açısından önemsizdir²¹⁶. Somut delil ikame yükü taraflar arasında yer değiştirebilir²¹⁷. Şöyle ki, gösterilmiş belirli bir delil hâkimde iddia edilen vakıanın gerçeğe uygun olduğu yönünde bir kanaat uyandırabilir²¹⁸. Söz konusu bu kanaat çürütülemez ise, iddia edilmiş vakıaya göre, dava hükme bağlanır. Mahkemenin bu şekilde karar vermesi, karşı tarafın aleyhine olacaktır. Yapılması gereken şey, karşı delil göstererek mevcut kanaati yıkmaktır²¹⁹. Gösterilen delil ile hâkimin edindiği kanaat kaldırabilir ise somut delil ikame yükü yer değiştirir²²⁰. Örneğin, sözleşme imzalanırken önemli bir hususta davalının susması sebebiyle iradeyi sakatlayan hileye dayanarak dava açılmış olsun. Bu durumda, sessiz kalmanın ispatı davacı tarafından gerçekleştirilmelidir (*yargılamanın başından sonuna kadar ispat yükü hep davacıda olacaktır*²²¹). Çünkü susma durumu hakkı doğuran bir vakıadır. Davacının bunu ispat etmesi zor olduğu için ispat kolaylığı sağlanmalıdır. Buna göre, davalı artık somut bir inkârda bulunmalıdır. Nasıl bir açıklama yapıldığının ve açıklama zamanının belirtilmesi davalıdan beklenebilir²²². Davacının gösterdiği deliller ile açıklamaların

belirtilmektedir, bkz. Kuru, (*İstinafa Göre*), 320; Postacıoğlu/Altay, 171. Oysa bu yaklaşımda ispat yükünün karşı delil göstermiş olan tarafa geçilmesi sonucunun doğacağı kanaatindeyiz. HMK m. 191'de karşı ispat faaliyetine girişen tarafın ispat yükünü üzerine almış sayılamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Önce asıl ispat faaliyeti sonucunda hâkimde bir kanaat oluşması aranmalı ve daha sonra bu kanaatin yerine olup olmadığını tespit edebilmek için karşı delile bakılmalıdır.

²¹⁴ Oberheim, 210. Hâkimin böyle bir durumda karşı delili incelemesi taraflarca getirilme ilkesi ile bağdaştırılamaz, bkz. Heinrich, 23, 24; Diakonis, 126-129.

²¹⁵ Musielak, (*Beweislast*), 49; Schweizer, (*Beweiswürdigung*), 546; Börü, 41.

²¹⁶ Prütting, 29; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 18; Baumgärtel/Laumen, 188; Börü, 41, 42.

²¹⁷ Prütting, 29; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 18; Başözen, (*İlk Görünüş İspatı*), 94; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 645; Ahrens, 195; Baumgärtel/Laumen, 188.

²¹⁸ Özellikle ilk görünüş ispatında bundan bahsedebiliriz. İlk görünüş ispatında vakıanın gerçeği yansıttığına yönelik hâkimde kanaat oluşmaktadır, bkz. Topuz, 137; Postacıoğlu/Altay, 563. Artık ispat yüküne dayalı karar verilmemelidir. Delil ikame yükü karşı tarafa geçecektir. İlk görünüş delili ile hâkimde oluşan kanaati yıkabilmek için artık karşı delil ikame edilmelidir, bkz. Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 20, 21; Başözen, (*İlk Görünüş İspatı*), 97; Baumgärtel/Laumen, 193, 194.

²¹⁹ Brönnimann, 154; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 12; Bolayır, 58. Anılan durumda aksini ispat değil, karşı ispat aranır, bkz. Prütting, 11. Karşı ispatta vakıa iddiasının belirtildiği gibi olmadığı yönünde hâkimde hiçbir tereddüt oluşmayacak şekilde bir kanaat sağlanması aranmaz, bkz. Guldener, (*Beweiswürdigung*), 57, 58; Walder-Richli/Grob-Andermacher, 326; BK-ZPO/Brönnimann, Art. 154, kn. 20; Baumgärtel/Laumen, 189.

²²⁰ Heinrich, 26.

²²¹ İspat yükünün dağılımına ilişkin kurallar genel ve soyut niteliği haizdir. İspat yükünün yer değiştirmesi, delil ikame yükünün aksine, çok istisnai hâllerde söz konusu olabilir, bkz. Laumen, 3741; Başözen, (*İlk Görünüş İspatı*), 93; Oberheim, 365-370.

²²² MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 103; Brandt, 82.

gerçeği yansıtmadığına yönelik hâkimde bir kanaat uyandırılabilir ise somut delil ikame yükü davalıya geçer²²³. Davalı karşı delil göstererek hâkimin kanaatini sarsmalıdır. Aksi durumda, mahkeme, iddia edilen vakıaya istinaden davayı hükme bağlar²²⁴.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, gösterilmiş delilin oluşturduğu kanaat karşı tarafın göstereceği delil ile çürütülebildiği ölçüde delil ikame yükünün yer değiştireceğini söyleyebiliriz²²⁵. Gösterilmiş karşı delil ile asıl ispat faaliyeti neticesinde hâkimde oluşan geçici kanaat değiştirilemezse, vakıa iddiası ispat edilmiş olacağından, verilecek karar ispat yüküne dayanamaz²²⁶. Vakıa iddiasının gerçekleştiği göz önünde tutularak karar verilmelidir²²⁷. Dolayısıyla, ispat yükü altında olmayan taraf aleyhine bir karar verilmesi söz konusu olacaktır. Çünkü asıl ispat faaliyeti başarı ile sonuçlandığı takdirde aleyhe karar verilmesine ancak karşı delil ile hâkimin ikna edilmesi durumunda engel olunabilir.

Hâkime delilleri serbestçe değerlendirme imkânı tanınmamışsa, hâkimin kanaatinden bağımsız olarak vakıanın gerçek olup olmadığı belirlenmiş demektir. Yani hâkim için bağlayıcı nitelikte bir durum ortaya çıkmaktadır²²⁸. Oysa somut delil ikame yükünün yer değiştirmesi, her zaman için hâkimin mevcut delile göre edineceği kanaate bağlıdır. O hâlde, somut delil ikame yükünün taraflar arasında yer değiştirmesinin delillerin serbestçe değerlendirilebilmesine bağlı olduğunu söyleyebiliriz²²⁹. Somut delil ikame yükü taraflar arasında yer değiştirdiği ölçüde taraflar için daha önce dayanmadıkları yeni bir delili de ileri sürme ihtiyacı doğmaktadır. Ya delil gösterilmesi ya da davanın kaybedilmesi şeklinde bir tercihte bulunma durumu doğmaktadır²³⁰. Delillerin değerlendirilmesi aşamasında taraflardan her biri yeni bir delil

²²³ İspat yükünün karşı tarafa geçtiğinin düşünülmesi yanlıştır. Yalnızca delil ikame yükü yer değiştirmektedir, bkz. Umar, 584.

²²⁴ MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 103; BK-ZGB/Walter, Art. 8, kn. 181; Baumgärtel/Laumen, 190. Delil ikame yükünün yer değiştirmesi konusunda başka örnekler de verilmiştir. Mesela ödünç sözleşmesine dayanarak dava açan alacaklı, senet deliline dayanarak asıl delili ikame etmiş olur. Bunun üzerine ispat yükü değil, somut delil ikame yükü karşı tarafa geçer. Davalı, hâkimde oluşan geçici kanaati yıkmak için karşı delil göstermelidir. Şayet karşı delil ile bu başarılabilir (*mesela senedin tahrif edildiğine ilişkin vakıaların ispatı suretiyle*) ise somut delil ikame yükü davacıya geçer ve davacı yeni delil belirtmek zorunda kalır, bkz. Baumgärtel/Laumen, 188, 189.

²²⁵ Musielak, 49; Schweizer, (*Beweiswürdigung*), 546.

²²⁶ BK-ZGB/Walter, Art. 8, kn. 69.

²²⁷ Prütting, 11; Başözen, (*İlk Görünüş İspatı*), 97; Baumgärtel/Laumen, 189.

²²⁸ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 17; Walder-Richli/Grob-Andermacher, 368.

²²⁹ Heinrich, 26; Koch, 34.

²³⁰ Ahrens, 195.

getirebilmektedir. Türk hukuku açısından kanunî düzenlemenin bu duruma ne ölçüde cevaz verdiğine göre somut delil ikame yükü ele alınmalıdır.

Somut delil ikame yükünün Türk hukukunda sınırlı bir uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz. Delillerin serbestçe değerlendirilmesine cevaz verildiği hâllerde somut delil ikame yükü gündeme gelir. Bu sebeple, HMK m. 198 hükmünün uygulanabildiği hâllerde, somut delil ikame yüküne başvurulabilir. Türk hukukunda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ise, ispat kuralları (*Beweisregeln*)²³¹ öngörülerek, ciddi ölçüde sınırlandırılmıştır. Şöyle ki, Alman hukukundan farklı olarak, bizim hukukumuzda delil hiyerarşisi kabul edilmiştir²³². Buna bağlı olarak, Türk hukukunda senet deliline göre ortaya çıkan sonuç hâkim için bağlayıcı olmakta ve buna karşı takdiri bir delil ileri sürülemez.

Öte yandan, delil ikame yükünün taraflar arasında yer değiştirmesi yeni bir delilin ileri sürülmesini gerektirmektedir. Delil ikame yükü yer değiştirdiğinde yeni delil gösterme gerekliliği, HMK m. 145 hükmünü ilgilendiren bir sorun olarak karşımıza çıkar. Hukuk yargılamamızda sonradan delil gösterilmesi ciddi ölçüde sınırlandırılmıştır. Anılan hükümle ise buna belirli bir istisna tanınması söz konusudur. Vakiasını hangi delil veya deliller ile ispat edeceğini açıklayan tarafın yargılamanın seyrine göre başka bir delili göstermesi gündeme gelecektir. Gösterilen delillerin yeterli olmadığı kanaati üzerine, hâkimin yeni delil gösterilmesine müsaade etmesi, HMK m. 145'e uygun bulunmaktadır²³³. Delil ikame yükünün taraflar arasında yer değiştirebilmesinin bu görüş çerçevesinde mümkün olduğunu söyleyebiliriz.

Hukuk yargılamamıza teksif ilkesinin egemen olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Gösterilen deliller ile vakıa iddiasının gerçekliği bakımından bir kanaat oluştuğu takdirde delil ikame yükü yer değiştirmektedir. Karşı taraf cevap verirken hiç delil göstermeyebilir. Delil gösterilmiş olması hâlinde ise iki ihtimal karşımıza çıkar. Birincisi, gösterilmiş karşı delilin asıl ispat sonucunda hâkimde oluşan kanaati çürütememesidir. Bu durumda, az önce belirttiğimiz şekilde, yeni bir delil ikame edilip edilemeyeceği sorusuna cevap bulunmalıdır. İkincisi ise, karşı delil ile hâkimin vakıa

²³¹ İspat kuralları, delillerin değerlendirilmesine önemli bir istisna getirmekte olup, hâkim için bağlayıcı nitelik arz eder, bkz. Markus Guggenbühl, *Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1990, 30; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 17, 18; Börü, 38.

²³² Murat Yavaş, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları*, Ankara 2009, 39.

²³³ Karaaslan, 162.

iddiasının doğruluğu yönündeki kanaatinin yıkılmasıdır. Vakıa iddiasında bulunan tarafın bu durumda dilekçesinde önceden belirtmiş olduğu deliller dışında kalan bir delile dayanıp dayanamayacağına cevap bulunması ihtiyacı doğar.

Kanaatimizce, yukarıda belirtilen bütün ihtimallerde, yeni bir delil getirilmesine olanak tanınmamalıdır. Aydınlatma ödevinin devreye sokulması suretiyle teksif ilkesi ile dava malzemesinin getirilmesi için getirilmiş zamansal sınırlamanın içi boşaltılmamalıdır²³⁴. Ayrıca, somut delil ikame yükü yer değiştirdiği için, taraf dilekçesinde gösterilmemiş bir delilin, HMK m. 145 düzenlemesine göre sonradan gösterilmesi de düşünülemez. Yargılamayı geciktirme amacı taşımayan ve evvelden gösterilmesi mümkün olmamış deliller için HMK m. 145 hükmü uygulanabilir. Vakıa iddiası hakkında gösterilmiş delillerin hâkimi ikna etmemesi ihtimali ya da karşı delil ile hâkimde oluşan kanaatin bertaraf edilmesi ihtimali her zaman için mevcuttur. Bir taraf, dilekçesinde göstermeyi ihmal ettiği delili, asıl ispat faaliyeti başarılı olamadığı ya da karşı ispat faaliyetinin başarıya ulaşması ihtimallerini kestiremediği için, HMK m. 145'e göre sonradan gösteremez. Önceden bu delilin gösterilmemesi, delil göstermesi icap eden tarafın bu konuda ihmali bir davranış sergilemesinden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, somut delil ikame yükü yer değiştirdiğinde, HMK m. 145 hükmünün uygulanabileceği ve buna bağlı olarak yeni bir delil gösterilebileceğinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Ayrıca delillerin hasredilmesi de, somut delil ikame yükü yer değiştirdiğinde, yeni bir delil gösterilmesini dışlayacak niteliktedir. HMK m. 194/2 gereğince somutlaştırma yükü yerine getirilirken iddia edilmiş vakıa hakkında dayanılan deliller de belirtilmektedir. Dava ve cevap dilekçelerinde bildirilen deliller ile iddia edilmiş vakıanın gerçeğe uygun olup olmadığı ispat edilebilir. Delillerin hasrıyla birlikte, başka bir delile dayanma imkânı da sona ermektedir²³⁵. Somut delil ikame yükünün yer değiştirmesinde, yerine göre tarafların dilekçelerinde hiç belirtmemiş oldukları delilleri ikame etmeye çalışması ihtiyacı doğmaktadır. Delillerini hasreden taraf ise başka bir delile dayanmamalıdır. İddia ettiği vakıaları dilekçesinde zikrettiği deliller ile ispat etmeye çalışan taraf, bunlar dışında kalan bir delile dayanmayacağını belirtmektedir.

²³⁴ Sarbach, 169.

²³⁵ Kuru, (*İstinafa Göre*), 328; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar-Ayvaz, *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, 381, 382.

Dolayısıyla, delil ikame yükü yer değiştirdiğinde, o tarafın yeni bir delile dayanması delillerin hasredilmesi ile bağdaşmaz.

Netice itibariyle, Türk hukukunda delil ikame yükü, yalnızca vakıa iddiaları hakkında delil gösterme gerekliliği olarak ele alınmalıdır. Yeni delil gösterilmesi imkânı daraltıldığı için, delil ikame yükünün taraflar arasında sürekli olarak yer değiştirebileceği kabul edilmemelidir. İddia edilmiş bir vakıa iddiasının gerçeğe uygun olduğu kanaatine varıldığında, cevap veren tarafın dilekçesinde bu konuda göstermiş olduğu delil (*karşı delil*) incelenmelidir. Karşı delil hiç gösterilmemiş ise zorunlu olarak vakıa iddiasına göre karar verilmelidir. Buna karşın, karşı delil gösterilmişse ve ispat edilmiş sayılan vakıa hakkındaki hâkimin kanısı değiştirilemez ise yine iddia edilen vakıanın gerçeğe uygun olduğu gözetilmelidir. Karşı delil başarılı olduğu takdirde, vakıayı iddia eden tarafa yeni delil gösterme imkânı tanınmadan iddia edilmiş vakıanın ispat edilemediği gözetilerek karar verilmelidir.

Delil ikame yükünün yerine getirilmesi için delil gösterilmesi yeterlidir. Somutlaştırma yükü gereği delilin ikame edilmiş olması ile yetinilmemeli, hangi vakıanın hangi delil ile ispat edilmek istendiği de açıklanmalıdır. Delil ile ispat edilmek istenen somut vakıa iddiası da açıklanarak somutlaştırma yükü yerine getirilebilir (HMK m. 194/2). **AYVAZ** tarafından *ilişkilendirme yükü* olarak ifade edilen bu yük, vakıalar ile delillerin tek tek irtibatlandırılmasını öngörmektedir²³⁶. Delil ikame edilmiş olsa dahi, dayanılan delil açık değilse ya da bu delilin hangi vakıanın ispatı için kullanılacağı belirlenemiyorsa, ilişkilendirme yükü yerine getirilmemiş demektir. Vakıa-delil ilişkisi kurulması, delil ikame yükünün yerine getirilmesinden sonraki bir aşamadır ve onu tamamlayıcı niteliktedir.

²³⁶ Taşpınar-Ayvaz, 376.

İKİNCİ BÖLÜM

SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİ

Vakıa iddialarının yeterli ölçüde ayrıntılı olarak izah edilmesi ve ilgili deliller ile irtibatlandırılması suretiyle somutlaştırma yükü yerine getirilebilir. Bu bakımdan, somutlaştırma yükünü yerine getirilirken hangi vakıaları somutlaştırılacağı, bunun için ne ölçüde açıklama yapılacağı ve iddia edilmiş vakıaların deliller ile nasıl irtibatlandırılacağı gibi hususlar önem arz edecektir.

2.1. SOMUTLAŞTIRILMASI GEREKEN VAKIALARIN TAYİNİ

Her şeyden önce vakıa kavramının kapsamı iyi çizilmelidir ki, somutlaştırma yüküne konu olmayan hususlarda, bu usulî yüke bağlı bir karar verilmesinin önüne geçilebilsin. Vakıa kavramı esas alınmakla birlikte yargılamaya ilişkin olan bütün vakıaların somutlaştırılması da beklenemez. Uyuşmazlığa ilişkin olmasına rağmen bazı vakıaların uyuşmazlığın karara bağlanabilmesi için hiçbir önemi olmayabilir. Somutlaştırılacak vakıalar hakkında yeterli düzeyde bilgi verilip verilmediği ise somutlaştırma ölçüsüne göre tayin edilmelidir.

2.1.1. Hukuk Kuralları ve Tecrübe Kuralları

Vakıa, dış dünyaya ve insanın iç dünyasına ilişkin geçmişe veya şimdiye ait olaylar veya durumlar olup zamana ve mekâna göre belirlenir²³⁷. Geleceğe ilişkin olup henüz gerçekleşmemiş bir husus ise, kural olarak, ispata elverişli olmayıp bu kapsamda ele alınmamaktadır²³⁸. Ancak bir vakıanın geleceğe ilişkin olması da ihtimal dâhilindedir. Mesela, haksız fiilden dolayı zarar gören kişinin ileride iş bulma imkânındaki kayıp vakıa niteliğindedir²³⁹. Aslında hukuk kurallarının niteliği göz

²³⁷ Rosenberg, 50; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 620, 621; Schellhammer, 163; Stein/Jonas/Leipold, § 284, kn. 9; Karaaslan, 103; Bolayır, 12, 13; Baumgärtel/Laumen, 34.

²³⁸ Gelecekte gerçekleştirilmesi planlanan bir davranış ispata konu olamazken buna müteallik irade beyanı vakıa olarak görülebilir ve ispat edilebilir, bkz. BGH, Urt. v. 25. 11. 1997 - VI ZR 306, 96 (NJW, H. 17, Y. 1998, 1223).

²³⁹ Baumgärtel/Laumen, 24. Destekten yoksun kalma tazminatında da aynı şekilde gelecekte uğranılacak kayıpların talebi söz konusudur, bkz. Bolayır, 13 (dn. 12).

önünde bulundurulduğunda vakıa niteliğini haiz oldukları söylenebilir²⁴⁰. Mesela belirli bir kuralın o an yürürlükte olup olması, onun bu niteliğini gösterir²⁴¹. Keza içtihadı birleştirme kararları ile örf ve âdet hukuku için de benzer bir durum söz konusudur²⁴². Örf ve âdet kuralı, kesintisiz ve sürekli olarak uygulanıyor olma ve uygulanacağı yönünde toplumda bir kanaat oluşması şeklinde iki şarta bağlanabilir²⁴³. Her iki şart da vakıa niteliğindedir. Kuşkusuz ki, bu şartların gerçekleşmiş olması bir tarafın lehinedir. O taraf, mahkemeye açıklamalarda bulunarak kendi lehine sonuç elde etmeye çalışabilir. Hâkim, bu açıklamalar ile bağlı olmadığı gibi, ilgili tarafın hiçbir açıklama yapmamış olması sebebiyle örf ve âdet hukukuna bakmaksızın da karar veremez²⁴⁴.

Yukarıda belirttiğimiz hukuk kuralı vasfını kazanmaya yönelik şartlar, yargılama hukukunda vakıa kapsamında ele alınmamaktadır. Dayanak olarak hukukî meselelerde *iura novit curia* ilkesinin benimsenmiş olması gösterilebilir. Tatbik edilecek hukuk kuralının tespiti, vakıadan farklı olarak taraf açıklamalarına bağlanamaz. Tarafların vakıalara müteallik hukukî tavsifleri önemli olmakla birlikte, mahkeme için bağlayıcı değildir. Aslında hâkimi ikna faaliyeti vakıalarda olduğu gibi hukukî meselelerde de cereyan eder. Fakat hukuk kuralının mevcut olup olmadığı şeklinde bir ispat faaliyeti yürütülmez. Sadece somut olaya tatbik edilme ihtimali olan kurallardan daha lehe olanının uygulanması için hâkimi ikna etme çabasına girilmektedir. Yani hukuk kuralları ispatın konusuna giren vakıa kavramı içinde görülmemelidir²⁴⁵. Dolayısıyla, uygulanacak hukukun somutlaştırılması şeklinde usulî bir yükten bahsedilemez. Bilakis,

²⁴⁰ Andreas Spickhoff, "Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage?", ZZP, B. 112, H. 3, 1999, 265.

²⁴¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 621.

²⁴² Örf ve âdet hukuku kurallarının fazla olması sebebiyle iddia ve ispat edilmelerinin gerektiği şeklinde aksi yönde görüş de savunulmaktadır, bkz. Umar/Yılmaz, 22. Örf ve âdet hukukuna dayanan tarafın bu hukuku ispat etmek zorunda olmadığı ifade edilmiştir, bkz. Kuru, (*İstinafa Göre*), 319. Buna karşın, örf ve âdet hukuku açısından ispat yükünden bahsedilemeyeceği görüşü de savunulmaktadır, bkz. Tanrıver, 744. Kanaatimizce, örf ve âdet kurallarının çok sayıda olması, bu kurallar açısından iddia ve ispat yükünün kabulü için bir gerekçe olamaz. Örf ve âdet hukuku niteliği gereği bilinmesi zor olsa da, bu durum, onun hukuk kuralı olma niteliğine hâlel getirmemelidir. Kaldı ki, hâkimin hukuku re'sen uygulayacağını öngören HMK m. 33'ün hükümet gerekçesinde, hukuk kavramına örf ve âdet hukukunun da dâhil olduğu ifade edilmiştir.

²⁴³ Bolayır, 39; Börü, 27 (dn. 14). Bu şartlara ek olarak, hukukî unsur olarak devlet desteğinin de gerekli olduğu belirtilmektedir, bkz. Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku (Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri), C. 1, Filiz Kitapevi, İstanbul 204, 105; Şaban Kayıhan/Mustafa Ünlütepe, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, 200, 201.

²⁴⁴ Bolayır, 41.

²⁴⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 621.

uyuşmazlığa tatbik edilecek maddî hukuk kuralına göre hangi vakıa veya vakıaların somutlaştırılmasının gerektiği belirlenebilir.

Uyuşmazlığın karara bağlanması için yabancı hukukun uygulanması veya bir tecrübe kuralına başvurulması gibi durumlarda, somutlaştırma yükünden bahsedilip bahsedilemeyeceği ayrıca ele alınmalıdır. Çünkü anılan hâllerde hâkimin ilgili kurala başvurması çoğunlukla tarafların bu yönde ciddi bir çaba içine girmelerine bağlı olmaktadır. Bu noktada, somutlaştırma yükünden bahsedilip bahsedilmeyeceği gündeme gelecektir.

2.1.1.1. Yabancı Hukuk

Kanunlar ihtilafı kurallarına göre, mevcut bağlama noktalarından yabancı bir hukuk düzeninin uygulanması sonucu çıkıyorsa, hukukî uyuşmazlık o hukuk düzenine göre karara bağlanmalıdır. Hâkim, uyuşmazlığı çözmek için, yabancı hukuku re'sen araştırmalı ve tatbik etmelidir²⁴⁶. Yabancı hukukun bilinmemesi ve tespit edilememesi ihtimali göz önüne alınmıştır. Bu sebeple, tarafların yabancı hukukun tespitine yardımcı olmaları öngörülerek buna bir istisna getirilmiştir (MÖHUK m. 2/1)²⁴⁷. Bu durum, tarafların açıklamaları ile bağlı kalınmasının ve yabancı hukukun hiçbir şekilde araştırılmamasının gerektiği anlamına gelmez²⁴⁸. Hatta her türlü delile başvurularak araştırma yapılmalıdır. İşin niteliği gereği, bu araştırmada kanunda düzenlenmiş deliller ile bağlı kalınmaz²⁴⁹. Özellikle hukukî konularda bilirkişiye başvuramayan hâkim, bu istisnai hâle özgü olarak, bilirkişi delilinden de istifade edebilir²⁵⁰. Yabancı hukukun ispat edilmesi ihtiyacı, yalnızca bu hukuk düzeninin hâkimce bilinmemesi ihtimalinde doğar²⁵¹. Hâkim bir şekilde yabancı hukuk hakkında yeterli seviyede bilgi sahibi ise

²⁴⁶ BSK-IPRG/Mächler-Erne, Wolf-Mettier, Art. 16, kn. 5, 22; Stein/Jonas/Leipold, § 293, kn. 30; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (14. Bası), 649; MüKo-ZPO/Prütting, § 293, kn. 12.

²⁴⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 623.

²⁴⁸ Christian von Bar/Peter Mankowski, Internationales Privatrecht, 2003, 415; MüKo-ZPO/Prütting, § 293, kn. 25.

²⁴⁹ von Bar/Mankowski, 419, 420; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 623; BK-ZPO/Hurni, Art. 57, kn. 10.

²⁵⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 623; Stein/Jonas/Leipold, § 293, kn. 43; Spickhoff, 268, 269; Rudolf Hübner, Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten, Mohr Siebeck, Tübingen 2014, 307-309; Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, 173. Nitekim Yargıtay tarafından bu konuda vermiş olduğu bir kararda yabancı hukukun uygulanması ile ilgili olarak hukukçu bilirkişiden yararlanılabileceği belirtilmiştir, bkz. Yargıtay 12. HD, E. 2012/16550, K. 2012/23020, T. 28.6.2012 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

²⁵¹ Hugo Seiter, "Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung", *Festschrift für Fritz Baur*, 1981, 578.

hiçbir araştırmaya gerek kalmaksızın kararını verebilir²⁵². Hâlbuki, hâkimin bildiği ve fakat iddia edilmemiş vakıaya dayanarak karar vermesi taraflarca getirilme ilkesinin ihlalidir²⁵³. Hâkimin bunu dikkate almaması ve tarafların o vakıayı iddia etmesini sağlaması tarafsızlığını ihlal ettiği anlamına gelir²⁵⁴. Bu durum, yabancı hukukun vakıalar gibi ele alınamayacağına bir göstergesidir.

Yabancı hukukun tespiti, bu hukukun uygulanması kendi menfaatine olan taraf, yardımcı olmaya çalışacaktır. Bu sebeple, yabancı hukukun ispata konu olabilecek bir vakıa olduğu ileri sürülemez²⁵⁵. Şayet yabancı hukuk vakıa olarak ele alınır ise, makul olmayan bazı sonuçlar ortaya çıkabilir. En önde gelen sakıncalı durum, yabancı hukukun içeriğinin taraf beyanları ile sınırlı kalmasıdır. Şöyle ki, yabancı hukukunun uygulanması karşı tarafın kabul etmesi ile taraflardan birinin belirttiği şekilde gerçekleşir. Öyle ki, re'sen araştırma ilkesine tabi bir davada dahi, uygulanacak yabancı hukuk taraflarca belirlenebilecektir. Buna ilaveten, taraflar ise yabancı hukuku ortaya koymak zorunda kalacaklardır²⁵⁶. Kabul edilemeyecek nitelikteki bu sonuçları önlemek için yabancı hukuk düzeni ispat hukuku anlamında vakıa olarak görülmemelidir. Buna bağlı olarak, yabancı hukuk açısından iddia ve ispat yükü şeklinde usulî yükler söz konusu olmamalıdır²⁵⁷. Dolayısıyla, uygulanması gereken yabancı hukuk tespit edilemediğinde, ispat yüküne dayalı bir karar verilmemelidir²⁵⁸. Burada, yalnızca tarafların iştiraki sağlanarak etkin bir araştırmanın yürütülmesi hedeflenmiştir²⁵⁹. Yabancı hukukun tespiti için tarafların katkıda bulunması gerekliliğine, bunun ötesinde bir anlam yüklemek uygun olmaz.

²⁵² Umar/Yılmaz, 21; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (14. Bası), 650.

²⁵³ Üstündağ, (Medeni Yargılama), 240; Abdurrahim Karşı, Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2014, 251.

²⁵⁴ Sarbach, (Verhandlungsmaxime), 707, 708; Murat Atalı, "Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsî) Bilgisini Kullanması", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, 2009, 145, 146.

²⁵⁵ von Bar/Mankowski, 415; Hübner, 76, 77.

²⁵⁶ Spickhoff, 272; Hübner, 77 (dn. 232).

²⁵⁷ Stein/Jonas/Leipold, § 293, kn. 33; Mustafa Göksu, "Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, 2009, 330; Spickhoff, 273; MüKo-ZPO/Prütting, § 293, kn. 14, 52; Hübner, 278, 279. **LEIPOLD**, yabancı hukukun uygulanmasını isteyen tarafın bunu sağlamaya yönelik bir menfaatinin olduğunu ifade etmektedir. Çünkü yazara göre tespit edilemeyen yabancı hukuk uygulanmayacaktır, bkz. Stein/Jonas/Leipold, § 293, kn. 49.

²⁵⁸ Grunsky, 414, 415; von Bar/Mankowski, 417, 418; Akil, 20; BSK-IPRG/Mächler-Erne, Wolf-Mettier, Art. 16, kn. 16; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 623; MüKo-ZPO/Prütting, § 293, kn. 14; Musielak ZPO/Huber, § 293, kn. 13.

²⁵⁹ Başözen, (İlk Görüşme İspatı), 13; Ahmet Başözen, "Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tazminat Davalarında İspat Sorunları", e-akademi (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), S. 119, 2012, 5; MüKo-ZPO/Prütting, § 293, kn. 13; Hübner, 275-281.

Yabancı hukukun tespiti, yalnızca hukuk kurallarının öğrenilmesinden ibaret değildir. Ayrıca uyumsuzluğun o hukuk düzenine uygun şekilde çözümünü sağlayacak seviyede içerik (*geçerli kurallar, yargı kararları ve öğreti gibi*) de tespit edilmelidir²⁶⁰. Yabancı hukuk düzeninin içeriğinin tam anlamıyla tespit edilememesi hâlinde, uyumsuzluğa hâkimin hukuku uygulanır²⁶¹. Buna karşın, yabancı hukuk düzeninin içeriğinin tam olarak tespit edilebilmesi hâlinde, taraflar talep etmese dahi, yabancı hukuk uygulanır. Dolayısıyla, yabancı hukukunun uygulanmasını gerekli kılan durumlarda, bu hukuk düzeninin içeriğinin anlaşılır bir şekilde ortaya konulması şeklinde taraflara ait usulî bir yük de söz konusu değildir²⁶². Diğer bir deyişle, yabancı hukukun içeriğinin ortaya konulması, somutlaştırma yüküne konu olamaz.

Görüldüğü üzere, hukukî uyumsuzluk yabancılık unsuru ihtiva ettiği takdirde, uygulanması gereken hukuk düzeni re'sen araştırılmaktadır. Yabancılık unsurunu gösteren bağlama noktası ise, taraflarca getirilme ilkesine uygun olarak ele alınmalıdır. Vakıa olması sebebiyle bağlama noktasının dava malzemesi hâline gelebilmesi için iddia edilmesi şarttır²⁶³. Bağlama noktası bakımından iddia ve ispat yükünü taşıyan taraf ise, yabancı hukukun uygulanmasını isteyen taraftır²⁶⁴. Söz konusu vakıanın ispat edilebilmesi için öncelikle somutlaştırılması gerekir. Ancak bu usulî yük sınırlı bir

²⁶⁰ Seiter, 578; BSK-IPRG/Mächler-Erne, Wolf-Mettier, Art. 16, kn. 5; Akil, 22, 23; Stein/Jonas/Leipold, § 293, kn. 60-62.

²⁶¹ BSK-IPRG/Mächler-Erne, Wolf-Mettier, Art. 16, kn. 17; Başözen, (*İlk Görünüş İspatı*), 14. MÖHUK m. 2 ve İMÖHK m. 16'dan farklı olarak AMUK m. 293'te bu durumda hangi hukuk düzeninin uygulanacağı açıkça öngörülmemiştir. Bu yüzden bu konuda tartışmalar mevcuttur. Genel yaklaşım hâkimin hukukunun uygulanması yönündedir, bkz. Musielak ZPO/Huber, § 293, kn. 13. **PRÜTTING**, açık bir kanunî düzenleme ile hâkimin hukukunun uygulanmasının öngörülmesini tavsiye etmektedir. Yazara göre, mevcut kanunî düzenlemeye göre yabancı hukukun uygulanması daha isabetli bir tercih olur, bkz. MüKo-ZPO/Prütting, § 293, kn. 66.

²⁶² MüKo-ZPO/Prütting, § 293, kn. 52, 53; Hübner, 292. İsviçre hukukunda malvarlığına ilişkin uyumsuzluklarda yabancı hukukun vakıa gibi ele alınacağı öngörülmüştür (İMÖHK m. 16/1). Bu takdirde yabancı hukuk açısından usulî bir yükün söz konusu olduğunu söyleyebiliriz.

²⁶³ Umar/Yılmaz, 20; Akil, 20; Bolayır, 31; Hübner, 300, 301; Fulya Teomete Yalabık, *İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanması Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2016, 336.

²⁶⁴ Umar/Yılmaz, 20; Akil, 20; Hübner, 300, 301. Buna karşın, bağlama noktası açısından iddia ve ispat yükünden bahsedilmesini imkânsız hâle getirecek bir görüş savunulmaktadır. Bu görüşe göre, bağlama noktası hâkimin hukuku uygulaması ile bir bütün hâlinde ele alınmalıdır. Bağlama noktası re'sen tespit edilmelidir ki, hukukun uygulanması sağlanabilsin, bkz. Mesut Aygün, "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü", *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, C. 1, 2015, 1047, 1048. Anılan görüşün kabulü, yargılamaya hangi usul hukuku ilkesinin (*re'sen araştırma-taraflarca getirilme*) uygulandığına bakılmaksızın bağlama noktasının tespitini gerekli kılar. Buna göre, bir uyumsuzluğun yabancılık unsuru ihtiva edip etmediğinin mutlak suretle mahkemece araştırılması gerekli hâle gelir.

uygulama alanına sahiptir. Çünkü bu nitelikteki uyuşmazlıklara çoğunlukla re'sen araştırma ilkesi hâkim olduğundan bağlama noktası re'sen tespit edilmektedir²⁶⁵.

2.1.1.2. Tecrübe Kuralları

Tecrübe kuralı, vakıa kavramıyla sıkı bir ilişki içinde olup, ondan tamamen farklı bir niteliği haizdir²⁶⁶. Tecrübe kuralı, çok sayıdaki hayat olayı gözlemlenerek elde edilen ve doğruluğu her zaman için test edilebilir soyut nitelikte bir kuraldır²⁶⁷. Muayyen bir vakıadan hareketle, tecrübe kuralı sayesinde, başka bir vakıa hakkında sonuç çıkarılabilir²⁶⁸. Hâkim, vereceği karara etki edecek vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği hakkında bu kurala göre kanaate varabilir²⁶⁹. Bunun yanı sıra, belirli bir hukukî kavrama atılma yapılırken de tecrübe kuralından istifade edilir²⁷⁰.

Genellikle teknik bir bilgiye müteallik konularda tecrübe kuralına başvurulması gerekliliği ortaya çıkar. Bu durumda, hâkimin değerlendirmede bulunabilmesi için bilirkişiye başvurulması gerekir²⁷¹. Teknik bilgiyi gerektiren her durumda bilirkişiye başvurulmasına ise istisna getirilmiştir. İhtiyaç duyulan teknik bilgiyi bilen hâkim, bu kuralı doğrudan uygulayabilir. Bunun için tarafların tecrübe kuralını öğrenmelerinin ve bu konudaki görüşlerinin açıklanmasının sağlanması yeterlidir²⁷². İsviçre hukuk öğretisinde hâkimin bilmediği tecrübe kuralının ileri sürülmesi gerektiği yönünde bir

²⁶⁵ Hübner, 194.

²⁶⁶ Dietrich Loeber, *Die Verwertung von Erfahrungssätzen durch den Richter im Zivilprozess*, Kiel 1972, 8, 9; Grunsky, 413; Yıldırım, 115; Akcan, 38; Göksu, (*Vakıa ve Hukuk*), 330; Başözen, (*İlk Görünüş İspatı*), 13; Başözen, 5; Börü, 27 (dn. 13); Yalabık, 337.

²⁶⁷ Loeber, 6; Musielak, 92, 93; Prütting, 106; Zettel, 99; Yıldırım, 115; Taşpınar-Ayvaz, (*Fiili Karine*), 538; BSK-ZPO/Guyan, Art. 151, kn. 4; KSZ-ZPO/Brönnimann, Art. 151, kn. 7; Bolayır, 20; Meier, 28.

²⁶⁸ Guldener, (*Beweiswürdigung*), 2; Rosenberg, 180; Loeber, 6, 7; Musielak, 44; Zettel, 99; Brönnimann, 10; Oliver Rommé, *Der Anscheinbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast*, Saarbrücken/St. Gallen 1988, 7; Yıldırım, 115; Gottfried Baumgärtel, "Die Bedeutung der sog. tatsächlichen Vermutung im Zivilprozess", *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, 1990, 47; Sarbach, (*Verhandlungsmaxime*), 710; Topuz, 124; Musielak, (*Grundkurs*), 299; BSK-ZPO/Guyan, Art. 151, kn. 4; Bolayır, 20.

²⁶⁹ Guldener, (*Beweiswürdigung*), 19; Rosenberg, 180; Loeber, 6; Prütting, 107; Alangoya, 57 (dn. 175); Üstündağ, (*Medeni Yargılama*), 603, 604; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 636; Halûk Konuralp, *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, 21; Topuz, 125; Schilken, (*Zivilprozessrecht*), 224; Baumgärtel/Laumen, 351.

²⁷⁰ Loeber, 7; Brönnimann, 10; Alangoya, 57 (dn. 175); Akcan, 37-38; Topuz, 125; Başözen, (*İlk Görünüş İspatı*), 14; Schilken, (*Zivilprozessrecht*), 224.

²⁷¹ Max Guldener, *Schweizerisches Zivilprozeßrecht*, Schultheß & Co. Verlag, Zürich 1979, 319; Umar/Yılmaz, 28; Stein/Jonas/Leipold, § 284, kn. 17; Schweizer, (*Beweiswürdigung*), 401.

²⁷² Loeber, 66; Grunsky, 414; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 622; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 42; Musielak ZPO/Foerste, § 284, kn. 4.

görüş ileri sürülmüştür²⁷³. Gerçekten, hâkime yabancı olan tecrübe kuralı için hâkimden onu uygulaması beklenemez. Buna engel olmak isteyen taraf, buna yönelik açıklama yapmalıdır. Yine de bu durum, iddia yükünü ilgilendiren bir mesele olarak görülmemelidir. Zira yargılamanın başında bilmediği bir tecrübe kuralını sonradan öğrenen hâkim, ileri sürülüp sürülmediğine bakmaksızın o tecrübe kuralını kendiliğinden uygulayabilir.

Tespiti için bazen bilirkişiye başvurulması lüzumlu olan tecrübe kuralının buna dayanarak vakıa olarak görülmesi ise düşünülemez. Nitekim bu delile başvurulurken ilgili bilim dalındaki tecrübe kuralının öğrenilmesi amaçlanır²⁷⁴. Bu kural, ispata elverişli olmakla birlikte, ispatın konusuna giren vakıa kavramını karşılamamaktadır²⁷⁵. Dolayısıyla, hâkim, tecrübe kuralları hakkında ne taraf açıklamaları ile ne de gösterilen deliller ile bağlıdır²⁷⁶. İhtiyaç duyulması hâlinde, taraflar talep etmese dahi, delil incelemesi (*özellikle bilirkişi incelemesi*) yapılabilir²⁷⁷. Görüldüğü üzere, tecrübe kuralları re'sen uygulanmalıdır. Yalnız hukukî dinlenilme hakkı açısından tecrübe kuralının tarafların bilgisine sunulması ve onlara bu konuda açıklama yapma imkânı tanınması şarttır²⁷⁸.

Önemle belirtmeliyiz ki, mahkemenin tecrübe kuralını re'sen uygulaması dava malzemesinin mahkemece toplanması anlamına gelmez²⁷⁹. Nitekim Alman Federal Mahkemesi, vermiş olduğu bir kararda, tecrübe kuralına dayanak teşkil edecek vakıaların somut bir şekilde iddia edilmesi gerektiğini vurgulamıştır²⁸⁰. Tecrübe kuralının uygulanmasında hükme dayanak teşkil edecek vakıanın toplanmasından ziyade tecrübe kuralı aracılığıyla mevcut vakıalar değerlendirilmektedir²⁸¹. Dolayısıyla,

²⁷³ Schweizer, (*Beweiswürdigung*), 399, 400.

²⁷⁴ Üstündağ, (*Medeni Yargılama*), 743.

²⁷⁵ Grunsky, 413. Öğretide tecrübe kuralının herkesçe bilinen bir niteliği haiz olup olmamasına göre bir ayrım yapılmaktadır. Bu niteliği haiz ise ispata gerek olmadığı ifade edilmiştir, bkz. Bolayır, 21, 22. Oysa tecrübe kuralları vakıa olarak görülemez, bkz. Seiter, 580. Herkesçe bilinen vakıa geçmişe ilişkin bir olay iken; tecrübe kuralı vakıa olmayıp tümevarım yöntemi ile elde edilen genel geçer kuraldır, bkz. Schweizer, (*Beweiswürdigung*), 372. Ayrımın doğru bir şekilde yapılmasının önemi, kendini temyiz incelemesinde de gösterir, bkz. Musielak ZPO/Ball, § 546, kn. 11.

²⁷⁶ Yıldırım, 118; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 622; Schilken, (*Zivilprozessrecht*), 224; Musielak ZPO/Foerste, § 284, kn. 4.

²⁷⁷ Grunsky, 413; Umar/Yılmaz, 28; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 622.

²⁷⁸ Loeber, 6-9; Musielak ZPO/Foerste, § 284, kn. 4.

²⁷⁹ Schweizer, (*Beweiswürdigung*), 398, 399.

²⁸⁰ BGH, Urteil vom 9. 10. 2009 - V ZR 178/08 (NJW, H. 6, Y. 2010, 363).

²⁸¹ Zettel, 101; Rommé, 12.

tarafarla getirilme ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkmamaktadır. Karar yine tarafların getirmiş olduğu dava malzemesi üzerine inşa edilmektedir²⁸².

Tecrübe kuralları için iddia ve ispat yükü kabul edilmemektedir²⁸³. Buna göre, tecrübe kuralları için tarafların somutlaştırma yükü altında olmadığını söyleyebiliriz. Aksinin kabulü, bazı sakıncalı durumlar doğurabilir. Şöyle ki, özellikle teknik bilgiyi gerektiren konularda bir tarafın mevcut olayda nasıl bir tecrübe kuralının söz konusu olduğunu açıklaması neredeyse imkânsızdır. Tecrübe kuralı kendi menfaatine olan tarafın bunun için bir bilirkişiye başvurusu ise beklenemez. Bilirkişi raporu getirilmeye çalışılsa bile, bazı sebeplerden ötürü, bunu yapmak mümkün olmayabilir. Mesela, olaya ilişkin tecrübe kuralının açıklanabilmesi için keşif yapılması (*zararın meydana geldiği yerin incelenmesi gibi*) da zorunlu olabilir. Keşif yapılması için karşı tarafın veya üçüncü bir kişinin iznine ihtiyaç varsa, keşif yapılmadan tecrübe kuralının açıklanması ciddi ölçüde zorlaşır.

Bu söylediklerimiz çerçevesinde, herhangi bir davada uygulanması gereken bir tecrübe kuralının vakıa niteliğini haiz olmadığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla, tecrübe kurallarının somutlaştırılması şeklinde usulî bir yükün söz konusu olamayacağını söyleyebiliriz.

2.1.2. Somutlaştırılması Gereken Vakıaların Tayini

İspatı gereken vakıa, hukuken önem arz eden ve çekişmeli vakıadır (HMK m. 187/1)²⁸⁴. İspatın konusunu belirleyen bu iki husus somutlaştırılması gereken vakıaları belirlerken de esas alınmalıdır²⁸⁵. Delilin değerlendirilebilmesi, ileri sürülmüş vakıanın somutlaştırılmasına bağlıdır. Nitekim sadece bu şekilde iddia edilmiş vakıanın ispatının önem arz edip etmediği belirlenebilir²⁸⁶. Belirli bir vakıanın hukuken önem arz eden bir vakıa olup olmadığı davadan bağımsız olarak belirlenebilir. Şöyle ki, tatbik edilecek

²⁸² Zettel, 101; Rommé, 12; Alangoya, 59 (dn. 175).

²⁸³ Rosenberg, 50; Guldener, 162; Stein/Jonas/Leipold, § 284, kn. 17; Kaimakliotis, 1264; Başözen, (*İlk Görünüş İspatı*), 14; BSK-ZPO/Guyan, Art. 151, kn. 4; KSZ-ZPO/Hasenböhler, Art. 151, kn. 11; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 41; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 33; Meier, 29. **BRÖNNIMANN**, tecrübe kuralının davada nasıl kullanılacağına göre bir ayırım yaparak iddia yükünü ele almıştır. Bu ayırmda, vakıanın tespitine yönelik tecrübe kuralları açısından taraflarla getirilme ilkesi uyarınca iddia yükünden bahsedilebilir, bkz. Brönnimann, 11; BK-ZPO/Brönnimann, Art. 151, kn. 7, 8.

²⁸⁴ Karaaslan, 103; Schellhammer, 146.

²⁸⁵ Bolayır, 86; Meier, 146; Börü, 215.

²⁸⁶ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 152; Varol Karaaslan, "Hakimin Tarafsızlığı İlkesi ile Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki", *Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-XII*, 2014, 101.

kanunî düzenleme esas alınarak bir vakıanın önemli olup olmadığı anlaşılabilir. Buna karşın, çekişmeli olup olmama yalnızca vakıanın yargılamaya dâhil edilmesi ve karşı tarafın tepkisi ile anlaşılabilir. Nitekim çekişmeli vakıa, gerçekliği karşı tarafça reddedilmiş vakıadır.

Şunu da belirtmeliyiz ki, hukukî dinlenilme hakkının bir unsuru olan açıklama hakkının konusuna göre de somutlaştırılması gereken vakıaların tayin edilmesi düşünülebilir. Lâkin, açıklama hakkının kapsamı, ispatın konusuna göre çok daha geniştir. İspatı gerekmeyen bir vakıa hakkında da açıklama hakkının kullanılması ihtiyacı doğabilir²⁸⁷. Başta hukuk kuralları olmak üzere ispatı gerekmeyen birçok konuda da açıklama hakkı tanınmaktadır. Dolayısıyla, açıklama hakkının kullanılması gereken her durumda somutlaştırma yükünden bahsedileceğini düşünmek doğru olmaz.

2.1.2.1. Vakıanın Hukukî Açıdan Önem Arz Eden Vakıa Niteliğinde Olması

Vakıa iddiasın bulunulurken, tatbik edilecek hukuk kuralının koşul unsurunu doğrudan karşılayan vakıalara (*ana vakıa*) ya da dolaylı olarak karşılayan vakıalara (*emareler*) dayanılabilir.

2.1.2.1.1. Hukuk Kuralının Koşul Unsurunu Doğrudan Karşılayan Vakıalar

Mahkemenin davada uygulayacağı hukuk kuralı, koşul unsur ve hukukî sonuç bölümünden oluşur²⁸⁸. Kuralın hukukî sonuç kısmının nasıl kararlaştırılmış olduğu, iddia ve somutlaştırma yükünün dağılımını tayin eder. Eğer sonuç bölümünde belirli bir hakkın doğması öngörülmüş ise, bu sonuca hükmedilmesini sağlayan vakıa örgüsü açısından iddia yükünü davacı taşır. Vakıa örgüsünü kuran her bir vakıanın somutlaştırılmasına yönelik bilgiler de ilke olarak davacı tarafından getirilmelidir²⁸⁹. Buna karşın, hakkın doğumuna mani olan, hakkı sona erdiren veya hakka dayanılmasına

²⁸⁷ Waldner, 27; Özekes, (*Hukukî Dinlenilme Hakkı*), 121.

²⁸⁸ Greyerz, 1; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 57; Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Stämpfli Verlag, Basel/St. Gallen 2010, 58.

²⁸⁹ İddia ve somutlaştırma yükü kural olarak aynı taraftadır. Dolayısıyla, davacı kendi lehine bir hakkın doğmasını sağlayan vakıalara dayandığından bu vakıaları somutlaştırarak iddia etmelidir.

engel teşkil eden vakıalar açısından iddia yükü davalıdadır²⁹⁰. Davalı da aynı şekilde kendi lehine olan bu vakıaları somutlaştırmalıdır²⁹¹.

Taraflar arasındaki hukukî münasebeti ilgilendiren birçok vakıa olabilir. Her iki taraftan da yalnızca hükme tesiri olabilecek vakıaların dava malzemesi hâline getirilmesi beklenmelidir. Usul ekonomisi açısından da böyle bir tercih isabetlidir²⁹². Verilecek karar açısından, dava dosyasında yer alması hiçbir anlam ifade etmeyen vakıalar ayıklanmalıdır. Bu nitelikteki vakıalar hukuken önem arz etmeyen vakılardır²⁹³. Öyle ki, bu vakıalar hâkimin davayı aydınlatma ödevinin de kapsamı dışında kalır²⁹⁴. Hangi vakılara dayanılması gerektiğini tayin etme noktasında hukukî sebebin gösterilmesi büyük önemi haizdir. Talep sonucunu haklı kılan hukukî sebebe göre hüküm kurulması için, öngörülen koşul unsurları karşılayan vakıalar eksiksiz bir şekilde iddia edilmiş olmalıdır. Bu sebeple, her ne kadar zorunlu olmasa da, hukukî sebebin izah edilmiş olması büyük öneme sahiptir²⁹⁵.

Atılma faaliyetinde hukuk kuralı belirleyici olduğu için, bu kurala müracaat edilerek hangi vakıaların önem arz ettiği belirlenmelidir²⁹⁶. İstenen hukukî sonuca hükmedilmesi, bu kuralın uygulanmasına bağlıdır. Kuralda öngörülen koşul unsurun içini doldurmaya yönelik vakıa veya vakıalar açısından, iddia yükü, bu kurala dayanan taraftadır²⁹⁷. İddia edilen vakıanın algılanabilir olması için somutlaştırılması da, ilke olarak, yine bu tarafça yerine getirilmelidir²⁹⁸. Görüldüğü üzere, hangi vakıa veya

²⁹⁰ Frohn, 247; Dolge, 19, 20; Schellhammer, 180; Mertins, 443; Meier, 78; Brandt, 80; Börü, 147.

²⁹¹ Kural olarak, somutlaştırma yükünün dağılımı, iddia yükünün dağılımına bağlı olduğu için, davalının kendi aleyhine olan bir hakkın ileri sürülmesine engel olan somut vakıalara dayanması beklenecektir.

²⁹² Grunsky, 416; Johannes Lang, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozess vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung*, Duncker & Humblot, Berlin 1999, 36; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (14. Bası), 657; Schellhammer, 170.

²⁹³ Yıldırım, 115; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 621; KSZ-ZPO/Brönnimann, Art. 150, kn. 12; Ejder Yılmaz, Islah (Medenî Yargılama Hukukunda), Bilge Yayınevi, Ankara 2013, 157; Meier, 6.

²⁹⁴ Karaaslan, 203.

²⁹⁵ Özekes, 274.

²⁹⁶ Huguenin-Dumittan, 27; Brönnimann, 163; Meier, 71.

²⁹⁷ Schneider, (Klage), 440; Dolge, 20; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 652; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 17; KSZ-ZPO/Leuenberger, Art. 221, kn. 41; Schellhammer, 179, 180. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, talep sonucunu haklı kılmaya yönelik vakıaların iddia edilmesi ve deliller ile donatılması, taraflarca getirilme ilkesi uyarınca taraflara aittir. Dolayısıyla, taraflardan her biri, kendi talep sonucunu haklı kılan vakıa veya vakıalar açısından iddia yükü altındadır, bkz. Urteil BG 4A_210/2009 E. 3.2 (http://www.polyreg.ch/bgeunpub/Jahr_2009/Entscheide_4A_2009/4A.210_2009.html Erişim Tarihi: 01.03.2016).

²⁹⁸ Topuz, 143; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (14. Bası), 665; Eschlebach/Geipel, 1669; Mertins, 443.

vakıaların somutlaştırılması gerektiğinde maddî hukuk kuralında geçen koşul unsur belirleyicidir²⁹⁹.

Koşul unsur, niteliğine göre deskriptif ve normatif koşul üzere ikiye ayrılır³⁰⁰. Deskriptif koşul unsorda hukukî sonucun doğması maddî bir vakıaya bağlanır. İddia edilmesi gereken vakıa kolayca belirlenebilir ve algılanabilir niteliktedir³⁰¹. Mesela, icaba verilen cevabın karşı tarafa ulaşip ulaşmadığı³⁰² veya sözleşmeden doğan edimin ifa edilip edilmediği³⁰³ bu kapsamda görülebilir³⁰⁴. Bu gibi durumlarda, gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi beklenen vakıanın iddia edilmesinde, üst bir kavrama başvurma imkânı yoktur. İddia yükünü taşıyan taraf haklılığını ortaya koyan vakıa veya vakıaları izah etmelidir. Delil incelemesi yapılabilmesi için, bu vakıa veya vakıaların somutlaştırılması gerekir.

Normatif bir kavrama başvurulmuş hâllerde, kavramın değer yargısına dayanıp dayanmamasına göre yine bir ayırım yapılabilir³⁰⁵. En dar anlamıyla normatif kavram, yalnızca teknik hukukî kavramlardan ibarettir. Kolay anlaşılabilirlikleri için kanun koyucu bu kavramları tanımlama yoluna gidebilir³⁰⁶. Diğer durumda ise, normatif kavram, toplumsal değerlere dayanmaktadır. Öğretide normatif kavramın değer yargısı taşımadığı (*mülkiyet, zilyetlik, dönme, fesih vb.*) ve taşıdığı (*üstün kamu yararı, çocuğun menfaati, olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlık, açık yanlış anlama vb.*) hâllerde³⁰⁷ iddia yükünün ne zaman yerine getirilmiş sayılacağı üzerinde durulmaktadır³⁰⁸.

İddia yükünü taşıyan taraf, haklılığını ortaya koymak için, yalnızca normatif kavramı zikrederek açıklama yapmış olabilir. Bu durumda, bir vakıa iddiasından bahsedilip bahsedilemeyeceği ele alınmalıdır. Açıklama yapılırken sırf normatif kavramın ifade edilmesi suretiyle iddiada bulunulmuş olması, gerçek anlamda bir vakıa

²⁹⁹ Stein/Jonas/Leipold, § 284, kn. 44; BK-ZPO/Killias, Art. 221, kn. 23.

³⁰⁰ Orhan Münir Çağıl, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, 215; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 70; Meier, 71, 72.

³⁰¹ Çağıl, 215; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 70; Meier, 73.

³⁰² Brönnimann, 139 (dn. 703).

³⁰³ BK-ZGB/Walter, Art. 8, kn. 331.

³⁰⁴ Meier, 72 (dn. 421), 73 (dn. 430).

³⁰⁵ Kramer, 64; Schneider, (*Klage*), 452, 453; Meier, 73. Normatif koşul unsurun kapsamını yalnızca değer yargılarına dayalı olan durumlara hasreden bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre, hukukî terimlerin kullanıldığı hâllerde deskriptif koşul unsurdan bahsedilmelidir, bkz. Çağıl, 215; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 70.

³⁰⁶ Schneider, (*Klage*), 452.

³⁰⁷ Kramer, 64, 66; Meier, 73, 74.

³⁰⁸ Brönnimann, 140; Meier, 74.

iddiası olarak görülmemektedir³⁰⁹. Altılama faaliyetinde bulunulabilmesi için, iddia yükünü taşıyan taraf, mutlaka koşul unsurun içeriğini doldurmaya yönelik vakıayı veya vakıaları bildirmelidir³¹⁰. Kuralın uygulanması için gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi beklenen vakıaların mevcut olup olması, hâkim tarafından ancak bu şartla belirlenir³¹¹. Dolayısıyla, hukukî kavramın içeriğini dolduracak nitelikteki somut vakılara dayanılmalıdır³¹². Koşul unsurun değer yargısı ihtiva ettiği hâllerde, somut vakıa iddiasında bulunulması daha da bir önem kazanır. Zira değer yargısı bakımından hâkim tarafından belirli bir sonuca ulaşılması, ancak bu şartla gerçekleştirilebilir³¹³. Somut olaya ilişkin olarak kendi değerlendirmesini (*karşı tarafın zarardan sorumlu olduğunun söylenmesi gibi*) yapıp bunu bildiren taraf, herhangi bir vakıayı iddia etmemektedir. Bu durumda, tarafın kendi anlayışını hâkimin değerlendirmesi yerine ikame etmesi söz konusu olur³¹⁴. Belirttiğimiz bu durumda iddia yükünün yerine getirilmediği kabul edilmelidir. Vakıa iddiasında bulunulduğunda ise, hâkimin karar verebilmesi için, vakıa veya vakıaların genel hatlarıyla belirtilmesi yeterli olmaz. Koşul unsurun içeriğini doldurmaya yönelik vakıalar ayrıntılı olarak ileri sürülüp somutlaştırılmalıdır ki, verilecek kararda değer yargısına temel teşkil eden hususlar elde edilebilmiş olsun³¹⁵.

Koşul unsorda, hukukî bir kavram ihtiva etsin ya da etmesin, menfî bir vakıaya yer verilmiş olabilir³¹⁶. Öğretide vakıa iddiasının kolayca ispat edilebilmesi için, koşul unsorda menfî vakıanın öngörülmesinden imtina edilmesi önerilmektedir³¹⁷. Ancak işin

³⁰⁹ Guldener, 162; Brönnimann, 141; Atalay, (*Menfî Vakıalar*), 34; Schneider, (*Klage*), 407; Oberheim, 206.

³¹⁰ Udo Hansen, "Der Indizienbeweis", *JuS*, H. 4, 1992, 328. İş sözleşmesinin feshine sebep olarak "zimme para geçirme" sebebinin gösterilmesi İsviçre Federal Mahkemesi tarafından vakıa iddiası olarak görülmüştür. **BRÖNNIMANN**, iş sözleşmesinin feshi için "önemli bir sebep" olduğu şeklindeki iddianın ise iddia yükü içinde yeterli görülemeyeceğini belirtmiştir, bkz. Brönnimann, 143.

³¹¹ Göksu, (*Vakıa ve Hukuk*), 342.

³¹² Brönnimann, 203. Doğrudan koşul unsuru karşılayan bir ifade kullanılması altılama faaliyeti anlamına gelir. Hâkimin ise taraflarca yapılan altlamaya göre karar vermesi düşünülemez, bkz. Alangoya, 146. Böyle bir durumda, davaya bakan hâkim, hukukî terimin maddî vakıalar ile somutlaştırılması gerektiğini taraflara bildirmelidir, bkz. Karaaslan, 32.

³¹³ Çağıl, 215; Brönnimann, 140; Atalay, (*Menfî Vakıalar*), 70

³¹⁴ Schneider, (*Klage*), 453, 454. Mesela, bir boşanma davasında karşı tarafın akıl hastalığına dayanılmış olunmasına rağmen, buna delalet eden somut bir vakıa iddiasının mevcut olduğu söylenemez, Lüderitz, 9. Keza, ihaleye fesat karıştırıldığı gerekçesi ile yapılan şikâyet başvurusunda, buna dayanak teşkil eden somut vakıa iddiası ileri sürülmediği sürece somutlaştırma yükünün yerine getirilmediği kabul edilmelidir, bkz. Yargıtay 12. HD., E. 2013/3441, K. 2013/11362, T. 29.11.2012 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

³¹⁵ Schneider, (*Klage*), 454.

³¹⁶ Atalay, (*Menfî Vakıalar*), 22, 69; Meier, 72, 75.

³¹⁷ Guldener, (*Beweiswürdigung*), 37; Atalay, (*Menfî Vakıalar*), 65.

niteliği gereği menfi vakıanın öngörülmesini gerektiren hâller de doğabilir. Koşul unsurda menfi bir vakıa öngörüldüğü takdirde, genellikle iddia yükünü taşıyan tarafın vakıa iddiasında bulunması zorlaşır³¹⁸. Doğal olarak, iddia edilmesi güçleşen bu vakıa ayrıca ilgili tarafça somutlaştırılamayacaktır. Ancak uyuşmazlığın hükme bağlanabilmesi için, somut bir vakıa iddiasına dayanılması beklenilmelidir. Bu durum göz önünde tutularak, hukukî sonucun menfi bir vakıaya bağlandığı durumlarda, uyuşmazlığın karşı tarafının açıklama yapmasını sağlayacak yöntemler üzerinde durulmaktadır.

2.1.2.1.2. Hukuk Kuralının Koşul Unsurunu Dolaylı Olarak Karşılayan Vakıalar

İddia yükü altındaki tarafın getirdiği vakıa veya vakıalar, uygulanacak hukuk kuralının koşul unsurunu doğrudan (*ana vakıa*) veya dolaylı (*emare*) olarak karşılayabilir³¹⁹. Lehe karar elde etmek açısından hâkimin hangisi ile ikna edildiğinin bir önemi yoktur³²⁰. Emare, iddia edilmiş olan ana vakıayı doğrudan ispat etmeye elverişli bir delilin olmaması hâlinde önem kazanır³²¹. Ana vakıaya komşu vakıa niteliğindeki emareden hareketle tecrübe kuralları vasıtasıyla ana vakıanın varlığı veya yokluğuna ilişkin bir sonuç çıkarma faaliyeti yürütülür³²². İlk görünüş ispatında da aynı durum söz konusudur. Öğretide ilk görünüş ispatı, emare ile ispat kapsamında ele alınmaktadır³²³. Her iki kavram arasındaki fark, hukuken önem arz eden (*koşul unsuru karşılayan*) vakıaya ulaşılmasında bir önem arz etmeyecektir. Somutlaştırma yükü açısından yapacağımız değerlendirmelerde, bu ayırımı dikkate almaksızın, emare üzerinden açıklamalarımıza devam edeceğiz.

Emarenin mahkemece dikkate alınmasının lehine olan tarafça iddia edilmesine bağlı olup olmadığı tartışmalıdır. İsviçre öğretisinde emarenin mahkeme tarafından dikkate alınmasının iddia edilmiş olmasına bağlı olmadığı yönünde bir görüş yer

³¹⁸ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 65; Meier, 73.

³¹⁹ Hansen, (*Indizienbeweis*), 327; Lang, 36; BK-ZGB/Walter, Art. 8, kn. 73, 74; Meier, 6.

³²⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 621; Schellhammer, 241.

³²¹ Hansen, (*Indizienbeweis*), 327; Gröner, 3; BSK-ZPO/Gehri, Art. 55, kn. 14.

³²² Guldener, 319; Hansen, (*Indizienbeweis*), 327; Üstündağ, (*Medeni Yargılama*), 621; Stein/Jonas/Leipold, § 284, kn. 19; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 616; Başözen, 58; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (*14. Bası*), 402; Braun, 738; Baumgärtel/Laumen, 14.

³²³ Rommé, 175, 176; Üstündağ, (*Medeni Yargılama*), 622; Stein/Jonas/Leipold, § 286, kn. 129; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 636. Aksi yöndeki görüşlerde ise, ilk görünüş ispatının emareye yakın olduğu; ama bazı özellikleri sebebiyle farklılık arz ettiği üzerinde durulmaktadır, bkz. Hansen, (*Indizienbeweis*), 330; Başözen, (*İlk Görünüş İspatı*), 59-64; Schellhammer, 243, 244; Musielak ZPO/Foerste, § 286, kn. 25; Oberheim, 352.

almaktadır. Bu görüşün sahibi yazara göre, emare ve tecrübe kuralı, delillerin değerlendirilmesi faaliyetine girer. Delillerin değerlendirilmesinde ise hâkim serbesttir ve taraf beyanları ile bağlı değildir. Bu sebeple, yalnızca uygulanacak hukuk kuralının koşul unsurunu doğrudan karşılayan vakıalar iddia edilmelidir. Emareler ise re'sen dikkate alınmalıdır³²⁴. Ancak bu görüşün taraflarca getirilme ilkesi ile bağdaşmadığını belirtmeliyiz³²⁵. Her şeyden önce emare bir vakiadır³²⁶. Emarenin bu niteliği göz ardı edilmemelidir. Muayyen bir vakıanın dava malzemesi hâline gelmesi, çok istisnai hâller dışında, tarafların sorumluluğundadır. Aşağıda açıklayacağımız üzere, emareler kural olarak bu istisnai hâller kapsamında ele alınmamalıdır.

Vakıa olması sebebiyle emareye dayanarak karar verilebilmesi için, emarenin hükme esas alınabilir olması gerekir (*çekişmeli olmama, herkesçe bilinen vakıa olma veya ispat edilmiş olma*)³²⁷. Hakkında çekişme bulunan emare ise mutlaka ispat edilmelidir³²⁸. İspat edilebilmesi için her şeyden evvel emare iddia edilmiş olmalıdır³²⁹. Zira yargılamaya dâhil edilemeyen bir vakıaya göre karar verilemez. Ayrıca, emarenin varlığına delalet eden delil veya deliller gösterilmiş olmalıdır³³⁰. Hâkim ve uyuşmazlığın diğer tarafı için emarenin anlaşılabilir olması somutlaştırılmasına bağlıdır. İddia edilen emarelerin daha deliller incelenmeden önce ana vakıa bakımından sonuç çıkarmaya elverişliliği ancak bu suretle gerçekleşebilir³³¹. Dolayısıyla, emarenin varlığının ifade edilmiş olması tek başına yeterli görülmemelidir. Ayrıca emarenin iddia edilmesinin ve

³²⁴ Guldener, 162. Emarenin iddia edilmemiş olması durumunda mahkemece dikkate alınacağı yönündeki görüşe başka yazarlar da katılmaktadır, bkz. Sarbach, (*Verhandlungsmaxime*), 709, 710; Groner, 3; Spühler/Dolge/Gehri, 92; BSK-ZPO/Gehri, Art. 55, kn. 14; KSZ-ZPO/Leuenberger, Art. 221, kn. 42. GULDENER'in görüşü İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir, bkz. BGE vom 11. Januar 2005, 5P.347/2004 E. 2.1 (http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/050111_5P_347-2004.html) Erişim Tarihi: 28.02.2016).

³²⁵ Alman hukukunda delillerin incelenmesi sonucu ortaya çıkan emarelerin ise mahkemece re'sen dikkate alınmasının taraflarca getirilme ilkesi açısından bir sakınca yaratmayacağı benimsenmiştir, bkz. Rosenberg, 50, 51; Egon Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, Franz Vahlen Verlag, München 1994, 25, 182; Baumgärtel/Laumen, 513.

³²⁶ Üstündağ, (*Medeni Yargılama*), 621.

³²⁷ Schellhammer, 241; Baumgärtel/Laumen 511, 512.

³²⁸ Schneider, (*Beweis*) 102; Gessler, 438; Schellhammer, 242; Baumgärtel/Laumen 512.

³²⁹ Oğuz Atalay, "Emare İspatı", *Manisa Barosu Dergisi*, 1999/70, 9; Brönnimann, 133; Stein/Jonas/Leipold, § 284, kn. 22; Börü, 127. Öğretide ana vakıanın dava malzemesi hâline gelmemesi ile ortaya çıkan sonucun her zaman için emare için de geçerli olmadığı belirtilmiştir, bkz. Musielak, 56; Brönnimann, 135. Zira farklı bir emareden de ana vakıa hakkında bir sonuca ulaşılabilmesi mümkündür, bkz. Meier, 76, 77.

³³⁰ Hansen, (*Indizienbeweis*), 328; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 616.

³³¹ Schellhammer, 241; Baumgärtel/Laumen, 507, 508.

somutlaştırılmasının da gerektiğini söyleyebiliriz³³². Netice itibariyle, nasıl ki ana vakıanın ispat edilmesi öncesinde somutlaştırılması bekleniyor ise, aynı şekilde, emarelerin de somutlaştırılarak iddia edilmiş olması da aranmalıdır.

Öte yandan, mevcut bir delilin gerçeği yansıtıp yansıtmadığını (*tanık beyanının değerlendirilmesi gibi*) anlamaya yönelik vakıalar (*akrabalık ilişkisi gibi*) da emare kapsamında ele alınmaktadır³³³. Bu anlayışa katılan görüşlerden biri, emarenin ilgili tarafça ortaya konulması gerekliliğine yönelik anlayışın bu vakıalar için de geçerli olacağını ifade etmiştir³³⁴. Aksi yöndeki görüşte ise, her iki vakıa arasında ayırım yapılmaktadır³³⁵. Yine bu görüş çerçevesinde anılan vakıalar hakkında delil ikamesine özgü kuralların geçerli olacağı belirtilmiştir³³⁶. Başka bir görüş ise, böyle bir ayırımın yapılmasının uygulama açısından bir önemi haiz olmadığını belirtmektedir³³⁷.

Gerçekten, delilin gerçeği yansıtıp yansıtmadığının anlaşılmasını sağlamaya yönelik vakıalar da emare niteliğindedir. Lâkin, yukarıda belirtilen ayırımın yapılması, usulî yükler açısından önemlidir. İddia edilmiş ana vakıa hakkında kanaate ulaşılmasını sağlayan bir emare somut bir şekilde iddia edilmeli ve gerekli ise ispatlanmalıdır. Hâkimin bu nitelikteki bir vakıayı kendiliğinden dava malzemesi hâline getirmesi düşünülemez. Buna karşın, delillerin inandırıcılığına etki eden vakıalar, hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulmalıdır³³⁸. Delilin değerine yönelik bu türden vakıaların varlığını ortaya koymak yönünde usulî bir yük söz konusu olamaz. Diğer bir ifadeyle, ikame edilen delilin değerini anlamaya yönelik emareler için taraflar somutlaştırma yükü altında tutulamaz. Nitekim HMK m. 254'te tanığın güvenilirliğini etkileyecek hususların hâkim tarafından tespit edilmesi öngörülmüştür.

³³² Huguenin-Dumittan, 189; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 140; Baumgärtel/Laumen, 509. Alman Federal Mahkemesi de somutlaştırma yükünün somut emareler ile gerçekleştirilebileceğini açıkça belirtmiştir, bkz. BGH, Urt. v. 7. 3. 2001 - X ZR 160/99 (NJW-RR, H. 13, Y. 2001, 887).

³³³ Brönnimann, 10; Hansen, (*Indizienbeweis*), 328; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 616; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 24; Schellhammer, 241.

³³⁴ Stein/Jonas/Leipold, § 284, kn. 23.

³³⁵ Hansen, (*Indizienbeweis*), 328; Sarbach, (*Verhandlungsmaxime*), 709; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 284, kn. 16; Meier, 32, 33.

³³⁶ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 284, kn. 16.

³³⁷ Baumgärtel/Laumen, 502.

³³⁸ Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1960, 274, 275. Ana vakıaya ilişkin ve delilin inandırıcılığına ilişkin emare ayırımı yapan **MEIER**, iddia edilecek ve gerektiği takdirde ispat edilecek emareleri, yalnızca ana vakıaya ilişkin emareler olarak ele almıştır, bkz. Meier, 33. Yazarın bu görüşüne göre, bu gruba girmeyen vakıaların iddia edilmesinin gerekmediği sonucuna ulaşılabilir. Alman Federal Mahkemesi de muayyen bir delilin değerlendirilmesinde gözetilen unsurların hâkim tarafından yargılamaya dâhil edilmesinde bir beis görmemiştir, bkz. BGH, Urt. v. 11.05.1993 - VI ZR 243/92 (NJW, H. 37, Y. 1993, 2382).

2.1.2.2. Vakıanın Karşı Tarafça Reddedilerek Çekişmeli Hâle Getirilmesi

Muayyen bir vakıa hakkında çekişme olmadığı takdirde, o vakıanın somutlaştırılması yönünde bir gereklilikten bahsedilemez. Somutlaştırma yükünü çekişmeli vakıalara hasretmek, onun amacına uygundur. Vakıa iddiası somutlaştırılarak hüküm kurulurken bu iddianın dikkate alınması sağlanmaya çalışılır. Taraflar arasında çekişmeli olmayan vakıa ise, ilke olarak, doğrudan hükme dayanak teşkil edebilmektedir. Dolayısıyla, bu vakıa hakkında ayrıntılı bir açıklama yapmak gerekmez. Mahkemece karar verilirken dikkate alınabilecek bir vakıa hakkında ayrıntılı bir açıklama yapmanın hiçbir anlamı yoktur. Görüldüğü üzere, somutlaştırma yükünde, ileri sürülmüş vakıaların inkârı belirleyici niteliktedir. İnkâr edildiği için çekişmeli hâle gelen bir vakıa iddiasının, ispat vasıtaları ile gerçeğe uygun olduğu ortaya konulmalıdır. Aksi hâlde, vakıa iddiasının verilecek karar üzerinde hiçbir tesiri olmayacaktır. Delilin incelenmesinin ön şartı ise ispat edilecek vakıanın somutlaştırılmış olmasıdır³³⁹.

Belirli bir vakıanın çekişmeli olup olmadığı, karşı tarafın tepkisine göre anlaşılabilir. Çekişmeli olmayan bir vakıanın somutlaştırılması gerekme de, o vakıa hakkında ciddi ölçüde bilgi verilerek açıklamalar yapılmış olabilir. Bunun sebebi, iddiada bulunulurken karşı tarafın inkâr edeceği varsayımı ile açıklama yapılması olabilir. Vakıa iddiasında bulunan taraf, karşı tarafın nasıl bir tepki vereceğini önceden bilmediği için, böyle durumlar ortaya çıkabilir. Karşı tarafın ileri sürülmüş bir vakıayı ikrar etmesiyle birlikte ise, davaya bakan hâkim, vakıa iddiasının gerçeğe uygun olduğu kanaatinde olmasa dahi, o vakıaya göre hüküm kurmalıdır³⁴⁰. Ancak ikrar edilen vakıanın sonradan ikrardan dönülmesi suretiyle çekişmeli hâle getirilmesi de mümkündür³⁴¹. Keza ilk başta inkâr edilmediği için çekişmesiz olan vakıa sonradan inkâr edilebilir.

İkrar faraziyesi sebebiyle bir vakıanın kabul edilmiş sayılması ile ikrar edilmesi farklı niteliktedir. İlk durumda, vakıa iddiası hakkında ya hiç ya da yeterli ölçüde açıklama yapılmadığı için vakıa iddiası kabul edilmiş sayılır. Diğerinde ise, vakıanın

³³⁹ Van Der Pol/Petrov, 117.

³⁴⁰ Kiraz, 271-288; Braun, 517; Meier, 109. Alman hukukunda ikrar edilmiş vakıanın doğrudan hükme dayanak alınmasına sınırlandırma getirilmiştir. Geçeğe açıkça aykırı olduğu açık belli bir vakıa ikrar edilmiş olsa dahi dikkate alınmamalıdır. Öte yandan, üçüncü bir kişiye zarar vermeye yönelik yapılan ikrara da hukukî etki tanınmamaktadır, bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, 627. İsviçre’de ise, İMUK m. 153/2’de ciddi bir şüphenin söz konusu olması hâlinde, çekişmeli olmayan vakıa hakkında da delillerin değerlendirilmesinin mümkün olduğu öngörülmüştür.

³⁴¹ Musielak ZPO/Huber, § 290, kn. 2.

gerçeğe uygun olduğu yönünde irade açıklamasında bulunulur. Her iki durumda ortaya çıkan sonuç, iddia edilmiş vakıanın ispat edilmeksizin hükme esas alınmasıdır³⁴². Sonradan bu duruma engel olunması açısından ise belirli farklılıklar vardır. İkrar, ikrarda bulunan taraf için bağlayıcı olup; çok sıkı şartlar altında ikrardan dönülebilir. HMK m. 188/2’de ikrarın, maddî bir hatadan ileri geldiği ispat edildiği takdirde, etkisinin kaldırılabilceği öngörülmüştür. İkrardan dönüldüğü takdirde, ikrarın etkisi son bulduğundan, ilk başta çekişmeli olmayan vakıa iddiası çekişmeli hâle gelir³⁴³. Bu sebeple, dava açarken dayanılmış vakıa iddiası, ikrar gerçekleşmeden evvel somutlaştırılmamışsa, iddia yükünü taşıyan tarafça somutlaştırılmalıdır. Çünkü ikrarın geçersiz hâle gelmesinin sonucu olarak, çekişmeli hâle gelen vakıa iddiası hakkında delillerin değerlendirilebilmesi için ispata somutlaştırma yükü yerine getirilmelidir.

İnkâr etme yükünün geçerli olduğu bir hukuk düzeninde ise, inkâr edilmesi ihmal edilen vakıa iddiasının sonradan inkâr edilmesi de, yukarıdakine benzer bir sonucu doğurur. Kendi aleyhine olan bir vakıayı ilk başta inkâr etmeyen taraf, bu durum kendisi için bağlayıcı olmadığı için, istediği takdirde inkârda bulunabilir³⁴⁴. Ancak makul bir süre içinde inkârda bulunulması şarttır³⁴⁵. İnkârın geçerliliği bakımından, önceden inkârda bulunulmamış olmasının neden kaynaklandığının bir önemi yoktur. İşte, bu şekilde inkâr edilen bir vakıanın ispat edilmesi gerekli hâle gelir. Çekişmeli hâle gelen bu vakıanın delil incelemesine elverişli hâle getirilmesi ise, somutlaştırılması ile mümkün olabilir.

Hukuk yargılama sistemimizde, inkâr edilmeyen vakıaların ikrar edilmiş sayılmasına imkân veren ikrar faraziyesi kabul edilmemiştir. Bilakis cevapsız bırakılan vakıaların reddedildiği sonucunun doğduğu inkâr faraziyesi benimsenmiştir. Buna bağlı olarak, aleyhine olan muayyen bir vakıayı cevapsız bırakan tarafın onu yadsıdığı sonucu doğmaktadır. Bu bağlamda, yalnızca ikrardan dönülmesi hâlinde, daha önce somut bir şekilde iddia edilmemiş vakıanın somutlaştırılmasının gerekli hâle geleceği söylenebilir.

³⁴² Guldener, (*Beweiswürdigung*), 160; Grunsky, 170; Lüke, 232; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 42; Braun, 517; Meier, 109.

³⁴³ Kiraz, 291; MüKo-ZPO/Prütting, § 290, kn. 9; Musielak ZPO/Huber, § 290, kn. 3.

³⁴⁴ MüKo-ZPO/Prütting, § 138, kn. 26.

³⁴⁵ Lüke, 218; Musielak, (*Grundkurs*), 268; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 43; Baumgärtel/Laumen, 30; MüKo-ZPO/Wagner, § 138, kn. 25; Meier, 114.

Nasıl ki örtülü vakıa iddiasında bulunma imkânı tanınmış ise örtülü olarak da inkârda bulunulabilir³⁴⁶. Öne sürülmüş bir vakıa iddiasının örtülü olarak inkâr edilip edilmediğini davaya bakan hâkim karara bağlar. Hâkim açısından örtülü olarak inkârda bulunulduğu anlaşılabilir olmalıdır³⁴⁷. Mesela, başka bir vakıaya ilişkin olarak yapılan açık inkârdan belirli bir vakıanın da inkâr edildiği çıkarımı yapılabilirdi, bu vakıa da inkâr edilmiş sayılmalıdır³⁴⁸. İnkârda bulunulup bulunulmadığını anlamak için, ilgili tarafın irade açıklamasına bir bütün hâlinde bakılmalıdır³⁴⁹. İleri sürülmüş vakıayı inkâr etmek de, vakıa iddiası gibi bir taraf usul işlemidir³⁵⁰. Bu sebeple, inkâra yönelik taraf beyanı maddî hukuk işlemlerine hâkim olan ilkelere göre yorumlanmalıdır³⁵¹. Elbette, hâkim, yapacağı değerlendirmeler sonucunda taraf açıklamasına ilişkin olarak bazı tereddütlerin bulunduğu kanısında olabilir. Böyle bir durumda, artık davayı aydınlatma ödevi gereğince, bu belirsizliğin giderilmesi sağlanmalıdır³⁵². Şöyle ki, inkârda bulunmaya yönelik beyan belirsiz, çelişkili veya açıkça eksikse, ek bazı açıklamalar yapılması istenmelidir³⁵³. Türk hukukunda inkâr etme yükü öngörülmediği için, tereddüt hâlinde, vakıanın reddedildiği sonucuna ulaşılması daha isabetli bir tercih olur.

Vakıa iddiasını çekişmeli hâle getirmek yönünde irade açıklamasında bulunan taraf, bu etkiyi her zaman için sonlandırabilmelidir³⁵⁴. Hatta inkârda bulunulması iradeyi sakatlayan bir sebepten dahi kaynaklanmış olsa dahi bunu söylemek mümkündür. Normalde, usulî bir işlemde iradeyi sakatlayan sebep olsa dahi, o işlemin doğurduğu sonuçlar bertaraf edilemez³⁵⁵. Vakıa inkârı ilgili taraf için bağlayıcı olmadığından³⁵⁶,

³⁴⁶ Schneider, (*Klage*), 503; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 41; Oberheim, 240; Schilken, (*Zivilprozessrecht*), 194; BK-ZPO/Brönnimann, Art. 150, kn. 12; BK-ZPO/Killias, Art. 222, kn. 21; KSZ-ZPO/Lauenberger, Art. 222, kn. 21.

³⁴⁷ Brönnimann, 178; Meier, 115. İnkârın örtülü olarak gerçekleşebileceğinin kabulü, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve taraf açıklamalarının mahkemece yorumlanmasıyla da bağdaşmaktadır, bkz. Meier, 116. Bununla birlikte, böyle durumlarda davayı aydınlatma ödevi de dikkate alınmalıdır. Hâkim, vakıanın inkâr edilmek istenip istenmediğinin anlaşılabilmesi durumunda, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde, ilgili tarafın açıklama yapmasını sağlamalıdır, bkz. Spühler/Dolge/Gehri, 137; MüKo-ZPO/Wagner, § 138, kn. 25.

³⁴⁸ BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 41; KSZ-ZPO/Leuenberger, Art. 222, kn. 21; BK-ZPO/Killias, Art. 222, kn. 18.

³⁴⁹ Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 33; MüKo-ZPO/Wagner, § 138, kn. 25.

³⁵⁰ Abdurrahim Karşı, *Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler*, Kudret Yayınevi, İstanbul 2001, 156; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 332.

³⁵¹ Guldener, 262; Karşı, (*Usulî İşlemler*), 214; Spühler/Dolge/Gehri, 211.

³⁵² Guldener, 262; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 33; Spühler/Dolge/Gehri, 211; Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 14; Oberheim, 240; Dolge, 20.

³⁵³ KSZ-ZPO/Lauenberger, Art. 222, kn. 21.

³⁵⁴ Schellhammer, 146.

³⁵⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, (*3. Bası*), 159; Schellhammer, 610.

³⁵⁶ Schellhammer, 146.

inkârda bulunulmuşsa, iradeyi sakatlayan sebebin usulî işlemin doğurduğu etkiyi kaldıramaması kuralı, bu durumda, uygulama alanı bulamaz. İnkârda bulunan tarafı bu şekilde hareket etmeye iten çeşitli sebepler olabilir. Mesela, doğruyu söyleme ödevine aykırılık sebebiyle doğabilecek yaptırımlardan kaçınmak için, önceden inkâr etmeye yönelik beyan değiştirilmek istenebilir. Çekişmeli olduğu için somutlaştırılması gereken vakıa, ilgili tarafın inkârını sona erdirmesiyle birlikte, çekişmesiz hâle gelir. Buna bağlı olarak, o vakıanın somutlaştırılması gerekliliği de sona erer. Zira vakıa iddiasının hüküm kurulurken dikkate alınmasına artık hiçbir engel yoktur.

Hukuk yargılamamızda, cevapsız bırakılan vakıa iddiası reddedilmiş sayılmaktadır. Bu şekilde çekişmeli hâle getirilen vakıa iddiası da somutlaştırılmalıdır. Fakat sonradan o vakıa iddiasının gerçeğe uygun olduğu yönünde açıklamada bulunulabilir. Genellikle üzerinde durulan konu, iddia edilmiş bir vakıayı hükümden düşürmeye yönelik sonradan gelen bir açıklamanın savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağını ihlal edip etmeyeceğidir. Pasif kalması ile inkârda bulunmuş sayılan tarafın bu etkiyi ortadan kaldırması ise anılan ilkenin ihlali anlamına gelmez. Dolayısıyla, iddia yükü altında olmayan tarafa, inkâr faraziyesi sebebiyle doğan etkiyi kaldırabilme imkânı her hâlükârda tanınmalıdır. Söz konusu vakıa iddiasının çekişmeli olmaktan çıkarılmasıyla birlikte o vakıanın somutlaştırılmasına da gerek kalmayacaktır.

2.1.3. Hukuk Kuralının Koşul Unsurunu Karşılmasına ve Çekişmeli Olmasına Rağmen Somutlaştırılması Gerekmeyen Vakıalar

Somitlaştırılması gereken vakıa kapsamında görülebilecek olup, niteliği gereği somutlaştırma yüküne konu olmayacak bir vakıa kategorisi söz konusudur. Herkeşçe bilinen vakıalar ve kısmen de olsa kanunî karineler bu kategori içinde ele alınabilir. Bunlara ilaveten, koşul unsuru karşılamakla birlikte dava şartlarını da ilgilendirdiğinden re'sen tespit edilecek vakıaların somutlaştırılmasına ihtiyaç yoktur.

2.1.3.1. Çifte Etkili Vakıalar

Uyuşmazlığın karara bağlanması açısından önem arz eden bazı vakıalar, dava şartları hakkında verilecek karar açısından da önem arz edebilir. Hem uyuşmazlığın karara bağlanmasına etki eden hem de dava şartlarının mevcut olup olmadığını gösteren

çifte etkili vakıaları (*doppeltrelavante Tatsachen*) bu kategoriye sokabiliriz. Şuna dikkat çekmeliyiz ki, çifte etkili vakıalar yerine göre yetkinin belirlenmesi gibi hususlarda da önem arz eder³⁵⁷. Burada kastetmek istediğimiz ise, dava şartlarını ilgilendirecek mahiyetteki vakılardır. Taraflarca getirilme ilkesi uygulanıyor olsa dahi, dava şartlarının mevcut olup olmadığı mahkemece re'sen incelenir. Şayet belirli bir dava şartının mevcut olup olmadığı hakkında karar verilmesinde dikkate alınacak bir vakıa, aynı zamanda dava konusu uyuşmazlığın çözülmesinde de önemliyse, o vakıanın somutlaştırılması gerekmeyeceği gibi, iddia edilip edilmediğine dahi bakılmayacaktır. Dava şartını ilgilendiren vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğini mahkeme kendiliğinden gözetmelidir. Dava şartını ilgilendirmeyen ve uyuşmazlık açısından önem arz eden vakıa ise bu kapsamda değildir. Mesela, hukukî işlemin taraflarından biri işlemin yapıldığı anda fiil ehliyetinden yoksun olabilir. Dava açıldığında fiil ehliyeti mevcut olduğu takdirde, fiil ehliyetinden yoksun olunduğuna yönelik vakıalar somut bir şekilde ileri sürülmüş olmalıdır. Zira bu durumda, fiil ehliyetinin bulunmaması dava şartı değildir. Dolayısıyla, mahkeme işlemin yapıldığı esnada fiil ehliyetinin olup olmadığını re'sen araştırılmaz.

Dava şartlarını ilgilendiren bir durumda ise yukarıdakinden farkı bir sonuç ortaya çıkacaktır. Mesela, idare aleyhine açılmış bir sorumluluk davasında, zararın idarenin eyleminden doğup doğmadığı, hem dava şartını hem de uyuşmazlığın esası hakkında verilecek kararı ilgilendiren bir sorun olarak karşımıza çıkar. Şöyle ki, zararın meydana gelmesine sebebiyet veren eylemin yabancı bir devletin egemenlik yetkilerini kullanmasından kaynaklanıp kaynaklanmadığı, açılacak davada, Türk mahkemelerinin yargı yetkisinin mevcut olup olmadığını da ilgilendirir. Bu hâlde, zarara sebebiyet veren eylemin yabancı devlete izafe edilip edilemeyeceğini, davaya bakan hâkim, re'sen belirlemelidir. Çünkü yalnızca bu eylemin o devletin egemenlik haklarını ilgilendirmemesi hâlinde, davanın Türk mahkemelerinde görülmesi mümkün olabilir.

Benzer şekilde, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda da, bağlama noktasının re'sen tespiti ihtiyacı doğabilir. Yargılama şartları hakkına karar verilmesi için tespiti gereken bağlama noktasının mahkemece re'sen tespiti lâzım gelir³⁵⁸. Dava şartı olan taraf

³⁵⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 191.

³⁵⁸ Öğretide yabancılık unsurunu teşkil eden bağlama noktasının dava şartı olmadığı belirtilmektedir. Ancak bu görüşe göre, dava dosyasına dâhil olmuş olması kaydıyla bağlama noktası dava şartı düzeyinde incelemeye tabi tutulmalıdır. Hatta bağlama noktasının iddiayı ve savunmayı değiştirme ve genişletme yasağının ihlali söz konusu olmaksızın her zaman yargılamaya dâhil edilebileceği savunulmaktadır, bkz.

ehliyeti veya dava ehliyeti açısından karar verilebilmesi için, bağlama noktası re'sen araştırılmalıdır. Aksi hâlde, uygulanacak hukuku tayin etmeye yönelik vakıa, taraflarca ileri sürülmediği sürece, dava şartı eksikliğine rağmen, mahkemenin uyuşmazlık hakkında esastan karar vermesi gibi kabul edilemez bir sonuç doğabilir. Buna karşın, taraflar arasındaki sözleşmeyi idare edecek hukuku belirlemeye yönelik bir bağlama noktası, yalnızca taraflarca ileri sürüldüğü takdirde dikkate alınabilir. Hâkim böyle bir durumda bağlama noktasını araştırıp uygulanacak hukuku tayin etmeye çalışmamalıdır.

2.1.3.2. Herkesçe Bilinen Vakıalar

Herkesçe bilinen vakıa kavramının kapsamına herkesin bilgisine açık vakıalar ile hâkimin resmî görevi sebebiyle öğrenmiş olduğu vakıalar girer³⁵⁹. Bu tür vakıalar, hakkında delil gösterilmesi gerekmez, doğrudan hükme esas alınabilir³⁶⁰. Diğer bir deyişle ispat vasıtası ile doğrulanma ihtiyacı duyulmamaktadır. Bu duruma gerekçe olarak, mahkemenin zaten bildiği bir vakıa hakkında delillerin değerlendirilmesinin anlamsız olacağı gösterilmektedir³⁶¹. Ayrıca bu tür bir vakıanın ispatının aranmaması, yargılamanın kısa sürede sonuçlanmasına da hizmet eder³⁶².

Herkesçe bilinen vakıalar açısından iddia yükünün bulunup bulunmadığı hususunda iki zıt görüş savunulmaktadır. İlk görüşe göre, herkesçe bilinen vakıa kimin lehine ise, o tarafın bu vakıayı iddia etmesi lâzım gelir³⁶³. Bu görüşe göre, her ne kadar herkesçe bilinen vakıanın ispatına gerek olmasa da, iddia edilmemesi hâlinde mahkemece dikkate alınması düşünülemez. Fakat bazı yazarlarca buna bir sınırlandırma getirilmektedir. Şayet ikrar edilen bir vakıa açıkça herkesçe bilinen vakıaya aykırıysa, bu takdirde, herkesçe bilinen vakıaya göre karar verilmelidir. Yani dava dosyasında

Aygün, 1048, 149. Usul hukukunda bir şeyin dava şartı olmadığı hâlde dava şartı gibi ele alınması düşünülemez. Hukukî mesele ya dava şartı niteliğini haizdir ya da değildir. Ancak yabancılık unsurunun dava şartı olmaması, dava şartları hakkında verilecek karara tesir etmeyeceği anlamına gelmez. Yabancı ülke vatandaşlarının teminat yatırmalarına ilişkin örnek de bunu gözler önüne sermektedir. Yabancılık unsurunu gösteren her bağlama noktasının her zaman için dava şartı gibi ele alınmasının ise mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

³⁵⁹ Umar, 548; Pantle/Kreissl, 131; BK-ZGB/Walter, Art. 8, kn. 60; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (3. Bası), 379, 380; Meier, 23; Börü, 132-136.

³⁶⁰ Stein/Jonas/Leipold, § 291, kn. 11; MüKo-ZPO/Prütting, § 291, kn. 18.

³⁶¹ Koch, 28.

³⁶² Sarbach, (*Verhandlungsmaxime*), 703.

³⁶³ Grunsky, 418, 419; Musielak, 55; Brönnimann, 120; Yıldırım, 114; Üstündağ, (*Medeni Yargılama*), 242; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 28, 29; Stein/Jonas/Leipold, § 291, kn. 18; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (14. Bası), 664; Umar, 549; Özekes, (*Hukuki Dinlenilme Hakkı*), 287; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (3. Bası), 385; Tanrıver, 796.

herkesçe bilinen vakıa ile çelişen bir vakıa bulunduğu sürece, herkesçe bilinen vakıa re'sen göz önüne alınmalıdır³⁶⁴. Ana vakıa ve emare ayrımı yapılmak suretiyle de iddia edilme şartı ele alınmaktadır. Buna göre, yalnızca koşul unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğini dolaylı olarak gösteren emarenin iddia edilmesi gerekmez³⁶⁵.

İkinci görüş ise iddia yükünün bulunmadığı yönündedir³⁶⁶. Kanaatimizce, ikinci görüş daha isabetlidir. Tarafların dava malzemesi üzerindeki tasarruf serbestisi sınırsız olmamalıdır. Hâkimi açıkça gerçek olay ile örtüşmeyen bir karar vermeye zorlayacak bir duruma müsaade edilmemelidir³⁶⁷. İsviçre hukuk öğretisinde, herkesçe bilinen vakıanın iddia edilmemiş olmasına rağmen dikkate alınmasının, taraflarca getirilme ilkesi açısından bir sakınca yaratmadığı belirtilmiştir³⁶⁸. Bu görüşün sahibi yazara göre, tarafların iradesi (*özellikle vakıa lehine olan tarafın*) herkesçe bilinen vakıaya bakılmaksızın karar verilmesi yönünde ise, bu iradeye uygun karar verilmelidir³⁶⁹. Kanaatimizce, tarafların iradesine bu şekilde bağlı kalınması isabetli değildir. Dolayısıyla, taraflara gerçeğe aykırı bir şekilde karar verme imkânı hiçbir şekilde tanınmamalıdır³⁷⁰. Hatta herkesçe bilinen vakıaya aykırı bir vakıa iddiası, karşı tarafça ikrar edilmiş olsa dahi, hükme esas alınmamalıdır³⁷¹.

Buna ek olarak, herkesçe bilinen vakıalar için iddia yükünün aranması şu sakıncaya sebep olabilir: Hâkimin resmî görevi sebebiyle öğrendiği vakıalar taraflar için

³⁶⁴ Stein/Jonas/Leipold, § 291, kn. 18.

³⁶⁵ Schweizer, (*Beweiswürdigung*), 372.

³⁶⁶ Guldener, 161; Alangoya, 129; Zettel, 111; Umar/Yılmaz, 27; Sarbach, (*Verhandlungsmaxime*), 706; Kaimakliotis, 1264; Hans Ulrich Walder-Richli, *Offizialmaxime-Anwendungsbereich und Grenzen im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Zürich 1973, 206; Schneider, (*Klage*), 429; Staehelin/Staehelin/Grolimund, 119; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 69; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 20, 38; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 30; BSK-ZPO/Gehri, Art. 55, kn. 9; MüKo-ZPO/Prütting, § 291, kn. 13; Koch, 32; Baumgärtel/Laumen, 35; Meier, 26, 28; Kuru, (*İstinafa Göre*), 320.

³⁶⁷ Zettel, 111; MüKo-ZPO/Prütting, § 291, kn. 13; Baumgärtel/Laumen, 201, 202; Meier, 26.

³⁶⁸ Sarbach, (*Verhandlungsmaxime*), 706. Alman hukukunda da herkesçe bilinen vakıaların dikkate alınmamasının gereksiz yere yanlış kararlara yol açması sebebiyle, bu noktada taraflarca getirilme ilkesinin daraltılması uygun görülmektedir, bkz. Eberhard Schilken, "Darlegungs-und Beweisfragen im Anlegerschutzprozess- insbesondere Anhörung und Parteivernehmung", *ZZP*, B. 126, 2013, 411. Türk hukukunda ise, herkesçe bilinen vakıanın dikkate alınmamasının taraflarca getirilme ilkesine aykırı olduğu dahi savunulabilir. HMK m. 187/2'de herkesçe bilinen vakıanın çekişmeli olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Taraflarca getirilme ilkesi, çekişmeli olmayan ve çekişmeli olup ispat edilmiş vakıaların hükme esas tutulmasını öngörür. Mademki herkesçe bilinen vakıa çekişmeli değil, bu vakıanın dikkate alınmamış olması bu ilkenin ihlali anlamına gelir. Lâkin karşı tarafın tepkisine bakılmaksızın bir vakıanın çekişmeli olup olmadığı anlaşılamaz. Kanaatimizce, madde hükmünün herkesçe bilinen vakıanın ispatının gerekmediği şeklinde bir ifadenin kullanılması yerinde olurdu.

³⁶⁹ Sarbach, (*Verhandlungsmaxime*), 706.

³⁷⁰ Baumgärtel/Laumen, 201, 202; Tanrıver, 766.

³⁷¹ Stein/Jonas/Leipold, § 291, kn. 11; Baumgärtel/Laumen, 35.

çoğunlukla bilinemez. Anılan nitelikteki vakıalar için dahi iddia yükü aranır ise bu vakıaların ispat edilmeme zorunluluğunun hiçbir önemi kalmaz. Sonuçta, dava malzemesi hâline gelemeyen vakıa dikkate alınmadan karar verilecektir. Hakikate uygun bir karar verilmesi ise böylece zorlaşacaktır.

Farklı bir görüş ise, herkesçe bilinen vakıa için iddia yükünün olup olmadığını tartışmanın pratikte önemi olmayacağını vurgulamaktadır. Buna göre, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflara bu yönde uyarıda bulunulabilir³⁷². Ancak bu görüşe göre tarafların gerçeğe aykırı karar verilmesine sebep olma imkânları sona ermez. Yapılacak uyarıyı dikkate alıp almamak sonuçta ilgili tarafın iradesine bağlıdır³⁷³. Yani pasif kalmak isteyen taraf herhangi bir açıklamada bulunmayabilir. Böylece, hâkim bildiği bir vakıaya bakmaksızın karar vermek durumunda kalır. Kaldı ki, herkesçe bilinen vakıa ile tezat içinde bulunan bir vakıanın ikrar edilmesine dahi müsaade edilemeyeceği hâkim görüş niteliğindedir³⁷⁴. Eğer iddia yükü kabul edilir ise herkesçe bilinen vakıanın aksi yönde olduğunun ikrar edilmesine de olanak tanınmış olur.

Herkesçe bilinen vakıa aleyhine olan tarafın bu vakıanın dikkate alınmasına engel olmasına da imkân tanınmıştır³⁷⁵. Bu nitelikteki bir vakıanın varlığında, nasıl delil ikamesi sonucunda hâkimde bir kanaat oluşmuş ise, öyle bir durum ortaya çıkar³⁷⁶. Dolayısıyla, herkesçe bilinen vakılarda delil ikame yükünün karşı tarafa geçeceği kanaatindeyiz. Çünkü ortada herkesçe bilinen bir vakıa olsa dahi, ispat yükünün dağılımı değişmez³⁷⁷. Öğretide, aleyhine olan bu vakıaya göre karar verilmesini istemeyen tarafın karşı delil ikame edebileceği ifade edilmektedir³⁷⁸. Delil ikame

³⁷² Musielak ZPO/Huber, § 291, kn. 4; Schweizer, (*Beweiswürdigung*), 372.

³⁷³ Frohn, 244.

³⁷⁴ Kiraz, 251; Stein/Jonas/Leipold, § 291, kn. 18; Musielak, (*Grundkurs*), 269.

³⁷⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, (*14. Bası*), 380; Meier, 26, 27.

³⁷⁶ Stein/Jonas/Leipold, § 291, kn. 12.

³⁷⁷ Baumgärtel/Laumen, 37, 38. Öğretide herkesçe bilinen vakıanın buna istisna getirdiği belirtilmektedir. Buna göre, herkesçe bilinen vakıalar iddia edilmelidir ki mahkemece hükme esas alınabilsin. Dolayısıyla, iddia ve ispat yükü farklı taraflarda yer alır, bkz. Özekes, 287. **LAUMEN**, herkesçe bilinen vakıa açısından iddia yükünün varlığının kabulü hâlinde, bu görüşün isabetli olacağını belirtmektedir, bkz. Baumgärtel/Laumen, 201.

³⁷⁸ Taşpınar-Ayvaz, (*Fiili Karine*), 540; Stein/Jonas/Leipold, § 291, kn. 12; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 630; Schilken, (*Anlegerschutzprozess*), 111; BK-ZPO/Brönnimann, Art. 151, kn. 9; Musielak ZPO/Huber, § 291, kn. 3. Herkesçe bilinen vakıanın taraflardan hangisi lehine olduğuna göre karşı ispatın veya aksini ispatın gündeme gelebileceği de savunulmaktadır, bkz. MüKo-ZPO/Prütting, § 291, kn. 19; Baumgärtel/Laumen, 37, 38; Meier, 26, 27; Börü, 134.

yükünün yer değiştirdiğinin kabulünü, bu durum da desteklemektedir. Zira karşı delil, delil ikame yükünün yer değiştirmesinde önem kazanır.

Hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olarak, herkesçe bilinen vakıaya dayanarak karar verilirken tarafların buna dair açıklama yapmalarının sağlanmasının gerektiği konusunda görüş birliği vardır³⁷⁹. Hâkimin herkesçe bilinen vakıa olarak ele aldığı bir vakıa aslında bu nitelikte olmayabilir. Tarafların gerekçe sunarak bunu izah etmelerine olanak tanınmalıdır. Bilhassa mahkemenin resmî görevi sebebiyle öğrendiği vakıalarda bu durum daha çok önem arz eder³⁸⁰. Çünkü taraflar ilk defa yargılama esnasında böyle bir vakıadan haberdar olabilirler³⁸¹. Gerçek anlamda bir açıklama hakkı tanınması için, herkesçe bilindiği varsayılan vakıanın ilgililerin bilgisine sunulması lüzumludur³⁸². Nitekim dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olunmadan açıklama hakkı etkin bir şekilde kullanılamaz³⁸³.

Görüldüğü üzere, herkesçe bilinen vakıaya istinaden karar verilmesi için o vakıanın taraflarca yargılamaya dâhil edilmesi beklenmez. Ayrıca herkesçe bilinen vakıa lehine olan taraf, bu vakıa karşı tarafça algılanabilir olsun diye açıklama yapmak zorunda değildir. Herkesçe bilinen vakıanın taraflar için anlaşılır olması, o vakıa hakkında belirgin hususlardan bahsedilmesini gerekli kılar³⁸⁴. Ortada herkesçe bilinen bir vakıa olsa da bilgilenme hakkı sona ermez³⁸⁵. Ancak bu hususların tespiti ve taraflara bildirilmesi, mahkeme tarafından yerine getirilmelidir³⁸⁶. Kendi lehine olan herkesçe bilinen vakıaya ilişkin olarak hiçbir açıklama yapmayan tarafın bu pasif tutumu sebebiyle, herkesçe bilinen vakıa gözetilmeksizin karar verilemez. O hâlde, herkesçe bilinen bir vakıanın yeterli ölçüde somutlaştırılması şeklinde taraflara ait usulî bir yükten bahsedilemeyeceğini söyleyebiliriz.

³⁷⁹ Alangoya, 130; Brönnimann, 119; Özkes, (*Hukukî Dinlenilme Hakkı*), 121; Stein/Jonas/Leipold, § 291, kn. 21; Wolfgang Dötsch, "Internet und Offenkundigkeit", *MDR*, H. 17, 2011, 1018; Schilken, (*Anlegerschutzprozess*), 411; BK-ZPO/Brönnimann, Art. 151, kn. 9; MüKo-ZPO/Prütting, § 291, kn. 14; Musielak ZPO/Huber, § 291, kn. 4; Baumgärtel/Laumen, 35; Börü, 134.

³⁸⁰ BK-ZPO/Brönnimann, Art. 151, kn. 9; Koch, 31.

³⁸¹ Musielak ZPO/Huber, § 291, kn. 4.

³⁸² MüKo-ZPO/Prütting, § 291, kn. 14.

³⁸³ Özkes, (*Hukukî Dinlenilme Hakkı*), 91, 92.

³⁸⁴ Özkes, (*Hukukî Dinlenilme Hakkı*), 122.

³⁸⁵ Özkes, (*Hukukî Dinlenilme Hakkı*), 92.

³⁸⁶ Dötsch, (*Offenkundigkeit*), 1018; Musielak, (*Grundkurs*), 269. Herkesçe bilinen vakıa hakkında muhatapların yeterli ölçüde bilgi sahibi oldukları belirgin ise, bu durumda, açıklama yapılmasını sağlamaya yönelik fazladan bir çaba harcamaya gerek yoktur, bkz. MüKo-ZPO/Prütting, § 291, kn. 14.

Herkesçe bilinen bir vakıanın karar verilirken gözetilmesi iddia edilmesi şartına bağlanır ise, bu takdirde, bahis konusu vakıanın somutlaştırılması şeklinde usulî bir yükten bahsedilebilir. Karşı tarafın vakıanın bu niteliğine itiraz etmesi için bunun sağlanması şarttır. İddia edilip karşı tarafça açıklama yapmasını sağlayacak şekilde somutlaştırma sağlanamaz ise herkesçe bilinen vakıa yokmuş gibi hüküm kurulacaktır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ise, taraflarca iddia edilen vakılarda somutlaştırmaya yönelik uyarılardaki gibi olacaktır. İlgili taraf buna rağmen beklenen açıklamayı yapmaz ise hâkim, herkesçe bilinen vakıayı gözetmeksizin karar verecektir. Bu durumda, maddî gerçek ile örtüşmeyen bir kararın verilmesi söz konusu olabilir. Zira herkesçe bilinen vakıanın algılanabilir olması yönünde usulî bir yük kabul edildiği için, yalnızca bu yük altındaki tarafın iradesi, o vakıanın hükme esas alınıp alınmayacağını belirleyecektir.

2.1.3.3. Kanunî Karineler

Kanunî karine, karine temeli ve karine sonucu şeklinde iki unsura dayanır³⁸⁷. Normal şartlarda karine sonucu ispat edilerek lehe bir sonuç elde edilebilir. Kanunî karine ile ispatın konusu değişmekte ve karine temelinin ispatı ile aynı sonuca ulaşılabilir³⁸⁸. Sonucuna göre kanunî karineler vakıa karinesi ve hak karinesi olarak şu şekilde ikiye ayrılır³⁸⁹: Vakıa karinesinde başka bir vakıadan hukuken önemli bir vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği sonucuna ulaşılması öngörülmektedir. Hak karinesinde ise yine belirli bir vakıadan bu sefer bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığı veya yokluğu hakkında sonuç çıkarılmaktadır. Temelde her ikisi de nitelikleri ve etkileri bakımından aynıdır³⁹⁰. Somutlaştırma yükü açısından bu ayrımın pek de önem arz etmediğini söyleyebiliriz. Yalnızca karine sonucunun aksini ispat etmek isteyen tarafın

³⁸⁷ Guggenbühl, 23, 24; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, (14. Bası), 659.

³⁸⁸ Rosenberg, 217; Guggenbühl, 72, 73; Atalay, (Menfi Vakıalar), 47, 49, 50; Stein/Jonas/Leipold, § 292, kn. 9; BK-ZPO/Walter, Art. 8, kn. 408; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, (14. Bası), 659; Braun, 725. Kanunî karinede ispat yükünün yer değiştirip değiştirmediği konusu tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar ispat yükünün yer değiştirmediğini ifade etmektedir, bkz. Zettel, 102; Umar/Yılmaz, 174; Atalay, (Menfi Vakıalar), 47; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, (14. Bası), 659; Meier, 131, 132. Aksi yönde görüş sahibi yazarlar ise karine sonucu açısından ispat yükünün yer değiştirdiği görüşündedir, bkz. Guggenbühl, 74, 75; Üstündağ, (Medeni Yargılama), 625; Stein/Jonas/Leipold, § 292, kn. 9, 10; BK-ZPO/Walter, Art. 8, kn. 412; MüKo-ZPO/Prütting, § 292, kn. 26; Baumgärtel/Laumen, 39.

³⁸⁹ Zettel, 101, 102; Umar/Yılmaz, 167, 170; Atalay, (Menfi Vakıalar), 46, 47; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 630, 631; Başözen, (İlk Görünüş İspatı), 67-69; Musielak, (Grundkurs), 309; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, (14. Bası), 651; Meier, 31; Börü, 52.

³⁹⁰ Ahrens, 197; MüKo-ZPO/Prütting, § 292, kn. 5.

bu yüke bağlı ayrıntılı açıklama yapması gerekliliği, hak karinelerinde çoğunlukla zorluk arz eder³⁹¹. Bunun dışında, her ikisi arasında ciddi bir farklılık yoktur. Karineler bakımından yapılan farklı bir ayırmada ise aksinin ispatının mümkün olup olmamasına göre kesin karineden ve adî karineden bahsedilebilir³⁹². Açıklamalarımızı adî karineyi esas alarak yapacağız. Aksini ispat hâline ilişkin açıklamalarımız dışındakiler kesin karine için de aynı şekilde geçerli olacaktır.

Verilecek hükmün karineye uygun olması açısından karine temeli çok önemlidir. Yalnızca karine temelini karşılayan vakıa veya vakıalar ispat edildiği takdirde karine sonucuna göre hüküm kurulması ihtimalinden bahsedilebilir. Karine temelini karşılayacak vakıa veya vakıaları ispat edilebilmek için, taraflarca getirilme ilkesi gereğince, bu vakıa veya vakıaların öncelikle yargılamaya dâhil edilmesi sağlanmalıdır³⁹³. Hangi tarafın karine temelini ileri sürdüğünün bir önemi yoktur³⁹⁴. Fakat karinenin uygulanması lehine olan taraf, karine temelini karşılayan vakıa için iddia yükünü taşıyan taraftır³⁹⁵. Karine temeli vakıanın iddia edilmesinin yanı sıra ispat edilmesi de şarttır³⁹⁶. İnkâr etme yükünün kabul edildiği hukuk düzenlerinde ise, karine temelinin inkâr edilmiş olması hâlinde ispat edilmesinin gerekeceği vurgulanmaktadır³⁹⁷.

Karine aleyhine olan taraf, karineye engel olabilmek için, karine temeli bakımından karşı ispat faaliyetinde bulunabilir. Buna göre, iddia yükü altında olan tarafın gösterdiği deliller hâkimde vakıanın gerçekliği yönünde bir kanaat oluşturur ise, karşı delil ile karineye göre hüküm kurulması engellenebilir³⁹⁸. Ancak karine temelinin gerçeğe uygun olduğu yönündeki kanaati yıkacak tarafa karşı ispat faaliyetinde bulunma

³⁹¹ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 52; Topuz, 183.

³⁹² Taşpınar-Ayvaz, (*Fiili Karine*), 534; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 46, 47; Başözen, (*İlk Görünüş İspatı*), 67.

³⁹³ Zettel, 101; Topuz, 144.

³⁹⁴ Muayyen bir vakıa hakkında iddia yükünü taşımayan tarafın o vakıayı ileri sürmüş olması da, vakıanın hükme esas alınmasını sağlayabilir, bkz. Frohn, 247. Buna göre, karine temelinin de karşı tarafça ileri sürülmüş olması hâlinde, karar verilirken dikkate alınacağını söyleyebiliriz.

³⁹⁵ Yalnızca karine temelinin iddia edilmiş olması yeterlidir, bkz. BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 32. Şayet karine temeli herkesçe bilinen vakıa niteliğinde ise bu kapsamda ele alınmalı ve iddia edilmesi şartı aranmamalıdır, bkz. Stein/Jonas/Leipold, § 292, kn. 13.

³⁹⁶ Umar/Yılmaz, 171; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 48; Topuz, 143; Özkes, 287; Sarbach, (*Verhandlungsmaxime*), 708; Börü, 138.

³⁹⁷ Rosenberg, 230; Grunsky, 419; Brönnimann, 118; Schneider, (*Klage*), 442; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 630; MüKo-ZPO/Prütting, § 292, kn. 20; Braun, 725; Baumgärtel/Laumen, 38; Meier, 131. Karine sahibini bu şekilde hareket etmeye iten sebep ispat yüküne göre kendi aleyhine karar verilmesini önlemektir, bkz. Greyerz, 71.

³⁹⁸ Guldener, (*Beweiswürdigung*), 61; Grunsky, 419; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 49; Stein/Jonas/Leipold, § 292, kn. 13; Topuz, 167, 168; MüKo-ZPO/Prütting, § 292, kn. 20; Baumgärtel/Laumen, 39.

imkânının fiilen tanınmış olup olmadığı önem arz edecektir. Karşı delil gösterilebilmesi öncelikle vakıa iddiasının somutlaştırılmış olmasını gerekli kılar. Dolayısıyla, karine temeline göre bir sonuca varılması, hem muhakemenin yürütülmesinde elzem teşkil eden bilgilere değinilmesinden hem de eldeki delillerin gösterilmesinden geçer. Bu çerçevede, karine temelinin iddia edilmesi³⁹⁹ ve somutlaştırılması bakımından gerçek anlamda usulî bir yükün bahis konusu olduğu sonucuna varılabilir⁴⁰⁰.

Hâkimin karine temelinin gerçekleştiği kanaatine ulaşması ile karine sonucuna yönelik gösterilen delillerin incelenmemesi sonucu doğar⁴⁰¹. Karine sonucunun aksi ispat edilemez ise, karine lehine olan tarafın menfaatine bir durum ortaya çıkar. Karşı tarafça karine sonucunun aksi ispat edilebilirse, delil ikame yükü yer değiştirir. Delil ikame yükü yer değiştirdiği için, karine lehine olan tarafın karine sonucuna yönelik göstermiş olduğu deliller karşı delil olarak ele alınmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, karine lehine olan tarafın karine sonucuna ilişkin olarak delil getirmesi şeklinde usulî bir yükün söz konusu olmadığıdır⁴⁰².

Karine sonucunun iddia edilmesi açısından temelde iki zıt görüş temsil edilmektedir. İlk görüşe göre, karine sonucunun da mutlaka iddia edilmesi lâzımdır⁴⁰³. Aksi yöndeki görüş ise, karinenin uygulanması için karine sonucunun iddia edilip edilmediğinin bir öneminin olmadığı yönündedir⁴⁰⁴. Hangi görüşün tercih edildiği taraflarca getirilme ilkesini yakından ilgilendirmektedir. Haklı olarak, kanunî karineler taraflarca getirilme ilkesinin yumuşatılması olarak görülmektedir⁴⁰⁵. Dolayısıyla, iddia edilmesi ihmal edilen karine sonucu, bu sebepten ötürü, karine sahibi aleyhine sonuç

³⁹⁹ Rosenberg, 229; Dieter Leipold, *Beweslastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1966, 88, 89; Stein/Jonas/Leipold, § 292, kn. 13; MüKo-ZPO/Prütting, § 292, kn. 20; Musielak ZPO/Huber, § 292, kn. 4; Meier, 31, 131.

