

**GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

MEDENİ USUL HUKUKUNDA KEŞİF

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Fatih YURTBAŞI

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ

Haziran 2015

ÖNSÖZ

Bu tez Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında hazırlanmıştır. Bu çalışma süresince bana tükenmek bilmeyen sabrı ve anlayışı ile çalışmalarına ışık tutan tez danışmanım sayın Doç. Dr. Güray Erdönmez'e en içten teşekkürlerimi sunarım. Sağladığı olanaklarla tezin yazılmasını mümkün kılan ve sonsuz desteğini esirgemeyen tüm Galatasaray Üniversitesi ailesine teşekkürü borç bilirim.

Fatih Yurtbaşı

İstanbul, 2015

İÇİNDEKİLER

Kısaltmalar.....	VI
Resumé.....	IX
Abstract	XIII
Özet	XVI

Giriş	1
-------------	---

§ 1. BÖLÜM: KEŞFİN HUKUKİ NİTELİĞİ, KONUSU, AMACI VE KEŞFİN YARGILAMAYA HAKİM OLAN İLKELERLE İLİŞKİSİ

A. Keşif Kavramı ve Keşfin Hukuki Niteliği.....	4
I. Genel Olarak	4
II. Keşif Kavramı	5
III. Keşfin Hukuki Niteliği	9
IV. Delil Türleri ve Keşfin Delil Sistemimizdeki Yeri	16
B. Keşfin Konusu ve Amacı	25
I. Keşfin Konusu.....	25
II. Keşfin Amacı	29
C. Keşfin Yargılamaya Hâkim Olan İlkelerle İlişkisi	31
I. Keşfin Doğrudanlık İlkesiyle İlişkisi.....	31
II. Keşfin Usul Ekonomisi İlkesiyle İlişkisi.....	34
III. Keşfin Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesiyle İlişkisi.....	36
IV. Keşfin Hukuki Dinlenilme Hakkıyla İlişkisi	38

§ 2. BÖLÜM: KEŞFE İLİŞKİN USULİ İŞLEMLER VE KEŞFİN İCRASI

A. Taşınmazlar Üzerinde Keşif	43
I. Keşif Kararı ve Kararın İçeriği	43
1. Keşif Kararı	44

2. Keşif Kararının İçeriği.....	50
a) Keşfin Yeri ve Zamanı.....	50
b) Keşifte İnceleme Konusu ve Keşif Mahallinde Yapılacak İşlemler.....	51
c) Keşif Giderlerinin Ödenmesi.....	52
d) Keşif Sırasında Bilirkişi İncelemesi Yapılacaksa Bu Hususun Gösterilmesi.....	52
e) Keşif Sırasında Tanık Dinlenecekse Tanıkların Kimlikleri ile Hangi Vakıalar Hakkında Dinleneceği.....	55
f) Keşfe Katılanmanın Zorunluluğunun Belirtilmesi ve Buna Dair Gerekli Uyarıların Yapılması.....	56
II. Keşif Giderlerinin Ödenmesi	57
1. Genel Olarak	57
2. Keşif Giderlerini Oluşturan Kalemler.....	58
a) Hâkimin ve Zabıt Kâtibinin Yol Tazminatı	59
b) Taşıt Giderleri	60
c) Davetiye Giderleri.....	60
d) Bilirkişi Giderleri.....	61
e) Tanık Giderleri.....	61
3. Keşif Giderlerinin Ödenme Usulü ve Ödenmemesinin Sonuçları.....	62
a) Genel Olarak	62
b) Keşif Giderlerinin Ödenme Usulü ve Ödenmemesinin Sonuçları.....	63
III. Keşfe Hazırlık İşlemleri	71
1. Genel Olarak	71
2. Keşfin İcrası İçin Gerekli Belgelerin Toplanması	71
3. Bilirkişi Seçimi	72
4. Tanık Dinlenmesine Karar Verilmesi	74
5. Keşfe Davet.....	78
IV. Keşif Zamanı	84
V. Keşfin İcrası.....	92
1. Görevli ve Yetkili Mahkeme	92

2. Keşfin İcrası Sırasında Yapılması Gereken Usuli İşlemler	95
a) Keşfin İcrası	95
b) Temsili Uyulama.....	99
c) Keşfin İcrasının Sona Ermesi ve Keşif Tutanağı	103
VI. Keşfe Katlanma Zorunluluğu	107
1. Genel Olarak	107
2. Taraflar Bakımından Keşfe Katlanma Zorunluluğu	110
3. Üçüncü Kişiler Bakımından Keşfe Katlanma Zorunluluğu	113
B. Taşınırlar Üzerinde Keşif.....	120
I. Genel Olarak	120
II. Keşfe İlişkin Usuli İşlemler ve Keşfin İcrası.....	123
C. Taşınırlar Dışındaki Bilgi Taşıyıcıları Üzerinde Keşif.....	127
1. Belge Üzerinde Keşif.....	127
a) Genel Olarak	127
b) Faks Metinleri Üzerinde Keşif	128
c) Elektronik Ortamda Tutulan Kayıtlar Üzerinde Keşif.....	131
d) Ses ve Görüntü Bantları Üzerinde Keşif	134
2. İnsan Bedeni Üzerinde Keşif	136

§ 3. BÖLÜM: KEŞFE İTİRAZ VE KEŞİF SONUCUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Keşfin İcrasına ve Keşif Sırasındaki İşlemlere İtiraz.....	142
I. Genel Olarak	142
II. Keşfin İcrası Sırasında Yapılan İşlemlerin Keşfin Geçerliliğine Etkisi.....	145
III. Keşfin İcrası Sırasında Yapılan İşlemlere İtiraz	150
1. Bilirkişinin Şahsına ve Hazırladığı Rapora İtiraz.....	150
2. Tanıkların Şahsına ve Beyanlarına İtiraz.....	153
3. Plan, Harita ve Kroki Çizimine İtiraz	155
B. Mahkemenin Keşif Sonrası Yaptığı Değerlendirme.....	157

I. Genel Olarak	157
II. Görevsiz veya Yetkisiz Mahkeme Tarafından Yapılan Keşfin	
Geçerliliği.....	160
III. Bir Davada Yapılmış Olan Keşfin Başka Bir Davaya Etkisi.....	161
IV. Delil Tespiti veya İhtiyati Tedbir Aşamasında İcra Edilen Keşfin Davaya	
Etkisi	163
V. İstinabe Yoluyla Yapılan Keşfin Derdest Davaya Etkisi.....	165
 Sonuç.....	 169
 Kaynakça.....	 174
 Özgeçmiş.....	 189

KISALTMALAR

A.C.: Appeal Cases

A.L.R.: American Law Reports

ABD: Ankara Barosu Dergisi

AD: Adalet Dergisi

AIHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜSBFD: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

AY: Anayasa

bkz.: Bakınız

C.: Cilt

c.: cümle

CA: Court of Appeal

Cal. App. 2d: California Appellate Reports Second Series

CGK: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

CMK: 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu

Cr. App. R.: Criminal Appeal Reports

Crim. L.R.: Criminal Law Review

DC: District Court

Edit.: Editör

EÜHFD: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

F. Supp.: Federal Supplement

GAT: Gider Avansı Ücret Tarifesi, RG tarihi: 26.09.2013, RG sayı: 28777.

HD: Yargıtay Hukuk Dairesi

HGK: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

HMK: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HPD: Hukuki Perspektifler Dergisi

HUMK: 1086 sayılı (mülga) Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu

İBD: İstanbul Barosu Dergisi

İHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İsv.: İsviçre

İYUK: 2577 İdari Yargılama Usulü Kanunu

Kan.: Kansas

Kazancı: Yargı kararlarının yer aldığı hukuk veritabanı, www.kazanci.com

KazancıHukuk(Jurisdictio): Yargı kararlarının yer aldığı hukuk veritabanı,
khyk.kazancihukuk.com

L. Rev. N.Y.U.: The New York University Law Review

LegalBank: Yargı kararlarının yer aldığı hukuk veritabanı, legalbank.net

m.: madde

MBD: Manisa Barosu Dergisi

MHB: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

MİHDER: Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Dergisi

Minn.: Minnesota

N.W.: North Western Reporter

Neb.: Nebraska

Nev.: Nevada

Pac.: Pacific

PC: Probate Court

QB: Queen's Bench

RG: Resmi Gazete

R.T.R.: Road Traffic Reports

S. Tex. L.J.: South Texas Law Journal

s.: sayfa

S.: Sayı

S.D. Cal.: Southern District of California

S.E.: South Eastern Reporter

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TBBD: Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TLR: Texas Law Journal

TMK: Türk Medeni Kanunu

U.S.: United States

v.: versus

vb.: ve benzeri

vd.: ve devamı

W.L.R.: Washington Law Review

Yarg.: Yargıtay

YD: Yargıtay Dergisi

YKD: Yargıtay Kararları Dergisi

YÜHFD: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

RESUMÉ

Dans cette étude, on traite l'institut "découverte" qui a été organisé dans la partie intitulée preuve avec les articles 288-292 du Code no 6100 de droit procédural civil ("HMK") Découverte est l'une des preuves fournies par la loi qui sert aboutir aux faits importants.

Quand on examine les dispositions de la loi de découverte et compare avec la loi no 1086, procédures juridiques des tribunaux ("HUMK"), on remarque que la différence significative semble être liée au sujet de la découverte Pendant la période de la loi no. 1086, le sujet de la découverte n'était pas seulement les immobiliers mais aussi il devait inclure "raisons spéciales de jugement" qui prenaient place dans l'article no. 367 de code de procédure civile (HUMK).

Avec l'entrée en vigueur de la loi des tribunaux civils on a clarifié que le sujet de la découverte peut-être aussi, en outre que des immobiliers, des marchandises transportables, des documents ou encore corps humain. Ainsi on a abandonné la distinction artificielle déjà existante dans notre droit national comme "sens étroit de la découverte" – "sens large de la découverte". On appelait selon cette distinction les découvertes sur les immobiliers comme "sens large de la découverte" et "sens étroit de la découverte" pour toute découverte sur les causes de dispositions spécifiques.

Quand on compare les dispositions de découverte dans HMK et HUMK on remarque que c'est une innovation importante d'avoir établi cette obligation pour les parties et les tiers à se soumettre à la découverte. Pour déterminer la paternité on doit faire la découverte sur le corps. Le fait qu'on peut recourir à la force si nécessaire s'il n'y a pas un consentement à l'exécution de la découverte par les parties ou par les tiers, est une autre adoption d'une innovation importante. Dans cette étude, on a essayé d'examiner tous les aspects de ces deux règlements apportés par la loi de droit procédural civil. En outre, compte tenu des changements et des innovations introduites

dans la méthode d'exploration et de découverte dans "HMK", on a étudié comment on doit traiter les experts et les témoins.

Découverte peut-être exécutée seulement par la demande de l'une des parties ou par la propre initiative du tribunal. La cour doit indiquer dans la décision provisoire, l'emplacement et le temps de la découverte, quel événement sera la cause de l'exécution de la découverte, quels seraient les dépenses et leurs montants, s'il y aurait des experts ou des témoins, notifications de leur noms et qualifications, et finalement notification de l'obligance de la découverte.

En indiquant les frais de la découverte et donnant le délai de pour le paiement il faut indiquer article par article quels sont ces dépenses. Il faut prévenir l'une des parties qui s'engage les frais de la découverte qu'il faut payer au délai indiqué. Les dépenses de la découverte devraient être considérées comme des preuves de substitution et s'ils ne sont pas payés dans certain délai la procès doit-être rejeté. Selon la disposition de HMK article 324 partie 2, la parti doit-être considérée comme si elle a abandonné la preuve de la découverte. Dans ce cas, le juge doit se faire une opinion en tenant compte de la preuve disponible et doit trancher sur le fond. Puisqu'on n'a pas pu prouver par le moyen de trouver la preuve par la découverte on doit rejeter la procès.

Dans la première partie de cette étude on a décrit en général la conception de la découverte, Application à la découverte est à la discrétion du juge, on a expliqué la différence des institutions juridiques similaires et la nature juridique de la découverte a été révélé en référence aux différents point de vue sur ce sujet. En outre, dans cette partie de l'étude, on a examiné soigneusement la réglementation du droit Anglo-Américain sur la conception de la découverte.

En prenant en considération la procédure particulières juridiques Anglo-Américains et l'activité pour trouver preuves et systèmes des preuves on a fait une étude distincte dans les pays qui ont adopté cette loi de jugement et en particulier le droit Britannique, sur le sujet de qualification juridique de la découverte et la manière de l'exécution de la découverte.

Les questions de procédure relatives et le sujet de l'exécution de la découverte sont données dans la deuxième partie de l'étude Dans la deuxième partie de l'étude, on a examiné la découverte sur les immobiliers et d'autres sujets.

Dans la première partie on va examiner des questions de procédure relative à la découverte et l'exécution de la découverte. Puis, on va essayer d'indiquer quels sont en dehors des immobiliers les autres sujets porteurs d'information et la nature de leur relation juridique avec la découverte. Spécialement découverte sur documents et découverte sur le corps seront exposées en détail dans cette section. Il y a une autre sorte de découverte qui est en dehors de celle des immobiliers, c'est celle sur des porteur de l'information qui est entré à notre droit "HMK" par article 199 et mentionné dans la code comme "document". En outre, le texte du document par télécopie, registres tenus par voie électronique, des cassettes audio et vidéo sur la découverte fera l'objet de la découverte. Souvent on demande la livraison de ces documents au lieu de faire la découverte sur eux. Livraisons de ces documents est en dehors de notre étude. Cependant il n'existe pas une réglementation spécifique dans la loi comment faire la découverte sur les documents sur lesquels il n'y a pas des textes écrits. Dispositions relatives à l'exécution de la découverte (HMK m. 288-290) seront appliquées à cette sorte des documents en tenant compte de leur qualification.

L'obligation des deux parties ainsi que des tiers pour contribuer à l'élucidation des faits est prévu la première fois avec une réglementation dans notre "HMK" article 291. HMK article. 291, partie. 2 et 3 conformément aux dispositions des parties en raison des règles d'intégrité, et des tiers que pour se conformer à la découverte des décisions de découverte d'assurer l'ordre public et les attitudes préventives et doit éviter les comportements. Si l'une des parties n'agit pas conformément aux obligations de la découverte, elle sera considérée comme elle a renoncé la preuve de la découverte et l'autre partie sera considérée comme ayant accepté la demande de l'autre côté La troisième personne résistante à la découverte doit payer les frais à cause de la prévention de la découverte et sera condamné à des sanctions disciplinaires; même être utilisé contre lui (HMK article. 291, partie. 2,3).

Dans la troisième partie de l'étude, on a étudié les cas où les parties refusent les preuves de la découverte, et l'appréciation des preuves trouvés à la fin de la découverte par le juge. A ce stade, on touche à la contestation au l'expert et à son rapport, la contestaion à la personnalité des témoins et ses déclarations et contestations à la carte, plan, croquis etc. L'évaluation faite par la Cour apres la découverte est un autre sous-titre du présent chapitre. Dans cette section on étudiera aussi l'effet d'une découverte menée par un tribunal non-authorized sur un autre procès. L'effet sur le procès de la découverte executé pendant la détermination de la preuve et la découverte faite par la commission rogatoire seront autres sujets de cette section.

ABSTRACT

In this study, the concept of “jury view” regulated under articles 288 to 292. in evidences section of Code of Civil Procedure, Act No. 6100 (“CCP”) is handled. Jury view is one of the evidences which is regulated under the law and which serves to reach material facts. When provisions of the law regarding jury view are reviewed and compared with the former Civil Procedure Code, Act No. 1086 (“CPC”), it is found out that the first significant difference is subject of the jury view. It was considered that subject of the jury view does not only consist of immovable properties, but it should be dealt with in the manner it covers “special proof” set out in article 367 of CPC. With the entry into force of Code of Civil Procedure, the fact that subject of the jury view may be movable properties, documents and even human body as well as immovable properties is clarified. Thus, the artificial distinction “jury view in the strict sense” – “jury view in the broad sense” formerly existing in our law was abandoned. Because, according to this distinction, jury view on immovable properties was called “jury view in the broad sense”, review on “special proof” elements was “jury view in the strict sense.

When jury view provisions regulated under CCP is compared to the provisions set out in the former CPC, imposition of the obligation to bear jury view for parties and third parties is a significant novelty. The fact that jury view on the body for determination of paternity being a special aspect of the obligation to bear the jury view expressly acknowledged in the law and adoption of use of force if required in the event that parties and third parties don’t consent to execution of jury view are other significant novelties. We endeavour to review these two regulations related to the jury view imposed by Code of Civil Procedure in all their aspects in this study. Besides, the procedure of the jury view, expert review and hearing the witness in the jury view is handled by taking account of amendments and novelties imposed under CCP.

Jury view shall be executed following only request by any of the parties or ex-officio decision of the court. The court must specify the place and time of jury view, the cases being subject of the review during execution of jury view, what is included in jury

view expenses and their amount, expert review and, if witnesses are to be heard, their names and qualifications and the notification with respect to the obligation to bear the jury view in its interim decision. In specifying the jury view expenses and giving time for payment of the expenses, these expenses must be specified expressly and in items in the decision and notice of sanctions in the event of failure to pay the expenses within the time given to the party being obliged to pay the jury view expenses must be given. Jury view expenses must be considered as advance for substitution of evidence and the case must be dismissed as a mere formality in the event of failure to payment within the peremptory term; pursuant to provision 324/2 of CCP, the party must be deemed to waive substitution of evidence. In this case, the judge must come to a conclusion considering the present evidences and render a judgment upon the merits. In the event of jury view of single evidence, the case must be dismissed on the grounds that the burden of proof fails to be fulfilled.

In the first section of this study, the jury view concept is handled in general terms; the fact that recourse to jury view is in discretion of the judge is examined, the jury view is specified differently from similar concepts/institutions, and legal characteristic of the jury view is set forth by also dealing with different legal opinions on this matter. In addition, jury view regulation in Anglo – America law is thoroughly studied in this section of the study. By considering distinctive jurisdiction procedure, proof law and evidence system of Anglo – American law, legal characteristics and means of execution of the jury view in countries which adopts this jurisdiction procedure and particularly in English Law are studied in this part of this study.

In the second part of the study, procedural actions related to jury view and execution of jury view are set out. In this part of the study, jury view on immovable properties and on information carriers other than immovable properties are reviewed. Procedural actions regarding jury view on immovable properties and execution of jury view is reviewed in the first place. Then, what information carriers other than immovable properties consist of is specified and their legal characteristics and relations with the jury view are explained. Especially jury view on document and jury view on human body are studied in detail. When it comes to information carriers being another

subject of the jury view and other than immovable properties and execution of jury view, jury view on “document” introduced in the provision of article 199 of CCP and defined in the provision’s text come to mind. Furthermore, fax texts being documents, records kept in electronic media, jury view on audio and video tapes form the subject of jury view when their legal characteristics are also taken into account. Mostly, submission of these documents shall be discussed rather than their jury view and submission of documents is out of the scope of our study. However, there is no specific regulation in the Law with respect to the ways of jury view on non-written documents. Provisions regarding execution of the jury view (Articles 288 – 290 of CCP) will also be implemented on these matters by considering the characteristics of these documents. The regulation on the obligation to bear the jury view resulting from the obligations on contribution to illuminate both the parties and the third parties was clearly stipulated in our law in the provision of Article 291 of CCP the first time. Pursuant to the provisions of Article 291, p. 2 and 3, and as a result of good faith rule, parties are obliged to comply with the jury view decision and to avoid attitudes and actions to prevent the jury view in line with ensuring public order. If one of the parties do so, the party having the burden of proof can be deemed to waive jury view evidence and the other party to accept the alleged case. Third party opposing to jury view shall be sentenced to expenditures that she/he caused and disciplinary punishments and even force can be used against him (CCP Article 291, p. 2, 3).

In the third section of the study, the fact of opposition of the parties to jury view and judge’s considering the findings obtained as a result of the jury view as evidence are reviewed. At this point, objection to the expert and the report he draw up, objection to the witnesses and their statements and objection to plan, map and sketch are mentioned. Evaluation of the court upon jury view is another subtitle forming the subject of this section. In addition, jury view by an unauthorized and incompetent court and the impact of a jury view in a case on another case is evaluated in this section. The impacts of recording of evidence or the jury view executed at the stage of interim injunction and rogatory jury view on the case are other subjects of this matter.

ÖZET

Bu çalışmada, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ("HMK") deliller başlıklı kısmında 288 ilâ 292. maddelerinde düzenlenmiş olan "keşif" kurumu ele alınmıştır. Keşif maddi gerçeğe ulaşmaya hizmet eden Kanun'da düzenlenmiş delillerden biridir. Keşfe ilişkin Kanun hükümleri incelendiğinde ve mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ("HUMK") ile karşılaştırıldığında ilk belirgin farklılığın keşfin konusuyla ilgili olduğu görülmektedir. 1086 sayılı Kanun döneminde keşfin konusunun sadece taşınmazlardan ibaret olmadığı, HUMK'un 367. maddesinde yer alan "özel hüküm sebepleri"ni de kapsayacak şekilde ele alınması gerektiği kabul edilmekteydi. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle keşfin konusunun taşınmazların yanı sıra taşınır eşya, belge ve hatta insan bedeni olabileceği hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Böylece hukukumuzda daha önce var olan "dar anlamda keşif" - "geniş anlamda keşif" şeklindeki suni ayrım terk edilmiştir. Çünkü, bu ayrım uyarınca taşınmazlar üzerindeki keşfe "geniş anlamda keşif", özel hüküm sebepleri üzerindeki incelemeye ise "dar anlamda keşif" denilmekteydi.

HMK'da düzenlenen keşif hükümleri mülga HUMK'da yer alan hükümlerle kıyaslandığında taraflar ve üçüncü kişiler için keşfe katlanma zorunluluğunun getirilmiş olması önemli bir yeniliktir. Keşfe katlanma zorunluluğunun özel bir görünümü olan, soybağının tespiti için vücut üzerinde keşfin Kanun'da açıkça kabul edilmesi ve keşfin icrasına tarafların ve üçüncü kişilerin rıza göstermemesi halinde gerektiğinde zor kullanılabileceğinin benimsenmesi bir başka önemli yeniliktir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen keşifle ilgili bu iki düzenleme bu çalışmada tüm yönleriyle incelenmeye çalışılmıştır. Ayrıca, HMK'da getirilen değişiklik ve yenilikler dikkate alınarak keşif ve keşifte bilirkişi incelemesinin ve tanık dinlenmesinin usulü ele alınmıştır.

Keşif ancak taraflardan birinin talebi ile yahut mahkemenin re'sen alacağı karar sonrasında icra edilecektir. Mahkeme ara kararında, keşfin yerini ve zamanını, keşfin icrası sırasında hangi vakıaların inceleme konusu yapılacağını, keşif giderlerinin

nelerden ibaret olduğunu ve miktarını, bilirkişi incelemesi ya da tanık dinlenecekse bunların isimleri ve nitelikleri ve nihayet keşfe katlanma zorunluluğuna ilişkin bildirimini belirtmelidir. Keşif giderleri belirtilirken ve giderlerin yatırılması için süre verilirken, bu giderler kalem kalem ve açıklıkla kararda belirtilmelidir ve keşif giderini ödeme yükü üzerinde olan tarafa verilen süre içinde giderlerin ödememesinin yaptırımını konusunda uyarıda bulunulmalıdır. Keşif giderleri delil ikame avansı olarak değerlendirilmeli ve verilen kesin süre içinde yatırılmaması halinde dava usulden reddedilmeli; HMK m. 324 f. 2 hükmü uyarınca taraf, keşif delilinin ikamesinden vazgeçmiş sayılmalıdır. Bu durumda hâkim mevcut delilleri dikkate alarak bir kanaate ulaşmalı ve esasa dair kararını vermelidir. Tek delil keşif ise ispat yükünün gereği yerine getirilemediği gerekçesiyle dava reddolunmalıdır.

Bu çalışmanın ilk bölümünde keşif kavramı genel olarak ele alınmış; keşfe başvurma hâkimin takdirinde olması hususu irdelenmiş, keşfin benzer hukuki kurumlardan farkı açıklanmış ve keşfin hukuki niteliği, bu konudaki farklı görüşlere de değinilerek ortaya konulmuştur. Ayrıca keşfin konusu ve amacı ile keşifle ilgili medeni usul hukukuna hakim olan ilkeler hakkında açıklamalar yapılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde keşfe ilişkin usuli işlemler ve keşfin icrası konularına yer verilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde taşınmazlar ve taşınmaz dışındaki bilgi taşıyıcıları üzerindeki keşif incelenmektedir. İlk kısımda taşınmazlar üzerinde keşfe ilişkin usuli işlemler ile keşfin icrası incelenecektir. Ardından, taşınmazlar dışındaki bilgi taşıyıcılarının nelerden ibaret olduğu belirtilerek, bunların hukuki nitelikleri ve keşifle olan ilişkileri açıklanmaya çalışılacaktır. Özellikle belge üzerinde keşif ile beden üzerinde keşif bu kısımda ayrıntılı biçimde ele alınacaktır. Keşfin başka bir konusu olan ve taşınmazlar dışındaki bilgi taşıyıcıları ve bunlar üzerinde keşfin icrası denilince hukukumuzda HMK m. 199 hükmü ile giren ve hükmün metninde tanımlanan “belge” üzerindeki keşif akla gelir. Ayrıca, belge olan faks metinleri, elektronik ortamda tutulan kayıtlar, ses ve görüntü bantları üzerinde keşif, hukuki nitelikleri de göz önüne alındığında keşfin konusunu oluşturacaktır. Çoğu zaman bu belgelerin keşfi değil ibrazı söz konusu olacaktır ve belgelerin ibrazı çalışmamızın kapsamı dışındadır. Ancak yazılılık unsuru taşımayan belgeler üzerinde keşfin nasıl

olacağına dair Kanun'da özel bir düzenleme yoktur. Keşfin icrasına ilişkin hükümler (HMK m. 288-290) bu tür belgelerin nitelikleri göz önüne alınarak bunlar hakkında da uygulanacaktır. Gerek tarafların gerekse üçüncü kişilerin vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunma yükümlülüklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkan keşfe katlanma zorunluluğuna dair düzenleme hukukumuzda açık bir şekilde ilk kez HMK m. 291 hükmünde öngörülmüştür. HMK m. 291, f. 2 ve 3 hükümleri gereğince, taraflar dürüstlük kuralının sonucu olarak, üçüncü kişiler ise kamu düzeninin sağlanmasının gereği olarak keşif kararına uymak ve keşfi engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadırlar. Şayet taraflardan birinin buna davranması durumunda ispat yükü üzerine düşen taraf keşif delilinden vazgeçmiş; diğer taraf ise iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılabilecektir. Keşfe karşı koyan üçüncü kişi ise, karşı koymanın sebep olduğu giderlere ve disiplin para cezasına mahkûm edilecek; hatta kendisine karşı zor kullanılabilecektir (HMK m. 291, f. 2, 3).

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise, tarafların keşfe itiraz etmeleri ve hâkimin keşif sonucunda elde edilen bulguları bir delil olarak takdir etmesi meseleleri irdelenmiştir. Bu noktada bilirkişinin şahsına ve hazırladığı rapora itiraz, tanıkların şahsına ve beyanlarına itiraz ile plan, harita ve krokiye itiraz konularına değinilmektedir. Mahkemenin keşif sonrası yapacağı değerlendirme de bu bölümün konusunu oluşturan bir diğer alt başlıktır. Bu kısımda ayrıca, görevsiz ve yetkisiz mahkeme tarafından yapılan keşif ile bir davada yapılan keşfin başka bir davaya etkisi değerlendirilecektir. Delil tespiti veya ihtiyati tedbir aşamasında icra edilen keşif ile istinabe yoluyla yapılan keşfin davaya etkisi bu bölümün diğer konularını oluşturacaktır.

GİRİŞ

Medeni hukuk yargılamasında taraflar kural olarak dava açılmadan önceki bir tarihte hâkimin bilgisi dışında cereyan eden somut vakıaları mahkemeye taşırlar. Tarafların yargılamada amaçladıkları neticeyi elde edebilmeleri için üzerinde anlaşılmadıkları ve hâkimin bilgisi dışında cereyan eden bu vakıaların mahkemede canlandırılması gerekmektedir. Böylelikle, maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla hâkimin vakıaların gerçekleştiği konusunda ikna edilmesi ve inandırılması gerekmektedir. Uyuşmazlıkla ilgili henüz yargılama yapılmadan var olan maddi gerçek, yargılamada yürütülen ispat faaliyeti sayesinde mahkeme kararıyla birebir örtüşecek ve böylelikle adalet tesis edilmiş olacaktır. Maddi gerçeğe ulaşma amacı ile sürdürülen ispat faaliyetinde kullanılan araçlara delil denir. Keşif de bu amaca hizmet eden Kanun'da düzenlenmiş delillerden biridir.

Hâkimin hüküm ve sonuçlarını serbestçe değerlendireceği bir takdiri delil olan keşif, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 288 ilâ 292. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler incelendiğinde ve mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile karşılaştırıldığında ilk belirgin farklılığın keşfin konusuyla ilgili olduğu görülmektedir. 1086 sayılı Kanun döneminde keşfin konusunun sadece taşınmazlardan ibaret olmadığı, HUMK'un 367'nci maddesinde yer alan "özel hüküm sebepleri"ni de kapsayacak şekilde ele alınması gerektiği kabul edilmekteydi. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle keşfin konusunun taşınmazların yanısıra taşınır eşya, belge ve hatta insan bedeni olabileceği hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Böylece hukukumuzda daha önce var olan "dar anlamda keşif" - "geniş anlamda keşif" şeklindeki suni ayrım terk edilmiştir. Zira, bu ayrım uyarınca taşınmazlar üzerindeki keşfe "geniş anlamda keşif", özel hüküm sebepleri üzerindeki incelemeye ise "dar anlamda keşif" denilmekteydi.

HMK'da düzenlenen keşif hükümleri mülga HUMK'da yer alan hükümlerle kıyaslandığında taraflar ve üçüncü kişiler için keşfe katlanma zorunluluğunun getirilmiş olması önemli bir yeniliktir. Keşfe katlanma zorunluluğunun özel bir görünümü olan, soybağının tespiti için vücut üzerinde keşfin Kanun'da açıkça kabul edilmesi ve keşfin

icrasına tarafların ve üçüncü kişilerin rıza göstermemesi halinde gerektiğinde zor kullanılabileceğinin benimsenmesi bir başka önemli yeniliktir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen keşif ile ilgili bu iki düzenleme bu çalışmada tüm yönleriyle inceleme konusu yapılmıştır. Ayrıca, HMK’da getirilen değişiklik ve yenilikler dikkate alınarak keşif ve keşifte bilirkişi incelemesinin ve tanık dinlenmesinin usulü ele alınmıştır.

Anglo – Amerikan hukukunun kendine özgü yargılama usulü ve ispat faaliyeti ile delil sistemi göz önünde bulundurularak bu hukuk yargılamasını benimsemiş ülkelerde keşfin hukuki niteliğinin ne olduğu ve icrasının nasıl gerçekleştiği konularına çalışmada yeri geldikçe (Türk hukukuna ilişkin açıklamaların altında) değinilmiştir. Ülkemizin Kıta Avrupası Hukuk Sistemini benimsemiş olması dolayısıyla usul hukukuna ilişkin meselelerde başta Almanya, İsviçre ve Fransız ülkeleri olmak üzere Kara Avrupa’sı hukuk sistemleri karşılaştırmalı olarak fazlasıyla bilimsel eserlere konu olmaktadır. Ancak Anglo – Amerikan hukuk usulü için ülkemiz hukuk sisteminden farklı oluşu kendine özgü sistemi dolayısıyla aynı şeyi söylemek güçtür. Bu sebeple bu sisteme dair kurallar ile içtihatların incelenerek değerlendirilmesi Türk Hukuku bakımından fayda sağlayabilecektir. Bu düşünceden hareketle keşif konusunda bu sistemi benimsemiş ülkelerin ve özellikle İngiliz hukuk usulünde keşfin hukuki niteliği ve icrası inceleme konusu yapılmıştır.

Buna göre, çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde genel kavram ve ilkeler dikkate alınarak keşif delili genel olarak açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu bağlamda, keşfin hukuki niteliği, konusu ve amacı, keşifle ilgili yargılamaya hâkim olan ilkeler ile keşfe katlanma zorunluluğu açıklanacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde taşınmazlar ve taşınmaz dışındaki bilgi taşıyıcıları üzerindeki keşif incelenmektedir. İlk kısımda taşınmazlar üzerinde keşfe ilişkin usuli işlemler ile keşfin icrası incelenecektir. Ardından, taşınmazlar dışındaki bilgi taşıyıcılarının nelerden ibaret olduğu belirtilerek, bunların hukuki nitelikleri ve keşifle olan ilişkileri açıklanmaya çalışılacaktır. Özellikle belge üzerinde keşif ile beden üzerinde keşif bu kısımda ayrıntılı biçimde ele alınacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise, keşfin icrasına ve keşif sırasında yapılan işlemlere itiraz inceleme konusunu oluşturmaktadır. Bu noktada bilirkişinin şahsına ve hazırladığı rapora itiraz, tanıkların şahsına ve beyanlarına itiraz ile plan, harita ve krokiye itiraz konularına değinilmektedir. Mahkemenin keşif sonrası yapacağı değerlendirme de bu bölümün konusunu oluşturan bir diğer alt başlıktır. Bu kısımda ayrıca, görevsiz ve yetkisiz mahkeme tarafından yapılan keşif ile bir davada yapılan keşfin başka bir davaya etkisi değerlendirilecektir. Delil tespiti veya ihtiyati tedbir aşamasında icra edilen keşif ile istinabe yoluyla yapılan keşfin davaya etkisi bu bölümün diğer konularını oluşturacaktır.

§ 1. BÖLÜM: KEŞFİN HUKUKİ NİTELİĞİ, KONUSU, AMACI VE YARGILAMAYA HÂKİM İLKELERLE İLİŞKİSİ

A. Keşif Kavramı ve Keşfin Hukuki Niteliği

I. Genel Olarak

Keşif, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen takdiri delillerdendir.¹ HMK m. 192 ile kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmediği hallerde, kanunda düzenlenmemiş diğer delillere başvurulabileceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, senetsiz ispatı caiz olan davalarda akli, mantıki ve hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmak koşuluyla davayı aydınlayabilecek ve davanın dayanağı olan vakıaları ispatlayabilecek her türlü unsur delil olarak değerlendirilebilecektir.² Bu bağlamda, keşif, Kanunda özel olarak düzenlenen birkaç delilden biridir.³ Keşif, ayrıca takdiri delillerdendir.

¹ 1086 s. HUMK'da 363 ilâ 366. maddeler arasında yer alan keşif ile ilgili hükümler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda 288 ilâ 292. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

² HMK m. 192 hükmüne ait Hükümet Gerekçesi.

³ Keşif, Hukuk Muhakemeleri Kanununda ispat ve deliller başlıklı dördüncü kısmında ve altıncı bölümde 288 ilâ 292. maddelerde düzenlenmiştir. Kanunun ispat ve deliller başlıklı kısmı yedi bölümden oluşmaktadır: İspata ilişkin genel hükümlerin yer aldığı birinci bölümün ardından, ikinci bölümde belge ve senet, üçüncü bölümde yemin, dördüncü bölümde tanık, beşinci bölümde bilirkişi incelemesi ve yedinci bölümde uzman görüşü başlıklarıyla hükümler bulunmaktadır. HUMK'nın lafzı ve sistematığının müsait olması sebebiyle uygulama ve doktrinde, delillerin sekiz adet olduğu ve kesin delillerin ikrar, kesin hüküm, yemin ve senetten; takdir delillerinin ise tanık, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebeplerinden ibaret olduğu yönünde ağırlıklı bir görüş ve ifade tarzı olmakla birlikte; aslında bunun sınırlı bir sayma olmadığı, HUMK m. 367 (özel hüküm sebepleri) ile Kanun'da sayılmayan diğer delillere de başvurulabileceğinin düzenlendiği, diğer bazı delillerin (tanık, keşif, bilirkişi) ise ayrıca düzenlendiği yönünde de görüşler bulunmaktaydı. HMK'da bu durum açıklığa kavuşturulmuş ve Kanun'da sayılmayan delillere de başvurulabileceği, HMK m. 192 ile genel hükümler kısmında ifade edilmiş, diğer bazı deliller de ayrıca düzenlenmiştir (Mustafa **Göksu**: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İspat ve Deliller Konusunda Yapılan Değişiklikler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanununu Sempozyumu, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, Ankara 2011, s. 63).

Keşif delilinin hukuki niteliği hakkında aşağıda ayrıntılı açıklama yapılacaktır.⁴ Keşfin delil niteliğine ilişkin açıklamalara geçmeden önce ispat ve delil kavramları ile delil türlerine dair kısa bir açıklama yapılmasında fayda vardır. Delil türleri ile delillere ilişkin temel kavramların anlaşılması keşif delilinin hukuki niteliğinin ve Türk ispat hukukundaki yerinin belirlenmesine yardımcı olabilecektir. Nitekim, keşif delili diğer delillerle yakın bağlantı içindedir ve çoğu zaman keşfin icrası sırasında tanık veya bilirkişi deliline başvurulmaktadır.

II. Keşif Kavramı

Keşif, lügat anlamıyla uyumsuzluk konusu şey hakkında yargıcın bütün duyularıyla bilgi edinmesi demektir.⁵ Hâkim, böylelikle davayla ilgili uyumsuzluk konusu şey ne ise kendi duyuları aracılığıyla temas ederek (doğrudan) o şey hakkında gözlem ve tespit yapmak suretiyle bilgi sahibi olur. Üzerinde doğrudan inceleme yapılan şey bir taşınmaz olabileceği gibi taşınır eşya, belge hatta insan vücudu olabilir.

Keşif, genel olarak hâkimin dava konusu nesne üzerinde doğrudan ve duyu organlarına dayanarak yaptığı inceleme ile bilgi sahibi olması şeklinde tanımlanmakta ve bu tanım, mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu⁶ (HUMK) döneminde dava konusu şeyin bir taşınmaz olduğu hallere özgülenmekteydi.⁷ Mevcut hukuki düzenleme⁸

⁴ Bkz. Aşağıda §1-A-III.

⁵ Ejder **Yılmaz**: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002, s. 673; Selahattin **Bağdatlı**: Hukuk Sözlüğü, İstanbul 2002, s. 384; Latif **Mutlu**: Hukuk Sözlüğü, İstanbul 2004, s. 193. Ayrıca keşif, bir olayın oluş nedenini anlayabilmek için yerinde inceleme yapmak anlamına da gelmektedir. (Haz., Şükrü Haluk **Akalın**: Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara 2011, s. 1402; Ali **Püsküllüoğlu**: Türkçe Sözlük, Ankara 2012, s. 1175; Esat **Şener**: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s. 444.) Keşif, HUMK m. 288'in hükümet gerekçesinde, "Keşif, hâkimin uyumsuzluk konusunu oluşturan şeyi bizzat müşahade ederek bilgi sahibi olmasıdır." şeklinde tanımlanmıştır.

⁶ 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 2, 3, 4.7.1927 RG., 622, 623, 624 S.

⁷ **Ansay**, s. 314; Mustafa Reşit **Belgesay**: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi (C. 2), İstanbul 1939, s. 279; İlhan E. **Postacıoğlu**, s. 448; **Karafakih**, s. 231; **Kuru**, (C. II), s. 2827; Saim **Üstündağ**, s. 761; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 482. Tanımlar arasındaki bu farklılık keşfe konu şeyin bir taşınmaz mı yoksa taşınmaz dışında bir şey mi olduğundan kaynaklanmaktaydı. Bu farklılığın nedeni 1086 sayılı HUMK'taki düzenlemelerdi. HUMK m. 363'te, münazaalı mahalin, yani uyumsuzluk konusu yerin keşfine karar verilebileceğini belirtildiğinden, keşif denilince bundan sadece taşınmazların hâkim

doğrultusunda keşif artık uyuşmazlığa konu kişiler veya nesneler üzerinde mahkemenin doğrudan ve duyu organları aracılığıyla bilgi edinmesi olarak tanımlanmaktadır.⁹

HUMK'daki düzenlemeden yola çıkılarak doktrinde şayet taşınmaz üzerinde hâkimin duyularıyla bilgi edinmesi söz konusu ise geniş anlamda keşfin olduğu (m. 363 vd.); uyuşmazlık konusu taşınmaz dışındaki birşey ise, özel hüküm sebeplerine dair hükümlerin (HUMK m. 367) uygulanacağı, yani dar anlamda keşfin söz konusu olacağı şeklinde bir ayırım yapılmaktaydı.¹⁰

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ("HMK") keşifle ilgili düzenlemeleri incelendiğinde doktrinde yapılan geniş anlamda keşif – dar anlamda keşif ayırımının son bulduğu görülmektedir. Artık gerek taşınmazlar gerekse taşınmazlar dışındaki şeyler; taşınırılar, bilgi taşıyıcıları ve hatta insan vücudu üzerinde hâkimin duyuları aracılığıyla edindiği bilginin keşif olduğuna şüphe yoktur. Böylelikle HMK'da, "özel hüküm sebepleri" başlığını taşıyan HUMK m. 367 hükmü yerine, isabetli biçimde "kanunda düzenlenmemiş deliller" başlığını taşıyan m. 192 hükmünü yer almış ve madde gerekçesinde¹¹ "özel hüküm sebepleri" kavramının terk

tarafından görülüp incelenmesi anlaşılmakta; hâkimin taşınmaz dışındaki çekişmeli şeyler hakkında bütün duyuları ile bilgi edinmesi ise, HUMK m. 367'de düzenlenen hususi hüküm sebepleri altında ayrı bir delil gibi incelenmekte idi.

⁸ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 04.02.2011 RG., 27836 S.

⁹ **Üstündağ**, s. 761; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 442; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 669; Timuçin **Muşul**, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2012, s. 425; Abdurrahim **Karlı**, Medeni Muhkeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 653; **Özkan**, Hasan: Keşif, Bilirkişilik ve Tatbikatı, Ankara 1996, s. 52; **Özdemir**, Enver, Keşif ve Bilirkişilik, İstanbul 1971, s. 5; Mustafa **Kılıçoğlu**: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012, s. 1168.

¹⁰ **Ansay**, s. 314; **Belgesay**, (C. II), s. 279; **Postacıoğlu**, s. 448; **Karafakih**, s. 231; Baki **Kuru**: Hukuk Muhakemeleri Usulü C. 3, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 2827; **Üstündağ**, s. 761, **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 370; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 459; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 482.

¹¹ HMK'nun 367. madde hükmü her ne kadar taşınmazlar dışındaki keşifle ilgili "geniş anlamda keşif" adı altında yeni bir delil türü imiş gibi belirtse de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile isabetli olarak, 1086 s. HUMK dönemindeki hükmün konuluş amacındaki anlayışı muhafaza edecek şekilde delillerin tek tek sınırlanmadığını, "Kanunda düzenlenmemiş deliller" madde başlığı ile ve "Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmediği hallerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir demek suretiyle açıkça göstermektedir. Bu husus, gerekçede, "aslında 1086 sayılı Kanunun mehzasında da bulunmayan ve uygulamasında daima tereddütle karşılaşılan özel hüküm sebepleri kavramı da terk edilmiştir" şeklinde ifadesini bulmuştur.

edildiği belirtilmiştir. Dolayısıyla keşfin konusu ile ilgili yapılan geniş anlamda keşif – dar anlamda keşif ayırımı ortadan kalkmıştır.

Medeni usul hukukunda tıpkı ceza usul hukukunda olduğu gibi keşif delil olarak düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 83. ve 84. maddelerinde¹², keşfe dair hükümler yer almakta; ancak keşfin tanımı yapılmamaktadır. Ceza muhakemesi hukukunda keşif, hâkimin delillerin içeriğini öğrenebilmek, değerlendirebilmek için beş duyusu ile yaptığı incelemedir şeklinde tanımlanmaktadır.¹³ Doktrinde keşif, ayrıca, “kişinin beş duyu organıyla, yani görerek, duyarak, koklayarak, tadarak ve dokunarak edindiği algılamalar, tespitler”¹⁴ ve “bir olgunun oluş nedenlerini araştırmak ve saptayabilmek için yerinde yapılan bir araştırmayı ifade eder”¹⁵ biçimde de tanımlanmaktadır.

Keşfin ceza yargılamasındaki tanımından hareketle, ister bir inceleme, ister araştırma, isterse de algılama yöntemi olduğu belirtilsin; keşfin amaç, esas olarak kanunun belirlediği usuller dahilinde mahkeme veya hâkimin¹⁶ ispatta ve hükmün oluşturulmasında kullanılabilecek her türlü veriyle bizzat yüz yüze gelmesi, bunların durumlarını beş duyusuyla gözlemlemesi ve bunlardan hareketle bir kanaate varmasını sağlamaktır.¹⁷ Dolayısıyla ceza yargılamasında başvuru keşif ile hukuk usulündeki keşif bu noktada birbirleriyle örtüşmektedir.

¹² Keşif madde başlığı taşıyan Ceza Muhakemesi Kanunu m. 83, “Keşif, hâkim veya mahkeme veya naip hâkim ya da istinabe olunan hâkim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır. Keşif tutanağına, var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da elde edilemeyen delillerin yokluğu da yazılır” şeklindedir. CMK m. 84’te ise, keşifte, tanık veya bilirkişinin dinlenmesinde bulunabilecekler ile ilgili hükümler yer almaktadır.

¹³ Nevzat **Toroslu**/Metin **Feyzioğlu**: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014, s. 208; Nurullah **Kunter**: Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986, s. 576; Bahri **Öztürk** (Edit.), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2012, s. 356.

¹⁴ Nur **Centel**/Hamide **Zafer**: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2013, s. 288.

¹⁵ Süheyl **Donay**: Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, İstanbul 2009, s. 139.

¹⁶ Ceza yargılaması açısından ayrıca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı keşfi gerçekleştirecektir.

¹⁷ Ali Kemal **Yıldız**: Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme, İÜHF, C. LXV, S. 1, 2007, s. 130.

Bir başka yargılama usulü olan, idari yargıda, bilirkişi ve keşif gibi deliller, davanın niteliğine uygun düştüğü ölçüde kullanılmaktadır.¹⁸ Buna karşın, yemin gibi bazı delil türleri, idari yargılama usulünün niteliğine uygun düşmediğinden bu tür delillere idari yargıda nadiren başvurulmaktadır.¹⁹

İdari yargılama usulündeki keşiften, Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca düzenlenen ve çalışmamızın konusunu oluşturan keşif anlaşılmalıdır. Çünkü İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31’inci maddesi²⁰, keşfin de içinde olduğu birtakım ispat araçlarına başvurulması ve bazı usuli işlemlerin icrası bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na²¹ yollama yapmaktadır.

İdari yargıda, genellikle jeolojik etkenler sonucu oluşan uyuşmazlıklar, imar uygulamaları ve sınır uyuşmazlıklarında²² icra edilecek keşif işlemine HMK m. 288 ilâ 292. madde hükümleri niteliğe uygun düştüğü ölçüde uygulanma alanı bulacaktır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20. maddesinin birinci fıkrasındaki ilk cümle olan “Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar” hükmü, idari yargıda delil serbestisi sisteminin benimsendiğini gösterir²³. Bu sebeple, idari yargı usulünde hukuk usulünden farklı olarak kesin delil – takdiri delil ayrımı yoktur. İdari yargılamada re’sen araştırma

¹⁸ Şeref Gözübüyük/Turgut Tan: İdare Hukuku Cilt II, İdari Yargı Hukuku, İstanbul 2014, s. 948.

¹⁹ Gözübüyük/Tan, s. 948.

²⁰ İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanunun uygulanacağı haller” başlıklı 31’inci maddesi şöyledir: “Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re’sen yapılır. Bu kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanunu’nun ilgili hükümleri uygulanır”.

²¹ Esasen, İYUK 31’inci madde ile 1086 sayılı Hukuk Usul Muhakemeleri Kanununa atıf yapılmaktadır. Ancak, HMK m. 447 fıkra 2 gereği, 1086 sayılı Kanuna yapılan atıflar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun bu hükümlerin karşılığını oluşturan hükümlerine yapılmış sayılır.

²² Halil Kalabalık: İdari Yargılama Usulü Hukuku, 6. Bası, Konya 2013, s. 327.

²³ Gözübüyük/Tan, s. 948.

ilkesi kabul edildiğinden, tüm deliller ve dolayısıyla keşif delili de takdiri nitelikte olup, hâkim keşif delilini diğer deliller gibi serbestçe takdir edecektir.²⁴

Kanaatimizce keşif, mahkemenin davada uyuşmazlığa konu taşınır, taşınmaz, belge yahut vücut hakkında bilgi sahibi olmak amacıyla doğrudan doğruya ve duyu organlarına dayanarak keşif konusu nesnenin bulunduğu yerde veya mahkemede yaptığı inceleme şeklinde tanımlanabilir.

III. Keşfin Hukuki Niteliği

Dava açılmadan önceki bir tarihte hâkimin bilgisi dışında cereyan eden ve tarafların üzerinde anlaşılmadıkları vakıaların mahkemeye taşınması bir iddiadan ibarettir. Taraflarca gerçekleştiği iddia edilen vakıalara hukuken sonuç bağlanması için, iddia edilen bu vakıaları karşılayan hukuk kuralının koşul vakıalarının iddia edildiği gibi olduğu konusunda hâkimin ikna edilmesi ve inandırılması gerekmektedir. İşte, taraflarca talep sonucuna uygun karar verilmesini haklı çıkaracak vakıaların, diğer bir deyişle dava konusu hakkın dayandığı vakıaların, somut olarak gerçekleştiği konusunda hâkimde kanaat uyandırmak üzere yapılan inandırma faaliyetine ispat denir.²⁵

²⁴ Ramazan **Çağlayan**: İdari Yargılama Hukuku, 4. Bası, Ankara 2014, s. 38.

²⁵ Mustafa Reşit **Belgesay**: İsbat Teorisi, İstanbul 1950, s. 112; İlhan E. **Postacıoğlu**: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 527; Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**: Medeni Usul Hukuku, 24. Bası, Ankara 2013, s. 357; Bilge **Umar**/Ejder **Yılmaz**, İsbat Yüğü, Ankara 1980, s. 8 vd.; Yavuz **Alangoya**/Kâmil **Yıldırım**/Nevhis **Deren-Yıldırım**, Medeni Usul Hukukunun Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 293; Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özekes**: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 538; Timuçin **Muşul**, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2012, s. 319; Abdurrahim **Karşlı**, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 546; Oğuz **Atalay**: Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 5; Haluk **Konuralp**: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, s. 13. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, yalnız davanın çözümüne etkili olabilecek vakılardan, çekişmeli olanların ispatı gerekli ve yeterlidir. HUMK m. 238’de ispatın konusu “delil davanın halline tesir edebilecek münazaalı hususları ispat için ikame olunur” şeklinde; HMK ise 187. maddede daha sade bir biçimde “ispatın konusunu tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir” demek suretiyle belirtmektedir. Herkesçe bilinen vakıalarla, ikrar edilmiş (tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettiği) vakıalar çekişmeli sayılmazlar (HMK m. 187, f. 2) ve bunların ispatı gerekmez.

İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşımadıkları²⁶ ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar²⁷ oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir (HMK m. 187, f. 1). Davadan önce ve hâkimin bilgisi dışında gerçekleşen vakıaların doğru ve gerçek olduğu konusunda hâkim önünde girişilen ispat faaliyetinde kullanılan araçlara delil denir. Dolayısıyla, delil ispat faaliyetinde kullanılan ve dava öncesinde, gerçekleşmiş vakıaların temsilen yargılamaya aktarılmasına yarayan ve çekişmeli vakıayı temsile ya da yansıtmaya elverişli olan araçlardır.²⁸

İspat faaliyetinde kullanılan araçların delil olarak nitelendirilebilmesi için bunların mahkeme dışında vuku bulan çekişmeli vakıaları mahkemede canlandırmaya elverişli olmaları gerekmektedir. Bu noktadan hareketle, delillerin temsil niteliğini haiz olmaları gerektiğini söylemek gerekir.

“Delilin temsili niteliği”ne²⁹ sahip olması gerektiği halde, keşif bu niteliği barındıran bir delil değildir. Zira, hâkimin dava konusu nesne üzerinde doğrudan yaptığı inceleme olarak adlandırdığımız keşfin, kendi bünyesinde çekişmeli vakıayı yargılamaya taşıyacak bir temsil niteliği yoktur. Hâkim, keşif ile taraflar arasındaki çekişmeli olan taşınır ya da taşınmazı yerinde ya da mahkemede incelemeye tâbi tutacak, gerektiğinde keşif sırasında tanık dinleyerek ve bilirkişinin görüşünü alarak

²⁶ Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden (HMK m. 118, 126 ve 136) sonra ön inceleme aşamasına geçilir. Ön inceleme aşamasında hâkimin yapması gereken işlemlerden biri uyuşmazlık konularını tam olarak belirleyerek tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmektir. Sulhe veya arabuluculuğa teşvik için yapılması gereken ön inceleme duruşmasının sonunda, HMK m. 140 f. 3 gereği, tarafların sulh faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşımadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit etmektir. İşte ispat faaliyeti, bu tutanakta belirtilen vakıalar üzerinde gerçekleştirilir ve tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür.

²⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 194, f. 1 hükmünde ifadesini bulan ve taraflara yükletilmiş usuli bir yük olan somutlaştırma yükü kapsamında taraflar, dayandıkları vakıaları mahkemeye verdikleri dilekçelerde (HMK m. 119, f. 1, bent, e ve HMK m. 129 f. 1 bent, d) ispata elverişli bir şekilde somutlaştırmalıdır. Somutlaştırılan ve uyuşmazlığın çözümünde etkili bu vakıalar için ispat gereklidir.

²⁸ Sıddık Sami **Onar**/Mustafa Reşit **Belgesay**: Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944, s. 97; İsmail **Karafakih**, Vasıtalı Deliller, Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s. 170; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 357; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 293; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 538; **Muşul**, s. 319; Oğuz **Atalay**, Emare İspatı, MBD 1999, S. 3, s. 8; **Karlı**, s. 546.

²⁹ **Konuralp**, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 10, 11.

dava konusu çekişmeli şey hakkında bilgi sahibi olacaktır. Nitekim, keşif uyuşmazlık konusu hakkında bilgi sahibi olmak için hâkimin bizzat duyu organları vasıtasıyla yaptığı bir usuli işlemdir (HMK m. 288, f. I). Hâkim doğrudan uyuşmazlık konusuyla temas kurarak edindiği kanaat sayesinde uyuşmazlığı çözmeye çalışacaktır. Keşif bir delil toplama ve inceleme yöntemi olup, ne vakıayla temas ne de vakıa hakkında hâkime kanaat verici bir ispat aracı özelliğine sahip olmadığından, bu anlamda başlı başına bir delil değildir.³⁰ Esasen delil elde etme yöntemi olan keşifte delil teşkil eden şey, hâkimin kendi duyuları ile tespit ettiği hususlardır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen delillerden bu anlamda temsil niteliğini taşıyan sadece senet ve tanık beyanıdır.³¹ Nitekim, bir kimsenin kendi aleyhine hazırladığı veya bu yönde sonuç doğuran imzalı belge olan senet³² delilini değerlendiren hâkim, senedin düzenleniş sebebi olan vakıa (hukuki işlem) hakkında doğrudan kanaat sahibi olacak, senede bağlanan irade açıkça tecessüm edecek ve senet, işlemi yansıtan bir ayna görevi görecek³³. Güvenilirliği tartışılabilir de olsa takdiri delillerden sadece tanık beyanının temsili niteliği bulunmaktadır. Zira, tanık beyanıyla çekişmeli vakıalar yargılamaya aktarılabilecek ve hâkimin önünde çekişmeli vakıanın nasıl gerçekleştiği canlandırılabilir.

Bir iddianın doğru olduğuna hâkimi inandırmak için başvuru olan araç olarak delil mahkeme dışında gerçekleşmiş vakıaların temsilen yargılamaya aktarılmasına yarayan ve çekişmeli vakıayı temsile veya yansıtmaya elverişli olan inandırma aracıdır.³⁴ Keşif ise mahkeme tarafından her çeşit doğrudan algılama yoluyla bir kişinin, bir sürecin veya

³⁰ Oğuz **Atalay**: Delil Kavramı Üzerine, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 135.

³¹ **Konuralp**, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 10 vd. Yazar, yemini, kanunen kesinlik akdedilmiş bir taraf beyanından oluştuğunu; kesin hükmün temsil niteliğinin olmadığını ve sadece kazai bir temsil niteliğine sahip olduğunu; hâkimin yardımcısı olarak belirttiği bilirkişi görüşünün vakıaların aydınlanmasına yardımcı olduğunu ve dolayısıyla kesin deliller arasında temsili nitelik taşıyan tek delilin senet; takdiri deliller arasında ise tanık olduğunu belirtmektedir.

³² HMK m. 200 vd., HUMK m. 287 vd.; Ayşe Ece **Acar**: Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği, İstanbul 2013, s. 25 vd.

³³ **Atalay**, Delil Kavramı Üzerine, s. 134. **Acar**, s. 27 vd.

³⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 462.

bir eşyanın dış özellikleri hakkında bilgi sahibi olunması³⁵ amacıyla her türlü taşınır ya da taşınmaz eşyanın incelenmesidir. Bu anlamda keşfe konu eşya taşınır ise ve mahkemeye getirtilebiliyorsa mahkemede, mahkemeye getirtilemiyorsa veya taşınmaz eşya ise eşyanın bulunduğu yerde keşif incelemesi yapılır. Bu sayede hâkim eşyayı beş duysusu ile tetkik ederek ve diğer delilleri de değerlendirerek maddi gerçeğe ulaşmaya çalışır. Dolayısıyla, keşif delili başlı başına dava dışında gerçekleşen hayat olayını yargılamaya aktarmaya elverişli bir araç değildir. Ancak hâkim gerekli görürse keşfin icra edilme biçimi olan ve HMK m. 289 hükmü ile yapılmasına cevaz verilen temsili uygulama yoluna başvurabilir. Bu sayede taraflar arasında dava öncesi yaşanan hayat olayı temsili olarak canlandırılarak yargılamaya aktarılabilir.

İspat aracı olarak adlandırdığımız delillerin dava dışı vakıaları davaya yansıtma ve onları temsili olarak yargılamaya aktarma işlevi onların niteliklerinden çıkmaktadır. Dolayısıyla, açıklandığı haliyle, dar ve gerçek anlamda keşif, delile ulaşma ve onu inceleme yöntemi olup, delil niteliğine sahip değildir. Ancak keşfin delil toplama ve inceleme yöntemi olması, HMK’da açıkça delil kabul edilmesine engel değildir. Geniş anlamda keşfin delil olduğundan şüphe yoktur. Yalnızca keşfin diğer delilleri de incelemeye yarayan bir delil toplama ve değerlendirme oluşu, onun HMK’da düzenlenen diğer delillerden ayrık yönünü ortaya koymaktadır.

Anglo – Amerikan hukukunda “tanığa dayalı delil” (testimonial evidence) ve “yazılı delil” (documentary evidence) dışındaki deliller “maddi delil” (real evidence) olarak adlandırılmaktadır.³⁶ Bu delil türü kapsamına mahkemece delil olarak incelenen ve yazılı belge dışında kalan her türlü nesne (mesela hayvanlar, eşyalar gibi) girmektedir. Maddi delilin mevcudiyeti, aslında bir objenin fiziksel özelliklerinin ön planda olmasına bağlıdır.³⁷ Bir maddi delil mahkeme salonunda “exhibit”³⁸ yolu ile yani

³⁵ Mine **Erturgut**, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004, s. 258.

³⁶ “Real evidence”.

³⁷ Adrian **Keane**: The Modern Law of Evidence, Oxford 2008, s. 262, 263; Steve **Uglov**: Evidence, Londra 1997, s. 169; **Allen**, s. 61; **Bojczuk**, s. 301 vd.; Stuart Sime **Barrister**: A Practical Approach to Civil Procedure, Oxford 2011, s. 448; Andrew **Choo**: Evidence, Oxford 2009, s. 9; Neil **Andrews**: Principles of Civil Procedure, London 2010, s. 467; Michael **Stockdale**/Christina **McAlhone**: The Elements of Evidence, Newcastle 1997, s. 120; **Emson**, s. 14.

“dava sırasında ibraz” yoluyla incelenir. Söz konusu nesne bir taşınmaz ise veya taşınır olmakla birlikte mahkemeye getirtirme imkânı mevcut değilse nesnenin (taşınmaz veya başkaca eşyayı) bulunduğu yerde inceleme yapılır ki buna “view”³⁹, yani keşif denir.

Maddi delil sunulduğunda mahkeme maddi delilin konusunu oluşturan nesnenin sadece fiziksel özelliklerini inceleyerek bir kanaate ulaşır.⁴⁰ Mahkeme söz konusu nesnenin sadece fiziksel özelliklerini ve nesnenin bulunduğu yerin durumunu inceler ve konu hakkında kanaat edinmeye çalışır.⁴¹ Bu noktada tarafların beyanları ya da yazılı açıklamalardan ziyade, nesnenin fiziksel özellikleri ve (şayet mahkeme dışında bir yerdeyse) bulunduğu mahallin önemi vardır. Mesela bir kitap hem yazılı delil hem de maddi delil teşkil edebilir. Şöyle ki, kitabın içindeki yazıların okunması ve yorumlanması yoluyla incelenmesi, söz konusu kitabın bir yazılı delil olarak değerlendirildiğini gösterir. Diğer taraftan, kitabın yazılı içeriği bir tarafa bırakılıp, sadece fiziksel özellikleri dikkate alınarak incelenmesi halinde (mesela antika bir kitabın boyutları, dış kaplaması, kâğıdının fiziksel özellikleri gibi) ise söz konusu kitap maddi delil olarak değerlendiriliyor demektir. Herhangi bir tanık ifade verdiğinde ve bu ifade duruşma tutanağına geçirildiğinde tanığa dayalı delilden bahsedilir. Ne var ki, aynı tanığın mahkemede ifadesini verirken hâkim veya jüri tarafından gerçeği söyleyip söylemediğinin anlaşılabilmesi için tavırlarıyla da somut olay bakımından fiziksel özelliklerinin (bedeninin)⁴² arz ettiği önem inceleme konusu yapılıyorsa, artık tanığa dayalı delilden değil, maddi delilden bahsedilir. Çünkü, bu durumda tanığın ifadeleri

³⁸ **Bojczuk**, s. 313; **Carlson/Imwinkelried/Kionka/Strachan**, s. 25; **Friedland/Bergman/Taslitz**, s. 5, 6; **Hollander**, s. 1 vd; **Tapper**, s. 701; **Emson**, s. 14.

³⁹ Bu terim için bkz. mesela, Bryan A. **Garner**: Black’s Law Dictionary, Boston 2009, s. 1704; L. B. **Curzon**,: Dictionary of Law, London, 2002, s. 444; Graham **Gooch**/ Michael **Williams**: A Dictionary of Law Enforcement, Oxford 2007, s. 377; James **Penner**: Law Dictionary, Londra, 2001, s. 380.

⁴⁰ Mesela *Lockhart v. Mc. Cotter* 782 F. 2d127 5th Cir. 1986.

⁴¹ **Tapper**, s. 63; **Prater/Capra/Saltzburg/Arguello**, s. 343; **Waltz/Park**, s. 26 vd.; **Hannibal/Mountford**, s. 9; **Emson**, s. 8.

⁴² Öte yandan Anglo-Amerikan hukukunda, Türk hukukunun aksine ilgilinin rızası olmadıkça kişinin bedeninden herhangi bir parça alınamaz; ancak geçerli bir neden olmadığı halde rıza açıklanmaması durumunda hâkim, sanığa karşı bir suçluluk emaresine karar verebilir, **Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011, s. 283.

değil, doğrudan doğruya tanığın kendisi (karakter özellikleri ve fiziksel görünümü) inceleme konusudur.⁴³

Bu açıklamalar doğrultusunda davalı tarafın zilyetliğinde bulunan objeler, bir suçta kullanılmış olan ateşli silah, kazanın olduğu yere ilişkin fotoğraflar, makinenin kazaya sebebiyet veren parçası, davacının fabrikada kayarak yere düşüp ağır yaralandığı esnada giymekte olduğu ayakkabıları ve kamera kayıtları, yazıcıdan veya başkaca mekanik bir aletten alınan yazılı çıktılar, failin kanlı parmak izlerinin bulunduğu bir video kaseti, olay yerinde bulunan mendil ve tanığın mahkemede yemin ettikten sonra ifadesini verirken gösterdiği davranışlar maddi delile örnek verilebilir.⁴⁴

Uygulamada taraflar genellikle maddi delillerin yargılamanın başlamasına kadar muhafaza edilmesi hususunda anlaşmaktadır. Ancak böyle bir anlaşmanın yapılmadığı durumlarda her zaman mahkemeye başvurarak, söz konusu delillerin koruma altına alınması için tedbir kararı alabilme imkânı mevcuttur.⁴⁵

Görüldüğü üzere, Anglo – Amerikan hukukunda maddi delil elde etmenin iki yolu vardır. Bunlardan biri “exhibit” yani dava sırasında o delilin ibraz edilmesi; diğeri ise “view” yani keşiftir. Bu iki tetkik (inceleme; inspection) aracı sayesinde mahkeme nesneleri inceler ve bir kanaate varmaya çalışır. Bulgular incelenerek yeterli bir kanaate ulaşıldığında elde edilen bulgular maddi delil olarak dava dosyasına girer. Dolayısıyla Anglo – Amerikan hukukunda da keşfe, delile ulaşma ve inceleme aracı demek yanlış olmayacaktır.

Keşfin bir delil olarak kabul edilip edilemeyeceği ve hukuki niteliği Anglo – Amerikan hukukunda ilk olarak *Goold v. Evans*⁴⁶ davasında ortaya konulmuş; keşfin bir

⁴³ **Carlson/Imwinkelried/Kionka/Strachan**, s. 25; **Friedland/Bergman/Taslitz**, s. 6; **Hollander**, s. 1 vd.; **Prater/Capra/Saltzburg/Arguello**, s. 343; **Waltz/Park**, s. 26, 986 vd.; **Hannibal/Mountford**, s. 9, **Emson**, s. 15.

⁴⁴ **Hannibal/Mountford**, s. 9; **Osborne**, s. 42; **Emson**, s. 14, 15.

⁴⁵ **O’Hare/Browne**, s. 467.

⁴⁶ Judge Denning’in görüşü, *Goold v. Evans & Co* [1951] 2 TLR 1191. Ayrıca bkz. *White v. Walsh*, 105 Cal. App. 2d 828, 831, 324 P. 2d 276, 278 (1951); *United States v. Harris*, 141 F. Supp. 418 – 420 (S.D. Cal. 1955).

delil olduğu vurgulanmıştır. Anglo – Amerikan hukukundaki baskın görüş, keşfin delil olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir.⁴⁷ Daha sonra görülen *Buckingham v. Daily News Ltd.* davasında keşfin delil niteliği pekiştirilmiştir. Bu davada davacı işçi davalı işverenin fabrikasında bulunan makinalarından birini temizlerken ağır biçimde yaralanmıştır. Bunun üzerine işçi işverene karşı ihmalden ötürü bir tazminat davası açmıştır. Dava görülürken hâkim keşif kararı almış ve fabrikaya gidilmiştir. Hâkim keşif esnasında ilk olarak işçinin yaralanmasına sebebiyet veren makinayı incelemiş; daha sonra davacı işçiden makinayı kazanın meydana geldiği gün ne şekilde temizlediyse aynı şekilde temizlemesini istemiştir. Davalı işçi makinayı kazanın meydana geldiği gün temizlediği şekilde temizlemiş, hâkim de dikkatlice işçiyi izlemiştir. Görüldüğü üzere, hâkim keşif esnasında bir tür temsili uygulama yaptırmıştır.⁴⁸ Davalı daha sonra temyiz yoluna başvurmuştur. Davalı temyiz gerekçesi olarak hâkimin keşif sonrası kanaatini davacı lehine değiştirmeyeceğini; çünkü, keşfin bir delil olmadığını; aksi yönde tanık ifadeleri varken kanaatini değiştiremeyeceğini ileri sürmüştür. Temyiz mahkemesi davalının belirtilen temyiz sebeplerini reddetmiş, davada yapılan keşfin güvenilir bir delil sayılması gerektiğine hükmetmiştir.

Diğer bir görüş ise⁴⁹, keşfin bir delil (maddi delil) olmadığını; yalnızca hâkimin veya jüri üyelerinin olay ile tanık ifadelerini daha iyi anlamalarını sağlayan ve maddi bir delile ulaşmalarını kolaylaştıran bir araç niteliğinde olduğunu kabul etmektedir.⁵⁰ Keşif, jürinin dava boyunca toplanan delilleri değerlendirmesine, anlamasına ve sonuca varmasına yardımcı bir usul işlemidir. Keşif hiçbir şeyi ispat etmeye yönelik değildir ve ayrıca yapılan keşfi kayıt altına alabilme imkânı yoktur. Sadece olay hakkında iddia edilenlerin ne kadar gerçeği yansıttığının tespiti için uygulanan bir yöntemdir. Fakat

⁴⁷ Adrian **Keane**: The Modern Law of Evidence (7. Bası, Oxford 2008), s. 266; **Bojczuk**, s. 316; Ian H. **Dennis**: The Law of Evidence (3. Bası, Londra 2007), s. 503; Ron **Delisle**/Stuart **Don**/ David **Tanovich**: Evidence (7. Bası, Toronto 2004), s. 316; **Uglov**, s. 172; **Mueller/Mueller**, s. 1196.

⁴⁸ Türk hukukunda da keşif esnasında hâkimin temsili uygulama yaptırması imkânı kanunen mevcuttur; bu konuda bkz. HMK m. 289. Türk ve Anglo – Amerikan hukuk sistemlerinde temsili uygulama hakkında daha fazla açıklama için bkz. aşağıda: §2-V-2-b).

⁴⁹ Judge Hodson'un görüşü, *Gooldv. Evans & Co* [1951] 2 TLR 1192; *Park –Theaters, Inc. v. Ochs*, 75. Supp. 506, 512 (S.D. Ohio 1948); Georg M. **Gold**: The Propriety, Procedure, and Evidentiary Effect of a Jury View, 14 Intramural L. Rev. N.Y.U. 161 (1958-1959), s. 164. Aynı doğrultuda, Lundquist v. Nickels, 238 Ill. App. 3d 410, 179 Ill. Dec. 150, 605 N.E.2d 1373 (1992).

⁵⁰ Bkz. Türk hukukunda aynı yönde Oğuz **Atalay**: Delil Kavramı Üzerine, Haluk Konuralp'e Armağan C. I, S. 129, Ankara 2009, s. 135.

gerek doktrinindeki yazarların gerekse yargı kararlarının büyük çoğunluğu keşfi bir delil olarak kabul etmektedir.⁵¹

Üçüncü (azınlık) bir görüş ise, diğer iki görüşü bağdaştırarak bir orta yol bulmaya çalışmıştır.⁵² Bu görüşe göre keşif bir delildir. Ancak zayıf bir delildir ve hükme dayanak teşkil edebilmesi için başkaca delillerle desteklenmelidir. Yoksa tek başına bir hükmün dayanağını oluşturamaz. Başkaca delillerin ortaya çıkarılmasına ve olayın aydınlatılmasına yardımcı olur; ancak tek başına bu delile dayanarak bir hükme varılabilmesi için yeterli değildir.

IV. Delil Türleri ve Keşfin Delil istemimizdeki Yeri

Bir delilin türünü belirlemek için yapılan en sık ayırım, ispat aracı olan delilin kesin delil mi takdiri delil mi olduğu şeklindedir.⁵³ Bu ayırımın temelinde, hâkimin yargılamaya getirilen delili değerlendirme tarzı vardır.⁵⁴ Kesin deliller, diğer bir deyişle kanuni deliller⁵⁵, şartlarını, hükümlerini ve sonuçlarını kanunun belirlediği ve bu şartların mevcut olması halinde hâkimin bağlı olduğu delillerdir.⁵⁶ Kesin delillerin varlığı kural olarak hâkimin başka delilleri incelemesine engel olur ve hâkim ispat edilmeye çalışılan vakıanın doğruluğunu kabul ederek buna uygun karar verir. Kesin

⁵¹ **Bojczuk**, s. 315; **Delisle/Don/Tanovich**, s. 316.

⁵² *Chicago K. & W.R. Co. v. Parsons*, 51 Kan. 408, 32 Pac. 1083 (1893); *Still v. Department of Roads & Irrigation*, 129 Neb. 822, 263 N.W. 149 (1935); **Gold**, s. 165.

⁵³ Deliller doktrinde başka yönlerden de ayrımlara tâbi tutulmuştur. **Önen**, ispat aracı olarak kullanılan delilin doğrudan doğruya kanıtlanması gereken olaya ilişkin olup olmaması yönünden, delilleri ayrıca doğrudan doğruya delil ve dolaylı delil olarak ikiye ayırmaktadır, **Ergun Önen**, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1979, s. 207. **Muşul** hâkimin re'sen başvuracağı ve re'sen başvurmayacağı delil ayrımı yapmış; Hâkimin re'sen başvuracağı delilleri keşif, bilirkişi mütalaası ve tarafların isticvabı (sorgulanması) olarak belirtmiştir, **Muşul**, s. 230, d.not 443.

⁵⁴ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 317.

⁵⁵ Bazı yazarlar “kanuni delil” terimini kullanmakta iken (mesela **Saim Üstündağ**: *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 2000, C. I-II, s. 628; **Karşı**, s. 570) diğer bazı yazarlar “kesin delil” terimini tercih etmektedirler (mesela **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 380; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 379; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 473).

⁵⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 606; **Necip Bilge/Ergun Önen**: *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Bası, Ankara, 1978, s. 493; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 371; **Mehmet Akif Tutumlu**: *Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi*, Ankara 2007, s. 22.

deliller, senet (HMK m. 200 vd.), yemin (m. 225 vd.) ve kesin hükümdür (m. 303).⁵⁷ Takdiri deliller ise, kesin delillerin aksine, koşulları ve hükümlerini hâkimin tayin etmediği, hâkimin serbestçe değerlendirerek vicdani kanaatine göre sonuç çıkardığı delillerdir.⁵⁸ Bunlar, tanık (HMK m. 240 vd.), bilirkişi (m. 266 vd.), keşif (m. 288 vd.) ve kanunda düzenlenmeyen diğer delillerdir (HMK m. 192).⁵⁹

Hâkimin gerek takdiri delilleri gerekse kesin delilleri değerlendirirken takındığı tutum bir yargı sisteminde hangi delil sisteminin mevcut olduğuna işaret eder. Şayet hâkim delilin temsil kabiliyetini ve uyumsuzluğa etkisini serbestçe değerlendirebiliyorsa “delillerin serbestçe değerlendirilmesi sistemi”nin varlığından bahsedilir. Buna karşılık, delilleri Kanunda öngörülen sınırlamalarla bağlı olarak değerlendirebiliyorsa ‘kanuni delil sistemi’nin varlığından söz edilecektir. Türk ispat hukukunda hâkim kesin

⁵⁷ Sayılan kesin delillere ilaveten özellikle HUMK’nun yürürlükte olduğu dönemde ikrarın delil olma vasfı üzerinde tartışmalar bulunsun da, kanaatimizce HMK ile birlikte ispat ve delillerle ilgili genel hükümler bölümünde m. 188’de düzenlenen ikrarın bir ispat aracı (delil) değil, ikrar edilen vakianın çekişmeli olmaktan çıkaran ve ispata gerek bırakmayan bir taraf beyanı olarak kabul edilmesinde tereddüt etmemek gerekir. Zira HMK m. 187 f. 1’de, ispatın konusu başlığı ile “ispatın konusunu tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyumsuzluğun çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir” dendiikten sonra, akabinde f. 2 ile “ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz.” ifadesi yer almakta ve m. 188 f. 1’de ise, “tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez.” denilmektedir. İkrarın hukuki niteliği konusunda bkz. Sabri Şakir **Ansay**: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 250; **Belgesay**, İsbat Teorisi, s. 115; **Postacıoğlu** s. 268; **Karafakih**, s. 176; **Umar/Yılmaz**, s. 198; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 388; Baki **Kuru**: Hukuk Muhakemeleri Usulü C. II, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 2032; **Üstündağ** s. 628; **Umar/Yılmaz**, s. 198; Ejder **Yılmaz**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 989 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 317; **Önen**, s. 207; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 471; **Muşul**, s. 317; **Karşı**, s. 622; Taylan Özgür **Kiraz**: Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2013, s. 64.

⁵⁸ Mustafa Reşit **Belgesay**, Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul 1940, s. 76; **Kuru**, (C. 2), s. 2034; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 472; **Muşul**, s. 318; **Karşı**, s. 566.

⁵⁹ Bununla birlikte, hâkim, takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu olaylarda, ispat aracı niteliğindeki her şeyi delil olarak kabul edebilir ve buna dayanarak karar verebilir, **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 607. İsmen belirtilerek sayılan delillerin sınırlı olmadığını, medeni usul hukuku bakımından ispat aracı olabilecek her türlü şeyi kural olarak kabul etmek gerekir. HMK m. 192 hükmü medeni usul hukukundaki delillerin sadece kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığını belirtmektedir. Şöyle ki, Kanunda düzenlenmemiş deliller madde başlıklı 192. hükmü, “Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hallerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir.” şeklindedir. Hükmün gerekçesinde, “Maddeyle, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hallerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabileceği açıkça düzenlenmiş; böylece, senetsiz ispatı caiz olan davalarda akli, mantıki ve hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmak koşuluyla davayı aydınlatabilecek ve davanın dayanağı olan vakıaları ispatlayabilecek her türlü unsurun delil olarak değerlendirilebileceği esas tereddüde yer vermeyecek bir biçimde düzenlenmiştir” denmiştir.

delillerle bağlıdır. Dolayısıyla, kesin delillerin varlığı halinde hâkim, bu delillerin gerçeği temsil edip etmediğini serbestçe takdir edemez; bu deliller bulunduğu sürece bunların doğruyu temsil ettiğini -şartlar gerçekleşmişse- kanunen kabul eder.⁶⁰ Bununla birlikte, Türk hukukunda, belirli miktarı geçen hukuki işlemler bakımından kanuni delil sisteminin, bunun dışında ise delillerin serbestçe değerlendirilmesini esas alan karma bir anlayışın kabul edildiğini söylemek gerekir.⁶¹

Yargılamada kullanılan delilleri tek tek kanunda sayarak sınırlandıran sisteme ‘kanuni delil sistemi’ denmektedir. Kanunda belirtilenler dışında ispat aracı vasfı taşıyan her türlü delilin yargılamada kullanılabileceği sistemse ‘serbest delil sistemi’dir. Yukarıda değinildiği üzere, Türk ispat hukukunda deliller sadece kanunda belirtilenlerden ibaret olmayıp, HMK m. 192 gereği senetsiz ispatı caiz olan davalarda akli, mantıki ve hukuka uygun yollardan elde edilmiş her türlü unsur delil olarak değerlendirilebilecektir.⁶² Bu sebeple, serbest delil sisteminin mevcut olduğu belirtilmelidir.

Yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında keşfin, Kanun tarafından düzenlenen takdiri delillerden olduğunu, Mahkeme tarafından ancak senetsiz ispatı mümkün olan davalarda başvurulabileceğini söyleyebiliriz.

Keşfin esasen bir delil toplama aracı olması bir yana, kanun koyucu gerek mülga HUMK döneminde gerekse de HMK’da keşfi delil olarak düzenlemiştir.⁶³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ispat ve delillere ilişkin genel hükümler kısmında 198. maddede düzenlenen “Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir” hükmü dikkate alındığında, ilk bakışta Türk hukukunda delil serbestisi kuralının

⁶⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 605. Hâkim kesin deliller olan senet, yemin ve kesin hükmün varlığı halinde bunların geçerli olduğu sonucuna ulaşırsa Kanun tarafından bunlara bağlanan ispat gücü kendiliğinden sonuç doğurur ve ispata konu çekişmeli vakıa ispat edilmiş sayılır.

⁶¹ **Postacıoğlu**, s. 445; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 605.

⁶² Bkz. HMK m. 192 hükmüne ait Hükümet Gerekeşi.

⁶³ Keşif delili HUMK’da ikinci babta ve deliller ve ikamesi başlıklı sekizinci fasıl, altıncı kısımda 363 ilâ 366. maddelerde; HMK’da ise, altıncı bölümde ve İspat ve deliller başlıklı dördüncü kısımda, altıncı bölümde 288 ilâ 292. Maddelerde düzenlenmiştir.

(vicdani delil sisteminin)⁶⁴ benimsendiği düşünülse de, kanuni istisnaların fazlalığından ötürü kanuni delil sisteminin⁶⁵ de ispat hukukunda önemli bir yer teşkil ettiği görülmektedir. Bunlardan en önemlisi ve uygulama alanı en fazla olanı hiç şüphesiz parasal olarak belirli bir miktarın üzerindeki hukuki işlemlerin senetle ispatını öngören HMK m. 200 ile senede karşı tanıkla ispat yasağını(senetle ispat zorunluluğu) düzenleyen HMK m. 201 hükmüdür.⁶⁶ Belli bir miktarın (HMK ile ikibinbeşyüz Türk Lirası) üzerinde bir hukuki işlem varlığı ve bu hukuki işlemin ispatı halinde, senet deliline yani kesin delillere ihtiyaç duyulacaktır. Bu durumda kural olarak tanık delili ve geniş anlamda takdiri deliller devre dışı kalacaktır. Dolayısıyla denilebilir ki, kural olarak hukuki işlemlerin ispatında takdiri delillerden olan keşif delili uygulama alanı bulamayacaktır.

Hukuki işlemlerin hukukumuzda önemli ve yaygın bir yeri olması karşısında kesin delillerle ispat ve dolayısıyla senetle ispat ön plana çıkmaktadır. Ancak, bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. Hukuki işlem sayılmayan hususlar; başta haksız fiiller olmak üzere maddi vakıalar ile haksız iktisaplardır ve bunlar takdiri delillerle ispat edilebilir.⁶⁷ Ayrıca HMK m. 200, f. 2 hükmü gereği, karşı tarafın açık muvafakati var ise tanık deliline ve diğer takdiri delillere başvurulabilecektir. Senet alınmasının bazı hallerde maddi veya manevi olarak imkânsız olduğunu öngören kanun koyucu, HMK m. 203'te sınırlayıcı olarak sayılan hallerin varlığı halinde yine senetle ispat kuralına istisna getirmiş olup, takdiri delillerle ispata cevaz vermiştir.

⁶⁴ Delillerin serbestçe değerlendirilmesi sisteminde hâkim herhangi bir delil ile bağlı olmayıp, vicdani kanaatine göre takdir yetkisini kullanarak delilleri değerlendirip karar verecektir.

⁶⁵ Kanuni (kesin) delil sisteminde, kanun koyucu bazı delillerin varlığına kanuni kesinlik derecesinde önem atfetmiş olup, bunların birinin varlığı halinde, hâkimin bu delilleri değerlendirme ve takdir yetkisine sahip olmayıp sonuçları kanun gereği doğacaktır.

⁶⁶ Senetle ispat zorunluluğu hakkında detaylı bilgi için bkz. İlhan **Postacıoğlu**: Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964, s. 5 vd.; Murat **Yavaş**: Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009, s. 113 vd.. HMK m. 200'de kanun koyucu, senetle ispat zorunluluğu madde başlığı ile "Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerektiğini" belirtmektedir. HMK m. 201'de ise senede karşı senetle ispat zorunluluğu şöyle düzenlenmiştir: "Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile, tanıkla ispat olunamaz."

⁶⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 494; **Karşlı**, s. 567; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 414.

Diğer yandan kesin delille ispat kuralının kamu düzenine ilişkin olmaması sebebiyle gerek HMK m. 200 f. 2 gereği yargılama sırasında karşı tarafın açık muvafakati ile gerekse de dava öncesi yazılı olarak yaptıkları ispat sözleşmeleri ile kesin delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını sağlayabilecekleri gibi, belirli delillerle ispatı öngörülmeeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler.⁶⁸

Nihayet, senetle ispat zorunluluğu karşısında takdiri delillerle ispata el veren bir diğer durum da uygulama alanı bakımından bu kuralın önemli bir istisnasını oluşturan delil başlangıcının varlığıdır. HMK m. 202’de düzenlenen delil başlangıcı, “İddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir”.

Keşfin takdiri delillerden olması nedeniyle hukuki işlemler dışındaki hukuki fiiller, maddi vakıalar ve haksız iktisabın ispatında başvurulabilecek bir delil olduğu gibi, hukuki işlemlerin ispatında, senetle (yani kesin delille) ispat mecburiyeti(HMK m. 200 ve 201) olduğundan, keşfe ancak yukarıda açıklanan senetle ispat kuralının istisnalarından birinin mevcudiyeti halinde başvurulabilir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında keşfin takdiri delil oluşu ve hukuki işlemlerin ispatında kanuni delil sisteminin benimsenmiş olması nedeniyle kesin delillerle bağlı olacak hâkim artık takdiri delillere başvuramayacaktır.

Önemle belirtmek gerekir ki, buraya kadar yaptığımız açıklamalar medeni usul hukukuna hâkim ilkelerden "tarafarca getirilme ilkesi"nin⁶⁹ uygulandığı davalarda söz konusu olacaktır. Zira tarafarca getirilme ilkesinin istisnasını oluşturan, kamu düzenini

⁶⁸ Sema Taşpınar: Delil Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 37.

⁶⁹ Yürürlükte olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Medeni Usul Hukukuna hâkim olan ilkeler kanun hükmü haline bürünmüştür ve tarafarca getirilme ilkesi madde 25’te düzenlenmiştir. Hükme göre, hâkim, kanunda öngörülen istisnalar dışında ne iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alacak ne de kendiliğinden delil toplayacaktır.

ilgilendiren davalarda, kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanacak; hâkim tarafların ileri sürdükleri vakıalarla ve delillerle bağlı olmayacak ve kendisi görevi gereği dava malzemesini⁷⁰ oluşturan vakıaları getirip, delilleri inceleyebilecek ve onları serbestçe takdir edecektir. Dolayısıyla, re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda (ve çekişmesiz yargı işlerinde)hâkim kesin delillerle dahi bağlı olmayacağından, senetle ispat mecburiyetinin olduğu vakıalar hakkında dahi, takdir delillere ve dolayısıyla keşif deliline başvurabilecektir.

Anglo – Amerikan hukukunda delillere ilişkin kurallar (rule of evidence) hukuk ve ceza davalarında ortaktır. Bu kurallar gerek hukuk gerekse ceza davalarında yeknesak biçimde uygulanır. Bu sebeple keşfe ilişkin tüm kurallar ve esaslar hem hukuk hem ceza davaları bakımından aynıdır.

Anglo – Amerikan hukukuna tâbi ülkelerde keşif kurumu ile ilgili olarak her eyaletin usul kurallarında oldukça genel hükümler yer almaktadır. Bu hükümlerin ortak noktaları birbirlerine paralel düzenlemeler içermelerinin yanında keşif kurumunu çok genel biçimde düzenlemiş olmalarıdır. Keşif kurumu temel olarak Anglo – Amerikan hukukunda içtihat hukuku (emsal mahkeme kararları) ile düzenlenmektedir.⁷¹

Amerikan Federal Delil Kuralları arasında (Federal Rules of Evidence) keşif kurumu düzenlenmemektedir. Ancak Federal Delil Kuralları’nın 402. maddesi uyarınca tüm dava için işe yarar (uygun olan) deliller mahkemece delil olarak kabul edilebilir. Bu noktada dava için “işe yarar” (ya da “uygun olan”) terimi ile kastedilen, davanın aydınlatılmasına katkıda bulunabilecek nitelikteki delillerdir. Keşfin de bu anlamda davanın aydınlatılmasına katkıda bulunduğu hallerde mahkemece kabul edilmesine bir engel yoktur.

⁷⁰ Davaya konu olan maddi vakıalar ile bu vakıaların ispatı için gereken ispat araçlarına dava malzemesi adı verilmektedir, Yavuz **Alangoya**: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 7; Mustafa **Göksu**, Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 336.

⁷¹ Ashley S. **Lipson**: Art of Advocacy Demonstrative Evidence, Massachusetts, 2012, § 3.04 [1, 3].

Keşifle ilgili her ABD eyaletinin kendi eyalet mahkemeleri kuralları vardır. Ancak bunlar daha ziyade yol gösterici niteliktedir. Çünkü nihai olarak keşif kurumunun bağlayıcı kuralları içtihat hukukuyla belirlenmiş ve keşif kararı verilmesi ve keşfin icrası nihai olarak mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Keşif kararının verilmesi ve keşfin icrası ile ilgili olarak belirleyici ve bağlayıcı kurallar içtihat hukuku ile ortaya konulmuştur. Bu kaide sadece ABD ile sınırlı olmayıp, diğer Anglo – Amerikan hukukuna tâbi olan ülkeler (mesela İngiltere, Avustralya, Yeni Zelanda, Kanada) bakımından da geçerlidir. Bu ülkelerde de genel mânâda bir keşif düzenlemesi mevcut olmayıp, eyalet ya da bölge mahkemeleri için ayrı usul kuralları ile genel düzenlemeler getirilmiştir. Fakat bu düzenlemeler yol gösterici nitelikte olup, asıl belirleyici olan içtihat hukukudur.

Eyalet kuralları lafzi olarak her ne kadar birbirlerinden farklı olsa da içerik itibarıyla büyük oranda birbirleriyle örtüşmektedir. Farklılıklar genellikle jüri üyelerinin keşif esnasında taraflar ile olan münasebetinin kısıtlanması konusunda toplanmaktadır. Örneğin California Mahkeme Kuralları'nın (Cal. Civil Procedure Code) 651. maddesi keşfi davanın tam olarak ayrılmaz bir parçası ve devamı olarak kabul ettiğinden keşif esnasında jüri üyelerinin hâkim denetim ve gözetiminde taraflara (veya tanıklara) soru sorabilmesine imkân tanımaktadır. Buna karşın Michigan Mahkeme Kuralları 513. Madde hükmü jüri üyelerinin keşif esnasında taraflarla (ve tanıklarla) temasına izin vermemektedir.

Keşif, exhibit kurumuna benzer biçimde, tanıkların veya tarafların anlattıklarını, bir de hâkimin bizzat yerinde müşahade ederek, anlatılanları keşif yerinin özellikleri ile birleştirip doğruluğunu teyit edebilme imkânı vermektedir. Burada aslında anlatılanların güvenilir olup olmadığının bir önemi yoktur. Aslolan keşif mahallinde anlatılanların gerçekten doğru olup olamayacağının adeta denetiminin yapılabilmesidir.⁷² Böylelikle maddi gerçeğe ulaşılması yolunda keşif bir araç olarak kullanılmaktadır.

⁷² Bojczuk, s. 314; Kenneth S. Broun/ Walker J. Blakey: Evidence, St. Paul 2005, s. 170; Emson, s. 14.

Anglo – Amerikan hukukunda üç türlü delil olduğuna yukarıda değinilmişti. Bunlardan biri “tanığa dayalı delil”dir.⁷³ Tanık genellikle mahkemelerce dinlenir ve beyanları tutanağa geçirilir. Tanık önce mahkeme salonunda tanıkların durduğu bölüme gelir, tanığa kutsal değerleri üzerine yemin ettirilir. Bundan sonra tanık, ifadesini ayakta ve sözlü olarak verir. Tanığın ifadesi mahkeme tutanağına geçirildiği andan itibaren artık bu ifade (testimony) onun resmi ifadesidir ve tanık delilini oluşturmaktadır. Taraflara tanıkların bulundukları yerde yazılı olarak ifadelerini alıp, mahkemeye bu yazılı ifadeleri içeren belgeleri sunma imkânı da Anglo – Amerikan usul kanunlarında tanınmıştır.⁷⁴

Anglo – Amerikan hukukunda karşımıza çıkan diğer delil türü ise yazılı delildir.⁷⁵ Mahkemeye belge şeklinde sunulan ve kural olarak yazı içeren delil türüdür.⁷⁶ Delil olarak sunulan belgeler kural olarak yazı içermelidir (mesela sözleşme, fatura veya yazılı vasiyetname gibi).⁷⁷ Tanığa dayalı delilden farklı olarak, yazılı deliller tanık

⁷³ “Testimonial evidence”, Hodge M. **Malek**/Jonathan **Auburn**/Roderick **Bagshaw**: Phipson on Evidence, Londra 2009, s. 293; Ian H. **Dennis**: The Law of Evidence, Londra 2007, s. 490; Andrew **Choo**: Evidence, Oxford 2009, s. 9; Ruth **Cannon**/Niall **Neligan**: Evidence, Dublin 2002, s. 3; William **Bojczuk**: Evidence Textbook, Londra 1993, s. 2; Ronald L. **Carlson**/Edward J. **Imwinkelried**/Edward **Kionka**/Kristine **Strachan**: Evidence: Teaching Materials for an Age of Science and Statutes, Newark 2007, s. 25; Steven I. **Friedland**/Paul **Bergman**/Andrew E. **Taslitz**: Evidence Law and Practice, Newark 2007, s. 5; Charles **Hollander**: Documentary Evidence, London 2003, s. 1 vd.; Colin **Tapper**: Evidence, London 2004, s. 63 vd.; Dennis D. **Prater**/Daniel J. **Capra**/Stephen A. **Saltzburg**/Christine M. **Arguello**: Evidence: The Objection Method, Newark 2007, s. 343; Jon R. **Waltz**/Roger C. **Park**: Evidence, New York 2004, s. 26 vd.; Martin **Hannibal**/Lisa **Mountford**: The Law of Criminal and Civil Evidence, Harlow 2002, s. 8 vd.; Craig **Osborne**: Civil Litigation, Oxford 2004, s. 42; Neil **Andrews**: English Civil Procedure, Oxford 2003, VII - § 31; Raymond **Emson**: Evidence, New York 2004, s. 8.

⁷⁴ İngiliz ve Amerikan hukukunda ana hatlarıyla medeni yargılama süreci için bkz. Okan **Gündüz**: Anglo – Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Ankara 2009, s. 101 vd., 138 vd.

⁷⁵ “Documentary evidence”.

⁷⁶ Ancak yazı içermeyen belgeler de istisnai hallerde yazılı delil olarak nitelendirilebilmektedir. İçeriklerinin mahkemece araştırılması kaydıyla mesela fotoğraflar veya çıktısı alınmış e-postalar da yazılı delil sayılabilir. Bunlarının içeriğinin değil de fiziki özelliklerinin araştırılması söz konusu ise bu durumda artık yazılı delilden bahsedilmez. Örneğin üzerinde kan izleri bulunan bir fotoğrafın bu kan izlerinin kime ait olduğunun tespiti için incelenmesi böyledir. Çünkü burada resmin içeriği; resimde yer alan bilgiler (mesela failin kimliği gibi) araştırılmamaktadır.

⁷⁷ Cristopher **Allen**: Practical Guide to Evidence, Londra 2008, s. 57 – 59; William **Bojczuk**: Evidence Textbook, Londra 1993, s. 298; **Dennis**, s. 498; **Cannon/Neligan**, s. 4; Steve **Uglow**: Evidence, Londra 1997, s. 147; **Bojczuk**, s. 3; **Carlson/Imwinkelried/Kionka/Strachan**, s. 25;

ifadeleri içermez. Söz konusu yazılı delilin kimin tarafından düzenlendiği ve uygunluğu kesin olarak tespit edilmelidir. Bir yazılı delili (belgeyi) hazırlayan kişi her zaman bilinmeyebilir. Dolayısıyla, kimin tarafından düzenlendiği belli olmayan bir yazılı delilin varlığı halinde usul kanunları istisnai olarak bu delilin yargılamaya kabul edilebileceğine cevaz vermektedir.⁷⁸ Özellikle uyuşmazlıkların ve davacı ile davalı sayısının fazla olduğu davalarda bu tür belgeler (her ne kadar içeriği bir tanık tarafından doğrulanmış olmasa da) yargılamaya kabul edilmektedir. Bu durumda yazılı delilin somut olay hakkında bilgiler içermesi yeterlidir.

Yazılı delilin gerçekliği, ulaşılabilirliği ve mahkemece kabul edilebilirliği bir davada dikkate alınması gereken üç önemli unsurdur. Taraflarca mahkemeye sunulan bir yazılı delil kural olarak geçerlidir ve mahkemece kabul edilir. Ancak karşı taraf sunulan bu delilin mahkemeye sunan tarafça gerçekliğinin ispat edilmesini talep edebilir. Bu talebini yazılı olarak delili sunan tarafa yöneltmelidir.⁷⁹ Bu yazı, söz konusu senedin mahkemeye sunulmasından itibaren yedi gün içinde karşı tarafa gönderilmelidir. Yazı kendisine ulaşan taraf mahkemeye başvurarak bundan sonra nasıl bir yol izlemesi gerektiğini sormalıdır. Mahkeme söz konusu yazılı delilin gerçekliğini araştırma hususunda (ve bunun ispatını delili sunan taraftan isteyip istememekte) takdir yetkisine sahiptir.

Bir diğer delil türü olan maddi delil⁸⁰ ise, mahkeme salonunda “exhibit”⁸¹ yolu ile yani “dava sırasında ibraz” yoluyla incelenir. Söz konusu nesne bir taşınmaz ise veya taşınır olmakla birlikte mahkemeye getirtilme imkânı mevcut değilse nesnenin (taşınmaz veya başkaca eşyayı) bulunduğu yerde inceleme yapılır ki buna “view”⁸²,

Friedland/Bergman/Taslitiz, s. 5, 6; **Hollander**, s. 1 vd.; **Prater/Capra/Saltzburg/Arguello**, s. 343; **Hannibal/Mountford**, s. 8 vd.; **O’Hare/Browne**: Civil Litigation, London 2005, s. 465; **Osborne**, s. 42.

⁷⁸ Stuart **Sime**: Civil Procedure, Oxford 2004, § 34.

⁷⁹ John **O’Hare/Kevin Browne**: Civil Litigation, London 2005, s. 466; **Osborne**, s. 42.

⁸⁰ “Real evidence”.

⁸¹ **Bojczuk**, s. 313; **Carlson/Imwinkelried/Kionka/Strachan**, s. 25; **Friedland/Bergman/Taslitiz**, s. 5, 6; **Hollander**, s. 1 vd; **Tapper**, s. 701; **Emson**, s. 14.

⁸² Bu terim için bkz. mesela, Bryan A. **Garner**: Black’s Law Dictionary, Boston 2009, s. 1704; L. B. **Curzon**,: Dictionary of Law, London, 2002, s. 444; Graham **Gooch/ Michael Williams**: A Dictionary of Law Enforcement, Oxford 2007, s. 377; James **Penner**: Law Dictionary, Londra, 2001, s. 380.

yani keşif denir. Dolayısıyla Anglo – Amerikan hukukunda keşif maddi deliller arasında yer almaktadır.

B. Keşfin Konusu ve Amacı

I. Keşfin Konusu

HMK m. 288 hükmü hâkime uyuşmazlık⁸³ konusu (şey, nesne) hakkında bizzat duyu organları yardımıyla, doğrudan gözlem ve tespit yaparak uyuşmazlık konusu hakkında mahkemede ya da bulunduğu yerde bilgi sahibi olunmasına cevaz vermektedir. Dolayısıyla, taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu ne ise keşfin konusu da odur.⁸⁴

Keşif, mahkeme tarafından her çeşit doğrudan algılama yoluyla, bir kişinin, bir sürecin veya bir eşyanın dış özellikleri hakkında bilgi sahibi olunmasıdır.⁸⁵ Bu sebeple keşfin konusu, her türlü taşınır (menkul) ya da taşınmaz (gayrimenkul) eşya olabilir. Nelerin taşınır eşya ya da taşınmaz eşya olduğu, sonuçları itibariyle eşya hukuku anlamında önem arz etse de; çalışmamız açısından pratik bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, ekonomik değer ifade etsin ya da etmesin, bir yerden bir yere taşınma olanağına sahip olsun ya da olmasın her türlü nesne, şayet taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmuş ise keşfe konu olabilecektir. Örneğin yiyeceklerin bozulup bozulmadığının ya da taşınmazın sınırlarının tespit edilmesi, haksız fiilin gerçekleştiği

⁸³ Kanun koyucu ‘uyuşmazlık konusu’ hakkında keşif deliline başvurulabileceğini belirtmektedir. Uyuşmazlık, hukuken niza, ihtilaf, çekişme, dava anlamlarında kullanılmaktadır, **Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü, s. 716.

⁸⁴ Selçuk **Öztek**: Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif ve Uzman Görüşü (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi), İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2006, s. 185.

⁸⁵ **Erturgut**, s. 258.

mahallin görülmesi⁸⁶, üst kattan aşağıya akan suların verdiği zararın tespiti için keşfe başvurulabilecektir.

Keşfe konu eşyanın taşınır ya da taşınmaz eşya oluşu özellikle keşfin nerede gerçekleşeceği bakımından önemlidir. Şöyle ki, keşfe konu eşya taşınır ise ve mahkemeye getirilebiliyorsa, hâkim uyuşmazlık konusu eşyayı mahkemede tetkik edebilecektir. Bununla birlikte, keşif konusu şey taşınır olmasına rağmen mahkemeye getirtilemiyorsa ya da hareket ettirilmesi ona zarar verecekse keşif taşınır eşyanın bulunduğu yerde yapılacaktır. Keşif bir taşınmaza ilişkin ise, keşif mutlak surette hâkim tarafından taşınmazın bulunduğu yerde yapılacaktır. Zira HMK m. 288’de “Hâkim uyuşmazlık konusu hakkında *bulunduğu yerde ya da mahkemede* inceleme yaparak bilgi sahibi olmak amacıyla keşif kararı verebilir” hükmüne yer verilerek duruşma salonunda dahi keşfin mümkün olabileceğine imkân tanınmıştır. Dolayısıyla örneğin hâkim, bir davada taşınmaz sınırının belirlenmesi gerektiğinde taşınmazın bulunduğu yere veya trafik kazasının olduğu yerdeki yol durumunun görülmesinin yararı olacaksa olay yerine yahut üst kattan aşağıya sızan suların yol açtığı zarar söz konusu ise zararın olduğu eve gidecektir. Ancak, yiyeceğin bozuk olup olmadığını belirlemek için hâkim uyuşmazlık konusu şeyi mahkemeye getirterek inceleme yapabilir.⁸⁷ Keşfe konu şey getirtilebiliyorsa mahkemede incelenmesi usul ekonomisi ilkesine de hizmet edecektir.

Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli ve bilgi taşıyıcısı olan her şey keşfin konusunu oluşturacaktır. HMK m. 199 hükmü gereği bu tür bilgi taşıyıcılar belge olarak adlandırılmaktadır. Genel olarak, bir bilgiyi taşımaya elverişli ortamı ya da şeyi ifade eden belge⁸⁸, uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve buna benzer tüm bilgi taşıyıcılarıdır (HMK m. 199).

⁸⁶ Şanal Görgün/Mehmet Kodakoğlu: 6100 sayılı HMK Hükümlerin Göre Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012, s. 254; Kılıçoğlu, s. 1171.

⁸⁷ Yılmaz, Şerh, s. 1250.

⁸⁸ Hakan Pekcanitez: Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi (Ankara, 8-9 Eylül 2006), TBB Yayını, Yayın no: 123, s. 24.

Belge, yazılı metin ve senedi de içine alan bir üst kavramdır.⁸⁹ Keşif, kanunda sayılmış diğer herhangi bir delil türünün niteliklerine sahip olmayan bütün delillerin incelemesinde kullanılan bir delil çeşididir. Dolayısıyla belge, yazılılık unsuru taşıyorsa, mesela senet⁹⁰ niteliğini haizse, keşif delili dışında başlı başına “senet” delili olarak değerlendirilecektir. Bu noktada artık keşiften değil senedin ibrazından söz edilecektir. Nitekim yazılılık unsuru taşıyan belgeler keşfin konusunu oluşturmamakla birlikte bu tür belgelerin mahkemeye ibrazı söz konusudur. Bununla birlikte, bazen belge delil başlangıcı olarak değerlendirilecek ve senetle ispat zorunluluğunun istisnasını oluşturabilecektir. Bazen de belge, bilirkişi raporu olarak karşımıza çıkacak ve bu da kanunda düzenlenen bir diğer takdiri delil olacaktır.⁹¹ Yazılılık unsurunu taşımayan belgeler ise keşfin konusunu oluşturacaktır. Bu kapsamda planlar, fotoğraflar, haritalar ve elektronik bilgi taşıyıcıları keşfin konusunu teşkil edecektir.⁹²

Bazı davalarda uyuşmazlığa konu vakıayı ispata elveriş bilgi taşıyıcısı insan bedeni olabilecektir. Bu halde insan vücudu keşfin konusunu oluşturacaktır. Örneğin, soybağını ilgilendiren davalarda insan bedeninin tetkiki keşfin konusunu oluşturacaktır. Bu tür davalarda, insan bedeni üzerinden kan veya doku örneği alınarak tıbbi incelemeye tâbi tutulabilir. Nitekim, soybağının tespiti amacıyla vücuttan kan veya doku alınmasına ilişkin düzenleme, Medeni Kanunu’nun 284. maddesinden sonra 6100 sayılı HMK m. 292 ile keşif deliline dair hükümler arasında yerini almıştır.

⁸⁹ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 388; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 478; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 327; **Karşı**, s. 584; **Kılıçoğlu**, s. 953.

⁹⁰ Kanın koyucu tarafından tanımı yapılmayan senet delili, doktrinde bir kimsenin kendi aleyhine hazırladığı veya sonuç doğuran dış âleme yansımış bir yazılı belge olarak tanımlanabilecektir. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 388; **Üstündağ**, s. 637; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 325; **Karşı**, s. 583; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 480; **Muşul**, s. 333; **Kılıçoğlu**, s. 953.

⁹¹ Taylan Özgür **Kiraz**: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler, Ankara 2012, s. 40. HMK’da belge kavramının senedi de kapsayan üst kavram şeklinde düzenlenmesi isabetli olmuştur. Zira kanun koyucu senetle ispat kuralının istisnalarından biri kabul edilen delil başlangıcını HMK m. 202, f. 2 hükmünde belirtilen özelliklere sahip bir belge olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla belge kavramının kanunda yer alması, delil başlangıcını daha işlevsel hale getirecek; bu da senetle ispat zorunluluğunun istisnasını genişletecektir. Ayrıca kanunda belge ve senet kavramları oldukça titiz kullanarak olası bir kavram kargaşasının da önüne geçilmiştir.

⁹² Güray **Erdönmez**: Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, 2. Bası, İstanbul 2014, s. 222.

Ölü beden üzerinde yapılan iç ve dış muayene çoğu zaman ceza yargılamasına konu olabilecek iken bazı hallerde hukuk yargılamasına ve dolayısıyla keşfe konu olabilir. Örneğin miras davasında murisin gömülmesi ve mirasçılık belgesi alınarak murisin malvarlığının paylaşımından sonra açılan mirasçılık belgesinin iptali davasında davacının gerçekten murisin mirasçısı olup olmadığının tespiti amacıyla ölen kimsenin mezardan çıkartılarak muayenesi gerekebilir. Ceza yargılamasında otopsi olarak dahi değerlendirilebilecek bu durum hukuk yargılamasında muayene niteliğini haiz olarak keşfe konu olabilecektir. Ancak bu hususun nasıl olacağına dair HMK’da herhangi bir hüküm mevcut değildir. Burada hukuk yargılamasında ölü beden üzerinde muayenenin nasıl olacağı konusunda kıyasen ceza yargılamasındaki hükümlerden yararlanılabileceği söylenebilir (CMK m. 86, 87).⁹³

Gömülen bir cesedin gerektiğinde keşif yapılması için mezardan çıkarılmasına hukuk mahkemesince karar verilebilir. Keşif biri adli tıp, diğeri patoloji uzmanı veya diğeri dallardan birisinin mensubu iki hekim tarafından hâkim huzurunda yapılacaktır (CMK m. 87, f. 1 kıyasen). Keşfin icrası sırasında cesedin görüntüleri kayda alınabilir yahut fotoğraf çekilebilir. Ancak keşif sırasında yapılan tüm işlemler keşif tutanağına geçirilmeli ve çekilen fotoğraflar tutanağa eklenmelidir (HMK m. 290, f. 2).

Anglo – Amerikan hukukunda keşif kurumu Türk hukukunun aksine sadece mahkeme dışında bulunan ve mahkemeye getirtilmesi mümkün olmayan taşınmazlar veya taşınır (diğeri eşyalar, hayvanlar) bakımından söz konusudur. Oysa yukarıda anlatıldığı üzere Türk hukukunda taşınır şayet getirtilebiliyorsa mahkemede muayene edilip keşif yapılabilir (HMK m. 288, f. 1). Anglo – Amerikan hukukunda ise bir taşınır mahkemeye getirtildiğinde ve fiziksel özellikleri mahkeme salonunda muayene edildiğinde, artık teknik mânâda keşiften değil; “exhibit” yani “dava sırasında ibraz” kurumundan bahsedilir. Bu yol ile maddi veya yazılı delil hâkimin ve jürinin incelemesine sunulur. Bu delil bir fatura, sözleşme veya mektup gibi bir yazılı delil olabileceği gibi görüntü ve ses kaydı, fotoğraf veya kroki ile plan gibi bir maddi delil

⁹³ Bu konudaki detaylı kanuni düzenleme için bkz. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, Adalet Bakanlığı, RG tarihi: 01.10.2005, RG sayısı: 25832, yürürlük tarihi: 01.10.2005. Ayrıca bkz. Fatih Selami **Mahmutoglu**: Beden ve Vücuttan Örnek Alınması (<<http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/>>, Erişim: 12.06.2013), s. 4 vd.

olabilir. Görüldüğü üzere, exhibit (tetkik, inceleme) ancak mahkeme salonunda gerçekleşir ve bu yolla ile usulüne uygun olarak mahkemeye sunulup, mahkemece kabul edilen unsurlar niteliğine göre yazılı delil veya maddi delil olarak nitelendirilir ve dava dosyasına girer.

Buna karşılık keşif (“view” ya da jury view veya view of an inquest) yalnızca mahkeme dışında icra edilebilmektedir. Bu kurum, Anglo – Amerikan hukukunda keşfe konu olan şeyin bir taşınmaz olması yahut mahkemeye getirtilemeyecek nitelikte bir taşınır nesne olması durumunda taşınmazı ya da başkaca bir eşyayı (mesela bir taşınırı) yerinde inceleme imkânı sağlar. Mesela mahkeme keşif mahallindeki bir fabrikada incelemeler yapabilir; dava konusu taşıtı yerinde inceleyebilir veya keşif yerinde bir tanığa temsili uygulama yaptırabilir. Türk hukukunda olduğu gibi, keşif yapılması Anglo – Amerikan hukukunda da tamamen mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Taraflar keşif yapılmasını talep etseler dahi, mahkeme keşif yapılmasına gerek olmadığına hükmedebilir.

II. Keşfin Amacı

Taraflar yargılamada dış âlemde gerçekleşmiş olan maddi gerçeğin deliller aracılığıyla adli gerçeğe dönüşmesini sağlamaya çalışırlar. İspat faaliyetinin ve temelde medeni usul hukukunun amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır.⁹⁴ Keşif ise maddi gerçeğin bulunmasına katkı sağlayan ispat vasıtalarından biridir.⁹⁵

Keşif, hâkimin herhangi bir aracıya gereksinim duymaksızın, duyularıyla uyuşmazlık konusunu algılamasıdır. Hâkim, diğer ispat araçlarının mahkeme dışında gerçekleşen olayın temsili olarak mahkemeye yansıtılmasına yeterli olmayacağını düşünüyorsa, özel bir zaman belirleyerek ve tarafların talebiyle yahut re’sen keşfe karar

⁹⁴ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 7; **Yılmaz**, Şerh, s. 1295; **Kılıçoğlu**, s. 1168; **Karşı**, s. 55; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 50; **Kuru/Arsan/Yılmaz**, s. 442.

⁹⁵ **Üstündağ**, s. 2; Sema **Taşpınar**: Medeni Yargılama Hukukunun Amaç Sorunu, Faruk Erem’e Armağan, Ankara 1999, s. 760; Metin **Düzgün**: Medeni Usul Hukukunda Keşif, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1992; Yavuz **Alangoya**: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 87; **Yılmaz**, Islah, s. 26.

verebilir. Yargılamanın ucuz ve hızlı olması, usul ekonomisi ilkesinin saç ayaklarından olmasına rağmen, hâkim maddi gerçeğe ulaşmak için keşif yapılmasına karar verebilir.

Keşfin diğer amacı ise, uyuşmazlık konusunun mahkemenin huzuruna getirilmesini sağlamak ve çoğu zaman bilirkişi görüşünden ve tanık beyanlarından da yararlanarak, diğer tüm delileri keşif esnasında yahut keşiften elde edilen kanaat ile birlikte değerlendirmek suretiyle daha etkili karar verilmesini sağlamasıdır. Hâkimin, bizzat kendisi tarafından beş duyusuyla yaptığı inceleme, hâkimi inandırma faaliyeti olan ispat faaliyetinde keşfe özel bir yer açmaktadır. Bu noktada doğrudanlık ilkesinin amacı da keşif ile örtüşmektedir.

Anglo – Amerikan hukukunda keşif uyuşmazlık konusu vâkıâların gerçekten doğru olup olamayacağının adeta denetiminin yapılabilmesine imkân veren bir yoldur.⁹⁶ Böylelikle maddi gerçeğe ulaşılması yolunda keşif bir araç olarak kullanılmaktadır. Maddi gerçeğe ulaşmak için başvurulmuş keşfe aslında Anglo – Amerikan hukukunda keşif nadiren icra edilmektedir. Çünkü, davaların çoğunda ibraz edilen yazılı deliller, mahkemede incelenen maddi deliller ve tanık ifadeleri birlikte değerlendirilerek olayların birçoğu yeteri kadar aydınlatılabilmektedir.⁹⁷ Ayrıca keşfin masraflı bir yol olduğu ve yargılamayı uzatabildiği de dile getirilmektedir.⁹⁸ Özellikle keşif karmaşık davalarda, davanın sadece tanık ifadeleri ile aydınlatılabilmesinin mümkün olmadığı hallerde başvurulmuş bir yoldur. Uygulamada Anglo – Amerikan hukukuna tâbi ülkelerde özellikle ceza davalarında keşif taleplerinin hukuk davalarına nazaran oldukça yüksek oranda reddedildiği görülmektedir. Bunun sebebi zaten içerik itibarıyla masraflı, zahmetli ve zaman alıcı bir işlem olan keşfin, ceza davalarında çoğu zaman zaten cezalandırılacağını bilen fail bakımından adeta bir kaçış (tatile çıkma; soluk alma) aracı olarak kötüye kullanılmasıdır. Bu sebeple ceza davalarında çoğu zaman (zaten davanın da diğer somut delillerle aydınlatılmış olduğu hallerde) keşif talepleri yerinde

⁹⁶ Bojczuk, s. 314; Kenneth S. Broun/ Walker J. Blakey: Evidence, St. Paul 2005, s. 170; Emson, s. 14.