⁴⁰⁰ Guggenbühl, 106; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 50, 51; Topuz, 143; Börü, 222.

⁴⁰¹ Braun, 724.

⁴⁰² Topuz, 185.

⁴⁰³ Özekes, 287; Tanrıver, 796.

⁴⁰⁴ Rosenberg, 218; Guldener, 164; Zettel, 101; Frohn, 248; Sarbach, (*Verhandlungsmaxime*), 708; Stein/Jonas/Leipold, § 292, kn. 14; Kaimakliotis, 1265; Walder-Richli/Grob-Andermacher, 331-333; Schellhammer, 187; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 32; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 45; Musielak ZPO/Huber, § 292, kn. 4; MüKo-ZPO/Prütting, § 292, kn.21; Baumgärtel/Laumen, 38, 203; Meier, 32; Börü, 139. Yargıtay, karine temelinin mevcut olduğu dava dosyasında karine sonucunun iddia edilip edilmediğine bakılmaksızın karine sonucuna göre hüküm kurulmuş olmasını uygun bulmuştur, bkz. Yargıtay HGK E. 2008/4-332, K. 2008/336, T. 16.4.2008 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası). Karar için ayrıca bkz. Topuz, 144 (dn. 434).

⁴⁰⁵ Zettel, 101; Meier, 32.

doğurmamalıdır. Bununla birlikte, kanunî karineyi öngören hukuk kuralı sonuçta re'sen uygulanacağı için karine sonucunun iddia edilmesi aranmamalıdır⁴⁰⁶.

Hâkim görüşe yakın olan başka bir görüşten daha bahsedilebilir. Bu görüşe göre, vakıa karinesi mi yoksa hak karinesi mi söz konusu olduğuna göre, bir ayırım yapılmalıdır. Hak karinelerinde karine sonucu bakımından iddia yükünün gündeme gelebileceği belirtilmektedir. Hak karinesi birbirinden farklı birden fazla hakka (*mülkiyet hakkı, rehin hakkı vb.*) işaret edebilir. Bu durumda, hangi hakka dayanıldığıнын belirtilmesi ihtiyacı doğar. Şöyle ki, dava konusunun belirlenmesinde tereddüt yaşanan hâllerde, karine lehine olan taraf, karine sonucunu anlaşılabilir şekilde ileri sürmelidir. Yani hangi karineye dayanıldığı açıklanmalıdır⁴⁰⁷. Bu uğurda öncelikle hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde karine sonucunun belirlenmesi sağlanmalıdır⁴⁰⁸. İlgili taraf bu konuda üzerine düşeni yapmadığı takdirde, kanunî karine uygulanmamalıdır. Zira karine sonucu için bu istisnai hâlde doğan iddia ve somutlaştırma yükü yerine getirilmemiştir⁴⁰⁹.

Kanaatimizce, karine sonucu için, usulî bir yükten bahsedilemez. Dava konusuna göre bir ayırım yapılması ise isabetli bir tercih değildir. Dava konusunun belirlenmesi karine sonucunun bildirilmesine bağlı ise dava konusunun belirlenmesine ilişkin usulî kurallardan istifade ederek bir sonuca gidilmelidir. Dava konusunun ferdileştirilmesine yönelik açıklama yapılması ile vakıa iddiasının somutlaştırılması için bilgi verilmesi aynı şeyler değildir⁴¹⁰. Burada, talep edilen hakkın anlaşılmasını sağlayacak şekilde açıklamada bulunulması aranır; dayanak alınması istenen dava sebebinin eksik olup olmaması veya dava malzemesinin somutlaştırılmış olup olmadığı söz konusu değildir. Bununla birlikte, dava konusunun karine sonucuna göre belirlenmesinin gerekmediği davalarda, aynı karine için usulî bir yükten bahsedilemeyecektir. Hâlbuki, karine sonucunun hangi hakka dayandığını belirleme ihtiyacı burada da gündeme gelebilir.

⁴⁰⁶ Walder-Richli/Grob-Andermacher, 333; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 630; Börü, 141, 222.

⁴⁰⁷ Leipold, (*Vermutungen*), 98, 99; Guggenbühl, 110-114; Schneider, (*Klage*), 443; Topuz, 146; Börü, 222 (dn. 247).

⁴⁰⁸ Guggenbühl, 113; Topuz, 148.

⁴⁰⁹ Topuz, 148, 149. Öğretide bu durumun yalnızca somutlaştırma yükünü ilgilendiren bir mesele teşkil ettiği ifade edilmektedir, bkz. Börü, 140 (dn. 159).

⁴¹⁰ Frohn, 247; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 520; Seibel, 362, 363; Süß, 307. Ayırımın doğru yapılması çok önemlidir. Şöyle ki, mahkemenin önüne getirilen açıklamalardan ileri sürülen hak anlaşılamiyor ise usulî bir karar verilir. Buna karşın, iddia edilen vakıaların anlaşılammaması durumunda esasa ilişkin karar verilir, bkz. Stephen V. Berti, "Die Schweizerische Zivilprozessordnung und der Haftpflichtprozess", in *Haftpflichtprozess 2009*, (Hrsg. Fellmann, Walter/Weber, Stephan), Zürich/Basel/Genf 2009, 122.

Amacı itibariyle kanunî karineler ele alındığında da, karine sonucu için usulî bir yükten bahsedilemeyeceğini söyleyebiliriz⁴¹¹. Kanunî karine ile karine sahibine, karine sonucunu ispat etmek konusunda kolaylık sağlanması hedeflenir⁴¹². Şayet karine sonucu için de karine lehine olan taraf açısından usulî bir yük getirilir ise, karinenin öngörülmüş olması, hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Öte yandan, hak karinelerinde karine sonucunun izah edilmesi yalnızca hukukî bir iddiada (*mülkiyet hakkı veya rehin hakkı gibi*) bulunulması anlamına gelir⁴¹³. Ne zaman ki vakıa iddiasında bulunma gerekliliği doğar, o zaman usulî bir yükten bahsedilmelidir. Dolayısıyla, karine ile hangi hakkın ileri sürüldüğünün açıklanması bir vakıa iddiası değil hukukî bir iddiadır. Bu bağlamda, hak karinelerinde karine sonucunun somutlaştırılması şeklinde usulî bir yükün söz konusu olamayacağını söyleyebiliriz.

Karine temelinden istifade edilmesini sağlayan şartlar oluşmadığı takdirde, karine sonucuna yönelik somut vakıa iddialarında bulunma zorunluluğu doğar. Çünkü karineden faydalanamayan tarafın karine sonucunu ispat etmesi zorunludur. Aksi hâlde, karine sonucuna karar verilmesi mümkün olmaz. Mahkeme ispat edilmemiş bir hususa dayanarak hüküm kuramaz. İspatın gerçekleşebilmesi için ise, öncelikle somut vakıalara dayanılması şarttır⁴¹⁴. Diğer bir deyişle, karine sonucunun içeriğini doldurmaya yönelik somut vakıalara dayanılmalı ve uygun ispat vasıtaları gösterilerek ispat faaliyetinde bulunulmalıdır. Dolayısıyla, karine temelinin ispat edilememesi gibi bir hâlde, karine sonucunun gerçeğe uygun olduğunu ortaya koymak için, usulî yüklerin yerine getirilmesi lüzumlu hâl gelir.

Karineye istinaden aleyhine karar verilme ihtimali olan taraf, karinenin aksini ispat etmeye çalışabilir. Aksini ispatın böyle bir durumda karşı ispat faaliyeti olmadığına dikkat edilmelidir⁴¹⁵. Dolayısıyla, karine temelinde olduğu gibi, karine sonucunun gerçeğe uygun olmadığı şeklinde hâkimde şüphe uyandırılması yeterli değildir. Hâkimin karine sonucuna aksi yönde bir durumun mevcut olduğu yönünde tam

⁴¹¹ Börü, 222.

⁴¹² Ahrens, 197; Baumgärtel/Laumen, 264.

⁴¹³ Rosenberg, 229; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 631.

⁴¹⁴ Topuz, 170.

⁴¹⁵ Yıldırım, 128; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 49; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 630; Topuz, 170; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 17; MüKo-ZPO/Prütting, § 292, kn. 23; Postacıoğlu/Altay, 568; Meier, 131; Börü, 53, 54, 223.

anlamıyla ikna edilmesi gerekir⁴¹⁶. Bunun için karine sonucunun aksi yönde olduğuna yönelik hususlar iddia ve ispat edilmelidir. Pek tabi ki, aksini ispat çerçevesinde dayanak alınan vakıalar iddia edilmeli ve yeterli ölçüde somutlaştırılmalıdır⁴¹⁷. Nasıl ki karine temeli için somutlaştırılmış vakıalara dayanılması aranıyor ise, karinenin aksini ispat ederken de, somut vakıa iddialarının ileri sürülmüş olması aranmalıdır. Ancak bu şekilde, mevcut karine lehine olan taraf, karşı ispat faaliyetinde bulunabilir⁴¹⁸. Karine sahibinin karşı ispat faaliyetinde bulunması, karine sonucunun aksi ispat edilmediği sürece bir anlam ifade etmez. Aksini ispat hâlinde ise, karşı delil ile hâkimde oluşan kanaat çürütüldüğü takdirde, belirsizlik hâli sebebiyle, yine söz konusu karine uygulanmalıdır. Böylece, karinenin uygulanması ile aksini ispata çalışan taraf aleyhine bir sonuç doğar. Çünkü belirsizlik riskini, karine aleyhine olan ve bu sebeple aksini ispat yükü altındaki taraf taşır⁴¹⁹.

Karine aleyhine olan taraf, aksini ispatta, karineye engel teşkil edecek somut vakıa iddialarında bulunmalıdır⁴²⁰. Böyle bir durumda, çoğunlukla usulî yüklerin yerine getirilmesi zorluk arz eder. Bilhassa hak karinelerinde ispatı gereken vakıalar düşünüldüğünde bu durumun ortaya çıkacağını söyleyebiliriz⁴²¹. Lehe olan hak veya hukukî ilişki hakkında somut vakıa iddiaları getirmek zorunluğunun bulunmaması, buna sebep olur⁴²². Zira karine sonucu hakkı veya hukukî ilişkiyi meydana getirecek vakıaların mevcut olmadığının ispatı lâzım gelir⁴²³. Buna bağlı olarak, menfi bir vakıanın ispat edilmesi ihtiyacının doğacağı açıktır⁴²⁴. Karine lehine olan taraf açısından somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunma gerekliliği benimsenerek,

⁴¹⁶ Rosenberg, 220; Umar/Yılmaz, 174; Stein/Jonas/Leipold, § 292, kn. 16; Topuz, 180; BK-ZPO/Walter, Art. 8, kn. 418; MüKo-ZPO/Prütting, § 292, kn. 23; Musielak ZPO/Huber, § 292, kn. 5; Braun, 725; Baumgärtel/Laumen, 39; Börü, 223.

⁴¹⁷ Brönnimann, 36.

⁴¹⁸ Karine sonucunun aksi ispat edilmek istendiğinden ötürü, karineden istifade eden taraf, karşı ispat faaliyetinde bulunacaktır, bkz. Greyerz, 70, 71; Guggenbühl, 143; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 49.

⁴¹⁹ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 54, 55.

⁴²⁰ Rosenberg, 220; Guggenbühl, 152; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 51; Topuz, 180; MüKo-ZPO/Prütting, § 292, kn. 24; Meier, 131; Börü, 223. Karineyi bertaraf etmeye çalışan tarafın bu çerçevedeki açıklamaları inkâr niteliğinde değildir. Karine sonucunun somut olaya uygun olmadığına yönelik vakıa iddiasında bulunmaktadır, bkz. Guggenbühl, 152; Frohn, 246; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 51; Meier, 131.

⁴²¹ Guggenbühl, 161; Umar/Yılmaz, 175, 176; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 631; MüKo-ZPO/Prütting, § 292, kn. 25.

⁴²² Leipold, (*Vermutungen*), 95, 96; Stein/Jonas/Leipold, § 292, kn. 14.

⁴²³ Leipold, (*Vermutungen*), 97; MüKo-ZPO/Prütting, § 292, kn. 25.

⁴²⁴ Leipold, (*Vermutungen*), 97; Guggenbühl, 146; Greyerz, 70; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 51; Topuz, 172, 173; Börü, 223.

iddia imkânsızlığına sebep olan bu durum aşılmaya çalışılmaktadır⁴²⁵. Somutlaştırmaya katılma çerçevesinde, karine sonucunun mevcut olduğuna yönelik somut açıklamalarda bulunulması, karine sahibinden beklenmelidir. Böylece, karşı tarafın bu vakıa iddialarının aksini ispat etmesine olanak tanınmış olur⁴²⁶. Şu hususa dikkat çekmeliyiz ki, karine lehine olan kimse, hiçbir şekilde ileri sürdüğü bu vakıaları ispat etmek zorunda tutulamaz. Aksi hâlde, karinenin öngörölmüş olması anlamsız hâle gelir⁴²⁷. Aksini ispatta, karineden istifade eden tarafın açıklama yapmaması hâlinde ise, somutlaştırmaya katılma zorunluluğuna uymamaya bağı bir yaptırım uygulanmalıdır.

2.1.4. Somutlaştırma Ölçüsünün Tayin Edilmesinde Göz Önünde Tutulması Gereken Hususlar

Vakıa iddiasını somutlaştırmaya yönelik açıklamalar *ağyarini mâni, efradını câmi* olmalıdır. Mahkemenin vereceğı karara hiçbir etkisi olmayacak bir açıklama yapıldığında, ne kadar ayrıntılı olursa olsun bu açıklamanın yapılmış olması, vakıa iddiasının somutlaştırıldığı anlamına gelmez⁴²⁸. Tarafların getirdiğı dava malzemesi incelenmeye geçilmeden evvel buna dikkat edilmelidir. Vakıa iddiasının somutlaştırılması için beklenecek açıklama ölçüsü abartılmamalıdır. Somutlaştırma ölçüsünün yanlış tayin edilmiş olması, verilecek kararı hukuka aykırı kılıp; o kararın bozulmasını gerektirir⁴²⁹.

İddia edilmiş muayyen bir vakıa hakkında somutlaştırma ölçüsünün kesin bir şekilde önceden belirlenmesi mümkün değildir⁴³⁰. Somutlaştırma ölçüsü açısından

⁴²⁵ Öğretide, karşı tarafın basit bir inkârda bulunması ile katılma zorunluluğunun doğacağı ifade edilmiştir, Leipold, (*Vermutungen*), 97. İnkâr üzerine, karine lehine olan tarafın doğrudan açıklama yapma zorunluluğunun benimsenmesi eleştirilmiştir, bkz. Dieter Medicus, "Ist Schweigen Gold? Zur Widerlegung des Rechtsvermutungen aus §§ 891, 1006 BGB", *Festschrift für Fritz Baur*, 1981, 78-81; Guggenbühl, 162. Karine lehine olan taraf karine sonucunun doğruluğunu gösteren vakıaları iddia edilme imkânına sahip ise, ondan açıklama yapılmasının beklenacağı noktasında ise bu görüşler birleşmektedir.

⁴²⁶ Greyerz, 70; Leipold, (*Vermutungen*), 97; Medicus, 82; Guggenbühl, 161; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 52, 53, 150-153; Stein/Jonas/Leipold, § 292, kn. 14; Topuz, 183, 184; Baumgärtel/Laumen, 203; Börü, 224, 225. Hem İsviçre (BGE 81 II 205) hem de Alman (BGH Urt. v. 18.02.2009 - VII ZR 163/07) hukukunda benzer gerekçeler ile menfi vakıanın ispatında ispat yükü altında olmayan tarafın açıklama yapacağı benimsenmiştir.

⁴²⁷ Guggenbühl, 70; Leipold, (*Vermutungen*), 98; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 52; Börü, 224, 225.

⁴²⁸ Pantle/Kreissl, 159.

⁴²⁹ Schellhammer, 174. Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 15; Bundi/Sonderegger, 407; Pribnow/Gogniat, 111; BSK-ZPO/Guyan, Art. 150, kn. 4.

⁴³⁰ Rosmarie Müller, *Der Ausforschungsbeweis (Eine Untersuchung zur Substanziierung des Beweisthemas und zur Mitwirkungspflicht der Parteien bei Beweisnot im Zivilprozess)*, Schulthess

yalnızca belirleyici unsurlardan bahsedilebilir. Mevcut duruma göre bu unsurlar esas alınarak vakıa iddiasının somut bir şekilde ortaya konulmuş olup olmadığı tespit edilmeye çalışılabilir. Vakıa iddiasının somutlaştırılmış olarak görülüp görülmeyeceği ise nihai olarak hâkimin takdirindedir⁴³¹. Hemen belirtmek gerekir ki, vakıa iddiasının inandırıcılığı somutlaştırma yükünü ilgilendirmez. Taraf beyanlarının daha delillerin değerlendirilmesine geçilmeden önce bu şekilde bir denetime tabi tutulması uygun değildir. Aksi hâlde, bir tarafın ispat hakkından mahrum bırakılması sonucu doğar⁴³².

Öğretide, vakıa iddiasının ne ölçüde somutlaştırılacağına etki edecek nitelikte olmayan bazı hususlar da bu kapsamda ele alınmıştır. Şöyle ki, somutlaştırma yükünün ölçüsünü tayin ederken tatbik edilecek hukuk kuralının da etkili olacağı ifade edilmiştir⁴³³. Kanunî düzenlemede geçen soyut koşul unsura göre hangi vakıanın iddia edilip somutlaştırılacağı belirlenebilir. Ancak somutlaştırma ölçüsü açısından, bir kıstas olarak, koşul unsur esas alınamaz. Vakıanın hangi ölçüde detaylandırılacağı somut olayın şartlarına, özellikle de karşı tarafın vereceği cevaba bağlıdır.

Öte yandan, hâkimin davayı aydınlatmaya yönelik uyarısı da belirleyici unsur olarak ele alınmaktadır⁴³⁴. Oysa böyle bir uyarı somutlaştırma ölçüsüne ulaşılammış olduğu anlamına gelir. Yeterli seviyede detaylandırılmayan açıklamaların bir sonucu olarak hâkimin aydınlatma ödevi devreye girmektedir. Bu yüzden, davayı aydınlatma ödevi, somutlaştırma ölçüsü için belirleyici bir unsur değil, somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesinin bir sonucudur.

İddia edilmiş bir vakıanın ispat edilip edilmediğinde ispat ölçüsü etkilidir. O vakıanın hâkimde oluşturduğu kanaatin hükme esas alınması için yeterli olup olmadığı ispat ölçüsüne bağlıdır. Vakıanın ispat edilmiş sayılması için öngörülmüş ölçüye

Polygraphischer Verlag, Zürich 1991, 114; Frohn, 247; Uwe Hamelmann, Urkundenvorlagepflichten nach § 142 Abs. 1 und 2 ZPO, Leipzig 2012, 91; Oberheim, 201; Diakonis, 122.

⁴³¹ Mertins, 441.

⁴³² Brönnimann, 182; Müller, 119; Chudoba, 188; Gremmer, 1175; Seutemann, 619; MüKo-ZPO/Prütting, § 284, kn. 80; Schweizer, (*Substanziieren*), 566; Meier, 155. Gereksiz yere ispat faaliyetinin yürütülmesini önleyebilmek için ise farklı bir görüş ileri sürülmüştür. Şöyle ki, taraf açıklamalarının makullük kontrolü (*Plausibilitätskontrolle*)’nden geçirilmelidir. Buna göre, yapılmış açıklamaların gerçeğe uygun olmasının muhtemel gözükmesi kaydıyla, ispat faaliyetinin yürütülmesi mümkün olabilir, bkz. Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 118, 119; Lüderitz, 39; Yıldırım, 160; Meyke, (*Plausibilitätskontrolle*), 2230; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 158; Bischoff, 533. Alman Federal Mahkemesi’ne göre ise, vakıa iddiasının somutlaştırılmasında inandırıcı şekilde açıklanmış olması şartı aranmamalıdır, bkz. BGH, BsCh. v. 9. 2. 2009 - II ZR 77/08 (NJW, Y. 2009, H. 29, 2137).

⁴³³ Huguenin-Dumittan, 33; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 34; Frohn, 247; Eschlebach/Geipel, 1670; BK-ZPO/Killias, Art. 221, kn. 23; Spühler/Dolge/Gehri, 138; Tanrıver, 797.

⁴³⁴ KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 26; BK-ZPO/Killias, Art. 221, kn. 23.

somutlaştırma yükünün ölçüsünün bağlı olup olmadığına da değinilmelidir. İstisnai bazı hâllerde (*adli yardım, ihtiyati tedbir, delil tespiti vb.*) mahkemenin karar vermesi için vakıa iddiasının yaklaşık olarak ispat edilmesine cevaz verilir. Yaklaşık ispatın arandığı hâllerde dahi, vakıa iddiasının anlaşılabilir hâle getirilmesine yönelik olarak, gerekli bilgiler paylaşılmalıdır. Yaklaşık ispat şartı aransa da, yine ispatı gereken bir vakıa iddiası söz konusudur. Sadece hâkimin ikna olması için ispat ölçüsü düşürülmektedir. Vakıa iddiasının mahkemece algılanabilir olması ve karşı tarafa açıklama yapma imkânı tanıma yönündeki gereklilik sona ermemektedir. Dolayısıyla, dikkate alınması için yaklaşık olarak ispatı öngörülen bir vakıa için sırf buna dayanarak somutlaştırma ölçüsünün düşürülmesine lüzum yoktur. Davanın hükme bağlanması için tam olarak ispatı gereken vakıalar ise her hâlükârda somutlaştırılmalıdır. Mesela, delil tespitini haklı kılan sebep yaklaşık olarak ispat edilmelidir⁴³⁵. Uyuşmazlığın karara bağlanması için önem arz eden ve tam olarak ispatı gereken vakıalar ise aynı şekilde somutlaştırılmış olmalıdır ki, hâkim delil tespitine karar verebilsin⁴³⁶. Son olarak belirtmeliyiz ki, dava türünün de somutlaştırma ölçüsü üzerinde bir etkisi yoktur. Nitekim belirsiz alacak davasında da vakıa iddiasının somutlaştırılmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir⁴³⁷.

2.1.4.1. Dava Açılırken Benimsenmiş Asgari Koşullar ve İnkâr Etme Yükünün Kabul Edilip Edilmediği

İlgili hukuk düzeninde dava açılmasında yerleşmiş uygulama somutlaştırma ölçüsünde belirleyici olabilir. Alman hukukunda istisnai hâllerde (*satım, kira vb.*) hukukî terimlerin kullanılması suretiyle dava açılmasına müsaade edilmiştir. Ancak inkârda bulunulması hâlinde vakıa örgüsünün daha ayrıntılı izah edilmesi şartı aranır⁴³⁸. Her ne kadar hukukî bir iddia ileri sürülmüş olsa da, bu kavramların arkasında yer alan

⁴³⁵ Tarkan Göksu, "Urkundenedition im Schweizerischen Zivilprozess", *Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X*, 2012, 329. Doğal olarak, yaklaşık olarak ispat edilmesi beklenen vakıalara da somutlaştırma yükü yerine getirilerek dayanılmalıdır. AMUK m. 487/1 - (4)'te delil tespitini haklı kılan ve yaklaşık olarak ispatı beklenen vakıaların da talepte bulunulurken bildirilmesi açıkça öngörülmüştür.

⁴³⁶ Georg Sturmberg, *Der Beweis im Zivilprozess (Selbstständiges Beweisverfahren und Beweisaufnahme)*, Düsseldorf 1999, 51, 52; BK-ZPO/Brönnimann, Art. 158, kn. 12-14. Buna karşın, tam ispatı gereken vakıalar açısından, normal şartlarda somutlaştırma yükünün yerine getirilmiş sayılması için aranacak ölçünün, delil tespitinde azalabileceği ifade edilmektedir, bkz. Stein/Jonas (23)/Berger, § 487, kn. 3.

⁴³⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, (14. Bası), 457. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar da bu görüşe uygundur, bkz. Yargıtay 22. HD, E. 2014/19856, K. 2014/27672, T. 15.04.2014 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

⁴³⁸ Brönnimann, 145; Hansen, 589; Eschlebach/Geipel, 1670; Mertins, 444.

vakıa örgüsünün de iddia edilmiş sayılacağı kabul edilmektedir⁴³⁹. Buna karşın, Türk hukukunda vakıa iddialarından her birinin tek tek açıklanacağı ve deliller ile ilişkilendirileceği HMK m. 119/1 - (e) ve 129/1 - (e)'de açıkça öngörülmüştür. Dolayısıyla, anılan uygulama, Türk hukuku için geçerli olabilecek nitelikte değildir⁴⁴⁰. Gerek davacı gerekse davalı kendi lehlerine olan vakıa örgüsünü oluşturan vakıaları tek tek izah etmelidir. Bu suretle, belirli ölçüde daha somut vakıa iddialarına dayanılması sonucu doğacaktır. Kaldı ki, inkâr etme yükünün benimsendiği İsviçre hukuku için dahi, Alman hukukunda geçerli olan uygulamanın benimsenmediğini gösteren görüşler ileri sürülmektedir⁴⁴¹. Bu görüşlerin isabetli olduğunu belirtmeliyiz. Çünkü HMK'nın bahsettiğimiz hükümleri ile paralel olan İMUK m. 221/1 - (d) ve 222/2 hükümleri de, taraf dilekçelerinde vakıa iddiasında bulunulurken belirli ölçüde açıklama yapılmış olmasını gerekli kılmaktadır⁴⁴².

Somutlaştırma ölçüsünde esas alınması gereken hususlardan biri de karşı tarafın tepkisidir. Karşı tarafın açıklamaları, somutlaştırmaya yönelik daha detaylı açıklama yapılması ihtiyacını doğurabilir. Taraflardan her biri kendi açıklamaları ile karşı tarafı daha somut açıklamalarda bulunmaya zorlayabilir⁴⁴³. Ancak inkâr etme yükünün kabul edilmiş olup olmamasına göre farklı ihtimaller ortaya çıkabilir. İddiada bulunan taraf vakıa iddiası hakkında detaylı bir açıklama yapmış ise, inkâr etme yükü sebebiyle, basit bir inkârda bulunmak yetersiz olur⁴⁴⁴. Karşı tarafın da inkârını somutlaştırması zorunludur. Aksi hâlde, inkâr etme yükü geçerli olduğu için, iddia edilen vakıanın ikrar edilmiş sayılması sonucu doğar. Genel hatları ile açıklanan vakıa iddiası ise, aynı şekilde genel bir açıklama ile yadsınabilir. İnkârda bulunulduktan sonra iddianın

⁴³⁹ Hansen, 589; Diakonis, 121 (dn. 13); Freudenthal, 12.

⁴⁴⁰ HMK yürürlüğe girmeden önceki dönemde de hukukî kavramlara yer verilerek somut iddialara dayanmadan dava açılması durumunda somutlaştırma yükünün yerine getirilmemiş olduğu ileri sürülmüştür, bkz. Erdal Tercan, "Hakimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenilmesi", *MİHDER*, C. 7, S. 18, 2011, 29, 30. Buna karşın, günlük hayatta yaygın olan hukukî terimlerin kullanılmasının maddî vakıa iddiası olarak görülebileceği ifade edilmiştir, bkz. Börü, 127.

⁴⁴¹ Hafter, 165; Schweizer, (*Substanziieren*), 563, 564; Dolge, 22.

⁴⁴² İMUK yürürlüğe girmeden önce hukukî kavramlara dayanılarak iddiada bulunulabileceği belirtilmiştir, bkz. Sarbach, 27. Buna karşın, İMUK yürürlüğe girdikten sonra dahi, Alman hukukunda benimsenen uygulamaya benzer şekilde, İsviçre hukukunda hukukî kavramlara dayanarak iddiada bulunulabileceği yönünde görüş de öne sürülmektedir, bkz. BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 24; Meier, 74, 75.

⁴⁴³ Frohn, 247, 248; Götz-Sebastian Hök, "Obliegenheitsverletzung durch fehlende Substantiierung: zum Parteivorbringen bei Informationsgefälle", *MDR*, H. 8, 1995, 774; Eschlebach/Geipel, 1681; MüKo-ZPO/Wagner, § 130, kn. 6; Oberheim, 201.

⁴⁴⁴ Seibel, 362; Mertins, 444; Dolge, 24, 25.

değerlendirmeye alınabilmesi için önceki hâline göre detaylandırılması lâzım gelir⁴⁴⁵. Ancak inkâr hâlinde, vakıa iddiasının detaylandırılması her hâlükârda zorunlu değildir. İnkâr üzerine vakıa iddiası hakkında bir sonuç çıkarılamadığı takdirde, daha ayrıntılı bir açıklama yapılmalıdır⁴⁴⁶. Mesela, malın ayıplı olması sebebiyle kendisine tanınan seçimlik hakları kullanmak isteyen alıcı, ayıp ihbarını kanunda öngörülen sürede yaptığını bildirebilir. Karşı tarafta yer alacak satıcı inkârda bulunmaz ise ihbarın kanunî süre içinde yapıldığı kabul edilir. İnkârda bulunulur ise, bu sefer, ayıbın ne zaman öğrenildiği ve hangi süre içinde karşı tarafa bildirildiği de açıklanarak ayıp ihbarının gerçekleştiği vakıası somutlaştırılmalıdır⁴⁴⁷. Keza ayıbın mevcut olmadığı itirazı da, aynı şekilde ayrıntılı bir açıklama yapmasını gerektirecektir⁴⁴⁸. Vakıa iddiası detaylı olmamasına rağmen ayrıntılı bir inkârda bulunulduğu takdirde, vakıa iddiasının ne ölçüde somutlaştırılacağı inkârın ayrıntılı olma derecesine bağlı olacaktır⁴⁴⁹.

İnkâr etme yükünün benimsenmediği Türk hukukunda, iddiada bulunurken karşı tarafın tepkisini beklemek suretiyle genel açıklamalara dayanılmaz. HMK m. 119/1-(e) uyarınca, vakıa örgüsünü kuran her bir vakıa somutlaştırılarak iddia edilmelidir⁴⁵⁰. İnkâr etme veya etmiş sayılma hâllerinde, vakıa iddiasının daha fazla detaylandırılması ihtiyacı doğabilir. Ancak ilk aşamada vakıaların somutlaştırılması beklendiği için böyle bir durumun doğma ihtimali çok düşüktür. İlk aşamada ciddi ölçüde ayrıntılı açıklamalar yapılmış olsa bile, inkârın aynı ölçüde ayrıntılı olması zorunlu değildir. Hatta inkârda bulunma imkânına sahip taraf, cevap vermemek şeklinde bir tutumda dahi bulunabilir. Ancak iddia edilen vakıanın ayrıntılı bir şekilde inkâr edilmesi yolu da tercih edilebilir. Böylece, iddia edilen vakıaların talep sonucunu haklı göstermesine engel olmaya çalışılabilir. Ayrıntılı bir inkârda bulunulması durumunda iddia yükü altındaki tarafın da daha ayrıntılı açıklama yapması ihtiyacı doğar.

⁴⁴⁵ Rosenberg, 163; Hansen, 589; Frohn, 247; Kaimaklitis, 1265; Oberheim, 201.

⁴⁴⁶ Hansen, 589; Hök, 774; Seutemann, 619; Mertins, 444; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 25.

⁴⁴⁷ Kaimaklitis, 1265; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 26; Oberheim, 201.

⁴⁴⁸ Leuenberger, 2; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 27.

⁴⁴⁹ Frohn, 247; Seutemann, 619; Meyke, (*Plausibilitätskontrolle*), 2231; Schneider, (*Klage*), 408; Seibel, 362; Oberheim, 204, 205.

⁴⁵⁰ Türk hukuku açısından da inkâr etme yükünün uygulandığı hukuk düzenlerine özgü bir değerlendirme yapılmıştır. Şöyle ki, somutlaştırmaya yönelik daha ayrıntılı açıklama yapılmasının karşı tarafın inkârı üzerine gerçekleşeceği ifade edilmiştir, bkz. Börü, 252. Ancak bu görüşün HMK m. 119/1-(e)'deki açık düzenleme ile bağdaştırılması mümkün değildir.

2.1.4.2. İddiada Bulunan Tarafın Bilgi Seviyesi

Somutlaştırma yükü altında olan tarafın hayat olayı hakkındaki bilgi durumu da somutlaştırma ölçüsünün tayininde göz önünde tutulmalıdır. Açıklamaları ile kendi lehine vakıa iddiasında bulunan taraf, doğruyu söyleme ödevine uygun davranmak zorundadır. Bu sebepten dolayı, lehe olan vakıa iddiasının somutlaştırılması beklenebilir⁴⁵¹. Dolayısıyla, somut olayın şartlarına göre beklenen seviyede bilgi verilmemesi keyfi bir tutum olup, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir⁴⁵². İhtiyaç duyulan bilgileri elde olmayan nedenlerden dolayı getirememe durumu ise, bu kapsam dışında tutulmalıdır⁴⁵³. Gerçeğin bilerek olduğundan farklı şekilde açıklanması ya da gizlenmesi doğruyu söyleme ödevine aykırıdır⁴⁵⁴. Dolayısıyla, somutlaştırılmış bir vakıa iddiasında bulunma imkânına sahip olmayan taraf, doğruyu söyleme ödevine aykırı davranmış olmaz⁴⁵⁵.

İlgili taraftan, somutlaştırılmış vakıa iddiasında bulunulma imkânına sahip olduğu ölçüde, somut bir vakıa iddiasına dayanması beklenmelidir. Somut bir açıklamada bulunabilmek için uzmanlığı gerektiren bilgiye ihtiyaç duyulması, olayın karşı tarafın egemenlik alanında vuku bulmuş olması veya menfi bir vakıanın ispatının gerekmesi gibi hâllerde somut bir vakıa açıklamasında bulunma zorunluluğu esnetilmelidir. Şu hususa dikkat çekmeliyiz ki, belirtilen hâllerde vakıa iddiası hakkında hiçbir açıklama yapılmasına gerek olmadığı çıkarımı yapılamaz. Mümkün olduğu ölçüde somutlaştırılmış açıklamalara dayanılmalıdır⁴⁵⁶. İlgilinin kendinden beklenebilecek seviyede bir açıklama yapmaması hâlinde, yine somutlaştırma yükünün yerine getirilmediği sonucuna ulaşılabilir⁴⁵⁷.

Konu hakkında uzmanlığı gerektiren bilgiye sahip olmayan tarafın bu durumu gözetilmeli; ondan ayrıntılı bir açıklamada bulunması beklenmemelidir⁴⁵⁸.

⁴⁵¹ Gerhard Wagner, "Urkundenedition durch Prozeßparteien-Auskunftspflicht und Weigerungsrechte", JZ, Y. 2007, Nr. 14, 2007, 713, 714; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 344.

⁴⁵² Meyke, (Plausibilitätskontrolle), 2232; Wagner, 712. BGH, Urt. v. 14.01.1988 - III ZR 4/87 (NJW, Y. 1988, H. 34, 2230).

⁴⁵³ Stürner, (Aufklärungspflicht), 113, 114; Adloff, 244-246.

⁴⁵⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 610.

⁴⁵⁵ Gessler, 436; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 345; Meier, 56.

⁴⁵⁶ Guldener, 167; Chudoba, 189; Erdönmez, (Belgelerin İbrazı), 165.

⁴⁵⁷ Yıldırım, 160; Beckhaus, 79, 80; Meyke, (Plausibilitätskontrolle), 2232.

⁴⁵⁸ Frohn, 246; Seutemann, 619; Dieter Leipold, "Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess", Festschrift für Walter Gerhardt, 2004, 570; Gessler, 437; Stein/Jonas/Leipold, § 284, kn. 47; BK-ZPO/Killias, Art. 221, kn. 23; Adloff, 246; Alman Federal

Somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi için, bu yük altındaki taraf, özel bir bilirkişiden yararlanmak (*yani uzman görüşü almak*) zorunda bırakılmamalıdır⁴⁵⁹. Teknik bilgiye de ihtiyaç duyulan davalarda, bilirkişi deliline başvurulması kuvvetle muhtemel olacağı için, hangi konuda bilirkişiden yararlanacağının tespitine imkân verecek şekilde somutlaştırılmış bir vakıa iddiası ileri sürülmelidir. Elbette bütün ayrıntılara temas edilmiş olması aranamaz⁴⁶⁰. Karmaşık hayat olayının teknik bilgi eksikliğinden dolayı tam olarak açıklanamaması hâlinde, karşı tarafın ihtiyaç duyulan açıklamaları yapması gerektiği kabul edilmelidir⁴⁶¹. Yalnızca iddia değil, delillerin değerlendirilmesi aşamasında da somutlaştırılmış iddialara dayanılamaması gündeme gelebilir⁴⁶². Şöyle ki, bilirkişiden alınan rapora itiraz etmek isteyen taraf, sunulan raporu çoğunlukla anlamakta güçlük çekecektir. Rapora belirli bir itiraz getirmek için o taraftan yine özel bir bilirkişiden yararlanması beklenmemelidir⁴⁶³.

Keza iddiada bulunan tarafın uyuşmazlığa ilişkin olup meydana gelme sürecine katılmadığı vakıaları tam anlamıyla somutlaştırması da zordur⁴⁶⁴. Hakkında bilgi verilmesi gereken hususlar karşı tarafta olduğundan ötürü, ayrıntılı bir açıklama yapılması yine beklenmemelidir⁴⁶⁵. Özellikle bu gibi durumlarda ihtiyaç duyulan bilgilerin karşı tarafın egemenlik alanında olduğu gözetilmeli ve bu sebeple somutlaştırma ölçüsü daraltılmalıdır⁴⁶⁶. Buna bağlı olarak, ayrıntıları tam olarak açıklama imkânına sahip olmama nedeniyle ancak ihtimale dayalı bir şekilde iddiada

Mahkemesi, teknik bilgi eksikliğinden dolayı ihtimale dayalı vakıa iddiasında bulunulabileceğini kabul etmektedir, bkz. BGH, Urt. v. 10.01.1995 - VI ZR 31/94 (NJW, Y. 1995, H. 17, 1160).

⁴⁵⁹ Erdönmez, (*Belgeler in İbrazi*), 159, 160; BK-ZPO/Killias, Art. 221, kn. 23.

⁴⁶⁰ Seibel, 363, 364; Erdönmez, (*Belgeler in İbrazi*), 165; KSZ-ZPO/Leuenberger, Art. 221, kn. 46.

⁴⁶¹ Frohn, 250; Baumgärtel/Laumen, 575.

⁴⁶² Ahrens, 1053. Mesela Alman Federal Mahkemesi'ne göre, tıbbi sorunlarda iddia yükünü taşıyan taraftan ve onun temsilcisinden konuya ilişkin teknik bilgiyi öğrenip iddiada bulunması beklenemeyeceği gibi bilirkişi raporuna itiraz edilmiş sayılması için de makul şartlar aranmalıdır, bkz. BGH, Urt. v. 8. 6. 2004 - VI ZR 199/03 (NJW, Y. 2004, H. 39, 2827).

⁴⁶³ Schneider, (*Klage*), 409; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 4; Ahrens, 1053. Haklı olarak, bilirkişi raporuna itiraz etmek isteyen tarafın somutlaştırma yükü sebebiyle özel bilirkişiden yararlanarak somut itirazlarda bulunmasının beklenemeyeceği, Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir, bkz. BGH, Urt. v. 19. 2. 2003 - IV ZR 321,02 (NJW, Y. 2003, H. 19, 1400).

⁴⁶⁴ Brönnimann, 201; Hansen, 590; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 611; MüKo-ZPO/Wagner, § 138, kn. 9; KSZ-ZPO/Leuenberger, Art. 221, kn. 45; BK-ZPO/Killias, Art. 221, kn. 23; Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 2; Baumgärtel/Laumen, 575.

⁴⁶⁵ Mesela aynı işlemede farklı bir işte çalışma imkânının mevcut olup olmadığı işveren tarafından bilinebilir. Feshin haksız olduğunu ortaya koymak için ne tür iş imkânlarının mevcut olduğunu işçi çoğunlukla izah edemeyecektir, bkz. Peter Morhard, *Die Informationspflicht der Parteien bei der Erklärung mit Nichtwissen*, Carl Heymanns Verlag, Berlin 1993, 28.

⁴⁶⁶ Müller, 123; Frohn, 250; Leipold, 570; Gessler, 437; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 9; Eschlebach/Geipel, 1671; Erdönmez, (*Belgeler in İbrazi*), 160.

bulunulabilir⁴⁶⁷. Bu durumda, bütün ayrıntılarına değinilmemiş bir vakıa iddiasının öne sürüldüğünün kabulü uygundur. Ancak vakıaların detaylandırılarak somutlaştırılması ihtiyacı, ilgili tarafın bu durumundan hiçbir şekilde etkilenmemelidir. İddia yükünü taşıyan tarafın tam anlamıyla belirginlik kazanamayan açıklamaları esas alınarak somutlaştırma yükünün yerine getirilmiş sayılacağı düşünülemez. Bu durumda, karşı tarafın somutlaştırmaya katkıda bulunması sağlanarak somutlaştırılmış bir vakıa iddiası elde edilmelidir. İddia yükü altındaki olaya ilişkin somut açıklamalarda bulunması gerekliliği sona ermez; sadece iddia yükünü taşımayan taraftan açıklamada bulunması beklenir. Taraflardan birisi için somutlaştırma ölçüsü sonuçta azalmaktadır⁴⁶⁸. Karşı taraf için ise daha somut açıklamalarda bulunma zorunluluğu doğmaktadır⁴⁶⁹. Şunu da belirtmeliyiz ki, sırf karşı tarafın ihtiyaç duyulan bilgilere daha kolay ulaşabilmesi, karşı taraftan açıklama yapmasının beklenmesini haklı kılmaz⁴⁷⁰.

Menfi vakıalar iddia edilirken de somutlaştırma yükünün ölçüsünün daraltılması ihtiyacı doğabilir⁴⁷¹. Dikkat edilmesi gereken husus, tatbiki gereken hukuk kuralının koşul unsurunun menfi nitelikte olmasıdır. Hukukî sonuç bölümünde menfilğin olması, bu açıdan hiçbir öneme sahip değildir⁴⁷². Menfi vakılarda ilk aşamada iddia yükünü taşıyan tarafın vakıa iddiasını genel bir şekilde açıklaması caizdir. Bunun üzerine, dayanılmış olan vakıa iddiası hakkında inkâr etmekten öteye giden bir açıklama yapılmalıdır. İddia yükünü taşımayan taraf, savunmasının doğruluğunu ortaya koyacak şekilde somut açıklamalarda bulunmalıdır. Böylece, delil incelemesine elverişli somut bir vakıa iddiası elde edilebilir. İspat yükünü taşıyan taraf, karşı tarafın savunmasının belirtilen şekilde olmadığını ispat ederek kendi lehine karar elde edebilir⁴⁷³. Görüldüğü üzere, menfi bir vakıayı ispat etmek durumunda olan tarafa genel bir açıklama ile hak

⁴⁶⁷ Seutemann, 619; Adloff, 117; Mertins, 444; Oberheim, 205. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, ihtimale dayalı vakıa iddialarında bulunulurken, elle tutulur unsurların ortaya konulmuş olması kaydıyla, delilin incelenmesi mümkün olabilir, bkz. BGH, Urt. v. 25.04.1995 - VI ZR 178/94 (NJW, H. 32, Y. 1995, 2112).

⁴⁶⁸ Hansen, 590; Frohn, 250; Seutemann, 619; Meyke, (*Plausibilitätskontrolle*), 2232; Stieper, 36, 37; Wagner, 713, 714; Mertins, 445.

⁴⁶⁹ Baumgärtel/Laumen, 575.

⁴⁷⁰ Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 37; Oberheim, 246; Baumgärtel/Laumen, 575.

⁴⁷¹ Dolge, 23.

⁴⁷² Greyerz, 97; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 63; Stieper, 38.

⁴⁷³ Greyerz, 31; Hansen, 590; Frohn, 249; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 153-157; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 611; Stieper, 37, 38. Menfi vakıalar çoğunlukla karşı tarafın egemenlik alanında cereyan ettiği için, bu durum da, genel vakıa iddiasında bulunulmasını haklı kılmaktadır, bkz. Baumgärtel/Laumen, 556, 557.

talebinde bulunma imkânı tanınması, somutlaştırma ölçüsünün kapsamının daraltılması sonucunu doğurmaktadır.

İspat yükünün yer değiştirmesini haklı kılan şartların mevcut olması da, somutlaştırma yükünün ölçüsüne etki edebilir. İspat yükünün yer değiştirdiğinin kabul edildiği hâllerde, iddia yükünü taşıyan taraf için somutlaştırma ölçüsünün daralacağını söyleyebiliriz. Çok istisnai hâllerde ispat yükü yer değiştirmektedir⁴⁷⁴. Hakkında ispat yükü yer değiştiren vakıya ilişkin olarak iddia yükü altında olan taraf ayrıntılı bir açıklama yapmaktan kurtulacaktır. Yalnızca vakıanın mevcudiyetinin öne sürülmesi yeterlidir. Sözelimi, tıbbi müdahalelerde ağır ihmal hâlinde ispat yükünün yer değiştirdiği benimsenmiştir⁴⁷⁵. Tazminata hükmedilebilmesi için, ihmalin zarara sebep olduğu iddia edilmelidir. İliyet bağımlı gösteren somut bilgilerin iddia yükü altında olan tarafça açıklanması gerekmez. Zira ispat yükü yer değiştirdiğinden, karşı taraf, ihmal ile zarar arasında illiyet bağımlı mevcut olmadığını ispat edebilmek için somut açıklamalarda bulunmalıdır⁴⁷⁶. İspat yükünün yer değiştirmesini haklı kılan koşullarda, aslında iddia yükü altındaki tarafın olaya ilişkin yeterli bilgiye sahip olmaması söz konusudur. Dolayısıyla, ispat yükü yer değiştirmiş olması somutlaştırma ölçüsünün daraltılmasının doğrudan bir sonucu olarak görülmemelidir. Başka bir ifadeyle, ispat yükünün yer değiştirmesine dayanak teşkil eden hususlar, aslında bir tarafın iddia ve somutlaştırma imkânsızlığı içinde bulunduğu hâllerde de söz konusu olmaktadır.

2.1.4.3. Uygulanabilecek Bir Tecrübe Kuralının Varlığı

Tecrübe kuralları da vakıa iddiasının somutlaştırılması ölçüsünde belirleyici rol oynayabilir⁴⁷⁷. Olağan bir duruma dayanan taraf, vakıa iddiasını ayrıntılı bir şekilde açıklamak zorunda değildir⁴⁷⁸. Tecrübe kuralına dayanak teşkil eden vakıa iddia

⁴⁷⁴ Astrid Stadler, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und US-amerikanischen Zivilprozeß und im Rechtshilfeverfahren, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen 1989, 121, 122; Börü, 47, 48.

⁴⁷⁵ Beckhaus, 148; Baumgärtel/Laumen, 624-626.

⁴⁷⁶ Hukuk kuralının koşul unsurunu karşılayana birden çok vakıa söz konusu ise, ispat yükünün yer değiştirmesini gerektirmeyen vakıayı iddia etmek ve ispatlamak yine aynı tarafta olacaktır, bkz. Beckhaus, 150, 151.

⁴⁷⁷ Hansen, 589, 590. **HANSEN**, ilk görünüş ispatı ile kanunî ve fiilî karineler için de aynı durumun söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Kanaatimizce, kanunî karineler dışında yazarın görüşüne katılmak mümkündür. Kanunî karinelerde karine sonucu açısından usulî bir yükten bahsedilemez.

⁴⁷⁸ İşlemin yapıldığı anda fiil ehliyetinin mevcut olduğunun iddia edilip somutlaştırılmasının gerekmediği belirtilmiştir, bkz. Hafter, 168. Gerçekten, tecrübe kuralı gereği tarafların fiil ehliyetine sahip olduklarına yönelik açıklamalarda bulunulması ihtiyacı doğmamaktadır.

edildikten sonra bu kural sayesinde bazı çıkarımlar yapılabilir. Çünkü tecrübe kuralı tipik olaylardan hareketle elde edilmektedir. Bir tecrübe kuralı somut olaya tatbik edildiği takdirde, bu olay bakımından da aynı şekilde bir sonuca ulaşılabileceği kanaati doğar. Ancak iddia ve ispat yükünün dağılımında tecrübe kuralının varlığının bir önemi yoktur⁴⁷⁹. Tecrübe kuralı sayesinde delillerin serbestçe değerlendirilmesinde bir tarafın lehine bir durum ortaya çıkar; ispat yükünün yer değiştirmesi sonucu doğmaz⁴⁸⁰. Kendi lehine bir tecrübe kuralı mevcut olan taraf, hakkında çıkarım yapılabilecek vakıayı da iddia etmiş olmalıdır⁴⁸¹.

Bilhassa kusuru ve nedensellik bağıını ortaya koymak üzere tecrübe kurallarından yararlanılır⁴⁸². Kusura ve nedensellik bağına dayanan taraf çoğu zaman somutlaştırmaya yönelik gerekli bilgileri vermekten yoksun olabilir. Çünkü iddia yükü altındaki tarafın olayın seyrini gözlemleme imkânı çoğunlukla yoktur. Ancak tecrübe kuralı sayesinde bunun bir önemi kalmamaktadır. Tecrübe kuralı, böyle durumlarda belirli bir vakıaya ilişkin olarak kanaate ulaşılmamasını sağlar. Vakıa iddiası bütün ayrıntılara temas edilerek açıklanmamış olsa bile, karşı tarafın kusurlu olduğu veya nedensellik bağıının mevcut olduğu şeklinde sonuçlara varılabilir. Böylece, iddia yükü kedisine terettüp eden taraf vakıa iddiasını somutlaştırmaktan kurtulmaktadır⁴⁸³. Ancak şu hususa dikkat çekmeliyiz ki, vakıa örgüsünü kuran vakılardan hangisi için tecrübe kuralından istifade ediliyor ise, o vakıadan ayrıntılı bir şekilde bahsetme gereksinimi duyulmayacaktır. Diğer vakıalar ise, mahkemece dikkate alınabilmeleri için, somutlaştırılmış bir şekilde iddia edilmelidir.

⁴⁷⁹ Umar/Yılmaz, 166; Taşpınar-Ayvaz, (*Fiili Karine*), 569; Umar, 586. Yargıtay ise, ispat yükünün dağılımını tecrübe kuralına bağlamaktadır. Şöyle ki, hayatın olağan akışına aykırı olan bir durumu iddia eden kişinin bunu ispat etmesi lâzım geldiği benimsenmiştir, bkz. Yargıtay 14. HD, E. 2008/1867, K. 2008/7303, T. 05.06.2008 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁸⁰ Beckhaus, 152; Brandt, 100.

⁴⁸¹ Taşpınar-Ayvaz, (*Fiili Karine*), 569; Schneider, (*Klage*), 459; ; Topuz, 123-125; Börü, 142.

⁴⁸² Schneider, (*Klage*), 459; Beckhaus, 152. Aynı husus, ilk görünüş ispatı çerçevesinde de dile getirilmektedir, bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, 613. İlk görünüş ispatında da, tecrübe kuralından yararlanılarak başka bir vakıaya dair değerlendirme yapıldığı için bu görüşün isabetli olduğunu söyleyebiliriz.

⁴⁸³ Frohn, 249; Meyke, (*Plausibilitätskontrolle*), 2231; Schneider, (*Klage*), 459-462. **SEUTEMANN**, somutlaştırma yükünden ziyade iddia yüküne ilişkin şartların esnetildiğini ileri sürmektedir. Bu hususta özellikle kanunî karinelere dayanmıştır, bkz. Seutemann, 617. Ancak kanunî karinelere doğrudan bir tecrübe kuralına dayanılmamaktadır. Dolayısıyla, kanunî karinelere, tecrübe kuralı sayesinde, iddia yüküne dair bir değerlendirme yapılamaz. Fiilî karinelere ve tecrübe kurallarından istifade edilen hâllerde, hakkında çıkarım yapılan vakıanın iddia edilmiş olması da şarttır, bkz. Baumgärtel/Laumen, 532.

2.2. İSPAT KONUSUNUN BELİRTİLMESİ VE DELİLLER İLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ

İlişkilendirme yükü, vakıa iddiası ile delilin irtibatlandırılması olup; somutlaştırma yükünün diğer bir yönüdür⁴⁸⁴. Vakıa iddiasının hangi delil ile ispat edileceğinin anlaşılamıyor olması, somutlaştırma yükünün yerine getirilmediği anlamına gelir. Belirli bir vakıanın mevcudiyetinin ve nasıl cereyan etmiş olduğunun tespiti hâkimi inandırma aracı olan delil ile gerçekleşebilir. Hiçbir delile dayanmadan iddia edilmiş bir vakıa karşı tarafça inkâr edildiği takdirde hüküm kurulurken gözetilemez. Çünkü delil ile doğrulanmadığı sürece, taraf açıklaması iddiadan öteye gidemez. Bu yüzden, hakkında hiçbir delil gösterilmemiş vakıa iddiası çekişmeli ise mahkemece karar verilirken dikkate alınmamalıdır. Hâkim, uyuşmazlığa ilişkin olup tarafça gösterilmemiş bir delili kendiliğinden değerlendirmeye alamaz. Nitekim taraflarca getirilme ilkesi uyarınca, delilin dava dosyasına dâhil edilmesi tarafların sorumluluğundadır⁴⁸⁵.

Deliller gösterilirken de belirli hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. İddia edilmiş her bir vakıanın gerçekliğinin hangi ispat vasıtası ile ortaya konulacağı açıklanmalıdır. Taraflara ispat hakkı tanınması için ilişkilendirme yükünün kapsamının doğru bir şekilde çizilmesi lüzumludur. Vakıa-delil ilişkisi kurulması açısından gereksiz şartların öngörülmesi, bir tarafın dayanmış olduğu delile bakılmaksızın karar verilmesi sonucunu doğurabilir. Bu yüzden, ilişkilendirme yüküne yönelik şartlar doğru takdir edilmelidir. Delilin incelenebilmesi için ispat konusu da anlaşılabilir şekilde açıklanmış olmalıdır. Bu ise, iddia edilmiş vakıalar hakkında lüzumlu bilgilerin verilmesi ile gerçekleşebilir.

İspat konusu belirli olmakla birlikte, dayanılan delil net bir şekilde izah edilmediğinde, vakıa-delil ilişkisi kurulamamış demektir. Her bir delil açısından delilin niteliği sebebiyle ilişkilendirme yükünün yerine getirilmesi farklı şekillerde gerçekleşir. Gerek ispatın konusunun ve gerekse delilin belirtilmesi zorunluluğu deliller bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır. Bazı delillere ise taraf talebi olmadan da başvurulabilir. Re'sen göz önünde tutulabilecek bu delillerde, hâkime nasıl bir yetki tanındığının sınırları

⁴⁸⁴ Taşpınar-Ayvaz, 376.

⁴⁸⁵ Brönnimann, 11; Konzen, 340; Sarbach, (*Verhandlungsmaxime*), 687.

doğru tayin edilmelidir. Aksi hâlde, somutlaştırma yükünün gereklerine uygun olmayan kararların verilmesi riski doğabilir.

İlişkilendirme yükü yerine getirilirken kanunda öngörölmüş zamansal sınırlamaya da uyulmalıdır. Hangi delil veya delillere dayanılmak istendiğı, kanun koyucunun öngördüğü süre içinde açıklanmalıdır. İleri sürölmemiş bir delilin sonradan gösterilmesi çok sınırlı şartlar altında mümkün olabilir. Zamansal sınırlamaya riayet edilmediğı takdirde, vakıa-delil ilişkisi ne kadar anlaşılır şekilde kurulursa kurulsun, delilin mahkemece dikkate alınmaması sonucu ortaya çıkar.

2.2.1. İlişkilendirme Yükü Yerine Getirilirken İspat Konusunun Bildirilmesi ve Deliller ile İrtibatlandırılması Gerekliliğı

Gösterilen delil ile ispat edilecek vakıaların belirtilmesi suretiyle ispat konusu açıklık kazanır. Mahkemenin delilleri inceleyebilmesi için bunun yerine getirilmesi lüzumludur. İspat konusunun ve buna ilişkin delillerin bildirilmesi zorunluluğı yargılamaya hâkim olan anlayışa bağlıdır. Amerikan sisteminde ispat konusunun belirtilmesi Kıta Avrupası hukuk sisteminde olduğı kadar önemli değildir. Bunun sebebi, anılan sistemde delil keşfi (*discovery*) usulünün geçerli olmasıdır⁴⁸⁶. Kıta Avrupası'nda ispat konusunun açık bir şekilde ortaya konulması ve ispat vasıtaları ile ilişkisinin kurulması büyük bir öneme sahiptir. Hukuk yargılamamıza egemen olan bu yaklaşımın daha anlaşılır hâle getirilebilmesi için, öncelikle delil keşfi usulü hakkında bazı açıklamalar yapacağız ve mevcut farklılığın, somutlaştırma yükünü neden bu kadar önemli hâle getirdiğini izah etmeye çalışacağız.

2.2.1.1. Delil Keşfi Usulü

Delil keşfi usulünde, davanın açılmasından tahkikatın (*trial*) başlamasına kadar bir tahkikat öncesi (*pre-trial*) aşama yürütölmektedir⁴⁸⁷. Dava dilekçesi verilerek, karşı taraf bu aşamaya katılmaya davet edilir. Böylece, tahkikat öncesinde dava malzemesinin

⁴⁸⁶ Lent Jauernig/Burkhard Hess, *Zivilprozessrecht*, C. H. Beck Verlag, München 2011, 107.

⁴⁸⁷ *Trial* kavramını karşılamak üzere “sözlü yargılama” ifadesi kullanılmaktadır, bkz. Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 85. Oysa *trial* ile kastedilenin tahkikat aşaması olduğı kanaatindeyiz. Çünkü *pre-trial* safhasında deliller değeriendirilmemektedir, bkz. Hanns Prütting, "Discovery im deutschen Zivilprozess?", *AnwBL*, Y. 58, S. 3, 2008, 154. Şayet *trial* ile sözlü yargılama kastedilir ise *pre-trial* sürecinde delillerin mahkemece değeriendirildiğı anlamı çıkar.

toplanması hedeflenir. Dilekçede dava vakıalarının ayrıntısına girerek bir açıklama yapmasına, bu durumdan dolayı ihtiyaç duyulmaz⁴⁸⁸. Delil keşfi usulünde re'sen araştırma ilkesi yönünde bir tercihte bulunulduğu ise düşünülmemelidir⁴⁸⁹. Bilakis davaya bakacak hâkim, pasif durumda kalır ve yalnızca delil keşfi safhasının gereklerine uygun bir sürecin yürütülmesini sağlar⁴⁹⁰.

Delil keşfinde, dava malzemesi, tahkikata kadar dava dosyasına dâhil edilir⁴⁹¹. Kimsenin kendi aleyhine olan dava malzemesini getirmek zorunda olmadığı ilkesi (*nemo tenetur edere contra se*), delil keşfi usulünde uygulama alanı bulmamaktadır⁴⁹². Dürüstlük kuralına uygun hareket etmeleri beklenen taraflar, uyuşmazlığa ilişkin dava malzemesini kendiliğinden getirirler⁴⁹³. Böylece, tahkikat için ihtiyaç duyulacak bütün bilgiler ve deliller, taraflarca karşılıklı olarak paylaşılır⁴⁹⁴. Bir tarafın elindeki bilgiyi ve belgeyi getirmesi için, diğer tarafın buna yönelik bir talepte bulunması gerekmez⁴⁹⁵. Öyle ki, karşı tarafın haberdar olmadığı bir bilgi veya belge dâhi bildirilmektedir⁴⁹⁶. Bilgi ve delil elde etme aracı olarak, delil keşfi sürecinden yararlanmasında bir sakınca olmadığı gibi, sürecin temel gayesi de buna yöneliktir⁴⁹⁷. Buna bağlı olarak, hakkın gerçekleşmesinin bir tarafın bilgi eksikliği sebebiyle zorlaşması bertaraf edilmektedir⁴⁹⁸. Tahkikata geçmeden önce, elde edilen bilgilerin ve delillerin somut bir şekilde

⁴⁸⁸ Christoph Paulus, "Discovery, Deutsches Recht und das Haager Beweisübereinkommen", ZZP, Bd. 104, 1991, 399; Lorenz, (*pre-trial*), 45; Motoko Yoshida, *Die Informationsbeschaffung im Zivilprozeß*, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main 2000, 77; Ataman İnci Fıganmeşe, *Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2005, 174; Lang, (§ 142), 117, 18; Koch, 47, 48.

⁴⁸⁹ Hâkimin dava malzemesini toplamak için aktif bir rol üstlenmesi söz konusu değildir. Yalnızca tarafların ellerinde olan bilgileri ve delilleri getirmeleri sağlamaktadır. Yani dava malzemesinin toplanması yine taraflar aracılığıyla gerçekleşmektedir, bkz. Beckhaus, 296.

⁴⁹⁰ Fıganmeşe, 176; Beckhaus, 296.

⁴⁹¹ Lorenz, (*pre-trial*), 47; Yoshida, 77; Cengiz Topel Çelikoğlu, *Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, 221.

⁴⁹² Yoshida, 177; Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 85; Çelikoğlu, (*Avukatın Delil Toplaması*), 222; Cengiz Topel Çelikoğlu, "Medeni Usul Hukuku Açısından Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi", *TBB*, S. 100, 2012, 292; Michaela Reinkenhof, *Die Informationsbeschaffung durch Parteiaussagen im Zivilprozess unter Berücksichtigung der rechtsvergleichenden Perspektive*, Dr. Kovač Verlag, Hamburg 2012, 226; Koch, 46.

⁴⁹³ Lorenz, (*pre-trial*), 54; Lang, (§ 142), 121.

⁴⁹⁴ Richard D. Freer, *Civil Procedure*, New York 2012, 385, 386; Ming-Sheng Liu, *Die richterliche Hinweispflicht*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2009, 165; Koch, 49, 50.

⁴⁹⁵ Fıganmeşe, 177, 178; Bolayır, 338 (dn. 29).

⁴⁹⁶ Tobias Lüpke/Robert Müller, "„Pre-Trial Discovery of Documents“ und § 142 ZPO - ein trojanisches Pferd im neuen Zivilprozessrecht?", *NZI*, H. 11, 2002, 589.

⁴⁹⁷ Koch, 50; Yoshida, 78.

⁴⁹⁸ Çelikoğlu, (*Avukatın Delil Toplaması*), 223. Dava dilekçesine ilişkin şartlar katı tutulmadığından davanın somutlaştırma yükü yerine getirilemediği için başarısız olması ihtimali doğmamaktadır, bkz. Koch, 76.

açıklanması beklenmektedir⁴⁹⁹. Yeni dava malzemelerinin tahkikatta yargılamaya dâhil edilmesine cevaz verilemez. Aşağıda açıklayacağımız uyuşmazlığa ilişkin vakıaları veya delilleri öğrenmeye yönelik taleplere (*Ausforschungsbeweis* veya *fishing expedition*) cevaz verilmemesi anlayışı ile bu durum bağdaşmamaktadır. Aynı geleneğe dayanan İngiliz hukukunda ise bir ön aşama olarak ifşa usulü (*disclosure*) geçerlidir. İngiliz sistemi de benzer özellikler göstermekle birlikte, uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinme ve delilleri öğrenmeye yönelik taleplere müsaade etmemektedir⁵⁰⁰.

Yemin ettirilerek karşı tarafa ve tanıklara delil keşfi sürecinde sorular yöneltilebilmektedir⁵⁰¹. Ayrıca, belgelerin incelenmesi ve fotokopisinin alınması ile keşfe konu şeylerin tevdi edilmesi veya incelenmesinin sağlanması gibi birçok imkân sunulmaktadır⁵⁰². Etkin bir delil keşfi usulünün yürütülebilmesi için bazı yaptırımlar da öngörülmüştür. Süreci başlatan tarafın iddiasının kabul edilmiş sayılmasına varacak kadar çeşitli yaptırımlar uygulanabilmektedir. Söz konusu bu araçlar ile dava malzemesi tam anlamıyla toplanabildiği için, taraflar arasında silahların eşitliği sağlanmış olur⁵⁰³. Delil keşfi aşamasında tarafların aleyhine bazı durumlar (*özellikle ticari sırların karşı tarafça öğrenilmesi vb.*) ortaya çıkabilir. Şu hâlde, tarafların saklı tutmakta menfaatleri olan bilgi ve belgelerin açığa çıkmasını önleyici önlemler de öngörülmüştür. Mesela, kişinin ticari sırları, avukatıyla yaptığı görüşmeler veya cezai sorumluluğunu gerektiren bir eylem hakkında açıklama yapması beklenmemektedir⁵⁰⁴.

⁴⁹⁹ Figanmeşe, 178. Vakıa iddialarının somutlaştırılması ve deliller ile ilişkilendirilmesi *Anglosakson* Sistemde de söz konusudur. Sadece somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine yönelik dava malzemesinin elde edilmesi noktasında farklılık vardır, bkz. Lorenz, (*pre-trial*), 46.

⁵⁰⁰ İngiliz hukukunda uyuşmazlığa ilişkin deliller hakkında bilgi edinilmesi ve delillerin elde edilmesi yasağını ihlal etmeye yönelik taleplere cevaz verilmemektedir, bkz. Lang, 179; Daniel Waterstraat, "Informationspflichten der nicht risikobelasteten Partei im Zivilprozess", *ZZP*, B. 118, H. 4, 2005, 471; Freudenthal, 60; Reinkenhof, 230; Koch, 76, 77.

⁵⁰¹ Figanmeşe, 186; Prütting, (*Discovery*), 155; Koch, 50.

⁵⁰² Lorenz, (*pre-trial*), 47; Yoshida, 96-100; Çelikoğlu, (*Avukatın Delil Toplaması*), 240-244; Figanmeşe, 187-191; Yalabık, 290-315.

⁵⁰³ Lorenz, (*pre-trial*), 49, 60; Yoshida, 77; Lang, (§ 142), 115; Prütting, (*Discovery*), 154; Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 85; Koch, 48.

⁵⁰⁴ Koch, 52-54; Yoshida, 100-106; Mustafa Göksu, "Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi", *MİHDER*, C. 5, S. 13, 2009, 273; Laurent Killias/Michael Kramer/Thomas Rohner, "Gewährt Art. 158 ZPO eine «pre-trial discovery» nach US-amerikanischem Recht?", *Festschrift für Ivo Schwander*, 2011, 935.

2.2.1.2. Uyuşmazlığa İlişkin Vakıalar Hakkında Bilgi Edinme ve Delilleri Elde Etme Yasağı

Delil gösterilirken somutlaştırma yükünün yerine getirildiğinin kabulü için, ispatın konusu mutlaka belirtilmelidir. İspat vasıtası, ilişkili olduğu ispat konusunun gerçekliğini ortaya koyma işlevini haizdir. İspat konusu belirli olmadığı sürece delil gösterilmiş olmasının hiç bir anlamı kalmaz. Gösterilmiş bir delilin değerlendirilmesi, ileri sürülmüş vakıanın somut bir şekilde ortaya konulmuş olması şartıyla gerçekleşebilir. Hem dava vakıalarının öğrenilmesine hem de somutlaştırılmasına yönelik delil gösterilmesi çabalarına müsaade edilmemelidir. Alman ve İsviçre hukukunda bu yöndeki çabalara engel olmak için, uygulama ile kabul edilmiş vakıalar hakkında bilgi edinme ve delilleri öğrenme yasağı (*Ausforschungsbeweisverbot*) öğretisine dayanılmaktadır⁵⁰⁵. Önceden açıklanmış olması beklenen hususların delillerin değerlendirilmesi aşamasında ortaya çıkmasını sağlamaya yönelik taleplere cevaz verilmemektedir⁵⁰⁶. İspat faaliyeti, yeni bir dava malzemesi elde edilmesine değil, iddianın gerçeğe uygun olup olmadığının anlaşılmasına hizmet etmelidir⁵⁰⁷. İspat edilecek vakıa ve/veya delil anlaşılır olmadığı sürece ispat faaliyetine geçilmeksizin karar verilebilmelidir⁵⁰⁸. Böylece, davanın başında tamamlanması gereken hususların ispat yargılamasına ötelenmesine engel olunmaktadır⁵⁰⁹.

Gerçeğe aykırı açıklama yapmak veya gerçeği saklamak, doğruyu söyleme ödevine aykırılık teşkil eder. Ancak hayat olayı hakkında, karşı taraftan elindeki bilgileri öğrenmeye yönelik çabalar ise, bu ödevine aykırılık teşkil etmemektedir. Bu yöndeki bir çabaya engel olmak için vakıalar hakkında bilgi edinme ve delilleri elde etme yasağına başvurulmalıdır⁵¹⁰. Şu suretle ki, somutlaştırma yükünü taşıyan tarafın

⁵⁰⁵ Müller, 117; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 655, 666; Mark Livschitz/Oliver Schmid, "Sie wollen klagen – Ihr Gegner hat die Beweise – Beweisausforschungsstrategien und ihre Abwehr: Neuerungen im Kontext der eidgenössischen Prozessordnungen aus Sicht der Praxis", *AJP*, H. 6, 2011, 741; Schweizer, (*Substanziieren*), 564; Schellhammer, 256.

⁵⁰⁶ Chudoba, 186; Grunsky, 443; Schneider, (*Klage*), 458; Musielak ZPO/Stadler, § 284, kn. 17; Börü, 199.

⁵⁰⁷ Müller, 117; Beckhaus, 250; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 154; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 29; Meier, 152.

⁵⁰⁸ Müller, 118; Stein/Jonas/Leipold, § 284, kn. 44.

⁵⁰⁹ Brönnimann, 198; BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 29; Braun, 751.

⁵¹⁰ Lüderitz, 20; Grunsky, 444; Chudoba, 187, 188; Beckhaus, 249; MüKo-ZPO/Prütting, § 284, kn. 79. Buna karşın, belirtilen durumda doğruyu söyleme ödevine aykırı hareket edildiği belirtilmektedir, bkz. Börü, 101, 102. Oysa **MEIER** ve **PRÜTTING** doğruyu söyleme ödevinin ihlalinin tarafın kendisinin bile gerçeğe aykırı olduğunu bildiği bir açıklamada bulunmasında gerçekleşeceğini belirtmişlerdir, bkz.

bilgi sahibi olmadığı veya bilgiyi temin edemeyeceği hâllerde, ihtimale dayalı iddiada bulunmasına olanak tanınabilir⁵¹¹. Ancak iddia yükünü taşıyan tarafın bu durumda dahi vakıa iddiasını elle tutulur hâle getirebilmeye yönelik belirli dayanak noktalarından bahsetmesi beklenmelidir⁵¹². Görüldüğü üzere, bu öğreti ile açıkça keyfi ve hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki delil gösterme taleplerine engel olunması amaçlanmıştır⁵¹³. Bu yüzden, somutlaştırılmış bir açıklama yapılması beklenemeyen hâllerde, genel açıklamalara cevaz verilmesi suretiyle iddiada bulunulması, bahsettiğimiz bu yasağa aykırı görülmemelidir⁵¹⁴.

Somitlaştırma yüküne aykırı olarak delil gösterilmiş olmasına rağmen, delilin değerlendirilmesi ve buna göre hüküm kurulmasında ise bir sakınca görülmemektedir⁵¹⁵. Nitekim pratik ihtiyaçlardan dolayı, dava esnasından uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinilmesi ve delillerin öğrenilmesi yasağı benimsenmiştir⁵¹⁶. O hâlde, anılan yasağın yalnızca delil incelemesi suretiyle uyuşmazlık hakkında bilgi toplanmasını engellemeye yönelik olduğu söylenebilir⁵¹⁷. Diğer bir deyişle, deliller vasıtasıyla hayat olayı hakkında bilgi toplanmasına müsaade edilmemelidir⁵¹⁸.

Uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinilmesi ve delillerin elde edilmesine yönelik taleplerin kabul edilmemesi, taraflarca getirilme ilkesine dayandırılmaktadır⁵¹⁹. Genel bir açıklama yapılması üzerine, hâkim, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda, uyuşmazlığa ilişkin ayrıntıları araştırmamalıdır. Yasağın dikkate alınmaması, re'sen araştırma ilkesine göre karar verilmesi sonucunu

Prütting, § 138, kn. 9; Meier, 56. Yani bir taraf gerçeğe uygun olduğunu düşündüğü bir açıklamada bulunur ve bunu tam olarak somutlaştırmaz ise, doğruyu söyleme ödevi hilafına hareket etmiş olmaz. Uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinme ve delilleri elde etmeye yönelik davranışta ise, yapılan açıklamalar gerçeğe uygun olabilir ve fakat yeterli ölçüde izahatta bulunulmamıştır.

⁵¹¹ Müller, 153; Wagner, 712; Mertins, 445, 446; Gessler, 436; Göksu T., 334.

⁵¹² Müller, 154, 155; Wagner, 712; Mertins, 445, 446; Musielak ZPO/Foerste, § 284, kn. 18; Brönnimann, 201, 202.

⁵¹³ Müller, 143; Stein/Jonas/Leipold, § 284, kn. 48; Wagner, 712; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 656; Erdönmez, (*Belgeler in İbrazi*), 163; Ahrens, 253, 254.

⁵¹⁴ MüKo-ZPO/Prütting, § 284, kn. 79. İddiada bulunan tarafın durumu gözetilmeksizin vakıa iddiasının somutlaştırılmasını beklemek hukukî koruma sağlanmaması sonucunu doğurur, bkz. Eschlebach/Geipel, 1678.

⁵¹⁵ Müller, 25; Adloff, 250.

⁵¹⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 656.

⁵¹⁷ Diakonis, 122; Braun, 751.

⁵¹⁸ Erdönmez, (*Belgeler in İbrazi*), 154.

⁵¹⁹ Joachim Zekoll/Jan Bolt, "Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess - Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?", *NJW*, Y. 2002, H. 43, 2002, 3130; Lüke, 293, 294; Peter Scholz, "Die Vorlagepflichten gemäss §§ 142,144 ZPO: Ein gelungener Beitrag zur Fortentwicklung des deutschen Zivilprozesses?", *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, 2007, 911; Erdönmez, (*Belgeler in İbrazi*), 157.

doğurur⁵²⁰. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı bir davada, taraflardan birinin uyuşmazlığa ilişkin tarafın bilmediği bir vakıayı veya delili öğrenmeye yönelik bir amaçla delil gösterilmesine olanak tanınmamalıdır. Re'sen araştırma ilkesinde ise, bu şekilde delil gösterilmiş olması, hâkimin hayat olayını araştırmasını sağlayabilecek niteliktedir. Bu yüzden, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda bahsettiğimiz bu yasağın bir önemi yoktur⁵²¹.

2.2.1.3. İspat Konusunun ve Delillerin Belirtilmesinin Önemi

Delil keşfi usulünde, tahkikat öncesinde tarafların uyuşmazlığa ilişkin ellerindeki dava malzemesini getirmeleri öngörülmüştür. Fakat bunun için özellikle karşı tarafın bu yönde bir talebinin olmasına ihtiyaç yoktur. Mesela, bir tarafın kendi uhdesinde bulunan belgeleri ibraz etmesi için, uyuşmazlığın diğer tarafının bu yönde bir talepte bulunulmasını beklemesine gerek yoktur⁵²². Dolayısıyla, yalnızca karşı tarafın delil olarak dayandığı belgelerin ibraz edilmesi ile yetinilemez. Karşı taraf vakıaları ve delilleri getireceği için, dava dilekçesinde bu hususlarda ayrıntılı bir açıklama yapılmamış olması olağandır. Sürecin başlaması için hangi somut vakıaya dayanıldığının ve hangi delil ile ispat faaliyetinin yürütüleceğinin belirtilmesi şartı aranmamaktadır⁵²³. Öte yandan, uyuşmazlıkla ilgili bilgi ve belgeler delil keşfi aşamasında temin edildiğinden, bir tarafın ciddi bir ihmali olmadığı sürece, somut açıklamalara dayanılamaması sorunu doğmaz. Çünkü tahkikata kadar dava vakıalarını somutlaştırmaya yönelik bilgiler ve mevcut deliller öğrenilmiş olur⁵²⁴.

Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da böyle bir süreç öngörülmemiştir ve bir tarafın kendiliğinden sahip olduğu bilgileri ve delilleri getirmesi de beklenmemektedir⁵²⁵. Keşif usulüyle, somut olmayan muhtemel bir iddiaya dayanıp karşı tarafın açıklamalarıyla maddî hukuka dayalı bir hakkın doğup doğmadığı araştırılabilmektedir⁵²⁶. Dolayısıyla, bu usulün yargılamanın delil temin etme aracı

⁵²⁰ Braun, 751.

⁵²¹ Grunsky, 443; Osterloh-Konrad, 92; Brandt, 124; Baumgärtel/Laumen, 44.

⁵²² Lüpke/Müller, 589; Prütting, (*Discovery*), 159; Yalabık, 93.

⁵²³ Figanmeşe, 175; Koch, 50.

⁵²⁴ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 85.

⁵²⁵ Türkiye'nin 1970 tarihli Hukukî ve Ticari Konularda Yurt Dışında Delillerin Değerlendirilmesi Hakkında Lahey Delil Sözleşmesi m. 23' e çekince koyması da bunu haklı kılmaktadır.

⁵²⁶ Figanmeşe, 258, 259.

olarak kullanılamayacağı ilkesine aykırı olduğunu söyleyebiliriz⁵²⁷. Sonuçta, ispat konusunun somutlaştırılması ve deliller ile ilişkilendirilmesinden evvel delil keşfi safhası yürütülmektedir. Oysa somutlaştırma yükü gereği dava açılırken iddia edilen vakıaların deliller ile irtibatlandırılıp irtibatlandırılması zorunludur. Hatta somutlaştırma yükü yerine getirilmediğinde re'sen başvurulabileceği öngörmüş delillere (*keşif ve bilirkişi gibi*) dahi bakılmaksızın karar verilmesi benimsenmiştir⁵²⁸.

Uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinmeye ve delilleri elde etmeye yönelik bir talep, aslında uygun olmayan bir delil gösterme şeklidir. Bunun için ayrı bir kavram geliştirilmesi pek de isabetli değildir⁵²⁹. Hem belirsiz ifade edilen vakıalar hem de deliller bu yasağın ihlaline sebep olmaktadır. Somutlaştırma yüküyle de bu yasağın kapsamına girebilecek nitelikteki taleplere engel olunabilir⁵³⁰. Türk hukukunda, uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinme ve delilleri elde etmeye yönelik bir çaba, somutlaştırma yüküne aykırılık kapsamında ele alınmalıdır. İspatın konusu ve ispat vasıtası anlaşılabilir şekilde izah edilmediği sürece, usulî bir yük olan somutlaştırma yükünün yerine getirilmediği gözetilerek karar verilmelidir. Diğer bir deyişle, dava malzemesini dava esnasında öğrenmeye yönelik olarak delil gösterilmesi, somutlaştırma yüküne aykırılık teşkil eder ve bunu ifade etmek için ayrı bir kavram geliştirmeye lüzum yoktur.

Her bir delilde ispat konusunun somutlaştırılması belirli farklılıklar arz etmektedir. Aşağıda, ilişkilendirme yükünün kapsamı açıklandıktan sonra, her bir delil türü tek tek ele alınarak somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine ilişkin önem arz eden bazı meseleler üzerinde duracağız.

⁵²⁷ Prütting, (*Discovery*), 155; Lang, (§ 142), 119; Koch, 51.

⁵²⁸ Stein/Jonas/Leipold, § 142, kn. 9; Diakonis, 122, 123.

⁵²⁹ Schellhammer, 256.

⁵³⁰ BK-ZPO/Brönnimann, Art. 152, kn. 33; Meier, 152. Uyuşmazlığa ilişkin vakıaları öğrenme ve delilleri elde etme niteliğinde olan üç durumdan bahsedilebilir. Birincisinde, belirlilik sağlanamadığı için ispat edilecek vakıa veya delil anlaşılabilir. İkincisinde, delil gösterilirken gelişigüzel bir şekilde ifade edilip elle tutulur dayanak noktaları sunulmamış olabilir. Üçüncüsünde ise, ispatı gerekli bir iddiaya dayanmaksızın yeni vakıaların ve delillerin öğrenilmesi çabalanabilir. Her üç durumda da somutlaştırma yükünü ilgilendiren bir husus ortaya çıkmaktadır, bkz. Beckhaus, 246-250. Bu bakımdan, ayrı bir kavrama ihtiyaç olmadığını söylemekte bir sakınca görmüyoruz.

2.2.2. İlişkilendirme Yükünün Kapsamının Genişletilmesi Sorunu

Usul hukukunda belirli bir delilin hükme esas alınması için öngörülen şartlar arasında ilişkilendirme yükü de yer almaktadır⁵³¹. Taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucu olarak, yalnızca tarafların dayandıkları deliller hükme esas alınabilir. Sırf belirli bir delile dayanılmış olması, yeterli değildir; iddia edilmiş vakıaların deliller ile irtibatlandırılması da gerekir. Delilin değerlendirilmesine ilişkin olarak, delil ikame yükü ve ilişkilendirme yükü dışında, bazı şartlar da mevcut olmalıdır. Delilin değerlendirilmesine ilişkin diğer şartlar ile ilişkilendirme yükü arasındaki sınır iyi çizilmelidir. Aksi hâlde, ilişkilendirme yükünün kapsamına girmeyecek hususlar çerçevesinde, vakıa-delil ilişkisinin kurulup kurulmadığı denetimi yapılabilir. İlişkilendirme yükünün kapsamına yalnızca delilin belirgin bir şekilde ortaya konulması girmektedir. Somut olayın şartlarına göre (*delile dayanan tarafın önceden delili inceleme imkânına sahip olup olmaması vb.*) verilecek bilgi düzeyi değişebilir. Ancak, her hâlükârda mümkün olduğu ölçüde somut bilgilerin verilmesi aranmalıdır. Aşağıda belirteceğimiz aşırıya giden bazı şartların ilişkilendirme yüküne bağlanması, hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına sebep olabilir.

2.2.2.1. Delillerin Mahkemeye Verilmesi

Nitelikleri gereği bazı delillerin değerlendirilmesi için mahkemeye getirilmesi lüzumludur. Delilin incelenmesini sağlayacak davranışta bulunmamak aleyhe bir sonuç doğurmakla birlikte ilişkilendirme yükünün kapsamında ele alınmamalıdır.

2.2.2.1.1. Delilin Ashının veya Örneğinin Verilmesi

İddia edilmiş vakıanın hangi delil ile ispat edileceğine yönelik açıklama, o delilin gösterilmesidir. Daha sonra delilin mahkemece incelenebilmesi için teslim edilmesi ise

⁵³¹ Vakıa-delil ilişkisi kurulması zorunluluğu HMK m. 194/2’de öngörülmüştür. Bu düzenlemenin, daha davanın başında vakıaların nasıl nitelendirileceğinin taraflarca bilinmeyeceği gerekçesiyle, ispat hakkını engelleyici nitelikte olduğu ifade edilmiştir, bkz. Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2006, 117. Dilekçeler aşamasında tarafların aralarındaki uyuşmazlığa göre hangi delillerin gösterilmesi gerektiğini belirlemeleri mümkün olabileceği için bu görüşe katılma imkânı yoktur. Ayrıca, HMK m. 145’te sonradan delil gösterilmesine de imkân tanındığı için, taraflardan ilişkilendirme yükünü yerine getirmelerini beklemek, onların ispatta bulunmalarını engelleyici nitelikte görülemez.

delilin sunulmasıdır⁵³². İlişkilendirme yükü kural olarak tarafların dilekçeleri tanzim edilirken yerine getirilir. Dolayısıyla, vakıa-delil ilişkisi kurulmasında, delilin fiilen mahkemeye teslim edilip edilmediğine bakılmaz. Açıkça delil olarak gösterilmiş olmasına rağmen dilekçe verilirken delilin eklenmemiş olması ihtimal dâhilindedir. Delil mahkeme önüne getirilmediği sürece, mahkemenin vereceği kararda o delilin gözetilmesi düşünülemez. Mesela, elindeki keşif konusu şeye dayanan taraf, mahkemece keşfin icrasına karar verilebilmesi için, mümkünse, keşif konusunu da temsil etmek zorundadır. Yalnızca dilekçede keşif konusundan bahsedilmesi delilin incelenmemesi sonucunu doğurabilir. HMK m. 140/5 düzenlemesinde dilekçe ile birlikte verilmeyen belgelerin ibrazı için süre verileceği kabul edilmiştir. Verilen süre içinde belge teslim edilmezse, delilden vazgeçilmiş sayılması sonucu doğmaktadır. Taşınabilir ve mahkemeye sunulması mümkün olan keşfe konu şey için HMK m. 140/5'in uygulanması düşünülemez. Zira HMK m. 140/5 hükmü, yalnızca belgelere özgü bir kanunî düzenlemedir⁵³³. Delilden vazgeçmiş sayılması sonucu doğmaması için, dilekçeye ek olarak keşif konusu şeyin verilmesinde fayda vardır. Keşif konusunun veya belgenin getirilmemesi hâlinde, mahkemece verilecek karar, ilişkilendirme yükü yerine getirilmiş olmasına rağmen, delilin sunulmamış olmasına dayanabilir. Başka bir ifadeyle, delilin mahkemeye tevdi edilmesi hususu, vakıa-delil ilişkisi kurulması açısından önemsizdir.

Birden fazla belgeye delil olarak dayanılmış olup kanunî süre içinde bu belgelerin yalnızca bir kısmı tevdi edilirse, getirilmeyen belgelerin hükme esas alınmaması sonucu doğar⁵³⁴. Aksi durumda, yani bu belgelerin yalnızca bir kısmı delil olarak gösterilmiş olmasına rağmen tamamı ibraz edilse, bu takdirde, yalnızca iddia edilmiş vakıa ile irtibatlandırılan belgeler değerlendirilmelidir. İlk durumda, ilişkilendirme yükü tam olarak yerine getirilmiştir. Delile dayanan taraf, hangi vakıanın ispatında dayanmış olduğu delilin inceleneceğini izah etmiştir. Ancak vakıa-delil ilişkisinin kurulması, tek başına yeterli değildir. Bu yüzden, belgenin de kanunî süre içinde ibraz edilmiş olması

⁵³² Bolayır, 103; İbrahim Aşık, "Güncel Yargıtay Kararları Işığında Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları", *Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-XI*, 2014, 162; Özkes, 277; İbrahim Aşık, "Hakimin Yargılama Faaliyeti Sebebiyle Devlete Karşı Açılan Tazminat Davasına İlişkin Yargıtay Büyük Genel Kurulunun Bir Kararı Üzerine Düşünceler", *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, C. 1, 2015, 623.

⁵³³ Baki Kuru/Alı Cem Budak, "Hukuk Muhakemeleri Kanunun Getirdiği Başlıca Yenilikler", *İBD*, C. 85, 2011, 16; Ömer Ulukapı/Taner Emre Yardımcı, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi", *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, C. 1, 2015, 489.

⁵³⁴ Stein/Jonas/Leipold, § 420, kn. 1; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 129.

da zorunludur. İkinci durumda ise, ilişkilendirme yükü doğru kurulamadığı için, dava dosyasına dâhil edilen delilin hükme esas alınmaması durumu söz konusu olabilir. Vakıa-delil ilişkisi kurulamadığında, delilin dava dosyasında yer almasının hiçbir anlamı olmayacaktır. Aksinin kabulü, HMK m. 194/2'ye aykırıdır. Dava dosyasında yer alan bütün delillerin değerlendirilebileceği kabul edilirse, vakıalar ile delillerin irtibatlandırılmasına gereksinimi duyulmaz. O hâlde, bir delilin teslim edilmesinin o delilin somutlaştırma yüküne uygun olarak ileri sürüldüğü anlamına gelmediğini söyleyebiliriz.

Karşı tarafın elinde olup da yalnızca onun tarafından getirilebilecek delillerde bu durum daha belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, karşı tarafın uhdesindeki bir delile dayanan taraf, o delili dilekçesine eklemek imkânından yoksundur. Delilin eklenmesi, ilişkilendirme yükü kapsamında dâhil edilirse, bu nitelikteki delillerin somutlaştırılması imkânsız olur. Hatta delilin incelenmesinin ispat yükü altında olmayan tarafın takdirine bırakılması şeklinde kabul edilemez bir sonuç doğar. İlişkilendirme yükü delilin tevdi edilmesini gerektirmediği için, ispat yükü altındaki taraf, ileri sürmüş olduğu vakıa iddiası açısından karşı tarafın elindeki delile dayanarak vakıa-delil ilişkisini kurabilir. Bu suretle, üçüncü bir kişideki delil açısından dahi, ilişkilendirme yükü yerine getirilebilir. Somutlaştırma yükü yerine getirildiği takdirde, ilgili kanunî düzenlemelere göre, karşı taraf veya üçüncü kişi delili getirmek zorunda kalacaktır.

Belge delilinde karşılaşılabilecek ve hatalı bir biçimde ilişkilendirme yükünün kapsamına sokulabilecek başka bir husus, belgenin aslının verilmesi açısından kendini gösterir. Belgenin aslının ibraz edilmemesi, o belgeye göre karar verilmesine engel değildir. Karşı taraf belgeye itiraz etmediğinde, belgenin aslının ibrazına gerek kalmaksızın hüküm kurulabilmelidir. Ancak delilin aslı verilmediği için, vakıa-delil ilişkisi kurulmadığı kabul edilirse, aynı sonuca ulaşmak mümkün olmaz. Dolayısıyla, belgenin aslının verilmiş olması şeklinde bir şart, somutlaştırma yükünün kapsamına sokulmamalıdır⁵³⁵. Uygulamada geçerli olan anlayış da bunu desteklemektedir. Yargıtay'a göre, belgedeki imzanın inkârı hâlinde, belgenin aslının incelenmesi gerekli hâle gelir⁵³⁶. Yani belgenin aslının hemen ibraz edilmesi, ilişkilendirme yükünün yerine

⁵³⁵ Aşık, 625 (dn. 24); Karslı, 158.

⁵³⁶ Yargıtay 12 HD. E. 2013/2136, K. 2013/11749, T. 28.03.2013 (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

getirilmesi için zorunlu değildir. Öte yandan, belgeyi ibraz eden taraf, belgenin yalnızca fotokopisine sahip olabilir. Bu durumda, belge aslının ibrazı için, HMK m. 219/1 uyarınca talepte bulunulabilir. Fotokopisi ibraz edilen belge bakımından, ilişkilendirme yükünün yerine getirilmediğinin kabulü, HMK m. 219 kapsamında karşı tarafın veyahut üçüncü bir kişinin elindeki belgeyi ibraza zorlanamaması sonucunu doğurur. Kaldı ki, fotokopinin delil başlangıcı niteliği kabul edilmektedir⁵³⁷. Buna rağmen, belgenin orijinali eklenmediği için, ilişkilendirme yükünün yerine getirilmediğinin kabulü makul görülemez.

2.2.2.1.2. Yabancı Dilde Tanzim Edilmiş Belgeler

İbrazı istenen belgenin tercümesinin de ibrazı ilişkilendirme yükünün kapsamına girmez. Hatta bu nitelikteki belgelerin içeriği hakkında bilgi verilip eklenmesi, yeterli görülmelidir. HMK m. 223/1’de geçen belgenin tercümesinin eklenmesi zorunluğu, bu şekilde anlaşılmalıdır. Uyuşmazlığın çözümü için belgenin bahsedilen içeriğine göre tercümenin ibrazının lüzumlu görülmemesi (*karşı tarafın ikrarı, uyuşmazlığın çözümü için ihtiyaç duyulmaması vb.*) ihtimal dâhilindedir. Gereksiz yere tarafların tercüme yaptırmasının önüne bu şekilde geçilebilir. Belgenin çevirisi eklenmediği için, ilişkilendirme yükünün yerine getirilmediği gerekçesiyle, bu belgenin temsil ettiği vakıa dikkate alınmaksızın karar verilmemelidir. Çevirinin getirilip getirilmemesi, o belgenin delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini ilişkin bir meseledir⁵³⁸. Şayet dayanılan yabancı dildeki belgenin tercümesinin de mutlaka ibrazı şartı aranırsa, yabancı dildeki belgelerde tercümenin verilmesi de, ilişkilendirme yükünün kapsamına girmiş olur. Bu sebeple, yalnızca belge içeriği hakkında tereddütler varsa veya karşı taraf açıkça itiraz etmişse, tercümenin de eklenmesi beklenmelidir.

⁵³⁷ Postacıoğlu/Altay, 656; Kuru, (*İstinafa Göre*), 368. Yargıtay, fotokopinin delil başlangıcı niteliğini dikkate alarak iddia edilmiş vakıa hakkında tanık dinlenebileceğine dikkat çekmektedir, bkz. Yargıtay 3. HD. E. 2014/7722, K. 2014/9296, T. 10.06.2014 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

⁵³⁸ Güray Erdönmez, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı", *İBD*, C. 87, S. 5, 2013, 21.

2.2.2.1.3. İlişkilendirme Yükünün Yerine Getirilmesinde Yaklaşık İspat Şartının Aranması

Öğretide belge açısından temsil edilen bir görüş, ilişkilendirme yükünün kapsamının genişletilmesi sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Bu görüşe göre, karşı tarafın elinde olan belgenin ibrazı için belirli hususlar yaklaşık olarak ispat edilmelidir. Dayanılmış belgenin içeriği, iddia edilen vakıanın ispatı için gerekli olduğu ve karşı tarafın elinde olduğu gibi hususlar yaklaşık olarak ispat edilmelidir ki, belgenin ibrazına karar verilebilsin⁵³⁹. Bu görüşte, Alman hukukunda belge ibrazına karar verilmesinin bazı hususların yaklaşık ispatının aranması temel alınmıştır. Hâlbuki, Alman hukukunda üçüncü kişinin elindeki belgeyi ibraz etmesi yönünde karar verilebilmesi, belgenin bu kişide bulunduğunun yaklaşık olarak ispat edilmesine bağlanmıştır. Bunun sebebi, AMUK m. 430 hükmünde belgenin üçüncü kişide olduğunun yaklaşık olarak (*glaubhaft*) ispatlanmasının açıkça öngörülmesidir⁵⁴⁰. Karşı taraf için belge ibraz zorunluluğu öngören AMUK m. 424'te ise yalnızca ibrazla karar verilmesini haklı kılan sebeplerin (AMUK m. 422 ve 423) yaklaşık olarak ispat edilmesi aranmaktadır⁵⁴¹. Yani Alman hukukunda belge ibrazında yaklaşık ispat şartı çok sınırlı hâllere hasredilmiştir. Kaldı ki, AMUK m. 422 ve 423 hükümleri Türk hukuku açısından uygulanabilir nitelikte değildir⁵⁴². Alman hukuku esas alınarak yaklaşık olarak ispat etme şartının aranması önerilse dahi, bunu, yalnızca belgenin üçüncü kişide olduğunun ispatı ile sınırlandırmak daha isabetli bir tercih olurdu.

⁵³⁹ Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 175; Erdönmez, 26; Hakan Albayrak, *Yaklaşık İspat*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, 234; Simil, 186; Yalabık, 500. İbrayı istenen belgenin karşı tarafta veya üçüncü kişide olduğunun yaklaşık olarak ispat edilmesi gerektiği de belirtilmiştir, bkz. Tanrıver, 813. Ticari defterlerin ibrazına karar verilmesi için de, iddia edilmiş vakıanın defter içeriği ile ispat edilebileceğinin yaklaşık olarak ispat edilmesinin aranabileceği belirtilmektedir, bkz. Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 175.

⁵⁴⁰ Albayrak, 140; Stein/Jonas (23)/Berger, § 430, kn. 1.

⁵⁴¹ Musielak ZPO/Huber, § 424, kn. 2; MüKo-ZPO/Schreiber, § 424, kn. 2-5. Maddî hukuka göre ibraz yükümlülüğü mahkemece anlaşılacağı için AMUK m. 423'te geçen şart yaklaşık olarak ispat edilmelidir. Buna karşın, belgenin içeriğinin, mevcudiyetinin ve neden karşı tarafın elinde olduğunun da yaklaşık olarak ispat edilmesi gerektiği ifade edilmiştir, bkz. Albayrak, 140.

⁵⁴² HMK m. 219'e göre taraflardan birinin delil olarak gösterdiği belgenin ibrazına karar verilebilir. Alman hukukunda karşı tarafın maddî hukuka göre belgeyi vermekle yükümlü olması (AMUK m. 422) ya da onun da belgeye dayanmış olması (AMUK m. 423) gibi şartlar aranır, bkz. Beckhaus, 89-92. Türk hukukundaki kanunî düzenleme bu yönde değildir. Hatta HMK m. 219/1 gereğince elindeki belgeyi ibraz etmesi beklenen taraf, maddî hukuka göre uyumsuzluğun diğer tarafına karşı böyle bir yükümlülük altında olmak zorunda değildir. HMK m. 219/1'de görülmekte olan davaya ilişkin olarak taraflar için ellerindeki belgeleri ibraz etme zorunluluğu öngörülmüştür. Aksi yöndeki bir tutum ile maddî hukuka göre de belge ibrazına dayanak aramak ise bahis konusu düzenleme ile bağdaşmayan bir uygulamanın yaratılmasına sebep olur.

Yukarıda belirttiğimiz görüş, çoğunlukla dayanılan belgenin ibrazına karar verilmemesi sonucunu doğuracak niteliktedir. Şüphesiz ki, anılan hususlara ilişkin olarak somut açıklamalar yapılmış olması ilişkilendirme yükünün kapsamına girer. Mesela gerekmediği hâlde bütün bir yıla ait belge yığınının ibrazını talep etmek suretiyle belge ibrazı istenemez. Çünkü vakıa-delil ilişkisi sağlıklı bir şekilde kurulmamıştır. Belgenin ibrazı için, ayrıca yaklaşık olarak ispat şartının aranmasının doğru olmayacağını söylemeliyiz. Mevcut durumun şartlarına göre ilgili taraftan beklenebilecek seviyede asgari bilginin verilmiş olmasıyla yetinilmelidir. Kendi egemenlik alanında olmayan bir delile dayanan taraf, zaten ayrıntılı açıklama yapma imkânından yoksundur. Yapılan açıklamaların gerçeğe uygunluğunun yaklaşık olarak ispat edilmesi ise bu taraftan beklenebilecek nitelikte değildir. İlişkilendirme yükü yerine getirilirken somut açıklamalarda bulunulması ile yetinilmeli ve ayrıca bunların ispatı şartı aranmamalıdır. HMK m. 121'e göre de bu sonuca ulaşılabilir. Şöyle ki, delile dayanan taraf elindeki delili ibraz etmeli; elinde olmayan delile ulaşılmasını sağlayacak şekilde açıklama yapmalıdır. Elinde bulunmayan belgenin ibrazına karar verilmesini sağlayacak bilgileri veren taraf, HMK m. 121'e uygun olarak delil göstermiştir. Şayet ibrazı istenen belgenin karşı tarafta olduğunun gerçeğe yakın olarak ispatı gibi bir şart da aranır ise HMK m. 121'de açıkça öngörülmemiş bir hususun uygulanması sonucu doğar.

Tanık delili açısından ise, özel bir durumda, yaklaşık olarak ispat etme şartının aranabileceğini söyleyebiliriz. Kural olarak, tanığın hayat olayı hakkında nasıl bilgi sahibi olduğunun açıklanması beklenmez. Alman Federal Mahkemesi buna bir sınırlandırma getirmiştir. Tanık şayet bir kişinin iradesinin ne yönde gerçekleşmiş olduğunun ispatı için dinlenecek ise tanık deliline dayanan tarafın bu yönde bir açıklamada bulunması da beklenmelidir⁵⁴³. Buna ek olarak, tanığın dinlenebilmesi için yaklaşık olarak ispat şartının aranamayacağı şu husustan da bahsedilebilir. Tanık deliline dayanıldıktan sonra verilecek tanık listesinde tanığın davet edilmesine yönelik bilgiler (*ad, adres, işyeri vb.*) paylaşılır. İspat yükü altındaki tarafın bu bilgilere sahip olduğu durumlarda bir sorun ile karşılaşamaz. Fakat ihtiyaç duyulan bilgiler yalnızca karşı tarafça biliniyor olabilir. Tanığın davet edilebilmesi için karşı tarafın istenen bu

⁵⁴³ BGH, Urt. v. 04-05-1983 - VIII ZR 94/82 (NJW, Y. 1983 H. 36, 2034). Öğretide bu karar geniş ölçüde kabul edilmiştir, bkz. Baumgärtel/Laumen, 44; Stein/Jonas/Leipold, § 284, kn. 44; Ahrens, 748.

bilgileri paylaşması kabul edilmelidir⁵⁴⁴. Şu şartla ki, delile dayanan taraf neden bilgi sahibi olmadığını ve tanığa ilişkin bilgilerin neden karşı taraftan temin edilebileceğini somut bir şekilde açıklamış olmalıdır. Belirtilen bu hususların yaklaşık olarak ispat edilmesi şartı ise aranmamalıdır.

2.2.3. İspat Konusunun Bildirilmesinin Delil Türleri Bakımından Önemi

Delilin niteliğine göre ispat konusunun bildirilmesine yönelik zorunluluğun kapsamı farklılık arz edebilir. Her delil kendi niteliğine uygun gerekliliklere sahiptir. Muayyen bir delile dayanarak iddia ettiği vakıayı ispat etmek isteyen taraf, bunu göz önünde tutarak, vakıa-delil ilişkisini kurmaya çalışmalıdır. Kesin deliller arasında yer alan kesin hükme bu kapsamda yer verilmeyecektir. Bunun sebebi, kesin hüküm kapsamında yer alan hususların somutlaştırılması noktasında tartışmaya açık bir hususun bulunmamasıdır.

2.2.3.1. Yemin Delilinde

Yemin deliline istinaden karar verilebilmesinin öncelikli şartı, kendisine ispat yükü terettüp eden tarafın yemin teklifinde bulunmasıdır. Yeminde hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır. Kanunda geçen şartlar (*usulüne uygun teklif, karşı taraf davetiye gönderilmesi gibi*) sağlandığı takdirde, iddia edilmiş vakıanın ikrar edilmiş sayılması sonucu doğar⁵⁴⁵. Yemin teklifi üzerine, karşı taraf yemini eda etmek, iade etmek veya yeminden kaçınmak şeklinde tercihlerde bulunabilir. Kendisine yemin teklifinden bulunulan tarafa hangi tercihte bulunulacağını sağlıklı bir şekilde değerlendirilebilme imkânı tanınmalıdır. Bu ise ancak ispat konusunun teklif olunan tarafça bilinmesinden geçer. Nitekim Alman hukukunda yemin delilinin geçerli olduğu dönemde bu yönde görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler çerçevesinde ispatın konusunun belirli ve anlaşılabilir olmasının yeminin icrası için gerekli olduğunu söyleyebiliriz⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Müller, 149, 150; Oberheim, 373. Karşı tarafın talî somutlaştırma yükü gereğince tanığa dair bilgileri paylaşması beklenemez. Buna karşın, delillerin değerlendirilmesi aşamasında bu bilgilerin paylaşılmamış olduğu göz önünde tutulmalı ve bilgi vermekten imtina eden taraf aleyhine değerlendirilmelidir, bkz. Ahrens, 745.

⁵⁴⁵ Guido Esser, *Der Ausforschungsbeweis*, Bonn 1969, 40; Ejder Yılmaz, *Yemin (Medeni Yargılama Hukukunda)*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, 94; Postacıoğlu/Altay, 694.

⁵⁴⁶ Esser, 40; Chudoba, 82.

Dolayısıyla, kendisine yemin teklif edilen tarafın yemine konu hususu bilmek yönündeki menfaatine ciddi ölçüde önem verilmelidir.

Diğer taraftan, yemin teklifinin caiz olup olmadığı hakkında karar verilmesi de ancak ispat konusunun belirlenebilir nitelikte olması ile mümkündür. Şöyle ki, karşı tarafa, yalnızca kendisinden kaynaklanan vakıalar bakımından, yemin teklif olunabilir (HMK m. 225). Zira yemin edecek kişinin bilmediği bir vakıa hakkında açıklama yapması düşünülemez⁵⁴⁷. İddia edilmiş vakıanın yemin teklif olunun kişiden kaynaklanıp kaynaklanmadığı, bu vakıanın somutlaştırılmış olması hâlinde anlaşılabılır. Buna ilaveten, yemine sorulacak soruların formüle edilebilmesi ispatı gereken vakıa iddiasına bağlıdır. Yapılmış açıklamaların yemin teklifine elverişli olup olmadığının denetimi mahkemece gerçekleştirilebilir⁵⁴⁸. İspatın konusu anlaşılabılır değilse, hâkimin yöneltilecek soruları tayin etmesi güçleşir.

Yemin teklifine konu olacak çekişmeli ve hukuken önem arz eden vakıa veya vakıaların yeterli ölçüde somutlaştırılıp somutlaştırılmadığı denetlenmeden yemin teklifine cevaz verilemez. Karşı tarafın dava için lüzumlu vakıaları bildirmesini sağlayacak şekilde yemin teklifi, somutlaştırma yükünün ihlali anlamına gelir. Gerekli ise aydınlatma ödevi çerçevesinde yemin teklif eden tarafın yeni açıklamalarda bulunması sağlanabilir⁵⁴⁹. Fakat karşı tarafa vakıa iddiasının somutlaştırılması için sorular yöneltilemez. Nitekim ispat konusu dışında kalan hususlar hakkında hâkimin bilgi edinmek üzere sorular yöneltemeyeceği, HMK m. 237'nin hükûmet gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Hakkında yemin edası talep edilen vakıa iddiası anlaşılabılır hâle getirilmediği sürece, yemin teklifi, karşı tarafa yöneltilmemelidir⁵⁵⁰. Karşı tarafın vakıa iddiası hakkında bildiklerini paylaşmasını sağlamaya yönelik yemin teklifi geçersizdir. Hayat olayı hakkında bilgi almak üzere yapılan yemin teklifi yeni bir vakıayı öğrenmeye yöneliktir ve bundan dolayı gösterilen delile başvurulmamalıdır⁵⁵¹. Çünkü iddiada bulunan taraf somutlaştırma yükünü yerine getirmemiştir. Mesela, bir kişinin işlem anında iyiniyetli olup olmadığı şeklindeki yemin teklifi, somutlaştırma yükü

⁵⁴⁷ Yılmaz, (*Yemin*), 90; Tanrıver, 864.

⁵⁴⁸ Esser, 40, 41.

⁵⁴⁹ Yılmaz, (*Yemin*), 119.

⁵⁵⁰ Esser, 58-61; Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 107; Yılmaz, (*Yemin*), 90.

⁵⁵¹ Esser, 41; Lüderitz, 8.

yerine getirilmediğinden ötürü, kabul edilemez⁵⁵². İyiniyete engel olan vakıa ne ise o vakıa somutlaştırılarak izah edilmeli ve karşı tarafın gerçekte bu konuda bilgi sahibi olup olmadığı yönünde yemin teklif edilmelidir.

2.2.3.2. Belge Delilinde

İspat konusunun belirtilmesi zorunluluğunda belge ve ticari defterler aynı kapsamda ele alınabilir. Her ikisi de belge niteliğini haiz olup; ispat edilmesi gereken vakıanın belirtilmesi aynı şekilde gerçekleşecektir. Somutlaştırma yüküne aykırı olarak delil gösterilmesi, özellikle belge açısından ciddi bir öneme sahiptir. İspat yükü altında olan taraf, bir vakıayı iddia etmekten ziyade, uyuşmazlıkla ilgili bütün belgelerin ibrazına karar verilmesini sağlamaya yönelik bir strateji izleyebilir. Böylece, belgenin ibrazına karar verebilmesi, çoğu kez genel geçer ifadeler ile açıklanmış iddialara dayanabilir⁵⁵³. İspat yükünü taşıyan tarafın kendi elinde bulunan belgeler açısından bu sorun yaşanmaz. İçeriği önceden incelenebilen bir belge söz konusu olduğu sürece, dayanılan vakıalar bakımından, açıklama yapma imkânı kolaydır ve elindeki belgeleri verip vermeme tamamen ispat yükü altında olan tarafın iradesindedir. Hatta elindeki belgeleri ibraz etmekten kaçınan taraf, kendi uhdesindeki bu delile dayanmama yolunu dahi tercih edebilir (HMK m. 140/5)⁵⁵⁴. Belgenin getirilmiş olması ise tek başına yeterli değildir. İspat edilecek vakıa da açıklanmış olmalıdır⁵⁵⁵. Taraflarca getirilme ilkesi gereği, davaya bakan hâkim, önüne getirilmiş belgelere bakarak, uyuşmazlık açısından önem arz eden vakıaları bulmak gibi bir görev altında değildir⁵⁵⁶. İbraz edilen belge ile ilişki kurulması, somut bir vakıa iddiasında bulunulduğu anlamına gelmez. Vakıanın da açıkça belirtilmesi beklenmelidir⁵⁵⁷. Bu gereklilik, karşı tarafta veya üçüncü kişide

⁵⁵² İyiniyetli olup olmama bakımından yemin teklif edilebileceği şeklinde aksi yönde bir görüş de belirtilmiştir, bkz. Üstündağ, (*Medeni Yargılama*), 687.

⁵⁵³ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 153, 154.

⁵⁵⁴ Belgenin verilmemesi hâlinde, belirtilen durumda vakıa iddiasının ispat edilememiş sayılacağı belirtilmektedir, bkz. Karslı, 521; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, 406. Ancak iddia edilen vakıa hakkında başka bir delilin olup olmadığına bakmaksızın bu şekilde bir sonuca ulaşılması doğru değildir. Anılan durumda yalnızca o belgeye delil olarak dayanmaktan vazgeçildiği sonucuna ulaşılmasının doğru olacağı kanaatindeyiz.

⁵⁵⁵ Yargıtay 22. HD, E. 2015/6809, K. 2016/10353, T. 11.04.2016 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁵⁶ Eschlebach/Geipel, 1671.

⁵⁵⁷ Schneider, (*Klage*), 407; Andreas Geipel/Günter Prechtel, "Brennpunkte des Zivilprozesses und Reaktionsmöglichkeiten auf gerichtliche Fehler", *MDR*, H. 6, 2011, 337. Buna karşın, dava dosyasından yer alan delilden anlaşılan vakıanın ispatlanmış gibi hükme esas alınacağı belirtilmiştir, bkz. Umar, 144.

bulunan belgelerde, uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinme ve delil elde etme yasağı bakımından önem arz edecektir. Öncelikle belgenin ibraz edilmesi ve daha sonra iddia edilmesi gereken vakıaların açıklanacağı veya belirsiz bırakılan vakıa iddiası hakkında sonradan ayrıntılı açıklama yapılacağı ileri sürülmüş olabilir. Bu şekilde delil gösterilmesinin mümkün olup olmadığı ele alınmalıdır.

İspat için belgeye dayanılmış olması vakıa iddiası bakımından iddia ve somutlaştırma yükünü sona erdirmez⁵⁵⁸. İbrazi istenen belge ile ispat edilecek vakıa somut bir şekilde açıklanmış olmalıdır⁵⁵⁹. Yargılama, hukuken önem arz eden vakıalar üzerinde toplanır. Hukuken önem arz eden bir vakıanın söz konusu olup olmadığının anlaşılabilmesi için belgenin hangi vakıanın ispatında kullanılacağı belirtilmelidir⁵⁶⁰. Somutlaştırma yüküne aykırı olarak delil gösterilmesini önleyebilmek için bu durum önem arz etmektedir⁵⁶¹. Hem belgenin kimin elinde olduğu hem de belgeye delil olarak dayanan tarafın ispat edilecek vakıaya iştirak edip etmediği önemlidir. Karşı tarafın elinde olsa dahi ispat yükü altındaki tarafın iştirak ettiği veya gözlemleyebildiği bir vakıaya ilişkin belgenin ibrazı için ispat konusunun anlaşılır bir şekilde izah edilmesi zorunluluğu sona ermemelidir. Mesela, işyerinde mobbing uygulandığını iddia eden bir işçinin, buna ilişkin tanzim edilmiş belgenin ibrazını sağlayabilmesi için, mobbing teşkil eden eylemi somutlaştırarak izah etmesi gerekir⁵⁶². İspat edilecek vakıanın somutlaştırılması imkânı mevcut olduğu takdirde, ispat vasıtasının karşı tarafın uhdesinde olması, vakıa iddiasına ilişkin ayrıntıların açıklanması gerekliliği bakımından bir öneme sahip değildir.

Karşı tarafın egemenlik alanında kalan ve hakkında somut açıklamalarda bulunulması beklenemeyen vakıa iddiası bakımından ise, belge ibrazına karar verilmesi için aranacak şartlar esnetilmelidir⁵⁶³. Aynı durum, uzmanlık bilgisini gerektiren

⁵⁵⁸ İspat aracı olan belge vakıa iddiasının yerine geçmez. Belgeye dayanılıyor olsa dahi iddia yükü altında olan taraf somut vakıa iddiasında bulunmalıdır. Dayanılan belgeden hangi vakıa iddiasına dayanıldığı karşı tarafça anlaşılamadığı sürece somutlaştırma yükü yerine getirilememiş demektir, bkz. Groner, 47, 48.

⁵⁵⁹ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 144; Göksu T., 235, 236.

⁵⁶⁰ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 152.

⁵⁶¹ Stein/Jonas (23)/Berger, 424, kn. 3. AMUK m. 424'te bu gibi durumları aşmak üzere Japon hukuku çerçevesinde değişiklik yapılması önerilmiştir. Buna göre, delil olarak dayanılan belge elinde olmayan tarafın belgenin tayin edilmesi için lüzumlu bilgileri vermesi ile yetinilmelidir, bkz. Yoshida, 245-247.

⁵⁶² Leipold, 569, 570; Lang, (§ 142), 129, 130; Arun Kapoor, *Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung*, Nomos Verlag, München 2009, 220; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 159, 160.

⁵⁶³ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 160. Mesela, iddia yükü altındaki tarafın iştirak etmediği bir görüşme açısından, somutlaştırma ölçüsü daraltılmalıdır, bkz. BK-ZPO/Killias, Art. 221, kn. 23.

hususlarda da söz konusudur. Kuşkusuz ki, ibraz edilmesi istenen belge ile ispat edilecek vakıayı somutlaştırabilmek için uzmanlık bilgisine ihtiyaç duyulacaktır. Bilgi eksikliği sebebiyle, somutlaştırma yükünü yerine getirmesi, bu hâlde, katı şartlara bağlanmamalıdır⁵⁶⁴. Genel olarak ifade edilen vakıa iddiasının somutlaştırılması zor olsa da, yine belirli hususlardan bahsedilmesi beklenmelidir⁵⁶⁵. Tamamen karşı tarafın elindeki belgenin ibrazını sağlama niyetiyle elle tutulur şekilde açıklanmamış vakıalar ile donatılan bir başvuruya ise cevaz verilemez. Vakıa iddiası hakkında muayyen dayanak noktaları getirilip getirilmediğine bakılmalıdır. Böylece, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olan belge ibrazına yönelik taleplerin önüne geçilebilir.

Belge ibrazında, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi gerekliliğinin önemi, ibraz kararına uyulmadığı takdirde anlaşılabılır. Davanın görüldüğü mahkeme, belgenin ibrazına karar verirken, ibraz etmemenin sonuçlarını da mutlaka açıklamalıdır. Bir tarafın aleyhine sonuç doğuracak şekilde süre verildiğinde, hukukî güvenlik gereği, ortaya çıkacak sonuç da bildirilmiş olmalıdır. İMUK m. 161 hükmünde bu yönde açık bir düzenleme yer almaktadır. Her ne kadar Türk hukukunda bu yönde açık bir hüküm olmasa da, belgeyi ibraz etmemenin sonuçları önceden bildirilmelidir⁵⁶⁶. Süre verilirken buna yönelik bir açıklama yapılmamış olması hâlinde, belgenin ibraz edilmemesi hâlinde, belgeyi elinde bulunduran tarafın aleyhine karar verilemez⁵⁶⁷. Belge ibraz edilmediğinde vakıa iddiasına göre karar verilebilmesi şeklinde bir yaptırım ortaya çıkabileceği için, yaptırımın açıklanması, ispat konusunun somut bir şekilde ileri sürülmesi ile gerçekleşebilir. O yüzden, belgeyi ibraz etmemenin sonuçlarının bildirilmesi, vakıa iddiasının somut bir şekilde izah edilmiş olmasına bağlıdır. Uyuşmazlığın karara bağlanabilmesi açısından da vakıa iddiasının somutlaştırılması önem arz eder. Belge ibraz edilmediğinde mahkeme, iddia edilen vakıaya göre karar verebilmektedir⁵⁶⁸. Hakkında yeterli ölçüde açıklama yapılmamış bir vakıaya dayanarak hüküm kurulması ise mümkün değildir. Nitekim HMK m. 297/1 - (c)'de açıkça ifade edildiği üzere, hüküm verilirken esas alınan vakıalar mutlaka izah edilmiş olmalıdır.