⁹⁷ Gerald Dacre Nokes: An Introduction to Evidence, Londra 1956, s. 411; Emson, s. 15.

⁹⁸ Mueller/Mueller, s. 461, 466.

görülmeyerek (gereksiz bulunarak) reddedilmektedir.⁹⁹ Aksi halde yargılamanın kesintiye uğraması ve usul ekonomisine aykırılık söz konusu olabilecektir.¹⁰⁰

C. Keşfin Yargılamaya Hâkim Olan İlkelerle İlişkisi

I. Keşfin Doğrudanlık İlkesiyle İlişkisi

Medeni usul hukukuna hâkim ilkelerden biri olan doğrudanlık ilkesi, hâkimin dava malzemesini üçüncü bir kişi araya girmeden incelemesini, değerlendirmesini ve karar vermesini öngörür.¹⁰¹ Bu ilkeye göre, yargılama araya başka makam ya da kişi girmeden kararı verecek mahkeme önünde ve onun tarafından yürütülmelidir.¹⁰² Uyuşmazlık hakkında karar verecek mahkeme dava malzemesiyle delilleri bizzat değerlendirmeli ve kararını vermelidir. Esasa ilişkin hüküm vermeye yetkili mahkeme aynı zamanda dava malzemesini de değerlendirecek olan mahkeme olmalıdır.¹⁰³

Delilleri değerlendirecek olan hâkimin araya kimse girmeden delilleri bizzat görüp incelemesi halinde daha doğru karar vereceği düşüncesinden hareket eden kanun koyucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 197. maddesinde, usul hukukuna hâkim olan ilkelerden doğrudanlık ilkesini normatif bir düzenlemeye kavuşturmuştur. Anılan hükme göre, kanunda belirlenen istisnalar dışında deliller davaya bakan mahkeme huzurunda incelenir ve dinlenir.

⁹⁹ United States v. Woolfolk, 197 F.3d 900 (7th Cir. III. 1999); Debruler v. Commonwealth, 231 S.W. 3d. 752 (Ky. 2007).

¹⁰⁰ Jackson v. United states, 638 F. Supp. 2d 514, 605 – 606 (W.D.N.C. 2009).

¹⁰¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 261; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 189; Karşı, s. 334.

¹⁰² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 261; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 335; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 189.

¹⁰³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 455; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 261; Karşı, s. 334.

Delillerin değerlendirilmesi bakımından önem arz eden bu ilke, hâkime doğrudan doğruya delile temas etmesi ve delilin niteliğine göre onu duyuları aracılığıyla algılaması görevini yükler. Dolayısıyla, mahkeme, yalnızca bir tutanak (zabıt) aracılığıyla bilgi edinmemelidir ve bununla yetinmemelidir.¹⁰⁴ Mahkeme, delili huzurunda ikame edildiği anda bizzat görmeli, örneğin tanığı dinlemelidir.¹⁰⁵ Hâkimin duyu organları vasıtasıyla yaptığı doğrudan, kendi kişisel izlenimini konu alan keşif işleminde, keşif yerine gitmeden, dosyayı bilirkişiye veya zabıt kâtibine vermek suretiyle keşif yaptırması mümkün değildir.¹⁰⁶ Zira, keşifte önemli olan, hâkimin keşif konusu şeyle ilgili veya keşif esnasında dinleyeceği tanık ve bilirkişi ile ilgili izlenimini, araya hiçbir vasıta sokmaksızın doğrudanlık ilkesine uygun olarak edinmesidir.¹⁰⁷ Bu anlamda denilebilir ki, doğrudanlık ilkesinin uygulanmasının usul hukukumuzdaki en net ve güzel yansıması keşif delilidir.¹⁰⁸ Keşif delili sayesinde hâkim, ihtilaf konusu şeyi, duyuları aracılığıyla değerlendirecek, delillere birebir temas edecek; uyuşmazlık konusunu bizzat inceleyerek, keşif yerinde tanık dinleyebilecek ve bilirkişi deliline başvurarak en doğru kararı vermeye çalışacaktır. Bu noktadan hareketle, keşif delili ile doğrudanlık ilkesinin amacının¹⁰⁹ birebir örtüştüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

Doğrudanlık ilkesini uygularken dikkat edilmelidir. Zira, bu ilkenin her durumda uygulanması yargılamanın işleyişini ağırlaştırabilecektir.¹¹⁰ Dolayısıyla, doğrudanlık ilkesini çok katı uygulamak, yargılamayı uzatabilmekte ve yargılama giderlerini arttırarak daha pahalı bir yargılamaya yol açabilmektedir. Böylece usul hukukuna hâkim

¹⁰⁴ Osman **Kiper**: Hukuk Davalarında Kanıtlar, Ankara 1995, s. 36.

¹⁰⁵ **Postacıoğlu**, s. 530. Doğrudanlık ilkesi sözlülük ilkesi ile birlikte gerçekleştiğinde tamamlanacaktır. Zira hâkim tarafları ve üçüncü kişileri (tanık, bilirkişi) bizzat dinleyecek, kişilerin huzurunda vücut dillerini, mimiklerini, ses tonlarını verdikleri ifadelerle daha sağlıklı değerlendirebilecektir.

¹⁰⁶ Aziz Serkan **Arslan**: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara 2012, s. 40; **Kılıçoğlu**, s. 1168; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 795; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 443.

¹⁰⁷ **Arslan**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, s. 40.

¹⁰⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 261. **Umar**, Şerh, s. 569; **Yılmaz**, Şerh, s. 1030, 1031.

¹⁰⁹ Bu amaç son tahlilde medeni usul hukukunun amacı olacaktır. Bunun ise, maddi gerçekliğe ulaşmak; olabildiğince adli gerçekle maddi gerçekliği örtüştürmeye çalışmak ve nihayet adil karar verilmesini sağlamak olduğunu söylemek gerekir, **Alangoya**, İstanbul, s. 82 vd., Ejder, **Yılmaz**, s. 5 vd., **Taşpınar**, s. 759 vd.

¹¹⁰ Kamil **Yıldırım**: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 91.

ilkelerden bir diğeri olan usul ekonomisi ilkesine aykırılık söz konusu olabilecektir.¹¹¹ Bu sebeple Kanunda doğrudanlık ilkesinin uygulama alanını esneten bazı hükümler mevcuttur. Bunlardan biri HMK m. 218 hükmüdür. Hükme göre mahkemeye getirilmesi zor veya sakıncalı olan belgeler, hâkim veya görevlendireceği bilirkişi tarafından yerinde incelenir ya da bu belgelerin mahkemeye sunulmuş örnekleri asıllarıyla karşılaştırılır. İnceleme sonunda bir tutanak düzenlenir ve gerekli görülürse uygun teknik araçlarla belgenin aslı kaydedilir. Buradaki istisna bir zorunluluk sebebiyledir. Her durumda asıl ve öncelikli olan doğrudanlığın temin edilmesidir. Zorlayıcı durumlar doğrudanlığın tesisine engel olabilen istisnai hallerdir.

Doğrudanlık ilkesinin bazı istisnaları mevcuttur. Bunlardan en önemlisi başka yerde bulunan ve mahkemeye getirilemeyen delillerin istinabe (hukuki yardım) yoluyla toplanabileceğini öngören HMK m. 197 f. II hükmüdür. Mahkemeler ancak kendi yargı çevreleri içinde yargılama faaliyetini yürütebilirler. Mahkeme yapacağı usuli işlem için kendi yargı çevresi sınırları dışına çıkamayacağından, ancak o işlemin yapılacağı mahkemeye hukuki yardım (istinabe) için başvurabilir.¹¹² İstinabe kurumu hukukumuzda müstakil bir düzenlemeye tâbi tutulmamış; hangi hallerde istinabeye gidilebileceği özel hükümlerde öngörülmüştür. Örneğin, HMK m. 172 f. 1 hükmünde isticvap için, HMK m. 236'da yemin delili için kanun koyucu isticvap olunacak kimsenin veya yemin edecek kişinin davaya bakan mahkemeye bizzat gelmesi gerektiğini söyledikten sonra, isticvap olunacak kişi yahut yemin edecek kimse mahkemenin bulunduğu il dışında oturuyor ve bulunduğu yerde aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yolu¹¹³ ile isticvap edilmesi yahut yemin eda etmesi mümkün değil ise, istinabe yolu ile dinleneceğini belirtmektedir. Tanığın dinlenmesine dair HMK m. 259 f. 4 hükmü gereğince, mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan tanığın,

¹¹¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 261; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 348; **Umar**, Şerh, s. 129, 130; **Yılmaz**, Şerh, s. 324.

¹¹² Recep **Akcan**: Hukuk Mahkemelerinde Hukuki Yardım (İstinabe) ve Naip Tayini (Atanması), Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 4; **Umar**, Şerh, s. 569; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 193.

¹¹³ Mülga HUMK döneminde yasal olarak mümkün olmayan ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 149 ile medeni usul hukukuna giren ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile duruşma icrası ile mahkeme; tanığın, bilirkişinin, uzmanın veya bir tarafın dinlenilmesi esnasında başka bir yerde bulunmalarına izin verebilecek ve dinleme, ses ve görüntü olarak aynı anda UYAP yolu ile duruşma salonuna nakledilebilecektir. Doğrudanlık ilkesinin istisnasını teşkil edecek olan bu yol usul ekonomisi ilkesi gözetilerek hukukumuzda girmiş olup, ancak tarafların rızası olmak kaydıyla uygulanabilecektir.

bulunduğu yer mahkemesi tarafından dinlenmesine karar verilebilecektir. Nihayet, keşifle alakalı olarak kanun koyucu keşfin davaya bakan mahkemece icra edileceğini belirttikten hemen sonra, keşif konusu şey mahkemenin yargı çevresi dışında ise incelemenin istinabe ile yapılacağını ifade etmektedir (HMK m. 289). HMK m. 272 hükmü uyarınca isticvap olunacak kişi, mahkemenin bulunduğu il dışında oturuyor ve bulunduğu yerde aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla isticvap olunması mümkün değil ise istinabe yolu ile isticvap olunur. Yine HMK m. 236 hükmü gereğince mahkemenin yargı çevresi dışında oturan kimse, yemin için davaya bakan mahkemeye gelmek zorundadır. Ancak, yemin edecek kişi mahkemenin bulunduğu il dışında oturuyor ve bulunduğu yerde aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla yemin icrası mümkün değilse istinabe yoluyla yemin ettirilir.

Delillerin toplanması ile delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesi iki ayrı meseledir. İstinabe delillerin toplanmasıyla ilgili olup, delillerin incelenmesi için istinabe yapılamaz.¹¹⁴ İstinabe bazı zorunluluklar ve pratik mülahazalar sebebiyle yargılama malzemesinin başka bir hâkim tarafından toplanmasına yaramakta olup, bu delilleri inceleyerek, delil değerini saptayıp değerlendirecek olan mahkeme (istinabe talebinde bulunan) asıl yargılamayı yürüten mahkemeye olacaktır.¹¹⁵

II. Keşfin Usul Ekonomisi İlkesiyle İlişkisi

¹¹⁴ **Umar**, Şerh, s. 572; **Yılmaz**, Şerh, s. 1030; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 193.

¹¹⁵ **Umar**, HMK m. 197 f. III kuralında ifade edilen, “Delillerin incelenmesi ve beyanların dinlenmesi sırasında” tarafların istinabe olunan mahkemede hazır bulunabileceği kuralında söz konusu “delillerin incelenmesi” istinabe olunan mahkemenin istinabe yoluyla yürüttüğü tahkikat sırasında elde ettiği delilin elde edilmiş aşamasında yapılan çalışmalar olduğunu, bunun delillerin asıl mahkeme tarafından incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekliliği ile karıştırılmaması gerektiğini yerinde olarak vurgulamaktadır, **Umar**, Şerh, s. 568. Maddenin hükümet gerekçesinde de, istinabe yoluyla yapılacak işlemin delillerin toplanması işlemi olduğunu, delillerin değerlendirilmesinin asıl davaya bakan mahkeme tarafından yapılabileceğini belirttikten sonra III. fıkraya ilişkin, istinabe yoluyla delillerin incelenmesi veya beyanların alınması sırasında, tarafların hazır bulunabilecekleri ve delillerle ilgili açıklama haklarını kullanabileceklerini, bunun hukuki dinlenilme hakkının bir sonucu olduğunu belirtilmektedir.

Medeni usul hukukuna hâkim olan ilkelerden olan ve ayrıca dayanağını Anayasa’da bulan bir ilke olan usul ekonomisi ilkesi¹¹⁶, genel olarak yasaların öngördüğü düzen çerçevesinde yargılamanın kolaylaştırılması, gereksiz zaman kaybına ve masrafa sebebiyet vermeksizin adil bir karara ulaşılması amacına işaret eder.¹¹⁷ Anayasa m. 141 f. IV’de “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir” diyerek yargı organlarına ve dolayısıyla Devlete görev yüklemektedir. Dolayısıyla, usul ekonomisi ilkesine aykırı bir eylem yahut bu ilkeye aykırı düzenleyici bir işlem en başta Anayasa’ya aykırı olacaktır.¹¹⁸

HMK m. 30 hükmünde yansımasını “Hâkim yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür” şeklinde bulan ilke, yapılan yargılamanın etkinliği bakımından usul ekonomisine uygun olması yani basitlik, hızlılık ve ucuzluk unsurlarının üçünü birden barındırmasının temini görevini (tarafardan ziyade) hâkime vermektedir.¹¹⁹ Zira, Devlet ve hâkim için emredici nitelikte olan bu anayasal ilkenin gereği için, Devlet aygıtının gerekli tedbirleri alması fonksiyonunu icra etmesi kaçınılmazdır.¹²⁰

Gerçek etkin bir hukuki koruma ve adil yargılanma mümkün olduğunca basit, çabuk ve ucuz olmalıdır.¹²¹ Keşif deliline başvurulması halinde ise, kaçınılmaz biçimde hem dava daha geç sonuçlandırılacak hem de keşif masraflarıyla birlikte daha fazla yargılama gideri yapılacaktır. Dolayısıyla, ilk bakışta keşif yoluna başvurulması ile usul

¹¹⁶ Bu ilkeyi esasen Anayasa m. 36 ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir alt başlığı ve ona paralel bir düzenleme olarak değerlendirmek gerekir. Anayasamızda hak arama hürriyeti madde başlığı ile otuzaltıncı maddede “Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile yargılanma hakkına sahiptir” demektedir. Anayasa m. 90 f. IV hükmü gereği, iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. madde 1. fıkrası gereği, “[...] Herkes, kanuni müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenilmesini istemek hakkına sahiptir” şeklindedir.

¹¹⁷ Ejder **Yılmaz**: Usul Ekonomisi, AÜHFD Cilt 57/I, Necip Bilge’nin Anısına Armağan, s. 245.

¹¹⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 277; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 357; **Umar**, Şerh, s. 130.

¹¹⁹ **Yılmaz**, Usul Ekonomisi, s. 247; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 277; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 357; **Umar**, Şerh, s. 130; **Karlı**, s. 337.

¹²⁰ **Cumhur Rüzgaresen**: Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013, s. 58. Ayrıca usul ekonomisi ilkesinin önemi ve işlevleri için bkz. **Rüzgaresen**, s. 60 vd.

¹²¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 277; Hakan, **Pekcanitez**: Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzmir Barosu Dergisi, 1997 Nisan, s. 41.

ekonomisi ilkesi arasında bir çatışma ya da birini diğerine tercih etme halinin olabileceği akla gelse de bu doğru değildir. Maddi gerçeğe ulaşmanın ve adil karar vermenin amaç olduğu hukuk yargılamasında usul ekonomisi ilkesi nasıl yargılamaya egemen bir ilkeyse, doğrudanlık ilkesi de o ölçüde medeni usul hukukunun güttüğü amaca hizmet eden vazgeçilemez bir ilkedir. Bu iki ilkeden biri diğerine tercih edilemez; ikisi de usul hukukuna hizmet etmektedir.

Usul ekonomisi ilkesini diğer ilke ve düzenlemelerle birlikte olumlu olarak yorumlamalı, simgesel olarak kullanılan “basitlik, hızlilik, ucuzluk” kavramları ile bu ilkeyi, yargılamada bulunması gereken şekilciliği bir yana bırakarak, keyfiliğe yol açan veya hatalı karara götürebilecek şekilde gereksiz aceleciliği amaçlayan yahut hiçbir masraf yapmadan yargılamanın bitmesini hedefleyen bir ilke olarak olumsuz biçimde algılamamak gerekir.¹²²

Keşif kararı verilirken de keşfin icrası gerçekleştirilirken de hâkim dikkatli olmalı, usul ekonomisine uygun hareket etmelidir. Hâkim, gereksiz yere keşfe karar vermemeli ve mümkün olduğunca keşfi bir seferde yapıp bitirmelidir.¹²³ Mahkemece uygun olmayan bir zamanda veya kendi yargı çevresi dışında keşfe gidilmesi keşif giderlerini arttıracığından usul ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil eder.¹²⁴ Dolayısıyla, keşif ile usul ekonomisi arasında bir gerilimin varlığından söz edilse de keşfin kendisi değil, gereksiz ve eksik inceleme suretiyle yapılan keşif usul ekonomisine aykırılık teşkil edecektir.

¹²² **Yılmaz**, Şerh, s. 323. Davaların hızlı görülmesi “makul süre” kavramı ile ifade edilmektedir. Ancak makul süre, davaların çabuk sonuçlanmasını, özellikle her ne pahasına olursa olsun çabuk bitirilmesini amaçlayan bir ilke değildir. Bu nedenle yargılamanın çabuk değil, makul süre içinde bitirilmesi amaçlanmıştır (**Pekcanitez**: Medeni Yargıda Adil Yargılama, s. 43).

¹²³ **İbrahim Çetin**: Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medeni Usul Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Sayıştay Dergisi, Sayı:78, s. 97; **Yılmaz**, Usul Ekonomisi, s. 265.

¹²⁴ “Anayasa’nın 141. maddesinin son fıkrası, *davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması hususunun yargının belli başlı görevlerinden olduğunu emretmektedir*. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 77. maddesinde de [HMK m. 30], aynı hüküm öngörülmüştür. Mahkemece davanın çözümlenmesi için gerekli görülen belgelerin bulundukları yerden *duruşmaya getirtilip incelenmesi mümkün iken, keşif kararı verilerek yerinde tetkik edilmesi mahkeme masraflarını artırıcı bir yargılama işlemidir ve giderek az önce değinilen Anayasa ve Usul Yasası maddeleri ile usul ekonomisi ilkesine aykırı düştüğü açıktır.*”, Yarg. 21. HD., T. 28.09.1999, E. 1999/5963, K. 1999/6202 (*Kazancı Hukuk*).

III. Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesiyle İlişkisi

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi mahkemenin iddia olunan hususların gerçek olup olmadığını serbestçe takdir edebilmesi demektir. Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi usul hukukunda geçerli bir ilkedir (HMK m. 198). Buna göre, “Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir”. Bu ilke öncelikle delilleri değerlendirecek olan tek makamın hâkim olduğunu belirtmektedir.¹²⁵ Hâkim denildiğinde de delillerle doğrudan temas kuran yerel mahkeme hâkimini anlamak gerekir.¹²⁶

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi hangi unsurların delil olarak kabul edilebileceğini ve uyumsuzluğu çözüme kavuşturmaya elverişli bir aracın varlığı halinde, bunun ispat değerinin ne olacağının ancak hâkim tarafından değerlendirilerek hükme esas alınacağı hususlarını kapsar. Bu sebeple, hâkim öncelikle kural olarak taraflarca usulüne uygun olarak ileri sürülen bir ispat aracının mevcut olup olmadığını belirleyecek; daha sonra her somut olaya göre bu ispat aracını serbestçe değerlendirerek ona bir ispat kuvveti, diğer bir deyişle delil değeri yükleyecektir.

Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ancak takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde geçerlidir. Nitekim, kesin delillerle ispatın gerekli olduğu durumlarda hâkim bu delillerle bağlı olacaktır.¹²⁷

¹²⁵ Hâkimin delil takdiri serbestliği yalnızca delil türü (kesin – takdir delil ayrımı) bakımından kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, yasanın getirdiği sınırlama kuralları, belli içerikteki iddialar için belli türlerdeki delillerin ispat değeri bulunacağını belirtmekte, diğer delillerin karara, özellikle de esas hakkındaki hükme dayanak yapılmasını yasaklar ancak sunulan bir delilin ispat gücü açısından yorumunu ve değerlendirmesini yapmak bakımından hâkim tek yetkilidir, **Umar**, Şerh, s. 576.

¹²⁶ Bölge adliye mahkemeleri 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Dereceli Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesiyle kurulmuştur. Ancak aynı Kanun’un geçici ikinci maddesi uyarınca bölge adliye mahkemeleri henüz göreve başlamamıştır. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasıyla bu mahkeme hâkimleri de delil değerlendirilmesi ve vakia incelemesi de yapabilecektir.

¹²⁷ Her ne kadar medeni usul hukukunda tıpkı ceza yargılamasında olduğu gibi deliller, kanunda belirtilen (senet, kesin hüküm, yemin, tanık, bilirkişi ve keşif) delillerden ibaret olmayıp HMK m. 192 gereği, akli, mantıki ve hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmak kaydıyla davayı aydınlatabilecek ve davanın

Hâkimin delilleri değerlendirilmek bakımından tam bir serbestliğe sahip olmayışı, sadece kanun koyucu tarafından getirilen senetle ispat kurallarıyla bağlılığı açısından değildir. Hâkim, ayrıca kanun yolları safhasında denetim imkânı açısından delilleri değerlendirirken bir delili neden reddettiğini ya da başka bir delile neden daha fazla ispat kuvveti yüklediğini akli, mantıki ve hukuki gerekçelerle izah etmelidir.¹²⁸

Keşfin de takdiri delil olduğunu ve senetsiz ispatı caiz olan hususlarda önem arz ettiğini belirtmiştik. Hâkim HMK m. 198 gereği keşfin icrası sırasında duyuları aracılığıyla keşif objesi üzerinde kurduğu doğrudan temas neticesinde edindiği bilgileri serbestçe değerlendirecektir. Hâkim keşfin icrası sırasında bilirkişi yardımına başvurulduysa bilirkişi raporlarını ve tanık dinlenmişse tanık beyanlarını da dikkate alarak diğer delillerle birlikte değerlendirerek bir zihni faaliyetten geçirdikten sonra sonuca ulaşacak ve keşif neticesinde oluşan kanaatini hükme esas alabilecektir.

IV. Keşfin Hukuki Dinlenilme Hakkıyla İlişkisi

Yargılamadaki sorunların çözümlenmesinde, daha doğru ve adil bir yargılama yapılması ve sağlıklı karar verilmesinin temininde hukuki dinlenilme hakkının gözetilmesi önemlidir. Hukuki dinlenilme hakkının gözetildiği bir yargılamada taraflar ve ilgililer yargılamaya katılarak bilgilenme imkânına sahip olurlar. Bunun yanında, yargılamada haklarını koruyarak karara etki edebilmek için gereken işlemleri de tam olarak yapabilme olanağına sahiptirler.¹²⁹ Adil bir yargılamanın gerçekleşebilmesi için

dayanağı olan vakıaları ispatlayabilecek her türlü unsurun delil olarak değerlendirilebileceği kabul edilmiş de olsa, bu durum yalnızca senetsiz ispatı caiz olan hususlar için geçerli olup, ortada kesin delillerle (senet, yemin, kesin hüküm) ispatı gereken hal var ise, hâkim, kural olarak sadece bu üç ispat aracından birine başvuracaktır.

¹²⁸ **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 177 vd.; **Umar**, Şerh, s. 575; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 368.

¹²⁹ **Hakan Pekcanitez**: Hukuki Dinlenilme Hakkı, Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 754; **Hakan Pekcanitez**: Adil Yargılama, s. 38; **Muhammet Özkes**: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 19; **Sezin Aktepe Artık**: Medeni Usul Hukukunda Adil yargılama Hakkı, Ankara 2014, s. 363.

gerek taraflar arasında gerekse taraflarla yargı organı arasındaki iletişimin sağlanması hukuki dinlenilme hakkı ile güvence altına alınmaktadır.¹³⁰

Hukuki dinlenilme hakkının kaynağını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında yer alan ve hukukun genel hükümleri arasında gösterilen adil yargılanma hakkı oluşturmaktadır.¹³¹ Adil yargılanma hakkı Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmektedir. Adil yargılanma ilkesi ile yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkemece yargılamanın yapılması, derdest davaların makul sürede sonuca bağlanması, yargılamaların aleni ve duruşmalı olarak yapılması amaçlanmaktadır.¹³² Böylece, adil yargılanma ilkesi ile mevzuatta öngörölmüş esaslara uygun hareket edilerek yargılamanın bu doğrultuda yürütölmesi amaçlanmaktadır.

Adil yargılanma hakkı, gerek ulusal, gerekse uluslararası alanda yapılmış birden çok sözleşmede düzenlenmiş olduğundan temel ve evrensel bir haktır.¹³³ Bu sebeple, adil yargılanma hakkı temel usul güvenceleri ile birlikte batı hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturan ve insan hakları hukuku, örf ve adet hukuku, uluslararası ceza hukuku ile antlaşmalar hukukunda ifadesini bulan bir haktır.¹³⁴

Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkı yargılamada maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet etmektedir. Bu çerçevede, tarafların gerek yargı organlarınca gerekse karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri

¹³⁰ **Pekcanitez**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 754; **Pekcanitez**: Adil Yargılama, s. 39; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 20; **Aktepe Artık**, s. 362; **Pekcanitez/Özekes/Atalay**, s. 387.

¹³¹ **Pekcanitez**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 755; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 55; **Aktepe Artık**, s. 363; **Umar**, Şerh, s. 119; **Yılmaz**, Şerh, s. 289; **Pekcanitez/Özekes/Atalay**, s. 387; **Nur Bolayır**: Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014, s. 129; **Sungurtekin-Özkan**, s. 116; **Kuru/Yılmaz/Arsıan**, s. 348.

¹³² Şeref **Gözübüyük**/Feyyaz **Gölcüklü**: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 10. Bası, Ankara 2013, s. 265; Hakan **Pekcanitez**: Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ekim 1999, s. 21; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 55; Feyyaz **Gölcüklü**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma” İlhan Öztrak’ a Armağan, AÜSBFD 1994, C. 49, s. 200 vd.

¹³³ Hüseyin **Turan**, Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki Yeri ve Önemi, TBBD 2009, (S.: 84), s. 213; **Aktepe Artık**, s. 3.

¹³⁴ Sibel **İnceoğlu**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Bası, İstanbul 2013, s. 4; **Gölcüklü**, AÜSBFD 1994, C. 49, s. 200 vd.

zorunludur.¹³⁵ Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi kural olarak mümkün değildir. Söz konusu hakkın temini yargılama süresince her aşamada mahkemelerce gözetilmelidir. Yargıtay, HMK ile açık bir yasal dayanağa¹³⁶ kavuşan bu hakkın önemini kararlarında sıklıkla vurgulamaktadır.¹³⁷ AY m. 36 hükmüne uygun olarak adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkı ile ilgili düzenleme HMK m. 27 hükmünde öngörülmüştür. Anılan düzenlemeyle hukuki dinlenilme hakkı tüm unsurlarıyla ortaya konulmuştur. Böylece uygulamada temel yargısal hak olan hukuki dinlenilme hakkının kapsamı konusundaki tereddütlerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede ilk önce tarafların gerek yargı organlarının gerekse karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur.¹³⁸

¹³⁵ **Pekcanitez**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 754; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 387; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 55; **Aktepe Artık**, s. 363; **Umar**, Şerh, s. 119; **Yılmaz**, Şerh, s. 289; **Bolayır**, s. 129; **Sungurtekin-Özkan**, s. 116; **Kuru/Yılmaz/Arsalan**, s. 348.

¹³⁶ HUMK'ta hukuki dinlenilme hakkı kanunda açıkça düzenlenmiş değildi. Sadece duruşma yapılmasına ilişkin HUMK m. 73 hükmü hukuki dinlenilme hakkının özel bir görünümü olarak kanunda yer almaktaydı: "Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hâkim her iki tarafı istima veya müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikân davet etmedikçe hükmünü veremez." Bu konu ile ilgili örneğin: "Başka bir dava ya da icra takip dosyasında vekil olan avukatın bunlar dışındaki bir başka dava dosyasında da vekili olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle, işbu dava dosyasındaki dava dilekçesinin, Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak davalı asile tebliğ edilmeden ve taraf teşkili sağlanmadan karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir.", Yarg. 11. HD., 18.11.2002, E. 2002/5931, K. 2002/10516 K. (*Kazancı*).

¹³⁷ Mesela: "Bilindiği üzere 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "Hukuki Dinlenilme Hakkı" başlıklı 27. maddesi (Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 73. maddesi) uyarınca davanın tarafları, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olup, bu hak, yargılama ile ilgili bilgi sahibi olunmasını da içerir. Bu kapsamda kural olarak, duruşma yapılması zorunlu olan çekişmeli yargıda hâkim, Kanunun gösterdiği istisnalar dışında tarafları dinlemeden veya iddia ve savunmalarını bildirmeleri için kanuna uygun biçimde davet etmeden hükmünü veremez. Hukuki dinlenilme hakkının gereği olarak taraflar duruşmaya çağırılmadan, eş anlatımla; taraf teşkili sağlanmadan hüküm verilememesi, Anayasanın 36. maddesi ile düzenlenen iddia ve savunma hakkının kullanılmasına olanak tanınması ilkesinin doğal bir sonucudur ve aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının da en önemli unsurudur. [...] Gerçekten savunma hakkını güvence altına alan T.C. Anayasası'nın 36. maddesi ile 6100 sayılı HMK'nun 27. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, mahkemece davalı yan, dinlenmek ve savunması alınmak üzere kanuni şekillere uygun olarak davet edilmedikçe hüküm verilmesi mümkün bulunmamaktadır.", Yarg. HGK, 14.12.2011, E. 2011/21-869, K. 2011/754 (*Kazancı*).

¹³⁸ "Bu yasal zorunluluğun gereği yapılmadan davalının tahkikat duruşmasına katılmasına olanak sağlanmaksızın, tahkikatın yapılarak davanın esası hakkında hüküm kurulması; davalının hukuki dinlenilme hakkına (HMK m. 27) aykırıdır. Bu nedenle ön inceleme duruşmasına gelmeyen davalıya tahkikat duruşmasına geçilmişse yeni duruşma tarihinin tebliğ edilmesi yasal zorunluluktur.", Yarg. 2. HD., 27.05.2013 E. 2013/9597 K. 2013/14404 (*LegalBank*); "Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hâkim iki tarafı iddia ve savunmalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere uygun olarak davet etmedikçe

Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi kural olarak mümkün değildir.¹³⁹ Tarafların keşif kararından haberdar edilerek keşfin icrasına katılmasalar dahi bilgi sahibi olmalarının temini hukuki dinlenilme hakkının gereğidir.¹⁴⁰ Taraflar keşfe davet edilmeli ve böylece kendilerini ifade etmelerine imkân verilmelidir.¹⁴¹ Ayrıca keşif gün ve saatinde hazır bulunamayacak olan tarafın geçerli bir özrü var ise, mahkemeye vereceği mazeret dilekçesiyle hâkimin keşif kararından dönerek keşfin ertelenmesine karar vermesine kanunen bir engel yoktur.¹⁴²

Hukuki dinlenilme hakkının ikinci unsuru açıklama ve ispat hakkıdır.¹⁴³ Taraflar, yargılamayla ilgili açıklamada bulunma, bu çerçevede iddia ve savunmalarını ileri sürme ve ispat etme hakkına sahiptir.¹⁴⁴ Her iki taraf da bu haktan eşit şekilde yararlanırlar.¹⁴⁵ Bu durum “silahların eşitliği ilkesi” olarak da ifade edilmektedir.¹⁴⁶

hükümünü veremez (1086 s. HUMK’nun 73 ve 6100 s. HMK’nun 27. md.),” Yarg. 2. HD., 03.11.2011, E. 2011/14371, K. 2011/18118 (*Kazancı*); **Pekcanitez**: Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 754, 769; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 22, 86 vd.; **Aktepe Artık**, s. 364, 365; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 325; **Umar**, Şerh, s. 119; **Yılmaz**, Şerh, s. 293; **Kuru/Yılmaz/Arslan**, s. 349; **Sungurtekin-Özkan**, s. 116.

¹³⁹ “Mahkemece duruşma gününden haberdar edilmek suretiyle bu hakkın ilgililere tanınması gerekir. Yargılamada asıl olan tarafların huzuru ile yargılamanın yürütülmesidir. [...] Davalıya ilan tebligat yapılmıştır; Tebligat Kanunu’nun 29 ve tüzüğün 47/2 maddesi gereğince yeterli adres araştırması yapılmadığı gibi tebliğ olunacak evrak suretinin mahkeme divanhanesinde bir ay süreyle asıldığına dair belgeye de dosya kapsamında rastlanılmamıştır. Bu durumda tebligatın usulüne uygun olduğundan söz edilemez. Öte yandan gelen nüfus kayıtlarında davalıların yerleşim yerinin Almanya olduğu bildirilmiş olup mahkemece davalıların yurt dışı adresi araştırılmamıştır. Öncelikli usulüne uygun taraf teşkili sağlanmalıdır.”, Yarg. 6. HD., 09.02.2012, E. 2011/13148, K. 2012/1724 (*Kazancı*).

¹⁴⁰ Mesela: Yarg. 14 HD., 04.06.2012, E. 2012/6815, K. 2012/7888 (*Abay*, s. 143).

¹⁴¹ Taraflara ayrıca keşif günü ve saatini bildiren bir davetiye çıkartılmasının gerekmemesi ancak tarafın hakkında açılan davadan haberdar olması ve HMK m. 147, f. 2 gereği kendisine genel bir ihtarda bulunulmasına bağlıdır.

¹⁴² **Umar**, Şerh, s. 798.

¹⁴³ **Pekcanitez**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 755; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 106 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 393; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 55; **Aktepe Artık**, s. 393.

¹⁴⁴ “6100 Sayılı HMK’nun 115/1 maddesinde; ‘Mahkemenin, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştıracağı’, 138/1. maddesinde ise; ‘öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar vereceği’ düzenlenmiş ise de; davalı tarafa dava dilekçesinin tebliği sağlanmadan dosya üzerinden görevsizlik kararı verilmesi aynı Kanun’un 27. maddesindeki hukuki dinlenilme hakkına aykırılık oluşturduğundan bozmayı gerektirmiştir.”, Yargıtay 19. HD., 04.11.2013, E. 2013/11841, K. 2013/17212 (*LegalBank*).

¹⁴⁵ “Davalı, 16.12.2011 tarihli cevap dilekçesinde tanık deliline de dayanmıştır. Davalıya tanık listesi vermesi için bir süre tanınmamıştır. Davalıya iddialarını ispat hakkının tanınmamış olması ‘hukuki dinlenilme hakkının’ (HMK md. 27) ihlali niteliğindedir. Bu hususun nazara alınmaması doğru görülmemiştir.”, Yar. 2. HD., 05.06.2013, E. 2012/22580, K. 2013/15626 (*Kazancı*).

Mesela keşfe karar veren mahkeme tarafından “ tarafların tanıklarını keşif mahallinde hazır bulundurmaları” şeklinde verilecek ara kararı tarafların savunma haklarını kısıtlayacağından HMK m. 27 hükmü gereği hukuki dinlenilme hakkını aykırılık teşkil eder. Tanıklar keşif mahalline mahkeme tarafından çıkarılacak davetiye ile çağırılmalıdır.¹⁴⁷ Çünkü tanık dinleneceğinden habersiz olarak duruşmaya gelen taraf, karşı tarafın tanık getirdiği durumlarda bu tanığın güvenilir bir ifade verip vermediğini denetlemeye yarayan sorular soramayabilir ve bu sebeple tanığın ifadesindeki eksiklikleri ve çelişkileri ortaya çıkartamayabilir. Ayrıca, keşif esnasında mahkeme taraflara eşit davranmalı; keşfin icrasıyla ilgili beyanlarını eşit oranda dikkate almalıdır.

Hukuki dinlenilme hakkın üçüncü unsuru, tarafların iddia ve savunmalarını yargı organlarının tam olarak dikkate alıp değerlendirmesidir. Bu değerlendirmenin de kararların gerekçesinde yapılması gerekir. Eksik, şekli ve görünüşte gerekçe yazılması, bu hakkın ihlali sonucunu doğuracaktır.¹⁴⁸ Yargı organları, her iki tarafın iddia ve savunmaları ile delillerini değerlendirip, hangi maddi ve hukuki sebeplerle karar verdiklerini gerekçelerine yansıtmalıdırlar. Ortaya çıkacak karar, hukukun genel ilkelerine, mevzuata ve yerleşik içtihatlarla tamamen aykırı ve sürpriz sayılacak nitelikte olmamalıdır. Bu durum “sürpriz karar yasağı” olarak da ifade edilmektedir.¹⁴⁹ Bu noktada keşif bakımından hâkim keşif kararında keşfin icrasında hangi vakıaların inceleneceğini ve keşif mahallinde hangi işlemlerin yapılacağını göstermeli; kararını somut ve açık olarak gerekçelendirmelidir. Hâkim bu hususları kararında somut ve açık

¹⁴⁶ HMK m. 27 hükmüne ilişkin Hükümet gerekçesi. “Davalı kadına usulünce dava dilekçesi tebliğ edilip, gösterdiği takdirde delilleri toplanıp sonucu uyarınca karar vermek gerekirken davalıya savunma hakkı tanınmadan (HUMK. m. 73, HMK. m. 27) yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.”, Yarg. 2. HD., 23.11.2011E. 2010/19077, K. 2011/19518 (*LegalBank*).

¹⁴⁷ “07.03.2002 günündeki ara kararı keşfin yapılması yönünden davacıya yükletilen hak ve yükümlülükler bakımından yeterli olmadığı gibi davacıya tanıklarını keşif yerinde hazır bulundurmak üzere bir yükümlülükte yüklenemez. HUMK’nun 258. maddesi hükmü uyarınca tanıkların davetiye ile çağırılıp dinlenilmesi gerekir. Mahkemece yerel bilirkişi ve tanıkların keşif yerinde hazır bulunmak üzere çağırılmaları için gerekli giderleri yatırmak üzere davacıya önel verilmesi ve dinlenecek kişilerin davetiye ile çağırılması gerekir. Ayrıca yerel bilirkişilerin temini bakımından yapılan hazırlıkta yetersizdir.”, Yarg. 8. HD., 01.12.2002, E. 2002/8396, K. 2002/9135 (*Kazancı*).

¹⁴⁸ **Pekcanitez:** Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 784 vd.; **Özekes,** Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 153, 166 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes,** s. 393; **Aktepe Artık,** s. 407; **Yılmaz,** Şerh, s. 296; **Bolayır,** s. 145; **Sungurtekin-Özkan,** s. 118.

¹⁴⁹ HMK m. 27 hükmüne ilişkin Hükümet gerekçesi.

biçimde belirtmezse taraflar sahip oldukları hukuki dinlenilme hakkının gereği olarak yapılması gereken işlemlerin açık biçimde keşif kararında gösterilmesini talep edebilirler.

§ 2. BÖLÜM: KEŞFE İLİŞKİN USULİ İŞLEMLER VE KEŞFİN İCRASI

A. Taşınmazlar Üzerinde Keşif

I. Keşif Kararı ve Kararın İçeriği

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 383. maddesinde yer alan *münazaalı mahallin keşfi* ifadesi sebebiyle HUMK döneminde keşfin sadece taşınmazlar bakımından mümkün olabileceği kabul edilmekteydi. 1086 sayılı HUMK'un yürürlükte kaldığı yaklaşık 85 yıllık zaman zarfında keşfin konusunun taşınmaza özgü olduğu ve yalnızca taraflar arasında çekişme konusu bir taşınmaz ise keşfe çıkılacağı belirtilmekteydi.¹⁵⁰ Bu sebeple, Yargıtay kararları incelendiğinde ortada bir keşif faaliyeti varsa mutlaka uyuşmazlık konusu vakıanın taşınmaz olduğu görülmekteydi.¹⁵¹

Taraflar arasında özellikle zilyetlikten doğan hususlarda ve aynı haklara ilişkin ihtilaflarda keşif yapılması çoğu zaman kaçınılmazdır. Hâkimin sadece çekişme konusu taşınmaza dair belgeleri incelemesi ve bu belgelere dayanarak karar vermesi mümkün değildir.

Taşınmazlar üzerinde keşif denilince hâkim tarafından taşınmazın bulunduğu yere gidilerek yapılan inceleme anlaşılmaktadır. Bu anlamda keşif, hâkimin taşınmaza

¹⁵⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 451; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 530; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 370.

¹⁵¹ Mesela: “Mahkemece bozma ilamına uyulmuş, iddiaların araştırılması yönünden keşif kararı alınmış, ancak daha sonra kök muristen intikal eden Gölalan Köyündeki diğer taşınmazlarda keşif yapılmamıştır. Taksim olgusunun belirlenmesi için kök miras bırakandan intikal eden tüm taşınmazlar başında keşif yapılmalı, dava konusu taşınmazlarla aynı köyde bulunan diğer iki taşınmaza ait kadastro tutanakları ve çap kayıtları da getirtilerek, bozma ilamında değinildiği üzere taksim olgusu araştırılmalıdır [...]”, Yarg. HGK, 17.12.2008, E. 2008/16-744, K. 2008/746 (*Legalbank*); aynı doğrultuda bkz. Yarg. HGK, 17.06.2009, E.2009/2-225 K. 2009/277 (*Kazancı*).

ait belge ve kayıtların¹⁵² taşınmaza uygunluğunu kendisi ya da mahalli ve teknik bilirkişilerce denetleyip çoğu zaman taşınmaz nezdinde aldığı tanık beyanları ile kanaate ulaşma faaliyetidir.

Taşınmazlar üzerindeki keşif ile taşınmazlar dışındaki nesneler (taşınır ve diğer bilgi taşıyıcıları) üzerindeki keşfin yapılış biçimi aynı hükümlere tâbi olmalarından dolayı büyük oranda örtüşmektedir. Özellikle taşınmaz dışındaki nesneler mahkeme salonuna getirilemeyecek nitelikte olduklarında keşif incelemesi, taşınmazlar üzerindeki keşifte olduğu gibi keşif konusu nesnenin bulunduğu yerde yapılmaktadır. Bu sebeple, aşağıda taşınmazlar üzerindeki keşfe hazırlık ve keşfin icrasıyla ilgili yapılan açıklamalar, niteliğine uygun düştükçe taşınır ve diğer bilgi taşıyıcıları üzerindeki keşif bakımından da geçerlidir.¹⁵³

1. Keşif Kararı

Keşif kararı konusunda HUMK'taki düzenlemelerden ilki (HUMK m. 363) “Gerek re’sen gerek iki taraftan birinin talebi üzerine davanın her halinde münazaalı mahallin keşfine karar verilebilir” şeklinde; diğeri ise, “Şahit ve ehli-vukuf mahallinde de istima olunabilir” (HUMK m. 365) şeklindeydi. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ise bu eski düzenlemeleri değişikliklerle birlikte tek maddede toplamıştır.¹⁵⁴

Keşif deliline başvurabilmek ve keşfin icrasını gerçekleştirebilmek için öncelikle hâkimin bir karar vermesi zorunludur. Tahkikat işlemi olan keşif, hukuki niteliği itibarıyla bir ara karar olan¹⁵⁵ keşif kararı olmaksızın icra edilemez. Keşif kararı başlığı

¹⁵² Örneğin mahkeme tarafından tapu kayıtlarının, parsel ve haritaların mahallinde uygulanması gerekir, (Hayrettin **Genya**: Hukuk Davalarında Mahallinde Tapu Uygulaması Nasıl Yapılır, s. 252). Ayrıca, bkz. Nihat **Yavuz**: Hukuk Davalarında Belgelerin Çekişmeli Taşınmazlara Uygulanması Sorunu, ABD 1975 (S. 1), s. 31; Niyazi **Durak**: Gayrimenkul Davalarında Keşif Yapma-Kayıt Uygulama ve Kapsamlarını Tayin Etme Yöntemleri, Ankara 1997, s. 7 vd.

¹⁵³ Bkz. aşağıda §2-B ve §2-C.

¹⁵⁴ İbrahim **Özbay**: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, Ankara 2013, s. 351.

¹⁵⁵ İhtilafı sona erdirmeyip, yargılamanın devamını temin eden mahkemenin yaptığı usuli işlemlerden olan ara karardan, hâkim kural olarak, şayet taraflardan biri lehine usuli müktesep hak doğmamış ise dönebilir. Ayrıca ara kararlar tek başına temyiz edilemeyeceğinden keşif kararının ya da keşif talebinin

taşıyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 288 f. 1 hükmü¹⁵⁶ açık şekilde, keşif kararını hâkimin verebileceğini öngörmekte ve keşfin de ancak hâkim tarafından icra edilebileceğinin altını çizmektedir. Hatta öyle ki, hükmün ikinci cümlesi olan “Hâkim gerektiğinde bilirkişi yardımına başvurur” ibaresi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın ilk halinde¹⁵⁷ mevcut değilken, TBMM Adalet Komisyonu’nda hâkimin keşfi hukuka aykırı olarak kendisinin yapmayıp bilirkişiye bırakması ihtimalini önlemek ve keşfin bizzat hâkim faaliyeti olduğunu vurgulamak amacıyla getirilmiştir.¹⁵⁸

Keşif kararı taraflardan birinin talebiyle alınabileceği gibi hâkim re’sen¹⁵⁹ de keşfe karar verilebilir.¹⁶⁰ Keşif kararı, mahkemece, sözlü yargılamaya kadar alınabilecektir¹⁶¹ (HMK m. 288, f. 2). Hâkim, tarafların talepleriyle bağlı olmaksızın keşif yapılmasına re’sen karar verebileceğinden, taraflar dilekçelerinde delil olarak keşfe dayanmamış, o konuda keşif yapılmasını istememiş olsalar bile gerekli olduğu takdirde keşif yaptırabilecektir. Hâkime taraflarca gösterilmemiş bir delili yargılamaya dahil edebilme yetkisi tanınmasıyla, keşif delili bakımından tıpkı bilirkişi delilinde

reddi kararının hukuka aykırı olduğunu düşünen taraf ancak nihai karar ile birlikte bu kararı temyiz edebilecektir, Abdurrahim **Karlı**: Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001, s. 149.

¹⁵⁶ HMK m. 288 f. 1 hükmünün metninde yer alan “Hâkim [...] bulunduğu yerde” ifadesi isabetli olmamıştır. Zira, kimin ya da neyin bulunduğu yer olduğu bu hükümde açık değildir. Buna karşılık, burada, inceleme konusu nesnenin ve taşınmazın bulunduğu yerin kastedildiği söylenebilir (**Umar**, Şerh, s. 795).

¹⁵⁷ Tasarı’daki madde metni şöyle idi: Keşif Kararı m. 292, “Hâkim uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organları veya bilirkişi aracılığıyla, bulunduğu yerde veya mahkemede inceleme yaparak bilgi sahibi olmak amacıyla keşif yapılmasına karar verebilir.”

¹⁵⁸ TBMM Adalet Komisyonu değişiklik gerekçesini şöyle belirtmektedir: “Tasarının 292 nci maddesinin birinci fıkrasında, anlam karışıklığına yol açtığı, uygulamada hâkim tarafından uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organları yardımıyla yapılması gereken keşfin, kendisine gerek kalmadan bilirkişi aracılığıyla yapılmasını önlemek amacıyla, başka bir deyişle hâkimin bizzat kendisinin keşif yapmasını sağlamak amacıyla değişiklik yapılmış, ayrıca keşif konusunda gerektiğinde hâkimin bilirkişi yardımına başvurusunu düzenleyen cümle fıkraya eklenmiş ve madde teselsül nedeniyle 294 üncü madde olarak kabul edilmiştir”, TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sayı 393, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574).

¹⁵⁹ Keşif deliline hâkim tıpkı bilirkişi delilinde olduğu gibi taraflardan birinin talebi olmaksızın da (re’sen) karar verebilir. Zira hâkim dava şeklinde önüne getirilen uyuşmazlığı çözmek veya hukuki sorunu gidermek zorundadır, Ramazan **Arslan**: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 28.

¹⁶⁰ **Ansay**, s. 314; **Belgesay**, C. II, s. 279; **Postacioğlu**, s. 448; **Kuru**, Usul (C. 3), s. 2830; **Üstündağ**, s. 761; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 453; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 531; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 370; **Önen**, s. 231.

¹⁶¹ Keşif zamanı ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. aşağıda §2-A-I-2-a).

olduğu gibi, taraflarca getirilme ilkesine bir istisna tanındığı anlaşılmaktadır.¹⁶² Keşfe delil olarak dayanmak isteyen tarafların ise, dilekçelerinde söz konusu delili açık olarak göstermeleri gerekmektedir. Taraflar, dilekçelerinde keşfe delil olarak dayanmadıkları takdirde, yargılamanın daha sonraki aşamalarında yalnızca hâkimden keşif yapılmasına re'sen karar verebilmesine ilişkin yetkisini kullanması hususunda talepte bulunabilecekler; kendileri yeni delil göstererek keşif yapılmasını isteyemeyeceklerdir.¹⁶³

Kural olarak tahkikat aşamasında keşif talebinde bulunacak olan taraf dilekçelerin değişimi aşamasında keşif deliline dayandığını belirtmelidir. Nitekim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda taraflara dilekçelerin değişimi aşamasında delillerini serbestçe gösterme imkânı tanınmıştır¹⁶⁴. HMK m. 140, f. 5 hükmü karşısında tarafların dilekçeler aşamasında dayanmadıkları keşif deliline ön incelemede dayanabilip dayanamayacakları sorusu akla gelebilir. Doktrinde bazı yazarlar tarafından HMK m. 140, f. 5 hükmüne dayanılarak taraflara ön inceleme aşamasında bütün delillerini bildirmeleri ve sunmaları için iki haftalık kesin süre verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁶⁵ Buna karşın ön inceleme aşamasında verilen iki haftalık kesin sürenin dilekçelerin değişimi aşamasında delillerin gösterilmesiyle ilgili eksiklikleri tamamlamak için verildiği; dolayısıyla dilekçeler aşamasında dayanılmayan delile HMK m. 140, f. 5 hükmü uyarınca başvurulamayacağı görüşü de ileri sürülmüştür.¹⁶⁶ Biz de bu görüşe iştirak etmekteyiz. Zira HMK m. 140, f. 5 hükmü delillerin gösterilmesi ile ilgili değil; gösterilen delillerin sunulması ve toplanmasına ilişkindir. Nitekim, dilekçelerin değişimi aşamasında dayanılmayan delile ön inceleme aşamasında izin verileceği şeklindeki görüşün kabulü halinde, taraflara delillerini dilekçelerin değişimi aşamasında veya ön inceleme aşamasında gösterme konusunda Kanunda bulunmayan bir tercih hakkı sağlanmış olacak ve taraflar kendilerine ön inceleme aşamasında nasıl olsa ilave süre verileceği düşüncesiyle bazı delillerini dilekçelerinde göstermekten

¹⁶² Bolayır, s. 457.

¹⁶³ Bolayır, s. 457.

¹⁶⁴ Güray Erdönmez: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İBD, Cilt: 87, Sayı: 5, 2013, s. 41; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 426; Umar, s. 348; Yılmaz, Şerh, s. 789.

¹⁶⁵ Umar, s. 404; Yılmaz, Şerh, s. 860; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 287.

¹⁶⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 427; Umar, s. 349; Yılmaz, Şerh, s. 790.

kaçınabileceklerdir.¹⁶⁷ Buna karşın taraflar HMK m. 145 uyarınca, dilekçelerinde dayanmadıkları keşif delilini ileri sürmelerinin yargılamayı geciktirme amacı taşımadığını veya süresinde ileri sürememiş olmalarının kendi kusurlarından kaynaklanmadığı hususunu ispat ederlerse¹⁶⁸ keşif deliline dayanabileceklerdir. Bunun dışında keşif hâkimin re'sen başvurulabileceği bir delil olduğundan taraflar ancak hâkimden keşif deliline başvurma hususundaki yetkisini kullanması yönünde talepte bulunabileceklerdir.

Çekişmesiz yargıda (kural olarak) re'sen harekete geçme ilkesi uygulandığından mahkeme dilediği zaman keşif kararı alabilir.¹⁶⁹ Çekişmesiz yargı işlerinde niteliğine uygun düştüğünce basit yargılama usulü uygulanır (HMK m. 385). Basit yargılama usulüne tâbi dava ve işlerde HMK m. 317, f. 1 hükmü gereği cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi yoktur. Bu sebeple taraflar ancak dava ve cevap dilekçesinde keşif deliline dayanacaklardır.

Hâkimin re'sen keşif kararı vermiş olmasının keşif giderlerinin taraflarca yatırılmaması bakımından büyük önemi vardır.¹⁷⁰ Tarafların keşif talebinde bulunması halinde ise, hâkim keşfe karar verip vermemekte serbest olacaktır. Bu noktada hâkim takdir yetkisini kullanarak dava konusu ihtilaflı şeyin incelenmesinde hukuki yararın var olup olmadığını değerlendirecektir. Davanın aydınlandığını düşünüyor ya da uyuşmazlık konusu şeyin bizzat tetkikinde yarar görmüyorsa, bu hususları gerekçelendirerek tarafların keşif talebini reddedebilecektir.

Keşif talebinde kural olarak taraflar bulunabilecektir. Fakat, fer'i müdahil katıldığı davada asıl tarafın yapabileceği tüm usul işlemlerini yapabilir ve bu işlemler asıl tarafça yapılmış gibi kabul edilir.¹⁷¹ Fer'i müdahil asıl taraf lehine iddia ve savunma

¹⁶⁷ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 32; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 331.

¹⁶⁸ Bu husustaki ispat ölçüsünü yaklaşık ispat olarak kabul etmek gerekir, **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 41.

¹⁶⁹ Baki **Kuru**: Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 15 vd; **Postacıoğlu**, s. 27.

¹⁷⁰ **Kuru** Usul, C. 3, s. 2830. Bkz. aşağıda §2-A-II.

¹⁷¹ Hakan **Pekcanitez**: Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992, s. 142; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 229; Murat **Atalı**: Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007, s. 112, 113.

vasıtalarını ileri sürebilir. Bunlar için delil gösterebilir. Yanında davaya katıldığı tarafı koruyucu işlemler yapabilir. Dolayısıyla, fer'i müdahil davaya katıldığı tarafın iddialarının ispatı için keşif talebinde bulunabilecektir.

Anglo – Amerikan hukukunda mahkeme yargılama boyunca açıklığa kavuşturulması gereken her husus için keşif kararı alabilir. Özellikle bir objenin kendine has özelliğinin kesin biçimde anlaşılabilmesi söz konusu objenin yerinde incelenmesini zorunlu kılabilir. Mesela büyük bir jet uçağının boyutlarının tam olarak anlaşılması uçağa ilişkin fotoğraflar veya video görüntülerinin incelenmesinden ziyade, keşif mahallinde uçağın yanında ayakta durularak ve uçağın büyüklüğü çıplak gözle görülerek sağlanabilir.¹⁷² Başka bir davada mahkemece Pasifik Okyanusu'nun güneyindeki bir adada bulunan madene keşif yapmak amacıyla gidilmiştir. Tarafların avukatları da keşif mahallinde hazır bulunmuşlardır. Dava konusu maden işletme hakkının tanınması ile ilgilidir. Bu durum sadece istisnai durumlarda keşfe gidildiği anlamına gelmemelidir.¹⁷³ Sıradan davalarda da keşif yapılabilmektedir. Mesela bir arazideki çitlerin doğru şekilde konumlandırılıp konumlandırılmadığının tespiti için keşfe gidilebilir; kazanın olduğu yer yol durumunun görülmesi için; bir halı parçasının olay yerindeki haliya uyup uymadığının görülmesi için keşif yapılabilir.¹⁷⁴ Yine kamulaştırma davalarında kamulaştırılan taşınmazın kıymet takdirini yapmak üzere sıklıkla keşif yoluna başvurulmaktadır.¹⁷⁵ Dava konusu olayın kendine has özellikler taşıdığı hallerde de genellikle keşif yapılmaktadır. Örneğin trafik kazasının gerçekleşmiş olduğu bir kavşak kendine has özellik taşıyorsa (mesela görüş açısı kapalı ise vb.) hâkim jüri üyelerinin kavşağa keşif yapmak için gitmelerine izin verebilir. Hâkimin her ne kadar keşif yapılması konusunda takdir hakkı bulursa da, kendine has bir özelliği bulunmayan kavşağa keşif yapmak için gidilmesi düşük bir ihtimaldir.¹⁷⁶

Keşfe karar verilmesi tamamen hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkim, keşif kararını verdikten sonra keşif gününü belirler ve tarafları (ve vekillerini) usulüne uygun

¹⁷² Tito v. Waddell (no. 2) [1977] Ch. 106.

¹⁷³ Broun/Blakey, s. 120; Lipson, § 3.03 [2].

¹⁷⁴ Broun/Blakey, s. 121.

¹⁷⁵ Broun/Blakey, s. 120; Lipson, § 3.03 [2].

¹⁷⁶ Broun/Blakey, s. 120.

olarak davet eder. Hâkimin tarafları (ve vekillerini) keşfe davet etmemesi önemli bir usuli eksikliktir ve keşfin (hatta yargılamanın dahi) geçersiz sayılıp, tekrar edilmesine dahi sebebiyet verebilir.¹⁷⁷ Keşif kararından sonra mahkeme heyeti keşif mahalline giderek incelemelerde bulunur. Jüri ile birlikte görülen davalarda hâkim, keşfi jüri ve taraflar ile birlikte yapar; jürinin olmadığı davalarda ise taraflarla birlikte keşfi gerçekleştirir.¹⁷⁸

Anglo – Amerikan hukukunda keşfe başvurma sebeplerinin niteliği bakımından herhangi bir sınırlama mevcut değildir. Fakat, keşif adil bir şekilde icra edilmeli ve özellikle jüri üyeleri yanlış yönlendirilmemeli; üyelerin olayı yanlış kavramalarına sebebiyet verilmemelidir.¹⁷⁹ Hâkim somut olayda re’sen ya da talep üzerine keşfe karar vermeden önce keşif yapılmasının davanın aydınlatılmasına ne derece katkı sağlayacağını, keşfin zamanını, keşfin mahallini ve masraflarını, güvenlikle ilgili hususları (yol güvenliği gibi), keşif yerinde karşılaşılabilecek (dava tarihinden itibaren) ortaya çıkmış olan değişimleri ve keşfe alternatif teşkil edebilecek diğer delilleri (mesela görüntü kayıtlarını, haritaları veya fotoğrafları) değerlendirmelidir. Hâkim bu değerlendirmeleri yaptıktan sonra keşfe karar vermelidir.¹⁸⁰

Taraflar keşif talebinde bulunabilseler de Anglo – Amerikan hukukuna tâbi olan ülkelerin tamamında bu talep üzerine keşif kararı verilebilmesi mahkemenin takdirine

¹⁷⁷ *Gooldv. Evans & Co* [1951] 2 TLR 1189; *Dep’t of Hwy’s v. Haapanen*, 84 Nev. 722, 448 P. 2d 703 (1968); **Keane**, s. 267; **Nokes**, s. 411; **Delisle/Don/Tanovich**, s. 316; **Mueller/Mueller**, s. 1194.

¹⁷⁸ **Nokes**, s. 410; Frank **Mabry**: Is Jury View Recognized in Texas?, 1. S. Tex. L.J. 180 (1954-1955), s. 180; Ewing **Werlein**: The Jury View in Texas: An Unanswered Question, 40 Tex. L. Rev. 246 (1961-1962), s. 249 vd.; **Mueller/Mueller**, s. 1194; Hodge M. **Malek**/ Jonathan **Auburn**/ Roderick **Bagshaw**: *Phipson on Evidence* (17. Bası, Londra 2009), s. 10; *Fontainebleau Hotel Corp. v. Goddard*, 177 So.2d 555, 556 (Fla. 3d DCA 1965).

¹⁷⁹ **Mueller/Mueller**, s. 1194; **Bojczuk**, s. 315; **Broun/Blakey**, s. 170.

¹⁸⁰ **Mueller/Mueller**, s. 1194, 1195. Özellikle görüntü kayıtları, Amerikan hukukunda oldukça önemli sayılmakta ve bazı davalarda keşfe alternatif teşkil edilmektedir. Anglo – Amerikan hukukunda ise bir nesnenin keşif yoluyla yerinde incelenmesi bazen bir zorunluluk arz etmektedir. Zira, böyle durumlarda özellikle, fotoğraf, plan, şema veya görüntü aktarımı yoluyla keşif konusu nesneyle ilgili doğru bilgi edinebilmek mümkün olamamaktadır. Sanayi işletmesinde karmaşık ve sökülmesi mümkün olmayan parçalardan oluşan büyük ebatlardaki makinelerin incelenmesi çoğu zaman fotoğraf veya görüntü aktarımı ile mümkün olmayıp, söz konusu makinelerin özellikle iç aksamalarının incelenmesi ancak makinelerin bulunduğu mahalde keşif yoluyla mümkün olabilmektedir.

bırakılmıştır. Söz konusu hukuk düzenine dahil olan ülkelerin hiçbirinde mahkeme tarafların keşif talebiyle bağlı değildir.¹⁸¹

Taraflardan biri veya her ikisi birlikte keşif kararına itiraz edebilirler. Hâkim tarafların itirazı ile bağlı olmayıp, almış olduğu keşif kararını tarafların itirazlarını dikkate almaksızın icra edebilir.¹⁸²

2. Keşif Kararının İçeriği

Yargılama devam ederken sözlü yargılamaya geçilinceye kadar mahkeme taraflardan birinin talebiyle yahut re'sen keşif kararı verebilir. Keşfe dair bu ara karar verilmeden keşfin icrasına geçilemez. Hâkimin kararında keşfin icrası ile ilgili hususlara açıkça yer vermesi zorunluluk arz eder.¹⁸³ Aşağıda sayılan hususlardan birinin eksikliği ya da açıkça yer almaması halinde verilen keşif kararı hüküm ifade etmez; etkisiz bir hüküm ortaya çıkar.¹⁸⁴

¹⁸¹ Christopher B. **Mueller**/ Laird C. **Mueller**: Evidence, St. Paul 2005, s. 466.

¹⁸² *Titov. Waddell* [1975] 1 W.L.R. 1313.

¹⁸³ Yarg. 20. HD., 07.03.2013, E. 2013/3336 E., K. 2013/8064 ile hukuka uygun keşif kararının neleri içermesi gerektiğini sıralanmıştır. Karara göre: “Keşfe gidilebilmesi için mahkemenin bu konuda vereceği ara kararda, keşif giderlerinin, keşif giderini yatıracak tarafın ve bunun için gerekli önel ve/veya kesin önelin avukatla kendini temsil ettirmeyen taraf keşif istemişse, kesin önel içerisinde giderleri yatırmamanın sonuçlarının açıklıkla anlatılması, yanık dinlenip, bilirkişi incelemesi yapılacak ise, bu hususun ve keşif günü ile saatinin belirtilmesi, bunun doğal sonucu olarak hâkim, kâtip ve götürülecekse mübaşir için yol tazminatının; keşif isteyen taraftan keşif aracını bizzat sağlaması istenemeyeceğinden; mahkeme, yapacağı işe, süresine ve gideceği yere göre gerekli gördüğü aracı kendisi belirleyip temin edeceğinden, araç için ödenecek para miktarının; keşifte dinlenecek bilirkişi ve tanıkların isimlerinin ve ücretlerinin; bilirkişi ve tanıklarla, gerekiyorsa taraflara keşif gününün haber verilebilmesi için gönderilecek davetiye giderlerinin gösterilmesi yanında yatırılacak avansın tutarı ile yatırılacak tarafın ekonomik gücü, keşif tarihi ve tebligatların ulaşması için geçecek süre gözetilerek keşif gününden önceye rastlayan bir tarihin belirlenmesi ve bunda Tebligat Kanunu ile Tebligat Kanunu’nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik hükümlerinin göz önünde tutulması zorunludur.” (**Abay**, s. 295). Aynı yönde bkz. Yarg. 20. HD., 17.09.2011, E. 2011/5707, K. 2011/6214 (*Legalbank*).

¹⁸⁴ Keşfin icrası sırasında yapılan usuli işlemlerin keşfin geçerliliğine etkisi hakkında daha fazla bilgi için bkz. aşağıda § 3-A-II.

a) Keşfin Yeri ve Zamanı

Keşfin yeri ve zamanı mahkeme tarafından tespit edilir (HMK m. 290 f. 1 c.1). Keşfin zamanı gün ve saat olarak belirlenmelidir. İstinabe suretiyle yapılan keşiflerde bu belirlemeyi hukuki yardım talep edilen (istinabe olunan) mahkeme yapacaktır.¹⁸⁵ Keşif yeri, günü ve saati mahkeme tarafından tespit edilir (HMK m. 290/I) ve kararda gösterilir. Keşfin adli tatile rastlayan gün ve saatlerde de yapılmasına karar verilebilir. Kamu düzeni ve davaların gecikmesine sebep olunmaması açısından keşif adli tatilde de icra edilebilecektir. Nitekim, HMK m. 148 ve HMK m. 103 f. 1 bent f hükümleri gereği, resmi çalışma saatleri dışında, resmi tatil günlerinde ve adli tatil sırasında da keşif yapılabilir.

Keşif yeri ve zamanı hiçbir karışıklığa mahal vermeyecek şekilde açık ve somut olarak bildirilmelidir. Şayet tanık dinlenilmesi ve bilirkişiye başvurulmasına karar verilmişse keşif yeri ve zamanı tanık ve bilirkişiye bildirilerek keşiften haberdar olmaları sağlanmalıdır. Bununla birlikte, keşfin yeri, günü ve saatinin duruşmada hazır bulunmayan taraflara bildirilmesine ve bunun için davetiye çıkarılmasına gerek yoktur. Nitekim keşif, taraflar hazır iseler huzurlarında, aksi takdirde yokluklarında icra edilecektir (HMK m. 290/II). Ayrıca hükmün gerekçesinde bu husus “Davayı takip edenler mahkeme kararıyla keşfin yeri ve zamanı hakkında bilgi sahibi olacaktır. Davanın oturumlarının başında yapılan tebligatla davayı takip etmeyen kişiye, bulunmadığı oturumlarda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği tebliğ edildiğinden, keşif yeri ve zamanının bulunmayanlara ayrıca tebliğine gerek görülmemiştir” ifadesi ile vurgulanmıştır.¹⁸⁶

b) Keşfin İnceleme Konusu ve Keşif Mahallinde Yapılacak İşlemler

¹⁸⁵ HMK m. 290 hükmüne ait Hükümet Gerekçesi.

¹⁸⁶ Hükmün isabetli olup olmadığı ve tarafların keşif mahalline çağrılması hakkında aşağıdaki açıklamalara bkz. § 2-A-V.

Hâkim keşfe karar vermeden önce taraflar arasında dava konusu taşınmazın özellikleri ile çekişmeli vakıaların nelerden ibaret olduğunu ve keşif mahallinde hangi usuli işlemlerin yapılacağını açık bir biçimde belirlemeli ve bunu kararında göstermelidir.

Hâkimin taraflardan birinin talebiyle keşfe karar vermesi halinde, taraflar davada dayandıkları vakıaları ispata elverişli şekilde somutlaştırıp dayandıkları keşif delillerini hangi vakıaların ispatı için gösterdiklerini açıkça belirtmeleri gerekeceğinden (HMK m. 194) ve keşfin icrası sırasında yapılmasını istedikleri usuli işlemleri belirteceklerinden hâkim kararında bu vakıaları ve işlemleri gösterecektir. Keşif kararı re'sen de alınabileceğinden bu halde hâkim kararında keşfin icrasında hangi vakıaların inceleneceğini ve keşif mahallinde hangi işlemlerin yapılacağını göstermelidir. Keşfin icrası sırasında yapılması gereken bu işlemler kararda somut ve açık biçimde belirtilmezse taraflar sahip oldukları hukuki dinlenilme hakkının gereği olarak (HMK m. 27) yapılacak işlemlerin açık olarak da gösterilmesini talep edebilirler. Nitekim, hukuki dinlenilme hakkı mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararlarını somut ve açık olarak gerekçelendirmesini de içerir.

c) Keşif Giderlerinin Ödenmesi

Keşfin icra edilebilmesi için keşif giderlerinin yatırılmış olması gerekir. Taraflardan birinin keşif istemesi halinde keşif giderlerinin o tarafça yatırılması gerekir. Hâkim delil ikame avansı kapsamında keşif avansını kimin yatıracığını ara kararında doğru olarak belirtmelidir.¹⁸⁷ Dolayısıyla hâkim keşif talebinde bulunulması durumunda ara kararında keşif giderlerini açıkça belirtmeli ve hangi tarafın bu giderleri yatırması gerektiğini belirtmeli, ardından keşfi icra etmelidir. Keşif giderleri ayrı bir başlık altında aşağıda daha detaylı biçimde incelenecektir.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Yılmaz, Şerh, s. 1255; Umar, Şerh, s. 794; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 796. Yarg. 17. HD., 23.12.2004, E. 2004/8906, K. 2004/14023 (Legal Hukuk Drgisi, 2005/25, s. 219).

¹⁸⁸ Bkz. aşağıda §2-A-II.

d) Keşif Sırasında Bilirkişi İncelemesi Yapılacaksa Bu Hususun Gösterilmesi

Bir mahkeme usul işlemi olan keşifte hâkim gerektiğinde teknik yahut mahalli bilirkişinin keşif mahallinde olmasına karar verebilir.¹⁸⁹ Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 288 f. 1'e göre "Hâkim gerektiğinde bilirkişi yardımına başvurabilir". Yine HMK m. 290 f. 2 hükmü "Mahkeme keşif sırasında bilirkişi dinleyebilir" demek suretiyle bu duruma açıkça cevaz vermektedir. Çünkü, keşfin başarıya ulaşabilmesi için özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda hâkimin bilirkişiden yardım alması gerekebilecektir.¹⁹⁰

Keşfe karar verilirken keşif mahallinde nelerin yapılacağı ve keşfin esasları keşif kararında gösterilmelidir. Şayet gerek görülüyorsa hâkim keşfin icrasında bilirkişi incelemesine karar vermelidir. Bilirkişi incelemesini tarafların talebi üzerine yahut re'sen gerekli gören hâkimin önceden bilirkişileri tespit etmesi usul ekonomisine uygun olacaktır. Hâkim atadığı bilirkişilerin kimliklerini ve uzmanlıklarını kararında belirtmelidir. Bilirkişiler bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenecek olan listelerde¹⁹¹ yer alan kişiler arasından görevlendirilir (HMK m. 268, f. 1). Hâkim belirlenen bu listeler arasından uyuşmazlık konusu hakkında çözümlenmesi gereken hususlara dair bilgisine başvurulacak bilirkişiyi seçecektir.

¹⁸⁹ Süha **Tanriver**: Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri ve Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 35; Barış **Toraman**: Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Eskişehir Anadolu Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2012, s. 67, 70, 155, 222; Mücahit **Tanverdi**: Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1991, s. 111, 142; Çetin **Aşçıoğlu**: Yargılamada Maddi Gerçeğe Ulaşılması ve Kanayan Yara Bilirkişilik, Ankara 2010, s. 18 vd.

¹⁹⁰ **Toraman**, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, s. 222, 225-227; **Tanverdi**, s. 142.

¹⁹¹ Bilirkişi listelerinin düzenlenmesine, güncellenmesine ve listede kendisine yer verilmiş olanların liste dışına çıkartılmasına ilişkin esas ve usuller, ilgili bakanlıkların da görüşü alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığı'nca hazırlanacak olan yönetmelikte gösterilir (HMK m. 268, f. 3). HMK m. 449 hükmü uyarınca 08.04.2012 tarihli ve 28258 sayılı RG'de "Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik" ("Bilirkişi Listeleri Yönetmeliği") yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bilirkişilik listesine kabul şartları, başvuru usulü, bilirkişinin görevlendirme sınırları ve listeden çıkarılmasına ilişkin hükümler için bkz. Bilirkişi Listeleri Yönetmeliği m. 5 – 14.

Türk hukukunun aksine Anglo – Amerikan hukukunda keşifte resmi bilirkişi bulundurulması söz konusu değildir. Bunun sebebi, iki hukuk sistemi bakımından bilirkişilik müessesinin son derece farklılık göstermesidir. Anglo – Amerikan hukukunda, her ne kadar istisnaen mahkeme bünyesinde bilirkişiler mevcut olsa da, kural bilirkişilerin taraflarca belirlenmesidir. Çünkü Anglo – Amerikan hukukunun Türk hukukuyla karşılaştırıldığında ayırt edici özelliği hâkimin Anglo – Amerikan hukukunda daha pasif bir konumda olduğudur. Bu noktada Anglo – Amerikan hukukunda yargılamada taraf egemenliği söz konusudur.¹⁹² Böylece Anglo – Amerikan hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak bilirkişilerin seçimi kural olarak davanın taraflarına bırakılmıştır. Bu bilirkişiler özel bilirkişi, taraf bilirkişisi veya uzman tanık şeklinde adlandırılmaktadır. Söz konusu bilirkişiler, mahkemece tanık sıfatıyla dinlenilmektedir.¹⁹³ Bununla birlikte, her iki hukuk sistemi mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişileri de bünyesinde barındırmaktadır.¹⁹⁴ Keşfin icrası bakımından değerlendirildiğinde Anglo – Amerikan hukukunda keşif esnasında taraf bilirkişilerinin hazır bulundurulup, tanık sıfatıyla dinlenmeleri ancak (yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde) keşif konusu nesneyle ilgili bilgi vermeleri bakımından söz konusu olabilir. Çünkü keşif esnasında tarafların veya jüri üyelerinin tanıkları uyuşmazlık konusu olay hakkında sorgulamaları, soru sormaları yasaktır. Ancak hâkim istisnai durumlarda ve fakat sadece keşif konusu nesneyle alakalı olarak jüri üyelerine tanıklara soru sorabilme imkânı tanınması mümkün olabilmektedir. Mahkeme bünyesindeki

¹⁹² Ayşe Gülin **Güralp**: Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Hukuku Sistemleri’ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul, 2011, s. 159 vd.; Okan **Gündüz**: Anglo – Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Ankara, 2009, s. 65 vd.

¹⁹³ Çiğdem **Yazıcı-Tıktık**: HMK m. 293’teki Uzman Görüşü Kurumu ile Anglo – Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması, MİHDER, Y: 2011, C: 7, Sayı: 20/3, s. 79 vd.; Robert F. **Taylor**: A Comparative Study of Expert Testimony in France and The United States: Philosophical Underpinnings, History, Practice and Procedure, (1996) 31 Tex Int’l L. J., s. 182 vd.

¹⁹⁴ Barış **Toraman**: Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Fakültesi 20. Yıl Özel Sayısı, Eylül 2013, s. 115. Anglo – Amerikan hukukunda yer alan taraf bilirkişiliği müessesesi, HMK m. 293 hükmünde benimsenen “uzman görüşü” kurumuna benzemektedir. Kanun koyucu HMK’daki bu düzenlemesiyle bir Anglo – Amerikan müessesini ithal etmemiş ve fakat ancak uygulamada bilinen ve belli bir uygulaması bulunan “uzman mütalaası” kurumuna pozitif bir nitelik tanımıştır, **Toraman**, Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler, s. 116.

bilirkişilerin ise keşfe katılması söz konusu olmayıp, keşfe eşlik ancak eden mahkemede çalışan rehber veya uzman kişiler (showers) olabilmektedir.

e) Keşif Sırasında Tanık Dinlenecekse Tanıkların Kimlikleri ile Hangi Vakıalar Hakkında Dinlecekleri

Medeni usul hukukunda kural olarak tanıklar davaya bakan mahkemede dinlenir (HMK m. 259, f. 1). Bu kuralın istisnalarından biri keşfe karar veren mahkemenin keşif yerinde tanık dinleyebileceğini öngören HMK m. 290, f. 2 hükmüdür. Nitekim, kanun koyucu HMK m. 259, f. 2 hükmünde “Mahkeme gerçeğin ortaya çıkması için gerekliyse, tanığın olayın gerçekleştiği veya şeyin bulunduğu yerde dinlenmesine karar verebilir” diyerek bu hususta açık düzenleme sevk etmiştir.

HMK m. 243, f. 1 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla, taraflar dinletecekleri tanıkları kendi imkânlarıyla keşif mahallinde hazır ederlerse, bu tanıklar dinlenir. 6100 sayılı HMK ile getirilen (1086 sayılı HUMK’ta mevcut olmayan) ve taraflara tanınan bu olanaktan tarafların yararlanabilmesi için öncelikle tarafların dilekçelerini değişimi aşamasında tanık deliline dayanmaları ve hangi vakıalar hakkında tanık dinletmek istediklerini somutlaştırma yüküne uygun biçimde bildirmeleri gerekir.¹⁹⁵ Kanunun süresi içinde tanık listesi veremeyen tarafa tanındığı bu imkân bazı sakıncalar doğurabilecektir. HMK m. 243 hükmüne istinaden tanık dinletmek istendiğinde karşı taraf bu tanığı ilk kez duruşmada görece ve HMK m. 255’te tanınan itiraz hakkını kullanmak istese bile duruşma sırasında iddiasını ispat etmesi ve tanığın dinlenmesine engel olması çoğu zaman mümkün olmayacaktır.¹⁹⁶ Ancak, keşfe karar veren mahkeme tarafından “tarafların tanıklarını keşif mahallinde hazır bulundurmaları” şeklinde verilecek ara kararı tarafların savunma haklarını kısıtlayacağından onların hukuki dinlenilme haklarına aykırılık teşkil eder.¹⁹⁷ Çünkü, HMK m. 243 ile getirilen düzenleme taraflara tanınan bir olanaktır. Dolayısıyla, mahkeme keşif kararında

¹⁹⁵ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 36; Mesut **Ertanhan**: Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s. 235.

¹⁹⁶ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 37; **Bolayır**, s. 414.

¹⁹⁷ Yarg. 14. HD., 15.01.2013, E. 2012/13985, K. 2013/149 (**Özaykut/Beleş**, s. 1040); **Ertanhan**, s. 235.

tarafllara dinletecekleri tanıkları keşif mahallinde hazır bulundurmaları gerektiği yönünde bir karar veremez. Tanıklar keşif mahalline mahkeme tarafından çıkarılacak davetiyeyle çağrılmalıdır. Buna ilaveten, karşı taraf tanığın dinleneceğinden habersiz olarak duruşmaya geleceği için tanığın güvenilir bir ifade verip vermediğini denetlemeye yarayan soruları soramayacak, tanığın ifadesindeki eksiklikleri ve çelişkileri duruşmada ortaya koyamayabilecektir.¹⁹⁸

Keşfin icrasında şayet tanık dinlenecek ise keşif kararında bulunması gereken diğeri bir husus ise taraflara tanık listesini sunmaları için süre verilmesidir.¹⁹⁹ Ancak bunun için tarafların dilekçelerin değışimi aşamasında tanık deliline hangi vakıaların ispatı için dayandıklarını somutlaştırma yüküne uygun olarak bildirmiş olmaları gerekir.²⁰⁰

f) Keşfe Katlanmanın Zorunluluğunun Belirtilmesi ve Buna Dair Uyarının Yapılması

Keşif kararının içeriğinde taraflara ve üçüncü kişilere HMK m. 291 hükmü gereği keşif kararına uymak ve keşfin icrasını engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak hususundaki ihtar yer almalıdır.²⁰¹ Bu ihtar açık ve yanlış anlaşılmaya sebebiyet vermeyecek şekilde kaleme alınmalıdır. Ayrıca, keşif yapılmasına taraflardan birinin

¹⁹⁸ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 37. Yazar haklı olarak HMK m. 243 hükmünün doğurabileceği sorunları önlemek için davaya bakan hâkim duruşmaya getirilirken tanıkların isimlerini ve hangi konuda dinleneceklerini tutanağı geçirdikten sonra, karşı taraf bu tanıkların dinlenmesine itirazı olup olmadığını sormalı (HMK m. 255) ve karşı tarafın talebi halinde o tanıkların bir sonraki duruşmada dinlenmesine karar vermelidir görüşündedir. Böylece karşı taraf HMK m. 255’te tanınan itiraz hakkını daha etkin kullanabilecek ve tanığı yöneltilecek soruları önceden hazırlayabilecektir (**Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 38).

¹⁹⁹ Taraflar dinletmek istedikleri tanıkların isim ve adreslerini gösteren listeyi kural olarak tahkikat aşamasında vereceklerdir. Ancak, hâkim önincelemeyi sona erdirdiğı duruşmada tanık listelerinin verilmesine karar verebilir. Böylece tahkikat aşamasına geçildiğinde vakit kaybetmeden tanıkların dinlenmesine geçilerek usul ekonomisi ilkesine uygun davranılmış olur, **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 34. Bu halde keşfe karar veren hâkim keşfin icrasında dinlenecek tanıkların listesi için taraflara süre vermeyecektir.

²⁰⁰ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 34; **Ertanhan**, s. 235.

²⁰¹ Keşfe katlanma zorunluluğı ve bu zorunluluğı uymamanın sonuçları hakkında bkz. yukarıda §1-E.

karşı koyması halinde HMK m. 291, f. 2 hükmünde öngörülen yaptırımlara dair uyarı yapılmalıdır. Taraflara yapılan bu uyarı ispat yükü kendisine düşen tarafa yapılacak ise keşif delilinden vazgeçmiş sayılacağı; diğer tarafa (ispat yükü taşımayan tarafa) yapılacak ise iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılacağı şeklinde olmalıdır. Ayrıca ihtarda, bu yaptırımın duruma ve keşfe karşı koyma sebebine göre uygulanamayabileceği ibaresi bulunmalıdır. Keşif üçüncü kişi nezdinde yapılacaksa ve gecikmesinde zarar umulan bir hal yoksa üçüncü kişiye tebliğ edilecek ihtarda, keşfe karşı koyması halinde HMK m. 291, f. 3 hükmünde belirtilen keşfe karşı koymanın sebebiyet verdiği giderler ve disiplin para cezasına mahkûm edileceği ve gerektiğinde zor kullanılarak keşif yapılacağı uyarısı bulunmalıdır. Bununla birlikte üçüncü kişiye yapılan ihtarda üçüncü kişinin tanıklıktan çekinme sebebine dayanarak keşfe katlanma yükümlülüğünden kaçınabileceği belirtilmelidir.

Keşfin icrası dava dışı üçüncü kişiyi de ilgilendiriyorsa ayrıca üçüncü kişiye keşiften önce keşfin yeri ve zamanı hakkında bilgi verilmedir. Bu halde ilgiliye yapılan bildirimde keşfe karşı koymanın yaptırımını içeren bir uyarı da yer almalıdır. Ancak, gecikmesinde zarar umulan hallerde bildirim yapılmaksızın keşif icra edilir.

II. Keşif Giderlerinin Ödenmesi

1. Genel Olarak

Yargısal koruma faaliyetinin yürütülebilmesi için ödenmesi gereken ve bu sebeple ortaya çıkan giderlere yargılama gideri denir.²⁰² Yargılama giderleri harçlar, masraflar ve vekâlet ücreti olarak üçe ayrılır. Keşif giderleri, masraflar kategorisine giren yargılama giderlerindendir. Nitekim, 6100 sayılı HMK m. 323 hükmünde yargılama giderlerinin kapsamı belirtilmiş ve aynı maddenin birinci fıkrasının d bendinde (açıkça) keşif giderleri yargılama gideri olarak sayılmıştır.

²⁰² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 691; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 711; Umar, Şerh, s. 898; Yılmaz, Şerh, s. 1375.

Taraflardan biri keşif talep ettiğinde hâkim keşfe çıkmadan önce ara kararında keşif giderlerini açıkça belirtmeli ve hangi tarafın bu giderlerden sorumlu olduğunu kararında göstermelidir. Keşif kararında keşif giderinin hangi kalemlerden oluştuğunun açıkça ve ayrıntılı şekilde gösterilmesi, giderleri yatırmayan tarafın karşılaşıacağı hukuki sonuçlar bakımından önem arz etmektedir.²⁰³ Mahkemenin ara kararında yer alan keşif giderleri için verilen süre içinde keşif giderlerinin yatırılmaması halinde karşılaşılabilecek yaptırımın uygulanabilmesi için, keşif yapılmasının zorunlu olması, dosyanın keşfe hazır hale gelmiş bulunması, yatırılacak keşif giderlerinin kalem kalem açık olarak belirtilmesi ve giderlerin ne kadar süre içinde yatırılacağına karar bağlanması gerekmektedir. Ayrıca, kesin süre verilmişse²⁰⁴ bu süreye uymamanın yaptırımlarının neler olduğunun bildirilmesi gibi ön şartların yerine getirilmiş olması gerekir.²⁰⁵ Aşağıda öncelikle keşif giderlerinin hangi kalemlerden oluştuğu incelenecek; sonrasında ise bu giderleri kimin ödemekle yükümlü olduğunun tespiti ile ödemenin usulü ve ödeme yapmamanın hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır.

2. Keşif Giderlerini Oluşturan Kalemler

Keşif bir yandan delillerle doğrudan hâkimin temas kurması sonucunu doğuracak bir usuli işlem ve maddi gerçeğe ulaşma yolunda önemli bir delil; diğer yandan ise hem zaman alan hem de pahalı bir mahkeme usul işlemidir. Keşfin icrası sırasında birtakım giderlerin yapılması kaçınılmazdır. Aşağıda keşfin icra edilebilmesi için yapılması zorunlu ve muhtemel giderler açıklanmaya çalışılacaktır.

Aşağıda sadece keşif giderlerinin nelerden oluştuğu hukuki dayanakları ile birlikte belirtilecektir. HMK'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte m. 120 hükmü gereği bu giderler “gider avansı” adı altında davanın başında davacı tarafından alınmakta;

²⁰³ Bkz. aşağıda §2-A-II.

²⁰⁴ Hukuk Genel Kurulu'nun 12.06.2012 T., E. 2002/2473, K. 2002/483; 07.05.2003 T., E. 2003/11-319, K. 2003/335 sayılı ilamlarında da açıkça vurgulandığı üzere, mahkemelerin gerek maddi hukuka ve gerekse usul hukukuna ilişkin hak düşürücü ara kararlarının hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde açık olması ve sonuçlarının sıfatı ne olursa olsun ilgisine bildirilmesi zorunludur (Yarg. HGK., 06.10.2004, E. 2004/9-512, K. 2004/464).

²⁰⁵ Yılmaz, Şerh, s. 1256; Umar, Şerh, s. 794; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 796.

eksikliği halinde tamamlanması için süre verilmektedir.²⁰⁶ Keşif talebinde bulunulduğunda hâkim tarafından kural olarak talepte bulunan kişiye yükletilecek olan bu giderler mahkeme veznesine depo edilmemişse ya da eksik olan gider avansı bakiyesi tamamlattırılmamışsa keşif kararı verilip keşfi icrasına geçilemeyecektir.

Keşif giderleri aşağıda belirtilen kalemlerden oluşur:

a) Hâkimin ve Zabıt Kâtibinin Yol Tazminatı

Keşfe gidecek olan hâkim, zabıt kâtibi ve mübaşirin yol tazminatına ilişkin düzenleme 3717 sayılı Kanun'un²⁰⁷ ikinci maddesinde öngörülmüştür. Hükme göre söz konusu tazminat keşfin mahkemenin bulunduğu belediye sınırlarında olup olmadığına ve keşif yerinin mahkemeye uzaklığına göre değişmektedir.

Aynı bölgede yapılacak olan keşifler, mümkün olduğunca aynı gün içinde yapılır. Hâkime aynı gün içindeki her keşif için ayrı yol tazminatı ödenir.²⁰⁸ Yazı işleri

²⁰⁶ Keşif gideri HMK m. 120 hükmüne göre çıkarılan gider avansı tarifesine göre davanın başında peşinen alınacaktır. Bu tarifenin HMK m. 324 hükmü olan delil ikame avansı hükmünün gözetilmeden çıkarılmasının eleştirisi ve bu konuda detaylı ilgi için bkz. aşağıda §2-A-II-3.

²⁰⁷ “Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun”, kabul tarihi: 08.05.1991, RG tarihi: 16.05.1991, RG sayısı: 20873. Hâkimlere ve zabıt kâtiplerine ödenecek olan yol tazminatının hukuk dayanağı 3717 sayılı Kanun madde 2’de hâkim ve zabıt kâtiplerine ödenen yol tazminatının ne olduğu ve miktarı şu şekilde belirtilmektedir: “Tebliğden başka bir işlem yapmak için makamından uzaklaşma durumunda olan hâkimler, savcılar, askeri mahkemelerdeki subay üyeler ve icra müdürleri ile yardımcılarına, adli tabiplere, yazı işleri müdürlerine, zabıt kâtiplerine, mübaşirlere, hizmetlilere ve bu işlemlere katılan hazine avukatlarına, hazine avukatı olmayan il ve ilçelerde davaları takibe yetkili daire amirleri ve 3402 sayılı Kanun’a göre yetkili kılınan kişiler ile muhakemat hizmetlerinde görev yapan memurlara yol giderlerinden başka aşağıdaki miktarda yol tazminatı verilir. 1. Dairenden uzaklaşmayı gerektiren iş, mahkemenin bulunduğu belediye sınırları içinde ise, her iş için, 1 inci derece devlet memurunun aldığı geçici görev yolluğu kadar, 2. Dairenden uzaklaşmayı gerektiren iş, mahkemenin bulunduğu belediye sınırları dışında ise, her iş için, 1 inci derece devlet memurunun aldığı geçici görev yolluğunun 1,5 katı kadar, Dairenden uzaklaşmayı gerektiren işlerin bir kısmı mahkemenin bulunduğu belediye sınırları içinde, bir kısmı dışında ise, belediye sınırları içinde olan her iş için 1 inci bent hükmü, belediye sınırları dışında olan her iş için, 2 nci bent hükmü uygulanır [...]”

²⁰⁸ Mehmet Akif **Tutumlu**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, s. 189.

müdürleri ve zabıt kâtiplerine ise, hâkimler için belirlenmiş olan yol tazminatı miktarının 2/3'ü, mübaşirler ve hizmetlilere 1/2'si ödenir (3717 sayılı Kanun m. 2, f. 2).

b) Taşıt Giderleri

Keşifle ilgili taşıt giderlerini mahkemenin (açık olarak) keşif kararında göstermesi gerekir. 3717 sayılı Kanun'un ikinci maddesinin son fıkrası uyarınca, görülen işler birden fazla ise ödenecek yol gideri uzaklıkla orantılı şekilde hesaplanır ve davalar arasında paylaşılır. Keşfe karar veren mahkemenin keşfin icrası için taraflardan araç temin etmelerini talep etmesi ve bu yönde karar vermesi hukuka aykırıdır. Tarafların bu şekilde verilen kararın gereğini yerine getirme zorunlulukları yoktur. Araç teminini sağlamak mahkemelerin işlerindendir. Bu anlamda taraflara düşen usuli yük sadece keşif giderlerinden olan ve delil ikame avansı çerçevesinde değerlendirilen taşıt giderini belirtilen zamanda mahkeme veznesine depo etmekten ibarettir.²⁰⁹ Bu gideri yatırmakla yükümlü taraf hâkim tarafından belirtilen miktardaki parayı mahkeme veznesine depo etmezse, delil ikame avansının ödenmemesinin sonuçlarına katlanır. Ancak, bu durumda diğer taraf gider avansını yatırabilir. Aksi halde talep olunan keşif delilinin ikamesinden vazgeçilmiş sayılır (HMK m. 324, f. 1). Şayet keşif deliline hâkim tarafından re'sen başvurulmuş ise, mahkeme keşif için gereken bu giderin ödenmesini taraflardan birinden ya da her ikisinden isteyebilir ve taraflara keşif giderlerini ödemeleri için bir haftalık süre verir. Belirlenen süre içinde bu işleme ait gideri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazine'den ödenmesine hükmedilerek keşfin icrası gerçekleşir (HMK m. 325).

²⁰⁹ Delil ikame avansı ve delil ikame avansının mahkeme veznesine depo edilmemesinin sonuçları hakkında aşağıda bkz. §2-A-II-3.

c) Davetiye Giderleri

Keşif kararında taraflara, keşif kapsamında dinlenecek olan tanıklara ve görüşüne başvurulacak bilirkişiye keşif gününü haber verebilmek için davetiye gönderilir. HUMK'nun yürürlükte olduğu dönemde, bu davetiyenin tebligat giderleri keşif kararında gösterilirdi. Davetiye giderlerinin uygulamada daha çok posta işletmesince belirlenmiş olan miktar üzerinden posta pulu olarak alınmaktaydı.²¹⁰ HUMK'nun yürürlüğüyle birlikte m. 120, f. 1 hükmü uyarınca yürürlüğe konan Gider Avansı Tarifesi tebligat giderlerini gider avansı olarak öngörmüştür.²¹¹ Gider Avansı kapsamına dahil olan davetiye giderlerinin davanın başında davacı tarafından ödenmesi bir dava şartıdır (HMK m. 114, f. 1, bent g). Mahkeme, dava şartı olan bu giderin yatırılmamış olmasını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak tamamlanabilir bir dava şartı olduğundan gider avansının yatırılmamış olması halinde mahkeme hemen davayı usulden reddetmemeli; davacıya tamamlanması için kesin süre vermelidir. Bu süre içinde söz konusu gider mahkeme veznesine yatırılmazsa dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmelidir (HMK m. 168).

d) Bilirkişi Giderleri

Keşif kapsamında bilirkişi dinlenmesine karar verilirse bilirkişi ücreti keşif kararında gösterilir. Bilirkişiye HUMK m. 283, f. 1, c. 1 hükmü uyarınca sarfettiği emek ve gördüğü hizmete karşılık bir ücret ile inceleme, ulaşım, konaklama ve diğer giderleri ödenir. Bu konuda Adalet Bakanlığı tarafından çıkartılan Tarife esas alınır (HMK m. 283, f. 1, c. 2).

²¹⁰ **Kuru**, Usul (C. 3), s. 2839.

²¹¹ Gider avansı ve gider avansının mahkeme veznesine depo edilmemesinin sonuçları hakkında bkz. aşağıda §2-A-II-3.

e) Tanık Giderleri

Keşif kapsamında tanık dinlenmesine karar verilirse, bu durumda tanık ücretleri keşif kararında gösterilir. Tıpkı bilirkişilerde olduğu gibi tanıklara ödenecek ücretler de bir tarifeyle bağlanmıştır. HMK m. 265, f. 1 hükmü uyarınca tanıklık ücreti Adalet Bakanlığı'nca her yıl hazırlanacak tarifeyle göre belirlenmektedir ve bu ücret tanığın yol, konaklama ve beslenme giderlerini (başka yerden gelen tanıklar için) kapsamaktadır.²¹² Tanığa ödenecek ücretten hiçbir yasal kesinti yapılamayacağı da HMK m. 265, f. 2 uyarınca hükme bağlanmıştır.

3. Keşif Giderlerinin Ödenme Usulü ve Ödenmemesinin Sonuçları

a) Genel Olarak

İspat yükünü ve soyut delil ikame yükünü taşıyan taraf iddiasını ispat için gerekliyse keşif deliline dayanacaktır. Dilekçelerin değişimi ve ön inceleme aşamalarının ardından tahkikat faaliyeti için duruşmalar yapıldıkça, hâkim ve taraflar iddialar hakkında bilgi sahibi olacak ve somut delil ikame yükü yer değiştirebilecektir. Bu doğrultuda iddiasının ispatı için taraflardan birinin keşif talebinde bulunması karşısında hâkim, keşif için verdiği ara kararda keşif giderlerine hangi tarafın katlanması gerektiğini belirleyecektir.

Keşif gideri delil ikame avansı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu sebeple keşif giderinin taraflara ispat yüküne (soyut delil ikame yükü)²¹³ göre yükletilmesi

²¹² **Tutumlu**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, s. 151.

²¹³ İspat yükü ile delil ikame yükü birbirinden ayrı kavramlar olduğu; herşeyden önce doktrinde çoğunlukla benimsenen görüş uyarınca ispat yükünü düzenleyen kuralların maddi hukuka, delil ikamesi yükünü düzenleyen kuralların ise usul hukukuna ilişkin kurallar olduğunu belirtmek gerekir, **Belgesay**, İspat Külfeti, s. 4; **Umar/Yılmaz**, s. 32; **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 17. Soyut delil ikame yükünün kural olarak daima ispat yüküne bağlı olması durumundan yola çıkarak çalışmamızda delil ikame avansı ile ilgili delil ikame yükü açıklanırken ispat yükünden bahsedilmiştir. İspat yükü maddi hukuk temelli olduğundan değişmez; çoğu zaman davacıdadır. Taraflar arasında değişen yükün ise sübjektif ispat yükü olarak da belirtilen delil ikame yükü olduğunu belirtmek gerekir, **Umar**, Şerh, s. 552. İşte gerçek anlamda usuli bir yük olan ve maddi hukuktan ayrı olarak delillerle alakalı olan delil ikame yükü, soyut delil

gerekir. Kanunda özel bir düzenleme olmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf yani ispat yükü üzerinde olan taraf (HMK m. 190/f. 1, TMK m. 6), iddia ettiği bu vakıa için talep ettiği keşif deliline dair gideri kural olarak ödemekle yükümlü olacaktır.²¹⁴ Ancak bu durum, ispat yükü üzerinde olan tarafın keşif talebine dayandığı hal için geçerlidir. İspat yükü üzerinde olan kişi keşif talebinde bulunmazsa diğer taraf (ispat yükü üzerinde olmayan taraf) karşı ispat faaliyeti kapsamında keşif talebinde bulunabilir. Karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf ispat yükünü üzerine almış sayılmasa da (HMK m. 191) talepte bulunduğu keşfin giderleri kendisine yükletilir. İki taraf da keşif talebinde bulunmamakla birlikte uyuşmazlığın çözümü için gerekliyse hâkim re'sen keşfe karar verebilecektir. Bu durumda HMK m. 325 hükmü gereği, hâkim giderlerin taraflardan biri veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verebilir. Giderlerin ödenmemesi halinde ileride ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineden ödenmesine hükmedilerek keşif icra edilir.

b) Keşif Giderlerinin Ödenme Usulü ve Ödenmemesinin Sonuçları

Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde, dava açılırken yargılama harçları (başvurma harcı ile karar ve ilam harcı) ile dava dilekçesinin tebliği için gereken posta masrafı (pul olarak) peşin ödenmekte; diğer yargılama giderleri ise, davanın başında peşin olarak değil, yargılama sırasında, ilgili işlemin yapılmasını isteyen tarafça mahkeme veznesine peşin (avans) olarak yatırılmaktaydı.²¹⁵ HUMK m. 414 hükmü gereği, örneğin davacı taraf keşif deliline dayanmışsa buna dair mahkemenin vereceği süre içinde belirtilen keşif giderlerini

ikame yükü olarak objektif ispat yüküne bağlı iken, yargılama sırasında ortaya çıkan duruma göre hâkim, somut delil ikame yükünü belirler ve taraflardan birine yükler. Dolayısıyla somut delil ikame yükü, taraflar arasında duruma göre değişen bir nitelik arz eder (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 447).

²¹⁴ Genellikle kendi lehine hak çıkaran taraf, talepte bulunan davacı olabilir de her davada ispat yükünün davacıda olduğunu söylemek doğru değildir, Bilge **Umar**: Hususi Hukukta Karineler, s. 183; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 313. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 444; Gökçen **Topuz**, s. 26 vd. Normal durumun aksinin ispat edileceği, ispat yükünün kanun tarafından belirlendiği, menfi vakıaların ispatının söz konusu olduğu, ispat yükü sözleşmesinin yapıldığı yahut karinelerin varlığı gibi durumlarda, davalı da ispat yükü altına girebilecektir (**Umar/Yılmaz**, s. 57 vd.; **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 8 vd.; **Karşı**, s. 556-560).

²¹⁵ Baki **Kuru**: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 5, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 5330.

mahkeme veznesine ödemeye mecburdu.²¹⁶ Aksi takdirde, hâkim tarafından belirtilen süre içinde gideri ödemeyen taraf, talebinden vazgeçmiş sayılıyor idi.²¹⁷ Mahkeme, keşif deliline dayanan ve keşif talebinde bulunan tarafa keşif giderlerini ödemesi için belirli bir süre verilmekte idi²¹⁸ (HUMK m. 414 c. 2, m. 163). Kendisine verilen bu süre içinde keşfi ödemekle yükümlü taraf keşif giderlerini mahkeme veznesine yatırılıyordu. Keşif giderlerinden davetiye giderleri posta pulu olarak dosyasına konmak suretiyle ödenirdi. Diğer gider kalemleri ise, mahkemenin veznesine ödenir ve ödendiğine dair makbuz dava dosyasına ibraz edilerek ödeme yerine getirilmiş olurdu.²¹⁹

Taraf keşif kararında belirtilen süre içinde keşif giderlerini ödemezse, mahkeme, giderlerin ödemesi için tarafa ikinci bir süre verirdi. Taraf, mahkeme tarafından verilen

²¹⁶ Aynı şekilde şahit veya bilirkişi deliline veya kanunda düzenlenmemiş diğer bir delile dayanan taraf buna dair mahkeme tarafından takdir ve tespit edilen gideri ödemekle yükümlü idi.

²¹⁷ **Postacıoğlu**, s. 380, **Üstündağ**, s. 770. HUMK m. 414: “İki taraftan her biri istimaını talep eylediği şahit ve ehlihibrenin veya talebine mebni icra kılınacak keşif ve sair muamelenin masrafını tediye ve buna kifayet edecek meblağı mahkeme veznesine tevdi mecburdur. Hâkim tarafından tayin olunan müddet içinde masrafı vermeyen taraf talebinden sarfınazar etmiş addolunur.”

²¹⁸ **Kuru**, Usul (C. 3), s. 2839. “Mahkemece, davacıya verilen mehlin kesin mehil niteliğinde olması için, bu konudaki ara kararında kesin süreye uyulmamasının hukuki sonuçlarının açıkça anlatılması gerekir. Mahkemenin kesin süreye ilişkin ara kararının HUMK’nun 163. maddesinde yazılı şartları taşımadığı halde, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.”, Yarg. 5. HD., 13.02.2012, E. 2011/14680, K. 2012/1884 (*LegalBank*); “Mahkemece davacı tarafa keşif giderini yatırması için verilen kesin süre yukarıda açıklanan şekilde olmadığı için (keşif giderleri ayrı ayrı gösterilip miktarları belirtilmemiş ve kesin sürenin hüküm ve sonuçları açıklanmamıştır) usulüne uygun değildir. O halde, usulüne uygun olarak verilmeyen kesin süreye rağmen keşif giderinin süresinde yatırılmadığı gerekçesiyle davanın reddedilmiş olması doğru görülmemiştir.”, Yarg. 3. HD., 24.05.2005, E. 2005/3238, K. 2005/5772 (*Kazancı*); “Bir davada yargılama giderlerinin ödenmemesi ya da verilen önele karşın keşfe gidilmemesi durumunda yapılması gereken işlemin nelerden ibaret olduğu 3402 sayılı Kadastro Yasasının 36. ve H.Y.U.Y’nın 163. ve 414. maddelerinde belirtilmiştir. H.Y.U.Y’nın 163. maddesinde biri yasal diğeri hâkim tarafından tanınan iki türlü önelin varlığı kabul edilmiş olup bu önellere uyulmaması durumunda doğacak hukuki sonuçlar açıklanmıştır. Keşif yapılması amacıyla mahkemece H.Y.U.Y’nın 163. maddesi uyarınca ilgili tarafa keşfe ilişkin olarak verilen ara kararında yapılması gereken işlemin nelerden ibaret olduğunun tam bir açıklıkla ve eksiksiz olarak belirtilmesi, tanınan önelin işin yapılması için yeterli ve elverişli olması (keşif giderlerinin hâkim ve mahkeme personelinin yol tazminatını, taşıt giderlerini, tanık ve bilirkişi ücretlerini, bilirkişi ve tanıklara gönderilen davetiye giderlerini, işin durum ve içeriğine göre uzman bilirkişi ücretlerini karşılayacak biçimde) ayrıntılı olarak saptanması, ücretin yatırılmasından itibaren tebligat işlemlerinin yapılması için uygun süre tanınması ve kesin önel gereğinin yerine getirilmemesi durumunda doğuracağı hukuksal sonuçların açıklanması gerekir.”, Yarg. 17. HD., 02.04.2002, E. 2002/2176, K. 2002/2109 (*LegalBank*). Aynı doğrultuda bkz. Yarg. 17. HD., 19.06.2001, E. 2001/4784, K. 2001/4104 (*LegalBank*).

²¹⁹ **Bayraktaroğlu**, s. 18.

ikinci süre (kesin süre) içinde de keşif giderlerini mahkeme veznesine yatırmazsa, HUMK m. 414 c. 2 hükmü gereği keşif delilinden vazgeçmiş sayılırdı.²²⁰ Kanundan ötürü veya kamu düzeni gereği re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkim taraflar talep etmese bile re'sen keşfe karar verebilecektir. Bu halde hâkim, taraflardan birini ya da her ikisini keşif giderlerini ödemekle yükümlü tutması ve süre vermesi gerekmekte; verilen süre içinde keşif giderlerinin yatırılmaması halinde ise HUMK m. 415 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Hâkim m. 415, f. 2 hükmü gereğince, ileride haksız çıkan taraftan alınmak üzere keşif giderlerinin Hazineden karşılanmasına karar vererek keşfi icra edecektir.²²¹

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte medeni usul hukukunda “gider avansı” kurumu kabul edilmiş ve yargılama giderlerinin ödenme usulü tamamen değişmiştir.²²² Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120. maddesinin²²³ birinci fıkrası ile davacıya dava açarken yargılama harçlarının yanısıra, her yıl Adalet

²²⁰ Buna karşın Yargıtay eski tarihli bir kararında kesin sürenin dolmasından bir gün sonra keşif giderinin yatırılması halinde, keşfin yapılmamasının kesin süreden beklenen amaca aykırı olduğu yönünde bir karara varmıştır: “Olayda, davacının keşif giderini hâkimlikçe belirtilen süreden birgün sonra yani 23.5.1974 gününde yatırmış bulunmasından ötürü 3.6.1974 tarihinde yapılması kararlaştırılan keşfin icrası imkânsız hale gelmediği, davacının hoşgörülmesi zorunlu olan davranışı nedeniyle kesin mehilden beklenen amacın elde edilmesini önleyen bir durumun doğmadığı, bu itibarla keşif gideri süresi içinde yatırılmış gibi sayılarak keşfin yapılması gerekli bulunduğu düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesi yolsuzdur.”, Yarg. 1. HD., 28.11.1974, E. 1974/9366, K. 1974/8888 (*Kazancı*).

²²¹ Buna karşılık, taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkim, kendiliğinden keşif yapılmasına karar vermek zorunda değildir; fakat keşif yapılmasına karar verebilir (HUMK m. 363). Bu halde hâkim, keşif giderlerinin ilgili tarafça yatırılmasına karar verir. O taraf (veya karşı taraf) keşif giderlerini ödemezse, hâkim, keşif giderlerinin Devlet Hazinesinden ödenmesine karar veremez; yani bu halde HMK m. 415/f. 2 hükmü uygulanmaz. Çünkü taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalar kamu düzeni, ilgilendirmede için, hâkim, bu davalarda mutlaka gerçek durumu araştırmak zorunda değildir (**Kuru**, Usul, C. 3, s. 2850). Ancak, Yazar yerinde olarak taraflarca hazır ilkesinin uygulandığı bir dava dahi olsa, yapılan iki keşif arasında çelişki bulunması sebebiyle yeniden keşif yapılmasına karar verilmesi halinde, hâkimin belirleyeceği süre içinde taraflardan hiç biri keşif giderlerini yatırmazsa, hâkim, keşif giderlerinin, ileride haksız çıkacak taraftan alınmak şartıyla, Devlet Hazinesinden ödenmesine karar vereceğini belirtmektedir (**Kuru**, Usul, C. 3, s. 2853).

²²² Gider avansına ilişkin düzenlemenin sebebi olarak gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmesinin önüne geçilmesinin amaçlandığı dile getirilmektedir, HMK m. 120 hükmüne ait Hükümet Gerekçesi.

²²³ Madde hükmü şu şekildedir: “Davacı, yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı, dava açarken mahkeme veznesine vermek zorundadır. Avansın yeterli olmadığının dava sırasında anlaşılması halinde, mahkemece, bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir”.

Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı, mahkeme veznesine peşinen yatırmak zorunluluğu getirilmiştir. Üstelik davacının gider avansını yatırma zorunluluğu dava şartı olarak öngörölmüştür (HMK m. 114, f. 1, bent g).

Keşif giderlerinden sadece davetiye giderleri gider avansı kapsamında değerlendirilmesi gerekirken HMK m. 114 hükmünün hükümet gerekçesinde belirtildiği üzere, 1086 sayılı HUMK'ta yer almayan, yeni bir düzenleme yapılarak keşif giderlerinin yanısıra, her türlü tebligat ücretleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılayacak tutarın, avans olarak davacı tarafından dava açarken yatırılması zorunluluğu getirilmiştir. Böylelikle yukarıda açıklandığı üzere delil ikame avansı olarak değerlendirilmesi gereken keşif giderlerinin tamamen gider avansı olarak düzenlenmesi hatalı olmuştur.²²⁴

Avans miktarının ise, davanın türü ve özelliklerine göre, her yıl Adalet Bakanlığınca ilan edilecek tarifeye göre belirleneceği maddede yer almaktadır. HMK m. 120, f. 1 hükmüne dayanılarak Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan gider avansı tarifi (GAT) ise, 1 Ekim 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.²²⁵

HMK m. 120 hükmü sadece keşif giderinden söz etmekte ancak keşif giderine hangi masraf kalemlerinin dahil olduğunu belirtmemektedir. Keşif giderlerinin nelerden oluştuğu GAT m. 3'te gösterilmektedir. Maddede, davacı, bu Tarife'de gösterilen gider avansını dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır denildikten sonra gider avansının her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri kapsadığı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, gider avansı miktarını gösteren GAT m. 3 bent c hükmü gereği keşif giderinin miktarı, keşif harcı avansı ile birlikte 75 TL ulaşım gideridir.

HMK m. 120 ve GAT m. 3 gereğince gider avansı kapsamında öngörölen keşif giderlerinin, henüz dava açarken davacı tarafından mahkeme veznesine yatırılması zorunluluğunu öngören hüküm isabetli değildir. Gider avansının yeterli olmadığını

²²⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 849; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 714.

²²⁵ RG tarihi: 28.09.2014 RG sayı: 29133. Adalet Bakanlığı tarafından yer yıl Resmi Gazete'de yayımlanan gider avansı ücret tarifesine dair tebliğin ilki 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmişti.

dava sırasında anlaşılması halinde mahkeme tarafından davacıya iki haftalık kesin süre verilir (HMK m. 120, f. 2). Dava şartı (HMK m. 114, f. 1, bent, g) olan gider avansının yatırılmaması veya tamamlanmaması halinde dava, dava şartı yokluğundan usulden reddedilir.

Bununla birlikte, 03 Nisan 2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği²²⁶ (“HMKY”)’nin 36. maddenin ikinci fıkrasında “Dava dilekçesi, dava harca tâbi ise harç ve gider avansı, harca tâbi değilse gider avansı tahsil edildikten sonra tevzi edilir” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm de davanın başında gider avansının tahsil edileceğini, ancak ondan sonra davanın açılabilceğini açıkça belirtmektedir.

Yönetmeliğin yargılama giderlerine dair üçüncü bölümünde “Harç, gider avansı ve delil avansının ödenmesi” başlıklı 45. maddesinde, HMK m 120, f. 1 ve GAT m. 3 ile aynı doğrultuda, gider avansının her türlü tebligat ve posta giderlerinin yanında keşif giderleri, bilirkişi ücretleri, tanık ücretleri ve benzeri delil ikame giderlerinden oluştuğunu öngörmektedir.

HMK, Yönetmelik ve Gider avansı tarifesinin ilgili hükümleri dikkate alındığında kanun koyucu, davacının dava açarken yargılama harçlarına ilaveten mahkeme veznesine yatırmak zorunda olduğu gider avansını, dava nedeniyle yapılacak her türlü tebligat ve posta giderinden ibaret görmediğini ve delil ikame avansını da gider avansına dahil kabul ettiğini açıkça ortaya koymaktadır.²²⁷ Böylelikle, HMK’nın 324. maddesinde²²⁸ yer alan delil ikame avansı ile ilgili düzenleme tümüyle gözardı edilmiştir.²²⁹

²²⁶ RG tarihi: 03.04.2012, RG sayı: 28253.

²²⁷ Mustafa Serdar **Özbek**: Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, Ankara 2013, s. 79.

²²⁸ Keşif giderlerinin de dahil olması gereken delil ikamesi avansı ile ilgili 324. madde şöyledir:

“Taraflardan her biri ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorundadır. Taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler. Taraflardan birisi avans yükümlülüğünü yerine getirmezse, diğer taraf bu avansı yatırabilir. Aksi halde talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılır. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işler hakkındaki hükümler saklıdır”.

²²⁹ Süha **Tanrıver**: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012/99, s. 25, Yazar, anayasal bir özgürlük olan hak arama

Gider avansı ile delil ikame avansı gerek şartları gerekse sonuçları bakımından hukuken birbirinden ayrı kavramlardır.²³⁰ Delil avansının gider avansı içinde öngörülmesinin bu sebeple uygun olmadığı kanaatindeyiz. Zira, delil ikame avansı ispat ve delil ikame yüküyle yakından bağlantılıdır. Derdest davada, tanık dinleneceği, bilirkişi incelemesi yapılacağı veya keşfe gidileceği davanın başında kesin olarak belli olmayıp ancak çekişmeli vakıalar belirlendikten ve vakıalara dair deliller toplandıktan sonra belirlenebilecektir. İspat ve delil ikame yükünün hangi tarafta olduğu mahkemenin yapacağı tahkikat sırasında vereceği ara kararı ile (HMK m. 189, f. 5) belli olacaktır.²³¹ Taraflar davanın başında ispat yükünü taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın ispat faaliyetine girer ve delil gösterirler. Bu sebeple henüz davanın başında o delile dayanıp dayanmayacağı belli olmayan taraf için gider alınması uygun olmayacaktır.

Tebliğat giderleri (GAT m. 4/I-a) ile diğer iş ve işlemleri için alınması gereken giderler (GAT m. 4/I-d) bir yana bırakıldığında, tanık, keşif ve bilirkişi giderlerinden

özgürlüğünün (AY m. 36, f. 1) kullanılması bağlamında, uygulamada ciddi sıkıntılar yaratan gider avansına ilişkin düzenlemelerin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 324. maddesindeki delil ikamesi avansı ile ilgili düzenleme de gözetilerek, gözden geçirilmesinde ve bir düzeltme tâbi tutulmasında büyük yarar olduğu düşüncesindedir.