⁵⁶⁴ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 165; KSZ-ZPO/Leuenberger, Art. 221, kn. 46; BK-ZPO/Killias, Art. 221, kn. 23.

⁵⁶⁵ Belgenin içeriğinin bildirilmesi hem karşı tarafın gereksiz yere taciz edilmemesine hem de gizli kalmasını istediği bilgilerin korunmasına hizmet eder. Kaldı ki, karşı tarafın elindeki belgeye dayanan tarafın içeriği de bilmesi beklenebilir niteliktedir, bkz. Göksu, 260.

⁵⁶⁶ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 218.

⁵⁶⁷ Spühler/Dolge/Gehri, 246; BK-ZPO/Hasenböhler, Art. 161, kn. 6.

⁵⁶⁸ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 167; Stein/Jonas (23)/Berger, § 424, kn. 4.

2.2.3.3. Tanık Delilinde

Tanık deliline dayanıldığında da somutlaştırma yüküne aykırı olarak delil gösterilmesi söz konusu olabilir. Uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinilmesi ve delillerin elde edilmesi için tanık gösterilemez. Yani tanığın dinleneceği vakıanın somut bir şekilde belirtilmesi beklenmelidir⁵⁶⁹. Zira vakıa iddiasının somutlaştırılması sayesinde tanık dinlenmesinin câiz olup olmadığı tespit edilebilir⁵⁷⁰. Öte yandan, somutlaştırma yükünün tanıklarca yerine getirilmesi düşünülemeyeceğinden, tanıkların hangi hususlarda dinlenmesi gerektiğinin somut bir şekilde belirtilmiş olması aranmalıdır⁵⁷¹. Mesela hangi hakaretimiz sözlerin sarf edilmiş olduğunu⁵⁷² veya uyuşmazlığın nasıl ortaya çıktığını⁵⁷³ açıklaması için tanık deliline dayanılamaz. Bunun yanında, tanığın olay hakkında edindiği kanaati açıklaması (*söylenen sözlerin hakaret olduğu; ilgilinin iyiniyetli olduğu gibi*) da düşünülemez⁵⁷⁴. Hâkime ait görevin tanığa devredilmemesi açısından buna dikkat edilmelidir. Tanık ile olayın nasıl cereyan ettiği anlaşılmalı ve değerlendirme hâkim tarafından yapılmalıdır. Tanık yalnızca ileri sürülmüş vakıalar hakkında bilgi verebilir⁵⁷⁵. Bu yüzden, hangi vakıaya dayanıldığının somut bir şekilde açıklanması beklenmelidir.

Tanık delili ile ispat edilecek vakıanın somutlaştırılarak ileri sürülmesi tanığa gönderilecek davetiye açısından da önem arz eder. Davetiyede tanığın hangi konularda dinleneceğinin açıklanması gerekir (HMK m. 244/1 - (c); AMUK m. 377/2 - (2))⁵⁷⁶. Bu suretle, tanığın bilgi sahibi olmadığı bir konuda dinlenmesinin önüne geçilebileceği düşüncesindeyiz. Şöyle ki, tanıklık yapacağı konuları gören tanık, bilgi sahibi değilse, bunu açıklama imkânı bulabilecektir. Bunun yanında, açıklama yapılırken tanık bazı dokümanlara ihtiyaç duyabilir. Özellikle akılda tutulması zor olan hususlar açısından

⁵⁶⁹ Schneider, (*Klage*), 467; Peter Schumacher, "Einvernahmetechnik im Zivilprozess", *AJP*, H. 6, 2005, 697; Erdönmez, 36; Ahrens, 746.

⁵⁷⁰ Postacioğlu/Altay, 718. Hâkim, iddia edilmiş vakıa hakkında tanık dinletilmesinin mümkün olup olmadığına bakmalıdır, bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, (3. Bası), 488.

⁵⁷¹ Schumacher, (*Einvernahmetechnik*), 697; Mertins, 447; Postacioğlu/Altay, 717, 718.

⁵⁷² Lang, 39; Schellhammer, 256.

⁵⁷³ Stein/Jonas/Leipold, § 284, kn. 44.

⁵⁷⁴ MüKo-ZPO/Damrau, § 373, kn. 3; Musielak ZPO/Huber, § 373, kn. 2.

⁵⁷⁵ Staehelin/Staehelin/Grolimund, 320.

⁵⁷⁶ Davetiyede tanığa yöneltilecek soruların yer almasının gerekip gerekmediği tartışmalı bir konudur, bkz. Stein/Jonas (23)/Berger, § 359, kn. 7. Soruların davetiyede belirtilmiş olmasına, tanığın belli bir yönde cevap vermesine ortam hazırlanmış olacağı gerekçesiyle, karşı çıkılmaktadır, bkz. Musielak ZPO/Stadler, § 359, kn. 3; Ahrens, 288; 765. Benzer şekilde, İsviçre hukukunda da davetiyede uyuşmazlık hakkında ayrıntılı bir açıklama yapılmaması önerilmektedir, bkz. KSZ-ZPO/Weibel/Nägeli, Art. 170, kn. 1; BK-ZPO/Rüetschi, Art. 170, kn. 3.

bunu söylemek mümkündür. Nitekim HMK m. 261/2’de tanığın istisnai olarak yazılı not kullanmasına cevaz verilmiştir⁵⁷⁷. Tanığın açıklama yaparken ihtiyaç duyacağı bu dokümanları duruşmaya getirmesi ancak ona gerekli bilgilerin verilmesi durumunda mümkün olabilir⁵⁷⁸. Ayrıca, çekinmeyi haklı kılan bir sebebin mevcut olup olmadığının anlayabilmesi için de, tanığın dinlenileceği vakıaların somutlaştırılması gerekir. Nitekim HMK m. 260 düzenlemesine göre hâkimin tanıklık yapılacak konularda tanığı aydınlatması gerekir. Bunlara ilaveten, tanığın dinlenmesi istinabe ile gerçekleşebilecekse, istinabe olunan hâkime çekişmeli vakıaların nelerden ibaret olduğu belirtilmelidir⁵⁷⁹. Çekişmeli vakıanın somut bir şekilde açıklanmış olması bu bakımdan da önemlidir. Tanığın dinlenmesi aşamasında ise, taraflarca getirilme ilkesine bağlı kalınmalıdır. Bu yüzden, tanığa iddia edilmiş vakıaların dışında kalan bir husus hakkında açıklama yapabilmesini sağlayacak sorular yöneltilmemelidir⁵⁸⁰. HMK m. 261/3’te bu duruma değinilmiştir. Tanığa yalnızca ifade ettiği hususları açıklama ve tamamlama imkânı verilmelidir.

2.2.3.4. Keşif ve Bilirkişi Delillerinde

Keşif ve bilirkişi delilini birlikte incelememizin sebebi, mahkemenin gerekli gördüğünde bu delillere kendiliğinden başvurabilmesidir. Bu noktada, ispata konu teşkil edilen vakıanın somutlaştırılmamış olmasına rağmen, mezkûr delillere re’sen başvurulup başvurulamayacağı sorunu gündeme gelir. Türk hukukunda keşif ve bilirkişi delili re’sen başvurulabilmesine imkân tanınmış delillerdir⁵⁸¹. Taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin vakıaların ispatında hâkim kendiliğinden bu delillerden istifade edebilmektedir. Alman (AMUK m. 144) ve İsviçre (İMUK m. 183) hukukunda da hâkimin bu delillere gerek gördüğünde başvurmasına imkân tanınmıştır. Taraflarca getirilme ilkesinde, keşif yapılırken ve bilirkişi görevlendirilirken dikkat edilmesi gereken husus, uyuşmazlığa ilişkin vakıaların getirilmesinin yine tarafların

⁵⁷⁷ Postacıoğlu/Altay, 730; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, 438, 439.

⁵⁷⁸ Schumacher, (*Einverhanmetchnik*), 700; BK-ZPO/Rüetschi, Art. 170, kn. 3.

⁵⁷⁹ MüKo-ZPO/Heinrich, § 359, kn. 4; Musielak ZPO/Stadler, § 359, kn. 3.

⁵⁸⁰ Chudoba, 74; Stein/Jonas (23)/Berger, § 396, kn. 6. Taraflarca getirilme ilkesi neticesinde tanık deliline re’sen başvurulmadığından tanığa yöneltilecek sorularda ispat konusu ile bağlı kalınmalıdır, bkz. Schumacher, (*Einverhanmetchnik*), 697, 698.

⁵⁸¹ Delile re’sen başvurulabilmesi, taraflarca getirilme ilkesi açısından bir istisna teşkil etmektedir, bkz. Mehmet Kamil Yıldırım, "Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu", 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, 2004, 836; Yalabık, 447.

sorumluluğunda olduğudur. İddia edilen vakıalar açısından taraflar için iddia ve somutlaştırma yükü sona ermemektedir⁵⁸². Mahkeme için tarafların dayanmış oldukları vakıalar ile bir sınır çizilir ve mahkeme bu sınırın dışına çıkamaz. Uyuşmazlığın hâlli için önem arz eden ve fakat iddia edilmesi ihmal edilmiş bazı vakıalar söz konusu olabilir. Re'sen başvurulabileceği öngörülen deliller aracılığıyla bu vakıaların yargılamaya dâhil edilmesine olanak tanınmaz⁵⁸³.

Vakıanın yalnızca iddia edilmiş olması yeterli değildir. Hâkim, ancak somut bir şekilde iddia edilmiş olması kaydıyla, bir vakıa hakkında keşif ve bilirkişi delillerine başvurabilir⁵⁸⁴. Çünkü hangi konuda keşif icra edileceğinin anlaşılması ve bilirkişiye yöneltilecek soruların belirlenebilmesi somut vakıa iddiasına dayanılması ile gerçekleşebilir. Mesela, satım konusu şeyde ayıp olduğu gerekçesiyle, bilirkişi vasıtasıyla ayıbın tespitinin istenmesi mümkün değildir⁵⁸⁵. Ayıp teşkil eden husus belirtilmiş ve uzmanlık bilgisine ihtiyaç duyulan noktalar izah edilmiş olmalıdır⁵⁸⁶. Hükme esas teşkil etmesi istenen ve belirsiz ifadeler ile ortaya konulmuş vakıalar hakkında bilgi toplanabilmesi için delil incelemesi yapılamaz⁵⁸⁷. Nitekim Yargıtay tarafından da belirtildiği üzere, iddia edilmemiş veya somutlaştırılmamış bir hususta bilirkişiye başvurulamamalıdır⁵⁸⁸. Aksi hâlde, mahkemenin hayat olayını re'sen araştırması riski ortaya çıkar⁵⁸⁹. Ayrıca re'sen başvurulabilecek deliller vasıtasıyla vakıa iddiasının somutlaştırılmaya çalışılmasına mahkemenin aracılık etmesi, iddia yükü altındaki tarafın menfaatine üstünlük tanınması anlamına gelir⁵⁹⁰.

⁵⁸² Chudoba, 8; Stein/Jonas/Leipold, § 144, kn. 14; Leuenberger, 5; Ahrens, 486. **WAGNER**, bu durumda ispat yükünün de sona ermediğini belirtmektedir, bkz. MüKo-ZPO/Wagner, § 144, kn. 1. Daha önceki açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi ispat yükü her türlü yargılamaya mahsustur. Bazı delillere re'sen başvurulmasına rağmen ispat yükünün sona ermediğinin ayrıca belirtilmesine gerek duyulmamalıdır.

⁵⁸³ Zettel, 77; Kapoor, 285; MüKo-ZPO/Wagner, § 144, kn. 2; Adloff, 205.

⁵⁸⁴ Stein/Jonas/Leipold, § 144, kn. 5; Adloff, 211; Kapoor, 283, 285; Diakonis, 121; Ahrens, 486. Türk hukukunda yalnızca bilirkişi delili bakımından bu yönde görüş ileri sürülmüştür, bkz. Özkes, 295, 296; Börü, 214.

⁵⁸⁵ Brönnimann, 202; Baumgärtel/Laumen, 44. Satım konusunun ayıplı olduğunu söyleyen taraf, gösterdiği delillerin incelenmesini sağlayabilmesi için, nasıl bir ayıbın olduğunu açık bir şekilde ortaya koymalıdır, bkz. Leuenberger, 2.

⁵⁸⁶ Chudoba, 80; Brönnimann, 200.

⁵⁸⁷ HMK 194'e ilişkin hükümet gerekçesinde belirtildiği üzere, bilirkişi raporu maddî vakıalara hasredilmelidir. Bilirkişi incelemesine konu olabilecek vakıa olmadığı sürece bu delilden yararlanılması düşünülemez. Öğretide de HMK m. 194/2'ye göre hangi vakıa hakkında bilirkişi incelemesinin istendiğinin açıkça bildirilmesi aranmaktadır, bkz. Kuru, (*İstinafa Göre*), 413.

⁵⁸⁸ Yargıtay 22. HD, E. 2014/19856, K. 2014/27672, T. 15.04.2014 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁸⁹ Stein/Jonas/Leipold, § 144, kn. 14; Diakonis, 123.

⁵⁹⁰ BSK-ZPO/Dolge, Art. 183, kn. 2.

Şunu da belirtmeliyiz ki, her iki delile de konu olacak vakıanın somutlaştırılması zor olacağından, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinde, genel açıklamalar yerine göre yeterli görülmelidir⁵⁹¹. İddia edilmiş vakıanın elde olmayan sebeplerden ötürü somutlaştırılamaması durumu re'sen başvurulabilecek delillerde de söz konusu olabilir. Re'sen incelenebilecek delil vasıtasıyla vakıa iddiasının somutlaştırılabileceği düşünülebilir. Lâkin bu yönde bir tercihte bulunulması belirttiğimiz üzere isabetli değildir. İleri sürülmüş bir vakıa iddiası doğrudan deliller aracılığı ile somutlaştırılmaz. İddiada bulunan taraftan vakıa iddiasının somutlaştırması beklenemeyen hâllerde, yine olaya ilişkin belirli dayanak noktalarından bahsedilmiş olması beklenmelidir⁵⁹². Daha sonra karşı tarafın konuya ilişkin açıklamada bulunması sağlanmalıdır. Karşı tarafın açıklamaları ile somutlaştırılan vakıa hakkında bu aşamadan sonra delillerin değerlendirilmesine geçilmelidir.

İddia edilen vakıalar açısından somutlaştırma yükü, özellikle keşif icrasında önemli hâle gelir. Keşif icrasında çoğunlukla vakıanın ispat edilememesi durumu lehine olan tarafın keşif konusunu tevdi etmesi ya da keşif incelemesine katlanması zorunluluğu doğar. Makul görülebilecek nedenler olmadığı sürece, buna uymayan tarafın aleyhine karar verilmesi riski doğar. Yaptırımın ilgili tarafa bildirilmesi, şüphesiz ki, iddia edilmiş vakıanın somutlaştırılmasına bağlıdır. Çünkü uygulanacak yaptırım, iddia edilmiş vakıanın gerçeğe uygun olduğuna yönelik bir sonuca ulaşılması şeklinde kendini gösterebilir (HMK m. 291). Dolayısıyla, keşif icrasına karar verilebilmesi, vakıa iddiasının somutlaştırılmış olmasına bağlıdır.

2.2.4. Hangi Delile Dayanıldığı Belirtilerek Vakıa-Delil İlişkisi Kurulması ve Delillerin Hasredilmesi

Vakıanın iddia edildiği gibi olduğunu ortaya koyacak delil belirlenebilir şekilde açıklanmış olmalıdır. Delilin mahkemece incelenebilmesi için, bu uğurda ihtiyaç duyulacak bilgiler de paylaşılmalıdır. İlişkilendirme yükü bu şekilde yerine getirildiğinde ise deliller hasredilmiş olur.

⁵⁹¹ Ahrens, 488, 979, 980.

⁵⁹² Stein/Jonas/Leipold, § 144, kn. 14; Diakonis, 124; Ahrens, 488.

2.2.4.1. Hangi Delile Dayanıldığıının Bildirilmesi Zorunluluğu

Dayanılan her bir vakıanın delili ile bağlantısı kurularak mahkeme önüne getirilmesi gerekir. Toplu bir şekilde ispat vasıtalarına dayanılması suretiyle deliller ile ilişki kurulması mümkün değildir⁵⁹³. İlişkilendirme yükü yerine getirilirken iki farklı yöntem izlenebilir. Birincisinde, dilekçede somut bir şekilde açıklanan vakıanın hemen akabinde hangi delil ile ispat edileceği belirtilir. İkincisinde ise her bir vakıaya bir numara verilir ve ayrı bir listede numaranın karşısına delil yazılır⁵⁹⁴. Her iki yöntemde de hâkim, dayanılmış her bir vakıanın hangi delil ile ispat edilmek istendiğini anlayabilir⁵⁹⁵. Hayat olayının anlatılması ve sonrasında delillerin topluca gösterilmesi şeklinde bir yöntem izlenmemelidir⁵⁹⁶. Gösterilmek istenen delil açıkça belirtilmediği takdirde hâkimin o delili hatırlatma gibi bir görevi yoktur. Delil listesinde “*sair deliller*”, “*kanunî deliller*” gibi bir ifadenin kullanılmış olması, listede yer verilmeyen delile dayanılmak istendiği yönde bir irade mevcut olduğu sürece, HMK m. 31 çerçevesinde ilgili tarafın bu delili göstermek isteyip istemediği sorulmalı ve tarafın iradesine göre delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği karar bağlanmalıdır⁵⁹⁷. Mesela vakıa iddiasının karşı tarafça reddedilmesi hâlinde bu iddiadan vazgeçileceğinin belirtilmesi yemin teklif edilmesi yönünde yorumlanabilir. Bu durumda, delil listesinde

⁵⁹³ Baumgärtel/Laumen, 44; Börü, 208.

⁵⁹⁴ Örnek için bkz. Ulukapı, 353, 354.

⁵⁹⁵ Özekes, 276, 276 (dn. 18).

⁵⁹⁶ KSZ-ZPO/Leuenberger, Art. 221, kn. 51. İsviçre Federal Mahkemesi, gösterilen delillerin tam olarak izah edilmiş olmasıyla yetinilmemesini ve hangi vakıanın hangi delil ile ispat edeceğinin de açıklanması gerektiğini belirtmiştir, bkz. BGE vom 26. Mai 2004, 5C.72/2004. E. 5.2.

⁵⁹⁷ Türk hukukunda anılan durumda, hâkim tarafından yemin delilinin hatırlatılıp hatırlatılamayacağı tartışmalıdır. Hâkim görüş, yemin delilinin hatırlatılamayacağı yönündedir, bkz. Erdönmez, 18, 19; Bolayır, 87 (dn. 276); Simil, (*Aydınlatma Ödevi*), 1367 (dn. 71); Postacıoğlu/Altay, 699, 700; Karamercan, 209. Dilekçede açıkça yemin deliline dayanılmadığı takdirde yemin delilinin hatırlatılamayacağı şeklinde görüş de öne sürülmektedir, bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, 374; Tanrıver, 865. Anılan ifadelerin kullanılması hâlinde yemin delilinden açıkça bahsedilmemiş olacağı için bu görüşün de aynı yönde olduğunu söylemek mümkündür. Buna karşın, HMK öncesindeki uygulamaya uygun olarak, dilekçede açıkça yeminden bahsedilmemiş olsa dahi, yeminin hatırlatılması gerektiği de savunulmaktadır. Öyle ki, dilekçede “*sair deliller*”, “*kanunî deliller*” gibi ifadeler yer almasa dahi yemin delilinin HMK m. 31 gereği hatırlatılabileceği belirtilmiştir, bkz. Yılmaz, (*Yemin*), 141; Cenk Akil, “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kapsamında Yeminin Konusu ve Yemin Delilinin Hatırlatılıp Hatırlatılamayacağı”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*, 2014, 160, 161; Yalabık, 511. Yeminin hatırlatılmasına gerekçe olarak, dilekçesinde tecrübesiz olduğu için yemin delilini açıkça ifade etmeyen tarafın korunması gerektiği ileri sürülmüştür, bkz. Umar, 740, 741. Aslında delil listesinde yemin delilinin belirtilmesi, gösterilmiş diğer delillerden vazgeçilmesi olarak görülmemektedir, bkz. Üstündağ, (*Medeni Yargılama*), 688. Bu yüzden, dava açılırken delil listesinde ilk aşamada yemin teklif etmek yönünde bir niyet olmasa dahi yemin delilinin açıkça vurgulanmasında fayda vardır.

geçmese dahi yemin deliline dayanılmak istenip istenmediğinin sorulmasının ve tarafın iradesine göre bir sonuca ulaşılmasının gerektiği kanaatindeyiz⁵⁹⁸.

Somut vakıa iddiasının hangi delil ile ispat edilmek istendiğinin anlaşılabilir olması ise tek başına yeterli değildir. Delilin toplanabilmesi için teminine ve incelenmesine elverişli bilgiler de paylaşılmalıdır. Yemin, bilirkişi ve keşif delillerinde bu durum önem arz etmez. Yalnızca mezkûr delillerin ismen zikredilmiş olması yeterlidir⁵⁹⁹. Somut bir vakıa iddiası olduğu takdirde, yemin teklifinin formüle edilmesi veya bilirkişiden hangi konuda bilgi istendiğinin açıklanması mümkün olur. Belki bilirkişi delilinde, hangi uzmanlık alanında görüş alınabileceğinin de belirtilmesi beklenebilir. Yine de dava konusu edilen vakıalardan anlaşılabilir nitelikte olması sebebiyle, bu hususun ilişkilendirme yükü kapsamında görülmemesi gerekir. Nitekim bilirkişinin hangi uzmanlık alanından olacağı veya kimin bu görevi icra edeceğinin belirtilmemesi, somutlaştırma yüküne aykırı olarak delil gösterildiği anlamına gelmez⁶⁰⁰. Dolayısıyla, vakıa-delil ilişkisinin kurulması bakımından delil hakkında ne ölçüde ayrıntılı bir açıklama yapılacağı sorunu yaşanmaz.

Tanık ve belge delillerinde ise sadece delilden bahsedilmiş olması yeterli değildir. Delilin değerlendirilmesine imkân tanıyacak bilgilerin de taraflarca açıklanması beklenmelidir. Delilin değerlendirilmesine yönelik mahkemece karar verilebilmesi için hem delilin içeriği hem de mevcut olduğu hakkında açıklamada bulunulmalıdır. Tarafın kendi egemenlik alanındaki bir delile dayanırken bunları açıklamasında sorun yaşanmaz. Şayet delil (*mesela belge*) karşı tarafta veya üçüncü bir kişide bulunuyorsa, belirtilen hususların açıklanması kolay olmaz. Bu hâlde, tarafın durumu gözetilmek suretiyle dayanılmak istenen delil hakkında makul ölçülerde açıklama yapılması beklenmelidir.

⁵⁹⁸ Yargıtay, “*sair deliller*”, “*kanunî deliller*” gibi ifadelerin yer aldığı durumda tarafın dilekçesindeki iradesine bakmaksızın karar vermektedir. Kararların bir kısmında yemin delilinin hatırlatılamayacağı kabul edilir iken; diğer kararlar aksi yönde olup, bu delilin hatırlatılması gerektiğini belirtmektedir, bkz. Karamercan, 198-209.

⁵⁹⁹ Özekes, 277.

⁶⁰⁰ Chudoba, 75; Musielak ZPO/Huber, § 403, kn. 2; Baumgärtel/Laumen, 44.

2.2.4.1.1. Her Bir Vakıanın Hangi Tanık ile İspat Edileceğinin Belirtilmesi ve Tanık Hakkında Bilgilerin Açıklanması

İlişkilendirme yükünün yerine getirilmesi, kural olarak, tek bir aşamada tamamlanmaktadır. Fakat tanık delilinde iki aşama söz konusudur. İlk aşamada, tanık dinletilmek istendiği yönünde açıklamada bulunulur. İkinci aşamada ise, kimlerin tanık olacağının açıklanması beklenir⁶⁰¹. Tanık deliline dayanan tarafın buna ilişkin listeyi vermesi, hâkimin tanık deliline başvurulmasına karar vermesi hâlinde, gerekli olur. Yani somutlaştırma yükü açısından yalnızca bu delilden bahsedilmesi yeterli iken, tanık listesi verilirken kimin tanık olacağı ve tebliğe elverişli bilgilerin açıklanması gerekliliği doğar⁶⁰². Hâkimin kimlerin tanık olarak dinleneceğini araştırmasına gerek bırakmayacak şekilde tanıklar belirtilmiş olmalıdır⁶⁰³.

Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir karar⁶⁰⁴ üzerinde dikkatle durulmalıdır. Kararda, ilişkilendirme yükü gereğince, tanıklardan her birinin hangi vakıa hakkında dinleneceğinin tek tek belirtilmesinin zorunlu olup olmadığı konusu ele alınmıştır. Davacı taraf, karşı tarafın sadakat yükümlülüğüne aykırı davranması, fiziki şiddet uygulaması ve aile birliğinden doğan görevlerini yerine getirmemesi sebeplerine dayanarak dava açmıştır. Ancak, tanık listesinde yer alan dört tane tanığın bu vakılardan hangisi bakımından dinleneceği açıkça ifade edilmemiştir. Yerel mahkeme tanıklardan her birinin hangi vakıa iddiasında dinleneceğinin belirtilmesini zorunlu görmüştür. Bu yüzden, ilişkilendirme yükü yerine getirilmediği gözetilerek davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay ise, bu durumda, ilişkilendirme yüküne dayanılarak karar verilemeyeceğini belirtmiştir⁶⁰⁵. Karşı oy yazısında ise, vakıa-delil ilişkisi kurma

⁶⁰¹ Tanık delili açısından ilişkilendirme yükü tanık listesinin verilmesi ile tamamlanmış olur. Listenin dilekçeler aşamasında verilmesi zorunlu olmayıp bu delile dayanan taraf listeyi verdiği takdirde liste dışında kalan başka tanıkların dinlenilmesi imkânını kaybeder, bkz. Erdönmez, 38. Daha yargılamanın başında kendi aleyhine böyle olumsuz bir durum yaratmak istemeyen taraf tanık dinlenilmesi mahkemece gerekli görüldükten sonra tanık listesini vermelidir. Buna karşın, Yargıtay, dilekçede tanıklardan bazılarının isimlerinin zikredilmesinin tanık listesi verilerek başka tanıklardan bahsetme imkânına engel olmadığını kabul etmiştir. Karara göre, tanık listesinin verilmesinden sonra delillerin hasredilmesi sonucu doğmaktadır, bkz. Yargıtay 2. HD. E. 2010/15421, K. 2011/15494, T. 12.10.2011 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁰² Ramazan Yılmaz, "HMK Uyarınca Tüm Delillerin Dava veya Cevap Dilekçesinde Gösterilmesi ve Eklenmesinin Zorunlu Olup Olmadığı", *İBD*, S. 5, 2012, 263, 264; Erdönmez, 24, 25; Bolayır, 104; Özekes, 277; Postacıoğlu/Altay, 717.

⁶⁰³ Zettel, 139, 140; Chudoba, 72; Postacıoğlu/Altay, 714.

⁶⁰⁴ Yargıtay 2. HD, E. 2011/1051, K. 2012/798, T. 11.10.2012 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁰⁵ Yargıtay'ın görüşünün gösterilen tanıklardan her birinin tüm uyuşmazlık hakkında dinlenebileceği yönünde olduğunu söyleyebiliriz, bkz. Karamercan, 355-358.

yönündeki usulî yükün bir sonucu olarak, talep sonucunu haklı kılan vakıalardan her biri hakkında hangi tanığın dinlenilmesinin gerektiği görüşü yer almıştır. Buna göre, HMK m. 194/2'e göre tanık delili bakımından böyle bir sonuca ulaşılabilir. Almanya'da, bu karşı oy yazısında belirtilen görüş ile örtüşen bir karar verilmiştir. Karara göre, gürültü yapılması sebebiyle doğan rahatsızlıktan dolayı açılan bir davada, tanık olarak gösterilen komşulardan hangisinin hangi vakıaya şahit olduğu da belirtilmelidir⁶⁰⁶.

Kanaatimizce, tanığın iddia edilen vakıa hakkında tam olarak ne bildiğinin önceden tanık deliline dayanan tarafça açıklanması beklenmemelidir⁶⁰⁷. Karşı oy yazısında temsil edilen görüş, gerçekten yargılamanın süratle ilerlemesini sağlayabilecek niteliktedir. Tanıklardan her birine hangi sorunun yönelteceği bilindiği için, tanıkların dinlenmesi, kısa sürede tamamlanabilir⁶⁰⁸. Lâkin gösterilen tanıkların bilgi durumu her zaman için bu delile dayanan tarafça tahmin edilemez. Dava açılmadan önce dinlenmesi istenen tanıkla yapılacak bir görüşme ile bu temin edilebilir. Oysa tarafların tanıklar ile önceden görüşmemiş olmaları yeğlenmektedir⁶⁰⁹. Çünkü yapılacak görüşme tanığın inandırıcılığının sorgulanması sonucunu doğurur⁶¹⁰. Öyle ki, tanık ile önceden görüşen tarafın tanığı etkilemeye çalıştığı gerekçesi ile cezai sorumluluğu dahi doğabilir⁶¹¹. Tanığın hayat olayının hangi kısmına ne şekilde şahit olduğunun tanık dinlenmeden bilinmeyeceği göz önünde tutulmalıdır. Dolayısıyla, karşı oy yazısında geçen görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim Yargıtay HGK da böyle bir şartın aranmayacağı görüşündedir⁶¹².

2.2.4.1.2. Delil Olarak Dayanılan Belgenin Tayin Edilmesini Sağlayacak Bilgilerin Açıklanması

Somutlaştırma yükü altındaki taraf, dayandığı belge delilini, ispat faaliyetinin yürütülmesine elverişli hâlde sunmalıdır. İspat edilecek vakıanın somut bir şekilde ileri sürülmesinin yanı sıra, bu vakıanın gerçeğe uygun olduğunu gösteren belgenin de ilgili

⁶⁰⁶ AG Hamburg-Altona, Urteil vom 26. 4. 2002 - 318 A C 327/01 (NJW-RR, Y. 2003, H. 3, 154).

⁶⁰⁷ Ahrens, 747.

⁶⁰⁸ Hafter, 156.

⁶⁰⁹ Eschlebach/Geipel, 1678.

⁶¹⁰ Rolf Stürner, "Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess", *Festschrift für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag*, 2006, 203.

⁶¹¹ Staehelin/Staehelin/Grolimund, 323.

⁶¹² Yargıtay HGK E. 2014/4-693, K. 2016/499, T. 13.04.2016 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

kısmına işaret edilmiş olmalıdır⁶¹³. Mahkemece yapılacak incelenmenin sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesi için, ilişkilendirme yükünün yerine getirilmesi kaçınılmazdır. Hangi belgeye dayanıldığı ve hatta bu belgenin hangi kısmının vakıa iddiasını ispatta kullanılacağı taraf dilekçesinde belirtilmiş olması beklenmelidir⁶¹⁴. Mahkemeye sunmuş olduğu belgelerin incelenmesi hâlinde dayandığı vakıa iddiasının gerçeğe uygun olduğunun anlaşılacağını söyleyen tarafın bu tutumu, ilişkilendirme yükü ile bağdaştırılamaz. Vakıa örgüsünü kuran her bir vakıa tek tek açıklanmış olsa dahi, hepsinin toplu olarak sunulmuş bir belge yığını ile ilişkilendirilmesi uygun değildir⁶¹⁵. Belgelerden her birinin hangi vakıayı ispat için kullanılacağı açıklanmış olmalıdır⁶¹⁶. Düzensiz bir şekilde sunulmuş olan bir belge yığını içinde vakıaları araştırmak hâkime ait bir görev değildir⁶¹⁷. Dolayısıyla, davaya bakan hâkimin sunulan belgelerde nereye bakması gerektiği ilgili tarafın açıklamalarından anlaşılabilir olmalıdır. Öyle ki, mahkemenin bu incelemeyi yapmayarak davayı reddetmiş olması hukukî dinlenilme hakkının ihlali değildir⁶¹⁸.

Karşı tarafta veya üçüncü kişide bulunan belgenin ibrazı için ise yukarıda belirtilen şartların sağlanması pek de kolay olmayabilir. İlişkilendirme yükü açısından aşırıya gidebilecek şartların aranması ispat vasıtasının yargılamaya dâhil edilememesi tehlikesini doğurur. İlişkilendirme yükünü taşıyan taraftan belgenin tayin edilmesine ve kimde olduğuna yönelik hususları paylaşması beklenmelidir. Elinde olmayan bir belgeye dayanan tarafın açıklamalarından belgeyi ibraz etmesi beklenen kişi açısından hangi belgeye dayanıldığı belirlenebilir olmalıdır⁶¹⁹. Aynı zamanda hâkimin ibraza karar verilmesinin gerekip gerekmediğini denetlemesi açısından da belge hakkında bilgiler verilmesi lüzumludur. Kesin delil ile ispat zorunluluğu sebebiyle ibrazı istenen belgenin senet niteliğini haiz olup olmadığı ancak bu yöndeki taraf açıklanmasından anlaşılabilir. Bu yüzden, ibraz talebinin kabul edilip edilmeyeceğinin karara bağlanabilmesi için, belge hakkında bilgi verilmesi beklenmelidir⁶²⁰. Ancak şu hususa dikkat edilmelidir ki,

⁶¹³ İddiada bulunurken belgede geçen bilgilerin tekrar yazılması yersiz olacağından, belgenin ilgili kısmından bahsedilmesi yeterli görülmelidir, bkz. Gremmer, 1173.

⁶¹⁴ KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 31; BK-ZPO/Killias, Art. 221, kn. 29.

⁶¹⁵ KSZ-ZPO/Leuenberger, Art. 221, kn. 51.

⁶¹⁶ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 136.

⁶¹⁷ Geipel/Prechtel, 337; Ahrens, 254.

⁶¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 30.6.1994 - I BvR 2112/ 93 (NJW, H. 41, Y. 1994, 2683, 2684).

⁶¹⁹ Livschitz/Schmid, 740; Göksu T., 319; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 169; KSZ-ZPO/Leuenberger, Art. 221, kn. 53.

⁶²⁰ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 136.

delil başlangıcı niteliğinde bir belge söz konusu olduğu takdirde belgenin ibrazına karar verilmesinin kesin delil ile ispat zorunluluğu sebebiyle reddi düşünülemez. Hatta ibraza karar verilmesi bu durumda gerekli hâle gelmektedir.

Mahkemece belgenin ibrazına karar verildiğinde, buna uyup uyumama bakımından, karşı tarafa veya üçüncü kişiye karar verme olanağı tanınmalıdır. Bu ise, yukarıda belirtildiği üzere, vakıa iddiasının somutlaştırılması ile gerçekleşebilir. Hangi belgeye dayanıldığı bilinir ise belge içeriğinin yargılamaya konu olmasının karşı taraf veya üçüncü kişi açısından yaratacağı sakınca (*özellikle ticari sırlar açısından*) öngörülebilir. Her türlü ayrıntının belirtilmesi beklenmemekle birlikte, ibrazı istenen belge hakkında genel bilgiler verilmiş olması aranmalıdır⁶²¹. Bunun yerine getirilmesi, muayyen unsurlardan (*tanzim tarihi, yeri veya tanzim eden kişi gibi*) bahsedilmesi suretiyle mümkün olabilir⁶²². Dayanılan belge hakkında bilgi verilmesi ilişkilendirme yükü altında olan tarafın içinde bulunduğu durumdan bağımsız olamayacağı için ölçülü olmalıdır⁶²³. Doğal olarak ne ölçüde ayrıntılı bir açıklama bekleneceği delile dayanan tarafın durumu gözetilerek belirlenebilir⁶²⁴. Yeterli düzeyde bilgi verilip verilmediğini ise hâkim takdir eder⁶²⁵.

İddia edilen vakıanın ispatı bakımından belgenin gerekli olduğuna karar veren hâkim, belirli şartlar altında ibrazı emredebilir. Karşı taraf veya üçüncü kişi aleyhine belgenin ibrazına karar verebilmesi için, öncelikle, belgenin karşı tarafın veya üçüncü kişinin uhdesinde olduğuna kanaat getirmesi gerekir. İspat yükü altındaki taraftan beklenense, buna yönelik hususları açıklamasıdır. Belgeyi elinde bulundurduğu iddia edilen kişinin bu konuda inkârda bulunabilmesi için somut açıklamalara dayanılması önem arz eder⁶²⁶. Belgenin karşı tarafta veya üçüncü kişide olduğuna ve mevcut olduğuna yönelik bir ihtimal üzerinden açıklama yapılması ise hiçbir şekilde yeterli görülemez. Şöyle ki, ticari teamüller ve genel tecrübe kurallarından yola çıkarak iddia edilen vakıa hakkında belirli bir belgenin tanzim edilmiş olma ihtimali üzerinden vakıa-delil ilişkisi kurulamaz⁶²⁷. HMK m. 219'a göre anılan durumda delilin gösterilmediği

⁶²¹ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 173.

⁶²² MüKo-ZPO/Schreiber, § 424, kn. 2; Stein/Jonas (23)/Berger, § 424, kn. 2.

⁶²³ BSK-ZPO/Schmid, Art. 160, kn. 24.

⁶²⁴ KSZ-ZPO/Leuenberger, Art. 221, kn. 53; Göksu T., 320.

⁶²⁵ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 167; Erdönmez, 20; BK-ZPO/Rüetschi, Art. 160, kn. 16.

⁶²⁶ Musielak ZPO/Huber, § 424, kn. 2.

⁶²⁷ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 176.

kabul edilmelidir. Yoksa HMK m. 219'dan delil elde etme aracı olarak istifade edilmesinin yolu açılmış olur⁶²⁸.

Bir belgenin ibrazı talep edildiğinde, belgenin içeriğinden de bahsedilmesinin HMK'da öngörülmemesi, bir eksiklik olarak görülmektedir⁶²⁹. Şayet bir an için böyle bir şartın somutlaştırma yükü açısından gerekli olduğu kabul edilmiş olsa, HMK m. 194'e göre de belge içeriğinden bahsedilmesinin zorunlu olduğunu çıkarmak mümkündür. HMK m. 194/2'nin bütün ispat vasıtaları hakkında geçerli olduğu kuşkusuzdur. Anılan hükme göre de dayanılan bir belgenin içeriğinin mutlaka somutlaştırılması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Zira HMK m. 194/2'de ilişkilendirme yükünün yerine getirilmesi öngörülmüştür. İddia edilen somut vakıayı ispat etmeye yönelik muayyen bir belgeye dayanılmadığında zorunlu olarak o belgenin içeriğinden bahsedilmesi beklenebilir. Aksi hâlde, vakıa-delil ilişkisi kurulmadığı sonucuna ulaşılabilir. Kaldı ki, Türk ve İsviçre hukuklarında, ibrazı istenen belgenin uyuşmazlığın çözümünde etkili olup olmayacağına karar verilebilmesi için, içerikten de bahsedilmesinin aranabileceği ifade edilmektedir⁶³⁰.

AMUK m. 424/1 - (3)'te ise belge içeriğinin mümkün olduğu ölçüde açıklanması açıkça öngörülmüştür. Delil olarak dayanılan belgenin içeriğinden bahsedilmesinin hem ispat açısından belgenin önem arz edip etmediğine karar verilmesi hem de ibraz etmemeye bağlanan yaptırım açısından önemli olduğu vurgulanmaktadır⁶³¹. Hâlbuki ispat edilecek vakıanın ne olduğunun ve delil olarak dayanılan belgenin tayin edilmesi için lüzumlu hususların bildirilmesi dışında bir şart (*belge içeriğinin bildirilmesi*) aranmamalıdır. İbrazı talep edilen belgenin içeriğinin iddia edilmiş vakıayı karşıladığı düşünüldüğü için, mahkemeden bu belgenin ibrazına karar vermesi istenmektedir. Ayrıca belge içeriğinin açıklanmasını anlamlandırmak ise mümkün değildir. İbraza karar verilmesi gereken belgenin hukuken önem arz edip etmediği, belge ile ispat edilmesi düşünülen vakıadan anlaşılabilir. İbraz etmemenin sonucu ise, bu vakıanın hükme esas alınması şeklinde olabilir. Bu bağlamda, belge içeriğinin belirtilmesinin beklenmesi, lüzumlu olmadığı gibi, uygulamada kendi elinde bulunmayan belgeye dayanan tarafın bu belgenin ibrazını sağlanmasını zorlaştıracak nitelikte bir şarttır.

⁶²⁸ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 176; BK-ZPO/Rüetschi, Art. 160, kn. 16.

⁶²⁹ Albayrak, 234.

⁶³⁰ Livschitz/Schmid, 740, 741; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 135; BK-ZPO/Rüetschi, Art. 160, kn. 16.

⁶³¹ Musielak ZPO/Huber, § 424, kn. 3; Stein/Jonas (23)/Berger, § 424, kn. 4.

HMK m. 222/1 uyarınca hâkim, gerekli gördüğü takdirde, taraflardan herhangi birinin elindeki ticari defterin ibrazına karar verebilir. HMK m. 219/1’de olduğu gibi, ticari deftere delil olarak dayanılması şeklinde bir şart açıkça öngörülmemiştir. Defterin ibrazı için iddia edilmiş somut vakıa ile irtibatlandırılmış olup olmaması taraflarca getirilme ilkesi açısından son derece önemlidir. Hiç dayanılmamış bir defterin ibrazına mahkemenin kendiliğinden karar verebilmesi, ticari defterlerin re’sen başvurulabilecek deliller kategorisi kapsamında ele alınması anlamına gelir. HMK m. 219/1’e rağmen ayrıca HMK m. 222/1’de ticari defterlerin ibrazının öngörülmüş olması sebebiyle, bu nitelikteki belgeler açısından taraflarca getirilme ilkesine istisna tanındığı düşünülebilir. Şöyle ki, ticari defter de belge niteliğini haiz bir delildir. Mahkemenin delil olarak gösterilen ticari defterin ibrazına HMK m. 219/1 uyarınca karar vermesi mümkündür. O hâlde, yalnızca tarafların dayanmış oldukları ticari defterlerin ibrazı yönünde bir irade olsaydı, HMK m. 222/1’in sevk edilmesi yoluna gidilmezdi. Ancak HMK m. 222/1 ile böyle bir amacın güdüldüğünü söylemek güçtür. Özellikle irade serbestisinin geniş bir uygulama alanı bulduğu ticari davalarda, re’sen delil toplanması yönünde bir tercihte bulunulması, bu ilke açısından ciddi bir çelişki arz eder. Anılan ilkeye uygun olarak şöyle bir sonuca ulaşılabilir: Hâkimin gerekli görmesi hâlinde, ancak taraf dilekçesinde açıkça delil olarak dayanılmış ticari defterlerin ibrazına karar verilebilir⁶³².

Ticari defterlerin ibrazı için, taraflardan birinin delil olarak dayanmış olması şartı arandığı takdirde, defterlerin tamamının ibrazına karar verilmesi önlenebilir. Aksi hâlde, hâkim, gerekli gördüğünde ibraza karar verirken, büyük ihtimalle defterlerin tamamının sunulmasını emredebilir. Çünkü önceden şahit olmadığı bir uyuşmazlığı çözecek hâkim, olaya ilişkin bütün ayrıntıları bilemeyeceğinden, tahmini değerlendirmelerde bulunarak ibraza karar verecektir. Dava dosyasına gerekli gereksiz bütün belgelerin girmesi ise amaçlanan bir durum değildir. Hâkimin böyle bir durumda ticari defterlerin ilgili kısımlarının ibrazını sağlayabileceği savunulabilir. Oysa lüzumlu belgeyi ayıklayıp belirtmek ve bunların ibrazını sağlamak hâkime ait bir görev değildir⁶³³. Uyuşmazlığın taraflarından her biri, iddia ettiği vakıayı ispat etmek için, ibrazı gereken defter

⁶³² **YILMAZ** tarafından da anılan hükmün taraflarca getirilme ilkesine istisna teşkil etmediği ifade edilmiştir, bkz. Ejder Yılmaz, "Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m.222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler", *BD*, Özel Sayı, 2013, 33.

⁶³³ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 165; Erdönmez, 19; BK-ZPO/Killias, Art. 221, kn. 23; Börü, 198; Yalabık, 508.

kayıtlarına ulaşılmasını sağlayıcı bilgileri getirmek zorunda bırakılmalıdır⁶³⁴. Maalesef uygulamada ticari defterlerin tamamının ibrazına karar verilebilmektedir. HMK ise ticari defterlerin yalnızca ilgili kısımlarının ibraz edilmesini sağlamayı amaçlamıştır⁶³⁵. Bu sebeple, elindeki defteri karşı tarafın delil olarak dayanması sebebiyle ibraz etmek zorunda kalacak tarafın menfaatlerinin korunabilmesi için, defter kayıtlarının ilgili kısımlarının ibrazına karar verilmesi anlayışı benimsenmelidir. Nitekim ticari defterlerin ibrazında da taraflar arasında menfaat dengesinin gözetilmesi zorunludur⁶³⁶.

Her ne kadar öğretilerde aksi yönde görüş⁶³⁷ olsa da, bir tarafın elindeki bütün ticari defterlerini ibraz etmesine yönelik talebe cevaz verilmemelidir⁶³⁸. Bu sebeple, ticari defterin delil olarak gösterilmesinin yanı sıra, somutlaştırma yükünün bir gereği olarak vakıa-delil ilişkisinin kurulmuş olması da aranmalıdır. Somut bir vakıa iddiasının karşı tarafın ticari defterleri ile ispat edilebileceğinden bahsedilmesi yeterli değildir. Ayrıca defterin ilgili kısmı hakkında da açıklama yapılmalıdır. Dolayısıyla, ticari defterin tamamının ibrazını sağlamaya yönelik strateji izlenmesine engel olunması amacıyla, ilişkilendirme yükü yerine getirilirken defterdeki hangi kayda dayanıldığı açıkça vurgulanmış olmalıdır⁶³⁹. Hâkim, bu şartlar sağlanmadan bir tarafın elindeki ticari defterleri ibraz etmesine karar vermemelidir. Aksi hâlde, somutlaştırma yükünün yerine getirilmemiş olması dikkate alınmadan bir yargılama süreci işletilmesi sonucu doğar. Kendi elindeki ticari defterleri ibraz edecek tarafın vakıa-delil ilişkisi kurarken anlaşılır açıklamalarla defter kayıtlarının ilgili kısımlarını izah etmesi beklenir. Karşı tarafın tanzim ettiği defterler ise, dava açılmadan önce, iddia yükü altındaki tarafça incelenemeyecektir. Bu yüzden, ayrıntılı bir açıklama yaparak nokta atışı ile defter kaydının belirtilmesi mümkün olmayabilir. Yine de iddia edilmiş vakıa ile gerçekten ilgili olan kısımların ibrazına karar verilebilmesi için muayyen dayanak noktalarının (*ayırt edici unsurlar*) gösterilmesi aranmalıdır⁶⁴⁰.

⁶³⁴ Mesela belirli bir döneme ait ticari defterlerin veya faturaların istenmesi suretiyle karşı tarafın elindeki belgeleri ibraz etmesi sağlanamaz, bkz. Yves Waldmann, *Informationasbeschaffung durch Zivilprozess*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009, 232.

⁶³⁵ Bolayır, 373. HMK m. 219'a ilişkin hükûmet gerekçesinde de bu durum açıkça ifade edilmiştir. Ticari defterler gibi sürekli kullanılan tamamının ibrazını istemek, ibraz edecek taraf için bazı zorlukların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Bunun yanında, uyuşmazlık dışındaki bölümlerin ibrazı üzerine, dava dosyası gereksiz yere kabarması.

⁶³⁶ Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 255.

⁶³⁷ Kuru, (*İstinafa Göre*), 382.

⁶³⁸ Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 165; Erdönmez, 19; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, 406.

⁶³⁹ Postacıoğlu/Altay, 691, 692.

⁶⁴⁰ Erdönmez, 19, 20.

2.2.4.2. Vakıa-Delil İlişkisinin Kurulması ile Delillerin Hasredilmesi

Delillerin hasredilmesi, HUMK döneminde tartışmalı olduğu gibi, HMK döneminde de tartışmalıdır. HMK açısından yazılı yargılamada dilekçeler aşaması tamamlanana kadar yeni delil gösterme imkânı konusunda görüş birliği söz konusudur. İlk dilekçelerde iddia edilmiş bir vakıa hakkında gösterilmesi ihmal edilmiş bir delile dahi ikinci dilekçelerde dayanılabilir. Dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra ise artık delillerin hasredilip hasredilmediği tartışması önem kazanmaktadır. Basit yargılama usulünde ise sırasıyla dava ve cevap dilekçelerinin verilmesi ile yeni bir delile dayanma imkânı sona erer. Bundan sonraki açıklamalarımızda yalnızca yazılı yargılama usulü esas alınacaktır. Niteliğine uygun düştüğü ölçüde, dile getirmeye çalışacağımız görüşler basit yargılama usulünde de aynı şekilde geçerli olabilir.

2.2.4.2.1. Dilekçeler Aşamasının Sona Ermesi Sonrasında Delillerin Hasredildiğinin Kabulü

Öğretide, ağırlıklı olarak dilekçeler aşaması ile delillerin hasredildiği kabul edilmekte ve buna dayanak olarak HMK m. 119/1 - (f) ve 129/1 - (e) gereğince vakıa-delil ilişkisi kurulması gösterilmektedir⁶⁴¹. Bunun yanında, HMK m. 194/2 düzenlemesi de dikkate alındığında dilekçeler ile delillerin hasredildiği belirtilmektedir⁶⁴². Aksi yöndeki görüş ise dilekçeler aşaması ile delillerin hasredilmesine karşı çıkmaktadır⁶⁴³. Bu görüşe gerekçe olarak, HMK m. 31'e göre hâkimin yeni delil gösterilmesini isteyebilmesine ve HMK m. 145'e göre sonradan delil gösterilebilmesine dayanılmaktadır⁶⁴⁴. Bunun yanında, HMK'da böyle bir kurumun açıkça öngörülmemiş

⁶⁴¹ Ramazan Arslan, "Dava ve Cevap Dilekçesinin Hazırlanması ve Ön İnceleme", *BD*, S. 80, 2012, 71; R. Yılmaz, 263; Akil, (*Somutlaştırma Yükü*), 92; Karşı, 425; Ulukapı/Yardımcı, 490, 491; Kuru, (*İstinafa Göre*), 225; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, 381. Dilekçeler aşaması ile delillerin hasredilmesi yazılı yargılama usulünde söz konusudur. Basit yargılama usulünde ise dava ve cevap dilekçelerinin verilmesi sırasıyla davacı ve davalı açısından delillerin hasredilmesi sonucunu doğurur. Yazılı yargılamada istisnai olarak dava dilekçesinin verilmesi ile delillerin hasredilmesi sonucu doğabilir. Şayet davalı taraf cevap dilekçesi vermez ise cevaba cevap dilekçesi verilemeyecektir, bkz. Kuru, (*İstinafa Göre*), 262, 263. Bu yüzden, böyle bir durumda, delillerin hasredilmesi dava dilekçesinin verilmesi ile gerçekleşir.

⁶⁴² Seda Özmumcu, "1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delillerin İkamesi Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış", *KHD*, S. 101, 2013, 53; Karşı, 425; Kuru, (*İstinafa Göre*), 327, 328.

⁶⁴³ Erdönmez, 24; Bolayır, 102, 103; Umar, 389; Börü, 213.

⁶⁴⁴ Erdönmez, 24. Delillerin hasredilmesini kabul eden bir görüşte ise, HMK m. 31 ve HMK m. 145 delillerin hasredilmesinin istisnaları olarak kabul edilmektedir, bkz. Kuru, (*İstinafa Göre*), 328, 329.

olması sebebiyle de delillerin hasredilmesinin kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir⁶⁴⁵. Son olarak somutlaştırma yükünün yargılamanın seyrine bağlı olması sebebiyle delillerin hasredilmesinin kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir⁶⁴⁶. HUMK döneminde de delillerin hasredilmesi kurumu üzerinde ciddi tartışmalar yaşanmıştır. HUMK dönemine ilişkin tartışmalara değinmeksizin şu hususu belirtmekte yarar görüyoruz ki, delillerin hasredilmesine karşı çıkılmasında dayanak alınan HUMK hükümleri, HMK'da muhafaza edilmemiştir. HMK yürürlüğe girdikten sonra ise az önce ifade ettiğimiz gerekçeler esas alınarak delillerin hasrına karşı çıkılmaktadır.

HMK m. 31'nin uygulanmasının delillerin hasredilmesi kurumunun kabulüne engel teşkil etmediği kanaatindeyiz. Hatta aydınlatma ödevinin sınırları delillerin hasredilmesi ile çizilmelidir. Yemin delili üzerinden bunu açıklamak mümkündür. Ciddi tartışmalara konu olmasına rağmen, hâkim anlayışa göre, dilekçeler aşamasında muayyen bir vakıa iddiasının ispatı için, yemin deliline dayanılmadığında, bu delilin hâkim tarafından hatırlatılması düşünülemez. Delillerin hasredilmesine karşı çıkan yazarlar dahi bu yönde görüş bildirmişlerdir⁶⁴⁷. Oysa gösterdiği deliller ile hâkimi ikna edemeyen taraf, yemin deliline başvurma ihtiyacı duyabilir. Yemin delili dilekçede gösterilmediği için yeni bir delil niteliğindedir. Şayet aydınlatma ödevi gereği dilekçede gösterilmemiş bir delilin ikamesi mümkün görülür ise yemin delilinin de hatırlatılmasına cevaz verilmelidir. Sonuçta, aydınlatma ödevi devreye girmekte ve ispat edilememiş vakıa hakkında yeni delil gösterilmesi gerekliliğine dikkat çekilebilmektedir. Bu yüzden, yemin delilinin hatırlatılmasına karşı çıkılmasının gerekçesi delillerin hasredilmesi olabilir.

Delillerin hasrı kabul edilerek, aydınlatma ödevi, yalnızca gösterilmesi istenen deliller açısından uygulanmalıdır⁶⁴⁸. Öğretide hâkim görüş niteliğinde olup aydınlatma ödevini yalnızca dava dosyasında yer alan deliller ile sınırlı hâle getiren görüşün⁶⁴⁹ de bu bakımdan delillerin hasrının kabulünü haklı kıldığını belirtmeliyiz. HUMK m.

⁶⁴⁵ Bolayır, 102.

⁶⁴⁶ Börü, 213.

⁶⁴⁷ Erdönmez, 18, 19; Bolayır, 87 (dn. 276).

⁶⁴⁸ Delillerin hasredilebileceğinin kabulü hâlinde, hasredilen deliller açısından hâkimin davayı aydınlatma ödevinin söz konusu olabileceği belirtilmiştir, bkz. Tolga Akkaya, *Medenî Usul Hukukunda Delillerin Hasredilmesi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2003, 37.

⁶⁴⁹ Alangoya, 176; Yavuz Alangoya, "Dava Temeli, Hakim Dava Malzemesinin Toplanması ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında", *Makaleler*, İstanbul 2002, 293-295; Erdönmez, 50; Bolayır, 146; Simil, (*Aydınlatma Ödevi*), 1365.

75/3'te hâkime gerektiğinde yeni delil ibrazına karar verme yetkisi tanınmış iken; HMK m. 31'e göre hâkim, taraflarca getirilen delillerin değerlendirilmesi ile yetinerek karar verebilir⁶⁵⁰. İddia edilen vakıa hakkında gösterilen delil ile hâkim vakıa iddiasının gerçeğe uygun olup olmadığı hakkında bir kanaate ulaşamayabilir. Hâkim, aydınlatma ödevi gereğince ispat yükü altında olan tarafın bu duruma dikkatini çekmelidir⁶⁵¹. Bununla, taraf dilekçesi verildiği esnada mevcut olduğu hâlde, hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereğince, önceden dayanılmamış bir delilin ileri sürülmesine yönelik bir kapı açılmadığı kanaatindeyiz. Buna karşın, öğretide hâkimin davayı aydınlatma ödevi sonucunda, mevcut delillerin ispata yeterli olmadığının bildirilmesi üzerine, HMK m. 145'e dayanarak yeni delil gösterebileceği savunulmaktadır⁶⁵². Oysa dava malzemesinin getirilmesine katı bir sınırlama getirmeyen Alman hukukunda dahi, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde, yeni delil ikame edilmesine olanak tanınmaması gerektiği savunulabilmektedir⁶⁵³. Türk hukukunda ise teksif ilkesi, yargılamaya egemen ilkelerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁵⁴. Türk hukukunda bahsettiğimiz durumda, teksif ilkesiyle temellendirilebilecek delillerin hasrı kurumunun, yeni bir delil ikame edilmesine engel olacağı düşüncesindeyiz. Aslında hâkimin vakıa iddiasının ispat edilemediğine dikkat çekmesi, verilecek kararın taraflar için sürpriz karar teşkil etmemesini sağlamaya yöneliktir⁶⁵⁵. Gerçekten, taraf dilekçesinde gösterilmemiş bir delile dayanılabilmesi, yalnızca HMK m. 145'e göre mümkün olabilir. Ancak gösterilmiş delillerin vakıa iddiasının gerçeğe uygun olduğu yönünde hâkimde yeterli kanaat oluşturmaması ise, HMK m. 145'in uygulanması sonucunu doğurmamalıdır⁶⁵⁶. Diğer bir deyişle, davayı aydınlatma ödevine binaen mevcut delillerin yeterli

⁶⁵⁰ Nevhis Deren-Yıldırım, "Das neue türkische Zivilprozessgesetz", *Informationsbrief der Deutsch-Türkischen Juristenvereinigung*, Nr. 2, Y. 21, 2012, 9.

⁶⁵¹ Karaaslan, 153.

⁶⁵² Karaaslan, 162; Aşık, (*Dava ve Cevap Dilekçesi*), 165.

⁶⁵³ MüKo-ZPO/Wagner, § 139, kn. 46.

⁶⁵⁴ HMK m. 119/1 - (e) ve HMK m. 141 çerçevesine teksif ilkesi yönünde bir tercihte bulunulduğu söylenebilir, bkz. Karanlı, 268. Ayrıca HMK m. 319 hükmü uyarınca, basit yargılama usulünde dilekçelerin verilmesiyle, iddia ve savunmayı genişletme ve değiştirme yasağının başlaması da bunu göstermektedir, bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, 156.

⁶⁵⁵ Delil incelemesi sonucu hâkimde oluşan kanaat ne ilgili tarafça ne de onun temsilcisi tarafından bilinebilir. Bu yüzden, ne yönde bir kanaat oluştuğu delil ikame eden tarafa bildirilmelidir, bkz. Liu, 336, 337.

⁶⁵⁶ Aynı husus İMUK m. 229 çerçevesinde de değerlendirmeye konu olmuştur. İMUK hazırlıklarında hâkimin uyarısı üzerine sonradan dava malzemesinin davaya dâhil edilmesine yönelik öneri reddedilmiştir. Gerekçe olarak taraflarca getirilme ilkesinin ihlali sonucunun doğacağı gösterilmiştir, Botschaft ZPO, 7341. Nitekim hâkimin davayı aydınlatma ödevi (İMUK m. 56), yalnızca dava dosyasına kanunî süre içinde dâhil edilmiş dava malzemesi bakımından devreye girebilir, bkz. BK-ZPO/Hurni, Art. 56, kn. 11.

olmadığının bildirilmesi, yeni bir delilin ikame edilebilmesi bakımından hiçbir anlam ifade etmemelidir⁶⁵⁷. Pek tabi ki, dava malzemesinin sonradan getirilmesine cevaz veren düzenlemelerdeki şartlar oluştuğunda bu durumun bir önemi kalmaz. Aydınlatma ödevinin yerine getiriliyor olması tek başına yeni bir vakıaya veya delile dayanılmasını haklı kılmaz⁶⁵⁸. Netice itibariyle, hâkim gerekli görse dahi, HMK m. 145'in öngördüğü şartlar mevcut olmadığı sürece, yeni bir delile dayanılmasına müsaade edilmemelidir.

Öte yandan, HMK m. 31'e göre maddî ve hukukî açıdan belirsiz ve çelişkili hususlarda aydınlatma ödevine başvurulabilir. İddia edilmiş bir vakıa hakkında gösterilmiş deliller incelendikten sonra ise belirsiz veya çelişkili bir taraf açıklamasından bahsedilemez. Zira belirsizlik ve çelişki hâli giderilmeden, delillerin değerlendirilmesi aşamasına geçilmemelidir. Somutlaştırma yükü gereği, delillerin değerlendirilmesi aşamasına geçilebilmesi için dayanak alınan vakıalar ve gösterilen deliller anlaşılabilir olmalıdır. İkame edilmiş delil ile hâkimde bir kanaat oluşmayabilir. Bu belirsizlik hâli ise, dava malzemesinin anlaşılmadığını değil, iddia edilmiş vakıanın ispat edilemediğini ifade eder. İddia edilmiş somut vakıanın gösterilmiş delil ile ispat edilemediği her durumda böyle bir belirsizlik hâli doğacaktır; fakat HMK m. 31'e göre bu hâlde yeni delil gösterilmesine imkân tanınmaz.

Aydınlatma ödevi gereği, bazı hâllerde ise yeni bir delile dayanılma ihtimali doğabilir. Hâkim, vakıa örgüsünü kuran her bir vakıanın iddia edilmiş olup olmadığını denetlemelidir. Talep sonucuna karar verilebilmesi için bunun sağlanması şarttır. Eksik kalan vakıanın gösterilmesi, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde sağlanabilir⁶⁵⁹. Örneğin davacı (C), TBK m. 125'te geçen seçimlik hakları kullanabilmek için, borçlu

⁶⁵⁷ HUMK m. 244'te öngörüldüğü gibi HMK m. 145'te hâkime yeni delil getirilmesine cevaz verme noktasında geniş bir takdir yetkisini tanınmamıştır. Yalnızca HMK m. 145'te geçen şartların sağlanmış olup olmadığını takdir etme yetkisi hâkime aittir. Maddî gerçeğe uygun karar verilmesi uğruna bu şartlar sağlanmadan yeni delil gösterilemeyecektir. HUMK m. 244'e göre ise yeni delil gösterilmesi hâkim tarafından uygun bulunmasına bağlıdır. Gösterilmiş deliller ile vakıanın ispat edilememiş olması hâlinde yeni bir delile dayanılması mümkün olabilir. Öğretide HUMK m. 244 bakımından yeni delilin ikame edilmesiyle yargılamayı uzatmaya müsaade edilemeyeceği belirtilmiştir, Özekes, (*Hukuki Dinlenilme Hakkı*), 77, 78. Bu çerçevede, HUMK m. 244 gereğince dayanılmış delil hâkim tarafından yeterli görülmediği takdirde ilgili tarafın yeni delile dayanabileceğini söyleyebiliriz. Zira yargılamayı geciktirmekten ziyade vakıanın ispat edilmesi ihtiyacı ön plana çıkar.

⁶⁵⁸ İsviçre hukukunda da İMUK m. 229 çerçevesinde aynı yönde görüşler dile getirilmiştir. İMUK m. 56 uyarınca aydınlatma ödevi çerçevesinde gerekli görülse dahi yeni dava malzemesi getirilmesine yönelik İMUK m. 229'un uygulanmasının yolu açılmaz, bkz. Rafael Klingler, *Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010, 241; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 36. Kapsamı itibariyle farklı nitelikte olsa da HMK m. 145'in İMUK m. 229'un muadili olduğu göz önünde tutulmalıdır. Bu sebeple, HMK m. 31 çerçevesinde, HMK m. 145'e göre yeni delil getirilemeyeceği düşüncesindeyiz.

⁶⁵⁹ Tercan, (*Tarafların Dinlenilmesi*), 30.

olan davalı (L)'ye uygun bir süre vermelidir. Süre verilmiş olduğu belirtilmediği takdirde, hâkimin süre verilip verilmediğini sorması, aydınlatma ödevine göre mümkündür⁶⁶⁰. Vakıa örgüsü ile ahenk içinde olan bir vakıanın ileri sürülmesi söz konusu olduğu için, iddiayı genişletme ve değiştirme yasağı uygulanmayacağı gibi, teksif ilkesi açısından da bir sakınca yoktur⁶⁶¹. Bunun üzerine, yargılamaya dâhil edilecek vakıayı temsil eden delilin de getirilmesi ihtiyacı doğacaktır. Delilin ikame edilmesine imkân tanınmadığı takdirde, eksik kalan vakıanın hatırlatılmasının bir anlamı kalmaz. Burada, aydınlatma ödevi sebebiyle yeni bir delilin gösterilmesine imkân tanındığı düşünülebilir. Oysa önceden iddia edilmiş bir vakıa hakkında hâkim tarafından delil gösterilmesi sağlanmamaktadır. İlgili tarafın sonradan getirdiği bir vakıa için delil göstermesi söz konusudur. Sonuçta, böyle bir durumda yeni bir delilin dava dosyasına dâhil edilmesi, delillerin hasredilmesini ilgilendiren bir mesele olarak görülmemelidir.

Vakıa iddiası ispat edilemediği takdirde, hâkimin yeni deliller gösterilmesinin gerektiğini hatırlatması ve bu suretle iddia ve ispat yükü altında olan tarafa imkân tanınması, dilekçede başka delilleri gösterme hakkını saklı tutmaya yönelik kayıtları (*sair deliler, diğer kanunî deliller vb.*) caiz görmek anlamına gelir. HMK bu nitelikteki ibareler ile delil gösterilmesine ise olanak tanımamaktadır. Şayet davayı aydınlatma ödevine bahsettiğimiz şekilde bir anlam yüklenmezse, gösterilen deliller ile hâkim ikna edilemediği takdirde, her hâlükârda yeni bir delile dayanılmasının yolu açılmış olur. Buna bağlı olarak, taraflar ellerindeki delillerin tamamını göstermekten imtina etmeyi bile tercih edebilirler. Zira gösterilen deliller yeterli olmadığında, hâkim gerekli uyarıyı yapacağından, daha önce söylenmemiş bir delile göre hüküm kurulmasını isteme imkânı her zaman için mevcut olacaktır. İşte, delillerin hasredilmesi kabul edilerek, hem hâkime bu ölçüde geniş yetki verilmesinin hem de aynı zamanda sorumluluk yüklenmesinin önüne geçilebilir. Kendi haklılığını ortaya koyan delilleri belirten taraf, artık yeni bir delile başvurma imkânını kaybetmelidir. Delillerin hasredilmesi de böylece hâkimin yetkisini sınırlandıracaktır⁶⁶².

⁶⁶⁰ Alangoya, 149; Karaaslan, 116, 117; Karaaslan, (*Aydınlatma Ödevi*), 105.

⁶⁶¹ Karaaslan, 116, 161.

⁶⁶² Delillerin hasredilmesinin kabulü hâlinde, hâkimin delilleri hatırlatma noktasında yetkisinin sınırlandırılacağı vurgulanmıştır, bkz. Alangoya, 170, 171; Akkaya, 27, 28 ve 36, 37; Bolayır, 147.

Öğretide belirtildiğinin aksine, HMK m. 145'e göre sonradan delil gösterilebilmesi, delillerin hasredilmediği sonucuna ulaşılmasını haklı kılmaz. Anılan hüküm tarafların bir şekilde haberdar olmadıkları delillerin gösterilmesini sağlamaya yöneliktir. Dilekçesini tevdi ederken gösterme imkânına sahip olduğu bir delili ileri sürmemiş taraf, bu delili, HMK m. 145'e göre sonradan gösteremez. İşte, bu nitelikteki delile dayanmayan taraf, gösterdiği deliller ile iktifa etme yönünde bir iradeye sahiptir. Diğer bir deyişle, delil gösteren taraf, mevcut ispat vasıtalarından yalnızca dilekçesinde gösterdikleri ile vakıa iddiasını ispat etmek istemektedir. Delillerin hasredilmesi böylece gerçekleşmektedir. Hasredilen deliller dışında kalan delil, HMK m. 145'e göre ikame edilemez. Buna karşın, kendi haklılığını göstermek üzere delil ikame etmesi gereken taraf, varlığından dahi haberdar olmadığı bir delil hakkında herhangi bir iradeye sahip olamaz. Taraflardan birinin o delili göstermemiş olduğu için yalnızca dilekçesinde belirttiği deliller ile ispat faaliyetini yürütmek zorunda bırakılması ise düşünülemez. Dolayısıyla, HMK m. 145'e göre sonradan delil gösterilebilmesi, delillerin hasredilmesi kurumunun kabulü için bir engel değildir⁶⁶³. Bu bağlamda, somutlaştırma yükünün dinamik bir yapıda olduğu göz önünde tutularak, tarafların bilgi sahibi olmadıkları delilleri göstermekten vazgeçmeleri sonucunu doğuracağı endişesiyle, delillerin hasredilmesinin kabul edilemeyeceği yönündeki görüşe⁶⁶⁴ iştirak etmenin mümkün olmadığını belirtmeliyiz.

HMK m. 194/2 ile getirilen ilişkilendirme yükü taraflara iddia ettikleri her bir vakıayı delil veya deliller ile irtibatlandırma zorunluluğu getirmektedir. İddia ettiği vakıayı muayyen bir delil ile ilişkilendiren taraf, o vakıayı ispat etmeye elverişli ve bilgisi dâhilindeki başka bir delili göstermediği takdirde, aslında o delili göstermemek yönünde örtülü bir irade açıklamasında bulunmaktadır. Taraflarca getirilme ilkesine bağlı olarak taraflar arasında doğan menfaat çatışması, taraflardan her birini kendi lehine olan vakıaya ve delile dayanmaya teşvik eder. Eğer bir taraf buna rağmen elindeki bir delili dilekçesinde göstermiyorsa, onun iradesinin o delil ile kendi lehine olan bir vakıayı ispat etmek yönünde olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Şu hususa da değinmeliyiz ki, cevap dilekçesi vermeyen tarafın bu dilekçenin verilmesi için öngörülen sürenin hitamı ile delillerini hasrettiğini kabul etmek gerekir. Buna karşın, cevap dilekçesi vermeyen tarafın HMK m. 145 uyarınca sonradan delil gösteremeyeceği

⁶⁶³ Ulukapı/Yardımcı, 490, 491.

⁶⁶⁴ Börü, 213.

doğru bulunmamaktadır. Her ne kadar cevap dilekçesi verilmemiş olsa da, bu durumda, karşı delil gösterme açısından bir sorun yaşanmayacağı ifade edilmiştir⁶⁶⁵. Kanaatimizce, cevap dilekçesi vermeyi ihmal eden tarafın aleyhine ileri sürülmüş vakıa iddiasının (*inkâr faraziyesi sebebiyle*) reddedildiği varsayılsa dahi, inkâra yönelik hiçbir delile (*karşı delil*) dayanılamamalıdır. Buna bağlı olarak, cevap dilekçesi verilmesi için öngörülmüş süre içinde delil gösterme imkânı kullanılmadığında, herhangi bir karşı delile dayanılamayacağı kabul edilmelidir.

Öte yandan, HMK'da delillerin hasredilmesine dayanak teşkil edebilecek düzenlemelere de yer verilmiştir. Delillerin hasredilmesinin kanunî temeli olmadığı görüşüyle, HMK m. 222/5'in açıklanması mümkün değildir. Bu hükme göre, karşı tarafın ticari defterlerine dayanılarak iddia edilen vakıanın ispatı sağlanabilir. Hükümün uygulanabilmesi için yalnızca ticari defterler ile ispatın gerçekleştirileceği açıklanmış olmalıdır⁶⁶⁶. Başka bir delile de dayanılması, HMK m. 222/5'e göre karar verilmesine engel teşkil eder⁶⁶⁷. Bundan da anlaşılabileceği üzere, HMK'nın uygulanmasında delillerin hasredilebileceğinin kabulü mümkündür.

Şunu da belirtmeliyiz ki, taraflarca getirilme ilkesinin benimsendiği davalarda delillerin hasredilmesine engel teşkil eden hiçbir hukukî dayanak noktası yoktur. Dava malzemesi üzerinde tasarruf etmek kural olarak taraflara bırakılmıştır. Bir tarafın davranışına başka delillerden vazgeçmiş sayılma sonucunun bağlanması, bu ilkeye aykırı olmaz. Yargılamaya egemen olan diğer usulî ilkelere de aykırı bir durum ortaya çıkmamaktadır. Yalnızca ilkelerin uygulanması açısından delillerin hasredilmesine bağlı belirli farklılıklar doğmaktadır⁶⁶⁸. Delillerin hasredilmesinin kabulüyle maddî gerçeğe uygun karar verilmesinin zorlaşacağı kesindir. Ancak maddî gerçeğe uygun karar verilmesini isteyen taraftan elindeki bütün delilleri ikame etmesini beklemek gayet olağandır. O yüzden, kendi menfaatine olan delili göstermeyi ihmal eden bir tarafın bunun sonuçlarına katlanması gerektiği kabul edilmelidir.

Dilekçeler aşaması ile deliller hasredileceğinden, HMK m. 194/2 gereği vakıa-delil ilişkisi kurulurken buna dikkat edilmelidir. Yoksa ilişkilendirme yükü yerine getirilmediği için ispat vasıtası olarak yararlanılmak istenen delilin hüküm kurulurken

⁶⁶⁵ Kiraz, 163; Kuru, (*İstinafa Göre*), 260.

⁶⁶⁶ Karşlı, 549.

⁶⁶⁷ Yılmaz, (*Ticari Defter*), 38, 9.

⁶⁶⁸ Akkaya, 27-39. Ayrıca delillerin hasredilebilmesi, temel yargılama ilkelerine de aykırı bir durum doğurmamaktadır, bkz. Akkaya, 40-44.

dikkate alınmaması riski doğabilir. Dilekçede yalnızca delilin belirtilmesi ile delil ikame yükü yerine getirilebilir. Lâkin, gösterilen delilin değerlendirilebilmesi bakımından bu yeterli değildir. HMK m. 194/2 uyarınca iddia edilmiş her bir vakıa ile ilgili delil tek tek irtibatlandırılmalıdır⁶⁶⁹. Ayrıca belge ve tanık delillerinde delilin değerlendirilmesine elverişli bilgiler de paylaşılmış olmalıdır. Böylece, delilin değerlendirilebilmesi için gerekli olan bütün usulî yükler sırasıyla yerine getirilmiş olmaktadır. Delil listesi dışında kalan bir delil sonradan ikame edilemeyeceğinden, belirli bir vakıa iddiası ile ilişkilendirilmesi de mümkün olmayacaktır. HMK m. 194/2'nin taraflar açısından öngördüğü usulî yük, dilekçeler aşamasında yerine getirilmelidir. HMK'nın sonradan delil gösterilmesine cevaz verdiği hâllerde ise, yine ilişkilendirme yükü yerine getirilmek zorunda olup, sadece yargılamanın ileriki bir aşamasında vakıa-delil ilişkisi kurma imkânı doğmaktadır⁶⁷⁰.

2.2.4.2.2. Belirli Bir Vakıa ile İlişkilendirilen Bir Delilden Başka Bir Vakıanın Gerçekleşip Gerçekleşmediğinin Anlaşılması

Yargılamaya dâhil edilen bir delil, birden fazla vakıanın ispatında kullanılabilir. Buna rağmen delilin ispat edebileceği vakıa veya vakıalar ile bağlantısı kurulmalıdır⁶⁷¹. Niteliği itibariyle birden fazla vakıayı ispat edecek delilin yalnızca belirli bir vakıa ile ilişkisi kurulmuş olabilir. Delilin değerlendirilmesi sonucunda her iki vakıa hakkında da bir kanaate varılabilir. Mahkemenin incelediği delil ile ilişkilendirilmeyen ve fakat bu delil ile ispat edilen vakıa kendi lehine olan taraf, muhakkak o vakıanın da ispat edilmiş sayılmasını talep eder. Delillerin hasredilmesi nedeniyle, ispat edilmiş ve delil ile ilişkilendirilmeyen vakıanın hükme esas alınıp alınmayacağı sorunu önemli hâle gelir. Delillerin hasredildiğinin kabul edilmesinde yatan amaca uygun bir çözüm benimsenmelidir. Aksi hâlde, mahkemenin açıkça maddî gerçek ile örtüşmeyen bir karar vermesi sonucu doğabilir.

Delillerin hasredilmesi kurumuyla, teksif ilkesine aykırı olacak şekilde yeni bir delile veya vakıaya dayanılması engellenmelidir. Bu bakımdan, delillerin hasrı, teksif ilkesine hizmet etmek üzere kullanılmalıdır. Yargılamaya dâhil olmuş vakıa ve deliller bakımından teksif ilkesinin bir önemi kalmamaktadır. Aydınlatma ödevinin devreye

⁶⁶⁹ Erdönmez, 20; Bolayır, 69.

⁶⁷⁰ Ulukapı/Yardımcı, 485.

⁶⁷¹ Özekes, 276.

girmesini sağlayacak şekilde getirilmiş ve fakat belirsiz kalmış dava malzemesi bakımından hâkimin tarafların açıklama yapmasını sağlamasında bir sakınca görülmemelidir⁶⁷². Delillerin hasredilmesi kurumuna bunun ötesinde bir anlam yüklenemez. Aksi takdirde, hakkaniyete uygun olmayan sonuçların doğmasının yolu açılmış olur. Gösterilen muayyen bir delilin değerlendirilmesi sonrasında anlaşılan ve fakat önceden iddia edilmesi ihmal edilen vakıanın teksif ilkesi sebebiyle hükme esas alınmasına sınırlandırma getirilmiştir. Şayet gerçekliği ortaya çıkan vakıa lehine olan taraf önceden bu vakıanın varlığından haberdar değilse bu vakıaya dayanabilir. İddia edilmesi ihmal edilmiş bir vakıa bahis konusu ise, o vakıaya göre hüküm kurulması istenemez⁶⁷³. İşte, teksif ilkesi, bu gibi hâllerde yeni bir vakıaya dayanılmasına engel teşkil etmektedir. Yukarıda belirttiğimiz durumun ise bu kapsama girmediği açıktır. Çünkü değerlendirilmiş delil istenen süre içinde davaya dâhil edilmiştir. Dolayısıyla, ilişkilendirilmediği delilden gerçekliği anlaşılan ve dava dosyasına girmiş bir vakıanın da ispat edildiği kabul edilmelidir.

⁶⁷² Sarbach, 170.

⁶⁷³ Klingler, 166.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KARŞI TARAFIN SOMUTLAŞTIRMAYA KATILMA ZORUNLULUĞU VE BUNA YÖNELİK ARAÇLAR

Dava malzemesini somutlaştırması gereken taraf, bazı durumlarda bu imkândan yoksun olabilir. Kendisine iddia ve ispat yükü düşen taraf, dava açmadan önce dava malzemesini inceleyemeyeceği için, karşı tarafın uyuşmazlığa ilişkin açıklama yapması zorunluluğu doğmaktadır. Karşı taraftan uyuşmazlığın aydınlatılması için elindeki bilgi ve delilleri getirmesi beklenebilir. Bu sağlandığı ölçüde, kimsenin karşı tarafın lehine olan dava malzemesini getirmek zorunda bırakılamayacağına matuf ilkenin sınırları zorlanacaktır. Eğer yargılama tam anlamıyla bu ilkeye tabi kılınır ise, taraflara tanınmış haklar gerçekleşemeyeceğinden, kabul edilemez sonuçlar doğabilir. Çünkü karşı taraf pasif kalmak suretiyle maddî gerçeğe uygun karar verilmesini önleyebilecektir. Bu sebepten ötürü, karşı tarafın somutlaştırmaya katılmasını sağlayacak hukukî araçlar mevcut olmalıdır. Amerikan hukukunda delil keşfi usulüyle bu durum aşılmaktadır. Hukuk yargılamamızda delil keşfi usulü kadar etkili bir araç yoktur. Çalışmamızın bu bölümünde, karşı tarafın somutlaştırmaya katılmasını sağlamaya yönelik araçların mevcut olup olmadığını ve bunların nasıl bir işlevi haiz olduğunu tespit etmeye çalışacağız.

Somitlaştırmaya katılma süreci vakıalar ve deliller bakımından söz konusu olur. Karşı taraf için somutlaştırmaya katkıda bulunma zorunluluğunu doğuran hâllerde iddia ve ispat yükü altındaki taraf, kuşkusuz ki, genel ifadelerle elle tutulur bir şekilde iddiada bulunabilir. Karşı taraftan beklenen ise hayat olayı hakkında kendi çerçevesinden açıklamada bulunmasıdır. Bu suretle, karar verilmesini sağlayacak vakıa iddiaları somutlaştırılabilir. Delillerde ise durum biraz daha farklıdır. Yalnızca tanık ve belgede karşı tarafın bilgi vermesi ihtiyacı doğar. Diğer delillerin nitelikleri gereği ilişkilendirme yükünün yerine getirilmesi iddia ve ispat yükü altındaki taraftan beklenebilecek niteliktedir. Vakıa-delil ilişkisi kurulmasında fazladan bir bilgiye ihtiyaç duyulmaz. Tanık deliline dayanılması için tanığa ilişkin bilgilerin paylaşılması; belgede ise hangi belgeye dayanıldığının ortaya konulması gerekir. Karşı tarafın hem dava vakıaları hakkında açıklama yapması hem de belgeyi ibraz etmesi veya tanığa ilişkin bilgileri vermesi sonrasında ise somutlaştırma yükünün yerine getirilmesindeki zorluk aşılabılır.

3.1. KARŞI TARAFIN SOMUTLAŞTIRMAYA KATILMASINA YÖNELİK UYGULAMA VE ÖĞRETİDE GELİŞTİRİLEN ARAÇLAR

Haklılığını ortaya koymak üzere dayanacağı vakıaları somutlaştırma imkânından yoksun olan tarafın bu durumu sebebiyle, karşı tarafın somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunması, maddî hukuka veya usul hukukuna dayandırılabilir. Çalışmamızda, somutlaştırma yükünün bir tarafça yerine getirilemediği hâller açıklandıktan sonra, maddî hukukta ve usul hukukunda karşı tarafın somutlaştırmaya katılma zorunluluğunun nasıl temellendirildiği tespit edilmeye çalışılacaktır. Aslında burada maddî hukuka veya usul hukukuna dayanılması arasında ciddi bir fark söz konusudur. Karşı tarafın somutlaştırmaya katılması, maddî hukuka dayandırılırsa, bu durum, karşı taraf için bir yükümlülük arz eder. Karşı tarafın somutlaştırmaya yönelik bilgi ve belgeleri getirmesi, asıl hakka bağlı bir hakkın icra edilmesi şeklinde düşünülebilir. Önce yan yükümlülüğün yerine getirilmesi (*gerekli bilgilerin paylaşılması*) sağlanmalıdır. Böylece, asıl hakka kavuşulması için ve somutlaştırma yükünün yerine getirilebilmesi için lüzumlu bilgiler temin edilmiş olur. Usul hukukundan kaynaklanan katılma zorunluluğu ise usulî yük olarak kendini gösterecektir. İhtiyaç duyulan bilginin paylaşılmaması, bunu yapan tarafın aleyhine bir sonucun doğmasına sebep olur.

Esasen somutlaştırma imkânsızlığı içindeki tarafa somutlaştırma yükünü yerine getirebilmesi için söz konusu olabilecek birçok imkândan bahsedilebilir. Ancak bu çalışmada yalnızca karşı tarafın katılımı ile somutlaştırmaya yönelik bilgilerin temin edilmesi üzerinde durulacaktır. Mesela, tecrübe kuralı gereği hakkında sonuç çıkarılan vakıa iddiasının somutlaştırılmasına yönelik bilgi verme zorunluluğu kalmayabilir⁶⁷⁴. İspat yükünün yer değiştirmesini gerektiren durumlarda da, karşı taraf, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunmak üzere bilgi vermek zorunda değildir. İspat yükü yer değiştirdiği için ilk aşamada ispat yükü altında olmayan taraf kendi lehine bir ispat faaliyeti yürütebilmek için elindeki delilleri getirecektir. Karşı tarafın somutlaştırılmamış vakıa iddiası hakkında bilgi verilmesi ise gerekmez. Aynı durum, delil ikame yükünün yer değiştireceği veya ispat ölçüsünün düşürülebileceği

⁶⁷⁴ Bkz. İkinci Bölüm, § 3, D, 3.

görüşünde⁶⁷⁵ de söz konusudur. Şöyle ki, delil ikame yükü yer değiştirdiğinde, karşı taraf aleyhine bir katılma yükü (*delil ikame etme*) doğacaktır. Karşı tarafça bunun gerekleri yerine getirilmediğinde, iddia yükü altındaki tarafın dayandığı vakıa iddiası ispat edilmiş sayılır. Buna karşın, uyuşmazlığın diğer tarafının aleyhine ileri sürülmüş vakıa iddiasının somutlaştırılması için gerekli bilgiyi vermesi gerekliliği ortaya çıkmamaktadır.

3.1.1. Eda Davası Açılması veya Basamaklı Dava Açılması

Tarafların birbirlerine karşı açacağı bir dava için lüzumlu bilgilerin temini maddî hukuka dayandırılabilir. Aslında maddî hukuk temelli yaklaşımda öngörülen eda davası ve basamaklı dava kanunda açıkça öngörülmüştür. Fakat maddî hukuk eksenli yaklaşımda, kanunda açıkça öngörülmeyen ve somutlaştırma imkânsızlığının söz konusu olduğu durumları aşabilmek için, karşı tarafın bilgi verme yükümlülüğü içtihatlar ile getirilmiştir. Bu yüzden, maddî hukuk kurallarına göre bilgi dengesizliğinin giderilmesi hususu uygulama ve öğreti tarafından geliştirilen araçlar kapsamında ele alınabilir.

3.1.1.1. Maddî Hukuka Göre Bilgi Verme Zorunluluğu

Uyuşmazlığın tarafları, maddî hukuk gereği, birbirlerine bilgi verme yükümlülüğü altında olabilirler. Verilecek bilgiler çerçevesinde, bir tarafın kendi lehine bir hakkın mevcut olup olmadığını, davayı kime karşı açacağını öğrenmesine kadar birçok husus hakkında bilgi elde edilebilir. Paylaşılacak bilginin tayininde bu yönde bir menfaatin olup olmadığına bakılır ve karşı tarafın bilginin saklı tutulması yönündeki menfaati

⁶⁷⁵ Oğuz Atalay, "Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması", *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, C. 1, 2015, 71. Kanaatimizce, delil ikame yükünün yer değiştirmesi somutlaştırma imkânsızlığına bağlanamaz. Vakıa iddiasının somutlaştırılmasında zorluk yaşanması delil ikame edilmesine engel olmaz. İddia yükü altındaki taraf delil ikame etme olanağına her hâlükârda sahiptir. Şöyle ki, keşif, bilirkişi ve yemin delillerinin gösterilmesi için taraf dilekçesinde bu delillerden bahsedilmesi yeterlidir. İlke olarak tanık ve belge bakımından da aynı durum söz konusudur. Sadece bu delillerin ikamesi için vakıa iddiasının somutlaştırılmasının yanı sıra, delile ilişkin elle tutulur açıklamalara da yer verilmiş olmalıdır. Yine bu delillerin ikamesi için lüzumlu bilgileri temin etmeye yönelik araçlar geliştirilmiştir. Karşı tarafın uhdesinde bulunan belgenin tespitini mümkün kılacak açıklamalar ile belgenin ibrazına karar verilebilir (HMK m. 220/3). Tanık delilinde ise ispatın engellenmesi kurumu ile karşı tarafın tanığın iletişim bilgilerini paylaşması beklenebilir. Asıl ihtiyaç duyulan husus, karşı tarafın vakıa iddialarının somutlaştırılmasına katılmasını sağlamaktır. Kaldı ki, karşı taraf elindeki bütün delilleri söylemiş olsa dahi, iddia edilmiş vakıanın somutlaştırılmaması durumunda bir değişiklik olmayacaktır.

gözetilir⁶⁷⁶. Davaya dayanak teşkil edecek vakıaların somutlaştırılmasına yönelik bilgiler de bu kapsamda öğrenilebilir⁶⁷⁷. Yalnızca davacının lehine böyle bir imkânın doğduğunu düşünmek yanlış olur. Yerine göre davalı lehine de bilgi edinme imkânı tanınmış olabilir. Böylece, hakkın ileri sürülmesine engel teşkil eden hususlar davalı tarafından temin edilebilir⁶⁷⁸. Sonuç olarak, taraflardan biri sahip olduğu bilgileri paylaştığı takdirde, diğer taraf somutlaştırmaya yönelik bilgileri temin etmiş olur. Doğrudan açıklama yaparak bilgi verilmesi veya eldeki belgelerin paylaşılması veyahut inceleme yapılmasını gerektiren durumlarda (*keşif konusunun incelenmesi gibi*) buna katlanılması da yeterli olabilir⁶⁷⁹.

Genel bir bilgi verme yükümlülüğü mevcut olmadığından, bir tarafın diğer tarafa bilgi vermesini öngören kanunî düzenlemeler önem kazanmaktadır. Açık bir hükmün varlığı hâlinde, somutlaştırmaya yönelik bilginin karşı taraftan temin edilmesinde sorun yaşanmaz. Taraflar arasında her zaman için ihtiyaç duyulacak bilgileri birbirilerine vermelerine yönelik anlaşma yapılabilir⁶⁸⁰. Bilgi verilmesi, yine maddî hukuka dayanacaktır. Kanunda hüküm bulunmadığı ve tarafların da buna yönelik bir anlaşma yapmadığı takdirde, karşı tarafın maddî hukuka göre bilgi vermesi, dürüstlük kuralı ile temellendirilebilir⁶⁸¹. Bu yöndeki çabanın temel amacı, bilgi ihtiyacının doğduğu durumlara cevap verebilmektir. Sırf bir tarafın ihtiyaç duyduğu bilgilerin karşı tarafta mevcut olması, bilgi verilmesini haklı kılmaz⁶⁸². Alman hukukunda, hukukî ilişkinin

⁶⁷⁶ Lang, 59; Gerhard Lüke, "Der Informationsanspruch im Zivilrecht", *JuS*, 1986, 6; Peter Winkler von Mohrenfels, *Abgeleitete Informationsleistungspflichten im deutschen Zivilrecht*, Dunker & Humblot Verlag, Berlin 1985, 138; Beckhaus, 49, 50; Baumgärtel/Laumen, 505.

⁶⁷⁷ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 15, 16; Waldmann, 32, 33; Adloff, 287. Karşı tarafın somutlaştırmaya katılmasında, talî somutlaştırma yüküne dayanıldığı için, somutlaştırma yükü dışında kalan konularda (*talep sonucunun belirlenebilmesi gibi*), maddî hukuk çerçevesinde, karşı tarafın bilgi vermesi yoluna başvurulmaktadır. Maddî hukuktan doğan bilgi verme yükümlülüğü de somutlaştırmaya yönelik bilgi verilmesini ihtiva edebilir. Nitekim belirtildiği üzere, talî somutlaştırma yükünden istifade etme imkânı bulunan tarafın yargılama esnasında elde edeceği bilgi, maddî hukuka dayanan bilgi edinme hakkıyla da talep edilebilir, bkz. Osterloh-Konrad, 66. Ancak, maddî hukuka dayalı bilgi alma imkânı olduğu için, talî somutlaştırma yükünden istifade edilemeyeceği sonucuna ulaşmak doğru olmaz, bkz. Peter Schlosser, "Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne", *JZ*, 1991, 608.

⁶⁷⁸ Winkler von Mohrenfels, 30; Koch, 140; Baumgärtel/Laumen, 297.

⁶⁷⁹ Lang, 59, 60; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 610, 611.

⁶⁸⁰ Kurt Kiethe, "Auskunft und sekundäre Behauptungslast-Anspruchsdurchsetzung bei ungeklärten Sachverhalten", *MDR*, H. 14, 2003, 783; Livschitz/Schmid, 742; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 36; Baumgärtel/Laumen, 298.

⁶⁸¹ Affolter, 10; Waterstraat, 462; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 611.

⁶⁸² Stephan Lorenz, "Eigentümer-Besitzer-Verhältnis als auskunftspflichtbegründendes Rechtsverhältnis?", *NJW*, H. 3, Y. 1994, 174; Beckhaus, 42.

niteliği gereği aşağıdaki şartlar altında bir tarafın diğer tarafa bilgi vermesi şeklinde bir yan yükümlülüğün (*Nebenpflicht*) kabul edilebileceği benimsenmiştir⁶⁸³:

- Talepte bulunan taraf lüzumlu bilgiye sahip olmamalı;
- Bilgi ihtiyacının doğmasına tarafın kendisi sebep olmamalı;
- Başka bir yoldan bilginin temini mümkün olmamalı (*ultima ratio*);
- Karşı taraf bilgiyi kolayca verebilecek konumda olmalı;
- Taraflar arasında özel bir hukukî ilişki mevcut olmalı.

Bilgi dağılımındaki dengesizliğin hukukî ilişkinin niteliğinden kaynaklanması gerekir. Dava açılması ile taraflar arasında doğan usulî bağ yeterli değildir⁶⁸⁴. Özellikle ilk şart diğerlerinden biraz daha ön plana çıkmaktadır⁶⁸⁵. Somutlaştırma yükünü taşıyan tarafın açıklama yapamaması ihtimalinde büyük olasılıkla diğer şartlar zaten gerçekleşmiş olur. İlk şartın gerçekleşmesini haklı kılan bir durumun varlığı aranır⁶⁸⁶. Muayyen dayanak noktalarının getirilmesi durumunda, asıl hakkın varlığının muhtemel gösterilmesi kaydıyla, dürüstlük kuralı gereği, bilgi verme yükümlülüğü kabul edilmektedir⁶⁸⁷. Taraflar arasında akdi bir ilişkinin olması şart değildir; her türlü hukukî ilişkide bilgi verme yükümlülüğü doğabilir⁶⁸⁸. Şu hususu da belirtmeliyiz ki, hukukî ilişkinin mevcut olduğunu ortaya koymak her durumda kolay olmayabilir. Dolayısıyla, maddî hukuka göre karşı tarafın dava vakıaların aydınlatılmasına katılması her zaman için mümkün değildir⁶⁸⁹.

⁶⁸³ Osterloh-Konrad, 194, 195; Koch, 140-144. Alman Federal Mahkemesi, bu kıstaslara değindiği kararında, aslî hakka hazırlık ve aslî hakkın icrası amaçlarına yönelik bilgilerin temin edileceğini açıkça ifade etmiştir, bkz. BGH, Urt. v. 14.07.1987 - IX ZR 57/86 (NJW, H. 21, Y. 1987, 1296). Her ne kadar maddî hukuka dayanan genel bir bilgi alma hakkı olmadığı savunulsa da, bilgi verilmesini gerektiren durumlarda, dürüstlük kuralı gereği böyle bir yükümlülük kabul edilmektedir, Osterloh-Konrad, 66-68. Kanaatimizce, genel bir aydınlatma ödevinin kabul edilmemesinin doğurduğu boşluk, bu şekilde zorlama görüşlerle dürüstlük kuralı çerçevesinde giderilmeye çalışılmaktadır.

⁶⁸⁴ Osterloh-Konrad, 65.

⁶⁸⁵ Schlosser, 606.

⁶⁸⁶ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 317, 318; Beckhaus, 42, Koch, 141.

⁶⁸⁷ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 329; Waterstraat, 463; Lang, (§ 142), 31, 32. Lehe doğan bir hakka ilişkin iddia ve ispat rizikosu sebebiyle dava malzemesinin getirilmesi gerekliliği doğar. Bilgi hakkı kullanıldığında ise karşı tarafa başvurulur. Bu durumdan ötürü, her hâlükârda bilgi hakkının doğabileceğinin kabulünden imtina edilmesi tavsiye edilmektedir, bkz. Koch, 141.

⁶⁸⁸ Beckhaus, 43; Koch, 140; Brandt, 92.

⁶⁸⁹ Winkler von Mohrenfels, 48; Beckhaus, 48.

3.1.1.2. Eda Davası ya da Basamaklı Dava Açılması

Somutlaştırma imkânsızlığı söz konusu olduğunda, lüzumlu bilgileri öğrenmeye yönelik dava açılması suretiyle bilgi temini iki şekilde mümkündür. Şöyle ki, ya önce ayrı bir davada ile bilgi temin edinilir ve daha sonra asıl dava açılabilir ya da basamaklı dava açılıp, görülmekte olan davada bilgi öğrenilir ve asıl talep bununla temellendirilir. Önce ayrı bir dava açıldığında ihtiyaç duyulan bilginin mutlaka elde edilebileceği söylenemez. Karşı taraf, bilgi vermekten imtina edebilir. Bu hâlde, yeniden bir dava açılması zorunlu hâle gelir. Bilgi verildiği hâlde bile hakka kavuşulmasında yine ciddi bir zaman kaybı yaşanır⁶⁹⁰. Çünkü hakkın gerçekleşebilmesi için iki dava açılması zorunlu olmaktadır. Aslında asıl hakkın temini için açılmış davada somutlaştırmaya katılmanın sağlanması hedeflenmelidir. Bu bakımdan, en uygun araç ise basamaklı dava (*Stufenklage*)⁶⁹¹ açılmasıdır⁶⁹². Basamaklı davayla asıl hakkın zamanaşımına uğraması tehlikesi de giderilebildiği için basamaklı dava daha avantajlıdır⁶⁹³. Basamaklı davada iki talep (*aralarında aslilik-fer'ilik ilişkisi kurulmadan*) aynı anda ileri sürülür. İlk talep ile gerekli bilgi elde edildikten sonra, ikinci talep (*asıl talep*) bu bilgilere göre temellendirilir ve asıl talep hakkında karar verilebilir⁶⁹⁴. Alman ve İsviçre hukuku açısından önerilebilecek bu yöntem, Türk hukukuna uygun değildir. Zira Türk hukukunda geçerli olan terditli davada bu şekilde bir talepte bulunulması mümkün değildir⁶⁹⁵.

Eda davası niteliğinde olan bilgi almaya yönelik davada, talep sonucunu tayin etmeye yönelik unsurların (*mesela belirli bir zaman dönemiyle sınırlamak*) izahı beklenmelidir⁶⁹⁶. Talep sonucunun belirlenebilir olmadığı hâllerde, talep sonucunu

⁶⁹⁰ Waterstraat, 463; Koch, 144.

⁶⁹¹ Bu dava türünü ifade etmek üzere "*kademeli dava*" ibaresi de kullanılmaktadır, bkz. Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, "Alman ve İsviçre Hukukları'ndaki Kademeli Dava (*Stufenklage*) ile 6100 sayılı HMK'ya Göre Belirsiz Alacak Davası'nın Karşılaştırılması", *MÜHF-HAD*, C. 16, S. 1, 2006, 353. Fakat terditli davayı ifade etmek üzere, kademeli davanın kullanılıyor olması sebebiyle, basamaklı dava kavramının tercih edilmesi daha isabetli olur, bkz. Simil, 28 (dn. 74).

⁶⁹² Osterloh-Konrad, 300, 301. Karşı taraf ihtiyaç duyulan açıklamayı yaptıktan sonra asıl talebin hemen derdest hâle gelmesi ve asıl talebin zamanaşımına uğramasının engellenmesi açısından basamaklı dava daha avantajlıdır, bkz. Freudenthal, 50; Koch, 44; Baumgärtel/Laumen, 307.

⁶⁹³ Stephan Lorenz, "Auskunftsansprüche im Bürgerlichen Recht", *JuS*, Y. 35, H. 7, 1995, 575; Koch, 144.

⁶⁹⁴ Davaya bakan hâkim, elde edilen bilgilerin asıl talep için kullanılmasını sağlamalıdır, bkz. Gessler, 438.

⁶⁹⁵ Özkaya-Ferendeci, 362, 364; Simil, 178-180.

⁶⁹⁶ Affolter, 55, 56; Waldmann, 251; MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 253, kn. 144.

belirlemeye yönelik unsurlardan bahsedilmesi yeterli görülebilir⁶⁹⁷. Talep sonucu bakımından bu şart sağlandığı takdirde, karşı taraf, aslî edim yükümlülüğünü ilgilendiren dava malzemesini getirmek durumunda kalır. Burada, ileride açılacak bir davaya müteallik vakıaların ve delillerin öğrenilmesi söz konusudur. Ancak şöyle bir sınırlamadan bahsedilebilir: Talep sonucunun mümkün olduğu ölçüde belirli hâle getirilmesi beklendiğinden, talep sonucunun dışında kalan vakıaların ve delillerin bildirilmesi gerekmez. Dikkat edileceği üzere, aslî edim yükümlülüğüne yönelik davada önem arz edecek vakıalar hakkında bilgi sahibi olunabilmekte ve deliller elde edilmektedir⁶⁹⁸.

Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da maddî hukuktan doğan genel bir bilgi verme yükümlülüğü yoktur. Alman Federal Mahkemesi, usul hukukuyla böyle bir yükümlülüğün öngörülmesine ise sıcak bakmamaktadır⁶⁹⁹. Türk hukukunda ise basamaklı dava açılmadığı gibi bilgi almaya yönelik ayrı bir davanın uygulama alanı çok sınırlıdır. Hukukumuzda dürüstlük kuralına dayalı yan yükümlülüklerin ayrı bir davaya konu olamayacağı benimsenmiştir. Her ne kadar yan yükümlülükler (*lüzumlu belgeleri diğer tarafa vermek gibi*)⁷⁰⁰ somutlaştırmaya katkıda bulunmaya yönelik olsa da, maddî hukuk çerçevesinde, karşı taraf aleyhine böyle bir katılma zorunluluğu elde edilmez. Çünkü yan yükümlülüğün yerine getirilmesine yönelik bir eda davası açılması yerine, ihlal sebebiyle tazminat talep etme hakkı tanınması yönünde bir eğilim söz konusudur⁷⁰¹. Dürüstlük kuralı gereği bilgi vererek somutlaştırmaya katılmayı gerektiren durumlarda, Türk hukukundaki hâkim görüşe göre, karşı taraf açıklama yapmaya zorlanamaz. Bu ise, aslî edim yükümlülüğünün ifası

⁶⁹⁷ Öğretide talep sonucunda belirliliği sağlama HMK m. 194 çerçevesinde ele alınmıştır, bkz. Atalay, 70. Ancak burada davaya dayanak teşkil eden dava malzemesinin somutlaştırılmasından ziyade talep sonucunu ilgilendiren bir husus söz konusudur. Bu durumun, açılan davada somutlaştırma yükünü ilgilendiren bir mesele olarak ele alınmaması gerektiği kanaatindeyiz.

⁶⁹⁸ Uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinme ve delilleri elde etme yasağının maddî hukuktan doğan bir hakkın tahsis edilmesine mani olmaması gerekliliğine vurgu yapılmaktadır, bkz. Osterloh-Konrad, 105; Beckhaus, 252. Buna göre, bilgi talep edilmesine yönelik bir hakkın varlığı hâlinde, bu yasağın önemsiz hâle geleceği söylenebilir.

⁶⁹⁹ BGH, Urt. v. 11.06.1990 - II ZR 159/89 (NJW 1990, H. 49, Y. 1990, 3151). Bu karara konu olan olayda, talî somutlaştırma yükü gereği davalı tarafın ayrıntılı bir inkârda bulunması yoluna gidilmesi gerektiğine işaret edilmiştir, bkz. NJW 1990, H. 49, Y. 1990, 3152.

⁷⁰⁰ Mustafa Dural/Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku*, İstanbul 2009, 207; Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, İstanbul 2011, 285.

⁷⁰¹ Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, Vedat Yayınevi, İstanbul 2006, 49; Eren, 37. Aslî edim yükümlülüğüne yönelik açılan davada, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesini sağlayan usulî araçlar mevcut olduğu ölçüde, bu görüşe göre herhangi bir sorun yaşanmayacağını söyleyebiliriz.

amacıyla açılacak davaya hazırlıkta temini gerekli bilgilerin toplanamaması anlamına gelir. Karşı tarafın somutlaştırmaya yönelik bilgi vermesi dürüstlük kuralıyla sağlanamadığı için maddî hukuk çerçevesinde çözüm arayışı sonuçsuz kalmaktadır. Kanunda açıkça bu yönde bir hükmün olması veya taraf anlaşmasının bulunması ise yeterli değildir. Yalnızca bu iki durumda karşı tarafın kendi aleyhine açılmış bir dava ile açıklama yapması sağlanabildiği düşünüldüğünde, bilgi verilmesine ihtiyaç duyulan hâllere kısmen cevap bulunabilir.

Bu bağlamda, Alman hukukunda, taraflar bakımından usulî bir genel aydınlatma ödevinin kabul edilmemesinin anlamlı olduğunu söyleyebiliriz. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, maddî hukukta genel bir bilgi verme yükümlülüğü olmamasına rağmen, bu yükümlülüğü getirmek usul hukukunun görevi değildir. Bu karar, özellikle hiç kimsenin kendi aleyhine delil getirmeye zorlanmaması ilkesiyle temellendirilmiştir⁷⁰². Türk hukukunda ise karşı tarafın dava vakıalarının aydınlatılmasına katılması aşağıda açıklayacağımız usulî araçlar çerçevesinde usul hukuku ile sağlanmalıdır. Çünkü maddî hukuka göre karşı tarafın dava vakıalarına ilişkin olarak açıklama yapması sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Taraflar arasındaki bilgi dengesizliğini usulî imkânlar ile gidermek, 2004 tarihli UNIDROIT⁷⁰³ ilkelerine⁷⁰⁴ de uygun bir tercih olabilir⁷⁰⁵.

3.1.2. Talî Somutlaştırma Yükü Gereği Karşı Tarafın Davanın Esasına İlişkin Vakıalar Hakkında Açıklama Yapmasının Sağlanması

İddia yükü altındaki tarafın hayat olayının nasıl cereyan ettiğini izleme olanağının bulunmadığı hâllerde talî somutlaştırma yüküne başvurulmaktadır. Alman hukukunda talî somutlaştırma yükü kavramı rekabet hukuku alanındaki uyuşmazlıklara uygulanmak üzere geliştirilmiştir. Zamanla bu yükün başka tür uyuşmazlıklara da uygulanabileceği anlayışı gelişmiştir. Buna göre, belirli şartlar altında, iddia ve ispat yükünü taşımayan taraf, uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında ayrıntılı bir inkârda bulunmalıdır⁷⁰⁶. Rekabet hukukuna özgü uyuşmazlıkların en önemli özelliği rekabet ihlali teşkil eden

⁷⁰² BGH, Urt. v. 11.06.1990 - II ZR 159/89 (NJW 1990, H. 49, Y. 1990, 3151).

⁷⁰³ Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması Enstitüsü.

⁷⁰⁴ Uluslararası Hukuk Yargılaması İlkeleri.

⁷⁰⁵ Koch, 87; Brandt, 345.

⁷⁰⁶ Beckhaus, 139; Brandt, 97-100.

eylemlerin çoğunlukla bir tarafın hâkimiyet alanında gerçekleşmesidir. Diğer tarafın uyuşmazlık için önem arz eden bilgi ve belgelere doğrudan ulaşması ise düşünülemez. Bu yüzden, rekabet ihlalinde bulunduğu düşünülen tarafın ayrıntılı bir inkârda bulunması beklenmektedir. İhlalin gerçekleştiğini iddia eden tarafın bu iddiasının genel olarak reddi yeterli görülmez. Basit bir inkârda bulunulması, inkâr etme yükünü taşıyan tarafın aleyhine bir sonucun doğmasına sebep olur⁷⁰⁷.

3.1.2.1. Talî Somutlaştırma Yükünün Devreye Girmesi İçin Aranılan Şartlar ve Karşı Taraftan Savunmada Bulunmasının Beklenmesi

Talî somutlaştırma yükünün doğması birtakım şartlara bağlanmıştır. Sadece bir tarafın somutlaştırma imkânsızlığı içinde bulunması değil, aynı zamanda karşı tarafın durumu da gözetilmiştir. Karşı tarafın daha kolay açıklama yapabilecek olması, doğrudan talî somutlaştırma yükünün devreye girmesi sonucunu doğurmaz⁷⁰⁸. İddia yükü altındaki tarafın somutlaştırma imkânından yoksun olması esas alınmaktadır. Aşağıda belirtilen şu şartlar altında talî somutlaştırma yükü devreye girecektir⁷⁰⁹:

- *İddia yükü altındaki taraf olayın gerçekleşme sürecinin dışında kalmalı;*
- *Somut vakıa iddiasında bulunma imkânı iddia yükünü taşıyan taraf için mevcut olmamalı;*
- *Karşı taraf ihtiyaç duyulan açıklamaları kolayca yapabilecek durumda olmalı ve onun için açıklama yapması beklenebilir olmalı;*
- *İddianın doğru olduğuna yönelik somut dayanak noktaları gösterilmiş olmalıdır.*

⁷⁰⁷ Freudenthal, 30, 32; Baumgärtel/Laumen, 569, 570.

⁷⁰⁸ Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarında bu hususa sık sık temas edilmektedir, bkz. BGH, Urt. v. 17.10.1996 - IX ZR 293/95 (NJW, H. , Y. 1997, 129).

⁷⁰⁹ Talî somutlaştırma uyarınca, karşı tarafın ayrıntılı bir açıklamada bulunmasının muayyen dayanak noktaları getirilmesine bağlı olduğu konusunda görüş birliği vardır, bkz. Kiethe, 783; Waterstraat, 467; Osterloh-Konrad, 63; Koch, 148; Baumgärtel/Laumen, 576. **BECKHAUS**, dayanak noktaları bakımından bir şartın daha aranması gerektiğini vurgulamaktadır. Yazara göre, karşı taraf aleyhine talî iddia yüküne başvurulması, ileri sürülecek dayanak noktalarının hakka temel teşkil eden olayı belirli ölçüde gerçeğe yakın göstermesi şarttır, bkz. Beckhaus, 140.

Yukarıda belirttiğimiz bu şartların kanunî düzenlemeye kavuşturulması için değişiklik önerileri yapılmıştır⁷¹⁰.

Usul yargılamasına hâkim olan iddia ve ispat yükü dağılımı talî somutlaştırma yükünün kabulüyle muhafaza edilebilmektedir. Talî somutlaştırma yükünün uygulanması ispat yükünün dağılımını değiştirmez. Yine ispat yükü altındaki tarafın vakıa iddiasını ispat etmesi beklenir⁷¹¹. İddia yükü altındaki taraf, somutlaştırma yükünü tam olarak yerine getiremiyor olsa dahi, elle tutulur bir vakıa iddiasında bulunmaya çalışmalıdır⁷¹².

Talî somutlaştırma yükünde, iddia ve ispat yükü altında olmayan karşı taraf, ayrıntılı bir şekilde inkârda bulunmalıdır. İstenen açıklama yapıldıktan sonra, artık kendisine ispat yükü düşen taraf, davayı kazanmak için, vakıa iddiasını ispat etmelidir. İspat edememe hâlinde ortaya çıkacak belirsizlik durumu, ispat yükü altındaki tarafın aleyhine olur⁷¹³. Buna karşın, beklenen ölçüde ayrıntılı bir inkârda bulunulmazsa, sırf bu sebepten ötürü, vakıa iddiasına göre hüküm kurulabilir⁷¹⁴. Bu durumda ise, iddia ve ispat yükü altında olmayan taraf aleyhine bir sonuç söz konusu olur.

Talî somutlaştırma yükünde, iddia yükü altında olmayan taraf, elindeki delilleri bildirmek zorunda değildir⁷¹⁵. Tanık hakkında bilgi verilmesi zorunluluğunun ispatın engellenmesi kapsamında görülmesi ve talî somutlaştırma yüküne dâhil tutulmaması⁷¹⁶ da bunu haklı kılmaktadır. Alman Federal Mahkemesi tarafından verilmiş olan bir karar da bu yöndedir. Karara göre, ispatın engellenmesi teşkil eden bir davranışta bulunmuş taraf, talî somutlaştırma yüküne aykırı davranmış sayılmaz⁷¹⁷. Diğer bir ifadeyle, talî somutlaştırma yükü gereği açıklama yapması beklenen taraftan elindeki deliller

⁷¹⁰ Reinhard Greger, "Justizreform? Ja, aber...", JZ, Y. 55, Nr. 17, 2000, 846; Beckhaus, 418, 419; Brandt, 351.

⁷¹¹ Kiethe, 783, 784; Freudenthal, 30; Eschlebach/Geipel, (*Substantiierungslast des Beklagten*), 1685; Rüdiger Lahme, Die Eignung des Zivilverfahrens zur Durchsetzung des Kartellrechts, Hamburg 2009, 235; Adloff, 183.

⁷¹² Hansen, 590; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 38; Saenger, 145; Koch, 149.

⁷¹³ Saenger, 145; Eschlebach/Geipel, (*Substantiierungslast des Beklagten*), 1686; Koch, 149.

⁷¹⁴ Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 39; Eschlebach/Geipel, (*Substantiierungslast des Beklagten*), 1684.

⁷¹⁵ Barbara Völzmann-Stickelbrock, "Beweiserleichterungen durch tatsächliche Vermutungen - Eine Analyse der aktuellen Rechtsprechung zur Darlegungs- und Beweislast bei Urheberrechtsverletzungen via Internetanschluss", Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, 2015, 547; Baumgärtel/Laumen, 569, 577.

⁷¹⁶ MüKo-ZPO/Wagner, § 138, kn. 21.

⁷¹⁷ BGH, Urt. v. 17.01.2008 - III ZR 239/06 (NJW, Y. 2008, H. 14, 984).

hakkında bilgi vermesi de beklenemez⁷¹⁸. Şöyle ki, belgenin ibrazı, keşif icrasına katkıda bulunma veya tanığın davet edilebilmesi için tanığa ilişkin bilgilerin bildirilmesi, talî somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi ile alakalı değildir⁷¹⁹. Bu itibarla, ne kadar ayrıntılı inkârda bulunulursa bulunulsun, talî somutlaştırma yükünde, vakıa iddiasının ispat edilmemesi riskinin tam anlamıyla bertaraf edilemediğini söyleyebiliriz.

Kanunda bazı şartlar altında bir tarafın elindeki ispat vasıtasını getirmesi öngörülmüş olabilir. Ancak talî somutlaştırma yükünün devreye girmesi tek başına mevcut delilleri de getirmeyi zorunlu kılmaz⁷²⁰. Alman Federal Mahkemesi, belge açısından vermiş olduğu bir kararda bunu açıkça ifade etmiştir. Karara göre, kanunî düzenlemeler gereği belge ibraz etme zorunluluğu doğmadığı sürece, talî somutlaştırma yüküne göre belgenin ibrazına karar verilemez⁷²¹.

Talî somutlaştırma yükü, muayyen bir hususun varlığının veya yokluğunun ispatı gerektiğinde etkili bir araçtır. Bunun dışında kalan hususlarda (*mesela dava konusunun tayinine yönelik bilgilerin elde edilmesi*) ise, talî somutlaştırma yüküne başvurulamaz⁷²². Ancak dava konusunun belirlenmesi somutlaştırma yükünü ilgilendirmedikten⁷²³, somutlaştırma yükü açısından, talî somutlaştırma yükünün etkili bir araç olduğunu söyleyebiliriz.

Talî somutlaştırma yükünü temellendirmek üzere birçok hukukî ilkeye başvurulmaktadır. Konuya ilişkin içtihatların oluşturulduğu ilk aşamada doğruyu söyleme ödevi esas alınmıştır. Sonradan verilen bazı kararlarda ise yargılamayı hızlandırma ödevi (*Prozessförderungspflicht*) ilkesine de değinilmiştir. Hâkim görüş, dürüstlük kuralı gereği talî somutlaştırma yüküne ulaşılabilceği yönündedir⁷²⁴. Farklı

⁷¹⁸ Eschlebach/Geipel, (*Substantiierungslast des Beklagten*), 1685. Aksi yöndeki bir görüşte ise inkârda bulunması gereken tarafın kendi hâkimiyet alanındaki delilleri de söylemesi gerektiği belirtilmiştir. Delil ikame yükü yine aynı taraftadır. Yalnızca delil ikame edilmesi için yardımcı olma faaliyeti söz konusudur, bkz. Walter F. Lindacher, "Beweisrisiko und Aufklärungslast der nicht risikobelasteten Partei in Wettbewerbsachen", *WRP*, S. 9, 2000, 952, 953; Lahme, 236. Ancak bir tarafın elindeki delilleri bildirmesi şeklinde bir zorunluluk talî somutlaştırma yükünden çıkarılamaz. Açıkladığımız bu görüşte **STÜRNER** tarafından geliştirilen genel aydınlatma ödevinin tesiri olduğu düşüncesindeyiz.