²³⁰ HMK m. 120 uyarınca dava şartı olan, “dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri” şeklindeki gider avansı olup, delil avansı dava şartı değildir ve delil avansının davanın başında alınmasında kanuni bir zorunluluk yoktur. Delil avansının yatırılmaması, “davanın dava şartı yokluğu nedeniyle reddine” neden olmaz; sadece avans yükümlülüğünü yerine getirmeyen taraf, talep ettiği delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılır, HMK m. 324/f. 2, (Özbek, s. 80). “Taraflardan her biri ikamesi talep ettiği delil için, mahkemece belirlenen avansı verilen kesin süre içinde yatırmak zorundadır. Verilen kesin süre içinde delil avansının yatırılmamış olmasının sonucu, talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılmaktır. Bu sebeple, ikame edilmemiş olan bir delil için, avans yatırılmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddi doğru değildir. HMK m. 141, fıkra 1, bent g maddesinde ‘dava şartı’ olarak kabul edilen ‘gider avansı’, taraflarca ikame edilen deliller için mahkemece belirlenen delil avansı olmayıp, zorunlu gider avansıdır. Tarafların ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansın, tanınan kesin süre içinde yatırılmamış olması, ancak o delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılmayı gerektirir. Yoksa hiçbir şekilde delil avansının yatırılmamış olması davanın usulden reddin gerektirmez.”, Yarg. 2. HD. 17.06.2013, E. 2013/4110, K. 2013/16762 (Legalbank). Delil ikame avansı ile gider avansının hüküm ve sonuçları itibarıyla farklı kavramlar olduğunu belirten aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 1. HD., 27.06.2013 T., E. 2013/5655, K. 2013/10755; Yarg. 3. HD., 02.07.2013, E. 2013/8008, K. 2013/11405; Yarg. 12. HD., 17.09.2013, E. 2013/19222, K. 2013/28743; Yarg. 14. HD., 24.09.2013, E. 2013/8793, K. 2013/12123 (Abay, s. 369, 401 ve 742).

²³¹ Özbek, s. 137; Toraman, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, s. 67, 70.

oluşan delil ikame avansının davanın başında (tahkikata başlamadan) yatırılması, davacıyı henüz işlemeye başlamamış ve akıbetinin ne olacağı belli olmayan bir yargısal süreçte yükümlülük (mali külfet) altına da²³² sokmaktadır. Ayrıca gider avansının, delil ikame avansını da kapsayacak şekilde getirilen düzenlemenin HMK m. 324'e aykırılığı karşısında, dava şartı olan gider avansının kapsamı sadece tebligat ile diğer iş veya işlemler için alınacak giderlere özgülenmelidir. Keşif gideri gibi delil ikame avansını yatırmayan veya eksik yatıran tarafa, talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı yatırması için tarafa kesin süre (HMK m. 94) verilmelidir. Mahkeme tarafından keşfe dair ara kararı ile böyle bir süre verilirken de mahkeme öncelikle delil ikame avansının hukuki sonuçları hakkında uyarı yapmalıdır.²³³ Avans yatırma yüküyle mahkemece yüklenmiş taraf bu avans yükümlülüğünü yerine getirmez ve diğer taraf da süresinde avans miktarını yatırmazsa dava reddedilmemelidir. Bu halde dava dosyasındaki deliller uyumsuzluk konusu çekişmeli vakıaları ispatlamaya yetmezse, dava bu sebeple esastan reddedilir. Kesin süreye uymama neticesinde davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddi²³⁴ ya da davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi²³⁵ gibi kararlar hukuka aykırıdır. Bu halde yalnızca HMK m. 324, f. 2 uyarınca, talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılmalıdır.

Bununla birlikte, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği bir dava ve iş söz konusu ise, HMK m. 325 hükmü uygulama alanı bulur. Buna göre, hâkim tarafından re'sen başvuru deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verilir. Belirlenen

²³² **Özbek**, s. 138

²³³ İbrahim **Ercan**/Aziz Serkan **Arslan**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Öngörülen Gider Avansının Uygulanması İle İlgili Ortaya Çıkan Bazı Meseleler ve Bunların Değerlendirilmesi, SÜHFD 2012/2, s. 172.

²³⁴ “Davacı tarafından kesin mehile rağmen keşif giderinin yatırılmaması halinde dosyadaki diğer deliller değerlendirilerek mevcut delillerle davanın ispatlanamaması halinde bu gerekçe ile davanın reddine karar verilebilir. Mahkemece, kesin süre içerisinde keşif giderlerinin yatırılmadığı, dava şartının yokluğu gerekçesiyle davanın reddi doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir.”, Yarg. 14 HD., 13.02.2013, E. 2012/14090, K. 2013/2104 (**Ateş**, s. 1268).

²³⁵ “Kesin süreye uyulmaması halinde, mahkemece ancak keşif deliline dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına sayılarak davanın esası hakkında karar verilmesi gerekli olup, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi bu nedenle yerinde değildir.”, Yarg. 20. HD. 22.05.2012, E. 2012/5112, K. 2012/775 (**Kazancı**).

süre içinde bu işlemlere ait giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineden ödenmesine hükmedilir.²³⁶

Sonuç olarak, delil avansı olan keşif gideri, 1086 s. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde dava sırasında ve keşif talep eden delil ikame yükü üzerine düşen taraftan alınmaktaydı. 6100 s. HMK'nın yürürlüğe girmesi ile aslında delil ikame avansı olan bu giderin henüz dava başında, keşfe dayanan davacıdan peşinen olarak mahkeme veznesine yatırılmasının istendiği ve bunun gider avansına dahil edilerek bir dava şartı²³⁷ olarak düzenlendiği görülmektedir.

Anglo – Amerikan Hukuk sisteminde davayı kaybeden taraf yargılama giderlerine katlanır. Ayrıca davayı kaybeden taraf kendi vekiline ve karşı tarafın vekiline vekâlet ücreti ödemekle de yükümlüdür. Keşif talep eden taraf keşfe ilişkin tüm giderleri ödemek zorundadır.²³⁸ Özel ve beklenmeyen durumlar dışında keşif giderleri kural olarak ulaşım giderleri, otopark giderleri, otoban ücretleri ve keşfe katılan rehber kişi veya uzman kişiye (shower) ödenecek ücreti kapsar.²³⁹ Keşif talep eden taraf hesaplanan keşif giderlerini önceden mahkeme veznesine yatırmalıdır. Aksi takdirde keşif icra edilmez. Davanın sonunda yargılama giderleri davayı kaybeden tarafa yükletileceğinden, şayet keşif giderini önceden mahkeme veznesine yatıran taraf davayı kazanmış ise, önceden yatırmış olduğu teminat kendisine iade edilecektir. Bu durumda davayı kaybeden taraf tüm yargılama giderlerine ve dolayısıyla keşif giderlerini de katlanmak zorunda kalacaktır. Mahkemenin re'sen keşfe karar verdiği durumlarda ise keşif giderleri için teminat yatırılması talep edilmemekte; dava sonunda davayı

²³⁶ Umar, Şerh, s. 904; Yılmaz, Şerh, s. 1396; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 716; Sungurtekin Özkan, s. 298.

²³⁷ Aslında dava şartı olması itibarıyla gider avansı yatırılmadan dava açılmaması gerekir. Ancak bu husus ihmal edilerek dava açılmış olsa bile, ön inceleme aşamasında hâkim, öncelikle davacıya gider avansı yatırması için iki haftalık kesin süre vermeli, bu süre içinde de avans yatırılmaması halinde davayı esasa girmeksizin dava şartı yokluğundan reddetmelidir (Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 294).

²³⁸ Fla.R.Civ.P.1.520; Waller v. Baxley, 565 So.2d 808, 808 (Fla. 2d DCA 1990).

²³⁹ Pa. R. Civ. P. 219 (1987); Lipson, § 3.03 [4]. Bu uzman kişilerin statüsü HMK anlamında “uzman görüşüne” başvurulmuş uzman kişilerle aynı değildir. Çünkü buradaki uzman kişiler HMK'dakinin aksine mahkeme çalışanı konumundadırlar.

kaybeden taraf diğer yargılama giderleriyle birlikte keşif giderlerine de katlanmaktadır.²⁴⁰

Ancak Amerikan yargılama hukukundaki durum diğer Anglo – Amerikan hukukuna tâbi ülkelerden farklıdır. Amerikan hukukunda davayı kaybeden taraf, mahkemenin yapmış olduğu yargılama giderlerini ödemek durumunda olsa da, kural olarak taraflar kendi yapmış oldukları masraflara katlanırlar. Dolayısıyla davayı kazanmış olan taraf da kendi yapmış olduğu giderleri kendisi karşılar. Ayrıca davayı kazanan taraf kaybeden taraftan vekâlet ücreti almaya da hak kazanmaz.²⁴¹ Dolayısıyla Amerikan hukukunda keşif talep eden taraf yatırmış olduğu keşif giderini daha sonra davayı kazanmış dahi olsa geri alamaz. Mahkemenin re'sen keşfe karar verdiği hallerde ise kural olarak keşif giderine davayı kaybeden taraf katlanır. Buna karşın mahkeme keşif giderlerinin davanın tarafları arasında paylaşılmasına da karar verebilir.²⁴²

III. Keşfe Hazırlık İşlemleri

1. Genel Olarak

Keşif kararından itibaren keşfin icra edilmesine kadar geçen süre zarfında mahkemenin keşifle ilgili birtakım hazırlık işlemleri yapması gerekmektedir. Keşfe hazırlık işlemlerini genel olarak, keşfin uygulanması için gerekli belgelerin hazırlanması, gerekliyse bilirkişinin seçimi, yine gerekli görülürse keşif yerinde dinlenecek olan tanıkların belirlenmesi ve keşif zamanında keşif mahallinde bulunacak olanların çağırılması için davetiyelerin tebliği olarak sıralayabiliriz. Ayrıca, keşif zamanından evvel, keşfi icra edecek hâkimin keşfin konusunu iyi saptayarak keşifte incelenmesi gereken hususları belirlemesi ve bu doğrultuda taraflara, tanık ve bilirkişilere soracağı soruları hazırlaması önemlidir. Usul ekonomisi bakımından önceden keşfin konusunun, keşifte görev yapacak olan bilirkişilere ve tanıklara neler

²⁴⁰ Lipson, § 3.03 [4]; Grant/Zeldin, s. 107.

²⁴¹ Lipson, § 3.03 [3].

²⁴² Lipson, § 3.03 [3]; Grant/Zeldin, s. 107.

sorulacağı gibi konular üzerinde iyi düşünülerek hareket edilmesi büyük yararlar getirir ve böylece keşfin amacına ulaşmasını sağlar.²⁴³

2. Keşfin İcrası İçin Gereken Belgelerin Toplanması

Keşfin icrasından önce mahkeme tarafından keşfin icrası sırasında kullanılabilecek tüm belgeler toplanmalıdır. Tarafların ve üçüncü kişilerin keşfe konu taşınmaza ilişkin ellerindeki tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmeleri gerekmektedir. Davanın özelliğine göre mesela keşif konusu taşınmaz olduğunda mahkeme, taşınmaza dair tapu kayıtlarını, çaplı ve onaylı krokisini, taşınmazla ilgili harita ve planları temin etmelidir. Yargıtay bir kararında “Bir kadastro davasında, kadastro tespitine dayanak yapılan tapu ve vergi kaydı, davacı tarafın tutunduğu vergi kaydı ile çekişmeli taşınmazlar komşu taşınmazların tespit tutanakları ve dayanakları kayıtları getirtilmeden keşfe karar verilemez”²⁴⁴ demiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince taraflar kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan bütün belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar (HMK m. 219). Bu sebeple, ispat yükünü taşımayan taraf uyuşmazlığın aydınlatılması için icra edilen keşfe ilişkin mahkemenin isteyeceği veya karşı tarafın talep edeceği tüm belgeleri ibraz etmek zorundadır. Aydınlatma ödevinin pozitif hukuktaki görünümleri arasında olan tarafların ellerindeki belgelerin mahkemeye ibraz zorunluluğu²⁴⁵ kapsamına tüm belgeler gireceğinden keşfe ilişkin gerekli tüm belgeler taraflarca ibraz edilmek mecburiyetindedir.²⁴⁶ Belgelerin ibrazı mecburiyeti sadece

²⁴³ Yılmaz, Şerh, s. 1264; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 363; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 444; Umar, Şerh, s. 726; Muşul, s. 405; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 524.

²⁴⁴ Yarg. 14. HD., 30.01.2012, E. 2012/493, K. 2012/983; Yarg. 7. HD., 24.03.2000, E. 2000/1135, K. 2000/1446 (Karahacıoğlu/Parlar, s. 1034 ve 1035). Taşınmazlara ilişkin keşiften önce hazırlanması zorunlu olan belgeler için bkz. Özdil, s. 71 vd.

²⁴⁵ Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi, s. 2.

²⁴⁶ Taraflar için usuli bir yük olan belgeyi ibraz etme zorunluluğuna aykırı davranarak taraf, belgeyi ibraz kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir (HMK m. 220).

tarafklar için değil, uyuşmazlığın aydınlatılmasına katkıda bulunma yükümlölüğünün sonucu olarak HMK m. 221 hükmü gereği üçüncü kişiler için de getirilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, keşfe karar veren mahkeme kendiliğinden veya tarafların talebi ile keşfin icrası için gerekliyse üçüncü kişi veya kurumun elinde bulunan belgenin ibrazını emreder.²⁴⁷

3. Bilirkişi Seçimi

Keşif kararını veren mahkeme, HMK m. 288, f. 1, c. 2 gereğince keşif esnasında bilirkişinin yardımına başvurabilir. Bir taşınmazla ilgili icra edilecek keşifle ilgili olarak hâkim, dava konusu itibariyle çözümlü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir (HMK m. 266,f. 1). Bir davada teknik ve özel bilgiyi gerektiren bir hal olup olmadığının takdiri hâkime aittir.

Çözümlü özel veya teknik bilgi gerektiren bir sorun hakkında kendi şahsi bilgisini kullanamayacak olan hâkim, bu hususlarla ilgili teknik bilirkişiye başvurmak ve çekişmeli vakıanın aydınlatılmasını sağlamak zorundadır. Taşınmazlar hakkında keşfin icrası sırasında ekseriya özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir husus olabileceğinden, hâkimin keşif sırasında bilirkişi incelemesi yaptırması sık rastlanılan bir durumdur.

1086 sayılı Kanun'un bilirkişinin seçimi usulüne²⁴⁸ ilişkin tarafların bilirkişi seçiminde anlaşabileceği, anlaşamamaları halinde hâkim tarafından bilirkişi seçileceği

²⁴⁷ HMK m. 221, f. 3 uyarınca, belgeyi ibraz zorunda olan üçüncü kişiler, tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere göre, belgeyi ibrazdan kaçınabilirler. Belgeyi ibraz zorunda olanlara karşı tanıklara ilişkin hükümler uygulanır. Dolayısıyla bu durumda HMK m. 245 hükmü uygulanacaktır.

²⁴⁸ HUMK'nın yürürlükte olduğu dönemde m. 276 gereği, bilirkişi seçimi hususunda ilk söz hakkı taraflara aitti. Hâkim tarafların talebi ile yahut kendiliğinden bilirkişinin görevlendirilmesine karar verdiğinde önce tarafların bilirkişinin kim olacağı konusunda anlaşmaları için imkân vermekteydi. Tarafların bilirkişinin kim olacağı noktasında uzlaşmaları halinde, hâkim sadece bu kişinin dava konusu ile ilgili olarak uzman olup olmadığı hususunu dikkate almaktaydı. Taraflarda da bilirkişi seçmeleri istenirken, kendileri dava konusu özelliği de dikkate alarak bilirkişinin nitelikleri hususunda uyarılmaktaydı. Taraflar HUMK'ya uygun olarak sözbirliği ile bilirkişiye seçemezlerse, hâkim re'sen

(HUMK m. 276/I) düzenlemesi 6100 sayılı Kanun ile esaslı şekilde değiştirilmiştir. Buna göre; konunun uzmanı olan kişilerin, bilirkişi olarak görevlendirilmesini mümkün kılmak, bilirkişilerin disiplin altına alınmasını ve takip edilmelerini sağlamak amacıyla, mahkemelerin yargı çevresi²⁴⁹ içinde yer aldıkları bölge adliye mahkemeleri adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl bilirkişi listeleri²⁵⁰ düzenlenmesi esası getirilmiştir²⁵¹. Hâkim, keşif sırasında bilirkişi deliline başvurulmasını gerekli görüyorsa, bu listede yer alan kişiler arasından görevlendirmesini yaptığı bilirkişiyi keşfe dair ara kararında gösterecektir. Listelerde bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişinin bulunmaması halinde, diğer adliyelerde oluşturulmuş listelerden, burada da yoksa liste dışından bilirkişi görevlendirebilecektir (HMK m. 268).²⁵²

Mahkeme, seçmiş olduğu bilirkişiyi keşif kararında belirttikten sonra, tarafların da görüşünü almak suretiyle keşif konusu taşınmaza dair incelenmesi istenen konuyu bütün sınırlarıyla açıkça belirlemeli ve bilirkişinin cevaplaması gereken soruları göstermesi gerekir.²⁵³ Bilirkişiye, görevlendirme yazısının ekinde, inceleyeceği şeyler,

bilirkişiyi seçmekteydi. Ancak, hâkim tarafların gösterdikleri fakat üzerinde anlaşılmadıkları şahıslardan birini re'sen bilirkişi olarak seçememesi gerekiyordu, **Kuru**, Usul, C. 3, s. 1848, **Yılmaz**, s. 67, **Bayraktaroğlu**, s. 29.

²⁴⁹ 5235 sayılı Adli Mahkemeler Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, mahkemelerin yargı çevresi, bulundukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırlarıdır. Büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir belediyesi sınırları içindeki il ve ilçelerin adı ile anılan sulh veya asliye hukuk mahkemelerinin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Sacılar Yüksek Kurulunca belirlenir.

²⁵⁰ HMK m. 268, f. 3 hükmüne dayanılarak Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik 08.04.2012 T. ve 28258 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁵¹ HMK m. 268 hükmüne ait Hükümet Gerekçesi. Bu sistem ilk olarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 64. maddesi ile hukukumuzda girmiştir.

²⁵² Listedeki bilirkişi seçilmesi halinde seçilen bilirkişi listeye girmeden evvel Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesi gereği yemin ettiğinden tekrar bilirkişilik görevi esnasında yemin etmez. Fakat HMK m. 271, f. 2 hükmü gereği, listelere kaydedilmemiş olan kimseler arasından bilirkişiler görevlendirilmişse, kendilerine görevlendirilen mahkemece, huzurda göreve başlamadan önce yemin verilir. Yemine ilişkin tutanak, hâkim, zabıt kâtibi ve bilirkişi tarafından imzalanır. Şayet keşif esnasında bilirkişi seçilmişse, keşif yerinde hâkim huzurunda yemin eden bilirkişinin ifadeleri keşif tutanağına kaydedilir.

²⁵³ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 363; **Kuru/Arsan/Yılmaz**, s. 444; **Umar**, Şerh, s. 726; **Muşul**, s. 405; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 524.

dizi pusulasına bağılı olarak ve gerekiyorsa mühürlü bir biçimde teslim edilir, ayrıca bu husus tutanakta gösterilir (HMK m. 273, f. 2).²⁵⁴

4. Tanık Dinlenmesine Karar Verilmesi

Uyuşmazlık konusu maddi vakıanın daha iyi aydınlanacağını düşünen hâkim, HMK m. 290, f. 2 uyarınca, tarafların göstermiş olduğı tanıkları mahkemede değıl, keşif mahallinde dinleyebilir (HMK m. 259 f. 2). Tanıkların taşımazların başında dinlenmesi gerçeğı daha iyi aydınlatılabileceğinden onların keşif yerinde dinlenmeleri daha uygun olabilecektir.²⁵⁵

Keşfin icrasında tanık deliline dayanan tarafların dilekçelerin değışimi aşamasında hangi vakıaların ispatı için tanık deliline başvurmuş olduklarını somutlaştırma yüküne uygun olarak (HMK m. 194) bildirmeleri gerekir (HMK m. 119, f. 1; HMK m. 129, f. 2, bent e). Dilekçelerin değışimi aşamasında tanık deliline dayanan tarafların HMK m. 240 fıkra 2 gereğince kural olarak, tanık dinletilmesi istenilen vakıayı ve dinlenecek tanıkların ad ve soyadı ile tebliğ e lverişli adreslerini²⁵⁶ içeren listeyi dilekçelerin değışimi aşamasında mahkemeye tevdi etmeleri zorunlu değıldir.²⁵⁷ Taraflar arasında hangi vakıaların ihtilaflı olduğı ve bu vakıaların ispatı için tanık dinletilmesinin mümkün olup olmadığı ancak bütün iddialar ve savunmalar toplandıktan sonra belirlenebilir. O yüzden öncelikle dilekçelerin değışimi aşmasında iddia ve savunmalar toplanıp ihtilaflı vakıalar belirlenmelidir ki, bu işlemler en erken ön

²⁵⁴ Ayrıca, bilirkişi, incelemesini gerçekleştirebilmek için, bazı hususların önceden soruşturulması ve tespiti ile bazı kayıt ve belgelerin getirtilmesine ihtiyaç duyuyorsa, bunun sağlanması için, bir hafta içinde kendisini görevlendiren mahkemeye bilgi verir ve talepte bulunur (HMK m. 275).

²⁵⁵ **Kuru**, Usul, C. 3, s. 2865; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 443; **Ertanhan**, s. 235; **Umar**, s. 798.

²⁵⁶ Tanık listesinde adres gösterilmemiş veya gösterilen adreste tanık bulunamamışsa, tarafa adres göstermesi için, işin niteliğine uygun kesin süre (HMK m. 94) verilir. Bu süre içinde adres gösterilmez veya gösterilen yeni adres de doğru değılse, bu tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılır (HMK m. 240/III).

²⁵⁷ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 24, 25. Dava ve cevap dilekçesine sadece yazılı belgelerin eklenmesi gerekir. Tanık listesi bu anlamda dilekçeye eklenecek belgeler arasında değıldir (**Yılmaz**, Şerh, s. 802; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 386; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 422; **Umar**, Şerh, s. 722).

inceleme aşamasında yapılabilir.²⁵⁸ Bu sebeple özellikle keşfin icrasında tanık dinlenmesi kural olarak tahkikat aşamasında gerçekleşebileceğinden hâkim bu aşamada taraflardan tanık listesini isteyebilecektir.²⁵⁹

Mahkeme tanık listesinde mevcut olan tanıklardan dinlenmesine karar verdiklerini, davetiye ile keşif mahalline çağırarak şeklinde bir ara kararı düzenler (HMK m. 243, f. 1, c. 1 kıyasen). Ancak, davetiye gönderilmeden taraflarca hazır bulundurulan tanıklar da dinlenir (HMK m. 243, f. 1). Dolayısıyla, taraflar da daha önce davetiye gönderilmemiş olsa bile tanıklarının keşif yerinde hazır bulundurabilirler.²⁶⁰

Ayrıca, tanık gösteren taraf tanıkların keşif mahalline gelmeleri için hâkimin belirlediği tanık giderlerini de verilen kesin süre içinde avans olarak mahkeme veznesine yatırmak zorundadır (HMK m. 324, f. 1). Süresi içinde tanık gider avansını yatırmayan taraf tanık dinletmekten vazgeçmiş sayılır (HMK m. 324, f. 2).

Anglo – Amerikan hukukunda keşif tanıklarla birlikte veya tanıklar olmadan yapılabilir. Tanıkların keşif esnasında hazır bulunmaları tamamıyla somut olayda keşifle elde edilmek istenen sonuca bağlıdır. Somut olayda keşif yoluyla jürinin konuyla ilgili daha çok bilgi edinmesi ve kanaatinin oluşması amaçlanıyorsa, sadece hâkim ve jürinin keşfi gerçekleştirmesi ve bu esnada tanık bulundurulmaması mümkündür. Ancak keşfin amacı tanığın (veya tanıkların) sadece beyanlarıyla sınırlı kalmayarak olayla ilgili bilgilerini daha doğru ve emin şekilde aktarması olduğundan keşif esnasında tanık da hazır bulunabilir. Tanık bu durumda önce yemin eder, ardından bildiklerini keşif mahallinde hâkim ve jüri üyeleri önünde anlatır. Yemin ettirilmeyen tanık kesinlikle dinlenilmez.

²⁵⁸ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 25.

²⁵⁹ Bu listede gösterilmemiş olan kimseler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir liste verilemez. Davaların makul sürede bitirilmesi açısından usul ekonomisine hizmet eden ikinci tanık listesinin verilemeyeceğine ilişkin bu kesin kural, kamu düzeninden olup, davanın hâkimi bunu kendiliğinden dikkate almak zorundadır, **Umar**, Şerh, s. 725, **Muşul**, s. 385. **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 35.

²⁶⁰ **Yılmaz**, Şerh, s. 1262. HUMK'nın yürürlükte olduğu zamanda olmayan ancak uygulamada kabul edilen bu husus, HMK m. 243 f. 1 c. 2 ile kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur. Buna göre, keşfe dair ara kararda keşif mahallinde tanık dinlenmesi üzerine tarafa tanık listesi için kesin süre verildiği halde, liste verilmemiş olsa dahi taraf, tanıklarının keşif mahallinde kendi imkânlarıyla hazır ettiğinde, hâkim hazır bulunan tanıkları dinleyecektir.

Hâkim keşif esnasında gerek re'sen gerekse taraflardan (veya vekillerinden) birinin (veya her ikisinin) talebi üzerine tanıklardan bildiklerini anlatarak keşfin icrasına yardımcı olmalarını isteyebilir. Hâkim, keşif mahallinde tanıklara olayın aydınlatılması için sorular sorabilir, olayın gerçekleşme şekliyle ilgili veya nesnenin özelliklerine dair bildiklerini anlatmalarını talep edebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, tanıklara sadece keşif konusu nesne ile ilgili sorular sorulması, bu soruları kural olarak hâkimin sorabilmesi (istisnaen jüri üyelerine hâkimin soru sorma hususunda izin verebilmesi) ve asıl uyuşmazlık konusuyla ilgili konulara girilmemesidir. Çünkü keşif esnasında jüri üyelerinin dava ile ilgili yanlış yönde kanaat sahibi olarak tarafsızlıklarını kaybetmelerinin önüne ancak bu şekilde geçilebilir. Aksi takdirde jüri üyeleri dava konusu hakkında yanlış bilgi sahibi olup, uyuşmazlığın çözülmesinde yanlış değerlendirmelerde bulunabilirler.²⁶¹ Burada önemli olan, hâkimin ve jüri üyelerinin keşif konusu nesneyle ilgili olarak tam ve objektif bir bilgiye sahip olup, sonrasında dava esnasında halihazırda toplanmış olan delilleri ve tanık ifadelerini daha doğru biçimde analiz edebilmelerinin sağlanmasıdır. Buradaki amaç delil toplamak değildir.

Bu sebeple keşif esnasında tarafların tanık ifadesine başvurmaları, tanıklara soru sorması veya çapraz sorguda bulunabilmeleri söz konusu değildir. Keşfin amacı yargılamada sırasında toplanan delillerin en doğru biçimde değerlendirilmesine, anlaşılmasına yardımcı olabilmektir. Mesela jüri üyeleri (ve hâkim) keşif esnasında edindikleri somut ve objektif gözlemlerini, keşif konusu nesneyle ilgili (önceden) yargılama sırasında alınan ve birbiriyle çelişen tanık ifadelerindeki çelişkiyi gidermek için kullanabilirler.²⁶²

Mahkeme gerekli gördüğü takdirde tanığın daha önceki beyanlarının doğruluğunun teyidi için temsili uygulama yaptırabilir.²⁶³ Buna karşın Türk hukukundan farklı olarak Anglo – Amerikan hukukunda keşifte dinlenen tanığın ifadesi yazılı olarak alınarak tutanağa geçirilmez. Tanık sadece keşif esnasında sözlü olarak dinlenir, sorulacak sorulara cevap vermesi beklenir. Bu durum Anglo – Amerikan

²⁶¹ Panama City v. Eytchison, 134 Fla. 833, 184 So. 490, 492 (1938).

²⁶² Dempsey-Vanderbilt Hotel v. Huisman, 153 Fla. 800, 15 So.2d 903, 906 (1944).

²⁶³ **Dennis**, s. 503; **Bojczuk**, s. 314; Sir Maurice **Casey**: Principles of the Law of Evidence (8. Bası, Wellington 1996), s. 1.6.

hukukunda eleştirilmektedir. Özellikle hâkimin, tüm jüri üyelerinin, tarafların ve vekillerin katılmış olduğu (tüm yargı unsurlarının hazır bulunduğu) keşif esnasında dinlenen tanıkların ifadelerinin yazılı olarak alınıp, bir yazılı delil elde etmenin mümkün olmamasına tutarlı bir gerekçe bulunması mümkün değildir.²⁶⁴ Bu sebeple, çoğu zaman (yazılı ifade alınıp yazılı delil elde edilemediğinden) keşif bir “gezi”den ibaret kalabilmektedir şeklinde eleştirilere maruz kalabilmektedir.²⁶⁵

Tanıkların beyanda bulundukları ve sorulara cevap verdikleri keşif, yargılamanın parçasıdır ve önemli delillerin elde edilmesine hizmet eder. Bu sebeple, önemine binaen keşif gerek hâkimin gerekse jüri üyelerinin huzurunda icra edilmelidir. Aksi takdirde, jüri üyelerinin bulunmasına karşın hâkimin katılmadığı bir keşif yargılamayı sakatlar.²⁶⁶ Çünkü tanıkların katılımı ile yapılan keşif artık nihai kararı etkileyebilecek bir işlemdir. Aynı kural keşfe karar verilen davada keşif esnasında dinlenebilecek herhangi bir tanığın bulunmadığı (veya ihtiyaç duyulmadığı) haller için de geçerlidir. Tanık dinlenilmesine ihtiyaç bulunmayan bir keşif dahi jüri üyeleri ve mutlaka hâkimin katılımı halinde geçerli şekilde icra edilebilir; hâkim katılmazsa bu eksiklik yargılamayı geçersiz kılar.²⁶⁷ Bu yaptırımın öngörülmüş olmasının sebebi Anglo – Amerikan hukukunda hâkimin delilleri toplaması, incelemesi ve edindiği kanaatle birlikte tüm delilleri, kararını vermesi için jüriye teslim etmesi usulüdür. Hâkim bu sebeple delillerin gerçeğe uygunluğu konusundaki kanaatinin doğru oluşması için mutlaka keşifte bizzat bulunmalı; keşfi sevk ve idare etmelidir. Hâkimin delillerle ilgili kanaati, jüriyi de etkileyen oldukça kritik bir husustur. Keşif esnasında mahkeme zabıt kâtibinin de (raportör; *reporter*) hazır bulunması zorunludur.²⁶⁸

²⁶⁴ **Mueller/Mueller**, s. 1195.

²⁶⁵ **Mueller/Mueller**, s. 1195.

²⁶⁶ *Tameshwar v. R.* [1957] A.C. 476 PC; **Bojczuk**, s. 315.

²⁶⁷ *Salisbury v. Woodland* [1970] 1 QB 324, s. 343; *R. v. Hunter* [1985] 1 W.L.R. 613 CA; Cristopher **Allen**: Practical Guide to Evidence (4. Bası, Londra 2008), s. 63; **Malek/Auburn/Bagshaw**, s. 10; **Uglow**, s. 172.

²⁶⁸ *State v. Garden*, 267 Minn. 97, 111, 125 N.W.2d 591, 600 (Minn. 1963).

5. Keşifte Hazır Bulunacakların Keşif Mahalline Çağrılması

Keşfin bir mahkeme usul işlemi²⁶⁹ olması itibariyle hâkim olmadan yapılan işlem HMK m. 288 anlamında keşif olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla, hâkim mutlaka kararında belirttiği gün ve saatte keşif yerinde olmak ve keşfi gerçekleştirmek zorundadır.

Hâkimden başka zabıt kâtibinin de keşif yerinde mutlaka hazır bulunması gerekmektedir. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 157 hükmü, mahkemede veya mahkeme dışında hâkim huzurunda yapılacak bütün işlemlerde zabıt kâtibinin bulunmasını zorunlu kılmıştır. Hukuki veya fiili engellerle zabıt kâtibi görev yapamayacak durumda olur ve işin gecikmesinde sakınca bulunursa, görevin niteliğine uygun yemin ettirilmek koşuluyla, başka bir kimse, zabıt kâtibi olarak görevlendirilebilir (HMK m. 157, f. 3). Keşif yerinde düzeni ve disiplini sağlaması için gerekiyorsa mübaşir de keşfe götürülebilir.

Keşif taraflar hazır iseler huzurlarında, aksi takdirde yokluklarında yapılır.²⁷⁰ Tarafların keşfin icrası için mutlaka bulunmaları gerekmediğini, yokluklarında da keşfin icrasının mümkün olduğunu zikreden bu kural, HUMK m. 364'te²⁷¹ ve HMK'da ise m. 290, f. 1'de yer almaktadır.

HMK'da taraflar için ayrıca davete gerek olmaksızın keşfin iki taraf da gelmesi bile yapılabileceğini belirtilmektedir (HMK m. 290, f. 1). Dolayısıyla, davayı gören mahkeme tarafından, duruşmaya katılmayan tarafa, ayrıca keşfin yeri, günü ve saatini bildiren davetiye çıkarılmayacaktır. Hükmün gerekçesinde²⁷² bu hususun sebebi, “davayı takip edenler mahkeme kararıyla keşfin yeri ve zamanı hakkında bilgi sahibi

²⁶⁹ İşlemi gerçekleştirene göre yapılan usuli işlem çeşitlerinde keşif, mahkeme usuli işlemi olarak mahkemenin yaptığı ve yargılamayı yürütmeye ilişkin tasarruflardan biridir (**Karşlı**, Usuli İşlemler, s. 148-149).

²⁷⁰ **Postacıoğlu**, s. 448; **Onar/Belgesay**, s. 105; **Üstündağ**, s. 761.

²⁷¹ HUMK m. 364, f. 1 hükmü uyarınca tarafların yokluğunda keşfin yapılabilmesi için onların usulen davet edilmesi şart idi. Taraflar ancak usulüne uygun davete rağmen gelmezlerse keşif onların yokluklarında gerçekleştirilebiliyordu.

²⁷² HMK m. 381 hükmüne ait Hükümet Gerekçesi.

olacaktır. Davanın oturumlarının başında yapılan tebligatla davayı takip etmeyen kişiye, bulunmadığı oturumlarda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği tebliğ edildiğinden, keşif yeri ve zamanının bulunmayanlara ayrıca tebliğine gerek görülmemiştir” şeklinde açıklanmıştır.

Hükmün gerekçesinde yer alan “davanın oturumlarının başında yapılan tebligatla davayı takip etmeyen kişiye, bulunmadığı oturumlarda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği tebliğ edildiğinden” ibaresi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 147. maddesinin ikinci fıkrasına atıf yapılmaktadır. HMK m. 147, f. 2 hükmü uyarınca, “Taraflara gönderilecek davetiyede, belirlenen gün ve saatte geçerli bir özrü olmadan mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde, duruşmaya yokluklarında devam edileceği ve yapılan işlemlere itiraz edemeyecekleri bildirilir” şeklindedir. Tarafların genel olarak mazeretsiz duruşmaya katılmamasının müeyyidesi, yapılan işlemlere itiraz hakkını yitirmesi olacağından, keşif yapılmasını öngören duruşmaya katılmayan ve keşiften haberdar olmayan tarafın ne keşif kararına ne de keşfin icrası sırasında yapılan işlemlere karşı itiraz imkânı olacaktır. Doktrinde *Yılmaz*, olması gereken hukuk bakımından keşif kararının verildiği duruşmada bulunmayanlara keşif gününün davetiye ile tebliğ edilmesinin uygun olacağı görüşündedir.²⁷³ Kanaatimizce de bu görüş hukuki dinlenilme hakkının da gereği olarak isabetlidir.

Taraflara ayrıca keşif günü ve saatini bildiren bir davetiye çıkartılmamasının sebebi ancak ilgili tarafın hakkında açılan davadan haberdar olmasına ve HMK m. 147, f. 2 hükmü gereği, kendisine genel bir ihtarla bulunulmasına bağlıdır. Nitekim, hukuki dinlenilme hakkı yargılamayla ilgili bilgi sahibi olunmasını gerekli kılar (HMK m. 27, f. 2, bent a). Tarafların davetiyeyle haberdar edilmesi hukuki dinlenilme hakkının ilk unsuru olan bilgilendirilme hakkını ifade eder.²⁷⁴

Davanın başında (henüz dilekçelerin değişimi aşamasında) tensip kararıyla keşfe karar verilerek bir tarafın yokluğunda keşfin icra edilmesi ve bu keşfin hükme esas

²⁷³ *Yılmaz*, Şerh, s. 1260.

²⁷⁴ *Pekcanitez*, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 754; *Özekes*, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 86-88; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 387; *Aktepe Artık*, s. 363; *Umar*, Şerh, s. 119; *Yılmaz*, Şerh, s. 289; *Bolayır*, s. 129; *Sungurtekin-Özkan*, s. 116; *Kuru/Yılmaz/Arslan*, s. 348.

alınması HMK'nın 27. maddesinde hüküm altına alınan hukuki dinlenme hakkına aykırılık teşkil eder.²⁷⁵

Keşfe katılmak taraflar açısından zorunlu olmayıp, keşif sırasında hazır bulunmak ve yapılmakta olan veya yapılacak işlemler konusunda istek ve görüş bildirebilmek taraflar için bir haktır. Tarafların keşif kararından haberdar edilerek keşfin icrasına katılmasalar dahi bilgi sahibi olmalarının temini HMK m. 27, f. 2 hükmünde ifadesini bulan hukuki dinlenme hakkının gereğidir.²⁷⁶ Keşif gün ve saatinde hazır bulunamayacak tarafın geçerli bir özrü var ise, mahkemeye vereceği mazeret dilekçesi üzerine hâkimin HMK m. 27'deki hukuki dinlenme hakkının gereği olarak, keşif kararından dönerek keşfin ertelenmesine karar vermesi yerinde olacaktır.²⁷⁷

Mahkeme tarafından gerek görülmesi halinde tarafların talebi ile yahut re'sen karar verilerek keşif mahallinde tanık dinlenebilecek ve bilirkişi incelemesi yapılabilecektir. Hâkim bilirkişiye görevlendirme yazısının davetiye gönderilerek bildirilmesine karar verecektir. Bilirkişiye çıkarılacak davetiyede; bilirkişinin adı soyadı ve açık adresi, tarafların ad ve soyadları ile hazır bulunması gereken keşif yeri, gün ve saatinin yanısıra HMK m. 273 hükmü uyarınca, bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmiş inceleme konusu, bilirkişinin cevaplaması gereken sorular ile görüşünün keşif yerinde sözlü olarak bildirebileceği yahut yazılı olarak raporun mahkemeye verilme süresi (HMK m. 274) gösterilmelidir. Bilirkişiye, davetiyle birlikte görevlendirme yazısının ekinde, inceleyeceği şeyler, dizi pusulasına bağlı olarak ve gerekiyorsa mühürlü

²⁷⁵ “Somut olayda, 15.07.2011 tarihli tensip kararıyla yerinde keşif yapılması kararlaştırılmış, fakat davalı bukeşfe davet edilmemiştir. Mahkemece bundan sonra da bir keşif yapılmamış, davalının yokluğunda yapılan keşif ve uygulama hükme yeterli görülmüştür. Keşif yöntemi, anılan yasanın 290. maddesine uygun değildir. Yargılamanın bu yöntemle bitirilmesi 6100 sayılı HMK'nın 27. maddesinde düzenlemesi yapılan “hukuki dinlenme” ilkesine de uygun düşmez”. Yarg. 14.HD., 21.03.2012, E. 2012/3296, K. 2012/4163 (**Karahacıoğlu/Parlar**, s. 1043).

²⁷⁶ Yargıtay bir kararında hükme esas alınan keşfin davalılara dava dilekçesi tebliğ edilemeden evvel davadan dahi haberdar olmadıkları tarihte yapılmış olmasını hukuki dinlenme hakkına aykırı bularak hükmü bozmuştur. Söz konusu kararda bozma kararına ilişkin hukuki dayanak olarak özetle, “HMK'nın 290. maddesi uyarınca keşif, taraflar usulen dava edildikten sonra hazır iseler huzurlarında, aksi takdirde yokluklarında yapılır. Bu kuralın ihlali halinde bir tarafın savunma hakkı kısıtlanmış, hukuki dinlenme hakkı elinden alınmış sayılır, HMK m. 27. Usulünce yapılmayan bu keşfe dayanarak hüküm kurulamaz denilmiştir.”, Yarg. 14 HD., 04.06.2012, E. 2012/6815, K. 2012/7888 (**Abay**, s. 143).

²⁷⁷ **Umar**, Şerh, s. 798.

biçimde teslim edilir, ayrıca bu husus tutanakta gösterilir (HMK m. 273, f. 2). Ayrıca, bilirkişi, incelemesini gerçekleştirebilmek için, bazı hususların önceden soruşturulması ve tespiti ile bazı kayıt ve belgelerin getirtilmesine ihtiyaç duyuyorsa, bunun sağlanması için, bir hafta içinde kendisini görevlendiren mahkemeye bilgi vermeli ve talepte bulunmalıdır (HMK m. 275).

Keşif mahallinde tanık dinlenmesine karar verilmişse dinlenecek olan tanıklar da davetiye ile²⁷⁸ çağrılır.²⁷⁹ Davetiyenin HMK m. 243, f. 2 hükmü gereği, kıyasen, keşif gününden en az bir hafta önce tebliğ edilmiş olması gerekir²⁸⁰. Tanıklara gönderilecek davetiyede; tanığın adı, soyadı ve adresi, tarafların ad ve soyadları, tanıklık yapacağı konu, hazır bulunması gereken keşif yeri, gün ve saati ile gelmemesinin veya gelmesine rağmen tanıklıktan ya da yemin etmekten çekinmesinin hukuki ve cezai sonuçları ile Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan tarife gereğince kendilerine ücret ödeneceği belirtilmelidir (HMK m. 244).

Taraflar, dayanmış oldukları tanık deliline istinaden, tanıklara davetiye tebliğ edilmeden de göstermiş oldukları tanıkları keşif mahallinde kendi imkânlarıyla hazır ederlerse, bu tanıklar dinlenir (HMK m. 243, f. 1 kıyasen). Dolayısıyla tanık listesinde yer almayan tanıkları taraflar kendi imkânları ile keşif mahallinde hazır bulundurduklarında o tanıklar dilenecektir.²⁸¹ Bu durum tanık listesinin hiç verilmemiş olması hali için de geçerlidir.

Keşfin icrası sırasında tanıkların nasıl dinleneceği konusunda keşfe dair hükümler arasında herhangi bir düzenleme yoktur. HMK m. 240 ve devamı

²⁷⁸ Tanığı davet, gerektiğinde telefon, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle de yapılabilir. Ancak, davete rağmen gelmeye bağlanan sonuçlar, bu durumda uygulanmaz (HMK m. 243, f. 3). Hukukumuzda kural olarak tanıkların hâkim huzurunda bulunması ve tanıklık yapması zorunludur. HMK m. 245/II gereği, usulüne uygun olarak ve davetiye ile çağrıldığı halde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirtilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmolunur. İşte davetiye dışında çağrılan tanığın gelmemesi halinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükümler gelmeyen tanık hakkında uygulanmaz.

²⁷⁹ **Üstündağ**, s. 762, **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 382, **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 796; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 443; **Yılmaz**, s. 1260; **Umar**, Şerh, s. 794; **Muşul**, s. 387, **Kılıçoğlu**, s. 1170.

²⁸⁰ Hâkim acele hallerde tanığın daha önce gelmesine karar verebilir (HMK m. 243, f. 2, c. 2).

²⁸¹ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. yukarıda §2-I-3-e).

maddelerinde düzenlenen tanık deliline ilişkin hükümler keşfin icrası sırasında dinlenen tanıklar bakımından da kıyasen uygulanabilecektir.²⁸²

Anglo – Amerikan hukukunda keşifte bulunması gerekenlerin kimler olduğu hususunda, öncelikle hakimin mutlaka keşfin icrasında bulunmasının gerekip gerekmediğine değinmek gerekir. Hakim kural olarak keşfin icrasında hazır bulunmalıdır. Ancak, hâkimin keşif esnasında hazır bulunması zorunluluğunun tek istisnası Amerika Birleşik Devletleri (“ABD”) hukuku bakımından söz konusudur.²⁸³ ABD hukukunda özel hukuka ilişkin davalarda hâkimin keşfe katılma zorunluluğu yoktur. Hâkim keşfin yapılması hususunda jüriyi yetkili kılar. Keşfi jüri gerçekleştirir. Bazı karmaşık davalarda keşfin tam olarak amacına ulaşabilmesi için üçüncü kişinin yardımına ihtiyaç duyulabilir. Bu kimse keşfin yapılacağı coğrafi bölgeyi iyi bilen bir rehber olabileceği gibi, mahkemece atanan bir uzman (*shower*) da olabilir. ABD hukukunda jüri keşfe giderken, jüriye genellikle sırf bu iş için yetiştirilmiş ve atanmış olan uzman kişiler eşlik etmektedir. Yardımına başvurulacak olan üçüncü şahsı tarafların tavsiyesi ile hâkim atayabilir veya hâkim bu kişiyi re’sen görevlendirebilir. Keşfe yardımcı olmak üzere atanan üçüncü kişi ilk olarak keşfe ilişkin bir rapor hazırlar. Bu raporda keşifte incelenecek nesnelerin bir listesi yer alır. Bu rapor daha sonra taraflara tebliğ edilir. Taraflar raporla ilgili görüşlerini mahkemeye bildirirler ve mahkeme gerekli görürse raporda (tarafların talebiyle) değişiklik yapabilir.²⁸⁴ Bir dava yönünden genellikle iki uzman kişi ile altı jüri üyesi görevlendirilmektedir. Bu kişiler keşfi icra ettikten sonra edindikleri bilgileri ve izlenimleri mahkemeye aktarmaktadırlar. Hâkim gerek görürse atanmış olan uzman kişiler ve jüri üyelerinin yanında keşfe katılma kararı alabilmektedir. Böylece keşfi kendisi de icra etme imkânı bulmaktadır. Uygulama bu şekilde olmakla birlikte, ABD doktrininde hâkimin yapılan bütün keşifler esnasında hazır bulunmasının oldukça yararlı olacağı savunulmaktadır. Çünkü, keşfi sevk ve idare edecek hâkim aynı zamanda taraflar ile jüri üyeleri arasındaki tüm koordinasyonu ve iletişimi etkili biçimde sağlayabilme imkânına sahip olacaktır.²⁸⁵

²⁸² Keşif sırasında tanıkların nasıl dinleneceği hakkında bkz. §2-A-II-2-a).

²⁸³ *Lee v. Northwestern R. Co.*, 84 S.C. 125, 65 S.E.; **Gold**, s. 164.

²⁸⁴ **Lipson**, § 3.03 [7].

²⁸⁵ **Mueller/Mueller**, s. 1195.

Ayrıca, ABD hukukunda ceza davalarında yapılacak keşiflerde de hâkimin hazır bulunması zorunludur.²⁸⁶

Bir diğer mesele Anglo – Amerikan hukukunda keşfin icrasında jürinin tüm üyelerinin hazır bulunma zorunluluklarının olup olmadığıdır.²⁸⁷ Mesela mahkeme uzak bir bölgede yapılacak keşif için o bölgeye yakın oturan jüri üyelerinden birini yahut birkaçını görevlendirebilir. Böyle bir karar hukuka aykırıdır. Çünkü Anglo – Amerikan hukukunda delil elde edilmesinde tüm jüri üyelerinin her zaman bir arada bulunmaları zorunluluğu vardır.²⁸⁸ Bir veya birkaç jüri üyesinin keşif yerinde hazır bulunması keşif işlemini tamamen geçersiz kılar.²⁸⁹ Çünkü, jüri üyeleri “gözlemci” durumunda olmayıp, karar mercii konumundadırlar.²⁹⁰

²⁸⁶ 47 A.L.R. 2d 1227 (1956); *Groberson v. City of Los Angeles*, 190 Cal. App. 4th 778, 118 Cal. Rptr. 3d 798 (2010). ABD dışındaki Anglo – Amerikan ülkelerinin (mesela İngiltere, Yeni Zellanda, Avustralya, Kanada gibi) tümünde de ceza davalarındaki keşiflerde (ABD’deki gibi) hâkim hazır bulunmalıdır.

²⁸⁷ *R. v. Gurney* [1977] R.T.R. 211 CA.

²⁸⁸ Öte yandan Anglo – Amerikan hukukunda hâkimin bazı davalarda keşif yeriyle ilgili kendisine önceden bazı bilgi ve belgeler sunulmuşsa (mesela fotoğraf, plan, kroki gibi) ve keşif yapılacak mahal kamuya açık bir yer ise tarafları davet etmeden (kimseyi haberdar etmeden) özel olarak tek başına keşfe gittiği görülmektedir. Ne var ki, tarafların ve jürinin katılımının olmadığı bu “özel keşif” uygulaması doktrinde yoğun olarak eleştirilmektedir (**Malek/Auburn/Bagshaw**, s. 11; **Cannon/Neligan**, s. 53). Hâkim böyle bir keşfe karar verdiği zaman dahi tarafları keşfe davet etmeli ve böylelikle taraflara kendilerini ifade etme, keşif mahallinde dava tarihinden itibaren ortaya çıkmış olan değişimler ve aleyhe olabilecek durumlar hakkında beyanda bulunma imkânı vermelidir.²⁸⁸ *Evans v. Aspinall (Salisbury v. Woodland)* [1970] 1 QB 324; *Parryv. Boyle* [1986] 83 Cr.App.R. 310 DC) davasında hâkim davacının ayağının kayıp düşmüş olduğu merdivenlerin bulunduğu yeri bizzat görmek istemiş; bu sebeple, merdivenlerin bulunduğu yere gitmiştir. Burada keşfi tek başına gerçekleştirmiş ve daha sonra hükmünü keşif mahallinde edindiği izlenimleri ve bilgileri dayanak göstererek davacı aleyhine kurmuştur. Davacının temyizi üzerine temyiz mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını, tarafların keşfe davet edilmemeleri ve böylece kendilerini ifade etmelerine imkân verilmemesi, dolayısıyla hukuki dinlenilme haklarının ihlal edilmiş olması sebebiyle bozmuş; yargılamanın tekrarlanmasına karar vermiştir. Diğer taraftan hâkim yardımcısının tarafların haberi olmadan keşif yapamayacağı kesin olarak kabul edilmiştir (*Parry v. Boyle* [1986] 83 Cr.App.R. 310 DC).

²⁸⁹ *R. v. AlbarusandJames* [1989] Crim. L.R. 905 CA.

²⁹⁰ *M. v. DPP* [2009] EWHC 752 Admin.

IV. Keşif Zamanı

Keşif kararının ne zamana kadar alınabileceğinin cevabını kanun koyucu HMK m. 288 f. 2’de vermektedir. Buna göre, “Keşif kararı, mahkemece, sözlü yargılamaya kadar taraflardan birinin talebi üzerine veya resen alınır”. Görüldüğü gibi mahkemeye dair usuli işlem niteliğinde olan keşfe tahkikat bitip sözlü yargılama aşamasına geçilinceye kadar her zaman karar verilebilir.

Yargılama aşamalarından biri olan tahkikat HMK’nın 143 ilâ 183. maddeleri arasında düzenlenen ve teknik anlamda delilleri de (HMK 187 ilâ 293. maddeleri arasında düzenlenen) kapsayan, tarafların dilekçelerinde ileri sürdükleri ve ön inceleme tutanağıyla tespit edilen iddiaların doğru olup olmadığının araştırıldığı davanın en önemli aşamasıdır.²⁹¹ Keşif kararı, tahkikat bitinceye kadar²⁹², her zaman verilebilecektir.

Mahkeme HMK m. 184 hükmü gereği tarafların iddia ve savunmaları ile bunlara ilişkin delillerin incelenmesini tamamladıktan sonra duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verir.²⁹³ Mahkeme tarafların

²⁹¹ **Umar**, Şerh, s. 426; **Yılmaz**, Şerh, s. 869; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 351; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 491; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 282.

²⁹² Tahkikat safhası iki şekilde bitirilebilir. Bunlardan ilki, HMK’nın 146. maddesinde düzenlenen ve istisnaen olabilecek şekilde “Mahkeme, taraflarca gösterilmiş olan delillerin incelenmesinden sonra, davanın muhakeme ve hüküm için yeteli derecede aydınlandığını anlarsa, tahkikatın bittiğini kendilerine bildirir” hükmü gereği ihtilaf konusu vakıa hüküm için yeterinde aydınlanmışsa, hâkim derin bir tahkikata girmeye gerek görmez ve tahkikatı bitirdiğini bildirerek, tarafları sözlü yargılama için duruşmaya davet eder, **Umar**, Şerh, s. 431; **Yılmaz**, Şerh, s. 875, 876. İkinci ve daha olağan şekil ise, dilekçelerin değişimi aşaması ve ön inceleme aşaması tamamlandıktan sonra tahkikata dair şekli mahkeme ve taraf işlemlerinin yapılmasından ve re’sen ya da talep üzerine toplanan delillerin incelemesinden sonra hâkim HMK m. 184 gereği, tarafların iddia ve savunmalarıyla toplanan delileri inceledikten sonra, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verir ve mahkeme tarafların davanın tümü hakkındaki açıklamalarından sonra gerekli görürse tahkikatı sürdürür, aksi halde, yani tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığını görürse tahkikatın bittiğini taraflara tefhim eder ve sözlü yargılama aşamasına geçer (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 417; **Umar**, Şerh, s. 511; **Yılmaz**, Şerh, s. 987; **Alangoya**, İlkeler, s. 283; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 454).

²⁹³ HUMK yürürlükte olduğu dönemde, 375. madde gereği, tarafların talebi halinde son diyeceklerini içeren birer dilekçe vermeleri için süre verilmesi yahut hâkimin re’sen kendilerinden tahkikat yargılaması uyarınca dosya hakkında dilekçe talep etmesi usulü kalkmış olup, HMK m. 184 ile hâkim taraflara re’sen sadece sözlü açıklamaları için süre verecektir.

açıklamalarından sonra, tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığını görürse, tahkikatın bittiğini tefhim eder. Mahkemenin tefhim ettiği karar ile tahkikat son bulacağından bu karara kadar taraflar her zaman keşif kararı talep edebileceği gibi hâkim de re'sen keşfe çıkılmasına karar verebilecektir. HMK m. 184'te, tahkikatın nasıl sona erdirileceğini açıklayan usul, yazılı yargılama usulünün uygulandığı davalarda tatbik edilecektir. Basit yargılama usulüne tâbi dava ve işlerde, HMK m. 321 uyarınca, hâkim, tarafların son beyanlarını alıp yargılamanın bittiğini bildirerek kararını verecektir. Bunun dışında taraflara beyanda bulunmak için ayrıca süre verilmeyecektir. Dolayısıyla, basit yargılama usulüne tabi davalarda aynı duruşmada tarafların son beyanları alınıp tahkikat tefhim edilinceye kadar taraflar hâkimden keşif kararı talep edebilirler.

Tahkikatın bittiğine dair taraflara tefhim edilen kararın ardından, HMK m. 186 uyarınca mahkeme sözlü yargılama ve hüküm için tayin olunacak gün ve saatte mahkemede hazır bulunmalarını sağlamak amacıyla kendiliğinden iki tarafı davet edecek ve tarafların hükümden önce son kez mahkeme huzurunda sözlü değerlendirme yapıp açıklama yapmalarına olanak sağlayacak ve akabinde esasa ilişkin nihai kararını

(hükmünü) açıklayacaktır. HMK m. 185 hükmünün toplu mahkemelerde²⁹⁴ tahkikatın bitmesini ayrıca düzenlediğini belirtmek gerekir.²⁹⁵

Kanun yolu aşamasında keşif yapılıp yapılamayacağını her kanun yolu açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. İstinaf kanun yolu bakımından keşif yapılmasına bir engel yoktur.²⁹⁶ Bölge adliye mahkemesi bir olay mahkemesidir ve sınırlı da olsa tahkikat yapabilmektedir.²⁹⁷ Ayrıca keşif, HMK m. 357 hükmünde öngörülen bölge adliye mahkemesince yapılamayacak olan yasak işlemler kapsamında değildir. İlk derece yargılamasında ileri sürülmemiş deliller, istinaf aşamasında da ileri sürülemez ve kullanılamaz. Ancak, bu yasağın istisnaları mevcuttur (HMK m. 357, f. 3). İlk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösteriliği halde incelenmeden reddedilen delillere bölge adliye mahkemesinde dayanılabilir. Mücbir sebeple daha önce gösterilmesine

²⁹⁴ 6100 sayılı HMK yasalaşmış fakat henüz yürürlüğe girmemişken, 14.2.2011 T. 27846 s. RG’de yayımlanan Bazı Kanunlarda Değişiklik yapılmasına Dair 6110 Sayılı Kanun’un 13. maddesi ile 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkiler Hakkında Kanun m. 5, f. 2 hükmünde yapılan değişikliğe göre “Sulh Hukuk, Asliye Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri tek hâkimlidir”. Bu hükme göre, bütün ilk derece mahkemeleri tek hâkimli hale gelmiştir. Bu sebeple şu an itibarıyla yargı teşkilatında heyet halinde çalışan toplu mahkemeler mevcut değildir. Ancak HMK’nın bazı hükümlerinde halen “toplular mahkeme” ibaresi geçmektedir. Bu hükümler şu an için işlevsiz durumdadır. Ancak bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasıyla bu hükümler uygulama alanı bulabilecektir. Çünkü HMK’nın “Uygulanacak diğer hükümler” kenar başlıklı 360. maddesi uyarınca özel bir düzenleme bulunmadığı sürece ilk derece mahkemelerinde uygulanan yargılama usulü, bölge adliye mahkemelerinde de uygulanacaktır: “Bu Bölümde aksine hüküm bulunmayan hâllerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü, bölge adliye mahkemesinde de uygulanır.” Böylece “toplular mahkeme” ibaresinin geçtiği mesela ret talebinin geri çevrilmesine ilişkin HMK m. 41; soru yöneltme ile ilgili HMK m. 152; toplular mahkemelerde tahkikatın sona ermesine ilişkin HMK m. 185; tanığın dinlenilme şekline ilişkin HMK m. 261; hükmün oylanması ve yeter sayı ile ilgili HMK m. 296; hükmün yazılması ile ilgili HMK m. 298; hükmün imza edilememesine ilişkin HMK m. 299 hükümleri heyet halinde toplular mahkeme olarak çalışan bölge adliye mahkemelerinde uygulanabilme imkânı bulacaktır (Baki **Kuru**/Ali Cem **Budak**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İBB Dergisi, C. 85, S. 5, s. 9).

²⁹⁵ Dolayısıyla, tahkikatın bitimi ve sözlü yargılamanın başlangıcını düzenleyen ve ayrı usullere tâbi olan HMK m. 184 ve 185 hükümleri arasındaki fark işlevsiz hale gelmiştir. Ancak istinaftaki yargılama ve HMK m. 360’daki atıf sebebiyle ancak bir kanun yolu olarak istinaf yargılamasında hüküm uygulanabilecektir.

²⁹⁶ Ejder **Yılmaz**: İstinaf, Ankara, 2005, s. 77; Tolga **Akkaya**: Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara, 2009, s. 293.

²⁹⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 598. **Yılmaz**, Şerh, s. 1444; **Umar**, Şerh, s. 935; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 592; **Akkaya**, İstinaf, s. 25.

olanak bulunmayan delillere bölge adliye mahkemesinde dayanılabilir.²⁹⁸ Ayrıca hâkim ilk derece mahkemesinde re'sen bilirkişi incelemesi ve keşif yaptırılmasına karar verebildiğine göre, istinaf incelemesi sırasında da söz konusu delillere re'sen başvurabilir. Çünkü HMK m. 357, f. 1 hükmünde “[...] *bölge adliye mahkemesince resen göz önünde tutulacaklar dışında*, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez, yeni delillere dayanılmaz” denilerek mahkemelerin re'sen başvurabildikleri işlemlerin açıkça istinaf aşamasında da yapılabileceğine imkân tanınmıştır. Dolayısıyla bölge adliye mahkemesi bilirkişi ve keşif delilleri bakımından re'sen delil toplama yetkisini, ilk derece mahkemesi tarafından söz konusu yetkinin hiç kullanılmamış veya kullanılmış olsa bile delillerin toplanmasına ilişkin kurallara uyulmaması ya da bu delillerden elde edilen sonuçtan tatmin olmaması hallerinde kullanabilecektir.²⁹⁹ Bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesince doğru yapıldığını düşündüğü işlemleri kendi kararında göz önünde bulundurabilecek; söz konusu işlemler ve sonuçları bakımından dava sırasında tutulan duruşma tutanaklarından yararlanabilecektir.³⁰⁰ Bu sebeple bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesince yapılan keşif işleminin doğru biçimde icra edilmiş olduğu kanaatindeyse keşif işleminin tekrarlanmasına karar vermeyecektir. Ancak, delillerin toplanmasına, incelenmesine ve değerlendirilmesine ilişkin herhangi bir eksiklik mevcut olduğu takdirde, ilk derece mahkemesindeki duruşma tutanaklarıyla yetinilmeyip delillerin bizzat bölge adliye mahkemesi nezdinde yeniden toplanarak, bunların incelenmeleri ve değerlendirilmeleri gerekmektedir.³⁰¹ Bu sebeple ilk derece mahkemesince gerçekleştirilmiş olan keşif işleminde herhangi bir eksiklik söz konusu olursa bölge adliye mahkemesi keşfin tekrarlanmasına karar verebilecektir. Ancak, istinaf aşamasında keşfe konu olan şey yok olmuşa, ilk derece mahkemesinin tutanakları dikkate alınarak incelemede ve değerlendirmede bulunulabilecektir.³⁰²

Tahkikat yapılmayan ve fakat hukuka uygunluk denetimi yapılan temyiz ve karar düzeltme kanun yollarında keşfe başvurulması imkânı yoktur. Olağanüstü kanun

²⁹⁸ Muhammet **Özkes**: Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi, 2. Bası, Ankara 2011, s. 97; **Yılmaz**: İstinaf, s. 78; Cenk **Akil**: İstinaf Kavramı, Ankara, 2010, s. 313.

²⁹⁹ Mete Özgür **Çiftçi**: Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, İstanbul, 2011, s. 701; **Bolayır**, s. 294.

³⁰⁰ **Bolayır**, s. 281.

³⁰¹ **Bolayır**, s. 281; **Akkaya**, s. 270.

³⁰² **Akkaya**, s. 270.

yolu olan ve ilk derece mahkemesinde yargılamanın baştan itibaren tüm kapsamıyla tekrar edilmesini öngören yargılamanın yenilenmesi kanun yolu bakımından ise (ilk derece mahkemesinde) diğer delillerle birlikte keşfe başvurulabilmesine bir engel yoktur. Yargılamanın yenilenmesi kararı üzerine ilk derece mahkemesince yargılamanın yenilenmesi sebebinin hangi işlemleri etkilediği tespit edilmeli ve bu işlemler tekrar edilmelidir. Yargılamanın yenilenmesi sebebinin gerektirdiği ölçüde yeniden yargılama yapılacaktır.³⁰³ Yargılamanın yenilenmesi sebebinin hiçbir şekilde etkilemediği hususlar yeniden yargılamanın dışında tutulur. Yargılamanın yenilenmesi sebebinin etkilediği ilk işlemten önceki işlemlerin de yeniden gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Yargılamanın yenilenmesi sebebine göre, bu sebebin etkilediği hususlar tek tek tespit edilmeli ve bunlar yenilenmelidir.³⁰⁴ Dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi sebebinin etkilemediği işlemlerin, bunların yapıldıkları zamana bakılmaksızın, yeniden yargılamadan ayrı tutulması gerekmektedir.³⁰⁵ Keşif bakımından yargılamanın yenilenmesi sebebi hiçbir şekilde keşif işlemi ile ilgili değilse söz konusu keşif işlemi tekrar edilmeyecek ve geçerliliğini sürdürecektir. Ancak yargılamanın yenilenmesi sebebi keşif işlemi de etkiliyorsa bu takdirde keşif işlemi geçersiz sayılıp tekrarlanacaktır. Örneğin keşif işlemine ilişkin bilirkişi raporunun kasıtlı olarak gerçeğe aykırı olduğunun ortaya çıkması veya keşif esnasında dinlenen tanığın yalancı tanıklıktan hüküm giymesi hallerinde keşif işlemi de geçersiz sayılacaktır.

Her ne kadar keşfe tahkikat bitinceye kadar her zaman gidilebilirse de, keşif delilinin niteliği gereği hâkimin önce diğer delilleri toplaması, değerlendirmesi, dosyayı keşif aşaması için olgunlaştırması ve ondan sonra keşfe gitmesi esastır.³⁰⁶ Mahkemenin henüz tahkikatın başında diğer delillere başvurmadan keşif kararı vermemesi gerekir. Keşfin icrasından bu aşamada sakınılmasının ve öncelikli olarak diğer delillere başvurularak, davanın olgunlaşmasının beklenmesinin usul ekonomisine dayanan iki önemli yararı vardır. Birincisi, hâkim keşif objesi olacak uyuşmazlık konusu şeyi tahkikatın başında henüz tam anlamıyla bilmeyecektir. Dolayısıyla, hâkim önce diğer

³⁰³ Ramazan **Arslan**: Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara, 1977, s. 164.

³⁰⁴ Mert **Namlı**: Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul, 2014, s. 463.

³⁰⁵ **Namlı**, s. 461.

³⁰⁶ **Yılmaz**, Şerh, s. 1253.

ispat araçlarına başvurulmalıdır ki, kendiliğinden ya da tarafların talebi üzerine vereceği keşif kararının uyuşmazlığın çözümü için gerçekten gerekli olup olmadığını değerlendirebilsin. Keşif her ne kadar doğrudanlık ilkesinin örneği olarak hâkime delilleri doğrudan değerlendirmesi için verilmiş bir imkân ise de, gereksiz yere keşif deliline dayanılması da zaman kaybına ve masrafa yol açacaktır. Bu durum ise usul ekonomisine aykırılık teşkil edecektir. Keşfe diğer delillere başvurulduktan sonra karar verilmesinin diğer bir faydası ise, hâkimin keşfe çıkmadan önce diğer ispat araçlarını inceleyerek uyuşmazlık konusunu iyice tanıması, keşfe konu obje hakkında tarafların iddialarından haberdar olması ve bu şekilde keşfe çıkarak adeta keşfin icrasına kadar geçen sürede edindiği kanaati, keşfe konu objeyi bir de duyuları aracılığıyla değerlendirerek karar verecek aşamaya gelmesidir. Aksi halde yapılan keşif yetersiz ve eksik kalabileceğinden, yeniden keşfe gidilmesi ihtiyacı ortaya çıkar. Bu durum ise ek gider, zaman ve emek kaybına sebebiyet vereceğinden usul ekonomisine aykırılık teşkil eder.³⁰⁷ Bu sebeple, HMK m. 288, fıkra 2 hükmü gereğince keşif kararı mahkemece sözlü yargılama aşamasına kadar her zaman alınabilecekse de, hâkim keşif kararı vermeden evvel somut olayın özelliklerini dikkate alarak keşfin icrası aşamasına gelinmiş olup olmadığını titizlikle gözetmelidir.

HMK m. 289, f. 2 hükmü keşfe ne zamandan itibaren başvurulacağına dair bir düzenleme getirmemiştir. Keşften bahsediyorsak ortada hâkim tarafından icra edilen bir tahkikat işlemi vardır. Esasen delil toplama ve inceleme aracı olan keşfe kural olarak tahkikat aşamasında girişilebilir. Bu noktada keşif deliline dayanılması ile keşif kararı verilerek keşfin icrasını birbirinden ayırmak gerekir. Taraflar dayandıkları tüm delilleri dilekçelerin değişimi aşamasında göstermek zorundadır. Davacı dava ve cevaba cevap dilekçesinde, davalı ise cevap ve ikinci cevap dilekçesinde iddia ve savunmalarını hangi delillerle ispat edeceklerini somutlaştırarak göstereceklerinden (HMK m. 119, f. 1, HMK m. 129, f. 1, bent e) kural olarak tahkikat aşamasında keşif kararı alınarak keşfin icra edilebilmesi için tarafların dilekçeler aşamasında keşif deliline dayanmaları gerekir. Aksi takdirde, keşif hâkim tarafından re'sen başvuru delillerden olduğundan taraflar ancak hâkimden bu yönde yetkisini kullanmasını talep edebilecektir. Keşif kararı

³⁰⁷ **Yılmaz**, Usul Ekonomisi, s. 261; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 261; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 348; **Umar**, Şerh, s. 129, 130; **Yılmaz**, Şerh, s. 324.

üzerine keşfin icrası kural olarak tahkikat aşamasında gerçekleşir. Ön inceleme duruşmasında tahkikata dair usuli işlemler yapılamayacağından kural olarak ön inceleme aşamasında keşif yapılmaz. HMK m. 137 f. 2 hükmü gereği, “Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan³⁰⁸ tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez”.³⁰⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 137. maddesinin Hükümet Gerekçesinde bu durum, “[...] Bu safhada tanık dinleme, belge inceleme, bilirkişi görüşü alma, keşif yapma ve yemin teklif etme gibi tahkikat işlemleri yapılamaz” şeklinde ifade edilmiştir. Hükmün gerekçesinde yer alan bu ifadeyi “sayılan ispat araçlarıyla tahkikata yönelik işlemler yapılamaz” şeklinde anlamak gerekir. Aksi halde kural olarak tahkikatta karar verilerek icra edilen keşfe ön inceleme duruşmasında da başvurulabilecektir. Ancak, yapılan keşifle esasa girilerek taraflar arasında uyuşmazlık konusu vakıanın aydınlanması için değil, mesela ön inceleme duruşmasında dava şartları ve ilk itirazlarla sınırlı olmak üzere keşif yapılabilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2013 yılında verdiği bir kararında³¹⁰, isabetli olarak “*Ön inceleme duruşmasında dava şartları ve ilk itirazlara sınırlı olmak üzere* tanık dinleme, belge inceleme, bilirkişi görüşü alma, *keşif yapma* ve yemin teklif etme gibi işlemler yapılabilir” şeklinde görüş bildirerek ön inceleme aşamasında dahi keşfin icra edilebileceğini belirtmiştir.

Ön inceleme aşamasında yapılması gereken işlemlerden biri hak düşürücü süreler ve zamanaşımı hakkındaki itiraz ve def’ilerin mahkeme tarafından karara bağlanmasıdır (HMK m. 142). Her ne kadar ön inceleme aşamasının sonunda ve ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra aslında işin esası ile ilgili olan zamanaşımı ve hak düşürücü süreler hakkında³¹¹ karar verecek olan mahkeme bu hususlarla sınırlı olarak keşfe başvurabilecekse de, bu sürelerin dolduğunun veya düştüğünün tespiti çoğu

³⁰⁸ Ön inceleme duruşmasında hâkim ilk olarak dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir. Daha sonra taraflar ön inceleme duruşmasına davet edilir ve bu duruşmada tahkikata hazırlık için gerekli işlemler yapılır. Ayrıca taraflar sulhe ve arabuluculuğa teşvik edilir. Ön inceleme duruşmasından sonra zamanaşımı ve hak düşürücü süreler hakkında karar verilir.

³⁰⁹ Hükmün Hükümet gerekçesi “Bu fıkra, ön inceleme aşamasının işlevini yerine getirmesi ve beklenen sonucu gerçekleştirmesi için açık bir emri içermektedir. Bu safhada tanık dinleme, belge inceleme, bilirkişi görüşü alma, *keşif yapma* ve *yemin teklif etme* gibi tahkikat işlemleri yapılamaz. Bu açık Kanun hükmüne aykırı davranış, hâkimin sorumluluğunu gerektirir” şeklindedir.

³¹⁰ Yarg. HGK, 13.03.2013, E. 2012/14-802, K. 2013/347 (*Kazancı*).

³¹¹ HMK m. 142 hükmüne ilişkin Hükümet Gerekçesi.

zaman belge incelemesini gerektirecektir Bu sebeple belgelerin ibrazı hükümleri (HMK m. 216 vd.) uygulanacaktır.

Anglo – Amerikan hukukunda keşif, dava devam ettiği sürece yapılabilir. Ancak, jüri listesine kayıt ve üyeliklerin kesinleşmesinin beklenmesi oldukça önemlidir. Çünkü, jüri üyeliklerinin tam olarak kesinleşmediği bir dönemde keşif yapılması, daha sonra keşfe katılan üyelerin birinin veya birkaçının azledilmesi (veya değişmesi) halinde ve bu sebeple yeni katılan üyelerin keşfe katılamamış olması, gerek usul ekonomisine gerekse eşitlik ve adalet ilkelerine aykırıdır.³¹²

Jüri listesi kesinleştikten sonra tahkikat aşamasının sonuna kadar her zaman keşif yapılabilir. Fakat, tahkikat tamamlandıktan ve dolayısıyla jüri üyeleri kararlarını vermek üzere aralarında müzakerelere başlamalarından sonra keşif yapılamaz.³¹³ Ancak bir davada tahkikat aşamasının bitimine yakın bir zamanda yapılan keşif talebi, keşfin jüri üyelerinin halihazırda oluşmuş (keşif nesnesiyle ilgili) kanaatlerinde bir değişiklik yapmayacağı aşikâr ise reddedilmesi gerekir.³¹⁴

Özel hukuk yargılamasında uygulamada genel olarak keşif tarafların davada son sözlerini söylemelerinden makul bir süre öncesinde yapılmaktadır. Keşif jürinin görevini tamamlayıp, kararını müzakere etmesi için çekildiği bir döneme rastlamamalıdır; çünkü jüri üyelerinin de kanaatlerini oluştururken keşiften istifade edebilmeleri gerekir.³¹⁵

Keşfin fiili olarak icra zamanı ile dava konusu olayın (keşif mahallinde) gerçekleşme zamanları örtüşmeyebilir. Mahkeme çeşitli gerekçelerle olayın gerçekleştiği saat diliminden farklı bir zamanda keşif yapılmasına karar verebilir. Mesela bir davada keşif mahallinde meydana gelen (dava konusu) kaza gece vakti gerçekleşmiştir. Bir kazada otomobil yolda yürümekte olan yayaya çarpıp yayanın

³¹² John Henry **Wigmore**: Evidence in Trials at Common Law C.: 4, Boston 1976, s. 1165; **Lipson**, § 3.03 [3].

³¹³ City of Los Angeles v. Hall, 284 P. 707 (Cal. Dist. Ct. App. 1930); Branch v. Whitaker, 294 S.W. 2d 948 (Ky. Ct. App. 1956); People v. Unger, 278 Mich. App. 210, 749 N.W. 2d 272 (2008).

³¹⁴ Burns v. Janes, 121 R.I. 343, 398 A. 2d 1125 (R.I. 1979).

³¹⁵ **Malek/Auburn/Bagshaw**: Phipson on Evidence, s. 10.

yaralanmasına sebebiyet vermiştir. Kaza gece vakti meydana gelmiş olsa da güvenlik mülhazalarıyla mahkeme keşfin gündüz vakti yapılmasına karar vermiştir. Keşfin gündüz vakti yapılmasına gerekçe olarak ek masrafın doğması ve jüri üyeleri ve mahkeme mensuplarının gece vakti keşif mahalline götürülmelerinin pratik olmaması gösterilmiştir.³¹⁶

V. Keşfin İcrası

1. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Keşif davaya bakan mahkemece icra edilir (HMK m. 289 f. 1 c.1). Kural olarak keşif, keşif kararını veren mahkeme tarafından yapılır. Keşif konusu nesne mahkemeye getirtilebiliyorsa keşif incelemesi mahkemede; söz konusu nesne mahkeme salonuna getirtilemiyorsa yahut keşfin nesnenin bulunduğu yerde yapılması zorunlu görülüyorsa keşif mahallinde gerçekleştirilir (HMK m. 288). Taşınmazlar hakkında keşfe karar verildiğinde keşif mahalli taşınmazın bulunduğu yer olacak ve mahkeme taşınmazın olduğu yerde keşfi gerçekleştirecektir.³¹⁷

Keşfin davaya bakan ve keşfe ilişkin ara kararını veren mahkeme tarafından icra edileceğine ilişkin kuralın önemli bir istisnasını, keşif konusunun davaya bakan mahkemenin yargı çevresi dışında olması hali oluşturmaktadır. HMK m. 289, f. 1, c. 2 hükmünde öngörüldüğü üzere, keşif konusu, mahkemenin yargı çevresi³¹⁸ dışında ise, inceleme mahkemeler arası hukuki yardım (istinabe) suretiyle yapılacaktır. Bu durumda davaya bakmakta olan mahkeme istinabe yolu ile taşınmazın yargı çevresi içinde

³¹⁶ State v. Didion, 173 Ohio App. 3d 130, 2007 – Ohio – 4494, 877 N.E.2d 725.

³¹⁷ Bu konuda ayrıca bkz. HMK m. 195, 197, f. 2.

³¹⁸ Her mahkemenin yargı yetkisinin belirli bir coğrafi ile sınırlanarak oluştuğu ve yargı çevresi olarak adlandırılan husus, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un yedinci maddesinin birinci fıkrasında "Hukuk mahkemelerinin yargı çevresi, bulundukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırlarıdır" şeklinde belirtilmektedir.

bulunduğu mahkemeyi keşfin yapılması için istinabe eder.³¹⁹ Bu sebeple, taşınmazlara ilişkin davalarda keşfe konu taşınmaz mahkemenin yargı çevresi dışında ise, keşif davaya bakan mahkemece yapılamayacak ve mutlaka istinabe yolu ile gerçekleştirilecektir. Nitekim bu hüküm, kamu düzeni ile ilgili olup usul ekonomisi ilkesine hizmet eder.

Kanun koyucunun HMK m. 289, f. 1’de belirttiği yargı çevresi dışındaki keşfin ancak istinabe yoluyla yapılabileceği kuralıyla ilgili olarak HMK m. 289, f. 2 hükmünde şu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir: “Keşif konusu, büyükşehir belediyesi sınırları içinde ise keşif, davaya bakan mahkeme tarafından da yerine getirilebilir”. HUMK’da buna benzer bir düzenleme 1985 yılında 3156 sayılı Kanun’un 26. maddesi ile eklenen Ek 1. madde ile getirilmiş idi.³²⁰ Keşfe konu şey davaya bakan mahkemenin yargı çevresi dışında kalsa da, şayet büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde ise, istinabe yapılması zorunluluğu ortadan kalkacaktır.³²¹

Keşfin konusu mahkemenin yargı çevresi dışında ise incelemenin istinabe suretiyle yapılacağına şüphe yoktur. Fakat keşif konusu şey büyükşehir belediye sınırları içerisinde ise inceleme davaya bakan mahkeme tarafından da yerine getirilebilir (HMK m. 289, f. 2).³²² Bu hususta davaya bakan hâkimin takdir yetkisi olduğunu

³¹⁹ **Kuru**, Usul (C. 3), s. 2857; **Umar**, Şerh, s. 795; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 532; **Yılmaz**, Şerh, s. 1259; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 371; **Sungurtekin-Özkan**, s. 298; **Kılıçoğlu**, s. 1169.

³²⁰ HMK m. 289 f. 2 hükmüne benzer bir düzenleme HUMK kabul edildiğinde yok idi. Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na 26.2.1985 tarihli ve 3156 sayılı Kanunun geçici maddenin e bendi ile Ek madde 1 dahil edilmiştir. 1086 s. HUMK Ek madde 1, “Büyükşehir belediye sınırları içerisinde davayı görmekte olan mahkeme, kesin zorunluluk olmadıkça bu belediye sınırları içerisinde bulunan şahit ve bilirkişilerin istinabe yolu ile dinlenilmesine karar veremez” şeklindedir.

³²¹ Hatta söz konusu düzenlemenin hükümet gerekçesinde keşif yapılacak yer mahkemesinin yargı çevresinin dışında bulunuyorsa, keşif istinabe suretiyle yapılır dendiikten sonra keşfin konusu büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde ise 16.02.1985 tarihli ve 3156 sayılı Kanunla 1086 sayılı Kanuna eklenen ek birinci maddedeki düzenlemeye benzer şekilde, zorunluluk olmadıkça keşfin davaya bakan mahkemece yapılacağı belirtilmektedir.

³²² HUMK döneminde keşif yapılacak yer mahkemenin yargı çevresinin dışında bulunuyorsa, keşif istinabe suretiyle yapılır dendiikten sonra keşfin konusu büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde ise 16.02.1985 tarihli ve 3156 sayılı Kanunla 1086 sayılı Kanun’a eklenen ek birinci maddedeki düzenlemeye benzer şekilde, zorunluluk olmadıkça keşfin davaya bakan mahkemece yapılacağı belirtilmekte idi. HUMK ek madde 1 hükmünün Hükümet Gerekçesi’nde düzenlemenin öngörülüş amacı, “Kanuna ilave edilen 1 inci ek maddede büyükşehir sınırları içerisinde bulunan mahkemelerin tanık ve

söylemek gerekir. Hâkim bu konuda takdir hakkını kullanırken, her iki mahkemenin keşif mahalline olan mesafesi ile diğer pratik ihtiyaçları gözönüne almalıdır.³²³

HMK m. 289, f. 2 hükmünün lafzından yola çıkıldığında, maddenin uygulama alanında öncelikle keşfin icrasına dair görevin davaya bakan mahkeme tarafından yapılacağı ancak zorunluluk olduğunda istinabe yoluna gidileceği şeklinde bir sonuç çıkmamaktadır. Ancak, madde gerekçesinde açıkça vurgulandığı üzere 1086 sayılı HUMK ek madde 1 ile paralel bir hükmün³²⁴ getirilmesinin amaçlandığından hareketle, kanun koyucunun büyükşehir belediyesi sınırları içindeki keşif konusu nesne ile ilgili keşif yapılmasını öncelikli olarak davaya bakan mahkemeye görev olarak yüklemiştir. Yine de bu hususta davaya bakan hâkimin takdir yetkisi olduğu muhakkaktır.

Mahkemelerin yargılama yetkisini idari sınırlarla belirleyen yargı çevresi, kamu düzeninden olup yetki sınırları aşılarak yargı çevresi dışında yapılan yargılama faaliyeti, Anayasa m. 141, f. 4 hükmüne ve yargılamaya hâkim olan ilkelerden usul ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Aksi şekilde yapılan keşif geçersiz olup, bozma sebebi teşkil edecektir.³²⁵ Aksi şekilde yapılan keşif geçersiz olup, bozma sebebi teşkil edecektir.³²⁶ Söz konusu bozma sebebi usule ilişkin mutlak bozma sebepleri arasındadır.

birlikçilerin istinabe yolu ile dinlenmesi için birbirlerine talimat yazmaları, davaların uzamasına engel olduğundan, bu mahzurun önlenmesi” biçiminde ifade edilmiştir.

³²³ **Tutumlu**, Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, s. 195.

³²⁴ HUMK ek madde 1 hükmünün Hükümet Gerekçesinde düzenlemenin öngörülüş amacı, “Kanuna ilave edilen 1 inci ek maddede büyükşehir sınırları içerisinde bulunan mahkemelerin tanık ve birlikçilerin istinabe yolu ile dinlenmesi için birbirlerine talimat yazmaları, davaların uzamasına engel olduğundan, bu mahzurun önlenmesi” biçiminde ifade edilmiştir.

³²⁵ “Her mahkeme ancak kurulduğu kaza sınırları içinde yargı yetkisine sahiptir. Hâkim yargısal faaliyetini kendi kaza sınırları içinde sürdürebilir. Bunun dışında bu yetkiyi kullanamaz. Bu husus kamu düze ile ilgilidir. Hâkimin öncelikle ve doğrudan uyması gereken kuraldır. Bundandır ki, davaya bakan Edirne Mahkemesi hâkimin uyuşmazlığa konu inşaatın bulunduğu yer olan Keşan İlçesi Erikli Köyü’ne giderek yaptığı keşif ve bu keşif sonucu alınan birlikçi raporu geçersizdir. Buna dayanılarak hüküm verilemez. Ayrıca mahkemeler arası yardımlaşma -istinabe- yolu varken yetki sınırları aşılarak gösterilen bu faaliyet Anayasa’nın 141, f. 4 ve HUMK’nın doğrudan hâkime hitap eden 77 inci maddesinde öngörülen davanın “en az giderle” görülmesi ilkesiyle de bağdaşmaz. Geçersiz keşif ve bu keşfe dayanan rapor esas alınarak hükme varılması HUMK’nın 428/son maddesi uyarınca bozma nedenidir görüşüne yer verilmiştir”, Y.15.HD, 22.10.1992 T., 1992/1496 E-4892 K. (*Kazancı*).

³²⁶ “Her mahkeme ancak kurulduğu kaza sınırları içinde yargı yetkisine sahiptir. Hâkim yargısal faaliyetini kendi kaza sınırları içinde sürdürebilir. Bunun dışında bu yetkiyi kullanamaz. Bu husus kamu düze ile ilgilidir. Hâkimin öncelikle ve doğrudan uyması gereken kuraldır. Bundandır ki, davaya bakan

Çünkü mahkemelerin yargısal faaliyetlerini kendi kaza sınırları içinde sürdürmeleri kamu düzeniyle ilgilidir.³²⁷ Usule ilişkin mutlak bozma sebeplerinin söz konusu olabilmesi için usul kurallarına ağır aykırılık bulunmalıdır. Bu sebeplerin varlığı halinde ayrıca usul kuralının yanlış uygulanması ile hüküm arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı araştırılmaz.³²⁸

2. Keşfin İcrası Sırasında Yapılması Gereken Usuli İşlemler

a) Keşfin İcrası

Keşif ara kararında belirtilen gün ve saatte (mutlaka) keşfi icra edecek hâkimin ve zabıt kâtibinin keşif mahallinde hazır bulunması gerekir. Ayrıca, keşiften önce bilirkişi tayin edilmişse bilirkişinin keşif mahalline gelmesi beklenir. Yine keşif kararında tanık beyanlarının keşfe konu taşınmaz huzurunda alınacağı belirtilmişse tanıklar da keşif yerinde hazır bulunmalıdırlar. Keşif, kural olarak hâkim önünde ve fiziki olarak mahkeme binasında özel olarak tahsis edilmiş salonlarda cereyan etmesi gereken bir tahkikat işlemidir. Fakat, delillerle doğrudan ilişki kurulması halinde maddi gerçeğe daha iyi ulaşılabilceği düşüncesinden yola çıkılarak celse ya da duruşmaların adliye binası dışında gerçekleştirilebilir. Keşfin, özellikle taşınır ve dava konusu bilgi taşıyıcılarının mahkeme binasına getirtilerek icra edilmesi mümkünse de, keşfin konusunu taşınmazın oluşturduğu durumlarda keşif taşınmazın bulunduğu yerde yapılacaktır.

Keşfin icrasını düzenleyen HMK m. 290 hükmü uyarınca keşfin yeri ve zamanı mahkeme tarafından tespit edilir. Keşif, taraflar hazır iseler huzurlarında, aksi takdirde

Edirne Mahkemesi hâkimin uyuşmazlığa konu inşaatın bulunduğu yer olan Keşan İlçesi Erikli Köyü'ne giderek yaptığı keşif ve bu keşif sonucu alınan bilirkişi raporu geçersizdir. Buna dayanılarak hüküm verilemez. Ayrıca mahkemeler arası yardımlaşma -istinabe- yolu varken yetki sınırları aşılarak gösterilen bu faaliyet Anayasa'nın 141, f. 4 ve HUMK'nın doğrudan hâkime hitap eden 77 inci maddesinde öngörülen davanın "en az giderle" görülmesi ilkesiyle de bağdaşmaz. Geçersiz keşif ve bu keşfe dayanan rapor esas alınarak hükme varılması HUMK'nın 428/son maddesi uyarınca bozma nedenidir görüşüne yer verilmiştir", Y.15.HD, 22.10.1992 T., 1992/1496 E-4892 K. (*Kazancı*).

³²⁷ Recep Akcan: Usul Kurallarına Dayanan Temyiz Nedenleri (Ankara 1999), s. 52.

³²⁸ Akcan, Temyiz Nedenleri, s. 52; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 697; Kuru/Arsalan/Yılmaz, s. 624.

yokluklarında yapılır (HMK m. 290, f. 1). Keşif işlemi bizzat mahkeme tarafından yerine getirilir; bilirkişiye veya başka bir görevliye keşif yapma yetkisi devredilemez.³²⁹ Mahkeme, keşfin güven içinde yapılması için gerekli her çeşit tedbiri alır; bu noktada gerekirse kolluk kuvvetlerinden de yardım isteyebilir.³³⁰

HMK m. 290, f. 2 hükmü uyarınca mahkeme keşif sırasında tanık ve bilirkişi dinleyebilir. Keşfin amacına ulaşmasını sağlamak için usul ekonomisi ilkesinin de bir gereği olarak, keşif icra edilmeden önce keşfin konusunun, keşfin icra şeklinin, keşifte görev yapacak olan bilirkişilere ve tanıklara neler sorulacağının tespit edilmesi yararlı olacaktır.³³¹ Hâkim bilirkişilerin keşif esnasında yapacakları işleri ve dikkat etmeleri gereken hususları kendilerine açıklar. Bilirkişi yardımı ile hâkim özel ve teknik bilgi gerektiren konularda bilgi sahibi olabilecek; keşif esnasında dinlenecek tanıkların beyanları aracılığıyla da somut olayın özelliklerini daha iyi anlayabilecektir.³³² Bu noktada hâkim keşifte dinlenecek olan keşif mahallini iyi bilen yerel bilirkişilere başvurmakla birlikte; özel ve teknik bilgiye sahip (ölçüm ve teknik hesaplamalarda bulunabilecek) uzman bilirkişilerden de istifade edecektir. Keşifte dinlenilecek olan yerel ve uzman bilirkişileri ile tanıkların yöreyi bilen ve mümkünse yaşlı ve yansız kişilerden olması keşfin amacına ulaşması bakımından önemlidir.³³³

³²⁹ “Keşif HUMK m. 364 (HMK m. 290) gereğince, ‘hâkim’ tarafından yapılır. Bilirkişilerin, hâkim gitmeden yaptıkları saptama, itiraz eden yanı bağlamaz.”, Yarg. 13. HD., 13.04.1981, E. 1981/1032, K. 1981/2623 (Yasa 1981/5, s. 661).

³³⁰ **Yılmaz**, Şerh, s. 1260. Keşif esnasında disiplini sağlaması için mübaşir de (ve hatta odacı da) keşfe götürülebilir, ki bu durumda mübaşirlere de yol tazminatı ödenir, **Kuru**, Usul, C. 3, s. 2856.

³³¹ **Yılmaz**, Şerh, s. 1264. Yöneltilcek olan soruların yerinde ve eksiksiz bir şekilde formüle edilmiş, yeterince açık, bilirkişinin uzmanlık alanına ilişkin ve nihayet uygun bir dille ifade edilmiş olması gerekir gerektiğidir. Bu soruların yol gösterici nitelikte olması, özellikle keşifte görev alacak olan bilirkişinin önceden görevinin sınırlarını bilebilmesi açısından oldukça önemlidir (**Toraman**, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, s. 226).

³³² **Tanrıver**, Bilirkişinin Hukuki Statüsü, s. 34; **Toraman**, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, s. 67, 70, 155, 222; **Tanverdi**, s. 111, 142.

³³³ “Sağlıklı bir sonuca varılabilmesi için yöreyi iyi bilen, elverdiğince yaşlı, yansız, yerel ve uzman bilirkişi, tarafların aynı yöntemle gösterecekleri tanıklar hazır olduğu halde taşınmazlar başında yeniden keşif yapılmalı, yerel bilirkişi yardımı, uzman bilirkişi eliyle katılan davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün tutunduğu tapu kaydı ve dayanağı ilam yerine uygulanmalı, kayıtlarda tarif edilen sınır yerleri uzman bilirkişiye düzenlettirilecek geniş kapsamlı haritada işaret ettirilmeli, [...] dıştan komşu taşınmazların tespit tutakları ve varsa kayıtlarla yerel bilirkişi ve tanık sözleri denetlenmeli, yerel bilirkişice bilinmeyen sınır yerleri bulunduğu takdirde taraflara bu konuda tanık dinletme olanağı sağlanmalı, bundan sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna uygun

Hâkimin keşfin icrası sırasında tanık dinleyip bilirkişinin görüşüne başvurabilmesi imkânının yanında HMK m. 144 hükmü uyarınca tarafları keşif mahallinde dinleyebilme yetkisi de mevcuttur. Hatta hâkim gerekli görürse re'sen ya da talep üzerine taraflardan her birinin keşif mahallinde isticvabına karar verebilir (HMK m. 169).³³⁴

Tanıklar kural olarak mahkemede dinlenecekse de mahkeme, gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekliyse, tanığın olayın gerçekleştiği veya şeyin bulunduğu yerde dinlenmesine karar verebilir (HMK m. 259, f. 2). Şayet keşfe konu nesne mahkemeye getirtilip keşif yapılyorsa tanıklıkla ilgili hükümler (HMK m. 240 vd.) doğrudan keşif esnasında dinlenen tanıklar bakımından da uygulanacaktır. Buna karşın özellikle taşınmazlar üzerinde keşfin icrası söz konusu olduğunda HMK m. 240 vd. hükümleri keşif mahallinin özellikleri dikkate alınarak uygulanacaktır. Örneğin HMK m. 261 hükmü gereği tanıklar, hâkim tarafından ayrı ayrı dinlenir ve biri dinlenirken henüz dinlenmemiş olanlar salonda bulunamazlar. Taşınmazlar hakkında keşif taşınmazın bulunduğu yerde ve çoğu zaman açık havada yapıldığından hâkim tanıkları ayrı ayrı dinlerken birbirlerini duymamalarına dikkat etmelidir.

HMK m. 290, f. 3 hükmü gereğince mahkeme bir olayın nasıl gerçekleşmiş olabileceğini tespit için temsili uygulama da yaptırabilir.³³⁵ Bu keşif mahallinde olabileceği gibi duruşma salonunda da yapılabilir.

Keşfin icrasına katlanma zorunluluğu uyarınca taraflar ve üçüncü kişiler, keşif kararının gereğine uymak ve engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadırlar (HMK m. 291). Keşfe katlanma zorunluluğu yukarıda incelendi.³³⁶ Türk Ceza Kanunu'nun 265. maddesinin birinci fıkrası uyarınca taraflardan biri veya herhangi bir üçüncü kişi cebir veya tehdit ile karşı koyarak keşif yapılmasına engel

bir karar verilmelidir.”, Yarg. 7. HD., 29.03.2004, E. 2004/266, K. 2004/1144 (*LegalBank*); **Kut**, s. 333; **Tanrıver**, Bilirkişinin Hukuki Statüsü, s. 34; **Toraman**, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, s. 67, 70, 155, 222; **Tanverdi**, s. 111, 142.

³³⁴ Erdal **Tercan**: Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı, Ankara 2001, s. 195 vd.; **Toraman**, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, s. 227, 369.

³³⁵ Temsili uygulama için bkz. §2-A-II-2-c).

³³⁶ Bkz. yukarıda §1-E-II ve §1-E-III.

olmaya çalışırsa cezalandırılır. Ayrıca burada yargı görevini yapan kişilere karşı suç işlendiği için, ceza TCK m. 265, f. 2 hükmü uyarınca arttırılacaktır.

Anglo – Amerikan hukukunda keşfin icrasında jüri de yer almaktadır ve jüri üyeleri keşif sırasında mahkeme salonundaki konumlarının aksine oldukça aktif durumdadırlar. Keşif yerinde yürüyüş yapılması ve diğer fiziksel aktiviteler jüri üyelerinin normal zamanda mahkeme salonunda (dava esnasında) gösterdikleri davranışlardan değildir. Çünkü mahkeme salonunda oldukça pasif durumda olup, tarafların iddia ve savunmalarını dinlemektedirler.³³⁷ Keşif kararı verildikten sonra mahkeme jüri üyelerine keşfin amacı ve konusu ile ilgili bilgilendirme yapıp talimatlar verir. Mahkeme özellikle keşif esnasında jüri üyelerinin keşif mahallinde bulunan ve fakat dava konusu olayla ilgili olmayan unsurları (mesela objeleri) dikkate almamaları yönünde talimat verebilir. Mahkeme keşfin başarıya ulaşabilmesi için gerekli bütün tedbirleri alır. Bu noktada mahkeme keşif esnasında kafa karışıklığı yaratabilecek, jüri üyelerinin dikkatini dağıtabilecek veya önyargıya sebebiyet verebilecek durumları öngörerek bunlara karşı önlemler almalıdır.³³⁸

Keşif esnasında (kural olarak) jüri üyeleri tanıklarla kesinlikle konuşamazlar, soru soramazlar veya davayla ilgili kanaat ortaya koyan açıklamalarda bulunamazlar.³³⁹ Bunun yanında, jüri üyeleri dava konusu hakkında üçüncü kişilerle konuşamayacakları gibi kendi aralarında da davayla ilgili olarak konuşamazlar.³⁴⁰ Hâkim keşif esnasında jüri üyelerini yönlendirir ve onların hiçbir şekilde tanık ifadesi almalarına izin vermez, hatta davayla ilgili açıklamalarda bulunmalarına engel olur. Yalnızca hakim gerek gördüğünde tanıkları keşif mahalline çağırarak keşif esnasında dinleyebilir. Tanık beyanları olayın gerçekleşme şekliyle ilgili olabileceği gibi, keşif mahallindeki nesnelere ilişkin de olabilir.

Taraflar çağrıldıkları halde gelmedikleri takdirde, keşif yokluklarında icra edilir. Hâkim keşif tamamlandıktan sonra jüri üyelerinin keşif mahalline tekrar gitmelerini

³³⁷ **Lipson**, § 3.03 [1]; **Mueller/Mueller**, s. 466.

³³⁸ **Grant/Zeldin**, s. 107; **Mueller/Mueller**, s. 461, 466.

³³⁹ *R. v. Karamat* [1956] A.C. 256; **Ruth Cannon/Niall Neligan**: Evidence (Dublin 2002), s. 54.

³⁴⁰ *Snyderv. Mass.*, 291 U.S. 98 (1934); **Gold**, s. 164.

yasaklayabilir.³⁴¹ Keşfin amacına ulaşabilmesi için istisnai durumlarda jüri üyelerine soru sorma hakkı, belirli kısıtlamalarla tanınabilmektedir. Böylece jüri üyelerinin keşif konusuyla ilgili aydınlatılması sağlanmaktadır. Ancak bu hak dikkatlice ve hâkimin kontrolü altında tanınmaktadır. Dolayısıyla, jüri üyelerinin davayla ilgili olumsuz kanaat sahibi olmalarının veya ihsası reyde bulunma ihtimallerinin önüne geçilmektedir.³⁴²

b) Temsili Uygulama

HMK m. 290 hükmü uyarınca mahkeme bir olayın nasıl gelişmiş olabileceğini tespit bakımından temsili uygulama yaptırabilir³⁴³. Bu uygulama keşif mahallinde olabileceği gibi duruşma salonunda da yapılabilir. Bu sebeple keşifte temsili uygulama keşfin konusunun taşınır (veya taşınırlar dışındaki bilgi taşıyıcıları) ya da taşınmaz olmasından bağımsızdır.

Temsili uygulama ile dava konusu olayın nasıl meydana gelmiş olduğunun daha iyi anlaşılması ve tereddütlerin giderilmesi amaçlanır; bunun için de bir olay yeniden canlandırılır. Bu yapılırken inandırıcılığın tesis edilebilmesi için olayın meydana geldiği andaki iklim ve zaman koşulları temsili uygulamada dikkate alınır. Anglo-Amerikan hukukunda da, aşağıda açıklanacağı üzere (bu başlık altında) keşif esnasında temsili uygulama yoluna sıklıkla başvurulmaktadır.

Mahkeme örneğin keşif mahallindeki bir fabrikada incelemelerde bulunurken dava konusu olayın daha iyi anlaşılabilmesi için bazı makinaların temsili uygulama ile çalıştırılmasına karar verebilir. Böylece dava konusu iş kazanın meydana geliş şekli yeniden canlandırılmış olur. Yine inşaat temeli kazı çalışmasında fazla yük sebebiyle devrilen bir hafriyat kamyonunun kazanın gerçekleştiği anda durduğu yer olayın

³⁴¹ **Grant/Zeldin**, s. 107; **Mueller/Mueller**, s. 461, 466.

³⁴² John Henry **Wigmore**: Evidence in Trials at Common Law C.: 6 (3. Bası., Boston 1976), s. 1892; *Gorelick v. Michigan Dep't of State Highways & Transp.*, 127 Mich. App. 324, 339 N.W.2d 635 (1983).

³⁴³ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 454; **Umar**, Şerh, s. 796; **Yılmaz**, Şerh, s. 1260; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 532; **Muşul**, s. 427; **Karlı**, s. 655; **Sungurtekin Özkan**, s. 298.

anlaşılabilmesi için önem arz edebilir. Bu takdirde keşif mahalline hafriyat kamyonu getirtilerek temsili uygulama yapılmasına karar verilebilir. Keza dava konusu taşıtı yerinde inceleyen hâkim taşıtın motor aksamındaki sorunun anlaşılabilmesi için motor çalıştırılıp, araç sürülebilir. Yine hâkim keşif esnasında işçinin yaralanmasına sebebiyet veren makinayı işçiden kazanın meydana geldiği gün ne şekilde temizledi ise, aynı şekilde temizlemesini isteyebilir. Asansör kazalarında çoğu zaman asansörün taşıma kapasitesi ile ilgili tereddütler ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple hâkim kazaya sebebiyet veren asansöre kaza esnasında mevcut ağırlığa eşit olan yükü yükleyip asansörün kaza anındaki taşıma kapasitesini bu canlandırma ile bizzat gözlemleyebilir. İnşaat alanında ağırlık taşımak için kullanılan bir vincin sebebiyet verdiği kazada, kaza sebebinin aslında vincin kurulumundaki bir hata olduğu iddiası, temsili uygulama ile olay yerinde vincin tekrar kurulumu sağlanarak, söz konusu hatanın hangi aşamada ve ne şekilde ortaya çıkmış olduğu tespit edilebilir. Keza üretim hatası sebebiyle oldukça gürültülü çalıştığı iddia edilen bir çamaşır makinesi temsili uygulama ile çalıştırılıp çıkardığı gürültünün hangi düzeyde olduğu anlaşılabilir.

Ceza yargılamasında keşif kurumu CMK m. 83'te düzenlenmiştir. Ne var ki, HMK m. 290 hükmünden farklı olarak söz konusu hükümde temsili uygulama ile ilgili bir düzenleme mevcut değildir. Ancak yine de ceza yargılamasında keşif esnasında sıklıkla temsili uygulama yoluna başvurulmaktadır. Buna engel bir düzenleme mevcut değildir. CMK'da keşfin özel bir türü olarak “yer gösterme” kurumuna da yer verilmiştir. Cumhuriyet savcısı, kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüpheliye yer gösterme işlemi yaptırabilir (CMK m. 85). Yer gösterme esas itibarıyla keşiftir.³⁴⁴ Ancak yer göstermede yetki savcıya; istisnaen adli kolluk amirine aittir. Keşiften farklı olarak yer gösterme sadece soruşturma aşamasında söz konusu olabilir. Yer göstermenin şartları CMK m. 85 hükmünde belirtilmiştir. Bu hükme göre işin soruşturma aşamasında olması, savcının kararının bulunması ve şüphelinin susma hakkını kullanmamış olması gerekir. Yer gösterme işlemi savcı tarafından yaptırılır. Müdafî de soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla hazır bulunabilir (CMK m. 85, f. 1). Yer gösterme işlemi CMK m. 169 hükmüne uygun olarak tutanağa bağlanır (CMK m. 85, f. 3). Yer gösterme çerçevesinde olayların çoğunda temsili uygulama

³⁴⁴ Donay, s. 143, 144; Centel/Zafer, s. 296; Öztürk, s. 356, 357.

yaptırılmaktadır. Örneğin fail olay yerinde olayın gerçekleşme şeklini anlatırken, hâkim olayın daha iyi anlaşılabilmesi için temsili uygulama yaptırabilir. Örneğin hâkim failin ateş ettiği noktadan gerekli önlemler alındıktan sonra keşif esnasında tekrar ateş edilmesini isteyebilir ve hedefe verilen zarar böylece gözle görülebilir. Keza meskûn mahalde ateş etme suçu ile ilgili görülen davada hâkim keşif esnasında gerekli tedbirler alındıktan sonra tekrar havaya ateş açılmasını isteyebilir. Böylece ateşli silahtan çıkan sesin ne kadar uzaktan duyulduğunu ve etkilerin gözlemleyebilir.

Anglo – Amerikan hukukunda keşif esnasında temsili uygulama yaptırılmasına sıklıkla rastlanmaktadır. Türk hukukuna HMK ile giren keşifte temsili uygulama yapılması imkânı Anglo – Amerikan hukuku uygulamasına nazaran oldukça yeni tarihlidir. Bu sebeple Anglo – Amerikan hukukundaki temsili uygulama yöntemleri Türk hukuku bakımından yol gösterici nitelikte olabilecektir. Türk hukukunda uzun süreli kökleşmiş Anglo – Amerikan hukukundaki örneklerden istifade edilerek temsili uygulama daha yaygın ve etkin yapılabilir. Mahkeme, bir olayın nasıl meydana gelmiş olabileceğini tespit için keşif mahallinde temsili uygulama yaptırabilir. Temsili uygulama sayesinde dava konusu olayın nasıl meydana gelmiş olduğunun daha iyi anlaşılması ve tereddütlerin giderilmesi amaçlanır.³⁴⁵ Aşağıda Anglo – Amerikan hukukunda bugüne kadar bazı önemli davalarda yaptırılmış olan temsili uygulamalara örnek olarak yer verilmiştir:

Politik sebeplerle işlenen cinayetlerin araştırıldığı savaş suçları ile ilgili bir ceza davasında mahkeme heyeti jüri üyeleriyle birlikte Belarus'taki cinayet mahalline keşif yapmak amacıyla gitmiştir. Burada keşfe cinayete tanık olan görgü tanıklarının da katılması istenmiş; cinayet anında nerede ne şekilde durdukları (saklandıkları) ve cinayetleri hangi açıdan gördükleri, temsili uygulama yoluyla tekrar canlandırılmıştır. Böylece mahkeme heyeti ve jüri üyelerinin cinayetlerin işlenme şekli ile ilgili daha ayrıntılı bilgi sahibi olmaları sağlanmıştır.³⁴⁶

³⁴⁵ **Emson**, s. 16; Ashley S. **Lipson**: Is it Admissible?, Californiya, 2013, s. 35.

³⁴⁶ R v. Sawoniuk (2000) 2 Cr. App. R. 220 (CA).

Mahkeme bir canlandırmanın yapılabilmesi için gerekli olan katkıyı yapmaları hususunda tarafları zorlayabilir.³⁴⁷ Bir davada mahkeme davalı işvereni daha sonra yapılacak keşif ve temsili uygulamaya yardımcı olabilecek olan, çalışma ortamının ve yapılan işin niteliğini ortaya koyan bir video kaydı yapması hususunda davacı işçisine izin vermeye zorlamıştır.³⁴⁸ İşçi video kaydını tamamlamış ve bu kayıt daha sonra yapılan keşif ve keşfe bağlı temsili uygulamaya esas teşkil etmiştir.

Başka bir davada bir yayaya karşıdan karşıya geçerken tünelden çıkan otobüs çarpmıştır. Sonrasında otobüs işletmesine ve otobüs şoförüne karşı haksız fiil davası açılmıştır. Keşif esnasında mahkeme tarafından temsili uygulama yapılmasına karar verilmiştir.³⁴⁹ Olayın tekrar canlandırılmasında otobüs işletmesinin bir çalışanı otobüs şoförü olarak görevlendirilmiştir. Temsili uygulama sırasında özellikle kazanın meydana geldiği kavşaktaki trafik ışıklarının, otobüsün geldiği tüneldeki bariyerin zamanlama bakımından uyumlu olup olmadığı gözlemlenmiştir. Yayalar için yeşil ışık yanarken (yeşil ışığın yandığı tüm zaman diliminde) tünel bariyerinin araçların geçişine izin verip vermediği dikkatle incelenmiştir. Tünel bariyerinin mekanizmasında görünürde herhangi bir aksaklığın olup olmadığına bakılmıştır. Temsili uygulama konuyla ilgili uzman olan jüri üyelerinden birinin verdiği komutlar doğrultusunda yapılmıştır. Mahkeme heyeti de temsili uygulamayı dikkatlice izlemiştir. Böylece gerek jüri üyelerinin gerekse mahkeme heyetinin kazanın gerçekleşme şeklini daha iyi anlamaları sağlanmıştır.

İki otomobilin çarpışıp trafik kazasına neden olduğu başka bir davada davalı kazanın olay esnasında bir itfaiye kamyonunun yüksek desibeldeki sireninin sürücünün tüm dikkatini dağıtarak kazaya sebebiyet verdiğini ileri sürmüştür. Mahkeme keşif yapılmasına karar vermiştir. Keşif mahalline gelen mahkeme heyeti ve jüri kazanın meydana geldiği kavşakta incelemelerde bulunmuştur. Bu incelemelerle yetinmeyen mahkeme heyeti olayın daha iyi anlaşılması için temsili uygulama yapılmasına karar vermiştir. Temsili uygulama gereği keşif mahalline bir itfaiye kamyonu getirilmiş ve kaza esnasında bulunduğu yere konuşlandırılmıştır. Jüri üyelerinden biri kazanın

³⁴⁷ O'Hare/Browne, s. 467.

³⁴⁸ Ash v. Buxted Ltd, The Times November 29, 1989.

³⁴⁹ Yi Gu v. Rhode Island Public Transit Authority 38 A 3d 1093 (R.I., 2012).

meydana geldiği noktada bir otomobile binmiş işte bu esnada itfaiye kamyonunun sireni açılmış ve jüri üyesinin otomobilin içindeyken sireni ne ölçüde duyduğu ve dikkatinin ne derecede etkilendiği tespit edilmeye çalışılmıştır.³⁵⁰

c) Keşif İcrasının Sona Ermesi ve Keşif Tutanağı

Keşif tamamlandıktan sonra HMK m. 290, f. 2 hükmü uyarınca keşif sırasında yapılan tüm işlemler ve beyanlar ile hâkimin keşif sırasındaki gözlemlerini içeren bir tutanak düzenlenir. Plan, çizim, fotoğraf gibi belgelerin de eklendiği bu tutanağa keşif tutanağı denir. Keşfin tutanağa bağlanması kanuni bir zorunluluktur. Çünkü keşif tutanağı, keşifte neler yapıldığının resmi delili niteliğindedir.³⁵¹ Keşif işlemi ile ilgili plan, çizim, fotoğraf gibi belgelerin keşif tutanağına eklenmesi kanuni bir zorunluluktur ve keşif işleminin tamamlayıcısı niteliğindedir.³⁵² Bunun yanında, söz konusu belgelerin keşif tutanağına eklenmesi ile bilirkişinin hazırladığı raporun ve sunduğu beyanların denetimi de sağlanmış olacaktır.³⁵³

³⁵⁰ Williams v. Bethany Volunteer Fire Dept., 307 N.C. 430, 433 – 37 (1983).

³⁵¹ Orhan Yılmaz, s. 910.

³⁵² Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 443; Umar, s. 797; Yılmaz, Şerh, s. 1266; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 795; Muşul, s. 427; Karşlı, s. 654.

³⁵³ Ejder, Yılmaz, s. 1267. Ayrıca bkz. bu doğrultuda: “Bu halde Mahkemece yapılacak iş, mahallinde yeniden yapılacak keşifte yerel bilirkişi ve tanıklar, H.M.K.nun 243 ve 244. maddeleri gereğince keşif yerine davetiyeyle çağrılmalı, aynı Kanunun 259 ve 290/2. maddeleri uyarınca uyumsuzluğun taşınmazda dair bulunması sebebiyle yerel bilirkişi ve tanıklar keşif yerinde dinlenmeli, tescil davasının açıldığı 23.04.2008 tarihinden geriye doğru en az 20-30 yıl öncesine ait (1978-1988 yılları arası) iki ayrı zamanda çekilmiş hava fotoğrafları bulundukları yerden getirtilerek dosya arasına konulmalı, ziraat fakültesinde öğretim üyesi olarak çalışan 3 kişilik uzman Ziraat Mühendisi, Kadastro Fen Elemanı ve yine 3 kişilik Jeodezi ve Fotogrametri Uzmanı veya Harita Mühendisinden oluşacak uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla hava fotoğrafları keşifte uygulanmalı, öncelikle çekişme konusu taşınmazın yerinin hava fotoğrafında gösterilmesi, daha sonra niteliğinin, kullanım süresinin ve ne zaman kullanılmaya başlandığının belirlenmesine çalışılmalı, tanık ve diğer bilirkişi sözleri uzman bilirkişilerin raporuyla denetlenen, taşınmazların imar ihyasına başlandığı tarihle üzerinde tarımsal amaçlı zilyetliğin başlangıç tarihi ayrı ayrı belirlenmeye çalışılmalı, bundan sonra kazandırıcı zamanaşımı yoluyla edinilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmalı, bilirkişi ve tanık beyanları arasında çelişki bulunması halinde bu çelişkinin H.M.K.nun 261. maddesi uyarınca giderilmesine çalışılmalı, H.M.K.nun 290/2. maddesi gereğince birlikte keşfe götürülecek uzman bir fotoğrafçı aracılığıyla taşınmaz ve çevresinin yakın plan panoramik fotoğrafları çektilerilerek Mahkemece onaylandıktan sonra dosya arasına konulmalı, ondan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca ulaşılması gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”, Yarg. 8. HD., 20.06.2013, E. 2012/11753, K. 2013/9611 (LegalBank).