⁷¹⁹ Brandt, 351.

⁷²⁰ Saenger, 145; Koch, 149; Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 10.

⁷²¹ BGH, Urt. v. 26. 6. 2007 - XI ZR 277/05 (NJW, H. 41, Y. 2007, 2991).

⁷²² Osterloh-Konrad, 65, 66; Beckhaus, 141; Baumgärtel/Laumen, 577.

⁷²³ Osterloh-Konrad, 52.

⁷²⁴ Hansen, 590; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 613.

bir görüşe göre ise AMUK m. 138/2 esas alınmalıdır⁷²⁵. Azınlıkta kalan bir görüş ise silahların eşitliği ilkesini dayanak almaktadır⁷²⁶.

Kanaatimizce, dava malzemesinin mümkün olduğunca kısa sürede getirilmesini öngören yargılamayı hızlandırma ödevi, talî somutlaştırma yüküne dayanak olamaz⁷²⁷. Bu ödevde göre, taraflardan ellerindeki iddia ve savunma vasıtalarını mümkün olduğunda kısa sürede davaya dâhil etmeleri beklenir. Çünkü yargılama mümkün olduğunca kısa sürede neticelenmelidir. Oysa talî somutlaştırma yükü sayesinde davaya temel teşkil edecek hususlara ulaşılması temel amaçtır. Bu ise, yerine göre yargılamanın uzamasına dahi sebebiyet verebilir⁷²⁸.

Dürüstlük kuralına dayanan görüşe yönelik eleştiri, kanunda başka imkânlar bulunduğu sürece bu ilkeye başvurulamayacağı yönündedir. AMUK m. 138/2 hükmünün varlığı dikkate alındığında, dürüstlük kuralına başvurulmamalıdır⁷²⁹. Silahların eşitliği ilkesine ise henüz bir eleştiri getirilmemiştir. Kuşkusuz ki, ayrıntılı inkârda bulunulmasının nihai sonucu taraflar arasında silahların eşitliğinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla, talî somutlaştırma yüküne silahların eşitliği ilkesinin de dayanak gösterilmesi gayet doğaldır. Fakat silahların eşitliği ilkesi tek başına talî somutlaştırma yüküne dayanak teşkil edemez. İddia yükü altındaki tarafın cevap vermesini öngören bir düzenlemenin (AMUK m. 138/2) de mevcut olması şarttır. Pasif kalmanın olağan karşılandığı bir hukuk düzeninde (*inkâr etme yükünün kabul edilmemesi*), bir tarafın kendiliğinden aleyhine ileri sürülen iddialara ayrıntılı bir şekilde cevap vermesi beklenemez. Kaldı ki, hiç inkârda bulunulmamış olması dahi aleyhe bir sonuç doğurmayabilir.

İsviçre hukukunda da aynı şartlar altında ayrıntılı bir inkârda bulunma anlayışı geçerlidir. Somutlaştırma yükünü yerine getirme imkânı bulunmayan tarafın bu durumu gözetilerek, karşı taraftan ayrıntılı bir inkârda bulunması beklenmektedir⁷³⁰. İspat yükü, yine aynı tarafta kalmaktadır⁷³¹. Alman hukukunda olduğu gibi, birtakım şartların gerçekleşmesi hâlinde ayrıntılı inkârda bulunulabileceği kabul edilmiştir. Dayanak

⁷²⁵ MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 131; Baumgärtel/Laumen, 575.

⁷²⁶ Christian Solmecke/Felix Rüther/Thomas Herkens, "Uneinheitliche Darlegungs-und Beweislast in Filesharing-Verfahren", *MMR*, 2013, 218, 219.

⁷²⁷ Stephane Ambs, Bestreiten mit Nichtwissen - die Auslegungsregel des § 138 Abs. 4 ZPO, Ernst und Werner Gieseking Verlag, Bielefeld 1997, 82.

⁷²⁸ Baumgärtel/Laumen, 574.

⁷²⁹ Baumgärtel/Laumen, 574, 575.

⁷³⁰ BK-ZPO/Killias, Art. 222, kn. 19, 20.

⁷³¹ Meier, 132.

olarak, dürüstlük kuralına ilişkin İMUK m. 56 hükmü esas alınmaktadır⁷³². Şöyle ki, iddia yükü altındaki taraf gerekli bilgiye sahip olmamalıdır ve ondan bu bilgiyi temin etmesi beklenemez olmalıdır. İnkâr etme yükü altındaki taraf ise gerekli bilgiye sahip olmalıdır ve ondan ayrıntılı bir açıklama yapması beklenebilir nitelikte olmalıdır⁷³³. Bilhassa belirsiz menfi vakıaların ispatı gerektiğinde detaylı bir şekilde inkârda bulunulması beklenmektedir⁷³⁴.

Yukarıda belirtilen şartlarda iddia yükü altındaki taraf lehine somutlaştırma ölçüsü daralmaktadır. Karşı taraf ise, delillerin değerlendirilmesi için, ayrıntılı bir şekilde inkârda bulunmaktadır. İsviçre hukukunda, maddî hukuktan doğan hakların öncelikli olarak kullanılması gerektiği savunulmaktadır. Eğer maddî hukukta açıklama yapma yükümlülüğü öngörülmüşse, karşı tarafın detaylı inkârda bulunması zorunluluğuna başvurulmasına ihtiyaç yoktur. Yazara göre, dürüstlük kuralına istinaden bilgi verme yükümlülüğüne ulaşamayacağı için, ancak kanunda açıkça bilgi verme yükümlülüğünün öngörüldüğü hâllerde böyle bir durum söz konusu olur. İddia yükü altında olup ayrıntılı bir açıklama yapma imkânından yoksun olan taraf, öncelikle maddî hukukta kendi lehine doğan imkânı tüketmelidir. Buna göre, ihtiyaç duyulan bilginin temini için ayrı bir dava açılmalıdır ya da basamaklı davayla istenen bilgilere ulaşılması yolu denenmelidir. Anılan imkânlar tüketilmeden açılan bir davada talî somutlaştırma yüküne başvurulmaz. Maddî hukukta bu yönde bir yükümlülük olmadığı takdirde ise dava açılarak karşı tarafın gerekçeli bir inkârda bulunması sağlanabilir⁷³⁵. Alman hukukunda da ispat yükünü taşıyan tarafın başka bir imkâna sahip olmaması şartı gözetilerek benzer şekilde bir görüş ileri sürülmüştür. Şöyle ki, maddî hukuk gereği bilgi almak mümkün ise bu şartın mevcut olmadığı sonucuna ulaşılabilir⁷³⁶.

⁷³² Meier, 137.

⁷³³ Meier, 133, 134.

⁷³⁴ Spühler/Dolge/Gehri, 139, 140; Meier, 135. Aynı şekilde Alman hukukunda da belirsiz menfi vakıanın ispatı, talî somutlaştırma yüküne başvurulmasını gerekli kılmaktadır, bkz. Eschlebach/Geipel, (*Substantiierungslast des Beklagten*), 1685, 1686; Koch, 148. Menfi vakıaların ispatında ispat yükünün yer değiştirmesi, ispat yükünü belirleyen maddî hukuk kuralına aykırı bir sonuç doğurmaktadır. Bu yüzden, talî somutlaştırma yükünün devreye girmesi suretiyle karşı tarafın detaylı bir şekilde inkârda bulunması anlayışı olumlu karşılanmaktadır, bkz. Morhard, 22, 23; Freudenthal, 30.

⁷³⁵ Waldmann, 236, 237.

⁷³⁶ Baumgärtel/Laumen, 576. Hâlbuki aynı çalışmada, usul hukuku ile bilgi teminin mümkün olduğu hâllerde, ilgili taraf için bir ek imkân açıldığı kabul edilmektedir. Bu görüş çerçevesinde, maddî hukuka göre bilgi temin edilebilmesi olanağı, usul hukukunda aynı işlevi görececek bir durum olsa dahi, varlığını korumaktadır, bkz. Baumgärtel/Laumen, 309.

Ancak yukarıda belirtilen görüşün isabetli olduğu söylenemez. Aslî hakkın talep edildiği bir davada ihtiyaç duyulacak bilginin temin edilmesini sağlayan bir imkâna (*karşı tarafın ayrıntılı inkârda bulunması*) daima üstünlük tanınmalıdır. Hem maddî hukuka göre bilgi verilmesine hem de talî somutlaştırma yükünün devreye girmesine yönelik şartlar gerçekleşmiş olabilir. Talî somutlaştırma yükünde, basamaklı dava gibi dolaylı bir yola başvurmada bilgi temini sağlanabilmektedir⁷³⁷. Bilgi almaya yönelik ayrı bir davanın açılması da dolaylı bir yoldur. Bu bakımdan, talî somutlaştırma yükünden istifade edilmesine öncelik tanımak daha makuldür⁷³⁸.

3.1.2.2. Türk Hukukunda Talî Somutlaştırma Yükünün Uygulanması

Türk hukukunda talî somutlaştırma yükü, iddia ve ispat yükü altında olmayan tarafın dava vakıaları hakkında açıklama yapma zorunluluğunun bulunması hâlinde uygulanabilir. Öğretide, karşı tarafın vakıa iddialarının somutlaştırılmasına yardım edeceği ifade edilmekle birlikte, bunun hukukî dayanağı açıklanmamıştır⁷³⁹. Bununla birlikte, HMK m. 29 hükmü uyarınca, bir taraf vakıa iddiasını somutlaştıramadığı takdirde, diğer tarafın iddia konusu vakıayı somutlaştırmaya yardımcı olabileceği ifade edilmiştir⁷⁴⁰.

Talî somutlaştırma yükü AMUK m. 138/2’de öngörölmüş olan açıklama yüküne (*Erklärungslast*) benzer bir düzenleme ile temellendirilebilir. HMK’da bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır. Karşı taraf, HMK m. 128 uyarınca, cevap vermeme yolunu bile tercih edebilir. Bu bakımdan, karşı tarafın somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunmamasının dürüstlük kuralına aykırı olmayacağını söyleyebiliriz. İnkârda bulunulması hâlindeyse, bunun dürüstlük kuralına aykırı olup olmayacağı ayrıca ele alınmalıdır. Bilindiği üzere, dürüstlük kuralına aykırı bir işleme hukukî etki tanınmamaktadır. Eğer inkârın ayrıntılı olmaması dürüstlük kuralına aykırı görülürse, inkârın geçerli olmadığı sonucuna ulaşılır. Türk hukukunda inkârda bulunmama hâlinde ise inkâr faraziyesi devreye girmektedir. Dolayısıyla, dürüstlük kuralına aykırı olarak basit bir inkârda bulunulduğunda, yine vakıa iddiasının inkâr edildiği sonucuna ulaşılabilir. Diğer bir deyişle, inkârın ayrıntılı bir şekilde

⁷³⁷ Lorenz, (*pre-trial*), 58; Koch, 150.

⁷³⁸ Osterloh-Konrad, 66, 211.

⁷³⁹ Akil, (*Somitlaştırma Yükü*), 94; Özekes, 290, 291; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (3. Bası), 387.

⁷⁴⁰ Börü, 98, 99, 228, 229.

gerçekleşmemiş olması hâlinde, iddia yükünü taşımayan tarafın inkârda bulunduğu varsayılmaktadır. Dolayısıyla, Türk hukukunda, karşı tarafın somutlaştırmaya katılmasını sağlamak üzere, talî somutlaştırma yüküne başvurulamaz. Bu ise, taraflar arasında silahların eşitliğini sağlamak bakımından, ciddi bir sorun teşkil eder⁷⁴¹. Sonuçta, elinde olmayan nedenlerden ötürü lüzumlu bilgileri getiremeyen tarafın aleyhine bir durum ortaya çıkmaktadır.

Türk hukukundaki sakıncalı durum, elindeki bilgileri paylaşmamak yönünde bir taktik izleyen tarafın lehine bir durumun ortaya çıkmasıdır. İddia yükü altındaki tarafın somutlaştırma yükünü yerine getiremeyeceği bilindiği için, karşı taraf, somutlaştırma yüküne dayalı bir karar verilmesini talep edecektir. Bu karar kuşkusuz ki, somutlaştırma imkânsızlığı içinde bulunan tarafın aleyhine olur. Oysa somutlaştırma yükünün benimsenmesindeki temel gaye, derli toplu dilekçeler ile hak aranmasını sağlamaktır. Somutlaştırmaya yönelik bilgiler iddia yükü altındaki tarafta bulunduğu hâllerde herhangi bir sorun ortaya çıkmaz. Elindeki bilgileri paylaşmayan taraf bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Somutlaştırma imkânsızlığı hâlinde ise bu şekilde keyfi bir tutum söz konusu değildir. Böyle bir durumda, somutlaştırma yükünün hak arama imkânı önünde bir engel teşkil etmekten öteye gidemeyeceğini söyleyebiliriz.

3.1.3. Taraflar İçin Genel Bir Aydınlatma Ödevinin Kabulü

Maddî gerçeğe ulaşılabilmesi için genel bir aydınlatma ödevinin⁷⁴² kabulü uzun süreden beri savunulmaktadır. AMUK çerçevesinde böyle bir ödevin geçerli olduğu görüşü **STÜRNER** tarafından geliştirilmiştir⁷⁴³. Ağırlıklı görüşün aydınlatma ödevinin

⁷⁴¹ Karşı tarafın vakıa iddiasının somutlaştırılmasına yönelik açıklama yapmasının silahların eşitliği ilkesine uygun olduğu belirtilmiştir, bkz. Börü, 228.

⁷⁴² Öğretide, hâkimin davayı aydınlatma ödevi (*die richterliche Aufklärung*) ile karıştırılmaması için tarafların aydınlatma ödevini (*Aufklärungspflicht der Parteien*) karşılamak üzere, “açıklama ödevi” ifadesi de tercih edilmektedir, bkz. Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 142, 143. Haklı olarak “açıklama ödevi” kavramının kullanılmasının isabetli olmayacağı belirtilmiştir. Belirli bir konu hakkında sahip olunan bilgilerin aktarılması dışında başka davranışların sergilenmesi de “aydınlatma ödevi”nin kapsamına girmektedir, bkz. Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 47 (180). Başka bir çalışmada ise “aydınlatma yükümlülüğü” ifadesi tercih edilmiştir, bkz. Erdal Tercan, “Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, *Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan*, 1996, 188, 189. Çalışmamızda “aydınlatma ödevi” ifadesini kullanmayı tercih edeceğiz. Bu ifadenin kullanıldığı yerlerde hâkimin davayı aydınlatma ödevinin mi yoksa tarafların aydınlatma ödevinin mi kastedildiği konu bağlamında anlaşılabilir.

⁷⁴³ Birçok yazar tarafından genel bir usulî aydınlatma ödevinin uygulanabileceği savunulmaktadır, bkz. Egbert Peters, “Auf dem Wege zu einer allgemeinen Prozeßförderungs-pflicht der Parteien?”, *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, 1990, 400-406; Christian Katzenmeier, “Aufklärungs-

mevcut kanunî düzenlemeye göre mümkün olmayacağı yönünde olduğu söylenebilir⁷⁴⁴. Olması gereken hukuk açısından ise aydınlatma ödevinin getirilmesi şiddetle savunulmaktadır⁷⁴⁵. Aydınlatma ödevine karşı çıkılması bakımından çeşitli gerekçeler ileri sürülmüştür. Aydınlatma ödevinin içeriğini açıkladıktan sonra bu gerekçeler üzerinde duracağız. Daha sonra, Türk hukukunda taraflar için genel bir aydınlatma ödevinin söz konusu olup olamayacağını değerlendireceğiz.

3.1.3.1. Aydınlatma Ödevinin Şartları ve Karşı Taraf Aleyhine Doğurduğu Yükümlülükler

Etkin hukukî koruma sağlanması ve maddî gerçeğe ulaşılması idealleri, aydınlatma ödevine temel teşkil etmektedir⁷⁴⁶. Taraflar için genel bir aydınlatma ödevinin kabulünün nihai sonucu, vakıa iddiasının ispat edilememesi sebebiyle ortaya çıkan belirsizlik hâline dayalı kararların verilmesinin azaltılmasıdır⁷⁴⁷. Aydınlatma ödevinin kabulünde kimsenin karşı tarafın lehine dava malzemesi getirmeyeceği ilkesinin etkisi kaybolmaktadır. Eksik kalan dava malzemesi sebebiyle verilecek karar lehine olan tarafın katılımı sağlandığı takdirde, maddî gerçeğe uygun karar verilmesi temin edilebilir. Burada, iddia ve ispat yükü altında olup gerekli bilgiden yoksun olan tarafın menfaatlerine hizmet eden bir anlayış söz konusudur⁷⁴⁸.

/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess", JZ, S. 57, 2002, 538-540; Waterstraat, 477-484.

⁷⁴⁴ Winkler von Mohrenfels, 214, 215; Peter Arens, "Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess", ZZZ, B. 96, H. 1, 1983, 13; Lüke, (*Informationsanspruch*), 2, 3; Volkert Vorwerk, "Verfahrensvereinfachung im Zivilprozeß zu Lasten der Justiz und der Parteien", MDR, H. 9, 1996, 870; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 22; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 611, 612; Baumgärtel/Prütting, 559-565.

⁷⁴⁵ Greger, (*Justizreform*), 847. **GOTTWALD** tarafından Alman hukukunda 2002 Reformu öncesinde buna yönelik düzenleme yapılması önerilmiştir, bkz. Peter Gottwald, "Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?", *Verhandlung des 61. Deutschen Juristentags*, B. 1, 1996, A 1- A 104. Bu durumda, ilk derece yargılaması güçlendirildiği için özellikle kanun yolu başvurularında azalma olacağına dikkat çekilmiştir, bkz. Gottwald, (*Gutachten*), A 52- A 55; Lorenz, (*pre-trial*), 61. Reform sonrasında ise genel bir usulî aydınlatma ödevinin getirilmemesine yönelik bir hüküm öngörülmemiştir, bkz. Waterstraat, 471, 476. Bu sebeple, 2002 Reformu sonrası da usulî aydınlatma ödevi getirilmesine yönelik görüşler ileri sürülmeye devam etmektedir, bkz. Rolf Stürner, "Neuere Prozessrechtsreformen in Frankreich und Deutschland -Zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie", *Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie* (Hrsg. Blaurock, Uwe), 2005, 32; Scholz, (*Vorlagepflichten*), 939-941; Beckhaus, 309, 310.

⁷⁴⁶ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 44-46.

⁷⁴⁷ Peters, 408; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 653.

⁷⁴⁸ Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 11.

Açılan davada risk altında olmayan taraf aleyhine usulî aydınlatma ödevinin devreye girmesi şu şartlar altında mümkün olabilir:

- Somut bir şekilde öne sürülmesi gereken vakıalar bakımından iddia yükü altındaki taraf bilgi eksikliği içinde bulunmalı;
- İddia yükü altında olan taraf kendisinden kaynaklanmayan bir nedenden ötürü somutlaştırma imkânından yoksun olmalı;
- İddianın gerçeğe uygun olduğunu muhtemel gösteren belirli dayanak noktalarına gösterilmeli;
- Aydınlatma ödevinin gereklerine uyulması karşı taraf için beklenebilir olmalı.

Vakıa iddiasında bulunulurken belirli dayanak noktalarından bahsedilmesinin aranmasındaki temel düşünce, karşı tarafın uhdesindeki dava malzemesini araştırma amacı ile dava açılmasına olanak tanımamaktır⁷⁴⁹. Somutlaştırma ölçüsü bakımından dayanak noktalarının getirilmesi yeterli görülebilir. Ayrıca dayanak noktaları vakıa iddiasını muhtemel gösterecek yeterlilikte olmalıdır⁷⁵⁰. Karşı tarafça ihtiyaç duyulan bilgi getirilene kadar dayanak noktaları bir nevi köprü vazifesi üstlenir. Aydınlatma ödevinin etkisi, dava açılması ile ortaya çıkar. Buna karşın, bilgi verme zorunluluğunun dava açılmadan önce de doğabileceği ifade edilmiştir. Dava açılma ihtimali söz konusu ise, ispat yükü altında olmayan taraf, AMUK m. 93 (HMK m. 312/2)'e göre dava giderlerine katlanmamak için elindeki bilgileri paylaşmalıdır⁷⁵¹.

Aydınlatma ödevi gereği, eldeki bilgilerin paylaşılması, mevcut delillerin bildirilmesi, uyuşmazlığa ilişkin belgelerin verilmesi, keşif konusunun tevdi edilmesi ve keşfe katlanılması iddia ve ispat yükü altında olmayan taraftan beklenir⁷⁵². Bu çerçevede, karşı tarafın elindeki belgeyi ibraz etmesi için maddî hukuk gereği yükümlü olması şartını öngören AMUK m. 422 hükmü önemini kaybeder. Nitekim aydınlatma ödevinin kabulü çerçevesinde yapılan önerilerde bu hükmün de değiştirilmesi

⁷⁴⁹ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 122, 123; Waterstraat, 469.

⁷⁵⁰ Dayanak noktaları ile hâkimde vakıa iddiasının gerçeğe uygun olduğu yönünde kanaat uyandırılması şartı aranmamaktadır. Yalnızca iddianın muhtemel olduğu izleniminin uyanması yeterlidir, bkz. Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 123.

⁷⁵¹ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 273-278.

⁷⁵² Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 134-151.

öngörülmektedir⁷⁵³. Bazı sorunlara cevap verme noktasında ise aydınlatma ödevi yeterli olmayabilir. Bu sebeple, maddî hukuka göre bilgi alma hakkı imkânının da muhafaza edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷⁵⁴. Özellikle hakkın konusunun belirlenemediği hâllerde maddî hukuk çerçevesinde bilgi temini önem kazanmaktadır.

Taraflar için söz konusu olan aydınlatma ödevine belirli bir sınırlandırma getirilmiştir. İspat yükü altında olmayan tarafın gizli tutmakta menfaatinin olduğu hususlarda davayı aydınlatmaktan kaçınabileceği kabul edilmiştir. Böyle bir durum söz konusu değilse, aydınlatma ödevini yerine getirmeyen tarafın aleyhine bir değerlendirme yapılması mümkündür. Karşı tarafın aydınlatma ödevinin gereklerini yerine getirmemesine, şöyle bir faraziye bağlanmıştır: Aydınlatma ödevine aykırılık hâlinde, vakıa iddiası gerçeğe uygun kabul edilip hükme esas alınabilir; meğerki karşı tarafın bu iddianın aksini ortaya koymuş olmasın⁷⁵⁵.

Genel aydınlatma ödevinde önem arz eden husus, ispat yükü altındaki tarafın bilmediği bir delilin açıklanmasının da beklenmesidir. Mesela, uyuşmazlık konusu olaya şahit olan kişi hakkında bilgi verilmesinin yanı sıra, bir tanığın bulunup bulunmadığının da söylenmesi beklenir. Tarafların her birinden maddî gerçeğe ulaşılabilmesi için elindeki dava malzemesini kendiliğinden getirmesi beklenmektedir. Buna göre, ispat yükü altındaki tarafın hiç dayanmadığı bir delil (*karşı tarafın elindeki belgeler hakkında bilgi vermesi gibi*) hakkında, talep üzerine açıklama yapılmalıdır⁷⁵⁶. İşte, talî somutlaştırma yükü ile aydınlatma ödevinin farkı burada ortaya çıkmaktadır. Talî somutlaştırma yükü altındaki taraf, elindeki ilgili delilleri bildirmek zorunda değildir. Aydınlatma ödevi ise uyuşmazlığa ilişkin delillerin bildirilmesini de öngörmektedir⁷⁵⁷. Görüldüğü üzere, talî somutlaştırma yükü delil ikame yükünü ilgilendirmemekte; sadece vakıa iddiasının tamamlanmasını sağlamaktadır⁷⁵⁸.

⁷⁵³ Beckhaus, 420; Brandt, 354.

⁷⁵⁴ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 300-308.

⁷⁵⁵ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 249, 250.

⁷⁵⁶ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 136.

⁷⁵⁷ Uyuşmazlığa müteallik olup varlığından haberdar olunmayan dava vakıaları ve delilleri bildirme zorunluluğunun mevcut olmaması eleştirilerek genel aydınlatma ödevinin geliştirilmesi gerekliliği vurgulanmıştır, bkz. Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 14, 15.

⁷⁵⁸ Baumgärtel/Laumen, 580.

3.1.3.2. Aydınlatma Ödevine Yönelik Eleştiriler ve Bunlara Verilen Cevaplar

Aydınlatma ödevinin kabulü için kıyas yoluyla AMUK'un bazı hükümleri esas almıştır. Özellikle AMUK m. 138 hükmü çerçevesinde değerlendirme yapılarak aydınlatma ödevinin kabul edilebileceği savunulmuştur. Ancak kanunda boşluk olmaması sebebiyle bu şekilde kıyas yapılmasına karşı çıkmaktadır⁷⁵⁹. Bunun yanında, aydınlatma ödevi için AMUK m. 138'in kıyasen uygulanması da doğru bulunmamaktadır⁷⁶⁰. AMUK m. 138/2 gereği taraflardan her biri, karşı tarafın iddia ettiği vakıalar hakkında açıklama yapmak durumundadırlar. Genel aydınlatma ödevinde, bu hükmün bir anlamının kalmayacağı ifade edilmektedir⁷⁶¹. Ancak bu değerlendirmenin isabetli olmadığını belirtmeliyiz. Aydınlatma ödevinin uygulanması belirli şartlara bağlanmıştır⁷⁶². Aydınlatma ödevinin uygulanması için, belirli dayanak noktaları ile donatılarak vakıa iddiasında bulunulması ve mümkün olduğu ölçüde delillerin belirtilmesi gereklidir. Yani, uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinme ve delilleri elde etme yasağına aykırı bir durum doğmamaktadır⁷⁶³. Buna bağlı olarak, uyuşmazlığın karşı tarafı, belirli bir iddiaya cevap vermek durumunda kalmaktadır.

Aydınlatma ödevinin taraflarca getirilme ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilmiştir⁷⁶⁴. Özellikle iki husus açısından değerlendirme yapılarak, aydınlatma ödevinin bir sistem değişikliği anlamına geldiği belirtilmektedir. Birincisi, dava malzemesinin getirilmesindeki sorumluluğun taraflarda kalmayacağı ve hâkimin yetkisinin genişleyeceğidir⁷⁶⁵. İkincisi ise, taraflar arasında iddia ve ispat yükü dağılımının bir öneminin kalmayacağıdır⁷⁶⁶. Çünkü uyuşmazlığın taraflarından her biri, kendi aleyhine olan hususları da açıklamak zorunda kalmaktadır. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, böyle bir duruma müsaade edilmesi, maddî hukukta buna yönelik bir yükümlülük varsa uygun bulunabilir. Maddî gerçeğin tespiti önemli olsa da taraflara bunun için bir

⁷⁵⁹ Koch, 266; Baumgärtel/Prütting, 562.

⁷⁶⁰ Arens, 13; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 26; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 130.

⁷⁶¹ Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 25, 26.

⁷⁶² Bkz. Üçüncü Bölüm, § 5, C, 1.

⁷⁶³ Stürner, (*Informationsbeschaffung*), 208.

⁷⁶⁴ Arens, 18; Vorwerk, 870; Baumgärtel/Prütting, 561.

⁷⁶⁵ Lücke, (*Informationsanspruch*), 3; Arens, 17.

⁷⁶⁶ Prütting, (*Discovery*), 156; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 130; Börü, 113.

yükümlülük yüklenemez. Son olarak, *nemo tenetur* ilkesi ile bağdaşmadığı için usulî aydınlatma ödevinin kabul edilmesi mümkün değildir⁷⁶⁷.

Hâlbuki genel bir aydınlatma ödevinde, dava malzemesinin toplanması bakımından, hâkimin aktif bir görev üstlenmesi söz konusu değildir⁷⁶⁸. Aydınlatma ödevi kabul edilirse, hâkimin yetkisinin genişlemesinden ziyade, uyuşmazlığın diğer tarafının davanın aydınlatılmasına katkıda bulunması sağlanır⁷⁶⁹. Dolayısıyla, taraflarca getirilme ilkesinden ayrılma yaşanmasını gerektiren bir durum ortaya çıkmaz. Bilakis tarafların dava üzerindeki hâkimiyetinin arttığı söylenebilir⁷⁷⁰. Hatta dava malzemesinin eksiksiz olarak temin edilmesi sağlanabilir. Buna bağlı olarak, taraflarca getirilme ilkesinden sapma olarak görülen hâkimin davayı aydınlatma ödevine ve re'sen başvurulabilecek delillere gerek kalmaksızın karar verilebilir⁷⁷¹. Nitekim daha geniş bir aydınlatma ödevi benimsenmiş olan delil keşfi usulünde, dava malzemesi taraflarca getirilir ve hâkim pasif bir rol üstlenir⁷⁷². Öte yandan, genel aydınlatma ödevi kabul edilse dahi ispat yükünün dağılımı değişmez⁷⁷³. Yalnızca somutlaştırma yükünün ölçüsü daralmaktadır. İddia edilip ispat edilmesi gereken vakıanın ispat edilememesi durumunda ise yine maddî hukuk kuralı gereği ispat yükünü taşıyan tarafın aleyhine bir karar verilecektir⁷⁷⁴.

Yargılama sürecinin uzamasına sebep olabileceği gerekçesiyle de usulî aydınlatma ödevine karşı çıkılmaktadır. Dava dosyasında ilgisiz hususların yer alabileceği belirtilmiştir. Özellikle karşı tarafın aydınlatma ödevine aykırı davrandığı için cezai sorumluluğuna yönelik dava açılması ve sonrasında yargılamanın iadesi

⁷⁶⁷ BGH, Urt. v. 11.06.1990 - II ZR 159/89 (NJW 1990, H. 49, Y. 1990, 3151).

⁷⁶⁸ Çoğu durumda taraflar lüzumlu bilgilere sahip oldukları için dava malzemesinin getirilmesinde sorumluluğun taraflara bırakılması, isabetli görülebilir. Nitekim taraflarca getirilme ilkesi, maddî gerçeğe ulaşılmasında etkin bir yöntemdir. Ancak taraflarca getirilme ilkesinde, tarafların birbirine karşı sorumluluğu hakkında ise bir çıkarım yapılamaz, bkz. Peter Gottwald, "Aufklärung über die Aufklärungspflicht der Parteien", *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, 2013, 305, 306.

⁷⁶⁹ Rolf Stürner, "Anmerkung zum BGH, Urteil vom 11.6.1990 - II ZR 159/89", *ZZP*, B. 104, H. 2, 1991, 215; Lorenz, (*pre-trial*), 62; Peters, 407, 408; Lang, 265; Beckhaus, 297; Brandt, 253.

⁷⁷⁰ Yoshida, 264; Ambs, 89; Katzenmeier, 537; Daniel Waterstraat, *ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, Nomos Verlag, Augsburg 2005, 42; Waterstraat, 474; Jürgen C. T. Rassi, "Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweibelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht", *ZZP*, B. 121, H. 2, 2008, 187; Kapoor, 112; Beckhaus, 297.

⁷⁷¹ Beckhaus, 296.

⁷⁷² Stadler, 83; Waterstraat, 477; Osterloh-Konrad, 113; Rassi, 187.

⁷⁷³ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 150; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 146; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 55; Gottwald, (*Aufklärungspflicht*), 312. Hatalı bir şekilde genel aydınlatma ödevinde iddia ve ispat yükünün yer değiştirdiği ve davalı aleyhine katkıda bulunma yükünün doğduğu belirtilmiştir, bkz. Kosta E. Beys, "Über die unzumutbare Behauptungs- und Beweislast des Klägers in speziellen Fällen", *Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag*, 2009, 27.

⁷⁷⁴ Stadler, 83; Waterstraat, 474; Beckhaus, 298.

yoluna başvurulabilmesi gerekçe olarak gösterilmiştir⁷⁷⁵. Bu görüşün de isabetli olmadığını belirtmeliyiz. İddiada bulunan tarafça belirli dayanak noktaları sunulduğu için, yargılamanın uyuşmazlığı ilgilendiren hususlara yönelmesi mümkündür⁷⁷⁶.

Son olarak şunu belirtmeliyiz ki, Alman Federal Mahkemesi'nin *nemo tenetur* ilkesine dayanarak genel aydınlatma ödevine karşı çıkması isabetli değildir. Bu ilkenin taraflar arasındaki eşitliği kaldıracak şekilde uygulanması düşünülemez. Adil bir karar verilebilmesi için uyuşmazlığa ilişkin bütün dava malzemesinin yargılamaya dâhil edilmesi gerekir. Taraflar arasındaki bilgi dağılımındaki eksiklikte ise bunun temini mümkün olamaz. Bu bakımdan, tarafların dava malzemesine erişimde eşit imkâna sahip olmaları durumunda, *nemo tenetur* ilkesinin uygulanması savunulabilir. Aksi hâlde ise, silahların eşitliğinin temini bakımından zorunlu olarak *nemo tenetur* ilkesi uygulanmamalıdır⁷⁷⁷.

Alman hukukunda Fransız hukuku çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak taraflar için aydınlatma ödevinin kabul edilmemiş olması ciddi bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir⁷⁷⁸. Fransız hukukunda, taraflar için aydınlatma ödevi kabul edilmiştir. FMUK m. 11/1 uyarınca taraflardan her biri, gerçeğe ulaşılması için yargılamaya katkıda bulunmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bundan imtina eden taraf aleyhine FMUK m. 11/2'de öngörülen sonuçlar doğar. Hem ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi hem de katkıda bulunma ödevini ihlal sebebiyle para cezası ve disiplin hapsi uygulanabilmektedir⁷⁷⁹. Fransız usul yargısına hâkim olan bu anlayışa uygun olarak bir tarafın diğer taraf için lüzumlu bilgileri paylaşmasını sağlayacak hükümler öngörülmüştür⁷⁸⁰. Şöyle ki, FMUK m. 11'e göre, delillerin değerlendirilmesi için taraflardan biri elinde bulundurduğu delilleri tevdi etmek zorundadır. Hâkim, ispat yükünün dağılımına bakmaksızın ilgili tarafın delili getirmesini emredebilir⁷⁸¹. Böylece, Fransız hukukunda *nemo tenetur* ilkesinin içi boşaltılmıştır⁷⁸². Her ne kadar Alman hukukunda belge ibrazını ve keşif icrasını sağlamaya yönelik hükümler öngörülmüş

⁷⁷⁵ Vorwerk, 870.

⁷⁷⁶ Waterstraat, 473.

⁷⁷⁷ Lang, (§ 142), 134, 135.

⁷⁷⁸ Stürner, (*Informationsbeschaffung*), 207.

⁷⁷⁹ Lang, 105; Kapoor, 138.

⁷⁸⁰ İddia yükü altındaki tarafın mümkün olduğu ölçüde somut iddialarda bulunması zorunluluğu sona ermemektedir. Karşı tarafın kendiliğinden dava malzemesini getirmesi şeklinde bir anlayış söz konusu değildir, bkz. Adloff, 253.

⁷⁸¹ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 84; Gottwald, (*Aufklärungspflicht*), 307.

⁷⁸² Lang, 103, 104; Kapoor, 136.

olsa da, Fransız hukukunda olduğu gibi genel bir aydınlatma ödevi yer almamaktadır. Bu sebeple, Alman hukukunun da bu çizgiyi yakalayabilmesi için taraflar için aydınlatma ödevinin kabul edilmesi önerilmektedir⁷⁸³.

Avusturya hukukunda ise yumuşatılmış bir re'sen araştırma ilkesi tercih edilmiştir⁷⁸⁴. Buna göre, gerekli görüldüğü takdirde, tanık delili de dâhil olmak üzere, mahkemece re'sen delil incelemesi yapılabilir⁷⁸⁵. AvMUK m. 184/1 hükmü uyarınca, uyuşmazlığın tarafları, hem hukuken önem arz eden vakıaları hem de mevcut delilleri bildirmek zorundadırlar. Ayrıca, taraflar birbirlerine bu konular hakkında sorular yöneltebilirler. Bu durumda, gerçeğe uygun şekilde açıklama yapılması zorunludur. Böylece, dilekçesinde dayandığı vakıaları somutlaştırmak zorunda olan taraf bunu yerine getiremediği takdirde, karşı taraftan bilgi alınması sağlanmaktadır. Hemen bilgi verilmesi söz konusu olmayacağı için **STÜRNER**'in belirttiği gibi elle tutulur iddialarda bulunulmalıdır⁷⁸⁶. İddia ve ispat yükü altında olmayan taraf yerine göre uyuşmazlığa ilişkin elindeki mevcut belgeleri açıklamak durumundadır⁷⁸⁷. Somutlaştırma yükünü yerine getirme imkânından yoksun olan taraf için olumlu bir imkân tanınmış olacaktır. Avusturya hukukunda buna yönelik bir düzenleme yapılmıştır. Şöyle ki, AvMUK m. 184/1 düzenlemesi çerçevesinde aydınlatma ödevinin devreye girmesi için karşı tarafa buna yönelik sorular yöneltilmelidir. Yoksa karşı tarafın kendiliğinden bütün açıklamaları yapması beklenmez⁷⁸⁸. Avusturya hukukunda da *nemo tenetur* ilkesi uygulanmamaktadır⁷⁸⁹. Avusturya hukukunda taraflar için aydınlatma ödevinin geçerli olduğu kabul edilebilir⁷⁹⁰. Somutlaştırma yükünün aydınlatma ödevi sebebiyle önemini kaybettiği düşünülmemelidir. İspat edilecek vakıanın ve delilin belirli olması gerekir. Fakat Alman hukukundaki kadar katı olmamakla birlikte, delil üzerinden vakıa öğrenilmesine yönelik çabalara (*unzulässiger Erkundungsbeweis*) müsaade edilmez⁷⁹¹.

⁷⁸³ Stürner, (*Prozessrechtsreformen*), 32.

⁷⁸⁴ Gottwald, (*Aufklärungspflicht*), 308; Koch, 65.

⁷⁸⁵ Walter H. Rechberger/Daphne-Ariane Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien 2009, 205; Karaaslan, 140, 141.

⁷⁸⁶ Rassi, 188-191.

⁷⁸⁷ Hamelmann, 102.

⁷⁸⁸ Rassi, 191.

⁷⁸⁹ Rassi, 201; Remme Verkerk, *Fact-Finding in Civil Litigation*, Antwerp/Oxford/Portland 2010, 66, 67; Gottwald, (*Aufklärungspflicht*), 308.

⁷⁹⁰ Rassi, 189, 201.

⁷⁹¹ Kapoor, 141; Koch, 66.

Alman hukukundaki *nemo tenetur* ilkesiyle bağı kalma yönündeki eğilim doğru bulunmamaktadır⁷⁹². Avrupa Birliği'ndeki düzenlemeler ve yeni düzenlemeler için yapılan öneriler ele alındığında, iddia ve ispat yükünü taşımayan tarafın elindeki bilgi ve delilleri getirmesini sağlamak yönünde bir eğilimden bahsetmek mümkündür⁷⁹³. Öte yandan, aydınlatma ödevinin reddedildiği Alman hukukunun 2004 tarihli UNIDROIT ilkelerini takip etmekte de geri kaldığı belirtilmektedir⁷⁹⁴. UNIDROIT ilkeleri bilgiye ve delile ulaşma konusunda önemli imkânlar tanımaktadır. On altıncı ilkeye göre, tarafların yargılama için önemli olan delillere ulaşması mümkün olmalıdır. On altıncı ilkenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, sınırlı bir delil keşfi usulü tercih edilmiştir. Yerine göre bir tarafın kendi aleyhine olan delili getirmek zorunda kalması, *nemo tenetur* ilkesinden ayrılma teşkil eder⁷⁹⁵. Somutlaştırma yükünü ihlale yönelik taleplere ise cevaz verilmemelidir⁷⁹⁶. Bununla birlikte, somutlaştırma imkânsızlığının söz konusu olduğu durumlar da dikkate alınmıştır. On birinci ilke, makul bir sebebin mevcut olması hâlinde, vakıalar ve deliller açısından belirliliğin yargılamanın ilerleyen aşamasında sağlanmasına cevaz vermektedir.

3.1.3.3. Aydınlatma Ödevinin Türk Hukukunda Uygulanması

Taraflar bakımından bir aydınlatma ödevinin HMK açısından söz konusu olup olmadığı, dürüstlük kuralı çerçevesinde ele alınabilir. Öncelikle HMK'nın mevcut hâline göre aydınlatma ödevinin geçerli olup olamayacağı ele alacağız. Daha sonra HMK'da bir değişiklik yapılmasına ihtiyaç olup olmadığını değerlendireceğiz.

⁷⁹² Verkerk, 66-69.

⁷⁹³ Avrupa Birliği'nde geçerli olan sınaî hakların korunmasına yönelik düzenlemede, iddia ve ispat yükü altında olmayan tarafın elindeki dava malzemesini getirmesi öngörülmüştür, bkz. Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 422, 423. Bu düzenlemede önem arz eden husus, taraflar arasında bunu sağlamaya yönelik maddî hukuka dayalı bir yükümlülüğün varlığının gerekmemesidir, bkz. Reinkenhof, 234. Avrupa Birliği'nde uygulanmak üzere, taraflardan her birinin karşı taraf elindeki belgelerin listesini vermesini ve gerektiğinde bunları incelemeye sunmasını öngören bir öneride bulunulmuştur. *Storme* teklifi olarak bilinen bu öneri, İngiliz hukukundaki uygulamayı gözeterek hazırlanmış olması sebebiyle, kabul görmemiştir, bkz. Lang, 224-226; Katzenmeier, 538.

⁷⁹⁴ Stürner, (*Informationsbeschaffung*), 210.

⁷⁹⁵ Koch, 86; Brandt, 332.

⁷⁹⁶ Peter Gottwald, "Die Principles of Transnational Civil Procedure und das deutsche Zivilprozessrecht", *Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag*, 2009, 42; Koch, 86; Brandt, 332.

3.1.3.3.1. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tarafların Aydınlatma Ödevi

Hukuk yargılamamızda taraflar için genel bir aydınlatma ödevinin olmadığı görüşü hâkim durumdadır⁷⁹⁷. Buna karşın, Türk hukukunda dürüstlük kuralı gereği genel bir aydınlatma ödevinin savunulabileceğini söyleyebiliriz. Şöyle ki, Yargıtay'ın bir tarafın kendi aleyhine dava malzemesini bildirmeye zorlanamayacağı görüşüne⁷⁹⁸ dürüstlük kuralı çerçevesinde eleştiri getirilmiştir. Yalnızca taraflardan kendi lehlerine açıklama yapmalarının beklenilmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu ifade edilmiştir⁷⁹⁹. Kimsenin karşı tarafın lehine dava malzemesi getirmeye zorlanamayacağı ilkesine böylece bir istisna tanınması gerektiği sonucuna ulaşabiliriz. Yine, dürüstlük kuralı çerçevesinde, aydınlatma ödevine yönelik açık bir düzenleme olmamasına rağmen, karşı tarafın somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunmasının söz konusu olabileceği ifade edilmektedir⁸⁰⁰. Ancak bu görüşlerin hiçbirinde aydınlatma ödevinin kabul edilebileceği yönünde bir açıklama yer almamaktadır.

Aydınlatma ödevini savunan yazarlarca izah edildiği üzere, iddia ve ispat yükünün dağılımı tam anlamıyla sona ermemektedir. Yalnızca karşı taraftan elindeki delilleri bildirmesinin beklenmesi delil ikame yükü açısından sakınca arz edebilir. Çünkü aydınlatma ödevinde ispat yükü altında olmayan tarafın elindeki delilleri açıklaması zorunlu hâle gelmektedir⁸⁰¹. Mevcut delilleri bildirme zorunluluğu kapsam dışında tutulursa, hukuk yargılamamızda aydınlatma ödevinin kısmen uygulandığı söylenebilir. Zira belge ibrazında ve keşifte karşı taraf bakımından genel bir usulî yük getirilmiştir. Buna karşın, ileri sürülmüş vakıa iddiası hakkında açıklama yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Somitlaştırma yükünün yerine getirilmesinde özellikle karşı taraftaki bilgilerin temini sağlanmalıdır. Aksi hâlde, somutlaştırma yükü yerine getirilemeyeceği için, somutlaştırma imkânsızlığı içindeki tarafın aleyhine karar verilmesi kaçınılmazdır. Türk

⁷⁹⁷ Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, 341; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 52; Börü, 112.

⁷⁹⁸ Aynı anlayış Alman hukukunda da geçerlidir. Federal Mahkeme, doğruluk ödevine rağmen, bir tarafın diğer tarafın lehine olabilecek dava malzemesini getirmek zorunda olmadığına karar vermiştir, bkz. Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 28, 29.

⁷⁹⁹ Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, "S" Yayınları, Ankara 1989, 117, 118.

⁸⁰⁰ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 144-148; Akil, (*Somitlaştırma Yükü*), 90; Börü, 112, 113.

⁸⁰¹ Aydınlatma ödevinde delil gösterecek tarafın delil ikame yükünden kurtulduğu belirtilmiştir, bkz. Peters, 408. **WATERSTRAAT**, maddî hukuka göre bilgi edinilmesi hâlinin yarattığı durum ile bu durum arasında bir fark olmadığını ifade etmiştir, bkz. Waterstraat, 474.

hukukunda ise karşı tarafın açıklama yapmasına yönelik açık bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla, genel aydınlatma ödevinin Türk hukukunda uygulanması düşünülemez. Bunun sebebi, Alman hukukunda aydınlatma ödevine temel teşkil eden AMUK m. 138/2 hükmüne benzer bir düzenlemenin bulunmamasıdır. Bir tarafın ileri sürdüğü vakıa iddiasına diğer taraf cevap vermek durumunda ise aydınlatma ödevi temellendirilebilir. Cevap vermesi gereken taraftan gerçeğe uygun ve tam bir açıklama yapması beklenebilir. Hâlbuki Türk hukukunda cevap vermeyi zorunlu kılan bu yönde usulî bir yük öngörülmemiştir. Dolayısıyla, HMK'nın mevcut hâline göre taraflar için genel bir aydınlatma ödevinin uygulanmasından söz edilemez.

İsviçre hukukunda da dürüstlük kuralına dayalı genel aydınlatma ödevinin kabulüne karşı çıkmaktadır⁸⁰². İMUK'ta taraflara ait aydınlatma ödevine yönelik açık bir hüküm bulunmamaktadır. Aydınlatma ödevinin uygulanmasına karşı çıkılmasının sebebi, gerek bazı delillere re'sen başvurulabilmesi gerekse karşı tarafın elindeki belgeleri ibraz etmesinin yeterli görülmesidir⁸⁰³. İsviçre hukukunda, aydınlatma ödevinin uygulanamayacağına dayanak olarak, Alman hukukunda aydınlatma ödevine yöneltile eleştirilere yer verilmiştir⁸⁰⁴.

İsviçre hukukunun, belgenin ibrazı için maddî hukukta bu yönde bir yükümlülüğün varlığı şartının aranmaması olumlu görülmekte; ama genel aydınlatma ödevine yaklaşım noktasında geride olduğu belirtilmektedir⁸⁰⁵. İsviçre hukukunda, somutlaştırma imkânsızlığı hâlinde, inkârda bulunması gereken tarafın dava vakıalarının aydınlatılmasına katılması (*detaylı bir şekilde inkârda bulunulmasının beklenilmesi suretiyle*) sağlanmıştır. Keşif konusu şeyin ve belgenin mahkemeye verilmesi konusunda ise genel bir usulî yük yaratılmıştır. İspat yükünü taşıyan tarafın dayanmadığı deliller hakkında karşı tarafın bilgi vermesini öngören bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir. Türk hukukundaki yaklaşım ile İsviçre hukukundaki yaklaşımın paralel olduğunu söyleyebiliriz. Keşif konusu şeyin verilmesi ile keşfe katlanılması ve belgenin mahkemeye ibraz edilmesi konularında Türk hukuku ile İsviçre hukuku paraleldir. Her iki hukuk düzeninde de, maddî hukukta öngörülmüş bir yükümlülük olmasa dahi karşı taraf, usulî yük gereği, keşfe katlanmak veya elindeki belgeyi ibraz

⁸⁰² Affolter, 125, 126; Waldmann, 226; Börü, 112.

⁸⁰³ Waldmann, 226; Meier, 139.

⁸⁰⁴ Affolter, 125, 126; Meier, 139.

⁸⁰⁵ Gottwald, (*Aufklärungspflicht*), 307, 308.

etmek zorundadır. Hukuk yargılamamızda, belgelerin ibrazı ve keşif bakımından genel bir usulî yük getirilmiştir. Böylece, usulî aydınlatma ödevinin gerekleri kısmen de olsa karşılanmıştır⁸⁰⁶. Ancak, ispat yükünü taşımayan tarafın ayrıntılı bir inkârda bulunmasına yönelik bir imkân mevcut değildir. Buna ilaveten, ispat yükünü taşımayan tarafın kendi uhdesindeki ispat vasıtalarını açıklaması da öngörülmemiştir.

3.1.3.3.2. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapma Gerekliliği

Alman hukukunda, uyuşmazlığın karşı tarafından bilgi temin edilmesine geniş bir imkân tanındığı göz önünde tutulduğunda, aydınlatma ödevine karşı çıkılması eğilimi haklı görülebilir. Özellikle basamaklı dava ile somutlaştırma imkânsızlığını aşmaya yönelik kayda değer bir yol öngörülmüştür⁸⁰⁷. Buna rağmen, talî somutlaştırma yükünün kabulünü açıklamak ise zordur. Sonuçta, karşı tarafın açıklama yapmasını sağlayan bir kurum usul hukuku çerçevesinde ihdas edilmiştir⁸⁰⁸. Oysa Alman Federal Mahkemesi, karşı tarafın davanın aydınlatılmasına katkıda bulunması şeklinde bir ödevin getirilmesi görevinin usul hukukuna ait olmadığını ifade etmiştir⁸⁰⁹. Türk hukukunda ise, talî somutlaştırma yükü kabul edilmediği gibi, maddî hukuka göre bilgi edinme imkânı çok sınırlıdır. Basamaklı davanın öngörülmemiş olması ve dürüstlük kuralına dayalı yan yükümlülüğün bağımsız bir davaya konu edilememesi buna sebep olmaktadır. Bu noktada, Türk hukukunda karşı tarafın bilgi vermesini sağlamaya yönelik bir hüküm getirilmesinin gerekli olduğunu söyleyebiliriz. Somutlaştırma imkânsızlığı içindeki tarafın bu durumundan istifade ederek iddiaları cevapsız bırakan taraf bakımından bir yaptırım mevcut değildir.

STÜRNER’in geliştirdiği genel aydınlatma ödevinde, karşı tarafın elindeki bütün delilleri getirmesi ve davaya temel teşkil edecek vakıalar hakkında açıklama yapması söz konusudur. Talî somutlaştırma yükü, delillerin bildirilmesi konusunda yetersiz

⁸⁰⁶ Genel bir usulî ibraz yükü öngörülen Japon hukuku için de bu şekilde bir değerlendirme yapılmıştır, bkz. Reinkenhof, 232.

⁸⁰⁷ Genel aydınlatma ödevinin kabulünün basamaklı dava türünün öngörülmesini anlamsız hâle getireceği de ifade edilmektedir, bkz. Vorwerk, 871; Koch, 257.

⁸⁰⁸ Waterstraat, 477. **LÜKE**, bu durumda maddî hukuka dayanan çözüm arayışına bir sınırlanma getirildiğine işaret etmektedir, bkz. Lüke, 21. Taraflar arasında bir hukukî ilişkinin mevcut olmaması hâlinde talî somutlaştırma yükü önem kazanmaktadır. Zira hukukî ilişki ortaya konulamadığı takdirde, maddî hukuka göre bilgi verilmesi, dürüstlük kuralı ile temellendirilememektedir, bkz. Winkler von Mohrenfels, 215; Brandt, 300.

⁸⁰⁹ BGH, Urt. v. 11.06.1990 - II ZR 159/89 (NJW 1990, H. 49, Y. 1990, 3151).

kalmaktadır⁸¹⁰. Çünkü tali somutlaştırma yükü, bir tarafın elindeki delilleri bildirmesi veya getirmesi şeklinde bir zorunluluk öngörmemektedir. Delil olarak dayanılmış bir ispat vasıtasının karşı tarafça getirilmesi yine maddî hukuka dayanmaktadır. Karşı tarafın uhdesindeki bir belge delil olarak ikame edildiğinde, belgenin ibrazı için, AMUK m. 422 veya 423'te geçen şartlar sağlanmış olmalıdır. AMUK m. 422'ye göre maddî hukukta buna yönelik bir yükümlülüğün öngörülmüş olması aranır. Böyle bir yükümlülük olmasa dahi, karşı tarafın da delil olarak o belgeyi ileri sürmüş olması, AMUK m. 423 gereği belgenin ibrazı yükümlülüğünün doğması için yeterlidir. Aynı durum, AMUK m. 371/2 uyarınca keşif konusu için de geçerlidir⁸¹¹. **STÜRNER**'in yaptığı çalışmada tavsiye ettiği değişiklik önerileri, belgenin veya keşif konusunun getirilmesi ve yerine göre keşif icrasına katlanılması yönündedir⁸¹². Ancak maddî hukuka göre, bu yönde bir yükümlülüğün olması veya karşı tarafın da belgeye delil olarak dayanması şeklinde şartlar yer almamaktadır⁸¹³.

Türk hukukunda, HMK m. 219/3 ve 291/2 hükümleri gereği, belge ibrazı ve keşfin icra edilmesine katkıda bulunma taraflar için usulî bir yük niteliği taşımaktadır. İMUK m. 160/1 (b) ve (c)'de de aynı yönde düzenlemeler öngörülmüştür. Genel bir aydınlatma ödevinin kabulüne bu bakımdan bir ihtiyaç kalmadığı söylenebilir. Türk hukukunun, deliller ile ilgili olarak, aydınlatma ödevi açısından eksik kaldığı nokta, karşı tarafça ispat vasıtalarının bildirilmesinin öngörülmemiş olmasıdır. Diğer husus ise, dava vakıalarının aydınlatılması için ispat yükü altında olmayan tarafın açıklama yapmasının beklenmemesidir. HMK m. 219/1 düzenlemesine göre, ispat yükü altında olup karşı tarafın elindeki belgeye delil olarak dayanan taraf, o belgenin yargılamaya dâhil edilmesini sağlayabilir. Keşifte de aynı durum söz konusudur. HMK m. 288/2

⁸¹⁰ Schlosser, 607.

⁸¹¹ Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 28 ve § 144, kn. 20.

⁸¹² Kanunda değişiklik yapılması önerisinde bulunulmasındaki amaç aydınlatma ödevi açısından belirliliği sağlamaktır. Yoksa **STÜRNER**, AMUK'un ilgili hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması sonucunda aydınlatma ödevine ulaşılacağı görüşündedir, bkz. Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 270.

⁸¹³ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 384. 2002 Reformu sonrası yapılan AMUK'da değişiklik yapılması önerilerinde de benzer bir yaklaşım söz konusudur. Şöyle ki, iddia ve ispat yükünü taşımayan tarafın elindeki belgeleri ibraz etmesi için, maddî hukuka göre bu yönde bir yükümlülüğün olması veya karşı tarafın da belgeye delil olarak dayanması şartlarına yer verilmemektedir, bkz. Beckhaus, 420, 421. Aydınlatma ödevi yerine farklı kanunî düzenlemeler öngörüp yine maddî hukuka göre belgeyi verme yükümlülüğünü yumuşatan bir görüş daha geliştirilmiştir. Buna göre, tali somutlaştırma yükünün yanı sıra belge ibrazına yönelik talî ibraz yükü getirilmelidir. İngiliz hukukunda olduğu gibi, tarafların ellerindeki belgeleri doğrudan bildirmeleri gerekir. Yalnızca somut vakıa iddiasına ilişkin belge hakkında bilgi verme şeklinde bir yükün öngörülmesi önerilmiştir, bkz. Koch, 264, 357, 358.

hükmü uyarınca, taraflardan birinin talebi üzerine, keşif icrasına karar verilir. Bu hâlde, karşı taraf, keşif konusu şeyi tevdi etmek veya keşfe katlanmak zorundadır.

İspat yükü altındaki tarafın bilmediği bir delilin karşı tarafça açıklanmasının aydınlatma ödevi ile gerçekleşeceğine ise tereddütle yaklaşılmalıdır. Karşı taraf, elindeki deliller hakkında bilgi vermekten imtina edebilir. Bu hâlde, aydınlatma ödevine aykırı davranılıp davranılmadığının anlaşılması zorlaşır. Hem ispat yükü altındaki taraf hem de hâkim başka bir delilin mevcut olup olmadığını bilemeyebilir. Nitekim Türk hukukunda delilden haberdar olma durumunda, karşı tarafın uhdesindeki delilin (*özellikle belgede*) temini zaten açıkça hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, yalnızca karşı tarafın bilebileceği delillerin açıklanmasına yönelik bir düzenleme yapılması gerekir.

Gerek HMK m. 29'a gerekse HMK m. 129/1 - (d)'ye göre bir tarafın kendi aleyhine ileri sürülen dava vakıaları hakkında açıklama yapmak zorunda olduğu sonucuna ulaşılamaz. Ayrıca davaya dayanak teşkil eden iddia edilmiş vakıalar hakkında HMK m. 128'nin sağladığı imkâna göre de açıklama yapmanın zorunlu olmadığı aşîkârdır. Aleyhine ileri sürülen vakıa iddiası hakkında açıklama yapmak isteyen tarafın elindeki bütün bilgileri vereceği yönünde bir uygulama ise gelişmemiştir. Açıklama yapmama hâlinde, iddia ve ispat yükü altında olmayan taraf aleyhine olumsuz bir hukukî sonuç doğmalıdır. Böylece, Türk hukukunda karşı tarafın somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunma zorunluluğunun temellendirilmesi mümkün hâlde gelebilir. Diğer hususlarda (*belgenin ibrazı gibi*) ise, genel bir aydınlatma ödevinin kabulü yönünde düzenleme sevk edilmesine ihtiyaç yoktur.

Yalnızca iddia ve ispat yükü altında olmayan tarafın bildiği delillerin açıklanmasını sağlamak üzere bazı yaptırımlar öngörülmelidir. Şöyle ki, vakıa iddiasının gerçeğe uygun sayılması yönündeki bir faraziye ek olarak, başka yaptırımlar da söz konusu olmalıdır. Dava vakıalarının aydınlatılmasına katkıda bulunmayan taraf aleyhine para cezası ve disiplin hapsi uygulanması öngörülebilir. Sonradan hayat olayına ilişkin delillerin öğrenileceği endişesini taşıyan taraf mecburen elindeki ispat vasıtalarını da açıklamak yoluna gider. Ancak bu şartla, karşı tarafın elindeki deliller hakkında bilgi vermesi temin edilebilir. Delil ikame yükü ise, böyle bir yükümlülüğün kabulü ile önemini kaybeder. Çünkü uyuşmazlığa ilişkin bütün deliller hâkimin bilgisine sunulmaktadır. Maddî gerçeğe uygun karar verilmesi açısından, uyuşmazlığa ilişkin delillerin öğrenilmesinin yolunun açılması gerçekten yerinde bir

tercih olur. Delil ikame yükünün hangi tarafta olduğunu tayin etmek zor olduğu gibi, bu yükün uygulanması ile yargılama gereksiz bir şekilciliğe tabi tutulmaktadır.

Alman hukuku için taraf aydınlatma ödevinin kabulüyle birlikte dava açılmadan önceki bir aşamada bilgi paylaşımını esas alan bir ön aşamanın oluşturulması da önerilmektedir. Uyuşmazlıkların böylece daha kısa sürede giderileceği düşüncesi ile böyle bir öneride bulunulmuştur⁸¹⁴. Çünkü tarafların uyuşmazlığa ilişkin bütün hususları öğrenmeden evvel uzlaşmaya çalışmalarından ziyade, bilgi sahibi oldukları bir ortamda uzlaşmaları daha olasıdır⁸¹⁵. Ciddi faydaları olan bu eğilim kabul gördüğü takdirde, Türk hukukunda ön inceleme safhasının yeniden ele alınması ihtiyacı doğabilir⁸¹⁶. Mevcut hâliyle ön inceleme aşaması, böyle bir işlevi haiz değildir. Gerçek anlamda bir ön aşama oluşturulur ise, tahkikat öncesinde bütün bilgi ve belgeler öğrenilmiş olur. Ancak şunu da belirtmeliyiz ki, UNIDROIT ilkelerine göre, bu şekilde bir aşama oluşturulması zorunlu değildir⁸¹⁷.

3.1.4. İspatın Engellenmesine Sebep Olan Taraf Aleyhine Bazı Sonuçların Doğacağıın Kabul Edilmesi

Bir tarafın kendi aleyhine ispat faaliyeti yürütülmesine engel olmaya çalışması ispatın engellenmesidir. İspat engellemesinin tipik örneği ispat için dayanılan belgenin veya keşif konusu şeyin yok edilmesidir⁸¹⁸. Yukarıda belirtilen araçlarda, bilgi dengesizliğine, iddia ve ispat yükü altında olmayan tarafın sebep olup olmadığı şeklinde bir şart aranmaz. Burada, bir tarafın ispata engel olmaya yönelik bir tutumda bulunması zorunludur⁸¹⁹. Dava açılmadan önce veya dava esnasında ispatın engellenmesi söz konusu olabilir⁸²⁰. Yani delilin değerlendirilmesinden önceki aşamada ispatın

⁸¹⁴ Stürner, (*Informationsbeschaffung*), 211, 212; Gottwald, (*Aufklärungspflicht*), 310-313.

⁸¹⁵ Gottwald, (*Aufklärungspflicht*), 310; Brandt, 355-357. Her uyuşmazlık için ön aşama getirilmesinin yargılamayı uzatabileceği ileri sürülmüştür, bkz. Beckhaus, 350. Haklı olarak, bu kaygının pek de yerinde olmadığı belirtilmektedir, bkz. Brandt, 356.

⁸¹⁶ Türk hukukunda, ön incelemenin dava malzemesinin temin edilmesine yönelik bir aşama olarak işlev görmesi önerisinde bulunulmuştur, bkz. Göksu, 278. Maalesef HMK'nın ön incelemeye ilişkin hükümlerine bakıldığında bu görüşün dikkate alınmadığı açıktır.

⁸¹⁷ Gottwald, 41, 42; Brandt, 332. Delilin getirilmesi noktasında ise hâkimin yetkisinde azalma yaşanacaktır. Hâkimin müdahalesinin beklenmesi, yargılamanın seyrini yavaşlatacak niteliktedir. Taraflar arasında doğrudan bilgi ve belge paylaşımı esas alınmalıdır, bkz. Gottwald, 42.

⁸¹⁸ MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 80.

⁸¹⁹ Osterloh-Konrad, 64; Börü, 44.

⁸²⁰ Gottfried Baumgärtel, "Die Beweisvereitelung im Zivilprozess", *Festschrift für Kralik*, 1986, 68; Krapoth, 27; Hans-Will Laumen, "Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Beweisvereitelung", *MDR*, H. 4, 2009, 178; Rassi, 196; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 82; Baumgärtel/Laumen, 314.

engellenmesi gerçekleşebilir. Hâkimin delili değerlendirmesinden sonraki aşamada buna yönelik çabalar zaten anlamsızdır. Açılmış veya açılacak bir davada, değerlendirilmesi muhtemel bir delilin incelenmesine engel olmak, ispatın engellenmesi için yeterlidir⁸²¹. Delilin hangi ispat türünde kullanılacağına da bir önemi yoktur. Asıl ispat faaliyeti veya karşı ispat faaliyeti bakımından ispatın engellenmesi söz konusu olabilir⁸²². İspat engellenmesinden bahsedilebilmesi için, dile getirilen vakıa iddiasının ispat edilmesinin zorlaşmış olması ya da imkânsız hâle gelmiş olması yeterlidir⁸²³.

İspatın engellenmesine kimin sebep olduğu da önemlidir. Kişinin kendisine atfedilen bir davranış sonucu ispat faaliyetini yürütememesi, karşı tarafın ispata engel olması şeklinde ele alınamaz⁸²⁴. Yalnızca aleyhine ispat faaliyetinde bulunulan tarafın tutumu göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak istisnai bazı hâllerde, üçüncü kişilerin davranışları da karşı taraf aleyhine değerlendirilebilmektedir. Mesela, ifa yardımcısının veya kanunî temsilcinin ispatı engellemeye yönelik çabası, karşı taraf ispata engel olmuş gibi sonuç doğurur⁸²⁵. İspatı engelleyebilecek kişi kategorisindeki birinin davranışı esas alınarak ispatın engellenmesinin mevcut olup olmadığı değerlendirilebilir. Engellemeye yönelik davranış ihmali veya icrai nitelikte olabilir⁸²⁶. Fiilen ispatın engellenmesi etkisi doğmuş olmalıdır. Bu davranışın gerçekleşmemiş olması ihtimalinde, iddia edilen vakıanın ispat edilebileceği söylenebilmelidir⁸²⁷. Bu yüzden, engellemeye yönelik davranış olmasaydı dahi, ispatın gerçekleşmeyeceği bir

⁸²¹ Musielak, (*Grundkurs*), 303. Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir kararda ispatın engellenmesi durumunu dikkate almamış olması, ciddi bir hata olarak görülmelidir. Hastaya ait film ve grafikleri saklanmadığı için, hekimin kusuruna dair görüş bildirilememesi ispatın engellenmesi olarak ele alınmamıştır, bkz. Yargıtay HGK E. 2014/69, K. 2015/1715, T. 19.06.2015 (Kazancı Bilişim – İtihat Bilgi Bankası). Oysa söz konusu belgelerin saklanmaması suretiyle ispat faaliyetinin gerçekleşmesinin önüne geçildiği açıktır. Bu gibi durumlarda, ispatın engellenmesine bağlanan yaptırımın uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

⁸²² Adloff, 292; Baumgärtel/Laumen, 312. Bu hususta ilk görünüş ispatı çerçevesinde değinilmiştir. İlk görünüş ispatından istifade edildiğinde, ispat yükü altındaki tarafın karşı ispatın yürütülmesine engel olacak davranışı da ispatın engellenmesi teşkil edecektir, bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, 648; Baumgärtel/Laumen, 312.

⁸²³ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 126; Beckhaus, 156. Aslında ispatın zorlaştırılmış olmasına rağmen ispat faaliyeti yürütülebilir. Buna rağmen, ispatta bulunulması beklenemez bir hâl aldığından, engellenmenin gerçekleştiği sonucuna varılabilir, bkz. Krapoth, 26, 27.

⁸²⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 648; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 82; Oberheim, 361, 362; Baumgärtel/Laumen, 312.

⁸²⁵ Krapoth, 35; Adloff, 293; Musielak ZPO/Foerste, § 286, kn. 65; Baumgärtel/Laumen, 325.

⁸²⁶ İhmali davranışlar ispatın engellenmesi, hekimin sorumluluğunda geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Saklama, rapor etme gibi mesleki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ispatın engellenmesi olarak ele alınmaktadır, bkz. Krapoth, 29.

⁸²⁷ Baumgärtel, (*Beweisvereitelung*), 68; Baumgärtel/Laumen, 323. Davranış ile ispatın gerçekleşmemesi arasında illiyet bağı mevcut olmalıdır, bkz. Krapoth, 32.

hâlde, ispatın engellenmesinden bahsedilemez⁸²⁸. İlgili tarafa kusur atfedilmesini haklı kılacak bir davranış sergilenmesi yeterlidir. İspatın engellendiğinin kabulü, kasten hareket edilmiş olması hâline özgülenmemelidir⁸²⁹. Hem davranışın gerçekleştiği hem de kusurun bulunduğu ispat edilmelidir. İspat yükünün dağılımına ilişkin temel ilkeye göre, hangi tarafın bahsedilen şartları ispat edeceği tayin edilebilir⁸³⁰.

Yukarıda belirttiğimiz şartlar mevcut olsa dahi, engellemeye bağlı yaptırımın doğmasına istisna tanınabilir. Davada maddî gerçeğe ulaşmak yönündeki menfaatten daha üstün nitelikte görülebilecek bir menfaatin ihlali yoluna gidilemez. İspatı engellemesi sebebiyle aleyhine belirli bir yaptırım uygulanacak tarafın menfaatleri (*ticari sır gibi*) de gözetilmelidir. Menfaatini korumak yönünde bir davranışta bulunan tarafın hakkını kötüye kullandığı söylenemez. Dolayısıyla, bu nitelikteki bir davranış haklı görülmelidir⁸³¹. Nitekim dürüstlük kuralına aykırı olduğu için ispatın engellenmesine yönelik davranışa müsaade edilmemektedir⁸³². Hukuken makul görülebilecek menfaatlerini korumaya çalışan tarafın ise dürüstlük ilkesine aykırı hareket ettiği söylenemez.

İspatın engellenmesine yönelik bir davranış, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesini zorlaştırabilir. Öne sürdüğü vakıa iddiasını ispat edecek delili elinde bulunduran taraf somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinde sorun yaşamaz. Dava açılmadan önce gerçekleşen ispatın engellenmesi üzerine, somutlaştırma imkânı da sona erebilir. Sözelimi, ispat yükü altındaki tarafın uhdesindeki belgelerin veya keşif konusunun yok edilmesi suretiyle somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi de engellenebilir. Bu durumda, ispat faaliyetinin yürütülmesine mani olunması nedeniyle, somut bir şekilde ifade edilememiş vakıa iddiasına göre hüküm tesis edilmesi riski ortaya çıkabilir. Bir tarafın kendi uhdesindeki delilin ispat işlevini görmesini engellemesinde de aynı sonuç doğar. Lâkin belirttiğimiz bu hâllerde, ispatın

⁸²⁸ Baumgärtel, (*Beweisvereitelung*), 68; Beckhaus, 156.

⁸²⁹ Baumgärtel, (*Beweisvereitelung*), 70, 71; Laumen, (*Beweisvereitelung*), 178. Mesela, bir kazada hayatını kaybetmiş birinin ölümü sebebiyle davada dinlenilmesi imkânının kaldırıldığı öne sürülerek, ispatın engellendiği savunulamaz, bkz. Krapoth, 32. Keza hekimin ihlali sonucu hem zararın doğduğu hem de ispatın engellendiği hâllerde, ispatın engellenmesine dayanılmayacağı benimsenmiştir, bkz. Baumgärtel, (*Beweisvereitelung*), 69, 70.

⁸³⁰ İspat yükü altındaki taraf, karşı tarafın engellemeye ilişkin davranışını ispat etmelidir, bkz. Krapoth, 36. Ancak şuna dikkat çekmeliyiz ki, bazı durumlarda (*delil ikame yükünün yer değiştirmesi gibi*) ispat yükünü taşımayan tarafın da ispatın engellenmesine dayanması ve bu şartları ispat etmesi gerekebilir.

⁸³¹ Laumen, (*Beweisvereitelung*), 178; Beckhaus, 156.

⁸³² Greyerz, 67; Musielak, 140; Baumgärtel, (*Beweisvereitelung*), 68; Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 126; Oberheim, 361.

engellenmesine istinaden, karşı tarafın somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunması sağlanamaz.

Vakıa-delil ilişkisi kurulması açısından ise farklı bir durum söz konusudur. İlişkilendirme yükünün yerine getirilebilmesi için, bazı hâllerde karşı tarafa başvurulması gerekebilir. Mesela, sır saklama yükümlülüğü altındaki birisinin tanık olarak dinlenmesi için bu yükümlülüğün kurtarılmaması, ispatın engellenmesi teşkil eder⁸³³. Somutlaştırma yükü açısından bu durum önemsizdir. Tanık olarak dinlenecek kişiye ilişkin bilgiler zaten bilindiği için ilişkilendirme yükü yerine getirilebilir. Buna karşın, yalnızca karşı tarafın tanıdığı ve ispat faaliyeti için dinlenmesi gereken tanığın belirlenmesine yardımcı olmama da ispatın engellenmesi niteliğindedir⁸³⁴. İspat engellenmesine bağlanan yaptırımın uygulanmasını istemeyen taraf, tanığın davet edilebilmesi için lüzumlu bilgileri paylaşmalıdır. Vakıa-delil ilişkisinin kurulmasına yönelik gerekli bilginin temin edilmesi bu suretle gerçekleşebilir. Bu durumda, ispatın engellenmesine başvurularak, karşı tarafın somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunması sağlanabilir⁸³⁵.

3.2. KARŞI TARAFIN SOMUTLAŞTIRMAYA KATILMASINA YÖNELİK KANUNDA AÇIKÇA ÖNGÖRÜLEN ARAÇLAR

Somitlaştırma yükünün yerine getirilmesinde hiçbir menfaati olmayan tarafın sahip olduğu bilgi ve delilleri davaya dâhil etmesine yönelik kanunda açıkça öngörülmüş bazı hukukî imkânlardan söz edilebilir. Karşı tarafı dava vakıalarının aydınlatılmasına katılmaya yönelten bu imkânlar, genel bir aydınlatma ödevinin kabulünün gerekip gerekmediği değerlendirmesinde önem arz edecektir.

3.2.1. İsticvap ile Karşı Tarafın Açıklama Yapmasının Sağlanması

İddia ve ispat yükü altında olmayan tarafın aleyhine ileri sürülmüş vakıa iddiası hakkında açıklama yapması iki şekilde gerçekleşebilir. Tarafın dinlenilmesi veya isticvap edilmesi suretiyle gerekli bilgiler öğrenilebilir. Her ikisi de birbirinden farklı

⁸³³ BGH, Urt. v. 08.12.1971 - IV ZR 81/70 (NJW, Y. 1972, H. 25, 1131).

⁸³⁴ BGH, Urt. v. 12.01.1960 - VI ZR 220/58 (NJW, Y. 1960, H. 18, 821).

⁸³⁵ Rassi, 196. Alman hukukunda, dinlenecek tanığın ismi ve adresi gibi bilgilerin verilmesine yönelik genel bir yükümlülüğün olmamasının doğurduğu boşluk, ispatın engellenmesi kurumu ile giderilmektedir, bkz. Lorenz, (*pre-trial*), 58-60.

niteliktedir. Yargılama esnasında bir tarafın dinlenilmesi her zaman için gerçekleşebilir. Tarafların dinlenilmesinde herhangi bir şekil şartı da aranmamaktadır⁸³⁶. Yine somutlaştırmaya yönelik bilgilerin temin edilmesi mümkün olabilir. İspat yükü altında olmayan tarafın açıklama yapma eğilimi sergilediği durumlarda tarafların dinlenilmesinin etkin bir araç olduğu söylenebilir⁸³⁷. Bu durum, dinlenilmesi gereken tarafın buna uymamasına doğrudan bir yaptırım uygulanamamasından kaynaklanır. İsticvapta ise cevap vermeme davranışına ileri sürülmüş vakıa iddiasının ikrar edilmiş sayılması sonucu bağlanmıştır. Bu sebeple, karşı taraf açıklama yapmak durumunda kalacaktır. Karşı tarafın somutlaştırmaya yönelik bilgileri vermesini sağlamak üzere sorgulanmasının ne ölçüde mümkün olacağı ise ilgili hukuk düzeninde isticvaba tanınan hukukî niteliğe bağlıdır.

3.2.1.1. İsticvabın Hukukî Niteliği ve Taraflar Arasında Bilgi Dağılımındaki Dengesizliğin Yarattığı Durumun Yargılamaya Etkisi

Türk hukukunda isticvap, diğer hukuk nizamlarına göre farklı bir nitelik arz etmektedir. Gerek hâkimin isticvaba başvurulmasında gerekse isticvap sonucunun hâkim tarafından değerlendirilmesinde belirli farklılıklar vardır. Türk hukukundaki isticvap uygulamasının bilgi dağılımındaki dengesizliği telafi edici bir etkiyi haiz olup olmadığı ele alınmalıdır.

3.2.1.1.1. İsticvabın Hukukî Niteliği

İsticvabın hukukî niteliği, ilgili hukuk düzenindeki uygulamaya göre değişebilir. Yerine göre isticvaba delil niteliği (*bağımsız veya ikincil nitelikli*) tanınabilir ya da isticvabın bilgi ve kanaat edinme aracı olmadığı kabul edilebilir⁸³⁸. İsticvapta gerçekleşen taraf beyanları yargılama sürecindeki diğer taraf beyanlarından farklıdır. Özellikle tarafların dinlenilmesi kurumu ile karşılaştırılarak isticvabın arz ettiği farklılıklar açıklanmaktadır. Taraf açıklamalarındaki eksiklik, belirsizlik ve çelişkileri gidermek üzere tarafların dinlenilmesinden yararlanılır⁸³⁹. Elindeki bilgileri uygun

⁸³⁶ Tercan, (*Tarafların Dinlenilmesi*), 16-23.

⁸³⁷ Beckhaus, 129, 130.

⁸³⁸ Erdal Tercan, *Medenî Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2001, 44.

⁸³⁹ Tercan, (*İsticvap*), 72, 78; Stein/Jonas/Leipold, § 141, kn. 1-3; Bolayır, 478.

şekilde açıklamamış olan tarafın algılanabilir bir izahatta bulunması, hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde bu tarafın dinlenilmesi ile sağlanabilir⁸⁴⁰. Lüzumlu görüldüğünde taraflar her zaman için hâkim tarafından dinlenebilir. İsticvapta ise davanın taraflarına başvurulması ciddi bir şekil şartına bağlıdır. Ayrıca, isticvabın gereklerine uymayan taraf aleyhine belirli bir yaptırım öngörülmüştür.

Taraflardan her biri kendi lehine olan bir husus hakkında dinlenebilir iken; isticvapta iddia edilmiş vakıa aleyhine olan taraf sorgulanır. AMUK m. 447’de kendi lehine olan vakıa hakkında bir tarafın isticvap edileceği öngörülmektedir. İMUK m. 191 ve 192’ye göre isticvaba karar verilirken de iddia edilmiş vakıa açısından ispat yükünü taşımayan tarafın isticvabına karar verilebilir⁸⁴¹. Türk hukukunda da böyle bir uygulamanın geçerli olabileceği ifade edilmiştir. Buna, HUMK m. 230/1 (HMK m. 169/1)’da her iki tarafın da isticvap edilebileceğinin açıkça öngörülmüş olması gerekçe gösterilmiştir⁸⁴². İsticvaba bağlanan yaptırımdaki farklılık düşünüldüğünde, bu görüşün kabul edilmesine olanak yoktur. Sorguya çekilecek taraf bunun için üzerine düşeni yapmadığında, AMUK m. 446 uyarınca hâkim bunu değerlendirerek bir karar vermelidir⁸⁴³. Söz konusu hükümde ikrar faraziyesine yer verilmemiştir. Türk hukukunda ise, aynı durumda ikrar faraziyesi uygulama alanı bulmaktadır. Bu faraziyesinin uygulanabilmesi için, iddia edilmiş vakıa kimin aleyhine ise o tarafın isticvabına karar verilebileceği kabul edilmelidir.

İsticvap ile tarafların dinlenilmesi karşılaştırıldığında, isticvabın sıkı şartlara bağlanması sebebiyle delil olarak ele alınması gerektiği vurgulanmaktadır⁸⁴⁴. Alman hukukunda olduğu gibi, tarafların dinlenilmesi (AMUK m. 141) ve isticvap (AMUK m. 445 ve 448) arasında belirtilen farklılıklar Türk hukukunda da aynıdır. İlke olarak, Türk

⁸⁴⁰ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Yetkin Yayınevi, İstanbul 2001, 1950; MüKo-ZPO/Schreiber, § 445, kn. 2.

⁸⁴¹ Kendi lehine olan vakıa iddiası için bir tarafın sorgulanmasında Alman ve İsviçre hukukunda farklılık söz konusudur. Alman hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda bu şekilde isticvabın icra edilebilmesi için karşı tarafın buna rıza göstermesi şartı öngörülmemiştir, bkz. Staehelin/Staehelin/Grolimund, 336. Tarafın kendi lehine olan vakıa iddiası hakkında sorgulanması sebebiyle bu hâlde isticvabın delil değeri düşüktür, bkz. Botschaft ZPO, 7326; Spühler/Dolge/Gehri, 274. Delil değeri açısından böyle bir düşüncenin kanunda dayanağı olmaması sebebiyle uygun olmadığı belirtilmektedir, bkz. BSK-ZPO/Hafner, Art. 191, kn. 8.

⁸⁴² Tercan, (*İsticvap*), 203.

⁸⁴³ Sorguya çekilecek tarafın tutumu delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında ele alınmaktadır. Vakıa iddiasının ikrar edilmiş sayılması sonucuna ulaşılmayacağı özellikle vurgulanmaktadır, bkz. Lüke, 315; MüKo-ZPO/Schreiber, § 445, kn. 3.

⁸⁴⁴ Tercan, (*İsticvap*), 83; Tercan, (*Tarafların Dinlenilmesi*), 15.

hukukunda farklılık olarak görülen hususlar geçerli olmakla birlikte, isticvap uygulamasının hukuk yargılamamızdaki farklılığı göz ardı edilmemelidir.

AMUK m. 445 ve 448 çerçevesinde isticvap iki şekilde gerçekleşir. Taraflardan biri, karşı tarafın sorguya çekilmesini talep ederek delil ikame edebilir. Başka deliller de varsa, isticvap ikincil nitelikte olduğundan ötürü, diğer deliller hâkimde bir kanaat uyandıramadığı takdirde isticvap icra edilmelidir⁸⁴⁵. Yine isticvaba delil olarak dayanılmakla birlikte başka bir delil gösterilmeyebilir. Bu durumda, doğrudan karşı tarafın sorguya çekilmesi gerekir. İsticvabın ikincil olma özelliği birden fazla delil ikame edilmişse kendini göstermektedir⁸⁴⁶. İkinci durumda ise hâkim, isticvaba delil olarak dayanılmamış olmasına rağmen, ilgili tarafın sorgulanmasına karar verebilir⁸⁴⁷. Her iki ihtimalde de delillerin değerlendirilmesi için iddia edilmiş vakıanın somutlaştırılmış olması aranmalıdır. Dolayısıyla, isticvaba konu teşkil eden somut bir vakıa iddiasının varlığı şarttır⁸⁴⁸.

Vakıa iddiasının gerçeğe uygun olup olmadığı hakkında isticvap sonucunda yapılan açıklamaların dikkate alınması sebebiyle, isticvabın yalnızca ispat vasıtası işlevi gördüğüne dikkat çekilmektedir⁸⁴⁹. Hâlbuki her türlü taraf açıklaması hâkimde kanaat oluşturabilir. İsticvabı farklı kılan özelliği, karşı tarafı açıklama yapmak zorunda bırakmasıdır. Yargılama esnasında tarafların dinlenilmesi durumunda yapılan açıklamalar da hâkimde bir kanaat oluşturmaktadır. İsticvaba delil niteliği tanınan hukuk düzenlerinde de buna dikkat çekilmiştir⁸⁵⁰. Sorguya çekme sonucunda yapılan açıklamalar ile tarafın kendiliğinden yaptığı açıklamalar arasında kanaat oluşturma

⁸⁴⁵ Markus Gehrlein, "Warum kaum Parteibeweis im Zivilprozeß", ZZP, B. 110, H. 4, 1997, 457. Öğretide, değerlendirilen delillerin vakıa iddiasının gerçeğe uygun olduğunu muhtemel (*Anfangswahrscheinlichkeit*) göstermeleri hâlinde isticvabın icrasına karar verilebileceği ifade edilmiştir, bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, 708. Ancak bu görüşe karşılık, böyle bir şartın aranmayacağı da belirtilmiştir, bkz. MüKo-ZPO/Schreiber, § 445, kn. 6; Stein/Jonas (23)/Berger, § 445, kn. 34.

⁸⁴⁶ Reinkenhof, 47, 48; MüKo-ZPO/Schreiber, § 445, kn. 7.

⁸⁴⁷ Delil olarak gösterilmiş olmamasına rağmen isticvaba karar verilebilmesi, taraflarca getirilme ilkesine istisna tanınması olarak görülmektedir, bkz. Stein/Jonas (23)/Berger, § 448, kn. 1. Bu sebeple, bir tarafın sorguya çekilebilmesi, ileri sürülmüş vakıanın gerçeğe uygun olmasının ihtimal dâhilinde olması şartına bağlanmaya çalışılmaktadır, bkz. Stein/Jonas (23)/Berger, § 448, kn. 5.

⁸⁴⁸ Beckhaus, 127; Stein/Jonas (23)/Berger, § 445, kn. 28.

⁸⁴⁹ Tercan, (*İsticvap*), 80-82; Üstündağ, (*Medeni Yargılama*), 759.

⁸⁵⁰ AMUK m. 141'in tarafların dinlenilmesine ilişkin olduğu ve isticvaptan (AMUK m. 445, 448) farklı nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Yapılmış açıklamaların daha anlaşılabilir hâle getirilmesi için tarafların dinlenilmesinde elde edilecek sonuçların ispat değeri bulunmaktadır, bkz. Annett Kwaschik, *Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2004, 28; Waterstraat, (*ALI/UNIDROIT*), 47; Schilken, (*Zivilprozessrecht*), 262. Tarafların dinlenilmesi, hem bilgi edinme hem de ispat işlevini haizdir. Bu kurumun isticvaptan ayrılan özelliği ise, daha önce gerçekleşebilmesidir, bkz. Martin Schöpflin, "Parteihörung als Beweismittel", NJW, H. 33, 1996, 2138; Gehrlein, 471, 472.

noktasında bir farkın olmadığı kabul edilmelidir. Demek ki, Türk hukukunda isticvabın öncelikli amacı, vakıa iddiasının ispatı olarak görülmemelidir. Bu yüzden, isticvap doğrudan doğruya bir delil değildir⁸⁵¹. İsticvabın re'sen başvurulabileceği öngörülen deliller (*keşif ve bilirkîşi*) arasında ele alınmaması da bunu göstermektedir. Öte yandan, isticvap taraflarca getirilme ilkesine tabi davalara özgülenmiştir⁸⁵². Oysa tercih edilen ilkeye göre ispat vasıtasının bu özelliğini kaybetmesi düşünülemez. Kanaatimizce, isticvabın bilgi edinme işlevi ön planda tutulmalıdır. Davaya esas teşkil eden vakıa iddiaları hakkında ayrıntılar isticvap edilen taraftan öğrenilebilmelidir. Yapılan açıklamalar hâkimde kanaat uyandıracak nitelikte olursa, deliller serbestçe değerlendirirken bunun da göz önünde tutulmasında bir sakınca yoktur.

Delillere ilişkin hükümler arasında isticvaba yer verilmediği dikkate alındığında, isticvabın delil olarak ele alınmadığı açıktır. Ancak isticvap neticesinde yapılan açıklamalar çerçevesinde, tarafların dinlenilmesinde olduğu gibi, hâkimin belirli bir kanaate ulaşabileceği de reddedilemez. İsticvabın ispat amacı taşıdığı doğru olmakla birlikte, dava malzemesinin toplanmasına yönelik bir araç olduğu da gözetilmelidir⁸⁵³. Türk hukukunda, isticvabın açıkça delil olarak öngörülmemesi sebebiyle, somutlaştırma imkânsızlığını gidermede kullanılması bir sakınca yaratmaz. Şayet isticvap sırf delil olarak kabul edilmiş olsaydı, bir tarafın sorgulanması için isticvap konusu vakıaların iddiada bulunan tarafça tam anlamıyla somutlaştırılmış olması beklenebilirdi. Kanaatimizce, isticvabı başlı başına delil olarak kabul etmeyen hukuk düzenimizde, ispat yükü altında olmayan tarafın dava vakıalarının aydınlatılmasına yönelik lüzumlu bilgileri vermesini sağlamak üzere isticvaptan yararlanılabilmelidir⁸⁵⁴.

3.2.1.1.2. Bilgi Dağılımındaki Dengesizlik

Hukuk devletinin bir gereği olarak taraflar arasında eşitliğin sağlanması şarttır. Hukukî koruma talep eden tarafın karşı tarafa nazaran eşit imkânlara sahip olmaması, silahların eşitliği ilkesi açısından ele alınabilir. Hukuk yargılamasında silahların eşitliği

⁸⁵¹ Ansay, 249; Tercan, (*İsticvap*), 126-135.

⁸⁵² Kuru, (*İstinafa Göre*), 312. İsticvap sonucunda ikrarda bulunulması ihtimali vardır. Re'sen araştırma ilkesine tabi davalarda, ikrarın hâkimi bağlamaması sebebiyle, isticvaba başvurulmayacaktır, bkz. Yavaş, 133, 134.

⁸⁵³ Karşlı, 581.

⁸⁵⁴ Delil niteliği savunulan isticvabın bu şekilde uygulanmasına karşı çıkmaktadır, bkz. Tercan, (*İsticvap*), 83, 84.

ilkesinin geçerli olduğundan tereddüt edilemez. Silahların eşitliğinin içeriği ise tartışmalıdır. Yargılamanın süjeleri iddia ve savunmada bulunurken eşit fırsatlara sahip olduğu ölçüde silahların eşitliği sağlanabilir. Lehine hak doğan tarafın elinden gelen bütün çabayı göstermesine rağmen o hakka kavuşamamasının bahanesi olamaz. Öngördüğü kurallar ile bunu gerçekleştiremeyen bir hukuk sistemi sorgulanmaya açık hâle gelir. Dolayısıyla, somutlaştırma imkânına sahip olmayan tarafın durumunu gözetken bir yargılama yürütülmelidir. Bir taraf aleyhine doğan bilgiye ve delillere erişememe durumunun yargılama içinde giderilmesinin silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olup olmadığı sorusu önem kazanmaktadır.

Silahların eşitliği ilkesi şeklî ve maddî eşitlik şeklinde tasnif edilir. Şeklî eşitlik, taraflara hâkim önünde şeklen eşit usulî konum sağlanmasını öngörür⁸⁵⁵. Usulî araçları kullanma noktasında eşit olanaklar tanınmalıdır⁸⁵⁶. Taraflar arasında şeklî eşitliğin geçerli olduğu tartışmasızdır⁸⁵⁷. Tarafların davadaki rollerine bakılmaksızın her birine eşit olanak tanınmalıdır⁸⁵⁸. Eşitliğin sağlanabilmesi için hâkimin tarafsız olması şarttır. Şeklî eşitlik sağlanabilen durumlarda çoğunlukla adil bir karar verilebilir. Kendi lehine hüküm elde etmek isteyen taraf, bütün dava malzemesini toplayabildiği sürece davaya katkıda bulunabilir. Bu nedenle, şeklî anlamda silahların eşitliği, eşit güçteki (*usulî hak ve imkânları kullanmak bakımından*) tarafların karşı karşıya gelmesi durumunda, yeterli olabilir⁸⁵⁹. Aksi durumda ise, şeklî eşitliğin ötesinde taraflar arasında maddî eşitliğin de sağlanmasına ihtiyaç duyulur.

Silahların eşitliğinde maddî anlamda eşitliğin de gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Ağırlıklı görüş, maddî anlamda eşitliğin de lüzumlu olduğu yönündedir. Şeklî eşitlik her zaman için yeterli olamayacağından, maddî eşitliğin kabulüyle, taraflara

⁸⁵⁵ Max Vollkommer, "Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß -eine neue Prozessmaxime?-", *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag* 1990, 516; Michael Ott, *Verfassungsrecht und zivilrichterliche Aufklärungspflichten*, S. Roderer Verlag, Regensburg 2004, 120; Seok-cho Chang, *Das Verhältnis der gerichtlichen Aufklärungspflicht aus § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO und der gerichtlichen Hinweispflicht aus § 139 Abs. 2 ZPO*, Vardez! Verlag, Bonn 2003, 51; Eberhard Schilken, *Gerichtsverfassungsrecht*, Carl Hemanns Verlag, Köln/München 2007, 79; Gregory Stephan Benedict, *Die Sachverhaltsermittlung im Zivilprozess*, Erlangen-Nürnberg 2005, 211; Musielak ZPO/Musielak, Einl., kn. 32.

⁸⁵⁶ Stein/Jonas/Leipold, § vor 128, kn. 115; Postacıoğlu/Altay, 173.

⁸⁵⁷ Rensen, 100; Schilken, 79.

⁸⁵⁸ Vollkommer, 516; Karaaslan, 67; Musielak ZPO/Musielak, Einl., kn. 32.

⁸⁵⁹ Ott, 124. Taraflar eşit şekilde usulî imkânları kullanabildiği ölçüde şekli eşitlik gerekli ve yeterli olmaktadır, bkz. Thomas Jung, *Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß*, Erlangen-Nürnberg 1990, 109.

gerçek anlamda eşit usulî fırsat tanınabilir⁸⁶⁰. Maddî anlamda eşitliği gerekli kılan çeşitli sebepler olabilir. Yargılama dışında söz konusu olan dava malzemesi açısından bilgi eksikliği gibi fiilî eşitsizlikler yargılama içinde telafi edilmelidir⁸⁶¹. Bilgi dağılımındaki dengesizlik hâlinde, yargılamada kaçınılmaz olarak taraflar arasında fiili bir eşitsizlik doğacaktır. Usulî imkânların eşit ölçüde kullanılabilmesine ise bu hususlar engel teşkil etmemelidir. İşte, yalnızca taraflar arasında fiilî eşitliğin sağlanabilmesi durumunda maddî eşitlikten bahsedilebilir⁸⁶². Sırf eşit güçte olmama durumu maddî eşitliğe başvurulmasını haklı kılmaz. Taraflardan birinin sosyal konumundan kaynaklanan dengesizlik maddî gerçeğe ulaşılmasına doğrudan etki ettiği takdirde, hâkimin silahların eşitliğini sağlamaya yönelik faaliyetine ihtiyaç vardır⁸⁶³.

Maddî anlamda silahların eşitliğinin uygulanabileceği, AİHM'in isticvabı ilgilendiren *Dombo* kararında⁸⁶⁴ belirtilmiştir⁸⁶⁵. Bir şirket temsilcisinin uyuşmazlığın diğer tarafının çalışanı ile yaptığı sözleşme görüşmelerinin (*Vier-Augen-Gespräch*)⁸⁶⁶ içeriğine ilişkin uyuşmazlıkta bu çalışanın tanık olarak dinlenebileceği kabul edilmiştir. Buna karşın, temsilcinin isticvabına karar verilememiştir. Bu sebeple, davanın görüldüğü ülkedeki kanunî düzenlemenin silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğu kabul edilmiştir. Görüşmelere iştirak eden bu iki kişiden biri tanık olarak dinlenebilir iken; diğerinin isticvap edilmemesinin bir taraf aleyhine silahların eşitliğini bozduğu ve bu sebeple AİHS m. 6'ya aykırı olduğu kabul edilmiştir⁸⁶⁷. Gerçi kararda karşı taraf adına

⁸⁶⁰ Jung, 108; Schilken, 81; Freudenthal, 15; Beckhaus, 76, 77.

⁸⁶¹ Vollkommer, 518; Chang, 51, 52; Ott, 122; Schilken, 81.

⁸⁶² Vollkommer, 516; Liu, 82; Musielak ZPO/Musielak, Einl., kn. 32.

⁸⁶³ Jung, 89; Ott, 124.

⁸⁶⁴ *Dombo Beheer/B.V./Hollanda*, 1993.

⁸⁶⁵ Peter Schlosser, "EMRK und Waffengleichheit im Zivilprozeß", *NJW*, H. 21, 1995, 1405.

⁸⁶⁶ İki kişi arasında yapılan özel görüşmedir. Bu görüşmenin içeriği hakkında delil gösterilmesi çoğunlukla mümkün olmaz. Dolayısıyla, görüşmeye iştirak edenlerin dinlenmesinden başka çare bulunmamaktadır.

⁸⁶⁷ AİHM'in kararı sonrasında AMUK m. 448'in nasıl uygulanması gerektiği üzerinde özellikle durulmuş ve *de lege ferenda* ikincil delil olma özelliğinin uygulanmaması önerilmiştir, bkz. Kwaschik, 294; Baumgärtel/Laumen, 606. Belirtilen durumda ispat yükünü taşıyan tarafın (temsilcinin) sorguya çekilmesi AMUK m. 447'ye göre mümkün olabilir. Karşı taraf rıza göstermediği takdirde ise, AMUK m. 447 hükmü uygulanmamaktadır, bkz. Gehrlein, 459. Bu sebeple, vakia iddiasının gerçeğe uygun olduğu yönünde bir ihtimalin mevcut olması şartı aranmaksızın AMUK m. 448'in uygulanabilmelidir, bkz. Stein/Jonas (23)/Berger, § 448, kn. 30-32. İsviçre hukukunda ise benzer bir durumda isticvaba karar verilmesinde bir sorun yaşanmamaktadır. Vakia iddiası lehine olan tarafın da isticvabına karar verilmesinde diğer tarafın rızası gerekmez, bkz. Spühler/Dolge/Gehri, 274. Öte yandan, isticvaba başvurulması için öncelikle diğer delillerin değerlendirilmiş olması gibi bir şart aranmaz. Ancak uygulamada isticvabın diğer delillerin değerlendirilmesinden sonra gerçekleştiğine kanun gerekçesinde de dikkat çekilmiştir, bkz. Spühler/Dolge/Gehri, 275; BSK-ZPO/Hafner, Art. 191, kn. 4. Dolayısıyla, elde başka bir delilin olmadığı hâllerde (*Vier-Augen-Gespräche* gibi) isticvaba başvurulabilir, bkz. BK-ZPO/Bühler, Art. 191, 192, kn. 16a.

işlem yapan çalışanın bu işlem açısından fiilen temsil yetkisini kullandığı üzerinde durulmamıştır. Böyle bir durumda aslında çalışanın da o işlem açısından temsilci olarak görülmesinin bir sakınca yaratmayacağı kanaatindeyiz. Eğer görüşmeye iştirak edip taraf adına irade açıklamasında bulunan çalışan temsilci olarak görülüp sorguya çekilebilseydi silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılabilirdi. İsviçre hukukunda bu durum gözetilerek tüzel kişilerde fiilî organın taraf gibi değerlendirileceği belirtilmektedir⁸⁶⁸.

Aynı durumda, HMK'nın isticvaba ilişkin hükümleri dikkate alındığında, şirket temsilcisinin isticvap edilemeyeceği kanaatindeyiz⁸⁶⁹. Dolayısıyla, hukuk yargılamamızda, *Dombo* kararına göre silahların eşitliği ilkesine aykırı bir durumun olduğu açıktır. Vakıa iddiası lehine olan tarafın isticvabı hukuk düzenimize göre mümkün olmadığı için yine silahların eşitliği ilkesi temin edilemez. Aynı görüşmeye iştirak eden taraf temsilcilerinden birisi isticvap edilebilir iken; diğerinin isticvabının mümkün olmaması sakıncalıdır. Bu sefer ispat yükü altındaki taraf aleyhine silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş olur. HMK m. 169/1'den hareketle böyle bir sınırlamanın kanuna uygun olmadığı söylenebilir. Fakat isticvaba bağlanan yaptırım (*ikrar etmiş sayılma*), bir tarafın kendi lehine ileri sürmüş olduğu vakıa hakkında tarafın sorguya çekilmesini anlamsız kılar. Türk hukukuna göre, ispat yükünü taşıyan taraf zaten sorguya çekilememektedir. Bu ise, AİHM'in vermiş olduğu karara göre silahların eşitliği ilkesine aykırıdır. İsticvaba delil niteliği tanınmamış olmasına ve her iki tarafın sorguya çekilememesine bu bakımdan eleştiri getirilebileceği kuşkusuzdur.

Yukarıda belirtilen karar, maddî anlamda eşitliğin de AİHM m. 6'nın bir gereği olmasını belirttiği için, konumuz açısından önemlidir. Karara konu uyuşmazlıkta ispat edebilme imkânı ele alınmıştır. Elinde başka bir delil olmayan taraf, iddiasını ispat edebilmek için, karşı taraf ile eşit şansa sahip olmalıdır. Öte yandan, AİHM'in kararında

⁸⁶⁸ Botschaft ZPO, 7315. Organ niteliği bulunmayan çalışan ise tanık olarak dinlenebilmektedir, bkz. BSK-ZPO/Hafner, Art. 191, kn. 9. Sadece temsilci olma veya belirli bir birimde görevli olma hâllerinde ise tanık olarak dinlenilme uygun bulunmaktadır, bkz. KSZ-ZPO/Weibel, Art. 191, 192, kn. 9.

⁸⁶⁹ Kesin delil ile ispat zorunluluğu benimsenmiş olan hukuk yargılamamızda bu tür olayların yaşanması pek de olası değildir. Ortada hukukî işlem olduğu için kesin delil bulunmadığı (veya *delil başlangıcı*) takdirde sözleşme görüşmelerine katılan kişilerin dinlenmesinin bir anlamı yoktur. Öğretide isticvabın delil başlangıcı olabileceği yönünde görüşler ileri sürülmektedir, bkz. Halûk Konuralp, *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, Ankara 1988, 106; Postacıoğlu/Altay, 533. Kesin delil ile ispat zorunluluğunun öngörülmesinin belirtilen görüş çerçevesinde bir anlamının kalmayacağını belirtmeliyiz. Elinde kesin delil olmayan taraf mutlaka karşı tarafın isticvabını talep edecektir. İsticvap sonrasında ise takdiri delilleri göz önünde tutularak hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesinin yolu açılır. Bu durumda, senetle ispat kuralının öngörülmesinin anlamsız hâle geleceği açıktır.

maddî anlamda silahların eşitliği bir hukuk düzenindeki yürürlükteki kanun hükmü açısından ele alınmıştır. Oysa çalışmamızda hâkimin isticvaba başvurmak suretiyle davayı sevk etmesinin silahların eşitliğine hizmet edip etmeyeceği üzerinde duracağız⁸⁷⁰. Bu yüzden, ilk durumdan farklı olarak, hâkimin tarafsızlığı ilkesi sınırları içinde maddî anlamda eşitlik sağlanabilir.

Adil yargılanma hakkının unsurları düşünüldüğünde, silahların eşitliği ilkesi, hakkaniyete uygun yargılanma unsuru kapsamında ele alınabilir⁸⁷¹. Maddî anlamda eşitliğin sağlanmasının eşitlik ve hukuk devleti ilkesine⁸⁷² veya sosyal devlet ilkesine⁸⁷³ dayandırılabilmesi yönünde görüşler de ileri sürülmüştür. AİHM'in kararından sonra bu görüşler üzerinde durmanın gerekli olmadığını söyleyebiliriz. Temel yargısal haklardan hareketle bir şekilde silahların eşitliği ilkesine ulaşılabilir. Fakat silahların eşitliği ilkesini adil yargılanma hakkı kapsamında ele almak daha isabetlidir⁸⁷⁴. Maddî anlamda eşitlik temin edilemediği sürece, AİHM m. 6'ya aykırılık söz konusu olur. Silahların eşitliği ilkesi temin edilemediği takdirde, hukukî dinlenilme hakkının da ihlali sonucu doğabilir; istisnai olarak, yalnızca silahların eşitliği ilkesine aykırılıktan bahsedilebilir. Şöyle ki, hukukî dinlenilme hakkının unsuru olan açıklama hakkı, ilgili tarafın hem kendi iddiasını temellendirmeyi hem de karşı tarafın iddiasına cevap vermeyi ilgilendirir. İlkinin gerçekleşmemesi hâlinde, hukukî dinlenilme hakkının diğer unsurlarının hiç bir önemi yoktur. Yargılama sürecini başlatacak başvuruda açıklama hakkının tanınması noktasında bir sorun doğmaz. İddiada bulunacak taraf, neyi ve nasıl iddia edeceğini belirlemede serbesttir ve süreci başlatacak hamleyi kendisi yapar. Hukukî dinlenilme hakkının bilgi edinme unsuru ise karşı tarafın vereceği cevaba ilişkindir ve iddianın mahkemece dikkate alınması ise yargılamanın sonuna doğru

⁸⁷⁰ Maddî anlamda eşitlik hem kanun koyucuyu hem de konumu gereği hâkimi ilgilendiren bir meseledir, bkz. Liu, 82.

⁸⁷¹ Özekes, (*Hukukî Dinlenilme Hakkı*), 49; Tanrıver, (*Adil Yargılanma*), 209, 210; Karaaslan, 63, 68. Anayasa Mahkemesi, silahların eşitliği ilkesinin adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğunu belirtmekle yetinmektedir, bkz. AMK Baş. N. 20134684, T. 11.11.2015 (RG. S. 29599, T. 20.01.2016). Yargıtay ise hukukî dinlenilme hakkının kapsamına giren açıklama ve ispat hakkının her iki tarafça da eşit şekilde kullanılmasının silahların eşitliği ilkesine bağlı olduğunu belirtmektedir, bkz. Yargıtay HGK E. 2015/2560, K. 2016/96, T. 27.01.2016 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası). İki ilke arasında bir ayırım yapmayıp hakkaniyete uygun yargılamanın doğrudan hukukî dinlenilme ve silahların eşitliği ilkesini karşıladığı da belirtilmiştir, bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, 147.

⁸⁷² Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarında silahların eşitliği ilkesinin bu iki ilkeden çıkarıldığı sık sık vurgulanmıştır, bkz. Liu, 81.

⁸⁷³ Rolf Stürner, *Die Richterliche Aufklärung im Zivilprozeß*, Tübingen 1982, 37, 38; Rensen, 137. Bazı yazarlar ise, sosyal devlet ilkesinden de maddî anlamda silahların eşitliği ilkesinin çıkarılabileceğini ifade etmektedir, bkz. Pekcanıtez, 399; Kwaschik, 192; Beckhaus, 77.

⁸⁷⁴ MüKo-ZPO/Rauscher, Einl., kn. 239.

ortaya çıkar. İşte, silahların eşitliği ilkesi, hukukî dinlenilme hakkında farklı olarak, daha iddiada bulunma aşamasında devreye girmekte ve iddiada bulunacak tarafa buna yönelik olarak açıklama yapma imkânı tanınmasına hizmet etmektedir. Bu sebeple, somutlaştırma imkânsızlığı içindeki tarafa uyumsuzluğun diğer tarafınca bilgi verilmesi silahların eşitliği ilkesine dayandırılabilir⁸⁷⁵.

Karşı tarafın yargılamanın hakkaniyete uygun olarak cereyan etmesini sağlama yükümlülüğü yoktur. Silahların eşitliğini sağlama görevi hâkime aittir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile taraflar arasında söz konusu olabilecek dengesizlikler giderilmelidir. Silahların eşitliğini sağlamak amacıyla keyfi bir şekilde hareket edilmesi ise düşünülemez⁸⁷⁶. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereği silahların eşitliğinin sağlanmasına hiçbir sınırlanma getirilmemesi ciddi tehlikelere yol açabilir. Böyle bir durumda, bilhassa tarafsızlık ilkesi açısından bazı sakıncaların doğabileceğini söyleyebiliriz. Tarafsızlık ilkesi ile silahların eşitliği ilkesi sıkı bir ilişki içindedir⁸⁷⁷. Silahların eşitliğini sağlama bahanesi ile hâkimin tarafsız olma zorunluluğu hiçe sayılmamalıdır. Aydınlatma ödevi devreye girdiği takdirde, mecburen taraflardan birinin lehine bir durum ortaya çıkar. Doğrudan böyle bir durumda hâkimin tarafsızlığı ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşamaz⁸⁷⁸. Eşitliği sağlama uğruna hâkimin serbest hareket etmesi ise kaçınılmaz olarak tarafsızlık ilkesinin ihlalini gündeme getirir⁸⁷⁹.

Şayet silahların eşitliği şekli anlamda eşitliğe hasredilir ise bilgi dağılımındaki dengesizliği gidermek için bu ilkeye dayanılmaz⁸⁸⁰. Dolayısıyla, maddî anlamda silahların eşitliği ilkesine dayanarak karşı tarafın açıklama yapması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Her iki taraf da haklarını etkin bir şekilde kullanabilmek için bilgiye erişme noktasında eşit olanağa sahip olmalıdırlar⁸⁸¹. İhtiyaç duyulan bilginin temini için karşı tarafa başvurulması zorunlu değildir. Ancak lüzumlu bilgiler karşı tarafta olduğunda, karşı tarafa müracaat edilmesinden başka bir çare bulunmaz. Hâkimin yapması gereken şey, kanunda öngörülen hukukî araçların tüketilmesi suretiyle, iddia yükü altında

⁸⁷⁵ Silahların eşitliği ve hukukî dinlenilme hakkı arasında diğer bir fark olarak, hukukî dinlenilme hakkının iki tarafın uyumsuzluk içinde olmadığı yargılamaları da ilgilendirmesi sayılabilir, bkz. Chang, 45.

⁸⁷⁶ Musielak ZPO/Musielak, Einl., kn. 33.

⁸⁷⁷ Silahların eşitliği ilkesi sınırlarını hâkimin tarafsızlığı ilkesi çezecektir, bkz. Schilken, 83. Aşırıya giden müdahalelerin önlenmesi eşitlik ilkesi ile temin edilecektir, bkz. Kwaschik, 207.

⁸⁷⁸ Vollkommer, 520; Jung, 107; Kwaschik, 206, 207; Beckhaus, 76.

⁸⁷⁹ Karaaslan, 81, 82; MüKo-ZPO/Wagner, § 139, kn. 10.

⁸⁸⁰ Vollkommer, 519; Beckhaus, 75.

⁸⁸¹ Freudenthal, 15.

olmayan tarafın somutlaştırmaya katılmasını sağlamaktır. Bunu, denge sağlayıcı hâkim faaliyeti olarak ifade edebiliriz. Diğer bir deyişle, hâkim önünde eşitlikten ziyade, hâkim eliyle eşitlik anlayışı benimsenmelidir⁸⁸².

3.2.1.2. Bilgi Dağılımındaki Dengesizliğin Giderilmesinde İsticvabın Elverişli Olup Olmadığı

Her ne kadar Türk hukukunda HMK öncesi isticvabın delil olarak kabul edilmesi önerilmiş⁸⁸³ olsa da, kanun koyucunun bu öneriyi dikkate almadığı açıktır. Yemin delilinin muhafaza edilmesi de bir noktada buna delalet eder⁸⁸⁴. Zira yemin delilinin yerini almak üzere isticvaba delil niteliği kazandırılmaktadır⁸⁸⁵. İsticvabın delil olarak ele alınması ve yemin delilinin kaldırılmasının gerekli olup olmadığını tartışmak yerine, HMK'ya göre isticvabın dava vakıaları hakkında karşı taraftan bilgi edinilmesi için kullanılmasının mümkün olup olmadığı üzerinde duracağız. Bu bakımdan, isticvabı yalnızca ispat vasıtası olarak ele alan hukuk düzenlerindeki uygulamaya bakmakta fayda vardır.

İsticvaba yalnızca delil niteliği kazandırılmış hukuk düzenlerinde bilgi eksikliğinin yarattığı eşitsizliğin isticvap ile giderilmesi pek de olası değildir. Şöyle ki, hem ispat yükü altındaki tarafın isticvaba delil olarak dayandığı hem de hâkimin isticvaba re'sen karar verebildiği hâllerde, çekişmeli vakıanın somutlaştırılmış olması gerekir. Gerekli bilgilere sahip olmayan tarafın bunu gerçekleştirmesi ise mümkün değildir. Dolayısıyla, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinde isticvap elverişsiz bir araç niteliğindedir⁸⁸⁶. Delil niteliği göz önünde tutulduğunda, somutlaştıramamış vakıa hakkında isticvabın icrası, somutlaştırma yükünün dikkate alınmaması sonucunu doğurur⁸⁸⁷. İspat vasıtası olarak görülen isticvabın bu şekilde ele alınması normaldir⁸⁸⁸.

⁸⁸² Vollkommer, 520

⁸⁸³ Tercan, (*İsticvap*), 73. Kıta Avrupası'na dâhil hukuk düzenlerinden birçoğunda yeminin delil olarak kabul edilmemesi ve isticvabın ispat vasıtası olarak ele alınması söz konusudur. Temel farklılık isticvaba ikincil bir delil gözüyle bakılıp bakılmamasındadır.

⁸⁸⁴ Tanriver, 864.

⁸⁸⁵ Paul Oberhammer, "Parteiaussage, Parteivernehmung und freie Beweiswürdigung am Ende des 20. Jahrhunderts", ZZZ, B. 113, H. 3, 2001, 297-303; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 705; Yılmaz, (*Yemin*), 31.

⁸⁸⁶ Lang, (§ 142), 22.

⁸⁸⁷ Benedicter, 50; MüKo-ZPO/Schreiber, § 445, kn. 11; Diakonis, 213, 214; Koch, 147.

⁸⁸⁸ AMUK m. 445/1 çerçevesinde farklı bir görüş temsil edilmektedir. Anılan hükümde isticvap talebi iki şekilde gerçekleşmektedir. Birincisinde, gösterilmiş deliller ile vakıa iddiasının gerçeğe uygunluğunun muhtemel olduğunun ortaya konulması ve fakat tam anlamıyla ispat edilememesidir. İkincisinde ise delil

Karşı tarafın uhdesindeki bilgileri öğrenmek üzere, isticvabın elverişli olduğunu ifade eden görüşte dahi uygulamada bilgi eksikliğini gidermek üzere isticvabın icrasının sınırlı olduğu ifade edilmiştir⁸⁸⁹. Türk hukukunda ise, silahların eşitliğini sağlamak üzere, isticvabın kullanılması kaçınılmazdır. Elinde olmayan sebeplerden dolayı iddialarını somutlaştıramayan tarafın bu durumunun gözetilmesi şarttır. Tarafın genel anlamda dinlenilmesi gibi isticvap da bilgi kaynağı olarak ele alınabilir⁸⁹⁰.

İsticvabın delil olarak kabulü hâlinde, Alman hukukunda olduğu gibi isticvaba ikincil bir delil niteliği verilebilir. Şöyle ki, tanık delilinin ileri sürülmesi durumunda, önce tanığın dinlenilmesi ve daha sonra şartlar oluşmuş ise isticvaba karar verilebilir⁸⁹¹. Türk hukukunda ise böyle bir durum söz konusu değildir. İsticvaba münhasıran delil işlevi atfedilmediği gibi, delillerin değerlendirilmesinden önce isticvaba gidilmesine engel teşkil eden bir durum da yoktur. Tanık dinlenmeden önce isticvabın icrasına karar verilebilir. Böylece, vakıa iddiasının somutlaştırılmasına yönelik bilgiler isticvap sonucunda öğrenildiği için, tanığın somut vakıa iddiaları hakkında dinlenilmesi temin edilebilir. Yemin delili göz önünde bulundurulduğunda, Türk hukukunda isticvaba talî delil niteliği tanınmadığı anlaşılabılır. Yemin öncesinde ilgili tarafın isticvap edilmesi lüzumludur. Yemine konu teşkil edecek vakıa hakkında bu suretle bilgi toplanmakta ve yerine göre bir kanaat dahi edinilebilmektedir. Bunun sebebi, Türk hukukunda yemine son çare olarak başvurulmasıdır. İsticvap bu şekilde icra edilebildiği takdirde, isticvabın

ikame yükü altındaki taraf başka delillere dayanmaksızın isticvap talep edebilir. İkinci durum dikkate alınarak isticvabın karşı taraftan bilgi temin etmede kullanılabileceği ifade edilmiştir, bkz. Beckhaus, 127, 129. Alman hukukunda delillerin değerlendirilmesi kararı (*Beweisbeschluss*) verilmesinde, AMUK m. 359 gereği ispat konusunun belirli olması şarttır. İsticvapta da böyle bir kararın verilmesi gerekir, bkz. MüKo-ZPO/Schreiber, § 445, kn. 12. Ancak somut vakıa iddiasının varlığı hâlinde bu gereklilik yerine getirilebilir. Bu sebeple, karşı taraftan lüzumlu bilgileri öğrenmek için isticvaptan istifade edilemez, bkz. Benedict, 50. Aynı şekilde AMUK m. 448'e göre re'sen isticvaba karar verilmesinde de ihtiyaç duyulan bilgileri elinde bulunduran taraftan bilgi temin edilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir, bkz. Beckhaus, 129, 130. Fakat AMUK m. 448 uyarınca isticvabın icrası için vakıa iddiasının gerçeğe uygun olduğu yönünde bir ihtimalin ortaya konulması beklenmektedir, bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, 707; Schellhammer, 323; Diakon, 230, 234; Stein/Jonas (23)/Berger, § 448, kn. 5. Bu durumda ise, vakıa iddiasının somutlaştırılmadığını düşünmek pek de olası değildir. Zira hâkimde gerçeğe uygun olduğu yönünde bir şüphe uyandırılan iddia edilmiş vakıaya dair ayrıntılar hakkında bilgi edinilmiş olacaktır. Nitekim belirtildiği üzere, hâkimin re'sen isticvaba karar verdiği hâllerde belirli bir vakıa iddiasının ispatı çabasına girilir, bkz. Stein/Jonas (23)/Berger, § 448, kn. 33.