Keşif tutanağında: Keşfin yapıldığı yer, gün ve saat; keşifte hazır bulunan hâkim, zabıt kâtibi, mübaşir, taraflar, bilirkişiler ve tanıkların isimleri ve davadaki sıfatları (hâkimlerin ve zabıt kâtiplerinin sicil numaraları ile diğer kişilerin kimlik bilgileri); dosya numarası; keşfi gerektiren sebep; keşfin yapıldığı yere kimin temin ettiği araç ile gidildiği; keşif konusu nesnenin özellikleri (mesela bu nesne bir taşınmaz ise bu taşınmazın yeri, sınırları, yüzölçümü, değeri ve diğer önemli nitelikleri); tarafların keşif konusu nesne üzerinde iddia ve savunmaları; keşif sırasında incelenmek üzere tarafların vermiş oldukları belgeler (mesela tapu kayıtları, kroki, fotoğraf, satış senedi gibi); keşif sırasında yapılan işlemler; keşif sırasında hâkimin gözlemleri; keşifte dinlenen tanıkların ifadeleri; bilirkişilerin kimlikleri ve atanma biçimleri; bilirkişilere sorulan sorular ve bilirkişilerin sözlü cevapları; hazır bulunan tarafların yapılan keşfe ve bilirkişilerin görüşüne karşı diyeceklerinin olup olmadığı; keşfin icrası sırasında yapılmış ise kroki, resim, planın belirtilmesi; feragat, kabul ve sulh şeklindeki yargılamaya ilişkin taraf beyanları; hâkimin, zabıt kâtibinin, keşifte hazır bulunan tarafların, bilirkişilerin ve tanıkların imzalarının bulunması gerekir.³⁵⁴

Keşif tutanağı niteliği itibarıyla dava ile ilgili diğer tutanaklardan farklı olmayıp; dava dosyasının bir parçasıdır. HMK m. 154 hükmünde genel olarak tutanak kavramı düzenlenmiştir ve keşif tutanağını da bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir. Böylece keşif tutanağı düzenlendikten sonra HMK m. 156 hükmünde öngörölmüş olan ispat gücüne sahip olacaktır. Bu hüküm gereğince keşfin yapılmış olduğu ancak resmi belge niteliği taşıyan bu tutanak ile ispat olunabilecektir. Bu sebeple keşif tutanağına yazdırılacak olan beyanlarda titiz davranılmalı; yanlış ifadelerden kaçınılmalıdır. Beyanlar tutanağına geçirilirken bir yanlışlık olduğu düşünölüyorsa hâkim bu hususta derhal bilgilendirilmeli ve yanlışlıkların tutanak tanzim edilirken yahut tanzim edilmez derhal düzeltilmesi sağlanmalıdır. Aksi takdirde resmi belge ve kuvvetli bir delil durumundaki keşif tutanağının aksinin ispat edilmesi çok zor olacaktır. Bu durumda keşif tutanağının aksini ispat ancak senetle mümkün olabilecektir.³⁵⁵

³⁵⁴ **Kuru**, Usul (C. 3), s. 2866, 2867; **Bayraktaroğlu**, s. 46; **Ege**, s. 81, 82.

³⁵⁵ **Umar**, Şerh, s. 597; **Kuru/Arsan/Yılmaz**, s. 339; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 502; **Yılmaz**, Şerh, s. 1045.

Yargıtay keşif tutanağının içeriğinin eksiksiz olmasını titizlikle aramakta ve keşif tutanağındaki usulsüzlükleri çoğu zaman bir bozma sebebi saymaktadır.³⁵⁶ Keşif tutanağı keşfe tüm katılanlar tarafından imzalanmaz ise, Yargıtay bu durumu bir bozma sebebi yapmaktadır. Keşif tutanağı birden fazla sayfadan oluşuyorsa tüm sayfaların altı imzalanmalıdır.

HMK m. 155 hükmü genel olarak tutanakların imzalanması ile imza atamayanların durumunu düzenlemektedir ve keşif tutanağı bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Keşif tutanağı düzenlendikten sonra derhal hâkim, zabıt kâtibi tarafından ve diğer keşfe katılanlar tarafından imzalanır. Tutanağa imza atamayacak durumda olan kimsenin parmak izi alınır, bunun hangi parmağa ait olduğu yine tutanakta belirtilir. Ancak, elinde parmak bulunmayanlar, imza yerine mühür veya özel işaret kullanabilirler.

HMK m. 157, f. 1 hükmü uyarınca keşif sırasında zabıt kâtibinin de bulundurulması zorunludur. Çünkü, zabıt kâtibi hâkimin yapmış olduğu tüm usuli işlemlerinin birinci dereceden tanığı olup, zabıt kâtibinin bu işlemler sırasında hazır bulunması ve tutanakları imzalaması söz konusu işlemlerin geçerlilik şartıdır. Bu sebeple keşif sırasında zabıt kâtibinin hazır bulunmaması veya hazır bulunmakla birlikte keşif tutanağını imzalamamış olması kanun yolu aşamasında mutlak bozma sebebi teşkil eder.³⁵⁷ Kural bu olmakla birlikte, zabıt kâtibi bulundurulması zorunluluğuna HMK m. 157, f. 2 hükmü bir istisna tanımıştır. Buna göre hukuki veya fiili engeller sebebiyle zabıt kâtibi görev yapamayacak durumda olur ve işin gecikmesinde sakınca bulunursa, görevin niteliğine uygun şekilde yemin ettirilmek koşuluyla, ehil olan başka bir kimse zabıt kâtibi olarak görevlendirilebilir.³⁵⁸

³⁵⁶ Mesela Yarg. 5. HD., 29.05.2013, E. 2013/7763 K. 2013/11000 (*LegalBank*); Yarg. 15. HD., 24.10.1991 E. 1991/1695, K. 1991/5031 (*LegalBank*).

³⁵⁷ **Akcan**, Temyiz Nedenleri, s. 52. Duruma ve keşif tutanağının bütün sayfalarının hâkim ve zabıt kâtibi tarafından imzalanması zorunluluğunun getirilmesinin amacı, duruşma devrelerini gösteren tutanak sayfalarının sonradan değiştirilmesini önlemek ve duruşmanın işleyişi hakkında bilgileri içeren tutanaklara güvenilmesini sağlamak olduğundan; mahallinde yapılan keşif tutanağında hâkimin imzasının olmaması ve buna dayanarak hüküm verilmesi usule aykırıdır (**Akcan**, Temyiz Nedenleri, s. 81).

³⁵⁸ HMK m. 157 hükmüne ilişkin Hükümet Gerekçesi.

HMK m. 158 hükmü uyarınca keşif tutanağının tamamının veya bir kısmının örneği, talep halinde taraflara veya fer'i müdahile verilir. Bu örneklerle mahkemenin mührü basılır ve aslına uygun olduğu yazı işleri müdürü tarafından imza olunarak onaylanır. Keşif tutanağı kural olarak ayrıca taraflara tebliğ olunmaz. Çünkü, HMK m. 147/2 hükmü uyarınca duruşmaların başında yapılan ihtar sebebiyle, keşfe karar verilen duruşmaya mazereti olmaksızın gelmeyen tarafın artık yokluğunda yapılan keşif işlemlerine itiraz hakkı bulunmamaktadır. Bu halde keşif tutanağı gelmeyen tarafa tebliğ olunmayacaktır. Ancak keşif yapılmasının kararlaştırıldığı duruşmaya katılmamasına rağmen bir şekilde keşif kararından haberdar olan taraf keşif esnasında hazır bulunursa, yapılan işlemlere itiraz imkânına sahip olur. Yine haklı sebebe dayanan mazereti bulunan ve bu yüzden keşif kararının verildiği duruşmaya katılamayan tarafa keşif tutanağı tebliğ edilmelidir.

Her ne kadar kural olarak keşif tutanağı taraflara tebliğ edilmese de, bu kuralın önemli bir istisnası mevcuttur. Keşif esnasında bilirkişiye başvurulmuş ve bilirkişi görüşü keşif tutanağına yazılmışsa, keşif tutanağı artık aynı zamanda bilirkişi raporu niteliği de kazanmış olur. Böyle bir durumda keşif tutanağı duruşma gününden önce HMK m. 280 hükmü uyarınca taraflara tebliğ edilir. İşte bu ihtimalde keşfe gelmeyen taraflar da keşfe (dolayısıyla keşfe bağlı olan bilirkişi raporuna) itiraz edebilir. Tarafların itiraz haklarını keşif kararı verilen duruşmada veya keşif mahallinde hazır bulunup bulunmamaları kural olarak etkilemeyecektir.³⁵⁹ Bilirkişi raporu keşif esnasında sözlü olarak verilmiş, keşif tutanağına geçirilmiş ve o tutanak kendisine imzalatılırken taraf yapılan işlemlere itirazı olmadığını beyan etmiş ise, bu beyan yapılan işlemlerin hukuka uygun olarak yapıldığının bir ikrarıdır ve bu sebeple sonradan tutanağın içeriğine itiraz edilemez. Ancak, HMK m. 188, f. 2 hükmü uyarınca bilirkişi

³⁵⁹ “Davacı, ayıplı dolabın satıcıya iade edildiğine dair adi belge niteliğinde bir yazı sunmuş ise de, satıcı yargılamaya katılmamış ve imzanın kendisine ait olup olmadığı ispatlanamamıştır. Keza *keşif esnasında dolap bilirkişice incelenmiş ancak dolabın nerede ve kimin elinde iken incelendiği belirtilmemiştir*. Şu durumda yargılamaya gelmeyen ve cevap vermeyen satıcı davacının tüm, iddialarını inkâr etmiş sayılacağından, ayıplı malın iade edilip edilmediği kendisinin çağrılarak belirlenmesi ve keşif sırasında malın kimde olduğu hususunun araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken malın iade edildiğinin varsayılacak suretiyle eksik inceleme ile verilen kararın bozulması gerekmiştir.”, Yarg. 4. HD., 22.12.2011, E. 2011/14883, K. 2011/13949 (LegalBank).

raporu keşiften sonra verilmiş ise keşifte yapılmış işlemlere itiraz etmemiş kişinin rapora itiraz hakkı saklıdır.³⁶⁰

Keşif sırasında davaya son veren taraf işlemleri olan feragat, kabul veya sulh yapılabilir.³⁶¹ Bu işlemler geçerlidir ve keşif tutanağına geçirilip taraflarca imzalanır. Böylece dava bir kesin hüküm doğmuş gibi neticelendirilmiş olur (HMK m. 311, 315).³⁶² Davaya son veren bu taraf usul işlemlerinin keşif yerinde yapılmış olması onun mahkeme huzurunda akdedilmesi gerekliliğini zedeleyici nitelikte değildir. Çünkü keşif tamamen duruşmada icra edilen bir işlemdir ve zorunluluklar sebebiyle bazı hallerde (mesela keşif konusu nesnenin mahkemeye getirtilmesinin mümkün olmaması gibi) bu duruşma mahkeme binası dışında yapılmaktadır.

VI. Keşfe Katlanma Zorunluluğu

1. Genel Olarak

Taraflar ve üçüncü kişiler bakımından keşfe katlanma zorunluluğu hususunda, 1086 sayılı Kanunda herhangi bir hüküm bulunmamakta idi. Bu sebeple, mülga

³⁶⁰ Umar, Şerh, s. 799.

³⁶¹ Ergun **Önen**: Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara, 1972, s. 97; İbrahim **Ermenek**: Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009, s. 77; Leyla Akyol **Aslan**: Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011, s. 227.

³⁶² “İddia ve savunmaya, mahkemece toplanıp değerlendirilen delillere, duruşma tutanaklarına, yansıyan bilgi ve belgelere göre dava niteliği ve içeriği itibarıyla 2859 sayılı yasa hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Bir bölüm davalı vekili ile davada vekille temsil edilmeyen davalı Fatma Özçelik'in iddia ve savunmanın kıymetlendirilmesi yönünden dava ve temyiz konu taşınmaz başında yapılan keşifte düzenlenen 06.04.2004 günlü keşif tutanağı içeriğine göre kendilerine yöneltilen davayı kayıtsız şartsız kabul ederek, bu doğrultudaki beyanlarını usulün 151.maddesi hükmü uyarınca imzaları ile belgelendirdikleri anlaşılmaktadır. Kural olarak feragat, kabul gibi irade beyanları yöntemine uygun şekilde belgelendirilmiş olmak koşuluyla kesin hükmün bütün sonuçlarını doğurur. Feragat ve kabul ile dava kendiliğinden son bulur. Kesin hüküm kamu düzenine ilişkin olup istek olmasa bile yargılamanın her aşamasında mahkemece resen gözetilmesi gerekli olumsuz dava koşullarındandır. Mahkemece vekille temsil edilen bir bölüm davalının vekili ile davada vekille temsil edilmeyen Fatma'nın kendilerine yöneltilen davayı yöntemine uygun biçimde kabul ettikleri kabulden dönmeyi haklı gösterecek herhangi bir hukuksal nedenin öne sürülmediği de gözönüne alınarak yöntemine uygun şekilde gerçekleşen kabule değer verilmek suretiyle hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmadığından, davalılar vekilinin sair temyiz itirazları yerinde değildir.”, Yarg. 7. HD., 09.05.2005, E. 2005/1433, K. 2005/1498 (LegalBank).

HUMK'nın yürürlükte olduğu dönemde, kamu düzenini ilgilendiren hususlara ilişkin keşfin icrasına katlanma bakımından taraflar ve üçüncü şahıslar için zorunluluk olup olmayacağı konusunda farklı fikirler ileri sürülmüştü. *Ansay*, keşfin icrasına, taraflarca veya üçüncü kişiler tarafından karşı gelindiği takdirde, mahkeme zor kullanılmasına emir verebilir ve bunun için devlet kuvvetine müracaat edebilir görüşündeydi.³⁶³ Buna karşın, *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, keşfe katlanmanın sadece, ispat yükünü taşıyan taraf için, iddia ettiği vakıaların belirsiz kalması ve ispat yükü kuralı gereği davanın aleyhine sonuçlanması halinde sonuçları olabileceği ve fakat kamu düzenini ilgilendiren hususlar dışında keşfe katlanma zorunluluğunun olmayacağı kanaatinde idi.³⁶⁴

Keşfe katlanma yükümlülüğü taraflar ve üçüncü kişiler için uyuşmazlığın aydınlatılmasına katkıda bulunma yükümlülüğü temeline dayanmaktadır.³⁶⁵ Aydınlatma ödevi, davada ispat yükünü taşımayan tarafın vakıaların aydınlatılmasına olumlu bir biçimde katkıda bulunması yükü olarak tanımlanabilir.³⁶⁶ Aydınlatma yükümlülüğünün temelinde ise, açıklama yapılması ve eldeki delillerin ibraz edilmesi konusunda somut bir maddi hukuk kuralı bulunmadığı takdirde, usuli dürüstlük kuralının yattığı söylenebilir.³⁶⁷ Aydınlatma ödevinin pozitif hukuktaki görünümünden biri olan keşfe katlanma yükümlülüğüne ilişkin³⁶⁸ HUMK'da bir hükmün olmayışı, böyle bir ödevin

³⁶³ *Ansay*, s. 314.

³⁶⁴ *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, Medeni Usul Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2010, s. 496. Soybağı ile ilgili davaların kamu düzeninden olması sebebiyle keşfe katlanma zorunluluğu, soybağının tespiti açısından HUMK'nın 292. maddesi hükmü ile özel olarak düzenlenmiştir. HUMK'nın yürürlüğe girmesinden önce ise soybağına ilişkin davalar bakımından "Yargılama usulü" madde başlıklı 5271 sayılı TMK m. 284 hükmü bağlamında vücut üzerinde keşfe katlanma yükümlülüğüyle ilgili doktrinde belirtilen görüşler ve tartışmalar için bkz. yukarıda §2-C-III-2.

³⁶⁵ *Atalay*, Delil Kavramı Üzerine, s. 143; *Toraman*, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, s. 376.

³⁶⁶ *Yıldırım*, s. 159; *Atalay*, Delil Kavramı Üzerine, s. 144.

³⁶⁷ *Atalay*, Delil Kavramı Üzerine, s. 144; Erdal *Tercan*, Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, s. 186.

³⁶⁸ *Erdönmez*, Delillerin Gösterilmesi, s. 3. Aydınlatma ödevinin pozitif hukuktaki diğer görünümüne vücut üzerinde inceleme yapılmasına katkıda bulunma yükümlülüğü ve tarafların ellerindeki belgeleri mahkemeye ibraz mecburiyeti örnek verilebilir (*Erdönmez*, Delillerin Gösterilmesi, s. 3). HUMK'da m. 326 ve devamında tarafların aydınlatma ödevinin en önemli göstergesi belgelerin ibrazı mecburiyeti iken, HUMK'da tarafların ve üçüncü kişilerin aydınlatma ödevinin kapsamının genişletildiği ve keşfe katlanma yükümlülüğü ile soybağının tespiti için vücuttan kan ve doku alınmasına katlanma mecburiyetinin getirildiği görülmektedir.

varlığının MK m. 2'deki dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının usul hukukunda da uygulanması gerektiği belirtilerek açıklanmaktaydı.³⁶⁹

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile tarafların ve üçüncü kişilerin keşfe katlanma zorunluluğu davanın tarafları ve üçüncü kişiler için m. 291'de düzenlenmiş ve vakıaların aydınlatma ödevi açıkça kabul edilmiştir. HMK m. 291 f. 1 hükmü gereği, taraflar ve üçüncü kişiler keşif kararının gereğine uymak ve engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadır. Hükmün gerekçesinde bu zorunluluk, mahkeme çalışmalarının kolaylaştırılmasının, taraflar için dürüstlük kuralının bir sonucu, üçüncü kişiler için de kamu düzenin sağlanmasının bir gereği olarak temellendirilmiştir.³⁷⁰ Dolayısıyla taraflar ve üçüncü kişiler, keşif kararının gereğine uymak ve keşfi engelleyici davranışlardan kaçınmak zorundadırlar.

Hükmün gerekçesinde işaret edildiği üzere, incelemenin konusu beden muayenesini, doku alınmasını, bir belgenin tetkikini veya zilyet olunan yere girilmesini gerektirebilir. Ancak, keşif incelemesi soybağının tespiti amacıyla vücuttan kan ve doku alınması ise, bu durumda keşfe katlanma zorunluluğu ile ilgili özel bir düzenleme olan HMK m. 292 hükmü³⁷¹ uygulama alanı bulacaktır. Soybağının tespiti için inceleme ve beden üzerinde keşfe katlanma zorunluluğu, çalışmamızda aşağıda ayrı başlık altında incelenecektir.³⁷²

Her ne kadar keşfe katlanma zorunluluğu taraflar ve üçüncü kişiler için aynı maddede düzenlenmişse de davada taraf olan ve üçüncü kişiler için keşfe katlanma mecburiyeti aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir. Çünkü, tarafların ve üçüncü

³⁶⁹ **Atalay**, Delil Kavramı Üzerine, s. 148; **Arslan**, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, s. 27, 28; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 350; **Umar**, Şerh, s. 127; **Yılmaz**, Şerh, s. 312.

³⁷⁰ Hükümet gerekçesi, HMK m. 291.

³⁷¹ HMK m. 292: Soybağının tespiti için inceleme “(1) Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücutundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir. (2) Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamaz”.

³⁷² Bkz. yukarıda §2-C-III-2.

kişilerin yargılamadaki menfaatleri farklı olduğu için, keşfe katlanma mecburiyeti taraflar ve üçüncü kişiler için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda farklı düzenlenmiştir.

2. Taraflar Bakımından Keşfe Katlanma Zorunluluğu

Taraflar ve üçüncü kişiler bakımından keşfe katlanma zorunluluğu HMK'nın 291. ve 292. maddelerinde öngörülmüştür. Bu zorunluluk gerek tarafların gerekse üçüncü kişilerin vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunma yükümlülüklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.³⁷³ Aydınlatma ödevi maddi hukukta düzenleme bulunmasını gerektirmediği için saf usuli bir yükümlülüktür³⁷⁴ ve usuli aydınlatma ödevi AİHS m. 6'da ifadesini bulan “silahların eşitliği ilkesine” dayanmaktadır.³⁷⁵ Bu ilke gereği, tarafların her biri için eşit şekilde delillere ulaşma ve inceleme fırsatına sahip olmalıdır. İspat yükü üzerine düşmeyen tarafın diğer taraf ispat faaliyetinde iken hareketsiz kalması TMK m. 2 ve HMK m. 29 gereği dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. İspat yükünü taşımayan taraf için malvarlığı ve beden üzerinde keşfe katlanma zorunluluğunun getirilmesi esasen dürüstlük kuralının ispat hukukundaki yansımalarından biri olmakla birlikte³⁷⁶, pozitif hukukta bir düzenleme olmasından hareketle (HMK m. 291 ve m. 292) keşfe katlanma zorunluluğunu kabul etmek için dürüstlük kuralına dayanmaya gerek yoktur.

HMK m. 291, f. 2 hükmünde taraflardan birinin keşif kararına uymaması yahut engelleyici davranışta bulunması halinde bunun yaptırımının ne olacağı, “taraflardan birinin keşif yapılmasına karşı koyması³⁷⁷ halinde, o kimse ispat yükü kendisine düşen taraf ise bu delilden vazgeçmiş; diğer taraf ise iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılır” şeklinde ifade edilmektedir. Dolayısıyla keşfe karşı koyan kişinin yargılamada ispat

³⁷³ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 32, 45.

³⁷⁴ **Atalay**, Delil Kavramı Üzerine, s. 143.

³⁷⁵ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 40; **Bolayır**, s. 215.

³⁷⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 341; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 350; **Arslan**, Dürüstlük Kuralı, s. 20 vd.

³⁷⁷ “Keşif yapılmasına karşı koymak”tan söz etmek yerine, birinci fıkrada yapıldığı gibi, “keşfi engelleyici tutum takınmak” deyimini; hatta daha iyisi “keşfi engellemeye kalkışmak” deyimini kullanmak yerinde olurdu; şimdi dahi fıkradaki deyişi bu anlamda yorumlamak; yasa koyucunun gütmüş olması beklenecek amaca uygundur.”(**Umar**, s. 800).

yükü (HMK m. 190; TMK m. 6) kendisine düşen taraf olması halinde, keşfe dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaktır.³⁷⁸ Buna karşılık, ispat yükünü taşımamakla birlikte, vakıaların aydınlatılmasına katılma yükü taşıyan taraf ise, iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılır³⁷⁹ ve bu halde iddia olunan vakıa ikrar (HMK m. 188) edilmiş kabul edilir.

Yargılamanın amacının maddi gerçeğe ulaşarak sübjektif hakların korunması ve tespiti olması ve medeni usul hukukunda taraflarca getirilme ilkesinin hâkimiyeti³⁸⁰ sebebiyle taraflara kapsamlı bir aydınlatma ödevi yüklenmektedir. Katkıda bulunma yükümlülüğü taraflar bakımından usuli bir yük teşkil eder.³⁸¹ O sebeple, HMK m. 291, f. 2’de de belirtildiği üzere usuli aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi için cebir kullanılmamaktadır. Usuli aydınlatma ödevini yerine getirmeyerek keşfin icrasını engelleyen tarafa para cezası verilmemekte veya yargılama giderlerine mahkûm edilmemektedir. Keşfe katlanma zorunluluğunun usuli bir yük olmasından hareketle sadece tarafların delillerin toplanmasına katkıda bulunmamasına ispat hukukuna ilişkin birtakım olumsuz sonuçlar bağlanmaktadır.³⁸² Tarafların katkıda bulunma yükümlülüklerini yerine getirmeyerek keşfin yapılmasına karşı koymaları halinde HMK m. 291’de öngörülen usuli sonuca katlanmak zorunda kalacaklardır. Bu usuli sonuç ise, ispat yükü kendisine düşen taraf için bu delilden vazgeçmiş sayılacağı; diğer taraf (ispat yükü üzerine düşmeyen taraf) için ise iddia edilen vakıayı kabul etmiş olacağıdır.

HMK m. 292 f. 1 c. 1’de gösterilen bu kurallar mutlak olmayıp, hâkim, duruma ve karşı koyma sebebine göre bu kuralları uygulamayabilir³⁸³ (HMK m. 291 f. 2). Hâkime takdir yetkisi veren bu hüküm gereği, somut olaydaki durum ve karşı koyulanın

³⁷⁸ Hüküm, medeni usul hukukunda HMK m. 196, f. 1 uyarınca geçerli olan, delil gösteren tarafın karşı tarafın açık izni olmadıkça o delile dayanmaktan vazgeçemeyeceği kuralına bir istisna teşkil etmektedir.

³⁷⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 533; **Umar**, Şerh, s. 543; **Yılmaz**, Şerh, s. 1006.

³⁸⁰ Re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, ispat yükünü taşımayan taraf uyuşmazlığın aydınlatılması için hareketsiz kalsa bile, hâkim gerçeğin ortaya çıkması için tarafların bildirmedikleri vakıaları araştırmakta ve gerekli gördüğü delillerin ibrazına karar verebilmektedir. Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda hâkimin böyle bir yetkisi olmadığı için, bu boşluk ancak ispat yükünü taşımayan tarafa aydınlatma ödevi getirilerek tamamlanabilir (**Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 62).

³⁸¹ Modern usul hukuku doktrini tarafların ibraz mecburiyetini ‘usuli bir yük’ olarak kabul etmektedir (**Atalay**, Delil Kavramı Üzerine, s. 143).

³⁸² **Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 56.

³⁸³ **Yılmaz**, Şerh, s. 1269; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 455.

makul bir sebebe dayanıp dayanmadığı hâkim tarafından değerlendirerek Kanunda belirtilen yaptırımın uygulanmayacağına karar verilebilecektir.

Özellikle taşınmaz ile ilgili davalarda, keşif zamanı itibariyle keşfin icrası iklim koşulları sebebiyle mümkün olmayabilir. Keşif mahallindeki iklim koşulları hâkimin yeterli gözlem yapmasını fevkalade güçleştirecekse ya da keşfin icrasından bir menfaat elde edilemeyeceği anlaşıldığında keşfin yapılması usul ekonomisine aykırılık teşkil edebilir. Örneğin taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu olan keşfe konu arazi keşfin icrasından önce şiddetli yağmura ve fırtınaya maruz kalmış ve arazinin niteliğinde ve sınırlarında birtakım değişiklikler gerçekleşmiş olabilir. Bu halde arazi için keşfe çıkılmaması, belki sadece tanık beyanlarıyla yetinilmesi ve varsa arazinin fotoğraflarının incelenmesi yerinde olacaktır. Bu durumda hâkim keşfe karşı çıkan tarafın talebini takdir yetkisini kullanarak değerlendirip bir karar verecektir.³⁸⁴ Tarafın bu talebinin haklılığını hâkim somut olayın özelliklerini dikkate alarak değerlendirecektir. Bunun sonucunda hâkim keşfi ileri bir tarihe erteleyecek ya da talebi haksız bulacak ve bu hususu keşfe karşı koyma olarak kabul edecektir.³⁸⁵

Keşfin icrası bazı durumlarda taraflardan birinin meslek veya özel yaşam alanına müdahale edilmesini gerektirebilir. Keşfe katlanma zorunluluğunda bırakılan kişinin özel hayatı keşfin icrası ile ifşa olunabilir. Tarafın kişilik hakları ve ticari sırlar gibi korunmaya değer menfaatleri zarar görebilir. Bu gibi durumlarda tarafların aydınlatma ödevinin sınırları ve keşfe katlanma zorunluluğundan kaçınma sebeplerinin tartışılması gerekecektir.

Usul Kanununda keşfe katlanma zorunluluğunun sınırının ne olduğu ve hangi hallerde tarafın keşfe karşı çıkabileceği ya da keşiften kaçınabileceği düzenlenmemiştir. HMK m. 291 f. 1’de keşfe katlanma zorunluluğundan söz edilmekte ve hükmün ikinci fıkrasında keşfe karşı konulması halinde tarafın hangi sonuçla karşılaşacağı belirtilmektedir. HMK m. 291, f. 2, c. 2’de ise sadece “Şu kadar ki, hâkim duruma ve karşı koyma sebebine göre bu hükmü uygulamayabilir” şeklinde bir hüküm vardır.

³⁸⁴ Önder, **Ege**, Medeni Usul Hukukunda Keşif, Ankara 2014, s. 25.

³⁸⁵ **Ege**, s. 25

Görüldüğü gibi, tarafların hangi hallerde keşfe karşı koyabileceği ya da keşiften kaçınabileceği örnekseme yoluyla dahi sayılmamıştır. Bu halde keşfe katlanma zorunluluğunun sınırının ne olduğu ve hangi hallerde keşiften kaçınmaları haklı sebep sayılacağı tamamen hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır. HMK m. 291 f. 3'te üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak keşfe katlanma yükümlülüğünden kaçınmalarını sağlayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu noktada üçüncü kişiler için düzenlenen tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak keşfe katlanmaktan kaçınma halleri taraflar için de hâkimin değerlendirilmesinde dikkate alınabilir mi sorusu akla gelebilir. Tarafların yargılamadaki menfaatlerinin farklı oluşu, tarafların davanın aydınlatılmasına katkıda bulunma yükümlülüğünün üçüncü kişilere nazaran daha fazla oluşu ve somut kanuni düzenleme karşısında taraflar için tanıklıktan çekinme sebepleri hâkime geniş takdir yetkisini kullanırken sadece örnek teşkil edebilecektir.³⁸⁶ Davaya bakan mahkeme kaçınma sebeplerini değerlendirirken her somut olay kapsamında ayrı ayrı değerlendirme yaparak bir kanaate varacaktır. Şüphesiz, hâkim takdir yetkisini kullanırken yargılamada maddi gerçeğe ulaşma amacı ve etkin hukuki himayeyi sağlama gayesi ile tarafın özel ya da mesleki yaşamı alanındaki bireysel menfaati arasındaki dengeyi sağlamaya çalışacaktır.

HMK'da keşfin icrasından kaçınma sebeplerinin hangi usulle inceleneceği ve karara bağlanacağı da düzenlenmemiştir. Hâkim bu meseleyi bir ön sorun olarak ele almalı ve karara bağlamalıdır. Ancak, mahkeme tarafından keşfe karşı koyma ve keşiften kaçınma sebebinin haklı olup olmadığının değerlendirebilmesi için tarafın bu sebebi keşfe karar verilen duruşma esnasında yahut keşfin icrasından önce mahkemeye karşı ileri sürmesi gerekir. Hâkim kaçınma sebeplerini re'sen göz önünde bulunduramaz.³⁸⁷ Taraflar kaçınma sebebi ne ise (meslek sırrı, kişilik hakkı yahut ticari sır vs.) bu sebebi açıkça bildirmeli ve yeteri kadar somutlaştırmadır. Mesela sağlık çalışanları, hasta ve hasta yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler nedeniyle tanıklıktan kaçınma hakkına sahiptir.

³⁸⁶ **Erdönmez**, Belgelerin İbrası, s. 340.

³⁸⁷ **Erdönmez**, Belgelerin İbrası, s. 311; **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 314.

3. Üçüncü Kişiler Bakımından Keşfe Katlanma Zorunluluğu

Yargılama neticesinde verilecek karar her ne kadar prensip olarak davanın taraflarını ilgilendirmekte ise de, adalete uygun bir karar verilmesinin toplumdaki sosyal barışa katkı sağlayacağını, bireylerin mahkemelere ve hukuk devletine olan güvenini arttıracığını ve mahkemelerin kamu yararına bir faaliyet yürüttüğünü göz önüne alarak, üçüncü kişilere de katkıda bulunma yükümlülüğü getirme gereği duyulmuştur.³⁸⁸ Dolayısıyla üçüncü kişilere getirilen keşfe katlanma zorunluluğu kamu hukukundan doğan bir yükümlülüğün gereğidir.

Keşfin icrasının üçüncü kişilerin vücudu³⁸⁹ veya malvarlığı nezdinde yapılması gerektiği haller somut olayda çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin keşifte incelemenin konusu uyumsuzluğa konu taşınmazın sınırlarının belirlenmesi olduğu ya da üst katta bulunan apartman dairesinden keşfe konu işyerine akan sıvının verdiği zararın tespiti ve kusurun belirlenmesi olduğu varsayımında, davaya taraf olmayan üçüncü kişinin zilyet veya mâlik olduğu yere girilmesi gerekebilir. Bu gibi hallerde üçüncü kişi HMK m. 291, f. 3 gereği kendi nezdinde yapılan keşfe katlanmak zorundadır. Aksi takdirde, üçüncü kişinin keşfe karşı koyması halinde hâkim, üçüncü kişiyi karşı koymanın sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına³⁹⁰ mahkûm edecektir. Hatta gerektiğinde zor kullanılmasına karar verebilecektir (HMK m. 291, f. 3, c. 4).

Keşfe katlanma zorunluluğu taraflar bakımından usuli bir yük iken; üçüncü kişiler açısından kamu hukukundan doğan usuli bir yükümlülüktür. Keşfe katlanma

³⁸⁸ Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 2.

³⁸⁹ Vücut üzerinde keşif aşağıda ayrı başlık altında incelenecektir. Bkz. yukarıda §2-C-II.

³⁹⁰ Keşfe karşı koyan üçüncü kişiye hükmolunacak disiplin para cezası, yargı organlarının idari para cezası vermesinin doğru olmayacağı ve idari para cezası verilmesi halinde kararların denetimi bağlamında doğabilecek sakıncayı bertaraf etmek ve cezayı etkin kılmak suretiyle yargılamanın işleyişini güvence altına alınmak için getirilmiştir (HMK m. 446 Hükümet gerekçesi). Disiplin para cezasının özelliklerini belirten HMK m. 446 hükmüne göre, bu kanun anlamında disiplin para cezasından maksat; yargılamanın düzenli bir biçimde işleyişini sağlamak ve kamu düzenini korumak amacıyla verilen, verildiği anda kesin olan ve derhal infazı gereken para cezasıdır. Bu ceza seçenek yaptırımlara çevrilemez ve adli sicil kayıtlarında yer almaz. Ayrıca disiplin para cezası, 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilir.

zorunluluğu usuli yükümlülük olduğundan bu yükümlülüğün ihlali halinde üçüncü kişi disiplin hapsi, para cezası ya da cebir gibi doğrudan zorlayıcı araçlar ile keşfin icrasına katlanmaya zorlanacaktır.³⁹¹ Nitekim HMK m. 291, f. 3 hükmü gereği, keşfe katlanma yükümlülüğünü yerine getirmeyen üçüncü kişi sebep olduğu giderler ile para cezasına mahkûm edilmekte ve gerekirse zorla keşfin icrasına zorlanmaktadır. HMK m. 291, f. 3 hükmü üçüncü kişilerin keşfe katlanmak zorunluluğunu kamu hukukundan doğan yükümlülüğün yerine getirilmesi temeline dayandırdığından bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla HMK’da birtakım yaptırımların ve zorlayıcı tedbirlerin düzenlenmiş olması olağandır.³⁹² Hüküm bu sebeple isabetlidir.

Hâkim, keşif zamanına karar verirken söz konusu üçüncü kişinin de koşullarını dikkate alacaktır. Zira üçüncü kişiyi nezdinde yapılan keşif onun için uygun zamanda yapılır (HMK m. 291, f. 3 c. 1). Alınan keşif kararı üçüncü kişiye de bildirilecektir (HMK m. 291, f. 3, c. 2). Ancak gecikmesinde zarar umulan hallerde bildirim yapılmaksızın keşif icra edilir (HMK m. 291, f. 3, c. 3). Örneğin, keşfe konu taşınmaza yapılan ve devam eden ihlalin varlığı halinde bazen keşfin derhal icrası zorunluluğu doğar ve uygun zaman beklendiğinde üçüncü kişi için giderilmesi güç zararlar oluşabilir. Üçüncü kişiye bildirim yapılmaksızın keşfin icrasında hâkim keşif tutanağına bildirim yapılmaksızın icra edilen keşfin nedenlerini açık ve tartışmaya yer vermeyecek şekilde ayrıntılı olarak yazdırmalıdır.³⁹³ Üçüncü kişi keşfe karar verilen davada taraf ya da fer’i (veya asli) müdahil değildir. Bu sebeple bildirim yapılmaksızın icra edilen keşfe karşı üçüncü kişinin derdest davada başvurabileceği bir hukuki imkân yoktur. Üçüncü

³⁹¹ **Atalay**, Delil Kavramı Üzerine, s. 143; **Yılmaz**, Şerh, s. 1269; **Kılıçoğlu**, s. 1173.

³⁹² İsviçre hukukunda taraflara ve üçüncü kişilere keşfe katlanma yükümlülüğü getiren genel nitelikli bir hüküm yoktur. Ancak 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Usul Kanunu’nun “Delillerin Toplanmasına Katkıda Bulunma ve Belgelerin İbrazi Yükümlülüğü” başlıklı ikinci bölümünde yer alan hükümler arasında 160. maddenin birinci fıkrasının c bendinde yer alan hüküm “Taraflar veya üçüncü kişiler beden ya da malvarlığı üzerinde bilirkişi tarafından icra edilecek olan keşfe katlanmak zorundadır” şeklindedir. Söz konusu katlanma zorunluluğunun ihlali halinde İsviçre Federal Usul Kanunu’nun 167. maddesinde çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. Katlanma zorunluluğunun ihlali halinde üçüncü kişiler sebep oldukları giderlere ve disiplin para cezasına mahkûm edilecek; gerektiğinde zor kullanımına karar verilecektir. Bu noktada HMK m. 291’deki düzenlemeye benzer bir düzenleme mevcuttur. Fakat keşfe katlama mecburiyetinin kamu hukuku yükümlülüğü dikkate alınarak getirilen İsviçre Federal Ceza Kanunu m. 292 hükmüne yapılan atıf sebebiyle adli para cezasına da hükmedilebilecektir, bkz. mesela Paul **Oberhammer**/Tanja **Domej**/Ulrich **Haas**, Kurzkommentar ZPO, Basel 2013, s. 794, 814.

³⁹³ **Ege**, s. 26.

kişi bu durumda keşfin icrası sırasında uğramış olduğu bir zarar varsa haksız fiil hukuki sebebine dayanarak tazminat davası açabilir.³⁹⁴

Kamu hukukundan doğan bir usuli yükümlülüğün gereği olarak Türk Hukukunda davaya taraf olmayan üçüncü kişi için keşfe katlanma zorunluluğu açıkça getirilmiştir. Tanık olarak gösterilen kişi mahkeme tarafından tanıklık için çağrıldığında gitmek zorunda ise aynı şekilde davaya taraf olmayan üçüncü kişi de kendi nezdinde icra edilen keşfe katlanmak zorundadır. Bu noktada tanıklık yapmak mecburiyeti (HMK m. 245) ile keşfe katlanma zorunluluğu aynı hukuki temele dayanmaktadır.³⁹⁵ Fakat gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunmak için kamu hukuku yükümlülüğünün gereği olarak tanıklık yapacak kişi bundan zarar görebilecektir. Bu sebeple üçüncü kişiye tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Aynı şekilde keşfe katlanma zorunluluğunda olan üçüncü kişi de tanıklıktan çekinme sebepleri varsa keşfe katlanma yükümlülüğünden kaçınabilir (HMK m. 291, f. 3, c. 5). Tanıklıktan çekinme hakkı ve istisnaları Hukuk Muhakemeleri Kanununun 247 ve 249'uncu maddelerinden düzenlenmişken, tanıklıktan çekinme sebepleri Kanunun 248, 249 ve 250'inci maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Üçüncü kişi tanıklıktan kişisel nedenlerle, sır nedeniyle ve menfaat ihlali tehlikesi nedeniyle kaçınabileceğinden aynı nedenlere dayanarak keşfe katlanma yükümlülüğünden de kaçınabilecektir. Doktrinde, hükmün lafzından hareketle tanıklık yapmaktan kaçınma hakkı olan üçüncü kişinin keşfe katlanma yükümlülüğü yoktur denilerek keşfi engellemek yetkisine sahip olabileceği şeklinde bir anlam çıkabileceği ileri sürülmüştür.³⁹⁶ Bu şekilde bir yetkiye sahip

³⁹⁴ Ayrıca HMK m. 319 hükmü de burada kıyasen uygulanabilir. Şöyle ki, HMK m. 399 hükmü uyarınca ihtiyati tedbir kararının alınması ya da uygulanması sebebiyle zarar gören karşı taraf veya üçüncü kişiler lehine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafa şayet tedbir kararı verildiği anda haksız ise ve ortada bir zarar var ise tazminat davası açabileceklerdir. 6100 sayılı HMK ile getirilen bu davanın hukuki temeli de haksız fiil hukuki sebebine dayanmaktadır.

³⁹⁵ Üçüncü kişilerin ellerindeki belgeleri ibraz mecburiyetinde olmaları da aynı sebebe dayanmaktadır, **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 93 vd.

³⁹⁶ **Umar**, Şerh, s. 800. Yazar, keşif çalışmasıyla sınırlarının arazi üzerinde belirlenmesine çalışılacak çiftlikte şimdi bir ürün kiracısı zilyed durumunda ise ve o kişi davalı kadının eski kocası idiyse, onun HMK m. 248/f. 1 bent b gereğince bu davada tanıklıktan çekinme hakkı vardır diye keşfe katlanma yükümlülüğü bulunmayacak ve belki de sınırlara hiç uyulmadan duvarla çevrilmiş durumdaki arazinin kilitli kapısını açmamak örneğini vererek; bu kimsenin yargıyla yanındakileri içeri almamak yetkisinin olabileceğini ve keşfe katlanmak yükümlülüğü deyişinin keşfi engellemeye kalkışmamak yükümlülüğü olarak yorumlanarak bu kişinin keşfe katlanma yükümlülüğünde değildir denilerek keşfi engellemeye

bulunulmasının hükmün sevkediliş amacı ile bağdaşmayacağı ve üçüncü kişilere getirilen keşfe katlanma zorunluluğunun amacı ve onlara tanınmış keşfe katlanma yükümlülüğünden kaçınma hakkının tanınmış olması dikkate alındığında böyle bir hususun söz konusu olamayacağı belirtilmelidir. Bu durumda üçüncü kişi keşfi engellemeye kalkışmamalıdır.

Son olarak, keşfe katlanma zorunluluğuna ilişkin HMK m. 291 hükmü medeni usul hukuku açısından yenidir. Ancak, 1086 sayılı HUMK'nun yürürlükte olduğu dönemde yeni bir usul kanununun kabulü için 1948³⁹⁷, 1952³⁹⁸, 1955³⁹⁹, 1959⁴⁰⁰,

çalışabilecek yetkiye sahip olabileceği anlamlarının çıkarılabileceğini belirtmektedir. Umar, söz konusu üçüncü kişinin olsa olsa keşif çalışmalarına katkıda bulunmak zorunda tutulamayacağı; ama onun katkısı istenmeden yapılacak çalışmalara engel olma hakkı tanınabileceğinin hukukun bu hükümle amacı olamayacağına işaret ettikten sonra, bunun bir sorun olabileceğini ve gerekçede bu sorunu aydınlatan bir açıklamanın olmadığı noktasında hükmü eleştirmektedir (Umar, Şerh, s. 800).

³⁹⁷ 1948 Hukukta Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı: “Madde 347: Keşif yapılmasına taraflardan birinin mümanaatı halinde, mani olan kimse isbat külfeti kendisine düşen taraf ise bu delilden sarfinazar etmiş, diğer taraf ise iddia edilen vakıayı, kabul etmiş sayılır; şu kadar ki, yargıç halin icabına ve mümanaat sebebine göre bu hükmü tatbik etmeyebilir. Madde 348: Üçüncü şahıslar ellerinde bulunan yer veya şeylerde keşif yapılmasına müsaade etmekle mükelleftirler. Keşif, üçüncü şahıs için munasip olan zamanda yapılır ve gecikmesinde zarar umulmayan hallerde kendisi keşif gün ve saatinden haberdar edilir. Keşfe mümanaat halinde yargıç icabına göre zor kullanılmasına karar verebilir” (Hukukta Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı (1/311), 20.02.1948, Dönem: 8, Toplantı: 2, No: 2030, TC Başbakanlık Muamelât Umum Müdürlüğü, Sayı: 71-980).

³⁹⁸ 1952 Hukukta Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı: “Madde 347: Keşif yapılmasına taraflardan birinin mümanaatı halinde, mani olan kimse isbat külfeti kendisine düşen taraf ise bu delilden sarfinazar etmiş, diğer taraf ise iddia edilen vakıayı, kabul etmiş sayılır; şu kadar ki, yargıç halin icabına ve mümanaat sebebine göre bu hükmü tatbik etmeyebilir. Madde 348: Üçüncü şahıslar ellerinde bulunan yer veya şeylerde keşif yapılmasına müsaade etmekle mükelleftirler. Keşif, üçüncü şahıs için munasip olan zamanda yapılır ve gecikmesinde zarar umulmayan hallerde kendisi keşif gün ve saatinden haberdar edilir. Keşfe mümanaat halinde yargıç icabına göre zor kullanılmasına karar verebilir” (Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı (1/310), 08.01.1952, TC Başbakanlık Muamelât Umum Müdürlüğü, sayı 71-1839/6/95).

³⁹⁹ 1955 Hukukta Muhakeme Usulü Kanunu Layihası: “Madde 348: Keşif yapılmasına taraflardan birinin mümanaatı halinde, mani olan kimse isbat külfeti kendisine düşen taraf ise bu delilden sarfinazar etmiş, diğer taraf ise iddia edilen vakıayı, kabul etmiş sayılır; şu kadar ki, yargıç halin icabına ve mümanaat sebebine göre bu hükmü tatbik etmeyebilir. Madde 349: Üçüncü şahıslar ellerinde bulunan yer veya şeylerde keşif yapılmasına müsaade etmekle mükelleftirler. Keşif, üçüncü şahıs için munasip olan zamanda yapılır ve gecikmesinde zarar umulmayan hallerde kendisi keşif gün ve saatinden haberdar edilir. Keşfe mümanaat halinde yargıç icabına göre zor kullanılmasına karar verebilir” Hukukta Muhakeme Usulü Kanunu Lâyihası (1/202), 24.02.1955, TC Başvekâlet Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi, Sayı 71/45, 535.

⁴⁰⁰ 1959 Hukukta Muhakeme Usulü Kanunu Layihası “Madde 318: Keşif yapılmasına taraflardan birinin mümanaatı halinde, mani olan kimse isbat külfeti kendisine düşen taraf ise bu delilden sarfinazar etmiş, diğer taraf ise iddia edilen vakıayı, kabul etmiş sayılır; şu kadar ki, yargıç halin icabına ve mümanaat

1967⁴⁰¹, 1971⁴⁰², 1993 yıllarında hazırlanan ancak yasalaşamayan birçok kanun taslak ve tasarıları olmuştur. 1948 yılından beri hazırlanan tüm tasarılar da hemen hemen aynı içerikle ve taraflar ile üçüncü kişiler için keşfe katlanma zorunluluğuna ilişkin düzenlemeler getirilmiş iken sadece 1993 Tasarısı'nda keşfe katlanma zorunluluğuna dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

Tasarıların keşfe katlanma zorunluluğu ile ilgili hükümleri incelendiğinde Tasarı hükümlerinin içerik yönünden hemen hemen birbirleriyle aynı oldukları görülecektir. Tasarıların ilgili hükümlerinde yer alan keşfe katlanma zorunluluğuna ilişkin düzenlemelerin hem taraflar hem de üçüncü kişiler için getirilmeye çalışılması nedeniyle ve bu zorunluluğa aykırı davranmanın yaptırımlarının benzer olması sebebiyle söz konusu düzenlemelerin yürürlükteki Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 291 hükmü ile oldukça benzer olduğunu söylenebilir. 1967 tarihli Tasarı'da tıpkı

sebebine göre bu hükmü tatbik etmeyebilir. Madde 319: Keşif, üçüncü şahısların ellerinde bulunan yer veya şeylere taalluk eder ve keşif istiyen taraf davanın halli için bunların görülmesinin zaruri olduğunu ispat ederse mahkeme üçüncü şahıs yedindeki o yer veya şeyin keşfine karar verebilir. Bu takdirde üçüncü şahıslar keşfe müsaade etmekle mükelleftirler. Keşif, üçüncü şahıs için münasip olan zamanda yapılır ve gecikmesinde zarar umulmayan hallerde kendisi keşif gün ve saatinden haberdar edilir. Keşfe mümanaat halinde yargıç icabına göre zor kullanılmasına karar verebilir” (Hukukta Muhakeme Usulü Kanunu Lâyihasının Su Komisyon Tarafından Hazırlanan Esbabı Mucibeli Metni (1/80), 1959, Dönem XI, No. 137).

⁴⁰¹ 1967 yılı Tasarısı ise, “Madde 116: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 365 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir: Madde 365-Tanık ve bilirkişi mahallinde de dinlenebilir. Keşif yapılmasına taraflardan birinin engel olması halinde, bu kimse, isbat yükü kendisine düşen taraf ise bu delilinden vazgeçmiş, diğer taraf ise iddia olunan vakıayı kabul etmiş sayılır; şu kadar ki, hâkim, halin icabına ve engel olunan sebebine göre bu hükmü uygulamayabilir. Madde 317: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 366 ıncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir: Madde 366-Üçüncü şahıs elinde bulunan şey veya yerlerde keşif yapılmasına izin vermek zorundadır. Keşif, üçüncü şahsın münasip olan bir zamanda yapılır ve gecikmesinde zarar umulmayan hallerde, kendi keşif gün ve saatinden haberdar edilir. Keşif yapılmasına üçüncü şahıs tarafından engel olunması halinde, hâkim, icabına göre zor kullanılmasına karar verebilir” şeklinde bir düzenleme içermekte idi, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Başlığının ve Bâzı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bâzı Maddelerinin Kaldırılması, Bu Kanuna Bâzı Madde ve Fıkralar Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı, 29.11.1967, Dönem 2, Toplantı 3, No. 108, TC Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi, Sayı 71-494/7629.

⁴⁰² 1971 Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı, “Madde 292: Keşif yapılmasına taraflardan birinin karşı koyması halinde, o kimse ispat yükü kendisine düşen taraf ise, bu delilden vazgeçmiş; diğer taraf ise iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılır. Şu kadar ki, hâkim duruma ve karşı koyma sebebine göre bu hükmü uygulamıyabilir. Madde 293: Üçüncü kişi, elinde bulunan şeyin keşif ve incelenmesine izin vermek zorundadır. Keşif, üçüncü kişi için uygun olan zamanda yapılır ve gecikmesinde zarar umulmayan hallerde kendisine keşfin zamanını bildirilir. Keşfe karşı koyma halinde hâkim gereğince göre zor kullanılmasına karar verebilir (Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı (1/474), 28.04.1971, Dönem 3, Toplantı 2, No. 64, TC Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Dairesi, Sayı 71-494, 5460).

tarafının keşfe katlanma yükümlülüğünü düzenleyen HMK m. 291, f. 2’de olduğu gibi keşif yapılmasına taraflardan birinin karşı koyması halinde bu kimse ispat yükü üzerine taraf ise bu delilden vazgeçmiş; diğer taraf ise iddia olunan vakıayı kabul etmiş sayılır biçiminde düzenleme var idi. Ayrıca hâkimin durum ve karşı koyma sebebine göre bu hükmü uygulamayabileceği düzenlenmiş idi. Üçüncü kişiler bakımından da, gecikmesinde zarar umulan hallerde dışında bildirim yapılmaksızın üçüncü kişi nezdinde keşfin icra edileceği ve keşif yapılmasına üçüncü kişinin karşı koyması halinde duruma göre zor kullanılabileceği şeklindeki düzenleme HMK m. 291, f. 3 ile aynı doğrultudadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki düzenlemeden farklı olarak Tasarı’da üçüncü kişinin keşfe karşı koyması halinde sebep olduğu giderlere ve disiplin hapsine mahkûm edilebileceği yer almamakta idi. Ayrıca, 1967 ve diğer tasarlarda üçüncü kişinin tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak keşfe katlanma yükümlülüğünden kaçınabilmeleri öngörülmemişti. Üçüncü kişilere tanıklıktan çekinme haklarına dayanarak dahi keşfe katlanma zorunluluğundan kaçınma hakkı tanınmamış olması üçüncü kişi için oldukça sert düzenleme idi. Kanaatimizce HMK ile getirilen hüküm daha isabetli olmuştur. Çünkü maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunmak için kamu hukukundan doğan bir yükümlülüğü yerine getirmek için keşfe katlanan üçüncü kişinin de menfaatinin belirli ölçüde korunması ve mağdur edilmemesi gerekir. Halihazırda tanıklıktan çekinme hakkı bulunun bir üçüncü kişinin keşfe katlanma zorunluluğunun da bulunmaması işin niteliği gereğidir.

B. Taşınır Üzerinde Keşif

I. Genel Olarak

1086 sayılı HUMK döneminde keşif ancak taşınmaz mallar bakımından söz konusuydu. HUMK m. 363 hükmü uyarınca mahkemenin dava konusu şeyi inceleyerek onun hakkında bütün duygularıyla bilgi edinebilmesi yalnızca taşınmaz malların yerinde görüp incelenmesi ile mümkün ve sınırlıydı. HUMK taşınmaz mallar dışındaki nesneler bakımından (taşınır ve taşınır dışındaki bilgi taşıyıcıları) keşif yapılmasına imkân vermemekteydi. Taşınmaz mallar dışındaki nesnelerin hâkim tarafından incelenmesi

HUMK m. 367 hükmünde düzenlenmiş olan “özel hüküm sebepleri” düzenlemesi ile sağlanmaktaydı. Bu kurum, mehzaz Neuchatel Usul Kanunu’nda da yer almamaktadır; HUMK’a özgü bir düzenlemedir. HUMK uyarınca keşifle ilgili hükümler niteliğine aykırı düşmedikçe özel hüküm sebepleri hakkında da uygulanır.⁴⁰³ Bu noktada, taşınmaz bakımından yapılan keşfi “dar mânâda keşif”; özel hüküm sebeplerini ise “geniş mânâda keşif” olarak nitelendirilmiştir.⁴⁰⁴ HUMK döneminde özel hüküm sebepleri, ancak takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu davalarda kullanılabilirdi. Bu sebeple, kesin delille ispat zorunluluğu olan hallerde özel hüküm sebeplerine başvurma imkânı mevcut değildi. Taşınır mallar ve taşınır mallar dışındaki bilgi taşıyıcıları (belgeler, elektronik ortamda bulunan belgeler, elektronik imzalı belgeler gibi) özel hüküm sebepleri kapsamında hâkim tarafından incelemeye tâbi tutulabiliyordu (geniş mânâda keşif).

HMK’nın yürürlüğe girmesi ile birlikte “özel hüküm sebepleri” kavramı terk edilmiştir. Bunun yerine Kanun’da keşif kavramı gerek taşınmaz gerekse de taşınmazlar dışında kalan malları (taşınırlar ve taşınırlar dışındaki bilgi taşıyıcılarını) kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Böylece, taşınmazlar dışındaki nesneler üzerinde de keşif yapabilme imkânı getirilmiştir. Eskiden özel hüküm sebepleri kapsamında incelenen tüm nesneler için keşif yapılabilmektedir. Doktrinde de “Dar mânâda keşif” ve “geniş mânâda keşif” ayrımı terkedilmiş; bunların tümünü kapsayan tek bir (yeknesak) keşif düzenlemesi benimsenmiştir. Bu sebeplerle, HUMK dönemindeki özel hüküm sebepleri düzenlemesinin karşılığı HMK’da keşiftir. HMK taşınmazlar ve taşınmazlar dışındaki

⁴⁰³ **Ansay**, s. 153; **Belgesay**, C. II, s. 291; **Postacioğlu**, s. 449; **Kuru Usul**, C. 3 s. 287; **Karafakih**, s. 232; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 447; **Üstündağ** s. 762; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 372; **Önen**, s. 232; **Yılmaz**, Şerh s. 1296; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 794; **Muşul**, s. 425; **Karlı**, s. 658.

⁴⁰⁴ Yargıtay’ın görüşü de bu doğrultuydu: “Bilindiği üzere keşif, Hâkimin, dava konusu şeyi inceleyerek onun hakkında bütün duygularıyla bilgi edinmesi olarak tanımlanabilir; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu da, yalnızca taşınmaz malların yerinde görüp incelenmesine yönelik olarak bu deyiimi kullanmıştır (md. 363). Ancak anılan kanunda "Hususi Esbabı Hüküm" başlığı altında bir başka delile de yer verilmiştir. 367. madde ile özel hüküm nedenleri olarak nitelendirilenler, taşınmaz mallar dışındaki şeyler üzerindeki keşfi de kapsar. Bu nedenle, dar anlamdaki (taşınmaz mal) keşfi, niteliğine aykırı düşmedikçe özel hüküm nedenleri için de geçerlidir. Diğer bir anlatımla da usul kanunu’nun 368 ve izleyen maddelerinde belirlenen "delillerin tesbiti" değerlendirmesinin geniş ve dar anlamlı olarak keşiflerde de uygulanacağı tâbiidir [...]", Yarg. HGK, T. 08.11.1995, E. 1995/732, K. 1995/950, İKİD 1996, s. 12194.

nesneler bakımından bir fark gözetmemiş, hepsini keşif hükümlerine tâbi kılmıştır (HMK m. 288 vd.).

“Taşınmazlar dışındaki nesneler” ifadesinden anlaşılması gereken taşınır ve diğer bilgi taşıyıcılarıdır (belge, ses ve görüntü kayıtları, faks metinleri gibi). Bu noktada her ne kadar diğer bilgi taşıyıcıları da taşınır niteliğini haiz olsa da, kanunun sistematigi ve münferit düzenlemeler dikkate alındığında bazı taşınır önemlerine binaen bu çalışmada ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Mesela belge kapsamına giren unsurların önemli bir kısmı her ne kadar taşınır niteliğini haiz olsa da, belge kavramı kanunda özel olarak düzenlenmiştir ve taşınır dışındaki bilgi taşıyıcısı niteliğine sahiptir. Bu sebeplerle, aşağıda taşınır üzerindeki keşif ile diğer bilgi taşıyıcıları üzerindeki keşif her birinin arz ettiği özellikler ele alınarak ayrı ayrı incelenmiştir.⁴⁰⁵

HMK’nın keşfe ilişkin hükümleri çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında taşınmazlar üzerindeki keşif ile taşınmazlar dışındaki nesneler (taşınır ve diğer bilgi taşıyıcıları) üzerindeki keşfin yapılış biçimi aynı hükümlere tâbi olmalarından dolayı büyük oranda örtüşmektedir. Bu sebeple yukarıda taşınmazlar üzerindeki keşfe ilişkin keşfe hazırlık ve keşfin icrası ile ilgili yapılan açıklamalar, taşınır ve diğer bilgi taşıyıcıları üzerinde keşif bakımından da geçerlidir.⁴⁰⁶ O yüzden, burada sadece taşınır ve diğer bilgi taşıyıcıları üzerinde yapılan keşfin özellik arz eden hususları üzerinde durulacaktır.