⁸⁸⁹ Özellikle tarafların dinlenilmesine dayanılarak bu yönde bir değerlendirme yapılmıştır, bkz. Beckhaus, 130. Alman hukukunda yukarıda belirttiğimiz uygulama ve öğretinin geliştirdiği araçlar (*maddî hukuka dayalı bilgi edinme hakkı, talî somutlaştırma yükü*) düşünüldüğünde, bilgi temini için isticvaba başvurulmasına gerçekten gerek kalmamaktadır. Anılan araçlar silahların eşitliği ilkesini sağlamaya yönelik araçlardır, bkz. Beckhaus, 77.

⁸⁹⁰ Karşı, 581. İsticvap taraflardan bilgi edinmenin başka bir yolu olarak görülmelidir, bkz. Yavaş, 133.

⁸⁹¹ Musielak ZPO/Huber, § 448, kn. 2.

somutlaştırma imkânsızlığının aşılmasına uygun bir araç olarak ele alınması düşünülebilir⁸⁹².

Öte yandan, isticvabın gereklerine uyulmaması durumunda doğrudan karar verilebileceği için yargılama kısa sürede sonuçlanabilir. İsticvaba ikincil bir delil niteliği tanımayan hukuk düzenlerinde ise, ispat edilecek vakıanın somutlaştırılması için önce isticvaba başvurulamaz. Çünkü isticvap bilgi temin etmeye yönelik bir araç değildir. Somutlaştırılarak ileri sürülmüş vakıa iddiasının gerçeğe uygun olup olmadığını anlamak üzere doğrudan isticvaba başvurulabilir. İsticvap ikincil bir delil olarak görülmediği için, hâkim önce isticvaba başvurabilir ve ikna olmadığı takdirde diğer delilleri de değerlendirebilir.

Netice itibariyle, isticvabın Türk hukukunda taraflar arasındaki bilgi dağılımındaki eşitsizliği gidermeye yönelik etkin bir hukukî araç olarak ele alınabileceğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla, delillerin değerlendirilmesi öncesinde, vakıa iddiasının tam anlamıyla somutlaştırılması şartı, isticvap için geçerli olmamalıdır. Dikkat edilmesi gereken husus, soyut iddialar ile donatılan bir talebin temellendirilmesi için, isticvaptan istifade edilemeyeceğidir. Uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinme ve delil elde etme yasağının önüne geçilebilmesi için buna dikkat edilmelidir.

3.2.1.3. Karşı Tarafın Somutlaştırmaya Katılması için İsticvaptan Nasıl İstifade Edilmesi Gerektiği

Karşı tarafın isticvap edileceğine güvenerek ileri sürülen hakka dayanak teşkil eden dava malzemesinden hiç bahsedilmemesi düşünülemez. Özellikle delil ikame yükünün yerine getirilip getirilmediği önem arz edecektir. Türk hukukunda karşı tarafın isticvabı talep edilerek delil ikame edilmiş olmaz⁸⁹³. Kanunda belirtilen delillerden (*belge, tanık vb.*) en azından birinin gösterilmiş olması aranmalıdır. Hiç delil gösterilmediği durumlarda, vakıa iddiası aleyhine olan taraf sorguya çekilebilir. Somutlaştırma imkânsızlığını aşmak üzere, isticvap ile karşı taraftan lüzumlu bilgiler öğrenilse dahi, yine delil ikame yüküne dayalı karar verileceği için, böyle bir çabaya

⁸⁹² Öğretide isticvap sayesinde karşı tarafın dava vakıalarının aydınlatılması için somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi için katkıda bulunmasının temin edileceği ifade edilmiştir, bkz. Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 129, 156.

⁸⁹³ Bu durumun HMK'da isticvabın deliller arasında sayılmamış olmasından ileri geldiği kanaatindeyiz. Buna karşın, isticvabın delil niteliği açıkça kabul edilen Alman hukukunda, karşı tarafın isticvabı istenerek delil ikame edilmiş olur, bkz. Reinkenhof, 44, 45; Diakonis, 234.

girmenin bir anlamı yoktur⁸⁹⁴. İddiayı somutlaştırmak imkânından yoksun olursa da, uyuşmazlığa ilişkin deliller gösterilebilir. İspat yükü altındaki tarafın delil göstermiş olması kaydıyla, diğer taraf sorguya çekilmelidir⁸⁹⁵. Zira isticvabın varlığı, delil ikame yükünü sona erdirmez. Şunu belirtmeliyiz ki, deliller karşı tarafın elinde olduğu takdirde delil gösterilmesi çabası çoğunlukla sonuçsuz kalabilir. Uyuşmazlığa ilişkin bir delilin varlığından haberdar olunmadığında o delil de ikame edilemez. Stratejik olarak her hâlükârda yemin deliline dayanılması önerilebilir. Nihayetinde delil ikame edildiği için, isticvap gerçekleşebilir. İsticvap bu şekilde uygulansa dahi, uyuşmazlığa ilişkin bazı delillerin yargılamaya dâhil edilememesi riski mevcuttur. Çünkü sorguya çekilen karşı tarafın yalnızca kendi bildiği deliller hakkında açıklama yapması beklenmeyecektir.

Türk hukuk öğretisinde isticvabın yalnızca tahkikat aşamasına özgü olduğu ifade edilmiştir⁸⁹⁶. Bir tarafın sorgulanması ile somut bir şekilde iddia edilmiş bir vakıa hakkında kanaat edinilmesi amaçlandığında isticvaba tahkikat aşamasında başvurulması doğru bir tercih olabilir⁸⁹⁷. Şayet somutlaştırmaya yönelik bilgilere ulaşmak üzere isticvap gerçekleşebilirse, tahkikat aşaması dışında da isticvap mümkün olmalıdır. Böylece, dava vakıalarının somutlaştırılması kısa sürede ve özellikle ön incelemede gerçekleşebilir. Ön inceleme aşamasında lüzumlu bilgileri elinde bulunduran ve ispat yükünü taşımayan taraf sorgulanabilmelidir. Ancak tahkikat aşamasında da isticvap mümkün olabilir. İsticvabı yalnızca tahkikat aşamasına özgülemek, isticvabın Türk hukukuna özgü niteliği ile bağdaşmaz. Taraflar arasında bilgi dağılımındaki dengesizliği fark eden hâkim, tarafları ön inceleme duruşmasına davet ederken, iddia ve

⁸⁹⁴ Davaya temel teşkil eden vakıalar hakkında gerekli ayrıntılara temas edilmiş olsa dahi, kanunda belirtilen delillerden hiçbirine dayanılmamış olması hâlinde, yine delil ikame yüküne dayalı karar verilmelidir. Somut vakıalar ile donatılan bir başvuru, delil ikame edilmediğinde, hiçbir anlam ifade etmeyecektir.

⁸⁹⁵ Öğretide hâkime isticvaba re'sen başvurma yetkisi tanıyan AMUK m. 448'in uygulanmasının delil ikame yükünün yerine getirilmiş olması şartına bağlı olduğu belirtilmiştir. Re'sen başvurulabilecek delil olan isticvap belirli sınırlandırmalara tabidir. İddia ve delil ikame yükünün yerine getirilmesi şeklindeki bu sınırlandırmaların dikkate alınması taraflarca getirilme ilkesinin bir gereğidir, bkz. Diakonīs, 213, 214. Mesela, tanık delili mevcut olmasına rağmen buna dayanılmamış olması hâlinde, re'sen isticvaba karar verilmemelidir, bkz. MüKo-ZPO/Schreiber, § 448, kn. 2.

⁸⁹⁶ Tercan, (*İsticvap*), 83; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, (3. Bası), 342.

⁸⁹⁷ İsticvaba yalnızca delil niteliği tanındığında delillerin değerlendirilmesi aşamasında taraf sorgulamasından bahsedilebilir. Buna karşın, tarafın genel anlamda dinlenilmesi delillerin değerlendirilmesi dışında da gerçekleşebilir, bkz. Dagmar Coester-Waltjen, "Parteiaussage und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts", ZJP, B. 113, H. 3, 2001, 284. Şayet belirttiğimiz şekilde isticvap bilgi edinme aracı olarak kullanılır ise isticvabın tahkikat aşamasına özgülenmemesi gerekir.

ispat yükü altında olmayan tarafın da isticvap edileceğini bildirmelidir. Çünkü bu aşamada ihtilaflı vakıaların belirlenmesi şarttır (HMK m. 137).

Türk hukukunda öğretide ileri sürülmüş bir görüşe göre dava konusuna ve dava vakıalarına ilişkin hususlarda isticvaba başvurulabilir⁸⁹⁸. Somutlaştırma yükü açısından isticvap yalnızca dava vakıalarına özgülenebilir⁸⁹⁹. Karşı tarafın elindeki delilleri öğrenmek üzere sorguya çekilmesi düşünülemez. Türk hukukunda delil niteliğinde olmayan isticvabın delil elde etme aracı olduğu ileri sürülmektedir⁹⁰⁰. İspat yükü altında olmayan tarafa elindeki deliller hakkında bilgi verme mecburiyetinin yüklenebileceği düşünülebilir. İsticvabın neden delil elde etme aracı olduğu dikkate alınmazsa, bu şekilde hatalı bir sonuca ulaşılır. İsticvap neticesinde, iddia edilmiş bir vakıanın ikrar edilmesi söz konusu olabilir. İkrar delil olarak görüldüğü takdirde, isticvabın delil elde etme aracı olduğu kabul edilebilir.

Hukuk yargılamamızda ikrarın HMK'nın hükümleri dikkate alındığında delil olmadığını söylemek mümkündür. Dolayısıyla, belirli bir vakıaya ilişkin deliller hakkında bilgi temini için isticvaptan istifade edilemez. Tarafların isticvabı yalnızca iddia edilmiş vakıalara özgülenebilir. Diğer bir deyişle, hâkimin karşı tarafı deliller hakkında sorguya çekmesi mümkün değildir. HMK m. 169/2 hükmü, yalnızca dava vakıaları hakkında isticvaba başvurulacağı açıkça öngörülmüştür. Fakat “*vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar ...*” şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Madde gerekçesinde eski hükmün değiştirilmeden güncellendiği ifade edilmiştir. Oysa eski hükmünde böyle bir ifade yer almamaktadır. Kanun koyucunun bununla delilleri mi kastetmek istediği açık değildir. Delillerin vakıalar ile ilişkili olduğundan şüphe edilemez. Şayet hükmün kapsamı bu şekilde anlaşılırsa, isticvap edilen tarafın

⁸⁹⁸ Tercan, (*İsticvap*), 43. İsticvabın talep sonucunun miktarının belirlenmesi için kullanılabileceği belirtilmektedir, bkz. Simil, 176, 282. HMK m. 169/2'de ise, isticvabın dava temelini oluşturan vakıalar bakımından söz konusu olduğu belirtilmiştir. Şayet madde hükmünün lafzına bağlı kalınır ise, isticvap yalnızca iddia edilmiş ve ihtilaflı vakıalar hakkında cereyan edebilir. Ayrıca hükümet gerekçesinde, HMK m. 169/2'nin HUMK m. 230/2'nin yalnızca güncelleştirilmiş hâli olduğu belirtilmiştir. HUMK m. 230/2'de isticvabın müddeabihe ilişkin olabileceği ifade edilmiş iken, HMK m. 169/2'de buna yer verilmemiştir. Bu durum gözetildiğinde, talep sonucunu ilgilendirecek şekilde isticvaba başvurulamayacağını söylemek mümkündür. Talep sonucu bakımından isticvabın mümkün olabileceği görüşünün HMK döneminde de geçerli olacağı kabul edilirse, silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak, belirsiz alacak davasında alacak miktarının belirlenmesi için karşı taraf elindeki bilgiler hakkında sorgulanabilmelidir.

⁸⁹⁹ Yargılamaya etki eden ve fakat vakıa kavramının kapsamına girmeyen hususlarda karşı taraf sorgulanamaz, bkz. Gehrlein, 445; Tercan, (*İsticvap*), 115; MüKo-ZPO/Schreiber, § 445, kn. 5; Stein/Jonas (23)/Berger, § 445, kn. 3.

⁹⁰⁰ Tercan, (*İsticvap*), 72.

uhdesindeki deliller hakkında da açıklama yapması zorunlu hâle gelecektir. Kanaatimizce, isticvap çerçevesinde, dava dosyasında yer alan vakıalara ilişkin bir delilin bulunup bulunmadığı sorusu karşı tarafa yöneltilememelidir.

İsticvabın silahların eşitliğini sağlamak üzere belirttiğimiz şekilde kullanılması hâlinde dahi, taraflar için genel aydınlatma ödevinin kabulü ile ortaya çıkan etki sağlanamaz. Buna karşın, hukuk yargılamamızda talî somutlaştırma yükünün mevcut olmamasının doğurduğu eksiklik isticvap ile giderilebilir. Aslında tarafların dinlenilmesi de elverişli bir araçtır. Karşı taraf açıklama yapmakta istekli olduğu sürece bunu söyleyebiliriz⁹⁰¹. Dinlenilmesi gerekli görülen tarafın buna uymamasına, HMK m. 144'te bir yaptırım öngörülmemiştir. Öyleyse taraflardan her birinin önceden yaptığı kendi açıklamaları hakkında dinlenebileceğini söyleyebiliriz. Açıklamalarındaki belirsizliği, eksikliği veya çelişkiyi gidermekte menfaati olan taraf, doğal olarak tarafların dinlenilmesinin gereklerine uyacaktır. Taraflardan her biri kendi aleyhine yapılmış açıklamalardaki belirsizliği, eksikliği veya çelişkiyi gidermeye çalışmaz. Böyle bir durumda, tarafların dinlenilmesine başvurulması ise güçtür⁹⁰². İsticvabın gerekleri yerine getirilmediğindeyse, ilgili taraf aleyhine ikrar faraziyesi devreye girecektir. Dolayısıyla, tarafların dinlenilmesinin isticvaba göre daha az etkili bir araç olduğunu söyleyebiliriz⁹⁰³. İsticvap çerçevesinde dinlenen taraf, genel itibariyle açıklanmış vakıa iddiasını, ayrıntılı bir şekilde inkâr etmek zorunda bırakılmalıdır. Böylece, delillerin değerlendirilmesi aşamasına geçilmeden önce, somutlaştırmaya yönelik ayrıntılar öğrenilebilir. Zira bu durumda, inkârda bulunulması yeterli olmayıp; inkâr edilen hususa ilişkin ayrıntılı bir açıklama yapılmalıdır.

İsticvap sebebiyle karşı tarafın ayrıntılı bir inkârda bulunmasını beklemek belirli şartlara bağlanmalıdır. İsticvap davetiyesinde isticvaba konu teşkil edecek hususların açıklanabilmesi için, ispat yükü altındaki tarafın mümkün olduğu ölçüde elle tutulur iddialarda bulunmuş olması aranmalıdır. Dava açmak suretiyle hakkı doğuran vakıa

⁹⁰¹ İlgili taraf kendisine yöneltilen sorulara cevap verdiği takdirde, isticvap ve tarafların dinlenilmesi arasında sonuç bakımından bir fark ortaya çıkmaz, bkz. Kuru, (*İstinafa Göre*), 312; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, 366.

⁹⁰² Karşı tarafın ileri sürülmüş bir vakıa iddiası hakkında dinlenilmekten kaçınabilmesi, Türk hukukuna özgü olacaktır. Tarafların dinlenilmesine karar verilerek, iddia edilmiş vakıalar hakkında, ispat yükünü taşımayan tarafın dinlenilmesi denenebilir; ama bundan sonuç alınması ihtimali çok düşüktür. Çünkü yaptırım söz konusu olmadığı sürece, hiç kimse kendi aleyhine sonuç doğurabilecek konularda izahatta bulunmak istemez. Alman hukukunda ise, dinlenilmesine karar verilen taraf, bunun gereklerini yerine getirmediği takdirde, AMUK m. 141/3'e binaen para cezasına mahkûm edilebilmektedir, bkz. Waterstraat, (*ALI/UNIDROIT*), 47.

⁹⁰³ Yavaş, 133.

örgüsünün gerçekleşip gerçekleşmediği hakkında karşı tarafın bilgi vermesi beklenemez. Talî somutlaştırma yükünün devreye girmesi için aranan şartlar altında isticvabın icra edileceği kabul edilebilir⁹⁰⁴. Bu bağlamda, karşı tarafın detaylı olarak inkârda bulunması bekleniyorsa, şu şartlar altında karşı taraf sorguya çekilmeli ve cevap vermeye zorlanmalıdır:

- *İspat yükünü taşıyan taraf hayat olayını gözlemleme imkânı elde edememişse;*
- *Vakıa iddiasını tam anlamıyla somutlaştırma imkânı mevcut değilse;*
- *Karşı taraf lüzumlu bilgilere sahipse ve bu bilgileri paylaşması ondan beklenebilirse;*
- *Somutlaştırılamayan vakıa iddiasına ilişkin olarak muayyen dayanak noktaları gösterilmişse.*

Talî somutlaştırma yükünün doğmasını sağlayacak şekilde isticvabın kullanılması hâlinde, silahların eşitliği sağlanır iken, maddî hukuk kurallarına da müdahale edilmiş olmaz. Bu bakımdan, isticvabın talî somutlaştırma yükünün temini için kullanılması uygundur. Nitekim silahların eşitliğini sağlamak üzere, maddî hukuka yönelik müdahale uygun bulunmamaktadır⁹⁰⁵. İspat yükünün dağılımını öngören soyut kurallar taraflar arasında keyfi bir eşitsizliğe sebep olmadığı için silahların eşitliği ilkesine uygun görülmelidir⁹⁰⁶. Maddî anlamda silahların eşitliği ile tarafların hukukî konumlarından kaynaklanan eşitsizlik giderilmelidir. Böylece, eşitsizliğe sebep olan hususların doğurduğu dengesizliğin adil olmayan sonuçlara neden olması engellenmelidir⁹⁰⁷.

Her ne kadar isticvabın bu şekilde uygulanması taraflar arasında silahların eşitliğini sağlasa da, genel eğilim, isticvaba ispat vasıtası işlevi kazandırmak yönündedir. Bu bakımdan, hukuk yargılamamızda değişiklik yapılması önerisinin haklı olduğunu söyleyebiliriz. Ancak, HMK'nın isticvaba ilişkin hükümlerine göre, isticvabın bilgi edinme aracı olarak kullanılmasının bir sakınca yaratmayacağı kanaatindeyiz. Öyle

⁹⁰⁴ Talî somutlaştırma yükü silahların eşitliğini sağlayan bir araç olarak nitelendirilmektedir, bkz. Meyke, (*Plausibilitätskontrolle*), 2232.

⁹⁰⁵ Stein/Jonas/Leipold, § vor 128, kn. 118; Baumgärtel/Laumen, 217.

⁹⁰⁶ Chudoba, 172, 173; Benedict, 211.

⁹⁰⁷ Ott, 123.

ki, belirttiğimiz şartlar gerçekleştiği takdirde, silahların eşitliğini sağlamak için karşı tarafın sorguya çekilmemesi, AİHM m. 6'ya aykırılık teşkil edebilir.

3.2.2. Belgelerin İbrazının Sağlanması ve Somutlaştırmaya Yönelik Hususların İbraz Sonrasında Açıklanması

Karşı tarafın elindeki belgeleri ibraz etmesi de somutlaştırmaya katkıda bulunma olarak ele alınabilir. Bu tür belgeleri inceleyebilme imkânı, kuşkusuz ki somutlaştırmaya yönelik bilgileri öğrenmeye olanak tanır. Bu bakımında, görülmekte olan davada belge ibrazına karar verilebilmesi önemlidir.

3.2.2.1. Karşı Tarafın Elindeki Belgenin İbrazına Karar Verilmesinin Şartları

Belge ibrazında Türk hukukundaki düzenleme İsviçre hukukuyla aynı özellikleri taşımaktadır. Alman hukukunda ise her iki hukuk düzeninden farklı bir anlayış benimsenmiştir. Uyuşmazlık açısından önem arz eden belgelerin ibrazı, AMUK m. 422 ve 423'ün yanı sıra, AMUK m. 142'yi de ilgilendirmektedir. Delil olarak dayanan ve karşı tarafın elindeki belgenin AMUK m. 422 ve 423'e göre ibrazına karar verilebilir. Bunun için ispat yükü altında olmayan taraf maddî hukukta bu yönde bir yükümlülük altında olmalı ya da bu taraf da elindeki belgeye delil olarak dayanmış olmalıdır⁹⁰⁸. Görüldüğü üzere, Alman hukukunda, ispat yükü altında olmayan taraf aleyhine belge ibrazının emredilmesi, Türk ve İsviçre hukukuna nazaran daha sıkı şartlara bağlıdır. İddia edilmiş vakıanın ispatında bu sınırlandırmanın aşılabilmesi için 2002 yılında Alman hukukunda değişiklik yapılmıştır. Bununla, AMUK m. 142 hükmü değiştirilmiş ve belge ibrazı konusunda hâkime geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. Şunu da belirtmeliyiz ki, AMUK m. 142 delil ikamesine ilişkin bir hüküm değildir⁹⁰⁹. Bu hükme göre, taraflardan birinin yargılama müddetince yaptığı yazışmalarda bahsettiği bir belgenin ibrazına hâkim re'sen karar verebilir. İspat yükü altında olmayan tarafın

⁹⁰⁸ Lüke, 312; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 678; Schilken, (*Zivilprozessrecht*), 260. Ayrıca AMUK m. 422 ve 423'te geçen şartların yaklaşık olarak da ispat edilmesi lüzumludur, bkz. Stein/Jonas (23)/Berger, § 424, kn. 6.

⁹⁰⁹ Reinhard Greger, "Ein Beitrag des Prozessrechts zur Versachlichung der fiktiven Reparaturkostenabrechnung", *NJW*, H. 20, 2002, 1477; Zekoll/Bolt, 3129. Belgeye delil olarak dayanılıp dayanılmamasının AMUK m. 142'nin uygulanmasında bir önemi yoktur, bkz. Lang, (§ 142), 180; Adloff, 210.

AMUK m. 142'ye göre elindeki belgeyi ibraz etmesi için ayrıca AMUK m. 422 ve 423'teki şartların aranıp aranmayacağı konusunda ciddi tartışmalar söz konusudur⁹¹⁰.

Alman Federal Mahkemesi, 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda, AMUK m. 142'nin uygulanabildiği takdirde belgenin ibrazına karar verilebileceğini belirtmiştir⁹¹¹. Böylece, hâkimin davayı maddî anlamda sevk yetkisi ciddi anlamda genişletilmiştir⁹¹². İlgili hükmün bu şekilde uygulanması ihtimalinde, Alman hukukunun Türk ve İsviçre hukukuna göre belge ibrazı konusunda daha cömert olduğu söylenebilir. Çünkü ispat yükünü taşıyan tarafın delil olarak dayanmadığı bir belge dahi değerlendirilebilmektedir. Ancak belge ibrazına bu şekilde karar verilebilmesiyle, hâkimin yetkisi genişlemekte ve taraflarca getirilme ilkesinden bir ayrılma anlamına gelmektedir.

İsviçre hukukunda karşı tarafın elindeki belgelerin ibrazı İMUK m. 160'ta öngörülmüştür. İspat için dayanılan belgenin verilmesi yönünde maddî hukuka göre bir yükümlülüğün mevcut olup olmadığının bir önemi yoktur. Maddî hukukta belgenin tevdi edilmesi şeklinde bir yükümlülük öngörüldüğü takdirde, görülmekte olan dava dışında (*basamaklı dava açılması gibi*) da belgenin elde edilmesi her zaman için mümkündür⁹¹³. Belgenin ibrazına karar verilmesi taraflarca getirilme ilkesi nedeniyle belirli şartlara bağlanmıştır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın karara bağlanması için önem arz eden ve çekişmeli olan vakıa iddiasının ispatı için delil olarak dayanılan belgenin ibrazına karar verilebilir⁹¹⁴. İspat yükünün dağılımı açısından ise bir ayırım yapılmamıştır. İspat yükü altında olmayan tarafın uhdesindeki belgelerin de İMUK m. 160 gereğince ibrazı emredilebilir. Temelde Türk hukukundaki düzenlemenin de buna

⁹¹⁰ Türk hukuku açısından AMUK m. 422 ve 423 çerçevesinde yapılan tartışmaların bir önemi yoktur. AMUK m. 422 hükmünde, belge ibrazı için maddî hukuk gereği böyle bir yükümlülüğün olması aranmaktadır. İsviçre hukukunda olduğu gibi, HMK m. 219 ise maddî hukuka dayanan bir yükümlülüğün bağımsız olarak uygulama alanı bulabilir. AMUK m. 423 hükmü ise karşı tarafın da o belgeye delil olarak dayanmış olması şartını aramaktadır. HMK m. 219'un uygulanmasında yine bu yönde bir şart bulunmamaktadır. Diğer taraftan, AMUK m. 142'nin Türk ve İsviçre hukukundaki düzenlemeler ile paralel olduğu söylenemez. Türk ve İsviçre hukukunda bir tarafın delil olarak dayandığı ve diğer tarafın elindeki belgelerin ibrazı sağlanabilir. Alman hukukunda ise mahkemenin gerekli görmesi hâlinde herhangi bir tarafın belirttiği bir belgenin ibraz edilmesi söz konusudur. 2002 Reformu ile belge ibrazı bakımından yapılan değişiklik, gerçekten anlaşılması çok güç ve her yönden farklı görüşlerin ileri sürülmesine zemin hazırlamıştır, bkz. Beckhaus, 88-122.

⁹¹¹ BGH, Urt. v. 26. 6. 2007 - XI ZR 277/05 (NJW, H. 41, Y. 2007, 2991). Katılma zorunluluğu bakımından hükmün bu şekilde uygulanması uygun bulunmaktadır, bkz. Stürner, (*Informationsbeschaffung*), 209, 210.

⁹¹² Waterstraat, 471; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 612.

⁹¹³ BK-ZPO/Rüetschi, Art. 160, kn. 20, 21; Staehelin/Staehelin/Grolimund, 327.

⁹¹⁴ Waldmann, 232; Staehelin/Staehelin/Grolimund, 324, 325.

paralel olduğunu söyleyebiliriz⁹¹⁵. HMK m. 219/1'in uygulanmasında da maddî hukuk gereği eldeki belgenin karşı tarafa verilmesi yönünde bir yükümlülüğün öngörölmüş olup olmadığının bir önemi yoktur⁹¹⁶. Yine belgeye delil olarak dayanılması şartı aranmalıdır. İspat yükünü taşımayan taraf dahi, HMK m. 219/1 hükmü uyarınca, elindeki belgeyi ibraz etmek zorunda kalabilir.

İspat yükü altında olmayan taraf elindeki belgeyi ibraz etmek zorunda olsa dahi ispat yükünün dağılımına bakılması da lüzumludur. İspat yükü altında olmayan tarafın kendi elindeki belgeyi delil olarak göstermiş olması sebebiyle her hâlükârda ibraza karar verilmesi, delil ikame yükü ile bağdaşmaz. Türk hukukunda ispat yükünün dağılımına bakılmaksızın belgelerin ibrazına karar verileceği ifade edilmiştir⁹¹⁷. HMK m. 219/1'in uygulanmasında bu görüşün hiçbir sınırlandırmaya tabi tutulmadan kabul edilmesi, delil ikame yükü ile bağdaşmayan sonuçlar doğurabilir. HMK m. 219/1 uygulanırken somut vakıa iddiası açısından belgeye dayanan tarafın ispat yükünü taşıyıp taşıymasına göre iki şekilde bir değerlendirme yapılabilir.

İlk ihtimalde, ispat yükünü taşıyan taraf ya kendi elindeki ya da karşı taraftaki belgeye dayanabilir. Her iki durumda da belgenin ibraz edilmesi sağlanabilir. İspat yükünü taşıyan taraf, belgenin ibrazında menfaati olduğu için mutlaka belgeyi getirecektir. Karşı taraf ise, HMK m. 220/3'te geçen yaptırımdan dolayı, belgeyi ibraz edecektir. İkinci ihtimalde, ispat yükünü taşımayan taraf kendi elindeki belgeye delil olarak dayanmış olabilir. İspat yükünün bu tarafa düşmediği gözetilmeksizin ibraza karar verilmesi, delil ikame yüküne aykırı olacaktır. Bu yüzden, ikinci ihtimal üzerinde özellikle durulmalıdır.

İspat yükü altındaki taraf, karşı tarafın uhdesindeki belge dışında kalan bir delil göstermiş olabilir. İspat yükü altında olmayan taraf ise elindeki belgeyi delil olarak gösterdiğinde aslında karşı ispat faaliyetinde bulunmaktadır. Asıl ispat faaliyeti sonucunda vakıa iddiasının gerçeğe uygun olduğu kanısına varılırsa, karşı delil incelenebilir. Buna uyulmaması, delil ikame yükü karşı tarafa geçmiş gibi bir

⁹¹⁵ HMK m. 140/5'e göre belgenin ibrazı, bu kapsamda değerlendirilmemelidir. HMK m. 140/5 bir tarafın dayandığı ve kendi elindeki belgelere ilişkindir. Burada ise, karşı tarafın elindeki belgeye delil olarak dayanılması ve bu belgenin ibrazının sağlanması söz konusudur.

⁹¹⁶ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 95.

⁹¹⁷ Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınevi, 2013, 1106; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 74, 95.

değerlendirme yapılması anlamına gelir. Çünkü iddia ve ispat yükü altında olan tarafın hiç ileri sürmediği bir delilin de incelenmesi ihtimali ortaya çıkabilir.

Örneğin, işyerinde kendisine mobbing uygulandığını iddia eden işçi (C), işveren (L)'ye karşı dava açtığında, (C), iddiasını ispat için tanık deliline dayanırken; (L) de işyerindeki kamera kayıtlarına (*belge*) göre iddia edilen vakıanın gerçeğe uygun olmadığını ileri sürmüş olsun. Bu durumda, tanık deliline dayanılarak delil ikame yükü yerine getirilmiş olur. (L)'nin dayandığı kayıtlar karşı delil niteliğindedir. Şayet tanık ifadesi ile mobbing uygulandığı yaklaşık olarak ispat edilir ise kamera kayıtlarına (*karşı delile*) başvurulabilir⁹¹⁸. HMK m. 219/1 uygulanırken bu durumun dikkate alınması suretiyle, taraflarca getirilme ilkesine dayanan delil ikame yüküne uygun bir yargılama yürütülebilir. Böyle bir ayırım yapılmaması ise, HMK m. 219'un uygulanması bakımından klasik anlayıştan bir sapma anlamına gelir.

(L) de tanık deliline dayanmış olsa idi belirtilen sorunun yaşanma ihtimali olmayacaktı. Zira tanık delili bakımından HMK m. 219/1'e benzer bir düzenleme getirilmemiştir. İddia ve ispat yükü altında olmayan tarafın dayandığı tanığın dinlenebilmesi, vakıa iddiasının gerçekliğine yönelik olarak asıl ispat faaliyeti neticesinde hâkimin kanaat edinmiş olmasına bağlıdır. (C)'nin gösterdiği tanıklar mobbing teşkil eden eylemin gerçekleştiği kanaatini oluşturmada yeterli olursa, (L)'nin göstermiş olduğu tanıklar da dinlenebilir. Çünkü delil ikame yükü yer değiştirmiştir. (L)'nin gösterdiği tanığın buna uyulmaksızın dinlenmesinde, bu tanığı sanki (C)'nin göstermiş olduğu gibi bir kabul söz konusu olur. Oysa (L)'nin dayandığı tanığın dinlenmesi, (C)'nin gösterdiği tanık ile vakıa iddiasının yaklaşık olarak ispat edilmesine bağlıdır.

İspat için dayanılan delillerin karşı tarafın elinde olması hâlinde, delil ikame yükünü karşı tarafın yerine getirmesinin gerekip gerekmediği konusu üzerinde de durulmalıdır. Delilin bu durumda karşı tarafça gösterileceği ifade edilmektedir⁹¹⁹. Kamera kayıtlarını delil olarak göstermek isteyen (C), belirli bilgileri (*gün ve saat vb.*) vererek (*ilişkilendirme yükünün yerine getirilmesi için bu bilgiler mutlaka belirtilmelidir*) delil ikame ve ilişkilendirme yüklerini yerine getirmiş olur. Bu hâlde, hem tanığın dinlenmesi hem de kamera kayıtlarının değerlendirilmesinde bir sakınca

⁹¹⁸ Yaklaşık ispatın arandığı hâllerde bunun yerine getirilmesi üzerine, delil ikame yükü yer değiştirmektedir, bkz. Özekes, (FSEK), 82, 83

⁹¹⁹ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 130.

görülemmez. Zira ispat yükü kendisine düşen (C), delil ikame yükünü yerine getirmiş olur. Artık HMK m. 219/3'e binaen (L)'nin delilin temin edilmesine yardımcı olması beklenebilir. Delil ikame yükü, ilk aşamada iddia ve ispat yükünü taşıyan tarafta (*öğreğimizde C'de*) kalmalıdır. Diğer bir deyişle, ispat vasıtaları karşı tarafın elinde diye delil ikame yükü yer değiştiremez.

Delil ikame yükünün dağılımına bağlı belirttiğimiz bu ayrım, aslında şekli bir yargılama yürütülmesidir. Hangi tarafın delil ikame yükünü taşıdığını tayin etmek gibi, sadece şekli önemi olan ve maddi gerçeğe uygun karar verilmesini ilgilendirmeyen bir uğraş içine girilmektedir. Çoğu zaman delil ikame yükünü hangi tarafın taşıdığını da tayin etmek kolay değildir. Karşı tarafın göstermiş olduğu delillerin incelenmesi, delil ikame yükünü taşıyan tarafın gösterdiği delilin vakıa iddiasının gerçekliği hakkında hâkimi ikna etmesine bağlanmamalıdır. Taraflar için genel aydınlatma ödevinin kabulüyle, taraflar arasında delil ikame yükünün dağılımı önemini kaybetmektedir. Hâkim, önüne getirilen bütün delilleri değerlendirilip, delil ikame yükünün kimde olduğuna bakmaksızın karar verebilmelidir. Yargılamanın başında tarafların ellerindeki mevcut delilleri bildirdikleri ve hâkimin tarafların menfaatlerini gözeterek ve lüzumlu olduğu ölçüde bu delilleri inceleyebildiği bir yargılama anlayışı esas alınmalıdır. Böylece, hayat olayının özelliği gereği, taraflar arasında doğan bilgi dengesizliğinin adil bir karar verilememesine sebep olması engellenebilir. Bu ise, ancak taraflar için aydınlatma ödevinin kabulü ile mümkün olabilir. Şu an itibariyle, genel aydınlatma ödevi kabul edilmediğinden, yukarıda belirttiğimiz husus mahkemece dikkate alınmaksızın, tarafların dayandığı delillerin hepsinin incelenmesi, verilecek kararın bozulmasına sebep olabilir. Çünkü delil ikame yükü yer değiştirmedeği sürece, diğer tarafın dayanmış olduğu delillere bakılmaksızın, ispat yükü yerine getirilmediğine dayalı bir karar verilmelidir.

3.2.2.2. İbraz Sonrasında Somutlaştırmaya Yönelik Hususların Açıklanması

Karşı tarafın elindeki belgeler iki şekilde temin edilebilir. İlk durumda, iddia yükü altındaki taraf, hukuka aykırı şekilde karşı tarafın egemenlik sahasına müdahale ederek belgeye ulaşabilir. Delilin hukuka aykırı yoldan elde edilmesi anlamına gelen bu durumda, uyuşmazlığın karara bağlanmasında bu delilin değerlendirilmemesi söz konusu olur (HMK m. 189/2). Diğer bir durum ise, mahkemenin ibraza karar

vermesidir. İbrazla karar verilmesi için iddia yükü altındaki tarafın o delile dayanması gerekir. Mahkemenin kararı ile karşı tarafın elindeki belgeleri getirmesi ise taraflarca getirilme ilkesini ihlal etmez. Sonuçta, kendisine ispat yükü düşen tarafın dayanmış olduğu bir delilin toplanması söz konusudur⁹²⁰. İspat yükünü taşıyan tarafın hiç dayanmadığı bir belgenin ibrazının sağlanması durumunda ise taraflarca getirilme ilkesinin ihlali gündeme gelebilir. Oysa burada bir tarafın ikame etmek istediği delilin toplanması için, mahkemenin karar vermesi söz konusudur.

Usulî ibrazda ise çekişmeli vakıanın ispatına yönelik dayanılmış olan belgenin toplanması amaçlanır; yeni bir dava malzemesi elde edilmesi ise düşünülemez. Dava vakıaları önceden belirtilmiş olmalıdır ki, mahkeme ilgili belgelerin ibrazına karar verebilsin. Yoksa uyuşmazlığa ilişkin dava malzemesi elde etmek amacıyla karşı tarafın elindeki belgeleri getirmesi sağlanamaz⁹²¹. Öte yandan, karşı tarafın elindeki belgeyi ibraz etmemesi durumu ispatın engellenmesi niteliği taşır⁹²². Karşı taraftan kendi aleyhine bir delili getirmesinin beklenmesinden ziyade, ispata engel teşkil edecek bir davranış sergilememesi beklenmektedir.

Vakıa iddiasını ispata yönelik belgenin HMK m. 219'a göre ibrazı emredildikten sonra, hâkimin doğrudan belge içeriğini incelemesi düşünülemez. Artık somutlaştırma yükünün yerine getirilememesi şeklinde bir durum söz konusu değildir. İlk aşamada ilgili belge karşı tarafın elinde olduğu için somutlaştırma yükü tam anlamıyla yerine getirilemeyecektir. İbraz sonrasında ise, iddia ve ispat yükü altındaki taraf kendi lehine olan dava vakıalarının somutlaştırılmasına yönündeki usulî yükün gereklerini yerine getirmelidir. Diğer bir deyişle, iddiasını yeterli ölçüde somutlaştıramayan taraf, ibraz edilen belgeyi inceleyip, hem ilk aşamada yeterli ölçüde somutlaştıramadığı vakıaları ayrıntılı bir şekilde açıklamalı hem de gösterilen belgelerden hangilerinin ve bunların hangi kısımlarının iddia edilmiş vakıalara ilişkin olduğunu belirtmelidir. Diğer bir deyişle, hem vakıa iddiası somutlaştırılmalı hem de ilişkilendirme yükü tam anlamıyla yerine getirilmelidir⁹²³. Karşı tarafın getirdiği belge yığını içinden iddia yükü altındaki

⁹²⁰ Göksu, 255, 256.

⁹²¹ BK-ZPO/Rütschi, Art. 160, kn. 21.

⁹²² Staehelin/Staehelin/Grolimund, 326.

⁹²³ AvMUK m. 82'de buna benzer bir anlayış öngörülmüştür. İddia ve ispat yükü altında olmayan taraf yargılama esnasında yaptığı yazışmalarda kendi elindeki bir belgeden bahsetmiş olabilir. Bu durumda, somutlaştırma yükünü yerine getirmek zorunda olan taraf, o belgenin ibrazını talep edebilir. İbrazi istenen belge temin edildikten sonra ise somutlaştırmaya yönelik açıklamaların yapılması beklenir, bkz. Rassi, 191. Türk hukukunda bu şekilde karşı tarafın elindeki belgeyi ibraz etmesi sağlanamaz. AvMUK m.

tarafın lehine olan hususların araştırılması şeklinde bir görev hâkime yüklenemez. Belgelerin ibrazına rağmen somutlaştırmayı sağlamaya yönelik açıklama yapılmadığı takdirde, somutlaştırma yükünün yerine getirilmediği gözetilerek bir karara varılmalıdır.

3.2.3. Keşif Konusu Şeyin Tevdi Edilmesi veya Keşif İcrasına Katlanılması

Vakıa iddiasının somutlaştırılmasına, karşı tarafın keşif konusu şeyi vermesi de hizmet edebilir. Öncelikli olarak, keşif konusu şeyin getirilmesi yönünde karşı tarafın aleyhine usulî bir yükün öngörülmüş olması gerekir. Karşı tarafın keşif yapılmadan önce keşif konusunu getirmesi veya bunun üzerinde inceleme yapılması sağlanabildiği ölçüde, iddiada bulunan tarafa somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi imkânı tanındığı söylenebilir.

3.2.3.1. Keşif İcrasına Katkıda Bulunma Yükünün Doğmasının Şartları

Keşif icrasında karşı tarafın keşif konusu şeyi tevdi etmesi veya keşfe katlanması da dava vakıalarının aydınlatılmasına katılma zorunluluğu kapsamında ele alınabilir. Karşı tarafın katılımı ile keşif konusunun incelenebildiği hâllerde, iddia edilen vakıalar hakkında ayrıntılı bir açıklama yapılabilir. Zira dava öncesinde keşif konusunu elinde bulunduran taraf çoğunlukla inceleme yapılmasına rıza göstermez. Mahkemenin keşif icrasına karar vererek vakıa iddiasının somutlaştırılamaması riskini bertaraf etmesi düşünülebilir. Keşif neticesinde iddia yükü altındaki taraf, daha ayrıntılı bir açıklama yapma imkânı bulabilir. Elinde olmayan nedenlerden ötürü vakıa iddiasını somutlaştıramayan tarafın durumu gözetilerek, keşif icrasına re'sen karar verilip verilemeyeceği üzerinde durulmalıdır.

İsviçre hukukunda keşif icrasının yargılamada üstleneceği işleve göre bir ayırım yapılmaktadır⁹²⁴. İddia edilmiş bir vakıanın ispatına yönelik (*Beweimittelfunktion*) keşif yapılacaksa, mutlaka ilgili tarafın keşif icrası yönünde talepte bulunmuş olması aranacaktır⁹²⁵. Yani iddia edilen vakıa hakkında keşif delilinin gösterilmiş olup olmadığı

303/1 ise HMK m. 219/1 ile aynı içeriktedir ve her iki hükümde de belge ibrazı, karşı taraf bakımından usulî bir yük arz etmektedir. Türk hukukunun, AvMUK m. 82/1 ve 184 dikkate alındığında, somutlaştırma imkânsızlığı içindeki tarafa daha az yardımcı olduğunu söyleyebiliriz. Avusturya hukukunda karşı tarafın somutlaştırmaya katılmasına yönelik daha kapsamlı düzenlemelere yer verilmiştir.

⁹²⁴ Leuenberger, 7, 8.

⁹²⁵ BK-ZPO/Hurni, Art. 55, kn. 48; BSK-ZPO/Dolge, Art. 181, kn. 2.

mahkeme açısından bağlayıcıdır. Eğer dava dosyasında yer alıp çekişmeli olmayan bir vakıanın daha iyi anlaşılabilmesi (*Informationsmittel*) amacıyla keşif icrası gerekli görülüyorsa, tarafların keşif yapılması yönünde talepte bulunup bulunmamalarının bir önemi yoktur⁹²⁶. Buna karşın, belirtilen ayrımın kanunî dayanağı olmadığı gerekçesi ile mahkemenin uygun görmesi hâlinde, her hâlükârda keşif yapılabileceği görüşü de temsil edilmektedir⁹²⁷.

Yukarıda belirtilen ayrımı esas almayan Alman hukukunda, re'sen başvurulabileceği öngörülen deliller (*keşif, bilirkişi ve hatta belge delili*) açısından delil ikame yükü çerçevesinde sınırlandırma getirilmeye çalışılmaktadır. Aynı sınırlandırma çabası Türk hukuku için de lüzumludur. Şöyle ki, AMUK m. 371 hükmü çerçevesinde keşif talebinde bulunulmadığı takdirde, keşif icrasına karar verip vermemek, AMUK m. 144 uyarınca, hâkimin takdirindedir. Hâkimin önüne getirilen bir vakıanın ispatında re'sen bir delile başvurabilmesi, o vakıa hakkında delil ikame edilmiş olmasına bağlıdır. Aksi hâlde, re'sen araştırma ilkesine özgü bir yargılama yürütülmesi sonucu doğar⁹²⁸. Hakkında asıl ispat faaliyetinde bulunulmayan vakıa için re'sen başvurulabilecek delillerden istifade edilmemelidir⁹²⁹. Bu sebeple, iddia edilmiş vakıa hakkında herhangi bir delil gösterildiği takdirde, keşif icrasına karar verilebilmelidir. Eğer keşif icrasını ilgili taraf talep etmemişse, HMK m. 288'e göre hâkim keşfe karar verebilir. Herhangi bir delil gösterilip gösterilmediğine hiç bakılmamasıysa, delil ikame yükünün bir öneminin kalmaması anlamına gelir. Bundan dolayı, mahkemenin hakkında delil ikame yükü yerine getirilmemiş bir vakıanın ispatı için keşif icrasına karar vermemesi gerekir⁹³⁰.

⁹²⁶ KŞZ-ZGB/Weibel, Nägeli, Art. 181, kn. 8, 9; BSK-ZPO/Dolge, Art. 181, kn. 5. Yine re'sen başvurulabilecek bilirkişi delili de aynı şekilde ele alınmalıdır.

⁹²⁷ KŞZ-ZGB/Sutter-Somm, von Arx, Art. 55, kn. 54; BK-ZPO/Bühler, Art. 181, kn. 6.

⁹²⁸ Re'sen başvurulabilecek deliller bakımından birtakım sınırlandırmalar öne sürülmüştür. Delil ikame yükü bunlardan yalnızca biridir, bkz. Diakonis, 125-130.

⁹²⁹ Schilken, (*Zivilprozessrecht*), 276; Diakonis, 128.

⁹³⁰ İsviçre hukukunda keşif açısından dile getirilen bilgi edinme aracı ve ispat aracı ayrımı HMK açısından uygulanır ise, delil ikame yükü ile sınırlandırma getirme zorunluluğuna gerek de kalmaz. İddia edilmiş bir vakıanın ispatına yönelik olmayan keşif icrası hâkimin takdirine bırakılmalıdır. Ayrıca bu hâlde keşif sebebiyle doğacak masrafların taraflarca karşılanıp karşılanmadığına da bakılmaksızın keşfe karar verilmesinin yolu açılmalıdır. Böylece, hem taraflarca getirilme ilkesi ile bağdaşan bir uygulama elde edilebilir hem de maddî gerçeğe uygun karar verilmesi için hâkimin eli güçlendirilebilir. Çünkü masraflar yatırılmadığı takdirde, hâkim ispat etme işlevi görmeyecek olmamasına rağmen keşiften yararlanamamaktadır. Şöyle ki, tanığın olay yerinde dinlenmesinin daha isabetli olacağı kanaatinde olan hâkim, keşif masrafları ödenmediği takdirde, tanığı duruşma salonunda dinlemek zorunda kalacaktır. Aynı durum bilirkişi delili için de söz konusudur. Mesela sırf tecrübe kuralının öğrenilmesi gereken hâllerde (*satım konusunda mevcut olduğu yönünde tarafların anlaştığı ve fakat bunun ayıp teşkil edip*

Karşı tarafın yedinde bulunduğu için incelenemeyen keşif konusu şey bakımından somut vakıa iddialarına dayanılamıyorsa, hâkimin keşfe karar vermesi isabetli bir tercih olacaktır. Keşfin bu amaçla kullanılabilmesi, silahların eşitliğini sağlamaya hizmet eder. Fakat hâkimin her hâlükârda keşif icrasına karar vereceği kabul edilemez. İddia yükü altındaki tarafın asgari bazı şartları yerine getirmesi şarttır. Öncelikle keşifle ispat edilecek vakıaların somutlaştırılmış olması beklenmelidir. Dayanılan vakıa hakkında somut açıklamalarda bulunma imkânı olmadığı hâllerdeyse, belirli dayanak noktaları ileri sürülmelidir. Re'sen araştırma ilkesine yaklaşılmaması için buna dikkat edilmesi önemlidir. Keşif konusu şeyin de mümkün olduğu ölçüde tayin edilmesine imkân tanıyacak somut açıklamalara dayanılmış olmalıdır⁹³¹. Ayrıca, keşif ile ispat edilecek vakıa iddiası için, delil ikame yükü yerine getirilmiş olmalıdır. Hiçbir delile dayanılmamış olmasına rağmen hâkimin keşif icrasına karar vermesi, taraflara ait delil ikame yükünün dikkate alınmaması anlamına gelir.

3.2.3.2. Keşif Konusunun İncelenmesi ve Somutlaştırmaya Yönelik Açıklamaların Yapılabilmesi

İddia edilen vakıayı ispat etmek üzere keşif konusu şeyin tevdi edilmesi veya incelenmesine katlanılması, delillerin değerlendirilmesi öncesinde, vakıa iddiasının somutlaştırmasına hizmet etmemektedir. Ancak keşif icrası sonrası muayyen dayanak noktaları ile temellendirilen vakıa iddiasına ilişkin ayrıntılar ortaya çıkabilir. Dolayısıyla, karşı tarafın keşif yapılmasına yönelik bir davranışta bulunması, delillerin değerlendirilmesi öncesi, somutlaştırmaya katılma anlamına gelmez. Kanaatimizce, keşif icrası öncesinde, keşif konusu elinde olan tarafın somutlaştırılamamış vakıa iddiası hakkında açıklama yapması sağlanmalıdır. Alman ve İsviçre hukukunda, karşı tarafın ayrıntılı bir inkârda bulunması suretiyle, bu temin edilebilir. Türk hukukunda bunun şu an itibarıyla kanunî dayanağı yoktur. Eğer silahların eşitliğini sağlamak üzere isticvap kurumu belirttiğimiz şekilde kullanılırsa, keşif konusu elinde olan tarafın vakıa

etmediğinde anlaşılmadıkları bir hususta) doğacak delil masrafı karşılanmadığında hâkim, ilgili tecrübe kuralını öğrenmeden karar vermek durumunda kalır. Bu durumda, verilecek kararın maddî gerçeğe uygun olma ihtimali ise güçleşir. Kanaatimizce, HMK m. 266 ve 288'in hâkime tanıdığı yetkiyi yalnızca bilgi edinme amaçlı konulara özgülemek lüzumludur. Anılan deliller ile iddia ettiği vakıayı ispat etmek isteyen taraf, dilekçesinde açıkça vakıa-delil ilişkisi kurmak suretiyle, bu delillere dayandığını izah etme zahmetinde bulunmalıdır.

⁹³¹ Stein/Jonas/Leipold, § 144, kn. 14.

iddiasına ilişkin açıklama yapması sağlanabilir. Aksi takdirde, şöyle bir yol izlenmesi tavsiye edilebilir: Somutlaştırma yükünü yerine getirmek zorunda olan tarafın öncelikle keşif konusu şeyi incelemesine olanak tanınmalıdır. Daha sonra, bu incelemeye bağlı olarak vakıa iddiasının somutlaştırılması beklenmelidir. Uzmanlık bilgisini gerektiren konular dışında ve karşı taraf için incelemeye katlanılması beklenebildiği ölçüde, keşif konusunun incelenebilmesi, iddia edilmiş vakıaların somutlaştırılmasına hizmet eder. Böylece, keşif icrası etkin bir şekilde yerine getirilebilir.

3.2.4. Delil Tespiti Sonrası Elde Edilen Bilgiler Çerçevesinde Somut Vakıa İddialarına Dayanan Bir Dava Açılabilmesi

İleride değerlendirilecek bir delilin vaktinden önce incelenmesi delil tespiti kurumu ile gerçekleşmektedir⁹³². Yukarıda incelediğimiz araçlardan farklı olarak, delil tespitinde karşı tarafın dava öncesinde somutlaştırmaya katılması söz konusu olabilir. Delil tespitinin bu özelliği uyuşmazlıkların kısa sürede sonlandırılmasına ciddi katkı sağlayabilir. Çünkü dava açılmadan önce açılacak dava hakkında belirli ölçüde bilgi edinilebildiği için, hem taraflar hem de hâkim uyuşmazlığı daha iyi algılayabilirler.

3.2.4.1. Delil Tespitine Karar Verilmesinin Şartları ve Delil Tespiti Aşamasında Değerlendirilebilecek Deliller

Delil tespiti kurumu birçok açıdan ele alınabilir. Çalışma konumuz ile sınırlı olarak yalnızca delil tespitine karar verilmesinin şartları ve delil tespiti aşamasında değerlendirilebilecek deliller üzerinde duracağız. Delil tespitine karar verilebileceği hâllere ve bunlara bağlanan şartlara göre somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinde farklılıklar söz konusu olabilir. Ayrıca hangi delillere başvurulabileceği vakıa-delil ilişkisi kurulması açısından önem arz etmektedir.

⁹³² Ashında delil tespiti ile kastedilen bir delilin inceleme sırası gelmeden önce mahkemece değerlendirilmesidir. Yargılama esnasında sırası gelmiş olsaydı o delil nasıl değerlendirilecek ise delil tespitinde de aynı şekilde değerlendirilmekte ve aynı etki doğmaktadır, bkz. Lûke, 318. Bu bakımdan, yapılan işlemi içerik olarak karşılamadığı için kullanılan kavramın isabetsiz bir tercih olduğunu söylemeliyiz. Mahkemece delilin bu aşamada değerlendirildiğini kastetmek üzere “*ön delil incelemesi*” gibi bir kavram kullanılması daha isabetli olabilirdi.

3.2.4.1.1. Delil Tespitine Karar Verilmesi

Normal şartlarda sonraki bir tarihte incelenebilecek bir delilin daha önceki bir tarihte değerlendirilebilmesi için delil tespiti kurumuna başvurulmaktadır. Tarafların her ikisinin ortak iradesi delil tespitine karar verilmesi yönünde olsa dahi hâkim bu talep ile bağlı değildir⁹³³. Vaktinden önce bir delilin değerlendirilmesini haklı kılan bir sebep (*hukukî yarar*) olmalıdır. Hukukî yararın bulunduğuna yönelik şartların tespitinin yanı sıra, delil tespitine konu olacak vakıaların taraflar arasında ihtilaflı olup olmadığına da bakılmalıdır. Çekişmeli olmayan bir vakıa iddiası hakkında delil tespitine başvurulamaz⁹³⁴. Nitekim delil tespiti ile muayyen bir vakıanın hükme esas alınmaması ihtimali bertaraf edilmeye çalışılır. Taraflar arasında ihtilaflı olmayan vakıanın karar verilirken gözetileceğinden tereddüt edilemez. Yani çekişmeli olmayan vakıa için delil tespitinde hukukî yarar yoktur⁹³⁵. Karşı taraf cevap vermese de delil tespiti yapılacağından, cevap vermeme hâlinde de iddia edilmiş vakıa üzerinde çekişmenin olup olmadığı tespit edilmelidir⁹³⁶. Bu durumda delil tespitine konu vakıanın çekişmeli olup olmadığını anlamak güçleşebilir. Delil tespiti davetiyesine cevap verilmemişse, HMK m. 128'in kıyasen uygulanması suretiyle, incelenecek delil ile ispat edilmesi düşünülen vakıanın inkâr edildiği sonucuna ulaşılmalıdır.

Delil tespitine karar verilmesinin klasik örneği, delilin ileriki bir tarihte değerlendirilmesinin sakıncalı olmasıdır. Açılmış veya açılacak bir davaya temel teşkil eden vakıanın ispatında kullanılacak ispat vasıtasının sonradan değerlendirilmesi imkânı yoksa veya zorlaşacaksa delil tespitinden istifade edilmektedir (HMK m. 400/2; AMUK m. 485/1'in ikinci alternatifi; İMUK m. 158/1- (b)'nin birinci alternatifi)⁹³⁷. Bu hâlde,

⁹³³ Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak, Alman hukukunda delil tespitine karşı tarafın rıza göstermesi hâlinde başka bir şarta bakılmaksızın karar verilebileceği benimsenmiştir (AMUK m. 485/1'in birinci alternatifi). Ancak karşı tarafın rızası ile delil tespitinin nadiren gerçekleştiği belirtilmektedir, bkz. Beckhaus, 130.

⁹³⁴ Cenk Akil, "Madeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti", *AÜHFD*, C. 58, S. 1, 2009, 17, 18. Aslında delil tespitine konu vakıanın hukuken önem arz eden ve çekişmeli bir vakıa olup olmadığı açılan davada göz önünde tutulmaktadır, bkz. Schellhammer, 850. Bu bakımdan, iddia edilmiş vakıanın çekişmeli olup olmadığını belirlemek her zaman için mümkün olmayabilir. Ancak karşı tarafın kabul ettiği bir husus, açılacak dava açısından önemli olsa dahi, delil tespitine konu edilmemelidir.

⁹³⁵ BK-ZPO/Brönnimann, Art. 158, kn. 10.

⁹³⁶ İddialara cevap vermek ve delil tespitine iştirak etmek karşı tarafın iradesine bağlıdır. Fakat hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olarak, karşı tarafın delil tespiti işleminden haberdar olması sağlanmalıdır, bkz. Adloff, 355, 356; Staehelin/Staehelin/Grolimund, 339.

⁹³⁷ Delilin değerlendirilmesinin zorlaşacak olması, İMUK m. 158/1 - (b) hükmünün ilk alternatifinde açıkça öngörülmemiştir. Ancak delil incelemesinin güçleşecek (*zaman kaydı veya daha fazla masraf yapılması*) olması da bu kapsamda ele alınmaktadır, bkz. Mark Schweizer, "Vorsorgliche Beweisabnahme

delil tespiti talep edilmesinde hukukî bir menfaatin olduğu açıktır. Alman ve İsviçre hukukunda delil tespiti yalnızca bu iki hâle özgülenmemiştir⁹³⁸. Türk hukukunda ise HMK m. 400/2'nin ifadesi dikkate alındığında, klasik delil tespiti uygulanacağından tereddüt edilemez. Ancak hukukî menfaatin olduğu ve bu kapsama girmeyen hususlarda delil tespitine karar verilip verilmeyeceği üzerinde hiç durulmamıştır⁹³⁹. HMK m. 400/2'de sırası geldiğinde değerlendirilmesi imkânsız olacak veya güçleşecek delilin önceden incelenmesinde hukukî yararın varsayılacağı öngörülmüştür. Öyleyse hukukî yararın yalnızca bu duruma özgülenmesinin madde metni ile bağdaşmadığını söyleyebiliriz⁹⁴⁰. Hukukî yararın mevcut sayılacağı hâl belirtilmiş olup, bunun dışında kalan ve hukuken korumaya değer bir yarar söz edilebilecek hâllerde, delil tespitine karar verilemeyeceği kastedilmemiştir. Yani hukukî yarar açısından bir sınırlandırma HMK m. 400/2'den çıkarılamaz. O hâlde, Alman ve İsviçre hukukunda hukukî yararın varlığı hâlinde delil tespiti istenebileceği anlayışı, Türk hukuku için de geçerli görülmelidir. HMK m. 400/2'nin ifadesine rağmen hukukî yararı, HUMK döneminde olduğu gibi, yalnızca delilin ileride değerlendirilmesinin mümkün olmamasına veya zorlaşacak olmasına hasretmek doğru değildir⁹⁴¹.

Delil tespitine, AMUK m. 485/2 ile taraflar arasındaki uyuşmazlığı gidermeye yönelik bir araç vasfı kazandırılmıştır⁹⁴². Taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona

nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz", ZZZ, Nr. 21, 2010, 8; BSK-ZPO/Guyan, Art. 158, kn. 3. Öte yandan, delil incelemesinin zorlaşacak olması hâlinde, delil tespiti istemede korunmaya değer bir hukukî yarar olacağından, İMUK m. 158/1 - (b)'nin ikinci alternatifine göre de delil tespiti talep edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır, bkz. KSZ-ZPO/Fellmann, Art. 158, kn. 14.

⁹³⁸ İsviçre hukukunda, ileride açacağı davadaki şansını görmek amacıyla delil tespiti talebinde bulunan kişinin dayandığı hakkı yaklaşık olarak ispat etmesinin gerektiği ifade edilmektedir, bkz. Killias/Kramer/Rohner, 941, 942.

⁹³⁹ Akil, (*Delil Tespiti*), 54, 55; Bolayır, 502- 504; Yalabık, 271.

⁹⁴⁰ HMK m. 400/2 ile delil tespitinde hukukî yararın sınırlarının çizildiği gerekçesiyle, hükümde geçmeyen hâllerde delil tespiti talebinin reddedileceği şeklinde aksi yönde görüş belirtilmektedir, bkz. Leyla Akyol-Aslan, *Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, 58.

⁹⁴¹ Yargı kararlarında HMK m. 400/2'de geçen hâller dışında kalıp delil tespiti istemede hukukî yararın olabileceği bir durum açısından değerlendirme yapılmamıştır. Yani hukukî yararı açıkça madde metninde geçen hususlara hasretme yönünde bir eğilim yoktur. HMK m. 400/2 hükmü gereği korunmaya değer bir yararın olması (*uyuşmazlığın giderilmesi, tecrübe kuralının öğrenilmesi, alacak miktarının belirli hâle getirilmesi gibi*) hâlinde delil tespitine karar verilmesi, kanuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Sadece delil tespitine sınırlı bir uygulama alanı tanıyan anlayıştan sapma söz konusu olacaktır.

⁹⁴² Alman hukukunda, 1991 Reformu ile klasik delil tespiti anlayışı yerine tarafların uzlaşmaya sevk edilmesine ve bu suretle iş yükünün azaltılmasına yönelik delil tespiti anlayışı kabul edilmiştir. Uyuşmazlığı sonlandırmaya elverişli sonuçlar doğuracağı takdirde, önceden delillerin değerlendirilmesinin yolu açılmıştır, bkz. Klaus Schreiber, "Das selbständige Beweisverfahren", *NJW*, H. 41, 1991, 2000; Adloff, 347. İsviçre hukukunda, Federal düzeyde oluşturulan ve şu an yürürlükte bulunan hukukî metinde ise hukukî yararın bulunması kaydıyla delil tespiti talep edilebileceği öngörülmüştür. Delillerin önceden değerlendirilmesi, yalnızca delili güvence altına alma yönündeki klasik anlayış ile

erdirmeye hizmet edecek ise delil tespitinde hukukî yararın varsayılacağı açıkça öngörülmüştür. Bu halde, delil tespiti talebinin kabulü için, ne karşı tarafın buna rıza göstermesine ne de delilin değerlendirilmesinin ileride zorlaşmasına veya imkânsızlaşmasına bakılır⁹⁴³. Delil tespitinin bu hâldeki amacı (*uyuşmazlığı sona erdirici*) düşünüldüğünde, tarafların delil tespiti talebinin yalnızca davanın açılmasından önce gerçekleşebileceği kabul edilmiştir⁹⁴⁴. Dava açıldığı takdirde, AMUK m. 485/2'ye göre delil tespiti talep edilemez⁹⁴⁵. AMUK m. 485/2'de delil tespitinin konusuna girecek hususlar ise tahdidi bir şekilde sayılmıştır⁹⁴⁶. Şöyle ki, delillerin değerlendirilmesinde göz önünde tutulacak kişi ve eşya esas alınmalıdır. Kişi veya eşyanın mevcut durumunun (*eşyada ayrıca değer*) tespiti ile kişi veya eşyanın gördüğü zararın (*eşyada ayrıca eksikliğ*) sebebinin tespiti ve bunun giderilmesinin masrafinin tespiti amacıyla, böyle bir aşama yürütülebilir⁹⁴⁷. Delil tespiti uzlaşmaya ve dava açılmamasına katkıda bulunacak ise hukukî menfaatin bulunduğu kabul edilmelidir⁹⁴⁸.

İMUK m. 158/1 - (b)'nin ikinci alternatifi, davadaki şansını görmek isteyen tarafa dahi delil tespitini talep etme olanağı tanımaktadır⁹⁴⁹. Böylece, hem ilgili tarafın lehine sonuç elde edemeyeceği davayı açmaktan kaçınması hem de açılacak davanın daha kolay yürütülebilmesi sağlanmaktadır⁹⁵⁰. Başarı şansı olmayan davaların açılmasından kaçınılması açısından önemli bir imkân sunulmuştur⁹⁵¹. Özel bilirkişi vasıtasıyla bunun sağlanabilecek olması, delil tespitine karar verilmesine engel değildir. Taraf beyanı niteliğinde olduğu için özel bilirkişiden yararlanmak istenmemesi olağan

sınırlı tutulmamıştır. Madde gerekçesinde bilhassa tarafların davadaki şanslarını görmeleri açısından delil tespitini talep etmede hukukî bir menfaatin olacağı vurgulanmıştır, bkz. Botschaft ZPO, 7315.

⁹⁴³ Musielak ZPO/Huber, § 485, kn. 2.

⁹⁴⁴ Dava öncesinde bu amaçla delil tespiti, delil keşfi usulüne yaklaşma olarak görülebilir, bkz. Jürgen Ulrich, "Grundzüge des selbstständigen Beweisverfahrens im Zivilprozess", *AnwBL*, H. 1, 2003, 29. Ancak delil tespiti, derdest davanın bir unsuru olan delil keşfi usulünden farklı niteliktedir, bkz. Waterstraat, (*ALI/UNIDROIT*), 68 (dn. 342).

⁹⁴⁵ Ulrich, 29; Baumgärtel/Laumen, 144.

⁹⁴⁶ Musielak ZPO/Huber, § 485, kn. 12; Baumgärtel/Laumen, 145.

⁹⁴⁷ Adloff, 350. Kapsam dışında kalan konularda yapılan delil tespiti talebi reddedilecektir. Mesela, hekimin aydınlatma ödevini yerine getirip getirmediğine yönelik delil tespiti talebi, AMUK m. 485/2'de geçen konulara dâhil olmadığı için kabul edilemez, bkz. OLG Oldenburg, BsCh. v. 03.12.2009 - 5 W 60/09 (MDR, Y. 2010, 715).

⁹⁴⁸ Schilken, (*Zivilprozessrecht*), 265; Baumgärtel/Laumen, 149. Hukukî menfaatin öngörülmesindeki sebep ise, uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinmeye ve delil elde etmeye yönelik taleplere engel olmaktır, bkz. Beckhaus, 131.

⁹⁴⁹ Botschaft ZPO, 7315. Delil tespitinin bu şekilde uygulanabilmesi, daha az masraf yaparak bir tarafın açacağı davayı kazanma ihtimalini etrafıca değerlendirebilmesine olanak tanımaktadır, bkz. BSK-ZPO/Guyan, Art. 158, kn. 5.

⁹⁵⁰ Staehelin/Staehelin/Grolimund, 338; BSK-ZPO/Guyan, Art. 158, kn. 5.

⁹⁵¹ KSZ-ZPO/Fellmann, Art. 158, kn. 17; Hafter, 382, 383.

görülmelidir⁹⁵². İsviçre ve Alman hukuklarında delilin ileride değerlendirilememesi riski dışında da hukukî yararın kabul edileceği ortak olmakla birlikte, her iki hukuk düzeninde farklı hususlar ön plana çıkmaktadır. Nitekim, Alman hukukunda, taraflar arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi hedeflenmiş ve daha çok tarafların uzlaşmaya varmaları ihtimali üzerinde durulmuştur⁹⁵³. İsviçre hukukunda ise, delil tespiti, daha geniş bir uygulama alanına sahip olabilir. Çünkü uzlaşma niyeti olmayan taraf dahi davadaki şansını görmek için delil tespitini isteme hakkına sahiptir. Yine de her iki hukuk düzeninde, önceden delillerin değerlendirilmesine geniş bir kapı açılmıştır. Böylece, mahkemelerin iş yükünün azaltılması hedeflenmiştir.

Elinde somutlaştırma yükünü yerine getirmek üzere lüzumlu bilgileri bulundurmayan tarafın delil tespitine başvurmasında hukukî yararın bulunup bulunmadığı üzerinde ise hiç durulmamıştır. Aslında somutlaştırma imkânsızlığı içindeki tarafın da delil tespitini istemede hukukî menfaati olabilir. Karşı tarafın delil tespitinde açıklama yapacak olması ve delillerin önceden değerlendirilmesi, taraflara açılacak dava hakkında belirli bir kanaat verecektir. Yerine göre somutlaştırma imkânsızlığı içindeki tarafın dava açmaktan vazgeçmesi veya karşı tarafla uzlaşmaya varması gibi ihtimaller ortaya çıkabilir. Delil tespiti öncesinde ise bunu söylemek mümkün değildir. Daha vakıa iddiasını somutlaştırma imkânına sahip olmayan tarafın davadaki şansını görmesi ve karşı taraf ile uzlaşması düşünülemez. Bu yüzden, somutlaştırma imkânsızlığı içindeki tarafın delil tespitini talep etmekte hukukî yararının bulunduğu kabul edilmelidir.

Hukuk yargılamamızda, delilin değerlendirilmesinin güvence altına alınması dışında kalan bir hususta da delil tespitinin istenebileceği kabul edilmelidir. AMUK m. 485/2 - (1) ila (3)'te, hangi konularda delil tespitine karar verilebileceği açıkça öngörülmüştür. İsviçre hukukunda ise böyle bir sınırlandırma yer almamaktadır. Alman hukukunda olduğu gibi delil tespitine konu olabilecek hususları dar tutmaya lüzum yoktur. Delil tespitine ilişkin HMK hükümlerinde de delil tespitine konu olabilecek hususları dar tutma yönünde bir irade yer almamaktadır. Her türlü hususta delil tespiti talep edilebilmelidir; yeter ki, talepte bulunulmasında hukukî bir menfaat mevcut olsun.

⁹⁵² BK-ZPO/Brönnimann, Art. 158, kn. 11. Delil tespitinde verilen bilirkişi raporu, özel bilirkişinin raporundan daha fazla işlevi görmektedir. Bu yüzden, özel bilirkişiden görüş almama yönündeki tercih haklı görülmelidir, bkz. KSZ-ZPO/Fellmann, Art. 158, kn. 18; Oberheim, 103.

⁹⁵³ Musielak ZPO/Huber, § 485, kn. 13.

Delil tespitinde hukukî yararın mevcut olduğunu gösteren vakıaların yaklaşık olarak ispatı gerçekleşmeden delil tespitine karar verilemez. Neye göre (*delilin değerlendirilememesi riski veya uyuşmazlığı sonlandırma*) delil tespitinin istendiğinin bir önemi yoktur. Ancak yalnızca hukukî yararın varlığından bahsedilerek yapılmış bir delil tespiti talebine cevaz verilemez⁹⁵⁴. Delil tespitine karar verilebilmesi için, asıl davada hükme esas alınacak vakıaların yaklaşık olarak ispat edilmesine lüzum duyulmaz⁹⁵⁵. Yalnızca delil tespitini istemede hukukî yararın bulunduğuna yönelik vakıalar için yaklaşık ispat aranabilir. Delilin ileriki bir tarihte değerlendirilmesinin riski olacağının ortaya konulmasında ciddi sorunlar yaşanmaz. Delilin güvence altında alınması dışında kalan bir durumda ise buna yönelik bir hukukî yararın bulunduğunu ortaya koymak pek de kolay değildir⁹⁵⁶. Kuşkusuz ki, delil tespiti tarafların davadaki şanslarını görmelerine ve uyuşmazlığı sonlandırmaya yönelik bir strateji izlemelerine katkıda bulunacaktır⁹⁵⁷. Niteliği itibariyle taraflar arasındaki uyuşmazlığı gidermeye yönelik delil tespitinde hangi hâllerde delil tespitinin istenemeyeceği üzerinde durulmasının⁹⁵⁸ da bundan kaynaklandığı kanaatindeyiz.

3.2.4.1.2. İncelenebilecek Deliller Bakımından Sınırlandırma

İleriki bir tarihte değerlendirilemeyecek veya değerlendirilmesi zorlaşacak delillerin delil tespitine konu olacağını belirttik. Alman hukukunda, bu şekildeki delil tespitinde yalnızca tanık dinlenilmesi, keşif icrası ve bilirkişi raporu alınması

⁹⁵⁴ BK-ZPO/Brönnimann, Art. 158, kn. 13.

⁹⁵⁵ Schweizer, 9; Göksu T., 329; Baumgärtel/Laumen, 154; Stein/Jonas (23)/Berger, § 487, kn. 6.

⁹⁵⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, hukukî yararın yaklaşık olarak ispat edilmesine davada talep edilecek hakkı da dâhil etmektedir. Hakka dayanak teşkil eden olayın bütün ayrıntıları ile olmasa da yaklaşık olarak ispat edilmesi aranmalıdır. Ancak vakıa örgüsünü kuran vakılardan her birinin tek tek yaklaşık olarak ispat edilmesi şartı aranmasının delil tespitinin kabul edilme amacıyla bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Delil tespitine konu tek bir ispat vasıtası varsa ve bununla ileri sürülmüş vakıa ispat edilecek ise bu vakıanın somutlaştırılmış olması yeterlidir, bkz. BGE 138 III 76 E. 2.4.2. Alman Federal Mahkemesi ise ileri sürülecek hakka temel teşkil eden hayat olayının yaklaşık olarak ispatı şartını aramaktadır. İspat edilecek vakıanın hukuken önem arz edip etmediğine de bakılmamalıdır. Buna ilaveten, iddia edilmiş ve delil tespitinde ispat edilecek vakıaların açılacak davayı kabule şayan kılıp kılmadığı denetimi de yapılmamalıdır. Dayanılan hakkın mevcut olmadığı açıkça belli ise hukukî menfaatin olmadığına karar verilmelidir, bkz. BGH, Besch. v. 16.9.2004 - III ZB 33/04 (NJW, Y. 2004, H. 48, 3488). Her iki karar karşılaştırıldığında İsviçre hukukunda delil tespitine karar verilmesinin daha katı şartlara bağlandığı görülmektedir. Alman hukukunda, bu hâlde hukukî yararın mümkün olduğu ölçüde geniş tutulması savunulmaktadır. Karşı taraf uzlaşma teklifini reddetmiş olsa dahi delil tespiti istenebilir, bkz. Baumgärtel/Laumen, 149.

⁹⁵⁷ Alman hukukunda bunu dikkate alan bir görüşte, uyuşmazlıktan kaçınılmasının muhtemel olması değil, buna yönelik bir imkânın bulunması gerektiği belirtilmiştir, bkz. Oberheim, 104.

⁹⁵⁸ Ulrich, 30, 31; Musielak ZPO/Huber, § 485, kn. 14, 14a; BK-ZPO/Brönnimann, Art. 158, kn. 10.

öngörülmüştür⁹⁵⁹. İstisnai hâllerde (*belgenin sahte olup olmadığını anlamada*) delillerin değerlendirilmesi bir belgenin de incelenmesini gerektireceği için, delil tespitinde belge delili de ele alınabilmektedir⁹⁶⁰. İsviçre hukukunda ise her türlü delile başvurulabileceği kabul edilmektedir⁹⁶¹. HMK m. 400/1'de, delil tespitinde incelenen ispat vasıtaları bakımından tahdidi bir sayıma yer verilmemiştir⁹⁶². Bu durum göz önünde tutulduğunda, Türk hukukunda delil tespitine bütün delillerin konu olabileceği kabul edilmelidir⁹⁶³. HMK m. 400'de yemin ve belge delilleri zikredilmemiştir. Karşı tarafın yemin etmesinin ileride gerçekleşmesi tehlikeye düşebilir. Bu sebeple, delil tespitinde yemin teklifine cevaz verilebilmelidir. Her zaman için muhafazası mümkün olduğu düşünülerek belgenin delil tespitine konu olamayacağı düşünülebilir. Ancak delil tespitinde belge delili de incelenebilmelidir⁹⁶⁴. Hatta özellikle elektronik ortamdaki belgelerin (*bir tarafın internet sitesindeki açıklamalar gibi*) ileride incelenememesi ihtimali göz önünde tutulduğunda delil tespitinin belge bakımından da istenebileceği kabul edilmelidir.

Karşı tarafın belgeyi elinde bulundurması ve belgenin ispata elverişliliğini kaldırabilecek olması, delil tespitini haklı kılmaz. Keza keşif konusu şeyin sırf karşı

⁹⁵⁹ Gerek belge gerekse isticvap delil tespitinde kullanılacak ispat vasıtaları olarak kabul edilmemektedir, bkz. Adloff, 351-353; Braun, 756; Baumgärtel/Laumen, 142.

⁹⁶⁰ MüKo-ZPO/Schreiber, § 485, kn. 2; Musielak ZPO/Huber, § 485, kn. 5. Alman hukukundaki şu farklılığa da değinmeliyiz: Alman hukukunda, Türk ve İsviçre hukukundan farklı olarak, çok dar bir belge kavramı geçerlidir. Belge kavramı dışında kalan bilgi taşıyıcı araçlar keşfe konu edilmektedir, bkz. Adloff, 200. Bu sebeple, hukuk yargılamamız açısından bakıldığında, Alman hukukunda delil tespiti aşamasında kısmen de olsa belge delilinin de değerlendirildiğini söyleyebiliriz.

⁹⁶¹ Göksu T., 329, 330; KSZ-ZPO/Fellmann, Art. 158, kn. 30; Jürgen Brönnimann, "Aspekte der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO", in *Substantiieren und Beweisen Praktische Probleme 2013 (Hrsg. Dolge, Anette.)*, Zürich 2013, 70. Nitelikli isticvaba yalnızca hâkimin re'sen karar verebileceği gözetilerek, taraf talebine bağlı delil tespitinde bu ispat vasıtasına başvurulamaması görüşü savunulmaktadır, bkz. Killias/Kramer/Rohner, 945; BK-ZPO/Brönnimann, Art. 158, kn. 16. Aynı yönde bir görüş de Alman hukukunda da ileri sürülmüştür. Buna göre, hâkime re'sen belge ibrazına veya keşif icrasına karar verme yetkisi tanıyan hükümler, delil tespitinde uygulanamaz, bkz. Ralf Willer, "Das selbstständige Beweisverfahren und die Grenzen richterlicher Vorlageanordnungen", *NJW*, H. 1-2, 2014, 25.

⁹⁶² HMK m. 400/1'de "... keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilir." geçen bu ifadeden hareketle, hem yalnızca zikredilen bu delillere başvurulabileceği hem de dışarıda kalan delillerin değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir. Ancak HUMK m. 368'de açıkça her türlü delilin delil tespitine konu olabileceği öngörüldüğü göz önünde tutulduğunda, HMK m. 400/1'de geçmeyen yeminin ve belgenin delil tespitine değerlendirilebileceği sonucuna ulaşılmalıdır.

⁹⁶³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, (3. Bası), 664, 665.

⁹⁶⁴ Simil, 183. Delil tespitine konu olabilecek deliller bakımından, HUMK döneminde de deliller açısından hiçbir sınırlandırma getirilmemiştir, bkz. Üstündağ (*medeni Yargılama*), 590. Belge noterler tarafından yapılan tespit işlemlerine de konu olabilir ve yargılama esnasında bu tespitler delil olarak ele alınır, bkz. Mustafa Serdar Özbek/Mehmet Ertan Yardım, "Elektronik Noterlik İşlemleri", *TNBHD*, Y. 3, S. 1, 2016, 106.

tarafın uhdesinde olması sebebiyle delil tespitinde keşfe karar verilmesi beklenemez. Bu gibi ihtimallerde, ispatın engellenmesi sebebiyle karşı tarafın aleyhine karar verilebileceği için, belgenin vaktinden önce incelenmesine veya keşfe karar verilmesine lüzum yoktur⁹⁶⁵. Ancak şunu da belirtmeliyiz ki, ileride incelenme imkânını itinalı bir şekilde muhafaza edilmesine rağmen kaybedecek nitelikte bir belge veya keşif konusu söz konusu olabilir. Böyle bir durumda ise delil tespitine karar verilebileceğinden şüphe edilmemelidir.

Alman hukukunda delilin ileride değerlendirilmesi riskinin olmadığı (*uyuşmazlığın giderilmesine yönelik*) delil tespitinde yalnızca bilirkişi delilinden istifade edilmesine olanak tanınmıştır⁹⁶⁶. İsviçre hukukunda ise klasik delil tespiti uygulaması dışında kalan hâller için deliller bakımından bir sınırlandırma getirilmemiştir⁹⁶⁷. Uyuşmazlığı gidermek uğruna delil tespiti talep edildiğinde, Alman hukukundaki anlayışın mı yoksa İsviçre hukukundakinin mi geçerli olduğu üzerinde durulmalıdır. Türk hukukunda deliller bakımından sınırlandırma getirmeyi haklı kılan kanunî düzenleme yoktur. Bu bağlamda, delil tespitinde hukukî yararın varlığını yalnızca delilin kullanılamaması veya kullanılmasının güçleşmesi ile sınırlandırılmasını da doğru bulmamaktayız. Dolayısıyla, hukukî yararın kabulünü haklı kılan başka bir durumun (*karşı taraf ile uzlaşma imkânının olması veya somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi için karşı tarafın detaylı olarak inkârda bulunmasını sağlama gibi*) mevcut olması hâlinde, bütün delillerin hiçbir sınırlandırma olmaksızın delil tespitine konu edilebileceği kanaatindeyiz.

3.2.4.2. Karşı Tarafın Somutlaştırmaya Katılması

Somitlaştırma yükü delil tespitinde iki şekilde görülür. İlk durum, delil tespitini haklı kılan vakıalara ilişkindir. Delil tespitine karar verilebilmesinde bu vakıaların

⁹⁶⁵ Oberheim, 102. Alman hukukunda bu söylediğimiz yalnızca keşif konusu şeyin tevdi edilmemesi veya incelenmesine katlanılmaması hâlinde söz konusu olabilir. Çünkü belge delili delil tespiti aşamasında incelenemez. Şunu da belirtmeliyiz ki, AMUK m. 142 çerçevesinde hâkimin re'sen taraflardan birinin bahsettiği belgenin ibrazına karar verme yetkisinin delil tespiti aşamasında da mümkün olduğu belirtilmektedir, bkz. Adloff, 351, 352. Bu takdirde delil tespiti aşamasında belge açısından da ispatın engellenmesinden bahsedilebilir.

⁹⁶⁶ Ulrich, 29; Beckhaus, 131; Baumgärtel/Laumen, 142; Stein/Jonas (23)/Berger, § 485, kn. 14.

⁹⁶⁷ Delil tespitine her türlü delil konu olabildiği için, başvuru sahibinin mümkün olduğu ölçüde delilleri belirgin bir şekilde ortaya koyması beklenmektedir. Uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinme ve delilleri elde etme yasağı, bu aşamada da geçerlidir, bkz. Brönnimann, (*Art. 158*), 69. Mesela, belge deliline dayanan tarafın bunun için normalde beklenen ölçüde olmasa da ilişkilendirme yükünü yerine getirmesi beklenmektedir, bkz. Killias/Kramer/Rohner, 942.

yaklaşık olarak ispat edilmesi şart olduğundan, somutlaştırma yükünün bu vakıalar açısından da tam olarak yerine getirilmesi beklenmelidir⁹⁶⁸. İkinci durum ise delil tespiti ile ispat edilmek istenen vakıaların somutlaştırılmasına ilişkin olabilir. Karşı tarafın delil tespiti çerçevesinde somutlaştırmaya katılmasını ilgilendiren kısım, ispat edilecek bu vakıalar bakımındandır. Delil tespitinde, karşı tarafın dava vakıalarının aydınlatılmasına katılması, ondan açıklamada bulunmasının (*delil tespitinde ileri sürülmüş vakıa iddiaları hakkında açıklama yapma*) beklenmesi veya delilin değerlendirilmesine katkıda bulunması (*keşif konusu taşınırı tevdi etmek gibi*) şeklinde gerçekleşebilir. Öncelikle durumun şartları mümkün kıldığı ölçüde karşı tarafın isticvap edilmesi ve genel vakıa iddiasını ayrıntılı bir şekilde inkâr etmesi beklenebilir. Belgenin ibrazı, keşif konusu şeyin getirilmesi veya incelenmesine katlanılması şeklindeki gereklilikler de yerine getirilmelidir⁹⁶⁹. İspata engel olmamak açısından, tanık hakkında lüzumlu bilgiler (*adı, soyadı ve adresi gibi*) de bildirilmelidir. Görüldüğü üzere, delil tespiti, tek başına karşı tarafın dava vakıalarının aydınlatılmasına katılmasını sağlamamaktadır. Yukarıda bahsettiğimiz araçlar delil tespiti sayesinde dava öncesinde uygulanabilmektedir⁹⁷⁰.

Hangi delil incelenecek ise o delile ilişkin hükümler çerçevesinde somutlaştırma yükü yerine getirilmelidir (HMK m. 404). Buna göre, hem somut vakıa iddiasına dayanılmalı hem de bu iddiaya ilişkin delil anlaşılır bir şekilde belirtilmelidir. Delil tespiti aşamasında da uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinmeye ve delil elde etmeye yönelik bir talebe cevaz verilemez⁹⁷¹. Mesela, hekimin hukukî sorumluluğunu gerektiren bir tedavi hatasının olup olmadığının tespiti için delil tespitine başvurulamaz.

⁹⁶⁸ Delilin acele değerlendirilmesini gerekli kılan hâllerin ortaya konulmasının zor olacağı nedeniyle, somutlaştırma ölçüsünün bu durumda dar tutulması gerektiği belirtilmektedir, bkz. Ulrich, 28, 29.

⁹⁶⁹ Daha önce belirttiğimiz üzere, keşif icrasına karar verilmeden önce, keşif konusu ispat yükü altındaki tarafın incelemesine sunulmalıdır. Keşif icrası ancak bu incelemeden sonra gerçekleşir ise delillerin değerlendirilmesi daha etkin olabilir. Ayrıca ispat yükü altındaki taraf davadaki şansını göreceği için davayı devam ettirmekten de vazgeçebilir. Bu ise, yargılamanın kısa sürede sonuçlanmasına katkıda bulunacaktır. Belgede söz konusu olduğunda ise, tam anlamıyla somutlaştırılamayan vakıa iddiası, ibraz sonrasında somutlaştırma yükünü yerine getirmesi gereken tarafın yapacağı açıklamalar ile somutlaştırılmalıdır. Hâkimin doğrudan belgeleri incelemesi düşünülemez. Hem vakıa iddiasını daha anlaşılabilir hâle getirmek hem de ilgili kısımlara dikkat çekmek, belgenin ibrazını talep eden tarafça gerçekleştirilmelidir.

⁹⁷⁰ Delil tespitini yalnızca delilin değerlendirilmesinin ileride mümkün olmayacağı veya güçleşeceği hâllere hasretmek ise, yargılama öncesinde bilgi edinme amaçlı olarak bu kurumdan yararlanılmasını olanaksız hâle getirir. Şöyle ki, delilin değerlendirilmesinin güçleşeceği veya imkânsızlaşacağı sebeple birlikte somutlaştırma imkânsızlığı söz konusu ise delil tespitine başvurulabilecektir. Dolayısıyla, delil tespiti somutlaştırma yükünü yerine getirmek zorunda olan taraf istisnaen yardımcı olabilecektir.

⁹⁷¹ Killias/Kramer/Rohner, 942; MüKo-ZPO/Schreiber, § 487, kn. 3; BK-ZPO/Brönnimann, Art. 158, kn. 14; Oberheim, 104; Baumgärtel/Laumen, 153.

Başvuru sahibi, tedavi hatasına yönelik dayanak noktaları sunmalıdır⁹⁷². Delil tespitinin uyumsuzluğa ilişkin vakıaların öğrenilmesine ve delillerin elde edilmesine yönelik bir araç olarak kullanılmasına engel olunmalıdır⁹⁷³. Yani delil tespiti talep edilirken ispat konusunun belirtilmesi lüzumludur⁹⁷⁴. Alman hukukunda, vakıa iddiasının somutlaştırılmasına yönelik şartların delil tespitinde katı tutulmaması gerektiği savunulmaktadır⁹⁷⁵. Lâkin delil tespitine başvurulmuş olması, başlı başına somutlaştırma ölçüsünün düşürülmesi için bir gerekçe olamaz⁹⁷⁶. Bu hususta ele alınmış olaylarda, sırf delil tespitine başvuruluyor olması değil, somutlaştırma yükünü yerine getirebilme imkânına sahip olup olmama ön plana çıkmaktadır⁹⁷⁷. Zaten ne zaman somutlaştırma yükünün yerine getirildiğini tayin etmek kolay değil iken, bir de delil tespitinde daha farklı bir somutlaştırma ölçüsü getirmek, hukukî belirlilik açısından isabetli görülemez.

Lüzumlu bilgilerin karşı tarafta olması durumunda, delil tespiti istenirse, yine elle tutulur bir vakıa iddiasına dayanılmalıdır. Mesela, karşı tarafın kusurlu (*hastanede yapılan operasyon açısından*) olup olmadığının tespiti istenemez⁹⁷⁸. Ayrıntılı bir

⁹⁷² OLG Oldenburg, BsCh. v. 8.7.2008 - 5 W 41/08 (MDR, Y. 2008, 1059).

⁹⁷³ Yoshida, 22, 23; Benedicter, 61.

⁹⁷⁴ Hafter, 385.

⁹⁷⁵ MüKo-ZPO/Schreiber, § 487, kn. 4; Musielak ZPO/Huber, § 487, kn. 3; Stein/Jonas (23)/Berger, § 487, kn. 3. Normal şartlarda somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi olarak görülebilecek bir durum delil tespitinde yeterli görülebilmektedir, bkz. Lang, (§ 142), 19. Bu durumda dahi, delil tespitine konu vakıaların genel hatları ile açıklanacak olması, somutlaştırma yükünden vazgeçme olarak görülmemelidir. Başvuruda bulunan basmakalıp ve toplu vakıa iddialarında bulunur ise, somutlaştırma yükünün yerine getirilmediği sonucuna ulaşılmalıdır, bkz. BGH, Besch. v. 10.11.2015 – VI ZB 11/15, kn. 9 (<http://lexetius.com/2015,3814> Erişim Tarihi: 12.02.2016). Açılacak davanın konusu hakkında karar verilmeyecek olması, getirilmiş vakıalar açısından hukuken önemli olup olmama denetiminin yapılmaması ve vakıalar hakkında tarafların karşılıklı açıklama yapmak zorunda olmaması (*AMUK m. 138'in uygulanmaması*) gibi sebeplerden ötürü somutlaştırma ölçününün esnetilmesi uygun bulunmaktadır, bkz. Adloff, 358, 359.

⁹⁷⁶ Delil tespitine konu olacak ispat vasıtaları açısından geniş bir imkân sunan İsviçre hukukunda ise somutlaştırma ölçüsünün esnetilmesi üzerinde durulmamıştır, bkz. BK-ZPO/Brönnimann, Art. 158, kn. 14. Delil tespiti ile delil keşfi usulü ile tam anlamıyla örtüşen bir aşama kurulmamasına dikkat edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bunun için uyumsuzluğa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinme ve delilleri elde etme yasağına bağlı kalınmalıdır. Dolayısıyla, delil tespitine konu olacak vakıalar açısından somutlaştırma yükü yerine getirilmelidir, bkz. Schweizer, 14, 15.

⁹⁷⁷ Almanya'da verilmiş bir kararı bu açıdan ele alabiliriz. Karara göre, donanım ve yazılım programının hatalı olup olmadığı ve işletmesel ihtiyaçlara cevap verip vermediği şeklinde delil tespiti talep edilemez. Gerekli teknik bilgiye sahip olmayan taraf, programın hangi hata görüntüsünü verdiğini belirtmiş olmalıdır ki, delil tespiti talebi kabul edilebilsin, bkz. OLG Köln, BsCh. v. 29.10.1999 – 19 W 36/99 (MDR, Y. 2000, 226, 227). Başka bir kararda ise, sipariş verenin binanın neresinde ve nasıl bir sorunun olduğunu belirtmesi yeterli görülüp, bunun sebebinin ortaya konulması şartı aranmamıştır, bkz. BGH, Urt. v. 26-03-1992 - VII ZR 258/90 (NJW-RR, Y. 1992, H. 15, 914). Söz konusu bu kararlardan, delil tespitine başvurulmuş olmasından ziyade, başvuruda bulunanın içinde bulunduğu durumun gözetilmesi sebebiyle, somutlaştırma şartlarının esnetildiğini anlamak mümkündür.

⁹⁷⁸ Kusur ve illiyet bağı hukukî mevzu olup delil tespitine konu olamaz, bkz. Andrea Bockey, "Das selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht", NJW, H. 48, 2003, 3455.

açıklama yapılmamış olsa bile kusurun neye dayandığı (*sinir sistemindeki yanmanın operasyondan kaynaklanıp kaynaklanmadığı gibi*) anlaşılabilir olmalıdır. Karşı taraf ise, dava esnasında kendisine düşen usulî yükü (*belge ibrazı gibi*) bu aşamada da yerine getirmelidir⁹⁷⁹. Vakıa iddiasında bulunan taraf ihtiyaç duyulan bilgilere sahip olsa dahi (*ayıpta keşfe konu olacak şeyi inceleme imkânına rağmen tecrübe kuralını bilmeme sebebiyle somut vakıa iddiasında bulunamama*), somutlaştırma yükü yine tam anlamıyla yerine getirilemeyebilir. Delil tespitinin böyle bir durumda da mümkün görülmesinde bir sakınca yoktur⁹⁸⁰. Bu ihtimalde bilirkişi delili ön plana çıkacaktır⁹⁸¹. Alınan rapor sonrasında, ilgili tecrübe kuralı öğrenileceğinden, eldeki bilgiler çerçevesinde dava açılırken somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi (*sinir sistemindeki yanmaya hangi hususun nasıl sebep olduğunun izahı gibi*) imkânına kavuşulabilecektir⁹⁸². Öte yandan, delil tespitinde de taraflar arasında silahların eşitliğinin temini gerektiğinden isticvaba başvurulabilmelidir. Böylece, delil tespitini talep eden tarafın bilmediği bilgiler karşı taraftan temin edilebilir.

Şayet delil tespiti kurumu bu şekilde uygulanabilirse, Türk hukukunda dava öncesi bir ön aşama yürütülmesinin yolu ciddi ölçüde açılabilir. İncelenecek deliller bakımından bir sınırlandırma getirilmemesi de bu açıdan önemlidir⁹⁸³. Böyle bir uygulama, delil keşfi usulüne yakınlaşır; ancak, dayanılan vakıaların somutlaştırılması

⁹⁷⁹ Belge ibrazında bunun gereğini yerine getirmemeye bağlı yaptırım bu aşamada da uygulanabilmelidir. İsviçre hukukunda ise öngörülen yaptırımın delil tespitinde uygulanamayacağı görüşü ileri sürülmüştür, bkz. Killias/Kramer/Rohner, 948.

⁹⁸⁰ Eğer somutlaştırma yükünün tam anlamıyla yerine getirilmesi şartı aranır ise, başvuruda bulunan taraf, özel bilirkişiye başvurmak zorunda kalacaktır. Bu yüzden, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi, normal şartlara göre esnetilmelidir, bkz. Lang, (§ 142), 20. Bir tarafın bilirkişinin görüşüne başvuru konuda bilgi sahibi olması, hukukî yararın olmadığını gösterir. Yani yeterli imkânlarla sahip tarafın delil tespitini istemesi düşünülemez, bkz. BK-ZPO/Brönnimann, Art. 158, kn. 10; BSK-ZPO/Guyan, Art. 158, kn. 5. Doğal olarak uzmanlık bilgisinden yoksun tarafın delil tespitini isteyebileceği kabul edilmelidir. Fakat delil tespitine başvurulduğu için değil uzmanlık gerektiren bilgiye sahip olunmadığı için somutlaştırma ölçüsünün kapsamı daraltılmalıdır.

⁹⁸¹ Bilirkişinin vereceği rapor sonrasında somut vakıa iddiasında bulunmak mümkün olacaktır. Nitekim Almanya'da verilen bir kararda bu husus üzerinde durulmuştur. Şöyle ki, satın alınan bir taşınmazın yanında bulunan baz istasyonunun vereceği zararlı etki ve değer kaybı hakkında delil tespitinin istenip istenemeyeceği ele alınmıştır. Delil tespitine başvuran tarafın bilimsel rapor almadan baz istasyonu tarafından sebep olabilecek sağlık sorunlarını somut bir şekilde izah edemeyecek olması da gözetilerek AMUK m. 485/2 anlamında hukukî yararın mevcut olduğu kabul edilmiştir, bkz. OLG Stuttgart, BsCh. v. 29.11.2004 – 10 W 75/04 (MDR, Y. 2005, 348).

⁹⁸² Philip Stolkin, "Die vorsorgliche Beweisführung, das Recht auf Beweis und das schützenswerte Interesse in der neuen Zivilprozessordnung", *HAVE*, 2014, 16.

⁹⁸³ AMUK m. 485/2 çerçevesinde yalnızca bilirkişi deliline başvurulabilmesi sebebiyle ve hekimin hukukî sorumluluğunda diğer delillere de başvurulması gerekliliğinden ötürü delil tespitinin istenip istenemeyeceği konusunda tereddüt yaşanmaktadır. Çünkü isabetli bir tespitte bulunma imkânı yoktur, bkz. Musielak ZPO/Huber, § 485, kn. 14. Türk hukukunda hukukî yararın varlığı hâlinde delil tespitinde değerlendirilebilecek deliller açısından sınırlandırma getirilmemesi bu bakımdan gayet yerindedir.

zorunluluğu sona ermeyeceğinden birebir örtüşme söz konusu değildir. Ayrıca delil tespitine başvurulmasında hukukî yararın (*vakıaları tam anlamıyla somutlaştırma imkânından yoksun olma gibi*) da yaklaşık olarak ispat edilmesi şarttır. Oysa delil keşfi usulünün yürütülmesi, böyle bir koşula bağlanmamıştır. Delil tespiti ile yargılama öncesi bir aşama oluşturulması sayesinde, tarafların davadaki şanslarını görmeleri mümkün olacağı için uzlaşmaları ya da uyuşmazlığı sürdürmekten vazgeçmeleri çoğunlukla sağlanabilir. Ayrıca süreç tamamlandıktan sonra, dava açılması istenirse dahi, taraf dilekçelerinde dava malzemesinin somutlaştırılmasındaki zorluklar bertaraf edilmiş olacaktır. Böylece, mahkemenin kısa sürede karar vermesinin önü açılabilir.

Delil tespitine karar verilmesi hukukî yarar şartına bağlandığı için, delil tespiti, bir ön aşama olarak geniş bir uygulama alanına sahip olamaz. Bu şart kaldırıldığı takdirde, delil tespiti dava öncesi bir aşama olarak yürütülebilir⁹⁸⁴. Çünkü taraflar arasındaki bilgi dağılımında dengesizlik veya hukukî yararı haklı kılan benzeri bir sebep bulunmadığı sürece, delil tespitini talep etmekte hukukî yararın mevcut olmadığı sonucuna ulaşılacaktır. Hukuk yargılamamızda ise, dava açılmasında hukukî yararın varlığı hâlinde, delil tespitine başvurulabileceği kabul edilebilir⁹⁸⁵. Şayet Türk hukukunda bu görüş kabul edilir ve yaklaşık ispat şartı kaldırılırsa, delil tespiti tam anlamıyla dava açılmadan önceki bir ön aşama niteliğine kavuşabilir. Diğer taraftan, şu an itibarıyla, taraflar için genel aydınlatma ödevi kabul edilmediği için, delil tespiti faydalı olmakla birlikte, yine etkin bir araç değildir. Taraflar için genel bir aydınlatma ödevi kabul edilecek olursa ve delil tespiti için hukukî yarar şartı kaldırılır⁹⁸⁶ ise Türk hukukunda, etkin bir ön aşama aracı olarak delil tespitinden faydalanılabilir. **STÜRNER** ve **GOTTWALD**'ın önerdikleri ön aşamanın delil tespiti kurumunda belirttiğimiz değişikliklerle sağlanması mümkün olabilir.

⁹⁸⁴ Hukukî yarar şartının aranması, Türk hukukundaki delil tespitini, İngiliz hukukunda ön aşama niteliğindeki ifşa usulünden ayırmaktadır, bkz. Yalabık, 272.

⁹⁸⁵ İsviçre hukukunda bu iki hukukî yarar arasındaki ilişki ele alınmıştır. Delil tespitini istemedeki hukukî yararın hakkın icrasındaki hukukî yarara bağlı olduğu kabul edilmektedir, bkz. Schweizer, 9. Federal Mahkeme, bu görüşü benimsemiştir, bkz. BGE 138 III 76 E. 2.4.2. İsviçre hukukunda böyle bir değerlendirme yapılması, aslında delil tespiti için dava edilecek hakkın yaklaşık olarak ispat edilmesi şartının aranmasından kaynaklanmaktadır. Yoksa İsviçre hukukunda bu görüş çerçevesinde, hakkın icrasında olan hukukî yararın varlığı hâlinde delil tespitinin istenebileceği sonucuna varılamaz.

⁹⁸⁶ Gerçek anlamda bir ön aşama oluşturulması için dava açılmasında hukukî yararın varlığı hâlinde delil tespitinin istenebileceği kabul edilmelidir. Bunun için delil tespitinde hukukî yararın varlığını öngören HMK m. 400/2 düzenlemesinin kaldırılması yeterli olur.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜNÜN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN SONUÇLARI

Somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi hem davacıyı hem de davalıyı ilgilendirir. Taraflardan her biri kendi lehine ileri sürdüğü vakıayı somutlaştırmalıdır. İstisnai hâllerde ise aynı vakıa hakkında iddia eden tarafın yanı sıra karşı tarafın da elindeki bilgileri vermesi gerekebilir. Türk hukukunda somutlaştırma yüküne ilişkin görüşler ve yargı kararlarında, hep vakıa iddiasında bulunan tarafın somutlaştırma yükünü tam anlamıyla yerine getirmemesinin sonuçları üzerinde durulmuştur. Oysa daha önce açıklandığı üzere, karşı tarafın da somutlaştırmaya katılmasını gerektiren hâller doğabilir. İddia edilmiş vakıa hakkında iddia ve ispat yükünü taşıyan tarafın somutlaştırma yükünü yerine getirmemesi ele alındıktan sonra karşı tarafın aynı vakıa hakkında açıklama yapmasını gerektiren durumlarda buna uymamasının sonuçları incelenmelidir.

4.1. İDDİA YÜKÜ ALTINDAKİ TARAFIN SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜNÜ YERİNE GETİRMEMESİ

Dava vakıalarının yeterli ölçüde ayrıntılı olarak izah edilmemesi ya da gösterilmiş delillerin anlaşılır bir şekilde ortaya konulmaması hâllerinde somutlaştırma yükü yerine getirilmemiş demektir. Usulî yükün yerine getirilmemesine bağlı olarak ilgili tarafın aleyhine karar verilmesi kaçınılmazdır. Ancak somutlaştırma yükünün yerine getirilmiş görülüp görülmeyeceği hâkimin değerlendirmesine bağlıdır. Dava malzemesini getiren taraf yaptığı açıklamaların yeterli olup olmadığını kesin bir şekilde tayin edemez. Bu durum gözetilerek başka açıklamalarda bulunulması gerekliliğine dikkat çekilmelidir. Hâkimin yapması gereken aydınlatma ödevi çerçevesinde bu eksikliğin giderilmesini sağlamaktır. Dava malzemesini yargılamaya dâhil etmeye yönelik açıklamalardan bir şekilde anlaşılan ve hukuken önem arz eden hususlarda aydınlatma ödevi devreye

girmektedir⁹⁸⁷. Bu durum gözetildiğinde, somutlaştırmaya yönelik eksik kalan kısmın ilgili tarafça tamamlanmasına imkân tanınması mümkün görülmelidir.

4.1.1. Dayanılan Vakıaların Somutlaştırılmaması

Talep sonucunu haklı kılmaya yönelik vakıaların somutlaştırılmaması, öncelikle hâkimin davayı aydınlatma ödevinin devreye girmesine sebep olur⁹⁸⁸. Aydınlatma ödevine çerçevesinde bir sonuç elde edilemediği takdirde, mevcut duruma göre bir karar verilmelidir. Fakat istisnai bazı hâllerde somutlaştırma yükünü yerine getirmek kolay olmayabilir. Somutlaştırmaya yönelik bilgiler elde olsa ya da sonradan temin edilmiş (*karşı tarafın elindeki bilgileri paylaşması*) olsa dahi ispat yükü altındaki tarafın somutlaştırılmış bir açıklama yapması beklenemeyebilir. Ancak belirli bir uzmanlık bilgisine sahip olma hâlinde somutlaştırma yükünün yerine getirilebileceği davalarda (*hekimin hukukî sorumluluğu veya eser sözleşmelerinde yüklenicinin sorumluluğu gibi*) böyle bir durum ortaya çıkar. İspat yükü altında olan taraftan bilgiye erişebilmesine rağmen somutlaştırma yükünü tam anlamıyla yerine getirmesinin beklenemeyeceği durum ise ayrıca değerlendirilmelidir.

4.1.1.1. Aydınlatma Ödevi Çerçevesinde Somutlaştırma Gerekliliğine Dikkat Çekilmesi

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi birtakım işlevlere sahiptir⁹⁸⁹. Diğerlerine göre öncelikle gelen işlevin açıklığa kavuşturma işlevi (*Klarstellungsfunktion*) olduğunu söyleyebiliriz. Açıklığa kavuşturma işlevinde, somutlaştırılmadığı için belirsiz kalan hususlarda yeniden açıklama yapılması sağlanmaktadır. Hâkim ilk yapılan izahattan bir sonuç çıkaramadığı için bu işlev ön plana çıkar⁹⁹⁰. Uygun bir açıklama yapılabilmesi

⁹⁸⁷ Stürner, 49, 50; Walter Fellmann, "Gerichtliche Fragepflicht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung", in *Haftpflichtprozess 2009*, (Hrsg. Fellmann, Walter/Weber, Stephan), Zürich/Basel/Genf 2009, 80, 81.

⁹⁸⁸ Stein/Jonas/Leipold, § 139, kn. 29; MüKo-ZPO/Wagner, § 139, kn. 23. Yargıtay, böyle bir durumda iddia yükünü taşıyan tarafa somutlaştırmaya yönelik açıklama yapma imkânı tanınmasını aramaktadır, bkz. Yargıtay 22. HD., E. 2015/8250, K. 2015/12884, T. 07.04.2015 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁸⁹ Spohr, 51 vd., 69 vd., 152 vd.; Sarbach, 55-65; Liu, 244-260; Karaaslan, 29-43.

⁹⁹⁰ Karaaslan, 109. Mesela komşu iki arazi arasında toprak akması ve kaymasının nasıl mümkün olduğu anlaşılmadığı için davanın reddine karar verilmesi yanlış bulunmuştur, bkz. Alangoya, 145. Aslında toprak akması ve kaymasının algılanabilir şekilde açıklanmaması, somutlaştırma yükünün yerine

için bilgilendirme işlevi (*Verständigungsfunktion*) çerçevesinde ilgili tarafa anlaşılabilir bir uyarıda bulunulmalıdır. Sırf somutlaştırma yükünün yerine getirilmediğinin söylenmesi bilgilendirmenin yapılmadığı anlamına gelir. Aydınlatma ödevinin bilgilendirme işlevini yerine getirebilmesi için hangi hususlarda somutlaştırmaya yönelik bilgi verilmesinin gerektiğine açık bir şekilde dikkat çekilmelidir⁹⁹¹.

Diğer bir işlev ise tamamlatma işlevi (*Vervollständigungsfunktion*) olup; artık somutlaştırmaya yönelik eksik kalan bilgilerin ilgili tarafa verilen olanak sonucu tamamlanmasının sağlanmasına yöneliktir⁹⁹². Uygulanacak hukuk kuralının koşul unsurunda geçen hususun (*iyiniyet, kusur gibi hukukî kavramlar*) belirtilmesi yeterli değildir. Bu durumda, somutlaştırma gerekliliğinin böyle bir durumda yerine getirilmediği açıktır. Somutlaştırma yüküne dayalı karar verilmeden evvel ilgili tarafın bunu yerine getirmesi sağlanmalıdır. Aydınlatma ödevinin tamamlatma işlevi bunu gerektirir⁹⁹³. Koşul unsuru karşılayacak vakıaların gerçekleştiğine yönelik lüzumlu bilgiler verildikten sonra ise gösterilmiş deliller değerlendirilebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, iddia ve savunmayı genişletme yasağı ihlal edilmeksizin tamamlatma işlevinin yerine getirilmesi çabasına girilmesi gerektiğidir⁹⁹⁴. Son işlev ise dönüştürme işlevi (*Transformationsfunktion*) olup; taraf talebinin hukukî bir niteliğe kavuşturulmasını sağlamaktadır. Somutlaştırma yükü açısından bu işlev pek de önem arz etmez.

Aydınlatma ödevi ile maddî ve hukukî açıdan belirsiz kalan veya çelişki arz eden açıklamalar giderilebilir (HMK m. 31). Vakıa iddiaları ve deliller aydınlatma ödevinin maddî boyutunu ilgilendirir⁹⁹⁵. Somutlaştırma yükünün bu bakımdan aydınlatma ödevinin maddî hususlara ilişkin yönünü ilgilendirdiğini söyleyebiliriz. Taraf açıklamasındaki çelişkinin giderilmesi somutlaştırma yükünü ilgilendiren bir mesele olarak görülmemelidir. Hem belirsizlik hâlinde hem de çelişki söz konusu olduğunda, aydınlatma ödevine başvurulacak olsa da, her iki durum birbirinden farklı niteliktedir. Çelişkinin giderilmesinde eksik kalan bir açıklama değil, öne sürülen hususların birbiriyle bağdaşmaması durumu söz konusudur. Belirsizlik hâlinde ise, getirilen dava

getirilmediği anlamına gelir. Somutlaştırmaya yönelik açıklama yapılması gerekliliğine dikkat çekilmeden karar verilmesinin hatalı görülmesi doğaldır.

⁹⁹¹ Sarbach, 190; Liu, 300; Karaaslan, (*Aydınlatma Ödevi*), 109, 113.

⁹⁹² Karaaslan, 110.

⁹⁹³ Alangoya, 147, 148; Karaaslan, 32, 33.

⁹⁹⁴ Börü, 106.

⁹⁹⁵ Stein/Jonas/Leipold, § 139, kn. 18.

malzemesine bakarak talep sonucuna nasıl ulaşıldığı anlaşılamamaktadır. Aydınlatma ödevinin somutlaştırma yükünü ilgilendiren kısmı, taraf açıklamalarında belirsizlik hâli varsa gündeme gelir. Hukuken önem arz eden vakıa genel hatları ile izah edildiğinde iddia edilmeye çalışan bu vakıa eksik bilgi verilmesi dolayısıyla somutlaştırılmamakta ve belirsiz kalmaktadır⁹⁹⁶. Burada, ileri sürülmeye çalışılan vakıa iddiasının hukuken önem arz edip etmediğini anlamak üzere daha ayrıntılı bilgi verilmeye çalışılması ihtiyacı doğmaktadır. Anlaşılamayan ve belirsiz kalan bir iddianın vakıa örgüsü içindeki yeri görülemez ve bu iddia değerlendirilemez⁹⁹⁷. Dolayısıyla, vakıanın algılanabilir olmasına yönelik açıklama yapılmasının beklenilmesi kaçınılmazdır. Aydınlatma ödevi gereği buna dikkat çekildikten sonra getirilen bilgiler ile bu durum aşıldığında ise sonuçta somutlaştırma yükü tam anlamıyla yerine getirilmiş olacaktır.

Talep sonucuna yönelik vakıa örgüsünü oluşturan vakılardan ihmal edilmiş olanlar bakımından da aydınlatma ödevine başvurulabilir. Vakıa örgüsünü değiştirmedeği sürece önceden bahsedilmemiş bir vakıanın açıklanmasında bir sakınca yoktur. Değiştirme ve genişletme yasağı sonradan getirilen tamamlayıcı ve açıklayıcı vakıanın ileri sürülmesine engel teşkil etmediğinden bu eksikliği gidermek gayesiyle aydınlatma ödevine başvurulabilir⁹⁹⁸. Dava açılırken gözetilen hukukî dayanak ile hâkimin kanaatine göre esas alınacak hukukî dayanak farklı olduğunda da iddia edilmesi gereken vakılarda eksiklik söz konusu olabilir. Talep sonucuna ulaşılmasını haklı kılan vakıaların bu sebepten ötürü eksik getirilmesi de aydınlatma ödevinin devreye girmesini sağlayacaktır⁹⁹⁹. İleri sürülmesi lüzumlu olan vakıa yargılamaya dâhil edilmediği sürece şüphesiz hüküm kurulurken bu vakıanın gözetilmesi kimin lehine ise o taraf aleyhine bir sonuç doğacaktır. Aydınlatma ödevinin muhatabı, bu yönde menfaati olan taraftır. Maddî gerçeğe uygun karar verilebilmesi için ilgili vakıanın yargılamaya dâhil edilmesi sağlanmalıdır. Dolayısıyla, hâkimin karar vermeden önce aydınlatma ödevi uyarınca mevcut eksikliğe işaret etmesi gerekir¹⁰⁰⁰. Bunun dışında kalan hâllerde ise aydınlatma ödevine göre yeni bir vakıaya dayanılmasına imkân

⁹⁹⁶ Rensen, 160.

⁹⁹⁷ Fellmann, (*Gerichtliche Fragepflicht*), 81; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 56, kn. 21.

⁹⁹⁸ Alangoya, 149; Karaaslan, 115, 116; Karlı, 256; Pekcanitez/Atalay/Özekes, (3. Bası), 230; Börü, 106, 107.

⁹⁹⁹ Spohr, 153, 154; Stein/Jonas/Leipold, § 139, kn. 30; Liu, 304, 305; BK-ZPO/Hurni, Art. 56, kn. 19; Karaaslan, 110.

¹⁰⁰⁰ Stein/Jonas/Leipold, § 139, kn. 29; Liu, 300, 301; Karaaslan, 108.

tanınmamalıdır¹⁰⁰¹. Tarafların getirdiği dava malzemesi ile sınırlı kalınarak aydınlatma ödevi yerine getirilebilir¹⁰⁰². Hiç değinilmemiş bir iddia ve savunma vasıtasının getirilmesi hâkim tarafından sağlanamaz¹⁰⁰³. Eksik kalan vakıanın getirilmesi somutlaştırma yükü açısından önemsizdir. İddia edilmiş vakıanın somutlaştırılmamış olmasında yeni bir vakıa iddiası gündeme gelmez, bilakis ileri sürülmüş vakıa hakkında yeni bilgiler paylaşılmaktadır. Aydınlatma ödevi sonucu sonradan iddia edilen vakıa tam anlamıyla somutlaştırılmamış olabilir. Bu durumda, aydınlatma ödevi üzerine iddia edilmiş bu vakıanın yeterli ölçüde somutlaştırılmadığına dikkat çekilmelidir. Sonradan davaya dâhil edilen bir vakıa açısından somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine yönelik açıklama yaptırılması bu şekilde söz konusu olabilir.

Vakıa iddiasının somutlaştırılmasına yönelik açıklamada bulunulması ihtiyacı fark edildiğinde, hâkim, bu durumu ilgili tarafın anlayabileceği şekilde izah etmelidir. Bilgilendirme işlevi açısından yapılacak uyarının anlaşılabilir olması zorunludur. Genel olarak uyarıda bulunulmuş olması yeterli görülemez¹⁰⁰⁴. Bu bakımdan, hangi vakıa iddiasının somutlaştırılmasının beklendiği açık olmalıdır¹⁰⁰⁵. Ancak bu şekilde bilgilendirme işlevi gerçekleşebilir. Somutlaştırma gerekliliğine dikkat çekilmiş olsa dahi, ilgili taraf bunu anlamamış veya yanlış anlamış olabilir. Aydınlatma ödevi çerçevesinde tekrar bu gerekliliğe işaret edilmesi bir sakınca yaratmaz. Hatta somutlaştırma yükü altındaki tarafın açıklama yapması için yeniden bu yöndeki gerekliliğe işaret edilmelidir¹⁰⁰⁶. Aydınlatma ödevi, hak kaybına sebep olabilecek bir araç olarak görülmemelidir. Gerekli açıklamayı yapmama sebebiyle aleyhe karar verme çabasından ziyade, gerekli açıklamanın yapılmasını sağlayarak maddî gereceğe uygun karar verilmesi hedeflenmelidir. Dolayısıyla, yanlış anlama ihtimalinde yeniden

¹⁰⁰¹ Karaaslan, 117.

¹⁰⁰² Alangoya, 146; Schilken, (*Zivilprozessrecht*), 170.

¹⁰⁰³ Sarbach, 193; Stein/Jonas/Leipold, § 139, kn. 35, 52; Simil, (*Aydınlatma Ödevi*), 1361.

¹⁰⁰⁴ Frohn, 245; Sarbach, 152, 193; Fellmann, (*Gerichtliche Fragepflicht*), 85; Dolge, 25; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 401; MüKo-ZPO/Wagner, § 139, kn. 20. Önemli olan ve eksik kalan taraf açıklamasına yanlış anlaşılma fırsat vermeyecek şekilde dikkat çekilmelidir. Özellikle tamamlamaya yönelik açıklamanın mahkemenin değerlendirilmesine bağlı olduğu hâllerde bunun önem arz ettiği gözetilmelidir, bkz. BGH, Urt. v. 25.6.2002 - X ZR 83/00 (NJW, Y. 2002, H. 45, 3317).

¹⁰⁰⁵ BK-ZPO/Hurni, Art. 56, kn. 36; Karaaslan, 113; Özokes, 295 (dn. 57).

¹⁰⁰⁶ Sarbach, 152; Stein/Jonas/Leipold, § 139, kn. 24; Liu, 300; Karaaslan, 113; MüKo-ZPO/Wagner, § 139, kn. 23. Yanlış anlaşılan uyarı sonrasında bu uyarının belirgin hâle getirilmesi ve ilgili tarafın bunun üzerine kendi görüşünü sunmasına olanak tanınmalıdır, bkz. BGH, Urt. v. 21.1.1999 - VII ZR 269/97 (NJW, Y. 1999, H. 17, 1264). Aydınlatma ödevi çerçevesinde somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi gerekliliğine dikkat çekilmiş olmasına rağmen bunun gereğinin yapılmamasının üzerine yeniden uyarıda bulunulmasına gerek kalmadığı yönünde görüş de ileri sürülmektedir, bkz. Hafter, 166; Dolge, 26.

açıklama yapmak üzere imkân tanınmalıdır¹⁰⁰⁷. İlgili taraf buna rağmen yine somut vakıa iddiasında bulunmaz ise artık yeniden bir uyarıda bulunulmasına ihtiyaç yoktur¹⁰⁰⁸. Eksik kalan hususların hâkimce re'sen tamamlanması düşünülemez¹⁰⁰⁹.

Somutlaştırma yükü yerine getirilmediği için vakıa iddiası mahkeme tarafından anlaşılamıyor ise hâkimin buna dikkat çekmesi lüzumludur¹⁰¹⁰. Kendisine somutlaştırma yükü düşen taraf aleyhine karar verilmesine engelleyebilmek için vakıa iddiasını algılanabilir hâle getirmek üzere açıklamalarda bulunacaktır. İddiada bulunan tarafa hukukî koruma tanınması açısından bu hususa dikkat edilmelidir¹⁰¹¹. Çünkü aydınlatma ödevine başvurulmasını gerektiren durumlarda, ilgili tarafın bilgilendirilmeden ve ona açıklama yapma fırsatı verilmeden karar verilmesi, hukukî dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurabilir¹⁰¹². İstisnai hâllerde ise, hâkimin başka açıklamaların yapılmasının gerekliliğini hatırlatmaması bir eksiklik teşkil etmeyebilir. Hâkimin yapacağı uyarı somutlaştırma gerekliliğine yönelik ilgili tarafın dikkatinin çekilmesine yöneliktir. Dava açıldıktan sonra, bu gerekliliğe bir şekilde işaret edilmiş olunması hâlinde, artık aydınlatma ödevinin devreye girmesine gerek kalmayabilir. Şöyle ki, ilk derece yargılamasına bakan hâkim bu husustaki eksikliğin giderilmesinin lüzumlu olduğunu belirtmiş ise artık istinaf aşamasında aynı içerikte bir hatırlatmada bulunulmaması hukukî dinlenilme hakkı açısından bir sorun teşkil etmez¹⁰¹³. Keza vakıa iddiasının somutlaştırılmasına yönelik karşı taraf da daha fazla açıklama yapılmasının kaçınılmaz olduğunu belirtmiş olması da somutlaştırma yükü altındaki tarafa böyle bir gerekliliğin hatırlatılmasını gereksiz hâle getirebilir¹⁰¹⁴. Mutlak suretle aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesine gerek kalmadığı ise düşünülemez¹⁰¹⁵. Nitekim karşı tarafın genel bir

¹⁰⁰⁷ BGH, Urt. v. 25.6.2002 - X ZR 83/00 (NJW, Y. 2002, H. 45, 3317).

¹⁰⁰⁸ Stürner, 51.

¹⁰⁰⁹ Frohn, 244; Karaaslan, 111, 112.

¹⁰¹⁰ Yargıtay 22. HD, E. 2014/19856, K. 2014/27672, T. 15.04.2014 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰¹¹ Rüdiger Zuck, "Wann verletzt ein Verstoß gegen ZPO-Vorschriften zugleich den Grundsatz rechtlichen Gehörs?", NJW, H. 52, 2005, 3754.

¹⁰¹² Rosenberg/Schwab/Gottwald, 401; Musielak ZPO/Stadler, § 139, kn. 4.

¹⁰¹³ Stein/Jonas/Leipold, § 139, kn. 38; Schellhammer, 191, 192.

¹⁰¹⁴ Fellmann, (*Gerichtliche Fragepflicht*), 86; KSZ-ZPO/Sutter-Somm, von Arx, Art. 56, kn. 30.

¹⁰¹⁵ Stein/Jonas/Leipold, § 139, kn. 38. Karşı tarafın belirttiği eksiklik hâkimin yapacağı uyarının yerini almamakla birlikte bazı durumlarda aydınlatma ödevinin yerine getirilmesini gereksiz hâle getirebilmektedir, bkz. Andreas Piekenbrock, "Zu Umfang und Bedeutung der richterlichen Hinweispflicht", NJW, 1999, 1360. Karşı tarafın somutlaştırma yükünün yerine getirilmediğine yönelik açıklamasının aydınlatma ödevine başvurulmasını gereksiz hâle getirip getirmeyeceği konusunda farklı bir görüş de ileri sürülmektedir. Somutlaştırma yükünü taşıyan tarafın avukat ile temsil edilip edilmediğine bakılmalıdır. Avukat ile temsil hâlinde karşı tarafın somutlaştırma yükünün yerine

şekilde somutlaştırma yükünün yerine getirilmediğine yönelik uyarısı hiçbir şekilde yeterli değildir¹⁰¹⁶.

4.1.1.2. Uyuşmazlığın Mevcut Duruma Göre Karara Bağlanması

Somitlaştırma yükünün yerine getirilmesi için mahkeme tarafından yapılan uyarı ilgili tarafça dikkate alınmayabilir. Kendisine usulî yük terettüp eden tarafın aleyhine bir durumun doğacağı kesindir. Nasıl bir karar verileceği ise Türk hukukunda gerek yargı kararlarında gerekse öğretide tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülmüş görüşler açıklandıktan sonra bu görüşler değerlendirilerek konuya ilişkin görüşümüzü açıklamaya çalışacağız. Türk hukukunda somutlaştırma yükü yerine getirilmediği takdirde verilecek kararın niteliğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide temsil edilen görüşleri ve yargı kararlarını usule ilişkin karar verileceği ya da esasa ilişkin karar verileceği şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. Tartışmalara neden olan husus ise HMK m. 119/2 ve 129/2'dir. Dilekçelerin unsurlarını düzenleyen anılan hükümlerde bazı unsurların yerine getirilmemiş olması hâlinde ne yönde karar verileceği açıkça öngörülmüştür. Bunların dışında kalan hususlarda (*somitlaştırma yükü gibi*) ise nasıl bir karar verileceğinden hiç bahsedilmemiştir. Verilecek kararın usule ilişkin mi yoksa esasa ilişkin mi olacağı önemlidir. Esasa ilişkin karar verilmesi hâlinde uyuşmazlık konusunun yeniden dava konusu edilmesi imkânı sona ermektedir. Usule ilişkin bir kararda ise, iddia edilmiş vakıalar hakkında daha ayrıntılı açıklamalara yer vermek suretiyle, yeniden uyuşmazlık hakkında dava açılabilecektir.

Aslında somutlaştırma yüküne dayalı karar bakımından davacı ve davalı ayrımı yapılmadan bir sonuca ulaşılmalıdır. Yerine göre davalı taraf da kendi lehine olacak şekilde vakıa iddialarında bulunabilir. İddia yükü bu durumda davalı üzerinde olacaktır ve ondan iddia ettiği vakıaları somutlaştırması beklenecektir. Türk hukukunda genellikle davacı tarafın iddia yükünü yerine getirmemesi üzerinde durulmuştur. Hangi taraf iddiada bulunuyor ise o taraf iddia ettiği vakıayı somutlaştırmak zorundadır. Davalı da iddiada bulunacağı için benimseyeceğimiz yaptırımın davalı için de uygulanacağını söyleyebiliriz. Nasıl davacı iddia ettiği vakıayı somutlaştırmak zorunda ise davalı da kendi iddia ettiği vakıayı somutlaştırmak zorundadır. Mesela hakkın ileri

getirilmesinin gerektiğine yönelik uyarısı hâkimin davayı aydınlatma ödevinin devreye girmesini gerektirmeyeceği belirtilmiştir, bkz. Dolge, 35.

¹⁰¹⁶ Frohn, 245.

sürülmesini engellemeye yönelik vakıa iddiasının somutlaştırılması davalıya aittir. Davacının somutlaştırma yükünü yerine getirmemesinin sonuçları niteliğine uygun düştüğü ölçüde davalının somut vakıa iddiası getirememesinde de doğacaktır. Çünkü somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesinde uygulanacak yaptırım iddia edilmiş vakıa kimin lehine ise o taraf aleyhine olacaktır. Yukarıda belirttiğimiz görüşlerden usule ilişkin karar verileceği yönünde olanlara aşağıda belirtilen sebeplerden dolayı katılmaya imkân yoktur.

4.1.1.2.1. Usule İlişkin Karar Verileceği Yönündeki Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi

Usule ilişkin karar verilmesi yönündeki görüşlerde ağırlıklı olarak davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği belirtilmiştir. Bir görüşe göre, somutlaştırma yükü yerine getirilmediği takdirde, HMK m. 119/2 hükmü kıyasen uygulanabilmelidir. Somutlaştırmaya yönelik yeni açıklamalar verilen süre içinde giderilmediği takdirde ise HMK m. 119/2’de geçen davanın açılmamış sayılması yaptırımı uygulanmalıdır¹⁰¹⁷. İşbu görüş Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda benimsenmiştir¹⁰¹⁸. Davanın açılmamış sayılması kabul edilirse, somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi hâlinde davalı için ise cevap dilekçesi verilmemiş sayılması sonucu doğuracaktır¹⁰¹⁹. HMK m. 129/2 gereği davalıya eksikliği gidermesi için öncelikle süre verilmeli ve eksiklik giderilmediği takdirde cevap dilekçesi verilmediği sonucuna ulaşılmalıdır. Cevap dilekçesinin verilmemesi ise HMK m. 128 uyarınca vakıa örgüsünü kuran vakıaların inkâr edildiği anlamına gelir. Davacı taraf iddia ettiği vakıaları ispat ettiği takdirde dava esastan kabul edilecektir.

Somitlaştırma yükünün yerine getirilmemesinin yaptırımının HMK’da öngörülmediği açıktır. HMK m. 119/2’nin kıyasen uygulanması suretiyle bu hükümde geçen yaptırıma başvurulması ise mümkün değildir¹⁰²⁰. Her ne kadar vakıa iddialarının somutlaştırılması HMK m. 119/1 ve 129/1 gereği karar verilirken taraf dilekçesi

¹⁰¹⁷ Yılmaz, (Şerh), 823.

¹⁰¹⁸ Yargıtay 21. HD, E. 2012/16743, K. 2012/22172, T. 05.12.2012 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası). Ancak başka bir kararda aksi yönde HMK m. 119/2’nin uygulanamayacağı ifade edilmiştir, bkz. Yargıtay 3. HD, E. 2013/19323, K. 2013/3734, T. 11.03.2014 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası). Kararlar için ayrıca bkz. Karamercan, 161-167.

¹⁰¹⁹ Taşpınar-Ayvaz, 380.

¹⁰²⁰ Aşık, (Dava ve Cevap Dilekçesi), 160; Özkes, 282; Börü, 249.

açısından önemli olsa da zorunlu unsurlar arasında görülemez¹⁰²¹. Ayrıca vakıa-delil ilişkisi kurulmasında da HMK md 119/2’de geçen yaptırımın uygulanacağı görüşünün de isabetsiz olduğunu belirtmeliyiz. HMK m. 119/1- (f)’te geçen vakıa-delil ilişkisi kurulmasına HMK m. 119/2’nin uygulanamayacağı hükmün ifadesinden anlaşılmaktadır¹⁰²². Kaldı ki, usulî bir yükün ihlaline bağlanan yaptırım kural olarak kanunda açıkça öngörülmez. İstisnai olarak karşı tarafın elindeki belgeye dayanıldığında ibraz etme yükünün yaptırımı HMK m. 220/3’te açıkça öngörülmüştür. Buna göre, usulî yüklerin yerine getirilmemesinin yaptırımının kanunda mutlaka hükme bağlanması şeklinde bir zorunluluğun olduğu sonucuna ulaşılamaz. Mesela iddia yükünün veya delil ikame yükünün yerine getirilmemesinin yaptırımı bakımından açık bir hüküm yoktur. Anılan yüklere uygun bir şekilde iddiada bulunulmaması veya delil gösterilmemesi ilgili vakıa veya delile bakılmaksızın karar verilmesi sonucunu doğurmaktadır. Vakıaların somutlaştırılması ve vakıa-delil ilişkisi kurulması açısından da aynı şekilde somutlaştırma yükünün yerine getirilmediği gözetilerek karar verilmelidir. Hangi vakıa somutlaştırılmamışsa veya hangi delil anlaşılır bir şekilde iddia edilmiş ve vakıa ile ilişkilendirilmemiş ise eksik bırakılan hususlar sebebiyle hüküm verilirken ilgili dava malzemesinin dikkate alınmaması sonucu doğar.

Öte yandan, HMK m. 119/2 ve 129/2’nin kıyas yoluyla uygulanabileceği görüşüne kıyas yapılmasının yalnız o şeye mahsus olmama (*asl, muhtassun binnas olmama*) şartı dikkate alındığında karşı çıkılabilir. Kıyas yapılabilmesi için uygulanacak hukuk kuralının belirli bir şeye hasredilmemesi şarttır¹⁰²³. Sırf bir şeye özgü hüküm konulmuşsa, başka konuda o hüküm uygulanamaz. Anılan düzenlemelerin hangi konulara girmeyen hususlarda uygulanabileceği açıkça öngörülmüştür. Yalnızca HMK m. 119/2 ve 129/2’de anılmayan bentlerde geçen hususlarda süre verme ve eksikliğin tamamlanmaması sebebiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilir. HMK m. 119/1 ve 129/1’de zikredilen diğer hususlarda ise kıyas yapılmasının şartları oluşmadığı için aynı yaptırım uygulanmamalıdır. Hatta aksi ile kanıt ilkesi de HMK m. 119/2 ve

¹⁰²¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, (3. Bası), 280. Öğretide bu görüşün HMK m. 119/2’nin lafzına göre ileri sürüldüğü belirtilmiş olup davaya dayanak teşkil eden vakıaların da zorunlu unsur olarak ele alınmaması doğru bulunmamaktadır, bkz. Karslı, 428. Zorunlu unsur olma sebebiyle, ilgili tarafa bir hafta süre tanınmalı ve bu süre içinde eksiklik tamamlanmadığı takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir, bkz. Abdurrahim Karslı/Evren Koç/Cengiz Serhat Konuralp, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemlerli Konular*, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014, 110, 111.

¹⁰²² Umar, 381.

¹⁰²³ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Bursa 2015, 282.

129/2'nin getirdiği yaptırımın uygulanamayacağını göstermektedir. Durumun belirli özelliği dikkate alınarak belirli bir sonuç öngörülmüş ise bunun dışında kalan bütün diğer durumlarda aksi hukukî sonuca tabi olma söz konusu olur¹⁰²⁴. Bu bağlamda, taraf dilekçesinde somutlaştırmaya yönelik eksik bilgi verilmesi hâlinde öncelikle süre verilmesi ve buna rağmen somutlaştırma yükünün yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmemelidir.

Yine bu görüşe yakın başka bir görüşe göre, deliller ile vakıalar arasında irtibat kurulmaması ile sınırlı olmak üzere, HMK m. 119/2'nin kıyasen uygulanabilir. Vakıaların somutlaştırılmamış olması hâlinde ise yalnızca davanın reddi tehlikesinin doğacağına belirtilmesi ile yetinilmiştir¹⁰²⁵. HMK m. 119/2'nin uygulanabileceği yönündeki başka bir görüş ise davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesini hiçbir vakıa iddia edilmemesi durumuna hasretmektedir¹⁰²⁶. Bu görüşte, somutlaştırma yükü yerine getirilmediğinde, nasıl karar verileceği ise belirtilmemiştir. Bu görüşün iddia yükünün yerine getirilmemesi hâlinde usulî bir karar verileceği görüşü ile paralellik arz ettiğini söyleyebiliriz. İddia yükünün hiç yerine getirilmemesinin bir sonucu olarak usule ilişkin bir karar verileceği de ifade edilmektedir¹⁰²⁷. Yargıtay da tahkikat konusu yapılacak vakıa olmayacağı sebebiyle bu görüştedir. Açıkça HMK m. 119/2'ye göre karar verileceği ise belirtilmemiştir¹⁰²⁸. Yalnızca iddia yükünün hiç yerine getirilmemesi gözetilerek usulî bir kararla davanın reddine karar verileceği ifade edilmekle yetinilmiştir¹⁰²⁹.

¹⁰²⁴ Gözler, 288.

¹⁰²⁵ Tanrıver, 634, 635. HMK m. 119/1 - (f) bakımından bir eksiklik söz konusu olduğu takdirde HMK m. 119/2'ye göre süre verilemeyeceği yönünde aksi yönde görüş de savunulmaktadır, bkz. Aşık, (*Dava ve Cevap Dilekçesi*), 163.

¹⁰²⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, 318.

¹⁰²⁷ Özkes, 288; Karamercan, 159, 182, 349. Hiçbir vakıaya yer verilmeyen dava dilekçesinin incelemeye alınamayacağı yönünde bir açıklamada da bulunulmuştur, bkz. Aşık, (*Dava ve Cevap Dilekçesi*), 160. Bu görüşün de aynı yönde olduğunu söyleyebiliriz. Zira taraf dilekçesinin dikkate alınmamasının sonucu davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi ile anlamına gelecektir.

¹⁰²⁸ Yargıtay 22. HD, E. 2014/19856, K. 2014/27672, T. 15.04.2014 (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

¹⁰²⁹ İddia yükü yerine getirilmediği için usulî karar verileceği görüşü aslında iddia yükünün niteliği ile bağdaşmaz. İddia edilmesi ihmal edilen vakıa gözetilmeksizin karar verilmesi iddia yükünün bir sonucudur. İddia yükü yerine getirilmediği için mahkeme doğrudan usulî bir karar veremez. Burada kastedilen dava sebebinin anlaşılmasına imkân verecek şekilde iddiada bulunulmamış olmasıdır. Dava sebebi belirli hâle getirilmediği için davanın usulden reddi olağandır. Burada, iddia yükünün yerine getirilmemesi söz konusu değildir. Kaldı ki, dava sebebi açık olmadığı için kesin hüküm teşkil edecek şekilde karar da verilemeyecektir, bkz. Börü, 174, 175. Öğretide ve uygulamada dile getirilen iddia yükünün hiç yerine getirilmemesinin bu şekilde anlaşılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. İddia yükü yerine getirilmediği (*bununla kastedilen vakıa örgüsünü kuran vakılardan biri veya birkaçının hiç iddia edilmemesi*) takdirde ise, mutlaka esastan bir karar verilecektir, bkz. Börü, 175. Dolayısıyla hem

HMK m. 129/2 gereği davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği, farklı bir gerekçeye dayandırılmıştır. İlk derece mahkemesince verilmiş bir karara göre, HMK m. 119/1 - (a), (d), (e), (f), (g)'de geçen unsurlar dilekçenin kabulü için zorunlu unsur teşkil etmektedir. O hâlde, bu unsurlarda bir eksiklik söz konusu olduğu takdirde, süre verilmesine dahi gerek kalmaksızın davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilmelidir. Buna göre, süre verilmesini gerektiren bir eksiklik yoksa, süre verilmeden davanın açılmamış sayılması sonucuna ulaşılabilir. Yargıtay ise bu görüşü doğru bulmamıştır¹⁰³⁰. Şöyle ki, HMK m. 119/1 - (a), (d), (e), (f), (g)'de geçen unsurlar açısından eksiklik hâlinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmemelidir. Bunun dışında, ilk derece mahkemesinin henüz tensip aşamasında HMK m. 119/1- (a), (d), (e), (f), (g)'de geçen unsurların sağlanıp sağlandığına karar vermesi de doğru bulunmamıştır. Dolayısıyla, somutlaştırma yükü yerine getirilmediği için davanın açılmamış sayılması yönünde bir sonuca ulaşamaz. Yargıtay'ın bu kararında somutlaştırma yükü yerine getirilmediğinde nasıl karar verileceğine ise açıklık getirilmemiştir. Yerel mahkemenin kararının hatalı olduğunu söyleyebiliriz. Yukarıda belirttiğimiz üzere HMK m. 119/2'de geçen yaptırımın HMK m. 119/1- (a), (d), (e), (f), (g)'de geçen hususlarda tatbik edilemeyeceği aksi ile kanıt ilkesinden de anlaşılmaktadır.

Somitlaştırma yükü yerine getirilmediği için HMK m. 119/2'ye göre karar verilemeyeceği yönündeki bir görüş ise yerine göre esastan veya usulden karar verilebileceği yönündedir. Vakıalar ve deliller bakımından bir ayırım yaparak usulden mi yoksa esastan mı karar verileceği belirlenmelidir. Vakıaların bildirilmemesi hâlinde usulden bir karar verilmelidir. İddia edilmiş vakıalar hakkında delil gösterilmemiş olması hâlinde ise verilecek karar usule ilişkin olacaktır. Çünkü bu vakıalar ispatsız kalacağı için davanın esastan reddi kaçınılmazdır¹⁰³¹. Usulden karar verilmesinin hangi gerekçeye dayandığına ise açıklık getirilmemiştir.

Yargıtay'ın vermiş olduğu başka bir kararda vakıaları somutlaştırmaya yönelik yeterli ölçüde bilgi verilmediğinde “*dava dilekçesinin reddi*” şeklinde bir karar

iddia yükü yerine getirilmediğinde hem de iddia edilmiş hak ferdileştirilemediğinde, iddia yükü sebebiyle değil, dava edilmiş hakkın belirlenememesi sebebiyle usule ilişkin bir karar ile davanın açılmamış sayılması sonucu doğmalıdır, bkz. BK-ZPO/Killias, Art. 221, kn. 25.

¹⁰³⁰ Yargıtay 19. HD., E. 2012/14885, K. 2013/1040, T. 22.01.2013 (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi: 03.03.2016).

¹⁰³¹ Postacıoğlu/Altay, 426.

verilebileceği ifade edilmiştir¹⁰³². Somutlaştırma yükü yerine getirilmediği için, HMK’da süre verilmesi öngörülmediği gözetilerek, ilk derece mahkemesince davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay’a göre, HMK m. 119/1 - (e) ve (f) uyarınca uyuşmazlık konusu vakıaların belirtilmesi ve bu vakıalar ile belirli delillerin ilişkilendirilmesi dava dilekçesi açısından zorunlu unsur değildir. Fakat karar verilebilmesi için somutlaştırma yükü yerine getirilmelidir. En geç cevaba cevap dilekçesinde bunun sağlanması şarttır. Yargıtay’ın bu görüşüne göre, somutlaştırma yükü yerine getirilmediği takdirde, ön inceleme aşamasına dahi geçilemeyeceği söylenebilir. Yargıtay, davaya bakan mahkemenin somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine yönelik olarak taraflara süre veremeyeceğini de belirtmiştir. Buna göre, somutlaştırma yükü dava dilekçesinin bir unsurudur ve yerine getirilmemiş olması hâlinde, dava dilekçesinin reddine şeklinde bir karar verilmelidir. Bu bağlamda, ilk derece mahkemesinin süre vermesi ve süreye uyulmadığı için kesin hüküm oluşturacak şekilde davanın esastan reddine karar vermesi uygun bulunmamıştır.

Yargıtay, tensip aşamasında HMK m. 119/1- (a), (d), (e), (f), (g) bentleri açısından yapılan açıklamaların yeterli olup olmadığı veya doğru olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşamayacağı kanaatindedir¹⁰³³. Bölge Adliye ve Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m. 200/1 - (a)’ye göre ise tensip tutanağı düzenlenirken dava dilekçesinin HMK m. 119’da geçen unsurları içerip içermediğinin tespit edilmesi gerekir. Yönetmelikte tensip aşamasında HMK m. 119’un düzenlediği hususların inceleneceğinin öngörülmesi doğrudur. Nitekim bazı hususların taraf dilekçelerine bakılarak tespit edilmesi hiç de zor olmayacaktır. Mesela mahkemenin adının dava dilekçesinde belirtilmiş olup olmadığı tensip tutanağı düzenlenirken kolaylıkla

¹⁰³² Yargıtay 8. HD, E. 2012/11077, K. 2013/4565, T. 28.03.2013 (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı). “... Mahkemece, dava dilekçesindeki tamamlamaya tabi zorunlu unsurlardan olmayan dava sebebi olan vakıaların dilekçede yer almaması sebebiyle davacıya kesin süre verilemez ise de, dava dilekçesinin unsurları eksik olduğundan dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken bu husus dikkate alınmadan ve taraflar arasında kesin hüküm oluşturacak biçimde davanın reddine karar verilmesi doğru değilse de Kanuna uygun olmayan bu husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına yer olmadığından hükmün 1. fıkrasının “davanın reddine” ibaresinin çıkarılarak yerine “dava dilekçesinin reddine” ibaresinin yazılarak HUMK.nun 438/7. (HMK.nun 370/2) maddesi gereğince (6100 sayılı Kanunu 31.03.2011 tarih 6217 sayılı Kanunla eklenen Geçici 3. maddeye göre) DÜZELTİLEREK ONANMASINA, ...”.

¹⁰³³ Tensip aşamasında somutlaştırma yükünün yerine getirilip getirilemediğinin tespit edilemeyeceği yönünde verilen karar için bkz. Yargıtay 19. HD., E. 2012/14885, K. 2013/1040, T. 22.01.2013 (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi: 03.03.2016).

anlaşılabilir. Somutlaştırma yükü açısından ise taraf dilekçelerine göre bu yükün yerine getirilip getirilmediğini belirlemek her zaman için mümkün değildir. Çoğunlukla somutlaştırma yüküne ilişkin bir değerlendirme ön inceleme aşamasında gerçekleşecektir. Çünkü taraf dilekçelerine göre ihtilaflı olan vakıaların tespitinde zorluk yaşanabilir. Buna ek olarak, vakıa-delil ilişkisinin doğru kurulup kurulmadığı bir ölçüde ilgili delilin genel itibarıyla incelenmesi ile mümkün hâle gelebilir. Bu sebepten ötürü, Yargıtay'ın HMK m. 119'de geçen hususların incelenmesine ilişkin yapmış olduğu değerlendirmenin doğru olmadığı söylenebilir.

Dava dilekçesinin reddine karar verilebileceği yönündeki Yargıtay kararı birçok bakımdan hatalı bir karar niteliğindedir. Öncelikle somutlaştırma yükü yerine getirilmediği için ön inceleme aşamasına geçilemeyeceği yanlış bir ifadedir. En erken ön inceleme aşamasında mevcut uyuşmazlık açısından somutlaştırma yükünün yerine getirilip getirilmediği tespit edilebilir¹⁰³⁴. Zira somutlaştırma yükü yalnızca uygulanacak hukuk kuralının koşul vakıalarına değil aynı zamanda karşı tarafın beyanlarına da bağlıdır. Öte yandan, tahkikatın konusu olacak çekişmeli vakıaların tespit edildiği aşama çoğunlukla ön inceleme aşamasıdır. Somutlaştırma yükü yerine getirilmeden hangi vakıaların çekişmeli olduğunun tespiti ise hemen hemen imkânsızdır. Dolayısıyla, somutlaştırma yükü yerine getirilmediği için ön inceleme aşamasında geçilemeyeceği yanlış bir değerlendirmedir¹⁰³⁵.

Hukukumuzda “*dava dilekçesinin reddi*” kurumu kabul edilmemiştir. Dilekçenin belirli eksiklikler dolayısıyla reddedilmesi, daha karşı tarafa açıklama yapma imkânı tanınmadan gerçekleşmektedir. Böylece, tebliğ edilecek dilekçenin önemli eksiklikler içermesinin önüne geçilebilir. Şayet somutlaştırma yüküne dayalı bir değerlendirme yapılırken dava dilekçesinin reddedilmesi şeklinde bir karar verilir ise bu yük altındaki tarafa etkin hukukî koruma tanınmamış olacaktır. Diğer yandan, somutlaştırma yükü

¹⁰³⁴ Yargıtay 19. HD, E. 2012/14885, K. 2013/1040, T. 22.01.2013: “... Söz konusu hükmünde önemli olan kanunda yazılı hususların şeklen dava dilekçesinde yer alması olup, henüz tensip aşamasında anılan hükmünde belirtilen hususların yeterli olup olmadığı veya doğru olup olmadığı konusunda mahkemece bir yargıya varılması ve davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi doğru değildir. Bu nedenle mahkemenin dava dilekçesinin HMK’nun 119/1 a, d, e, f, g bentlerindeki hususların eksik olması nedeniyle davanın açılmamış sayılmasına karar vermesi hem kanuna hem de dava dilekçesinin içeriğine aykırıdır.” (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi: 03.03.2016).

¹⁰³⁵ Hâkimin ön inceleme aşamasında somutlaştırmayı sağlaması gerektiğine vurgu yapan karar için bkz. Yargıtay 22. HD, E. 2014/19856, K. 2014/27672, T. 15.04.2014 (Yayınlanmamış Yargıtay Kararı): “...Çünkü, ön incelemede tarafların iddia ve savunmalarının tespit edilmesi, anlaştıkları ve anlaşamadıkları noktaların tek tek belirlenmesi gerekli ve zorunlu olup bu aynı zamanda hâkimin ödevidir...”.

cevap dilekçesi ve cevaba cevap dilekçesi için de söz konusu olabilir. Somutlaştırma yükü yerine getirilmediği için davalının kendisini savunmaya yönelik dilekçelerinin reddedilmesi hâlinde artık davalının iddia edilen vakıaları reddettiğini kabul etmek dışında bir sonuca ulaşamaz. Bu durum ise HMK m. 27’de geçen hukukî dinlenilme aykırılık teşkil edecektir. Zira davalıya savunma yapma imkânı tanınmamış olacaktır. Öte yandan, HMK’nın hazırlık döneminde HMK m. 119 düzenlemesi yeterli görüldüğü için hâkimin dava dilekçesini reddedebilmesi imkânı benimsenmemiştir¹⁰³⁶.

4.1.1.2.2. Esasa İlişkin Karar Verileceği Görüşü ve Değerlendirilmesi

Öğretide ve yargı kararlarındaki hâkim görüş ise, somutlaştırma yükü yerine getirilmediğinde davanın esası hakkında karar verilebileceği yönündedir. Bilhassa ispat yükünün yerine getirilmemesi hâlinde ortaya çıkacak sonuca benzer bir sonucun doğacağı ifade edilmiştir. Yani somutlaştırma yükü davacı tarafından yerine getirilmediğinde davanın esastan reddine karar verilmelidir¹⁰³⁷. Gerçekten, hakkında somutlaştırma yükü yerine getirilmeyen vakıa bakımından, ispat faaliyetinde bulunulamayacağı için, o vakıanın ispat edilememiş olması ile aynı sonuç doğmaktadır¹⁰³⁸. Somutlaştırılmadığı için hükme esas alınmayan vakıa, ilgili tarafın (*hakkında doğumuna ilişkin vakıa davacının; hakkın ileri sürülmesine engel teşkil eden vakıa davalının*) aleyhine karar verilmesine sebep olur. Esastan karar verileceği doğru olmakla birlikte kanaatimizce mutlak suretle davanın esastan reddedileceği ise söylenemez.

Dava malzemesine ilişkin öngörülmüş usulî bir yükün yerine getirilmemesinde hiçbir şekilde usule ilişkin bir karar verilemez. Usulî yükleri ilgilendiren konular uyuşmazlığın esasını ilgilendirmektedir. Yerine göre davaya dâhil edilmek istenen vakıaya veya delile bakılmaksızın karar verilmesi veya vakıa iddiasının gereceğe uygun

¹⁰³⁶ Aşık, 624.

¹⁰³⁷ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 36; BK-ZPO/Killias, Art. 221, kn. 24; Erol Karaaslan (E.), "Hukuk Muhakemleri Kanunu'nda Dava Dilekçesi", *İBD*, S. 2, C. 87, 2013, 372; Özokes, 296; Pekcanitez/Atalay/Özokes, (3. Bası), 387; Karamercan, 351. Yargıtay, somutlaştırma yükü yerine getirilmediğinde ispat yükünün de yerine getirilmemiş olduğunu dikkate alarak davanın esastan reddine karar verileceğini belirtmiştir, bkz. Yargıtay 22. HD., E. 2014/19866, K. 2014/27673, T. 14.10.2014 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası). Oysa bu durumda ispat faaliyetine girilmediği için ispat yüküne dayalı bir karar verilmesi düşünülemez. İleri sürülmüş vakıa iddiasının belirsiz kalması sebebiyle esastan karar verilmektedir, bkz. Börü, 252. Burada belirtilen belirsiz kalma ile vakıa iddiasının ispat edilememesinin kastedilmediğine dikkat edilmelidir.

¹⁰³⁸ BK-ZPO/Brönnimann, Art. 152, kn. 34, 35; Meier, 148; Tanrıver, 798; Börü, 249, 250.

olduğu farz edilerek karar verilmesi söz konusu olabilir. Usulî bir yükün yerine getirilmemesi uyuşmazlığın esastan incelenmesine engel teşkil etmez¹⁰³⁹. Bu bağlamda, yukarıda belirtilen sebepler yanında usulî bir yük olan somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi sebebiyle esasa ilişkin bir karar verileceğini söyleyebiliriz. İddia veya savunmanın temeli olan vakıa somutlaştırılmadığı için gözetilmeyeceğinden iddia veya savunma reddedilecektir¹⁰⁴⁰.

Somitlaştırma yükünün yerine getirilmemesinin yaptırımının HMK'da öngörülmediği açıktır. Türk hukukunda yapılan hatalı değerlendirme, dava dilekçesinde yer alması gerekliliğine işaret edilen usulî yüklere ilişkin bazı hususların zorunlu bir unsur olarak algılanması veya buna yönelik bir yaptırımın öngörülmemesinin eksiklik olarak görülmesidir¹⁰⁴¹. Kanunda usulî bir yükün yerine getirilmemesine açık bir yaptırımın getirilmesi beklenmemelidir. Hatta usulî bir yükün ihlaline (*iddia yükünün hiç yerine getirilmemiş olması*) bağlanan yaptırım kural olarak kanunda açıkça öngörülmez. İstisnai olarak karşı tarafın elindeki belgeye dayanıldığında ibraz etme yükünün yerine getirilmemesinin yaptırımı HMK m. 220/3'te açıkça belirtilmiştir. Buna göre, usulî yüklerin yerine getirilmemesinin yaptırımının kanunda geçmesinin zorunlu olduğu sonucuna ulaşamaz. Mesela iddia yükünün veya delil ikame yükünün yerine getirilmemesinin yaptırımı bakımından açık bir kanunî düzenleme yoktur. Buna rağmen anılan yüklere uygun bir şekilde iddiada bulunulmaması veya delil gösterilmemesi getirilen dava malzemesine bakılmaksızın karar verilmesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, HMK m. 194'te somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesinin yaptırımının belirtilmemiş olması öğretide belirtildiğinin aksine¹⁰⁴², bu düzenlemeyi işlevsiz kılmamaktadır.

Esasa ilişkin kararın her hâlükârda talep sonucunun (*davanın kabulü veya davanın reddi*) reddine hükmedilmesini yönünde olmayacağını belirtmeliyiz. Çünkü usulî yük yerine getirilmediği için karara esas alınamayacak vakıa veya delil talep sonucunun kabulü için olmazsa olmaz niteliğinde olmayabilir. Sadece hakkında öngörülen usulî

¹⁰³⁹ İddia yükünün yerine getirilmemesi hâlinde hatalı bir şekilde davanın usulden reddedileceği belirtilmiştir. Hiçbir vakıa iddiasında bulunulmamış olsa dahi uyuşmazlığın kaynaklandığı ilişkinin tayin edilmesine hizmet edilecek bilgilerin paylaşılmış olması esastan karar verilmesi için yeterlidir. İddia yükünün yerine getirilmemiş olsa dahi dava konusunun ve sebebinin anlaşılması mümkün olabilir. Bu takdirde, verilecek karar kesin hüküm teşkil edebileceğinden ötürü, esastan karar verilmesi mümkündür, bkz. Börü, 174, 175.

¹⁰⁴⁰ Akil, (*Somitlaştırma Yüğü*), 98.

¹⁰⁴¹ Bu konuda ileri sürülen görüşler için bkz. Börü, 235-237.

¹⁰⁴² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, 117.

yük yerine getirilmemiş dava malzemesinin dikkate alınmaması sonucu doğar. Talep sonucunu haklı kılmaya tek başına yeterli olan birden fazla vakıadan somutlaştırılmamış olanı hükme esas alınmasa bile diğerleri talep sonucuna hükmedilmesini sağlayabilir. Özetle, somutlaştırma yüküne dayalı bir kararın mutlak suretle esasa ilişkin olacağını; fakat talep sonucuna karar verilip verilmeyeceği duruma göre değişeceğini söyleyebiliriz.

4.1.1.3. Doğrudan Bilirkişi İncelemesine Karar Verilmesi

Somitlaştırma yükünün öngörülmesi ile hâkimlerin dava dosyasını incelemeyen dosyayı bilirkişiye göndermeleri alışkanlığına engel olunmasının arzulandığını söylenebilir. Bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi şeklinde bir yola gidilmemelidir¹⁰⁴³. Ayrıca uyuşmazlığı çözme görevi de bilirkişiye teslim edilemez. Şöyle ki, mesela hekimin hukukî sorumluluğunda zararın özen yükümlülüğünün ihlal edilmesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit etmesini istemek suretiyle bilirkişiye başvurulamaz. Aksi hâlde, altlama faaliyetinin bilirkişi tarafından yerin getirilmesi sonucu doğar¹⁰⁴⁴. Somutlaştırma yükü yerine getirilip vakıa iddiası algılanabilir hâle gelmediği sürece, hiçbir delil incelenmemelidir. Aşağıda belirteceğimiz istisnai hâlde ise, somutlaştırma yükü yerine getirilmemiş olmasına rağmen, delil incelemesi yapılması kaçınılmazdır. Yine öncelikle tarafların ellerinden geldiği kadar uyuşmazlığa ilişkin ayrıntılı ve lüzumlu açıklamalar yapmaları sağlanmalıdır. Sonrasında ise, somutlaştırma yükünü yerine getirmeye imkân tanıyacak delilin değerlendirilmesi ile iktifa edilip; diğer delillerin değerlendirilmesi için ilgili tarafça daha ayrıntılı ve algılanabilir bir açıklama yapma olanağı elde edilmeye çalışılmalıdır.

Uyuşmazlığa ilişkin somutlaştırma yükünü yerine getirmeye hizmet edecek bütün bilgiler temin edilmiş olsa dahi, uzmanlık bilgisine sahip olmayan bir taraf, yine somut

¹⁰⁴³ Özkes, 295, 296; Börü, 214. Yargıtay da bu yönde bir karar vermiştir, bkz. Yargıtay 22. HD, E. 2014/19856, K. 2014/27672, T. 15.04.2014 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası): “... Bunun gibi, tarafların üzerinde bulunan yükleri (iddi, somutlaştırma ve ispat yükü) ve hâkimin görevi ve ödevini bilirkişinin üzerine yarak, bilirkişinin bu tespitleri yapması da beklenemez ve bu tespitlere göre de dava yürütülemez. Zira, tarafın iddiası olmayan veya somutlaştırmadığı bir hususu, bilirkişi incelemeyiz, değerlendiremez; bilirkişi hâkimin yerine de geçerek davayı aydınlatamaz, uyuşmazlık ve vakıa belirlemesinde bulunamaz. Bilirkişi ancak, varolanı inceleyebilir, açıklayabilir, teknik bilgisiyile istenen hususu tespit edebilir. Başlangıçta taraflarca ve hâkim tarafından gerçekleştirilmeyen bu işlemlerin sonradan bilirkişi marifetiyle giderilmesi usûlen mümkün değildir...”

¹⁰⁴⁴ Atılay İleri, "Der Richter und sein Denker", HAVE, 2009, 367, 368.

açıklamalarda bulunamaz. Her iki tarafın bütün bilgileri getirmesine rağmen, tecrübe kurallarını bilmeyen taraf ile bu davaya bakacak hâkimin aynı durumda olacağını söyleyebiliriz¹⁰⁴⁵. Ciddi bir eğitim sonucu öğrenilebilecek tecrübe kurallarının bilinmesi, çok istisnai durumlarda söz konusu olabilir. Tesadüfen ispat yükü altındaki taraf uyuşmazlığı ilgilendiren konuda eğitim almış biri olabilir. Böyle bir durum olmadığı sürece, tecrübe kuralının öğrenilmesine yönelik usulî araçlara başvurulmasından başka çare olmadığı kanaatindeyiz. Aslında yalnızca bilirkişi vasıtasıyla ihtiyaç duyulan tecrübe kuralı öğrenilebilir. Bilirkişi incelemesi bazı hâllerde keşif icrasına bağlı olabilir. Bu durumda, yerine göre her iki ispat vasıtasından da birlikte yararlanılmalıdır. Somutlaştırma imkânsızlığı içindeki taraf açıkça talep etmese bile, davaya hâkim, bu durumu gözeterek re'sen bu delillere başvurmalıdır¹⁰⁴⁶. Uzmanlık bilgisine dayalı tecrübe kuralı öğrenildikten sonra, vakıa iddiasını somutlaştırmak mümkün hâle gelebileceği için, ilgili tarafın somutlaştırma yükünü yerine getirmesi beklenebilir.

Hekimin hukukî sorumluluğuna yönelik davalarda uzmanlık bilgisi eksikliğinden dolayı somutlaştırma imkânsızlığının ortaya çıkması kaçınılmazdır. Uygulanmış tedavi bütün ayrıntıları ile ortaya konulamayacağından yapılan hatalar belirtilemeyeceği gibi yapılması gerekli olup ihmal edilen hususlardan da bahsedilemeyecektir¹⁰⁴⁷. Tedavi sonrasında hastaya her türlü bilgi (*tedavi müddetince karşılaşılan komplikasyonlar, tedaviyi yapan kişiler gibi*) yazılı olarak verilmiş olabilir. Bu suretle hastanın süreci gözlemlene ve bilgi edinme imkânının olmamasının sakıncaları telafi edilse bile yeterli olmayacaktır. Elde edilen bilgilere bakarak uzmanlık bilgisine sahip olmama sebebiyle yine somut iddialarda bulunulamayacaktır¹⁰⁴⁸. Özellikle kusuru ve illiyet bağıni somutlaştırmaya yönelik açıklamalarda bulunmak gerçekleşemeyecektir.

Kanaatimizce, ispat vasıtalarına başvurmadan önce, iddia yükünü taşımayan ve uzmanlık bilgisine sahip olan taraftan inkârda bulunurken ayrıca tecrübe kuralları hakkında da bilgi vermesi istenebilmelidir. Karşı tarafın sorguya çekilmesi esnasında mutlaka buna yönelik açıklamalarda bulunmasını sağlayacak sorular yöneltilmelidir. Hâkimin bu faaliyeti davaya esas teşkil edecek vakıaları ilgilendirmedeği için taraflarca

¹⁰⁴⁵ İleri, 367.

¹⁰⁴⁶ Daha önce açıkladığımız üzere, hâkim burada tecrübe kuralını öğrenmek için re'sen başvurulabilecek delillerden istifade ettiği için taraf talebine ihtiyaç duymayacaktır. Vakıa iddiasını ispat amacıyla bu delillere başvurulmasında taraf talebinin gerekli olduğu yönündeki görüşümüz ile bağdaşmayan bir durum yoktur.

¹⁰⁴⁷ İleri, 367, 368; Süß, 309.

¹⁰⁴⁸ İleri, 363-364.

getirilme ilkesi açısından bir sakınca doğmaz. Zira yalnızca uyuşmazlık açısından önem arz eden tecrübe kuralları öğrenilmektedir. Nitekim hâkim doğrudan uyuşmazlığı ilgilendiren vakıaları öğrenmeye çalışmamaktadır¹⁰⁴⁹. Tecrübe kuralları hakkında da bilgi edinilmesi sonradan yapılacak bilirkişi incelemesini de kolaylaşmasına katkıda bulunur.

Yukarıda belirttiğimiz hususlar göz önünde alındığında, uzmanlık bilgisine sahip olmamaya bağlı somutlaştırma yükünü yerine getirmeme hâline istisna tanınmasının kaçınılmaz olduğunu söyleyebiliriz. Hâkimin buna rağmen iddia edilmiş bir vakıayı, yeterli ölçüde somutlaştırılamadığı gerekçesiyle, gözetmeden karar vermesi adil olmayan sonuçlar doğurur¹⁰⁵⁰. HMK'da öngörülen somutlaştırma yükü hak kayıplarına sebep olmak için değil, dava malzemesinin anlaşılabilir bir şekilde dava dosyasına dâhil edilmesini sağlamak üzere getirilmiştir. Elinde olmayan sebeplerden ötürü bunu yerine getiremeyen tarafın aleyhine bir sonuç doğmasına sebep olacak şekilde somutlaştırma yüküne başvurulmamalıdır.

Uzmanlık bilgisine sahip olmayan tarafa dava açmadan önce de tecrübe kuralını öğrenme imkânı açılabilirdir. İspat yükü altındaki tarafın tecrübe kuralını bilmede bu noktada hukukî yararının olduğundan şüphe edilemez. Öyleyse delil tespiti talep edilmesi ve bu aşamada bilirkişiden görüş alınması yolu denenebilmelidir. Mesela hekimin hukukî sorumluluğuna yönelik açılacak davada delil tespiti sayesinde zarara neyin sebep olduğu delil tespiti ile açıklanabilecektir¹⁰⁵¹. Delil tespitine başvurulabilir ve tecrübe kurallarını öğrenmek için bilirkişi raporu temin edilebilir ise iki şekilde faydalı sonuç doğar. Birincisi, davadaki şanslarını gören taraflar kendileri için daha aleyhe bir duruma sebep olmamak için uyuşmazlığın sonlandırılmasına yönelik strateji (*uzlaşma veya dava açmama*) izleyebilirler. İkincisi ise, dava açılmasına karar verildiğinde, tecrübe kuralı da öğrenilmiş olacağından, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinde herhangi bir zorlukla karşılaşmayacaktır. Böylece, ispat yükü altında olan tarafın dava

¹⁰⁴⁹ HMK m. 169/2'de davaya temel teşkil eden vakıalara ilişkin hususlarda da bir tarafın sorguya çekileceği öngörülmüştür. Tecrübe kuralının vakıalara ilişkin bir husus olduğu açıktır. Dolayısıyla, isticvapta tecrübe kuralı hakkında karşı taraftan bilgi edinilmesi de mümkün olmalıdır.

¹⁰⁵⁰ Seibel, 363, 364.

¹⁰⁵¹ Raporda belirtilen sebebin (ağır) kusura bağlı olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılmasından imtina edilmelidir, bkz. Musielak ZPO/Huber, § 485, kn. 14. Rapor ile sunulacak uzmanlık bilgisi ve tıbbi müdahale anlaşılır bir şekilde açıklanmalı ki, hâkimin yapacağı altlama faaliyeti bilirkişiye devredilmesin. Hem bilirkişinin hem de tarafların açıklamaları böylece yalnızca hâkim tarafından değerlendirilmiş olur, bkz. İleri, 368.

açmadan önce özel bilirkişiden görüş almak zorunda bırakılmasına da mani olunabilir¹⁰⁵².

4.1.2. Vakıa-Delil İlişkisinin Kurulmamış Olması

İlişkilendirme yükü, ikame edilmiş delillerin muayyen vakıa iddiaları ile irtibatlandırılması suretiyle gerçekleşir. Delillerin eksik bildirilmesi hususu somutlaştırma yükünün kapsamına girmez. Gösterilmesi gereken bir delilin hâkim tarafından fark edilmesi durumunda, aydınlatma ödevi çerçevesinde, bu delilin ilgili tarafça yargılamaya dâhil etmesi sağlanamaz. Aydınlatma ödevi, taraf dilekçesinde belirtilmiş olan deliller bakımından söz konusu olabilir. Delillerin hasredilmesinin bir sonucu olarak, eksik kalan delil, hâkimin davayı aydınlatma ödevine dayanarak yargılamanın konusu hâline getirilemez. Böyle bir ihmalde bulunan taraf, bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Vakıa-delil ilişkisini anlaşılabilir şekilde ortaya koymama hâlinde ise, bunun giderilmesi için ilgili tarafa açıklama yapma imkânı tanınmalıdır.

4.1.2.1. İlişkilendirme Yükünün Yerine Getirilmesi Gerekliliğinin Hâkim Tarafından Hatırlatılması

Taraf dilekçesinde delillerin gösterilmesi, tek başına, ilişkilendirme yükünün yerine getirilmesi bakımından yeterli değildir. Hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiği de açıklanarak ilişkilendirme yükü yerine getirilmelidir. Uygulamada vakıa-delil ilişkisinin hiç kurulmamış (*sırf delillerin ismen zikredilmesi*) veya yanlış kurulmuş olması (*birden fazla delilden ispat edilecek vakıaya ilişkin olmayan delil ile ilişki kurulması*) gibi ihtimaller ortaya çıkabilir. Belge delilinde ise vakıa ile bağlantı doğru kurulmakla birlikte belgenin ilgili kısmı belirtilmeksizin bir belge yığınının dava veya cevap dilekçesine eklenmesi yoluna gidilmiş olabilir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde bu tür eksiklikler dava esnasında giderilebilmelidir. Fakat davaya bu suretle daha önce hiç bahsedilmemiş yeni bir delilin dâhil edilmesi yolu

¹⁰⁵² Lang, (§ 142), 20. Özel bilirkişiden yararlanılması gerçekten somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinde kolaylık sağlayabilir. Mesela, özel bilirkişiye başvurulduğu takdirde, bir eser sözleşmesinde ayıbın belirtilmesinin yanı sıra, bunun sebebinin de açıklanması mümkün olabilir, bkz. Walter Bischofberger, "Substantiierungs- und Beweisprobleme bei Bauprozessen", in *Substantiieren und Beweisen Praktische Probleme 2013*, (Hrsg. Dolge, Anette), Zürich 2013, 44. Ancak daha önce de vurguladığımız üzere, somutlaştırma yükünü taşıyan taraf bunun gereklerini yerine getirmek için özel bilirkişiden yararlanmak zorunda bırakılmamalıdır.

açılmamalıdır¹⁰⁵³. Öğretide, belirsiz ve çelişkili görülen hususlarda, davayı aydınlatma ödevi gereği, taraflardan yeni delil göstermelerinin istenebileceği belirtilmiştir¹⁰⁵⁴. Oysa aydınlatma ödevinin bu şekilde uygulanması mümkün değildir¹⁰⁵⁵. Gerçekten, taraflarca vakıa-delil ilişkisinin doğru ve anlaşılır bir şekilde kurulmasını sağlamak üzere aydınlatma ödevi devreye giderebilir¹⁰⁵⁶. Yalnızca dilekçeler aşamasında belirtilen deliller ile sınırlı kalınması kaydıyla bu yaklaşım doğru olabilir. Delilin gösterilmesine yönelik açıklamadaki eksiklik, belirsizlik ve çelişki giderilmelidir. Daha önce hiç bahsedilmemiş bir delilin ise bu kapsamda yargılamaya dâhil edilmesi düşünülemez¹⁰⁵⁷. İlişkilendirme yükü sağlıklı bir şekilde yerine getirilmediğinde, karar verilmeden önce, her hâlükârda buna dikkat çekilmelidir. Vakıa iddiasını ispat etmek zorunda olan tarafın tutumuna göre ikame edilmeye çalışılan delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği karara bağlanabilir. Hâkimin burada yapması gereken şey, yeni bir delilin ikame edilmesini sağlamak değildir. Sadece gösterilmek istenen delilin anlaşılabilir bir şekilde izah edilmesi temin edilmelidir.

Vakıa-delil ilişkisinin tek tek kurulmamış veya yanlış kurulmuş olmasının doğrudan ilgili taraf aleyhine sonuç doğurmayacağı görüşü farklı bir gerekçeye de dayandırılmaktadır. Şöyle ki, taraf dilekçeleri için öngörülmuş unsurlarda eksiklik olması hâlinde süre verilmesi gerekliliği burada da uygulanmalıdır. Hâkimin delilleri re'sen değerlendirme görevi gereği böyle bir sonuca ulaşılacağı belirtilmiştir¹⁰⁵⁸. Lâkin delilin ilgili vakıa ile bağlantısının kurularak gösterilmesi ile delillerin re'sen değerlendirilmesi arasında hiçbir ilişki yoktur. Ayrıca HMK m. 119 ve 129 hükümleri göz önüne alındığında anılan görüşün uygun olmadığı da söylenebilir. HMK m. 119/2

¹⁰⁵³ Yargıtay 22. HD, E. 2015/6809, K. 2016/10353, T. 11.04.2016 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁵⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, 159.

¹⁰⁵⁵ Bir görüşe göre, delillerin hasredilmesine HMK m. 31 veya HMK md 145'in istisna teşkil ettiği ifade edilmiştir, bkz. Kuru, (*İstinafa Göre*), 328, 329. Kanaatimizce, hâkimin lüzumlu görmesi üzerine gösterilmesi ihmal edilen bir delil aydınlatma ödevi çerçevesinde yargılamaya dâhil edilemez. HMK m. 145'e göre bir delilin getirilmesi ise delillerin hasredilmesinin istisnası değildir. Çünkü burada gösterilmesi ihmal edilmiş bir delil yoktur, ilgili tarafın ikame etme olanağı bulunmayan bir delil söz konusudur. Bu delil ise her hâlükârda delillerin hasredilmesinin kapsamı dışında tutulmalıdır.

¹⁰⁵⁶ Karaaslan, 148; Özmumcu, 56, 57.

¹⁰⁵⁷ Özekes, 277; Simil, (*Aydınlatma Ödevi*), 1365; Yalabık, 383, 384. Alman hukukunda re'sen başvurulabilecek deliller arasında yer almayan tanık delili bakımından aynı yönde görüş bildirilmiştir. Buna göre, dava dosyasından anlaşılmayan bir tanığın dinlenilmesine yönelik olarak aydınlatma ödevine başvurulmamalıdır, bkz. Stürner, 57.

¹⁰⁵⁸ Yavuz Alangoya, "6100 sayılı Kanun Hakkında Mülhâzalar", *Makaleler*, İstanbul 2002, 510, 511.

ve 129/2’de dilekçe unsurlarından hangilerinde eksiklik olduğu takdirde süre verileceği öngörülmüştür. İlişkilendirme yükü ise bunlar arasında yer almamaktadır.

İlişkilendirme yükünün tam anlamıyla yerine getirilmemesi durumunda, hâkimin yapması gereken şey, davayı aydınlatma ödevi ilkesi gereği, ilgili tarafın açıklama yapmasını sağlamaktır¹⁰⁵⁹. Hâkimin kendiliğinden vakıa-delil ilişkisini kurmak yönünde bir görevi yoktur. Hâkim tarafından yapılacak uyarılar sonucunda hangi delil ile hangi vakıanın ispatının istendiği açıklığa kavuşturulabilir. Delillerin süratle değerlendirilebilmesine yönelik olan ilişkilendirme yükünün bu suretle yerine getirilmesi, taraflarca getirilmiş dava malzemesi ile bağlı kalınması ilkesine de uygun olabilir.

Açıkça delil niteliğinden bahsedilmeyen bir delilin de dava dosyasına dâhil edilmiş olması ihtimali söz konusu olabilir. Bu durum da, ilişkilendirme yükünü ilgilendiren bir mesele olarak görülmelidir. Vakıa iddiasının gerçeğe uygun olduğu yönünde gösterilen bir delilin bu niteliğine değinmeksizin sadece varlığından bahsedilmiş olması, aydınlatma ödevine başvurulmasını gerektirir. İddia edilen vakıanın ispatı için delil niteliği belirtilmemiş olan ispat vasıtasının değerlendirilmesinin istenip istenmediği hâkim tarafından ilgiliye sorulmalıdır. Mesela, bir olaya birçok kişinin tanık olduğu belirtilip bu kişilerin tanık olarak dinlenilmesinin istendiği açıkça söylenmemiş olabilir. Böyle bir durumda, bu kişilerin tanık olarak dinlenilmesinin istenip istemediğinin sorulması suretiyle, konuya açıklık getirilebileceği kabul edilmelidir. Tarafların açıklamalarında geçen kişilerin tanık olarak dinletilmek istendiğinin ima edildiği esas alınmalıdır. Bu durumda, aydınlatma ödevi çerçevesinde ilgili tarafın açıklama yapmasına olanak tanınması, aydınlatma ödevi ilkesinin amacına uygun olur¹⁰⁶⁰. Dava dosyasından ispat edilecek vakıa ile ilişkisi olduğu anlaşılan kişilerin doğrudan tanık olarak dinlenebileceği ise düşünülemez. Hâkim kendiliğinden delil toplamayacağı için, HMK m. 25/2’ye uygun olarak buna riayet edilmelidir¹⁰⁶¹. Ayrıca hâkimin doğrudan tanıkları dinlemesi hâlinde, taraflar için tanık listesi verme zorunluluğunun öngörülmesinin hiçbir anlamı kalmaz.

¹⁰⁵⁹ Karaaslan, (*Aydınlatma Ödevi*), 119; Simil, (*Aydınlatma Ödevi*), 1364.

¹⁰⁶⁰ Spohr, 67; Zettel, 131; Karaaslan, 32, 151. Davacının sözleşme yapıldığı esnada eşinin bulunduğunu söylemesi üzerine eşin tanık olarak dinlenip dinlenmeyeceği aydınlatma ödevi kapsamında sorulmalıdır, bkz. Schilken, (*Zivilprozessrecht*), 170.

¹⁰⁶¹ Karaaslan, 151, 152. Buna karşın, öğretilde ispat edilecek vakıa bakımından tanık olarak dinlenilebileceği tespit edilen kişilere herhangi bir şart aranmaksızın başvurulabileceği belirtilmektedir, bkz. Alangoya, 176; Umar, 145; Yalabık, 462, 463.

Dava dosyasında yer alan bir belgeden anlaşılan kişilerin dahi, aydınlatma ödevi gereği, tanık olarak dinletilebileceği kabul edilmelidir¹⁰⁶². Fakat öğretide belirtildiğinin aksine¹⁰⁶³, hâkimin kendiliğinden belgeden anlaşılan tanığı dinlememesi gerekir. Yine aydınlatma ödevi gereği dava dosyasındaki belgeden anlaşılan tanığın dinlenilmesinin istenip istenmediği hakkında ilgili tarafa soru sorulmalıdır. Ancak böyle bir yaklaşım, taraflarca getirilme ilkesi ile uyumlu olur¹⁰⁶⁴.

Dinlenilmesi istenen tanık hakkında davete elverişli bilgileri verilmeden tanık deliline başvurulmuş olabilir. Hâkimin eksik bilgi verildiği için tanığı dinlemesi bu hâlde pek de mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, tanığın davet edilmesi için lüzumlu bilgilerde eksiklik hâlinde de yine aydınlatma ödevi devreye girmelidir. Bu delile dayanan tarafa, tanığın dinlenebilmesi için açıklama yapma fırsatı verilmelidir¹⁰⁶⁵. Kendisinden bilgi verilmesi beklenen taraf açıklama yapmadığı takdirde, HMK m. 240/3'e göre, tanık dinlenmeden karar verilebilir¹⁰⁶⁶.

Gözden kaçırıldığı için hiçbir vakıa ile ilişkilendirilmemiş ve dava dosyasında yer alan bir delilin neden ibraz edildiği de anlaşılmaya çalışılmalıdır. Ön inceleme aşamasında kesin süre verilmesi suretiyle ibraz edilen delil ile hangi vakıanın ispatının amaçlandığının açıklanmasına imkân tanınması gerektiği vurgulanmaktadır. Buna göre, tahkikatta nelerin uyuşmazlık konusu olduğu ve hangi delillerin toplanması gerektiği böylece bilinebilir¹⁰⁶⁷. Yalnızca ön inceleme aşamasına özgülememek kaydıyla bu görüşün isabetli olduğunu söyleyebiliriz. Tahkikatta ihtiyaç hâsıl olduğu takdirde yine ilgili tarafa süre vererek vakıa-delil ilişkisinin kurulması sağlanabilmelidir. Süre

¹⁰⁶² Simil, (*Aydınlatma Ödevi*), 1366; Kuru, (*İstinafa Göre*), 401, 402. Hem belgelerdeki imzanın düzenleyen olarak geçen kişiye ait olup olmadığı hem de alacağa dayanak olan işlerin davacı tarafından yapılıp yapılmadığı konularında imza sahibi davalı çalışanın HMK m. 31'e göre tanık olarak dinlenmesi yoluna gidilmelidir, bkz. Yargıtay HGK E. 2013/1606, K. 2015/1142, T. 01.04.2015 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası). Farklı bir kararda ise tanık listesinde yer almayan ve fakat davacı işçi hakkında iş güvenliğini tehlikeye soktuğu gerekçesi ile tutanak tanzim eden bir çalışanın HMK m. 31 kapsamında tanık olarak dinlenilemeyeceği yönünde bir sonuca varılmıştır, bkz. Yargıtay HGK E. 2014/83, K. 2016/27, T. 20.01.2016 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁶³ Hâkimin dava dosyasına usulüne uygun bir şekilde girmiş belgelerde isimleri yazan kişileri tanık olarak dinleyebileceği belirtilmiştir, bkz. Kuru, (*İstinafa Göre*), 402, 403.

¹⁰⁶⁴ Karaaslan, (*Aydınlatma Ödevi*), 119, 120.

¹⁰⁶⁵ Stürner, 55.

¹⁰⁶⁶ Tanığın davet edilmesine yönelik bilgilerin verilmesine ilişkin HMK m. 240/3'ün Anayasa m. 2 ve 36'ya aykırı olduğu iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, makul süre içinde yargılanma ve silahların eşitliği ilkelerine göre bu hükmün Anayasa m. 2 ve 36'ya aykırı olmadığı kabul edilmelidir, bkz. AMK E. 2012/69, K. 2012/149 T. 11.10.2012 (RG. S. 28558, T. 13.02.2013). Özellikle tanığın davet edilmesine yönelik bilgilerin verilmesi, makul süre içinde yargılama ilkesi açısından, önem arz etmektedir. İlgili tarafın ilişkilendirme yükünü yerine getirmesi yargılamanın kısa sürede sonuçlanmasına hizmet edecek mahiyettedir.

¹⁰⁶⁷ Özümucu, 56; Bolayır, 224, 225.

verilmesi suretiyle, vakıa-delil ilişkisinin kurulması sağlanabildiği için, aydınlatma ödevi yerine getirilmiş olur.

Dilekçeye eklenen ve delil olarak dayanan bir dosyanın (*davadaki tarafın mali raporları gibi*) ilgili kısmına işaret edilerek iddia edilmiş vakıanın neden doğru olduğu gösterilmeye çalışılmalıdır. Hâkim, dilekçenin ekinde yer alan belgelerden davaya dayanak teşkil edebilecek vakıaları hiçbir şekilde araştırmak zorunda değildir¹⁰⁶⁸. Aydınlatma ödevi çerçevesinde bu eksikliğin giderilmesi sağlanmalıdır¹⁰⁶⁹. Keza belgelerin bir kısmının ibraz edilmediğinin fark edilmesi durumunda bunun bildirilmesi bu bakımdan bir sakınca yaratmaz. Hatalı olarak iddia edilen vakıayı ispata yönelik olarak gösterilen belgelerin bir kısmının eksik ibraz edilmesi hâlinde eksik belgelerin ibrazının sağlanamayacağı ifade edilmiştir¹⁰⁷⁰. Aslında böyle bir durumda öncelikle vakıa-delil ilişkisinin kurulup kurulmadığına bakılarak hareket edilmelidir. Şayet ibraz edilmemiş belge delil gösterilirken bahsedilmiş bir belge ise aydınlatma ödevine göre bu belgenin dava dosyasına dâhil edilebileceği kabul edilmelidir. Yapılan uyarıya rağmen eksik belge getirilmez ise mahkeme, o belgeye hiç dayanılmamış gibi karar verebilir. Delil gösterilirken o belgeden hiç bahsedilmemiş ise artık mahkemenin aydınlatma ödevine başvurmasını gerektiren bu durum olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

Şunu da belirtmeliyiz ki, HMK m. 31 çerçevesinde dava dosyasından anlaşılan belgelerin de re'sen ibrazına karar verilebileceği belirtilmektedir¹⁰⁷¹. Oysa öncelikle aydınlatma ödevi çerçevesinde ilgili belgeye delil olarak dayanma yönünde bir niyetin olup olmadığı sorulmalıdır. Şayet ilgili taraf bu yönde bir irade gösterirse, HMK m. 219/1 çerçevesinde ibraza karar verilmelidir. AMUK m. 142'de olduğu gibi, tarafların yargılama sürecinde bir şekilde bahsetmiş oldukları belgelerin re'sen ibrazına karar verme yetkisine benzer bir yetki, HMK'da öngörülmemiştir. Buna rağmen, hâkimin dosya kapsamında anlaşılan belgelerin re'sen ibrazına karar verebileceğinin kabul

¹⁰⁶⁸ Hâkim belgelere bakarken uyumsuzluk açısından bir önem arz eden bir vakıayı fark ederse aydınlatma ödevi çerçevesinde bu vakıaya işaret etmelidir, bkz. Stürner, 53 (dn. 220).

¹⁰⁶⁹ Sarbach, 189, 190.

¹⁰⁷⁰ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 129.

¹⁰⁷¹ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 187; Bolayır, 344. Öyle ki, HMK'da taraflarca talepte bulunulması hâlinde belge ibrazına karar verilebileceği yönünde bir şartın yer almadığı ifade edilmiştir, bkz. Yalabık, 498. Böyle bir düşüncenin HMK m. 219/1'in dikkate alınmamasından kaynaklandığı kanaatindeyiz. Oysa düzenlemede geçen "*Taraflar, kendilerinin ve karşı tarafın delil olarak dayandığı tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar.*" ifadeye göre yalnızca delil olarak dayanılmış belgelerin ibrazına karar verilebileceği söylenebilir. Delil niteliği belirtilmeden bahsedilen bir belgenin ibrazı ise öncelikle aydınlatma ödevi çerçevesinde buna yönelik uyarıda bulunulması ve ilgili tarafın bu yöndeki iradesine göre gerçekleşebilir.

edilmesi, doğru bir tercih olmayacaktır. Türk hukukunda hâkime, re'sen delile başvurma yetkisi keşif ve bilirkişi delilleri bakımından tanınmıştır. Anılan deliller dışında kalan delillerde ise, delilin değerlendirilmesi ilgili tarafın bu yönde bir irade göstermesi (*dilekçesince ispat vasıtaları arasında o delilden bahsetmesi*) ile mümkün olabilir.

4.1.2.2. Uyuşmazlığın Mevcut Duruma Göre Karara Bağlanması

Aydınlatma ödevi kapsamında HMK m. 31 gereğince yapılmış uyarıya rağmen, vakıa-delil ilişkisi kurulmadığında, usulî bir yükün yerine getirilmediği dikkate alınmalı ve buna göre karar verilmelidir. İlişkilendirme yükü yerine getirilmediğinde, sanki o vakıa hakkında delil ikame yükü hiç yerine getirilmemiş gibi bir sonuç doğar. İlişkilendirme yükü, vakıa ile delilin irtibatlandırılmasını öngörüp delil ikame yükünün devamı niteliğindedir. Bir delilin yalnızca gösterilmiş olması, o delilin değerlendirilmesi için yeterli değildir. Hâkimin delilleri değerlendirebilmesine uygun bir zemin hazırlanmalıdır. Bu ise, ancak yeterli düzeyde bilgi vermek suretiyle, vakıa-delil ilişkisi kurulduğu takdirde sağlanabilir.

Bir Yargıtay kararına göre, dava dilekçesinde ilişkilendirme yükün yerine getirilmemiş olması hâlinde, davacıya bu yükün gereklerini yerine getirebilmesi için özellikle ön inceleme aşamasında imkân tanınmalıdır¹⁰⁷². Karara göre, vakıa-delil ilişkisinin kurulabilmesi amacıyla süre verilirken HMK m. 119/2'de geçen yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağı önem kazanmaktadır. Yargıtay'ın bu durumda süre verilmesini HMK m. 119/2 kapsamında ele alan bir karar verdiğini söyleyebiliriz. Kanaatimizde, ilişkilendirme yükünün yerine getirilmesi gerekliliğini ifade eden HMK m. 119/1 - (f)'de öngörülen usulî yük için, HMK m. 119/2 kapsamında süre verilmesi mümkün değildir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, HMK m. 119/2'nin uygulanmasını gerektiren taraf dilekçesinin unsurları açıkça anlaşılabilir niteliktedir. İlişkilendirme yükünün yerine getirilmesi, bu unsurlar arasında yer almamaktadır. Bu çerçevede, hâkimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında yapılan uyarıya rağmen ilişkilendirme yükü yerine getirilmediğinde HMK m. 119/2 hükmü uygulanmamalıdır. Dolayısıyla,

¹⁰⁷² Yargıtay 21. HD., E. 2012/16743, K. 2012/22172, T. 05.12.2012 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

vakıa-delil ilişkisi kurulmamış olması sebebiyle, davanın açılmamış sayılması şeklinde bir karar verilmemelidir.

Delil ikame yükünün yerine getirilmemesi, karşı tarafın gösterdiği delillerin değerlendirilmesi açısından da belirli sonuçlar doğurur. İlişkilendirme yükü yerine getirilmediğinde de benzer bir durumun ortaya çıkacağını söyleyebiliriz. Şöyle ki, ilişkilendirme yükü tam olarak yerine getirilmediğinde, gösterilmek istenen delil dikkate alınmadan karar verilmelidir¹⁰⁷³. Bu yüzden, karşı tarafın dilekçesinde yer alan karşı delil de değerlendirilmemelidir. Çünkü asıl ispat faaliyetinde bulunan tarafın göstermek istediği delil hiç incelenmemektedir. Karşı delilin değerlendirilmesi, ancak hâkimin iddia edilmiş vakıanın gerçeğe uygun olduğu yönünde ikna edilmesine bağlıdır. Vakıa iddiası hakkında hâkim tarafından bir kanaate varılması, gösterilmiş delilin veya delillerin değerlendirilmesi ile söz konusu olabilir. Bu durumda ise, ilişkilendirme yükü yerine getirilmediğinden, delil olarak dayanılmak istenen ispat vasıtasına bakılmaksızın karar verilmektedir. Asıl ispat faaliyeti başarıya ulaştıktan sonra karşı delil incelenebileceği için, delil ikame eden taraf, vakıa-delil ilişkisini sağlıklı bir şekilde kuramadığında, karşı delile bakılmaksızın karar verilmelidir.

Vakıa-delil ilişkisi HMK m. 194/2'ye uygun olarak kurulmadığında, gösterilmek istenen delil ve bu delil ile ispat edilmek istenen vakıa hiçbir şekilde hükme esas alınamayacaktır. Zira iddia edilmiş bir vakıanın gösterilmiş delil ile ispatı sağlanabildiği takdirde, o vakıa hükme esas alınabilir. Taraf dilekçesinde geçen talep sonucuna hükmedilmesi, vakıa örgüsünü kuran vakıaların tamamının gerçekleştiği konusunda hâkimin ikna edilmesine bağlıdır. Dolayısıyla, ilişkilendirme yükü yerine getirilmediğinde, dikkate alınmayan vakıa sebebiyle talep sonucunun reddine karar verilir. İspatı gereken vakıanın gerçeğe uygun olduğunu gösteren başka bir delil olmadığı sürece, her zaman için böyle bir sonuç doğacaktır.

4.2. KARŞI TARAFIN SOMUTLAŞTIRMAYA KATILMA ZORUNLULUĞUNA UYMAMASI

İddia yükü altındaki taraf somutlaştırma yükünü yerine getirmediğinde yukarıda belirttiğimiz şekilde karar verilecektir. Aynı şekilde, şartları olduğu takdirde dava vakıalarının somutlaştırılmasına katkıda bulunulmaması, karşı tarafın aleyhine karar

¹⁰⁷³ Börü, 250.

verilmesine sebep olabilir. Somutlaştırmaya yönelik bilgiler karşı tarafın uhdesindeyse, iddia yükü altındaki tarafın getiremediği bilgiler, karşı taraftan temin edilmelidir. Pek tabi ki, kanunda öngörülen araçlar kullanılarak bunun sağlanması mümkün olabilir. Somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinde hiçbir menfaati olmayan karşı tarafın bu uğurda elindeki bilgileri paylaşması beklenebilir olmalıdır. Öyle bazı durumlar ortaya çıkabilir ki, ileri sürülmüş hakkın gerçekleşmesinden üstün tutulması gereken bir menfaat gündeme gelebilir. Bu yüzden, hangi hâllerde karşı taraf bakımından bir kaçınma imkânının söz konusu olduğu da belirlenmelidir.

Somutlaştırmaya katkıda bulunma zorunluluğu sebebiyle, dava vakıaları hakkında açıklama yapması beklenen karşı tarafın HMK m. 31 gereği bu konuda uyarılması şarttır. Çünkü vakıa iddiasının somutlaştırılması uğrunda gereken bilgileri vermemek, karşı tarafın aleyhine bazı sonuçların doğmasına sebebiyet verebilir. Bu konuda, aydınlatma ödevi hiç yerine getirilmeden bir karara varılması ise hukukî dinlenilme hakkının ihlalini gündeme getirebilir. Hâkimin somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunulması gerekliliğine işaret etmiş olmasına rağmen, gerekenin karşı tarafça yerine getirilmemesi hâlinde, kullanılan usulî araca göre, belirli bir yaptırım uygulanabilir. Böyle bir yaptırımla karşılaşmak istemeyen ve somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinde hiçbir menfaati olmayan taraf, bildiği bazı bilgileri paylaşmak (*detaylı bir inkârda bulunulması*) veya delillerin değerlendirilmesine yardımcı olmak (*keşfe katlanılması*) zorunda kalacaktır.

4.2.1. Aleyhine Katılma Zorunluluğu Doğan Tarafın Somutlaştırmaya Katılmasının Beklenebilir Olması

Davaya dayanak teşkil eden vakıaların somutlaştırılmasına yönelik bilgilerin paylaşılması iddia yükü altında olmayan tarafın saklı kalmasını istediği bazı hususları (*özel hayat, ticari sır gibi*) da ilgilendirebilir. Eldeki bilgilerin paylaşılması bu durumda bir menfaat çatışmasına sebep olur. Ya yargılamada aleyhe bir durumun ortaya çıkmasına engel olmak için somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine yönelik açıklama yapılacak ya da gizli tutulması istenen hususlar sebebiyle açıklama yapmaktan imtina edilecektir. Bunlardan biri tercih edildiğinden diğeri feda edileceği için bir

menfaat çatışması söz konusu olur¹⁰⁷⁴. Hem iddia ettiği vakıayı somutlaştırmak isteyen taraf bakımından hem de karşı taraf bakımından bu menfaat çatışması söz konusu olabilir. İddia yükü altındaki taraf açısından söz konusu olan menfaat çatışması somutlaştırma imkânsızlığının mevcut olduğu anlamına gelmez. Somutlaştırmaya yönelik bilgileri uhdesinde bulunduran taraf, bunları paylaşıp paylaşmamak bakımından bir tercihte bulunmak zorundadır¹⁰⁷⁵. Diğer bir ifadeyle, vakia iddiasının somutlaştırılması noktasında karşı tarafın açıklama yapmasına ihtiyaç yoktur. Kaldı ki, somutlaştırmaya yönelik bilgileri vermekten imtina edilmesinde karşı tarafın bir menfaati de yoktur. Çünkü açıklanacak bilgi karşı tarafın değil, iddia yükü altındaki tarafın gizli kalmasını istediği bir bilgiye ilişkindir. Lüzumlu bilgiyi verip somutlaştırma yükünü yerine getirmek ya da bunu yapmamak tamamen iddia yükü altındaki tarafın iradesindedir¹⁰⁷⁶.

Şayet iddia yükü altındaki taraf somutlaştırma yükünü yerine getirebilecek konumda değilse, karşı tarafın somutlaştırmaya katılması sorunu gündeme gelir. Bu durumda, maddî gerçeğe uygun bir karar verilebilmesi için karşı tarafa müracaat etmekten başka çare yoktur¹⁰⁷⁷. Öncelikle, karşı taraftan beklenen bilginin somutlaştırmaya hizmet edecek nitelikte olması lâzım gelir. Bunun yanında, iddia yükü altında olmayan tarafın somutlaştırmaya yönelik bilgiyi verebilecek bir durumda olup olmadığı da gözetilmelidir. Eğer gerekli bilgi karşı tarafın uhdesindeyse, ondan kendi aleyhine sonuç doğurabilecek bir açıklama yapmasının beklenebilir olup olmadığı değerlendirilmesine geçilebilir. Verilmesi beklenen bu bilgi, karşı tarafın gizli tutmak istediği bir konuya ilişkin olabilir. Bu durumda ise, somutlaştırmaya katılma yalnızca davada aleyhe bir karar verilmesi ile sınırlı kalmaz. Nitekim korunmasında özel bir menfaatin bulunduğu muayyen bir bilginin ifşası tehlikesi de doğar. Öyle ki, karşı taraf,

¹⁰⁷⁴ Lang, (§ 142), 211. Bilgi verilmesi sağlanarak etkin bir hukukî koruma tanınması ve karşı tarafın saklı tutmak istediği hususlar sebebiyle açıklama zorunluluğunun doğmaması arasında bir denge kurulmalıdır, bkz. Lang, (§ 142), 236; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 340 (dn. 93).

¹⁰⁷⁵ Stadler, 117. Her ne kadar açıklama yapmak iddia yükü altındaki tarafta olsa da onun açısından da saklı tutulması lüzumlu bilgiler gündeme gelebilir. Sır olarak kalması beklenen hususları korumaya yönelik bir sisteme ihtiyaç vardır. Yoksa saklı tutma yönündeki menfaat sebebiyle hakkı gerçekleşmesinden feragat edilmesi zorunluluğu doğabilir, bkz. Stadler, 118.

¹⁰⁷⁶ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 181.

¹⁰⁷⁷ Karşı tarafın saklı tutmak istediği bilgilere tam koruma yalnızca katılma zorunluluğunun olmaması hâlinde mümkün olabilir, bkz. Stadler, 118. Ancak maddî gerçeğe uygun karar verilebilmesi için karşı taraf aleyhine somutlaştırmaya yönelik bilgileri paylaşma zorunluluğu mutlaka kabul edilmelidir. Katılma zorunluluğunun doğmasının karşı tarafın haklı beklentilerini karşılayacak nitelikte olmasına dikkat edilmelidir.

cevap vermemek suretiyle, davada kendi aleyhine karar verilebilmesini dahi göze alabilir. Bundan dolayı, hiçbir istisna getirilmeksizin karşı taraf bakımından böyle bir katılma zorunluluğun getirilmesi doğru olamaz. Açıklanması beklenen bilginin karşı tarafın saklı kalmasını istediği hususları (*özel hayat, ticari sır gibi*) ilgilendirdiği ölçüde, somutlaştırmaya katılma zorunluluğuna istisna tanınması ihtiyacı doğar¹⁰⁷⁸.

4.2.1.1. Somutlaştırmaya Yönelik Bilgi Verebilecek Konumda Olma

Aleyhine açılmış bir davada ileri sürülen vakıa iddiasına karşı çıkmak isteyen taraf, yerine göre bu iddianın somutlaştırılmasına yönelik bilgi ve belgeleri vermelidir. Karşı taraf için somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunulması beklenebilir nitelikte olmalıdır. Hangi hâllerde beklenebilir olmaktan bahsedileceğini belirlemek üzere, inkâr etme yükünün uygulandığı hukuk düzenlerinde bilmemeye dayalı inkârda bulunulmasını haklı kılan hâllerden yararlanılabilir. Yukarıda ele aldığımız her bir usulî araç bakımından beklenebilir olma şartı gerçekleşmediği takdirde, karşı tarafın aleyhine bir sonuç doğmamalıdır. Bu sebeple, somutlaştırmaya katılma zorunluluğunda, somut olay adaletinin sağlanması amacıyla, karşı tarafın bilgi verebilecek durumda olup olmadığı mutlaka hesaba katılmalıdır.

İleri sürülen vakıa iddialarına karşı çıkmak isteyen bir taraf, inkâr etme yükü gereği, bunları reddetmelidir. İddia edilmiş vakıanın somut bir şekilde dile getirilmesi hâlinde, basit bir inkârda bulunulması mümkün değildir. İnkârda bulunacak kişi de aynı şekilde ayrıntılı bir açıklamaya dayalı inkârda bulunmalıdır. Bunun yanında, vakıa iddiasını somutlaştırıp ileri sürme imkânı olmadığı takdirde de inkârın ayrıntılı olması beklenir. Her iki hâlde de ayrıntılı inkârda bulunulmasına istisna tanınmasını gerektiren hâller doğabilir¹⁰⁷⁹. AMUK m. 138/4 bakımından söz konusu olan uygulamaya bakarak, karşı taraftan hangi şartlarda somutlaştırmaya katkıda bulunmak uğruna bilgi aktarmasının beklenebileceği tespit edilebilir. Bu bakımından, karşı tarafın bilgi sahibi sahip olup olmadığı veya bu bilgiye ulaşabilme durumu inkârda bulunulurken mutlaka

¹⁰⁷⁸ Gessler, 439.

¹⁰⁷⁹ Çalışmamız açısından ikinci durum önem arz etmektedir. Türk hukukunda inkâr etme yükü kabul edilmediği için inkârın ne ölçüde ayrıntılı olacağı iddianın somutlaştırılıp somutlaştırılmadığına bağlı değildir. Basit bir inkârla yetinilebileceği gibi vakıa iddiasına karşı cevap vermeme yoluna da gidilebilir. Vakıa iddiası somutlaştırılmadığı için inkârın ayrıntılı olmasının ise isticvap sayesinde Türk hukukunda da uygulanabileceği kanaatindeyiz. Ayrıntılı bir açıklama yapmak suretiyle inkârda bulunulmasında, karşı tarafın bunu gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğine bakılmalıdır.

gözetilmelidir. Bilmemeye dayalı inkâr ilgilinin kendi davranışını ilgilendirmeyen ve kendi egemenlik alanında gerçekleşmemiş vakıalar bakımından söz konusu olabilir. İstisnai olarak, karşı taraf, kendi davranışı veya egemenlik alanındaki bir husus hakkında da bilmemeye dayalı inkârda bulunulabilir¹⁰⁸⁰. Bilmemeye dayalı inkârda bulunulmasının mümkün olması hâlinde, karşı taraf, basit bir inkârda bulunarak vakıa iddiasını reddetmiş sayılır ve buna bağlı olarak ikrar faraziyesi uygulanmaz¹⁰⁸¹.

Doğruyu söyleme ödevi gereği yalnızca bilgi sahibi olmama durumunda bilmemeye dayalı inkârda bulunulabilir¹⁰⁸². İnkârın bu şekilde gerçekleşmesini haklı kılan durumlarda somut bir inkârda bulunulması zorunluluğu kalkar¹⁰⁸³. Buna göre, karşı taraftan somutlaştırmaya katkıda bulunmasını (*ayrıntılı bir inkârda bulunmak suretiyle*) beklemenin de mümkün olamayacağını söyleyebiliriz¹⁰⁸⁴. Her ne kadar iddia yükü altındaki taraf somutlaştırma imkânsızlığı içinde olsa da, karşı taraf, istese dahi lüzumlu bilgileri aktarmayacaktır. İhtiyaç duyulan bilgileri temin etmesi kendisinden beklenemeyen taraf için bilmemeye dayalı inkâr caiz olabilir¹⁰⁸⁵. Mesela, hekimin hukukî sorumluluğuna yönelik açılan davada, hekimden aleyhine ileri sürülmüş vakıa iddiası hakkında ayrıntılı bir inkârda bulunması beklenebilir. İnkâr edilecek vakıa, hem hekimin davranışını ilgilendirmekte hem de verilecek bilgiler hekimin egemenlik alanındadır. Böyle bir durumda, somutlaştırmaya katılma zorunluluğunun söz konusu olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁸⁶.

İddia edilmiş vakıa hakkında lüzumlu bilgiye hemen ulaşamıyor olmasının bir önemi yoktur. Gerektiği takdirde araştırma yapılarak bilgiye ulaşılabilmesinin mümkün olması ihtimalinde de bilmemeye dayalı inkârda bulunulamaz. Bilmemeye dayalı inkârda bulunmadan önce, lüzumlu bilgilere ulaşılması için çaba gösterilmelidir. Nasıl ki dinleneceği konuda tanık olarak dinlenecek kişiden bir araştırma yapması beklenebiliyorsa (HMK m. 261/2; AMUK m. 378), uyuşmazlığın tarafından da beklenebilmelidir¹⁰⁸⁷. Kendi bilgi kaynaklarını incelemeyen bir tarafın vakıa iddiasının

¹⁰⁸⁰ Müller, 140; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 47; Meier, 128.

¹⁰⁸¹ Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 16; Dolge, 24.

¹⁰⁸² Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 47.

¹⁰⁸³ Mertins, 445; Spühler/Dolge/Gehri, 139. Bilmemeye dayalı inkârda kendisinden inkârda bulunması beklenen taraf için objektif olarak ayrıntılı inkârda bulunmak mümkün iken onun subjektif durumun dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalıdır, bkz. Lange, 3233, 3234.

¹⁰⁸⁴ Brönnimann, 189, 190; Ambs, 90, 94; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 611.

¹⁰⁸⁵ Eschlebach/Geipel, (*Substantiierungslast des Beklagten*), 1688.

¹⁰⁸⁶ Meier, 135; Börü, 230.

¹⁰⁸⁷ Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 17.

somutlaştırılmasına yönelik bilgilere sahip olmadığını söylemesi kabul edilemez¹⁰⁸⁸. Bu bakımdan, somutlaştırmaya yönelik bilgilerin paylaşılmasının gerektiği tarih de önemlidir¹⁰⁸⁹. Davaya konu hayat olayının gerçekleştiği tarihten uzun bir süre sonra bu olay hakkında açıklama yapılması beklendiğinde, gerekli bilgilerin verilmesi çoğunlukla mümkün olmaz. Ayrıntılı bir inkârda bulunması beklenen taraf, zaman geçtiği için muhafaza edemediği bilgiye dair olarak, bilmemeye dayalı inkârda bulunabilmelidir¹⁰⁹⁰. Zamanın geçmesine bağlı olarak böyle bir durumun doğduğunun hayat tecrübesine göre yaklaşık olarak ispat edilmesi yeterli görülmektedir¹⁰⁹¹. Somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine yönelik katkıda bulunması gereken tarafın bu uğurda gerekeni yapıp yapmadığına bakıldıktan sonra, herhangi bir yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağı belirlenebilir. Dolayısıyla, hukuk yargılamamızda isticvap çerçevesinde karşı tarafın dava vakıalarının aydınlatılması için açıklamada bulunmasına karar verilmesi için bu hususlar gözetilerek isticvabın mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir.

İnkârda bulunması beklenen tarafın gerçek veya tüzel kişi olması bakımından da bir değerlendirme yapılabilir. Gerçek kişide doğrudan onun bilgisine bakılarak basit inkârın yeterli olup olmayacağı belirlenebilir. Tüzel kişilerde ise ilgili organa bakılarak bir değerlendirme yapılmalıdır¹⁰⁹². Gerçek kişide temini lüzumlu bilginin kanunî temsilcide olmasının bir fark yaratmayacağı benimsenmiştir. Buna göre, kanunî temsilcinin durumunun davanın tarafı ile aynı görüldüğünü söyleyebiliriz. Dolayısıyla, kanunî temsilci esas alınarak bilmemeye dayalı inkârın caiz olup olmadığı belirlenmelidir¹⁰⁹³. İrâdi temsilde¹⁰⁹⁴ veya ifa yardımcısında ise aynı durum söz konusu olmaz¹⁰⁹⁵. İnkârda bulunacak tarafın kendi emrinde, denetiminde ve sorumluluğunda bulunan üçüncü kişideki bilgi açısından bilmemeye dayalı inkâra cevaz verilmemiştir.

¹⁰⁸⁸ Eschlebach/Geipel, (*Substantiierungslast des Beklagten*), 1687. Özellikle eldeki belgelerin incelenmesi suretiyle inceleme yapılacaktır. Lüzumlu ise üçüncü kişilere başvurulabileceği gibi muayyen bir yerde de inceleme yapılmalıdır, bkz. Lange, 3234.

¹⁰⁸⁹ Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 16.

¹⁰⁹⁰ Kanunda bilgi kaynağı belgenin muhafazası için süre öngörüldüğü takdirde bu sürenin sona erdiği gerekçesiyle doğrudan bilmemeye dayalı inkârda bulunulamaz. Buna rağmen bir araştırma yapılması ve şayet bilgiye erişim olacağı yoksa basit inkârda bulunulmalıdır, bkz. Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 17.

¹⁰⁹¹ Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 48; Wolfgang Dötsch, "Die erklärung mit Nichtwissen als Substantiierungsfälle", *MDR*, H. 13, 2014, 1365; Meier, 128. Bu durumda yaklaşık ispatın şart olmadığı yönünde farklı bir görüş de ileri sürülmüştür, bkz. Baumgärtel/Laumen, 31.

¹⁰⁹² Meier, 129.

¹⁰⁹³ Mertins, 445.

¹⁰⁹⁴ Kanunî temsilci bilmemeye dayalı inkârda taraf ile eş tutulduğu gibi, hukukî işleme dayanan temsilde de aynı durumun söz konusu olduğu da savunulmaktadır, bkz. Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 17.

¹⁰⁹⁵ Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 48; MüKo-ZPO/Wagner, § 138, kn. 29.

Lüzumlu bilgiye erişim imkânı söz konusu olduğu için basit bir inkârda bulunulamaz¹⁰⁹⁶. Mesela, iş ortaklığı durumunda, somut bir inkârda bulunması beklenen taraf, kendi sorumluluğu altında bulunmayan ortağının uhdesindeki bilgi açısından, bilmemeye dayalı inkârda bulunabilir¹⁰⁹⁷. Aleyhine katılma zorunluluğu doğan tarafın dışında kalan bir kişideki bilgilere ulaşma olanağı, somutlaştırmaya katkıda bulunmanın beklenebilir olup olmadığına karar verilirken hesaba katılmalıdır¹⁰⁹⁸. Yukarıda belirttiğimiz gibi karşı taraftan lüzumlu bilgileri aktarması beklenebildiği ölçüde, karşı tarafın somutlaştırmaya yönelik bilgileri paylaşmaması sebebiyle aleyhine karar verilmesi ihtimali doğabilir. Hâkimin isticvap çerçevesinde karşı tarafın ayrıntılı bir inkârda bulunmasını sağlarken bu hususu gözetmesi gerekir. Aleyhine olan bir vakıa iddiası hakkında sorgulanan tarafın bu iddianın somutlaştırılmasına yönelik bilgi verecek konumda olmadığı hâllerde isticvaba karar verilmemelidir.

4.2.1.2. İmtina Etmeyi Haklı Kılan Bir Sebebin Mevcut Olmaması

Karşı taraf bakımından somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunmaktan imtina etmeyi haklı kılan çeşitli sebepler söz konusudur. Uyuşmazlıkla hiçbir ilgisi olmayan ve karşı tarafın saklı tutmak istediği bilgiler açısından bir değerlendirme yapılmasına lüzum yoktur. Mahkemece karar verilebilmesi bakımından, bu kapsamdaki bilgilerin bir önemi olmadığından yargılamaya dâhil edilmelerinin gerekmediği açıktır. Verilecek karara etki edecek olup gizli tutulması istenen bilgiler açısından ise buna yönelik menfaatin ne ölçüde gözetileceği belirlenmelidir. Davada maddî gerçeğe uygun karar verilmesindeki menfaat ile iddia yükü altında olmayan tarafın açıklama yapmamak yönündeki menfaati arasında bir denge kurulması ihtiyacı doğar.

Karşı tarafın somutlaştırmaya katkıda bulunmasına yönelik usulî araçlarda ne gibi sebeplerin önem arz edeceği üzerinde durulmalıdır. Özel hayatın gizliliği, ticari sırlar veya cezai sorumluluk gibi hususlarda açıklama yapmaktan kaçınmanın mümkün olup

¹⁰⁹⁶ Lange, 3237; Eschlebach/Geipel, (*Substantiierungslast des Beklagten*), 1688. Dava edilen sigortacı inkârda bulunmadan önce sigorta ettirenden lüzumlu bilgileri almaya çalışmalıdır, bkz. Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 48. Buna karşın, bilmemeye dayalı inkârın bu durumda da mümkün olabileceği ileri sürülmüştür, bkz. MüKo-ZPO/Wagner, § 138, kn. 29.

¹⁰⁹⁷ Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 48; Musielak ZPO/Stadler, § 138, kn. 17.

¹⁰⁹⁸ Bilgi toplanırken başvuru kişiden sağlıklı bir şekilde bilgi edinilemediği takdirde, ayrıntılı bir inkârda bulunması beklenen taraf, bilmemeye dayalı inkârda bulunabilmelidir, bkz. Mertins, 445.

olmadığı önem arz eder. Türk hukukunda bu konuların tamamını kapsayan ve bütün delil türlerini ilgilendiren açık bir kanunî düzenleme yoktur. HMK m. 220/3'te kabul edilebilir bir mazeret söz konusu olduğunda belgeyi ibraz etmekten imtina edileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, hâkime takdir yetkisi tanındığı belirtilmiş olup, bazı durumlarda ibraz etmeme hâlinde, ibraz etmemeye bağlı yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağı incelenmiştir. Davaya bakan hâkim, bir menfaat çatışması olup olmadığına ve dava edilen hakkın gerçekleşmesine yönelik menfaate üstünlük tanınip tanınmayacağına karar vermelidir¹⁰⁹⁹. Kanaatimizce, hangi hususlarda kaçınma hakkının söz konusu olacağı konusunda, tanıklığa ilişkin HMK m. 250'ye başvurulabilir. Ancak, buradaki kaçınma hakkının tanıklıkta olduğu gibi mutlak nitelikte olmadığı göz önünde tutulmalıdır. İsticvaba ilişkin olarak HMK m. 175'te açıkça öngörüldüğü üzere, HMK m. 250'te geçen tanıklar için öngörülen kaçınma sebepleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde isticvapta da uygulanabilir. HMK m. 220 gereği elindeki belgeyi ibraz etmek durumunda olan tarafın imtina etmesini haklı kılan hususlar, aynı şekilde HMK m. 250'den yararlanılarak belirlenebilir. Nitekim karşı tarafın elindeki belgeyi vermesi de bir noktada açıklama yapması ve somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunması anlamına gelir. Şayet genel bir aydınlatma ödevi kabul edilecek olursa, uygulamanın bu çerçevede geliştireceği ilkelerden istifade edilerek, bu ödevi hangi hâllerde istisna tanınması gerektiğinin de tespit edilebileceği kanaatindeyiz¹¹⁰⁰.

Hem maddî gerçeğe uygun karar verilmesi hem de saklı tutmak yönündeki menfaatlerin korunması mümkün değildir. Zorunlu olarak bunlardan birine üstünlük tanınmalıdır. İmtina etmeyi haklı kılan sebeplerin belirlenmesinin yanı sıra, yargılamanın nasıl yürütüleceği de önemli bir sorundur. Saklı kalması beklenen hususların açığa çıkmamasını sağlayacak şekilde bir yargılama faaliyeti yürütülmelidir. Hukuk yargılamasında tanınan imkânlar tüketilerek görülmekte olan dava nedeniyle açıklanan vakıaların yalnızca üçüncü kişilere karşı veyahut karşı taraf da dâhil olmak üzere herkese karşı korunması temin edilmelidir.

¹⁰⁹⁹ Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 336.

¹¹⁰⁰ Maddî hukukta dürüstlük kuralı esas alınarak bir yan yükümlülük olarak karşı tarafın somutlaştırmaya yönelik açıklamada bulunması temellendirilirken de, açıklamada bulunmanın beklenebilir olup olmadığı üzerinde durulmaktadır. Karşı tarafın üstün bir menfaatini ilgilendiren bir konuda bilgi aktarması söz konusu olacak ise, bu yan yükümlülüğün doğmayacağı kabul edilmiştir, bkz. Osterloh-Konrad, 227; Beckhaus, 48.

4.2.1.2.1. Somutlaştırmaya Katkıda Bulunması Beklenen Tarafın Gizli Tutulmasında Menfaati Olan Bilgiler

Yargılama esnasında açıklanacak bilgiler tarafların veya üçüncü kişilerin gizli kalmasını beklediği hususları da ilgilendirebilir. Üçüncü kişilerin konumu taraflara göre farklı niteliktedir. Ya gerçeğe uygun açıklama yapılarak etkin hukukî koruma sağlanmalı ya da üçüncü kişinin cevap vermeyerek kendi menfaatini korumasına müsaade edilmelidir. Başkalarınca öğrenilmemesi beklenen hususlarda üçüncü kişilere mutlak bir koruma sağlanmıştır¹¹⁰¹. Menfaat çatışmasının söz konusu olduğu noktalarda açıklama yapmaktan imtina edilmesi hiçbir şekilde aleyhe bir sonuç doğurmamalıdır. Tanıklara tanınan çekinmeyi haklı kılan sebeplere ilişkin düzenlemenin kıyasen taraflar için de uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmelidir. Niteliği itibariyle buradaki menfaat çatışmasının aynı olmadığı göz önünde tutularak kıyasen uygulamanın mümkün olmayacağı görüşü hâkimdir¹¹⁰². Türk hukukunda ise HMK m. 175'te açıkça öngörüldüğü üzere isticvaptan tanıklar için öngörülmüş HMK m. 250 kıyasen uygulanmalıdır. Yani isticvap edilebilecek taraf, menfaat ihlali sebebiyle, çekinme hakkına sahip olmalıdır. Belge delili açısından ise HMK m. 219/3'te geçen kabul edilebilir mazeretin içeriği aynı kapsamda ele alınmalıdır¹¹⁰³. Keşif delilinde ise HMK m. 291/2'de hâkime tanınan takdir yetkisi, menfaat çatışması hâlinde, keşfe katlanmayan taraf aleyhine karar verilmemesi yönünde kullanılmalıdır. Bilirkişi incelemesi ise belgelerin ibrazı ve keşfe katlanma gerekliliklerine uyulması ile mümkün olduğu için, bu incelemeye engel olunması da, yine aynı kapsamda değerlendirilmelidir. Sonuç olarak, menfaat ihlali sebebiyle tanıklıktan çekinme için öngörülmüş hâller karşı tarafın somutlaştırmaya katkıda bulunması gereken durumlarda da uygulanabilmelidir. Ancak tanıklıkta olduğu gibi taraflar için mutlak bir koruma sağlanamaz. Yoksa karşı taraf için somutlaştırmaya katılma zorunluluğu çok dar bir uygulama alanına sahip olur.

Taraflar açısından menfaat çatışmasında, maddî gerçeğin bulunmasına yönelik menfaate hangi hâllerde üstünlük tanınmayabileceği belirlenmelidir. Saklı kalması

¹¹⁰¹ Lang, (§ 142), 238; Çelikoğlu, 300; Koch, 204.

¹¹⁰² Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 228; Stadler, 115, 116; Wagner, 715; Koch, 200, 201. Buna karşın, ceza kovuşturması sebebiyle üçüncü kişiye tanınan kaçınma sebebinin taraflar için de geçerli olabileceği ileri sürülmüştür, bkz. Erdönmez, (*Belgelerin İbrarı*), 349.

¹¹⁰³ Ticari defterlerin ibrazını gerektiren durumlarda da HMK m. 219/3 çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır. Özellikle ticari sırları ilgilendiren hususlarda karşı tarafın elindeki belgeyi ibraz etmek zorunda olmadığı kabul edilmelidir.

beklenen bilgiler bunun için niteliklerine göre kategorize edilebilir. Her biri için katılma zorunluluğunun beklenebilir olup olmadığı ayrı ayrı ele alınmalıdır. Hemen belirtelim ki, karşı taraftan somutlaştırmaya katkıda bulunmasının beklenmesinde iddia yükü altındaki tarafın vakıa iddiasını somutlaştırmaya yönelik bilgileri getiremeyecek durumda olması esasına dayanabilir. Bu sebeple, kaçınma imkânı tanıyan hususların kapsamının geniş tutulmaması yönünde bir tercihte bulunulması daha isabetli olur.

Karşı tarafın açıklaması gereken bilgiler niteliğine göre ayrı ayrı incelenmeden önce, hepsi için geçerli olan ve savunma hakkının güvencesini teşkil eden bir husustan bahsetmekte fayda vardır. Savunma hakkının güvence altına alınması için aşağıda belirteceğimiz durumlarda avukat ile müvekkil arasındaki görüşmelere¹¹⁰⁴ mutlak istisna tanınmalıdır¹¹⁰⁵. Zira aleyhe sonuç doğurabileceği kaygısı ile avukata bilgi verilemediği takdirde etkin hukukî savunmanın gerçekleşmesi zorlaşır¹¹⁰⁶. Dolayısıyla, aleyhine somutlaştırmaya katılma zorunluluğu doğan tarafın avukatı ile gerçekleştirdiği görüşmeleri açıklamak durumunda bırakılmaması gerekir¹¹⁰⁷. Avukat ile müvekkili arasındaki görüşmelere böyle bir istisna tanınması ile güdülen amaca hizmet edecek bir uygulama söz konusu olmalıdır. Temel amaç savunma yapma imkânı tanımak olduğundan, avukat ile paylaşılan bilgilerin savunma yapılmasına yönelik olarak açıklanmış olması lüzumludur¹¹⁰⁸. İbrazla karar verildiği takdirde, belgenin avukatta mı yoksa müvekkilde mi olduğunun hiçbir önemi yoktur¹¹⁰⁹. Buna karşın, avukat ile gerçekleşmiş olsa dahi, avukatlık meslek faaliyeti dışında kalan bir konuda

¹¹⁰⁴ Avukat ile müvekkil arasındaki görüşmeden sözlü ve yazılı olarak gerçekleşen ve her ikisi arasında iletişim kurulmasına yönelik her türlü araç kastedilmektedir. Müvekkil ile yapılan doğrudan bir görüşme veya müvekkilin tanzim edip avukatına verdiği bir belge bu kapsamda görülebilir.

¹¹⁰⁵ İsviçre hukukunda bu yönde İMUK m. 160/1 - (b)'de açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Davaya hazırlanmak üzere avukat ile yapılan yazışmaların ibrazına karar verilmeyeceği öngörülmüştür, bkz. Staehelin/Staehelin/Grolimund, 312. Alman hukukunda, açık bir kanunî düzenleme olmamasına rağmen, savunma hakkının kullanılması amacıyla, avukat ile gerçekleşen görüşmelerin gizli kalması gerektiği savunulmaktadır, bkz. Sabine Konrad, "Der Schutz der Vertrauenspersonspäre zwischen Rechtsanwalt und Mandant im Zivilprozess", *NJW*, 2004, 713; Koch, 214. Alman hukukunda ceza hukukundaki uygulamanın kıyasen uygulanmayacağı gerekçesi ile olması gereken hukuk açısından bu yönde bir düzenleme getirilmesi de önerilmektedir, bkz. Lang, (§ 142), 234, 235.

¹¹⁰⁶ Lang, (§ 142), 229; Koch, 214.

¹¹⁰⁷ Şayet karşı taraf görüşme içeriğinden kendi bahseder veya tanzim edilmiş yazışmaya dayanır ise bu takdirde istisna tanınmasının gerekmediği söylenebilir, bkz. Kapoor, 253; Koch, 213.

¹¹⁰⁸ Öğretide kişinin kendisini savunmak için hazırladığı belgelerin özel hayatını ilgilendirmedeği sürece bu istisna kapsamında olmayacağı ifade edilmiştir, bkz. Lang, (§ 142), 233. Nasıl ki avukat ile yapılan yazışmasının korunması savunma için önemli ise tarafın kendi hazırladığı belgeler de aynı ölçüde önemlidir. Dolayısıyla, bu şekilde bir ayrıma gidilmeden savunmaya yönelik hazırlıkların yargılamaya konu edinilmemesi sağlanmalıdır, bkz. Konrad, 713.

¹¹⁰⁹ Konrad, 713; BK-ZPO/Rüetschi, Art. 160, kn. 26.

gerçekleşmiş görüşme veya yazışma için ise istisna getirildiği savunulamaz¹¹¹⁰. Somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine yönelik bilgilerin avukat ile paylaşarak koruma altına alınması ise mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, eldeki bilgi ve belgelerin tamamı avukata verilerek bu korumadan istifade edilemez. Yalnızca savunmaya hazırlığa özgü hususlarda koruma söz konusu olabilir. Bu bağlamda, karşı taraftan somutlaştırmaya yönelik bilgileri temin etmenin imkânsız hâle geleceği söylenemez.

Menfaat çatışmasının yaşandığı ve ceza yargılaması ile sıkı bir ilişki içinde olan husus, ilgili taraf veya onun yakınları için cezai sorumluluğa yönelik gerçekleşmiş bir eylemin açığa çıkması riskini doğurabilir. Her iki durumda da ilgili tarafın açıklama yapmak zorunda olup olmadığı ayrı ayrı ele alınmalıdır. Karşı tarafın kendi sorumluluğu açısından, kişinin kendisini suçlayan bir açıklamada bulunmaya zorlanmaması ilkesi gündeme gelecektir. Mesela, eser sözleşmesi kapsamında teslim edilen yapıdaki kusur, ileriki bir tarihte meydana gelen zarar bakımından hem hukukî hem de cezai sorumluluğu gerektirebilir. Hukuk davasında yüklenicinin kusuruna yönelik vakıa iddiası somutlaştırılamadığında, karşı tarafın somutlaştırmaya katılması beklenebilir. Yüklenici tarafından yapılacak açıklamalara göre, onun cezai sorumluluğuna yönelik bilgiler de ortaya çıkabilir. İşte, söz konusu bu tehlike sebebiyle, karşı taraf için bir kaçınma sebebinin söz konusu olup olmadığına karar verilmelidir.

Alman hukukunda hâkim görüş, kişinin kendi cezai sorumluluğu ilgilendiren bir hususun kaçınma sebebi olarak görülemeyeceği yönündedir¹¹¹¹. Buna göre, ceza yargılamasına egemen olan kişinin kendisini suçlamaya zorlanmaması ilkesi, hukuk yargılamasında aynı şekilde uygulanmamalıdır. Zira maddî gerçeğe ulaşılması için hukuk yargılamasında aynı araçlar öngörülmemiştir¹¹¹². Buna ilaveten, somutlaştırma yüküne aykırı taleplere, yalnızca hukuk yargılamasında cevaz verilmediğinden ötürü, karşı taraf bakımından katılma zorunluluğunun kapsamının geniş tutulmasından başka çare olmadığı da söylenebilir. Dolayısıyla, cezai sorumluluğu ilgilendiren hususlarda da açıklama yapılması beklenmelidir. Şu şartla ki, kişinin kendisini suçlamayacağı

¹¹¹⁰ BK-ZPO/Rüetschi, Art. 160, kn. 27.

¹¹¹¹ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 180-191, 365; Osterloh-Konrad, 259; Wagner, 716; Adloff, 295, 296; Beckhaus, 369; Koch, 218.

¹¹¹² Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 188, 189; Lang, 77; Beckhaus, 370. Cevapsız bırakma ceza yargılamasında aleyhe bir sonuç doğurmamaktadır. Hukuk yargılamasında ise katılma zorunluluğunun gereklerini yerine getirmemek aleyhe bir sonuç doğurmaktadır.

ilkesinin ihlal edilmemesi amacıyla, elde edilecek bilgilerin herhangi bir cezai soruşturmaya konu edilmemesi sağlanmalıdır. Bu bağlamda, kişinin kendi aleyhine yapacağı açıklamanın ileride değerlendirilmesini engellemeye yönelik bir hükmün öngörülmesi önerilmektedir. Şöyle ki, açıklama yapan tarafın rıza göstermesi hâlinde, ceza soruşturmasının başlatılabileceği yönünde bir düzenleme ihtiyaçlara cevap verebilir¹¹¹³. İsviçre hukukunda ise, yalnızca belirli yakınların aleyhine bir açıklama yapılması yönünde katılma zorunluluğunda bahsedilemeyeceği, İMUK m. 163/1'de açıkça öngörülmüştür. Somutlaştırmaya katılma zorunluluğunun gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, bazı davaların (*sorumluluk hukukundan kaynaklanan tazminat davaları gibi*) yürütülemeyeceği dikkate alınarak uyuşmazlığın karşı tarafı kapsam dışında tutulmuştur¹¹¹⁴. Buna karşın, İsviçre öğretisinde, aleyhine katılma zorunluluğu doğan taraf bakımından, bir kişinin kendisini suçlamaya zorlanamaması ilkesine aykırı bir durumun doğduğu da savunulmaktadır¹¹¹⁵.

Anayasa Mahkememiz, HMK'da dürüstlük kuralının öngörülmesiyle, kişinin kendisini suçlayacak açıklamalarda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanamayacağı ilkesinin ihlal edilmediğini kabul etmiştir¹¹¹⁶. Mahkemeye göre, Türk hukukunda da somutlaştırmaya katkıda bulunması beklenen tarafın kendisinin veya yakınının cezai sorumluluğunu gerektiren hususlarda susma hakkına sahip olduğu söyleyebilir. Öğretide, cezai sorumluluğa ilişkin bilgileri ilgilendiren hâllerde, HMK m. 219/3'e göre bir tarafın elindeki belgeyi ibraz etmeyebileceği ifade edilmiştir¹¹¹⁷. Değerlendirme yasağı mevcut olmadığı göz önünde tutulduğunda, Türk hukukunda ileri sürülmüş bu görüşün haklı olduğunu söyleyebiliriz. Olması gereken hukuk açısından ise, Türk

¹¹¹³ Lang, (§ 142), 211; Beckhaus, 370, 371; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 346; Koch, 220. Alman hukukunda bu yönde açık bir hüküm olmasa dahi ceza muhakemesindeki yasak sorgulama yöntemlerine ilişkin hükmün kıyasen uygulanması ile bu sonuca ulaşılacağı görüşü dile getirilmiştir, bkz. Rolf Stürner, "Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung", NJW, 1981, 1760; Osterloh-Konrad, 260, 261.

¹¹¹⁴ Botschaft ZPO, 7317.

¹¹¹⁵ Staehelin/Staehelin/Grolimund, 315; KSZ-ZPO/Hasenböhler, Art. 163, kn. 8; BK-ZPO/Rüetschi, Art. 163, kn. 6; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 347.

¹¹¹⁶ AMK E. 2012/4, K. 2012/130, T. 27.09.2012 (RG. S. 28847, T. 10.12.2013).

¹¹¹⁷ Anayasa m. 38 ve CMK m. 48'e dayanılarak hukuk yargılaması açısından da kişinin kendisini suçlayacak açıklamalarda bulunmak zorunda bırakılmayacağı belirtilmiştir, bkz. Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 348, 349. CMK m. 48'in esas alınmasının pek de isabetli olmadığını söylemeliyiz. Tanıklığa ilişkin düzenlemeye başvurulabildiği takdirde HMK m. 250/1 - (b)'ye göre de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Hatta HMK m. 175'teki açık düzenleme gereği karşı tarafın dava vakıalarının aydınlatılmasına katkıda bulunmasını gerektiren durumlarda HMK m. 250'ye başvurulması mümkündür. Somutlaştırmaya yönelik bilgileri vermekten imtina etmeyi haklı kılan bir durum söz konusu olduğu takdirde ise açıklama yapmama sebebiyle öngörülmüş yaptırım uygulanmamalıdır, bkz. Kuru, (*İstinafa Göre*), 314 (dn. 8).

hukukunda değerlendirme yasağının uygulanmasına imkân veren bir düzenleme yapılması gerektiği açıktır. Karşı tarafın kendisi hakkında cezai soruşturma yapılmasına sebep olacak şekilde somutlaştırmaya katılma zorunluluğuna tabi tutulması, ancak bu durumda kabul edilebilir. Kanaatimizce, karşı tarafın rıza gösterip göstermediğine bakılmaksızın mutlak bir değerlendirme yasağı kabul edilmelidir. Rıza göstermek niyetinde olan tarafın cezai soruşturmayı başlatmak üzere kendisinin hareket etmesine imkân tanınması daha isabetli bir tercih olabilir.

Kendisinden somutlaştırmaya katılması beklenen tarafın belirli yakınlarını suçlamaya yönelik açıklama yapmasının beklenemeyeceği, İMUK m. 163'te açıkça öngörülmüştür. Bu durumda, herhangi bir yaptırımın uygulanmaması sonucunu doğurmaktadır. Alman hukukunda ise, değerlendirme yasağı getirilerek, davanın tarafının yakınları için dahi kaçınma hakkının söz konusu olmadığı görüşü de savunulmaktadır¹¹¹⁸. Türk hukukunda, Anayasa m. 38'in açık hükmü gereği, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunulmasında, İsviçre hukukundaki anlayışın geçerli olacağını söyleyebiliriz. Kanaatimizce, Alman hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da kişinin kendi yakınını suçlayacak açıklamada bulunması, somutlaştırmaya katılmaktan kaçınma için bir sebep olmamalıdır. Verilecek bilgilerin cezai soruşturmada kullanılmasını engelleyen bir hüküm öngörülerek bunun temin edilmesi mümkün olabilir. Aksi hâlde, iddia yükü altındaki tarafın somutlaştırma imkânsızlığı içinde olması sebebiyle karşı tarafın kendi yakınlarını suçlayacak açıklamada bulunması beklenemez. Türk hukukunda değerlendirme yasağı mevcut olmadığı için, kişinin somutlaştırmaya katılma zorunluluğu sebebiyle yakınının cezai sorumluluğunu doğuran bir eylemi açıklamak zorunda olmadığı kabul edilmelidir. Karşı taraf bakımından kimlerin yakın olarak nitelendirilebileceğini belirlemeye yönelik açık bir hüküm yoktur. Anayasa m. 38'de geçen kişinin yakını olarak görülebilecek çevreyi belirlemek için HMK m. 248'e başvurulmalıdır¹¹¹⁹. Tanığa ilişkin bu hükümle bir kişinin kimleri suçlayacak açıklamalarda bulunmak zorunda tutulamayacağı belirlenmeye çalışılmıştır. HMK m. 248'in tanıklığa ilişkin bir hüküm olmasının bu bakımdan bir önemi yoktur. Yani HMK

¹¹¹⁸ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 191, 192.

¹¹¹⁹ Şunu da belirtmeliyiz ki, HMK m. 248'de geçen kişiler ile CMK m. 45'tekiler hemen hemen aynı olmakla birlikte HMK m. 248'in kapsamında daha fazla kişi öngörülmüştür. Kanaatimizce kapsamı geniş olan düzenleme esas alınarak Anayasa m. 38'de geçen yakın kavramından ne anlaşılacağı belirlenmelidir.

m. 248 hükmü kıyasen uygulanarak karşı tarafın dava vakıalarının aydınlatılmasına katkıda bulunmaktan imtina edip edemeyeceği belirlenmelidir.

Karşı tarafın gizli kalmasını isteyebileceği başka bir husus, onun özel hayatına ilişkin konularda olabilir. Bu durumda, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunmak, karşı tarafın özel yaşam alanına müdahale edilmesi anlamına gelebilir. Kendi aleyhine karar verilmesini önlemek isteyen taraf, vakıa iddiasının somutlaştırılması için bu alana ait bilgileri aktarmak durumunda kalır. Dava edilen hakkın yerine getirilmesi amacıyla, özel hayat sebebiyle kaçınma hakkının kapsamını daraltma yönünde bir eğilim söz konusudur. Özel hayatın sosyal alanı (*ilgilinin onuru veya itibarı gibi*) bakımından, karşı tarafın açıklamada bulunması beklenebilir niteliktedir¹¹²⁰. Müdahale edilmesi katlanılamaz nitelikte olan mahrem alan bakımından ise katılma zorunluluğundan bahsedilemez¹¹²¹. Buna göre, katılma zorunluluğu yerine getirilmediği takdirde, şayet mahrem alanı ilgilendiren bir husus söz konusuysa, karşı tarafın aleyhine bir sonuç doğmaz¹¹²². Paylaşılacak bilginin hangi alana ait olduğunu kesin bir şekilde söylemek ise mümkün değildir. Bu konuda, somut olayın şartlarına göre mahkemece yapılacak değerlendirmeye göre karar verilmelidir. O yüzden, davaya bakan hâkime takdir hakkı tanındığına dikkat edilmelidir¹¹²³. Üçüncü kişinin özel hayatını ilgilendiren bir bilginin açıklanması gerektiğinde ise daha farklı bir uygulama kabul edilmelidir. Sonuçta yapılacak açıklama uyuşmazlığın tarafı olmayan birinin menfaatini ilgilendirmekte ve bilgi verilmesi suç teşkil etmektedir¹¹²⁴. Maddî gerçeğe ulaşılması uğruna bu menfaatin ihlali makul görülmeyeceğinden, üçüncü kişinin özel hayatına ait bilgilerin saklı tutulması yönündeki beklentiye üstünlük tanınmalıdır¹¹²⁵. Bundan dolayı, yalnızca üçüncü kişinin rıza görmesi hâlinde, karşı tarafın

¹¹²⁰ Türk hukukunda Anayasa ile koruma altında alınan şeref ve haysiyete zarar verileceği hâlde, belge ibraz etmemenin kabul edilebilir bir mazeret olarak görüleceği ifade edilmiştir, bkz. Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 340. Oysa karşı taraf kendi sorumluluğunu doğuran ve hakkında bilgi vereceği vakıa iddiasının onun itibarını zedeleyeceğini ileri sürebilir. Böylece, katılma zorunluluğuna uymaktan imtina edilmesinin önü açılmış olur, bkz. Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 206; Freudenthal, 22.

¹¹²¹ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 202; Osterloh-Konrad, 258, 259; Ambs, 194; Lang, (§ 142), 227,228; Freudenthal, 22, 23; Beckhaus, 367, 368; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 338.

¹¹²² Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 202; Osterloh-Konrad, 258; Adloff, 296; Koch, 209.

¹¹²³ Beckhaus, 368; Koch, 210.

¹¹²⁴ Özel hayata ilişkin vakıaların muhafaza edilmesine yönelik menfaat cezai yaptırımlar öngörülerek güvence altına alınmıştır, bkz. Freudenthal, 24.

¹¹²⁵ Tanıklıktan çekinmeye ilişkin AMUK m. 384/1 - (1) çerçevesinde aile yakınına doğrudan malvarlığına yönelik bir zarar verilecek ise kaçınma hakkının söz konusu olacağı belirtilmiştir. Beckhaus, 368. Kimlerin açıklama yapacak tarafın yakını olarak görüleceği tanıklığa ilişkin hükümlerden istifade edilerek belirlenebilmelidir. Bunun dışında kalan hususlar (*tanıklıktan çekinmeyi haklı kılan hususlar gibi*) bakımından ise aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

somutlaştırmaya yönelik bilgileri aktarabileceği kabul edilmelidir¹¹²⁶. Mağdurun rıza göstermesinin özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda hukuka uygunluk nedeni teşkil etmesi dikkate alındığında, böyle bir uygulama isabetli görülebilir.

Yargılama esnasında açığa çıkmaması beklenen başka bir husus, aynı alanda faaliyette bulunanlardan ticari ve işletmesel faaliyetleri farklı kılan sırlardır. Kendisinden açıklamada bulunulması beklenen tarafın bu hususlarda açıklama yapmasının beklenebilir olup olmadığına bakılmalıdır. Çeşitli kanunî düzenlemelerde ticari sırların korunmasına yönelik hükümler getirilmiştir. Somutlaştırmaya yönelik bilgilerin verilmesi aşamasında da bu korumaya uygun bir yöntem izlenmesi şarttır. Aksi takdirde, ticari sırları korumaya yönelik hükümlerin bir anlamı kalmaz. Şöyle ki, dava açılması suretiyle bu bilgilerin dava dosyasına girmesi ve böylece öğrenilmesi sağlanabilir. Dolayısıyla, ticari sırları korumaya yönelik bir anlayış benimsenmelidir¹¹²⁷.

Karşı tarafa, ya gizli kalması beklenen bilginin paylaşılması ya da yargılamada aleyhe bir durumun doğacağı şeklinde bir tercih sunularak koruma sağlanmaması kabul edilemez niteliktedir. Ancak, tanıklar için söz konusu olduğu gibi tam bir kaçınma hakkı tanınması da düşünülemez¹¹²⁸. Çatışan menfaatler arasında denge kurulmasına yönelik bir değerlendirme yapılması önerilmektedir¹¹²⁹. Kanaatimizce, sırrın gizli kalmasındaki menfaat sebebiyle etkin hukukî korumadan vazgeçilmemelidir. Yalnızca aşağıda açıklayacağımız üzere, davaya dâhil olacak bu bilgilerin korunmasıyla, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine yönelik bilgi aktarılmasının zorunlu olduğu kabul edilebilir. Bilhassa paylaşılan bilgilerin uyuşmazlığın diğer tarafınca öğrenilmesi önlenmelidir. Üçüncü kişilere ait ticari sırlarda ise tam bir koruma sağlanabilmesi için kaçınma hakkı tanınmalıdır. Öğretide, sır saklama yükümlülüğünün kaynağına göre bir ayırım yapılmaktadır. Kanundan doğan ticari sır saklama yükümlülüğünde kaçınma hakkının geçerli olacağı belirtilmiştir. Buna karşın, sözleşme ile kararlaştırılan aynı

¹¹²⁶ Freudenthal, 24. *STÜRNER* üçüncü kişiye ait sırrın saklanması yönünde bir yükümlülük olduğunda karşı tarafın kesin bir şekilde açıklama yapmayacağını belirtmektedir. Aile yakınlarını ilgilendiren hususlarda ise özel hayatın müdahale edilemez kısmı için kaçınma hakkı kabul edilmelidir, bkz. Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 205-207. Kanaatimizce, üçüncü kişinin özel hayatını ilgilendiren her durumda hiçbir ayırım yapılmaksızın yalnızca rıza gösterilmesi hâlinde katılma zorunluluğunun söz konusu olabileceği benimsenmelidir.

¹¹²⁷ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 352.

¹¹²⁸ Stadler, 120, 121.

¹¹²⁹ Koch, 207.

yöndeki yükümlülükte, ticari sırrın bazı durumlarda açıklanması mümkün olmalıdır¹¹³⁰. Sözleşmeye dayanan yükümlülük, üçüncü kişinin ticari sırdan haksız yere istifade ettiği durumlarda ise, hiçbir şekilde kaçınma hakkı vermemelidir¹¹³¹. Özel hayatın gizliliğinde olduğu gibi rıza gösterilmesi şartı ile bu alana ait bilgilerin verilebileceği kabul edilmelidir. Zira başka birine ait ticari sırların açıklanması cezai sorumluluğu doğurmaktadır. Rıza gösterilmediği takdirde ise aşağıda açıklayacağımız şekilde yargılamanın gizli olması sağlanarak katılma zorunluluğu getirilebilir.

4.2.1.2.2. Karşı Tarafın Gizli Tutulmasında Menfaati Olan Bilgileri Koruyacak Şekilde Yargılama Yapılması

Uyuşmazlığın hükme bağlanması için önem arz edecek bilgilerin karşı tarafça açıklanması sonrasında bu bilgilerin korunması sorunu gündeme gelir. Saklı kalması beklenen hususlarda açıklama yapmaktan tam anlamıyla kaçınılması ya da hiç koruma sağlanmaksızın açıklama yapmanın beklenmesi şeklinde tercihler tatmin edici değildir. Katılma zorunluluğunun kabulü amacıyla, her iki tercihin telif edilmesi lüzumludur¹¹³². Öğretide, bazı noktalarda farklılıklar söz konusu olsa da, temel olarak, uyuşmazlığın diğer tarafının katılmadığı gizli yargılama (*Geheimverfahren*)¹¹³³ üzerinde

¹¹³⁰ Özellikle iddia yükündeki tarafın üçüncü kişinin ticari anlamda rakibi olmaması durumunda açıklama yapılabileceği ifade edilmiştir, bkz. Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 230; Ambs, 197, 198.

¹¹³¹ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 230, 231; Stadler, 124, 125. Öğretide bu konuda verilen ilginç bir örnek üzerinde de durmakta fayda vardır. Üretim usulü (*müşteri çevresi*) haksız yere elde edilen kişinin açtığı bir davada, bu bilgileri elde eden kişi ile lisans sözleşmesi (*veya iş sözleşmesi*) yaparak bunu kullanan tarafın sözleşmeye dayanarak kaçınma hakkına dayanamayacağı belirtilmiştir. Davacının haksız yere yararlanmaya yönelik dayanak noktaları getirmesi bu uğurda yeterlidir, bkz. Stadler, 125; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 355. Davayı açan taraf açısından belirtilen durumda haksız yere elde edilen bilginin sır teşkil etmediğine dikkat edilmelidir. Hatta ticari sırda ilk davacı sahiptir ve sırrın açıklanmamasında öncelikli menfaat ona aittir. Karşı tarafın paylaşacağı bilgiler onun açısından zaten bilinmeyen hususların açıklanması niteliğinde değildir. Dolayısıyla, kaçınma hakkının doğup doğmadığı yönünde değerlendirme yapılması gereksizdir. Burada yapılması gereken şey, ihlal sebebiyle üçüncü kişinin de taraf olarak gösterilmesi suretiyle dava açılmasıdır. Zira üçüncü kişi de ihlale iştirak etmiştir. İddianın gerçeğe uygun olup olmadığı ise gizli yargılamada yapılacak değerlendirmeye göre belirlenebilir.

¹¹³² Erdönmez, (*Belgelerin İbrazi*), 474, 475; Koch, 221, 222.

¹¹³³ Amerikan usul yargılamasında bu usul *kamera usulü* olarak ifade edilmektedir. Delil keşfi usulü dolayısıyla, taraflar için getirilen yükümlülükler sınırsız değildir. Ticari sırları korumak için gizli yargılama yapılması lüzumludur. Kamera usulünde bir tarafın ticari sırrı söz konusu ise diğer tarafın ve onun avukatının; üçüncü bir kişinin sırrı söz konusu ise her iki tarafın ve onların avukatlarının da iştirak etmemesi söz konusudur. Bu aşamada incelemeyi hâkim yardımcısı (*special master*) gerçekleştirmektedir. Avukatların bu aşamaya katılmalarında müvekkillerine bilgi aktaracakları endişesi doğmaktadır. Özellikle tarafların kendi bünyelerinde çalıştırdıkları avukatlar açısından bu durum söz konusudur. Bu sebeple, gizli yargılamaya aracı kişilerin katılması ve bunların ilgili tarafa yalnızca ticari sırların öğrenilmesine cevaz vermeyecek şekilde rapor sunması söz konusudur, bkz. Koch, 54-56. İngiliz hukukunda ise bilirkişi veya avukatın mahkemeye verdiği bilgiler karşı tarafın avukatınca

durulmaktadır¹¹³⁴. Kanaatimizce, özel hayatı ilgilendiren mevzularda, gizli yargılama yapılabilmesi dahi, somutlaştırmaya katılma zorunluluğunun kabulünde yeterli olamaz. Diğer bir ifadeyle, özel hayata ilişkin bilgilerin paylaşılması suretiyle somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi bakımından, karşı tarafın kendi isteğine veya üçüncü kişiyi ilgilendiren durumlarda üçüncü kişinin rızasına bakılmalıdır. Diğer sırlarda ise, gizli tutmak yönündeki menfaat sebebiyle, gizli yargılama yapılması kaydıyla, bilgi ve belgelerin paylaşılabilmesi kabul edilmelidir¹¹³⁵.

Saklı tutulmak istenen bilgi hangi kategoriye girerse girsin, öncelikle, karşı tarafın saklı kalmasını istediği hususa ilişkin olarak, mahkemece bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu aşamaya iddia yükü altındaki tarafın iştirak etmesine mutlaka engel olunmalıdır. Paylaşılan bilgilerin yargılama açısından önemli olup olmadığı mahkeme tarafından incelenmelidir. Bu incelemede, vakıa iddiasının somutlaştırılması açısından hiçbir önemi olmayan hususlar ayıklanarak, yalnızca uyuşmazlığın halline yönelik bilgilerin dava dosyasına dâhil edilmesi uğraşına girilmelidir. Uyuşmazlığın karara bağlanması açısından önemsiz olup sır niteliğindeki bilgiler hâkim tarafından belirlenmelidir. Yerine göre bunun için üçüncü bir kişiden (*bilirkişi gibi*) de istifade edilebilir. Böylece, sır olarak kalması istenen ve uyuşmazlığı ilgilendirmeyen bilgilerin korunması temin edilmiş olur¹¹³⁶. Vakıa iddiasının somutlaştırılmasına hiçbir katkısı olmayan bu tür bilgilerin dava dosyasına dâhil edilmemesi, hukukî dinlenilme hakkı açısından da hiçbir sakınca teşkil etmez¹¹³⁷. Öte yandan, uyuşmazlık için önemli

öğrenilebilmektedir. Avukatın müvekkiline karşı burada öğrendiği bilgiler bakımından sır saklama yükümlülüğü kabul edilmiştir. Yükümlülüğün ihlaline ise belirli yaptırımlar bağlanmıştır, bkz. Koch, 61.

¹¹³⁴ Schlosser, (*Wirtschaftsprüfervorbehalt*), 1005; Beckhaus, 383, 384; Koch, 252, 253. Gizli yargılama hem iddia yükü altındaki taraf hem de karşı taraf için kabul edilmiştir. İddia yükü açısından yapılan bir değerlendirmede böyle bir yargılamanın hukukî dinlenilme hakkı açısından uygun olmayacağı sonucuna varılmıştır, bkz. Baumgärtel/Prütting, 138. Bunun dışında, karşı tarafın kendisine tanınan hukukî dinlenilme hakkından rızaen vazgeçmesini açıklamak da mümkün değildir, bkz. Stadler, 238. Menfaat dengesi farklı olduğu gibi iddia yükü altında olmayan taraf hukukî dinlenilme hakkından da vazgeçmek istemeyecektir, bkz. Astrid Stadler, "Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess", *NJW*, 1989, 1204. İddia yükü altındaki tarafın ticari sırları açısından böyle bir görüşün savunulmasını doğru bulsak da, karşı tarafın somutlaştırmaya katılmasını gerektiren hâllerde ve ispat için delillerin karşı tarafça getirilmesinde gizli yargılamanın kabulünün kaçınılmaz olduğunu belirtmeliyiz.

¹¹³⁵ Gizli yargılama yapılması, uyuşmazlığın diğer tarafının dahi öğrenmesinden çekinilen ticari sırlar açısından önerilmektedir. Buna ilaveten, kişinin kendisinin veya yakınlarının suç teşkil eden eylemlerini açıklamasını gerektiren durumlarda da gizli yargılama yapılabilir. Suç teşkil eden eylemin karşı tarafça öğrenilmesi ceza yargılamasında bu bilgilerin değerlendirilemeyecek olması anlayışının içini boşaltacak niteliktedir.

¹¹³⁶ Lang, (§ 142), 239.

¹¹³⁷ Hukukî dinlenilme hakkı hükme esas alınacak hususları öğrenme ve bunlar hakkında açıklama yapma imkânı sunar. Verilecek karara tesiri olmayan hususlar dolayısıyla bu temel yargısal hakkın ihlalinin

olmayan sırların başkalarınca öğrenileceği korkusu ile sanki somutlaştırmaya katılma zorunluluğuna riayet edilmediği gibi bir algı oluşabilir. Bu hâlde ise her zaman için olmazsa bile verilecek karar maddî gerçeğe aykırılık teşkil edebilir. Çünkü somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunulmadığı gerekçesiyle karşı taraf aleyhine karar verilmesi ihtimal dâhilindedir. Sırf uyuşmazlık ile ilgili olmayan bilgileri korumak gayesiyle açıklama yapılmadığından ötürü, vakıa iddiasının gerçeğe uygun olduğu gözetilerek karar verilebilmesi, gerçeğe aykırı karar verileceği anlamına gelir. Bu bağlamda, karşı tarafın dayandığı kaçınma sebebi mahkemece incelenirken, uyuşmazlığın diğer tarafının bu aşamanın dışında tutulmasının uygun olduğu söylenebilir.

Sır teşkil eden bilgilerin yalnızca uyuşmazlığın tarafları dışında kalan kişilere karşı korunması gerektiğinde, herhangi bir kaçınma hakkının olmadığı kabul edilmelidir¹¹³⁸. Bu durumda, yargılamanın aleni olmaması ile yeterli bir önlem alınmış olur. Her iki tarafın da bildiği veya bilmesinde bir sakınca olmayan sır niteliğindeki bilgilerin dava dosyasına dâhil olması sorun teşkil etmez. Kuşkusuz ki, hangi menfaate üstünlük tanınacağına karar bağlanması ihtiyacı doğmaz. Zira alınan önlem her hâlükârda yeterli olabilir. Mesela, ticari sırrın karşı tarafça haksız olarak kullanıldığı gerekçesiyle açılmış davada, iddianın haklılığı söz konusuysa, taraflardan birinin diğer taraftan saklı tutması gereken bir menfaatten bahsedilemez. İlk başta gizlilik kararı verilmiş olsa dahi, bu durum gözetilerek, bu karar sonradan kaldırılmalıdır¹¹³⁹. Uyuşmazlığın tarafı olmayan üçüncü kişiler bakımından dava dosyasının içeriğinin öğrenilmesini engellemek yeterli bir önlem olur. Hukukî dinlenilme hakkı açısından ise, herhangi bir sakınca doğmayacağı açıktır. Uyuşmazlığın her iki tarafı da dava dosyasının içeriğini öğrenme ve bunun hakkında açıklama yapma haklarını kullanabilirler. Dava dosyasında yer alan bilgilerin üçüncü kişilerce öğrenilememesinde bir menfaat olduğu için yargılamanın aleni gerçekleşmemesi yeterli olur¹¹⁴⁰.

bahsedilemez. Ayrıca, dava dosyasında gereksiz bilgilerin yer almasının bu şekilde önleneceğini söyleyebiliriz.

¹¹³⁸ Lang, (§ 142), 236; Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 359.

¹¹³⁹ Gizlilik kararı verilmesine gerek kalmadığı sonradan anlaşıldığında bu ara kararın mahkemece kaldırılması mümkündür, bkz. Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 400.

¹¹⁴⁰ Öğretide, uyuşmazlığın her iki tarafının da dava dosyasının içeriğini öğrenebildiği hâlde, sır teşkil eden hususların üçüncü kişilerle paylaşmamasına yönelik yaptırım öngörülmesinin gerekli olduğu ve fakat tam bir koruma sağlanamadığı ifade edilmektedir, bkz. Koch, 195, 196.

Somutlaştırmaya katılması beklenen tarafın uyuşmazlığın diğer tarafından dahi saklı tutulmasında menfaati olan bilgilerde ise, yargılamanın aleni olmaması yeterli bir önlem değildir. Yargılamanın aleni olmaması, sır olarak kalması gereken bilgilerin uyuşmazlığın diğer tarafınca öğrenilmesini engelleyemez¹¹⁴¹. Dolayısıyla, her iki tarafa da hukukî dinlenilme hakkının tam anlamıyla tanınması mümkün olamaz. Yine aynı şekilde, uyuşmazlığın diğer tarafı iştirak etmeksizin, hâkimin bir tarafı dinlemesi ve yukarıda belirttiğimiz şekilde bir değerlendirme yapması lüzumludur. Fakat açıklanan sırlara diğer tarafın vakıf olması imkânı kapatılmalıdır. Aksi hâlde, sır olarak kalması beklenen hususların korunamaması riski ortaya çıkabilir. Bu sebeple, görülmekte olan davada hukukî dinlenilme hakkının bilgi edinme ve açıklama unsurları sınırlı bir şekilde gerçekleşmelidir. Her ne kadar yargılamanın bu şekilde yürütülmesi sakıncalı bulunsa da, maddî gerçeğe uygun karar verilmesi için başka bir çare mevcut olmadığından, gizli yargılama yapılması yönünde bir tercihte bulunulmalıdır¹¹⁴².

Gizli yargılamanın hukukî dinlenilme hakkının gereklerine uygun olmadığı yönündeki itirazlar ise haklı olmakla birlikte, maddî gerçeğe uygun karar verilebilmesi için göz ardı edilmelidir¹¹⁴³. Hukukî dinlenilme hakkı açısından sakınca teşkil eden husus, iddia yükü altındaki tarafın karar verilirken gözetilecek bilgileri öğrenememesidir. Ancak, iddia yükü altındaki tarafa, etkin hukukî koruma sağlanabilmesi için, onun hukukî dinlenilme hakkını sınırlandırmaktan başka çare yoktur¹¹⁴⁴. Gizli yargılama yapılması yönündeki bu çözüm kabul edilmez ise, sonuçta hukukî dinlenilme hakkı tanınmış olsa dahi, etkin hukukî korumadan bahsedilemez. Verilecek karar ise her hâlükârda iddia yükünü taşıyan taraf aleyhine olur¹¹⁴⁵. Bu bağlamda, iddia yükü altındaki tarafın sahip olduğu etkin hukukî koruma ve hukukî

¹¹⁴¹ Adloff, 298; Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 406; Koch, 195, 196.

¹¹⁴² Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 423, 424. Ancak gizli yargılamanın hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesini ihlal edebileceği yönünde kaygılar dile getirilmektedir, bkz. Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 420, 421; Yalabık, 501.

¹¹⁴³ Lang, (§ 142), 249; Adloff, 300.

¹¹⁴⁴ Schlosser, (*Wirtschaftsprüfervorbehalt*), 1006; Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 476; Koch, 241.

¹¹⁴⁵ Beckhaus, 377. İddia yükü altındaki tarafın hukukî dinlenilme hakkından feragat etmesinin mümkün olmadığı savunulmaktadır, bkz. Stürmer, (*Aufklärungspflicht*), 226; Beckhaus, 378. Buna karşın, hukukî dinlenilme hakkından vazgeçilebileceği de ifade edilmektedir, bkz. Schlosser, (*Wirtschaftsprüfervorbehalt*), 1015; Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 476; Koch, 241. Ancak son görüş kabul edildiğinde buna bir sınırlandırma getirilmesi zorunludur. Hak doğmadan vazgeçme mümkün olmadığı için kullanma imkânı doğduktan sonra haktan feragat edilip edilmediğine bakılmalıdır, bkz. Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 463; Baumgärtel/Prütting, 136. Farklı bir görüşte ise haktan feragatin mümkün olup olmadığı üzerinde durmaktan ziyade kanunen bunun mümkün olması isabetli bulunmaktadır. Şöyle ki, hukukî dinlenilme hakkında bir sınırlandırma getirildiği için gizli yargılamaya cevaz veren açık bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç olduğu ifade edilmektedir, bkz. Brandt, 310.

dinlenilme hakkı şeklindeki temel yargısal haklardan ilki lehine bir tercihte bulunulmalıdır. Karşı tarafın açıklama hakkını kullanılabilmesi amacıyla, mümkün olduğu ölçüde dava dosyasının içeriği karşı tarafın bilgisine sunulmalıdır¹¹⁴⁶.

Sır teşkil eden bilgilerin açıklandığı aşamaya üçüncü bir kişinin katılması yönünde de çeşitli görüşler ileri sürülmüştür¹¹⁴⁷. Bunlardan en dikkat çeken, hukukî dinlenilme hakkının kısmen de olsa gerçekleşebilmesi için, iddia yükü altındaki tarafın yalnızca avukatının katılması yönündedir¹¹⁴⁸. Buna göre, avukatın müvekkiline karşı dahi sır saklama yükümlülüğü kabul edilmeli ve avukatın gizli hususların açıklandığı safhaya iştirak etmesi sağlanmalıdır¹¹⁴⁹. Her ne kadar temsilcinin bağımsız olabileceği belirtilmiş olsa da, uyuşmazlığın tarafı olan kişiler, bilhassa ticari sırlarda, genellikle hukukî konularda istihdam ettikleri avukatlar tarafından temsil edilirler. Davada açıklanacak bilginin uyuşmazlığın diğer tarafınca öğrenilmesini engellemenin bu ve benzeri sebeplerden ötürü pek de mümkün olmayacağını söyleyebiliriz¹¹⁵⁰. Nitekim ticari sır ne kadar fazla kişi tarafından öğrenilirse sırrın ifşa olma riski de o ölçüde artar¹¹⁵¹.

İMUK m. 156'da, özellikle ticari sırlar olmak üzere, gizli kalması gereken hususlarda hâkime gerekli önlemleri alma yetkisi tanınmıştır. Hâkim tarafından bu yönde bir önlemin alınabilmesi, saklı tutmak yönündeki menfaatin maddî gerçeğe ulaşmak yönündeki menfaatten daha ağır bastığının yaklaşık olarak ispat edilmesi şartına bağlanmıştır¹¹⁵². Başvurulabilecek önlemler, ölçülülük ilkesine uygun

¹¹⁴⁶ Böyle bir durumda, bazı sakıncalar doğabileceği belirtilmiştir. Şöyle ki, dışarıda kalan tarafın menfaatlerinin bu aşamada temsil edilememesi sebebiyle, hâkimin yerine göre belirli müdahalelerde bulunması söz konusu olabilir. Bu ise, hâkimin tarafsızlığına gölge düşürecek bir yargılamanın yürütülmesi tehlikesine sebep olur, bkz. Stadler, (*Unternehmensgeheimnisse*), 1204.

¹¹⁴⁷ Sır saklamak ile yükümlü üçüncü bir kişi gerekli incelemeleri yapıp sır olarak kalması istenen hususlar açığa çıkmayacak şekilde bir rapor sunmalıdır, bkz. Adloff, 299; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 660.

¹¹⁴⁸ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 223 (dn. 74); Stadler, 246; Astrid Stadler, "Geheimnisschutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht", *ZZP*, B. 123, H. 3, 2010, 267.

¹¹⁴⁹ Avukat müvekkiline karşı dahi sır saklama yükümlülüğü altında olmalıdır. Sır teşkil eden hususları açıklayacak taraf avukatın güvenilirliğinden şüphe edilmesini gerektiren dayanak noktaları getirdiği takdirde, başka bir avukatın belirlenmesi ihtiyacı doğar, bkz. Beckhaus, 383, 384.

¹¹⁵⁰ Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 477-479; Baumgärtel/Prütting, 136.

¹¹⁵¹ Stadler, (*Geheimnisschutz*), 267; Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 475.

¹¹⁵² BK-ZPO/Brönnimann, Art. 156, kn. 5. İsviçre öğretisinde burada tam ispatın aranacağı yönünde görüş de ileri sürülmektedir, bkz. BSK-ZPO/Guyan, Art. 156, kn. 4. Sırrın gizli kalması yönündeki menfaatin ispatı arandığı için buna yönelik vakıa iddiasının varlığı şattır. Lehine kaçınma hakkı doğduğu için gizli yargılama yapılması yönünde bir menfaate sahip olan taraf, ister tam ispat ister yaklaşık olarak ispat etme şartı aransın vakıa iddiasını somutlaştırmalıdır, bkz. BK-ZPO/Brönnimann, Art. 156, kn. 13; BSK-ZPO/Guyan, Art. 156, kn. 4.

olmalıdır¹¹⁵³. İsviçre hukukunda gizli yargılamanın bu hüküm ile kabul edildiği açıktır. Saklı kalması gerekli görülen hususların incelendiği aşamaya taraflardan biri (*üçüncü kişiler de dâhil olmak üzere hem kendisine ispat yükü terettüp eden taraf hem de karşı taraf için söz konusu olabilir*) katılamamaktadır¹¹⁵⁴. Bu aşamaya katılma imkânı bulmayan tarafın açıklama yapma hakkına hâlel gelmemesi amacıyla, bu aşamanın içeriğinin mümkün olduğu ölçüde onun bilgisine sunulması yoluna gidilmelidir¹¹⁵⁵. Delil toplanması öncesinde de, uyuşmazlığın diğer tarafı, gizli kalması gereken hususlar dışında tutulabilmektedir¹¹⁵⁶. Bu ise, aleyhine katılma zorunluluğu doğan tarafın daha deliller değerlendirilmeden önce somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine yönelik bilgiler verilirken gizli yargılama talep etmesine olanak tanıyacak niteliktedir.

Her ne kadar gizli yargılama uygun bir yöntem olsa da, Türk hukukunda mevcut kanunî düzenlemeye göre gizli yargılama yapılabileceği söylenemez. HMK'da bu yönde bir değişikliğe yer verilmesinin gerektiği düşüncesindeyiz¹¹⁵⁷. HMK m. 28/2 çerçevesinde verilen gizlilik kararına göre yapılan bir değerlendirme üzerinde durmakta fayda vardır. Şöyle ki, HMK m. 158/2 ve 161/2 gereği gizli tutulması istenen belgelerin uyuşmazlığın diğer tarafınca da incelenemeyeceği ifade edilmiştir¹¹⁵⁸. Bahis konusu hükümler bu şekilde anlaşılır ise HMK ile Türk hukukunda gizli yargılamanın öngörüldüğü sonucuna ulaşmak mümkündür. Hakkında gizlilik kararı verilen bir belgeyi veya duruşma tutanağını inceleyemeyen taraflardan biri, buna yönelik kararın verilmesi aşamasına da iştirak edememelidir. Aksi hâlde, gizlilik kararı verilmesinin hiçbir anlamı kalmaz¹¹⁵⁹. Kanaatimizce, yalnızca üçüncü kişileri ilgilendirecek şekilde ve onların belirli hususları öğrenmesini engelleyebilecek bir gizlilik kararı verilebilir.

¹¹⁵³ Botschaft ZPO, 7314. Çatışan temel yargısal haklar arasında denge kurabilmek için alınacak önlemlerin aşırıya gitmemesi için ölçülülük ilkesinin gözetilmesi gerekli görülmektedir, bkz. BK-ZPO/Brönnimann, Art. 156, kn. 18; BSK-ZPO/Guyan, Art. 156, kn. 1.

¹¹⁵⁴ BK-ZPO/Brönnimann, Art. 156, kn. 2. Alınacak önlemlerde, uyuşmazlığın diğer tarafının bu aşamaya katılmasına öncelik verecek şekilde bir sıra takip edilmelidir, bkz. BSK-ZPO/Guyan, Art. 156, kn. 6.

¹¹⁵⁵ Staehelin/Staehelin/Grolimund, 298; BK-ZPO/Brönnimann, Art. 156, kn. 22, 23; KSZ-ZPO/Hasenböhler, Art. 156, kn. 12.

¹¹⁵⁶ Baumgärtel/Prütting, 132.

¹¹⁵⁷ Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 451.

¹¹⁵⁸ Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 451.

¹¹⁵⁹ HMK m. 28/2'ye göre verilen gizlilik kararı sebebiyle taraflara sınırlı erişim imkânı sunulması, hakkında gizlilik kararı verilen hususları üçüncü kişilerin öğrenmesini engellemeye yöneliktir. Taraflardan her biri yine gizlilik kararı verilen hususlar hakkında bilgi edinme hakkına sahip olmalıdırlar. Sadece tedbir olarak bu hakkın kullanılması belirli ölçüde sınırlandırılmaktadır. HMK m. 158/2 ve 161/2'de uyuşmazlığın diğer tarafı açısından mutlak bir sınırlandırma getirilmemiştir. Buna ilaveten, HMK m. 158/2 ve 161/2 ile taraf ve katılana karşı gizli tutulması istenen hususlar dava konusu ile doğrudan ilgisi olmayan konularda söz konusudur, bkz. Özbay, (*HMK*), 211-214.

HMK m. 28/2 uyarınca verilen gizlilik kararı yalnızca davanın tarafı olmayanlar için yargılamanın aleni olmaması anlamına gelebilir¹¹⁶⁰. Dolayısıyla, açık bir kanunî düzenleme yapılmadığı takdirde, aleyhine katılma zorunluluğu doğan tarafın ileri sürdüğü kaçınma sebebinin incelendiği aşamaya iddia yükü altındaki tarafın katılamaması sakıncalıdır. İddia yükü altındaki taraf, yargılamada kendisine hukukî dinlenilme hakkı tanınmadığı yönünde itirazda bulunabilir. HMK m. 28/2'ye ek yapılarak, bu yönde haklı sebepler olduğu takdirde, uyuşmazlığın tarafları için dahi, gizlilik kararı verilebileceği öngörülmelidir.

4.2.2. Katılma Zorunluluğunun Yerine Getirilmesi Gerekliliğine Hâkim Tarafından Dikkat Çekilmesi

İddia ve ispat yükü altında olmayan taraftan şartlar oluştuğu takdirde somutlaştırmaya yönelik bilgi vermesi beklenmektedir. Somutlaştırmaya katılma şeklinde bir zorunluluğun mevcut olduğuna kanaat getirildiğinde, karşı tarafa, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilkesi uyarınca, bu husus hakkında bilgi verilmelidir¹¹⁶¹. Karşı taraftan belirli bir davranışın (*vakıa iddiasına ilişkin bilgi vermek*) beklendiği bildirilmelidir ki, yerine getirmeme hâlinde bir yaptırım uygulanabilsin. Hâkimin davayı maddî anlamda sevk yetkisi gereği böyle bir uyarıda bulunulması zorunludur. Somut olayda söz konusu olacak usulî araca göre uygulanması gereken yaptırım değişebilir. Ne yönde bir yaptırımın gündeme geleceği de hâkim tarafından açıkça belirtilmelidir. Yalnızca ilgili taraf için aleyhe bir sonuç doğacağı ifade edilmesi, aydınlatma ödevinin tam anlamıyla yerine getirilmediği anlamına gelir. İMUK m. 161'de karşı tarafın katılma zorunluluğu hakkında bilgilendirileceği açıkça öngörülmüştür. Hâkimin burada öngörülen aydınlatma ödevi önemli bir yere sahip olup şeklî bir düzenleme olarak görülmemelidir¹¹⁶². Hem katılma zorunluluğunun gereklerine uymamanın sonucu hem de bundan kaçınmaya olanak veren husus açısından aydınlatma ödevi yerine

¹¹⁶⁰ Tanrıver, 372. HMK m. 28, duruşmanın herkes için açıklığını güvence altına almaya matuf bir düzenlemedir, bkz. Kuru, (*İstinafa Göre*), 82, 83. Alman hukukunda aynı kapsamda verilen bir gizlilik kararıyla, açıklanan ve gizli kalması beklenen bilgilerin uyuşmazlığın diğer tarafınca öğrenilmesinin engellenemeyeceği belirtilmiştir, bkz. Koch, 196.

¹¹⁶¹ Liu, 299; Dolge, 25; Adloff, 184; Börü, 105. İsticvap üzerine karşı taraf, somut inkârda bulunmak suretiyle, talî somutlaştırma yükü altında açıklama yapmak durumunda kalabilir. HMK m. 171 gereği iddia yükü altında olmayan tarafa somutlaştırmaya katkıda bulunması gerektiği yönünde bir izahatta bulunulmalıdır.

¹¹⁶² KSZ-ZPO/Hasenböhler, Art. 161, kn. 6.

getirilmelidir¹¹⁶³. Buna göre, somutlaştırmaya katılması lüzumlu olan taraf açısından anlaşılır bir izahatta bulunularak katılma zorunluluğuna işaret edilmesi beklenmektedir¹¹⁶⁴. Öte yandan, aktarılabilecek bilginin başka bir amaç için kullanılmayacağı da açıklanmış olmalıdır. Bilhassa cezai sorumluluğu doğuran hususlarda yapılacak açıklamanın ileride değerlendirilmeyeceği de izah edilmelidir.

Bunun yanında, aleyhine katılma zorunluluğu doğan tarafın ne yapması gerektiği de izah edilmiş olmalıdır. Karşı taraf belirli bir davranışta bulunarak somutlaştırmaya katkıda bulunmalıdır. Uygulanacak usulî araca göre bunun kapsamı değişebilir. Mesela iddia yükü altındaki tarafın dayandığı belgeyi ibraz etmek zorunda olan taraf bu belge dışında olup olayın aydınlatılmasına hizmet edecek belgeleri de getirmek zorunda değildir. Zira belgelerin ibrazı böyle bir ödevi zorunlu kılmamaktadır. Buna karşın, genel aydınlatma ödevinde daha kapsamlı bir katılma zorunluluğu doğmaktadır. Sadece vakıa iddiasına ilişkin somutlaştırmaya yönelik bilgilerin paylaşılması yeterli değildir. Aynı zamanda ispat yükünü taşıyan tarafın göstermemiş olduğu deliller hakkında da bilgi verilmelidir. İşte, bu durumu göz önünde tutarak, aleyhine katılma zorunluluğu doğan taraf bu konuda bilgilendirilmelidir. Somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunma gerekliliği hakkında aydınlatılmayan tarafın aleyhine bu eksiklikten dolayı herhangi bir yaptırım uygulanmamalıdır¹¹⁶⁵.

4.2.3. Somutlaştırma Yükünün Yerine Getirilmesine Katkıda Bulunulmamasına Bağlanan Yaptırım

Karşı tarafın somutlaştırmaya yönelik bilgi vermesi gerekliliği doğduğunda bunun yerine getirilmemesinin sonuçlarına dikkat çekilmelidir. Uygulanacak yaptırım karşı tarafı açıklama yapmaya zorlayacaktır. Hem somutlaştırma imkânsızlığı içindeki tarafın durumu gözetilmeli hem de karşı taraf için kabul edilemeyecek ölçüde ağır bir yaptırım uygulanmamalıdır. Nasıl bir sonucun doğacağı ise başvurulacak usulî araca göre belirlenebilir. Esas itibarıyla tam anlamıyla somutlaştırılmamış vakıa iddiasına göre hüküm kurulması söz konusu olabilir. Ancak başvuru usulî araca göre farklı

¹¹⁶³ Somut olayda herhangi bir kaçınma hakkı olmadığı takdirde bu konuda aydınlatma ödevinin yerine getirilmemiş olmasının hiçbir önemi yoktur. Kaçınma hakkı olarak görülebilecek bir husus varsa ve buna rağmen ilgili tarafa bu durum bildirilmemişse yaptırımın uygulanması mümkün olmayacaktır, bkz. KSZ-ZPO/Hasenböhler, Art. 161, kn. 7; BK-ZPO/Rüetschi, Art. 161, kn. 8.

¹¹⁶⁴ Botschaft ZPO, 7316.

¹¹⁶⁵ BK-ZPO/Rüetschi, Art. 161, kn. 5.

yaptırımlar da gündeme gelebilir. Mesela, iddia ve ispat yükü altında olmayan tarafın bildiği tanık hakkındaki bilgileri vermemesi ispatın engellenmesidir. Böyle bir durumda talî somutlaştırma yükünün ihlal edildiği söylenemez. Dolayısıyla, ispatın engellenmesi gerçekleştiği gözetilerek bir karar verilmelidir¹¹⁶⁶. Buna karşın, maddî hukuk gereği hukukî ilişkinin diğer tarafına (*somutlaştırma yükü altındaki tarafa*) verilmesi zorunlu olan bilgiler bakımından ayrıca tazminat sorumluluğu da söz konusu olabilir.

4.2.3.1. Maddî Hukuka Dayalı Bilgi Verme Yükümlülüğünün İhlalinde

Usulî araçların yanı sıra, maddî hukuka göre de karşı tarafın uhdesindeki bilgilerin temin edilmesi sağlanabilir. Talep sonucuna dayanak teşkil edecek vakıaların somutlaştırılması için lüzumlu bilgiler de bu suretle elde edilebilir. Karşı tarafın bilgi vermesinin yanı sıra, elindeki belgeleri ibraz etmesi veya keşif konusu şeyin incelenmesini sağlaması gibi bir dizi yükümlülüklerin öngörülmüş olup olmadığı önem arz eder. Aslında bunların tamamı bilgi verme yükümlülüğü kapsamında ele alınabilir. Üzerine düşen yükümlülüğü ihlal etmek istemeyen taraf, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katılmak için elindeki bilgileri paylaşacaktır. Bu yönde usulî bir yükün öngörülmüş olması hâlinde de karşı taraf somutlaştırmaya katılmalıdır. Lâkin usulî yükte dava açılmış olması şarttır¹¹⁶⁷. Her iki durum arasında uygulanacak yaptırım noktasında ciddi bir farklılık söz konusudur. Usulî yükün ihlaline, sadece usulî sonuçlar (*iddia edilmiş vakıaya göre hüküm kurulabilmesi*) bağlanmış iken; maddî hukuk kuralına aykırılıkta ortaya çıkan zararın giderilmesi gerekliliği doğmaktadır¹¹⁶⁸.

Elinde yeterli bilgi olmadığı için dayanacağı vakıaları somutlaştıramayan taraf, dava açmadan önce veya dava esnasında maddî hukuk gereği kendisine bilgi verilmesini talep edebilir. Türk hukukunda basamaklı dava öngörülmediğinden, ilk ihtimal söz konusu olabilir. Ayrı bir dava açılması suretiyle, taraflardan birisinin bilgi vermesine yönelik yükümlülüğün ileri sürülmesi mümkündür. Bilgi verilmediği takdirde, hak ihlali sebebiyle bir zarar ortaya çıkacağı için, bu zarardan dolayı tazminat davası açma hakkı doğar. Zira ihlal edilen yükümlülük parasal bir değere dönüşmektedir¹¹⁶⁹. Zarar ise, bilgi verilmiş olsaydı somutlaştırma yükü yerine getirilerek açılması hedeflenen davanın

¹¹⁶⁶ MüKo-ZPO/Wagner, § 138, kn. 21.

¹¹⁶⁷ BK-ZPO/Rüetschi, Art. 160, kn. 21.

¹¹⁶⁸ Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 119.

¹¹⁶⁹ Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 116.

talep sonucu olabilir. Doğrudan asıl talebin ileri sürüldüğü bir dava açıldığı takdirde, bilgi verme yükümlülüğü yerine getirilmediğinde, somutlaştırma yükü de yerine getirilemeyeceğinden ötürü, bu davadan bir sonuç elde edilemez. Bu noktada, ayrıca usulî bir yükün (*belgenin ibrazı gibi*) mevcut olup olmadığı önem arz eder. Çünkü maddî hukukta öngörülmüş hakkın ihlali bu davada aleyhe sonuç doğurmaz¹¹⁷⁰. Şayet böyle bir yük öngörülmüş ise çoğunlukla yeni bir dava açılması gerekmez. Nitekim maddî hukuktan doğan yükümlülüğün ihlali, aynı zamanda usulî bir yükün ihlali olur. Buna bağlı olarak, genel hatlarıyla açıklanmış vakıa iddiasına göre karar verilmesi ihtimali doğabilir.

Maddî hukukta somutlaştırmaya katılmaya yönelik bir yükümlülük öngörülmemiş olması hâlinde, dürüstlük kuralı gereği böyle bir yükümlülüğe ulaşılmaya çalışılabilir. Alman hukukunda karşı tarafın elindeki bilgileri paylaşma noktasında bir yükümlülük altında sokulması için bu yola başvurulmaktadır. Daha önce belirttiğimiz üzere, Türk hukukunda, dürüstlük kuralına istinaden bilgi verme yükümlülüğü yerine, karşı tarafın tazminat sorumluluğu benimsenmiştir.

4.2.3.2. Talî Somutlaştırma Yükünde Ayrıntılı İnkârda Bulunulmamasında

Somut bir şekilde vakıa iddiasında bulunulmadığı takdirde, karşı taraf ayrıntılı bir inkârda bulunmasını sağlamak üzere, talî somutlaştırma yükü devreye girmektedir. Mesela, kendisine verilen danışmanlık hizmetinin hatalı olduğu gerekçesiyle dava açan yatırımcının açtığı tazminat davasında, davalı banka, nasıl bir tavsiye verdiğini ve yatırımcıyı aydınlattığını ayrıntılı bir şekilde açıklayarak inkârda bulunmalıdır¹¹⁷¹. Talî somutlaştırma yükü gereği kendisinden açıklama beklenen kişi bunun gereklerini yerine getirir ise vakıa iddiasında bulunan taraf ispat yükünü yerine getirmek durumundadır. Aksi hâlde, verilecek karar kendisine ispat yükü terettüp eden taraf aleyhine olur¹¹⁷². Şayet talî somutlaştırma yükü gereği kendinden açıklama beklenen taraf bunun gereklerini yerine getirmezse, onun aleyhine belirli sonuçlar doğar. Bu durumda, uygulanacak yaptırım konusunda görüş ayrılıkları söz konusudur. Açıklama yapmaktan imtina edilmesi hâlinde, bu davranış delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında ele alınabilir. Dolayısıyla, talî somutlaştırma yükü altındaki taraf aleyhine bir

¹¹⁷⁰ Bnedicter, 33.

¹¹⁷¹ Schilken, (*Anlegerschutzprozess*), 405.

¹¹⁷² Baumgärtel/Laumen, 578.

değerlendirme yapılmalıdır¹¹⁷³. Hâkim görüş ise, inkâr etme yükü gereği, ayrıntılı bir inkârda bulunulmaması sebebiyle, vakıa iddiasının kabul edilmiş sayılmasına karar verileceği yönündedir¹¹⁷⁴.

Türk hukukunda, talî somutlaştırma yüküne başvurulmaksızın, kendisinden açıklama yapması beklenen tarafın bunu yerine getirmemesinin aleyhine sonuç doğuracağı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, ileri sürülmüş vakıa iddiasının gerçeğe uygun olduğu yönünde bir fiili karine ortaya çıkmaktadır. Delillerin değerlendirilmesi aşamasında bu durum göz önünde bulundurulmalıdır¹¹⁷⁵. Öncelikle şunu belirtmeliyiz ki, böyle bir kabul hâlinde, vakıa iddiasının somutlaştırılmasının aranmasındaki temel mantığa ters bir durum ortaya çıkar. Delillerin sağlıklı bir şekilde değerlendirilebilmesi için somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi beklenir. Dolayısıyla, vakıa iddiası gerektiği ölçüde somutlaştırılmadığı takdirde, delillerin değerlendirilmesinden söz etme imkânı yoktur. Kaldı ki, Türk hukukunda HMK m. 128 dikkate alındığında, bir tarafın kendi aleyhine ileri sürülmüş bir vakıa iddiasına karşı cevap vermeme hakkının olduğu da göz önünde tutulmalıdır.

Daha önce izah ettiğimiz üzere¹¹⁷⁶, Türk hukukunda talî somutlaştırma yükü uygulama alanı bulacak nitelikte değildir. İsticvap ile talî somutlaştırma yükünün kabul edilmemesinin doğurduğu boşluk doldurulabilir¹¹⁷⁷. Uygulanacak yaptırım konusunda ise, talî somutlaştırma yükünün uygulandığı sistemlerde söz konusu olan tartışma yaşanmaz. Hukuk yargılamamızda, Alman ve İsviçre hukukundan farklı olarak, isticvabın gereklerine uymama, delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında ele alınmamaktadır. HMK m. 171/2’de açıkça öngörüldüğü üzere, isticvaba konu vakıa iddiasının kabul edilmiş sayılmasına karar verilir. Bu bağlamda, somutlaştırma imkânı mevcut olmadığı için genel vakıa iddiasında bulunulduğu takdirde, karşı taraf bu iddiayı ayrıntılı bir şekilde inkâr etmezse, vakıa iddiası ikrar edilmiş sayılır. Sonuç olarak, çekişmeli olmaktan çıkan bu genel vakıa iddiası hükme esas teşkil edebilir. Nitekim

¹¹⁷³ MüKo-ZPO/Wagner, § 138, kn. 22.

¹¹⁷⁴ Meyke, (*Plausibilitätskontrolle*), 2232; Stein/Jonas/Leipold, § 138, kn. 39. Mahkeme, ikrar faraziyesine göre karar vereceği için, herhangi bir delile bakılmaksızın karar verilir, bkz. Adloff, 179.

¹¹⁷⁵ Atalay, (*Menfi Vakıalar*), 141, 142; Börü, 256, 257.

¹¹⁷⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 5, B, 2.

¹¹⁷⁷ Öğretide karşı taraf açıklamada bulunmadığı için iddianın kabul edilmesi riskinin doğacağı ifade edilmiştir. Fakat buna hangi hukukî kurumun dayanak teşkil ettiğine açıklık getirilmemiştir. Özekes, 297.

Türk hukukunda isticvap sebebiyle sorguya çekilecek taraf aleyhine bir yükümlülük doğmadığı için¹¹⁷⁸ böyle bir uygulamanın isticvapla bağdaştırılması da mümkündür.

4.2.3.3. Aydınlatma Ödevinin Gereklerine Uyulmamasında

Genel bir aydınlatma ödevi kabul edildiğinde, tarafların üzerlerine düşeni yerine getirmemeleri de aleyhlerine sonuç doğurmalıdır. Tarafların bu aydınlatma ödevinin gereklerine uymaları bakımından, muayyen bir yaptırımın öngörülmesi kaçınılmazdır. Getirilecek yaptırım somutlaştırma yükünü yerine getirme imkânına sahip olmayan tarafın lehine bir durum doğuracaktır. Belirli bir yaptırımın uygulanacak olması, karşı tarafı somutlaştırmaya katılmaya teşvik eder. Kendisinden açıklama yapması beklenen kişi, davadaki şansını riskte etmek istemediği için, üzerine düşeni yerine getirmeye çalışacaktır¹¹⁷⁹. Aydınlatma ödevinin ihlali hâlinde, haklılığını ortaya koyamayan taraf lehine aksi ispat edilebilir bir faraziye doğmaktadır. Şöyle ki, ispat yükünü taşıyan tarafın vakıa iddiası üzerine, karşı taraf aydınlatma ödevine aykırı hareket ettiği takdirde, öne sürülen vakıa iddiasına ispat edilmiş nazarıyla bakılır¹¹⁸⁰. Faraziye sonucunu ortadan kaldırabilmek ise yine karşı tarafın elindedir. Hâkimin faraziye sonucunun aksi yönde olduğuna tam anlamıyla kanaat getirmesi sağlanarak, vakıa iddiasına göre karar verilmesi önlenabilir¹¹⁸¹.

4.2.3.4. İspatın Engellenmesine Yönelik Bir Tutumda Bulunulmasında

İspatın engellenmesi sebebiyle aleyhe doğacak sonuçlara katlanmak istemeyen tarafın somutlaştırmaya katılması temin edilebilir. Engel olmaya bağlanan sonuçlar konusunda ise görüş birliği bulunmamaktadır. İlk akla gelen yaptırım ispat yükünün yer değiştirmesidir¹¹⁸². Haklı olarak ispat yükünün yer değiştirmesi yaptırımına karşı çıkılmaktadır. İspatın engellenmesi ihmali bir davranış hâlinde de söz konusu

¹¹⁷⁸ İsticvap edilecek taraf aleyhine bir usulî yükün doğduğu kabul edilebilir, bkz. Tercan, (*İsticvap*), 237-239. İsviçre hukukunda (İMUK m. 191, 192) ise isticvabın gereklerine uymamaya belirli yaptırımlar getirilerek isticvaba uyma yönünde bir yükümlülük getirilmiştir.

¹¹⁷⁹ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 242, 243.

¹¹⁸⁰ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 383, 384.

¹¹⁸¹ Stürner, (*Aufklärungspflicht*), 249.

¹¹⁸² Alman hukukunda ispat yükünün yer değiştirmesi ile delil ikame yükünün mü kastedildiği noktasında bir açıklık olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca, ispat yükünün yer değiştirmesine ise kati olarak karşı çıkılmaktadır, bkz. Baumgärtel/Laumen, 328; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 85.

olabileceği için, ispat yükünün yer değiştirmesi gibi bir yaptırım aşırı görülmektedir¹¹⁸³. Nitekim maddî hukuka dayanan ispat yükünün taraflar arasındaki dağılımı bir tarafın davranışına bağlı olarak değişmemelidir¹¹⁸⁴. Bilhassa karşı ispat faaliyetinin engellenmesi hâlinde bu yaptırımın bir anlamının olmayacağı belirtilmiştir. Karşı ispata engel olduğunda ispat yükü zaten engel olan taraftadır. Bu yüzden, ispat yükünün yer değiştirmesi, bir anlam ifade etmez¹¹⁸⁵. Ayrıca kanunda ispatın engellenmesine özgü bazı usulî hükümler (*keşfe katlanma zorunluluğu gibi*) göz önüne alındığında, ispat yükünün yer değiştireceğinin savunulamayacağı da ifade edilmiştir¹¹⁸⁶. Gerçekten, açıkça hükme bağlanan bir konuda, kanun hükmüne aykırı şekilde, ispat yükünün yer değiştirdiğini kabul etmek isabetli olmaz. Buna karşın, açıkça hükme bağlanmamış ve ispatın engellenmesi arz eden diğer durumlar için, bu gerekçeye dayanılması pek de makul görülemez.

İspatın engellenmesi hâlinde hâkime geniş bir yetki tanıyan görüş ise ispatın engellenmesini delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında ele almaktadır¹¹⁸⁷. Buna göre, ispata engel olan taraf aleyhine bir değerlendirme yapılabilir. Ancak hâkimin engellemeye yönelik davranışa bakarak kesin bir kanaate varamadığı hâllerde, karar verilmesinin pek de kolay olamayacağı ifade edilmektedir¹¹⁸⁸. Öte yandan, kanunda ispatın engellenmesinin açıkça öngörüldüğü durumlarda (*belgenin ibraz edilmemesi*), delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında bu durum ele alınmaktadır¹¹⁸⁹. Kanunda öngörülmeleyen konular için de böyle bir yaptırımın uygulanmasının uygun olup olmayacağı ise tartışmaya açıktır. İspat engellemesinin her türlü için bu yaptırımı uygulamak isteyen kanun koyucu, genel bir hüküm sevk etmek yönünde bir tercihte bulunurdu. Oysa HMK bakımından böyle bir kuralın varlığından bahsedilemez.

Türk hukukunda ispatın engellenmesi hâllerine farklı yaptırımlar bağlanmıştır. Şöyle ki, belgeyi ibraz etmeme hâlinde, delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında bu durum göz önünde tutulmalıdır (HMK m. 220/3). Buna karşın, keşfin

¹¹⁸³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 649; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 85.

¹¹⁸⁴ Beckhaus, 159; Baumgärtel/Laumen, 328.

¹¹⁸⁵ Hans-Joachim Musielak/Max Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, C. H. Beck Verlag, München 1984, 99; Beckhaus, 158; Baumgärtel/Laumen, 328.

¹¹⁸⁶ Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 280; Baumgärtel/Laumen, 328, 329.

¹¹⁸⁷ Musielak/Stadler, 100; Grunsky, 432.

¹¹⁸⁸ MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 86.

¹¹⁸⁹ Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 275.

icrasına engel olunmasında vakıa iddiasının kabul edilmiş sayılması sonucu doğmaktadır (HMK m. 291/2). Bu da göstermektedir ki, kanunda öngörülmemiş bir ispatın engellenmesi hâline bu yaptırımların uygulanması mümkün değildir. İspatın engellenmesinin delilleri serbestçe değerlendirilmesinde göz önünde tutulmasının yanı sıra, ispat ölçüsünün düşürülmesinin de gerektiği düşünülebilir¹¹⁹⁰. Ayrıca, yalnızca ispat ölçüsünün düşürülmesinin gerektiği de söylenebilir¹¹⁹¹. İspat ölçüsünün somut olaya göre düşürülmesindeki belirsizlikten dolayı böyle bir yaklaşım uygun bulunmamaktadır¹¹⁹². Bunun dışında, engelleme sonucunda delil ikame etme olanağı da kalktığı takdirde, ispat ölçüsü düşürülmüş olsa dahi, iddia edilmiş vakıanın ispatı gerçekleşmeyebilir. Bu sebeple, ispat ölçüsünün düşürülmesi yaklaşımı tam bir çözüm sunamamaktadır¹¹⁹³.

İspata engellemesi hâlinde iddia edilmiş vakıanın doğrudan hükme esas alınması da savunulabilir. Bu yönde iki görüşten bahsedilebilir. İlk görüşe göre, davaya bakan hâkim, bu vakıayı doğrudan gerçeğe uygun olarak kabul etmeli ve buna göre hüküm kurmalıdır¹¹⁹⁴. Gerçeğe uygun kabul etme hâline ispat kuralı vasfı kazandırılması sebebiyle, delillerin serbestçe değerlendirilmesine aykırı bir durumun söz konusu olacağı belirtilmektedir¹¹⁹⁵. Diğer görüş ise, aksi ispat edilebilir bir faraziyenin işletilmesi şeklindedir. Taraflar için genel bir aydınlatma ödevi ekseninde, bu görüş savunulmuştur. **STÜRNER**, genel aydınlatma ödevi kabul edilerek, bu faraziyenin doğabileceğini ve fakat aksinin ispat edilebileceğini belirtmiştir. İspatın engellenmesi niteliğindeki davranış sebebiyle hâkime delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi tanınması sebebiyle buna karşı çıkılmaktadır. Sözelimi, belge delilinde ispata engel olmaya yönelik davranış hâlinde delillerin serbestçe değerlendirilmesine ilişkin hüküm uygulanmaktadır. Hâkim, bu davranışı delilleri serbestçe değerlendirirken göz önünde tutacaktır. Aksi ispat edilebilir faraziyenin kabulü, bu kanunî düzenleme sebebiyle uygun bulunmamaktadır¹¹⁹⁶. **STÜRNER** tarafından temsil edilen görüşün açık hüküm bulunmayan hâllerde uygulanacağını kabulü ile bu eleştiri giderilebilir. Genel bir aydınlatma ödevi kabul edilmemiş olsa dahi, ispatın engellenmesi hâlinde, bu ödevi

¹¹⁹⁰ Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 276.

¹¹⁹¹ Musielak ZPO/Foerste, § 286, kn. 63.

¹¹⁹² Baumgärtel/Laumen, 330, 331.

¹¹⁹³ Adloff, 301; MüKo-ZPO/Prütting, § 286, kn. 87.

¹¹⁹⁴ Schneider, (*Beweis*) 41, 42.

¹¹⁹⁵ Musielak/Stadler, 99; Baumgärtel/Laumen, 329, 330.

¹¹⁹⁶ Baumgärtel/Laumen, 331.

aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırıma başvurulması bir sakınca teşkil etmez. İspat engellenmesine ilişkin kanunda açık hüküm bulunmadığı hâllerde, aksi ispat edilebilir bir faraziyenin kabulünün daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Açık hüküm bulunan hâllerde ise, o hükme göre ispatın engellenmesinin yaptırımını belirlenebilir. Ayrıca bu yaptırımın karşı ispat faaliyetine engel olunması hâlinde de uygulanması mümkündür.

4.2.3.5. Delil Olarak Dayanılan Belgenin İbraz Edilmemesinde veya Keşif Yapılmasına Katkıda Bulunulmamasında

İddia edilmiş vakıyı ispat etmeye yönelik belgenin ibrazıyla veya keşfe katlanmasıyla birlikte somutlaştırma yükünü taşıyan taraf, daha ayrıntılı açıklama yapma imkânı elde edebilmektedir. Bu yüzden, karşı tarafın gerekli davranışı sergilememesine belirli bir yaptırım getirilmiş olmalıdır. Karşı taraftan beklenen davranış doğrudan somutlaştırmaya yönelik bilgi vermek olmasa da, iddia yükü altındaki taraf bakımından, vakıa iddiasını daha somut hâle getirme imkânı açılmaktadır. Her bir durum için ortaya çıkacak olumsuz sonuç HMK'da açıkça öngörülmüştür. Uygulanacak yaptırım ise, İsviçre ve Alman hukukundan farklı olarak, her bir durum için farklı şekilde düzenlenmiştir. Kanun koyucunun neden farklı yaptırımlar öngördüğü ise anlaşılmamaktadır. İMUK m. 164'te her iki hâlde de ispatın engellenmesine yönelik davranış (*belgeyi ibraz etmeme veya keşfe katlanmama*) delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında ele alınmaktadır¹¹⁹⁷. AMUK m. 371/3 ve 427'de öngörüldüğü üzere, Alman hukukunda da ispatın engellenmesine yönelik taraf davranışı delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında göz önünde tutulmaktadır¹¹⁹⁸.

Delil olarak dayanılan belgeyi elinde bulunduran taraf, o belgeyi ibraz etmediği takdirde, ispat faaliyetini engellemeye yönelik bir tutum sergilemektedir. Yukarıda belirttiğimiz ispatın engellenmesine ilişkin yaptırımlardan hangisinin uygun olacağı şeklinde bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç yoktur. Çünkü kendisinden elinde bulundurduğu belgeyi ibraz etmesi beklenen taraf aleyhine uygulanacak yaptırım, HMK m. 220/3'te açıkça öngörülmüştür¹¹⁹⁹. Keza keşfe katlanmama hâlinde de nasıl bir

¹¹⁹⁷ BK-ZPO/Rüetschi, Art. 164, kn. 4-7; Bolayır, 475.

¹¹⁹⁸ Stein/Jonas (23)/Berger, § 371, kn. 42, § 427, kn. 1.

¹¹⁹⁹ Öğretide belgenin ibraz edilmemesi hâlinde HMK m. 220/3'ün uygulanması, usulî yükümlülük kapsamında ele alınmıştır, bkz. Börü, 68, 69. Oysa belirtilen durumda usulî bir yükümlülüğten bahsetmek

hukukî sonucun doğacağı, HMK m. 291/2’de hükme bağlanmıştır. Hâkimin ispatın engellenmesi sebebiyle nasıl bir karar vereceğini belirlemesi kolaydır. Elindeki belgeyi ibraz etmeyen taraf aleyhine, belgenin iddia edilen içeriğine (*belge ile ispat edilmek istenen vakıa iddiasına*) göre hüküm kurulması ihtimali doğmaktadır. Mutlak suretle bu yönde bir karar verileceği ise söylenemez. Düzenlemenin lafzından kolaylıkla anlaşılacağı üzere, hâkime bu durumda takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak, ispatın engellenmesi sebebiyle iddia edilmiş vakıanın gereceğe uygun olduğu şeklinde bir faraziyenin uygulanması mümkün değildir¹²⁰⁰.

Türk hukukunda, belgenin ibraz edilmesine yönelik maddî hukukta öngörülen bir yükümlülüğün ihlali hâlinde de yukarıda belirttiğimiz bu yaptırımın uygulanması ilginç bir durum olarak nitelendirilmiştir. Maddî hukuka dayanan yükümlülüğün ihlaline usul hukukunda geçen bir yaptırımın uygulandığı ifade edilmiştir¹²⁰¹. Oysa burada yalnızca usulî yükün yerine getirilmemesine bağlı yaptırım uygulanmaktadır. Aynı zamanda maddî hukuktan doğan bir yükümlülük ihlal edildiğinden ötürü, tazminat sorumluluğu da gündeme gelebilir. Usulî bir yükün yerine getirilmemesinin yanı sıra, maddî hukuka dayalı bir yükümlülüğe de riayet edilmediği için böyle bir sonuca ulaşılmalıdır. Alman hukukunda usul hukukunda geçen aynı yaptırımın uygulanması, maddî hukukta bu yönde bir yükümlülüğün varlığına bağlanmıştır¹²⁰². Türk hukuku açısından ifade edilen durum, aslında Alman hukukuna özgüdür. Maddî hukuktan doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesine usulî bir yaptırım getirilmiştir. Türk hukukunda ise, maddî hukukta bu yönde bir yükümlülüğün olup olmadığının bir önemi yoktur.

Eğer belge olarak dayatılan delil ticari defter niteliğini haizse, HMK m. 220/3’ün mü yoksa HMK m. 222/5’in mi uygulanacağı konusunda tereddüt yaşanabilir. İspat için münhasıran karşı tarafın ticari defterlerine dayanılması hâlinde, uygulanacak yaptırım, HMK m. 222/5’te açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hükmün kapsamına giren bir durumda, HMK m. 220/3’ün uygulanmaması gerekir¹²⁰³. HMK m. 222/5’in öngördüğü şartlar mevcut olduğu takdirde, vakıa iddiası ispat edilmiş sayılır. Öğretide bunun aksi

mümkün değildir. HMK m. 220/3’te geçen yaptırım yalnızca görülmekte olan davada uygulanmakta ve belgeyi ibraz etmeme sebebiyle ilgili taraf aleyhine başka bir yaptırıma başvurulmamaktadır. Bu sebeple, bir tarafın delil olarak dayandığı belgenin uyuşmazlığın diğer tarafınca ibraz edilmesi yönündeki gereklilik usulî bir yükümlülük olarak görülemez.

¹²⁰⁰ Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 275, 280; Bolayır, 341, 342.

¹²⁰¹ Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 274.

¹²⁰² Maddî hukuka dayalı bir yükümlülük altındaki taraf aleyhine usulî bir zorunluluk doğmaktadır, bkz. Ambs, 91, 92.

¹²⁰³ Yılmaz, (*Ticari Defter*), 38; Erdönmez, (*Belgelerin İbrası*), 264; Bolayır, 375; Tanrıver, 816, 817.

ispat edilebilir bir karine olduğu ve bu karinenin aksinin ispat edilebileceği ifade edilmiştir¹²⁰⁴. Lâkin burada bir faraziyenin öngörüldüğü dikkate alınarak şöyle bir yaklaşımın daha isabetli olacağını belirtmeliyiz: HMK m. 222/5 uyarınca vakıa iddiası ispat edilmiş sayılacağından delil ikame yükü yer değiştirecektir. Delil ikame yükü yer değiştirdiği için kendisinden ibrazda bulunması beklenen tarafın delilleri incelenmelidir. Vakıa iddiası ispat edildiği için, karşı tarafın (*ticari defteri ibraz etmek zorunda olan taraf*) lehine karar verilebilmesi, hâkimde oluşan bu kanaatin yıkılmasına bağlı olur. Bu ise, ancak onun dayandığı deliller çerçevesinde mümkün olabilir. İspat için yalnızca ispat yükü altında olmayan tarafın ticari defterlerine dayanılmadığı takdirde, ticari defterin ilgili yerleri ibraz edilmezse, HMK m. 220/3 çerçevesinde karar verilmelidir¹²⁰⁵.

Belge ibrazı hakkında son olarak, Av. K. m. 2/3 çerçevesinde ileri sürülmüş bir görüşe de değinilmesinde fayda vardır. Anılan hükme göre avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine imkân tanınmalıdır. Öyle ki, uyuşmazlığın karşı tarafı için dahi, buna istisna getiren kanunî bir düzenleme olmadığı sürece, bu yönde bir yükümlülüğün söz konusu olabileceği ifade edilmiştir¹²⁰⁶. Hatta dava açılmadan önce dahi avukatın bilgi ve belge toplaması mümkündür. Dava açılmadan önceki aşamada, Av. K. m. 2/3'e aykırı olarak, karşı tarafın elindeki bilgi ve belgeyi vermemesi ise vakıa iddiası hakkında hâkimin bir çıkarımda bulunmasına olanak tanımamaktadır¹²⁰⁷. Bu durumda, yalnızca HMK m. 171/2 ve m. 220/3'te geçen yaptırımlar uygulanmamalıdır. Belgenin ibraz edilmemesi hâlinde, HMK m. 220/3'te öngörülmüş yaptırımın uygulanması, derdest bir davanın bulunması ve hâkimin belgenin ibrazına karar vermesi şartlarına bağlıdır¹²⁰⁸. Zaten isticvap çerçevesinde karşı tarafın bilgisine başvurulmasında da görülmekte olan bir davanın varlığı ve hâkimin buna karar vermiş olması şartları aranacaktır. Bu bakımdan, belirtilen bu görüşün isabetli olduğunu söyleyebiliriz. Ancak karşı taraf aleyhine belirli sonuçların doğacağı söylenebilir. Özellikle yargılama giderleri açısından karşı taraf aleyhine belirli sonuçlar doğacaktır. Şöyle ki, HMK m. 327 ve HMK m. 329/1 gereği, Av. K. m. 2/3'e aykırı olarak bilgi ve belge verilmediği için, buna bağlı olarak doğan yargılama giderleri karşı taraf

¹²⁰⁴ Yılmaz, (*Ticari Defter*), 39; Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 265.

¹²⁰⁵ Kuru, (*İstinafa Göre*), 382.

¹²⁰⁶ Çelikoğlu, 300.

¹²⁰⁷ Çelikoğlu, 300.

¹²⁰⁸ Erdönmez, (*Belgelerin İbrazı*), 131, 271.

yüklenmelidir¹²⁰⁹. Bunlara ilaveten, karşı tarafın HMK m. 312/2'den yararlanma imkânının da olmayacağını söyleyebiliriz. Yalnız şu hususu belirtmeliyiz ki, bahsettiğimiz bu yaptırımların karşı taraf aleyhine uygulanması için, Av. K. m. 2/3'e aykırılık şartı aranmamalıdır. İddiada bulunan taraf, dava açmadan önce, karşı taraftan avukat vasıtasıyla bilgi ve belge toplamak yoluna gitmemiş olsa dahi, söz konusu bu yaptırımlar yine uygulanabilmelidir.

Türk ve İsviçre hukukunda keşif konusu üzerinde inceleme yapılmasını sağlamak üzere karşı taraf için genel bir usulî yük öngörülmüştür¹²¹⁰. HMK m. 291 ve 292 düzenlemelerinde belirtildiği üzere, karşı taraf mahkemece yapılacak inceleme katlanmak zorundadır. Soybağına ilişkin davalarda re'sen araştırma ilkesi uygulandığı için HMK m. 292'nin somutlaştırma yükü açısından değerlendirme yapılmasına ihtiyaç yoktur. Zira davaya esas teşkil edecek vakıaların mahkemece araştırılması söz konusudur¹²¹¹. HMK m. 291 hükmü ise, taraflarca getirilme ilkesine tabi davalarda da uygulanabileceği için, somutlaştırma yükü kapsamında değerlendirme yapmaya elverişli bir hükümdür.

İsviçre hukukunda İMUK m. 164 gereği, keşfe katlanmama delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında ele alınmaktadır. HMK m. 291/2'de ise iddia edilmiş vakıanın kabul edilmiş sayılacağına karar verileceği belirtilmiş olup hâkime bu yaptırımı uygulamama yetkisi de tanınmıştır. Öğretide iki düzenlemenin kısmen benzer olduğu ifade edilmiş olup nasıl bir benzerliğin söz konusu olduğu ise açıklanmamıştır¹²¹². İlgili hükümler karşılaştırıldığında şöyle bir farklılığın söz konusu olduğu söylenebilir: Keşfe katlanmama hâlinde, HMK m. 220/3'te olduğu gibi delillerin serbestçe değerlendirilmesinden bahsedilemez. HMK m. 291/2'de usulî bir faraziye öngörülmüş ve vakıa iddiasının ikrar edilmiş sayılacağı belirtilmiştir¹²¹³. Faraziyenin devreye girmesi hâlinde, delillerin değerlendirilmesi yapılmadan bir sonuca varılmalıdır.

¹²⁰⁹ Çelikoğlu, 301; Çelikoğlu, (*Avukatın Delil Toplaması*), 437.

¹²¹⁰ Waldmann, 238; BK-ZPO/Rüetschi, Art. 164, kn. 4. HMK m. 291/2'ye aykırılık bir yükümlülük ihlali olarak ifade edilmiştir, bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, (3. Bası), 468; Bolayır, 467. Lâkin keşfe katlanması beklenen tarafın buna uymaması yalnızca görülmekte olan dava açısından aleyhe bir sonuç doğurmaktadır. Niteliği itibarıyla bir yükümlülüğün değil usulî bir yükten bahsedilebilir. Alman hukukunda ise, ispat yükü altında olmayan tarafın keşif konusu şeyi ibraz etmesi yönünde bir zorunluluğun doğması için, AMUK m. 422 ve 423'te geçen şartlar gerçekleşmiş olmalıdır.

¹²¹¹ Özbay, (*HMK*), 354.

¹²¹² Bolayır, 477.

¹²¹³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, 453.

Öğretide, iddia edilmiş vakıanın ispatına yönelik delilleri kendi yetki ve sorumluluk alanında bulundurmayan davacıya delil ikame yükünün yüklenemeyeceği ifade edilmiştir. Bilhassa menfi bir vakıanın ispatının lüzumlu olması hâlinde delillerin ispat yükü altında olmayan tarafça ikame edilmesi savunulmuştur¹²¹⁴. Yukarıda belirttiğimiz düzenlemeler göz önünde tutulduğunda, bir tarafa kendi uhdesinde bulunmayan bir delilin değerlendirilmesini sağlama noktasında, HMK'nın yeterli imkân tanıdığı açıktır. İspat yükü altında olup dayandığı vakıayı ispat etmek isteyen tarafın karşı taraftaki delillere dayanması yeterli olur. Karşı tarafın kendiliğinden delil olarak ileri sürülmemiş bir ispat vasıtasını getirmesi düşünülemez. Hatta o delilin varlığı yalnızca karşı tarafça biliniyor ise zaten delilden bahsetmeme şeklinde bir strateji izlenecektir. Delil ikame yükünün yer değiştirmesi bu noktada bir anlam ifade etmez. Menfi bir vakıayı ispat etmek zorunda olan tarafa sağlanması gereken imkân o vakıanın somutlaştırılması için karşı tarafın elindeki bilgileri paylaşmasıdır. Delillerin yargılamaya dâhil edilmesi ise ispat yükü altındaki tarafın dilekçesinde karşı taraftaki delillere dayanması ile gerçekleşecektir. Bu sebeple, delil ikame yükünün yer değiştirmesine ihtiyaç yoktur. Ayrıca, ispat ölçüsünün düşürülmesinin de söz konusu olabileceği dile getirilmiştir¹²¹⁵. Oysa somutlaştırma imkânsızlığı ispat ölçüsüne etki etmemelidir. İspat ölçüsünün düşürülmesi eldeki deliller ile tam ispatın gerçekleşemeyeceği bir durumda gündeme gelmelidir. Talep sonucunu haklı kılan vakıanın somutlaştırılmaması, mutlak suretle, o vakıanın gerçeğe uygun olduğunun tam anlamıyla ispatlanamaması sonucunu doğurmaz. Bu yüzden, somutlaştırma imkânı bulunmadığı için ispat ölçüsünün düşürülmesinin uygun bir tercih olmadığı kanaatindeyiz.

4.3. SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜNÜN TAKDİRİNDE HATA EDİLMESİ HÂLİNDE MAHKEMECE VERİLECEK KARARIN HUKUKÎ DENETİMİ

Somitlaştırma yükünün mahkemece yanlış takdir edilmesi hâlinde verilecek karara karşı kanun yoluna başvurulabilir. Ayrıca temel hakların ihlali hâlinde gündeme gelen özel bir yol olan bireysel başvuru yoluna da gidilebilir. Mahkemenin somutlaştırma yüküne istinaden vermiş olduğu karardaki hata, hem kanun yolu

¹²¹⁴ Atalay, 71.

¹²¹⁵ Atalay, 71, 72.

aşamasında giderilebilir hem de ortaya çıkan hak kaybı sebebiyle şartlar oluştuğu takdirde Anayasa Mahkemesi'ne ve AİHM'e bireysel başvuruda bulunulabilir. Bu kapsamda aşağıda belirteceğimiz üç farklı durumda hukukî denetimin söz konusu olacağını söyleyebiliriz.

İlk durum, hâkimin davayı aydınlatma ödevini ihlal etmesidir. Aydınlatma ödevinin ihlali hâlinde, mahkemece verilmiş kararının hukukî denetimi gerekli hâle gelir. Vakıa iddiası yeterli ölçüde somutlaştırılmadığı takdirde karar verilmesi mümkün değilse, bu eksikliğe dikkat çekilmeden doğrudan karar verilmesi aydınlatma ödevi ilkesinin ihlalidir. Somutlaştırmaya yönelik başka açıklamaların yapılmasını sağlamak aydınlatma ödevinin bir gereğidir. Uyuşmazlık karara bağlanmadan önce ilgili taraf mutlaka bu konuda uyarılmalıdır. Şayet buna rağmen açıklama yapılmazsa, somutlaştırma yüküne dayalı karar verilmesinde bir sakınca doğmaz. Açıklama yapma imkânı tanınmaması, başlı başına hukukî dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurabilir. Çünkü verilecek karar taraflar için sürpriz karar niteliğinde olur. İkinci durum, somutlaştırma yükü yerine getirilmiş olmasına rağmen hâkimin aksi kanaatte olması ihtimalinde doğar. Yine bu karar ilgili tarafın açıklamaları dikkate alınmadığından dolayı hukukî dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelir¹²¹⁶. Bu durumda, usulüne uygun olarak ileri sürülmüş ve vakıa-delil ilişkisi anlaşılabilir bir şekilde kurulmuş deliller değerlendirilmeden karar verilmektedir. Bu ise, ilgili taraf aleyhine fiilen açıklama yapma hakkının kullanılması imkânının kaldırılmasıdır. Üçüncü durum, karşı tarafın inkârda bulunmak suretiyle başka bilgileri açıklamak zorunda bırakılmasının şartlarının yanlış takdir edilmesinde ortaya çıkar. Buna bağlı olarak, somutlaştırmaya katkıda bulunması beklenen taraf açısından verilecek karar aleyhine kanun yoluna başvurma ihtiyacı doğar. Kendisinden açıklama beklenen tarafın bunun gereklerini yerine getirmesi hâlinde bir sorun doğmaz. Hüküm verilirken yapılan açıklamalar da gözetilmelidir¹²¹⁷. Karşı taraf açıklama yapmadığında ise onun aleyhine bir karar verilmesi kuvvetle muhtemeldir. İşte, söz konusu bu durumlara istinaden mahkemenin verdiği kararlar aleyhine kanun yoluna başvurulabileceği gibi bireysel başvuruda bulunulması da mümkündür.

¹²¹⁶ Eschlebach/Geipel, 1669.

¹²¹⁷ İlk derece mahkemesi şartlar oluşmamış olmasına rağmen talî somutlaştırma yükünü devreye sokarak karşı taraftan ayrıntılı açıklama yapmasını bekleyebilir. Şayet karşı taraf detaylı bir şekilde inkârda bulunursa, hüküm verilirken bu açıklamalar göz önünde tutulmalıdır, bkz. Baumgärtel/Laumen, 579.

4.3.1. Olağan Kanun Yolları

İlk derece mahkemesinin vereceği karara karşı başvurulabilecek olağan kanun yolları istinaf, temyiz ve kanun yararına temyizdir. Kanun yararına temyiz, verilmiş hükmün sonuçlarını kaldırmadığı için çalışmamızda ele alınmayacaktır.

4.3.1.1. İstinaf

İstinafta, hem ilk derece mahkemesince yapılmış hataların denetlenmesi hem de bunların giderilmesi söz konusudur¹²¹⁸. Bu yüzden, istinaf başvurusunda talebin belirgin bir şekilde izah edilmiş olması aranmalıdır. Verilmiş kararın hangi açıdan hatalı olduğuna ve nasıl düzeltilebileceğine yer verilmelidir. İstinafin bu özelliği onu temyizden ayırmaktadır. Düzelterek onama hususu dışında, temyiz aşamasında, alt derece mahkemesince verilmiş karardaki hatanın düzeltilmesi şeklinde karar verilemez. İstinafta ise, yerine göre istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını tamamen kaldırıp yeni bir karar verebilmekte veya verilmiş kararı değiştirebilmektedir. Temyiz incelemesinden farklı olarak, istinaf aşamasında ilk derece mahkemesinin yerine geçilerek yapılan hatalar giderilebilmektedir¹²¹⁹. Bu yüzden, somutlaştırma yüküne dayalı karar verilirken hata edilmiş olması hâlinde, istinaf mahkemesinin bunu telafi etmek üzere ne yapabileceği sorusu önem kazanmaktadır. Dava malzemesi ve buna ilişkin tespitler, kural olarak, istinaf mahkemesi için de bağlayıcıdır. Bu yüzden, istinaf incelemesi, her hâlükârda yeniden tahkikat yapılması sonucunu doğuracak şekilde gerçekleşmemelidir.

Usul ve esas bakımından yapılmış ve yargılamayı etkilemiş her hata istinaf sebebi teşkil edebilir. Aslında temyiz sebeplerinden yola çıkarak hangi hâllerde istinaf sebebinden bahsedilebileceği tespit edilebilir. Yalnızca istinafin niteliğine bağlı olarak temyiz aşamasından değerlendirilemeyecek hususlarda da istinaf yoluna başvurulabilmektedir. İstinafı haklı kılan sebepler üç kategoride ele alınabilir¹²²⁰. Birinci durumda, maddî hukukun yanlış uygulanmış olmasının istinaf başvurusunu haklı kılmasından bahsedilebilir. Maddî hukuka aykırılık hâlinde, mahkemenin kararını

¹²¹⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 791.

¹²¹⁹ Özekes, (*Hukuki Dinlenilme Hakkı*), 323.

¹²²⁰ Meraklı Deniz Yayla, *Medenî Usûl Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, 67; Karşı, 729, 730.

mutlak suretle etkileyebilecek bir hata söz konusu olur ve bu hatanın anlaşılması kolaydır. İkinci durum ise, usul hukukuna aykırılıktır ve çalışmamızı ilgilendiren istinaf sebebidir. Yapılan hatanın hükme etki edip etmediğinin dikkate alınmasına göre usulî sebepler ayrıma tabi tutulur. Hükme etki edip etmediğine bakılmaksızın her hâlükârda istinaf sebebi olarak görülen usulî hatalar mutlak istinaf sebebi teşkil eder. Bunun dışında kalan hâllerde ise, usulî hatanın yapılmış olmasının yanında, bu hatanın farklı yönde karar verilmesine de sebep olmuş olması şarttır. Usulî hatanın bu durumda mutlaka istinaf başvurusunu haklı kılmaması sebebiyle, bu şekildeki hatalara nispi istinaf sebepleri denir. Üçüncü durum, ilk derece mahkemesinin hatalı ve eksik vakıa tespitlerine ilişkindir. Temyiz mahkemesince bu gibi durumlarda bir inceleme yapılamazken; istinaf başvurusunda ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin isabetli olup olmadığı da ele alınabilir.

Hâkim, yeterli ölçüde somutlaştırılmadığını düşündüğü bir vakıa iddiası söz konusu olduğunda, bu durumu, iddia yükü altındaki tarafa bildirmelidir. Yaptığı açıklamaların yetersiz olduğunu bilmeyen taraf, bilgi vermek kendisi için mümkün olsa dahi, uyuşmazlığa ilişkin başka bilgileri paylaşma ihtiyacı duymaz. Kararın verilmesinde eksik kalan açıklamalar sebebiyle hükmün maddî gerçek ile örtüşmeyeceğinden şüphe edilemez. Çünkü somutlaştırılmamış vakıa iddiası gözetilmeksizin karar verilecektir. İlgili taraf bu hususta uyarılmadığı takdirde, somutlaştırılmamış vakıa iddiası gözetilmeksizin karar verilmesi ise kabul edilemez. Mutlaka mevcut taraf beyanına göre somutlaştırma yükünün tam anlamıyla yerine getirilmemiş olduğu belirtilmelidir. Öte yandan, hâkimin yanlış değerlendirmesi sonucu, somutlaştırılmış vakıa hakkında da benzer şekilde deliller incelenmezse, iddia ediliş bu vakıa dikkate alınmaksızın karar verildiğinde aynı sonuç doğar. Hükme esas alınması için hâkimin aydınlatma ödevi gereği dikkat çekmesine dahi gerek kalmayan bir vakıanın gözetilmemesi, maddî gerçek ile örtüşmeyen karar verilmesine sebep olur.

Normal şartlarda aydınlatma ödevinin ihlali hâlinde, istinaf başvurusunun haklı görülebilmesi için, ihlalin yanlış bir karar verilmiş olmasına sebebiyet vermiş olup olmadığı üzerinde durulmalıdır¹²²¹. Buna karşın, somutlaştırma yüküne ilişkin olarak aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesi, gösterilmiş delillerin tamamının değerlendirilmesine gerek kalmadan karar verilmesine sebep olabilir. Çünkü vakıa

¹²²¹ Karaaslan, 225.

örgüsünü kuran vakılardan birinin somutlaştırılmamış olması sebebiyle o vakıa gözetilmediğinde, diğer vakıaların gerçekleşmiş olması bir önem arz etmez. Bilindiği üzere, talep sonucuna hükmedilmesi, bunu haklı kılan bütün vakıaların ileri sürülmüş ve ispat edilmiş olmasına bağlıdır. Diğer vakıalar hakkında gösterilmiş delillerin böyle bir durumda değerlendirilmesinin bir anlamı kalmaz. Dolayısıyla, somutlaştırma yüküne bağlı kararın HMK m. 353/1 - (a), (6)'nın kapsamında ele alınması ihtimali doğmaktadır¹²²². İlk derece mahkemesi gösterilmiş delillere bakmaksızın karar verdiğinde, istinaf mahkemesi, artık esastan bir karar vermek üzere değerlendirme yapmamalıdır. İlk derece mahkemesi kararındaki yanlışlık esastan karar verilmesi suretiyle giderilemediğinden, dava dosyası ilk derece mahkemesine gönderilmelidir.

Aydınlatma ödevinin bir gerekliliği olarak vakıa-delil ilişkisinin anlaşılır bir şekilde kurulmamış olmasına da hâkimin dikkat çekmesi şarttır. Doğrudan karar verilmesi isabetli olmayacaktır. Mesela başvurusuna elindeki belgeleri düzensiz bir şekilde ek yapan tarafın delil olarak dayanmak istediği belgelerin bu hâliyle incelenemeyeceği ifade edilmelidir. HMK m. 194/2 çerçevesinde ilişkilendirme yükü yerine getirilmediğinde hâkimin buna dikkat çekmemesi, aynı şekilde, HMK m. 353/1 - (a), (6)'nın uygulanmasına sebep olabilir. Çünkü belge ile ispatı hedeflenen vakıa olmaksızın talep sonucuna karar verilemeyeceği için, diğer vakıalar hakkındaki delillerin de değerlendirilmesi yerinde olmaz. Somutlaştırma yükü yerine getirilmediği için bütün delillerin değerlendirilmemesi ihtimali gözetildiğinde, istinaf aşamasında aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflardan açıklama istenememelidir. Yapılmış olan hatalı yargılamanın sonuçları bu durumda yine ilk derece mahkemesince giderilmelidir. Her ne kadar davayı aydınlatma ödevinin ihlali nispi bir istinaf sebebi olsa da, somutlaştırma yükü bakımından sonuçta mutlak istinaf sebebi olarak görülen HMK m. 353/1-(a), (6)'nın şartları gerçekleşmektedir.

Öte yandan, HMK m. 353/1 - (a), (6), delillerin tamamının değerlendirilmemesi durumuna özgülenmektedir¹²²³. Yukarıda izah ettiğimiz üzere, somutlaştırılmadığı için hüküm verilirken gözetilmeyen bir vakıa dahi, dava hakkında bütün delillerin

¹²²² Delillerin değerlendirilmesi hâlinde, HMK m. 353/1 - (a), (6) uyarınca karar verilemez. Bölge adliye mahkemesi, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeyip, incelemeyi kendisi yapabilir, bkz. Mehmet Kamil Yıldırım, "İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri", *Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI*, 2007, 118; Yayla, 125.

¹²²³ Tolga Akkaya, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, 290 (dn. 150); Yayla, 126 (dn. 583).

değerlendirilmesini gereksiz hâle getirebilmektedir. Aydınlatma ödevinin ihlali, incelemekte olduğumuz bu durumda, gösterilmiş delillerin tamamının değerlendirilmemesi sonucunu doğurabilir. Somutlaştırma yükünü ilgilendirmeyen bir hususta ise, hâkimin davayı aydınlatma ödevine aykırılık hâllerinde, yukarıda belirtildiği gibi HMK m. 353/1 - (a), (6)'ya göre karar verilemez. Zira HMK m. 353/1 - (a), (6) hükmü, delillerin bir kısmının incelenmiş olması hâlinde uygulanamaz¹²²⁴.

İlişkilendirme yükü yerine getirilmiş ve vakıa iddiası somutlaştırılmış olmasına rağmen, delilin dikkate alınmaması hâlinde ise, farklı bir sonuca ulaşılabilir. Usulüne uygun olarak gösterilmiş bir delilin dikkate alınmadığını fark eden bölge adliye mahkemesi HMK m. 357/3 gereği istinaf aşamasında o delili değerlendirebilir¹²²⁵. Şöyle ki, vakıa iddiası somutlaştırılmış ve buna bağlı olarak ispat konusu anlaşılabilir olması ve yine vakıa-delil ilişkisi belirgin bir şekilde kurulmuş olması gözetilmeden, hâkimin bunu aksi yönde görmesi hâlinde, HMK m. 357/3'ün mü yoksa HMK m. 353/1 - (a), (6)'nın mı uygulanacağı konusunda tereddüt yaşanabilir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevini gerektiren bir durumda ise, delilin usulüne uygun olarak gösterilmesinde bir eksiklik söz konusu olduğu için, HMK m. 357/3'ün uygulanmaması olağandır. Bu durumda (*somutlaştırma yükü tam anlamıyla yerine getirildiğinde*) ise, somutlaştırma yüküne dayalı verilmiş karar için yapılan istinaf başvurusunda, HMK m. 353/1 - (a), (6)'ya veya HMK m. 357/3'e göre karar verilmesi ihtimalleri doğar¹²²⁶. İlk hükme göre, hatalı bir şekilde somutlaştırma yüküne dayalı verilmiş karar hakkında duruşma yapılmadan usule ilişkin karar verilir. Buna bağlı olarak, dava dosyası ilk derece mahkemesine gönderilmelidir. İkinci hüküm uygulandığında ise, delillerin değerlendirilmesi, istinaf mahkemesince gerçekleştirilir. Dolayısıyla, uyuşmazlık hakkında istinaf mahkemesi yeniden karar verir. Ciddi bir farklılık söz konusu olduğu için, hangi hükmün uygulanacağının belirlenmesi büyük bir önemi haizdir. HMK m.

¹²²⁴ Karaaslan, 227.

¹²²⁵ Tülin Kurtoglu, *Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, 174.

¹²²⁶ Anılan hükümler arasında delilin değerlendirilmesi bakımından “ret kararı” verilip verilmemesine göre bir ayırım yapılmaktadır. Gösterilen delilin değerlendirilmesi talebi hakkında ret kararı verildiği takdirde, HMK m. 357/3'ün uygulanacağı ifade edilmiştir. Böyle bir durum olmadığı takdirde, HMK m. 353/1 - (a), (6)'ya göre karar verilmelidir, bkz. Yayla, 126. Lâkin ilk derece mahkemesinde gösterilmiş deliller hakkında ret kararı verilip verilmemesi ayrımı yapılamaz. Her iki durumda da gösterilmiş delile bakılmaksızın karar verilirken, ret kararı verip vermemesi şeklinde bir ihtimal doğmaz. Ayrıca, hâkimin değerlendirmeyi ihmal ettiği delil hakkında sırf ret kararı verilmediği için farklı bir sonuca ulaşılması düşünülemez.

357/3'ün istinaf mahkemesine takdir yetkisi tanığı kabul edilmelidir¹²²⁷. Kanaatimizce, böyle bir durumda, çoğunlukla delilin ilk derece mahkemesinde incelenmesi yolu tercih edilmelidir. Buna göre, ilk derece yargılamasında değerlendirilmesi lüzumlu olan delil açısından HMK m. 353/1 - (a), (6)'ya göre karar verilmelidir. İstisnai hâllerde, HMK m. 357/3'e göre delilin istinaf mahkemesince değerlendirilmesi söz konusu olmalıdır. Şöyle ki, delilin bölge adliye mahkemesince doğrudan zahmetsiz bir şekilde incelenmesi mümkün (*dava dosyasında yer alan belgenin değerlendirilmesi gibi*) ise HMK m. 357/3 uyarınca bu delil de gözetilerek uyuşmazlık esastan karara bağlanmalıdır.

Hâkim bazı hâllerde somutlaştırmaya yönelik açıklama yapması gereken tarafı yanlış tayin etmiş olabilir. Karşı tarafın somut bir şekilde inkârda bulunmasını gerektiren bir durum olmamasına rağmen bu kanaat ile karar verilebilir. Verilecek kararın ispat yükü ile bir ilgisi olmaz. İspat yükünün hangi tarafa düştüğünde yanlışlık yapılması maddî hukuka aykırılık teşkil eder¹²²⁸. Oysa gereksiz yere bir taraftan daha ayrıntılı bir açıklama beklenmesi usul hukukuna ilişkindir ve maddî hukuku ilgilendirmez. Dolayısıyla, maddî hukuka aykırılığın söz konusu olmadığına dikkat edilmelidir. Usulî hatanın yanlış bir karar verilmesine sebep olup olmadığı gözetilerek bir sonuca ulaşılmalıdır. Gerekmediği hâlde kendisinden açıklama beklenen taraf bunu yerine getiremediğinde onun aleyhine bir durum (*somut dayanak noktalarına değinilerek ileri sürülmüş vakıa iddiasının kabul edilmiş sayılması veya belgenin ibraz edilmemesi hâlinde delillerin değerlendirilmesi aşamasında bu davranışın gözetilmesi gibi*) ortaya çıkacağından bu usulî hatanın hükme tesir etmesi kaçınılmazdır. Bu bakımdan, verilen karardaki yanlışlığın istinaf aşamasında giderilmesi gündeme gelebilir. Mesela, ispatın engellendiği gerekçesiyle, gerçekte böyle bir durum olmamasına rağmen, vakıa iddiasının hükme esas alınmış olması durumunda, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar verilmelidir. Aslında böyle bir durumda,

¹²²⁷ Öğretide bu takdir yetkisi delili incelemeyen karar verip vermeme şeklinde ifade edilmektedir, bkz. Yayla, 123. Kanaatimizce, HMK m. 357/3'ün tanıdığı takdir yetkisi bu şekilde anlaşılmamalıdır. İlk derece mahkemesinin karar verirken gözetmediği delili bölge adliye mahkemesi gerekli görürse değerlendirebilir. Fakat delillerin ilk derece mahkemesince değerlendirilmesi için dosyanın gönderilmesine de karar verilebilir. İşte, HMK m. 357/3'ün tanıdığı takdir yetkisi, istinaf mahkemesinin delilleri bizzat değerlendirip değerlendirmemeye karar verebilmesi şeklinde anlaşılmalıdır. İlk derece mahkemesince hatalı olarak değerlendirilmeyen bir delil mutlaka dikkate alınmalıdır; bunun ilk derece mahkemesi tarafından mı yoksa istinaf mahkemesi tarafından mı yapılacağı konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

¹²²⁸ Akcan, 278 (dn. 694).

somutlaştırma yükünden doğan gerekliliklerin iddiada bulunan tarafça yerine getirilmediği gözetilerek, o vakıa dikkate alınmaksızın hüküm kurulmalıdır. Doğal olarak, iddia yükü altında olmayan tarafın aleyhine olacak şekilde davanın kabulüne karar verilmesi gündeme gelir.

Öte yandan, karşı tarafın açıklama yapması için şartlar oluştuğunda dahi, karar verilmeden önce, HMK m. 31 hükmü gereği, bu hususa dikkat çekilmelidir. Davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde böyle bir uyarıda bulunulmamış olması da, istinaf başvurusunu haklı kılar. Hâkim böyle bir durumda muhtemelen hiçbir delili toplamadan karşı tarafın aleyhine uyuşmazlığı hükme bağlayacaktır. Lâkin, aydınlatma ödevine göre, bu durum izah edilseydi karşı taraf açıklama yapabilirdi ve gösterilmiş deliller değerlendirildikten sonra karar verilebilirdi. Karşı tarafın açıklamaları üzerine, somutlaştırma yükü yerine getirilebildiği takdirde, artık gösterilmiş delillerin değerlendirilmesi ihtiyacı doğar. Bu yüzden, bölge adliye mahkemesi, hatalı şekilde karşı taraftan somut açıklamalarda bulunmasını beklemesi veya şartlar oluştuğu hâlde HMK m. 31'e göre buna dikkat çekmeden karar verilmesi hâllerinde, gösterilmiş deliller değerlendirilmeden karar verilmiş olacağı için, HMK m. 353/1 - (a), (6) uyarınca delillerin değerlendirilmesi için, dava dosyasını ilk derece mahkemesine göndermelidir. Buna karşın, karşı tarafın elindeki belgeyi ibraz etmemesinde farklı bir durum söz konusu olabilir. İbraz etmeme durumu delillerin değerlendirilmesinde göz önünde tutulmalıdır. Yani ibraz etmemeye rağmen delillerin değerlendirilmesi söz konusudur. Bu sebeple, karşı taraf elindeki belgeyi ibraz etmesi gerektiği hatırlatılmadan karar verilmesi hâlinde, ilk derece mahkemesince verilmiş karar, HMK m. 353/1 - (a), (6) hükmü kapsamında görülmemelidir.

4.3.1.2. Temyiz

Kararın temyiz edilmesi alt derece mahkemesi kararının hukukî yönden denetiminin yapılmasına yöneliktir. Temyizde, istinafa göre daha dar kapsamlı bir inceleme gerçekleşir ve vakıa tespitleri temyiz mahkemesi için bağlayıcıdır¹²²⁹. İstinafta olduğu gibi hem iddia yükü altındaki taraf hem de karşı tarafın somutlaştırma yüküne dayalı kararı temyiz etmesi mümkündür. Davaya bakan mahkeme tarafından aydınlatma

¹²²⁹ Bolayır, 304; Karslı, 733; Muhammet Özkes, *100 Soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz)*, Ankara 2016, 116, 117.

ödevinin yerine getirilip getirilmemesine ve mahkemenin hatalı değerlendirmesine göre temyiz incelemesi gerçekleşir. HMK m. 371'de temyizde bozma sebepleri zikredilmiştir. Bozma sebepleri aynı zamanda temyiz sebepleri olarak ele alınmalıdır¹²³⁰. Somutlaştırma yüküne dayalı alt derece mahkemesi kararları hakkında HMK m. 371/1 - (c) ve (ç) gereği temyiz yoluna başvurulabilir. İlk belirtilen temyiz sebebi, mutlak niteliktedir ve kararın bozulması sonucunu doğurur. Diğerinde ise, usulî ihlal ile yanlış karar verilmesi arasında illiyet bağı aranmalıdır. Yapılan usulî hata kararı değiştirecek nitelikte olmalıdır¹²³¹.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin HMK m. 31 hükmünün yanlış uygulanması, usulî bir hata teşkil eder ve bu durumun hükme etki etmesi hâlinde bozma sebebi olabileceği kabul edilmelidir. Nitekim aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesi, her zaman için hükme tesir edecek nitelikte görülmemektedir¹²³². Bu bakımdan, HMK m. 31'in ihlalinde, karar açısından nasıl bir durum ortaya çıkacağı değerlendirilmelidir. Mahkemece verilmiş kararın HMK m. 371/1 - (ç) uyarınca bozulması talep edilebilir. Şayet aydınlatma ödevinin ihlali olmasaydı kararın başka yönde olacağı söylenebiliyorsa, bu ihlali gerçekleştirmiş olan hâkimce verilmiş karar bozulabilir. Kanaatimizce, somutlaştırma yükünde aydınlatma ödevinin gereği gibi yerine getirilmemesinde farklı bir durum ortaya çıkabilir. Yargılama esnasında yapılmış hata, gösterilmiş delillerin değerlendirilmemesi sonucunu doğurabilir. Bu ise, HMK m. 371/1 - (c)'nin uygulanması anlamına gelir. İddia ve savunma için gösterilmiş delillere dikkate alınarak karar verilmesi hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir. İlkenin bu bakımdan ihlal edilmesi, HMK m. 371/1 - (c) bağlamında bozma sebebidir¹²³³. Bozma kararı verilmesi için başka herhangi bir şart aranamaz¹²³⁴. Öte yandan, somut vakıa iddiasının hatalı şekilde somutlaştırılmadığı kanaati ile gözetilmemesi hâlinde de aynı şekilde karar verilmelidir. Yani vakıa iddiasına ilişkin somut açıklamalara ve anlaşılır bir şekilde vakıa-delil ilişkisi kurulmasına rağmen, somutlaştırma yükü yerine getirilmediği düşüncesiyle, gösterilmiş delillere bakılmaması hâlinde de HMK m. 371/1 - (c)'ye başvurulmalıdır. Delillerin takdir edilmesinde yapılan hata ise, HMK m. 371/1 -

¹²³⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, (3. Bası), 539; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, 601.

¹²³¹ Karaaslan, 230.

¹²³² Alangoya, 141; Karaaslan, 217.

¹²³³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, (3. Bası), 572; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, 373.

¹²³⁴ Üstündağ, (Medeni Yargılama), 839.

(c)'nin kapsamına girmemektedir¹²³⁵. Çünkü hâkim gösterilmiş delili değerlendirmiştir ve fakat yanlış bir kanaat edinmiştir. Somutlaştırma yüküne dayalı karar verilirken ise, delillerin değerlendirilmemesi söz konusu olup, buna göre karar verilmektedir. Bu bağlamda, somutlaştırma yüküne dayalı karar ile gösterilmiş delillere bakılmadan karar verilmesinin mutlak bozma sebebi teşkil ettiğini söyleyebiliriz.

Karşı taraftan somutlaştırmaya yönelik açıklama beklenmiş olması ve buna bağlı olarak bu tarafın aleyhine karar verilmesi hâlinde de HMK m. 371/1 - (c)'ye göre karar verilmemelidir. Yine gösterilmiş deliller değerlendirilmeksizin bir karar verilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Haksız yere kendisinden somutlaştırmaya yönelik açıklama yapması beklenen ve iddia yükünü taşımayan taraf aleyhine karar verilmesi riski doğar. Mesela gerekli şartlar oluşmadığı hâlde isticvaba başvurularak açıklama yapmayan karşı tarafın aleyhine iddia edilmiş vakıanın kabul edildiği gözetilerek karar verilmesi bozma sebebi teşkil eder. Delil değerlendirmesi yapılmadığı için HMK m. 371/1 - (ç)'ye göre karar verilmeyeceği kabul edilmelidir. Buna karşın, delil değerlendirmesinin söz konusu olduğu hâllerde (*belgenin ibraz edilmemesi gibi*), HMK m. 371/1 - (ç) hükmü uygulanabilmelidir.

Temyizde ise istinaf aşaması açısından belirttiğimiz tartışma yaşanmaz. Çünkü temyizde tahkikat yapılmadığı için delillerin değerlendirilmesi gerekliliği doğmamaktadır. Temyiz mahkemesince verilecek karar, alt derece mahkemesi kararının onanması ve bozulması yönünde olabilir. Somutlaştırma yükü bakımından hatalı karar hukukî dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurur. Bozma sonrasında bunun mutlaka giderilmesi şarttır. Yargıtay'ın temyiz üzerine verdiği bozma veya onama kararının ilk derece mahkemesine mi yoksa bölge adliye mahkemesine mi gönderileceği önemlidir. Yani gerçekleşen hak ihlalinin hangi mahkeme tarafından giderileceği belirlenmelidir. İlk derece mahkemesinin kararı istinaf mahkemesince doğru bulunabilir veya yanlış olduğu gerekçesi ile kaldırılabilir. İlk derece mahkemesinin kararı doğru bulunduğunda, istinaf mahkemesi tarafından esastan ret kararı verilir¹²³⁶. Eğer bu esastan ret kararı doğru değilse, temyiz üzerine bozma kararı veren Yargıtay'ın dosyayı ilk derece

¹²³⁵ Davada kesin delil ile ispatın gerekli olmamasına rağmen takdiri delilin incelenmemiş olması HUMK m. 428/1 - (5) (HMK m. 371/1 - (c)) kapsamında ele alınmıştır. Sanki yalnızca bu hâlde gösterilmiş delillerin hiç değerlendirilmemesinin mutlak temyiz sebebi olduğu anlamı çıkmaktadır, bkz. Murat Yavaş, *Medeni Usul Hukukunda Temyiz*, İstanbul 2015, 92. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, somutlaştırma yüküne dayalı karar verilmesi hâlinde de HMK m. 371/1 - (c)'nin uygulanması gerekebilir.

¹²³⁶ İbrahim Özbay, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İstinaftan Sonraki Temyiz Sistemimizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar", İÜHFM, C. LXIX, S. 1-2, 419.

mahkemesine göndermesi gerekir (HMK m. 373/1). Şayet ilk derece mahkemesinin kararı, bölge adliye mahkemesi tarafından, deliller değerlendirilmediği için HMK m. 353/1 - (a), (6) uyarınca kaldırılmışsa, temyiz yoluna başvurulamayacaktır¹²³⁷.

4.3.2. Olağanüstü Kanun Yolu

Olağan kanun yolları tüketildikten sonra verilmiş kararın kesinleşmesi üzerine başvurulabilecek olağanüstü kanun yolu ise yargılamanın iadesidir. Kesin hüküm niteliği kazanan kararlara karşı son olarak olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın iadesine başvurulabilir. Yargılamanın iadesine başvurulması için yukarıda belirtilen kanun yollarının tüketilmiş olması şart değildir. Aleyhine kanun yoluna başvurulmadığı için kesinleşen bir karar için de yargılamanın iadesi istenebilir¹²³⁸. HMK m. 375'te geçen sebepler esas alınarak yargılamanın iadesine karar verilip verilemeyeceği karara bağlanabilir. Somutlaştırma yükü esas alınarak verilmiş bir karar şayet HMK m. 375'te belirtilen yargılamanın iadesi sebeplerinden birinin uygulanmasını gerektirirse, aleyhine karar verilmiş taraf, yargılamanın iadesini talep edebilir. Konumuz açısından incelenmesi gereken sebep ise HMK m. 371/1 - (i)'dir. Temel yargısal hak ihlali hâlinde, AİHM'in hak ihlalinin gerçekleşmiş olduğu yönündeki kararı üzerine, HMK m. 371/1 - (i) gereği yargılamanın iadesi istenebilir. Her türlü temel yargısal hak ihlali yenileme sebebi olmayacağı için somut olayda nasıl bir ihlalin gerçekleştiği önemlidir¹²³⁹. Hakkında yargılamanın iadesi istenen kararın adil yargılanma hakkının ayrılmaz parçası olan hukukî dinlenilme hakkına aykırı nitelikte olup olmadığına bakılmalıdır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, somutlaştırma yüküne dayalı bir karar hatalı ise hukukî dinlenilme hakkının da ihlali söz konusu olur. Bu bağlamda, somutlaştırma yüküne dayalı karar sebebiyle yerine göre yargılamanın iadesinin istenebileceği söylenebilir.

Şartlar oluşmadan somutlaştırma yüküne ilişkin bir karar verildiğinde bir tarafın açıklama yapma hakkı fiilen ihlal edilmiş olur. Hem iddiada bulunan taraf hem de savunmada bulunan taraf için açıklama hakkının kullanılması somut vakıa iddialarına dayanılmasına bağlıdır. Hâkimin bunu gözetmemesi, kaçınılmaz olarak, taraflardan biri

¹²³⁷ Özbay, 418, 432; Kuru, (*İstinafa Göre*), 691.

¹²³⁸ Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Turhan Kitabevi, Ankara 1977, 71; Karşı, 750.

¹²³⁹ Karşı, 758.

aleyhine açıklama yapma imkânının kullanılamaması sonucunu doğurur. Temel yargısal hak olan hukukî dinlenilme hakkının ihlali ise AİHM'e başvuruda bulunulmasını haklı kılmaktadır. AİHM'in bu şekildeki bir ihlali tespit ederek vereceği karar ile verilmiş kararın etkilerinin kaldırılması mümkündür. Şöyle ki, AİHM'in adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine yönelik kesinleşmiş kararı, HMK m. 375/1 - (i) gereği yargılamanın iadesi sebebidir. AİHM'in bu yönde verdiği karar sonrasında başka herhangi bir ek şart aranmaksızın yargılamanın iadesi talep edilebilir¹²⁴⁰. HMK m. 375'te zikredilen diğer sebepler ise somutlaştırma yüküne dayalı karar açısından yargılamanın iadesini haklı kılacak nitelikte değildir.

4.3.3. Ulusal ve Uluslararası Boyutta Temel Yargısal Hak İhlaline Dayalı Denetim

Ulusal düzeyde yargılama süreci sona erdiğinde, temel yargısal bir hakka aykırılık hâlinde, ulusal ve uluslararası düzeyde başvuru yolları öngörülmüştür. Eğer temel yargılama ilkelerinden birisinin ihlal edilmiş ise, mağdur olan taraf, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunarak yapılan hatanın giderilmesini sağlayabilir. Son bir çare ise, ulusal düzeyde hak ihlalinin gerçekleştiğinin kabul edilmemesi durumunda, AİHM'e başvurmaktır. Somutlaştırma yüküne dayalı karar verildiğinde bir temel hak ihlalinin ortaya çıkıp çıkmamasına göre ulusal ve uluslararası düzeyde getirilmiş olan bu başvuru yolları önem kazanacaktır. Somutlaştırma yüküne dayalı kararda açıklama hakkının ihlali sebebiyle adil yargılanma hakkı ihlali ortaya çıkabilmektedir. Temel yargısal hak ihlali sebebiyle, şartları oluştuğu takdirde, hem Anayasa Mahkemesi'ne hem de AİHM'e başvurulması gündeme gelir.

4.3.3.1. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru

Somitlaştırma yükünün takdirinde hata yapılması hâlinde, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla gidilebilir. Her ne kadar iki özel hukuk kişisi arasındaki uyuşmazlığı ilgilendiren bir mesele söz konusu olsa da, bu konuda verilen mahkeme kararı kamu gücünün kullanılması anlamına geldiği için, bireysel başvuru mümkündür¹²⁴¹. Vakıa iddiası somutlaştırılmamış olmasına rağmen hâkimin aydınlatma

¹²⁴⁰ Özekes, (*Hukukî Dinlenilme Hakkı*), 326.

¹²⁴¹ Ebru Karaman, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2013, 215.

ödevi gereği gerekli açıklamanın yapılmasını sağlamaması hukukî dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelir¹²⁴². İsticvap ile karşı taraf aleyhine talî somutlaştırma yükünün devreye girmesi taraflar arasında silahların eşitliğini sağlamaktadır. Şayet davaya bakan hâkim bunu gözetmez ise verilecek kararda silahların eşitliğinin sağlanamadığı söylenebilir. Anılan ilkenin ihlali ise her hâlükârda temel yargısal hak ihlali sebebiyle bireysel başvuruyu haklı kılacaktır. Keza gösterilmiş delillerin hatalı bir şekilde hiç değerlendirilmemiş olması da hukukî dinlenilme hakkının bir unsuru olan açıklama hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır¹²⁴³. Bu bağlamda, hatalı bir değerlendirme yapılması sonucu, taraf açıklamasının yeterli ölçüde somutlaştırılmadığı kanaati ile uyumsuzluk hükme bağlandığı takdirde, hukukî dinlenilme hakkı ihlal edilmiş olacaktır¹²⁴⁴.

Öte yandan, şartlar oluşmadığı hâlde karşı taraftan somutlaştırmayı sağlamaya yönelik bilgi vermesini beklemek ve bunun yerine getirilmemesi sebebiyle karşı tarafın aleyhine hüküm kurulması da hukukî dinlenilme hakkının ihlalidir. Çünkü yapılan hata sebebiyle ispatı gereken vakıa iddiasının gerçeğe uygun olduğu gözetilerek karar verilebilmektedir. Mesela hiç gerekmediği hâlde bir tarafın ticari sırlarını açıklamak durumunda bırakılması ve bunun yerine getirilmemesi sebebiyle onun aleyhine karar verilmesi kabul edilemez. Somutlaştırma yüküne dayalı hatalı karar, hukukî dinlenilme hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurduğu için, bu karar bakımından, bireysel başvuru için istenen şart sağlanmış olacaktır¹²⁴⁵. Çünkü böyle bir ihlal AİHS m. 6 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir. Anayasa Mahkemesi'nin hak ihlaline karar verebilmesi böyle bir ihlale bağlıdır. AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller ile güvence altına alınmış bir hakkın ihlali meydana geldiğinde Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulabilir¹²⁴⁶.

Bireysel başvurunun kabul edilmesi ve bunun üzerine inceleme yapılabilmesi için bazı şekli şartlar da mevcut olmalıdır. Esas hakkında karar verilebilmesi bu şartlara da bağlıdır. Hak ihlaline rağmen kanunda öngörölmüş başvuru yollarının tüketilmemiş olması bireysel başvurunun kabul edilmesine engel teşkil edecektir (AMKİHK m. 45/2).

¹²⁴² Rosenberg/Schwab/Gottwald, 401; Karaaslan, 33, 113.

¹²⁴³ Özkes, (*Hukukî Dinlenilme Hakkı*), 324.

¹²⁴⁴ Brose, 1318.

¹²⁴⁵ Karşlı, 799.

¹²⁴⁶ Yeşim Çelik, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, 127-140.

Gerçekleşen yargılamada ihlale sebep olan hususun kanun yollarında ileri sürülmüş olması önem arz edecektir. İstinaf ve temyiz aşamalarında somutlaştırma yüküne dayalı kararın hukukî dinlenilme hakkına aykırı nitelikte olduğu itirazı mutlaka ileri sürülmelidir¹²⁴⁷. Ayrıca başvuru için tayin edilmiş sürenin hitamına kadar Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuş olmalıdır. AMKİHK m. 45 ila 47'de öngörülen diğer şartlar da dâhil olmak üzere başvuru açısından kabul edilebilirlik incelemesi yapılır¹²⁴⁸. Yalnızca bu inceleme sonucunda uygun bulunan başvurular esastan karara bağlanabilecektir. Diğer bir ifadeyle, başvuru kabul edilebilir görüldüğü takdirde, gerçekten bir hak ihlali olup olmadığı karara bağlanabilir.

İhlalin gerçekleştiğine karar verildiği takdirde yeniden yargılama yapıp yapılmayacağına karar verilecektir. İhlalin sonuçlarını ortadan kaldıracığı takdirde dosya üzerinden karar verilmesi ile iktifa edilebilir; aksi hâlde ise yeniden yargılama yapılmasına yönelik karar verilmelidir. Somutlaştırma yüküne dayalı karar üzerine yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi kaçınılmazdır. Bu yüzden, ihlali ve sonuçlarını kaldırmak amacıyla, dava dosyası, kararı vermiş olan mahkemeye gönderilmelidir (AMKİHK m. 50/1, 1. cümle). Dosyanın gönderileceği mahkeme somutlaştırma yüküne dayalı karar vererek hukukî dinlenilme hakkının ihlal edilmesine sebep olan ilk derece mahkemesi olacaktır. Yapılan usulî hatanın giderilmesi ve vakıa iddiası hakkındaki delillerin değerlendirilmesi sonrasında uyuşmazlık karara bağlanmalıdır. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru sonucu hak temel yargısal bir hakkın hilafına karar verildiğinin tespitinin yargılamanın iadesi sebepleri arasında sayılmamasının sebebi de budur. Çünkü AİHM'den farklı olarak Anayasa Mahkemesi yeniden yargılama yapılmasına karar verebilmektedir¹²⁴⁹.

4.3.3.2. AİHM'e Bireysel Başvuru

Nasıl ki somutlaştırma yüküne dayalı kararda yapılan hata sebebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilmekte aynı şekilde AİHM'e de başvurulabilir. Adil

¹²⁴⁷ Karşlı, 800. Bireysel başvuru öncesinde mutlaka hak ihlali itirazında bulunulmuş olması şart olmakla birlikte, her safhada bu ihlalin ileri sürülmesi şeklinde bir şart aranmamalıdır, bkz. Karaaslan, 233.

¹²⁴⁸ Ramazan Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2014, 169-179; Meral Sungurtekin-Özkan, "Anayasal Şikayet Üzerine Anayasa Mahkemesinin Temel Hak İhlali Kararı Vermesi ve Yeniden Yargılama Yapılmasının HUMK ve HMK Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan*, C. 2, 2015, 1470, 1471.

¹²⁴⁹ Korkmaz, 199; Sungurtekin-Özkan, 1472; Kuru, *(İstinafa Göre)*, 798.

yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası hukukî dinlenilme hakkının ihlali AİHS m. 6 çerçevesinde bireysel başvuruyu haklı kılmaktadır¹²⁵⁰. İç hukuk yolları tüketilmeden AİHM'e başvuru mümkün olmadığından, gerçekleşen hak ihlalinin etkilerini kaldırmak üzere, öncelikle, Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuş olması şarttır¹²⁵¹. Yine Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı gibi AİHM'de de bir ön inceleme yapılarak başvurunun kabul edilip edilmeyeceği öncelikle karara bağlanır. AİHM'e adil yargılanma hakkı ihlal edilerek verilen mahkeme kararını bozma veya iptal yetkisi tanınmamıştır¹²⁵². AİHM'in kararının doğrudan ve dolaylı etkisi bulunmaktadır. Doğrudan etkide verilen karar üzerine başvuru sahibi aleyhine olan olumsuz durum giderilmesi gerekir. Dolaylı etkide ise, ilgili devletin, iç hukuk kurallarını ve uygulamayı, AİHM tarafından başka ihlal kararları verilmemesi için gözden geçirmesi sonucu doğar¹²⁵³.

AİHM'in temel hak ihlaline yönelik mahkûmiyet kararı üzerine neler yapılacağı ilgili devletin iç hukukuna bırakılmıştır¹²⁵⁴. Öyle bir mekanizma öngörülmelidir ki, temel hak ihlalinin etkileri ortadan kaldırılabilirdir. Yoksa verilmiş kararın gereklerinin yerine getirilmemesi sonucu doğar. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruda ise bundan farklı olarak ihlalin ve ihlalin sonuçlarının kaldırılması için ne yapılması gerektiğine hükmedilmemektedir¹²⁵⁵. Bu yüzden, AİHM'in kararının gereğinin yerine getirilmesi için iç hukukta düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır. Türk hukukunda temel hak ihlaline sebep olan mahkeme kararının hukuk âleminde doğurduğu etkiyi gidermek üzere, AİHM'in kesinleşmiş kararı, HMK m. 375/1 - (i)'de yargılanmanın iadesi sebebi olarak ele alınmıştır.

¹²⁵⁰ Özkes, (*Hukukî Dinlenilme Hakkı*), 329.

¹²⁵¹ Pekcanitez/Atalay/Özkes, (3. Bası), 687.

¹²⁵² Pekcanitez, 410, 411; Karaaslan, 235.

¹²⁵³ Cem Şenol, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2013, 48, 49.

¹²⁵⁴ Şenol, 49, 50.

¹²⁵⁵ Zafer/Centel, 861.

SONUÇ

Somutlaştırma yükü, vakıa iddialarının anlaşılır bir şekilde izah edilmesi ve deliller ile ilişkilendirilmesi yönündeki usulî bir yüküdür. Gerek davacı gerekse davalı kendi lehine dayandığı vakıa iddiasını somut bir şekilde yargılamaya dâhil etmelidir. Aksi hâlde, ileri sürülmüş vakıa iddiasının dikkate alınmaması veya gösterilmiş bir delilin değerlendirilmemesi riski ortaya çıkar¹²⁵⁶. Somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi ile yargılamada delillerin amacına uygun bir şekilde değerlendirilmesi sağlanabilir. Bunun yanında, uyuşmazlığa ilişkin önem arz eden vakıaların ne şekilde ispat edilmek istendiği de belirli olacağından, delillerin uygun bir şekilde incelenmesi mümkün hâle gelir¹²⁵⁷. Diğer taraftan, hâkimin hukuk kuralını tatbik etmesinde de, somutlaştırma yükünün yerine getirilmiş olmasının ciddi bir faydası vardır. Somut olayda tatbik edilmesi düşünülen hukuk kuralının öngördüğü koşul vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği somut vakıa iddialarına dayanıldığı takdirde anlaşılabilir. Bu uğurda tarafların hukuk kuralını bildirmeleri lüzumlu olsa da zorunda değildir¹²⁵⁸. Aynı nitelikte başka bir vakıanın yargılamaya dâhil edilmesi istendiğinde, iddiayı genişletme ve değiştirme yasağının ihlali sonucunun doğup doğmayacağı somutlaştırma yükü sayesinde anlaşılabilir. Somutlaştırma yükü, bu durumda, sınırlandırma işlevi görmektedir¹²⁵⁹. Bunlara ilaveten, hukukî dinlenilme hakkı açısından somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinin son derece önemli olduğunu söyleyebiliriz. Kendi aleyhine ileri sürülmüş bir vakıa iddiasına karşı çıkmak isteyen tarafın bu iddiayı öğrenmesi ve anlayabilmesi gerekir. Bu ise, ancak davaya dayanak teşkil eden vakıaların ve delillerin somutlaştırılmış bir şekilde dava dosyasına dâhil edilmesi ile mümkün olabilir¹²⁶⁰.

Somutlaştırma yükü ile birlikte değerlendirilmesi gereken usulî yükler iddia yükü, inkâr etme yükü ve delil ikame yüküdür. İddia yükü, tatbiki gerekli bir hukuk kuralında geçen koşul unsuru karşılayan vakıaların tamamının iddia edilmiş olmasını gerektirir. Öğretide, iddia yükünün objektif ve sübjektif iddia yükü olarak ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir. Objektif iddia yükü ile dava malzemesi hâline gelmemiş bir vakıa

¹²⁵⁶ Bkz. Birinci Bölüm, § 1, A.

¹²⁵⁷ Bkz. Birinci Bölüm, § 1, B.

¹²⁵⁸ Bkz. Birinci Bölüm, § 1, B.

¹²⁵⁹ Bkz. Birinci Bölüm, § 1, B.

¹²⁶⁰ Bkz. Birinci Bölüm, § 1, B.

sebebiyle nasıl bir karar verileceği açıklanmaya çalışılmaktadır. Sübjektif iddia yükü ise, bir tarafın kendi aleyhine karar verilmemesi için iddiada bulunmasını ifade eder. Böyle bir ayrımın yapılmasının isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Objektif iddia yüküne, bir vakıanın iddia edilmemesinin veya tespit edilememesinin sonucunu düzenlemek üzere başvurulmaktadır. Oysa bu durumda usulî bir yükün varlığından bahsetmek zordur. İddia yükü kavramı, yalnızca sübjektif iddia yükünü karşılamak üzere kullanılmalıdır. Öğretide, sübjektif iddia yükü, soyut ve somut iddia yükü şeklinde tasnif edilmektedir. Soyut iddia yükü, karşı tarafın savunmasında bağımsız olarak iddiada bulunulmasını ifade eder. Tarafların dava esnasında yaptıkları açıklamalara bağlı olarak iddianın ne ölçüde somutlaştırılacağı somut iddia yükü ile açıklanır. Somut iddia yükü, aslında somutlaştırma yükünün vakıaların somut bir şekilde ileri sürülmesi gerektiği yönündeki kısmını karşılamaktadır. Nitekim somut iddia yükünün somutlaştırma yükü olduğu belirtilmektedir. Bu şekilde bir ayrımın yapılmasına da gerek olmadığı düşüncesindeyiz. Somutlaştırma yükü ile açıklanabilecek bir durumun iddia yükünün tasnif edilmesi suretiyle iddia yükü kapsamında ele alınmaması gerekir¹²⁶¹.

İnkâr etme yükü, ileri sürülmüş bir vakıa iddiasının hükme esas alınmasına engel olmak isteyen tarafın bu iddiaya karşı çıkmasını gerektiren usulî bir yüküdür. Bu yüke göre, iddia edilmiş bir vakıayı inkâr etmeyen taraf aleyhine ikrar faraziyesi işletilir. Böylece, açılmış davada uyuşmazlık konusu vakıaların tespiti gerçekleşir. Şöyle ki, açıkça inkâr edilmiş vakıalar ispatın konusu olabilir ve ispat faaliyeti bu vakıalar için yürütülür. İnkâr etme yükü, yalnızca taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda uygulanabilir. Tarafların davranışına göre hem iddianın hem de inkârın ne ölçüde ayrıntılı olabileceği belirlenir. Vakıa iddiası ayrıntılı olduğu ölçüde bu iddiayı inkâr etmeye yönelik açıklamalar da ayrıntılı olmalıdır. İstisnai olarak, vakıa iddiasına dayanan taraf somutlaştırma yükünü yerine getiremeyecek konumda olursa, talî somutlaştırma yükü gereği, inkârda bulunması gereken taraf ayrıntılı bir açıklama yapmak durumunda kalabilir. HMK m. 128 düzenlemesi dikkate alındığında, hukuk yargılamamızda inkâr etme yükünün uygulanamayacağını söyleyebiliriz. Her ne kadar savunmada bulunması gereken tarafı korumaya yönelik bir düzenleme söz konusu olsa da, inkâr etme yükünün kabul edilmesi, ihtilaflı vakıaların tespitini kolaylaştırdığı için

¹²⁶¹ Bkz. Birinci Bölüm, § 2, A.

faydalı bir usulî araçtır. Ayrıca, dava açıldığında karşı taraf, inkâr etme yükü nedeniyle, cevap vermek durumunda kalacağı için, tarafların yargılamada etkin rol oynamaları temin edilebilir. Bu bağlamda, inkâr etme yükünün kabul edilmesinin ve bu yönde HMK'da değişiklik yapılmasının isabetli bir tercih olacağı kanaatindeyiz¹²⁶².

Delil ikame yükü incelenirken ispat yükü kavramı ile birlikte ele alınmaktadır. Her iki kavram birbiri ile yakın ilişki içinde olmakla birlikte, aralarında ciddi farklılıklar söz konusudur. Ancak dava esnasında bu iki kavram arasındaki farkın anlaşılması ve doğru tespit edilebilmesi her zaman için kolay değildir. İspat yükü, yukarıda yapılan tasnife benzer şekilde objektif ispat yükü ve sübjektif ispat yükü olarak ele alınmaktadır. Objektif ispat yükü ile bir vakıanın ispat edilemediğinde ortaya çıkan belirsizlik hâlinde nasıl karar verileceği açıklanır. Sübjektif ispat yükü ise delil ikame yükü olup, davayı kaybetmek istemeyen tarafın kendi lehine olan vakıaların gerçeğe uygun olduğu yönünde delil göstermesi gerekliliğini ifade eder. Yine bu şekilde bir ayırım yapılmasının gerekli olmadığını belirtmeliyiz. İspat yükü teknik anlamda bir usulî yük değildir. Sadece belirsizlik hâlinde, verilen kararı açıklamak için, bu kavrama başvurulur. Bu yüzden, ispat yükünün usulî yükler kapsamında ele alınması doğru değildir¹²⁶³.

Öğretide, delil ikame yükü de soyut ve somut delil ikame yükü olmak üzere ayrı ayrı ele alınmaktadır. Soyut delil ikame yükü, yargılamanın başında hangi tarafın delil göstermesi gerektiğini açıklar ve yargılamanın seyrinden bağımsızdır. Buna karşın, somut delil ikame yükü yargılamadaki duruma bağlıdır ve taraflar arasında yer değiştirebilir. Gösterilmiş delil incelendiğinde, hâkimde belirli yönde bir kanaat oluşur. Bu kanaat hangi tarafın aleyhine olur ise, o taraf, delil göstererek hâkimin edindiği kanaati çürütmelidir. Bu başarılabilir ise, somut delil ikame yükü, vakıayı iddia etmiş olan tarafa döner ve onun yeni bir delile dayanmasını gerekli hâle getirir. İşte, hâkim oluşan bu şekildeki kanaate göre, taraflar arasında yer değiştirebilen ve delil gösterme gerekliliğini ifade eden bu durum için somut delil ikame yükü kavramına başvurulur. Türk hukukunda somut delil ikame yükünün uygulanma alanı çok sınırlı olabilir. Çünkü delillerin serbestçe değerlendirilmesi mümkün olduğu ölçüde, somut delil ikame yükü uygulanabilir. Oysa hukuk yargılamamızda, özellikle senetle ispat kuralı kabul edildiği için, delillerin serbestçe değerlendirilmesinde ciddi sınırlandırma söz konusudur.

¹²⁶² Bkz. Birinci Bölüm, § 2, B.

¹²⁶³ Bkz. Birinci Bölüm, § 2, C.

Bununla birlikte, somut delil ikame yükünün yer değiştirmesi, daha önce hiç belirtilmemiş yeni bir delile dayanılmasını gerekli kılmaktadır. Teksif ilkesinin uygulandığı hukuk yargılama sistemimizde, tarafların yeni bir delil ikame etmesi, HMK m. 145 hükmüne göre mümkündür. Gösterilmiş delillerin hâkimde oluşturduğu kanaate göre yeni bir delil gösterilmesi ise, HMK m. 145 çerçevesinde, yeni bir delilin gösterilmesine olanak tanımayacağı kanaatindeyiz. Taraflar dilekçelerinde delil göstermek suretiyle delillerini hasrederler. Bu aşamadan sonra ise, delillerini hasreden tarafın delil ikame yükü yer değiştirmesi sebebiyle yeni bir delile dayanması mümkün olmamalıdır¹²⁶⁴.

Somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinde bu yüke konu teşkil edebilecek vakıaların tayin edilmesi gerekir. Hâkimin hukuku re'sen uygulayacak olması sebebiyle hukuk kuralları somutlaştırma yüküne konu olamaz. İçtihadı birleştirme kararları ile örf ve âdet hukuku da aynı kapsamda görülmelidir. Yabancı hukukun uygulanmasını gerektiren hâllerde de hukukun re'sen uygulanması ilkesi geçerlidir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığa yabancı hukukun uygulanabilmesi için içeriğinin tam olarak tespiti gerekir. Çünkü aynı uyuşmazlık o ülkede nasıl karara bağlanıyor ise öyle hüküm verilmelidir. Tarafların bu konuda hâkime yardımcı olması gerekir. Buna rağmen, yabancı hukukun uygulanması noktasında, taraflar için usulî bir yükün varlığından bahsedilemez. Yabancı hukuka göre karar verilmesini gerektiren bağlama noktaları ise bunun dışında tutulmalıdır. Bağlama noktası bir vakıadır ve mahkemece dikkate alınabilmesi için ilgili tarafça somutlaştırılarak iddia edilmelidir¹²⁶⁵.

Bir davada karar verilirken, karara esas teşkil edecek vakıaların ispatında çoğu zaman tecrübe kurallarına başvurulur. Çok sayıdaki hayat olayının gözlemlenmesi sonucu elde edilen tecrübe kuralları daima aynı sonucun doğacağı yönünde kesinlik arz eden bilgi verirler. Hâkimin bir vakıa hakkında kanaat edinmesi bu kurallar sayesinde gerçekleşebilir. Taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi, hâkim, mevcut tecrübe kuralını göz önünde bulundurmalıdır. Hâkimin tecrübe kuralına re'sen başvurması, taraflarca getirilme ilkesinden sapma olarak görülemez. Yine uyuşmazlığın taraflarının ilgili vakıaları ileri sürmesi beklenir. Buna karşın, hâkim, tecrübe kuralını uygularken tarafların iradesi ile bağlı olmadığı gibi, tecrübe kuralının tespiti için bilirkişiye de

¹²⁶⁴ Bkz. Birinci Bölüm, § 2, C.

¹²⁶⁵ Bkz. İkinci Bölüm, § 3, A, 1.

başvurulabilmelidir. Bu bağlamda, tecrübe kuralının iddia edilmesi ve somutlaştırılması şeklinde usulî bir yükten bahsedilemeyeceğini söyleyebiliriz¹²⁶⁶.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığı ilgilendiren vakılardan yalnızca hukuken önem arz edenleri ve çekişmeli olanları somutlaştırılmalıdır. Hangi vakıanın uyuşmazlığın karara bağlanmasında önemli olduğu uygulanacak hukuk kuralına göre belirlenir. Normatif koşul unsur öngörüldüğü takdirde, kuralda geçen kavram belirtilerek iddiada bulunma yoluna gidilebilir. Yalnızca normatif kavramın izah edilmesi, bir tarafın kendi değer yargısını belirtmesinden başka bir şey değildir. Bu durumda, gerçek anlamda bir iddia söz konusu olamaz ve bu nedenle somutlaştırma yükünün yerine getirilmediği kabul edilmelidir. Çünkü, kuralın uygulanmasını haklı kılacak şekilde bir vakıa iddiasında bulunulmamaktadır¹²⁶⁷.

Bazen koşul unsuru doğrudan karşılayan vakıaların iddia edilmesi yerine emarelere dayanılması söz konusu olabilir. Koşul unsuru doğrudan karşılayan ana vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği emare ile ispat edilebilir. Emare de vakıa niteliğindedir ve taraflarca yargılamaya dâhil edilmelidir. Hâkim, ispatı gereken vakıaya ilişkin emareleri re'sen dikkate alamaz. Hatta ileri sürülen emarenin hükme dayanak teşkil edebilmesi bakımından ispat edilmesi de gerekebilir. İspat faaliyetinin yürütülebilmesiye, emarenin somut bir şekilde iddia edilmiş olması ile mümkün olabilir. Dolayısıyla, emareye dayanan taraf, bu vakıaya göre ana vakıa hakkında sonuç çıkarılmasını istiyor ise, emareye yönelik lüzumlu bilgileri de paylaşmalıdır. Buna karşın, bir delilin inandırıcılığını değerlendirmeye yönelik emareler bakımından iddia ve somutlaştırma yükü söz konusu olamaz. Delillerin değerlendirilmesini ilgilendiren bir hususta hâkimin tarafların açıklamaları ile bağlı kalması düşünülemez. Bu bağlamda, delilin değerlendirilmesini ilgilendiren emarelerin iddia ve somutlaştırma yüküne konu olmadığını söyleyebiliriz¹²⁶⁸.

Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda hükme esas alınabilecek vakıalar, çekişmeli olmayan vakıalar ve çekişmeli olmakla birlikte gerçeğe uygun olduğu ispat edilmiş vakılardır. Tarafların gerçeğe uygun olduğunu kabul ettikleri bir vakıa doğrudan hükme esas alınabilir. Bu tür bir vakıanın somutlaştırılmasına yönelik bilgi verilmesine gerek kalmaz. Ancak, ilk başta ikrar edilmiş bir vakıa iddiası, ikrardan

¹²⁶⁶ Bkz. İkinci Bölüm, § 3, A, 2.

¹²⁶⁷ Bkz. İkinci Bölüm, § 3, B, 1, a).

¹²⁶⁸ Bkz. İkinci Bölüm, § 3, B, 1, b).

dönülebildiği takdirde, somutlaştırılmalıdır. Diğer taraftan, sonradan inkârda bulunulması hâlinde de aynı şeyi söylemek mümkündür¹²⁶⁹.

İnkâr bir taraf usul işlemi olduğu için, usul işlemlerinin yorumlanmasında geçerli olan ilkelere göre, inkârda bulunmak yönünde bir iradenin bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Bu sebeple, inkârın örtülü olarak gerçekleşmesi de mümkündür. İnkârda bulunmak yönünde bir iradenin mevcut olup olmadığı konusunda tereddüt hâlinde ise inkârda bulunulduğu kabul edilmelidir. Çünkü hukuk yargılamamızda inkâr faraziyesi tercih edilmiştir. İnkârda bulunulduktan sonra ise, inkârdan dönülmesi her hâlükârda mümkün olduğu gibi, vakıa iddianın gerçeğe uygun olduğu belirtilerek somutlaştırılması gerekliliği de sonlandırılabilir¹²⁷⁰.

Öyle bazı vakıalar vardır ki, hükme esas alınmaları için somutlaştırılmalarına gerek kalmayabilir. Hükme esas alınacak bir husus, aynı zamanda görülmekte olan davada karar verilebilmesi için dava şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini de ilgilendirebilir. Dava şartları hakkında karar vermesi gereken hâkim, bir dava şartının mevcut olup olmadığını kendiliğinden gözetmelidir. Bu nedenle, verilecek hükme etki edebilecek mahiyetteki bir vakıanın aynı zamanda dava şartını da ilgilendirmesi durumunda somutlaştırılmasına gerek yoktur¹²⁷¹. Öte yandan, herkesçe bilinen vakıaların da iddia edilip somutlaştırılmasına lüzum yoktur. Davaya bakan hâkim, herkesçe bilinen bir vakıayı, taraflarca iddia edilmemiş olsa dahi, hükme esas almalıdır. Öyle ki, bu konuda tarafların aksi yönde bir karar verilmesine yönelik iradesine de bakılmamalıdır. Hukukî dinlenilme hakkının ihlal edilmemesi amacıyla, davaya bakan hâkim, hangi vakıanın herkesçe bilinen vakıa olarak gördüğünü tarafların bilgisine sunmalıdır¹²⁷².

Hukuken önem arz etmesine ve çekişmeli olmasına rağmen, iddia edilmesi ve somutlaştırılması gerekmeyen vakıalar kapsamında kanunî karineler de ele alınabilir. Karine sonucuna göre karar verilmesi için, uygulanacak karine lehine olan tarafın bu karinenin temelini iddia etmesi ve somutlaştırması zorunludur. Hatta karine temelini karşılayan vakıanın veya vakıaların, inkâr edilmesi hâlinde, ispat edilmesi de gerekli hâle gelir. Karine sonucunun uygulanması için ise iddia edilmesi ve somutlaştırılması şartı aranmaz. Ancak bunun söylenebilmesi için karine temeli mutlaka ilgili tarafça

¹²⁶⁹ Bkz. İkinci Bölüm, § 3, B, 2.

¹²⁷⁰ Bkz. İkinci Bölüm, § 3, B, 2.

¹²⁷¹ Bkz. İkinci Bölüm, § 3, C, 1.

¹²⁷² Bkz. İkinci Bölüm, § 3, C, 2.

ortaya konulmuş olmalıdır. Bir şekilde karine temelini ispat edemeyen taraf karineden yararlanamaz. Bu hâlde, karine sonucunun içini doldurmaya yönelik vakıa iddialarına dayanılması ve bunların somutlaştırılması gerekir. Kanunî karinenin uygulanması mümkün ise, karşı tarafın yapması gereken şey, karinenin aksini ispat etmektir. Bu ihtimalde, karine sonucuna yönelik somut iddialarda bulunulmamış olması sebebiyle aksini ispat faaliyetinde somut iddialara dayanma olanağı olmayabilir. Karine aleyhine olan tarafın bunu gerçekleştirebilmesi için, karine lehine olan tarafın somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunması gerekir. Pek tabi ki, bu durumda, ispat yükünün karine lehine olan tarafa geçtiği söylenemez¹²⁷³.

Somitlaştırma yükünün ne zaman yerine getirildiğinin kabul edileceği konusunda kesin bir ölçü ifade etmek mümkün değildir. Yalnızca somutlaştırma ölçüsünün tayin edilmesine etki eden bazı hususlardan bahsedilebilir. Taraf dilekçeleri bakımından öngörölmüş hukukî düzenleme ve inkâr etme yükünün kabul edilip edilmemesi somutlaştırma ölçüsünün tayininde önemlidir. İddiaya dayanak teşkil eden vakıaların tek tek izah edilmesi şartı öngöröldüğünde, yalnızca hukukî kavramlara (*satım sözleşmesi gibi*) başvurularak dava açılmamalıdır. Vakıalar tek tek açıklanacağı için dava veya cevap dilekçesi verilirken somut vakıalara dayanılması gerekecektir. Diğer taraftan, inkâr etme yükünün kabul edilmemiş olması hâlinde, ileri sürölen vakıalar hakkında ayrıntılı bir açıklama yapılmalıdır. Çünkü ileri sürölecek vakıaların karşı tarafça inkâr edilmiş sayılması söz konusu olabileceği için, daha iddia aşamasında bu durum gözetilerek somut vakıalara dayanılmalıdır. İnkâr etme yükünün uygulandığı bir hukuk düzeninde ise öncelikle genel hatları ile iddiada bulunulabilir. Bu iddianın ayrıntılı hâle getirilmesi, karşı tarafın inkârda bulunması durumunda gerekli hâle gelir¹²⁷⁴.

Somitlaştırma yükünün öngörölmesindeki temel gaye, dava malzemesinin anlaşılır bir şekilde yargılamaya dâhil edilmesini sağlamaktır. Elindeki bilgi ve belgeleri yeterli ölçüde somutlaştırmadan dava veya cevap dilekçesi veren tarafın aleyhine bazı sonuçların doğması doğal karşılanabilir. Ancak istisnai hâllerde, vakıa iddiasında bulunan taraf, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesini sağlayacak düzeyde bilgi sahibi olmayabilir. Böyle bir durumda, somutlaştırma ölçüsünün daralacağının kabulü gerekir. Yerine göre ihtiyaç duyulan bilgilerin karşı taraftan temin edilmesine yönelik

¹²⁷³ Bkz. İkinci Bölüm, § 3, C, 3.

¹²⁷⁴ Bkz. İkinci Bölüm, § 3, D, 1.

hukukî imkânlar da kullanılabilirdir. Dolayısıyla, somutlaştırma yükü altındaki tarafın bilgi seviyesinin de somutlaştırma ölçüsünün belirlenmesinde belirleyici bir unsur olduğunu söyleyebiliriz¹²⁷⁵. Son olarak, somut olaya tatbiki mümkün olan bir tecrübe kuralının varlığının da somutlaştırma yükünün ölçüsünde belirleyici olduğunu söyleyebiliriz. Tecrübe kuralı sayesinde, iddia edilmiş belirli bir vakıa hakkında değerlendirme yapılabilir. Bunun için vakıanın ileri sürülmesi yeterli olup vakıaya ilişkin ayrıntılı bir açıklama yapmaya gerek kalmamaktadır¹²⁷⁶.

Hukuk yargılamamızda, tarafların dava açmak suretiyle uyuşmazlığa ilişkin vakıalar hakkında bilgi edinme ve delilleri elde etmeye yönelik çabalarına müsaade edilemez. Amerikan hukukunda öngörülen delil keşfi usulünde ise aksi bir durum söz konusudur. Bu usulde, tahkikat öncesindeki bir aşamada uyuşmazlığa ilişkin vakıaların ve delillerin ortaya çıkması gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, delil keşfi usulünün öngörüldüğü sistemlerde, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi bizim hukukumuzda olduğu kadar önem arz etmez¹²⁷⁷. Hukuk yargılamamızda, uyuşmazlığın taraflarından birisinin bu uyuşmazlığa ilişkin vakıaların tamamı hakkında bilgi edinmek ve yine mevcut delilleri öğrenmek üzere delil göstermesi hâlinde, somutlaştırma yükünün yerine getirilmediği gözetilmeli ve buna göre karar verilmelidir¹²⁷⁸.

Taraflar, dilekçelerini verirken dayandıkları vakıaları deliller ile ilişkilendirirler. İlişkilendirme yükü yerine getirilmediği takdirde, gösterilmiş delilin dikkate alınmaması riski doğar. Delilin sunulması ile ilişkilendirme yükünün yerine getirilmesi aynı şeyler değildir. Vakıa-delil ilişkisinin kurulması bakımından delilin mahkemeye verilmesi şart olmamakla birlikte, delilin değerlendirilebilmesi için mahkemeye sunulması şarttır. Aksi hâlde, mahkemeye getirilmeyen delilden vazgeçildiği sonucuna ulaşılabilir¹²⁷⁹. İlişkilendirme yükünü ilgilendirmeyen ve belge delilinde özellik arz eden başka bir durum ise, yabancı dilde tanzim edilmiş belgelerde söz konusu olabilir. Kanaatimizce, belgenin tercümesinin verilmesi ilişkilendirme yükünü ilgilendirmedığından, karşı tarafın belge içeriğine itiraz etmesi hâlinde tercümenin ibrazına karar verilmelidir¹²⁸⁰. HMK m. 223/2 düzenlemesi de bunu desteklemektedir. Zira burada gerekli görülürse

¹²⁷⁵ Bkz. İkinci Bölüm, § 3, D, 2.

¹²⁷⁶ Bkz. İkinci Bölüm, § 3, D, 3.

¹²⁷⁷ Bkz. İkinci Bölüm, § 4, A, 1.

¹²⁷⁸ Bkz. İkinci Bölüm, § 4, A, 2 ve 3.

¹²⁷⁹ Bkz. İkinci Bölüm § 4, B, 1, a).

¹²⁸⁰ Bkz. İkinci Bölüm, § 4, B, 1, b).

ibrazla karar verilebileceği ifade edilmiştir. Yine belge ile ilgili olarak, karşı tarafta bulunan belgenin içeriği, iddia edilen vakıanın ispatı için gerekli olduğu ve karşı tarafın elinde olduğu gibi hususların yaklaşık olarak ispat edilmesi ilişkilendirme yükünün kapsamına giremez. Ayrıca bu gibi bir şartın aranması, HMK m. 121 hükmü ile bağdaşmayacaktır¹²⁸¹.

Somut vakıa iddialarına dayanılması ve bu iddiaların deliller ile ilişkilendirilmesinde hangi delile dayanıldığı önem arz etmektedir. Bu sebeple, delil türleri bakımından bir ayırım yapılmalıdır. Yemin delilinde karşı tarafın uyuşmazlığa ilişkin olarak bildiklerini açıklaması şeklinde bir yemin teklifinde bulunulamaz. Kendisine yemin teklif edilen taraf yemini yerine getirmek veya getirmemek veyahut iade etmek şeklinde bir tercihte bulunur. Hangi tercihte bulunulacağının sağlıklı bir şekilde belirlenebilmesi ise yemin davetiyesinde belirtilen vakıanın somutlaştırılmış olmasına bağlıdır. Bunun dışında, yemin teklifi hâlinde, hâkim, ispat konusu dışında kalan hususlar hakkında bilgi edinmek üzere sorular yöneltmemelidir. Dolayısıyla, hâkimin bu şekilde hareket etmesini gerekli kılacak bir yemin teklifine somutlaştırma yükü yerine getirilmemiş olduğundan cevaz verilmemelidir¹²⁸².

İddia ettiği vakıayı elindeki belgeler ile ispat etmek isteyen taraf da vakıa iddiasının somutlaştırılması zorunluluğunu yerine getirmelidir. Dilekçeye ek yapılan belgelerden hangi vakılara dayanıldığının anlaşılacağını ifade etmekle yetinmek suretiyle delil gösterilemez. Belgeye delil olarak dayanılırken somut vakıa iddialarına dayanılmalı ve bu iddiaların ispatına yönelik belgelerden hangilerinin ve bunların hangi kısımlarının iddiayı doğruladığı ifade edilmiş olmalıdır. Aksi hâlde, somutlaştırma yüküne aykırı olarak delil gösterilmesi nedeniyle belgeye bakılmaksızın karar verilmelidir. Uyuşmazlığın karşı tarafında bulunan belgeler açısından ise somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi şartları esnetilmelidir. Çünkü böyle bir durumda uyuşmazlığa ilişkin vakıalar ve belge bakımından ayrıntılı bir açıklama yapma imkânı olmaz. Somutlaştırma yükünün yerine getirilip getirilmediğinin takdirinde bu durum gözetilerek karar verilmelidir. Karşı tarafta bulunan belge açısından somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi karşı tarafın sağlıklı bir karar vermesine yardımcı olur. Şöyle ki, belgenin ibraz edilmemesinin bir sonucu olarak iddia edilmiş vakıaya göre

¹²⁸¹ Bkz. İkinci Bölüm, § 4, B, 2.

¹²⁸² Bkz. İkinci Bölüm, § 4, C, 1, a).

karar verilebilir. Bu bakımdan, elindeki belgeyi ibraz etmek istemeyen karşı tarafın bunun sonucunu öngörebilmesi, dayanılmış vakıa iddiasını bilmesine bağlı olur¹²⁸³.

Davada somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi taraflara ait olup; bunun için tanık deliline başvurulamaz. Başka bir ifadeyle, tanık deliline dayanıldığı takdirde de taraf dilekçesi somut vakıalar ile donatılmalıdır. Tanık ile yalnızca ileri sürülmüş vakıaların gerçeğe uygun olup olmadığının anlaşılması yoluna gidilmelidir. Hukuk yargılamamızda tanık delilinin caiz olmadığı hâller öngörülmüştür. Somutlaştırma yükü yerine getirilmesi bu bakımdan da önemlidir. Zira tanık deliline başvurulup başvurulamayacağının belirlenmesi, tanığın hangi konuda dinlenileceğinin bilinmesi ile mümkün olabilir. Ayrıca, tanığa gönderilecek davetiyenin içeriğinin doldurulması, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesini gerektirir. Gönderilecek davetiye içeriğine göre, tanık, olay hakkında bilgi sahibi olup olmadığını veya dinlenilmesi sırasında hangi dokümanlara ihtiyaç duyacağını veyahut çekinmesini gerektiren bir durumun olup olmadığını belirleyebilir. Bunlara ilaveten, tanığın istinabe suretiyle dinlenilmesini zorunlu kılan hâllerde de istinabe talebinin uygun bir şekilde yerine getirilebilmesi, somut vakıa iddialarına dayanılmış olmasını gerektirir¹²⁸⁴.

Hukuk yargılamamızda, davanın karara bağlanması için lüzumlu görüldüğü takdirde, hâkimin keşif ve bilirkişi delillerine re'sen başvurabileceği kabul edilmiştir. Her ne kadar delile başvurma konusunda hâkimin taraf talebi ile bağlı olması söz konusu olmasa da, bu deliller ile ispat edilebilecek vakıaların yine taraflarca somutlaştırılarak iddia edilmesi şarttır. Dava açılırken somut bir vakıa iddiasına dayanılmadığı takdirde, hâkimin bahsettiğimiz bu delillere başvurarak hayat olayını anlamaya çalışması düşünülemez. Özellikle keşifte, karşı tarafa keşfin icrasının gereklerine uymamanın yaptırımının bildirilebilmesi, keşif ile ispat edilecek vakıa iddiasının somut bir şekilde ileri sürülmesini gerekir. Bu bağlamda, kanunen re'sen başvurulabileceği kabul edilmiş deliller açısından, ispat edilecek vakıaların somutlaştırılmasının gerektiğini söyleyebiliriz¹²⁸⁵.

Somitlaştırma yükünün bir sonucu olarak vakıa-delil ilişkisi kurulması zorunluluğu tanık ve belge delilinde önem arz eder. Diğer delil türlerinde bunların ismen zikredilmesi ilişkilendirme yükünün yerine getirilmesi için yeterli olur. Delil

¹²⁸³ Bkz. İkinci Bölüm, § 4, C, 1, b).

¹²⁸⁴ Bkz. İkinci Bölüm, § 4, C, 2, a).

¹²⁸⁵ Bkz. İkinci Bölüm, § 4, C, 2, b).

listesinde yemin delilinden hiç bahsedilmemiş olması veya “*sair deliller*”, “*kanunî deliller*” gibi ifadelerin kullanılmış olması hâllerinde, yemin delilin hatırlatılıp hatırlatılamayacağı tartışmalıdır¹²⁸⁶. Kanaatimizce, bir tarafın vermiş olduğu dilekçece yemin teklif etme yönünde bir iradeye sahip olduğu anlaşılabilirse, delil listesinde yeminden açıkça bahsedilmemiş olsa da, hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde yemin delilini hatırlatılabileceği kabul edilmelidir. Tanık delilinde vakıa-delil ilişkisinin kurulabilmesi için tanığın tayinine hizmet eden bilgiler verilmelidir. Tanığın adının, soyadının ve adresinin bildirilmesi suretiyle bunun gerçekleşmesi mümkündür. Yargı kararına konu olmuş bir olayda, iddia edilmiş vakılardan her biri için tanıklardan hangisinin dinlenileceğinin de belirtilmesinin ilişkilendirme yükünün bir gereği olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Yargıtay, haklı olarak bu görüşü kabul etmemiştir. Nitekim tanıkla önceden görüşme imkânı olmayan bir taraf, tanığın bilgi durumunu her zaman için tahmin edemeyebilir. Bu sebeple, somutlaştırma yükünün yerine getirildiğinin kabulü için, iddia edilmiş vakıalar ile tanıkların tek tek eşleştirilmesi suretiyle tanık listesinin verilmesi şartı aranmamalıdır¹²⁸⁷.

İddia edilmiş vakıanın somutlaştırılmasının yanı sıra, bu vakıanın ispatı için gösterilen belgenin ilişkilendirme yüküne uygun olarak belirtilmesi gerekir. Düzensiz bir şekilde getirilmiş belgelere göre davaya bakan hâkimin iddia edilmiş vakıaların ispatının mümkün olup olmadığını incelemesi beklenemez. Hâkimin böyle bir durumda belgeye bakmaksızın karar vermesi hâlinde, bu şekilde delil göstermiş taraf, hukukî dinlenilme hakkının ihlal edildiğini ileri süremez. İbrazı gereken belge karşı tarafta olsa dahi ilişkilendirme yükünün yerine getirilmesi beklenir. Fakat bu durumda, ilişkilendirme yükünün yerine getirilmesini zorlaştıracak nitelikte aşırıya kaçacak şartlar aranmamalıdır. Karşı tarafta bulunan ve ibrazı istenen belgenin belirtilmesi suretiyle somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi, karşı taraf için büyük öneme sahiptir. Belge içeriği karşı tarafın gizli kalmasını istediği hususları (*ticari sırlar gibi*) ilgilendirebileceğinden, hangi belgeye dayanıldığı mutlaka bildirilmelidir. Böylece, karşı taraf için belgeyi ibraz edip etmeme bakımından sağlıklı bir tercihte bulunma olanağı tanınmış olur¹²⁸⁸.

¹²⁸⁶ Bkz. İkinci Bölüm, § 4, D, 1.

¹²⁸⁷ Bkz. İkinci Bölüm, § 4, D, 1, a).

¹²⁸⁸ Bkz. İkinci Bölüm, § 4, D, 1, b).

Ticari defter ile ispat edilmek istenen vakıalar bakımından da somutlaştırma yükü yerine getirilmelidir. Dayanılmış somut vakıa iddiasının ispatı için ibrazı gereken ticari defterin hangi kısmının lüzumlu olduğu belirtilerek ilişkilendirme yükü yerine getirilmiş olmalıdır. Ticari defterin tamamının ibrazı ile ispat faaliyetinde bulunulacağını belirtmesi hâlinde, ilişkilendirme yükünün yerine getirilmediği kabul edilmelidir. Böyle bir durumda, somutlaştırma yükü yerine getirilmediği için, ticari defterin ibrazına karar verilmemelidir. Karşı tarafın ticari defterlerine dayanılması durumunda, somut dayanak noktalarına yer verilmiş olması kaydıyla, ilişkilendirme yükünün yerine getirildiği kabul edilebilir¹²⁸⁹.

İlişkilendirme yükünün yerine getirilmesi ile delillerin hasredilmesi arasında sıkı bir ilişki vardır. Taraf dilekçelerinin verilmesi ile delillerin hasredildiği ve gösterilmemiş bir delile sonradan dayanılamayacağı kabul edilmelidir. HMK m. 145 hükmüne göre sonradan delil gösterilebilmesi, delillerin hasredilmesinin kapsamına girmemekte ve delillerin hasrının kabulüne engel teşkil etmemektedir. HMK m. 31 çerçevesinde hâkimin taraflara delil göstermeleri gerektiği konusunda hatırlatmada bulunması delillerin hasredilmesine aykırı olamaz. Diğer bir deyişle, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırları delillerin hasredilmesi ile çizilmelidir. Vakıa-delil ilişkisi kuran taraf, dilekçesini vermekle delillerini hasretmiş olacağı için, bunu yaparken dikkatli olmalıdır. Zira ilişkilendirme yükü yerine getirilirken hiç bahsedilmemiş bir delilin gösterilmesi bu kapsamda mümkün olmaz¹²⁹⁰. Delilin değerlendirilmesi aşamasında vakıa-delil ilişkisi kurulurken o delil ile hiç irtibatlandırılmamış bir vakıanın gerçeğe uygun olduğu anlaşılabilir. Bu takdirde, söz konusu bu vakıanın ispat edildiğinin kabulü delillerin hasredilmesine aykırılık teşkil etmez¹²⁹¹.

Somitlaştırma yükünün yerine getirilmesinde çoğunlukla uyuşmazlığın diğer tarafının bilgisine ve onun elindeki delillere başvurulması ihtiyacı doğar. Bazı uyuşmazlıkların niteliği gereği, uyuşmazlık hakkında her iki taraf da eşit bilgiye sahip olmayabilir. Belirli araçlara başvurulmak suretiyle, taraflar arasındaki bilgi dağılımındaki dengesizliğin bertaraf edilmesi ve iddia yükü altındaki tarafın somutlaştırma yükünü yerine getirmesi sağlanmalıdır. İlk olarak, maddî hukuka göre karşı tarafın bilgi ve belgeleri getirmesi yönünde bir yükümlülüğe istinaden bu

¹²⁸⁹ Bkz. İkinci Bölüm, § 4, D, 1, b).

¹²⁹⁰ Bkz. İkinci Bölüm, § 4, D, 2, a).

¹²⁹¹ Bkz. İkinci Bölüm, § 4, D, 2, b).

dengeşizliğin giderilebileceğı düşünölebilir. İki tür dava açılarak karşı taraftan ihtiyaç duyulan bilgilerin temini yoluna gidilebilir¹²⁹². İlk davada, asıl dava açılmadan önce karşı tarafın bilgi vermesi yönünde bir talepte bulunulur. Kanunda veya sözleşmede bu yönde bir yükümlölük öngöröldüğü takdirde, bu eda davasının ikamesi mümkündür. Diğer i se, basamaklı dava açılması suretiyle, hem bilginin talep edilmesine hem de asıl hakkın ileri sürölmesine yöneliktir. Ancak Türk hukukunda bu dava türü kabul edilmemiştir. Öncelikle bilgi temin etmeye yönelik dava açılması, ciddi zaman ve emek kaybına neden olacak niteliktedir. Öte yandan, kanunda veya taraf anlaşmasında bilgi verilmesine yönelik bir yükümlölük olmadığı takdirde, Türk hukukunun karşı taraftan bilgi temin edilmesini sağlayamayacağını söyleyebiliriz. Zira hâkim görüş, böyle bir durumda, dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle, tazminat davası açılabilirceğı yönündedir. Yani dürüstlük kuralı gereğı kabul edilen yan yükümlölüğe istinaden bilgi teminine yönelik bir dava açılmamaktadır. Bu bağlamda, Türk hukukunda uyuşmazlığın karşı tarafından bilgi temin edilmesi için usulî araçlara başvurulmasının daha isabetli olacağını söyleyebiliriz¹²⁹³.

Alman hukukunda somutlaştırma imkânsızlığı içinde bulunan tarafın bu durumu gözetilerek talî somutlaştırma yükü kabul edilmiştir. Belirli şartlar altında, karşı taraf, davada dayarılan vakıa iddiasını ayrıntılı bir şekilde inkâr etmek zorunda bırakılmaktadır. Böylece, davanın karara bağlanması için ihtiyaç duyulan bilgilere ulaşılması yoluna gidilmektedir. Türk hukukunda talî somutlaştırma yükünün uygulanması mümkün değildir. Çünkü tarafların birbirilerinin iddialarına cevap vermek zorunda olması yönünde bir düzenleme öngörölmemiştir. Buna karşın, inkâr etme yükünün uygulandığı Alman ve İsviçre hukuklarında, iddia yükü altında olmayan tarafın dayarılmış vakıa iddiasını inkâr etmek zorunda olduğı kabul edilmiştir. Bazı hâllerde ise ayrıntılı bir şekilde inkârda bulunulmaması sebebiyle, vakıa iddiasının kabul edilmiş sayılması sonucu doğmaktadır. Türk hukukunda, uyuşmazlığın karşı tarafının ayrıntılı bir açıklama yaparak inkârda bulunmasını temin etmek için isticvaba başvurulabilir. Taraflar arasında silahların eşitliğini sağlamak üzere, isticvabın bu şekilde uygulanmasının bir sakınca yaratmayacağı kanaatindeyiz. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda, isticvap delil olarak ele alınmamıştır. Belirli dayanak

¹²⁹² Bkz. Üçüncü Bölüm, § 5, A, 1.

¹²⁹³ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 5, A, 2.

noktalarına dayanarak dile getirilmiş vakıa iddiasını, kendisine isticvap davetiyesi gönderilen taraf ayrıntılı bir şekilde inkâr etmelidir¹²⁹⁴.

Diğer bir araç ise taraflar için aydınlatma ödevinin getirilmesidir. Buna göre, belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde, taraflardan her biri uyuşmazlığa ilişkin bilgi ve belgeleri getirmek zorundadır. Türk hukukunda belgenin ibraz edilmesi ve keşif konusunun getirilmesi kabul edilerek bu ödevin kısmen kabul edildiğini söyleyebiliriz. Çünkü aydınlatma ödevinde karşı taraf, yalnızca kendisinin bildiği delilleri de açıklamalıdır. Ayrıca bu kapsamda uyuşmazlığa ilişkin bilgiler de paylaşılmalıdır. Bu son iki hususun Türk hukukunda sağlandığını söylemek zordur. Bu yüzden, taraflar bakımından genel bir aydınlatma ödevinin kabulü için HMK m. 29’da değişiklik yapılmalıdır. Buna uygun olarak, tarafların birbirlerinin yaptığı açıklamalara cevap vermelerini sağlayabilmek üzere, HMK m. 128 hükmü kaldırılmalıdır. Ayrıca, tarafların uyuşmazlığa ilişkin bildikleri bütün delilleri açıklamaları şeklinde bir yükümlülük getirilmelidir¹²⁹⁵.

İspatın engellenmesi hâlinde de, uyuşmazlığın taraflarından birinin diğer tarafa ihtiyaç duyduğu bilgileri vermesi beklenebilir. Ancak ispatın engellenmesinin somutlaştırma yükü açısından sınırlı bir uygulama alanı olabilir. Somutlaştırma yükü bakımından yalnızca tanık delili ile ilişkili olarak ispatın engellenmesi kurumuna başvurulabilir. İlişkilendirme yükünü yerine getirmek zorunda olan taraf tanıklara ilişkin lüzumlu bilgilere sahip değilse, uyuşmazlığın diğer tarafının bu bilgileri vermesi gerekir. Aksi hâlde, vakıa iddiasının ispat edilmesine engel olunduğu gözetilerek bir karar verilmelidir¹²⁹⁶.

Türk hukukunda, davanın aydınlatılması için belgelerin ibraz edilmesi veya keşfe katlanılması konularında, taraflar için genel bir usulî yük getirilmiştir. Zira taraflar arasında maddî hukuka dayalı bir yükümlülük olmaması, bu bakımdan, hiçbir önemi haiz değildir. Ancak somut vakıa iddialarına dayanılmaması hâlinde, belge ibrazına veya keşif icrasına karar verilemez. Yine iddia ve ispat yükü altındaki taraf, dayandığı vakıa iddiasını somut bir şekilde ileri sürmelidir. Somutlaştırma imkânsızlığının söz konusu olduğu hâllerde, delil değerlendirmesine geçilmeden önce, iddia yükü altındaki tarafın ibraz edilen belgeyi veya keşif konusunu incelemesine olanak tanınmalıdır.

¹²⁹⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 5, B, 1 ve 2 ve Üçüncü Bölüm § 6 A, 1 ve 2.

¹²⁹⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 5, C, 1, 2 ve 3.

¹²⁹⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 5, D.

Böylece, davaya esas teşkil edecek vakıa iddiasının somutlaştırılması için, uyuşmazlığın karşı tarafının katkıda bulunması temin edilmiş olabilir¹²⁹⁷.

İddia yükü altındaki taraf somutlaştırma yükünü yerine getiremediği takdirde, delil tespitine başvurabileceği kabul edilmelidir. Bu durumda, delil tespitine başvurulmasının HMK m. 400/2'ye göre mümkün olduğu kanaatindeyiz. Söz konusu hükme göre, bir tarafın delil tespitini istemesi için bu yönde hukukî yararı olmalıdır. Somutlaştırma imkânsızlığı içindeki tarafın dava açmadan önce delil tespitini talep etmede bir menfaatinin olduğundan şüphe edilemez. Ayrıca delil tespitini talep eden ve dayanmak istediği vakıa iddiasını tam olarak somutlaştıramayan taraf, açacağı davadaki şansını görme imkânı bulabileceği için, delil tespitinin istenebileceği kabul edilmelidir. Delil tespitinde, değerlendirilebilecek deliller bakımında bir sınırlandırma getirilmemesi de bu açıdan önemlidir. Delil tespitinin belirttiğimiz şekilde uygulanabilmesi, somutlaştırma imkânsızlığı içindeki taraf için gerçekten önemli bir imkân olacaktır. Tam anlamıyla dava öncesi bir aşama olarak delil tespitinin uygulanabilmesi ise, HMK m. 400/2'de geçen hukukî yarar şartının kaldırılması ile mümkün olabilir. Böylece, dava açmakta menfaatin olduğu her durumda delil tespiti istenebilir¹²⁹⁸.

Somitlaştırma yükünün yerine getirilmemesi, bu yükü taşıyan taraf aleyhine bazı sonuçların doğmasına sebep olur. Bu sonuçların doğması için, öncelikle, hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde ilgili tarafı bu hususta bilgilendirmesi gerekir. Bu bilgilendirmenin sonuç doğurabilmesi, ilgili taraf bakımından anlaşılabilir olmasına bağlıdır. Daha sonra, vakıa iddiasının somutlaştırılmasına yönelik bilgilerin verilmesi sağlanmalıdır. Buna rağmen somutlaştırma yükü yerine getirilmediği takdirde, mevcut duruma göre karar verilmelidir¹²⁹⁹. Bu hâlde, verilecek karar hiçbir şekilde usule ilişkin bir karar olamaz. Somutlaştırma yükü, davaya esas teşkil eden vakıalara ve delillere ilişkin olup; esastan karar verilmesini gerektirir. Bu karar ise, hakkında somutlaştırma yükü yerine getirilmemiş vakıa veya delilin dikkate alınmaması şeklinde olabilir. Dolayısıyla, somutlaştırma yükü altındaki tarafın aleyhine davanın esastan reddine karar verilmesi ihtimal dâhilindedir¹³⁰⁰.

¹²⁹⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 6, B, 1 ve 2 Üçüncü Bölüm § 6, C, 1 ve 2.

¹²⁹⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 6, D, 1 ve 2.

¹²⁹⁹ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 7, A, 1 ve 2.

¹³⁰⁰ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 7, A, 2, b).

Vakıa iddiasında bulunan tarafın somutlaştırma yükünü yerine getirmesinin ancak uzmanlık bilgisine sahip olması ile gerçekleşebileceği hâllerde, zorunlu olarak keşif yapılması veya bilirkişi deliline başvurulması gerekli olabilir. Esasen somutlaştırma yükü yerine getirilmediğinde, delillerin değerlendirilmesi aşamasına geçilmemelidir. Fakat bu istisnai durumda özellikle bilirkişiye başvurulabileceği kabul edilmelidir. Uzmanlık bilgisine sahip olmayan taraf, bütün bilgi ve belgelere sahip olsa bile, vakıa iddiasını yeterli düzeyde somutlaştıramayabilir. Yalnızca uyuşmazlığın ilgili olduğu uzmanlık alanındaki tecrübe kurallarının öğrenilmesi ile sınırlı olmak kaydıyla, bilirkişiye başvurulabileceği kabul edilmelidir. Öyle ki, dava açılmadan önce delil tespiti istenirken dahi bu yönde bir talepte bulunulması mümkün olmalıdır¹³⁰¹.

Somitlaştırma yükü yerine getirilirken vakıa-delil ilişkisi anlaşılır bir şekilde kurulmamış olabilir. Davayı aydınlatma ödevine göre, bu durumun giderilmesi için ilgili tarafa imkân tanınması gerekir. Buna rağmen ilişkilendirme yükü yerine getirilmediği takdirde, gösterilmek istenen delile bakılmaksızın karar verilmelidir¹³⁰². Bu durumda, ileri sürülmüş vakıa iddiasının gerçeğe uygun olduğunu gösteren başka bir delil bulunmadığı takdirde, hüküm kurulurken iddianın dikkate alınmaması gerekir. Öte yandan, delilin değerlendirilmesi söz konusu olmayacağından, karşı tarafın vakıa iddiası bakımından gösterdiği karşı delile bakılmasına da gerek kalmaz¹³⁰³.

Somitlaştırma imkânsızlığı hâlinde, uyuşmazlığın karşı tarafından bu yükün yerine getirilmesine katkıda bulunması beklenir. Karşı taraftan bunun beklenebilmesi iki önemli şarta bağlıdır. Öncelikli olarak, somutlaştırmaya katkıda bulunulması beklenen tarafın bunu yerine getirebilecek konumda olup olmadığına bakılmalıdır. Kendisinden somutlaştırmaya katılması beklenen taraf da bu bilgilere sahip değilse, ondan dava vakıalarının aydınlatılması için açıklama yapması beklenemez¹³⁰⁴. Öte yandan, karşı tarafın gizli kalmasını istediği bazı bilgilerin açıklanmasının gerekli hâle gelip gelmediği de dikkate alınmalıdır. Karşı tarafın savunma hakkının güvence altına alınabilmesi için avukatı ile yaptığı görüşmelere mutlak bir istisna tanınmalıdır. Savunma yapılması için gerçekleşen hazırlık aşamasında, avukata verilen bilgi ve

¹³⁰¹ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 7, A, 3.

¹³⁰² Bkz. Dördüncü Bölüm, § 7, B, 1.

¹³⁰³ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 7, B, 2.

¹³⁰⁴ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 8, A, 1.

belgelerin getirilmesi suretiyle, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunulması, karşı taraftan beklenemez¹³⁰⁵.

Karşı taraf ve onun bir yakınının cezai sorumluluğunu ilgilendiren bir meselenin açıklanması gerektiğinde somutlaştırmaya katılmaktan kaçınma gündeme gelebilir. Türk hukukunda böyle bir durumda mutlak bir kaçınma hakkının söz konusu olduğunu söyleyebiliriz. Alman hukukunun bu konudaki yaklaşımının ise daha isabetli olduğunu belirtmeliyiz. Şöyle ki, cezai sorumluluğu gerektiren hâllerde, getirilecek bilgi ve belgelerden hareketle cezai soruşturmaya başlanmaması anlayışı benimsenmiştir. Yani değerlendirme yasağı söz konusu olduğu için, somutlaştırmaya yönelik bilgi verilmesi, karşı taraf ve onun yakını için bir sakınca yaratmaz. Gizli tutulmasında karşı tarafın menfaati olan diğer bir husus, onun özel hayatına dair bilgilerdir. Mahrem alana ilişkin olduğu sürece, karşı taraf bu tür bilgileri paylaşmaktan imtina edebilmelidir. Üçüncü kişiye dair bir bilginin paylaşılması gerektiğinde ise onun rıza göstermesi hâlinde bunun mümkün olabileceği kabul edilmelidir. Son olarak, ticari ve işletmesel faaliyetleri farklı kılan ticari sırlarda açıklama yapmama imkânı tanındığını söyleyebiliriz. Lâkin etkin hukukî koruma tanınması için bu bilgilerin de paylaşılması lüzumludur. Yargılama bu tür bilgilerin korunmasını temel alarak yürütüldüğü takdirde, bunu söylemek mümkün olabilir¹³⁰⁶.

Tarafların birbirilerine karşı gizli tutmak istedikleri bilgi ve belgelerin korunması amacıyla gizli yargılama yapılması gerekir. Yargılamanın gizli yapıldığı aşamaya uyuşmazlığın taraflarından biri iştirak edemez. Karşı taraftan somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunması istendiğinde, iddia yükü altındaki taraf, bu aşamaya iştirak edememelidir. Türk hukukunda buna imkân veren açık bir kanunî düzenleme yoktur. HMK m. 28/2 hükmüne ek bir düzenleme yapılarak, davaya bakan hâkime, uyuşmazlığın tarafları bakımından da gizlilik kararı verme imkânı tanınmalıdır. Aksi hâlde, uyuşmazlığın karşı tarafından somutlaştırmaya katılması beklenemez. İddia yükü altındaki tarafa etkin hukukî koruma sağlanabilmesi için böyle bir değişiklik yapılması lüzumludur¹³⁰⁷.

Aleyhine somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katılma zorunluluğu doğan karşı tarafın bu kapsamda yapması gerekenler hâkim tarafından davayı aydınlatma

¹³⁰⁵ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 8, A, 2, a).

¹³⁰⁶ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 8, A, 2, a).

¹³⁰⁷ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 8, A, 2, b).

ödevi çerçevesinde açıklanmalıdır. Aksi hâlde, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunulmadığına istinaden karar verilemez. Hâkimin bu gerekliliği hatırlatmış olmasına rağmen, karşı taraf kendisinden beklenen davranışı göstermez ise onun aleyhine karar verilmesi söz konusu olabilir¹³⁰⁸.

Maddî hukukta göre karşı tarafın somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunması şeklinde bir yükümlülük varsa, bunun yerine getirilmemesi, karşı tarafın tazminat sorumluluğunu gündeme getirir¹³⁰⁹. İsticvaba başvurulmasında ise, farklı bir durum söz konusu olur. İsticvap edilen karşı taraf, ileri sürülmüş vakıa iddiasını ayrıntılı bir şekilde inkâr etmek zorundadır. Bu şekilde inkârda bulunulmaması hâlinde, belirtilen vakıa iddiası ikrar edilmiş sayılmalıdır¹³¹⁰. Taraflar için genel bir aydınlatma ödevi kabul edilmiş olsaydı, davanın aydınlatılmasına katılmayan karşı taraf aleyhine aksi ispat edilebilir bir faraziye devreye girerdi. Bu durumda, vakıa iddiasına göre karar verilmesi ihtimali doğabilirdi¹³¹¹.

Karşı tarafın somutlaştırma yükünün yerine getirilmesine katkıda bulunmamasına bağlanacak başka bir yaptırım, ispatın engellenmesi hâlinde söz konusu olabilir. Bu hâlde, vakıa iddiasının gerçeğe uygun olduğu yönünde bir faraziyenin uygulanacağı kabul edilmelidir. Ancak karşı tarafa bu faraziye sonucunun aksini ispat etme olanağı da tanınmalıdır¹³¹². Öte yandan, delil olarak dayanılmış belgenin ibraz edilmemesi veya keşif konusunun incelenmesine katlanmama hâllerinde de karşı taraf aleyhine bir sonuç doğabilir. Belgenin ibraz edilmemiş olması hâlinde, hâkimin bu durumu delilleri değerlendirirken karşı taraf aleyhine göz önünde tutması gerekir. Keşfin icrasında ise farklı bir durum söz konusu olacaktır. Karşı taraf keşfin yapılmasını sağlamadığı için vakıa iddiasının ispat edilmiş sayılması sonucu doğar¹³¹³.

Mahkemece somutlaştırma yükünün takdirinde hata edilmiş olması, bundan zarar gören tarafın istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurmalarını haklı kılar. Somutlaştırma yüküne dayalı karar verildiğinde gösterilmiş deliller değerlendirilmemiş olur. Bu sebeple, kendisine başvurulmuş istinaf mahkemesi, yapılmış hatanın giderilmesi için

¹³⁰⁸ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 8, B.

¹³⁰⁹ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 8, C, 1.

¹³¹⁰ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 8, C, 2.

¹³¹¹ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 8, C, 3.

¹³¹² Bkz. Dördüncü Bölüm, § 8, C, 4.

¹³¹³ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 8, C, 5.

dava dosyasının ilk derece mahkemesine göndermelidir¹³¹⁴. Somutlaştırma yükünün takdirinde hata edilmesi sonucu verilen karar sebebiyle temyiz yoluna başvurulduğunda da aynı durum söz konusu olur. Zira ilk derece mahkemesinin somutlaştırma yüküne dayalı karar üzerine, istinaf mahkemesinin esas hakkında yeniden karar vermesi ihtimali doğmadığından, temyiz mahkemesinin verdiği bozma kararı üzerine, dava dosyası ilk derece mahkemesinde gönderilmelidir¹³¹⁵. Hukukî dinlenilme hakkı ile sıkı ilişki içinde olan somutlaştırma yükü bakımından yanlış bir karar verildiğinde bu hakkın ihlali sonucu doğabilir. Bu ise, verilmiş karara karşı HMK m. 375 - (i) uyarınca yargılamanın iadesini isteme olanağı tanır¹³¹⁶. Bunun dışında, hukukî dinlenilme hakkının ihlali gündeme geldiği için, Anayasa Mahkemesi'ne ve AİHM'e bireysel başvuru yoluyla müracaat edilebilir¹³¹⁷.

¹³¹⁴ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 9, A, 1.

¹³¹⁵ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 9, A, 2.

¹³¹⁶ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 9, B.

¹³¹⁷ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 9, C, 1 ve 2.

KAYNAKÇA*

- Adloff, Daniel, *Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2007.
- Aeibi-Müller, Regina E./Jetzer, Laura, "Beweislast und Beweismass im Ehegüterrecht", *AJP*, H. 3, 2011, s. 287-303.
- Affolter, Markus, *Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess*, Paul Haupt Verlag, Bern/Stuttgart/Wien 1993.
- Ahrens, Hans-Jürgen, *Der Beweis im Zivilprozess*, Otto Schmidt Verlag, Köln 2015.
- Akcan, Recep, *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri*, Nobel Yayınevi, Ankara 1999.
- Akil, Cenk, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Dava Dilekçesinin Unsurları Bağlamında Somutlaştırma Yükü", *MÜHFD*, S. 1, Seçkin Yayınevi, 2012, s. 85-99. (*Somutlaştırma Yükü*)
- Akil, Cenk, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kapsamında Yeminin Konusu ve Yemin Delilinin Hatırlatılıp Hatırlatılamayacağı", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, 2014, s. 139-165. (*Yemin*)
- Akil, Cenk, "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi", *AÜHFD*, C. 57, S. 3, 2008, s. 1-32.
- Akil, Cenk, "Madeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti", *AÜHFD*, C. 58, S. 1, 2009, s. 1-62. (*Delil Tespiti*)
- Akkaya, Tolga, *Medenî Usul Hukukunda Delillerin Hasredilmesi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2003.
- Akkaya, Tolga, *Medeni Usûl Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009. (*İstinaf*)
- Akyol-Aslan, Leyla, *Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.
- Akyol, Şener, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, Vedat Yayınevi, İstanbul 2006.

* Çalışmamızda birden fazla eseri olan yazarların hangi eserine atıf yapıldığının anlaşılabilir olması için eser adının kısaltması italik yazılarak parantez içinde verilmiştir.

- Alangoya, Yavuz, "6100 sayılı Kanun Hakkında Mülâhâzalar", Makaleler, İstanbul 2002, s. 505-515. (*Mülâhazalar*)
- Alangoya, Yavuz, "Dava Temeli, Hakimin Dava Malzemesinin Toplanmasıdaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında", Makaleler, İstanbul 2002, s. 283-331. (*Dava Temeli*)
- Alangoya, Yavuz, *Medeni Usul Hukukunda Vakıalar ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı* İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2006.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Beta Yayınevi, İstanbul 2009. (*Esaslar*)
- Albayrak, Hakan, *Yaklaşık İspat*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Ambbs, Stephane, *Bestreiten mit Nichtwissen - die Auslegungsregel des § 138 Abs. 4 ZPO*, Ernst und Werner Gieseking Verlag, Bielefeld 1997.
- Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Bası, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1960.
- Arens, Peter, "Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess", ZJP, B. 96, H. 1, 1983, s. 1-24.
- Arslan, Ramazan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Turhan Kitabevi, Ankara 1977. (*Yargılamanın Yenilenmesi*)
- Arslan, Ramazan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, "S" Yayınları, Ankara 1989. (*Dürüstlük Kuralı*)
- Arslan, Ramazan "Dava ve Cevap Dilekçesinin Hazırlanması ve Ön İnceleme", BD, S. 80, 2012, s. 67-82.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Aşık, İbrahim, "Güncel Yargıtay Kararları Işığında Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları", Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-XI, 2014, s. 145-175. (*Dava ve Cevap Dilekçesi*)
- Aşık, İbrahim, "Hakimin Yargılama Faaliyeti Sebebiyle Devlete Karşı Açılan Tazminat Davasına İlişkin Yargıtay Büyük Genel Kurulunun Bir Kararı Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. 1, 2015, s. 611-628.

- Atalay, Oğuz, "Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 1, 2015, s. 53-76.
- Atalay, Oğuz, "Emare İspatı", Manisa Barosu Dergisi, 1999/70, s. 7-22. (*Emare*)
- Atalay, Oğuz, *Medenî Usul Hukukunda Menfî Vakıaların İspatı*, D. E. Ü. Rektörlük Matbaası, İzmir 2001. (*Menfî Vakıalar*)
- Atalı, Murat, "Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsî) Bilgisini Kullanması", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, 2009, s. 139-161.
- Aygün, Mesut, "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 1, 2015, s. 1025-1064.
- Başözen, Ahmet, *Medenî Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010. (*İlk Görünüş İspatı*)
- Başözen, Ahmet, "Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tazminat Davalarında İspat Sorunları", e-akademi (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Billimler Aylık İnternet Dergisi), S. 119, 2012, s. 1-49.
- Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Hartmann, Peter (Hrsg.), *Zivilprozessordnung (mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen)*, 73. Aufl., 2015, (Baumbach/Lauterbach/Yazar Adı, § #, kn. #).
- Baumgärtel, Gottfried, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, München 1996. (*Beweislastpraxis*)
- Baumgärtel, Gottfried, "Die Bedeutung der sog. tatsächlichen Vermutung im Zivilprozess", Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, 1990, s. 43-51.
- Baumgärtel, Gottfried, "Die Beweisvereitelung im Zivilprozess", Festschrift für Kralik, 1986, s. 63-74. (*Beweisvereitelung*)
- Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hanns (Hrsg.), *Handbuch der Beweislast*, Köln 2015 (Baumgärtel/Yazar Adı, Art. #, kn. #).
- Beckhaus, Gerrit M., *Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2010.
- Benedicter, Gregory Stephan, *Die Sachverhaltsermittlung im Zivilprozess*, Erlangen-Nürnberg 2005.

- Berti, Stephen V., "Die Schweizerische Zivilprozessordnung und der Haftpflichtprozess", in Haftpflichtprozess 2009, (Hrsg. Fellmann, Walter/Weber, Stephan), Zürich/Basel/Genf 2009, s. 119-126.
- Beys, Kosta E., "Über die unzumutbare Behauptungs- und Beweislast des Klägers in speziellen Fällen", Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, 2009, s. 21-31.
- Bischofberger, Walter, "Substantiierungs- und Beweisprobleme bei Bauprozessen", (*Bauprozessen*) in Substantiieren und Beweisen Praktische Probleme 2013, (Hrsg. Dolge, Anette), Zürich 2013, s. 37-60.
- Bischoff, Jan Asmus, "Tatsachenvortrag im Zivilprozessrecht", JA, Y. 42, 2010, s. 532-534.
- Bnedicter, Stephan Gregory, *Sachverhaltsermittlung im Zivilprozess*, Berlin 2005.
- Bockey, Andrea, "Das selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht", NJW, H. 48, 2003, s. 3453-3455.
- Bolayır, Nur, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakimin Rolü*, Vedat Yayınevi, İstanbul 2014.
- Börü, Levent, "İflâsın Ertelenmesinde İyileştirme Projesinde Öngörülen İyileştirme Tedbirlerinin Somutlaştırılması Gerekliği Üzerine Bazı Değerlendirmeler", ABD, Y. 74, S. 1, 2016, s. 187-216. (*İyileştirme Projesi*)
- Börü, Levent, *Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Brandt, Verena, *Das englische Disclosure-Verfahren*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2015.
- Braun, Johann, *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2014.
- Brose, Johannes, "Substantiierungslast im Zivilprozess", MDR, H. 23, 2008, s. 1315-1319.
- Brönnimann, Jürgen, "Aspekte der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO", in Substantiieren und Beweisen Praktische Probleme 2013 (Hrsg. Dolge, Anette.), Zürich 2013, s. 61-75. (*Art. 158*)
- Brönnimann, Jürgen, *Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Stämpfli & Cie AG Verlag, Bern 1989.

- Bundi, Marco/Sonderegger, Danä, "Die Bestreitungslast im Zivilprozess", SJZ, Nr. 102, 2006, s. 406-410.
- Chang, Seok-cho, *Das Verhältnis der gerichtlichen Aufklärungspflicht aus § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO und der gerichtlichen Hinweispflicht aus § 139 Abs. 2 ZPO*, Vardez! Verlag, Bonn 2003.
- Chudoba, Gerd, *Der Ausforschende Beweisantrag*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1993.
- Coester-Waltjen, Dagmar, "Parteiaussage und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts", ZZP, B. 113, H. 3, 2001, s. 269-294.
- Çağıl, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971.
- Çelik, Yeşim, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel, "Medeni Usul Hukuku Açısından Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi", TBBD, S. 100, 2012, s. 281-316.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel, *Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012. (*Avukatın Delil Toplaması*)
- Deren-Yıldırım, Nevhis, "Das neue türkische Zivilprozessgesetz", Informationsbrief der Deutsch-Türkischen Juristenvereinigung, Nr. 2, Y. 21, 2012, s. 2-13.
- Diakonios, Antonios, *Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2014.
- Dolge, Anette, "Anforderungen an die Substanziierung", in *Substantiieren und Beweisen Praktische Probleme 2013*, (Hrsg. Dolge, Anette), Zürich 2013, s. 17-36.
- Dötsch, Wolfgang, "Die Erklärung mit Nichtwissen als Substantiierungsfälle", MDR, H. 13, 2014, s. 1363-1368.
- Dötsch, Wolfgang, "Internet und Offenkundigkeit", MDR, H. 17, 2011, s. 1017-1018. (*Offenkundigkeit*)
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat, *Türk Özel Hukuku (Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri)*, C. 1, Filiz Kitapevi, İstanbul 204.
- Ercan, İbrahim, "Boşanma Davalarına Hakim Olan İlkeler", *Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-XII*, 2014, s. 249-270.

- Erdönmez, Güray, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrası", İBD, C. 87, S. 5, 2013, s. 15-53.
- Erdönmez, Güray, *Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2014. (*Belgelerin İbrası*)
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Ankara 2015.
- Eschlebach, Ralf/Geipel, Andreas, "Substantiierungslast des Beklagten im Zivilprozess", ZAP, Nr. 24, 2010, s. 1681-1688. (*Substantiierungslast des Beklagten*)
- Eschlebach, Ralf/Geipel, Andreas, "Substantiierungslast des Klägers im Zivilprozess", ZAP, Nr. 22, 2010, s. 1669-1680.
- Esser, Guido, *Der Ausforschungsbeweis*, Bonn 1969.
- Fellmann, Walter, "Gerichtliche Fragepflicht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung", in *Haftpflichtprozess 2009*, (Hrsg. Fellmann, Walter/Weber, Stephan), Zürich/Basel/Genf 2009, s. 70-100. (*Gerichtliche Fragepflicht*)
- Fellmann, Walter, "Substanziierung und Beweis unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 1 und 2 OR", in *Haftpflichtprozess 2007*, (Hrsg. Fellmann, Walter/Weber, Stephan), Zürich/Basel/Genf 2007, s. 35-71.
- Figanmeşe, Ataman İnci, *Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2005.
- Freer, Richard D., *Civil Procedure*, New York 2012.
- Freudenthal, Nina, *Die sekundäre Behauptungslast*, Dr. Kovač Verlag, Hamburg 2008.
- Frohn, Peter, "Substantiierungspflicht der Parteien und richterliche Hinweispflicht nach § 139 ZPO", JuS, Y. 36, 1996, s. 243-250.
- Gasser, Dominik, "Das ordentliche Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung", in *Haftpflichtprozess 2009*, (Hrsg. Fellmann, Walter/Weber, Stephan), Zürich/Basel/Genf 2009, s. 11-24.
- Gehrlein, Markus, "Warum kaum Parteibeweis im Zivilprozeß", ZZP, B. 110, H. 4, 1997, s. 451-475.
- Geipel, Andreas/Prechtel, Günter, "Brennpunkte des Zivilprozesses und Reaktionsmöglichkeiten auf gerichtliche Fehler", MDR, H. 6, 2011, s. 336-342.

- Gessler, Dieter, "Informationsbeschaffung mit den Mitteln des Zivilprozesses", SJZ, Nr. 100, s. 433-439.
- Gottwald, Peter, "Aufklärung über die Aufklärungspflicht der Parteien", Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 2013, s. 301-313. (*Aufklärungspflicht*)
- Gottwald, Peter, "Die Principles of Transnational Civil Procedure und das deutsche Zivilprozessrecht", Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, 2009, s. 33-45.
- Gottwald, Peter, "Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?", Verhandlung des 61. Deutschen Juristentags, B. 1, 1996, s. A 1- A 104. (*Gutachten*)
- Göksu, Tarkan, "Urkundenedition im Schweizerischen Zivilprozess", Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, 2012, s. 313-330.
- Göksu, Mustafa, "Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi", MİHDER, C. 5, S. 13, 2009, s. 251-282.
- Göksu, Mustafa, "Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, 2009, s. 323-350. (*Vakıa ve Hukuk*)
- Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa 2015.
- Greger, Reinhard, "Ein Beitrag des Prozessrechts zur Versachlichung der fiktiven Reparaturkostenabrechnung", NJW, H. 20, 2002, s. 1477-1478.
- Greger, Reinhard, "Justizreform? Ja, aber...", JZ, Y. 55, Nr. 17, 2000, s. 842-851. (*Justizreform*)
- Gremmer, Bernhard, "Der unsubstanziierte Vortrag-ein Phantomproblem?", MDR, H. 20, 2007, s. 1172-1175.
- Greyerz, Christoph, *Der Beweis negativer Tatsachen*, Stampfli & CIE Verlag, Bern 1963.
- Groner, Roger, *Beweisrecht Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht*, Stämpfli Verlag, Bern 2011.
- Gruber, Urs Peter/Kießling, Erik, "Die Vorlagepflichten der §§ 142 ff. ZPO nach der Reform 2002-Elemente der discovery im neuen deutschen Gerichtsverfahren?", ZZP, B. 116, H. 3, 2003, s. 305-334.

- Grunsky, Wolfgang, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, 2. Aufl., Giesecking Verlag, Bielefeld 1974.
- Guggenbühl, Markus, *Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1990.
- Guldener, Max, *Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht*, Zürich 1955. (*Beweiswürdigung*)
- Guldener, Max, *Schweizerisches Zivilprozeßrecht*, Schultheß & Co. Verlag, Zürich 1979.
- Hafter, Peter, *Strategie und Technik des Zivilprozesses*, 2. Aufl., Schulthess Juristische Medien, Zürich/Basel/Genf 2011.
- Hamelmann, Uwe, *Urkundenvorlagepflichten nach § 142 Abs. 1 und 2 ZPO*, Leipzig 2012.
- Hansen, Udo, "Der Indizienbeweis", JuS, H. 4, 1992, s. 327-330. (*Indizienbeweis*)
- Hansen, Udo, "Die Substantiierungslast", JuS, H. 7, Y. 31, 1991, s. 588-590.
- Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (Hrsg.), *Berner Kommentar (Schweizerisches Zivilprozessordnung)*, Band I: Art. 1-149 ZPO, Band II : Art. 150-352 - Art. 400-406 Bern 2012, (BK-ZPO/*Yazar Adı*, § #, kn. #).
- Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (Hrsg.), *Einleitung, Art. 1-9 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht*, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, (BK-ZGB/*Yazar Adı*, § #, kn. #).
- Heinrich, Christian, *Die Beweislast bei Rechtsgeschäften*, Carl Heymanns Verlag, Köln 1996.
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Schweizerisches Zivilgesetzbuch I)*, 4. Aufl., Helbig & Lichtenhahn Verlag, Zürich 2010, (KSZ-ZGB/*Yazar Adı*, § #, kn. #).
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/K., Schnyder Anton/Berti, Stephen V. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich/Luzern 2007, (BSK-IPRG/*Yazar Adı*, § #, kn. #).
- Hök, Götz-Sebastian, "Obliegenheitsverletzung durch fehlende Substantiierung: zum Parteivorbringen bei Informationsgefälle", MDR, H. 8, 1995, s. 773-779.
- Huber, Michael, "Ungleiche Aufklärungsmöglichkeiten der Parteien", MDR, H. 2, 1981, s. 95-98.

- Huguenin-Dumittan, Georges, *Behauptungslast, Substantiierungspflicht und Beweislast*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1980.
- Hübner, Rudolf, *Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten*, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- İleri, Atilay, "Der Richter und sein Denker", HAVE, 2009, s. 362-370.
- Jauernig, Lent/Hess, Burkhard, *Zivilprozessrecht*, C. H. Beck Verlag, München 2011.
- Jung, Thomas, *Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß*, Erlangen-Nürnberg 1990.
- Kaimakliotis, Sabine Burkhalter, "Die substantierungslast-insbesondere gemäss der Zürcher Zivilprozessordnung und der Praxis des Bundesgerichts", AJP, H. 10, 2007, s. 1263-1268.
- Kapoor, Arun, *Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung*, Nomos Verlag, München 2009.
- Karaaslan (E.), Erol, "Hukuk Muhakemleri Kanunu'nda Dava Dilekçesi", İBD, S. 2, C. 87, 2013, s. 356-387. (*Dava Dilekçesi*)
- Karaaslan, Varol, *Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Karaaslan, Varol, "Hakimin Tarafsızlığı İlkesi ile Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki", Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-XII, 2014, s. 97-132. (*Aydınlatma Ödevi*)
- Karaman, Ebru, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2013.
- Karamercan, Fatih, *Dava Dilekçesinin Unsurları-Somutlaştırma Yükü*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Karşlı, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2014.
- Karşlı, Abdurrahim, *Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler*, Kudret Yayınevi, İstanbul 2001. (*Usulî İşlemler*)
- Karşlı, Abdurrahim/Koç, Evren/Konuralp, Cengiz Serhat, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemlerli Konular*, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Katzenmeier, Christian, "Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess", JZ, S. 57, 2002, s. 533-540.
- Kayıhan, Şaban/Ünlütepe, Mustafa, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

- Kiethe, Kurt, "Auskunft und sekundäre Behauptungslast-Anspruchsdurchsetzung bei ungeklärten Sachverhalten", MDR, H. 14, 2003, s. 781-784.
- Killias, Laurent/Kramer, Michael/Rohner, Thomas, "Gewährt Art. 158 ZPO eine «pre-trial discovery» nach US-amerikanischem Recht?", Festschrift für Ivo Schwander, 2011, s. 933-961.
- Kiraz, Taylan Özgür, *Medenî Yargılama Hukukunda İkrar*, 2. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.
- Klingler, Rafael, *Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010.
- Koch, Raphael, *Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess (ein Beitrag zum Verhältnis von Parteiherrschaft und Richtermacht, zur Wechselwirkung von materiellem Recht und Prozessrecht sowie zur Risikoverteilung und Effizienz im Zivilprozess)*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2013.
- Konrad, Sabine, "Der Schutz der Vertrauenspersonspäre zwischen Rechtsanwalt und Mandant im Zivilprozess", NJW, 2004, s. 710-713.
- Konuralp, Halûk, *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.
- Konuralp, Halûk, *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, Ankara 1988. (*Delil Başlangıcı*)
- Konzen, Horst, "Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess", Festschrift für Hans Friedhelm Gaul (zum 70. Geburtstag), 1997, s. 335-356.
- Korkmaz, Ramazan, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2014.
- Kramer, Ernst A., *Juristische Methodenlehre*, Stämpfli Verlag, Basel/St. Gallen 2010.
- Krapoth, Fabian, *Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess*, V. Florentz Verlag, München 1996.
- Kurtoğlu, Tülin, *Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Bası, C. 1-6, Yetkin Yayınevi, İstanbul 2001.

- Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul 2016. (*İstinafa Göre*)
- Kuru, Baki/Budak, Ali Cem, "Hukuk Muhakemeleri Kanunun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İBD, C. 85, 2011, s. 3-43.
- Kwaschik, Annett, *Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2004.
- Lahme, Rüdiger, *Die Eignung des Zivilverfahrens zur Durchsetzung des Kartellrechts*, Hamburg 2009.
- Lang, Johannes, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozess vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung*, Duncker & Humblot, Berlin 1999.
- Lang, Sonja, *Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2007. (§ 142)
- Lange, Hans Dieter, "Bestreiten mit Nichtwissen", NJW, H. 51, 1990, s. 3233-3240.
- Laumen, Hans-Will, "Die „Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ - Ein beweisrechtliches Phänomen", NJW, H. 51, 2002, s. 3729-3800.
- Laumen, Hans-Will, "Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Beweisvereitelung", MDR, H. 4, 2009, s. 177-180. (*Beweisvereitelung*)
- Leipold, Dieter, *Beweslastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1966. (*Vermutungen*)
- Leipold, Dieter, "Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess", Festschrift für Walter Gerhardt, 2004, s. 563-585.
- Lent, Friedrich, "Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozess", ZZP, B. 67, H. 5, 1954, s. 344-356.
- Leuenberger, Christoph, Behaupten, Bestreiten und Beweis, (http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:I88jNSd51bIJ:www.ha ndelsrichter.ch/download/Referat_Christoph_Leuenberger.pdf+&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr Erişim Tarihi: 03.01.2015).
- Lindacher, Walter F., "Beweisrisiko und Aufklärungslast der nicht risikobelasteten Partei in Wettbewerbsachen", WRP, S. 9, 2000, s. 950-954.
- Liu, Ming-Sheng, *Die richterliche Hinweispflicht*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2009.

- Livschitz, Mark/Schmid, Oliver, "Sie wollen klagen – Ihr Gegner hat die Beweise – Beweisausforschungsstrategien und ihre Abwehr: Neuerungen im Kontext der eidgenössischen Prozessordnungen aus Sicht der Praxis", AJP, H. 6, 2011, s. 739-746.
- Loeber, Dietrich, *Die Verwertung von Erfahrungssätzen durch den Richter im Zivilprozess*, Kiel 1972.
- Loosli, Peter, *Die unbezifferte Forderungsklage*, Rüedi-Druck, Zürich 1977.
- Lorenz, Stephan, "Eigentümer-Besitzer-Verhältnis als auskunftspflichtbegründendes Rechtsverhältnis?", NJW, H. 3, Y. 1994, s. 173-174.
- Lorenz, Stephan, "Auskunftsansprüche im Bürgerlichen Recht", JuS, Y. 35, H. 7, 1995, s. 569-575. (*Auskunftsansprüche*)
- Lorenz, Stephan, "Die Neuregelung der pre-trial-Discovery im US - amerikanischen Zivilprozeßrecht - Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozeß?", ZZP, B. 111, 1998, s. 35-65. (*pre-trial*)
- Lüderitz, Alexander, *Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch bei Vefolgung privater Rechte*, Tübingen 1966.
- Lüke, Gerhard, "Der Informationsanspruch im Zivilrecht", JuS, 1986, s. 2-7. (*Informationsanspruch*)
- Lüke, Gerhard, *Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung)*, C. H. Beck Verlag, München 2006.
- Lüpke, Tobias/Müller, Robert, "„Pre-Trial Discovery of Documents“ und § 142 ZPO - ein trojanisches Pferd im neuen Zivilprozessrecht?", NZI, H. 11, 2002, s. 588-589.
- Martin, Sigmund P., "Rechtliches Gehör bei ungenauer Fassung der Anklageschrift", JuS, H. 5, 1999, s. 506-507.
- Medicus, Dieter, "Ist Schweigen Gold? Zur Widerlegung des Rechtsvermutungen aus §§ 891, 1006 BGB", Festschrift für Fritz Baur, 1981, s. 63-82.
- Meier, Raoul A., *Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2015.
- Meriç, Nedim, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü", DEÜHFD, C. 11, 2009, s. 377-424.

- Mertins, Wolfgang, "Substantiierung im Zivilprozess", NJ, Nr. 11, Y. 63, 2009, s. 441-448.
- Meyke, Rolf, *Darlegen und Beweisen im Zivilprozeß*, Deutscher Anwaltverlag, Bonn 2000.
- Meyke, Rolf, "Plausibilitätskontrolle und Beweis", NJW, 2000, s. 2230-2235.
(*Plausibilitätskontrolle*)
- Morhard, Peter, *Die Informationspflicht der Parteien bei der Eklärung mit Nichtwissen*, Carl Heymanns Verlag, Berlin 1993.
- Musielak, Hans-Joachim, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Walter de Gruyter Verlag, Berlin/New York 1975.
- Musielak, Hans-Joachim, "Gegenwartsprobleme der Beweislast", ZZP, B. 100, 1987, s. 385-411. (*Beweislast*)
- Musielak, Hans-Joachim, *Grundkurs ZPO*, C. H. Beck Verlag, München 2012.
(*Grundkurs*)
- Musielak, Hans-Joachim/Stadler, Max, *Grundfragen des Beweisrechts*, C. H. Beck Verlag, München 1984.
- Musielak, Voit (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 13. Aufl., München 2016, (Musielak ZPO/Yazar Adı, § #, kn. #).
- Müller, Rosmarie, *Der Ausforschungsbeweis (Eine Untersuchung zur Substanziierung des Beweisthemas und zur Mitwirkungspflicht der Parteien bei Beweisnot im Zivilprozess)*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1991.
- Oberhammer, Paul, "Parteiaussage, Parteivernehmung und freie Beweiswürdigung am Ende des 20. Jahrhunderts", ZZP, B. 113, H. 3, 2001, s. 295-326.
- Oberheim, Rainer, *Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess*, Luchterhand Verlag, Köln 2011.
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, *Medenî Hukuk*, İstanbul 2011.
- Osterloh-Konrad, Christine, *Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch*, C. H. Beck Verlag, München 2006.
- Ott, Michael, *Verfassungsrecht und zivilrichterliche Aufklärungspflichten*, S. Roderer Verlag, Regensburg 2004.

- Özbay, İbrahim, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İstinaftan Sonraki Temyiz Sistemimizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar", İÜHFM, C. LXIX, S. 1-2, s. 411-438.
- Özbay, İbrahim, *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013. (HMK)
- Özbek, Mustafa Serdar/Yardım, Mehmet Ertan, "Elektronik Noterlik İşlemleri", TNBHD, Y. 3, S. 1, 2016, s. 3-118.
- Özekes, Muhammet, *100 Soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz)*, Ankara 2016. (Kanun Yolu)
- Özekes, Muhammet, "Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, 2009, s. 745-779. (Hukuki Sebep)
- Özekes, Muhammet, "FSEK'de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi", LFSHD, C. 1, S. 1, 2005, s. 77-87. (FSEK)
- Özekes, Muhammet, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 1, 2015, s. 263-300.
- Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003. (Hukuki Dinlenilme Hakkı)
- Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden, "Alman ve İsviçre Hukukları'ndaki Kademeli Dava (Stufenklage) ile 6100 sayılı HMK'ya Göre Belirsiz Alacak Davası'nın Karşılaştırılması", MÜHF-HAD, C. 16, S. 1, 2006, s. 625-636.
- Özmumcu, Seda, "1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delillerin İkamesi Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış", KHD, S. 101, 2013, s. 42-66.
- Pantle, Nobert/Kreissl, Stephan, *Die Praxis des Zivilprozesses*, 4. Aufl., W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2002.
- Paulus, Christoph, "Discovery, Deutsches Recht und das Haager Beweisübereinkommen", ZZP, Bd. 104, 1991, s. 397-412.
- Pekcanitez, Hakan, "Medenî Yargıda Adil Yargılanma ", Makaleler, C. 1, İstanbul 2016, s. 385-412.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015. (3. Bası)

- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013. (14. Bası)
- Peters, Egbert, "Auf dem Wege zu einer allgemeinen Prozeßförderungspflicht der Parteien?", Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, 1990, s. 399-408.
- Piekenbrock, Andreas, "Zu Umfang und Bedeutung der richterlichen Hinweispflicht", NJW, 1999, s. 1360-1365.
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, Vedat Yayınevi, İstanbul 2015.
- Pribnow, Volker/Gogniat, Yves, "Substanziierung im Haftpflichtprozess", in Haftpflichtprozess 2013, (Hrsg. Fellmann Walter/Weber Stephan), Zürich 2013, s. 106-126.
- Prütting, Hanns, "Discovery im deutschen Zivilprozess?", AnwBL, Y. 58, S. 3, 2008, s. 153-159. (Discovery)
- Prütting, Hanns, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, C. H. Beck Verlag, München 1983.
- Rassi, Jürgen C. T., "Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht", ZZP, B. 121, H. 2, 2008, s. 165-202.
- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, B. 1 Einleitung, §§ 1-354; B. 2 §§ 355-1024, 4. Aufl., München 2013, (MüKo-ZPO/Yazar Adı, § #, kn. #).
- Rechberger, Walter H./Simotta, Daphne-Ariane, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien 2009.
- Reinkenhof, Michaela, *Die Informationsbeschaffung durch Parteiaussagen im Zivilprozess unter Berücksichtigung der rechtsvergleichenden Perspektive*, Dr. Kovač Verlag, Hamburg 2012.
- Reiser, Nina, *Fahrlässiger Irrtum nach Art. 26 OR*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2012.
- Rensen, Harmurt, *Die richterliche Hinweispflicht*, Ernst und Werner Gieseking Verlag, Bielefeld 2001.

- Rommé, Oliver, *Der Anscheinbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast*, Saarbrücken/St. Gallen 1988.
- Rosenberg, Leo, *Die Beweislast (Auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung)*, 5. Aufl., C. H. Beck Verlag, München 1965.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., C. H. Beck Verlag, München 2010.
- Rützel, Stefan/Wegen, Gerhard/Wilske, Stephan, *Commercial Dispute Resolution in Germany*, C. H. Beck Verlag, München 2016.
- Saenger, Ingo, "Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts aus deutscher Sicht", ZZP, B. 112, H. 2, 2008, s. 139-163.
- Sander, Jürgen H. A., *Normtatsachen im Zivilprozeß*, Berlin 1998.
- Sarbach, Martin, *Die richterliche Ausklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Stämpfli Verlag, Bern 2003.
- Sarbach, Martin, "Gedanken zur Verhandlungsmaxime", ZBJV, 2000, s. 685-724. (*Verhandlungsmaxime*)
- Schellhammer, Kurt, *Zivilprozess (Gesetz-Praxis-Fälle)*, C. F. Müller Verlag, Hamburg 2012.
- Schilken, Eberhard, "Darlegungs- und Beweisfragen im Anlegerschutzprozess-insbesondere Anhörung und Parteivernehmung", ZZP, B. 126, 2013, s. 403-425. (*Anlegerschutzprozess*)
- Schilken, Eberhard, *Gerichtsverfassungsrecht*, Carl Hemanns Verlag, Köln/München 2007.
- Schilken, Eberhard, *Zivilprozessrecht*, Franz Vahlen Verlag, München 2014. (*Zivilprozessrecht*)
- Schlosser, Peter, "Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne", JZ, 1991, s. 599-608.
- Schlosser, Peter, "EMRK und Waffengleichheit im Zivilprozeß", NJW, H. 21, 1995, s. 1404-1406. (*Waffengleichheit*)
- Schlosser, Peter, "Wirtschaftsprüfervorbehalt und prozessuales Vertraulichkeitsinteresse der nicht primär beweis- und substantiierungsbelasteten Prozeßpartei", Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, 1999, s. 997-1016. (*Wirtschaftsprüfervorbehalt*)

- Schneider, Egon, *Beweis und Beweiswürdigung*, Franz Vahlen Verlag, München 1994.
(*Beweis*)
- Schneider, Egon, *Die Klage im Zivilprozess (mit Klageerwiderung und Replik)*, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 2007. (*Klage*)
- Scholz, Peter, "Die Vorlagepflichten gemäss §§ 142,144 ZPO: Ein gelungener Beitrag zur Fortentwicklung des deutschen Zivilprozesses?", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, 2007, s. 891-941. (*Vorlagepflichten*)
- Schöpflin, Martin, "Parteianhörung als Beweismittel", NJW, H. 33, 1996, s. 2134-2138.
- Schreiber, Klaus, "Das selbständige Beweisverfahren", NJW, H. 41, 1991, s. 2600-2602.
- Schumacher, Peter, "Einvernahmetchnik im Zivilprozess", AJP, H. 6, 2005, s. 695-704.
- Schweizer, Mark, *Beweiswürdigung und Beweismaß*, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
(*Beweiswürdigung*)
- Schweizer, Mark, "Substanziieren- Wozu?", SJZ, Nr. 108, 2012, s. 557-569.
(*Substanziieren*)
- Schweizer, Mark, "Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz", ZZZ, Nr. 21, 2010, s. 3-35.
- Seibel, Mark, "Die Darlegungs- und Behauptungslast im Zivilprozess", DRiZ, Y. 84, 2006, s. 361-364.
- Seiter, Hugo, "Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung", Festschrift für Fritz Baur, 1981, s. 571-593.
- Seutemann, Herbert, "Die Anforderungen an den Sachvortrag der Parteien", MDR, H. 7, 1997, s. 615-621.
- Simil, Cemil, *Belirsiz Alacak Davası*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2013.
- Simil, Cemil, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 1, 2015, s. 1351-1376. (*Aydınlatma Ödevi*)
- Solmecke, Christian/Rüther, Felix/Herkens, Thomas, "Uneinheitliche Darlegungs-und Beweislast in Filesharing-Verfahren", MMR, 2013, s. 615-221.
- Spickhoff, Andreas, "Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage?", ZJP, B. 112, H. 3, 1999, s. 265-292.

- Spohr, Tilman, *Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) im Zivilprozess*, Göttingen 1969.
- Spühler, Karl/Dolge, Anette/Gehri, Myriam, *Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts*, Stämpfli Verlag, Bern 2010.
- Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich/Chur 2010, (BSK-ZPO/*Yazar Adı*, § #, kn. #).
- Stadler, Astrid, *Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und US-amerikanischen Zivilprozeß und im Rechtshilfeverfahren*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen 1989.
- Stadler, Astrid, "Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess", NJW, 1989, s. 1202-1206. (*Unternehmensgeheimnisse*)
- Stadler, Astrid, "Geheimnisschutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht", ZZP, B. 123, H. 3, 2010, s. 261-282. (*Geheimnisshutz*)
- Staehelin, Adrian/Staehelin, Daniel/Grolimund, Pascal, *Zivilprozessrecht (nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen unter Einbezug des internationalen Rechts)*, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2013.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 23. Aufl., B. 5, §§ 328-510c, 23. Aufl., Hamburg/Regensburg/Tübingen 2015, (Stein/Jonas (23)/*Yazar Adı*, § #, kn. #).
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., B. 3, §§ 128-252; B. 4 §§ 253-327, 22. Aufl., Tübingen 2005, (Stein/Jonas/*Yazar Adı*, § #, kn. #).
- Stieper, Malte, "Der Beweis negativer Tatsachen, insbesondere Neuheit von Immaterialgütern im Verletzungsprozess", ZZP, B. 113, 2010, s. 27-48.
- Stolkin, Philip, "Die vorsorgliche Beweisführung, das Recht auf Beweis und das schützenswerte Interesse in der neuen Zivilprozessordnung", HAVE, 2014, s. 14-26.
- Sturmberg, Georg, *Der Beweis im Zivilprozess (Selbstständiges Beweisverfahren und Beweisaufnahme)*, Düsseldorf 1999.

- Stürner, Rolf, "Anmerkung zum BGH, Urteil vom 11.6.1990 - II ZR 159/89", ZZZP, B. 104, H. 2, 1991, s. 203-217. (*Anmerkung*)
- Stürner, Rolf, *Die Aufklärungspflicht der Parteien im zivilprozess*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen 1976. (*Aufklärungspflicht*)
- Stürner, Rolf, "Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess", Festschrift für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag, 2006, s. 201-215. (*Informationsbeschaffung*)
- Stürner, Rolf, *Die Richterliche Aufklärung im Zivilprozeß*, Tübingen 1982.
- Stürner, Rolf, "Neuere Prozessrechtsreformen in Frankreich und Deutschland - Zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie", Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie (Hrsg. Blaurock, Uwe), 2005, s. 29-37. (*Prozessrechtsreformen*)
- Stürner, Rolf, "Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung", NJW, 1981, s. 1757-1763. (*Selbstbelastung*)
- Sungurtekin-Özkan, Meral, "Anayasal Şikayet Üzerine Anayasa Mahkemesinin Temel Hak İhlali Kararı Vermesi ve Yeniden Yargılama Yapılmasının HUMK ve HMK Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. 2, 2015, s. 1465-1477.
- Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)* Basel 2010, (KSZ-ZPO/Yazar Adı, § #, kn. #).
- Süß, Thorsten, "Waffengleichheit? Substantiierungslast und Verjährung im Arzthaftungsverfahren", Festschrift für Karl Otto Bergman zum 70. Geburtstag, 2015, s. 305-327.
- Şenol, Cem, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2013.
- Tanner, Martin, "Antizipierte Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung", AJP, H. 5, 2015, s. 735-749. (*Beweiswürdigung*)
- Tanrıver, Süha, "Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", TBBD, S. 53, 2004, s. 191-215. (*Adil Yargılanma*)
- Tanrıver, Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Taşpınar-Ayvaz, Sema, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", AÜHFD, C. XLV, 1996, s. 533-572. (*Fiili Karine*)

- Taşpınar-Ayvaz, Sema, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Tercan, Erdal, "Hakimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenilmesi", MİHDER, C. 7, S. 18, 2011, s. 1-56. (*Tarafların Dinlenilmesi*)
- Tercan, Erdal, "Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü", Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, 1996, s. 181-212.
- Tercan, Erdal, *Medenî Usul Hukukunda Tarafların İctivabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2001. (*İsticvap*)
- Topuz, Gökçen, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Ulrich, Jürgen, "Grundzüge des selbstständigen Beweisverfahrens im Zivilprozess", AnwBL, H. 1, 2003, s. 26-32.
- Ulukapı, Ömer, *Medenî Usûl Hukuku*, Mimoza Yayınevi, Konya 2015.
- Ulukapı, Ömer, "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hakim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi", SÜHFD, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, 1998, s. 713-732. (*Taraflarca Hazırlama İlkesi*)
- Ulukapı, Ömer/Yardımcı, Taner Emre, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 1, 2015, s. 483-507.
- Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.
- Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, *İspat Yükü*, 2. Bası, Kazancı Matbaacılık, Ankara 1980.
- Üstündağ, Saim, *İddia ve Müdafaa'nın Değiştirilmesi Yasağı*, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967.
- Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Bası, C. 1-2, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000. (*Medeni Yargılama*)
- Van Der Pol, Ruth A./Petrov, Anton, "Searching for Truth in Civil Process: The Netherlands and Russia", RLJ, Vol. III, S. 1, 2005, s. 110-132.
- Verkerk, Remme, *Fact-Finding in Civil Litigation*, Antwerp/Oxford/Portland 2010.
- Vollkommer, Max, "Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß -eine neue Prozessmaxime?-", Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag 1990, s. 503-534.
- von Bar, Christian/Mankowski, Peter, *Internationales Privatrecht*, 2003.

- Vorwerk, Volkert, "Verfahrensvereinfachung im Zivilprozeß zu Lasten der Justiz und der Parteien", MDR, H. 9, 1996, s. 870-874.
- Völzmann-Stickelbrock, Barbara, "Beweiserleichterungen durch tatsächliche Vermutungen - Eine Analyse der aktuellen Rechtsprechung zur Darlegungs- und Beweislast bei Urheberrechtsverletzungen via Internetanschluss", Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, 2015, s. 539-552.
- Wagner, Gerhard, "Urkundenedition durch Prozeßparteien-Auskunftspflicht und Weigerungsrechte", JZ, Y. 2007, Nr. 14, 2007, s. 706-719.
- Walder-Richli, Hans Ulrich, *Offizialmaxime-Anwendungsbereich und Grenzen im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Zürich 1973.
- Walder-Richli, Hans Ulrich/Grob-Andermacher, Béatrice, *Zivilprozessrecht (nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte)*, 5. Aufl., Zürich 2009.
- Waldmann, Yves, *Informationsbeschaffung durch Zivilprozess*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009.
- Waldner, Wolfram, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 1989.
- Waterstraat, Daniel, *ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, Nomos Verlag, Augsburg 2005. (ALI/UNIDROIT)
- Waterstraat, Daniel, "Informationspflichten der nicht risikobelasteten Partei im Zivilprozess", ZZP, B. 118, H. 4, 2005, s. 459-484.
- Willer, Ralf, "Das selbstständige Beweisverfahren und die Grenzen richterlicher Vorlageanordnungen", NJW, H. 1-2, 2014, s. 22-25.
- Winkler von Mohrenfels, Peter, *Abgeleitete Informationsleistungspflichten im deutschen Zivilrecht*, Dunker & Humblot Verlag, Berlin 1985.
- Yalabık, Fulya Teomete, *İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanmasında Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2016.
- Yavaş, Murat, *Medeni Usul Hukukunda Temyiz*, İstanbul 2015. (Temyiz)

- Yavaş, Murat, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları*, Ankara 2009.
- Yayla, Meraklı Deniz, *Medenî Usûl Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.
- Yıldırım, Mehmet Kamil, "Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu", 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, 2004, s. 833-841. (*Bilirkişi*)
- Yıldırım, Mehmet Kamil, "İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri", Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, 2007, s. 89-131. (*Hatalı Vakıa Tespitleri*)
- Yıldırım, Mehmet Kamil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1990.
- Yılmaz, Ramazan, "HMK Uyarınca Tüm Delillerin Dava veya Cevap Dilekçesinde Gösterilmesi ve Eklenmesinin Zorunlu Olup Olmadığı", İBD, S. 5, 2012, s. 262-265.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Muhakemleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, 2013. (*Şerh*)
- Yılmaz, Ejder, *Islah (Medenî Yargılama Hukukunda)*, 4. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara 2013. (*Islah*)
- Yılmaz, Ejder, "Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m.222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler", BD, Özel Sayı, 2013, s. 28-41. (*Ticari Defter*)
- Yılmaz, Ejder, *Yemin (Medeni Yargılama Hukukunda)*, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012. (*Yemin*)
- Yoshida, Motoko, *Die Informationsbeschaffung im Zivilprozeß*, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main 2000.
- Zafer, Hamide/Centel, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.
- Zekoll, Joachim/Bolt, Jan, "Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess - Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?", NJW, Y. 2002, H. 43, 2002, s. 3129-3134.
- Zettel, Günther, *Der Beibringungsgrundsatz*, Duncker & Humblot, Berlin 1977.

Zuck, Rüdiger, "Wann verletzt ein Verstoß gegen ZPO-Vorschriften zugleich den Grundsatz rechtlichen Gehörs?", NJW, H. 52, 2005, s. 3753-3757.

EKLER

EK I. ALMAN MEDENİ USUL KANUNU’NUN İLGİLİ HÜKÜMLERİ

“§ 138 Vakıalar Hakkında Açıklama Yükü; Doğruyu Söyleme Ödevi (1) Taraflar, maddî vakıalar hakkındaki açıklamalarını tam ve gerçeğe uygun olarak yapmalıdırlar.

(2) Taraflardan her biri, karşı tarafın iddia ettiği vakıalar hakkında açıklama yapmalıdır.

(3) Açıkça inkâr edilmeyen vakıalar kabul edilmiş olarak görülmelidir; meğerki tarafın diğer açıklamalarından bunları inkâr etmek istediği yönünde niyete sahip olduğu anlaşılmasın.

(4) Bilmemeye dayalı inkâr, tarafın kendi eylemlerinden kaynaklanmayan ve onun sorumluluk alanına konu olmayan vakıalar hakkında caizdir.”

“§ 142 Belgenin İbrazi. (1) Mahkeme, taraflardan herhangi birinin belirtmiş olması kaydıyla, bir tarafın veya bir üçüncü kişinin elinde bulunan belgenin ibrazını emredebilir. Mahkeme, bunun için bir süre öngörebilir ve ibraz edilen belgenin belirleyeceği süre içinde mahkeme kaleminde kalmasını emredebilir.

...”

“§ 286 Delilin Serbestçe Değerlendirilmesi. Mahkeme, duruşmaların bütün içeriğini ve delil incelemesi sonuçlarını dikkate alarak, bir vakıa iddiasını gerçeğe uygun olarak görüp görmeyeceğini, serbestçe edindiği kanaate göre karara bağlar. Hâkimin edindiği kanaate yönelten sebepler hükümde belirtilmelidir.

(2) Mahkeme kanunî ispat kuralları ile yalnızca bu kanunda belirtilen hâllerde bağlıdır.”

“§ 291 Herkesçe Bilinen Vakıalar. Herkesçe bilinen vakıaların ispatı gerekmez.”

“§ 293 Yabancı Hukuk, Örf ve Âdet Hukuku; Statüler Mahkemece bilinmedikleri takdirde başka bir ülkede geçerli olan hukukun, örf ve âdet hukukunun ve statülerin ispatı gerekir. Bu hukuk kurallarının tespitinde mahkeme, tarafların getirdiği deliller ile bağlı değildir; başka bilgi kaynaklarını da kullanabilir ve bu uğurda gerekli talimatları verir.”

“§ 359 Delillerin Değerlendirilme Kararının İçeriği. Delillerin değerlendirilmesi kararı şu hususları ihtiva eder:

1. Hakkında delil toplanacak olan çekişmeli vakıaları;
 2. Tanığın ve bilirkişinin adı dâhil olmak üzere delil veya isticvap edilecek taraf;
 3. Delile dayanmış olan taraf.
- ”

“§ 422 Medeni Hukuka Göre Karşı Tarafın İbraz Yükümlülüğü. Delil ikame eden taraf medeni hukukun hükümlerine göre belgenin teslim edilmesini veya ibraz edilmesini talep edebildiği takdirde, karşı taraf belgenin ibrazı ile yükümlüdür.”

“§ 423 İlişkilendirme Hâlinde Karşı Tarafın İbraz Yükümlülüğü. Karşı taraf, hazırlık yazışmaları esnasında gerçekleşmiş olsa bile, davada delil ikamesi için belirttiği elinde bulunan belgeleri ibraz ile yükümlüdür.”

“§ 424 Karşı Tarafın İbrazda Talep. Talep şunları ihtiva etmelidir:

1. İbrazı istenen belge;
2. Belge ile ispat edilecek vakıalar;
3. Mümkün olduğu ölçüde senedin içeriği;
4. Belgenin karşı tarafta bulunduğu iddiasına temel teşkil eden hususlar hakkında açıklama;
5. Belgenin ibraz edilmesi yükümlülüğü sonucunu doğuran sebep. Bu sebep, yaklaşık olarak ispat edilmelidir.”

“§ 430 Üçüncü Kişi Tarafından İbrazda Talep. 428. maddeye göre yapılan talep için delil ikame edenin 424. maddenin 1 ila 3 ve 5. bentlerdeki şartları sağlaması ve belgenin üçüncü kişinin elinde olduğunu yaklaşık olarak ispat etmesi gerekir.”

“§ 445 Karşı Tarafın İsticvabı; Delil Toplama Talebi. (1) Diğer ispat vasıtaları ile tam olarak ispat yükünü yerine getirememiş veya diğer ispat vasıtalarını ikame edememiş olan taraf, ispat edilmesi gereken vakıalar hakkında karşı tarafın isticvabını talep ederek delil toplama talebinde bulunabilir.

...”

“§ 447 Talep Üzerine İspat Yükünü Taşıyan Tarafın İsticvabı. Mahkeme, bir taraf talep ettiğinde ve karşı taraf da bunu kabul ettiği takdirde, çekişmeli vakıa hakkında ispat yükünü taşıyan tarafı isticvap edebilir.”

“§ 448 İsticvaba Re’sen Karar Verilmesi. Bir tarafın talebi olmasa dahi ispat yükünün dağılımına bakılmaksızın mahkeme, duruşmaların sonucu ve delilin değerlendirilmesi yeterli olmazsa, ispat edilmesi gereken vakıanın gerçeğe uygun olup olmadığı yönündeki kanaati gerekçelendirmek için, vakıa hakkında bir tarafın veya her iki tarafın isticvabını emredebilir.”

“§ 485 Kabul Edilebilirlik. (1) Dava esnasında veya dava dışında bir tarafın talebi üzerine, karşı taraf rıza gösterirse veya ispat vasıtası yok olacaksa veya kullanılması zorlaşacaksa, keşif yapılması, tanıkların dinlenilmesi veya bilirkişi incelemesi yapılması emredilebilir.

(2) Uyuşmazlık henüz derdest değil ise aşağıda belirtilen hususlarda hukukî yararın bulunması hâlinde, bir taraf, bilirkişi tarafından yazılı rapor hazırlanmasını talep edebilir:

1. Kişinin durumu veya bir eşyanın durumu veya değeri,
2. Kişideki zararın sebebi, eşyadaki zararın veya eksikliğin sebebi,
3. Kişideki zararın, eşyadaki zararın veya eksikliğin giderilmesine yönelik masraf.

Şayet yapılacak tespit uyuşmazlığın giderilmesine hizmet edecek ise hukukî yarar varsayılır.”



EK II. İSVİÇRE MEDENİ USUL KANUNU’NUN İLGİLİ HÜKÜMLERİ

Art. 150 İspatın Konusu

“1 İspatın konusu hukuken önem arz eden ve çekişmeli vakialardır.

2 Teamül, yerel örf ve âdet ve malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda yabancı hukuk ispatın konusu olabilir.”

Art. 153 Re’sen Delil Toplanması

“ ...

2 Mahkeme, çekişmeli olmayan bir vakıanın doğruluğu konusunda ciddi bir şüphenin bulunması hâlinde, re’sen delil toplayabilir.”

Art. 154 Delillerin Değerlendirilmesi Kararı

“Delil toplanmadan önce gerekli delillerin değerlendirilmesi kararı alınır. Özellikle caiz olan ispat vasıtaları açıklanır ve belirlenir, hangi tarafın hangi vakıa için asıl veya karşı ispatta bulunmak zorunda olduğu belirlenir. Delillerin değerlendirilmesi kararı her zaman için değiştirilebilir veya tamamlanabilir.”

Art. 156 Korunmaya Değer Menfaatlerin Muhafazası

“Delilin değerlendirilmesi bir tarafın veya üçüncü kişinin, özellikle ticari sırları olmak üzere, korunmaya değer menfaatlerini tehlikeye sokacaksa, mahkeme gerekli önlemleri alır.”

Art. 158 Delil Tespiti

“1 Aşağıda belirtilen hâllerde mahkeme her zaman için delillerin değerlendirilmesinde bulunabilir:

a. Kanunda buna uygun bir hak tanınmışsa;

b. Talepte bulunan taraf delilin değerlendirilmesine ilişkin tehlikeyi veya korunmaya değer yararını yaklaşık olarak ispat etmişse.

...”

Art. 160 Katılma Ödevi

“Taraflar ve üçüncü kişiler delillerin toplanmasına katkıda bulunmakla yükümlüdürler; özellikle aşağıda belirtilen hâllerde:

a. Taraf veya tanık olarak gerçeğe uygun açıklama yapmalıdırlar.

b. Belgeleri vermelidirler. Şu kadar ki, taraf veya üçüncü kişinin temsile yetkili avukatıyla veya 20 Mart 2009 tarihli Patent Avukatları Hakkındaki Kanunun 2. maddesi anlamındaki avukatlar ile olan ilişkisinden kaynaklanan belgeler istisnadır.

c. Bilirkişi tarafından kişi veya eşya üzerinde yapılacak keşfe katlanmalıdırlar.

...”

Art. 161 Aydınlatma

“1 Mahkeme, tarafları ve üçüncü kişiyi katılma ödevi, kaçınma hakkı ve uymamanın sonuçları konusunda aydınlatır.

2 Mahkeme, çekinme hakkı bakımından bunu yerine getirmezse, toplanan delili dikkate alamaz; meğerki ilgili taraf buna rıza göstermesin veya kaçınma haksız olmasın.”

Art. 163 Kaçınma Hakkı

“1 Bir taraf aşağıda belirtilen hâllerde katılma ödevinden kaçınabilir:

a. 165. madde kapsamında kendisine yakın olan birisi aleyhine cezai kovuşturma yürütülmesi veya hukukî sorumluluğun doğması riski varsa;

b. hesap denetçileri hariç olmak üzere, Ceza Kanunu m. 312’e göre sır ihlali sebebiyle cezai sorumluluğu doğacaksa; 166. maddenin 1. fıkrasının (b) bendinin 3. cümlesi aynı şekilde geçerlidir.

2 Kanunen korunan diğer sırların sahibi kişiler, sırrın korunması yönündeki menfaatin maddî gerçeğin tespitindeki menfaatten daha üstün olduğunu yaklaşık olarak ispat ettikleri takdirde, katılma ödevinden kaçınabilirler.”

Art. 164 Haksız Kaçınma

“Bir taraf katılma ödevini haksız yere reddederse, mahkeme delilleri değerlendirirken bunu dikkate alır.”

Art. 191 Taraf İsticvabı

“1 Mahkeme, taraflardan birini veya her ikisini hukuken önem arz eden vakıalar hakkında sorguya çekebilir.

2 Taraflar sorgudan önce gerçeğe uygun olarak doğruyu söylemeleri konusunda uyarılır ve tarafların keyfi olarak reddetmeleri hâlinde 2.000 Frank’a kadar; tekrarı hâlinde 5.000 Frank’a kadar para cezası ile cezalandırılacaklarına dikkatleri çekilir.”

Art. 192 Nitelikli İsticvap

“1 Mahkeme, taraflardan birini veya her ikisini ceza tehdidi altında nitelikli isticvap ile yükümlü kılabilir.

2 Taraflar nitelikli isticvaptan önce doğruyu söylemeleri konusunda uyarılır ve gerçeğe aykırı beyanın cezai sonuçlarına dikkat çekilir. (Ceza Kanunu m. 306)”

Art. 221 Dava Dilekçesi

“Dava dilekçesi şu hususları ihtiva etmelidir:

...

d. Vakıa iddialarını;

e. İddia edilen vakıalar hakkındaki her bir ispat vasıtası;

...”

Art. 222 Cevap Dilekçesi

“ ...

2 Cevap dilekçesi için 221. madde uygun düştüğü ölçüde geçerlidir. Davalı taraf davacının vakıa iddialarından hangilerini tanıdığını veya inkâr ettiğini tek tek ortaya koymalıdır.

...”

EK III. AVUSTURYA MEDENİ USUL KANUNU'NUN İLGİLİ HÜKÜMLERİ

“§ 82 (1) Taraflardan biri yaptığı yazışmada elinde bulunan belgelerden bahsederse, karşı tarafın talebi üzerine, üç gün içinde bu belgelerin aslını mahkemeye ibraz etmek ve karşı tarafa bunu bildirmek ile yükümlüdür. Karşı taraf, haberin ulaşmasından sonra üç gün içinde belgeleri inceleyebilir ve onlardan örnek alabilir.

...”

“§ 184 (1) Taraflardan her biri, vakıa örgüsünün aydınlatılması için, hukukî uyuşmazlığın konusunu ve sözlü görüşmeleri ilgilendiren yargılamanın yürütülmesi için önemli olan bütün hususlarda ve özellikle yargılamanın yürütülmesine hizmet eden belgelerin, bilgi kaynaklarının ve keşif konusu şeylerin mevcudiyeti ve temini hakkında karşı tarafa veya onun temsilcisine mahkeme başkanı aracılığıyla veya başkanın onayı ile doğrudan sorular yöneltebilir.

...”

“§ 226 (1) Bir taraf delil ikamesi için önemli belgenin karşı tarafın elinde olduğunu iddia ederse, bu tarafın talebi üzerine, mahkeme karşı tarafın belgeyi ibraz etmesine karar verebilir.

(2) Talepte bulunan taraf, karşı tarafça ibraz edilmesi gereken belgenin örneğini getirmelidir; bunu gerçekleştiremediği takdirde ise, belgenin içeriğini mümkün olduğu ölçüde tam olarak bildirmeli ve ibraz edilecek belgeler ile ispat edilmesi gereken vakıaları da ileri sürmelidir. Aynı şekilde belgenin karşı tarafta olduğunu olası gösteren hususlar ortaya konulmalıdır.

...”

EK VI. FRANSIZ MEDENİ USUL KANUNU’NUN İLGİLİ HÜKMÜ**Article 11**

“Taraflar delillerin değerdendirilmesine katkıda bulunmak ile yükümlüdürler; kaçınma hâlinde hâkim bundan belirli sonuçlar çıkarabilir.

Diğerdar tarafın talebi üzerine, hâkim, delili elinde bulunduran tarafı, gerektiğinde para cezasına karar vermek suretiyle, bu delili ibraz etmekle yükümlü kılabilir. Hâkim, taraflardan birinin talebi üzerine, gerektiğinde aynı yaptırım altında, kaçınma için haklı bir gerekçe söz konusu olmadığı sürece, üçüncü kişinin elindeki belgelerin ibrazını emredebilir.”



ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER	
Adı Soyadı	Taner Emre YARDIMCI
Doğum Yeri ve Tarihi	HANAK/ARDAHAN 15.06.1986
EĞİTİM DURUMU	
Lisans Öğrenimi	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Y. Lisans Öğrenimi	Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Doktora Öğrenimi	Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Devam Etmekte)
Bildiği Yabancı Diller	Almanca/İngilizce
İŞ DENEYİMİ	
Çalıştığı Kurumlar	Sanayi ve Ticaret Bakanlığı (2009-2010) Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2011-)
İLETİŞİM	
E-Posta Adresi	t.e.yardimci@gmail.com
Tarih	03.02.2017