“Taşınır” kavramını Türk Medeni Kanunu’nun 762. maddesi şu şekilde tarif edilmiştir: “Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir.” Bir eşyanın taşınır olarak nitelendirilebilmesi için özünde ve işlevinde herhangi bir değişiklik olmaksızın bir yerden diğer bir yere taşınabilmesi; fiziki ve ekonomik değerini koruması gerekir.⁴⁰⁷ Çalışmamızda “taşınır” kavramını bu anlamda

⁴⁰⁵ Bkz. aşağıda §2-B, ve §2-C.

⁴⁰⁶ Bkz. yukarıda §2-A-I, §2-A-II ve §2-B.

⁴⁰⁷ Kemal **Oğuzman**/Özer **Seliçi**/Oktay **Özdemir**: Eşya Hukuku, İstanbul 2013, s. 4 vd.; Rona **Serozan**: Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 70; Şeref **Ertay**: Eşya Hukuku, İstanbul 2013, s. 5.

kullanılmayacak; taşınmazlar dışında kalan ve özel olarak “belge” ve “beden” üzerinde keşfin dışındaki objeler hakkında taşınır haklarında keşiften bahsedilecektir.

Taşınır malların keşif yolu ile muayenesi kapsamında hâkim dava konusu peynirin bozuk olup olmadığını kontrol etmek için peynirin tadına bakabilir veya koklayabilir; yağda tortu bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için yağı eritebilir; atın topalladığını tespit için atı yürütebilir; trafik kazasındaki aracı, ayıplı olduğu iddia edilen malları bizzat muayene edebilir; makinenin gürültüsünü kontrol için makineyi işletebilir.⁴⁰⁸ Hâkim bu tespitleri yaparken (keşif esnasında) bilirkişiye başvurabileceği gibi, tanık da dinleyebilir.⁴⁰⁹

II. Keşfe İlişkin Usuli İşlemler ve Keşfin İcrası⁴¹⁰

Taşınır haklarında yapılan keşfin icrasındaki keşif giderleri bilirkişi giderleri, tanık giderleri, keşif konusu taşınır mahkeme salonuna getirtilemiyorsa hâkimin ve zabıt kâtibinin yol tazminatı ile taşıt giderleri ve davetiye giderlerinden oluşur. Görüldüğü üzere taşınır haklarında icra edilen keşifteki keşif giderleri taşınmazlar hakkında icra edilen keşifteki giderler ile büyük ölçüde örtüşmektedir.⁴¹¹ Aradaki fark ise mahkeme salonuna getirtilebilen taşınır bakımından hâkimin ve zabıt kâtibinin yol tazminatının ve taşıt giderinin söz konusu olmamasıdır.

Keşif için davaya bakan mahkeme tarafından verilen ara kararından keşfin icra edilmesine kadar geçen sürede mahkemenin birtakım hazırlık işlemleri yapması gerekmektedir. Keşfe hazırlık işlemleri, keşif konusu taşınırın mahkeme salonuna getirtilip, getirtilememesi bakımından farklılık arz edecektir. Keşfe hazırlık işlemlerini genel olarak, keşfin uygulanması için gerekli belgelerin hazırlanması, bilirkişinin seçimi, gerekli görülürse keşif yerinde dinlenecek olan tanıkların belirlenmesi ve keşif

⁴⁰⁸ Bilge/Önen, s. 553.

⁴⁰⁹ Bkz. §2-A-II-3-d), e) ve §2-A-II-5-c), d).

⁴¹⁰ Keşif kararı ve keşif kararının içeriği ile ilgili ayrıntılı bilgi için yukarıda bkz. taşınmazlar üzerinde keşif başlığı altında yapılan açıklamalar §2-A-I-1 ve §2-A-I-3.

⁴¹¹ Keşif giderleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda taşınmazlar üzerinde keşif başlığı altında keşif giderlerine ilişkin açıklamalar §2-A-I-4.

zamanında keşif mahallinde bulunacak olanların çağırılması için davetiyelerin tebliği olarak sıralayabiliriz. Ayrıca, keşif zamanından evvel, keşfi icra edecek hâkimin keşfin konusunu iyi saptayarak, keşifte incelenmesi gereken hususları belirlemesi ve bu doğrultuda taraflara, tanık ve bilirkişilere soracağı soruları hazırlaması önemlidir. Usul ekonomisi bakımından önceden keşif işlemi ile ilgili olarak keşifte görev yapacak olan bilirkişilere ve tanıklara neler sorulacağı üzerinde iyi düşünülerek hareket edilmesi yararlı olacaktır ve böylece keşfin amacına ulaşmasını sağlayacaktır.

Keşif davaya bakan mahkemece icra edilir (HMK m. 289 f. 1 c.1). Kural olarak keşif bu kararı veren mahkeme tarafından yapılacaktır. Keşfin konusu taşınır mahkemeye getirtilebiliyorsa inceleme mahkemede, mahkemeye getirilemiyorsa yahut bulunduğu yerde yapılması zorunlu görülüyorsa mahallinde gerçekleştirilir (HMK m. 288). HMK m. 289, f. 1, c. 2 hükmünde öngörüldüğü üzere, keşif konusu, mahkemenin yargı çevresi dışında ise, inceleme mahkemeler arası hukuki yardım (istinabe) suretiyle yapılacaktır.

Keşif, keşif konusu taşınmazın mahkeme salonuna getirtilebildiği durumlarda mahkeme salonunda; getirtilemediği hallerde taşınırın bulunduğu yerde icra edilir. Keşif konusu taşınır mahkemede incelenebilecek nitelikte ise hâkim taşınırın mahkeme salonunda inceleneceğine karar verecektir. Hâkim keşif kararında keşif konusu taşınırın mahkemeye nasıl ve kimin tarafından getirtileceğine, taşınırın getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırımlara ve getirtilen taşınırla ilgili hangi tedbirlerin alınacağına yer vermelidir. Çünkü bunlar keşfin icrası ile ilgili önem arz eden hususlardır. Taşınır mahkemeye getirildikten sonra hâkim taşınırın özellikle bakımı ve muhafazası için gereken tüm tedbirleri alabilecektir. Keşif konusu taşınırın mahkemeye getirtilmesini keşif talebinde bulunan taraf keşif talebinde talep edebileceği gibi, hâkim de buna re'sen hükmedebilir. Çünkü hâkimin gerek re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda olsun gerekse taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda olsun keşif, bilirkişi, isticvap gibi araçlara tahkikat süresince re'sen müracaat edebileceği açıktır.⁴¹² Bu sebeple hâkim tarafların talebi olmadan da her davada keşif kararı alabilir. Dolayısıyla hâkim gerek tarafların talebiyle gerekse re'sen keşif kararı almış olsun; keşif konusu

⁴¹² **Taşpınar**, Delil Sözleşmeleri, s. 98.

taşınırın mahkemeye getirilmesi yükümlülüğü bakımından bir farklılık oluşmayacaktır. Bu yükümlülük keşif konusu taşınır kimin elindeyse onun bakımından keşif kararında öngörülebcektir.

Keşif kararı taşınırı elinde bulunduran tarafa veya üçüncü kişiye tebliğ olunacaktır. Bu tebligatta ayrıca söz konusu taşınırın keşif zamanında mahkemeye getirilmesinin ve bu zorunluluğa uyulmamasının yaptırımını ihtar olunacaktır. Keşfe katlanma yükümlülüğü sebebiyle keşif konusu taşınırı elinde bulunduran kişi, keşif kararında gösterileceği üzere bu malı keşif gününde mahkemeye getirmekle yükümlüdür.

Keşif konusu taşınırın mahkemeye nasıl getirtileceği belirlenirken çeşitli ihtimaller dikkate alınmalıdır. Keşif talep eden taraf, keşif konusu taşınır elinde veya hiçbir zorlukla karşılaşmaksızın elde edebilecek durumda ise, bu taşınırı mahkemeye kendisi getirmek zorundadır. Hâkim keşif talep eden tarafın elinde bulundurduğu keşif konusu taşınırı belirlenen keşif zamanında mahkemeye getirmesi gerektiğini, taşınırı zamanında getirmediği takdirde bunun yaptırımları ile karşılaşacağını keşif kararında belirtir. Bu noktada hâkim re'sen keşif kararı vermişse değişen birşey olmayacaktır. Şöyle ki, hâkim re'sen keşfe başvurunca keşif kararında keşif konusu taşınırı elinde bulunduran tarafın bu taşınmazı mahkemeye vermesi gerektiğini, aksi davranışın yaptırımları ile birlikte gösterecektir. Keşif konusu taşınırı elinde bulunduran taraf keşif kararında gösterilen keşif zamanında söz konusu taşınırı mahkemeye getirmeyince bu davranışının yaptırımlarıyla karşılaşacaktır.

Keşif konusu taşınır karşı tarafın veya üçüncü kişinin elinde olabilir. Bu durumda keşif talep eden taraf keşif talebinde keşif konusu taşınırın karşı tarafın veya üçüncü kişinin elinde olduğunu ve bunun mahkemeye getirtilmesini belirtmelidir. Hâkim bu durumda keşif kararında keşif konusu taşınırı karşı tarafın veya üçüncü kişinin mahkemeye getirmesini emredecektir. Keşif konusu nesneyi keşif zamanında mahkemeye getirmeyen kişinin karşı taraf veya üçüncü kişi olması bakımından kanunda farklı yaptırımlar öngörülmüştür. Şöyle ki, keşif kararının içeriğinde taraflara ve üçüncü kişilere HMK m. 291 hükmü gereği keşif kararına uymak ve keşfin icrasını engelleyici

tutum ve davranışlardan kaçınmak hususu ihtar edilmektedir.⁴¹³ Keşif kararında gösterilen keşif konusu taşınırı mahkemeye keşif zamanında getirmeyen kişi keşif talep eden taraf ya da davanın karşı tarafı olabilir. Keşif konusu taşınırı getirmeyen tarafın yargılamada ispat yükü kendisine düşen taraf olması halinde, keşfe dayanmaktan vazgeçmiş sayılır; buna karşılık, ispat yükünü taşımamakla birlikte, vakıaların aydınlatılmasına katılma yükü taşıyan taraf keşif konusu taşınırı zamanında mahkemeye getirmemişse, iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılır ve bu halde iddia olunan vakıa ikrar edilmiş kabul edilir (HMK m. 291, f. 2). Keşif kararında gösterilen keşif konusu taşınırı mahkemeye keşif zamanında getirmeyen kişi üçüncü kişi ise keşfe katlanma yükümlülüğü kapsamında daha farklı yaptırımlarla karşılaşacaktır. Keşif konusu taşınırı keşif zamanında mahkemeye getirmeyerek keşfe katlanma yükümlülüğünü ihlal eden üçüncü kişi HMK m. 291, f. 3 hükmü gereği, sebep olduğu giderler ile para cezasına mahkûm edilebilir ve gerekirse keşfin icrasına zorlanabilir, ki bu durumda keşif konusu taşınır kendisinden zor kullanarak alınabilir. Ancak, üçüncü kişi tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak keşfe katlanma yükümlülüğünden kaçınabilir (HMK m. 291, f. 3, son cümle).

Keşif tamamlandıktan sonra keşif konusu taşınır kural olarak taşınırın mâlikine iade edilecektir. Ancak istisnai hallerde, özellikle keşfin tekrarlanması gerekiyorsa hâkim kararıyla söz konusu taşınır mahkemede muhafaza altına alınabilir. Çünkü keşfin başarıya ulaşabilmesi için hâkim tüm tedbirleri almaya yetkilidir. Ayrıca keşif konusu taşınırın kaybolma ihtimali varsa veya tahkikatın sonraki aşamalarında başkaca hususların aydınlatılmasına katkıda bulunacaksa, yargılamadan beklenen yararın sağlanması ve maddi gerçeğe ulaşılmasının temini için keşif konusu taşınır hâkimin uygun görmesiyle geri verilmeyebilir.

Keşif ara kararında belirtilen gün ve saatte (mutlaka) keşfi icra edecek hâkimin ve zabıt kâtibinin keşif mahallinde hazır bulunması gerekir. Ayrıca, keşiften önce bilirkişi tayin edilmişse bilirkişinin keşif mahalline gelmesi beklenir. Tanıklar da keşif yerinde hazır bulunmalıdırlar.

⁴¹³ Keşfe katlanma zorunluluğu ve bu zorunluluğa uymamanın sonuçları hakkında bkz. yukarıda §1-E.

Hâkim keşfin icrası sırasında tanık dinleyip bilirkişinin görüşüne başvurması yanında HMK m. 144 hükmü uyarınca tarafları keşif mahallinde dinleyebilir. Hatta hâkim gerekli görürse re'sen ya da talep üzerine taraflardan her birinin keşif mahallinde isticvabına karar verebilir (HMK m. 169).⁴¹⁴

HMK m. 290 hükmü uyarınca mahkeme bir olayın nasıl gelişmiş olabileceğini tespit bakımından temsili uygulama yaptırabilir. Bu uygulama keşif mahallinde olabileceği gibi duruşma salonunda da yapılabilir. Bu sebeple keşifte temsili uygulama keşfin konusunun taşınır (veya taşınırlar dışındaki bilgi taşıyıcıları) ya da taşınmaz olmasından bağımsızdır.

Keşif tamamlandıktan sonra HMK m. 290, f. 2 hükmü uyarınca keşif sırasında yapılan tüm işlemler ve beyanlar ile hâkimin keşif sırasındaki gözlemlerini içeren bir tutanak düzenlenir. Bu tutanağa keşif tutanağı denir. Keşfin tutanağa bağlanması kanuni bir zorunluluktur. Çünkü keşif tutanağı, keşifte neler yapıldığının resmi delili niteliğindedir. Keşif işlemi ile ilgili plan, çizim, fotoğraf gibi belgelerin keşif tutanağına eklenmesi kanuni bir zorunluluktur ve keşif işleminin tamamlayıcısı niteliğindedir.⁴¹⁵

C. Taşınırlar Dışındaki Bilgi Taşıyıcıları Üzerinde Keşif

1. Belge Üzerinde Keşif

a) Genel Olarak

Belge kavramı 6100 sayılı HMK ile getirilmiştir. HUMK'da böyle bir kavram mevcut değildi. Belge kavramı, senet kavramını da kapsayan bir üst başlık olarak öngörülmüştür. HMK m. 199 hükmü belge kavramını “uyuşmazlık konusu vakıaları

⁴¹⁴ Keşfin icrası ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda taşınmazlar üzerinde keşif başlığı altında keşfin icrasına ilişkin açıklamalar §2-A-II.

⁴¹⁵ Keşfin icrasının sona ermesi ve keşif tutanağı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda taşınmazlar üzerinde keşif başlığı altında keşfin icrasının sona ermesi ve keşif tutanağına ilişkin açıklamalar §2-A-II-b).

ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları” şeklinde tanımlamaktadır.⁴¹⁶ Görüldüğü üzere kanun aslında gerçek mânâda (ayrıntılı) bir tanımlama vermeden nelerin belge sayılacağı konusunda örnekler saymıştır, oldukça genel bir tanımlama yapmıştır; çünkü sayılan örneklerden de anlaşılacağı üzere, belge kavramı içine pek çok unsur girmektedir.

HMK m. 199 hükmü uyarınca, belge tanımında iki unsur önemlidir.⁴¹⁷ Belge bir “bilgi taşıyıcısı”dır. Ancak, her bilgi taşıyıcısı değil, uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli olan bilgi taşıyıcıları yargılama hukuku anlamında belge sayılmıştır. Yine HMK m. 199 hükmünde verilen tanımda belge sayılacak bilgi taşıyıcılarının bir kısmı örnek olarak sayılmış olmakla beraber, tüm belgeler bu sayılanlardan ibaret değildir. Ne var ki, Kanun’da sayılan bilgi taşıyıcıları (yazılı ve basılı metinler, çizim, kroki gibi yazı dışındaki resim, fotoğraf, film, plan gibi) farklı niteliklere sahip unsurlardan en tipikleridir. Görüntü veya ses kayıtları bilgi taşımaya elverişli olduğu gibi, elektronik ortamdaki veriler de bilgi taşıyabilmektedir. Anlaşıldığı üzere, kanun koyucu farklı bilgi taşıyıcıları belirtmek suretiyle teknolojiye öngörülemez gelişmelerle uygun bir tanımlama yapmış; sınırlayıcı bir tanımdan kaçınmıştır. Bu sebeple, HMK m. 199 hükmünde örnek olarak sayılan belge türlerinin dışında da kanundaki şartları taşıyan her türlü yazı veya elektronik belge; yani uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli bilgi taşıyıcıları yargılamada değerlendirilebilecektir. Belge ile senet ayrımının yapılmış olması ileride yaşanabilecek olan teknolojik gelişmelere karşı kanun koyucunun şimdiden hazır olması bakımından olumlu olmuştur.⁴¹⁸

⁴¹⁶ *Kuru*, “belge” kavramının kanuna alınmasını HMK Tasarısı döneminde eleştirmiş; senet dışındaki belgelerin ya yazılı delil başlangıcı ya da kanunda düzenlenmemiş delillerden olabileceğini belirtmiştir. Belge kavramının kanunda açık olarak düzenlenmesinin senetle ispat mecburiyetini giderek zora sokabileceğini savunmuştur, Baki *Kuru*: Medeni Usul ve İcra – İflas Hukukçuları Toplantısı 5, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara 2006, s. 75.

⁴¹⁷ *Kuru/Arslan/Yılmaz*, s. 388; *Umar*, Şerh, s. 580; *Yılmaz*, s. ;1033; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 611; *Muşul*, s. 359; *Yavaş*, s. 186; *Göksu*, s. 53. Ayrıca bkz. HMK m. 199 hükmüne ait Hükümet Gerekçesi.

⁴¹⁸ *Yavaş*, s. 186

b) Faks Metinleri Üzerinde Keşif

Taraflara yazışma kolaylığı sağlaması, belge örneğini göndermeyi mümkün kılması ve bu işlevini normal posta ulaşımına göre daha kısa bir sürede gerçekleştirebilmesi nedeniyle yaygın olarak kullanılan faks cihazı ile, yazı veya resim, tıpkıbasım şeklinde kopya olarak gerçekleştirilmektedir⁴¹⁹. Faks metni bir surettir; asıl (orijinal) metnin bir araç vasıtası ile benzerinin elde edilmesidir.⁴²⁰

Normal faks cihazları ile veya bilgisayar üzerinden faks gönderilerinde, elde edilecek belge fotokopi niteliğindedir. Çünkü, belgenin aslı gönderen tarafta veya kayıtlı ise faksı gönderen bilgisayardadır.⁴²¹ Fotokopi, yazınının kendisi olmamakla birlikte, onun taşıyıcısı, yansıtıcı olan bir surettir. Fotokopi delil yokluğuna eşdeğer sayılmamalıdır.⁴²² Ancak, fotokopi yazı niteliğinde görülemez.⁴²³ Fotokopi, üzerinde yazı olsun ya da olmasın bir belgenin ancak fotoğrafının çekilerek çoğaltılmasıdır. Faks metinlerini diğer fotokopilerden ayıran özellik, faks metnini ibraz eden tarafın elinde kural olarak aslının bulunmasıdır. Fotokopi makinalarından elde edilmiş belgelerden farklı olarak, faks cihazından çıkan metni ibraz eden taraf, o belgenin karşı taraftan sadır olup olmadığını belirleyebilir. Çünkü, gönderilen faks metninin üzerinde, bu metnin hangi tarihte ve saatte, hangi faks numarasından gönderildiği bellidir. Buna karşın belgenin gönderildiği faks makinasının başkaları tarafından kullanılma ihtimali de gözönünde bulundurulmalıdır.

Senet niteliğini haiz olmayan faks metninin belge olduğu konusunda şüphe duymamak gerekir.⁴²⁴ Her ne kadar faks metni, belge delilini örnekseyici olarak sayarak

⁴¹⁹ Recep **Akcan**: Medeni Usul Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Delil Niteliği, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1-2, Y. 2001, s. 159, 163.

⁴²⁰ Saba E. **Özmen**: Telefaks Cihazları (Facsimile) İle Gönderilen İrade Beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, 1990/1, s. 72; **Erturgut**, s. 50. Ayrıca bkz. **Konuralp**, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 36, 37.

⁴²¹ **Akcan**, s. 163.

⁴²² Haluk **Konuralp**: Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 2009, s. 53, 57.

⁴²³ **Kuru**, Usul, C. 2, s. 2076; **Postacıoğlu**, s. 597; **Umar**, Şerh, s. 582; **Yılmaz**, Şerh, s. 1035.

⁴²⁴ Mesela “Taraflar arasında uyuşmazlık satıma konu baskı makinesinin ayıplı olup olmadığı ve süresinde ayıp ihbarında bulunulup bulunulmadığı hususlarından kaynaklanmaktadır. Davacı şirket yetkilisi tarafından davalı tarafa 02.09.2008 tarihli bir şikâyet mektubu yazıldığı, davalı tarafından da

tanımlayan HMK m. 199’da ismen yer almasa da uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli bilgi taşıyıcısı olması nedeniyle belge olduğunu kabul etmek gerekir.⁴²⁵

Faks metninin keşif konusu olup olmayacağı ve HMK m. 288 vd. hükümleri gereği incelemeye tâbi tutulup tutulamayacağı hususunda bir ayırım yapmak gerekir. Çünkü her belge değil, yalnızca yazıllık unsuru taşımayan belgeler keşfin konusunun oluşturur.⁴²⁶ Faks cihazı ya da bilgisayar aracılığıyla gönderilen belgelerden plan, kroki, grafik ya da harita ile fotokopi keşfin konusunu oluşturacaktır. Çünkü bu tür belgelerde yazıllık unsuru yoktur. Hâkim keşfe konu bu tür belgeleri görme duyusuyla algılayarak değerlendirecek ve keşfi kural olarak mahkeme salonunda icra edebilecektir. Bu sebeple, şayet faks cihazı ya da bilgisayar aracılığıyla gönderilen belge, planı kroki ya da harita şeklinde yazıllık unsurunu barındırmıyorsa keşif incelemesine tâbi olacaktır. Ancak yazılı metnin faks olarak gönderilmesi halinde, bu husus belgelerin ibrazının konusunu teşkil edecektir.

Hâkim keşifte özellikle faks metninin gönderilme zamanı ve hangi faks numarasından gönderilmiş olduğu hususunda bilirkişiye başvurabilecektir. Hatta faksın gönderildiğine şahit olan kimse keşfin icrası sırasında tanık olarak dinlenebilecektir. Faks metninin hâkim tarafından incelenmesinde önem arz eden bir husus da söz konusu metinlerin anlaşılır durumda olmasıdır. Anlaşılır olmayan ve bu sebeple içeriği hâkim tarafından anlaşılamayan faks metinleri hükme esas alınamayacaktır.⁴²⁷ Mesela

03.09.2008 tarihinde davacı tarafa e-mail ve aynı içerikli faks çekildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda *mahkemece bu e-mail ve faks metni üzerinde durulup, değerlendirilme yapılarak tüm deliller birlikte değerlendirilip uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken*, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.”, Yarg. 19. HD., 17.03.2011, E. 2010/5583, K. 2011/3458 (*LegalBank*).

⁴²⁵ Delil başlangıcı, fotokopi ve faks metinleri birer belgedir ancak senet değildir, **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 478; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 379; **Umar**, Şerh, s. 583.

⁴²⁶ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 223.

⁴²⁷ “Sigortalı aracın kiralanmasına ilişkin rent a car sözleşmesi faks metni olup, okunaklı değildir. Anılan belgede davalıya ait ehliyet bilgileri mevcut olup, bu bilgilerin kaybedildiği iddia edilen ehliyete mi yoksa yeni çıkartılan ehliyete mi ait olduğu araştırılmamıştır. Bunun yanında, dava dışı bir şahıs tarafından rent a car şirketine gönderildiği iddia edilen mektubu yazanın kim olduğu net olarak ortaya konulamadığı gibi, mektup içeriği davalının askerlik bilgileri ile de örtüşmediği halde hükme esas alınması yerinde görülmemiştir [...]”, Yarg. 11. HD., 20.06.2005, E. 2004/9741, K. 2005/6382 (*Kazancı*).

faks metninde yer alan bir plan, kroki, grafik ya da harita hâkimin icra ettiği keşif neticesinde anlaşılamıyorsa, artık metin davanın aydınlatılmasında kullanılamayacaktır.

Faks metninin keşfinde esasen keşfe konu olan şey söz konusu faks metninin kendisidir. Ancak, hâkimin özellikle görme duyusuyla taraflar arasındaki uyumsuzluk noktasını bu tür belgelerde çoğu zaman çözebilmesi mümkün değildir. Bu sebeple aslında özellikle ıslak yazı ve imza içermeyen faks metinleri üzerindeki teknik anlamda inceleme ancak bilirkişi delili ile mümkün olacaktır. Hâkim görme duyusuyla edindiği kanaati bilirkişi raporu ile birleştirecek ve bir sonuca varmaya çalışacaktır.

c) Elektronik Ortamda Tutulan Kayıtlar Üzerinde Keşif

Elektronik ortamda (bilgisayar ortamında) tutulan kayıtlar elektronik belge ve verilerdir. Elektronik ortamdaki her türlü bilgi parçası veridir. Nitekim, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’nun üçüncü maddesinde veri kavramını “Elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtlar” şeklinde tanımlanmaktadır.⁴²⁸ Elektronik belge bir tanıma göre elektronik verilerin birleşerek veya tek başlarına gerçek bir belge gibi anlam bütünlüğü içeren ve bir vakıayı temsil niteliği taşıyan hale gelmeleri durumudur.⁴²⁹ Diğer bir tanıma göre ise, elektronik belge kavramı ile kastedilen, bir bilgisayar yazılımı kullanılarak bilgisayarda yahut başkaca bir veri taşıyıcısında oluşturulmuş, kaydedilmiş, gönderilmiş ve gönderildiği yerde tekrar kaydedilmiş veridir.⁴³⁰ Elektronik posta bir elektronik belgedir. Veri taşıyıcısı ise senetten farklıdır; çünkü veri taşıyıcısı harflerle oluşturulmuş bir düşünce açıklaması içermez ve üzerinde kayıtlı veriler ancak bir araç vasıtasıyla okunabilir. Bilgisayarda (veya veri taşıyıcısında) kayıtlı olan veriler orijinal, bunların yazıcı ile alınan çıktıları ise kopyadır; çünkü birden fazla çıktı alınabilir ve hangi çıktının orijinal olduğunu tespit

⁴²⁸ Göksu, Elektronik Delil, s. 12.

⁴²⁹ Göksu, Elektronik Delil, s. 13.

⁴³⁰ Erturgut, s. 29.

edebilmek imkânsızdır.⁴³¹ Böyle bir çıktının (kopyanın) yargılamaya dahil edilmesi durumunda ortada ancak bir “dolaylı ispat” söz konusu olabilir.⁴³²

Elektronik veriler usulüne uygun olarak güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş ise senet hükmündedir (HMK m. 205, f. 2). Bu sebeple bu tür elektronik veriler keşfin konusu dışındadır. Bilgisayar ortamında bulunan ancak elektronik imza taşımayan bilgi taşıyıcıları ise çıktıları alındığında HMK m. 199 kapsamında belge sayılabilecek ve HMK m. 217 vd. hükümlerinde öngörülen belgenin ibrazı hükümlerine tâbi olacaktır.

Acaba elektronik belgeler üzerinde keşif söz konusu olabilir mi? Bir an için keşfin mevzubahis olabileceğini düşünürsek, hâkim elektronik belgeler üzerinde keşif yaptığı takdirde, en önemli husus söz konusu elektronik belgenin delil niteliği ve kuvvetidir. Bunun dışında hâkim elektronik belge üzerinde keşif yaparken, kural olarak söz konusu belgenin yazıcıdan alınan çıktısı üzerinde değil, elektronik belgeleri gerekli teknik araçlarla görünür kılarak, elektronik ortamdaki orijinal hallerini dikkate almalıdır. Tabiidir ki, hâkim incelemeyi bilirkişiye başvurarak yapacaktır. Çünkü özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulmaktadır.

Elektronik belgeler keşfin konusundan ziyade HMK m. 219 hükmü uyarınca tarafların belge ibrazı yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir.⁴³³ Çünkü, gerek HMK m. 219 hükmünün lafzı gerekse Hükümet Gerekçesi son derece açıktır. Elektronik belgeyi ibraz yükümlülüğü üzerinde olan taraf elektronik ortamda bulunan verileri mahkemeye sabit disk, disket CD-ROM, DVD veya manyetik bantlar gibi veri taşıyıcılarını mahkemeye ibraz etmek ve bu verilerin okunmasını sağlayacak yazılım ve donanım araçlarını, gerekli personeli ve ihtiyaç duyulan bilgileri kullanıma hazır bulundurmak zorundadır.⁴³⁴ Bu zorunluluğu yerine getirmeyen taraf bakımından HMK m. 219 vd. hükümleri uygulanacaktır. Delil ikame eden taraf elektronik ortamda oluşturulan verilerin okunması için gerekli koşulları sağlamadığı takdirde, o usul

⁴³¹ **Konuralp**, İspat Hukukunun Zorlanan Sınırları, s. 37; **Akcan**, s. 187, **Erturgut**, s. 39. Yani bu halde ispat doğrudan doğruya unsur vakıayı karşılayan somut vakıaya değil de, onu olası gösteren bir vakıaya ilişkindir, **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 295.

⁴³² **Konuralp**, İspat Hukukunun Zorlanan Sınırları, s. 73.

⁴³³ **Erdönmez**, Belgelerin İbrası, s. 234 – 236.

⁴³⁴ **Erdönmez**, Belgelerin İbrası, s. 235.

işlemini yapmamış sayılacaktır.⁴³⁵ Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf aleyhine mahkeme duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir (HMK m. 220, f. 3).

Her ne kadar belgenin ibrazı taraflar için usuli yük ise de, keşfe katlanma zorunluluğunu içeren HMK m. 291 hükmüne ilişkin Hükümet gerekçesinde belirtildiği üzere, belgenin tetkiki keşfe dair incelemenin konusunu oluşturacaktır. Özellikle belgelerin ibrazı mecburiyetinde bazen elektronik ortamda mevcut bulunan verilerin ihtiyaç duyulan yazılım ve donanım araçlarıyla mahkemeye ibrazı teknik olarak mümkün olmayabilir. Örneğin bir bankanın tüm işlemlerinin toplandığı merkezin mahkemeye taşınamayacağı veya işlemlerin depolandığı sunucunun (server'ın) pratik güçlükler sebebiyle mahkemeye getirilemeyeceği durumlar olabilir. Bu hallerde artık belgelerin ibrazından değil keşiften bahsedilecektir.

Elektronik veri üzerindeki keşfin icrası için hâkim keşif kararında belirtilen günde keşif yerinde hazır bulunur. Keşfin konusunu oluşturan elektronik verilerin keşif yerindeki yetkililer tarafından tespitini sağlar. Keşfin icrası söz konusu verilerin kural olarak hâkim tarafından görme duyusu kullanılarak incelenmesi suretiyle gerçekleşir. Çoğu zaman semboller şeklinde ekrana yansıyan bu verilerin çözümlenmesi ve anlaşılması özel ve teknik bilgiyi gerektireceğinden hâkim keşif sırasında bilirkişiye başvuracaktır. Bilirkişi bu noktada hâkime sözlü biçimde yardımcı olabileceği gibi, karmaşık ya da zaman alan hallerde bilirkişi görüşünü sonradan rapor şeklinde mahkemeye sunabilir. Hâkim keşfin icrası sırasında yapılan tüm işlemleri keşif tutanağına yazdırır ve keşif tamamlanmış olur.

Elektronik verinin orijinali, veri taşıyıcısında kayıtlı bulunmaktadır; çıktı ise ancak bu elektronik belgenin yazılı şekilde cisim bulmuş kopyası olarak nitelendirilebilir.⁴³⁶ Mesela bilgisayar belleğinde ve veri taşıyıcılarında kayıtlı veriler; bilgisayar ekranında internet aracılığıyla görülen veriler (örneğin kişinin elektronik posta adresinde saklı bulunan elektronik belgeler) elektronik ortamda var olan

⁴³⁵ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 236.

⁴³⁶ Mine **Erturgut**: Elektronik İmza Bakımından E-Belge ve E-İmza, Bankacılar Dergisi, S. 48, 2004, s. 67.

verilerdir. Bu verilerin çıktısı üzerinde yapılacak bir inceleme keşif olarak nitelendirilmemelidir. Burada keşif ancak verilerin bulundukları elektronik ortamda incelenmeleri yoluyla icra edilebilir. Çünkü, keşfin konusunu oluşturan veri orijinal hali ile elektronik ortamında mevcuttur ve tüm içeriğiyle ancak bulunduğu ortamda değerlendirilebilir. Mesela bir sosyal paylaşım sitesi üzerinde yer alan elektronik verilen çıktıları üzerinde değil, söz konusu sosyal paylaşım sitesine girilerek bilgisayar ekranına yansıyan orijinal elektronik veriler üzerinde keşif yapılabilir. Ayrıca işyeriyle ilgili elektronik giriş ve çıkış kayıtları belge olarak kabul edilmektedir. Bu kayıtların gerçeği yansıtip yansıtmadığının ve kayıtlarda fazla çalışma olup olmadığının ortaya çıkarılmasında keşif etkin biçimde kullanılabilir. Hâkim işyerine giderek söz konusu elektronik verileri dokunma duyusu ile elektronik ortamda görüntüleyip görme duyusu ile inceleyebilir. Yargıtay bir kararında⁴³⁷ “Davalı işveren vekili ayrıcı keşif istemiş, işyeri giriş ve çıkış kayıtlarının fazla çalışma olup olmadığı hususunun gerçeği yansıtip yansıtmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Tüm bunlara rağmen mahkemece tereddütlü hususların aydınlatılması yoluna gidilmemiştir. Bu durum, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir” demek suretiyle, işveren nezdindeki bilgisayar kayıtları üzerinde keşif yapılabileceğini kabul etmiştir.

d) Ses ve Görüntü Bantları Üzerinde Keşif

Genel olarak ses bantları, “bir mikrofon ve kayıt edici araç yardımı ile ses titreşimlerini manyetik iz olarak tespit edebilen elektron akımına duyarlı şeritler” şeklinde tanımlanabilir.⁴³⁸ Görüntü bantları ise ses yanında görüntü de içeren (veya sadece görüntü içeren) elektron akımına duyarlı şeritlerdir. Ses ve görüntü bantları, senet niteliği taşımamaktadır. Çünkü sadece yazılı ve imzalı unsurlar senet niteliği taşıyabilir.⁴³⁹ Bu sebeple HMK ses kayıtlarını (dolayısıyla ses bantlarını) 199. maddede belge üst kavramı altında örnek olarak (açıkça) saymıştır. Dolayısıyla, ses kayıtları

⁴³⁷ Yarg. HGK, 30.10.2013E. 2013/22-206, K. 2013/1500 (Kazancı).

⁴³⁸ **Konuralp**, Delil Başlangıcı, s. 93.

⁴³⁹ **Ansay**, s. 308; **Belgesay**, C. 2, s. 111; **Postacioğlu**, s. 420; **Kuru**, Usul, C. 3, s. 2877; **Karafakih**, s. 182; **Üstündağ**, s. 761; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 372; **Önen**, s. 240; **Yılmaz**, s. 1034; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 795.

senet değil, belgedir. Aynı durum görüntü bantları (dolayısıyla görüntü kayıtları) için de geçerlidir. Çünkü, görüntü bantları maddede açıkça zikredilmese de maddedeki tanıma uygun olarak belge niteliğini haizdir.

HMK ile taşınırılar bakımından da keşfe cevaz verildiğinden, ses ve görüntü bantları üzerinde keşif yapılabilecektir. Hâkim ses kayıtlarını dinleyerek, görüntüleri izleyerek; başkaca kayıtlarla mukayese ederek gerekirse tanık dinleyerek ve bilirkişiye başvurarak somut olaydaki ses ve görüntü kayıtlarını (bantlarını) kendi işitme ve görme duyusu ile inceleyip, değerlendirebilecektir. Buna ilaveten bu bantların harici sağlamlığı da görme ve dokunma organları aracılığıyla incelenebilecektir.

Mahkeme ses ve görüntü kayıtlarını çoğu zaman doğrudan kayıtların yer aldığı bantlardaki ses ve görüntüleri dinleyerek ve görerek keşfi gerçekleştirecektir. Örneğin bilgisayarda veya cep telefonunda kaydedilmiş olan bir videoyu hâkim görme duyusunu kullanarak mahkeme salonunda inceleyecektir. Keza ses kaydı içeren bir kayıt cihazını hâkim doğrudan mahkemeye getirterek dinleyebilir. Bununla birlikte ses ve görüntü kayıtlarının yer aldığı bazı araçların keşfi için (örneğin CD-Rom, DVD, makara bandı, video kaseti, ses kaseti vb.) ek birtakım cihazlar gerekebilir. Bu araçlar üzerinde keşfin icrası söz konusu cihazların mahkeme salonunda kurulumu ile sağlanabilecektir. Mesela bir müzik kasetinin dinlenebilmesi için bir kasetçalar; bir makara bandın dinlenebilmesi için makara teyp; VHS, Video 2000 ya da Beta formatındaki bir görüntü kasetinin izlenebilmesi için bunun modeline uygun video cihazı mahkeme salonuna getirtilip keşif için gerekli kurulum yapılabilecektir.

Çoğu zaman ses ve görüntü kayıtlarının keşfi bu kayıtların çözümlenmesini gerektireceğinden kolay olmayabilir. Bu durumda mahkemenin bilirkişiye başvurması kaçınılmazdır. Bu konuda özel ve resmi kuruluşlar olan Adli Tıp, TÜBİTAK ve üniversiteler bünyesinde özel birimler mevcuttur. İleri teknoloji ile donatılmış laboratuvarlarda ses ve görüntü kayıtları kapsamlı biçimde analiz edilmektedir.⁴⁴⁰ Ses ve görüntü kayıtlarında her zaman montaj ve ses görüntü değiştirilmesi ile bozulması

⁴⁴⁰ Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi, Ses ve Görüntü İnceleme Şubesi bu konuda ileri düzeyde teknolojiye sahip donanım ve yazılımlarla kapsamlı incelemeler ve araştırmalar yapabilmektedir, bkz. <http://www.atk.gov.tr/Kurumsal_AT_ ihtisasDaireleri.html> (Erişim: 26.10.2014).

gibi teknik birtakım hileler olabileceğinden, bu kayıtları içeren bantlara genel bir güvensizlik mevcuttur.⁴⁴¹ Her ne kadar montaj tespitine dair birçok yeni yöntem geliştirilmekteyse de mahkemeler olayların bir kısmında sadece bir inceleme ile yetinmeyip, birden fazla kuruluşa başvurabilmektedir.

Ses ve görüntü kayıtları üzerinde keşif yapılırken keşfe konu görüntü ve sesin çoğu zaman kendisinden önceki ve sonraki görüntü ve seslerle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Örneğin bir televizyon kanalındaki yayın akışındaki görüntü üzerinde keşif yapılırken bu görüntülerin tapeleri keşfe konu edilirken kendinden önce ve sonra gelen görüntü ve ses kayıtları ile birlikte incelenmesi keşfin amacına daha fazla uygun olacaktır.

2. İnsan Bedeni Üzerinde Keşif

Yukarıda açıklandığı üzere, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 291 hükmü ile taraflar ve üçüncü kişiler bakımından keşfe katlanma zorunluluğu getirilmiştir.⁴⁴²

Keşfe katlanma zorunluluğu gerek tarafların gerekse üçüncü kişilerin vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunma yükümlülüklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.⁴⁴³ HMK m. 291 hükmü genel olarak keşfe katlanma zorunluluğunu düzenlenmişken, kanun koyucu soybağıyla ilgili davaların⁴⁴⁴ kamu düzeninden olması

⁴⁴¹ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. mesela Hanifi **Sever**: Adli Ses İncelemeleri ve Hukuki Boyutu, Ankara, 2008, s. 47 vd.

⁴⁴² Aydınlatma ödevinin pozitif hukuktaki görünümünden biri olan keşfe katlanma zorunluluğuyla ilgili HMK m. 291 hükmü hakkında daha fazla bilgi için bkz. yukarıda §1-E-II ve §1-E-III.

⁴⁴³ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 32 – 35; **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 314.

⁴⁴⁴ Soybağı (nesep), çocuk ile anne babası arasındaki hukuki bağı ifade eder, Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**/Mustafa Alper **Gümü**: Türk Özel Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2014, s. 253; Hüseyin **Hatemi**/Rona **Serozan**: Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 377; Kemal **Oğuzman**/Mustafa **Dural**: Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 197; Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**: Türk Medeni Hukuku (C. 3), Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1965; İbrahim **Özbay**/Nar **Aksan**, Şerife: Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanınanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul, EÜHFD 2010 C. XIV, S. 3-4, s. 187. Soybağı ile ilgili 4721 sayılı Medeni Kanunu'nun hükümleri dikkate alındığında, hâkim, özellikle,

sebebiyle keşfe katlanma zorunluluğunu, soybağının tespiti açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesi hükmü ile özel olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla, keşifte incelemenin konusu beden muayenesini gerektirdiğinde soybağı ile ilgili davalar bakımından HMK m. 292 hükmü uygulama alanı bulacaktır. HMK m. 291 hükmünün özel bir görünümü olan HMK’nun 292’inci maddesi hükmü gereği, uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır.

Soybağının tespitine dair usul esasen hukukumuzda ilk kez 5271 sayılı Medeni Kanun ile girmiştir. İsviçre Medeni Kanunu’nun 1976 tarihli değişikliğinden (İsv. MK m. 254) esinlenilerek kaleme alınan hüküm, Medeni Kanun’da soybağına dair genel hükümler kısmında⁴⁴⁵ “Yargılama usulü” madde başlığı ile yer almaktadır. MK m. 284, f. 2 hükmü uyarınca, “Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere⁴⁴⁶ rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu onun aleyhine doğmuş sayabilir.”

Soybağının tespiti için hâkimin keşif kararıyla yaptıracığı incelemenin ve buna dair zor kullanımının mümkün olup olmadığı⁴⁴⁷ ve yapılacak incelemenin “Tıbbi

soybağının reddi davasında (MK m. 286), tanımanın iptali davasında (MK m. 297-300) ve babalık davasında (MK m. 301) keşfe karar verecektir.

⁴⁴⁵ Madde, Medeni Kanun’un 2. Kısmının (Hısımlık), 1. Bölümünde (Soybağının Kurulması), 1. Ayırımında (Genel Hükümler) bulunmaktadır.

⁴⁴⁶ Bu araştırma ve incelemeler, insan vücudunun muayenesi, kan muayenesi ve gen incelemesi gibi şekillerde olacaktır. Yapılacak olan bilimsel inceleme yöntemlerinin başında kan incelemesi yöntemleri gelmektedir. Kan incelemesi yöntemleri dışında, antropobiyolojik (karşılaştırmalı benzerlik tespiti) ve genetik muayene yöntemlerine başvurulur, Recep **Akcan**: Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması, Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 904 ve 905. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Beşir **Acabey**: Soybağı, İzmir 2002; Cem **Baygın**: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s. 279 vd.

⁴⁴⁷ HMK m. 292, f. 1 hükmü ile açıkça taraflar ve üçüncü kişileri de kapsayacak şekilde herkes için, şartları olduğu takdirde vücudundan kan veya doku incelemesine katlanma zorunluluğunu ve bu zorunluluğa uymamanın yaptırımını gerektiğinde fiziki zor kullanım ile incelemenin yaptırılması olarak belirlemiştir. Ancak HMK’nın yürürlükte olmadığı dönemde TMK m. 284 hükmüne dayanılarak ve Medeni Kanunu’nun yürürlükte olmadığı zamanda soybağının tespitinde yapılacak inceleme için kan veya doku vermeyen taraf için kuvvet kullanılarak bir zorlama yapılıp yapılamayacağı meselesi tartışmalı

zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz” şeklinde ifadesini bulan Anayasa m. 17, f. 2 hükmü uyarınca kişi dokunulmazlığının ihlali anlamına gelip gelmeyeceği tartışmalıdır.⁴⁴⁸ Hüküm, kişinin vücudundan fiziken zor kullanılarak kan veya doku alınmasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ancak ölçülülük ilkesi ile mümkün olabileceği ilkesi ile bağdaşmaması nedeniyle eleştirilmektedir.⁴⁴⁹

Kanaatimizce, HMK m. 292 hükmü uyarınca artık vücudundan kan veya doku alınmasına izin vermeyen kişiye, hâkim kararıyla bu incelemenin zorla yaptırılabilmesi konusunda şüphe duymamak gerekir. Ayrıca, soybağının tespiti için yapılacak incelemeye katlanma zorunluluğu Anayasanın 17. maddesinde yer alan kişi dokunulmazlığını ihlal etmemektedir. Çünkü, Anayasa’da teminat altına alınan bir temel hak Kanun’la sınırlandırılmaktadır ve Medeni Kanun m. 24, f. 2 uyarınca, üstün nitelikli bir özel veya kamu yararının varlığı halinde kişilik hakkının ihlal edildiği öne sürülemeyecektir. Soybağına ilişkin davaların kamu düzeninden olması sebebiyle⁴⁵⁰ soybağının tespitinde üstün nitelikte kamu yararının varlığı yanında özel yararın da

idi. Soybağına ilişkin araştırma ve incelemenin 14.04.1982 gün ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu’nun 23. maddesinin C bendinin ikinci fıkrası hükmüne dayanan kimi yazarlar 4721 sayılı Medeni Kanun yürürlükte olmadığı dönemlerde dahi taraf veya üçüncü kişinin vücudu üzerinde muayene yapılmasına veya kanının alınmasına karşı koyması durumunda, hâkimin muayene ve kan alımı için zorla Adli Tıp Kurumuna gönderilmesine karar verebileceğini ileri sürmüşlerdir, **Kuru** (C. 3), s. 2876; Selahattin Sulhi **Tekinay**: Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990, s. 407. Aksi Yönde görüş için bkz. **Konuralp**: İspat Hukukunu Zorlanan Sınırları, s. 103 vd.

⁴⁴⁸ Bir görüşe göre, MK m. 24, f. 2, üstün nitelikli bir özel ve kamu yararını içeren bir hüküm olduğundan AY m. 17, f. 2’ye aykırılık teşkil etmemekte; onun kanunla düzenlenmiş istisnasını oluşturmaktadır, Ali Cem **Budak**: Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/2, Özel Sayı: Türk-Alman Hukuku Sempozyumu; **Akcan**, İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması, s. 911; **Bolayır**, s. 470. Diğer bir görüşe göre, vücudundan kan veya doku alınmasından kaçınan kişinin gerekli muayene ve incelemelerin yapılması için fiziken zorlanması kişilik hakkının ağır bir ihlaline yol açacaktır, **Dural/Öğüz/Gümüş**: Aile Hukuku, C. III, İstanbul 2013, s. 259; **Baygın**, s. 254.

⁴⁴⁹ **Baygın**, s. 254; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 260; Rona **Serozan**: Çocuk Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, s. 154. **Umar**, başka bir açıdan, yapma veya yapmama borçlarının ilamlı icra yoluyla yerine getirilmesinin hukukumuzda icra kurumuna yabancı olduğunu ve ortada henüz doğruluğundan şüphe edilen bir iddia uğruna kişinin polis zoruyla cebren kan ve doku incelemesinin yapılacağı yere götürülerek zorla müdahalede bulunulmasının insanlığa sığmayan bir müdahale olduğu gerekçesiyle hükmü eleştirmektedir (**Umar**, Şerh, s. 801).

⁴⁵⁰ HMK m. 292 hükmünün Hükümet Gerekçesi.

bulunduğu şüphesizdir. Bu durumda, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı özel ve kamusal üstün menfaat uğruna feda edilebilecektir.⁴⁵¹

Fiziki zorlama ile yapılan incelemenin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu kanaatinde değiliz. Nitekim hâkimin aldığı keşif kararı ile derhal tarafların ve üçüncü kişilerin vücutlarından zorla kan ve doku alınması söz konusu değildir. HMK m. 291 hükmü uyarınca hâkim tarafından öncelikle vücudu üzerinde inceleme yapacak kişiye davetiye çıkarılarak belirtilen gün ve saatte incelemenin yapılacağı yerde hazır bulunması, mazeret bildirmeksizin gelmemesi halinde zor kullanılarak getirileceği ihtarını içeren bir tebligat yapılacaktır. Kişi gelmezse ve mazeret de bildirmezse ancak o zaman zor kullanılarak vücudundan kan veya doku alınacaktır.⁴⁵² Kamu yararının olduğu soybağına ilişkin bir davada, kanundan doğan yetkisini kullanan hâkimin, taraflara ve üçüncü kişilere ilişkin olarak vereceği ara kararıyla incelemenin yapılacağı yeri ve zamanı bildirmesi ve gerekli ihtarda bulunması karşısında, tarafların mazeret bildirmeksizin hâkim kararına uymaması neticesinde zor kullanılarak incelemenin yapılması durumunda ölçülülük ilkesine aykırılıktan bahsedilemeyecektir.⁴⁵³

Keşfe karar veren hâkimin yaptığı ve belirtilen zaman ve yerde soybağının tespiti amacıyla inceleme için hazır bulunulması gerektiği ihtarına uymayan ve geçerli bir mazeret de bildirmeyen tarafın zorla getirilmesinin nasıl gerçekleşeceği konusunda Kanun'da herhangi bir hüküm yoktur. Doktrinde *Umar*, uygulamanın ihtiyati tedbirlere ilişkin HMK m. 393, f. 1-3 kuralının kıyas yoluyla uygulanıp kararın yerine getirilmesi için yazı işleri müdürünün görevlendireceğini ve yazı işleri müdürünün karakola yazı ile

⁴⁵¹ **Bolayır**, s. 470.

⁴⁵² **Bolayır**, s. 470. Alman Medeni Usul Kanunu'ndaki keşfe katlanma zorunluluğu hükmü olan m. 372a'da yer alan ve kendisine iki kez yapılan davete rağmen gelmemiş kişinin zorla getirileceğinden bahsedilmesi ve benzer düzenlemenin HMK m. 292'de yer almaması sebebiyle, kanunda örtülü boşluk olmasında bahsedilmesi (Dursun **Aksoy**: Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292'nin Değerlendirilmesi, s. 120 ve 122) hatalı bir yorumdur. Üstelik yazar, bu sebeple Anayasa'daki ölçülülük ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir, **Aksoy**, s. 120. Madde metninde belirtildiği üzere, tıpkı Alman Hukuku'ndaki gibi hukukumuzda da tekrarlanma şartı aranmış ve haklı bir sebep olmaksızın keşfe katlanma zorunluluğundan kaçınılması halinde incelemenin zor kullanılarak yapılacağı düzenlenmiştir (**Bolayır**, s. 470). Dolayısıyla bu görüşe katılmıyoruz.

⁴⁵³ **Bolayır**, s. 471.

başvurarak keşfin icrası için yardım alacağını belirtmektedir.⁴⁵⁴ Dolayısıyla bu durumda görevlendirilen memur polis zoruyla kişi keşif kararında belirtilen incelemenin yapılacağı hastaneye götürülerek keşif icra edilecektir.

Soybağına ilişkin davalarla ilgili olarak TMK m. 284 ile HMK m. 292 hükmü karşılaştırıldığında, iki hüküm arasındaki en önemli fark, TMK m. 284 hükmü uyarınca davalının hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeden kaçınması halinde hâkimin HMK m. 292 hükümde öngörülen düzenlemenin aksine, davalıyı zor kullanarak bu incelemeye maruz bırakmamasıdır. TMK m. 284 f. 2 gereği, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza gösterilmemesi halinde hâkim, zor kullanılmasına karar veremeyecek; durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu tarafın aleyhine doğmuş sayabilecektir. Böylelikle, davalı hâkimin öngördüğü araştırmalara ve incelemelere rıza göstermediği takdirde, hâkim somut olayın şartları dahilinde bundan beklenen sonucu davalının aleyhine doğmuş sayabilecek; örneğin davalının baba olduğuna hükmedebilecektir⁴⁵⁵. Soybağına ilişkin davaların kamu düzeni ile ilgili olması karşısında soybağının tespiti için gerekli incelemenin zor kullanılarak yapılmasına imkân vermeyen TMK m. 284 hükmü sakıncalıdır ve eleştiriye açıktır.

TMK m. 284 ve HMK m. 292 hükümleri arasındaki bu farkın önemi hangi hükmün uygulanmasında diğerine göre üstünlük tanınacağı konusunda ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar TMK m. 284'ün “Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu⁴⁵⁶ uygulanır” şeklindeki madde metninden yola çıkılarak Medeni Kanun hükmünün HMK'ya göre

⁴⁵⁴ Bilge **Umar**: Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-V, Ankara, 2006, s. 113, 114.

⁴⁵⁵ Ancak, doktrinde isabetli olarak belirtildiği üzere, vücudu üzerinde gerekli araştırmaların ve incelemelerin yapılmasına izin vermeyen davalı erkeğin baba olduğuna ilişkin fiili bir karinenin kabul edilebilmesi için tanık beyanları, çocuğun dış görünüş itibarıyla davalı erkeğe benzemesi gibi farklı etkenlerin de bu sonucu desteklemesi gerekmektedir. Sırf davalının kan vermekten veya doku alınmasından kaçınması, onun baba olduğu iddiasının kanıtlanmış sayılması bakımından yeterli görülmemelidir (**Acabey**, s. 133, **Baygın**, s. 92, **Bolayır**, s. 472, dn. 430).

⁴⁵⁶ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri m. 447, f. 2 uyarınca, TMK m. 284 hükmünde geçen “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu” ifadesini Hukuk Muhakemeleri Kanunu olarak anlamak gerekir. Nitekim HMK m. 447, f. 2 “Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18.06.1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır.

öncelikle uygulanması gerektiği ileri sürülmüşse⁴⁵⁷ de, bu yorum lafzi kalmaktadır. Kanaatimizce, soybağının tespitine ilişkin davalar bakımından, Medeni Kanun’a göre sonraki tarihli kanun olması itibarıyla HMK m. 292 hükmü uygulanmalıdır.⁴⁵⁸ Bununla birlikte, TMK m. 284, f. 1’de yer alan düzenlemenin maddi hukuk normu olmasının bu hükmün HMK m. 292’ye göre öncelikli uygulanması gerektiği görüşüne⁴⁵⁹ katılmıyoruz. Nitekim soybağının tespiti için yapılan keşif (inceleme) bir mahkeme usul işlemidir. Keşfe dair usuli hükümlerin yer aldığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 292 hükmü, maddi hukuka ilişkin hükümler içeren Türk Medeni Kanunu ve 384. maddesine nazaran keşfin icrası ve katlanma zorunluluğu bakımından özel hüküm niteliğinde sayılabilir.⁴⁶⁰ Bu sebeple de HMK m. 292 hükmü TMK m. 284 hükmüne göre öncelikle uygulanmalıdır.

⁴⁵⁷ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 261.

⁴⁵⁸ Mustafa **Ateş**: Güncel Yargıtay Kararları Işığında HMK Uygulaması (Tartışmalar Bölümü), Medeni Usul ve İcra – İflas Hukukçuları Toplantısı XI, Gaziantep 2013, s. 357. Maddeye ilişkin Adalet Komisyonu Değişiklik Gerekçesine göre, “Maddenin görüşülmesi esnasında verilen önerge ile Türk Medeni Kanunu’nun 284 üncü maddesinde soybağını düzenleyen genel usul kuralının varlığı sebebiyle Tasarıda tekrar düzenlenmesine gerek olmadığı, dolayısıyla hükmün Tasarı Metninden Çıkarılması teklif edilmiştir. Ancak çifte yürürlüğün uygulamacılar için sorun teşkil etmeyeceği ve usul kurallarının Hukuk Muhakemeleri Kanununda bulunmasının yararlı olacağı fikrinin hâkim olması sonucu önerge reddedilmiş ve madde teselsül sebebiyle 298 inci madde olarak aynen kabul edilmiştir” şeklindedir. Gerekçe de dikkate alındığında, kanun koyucunun iradesinin HMK hükmüne üstünlük tanımak olduğu şeklinde sonuca varmak mümkündür.

⁴⁵⁹ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 261-262.

⁴⁶⁰ **Bolayır**, s. 473.

§ 3. BÖLÜM: KEŞFE İTİRAZ VE KEŞİF SONUCUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Keşfin İcrasına ve Keşif Sırasındaki İşlemlere İtiraz

I. Genel Olarak

Keşifte tanık dinlenebileceği ve bilirkişiye başvurulabileceği yukarıda açıklandı.⁴⁶¹ Özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için tanık dinlenmesi ve bilirkişiye başvurulması bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilmektedir. Çünkü, keşif birden çok delili ve unsuru barındıran bir delil türüdür. Dolayısıyla, keşfin kapsamında hâkimin beş duyu organı ile dava konusu nesne üzerinde bilgi edinmesi yanında, tanık beyanlarının, bilirkişi raporunun ve iddiaların ispatlanmasına yarayacak diğer belgelerin değerlendirilmesi söz konusudur. Bu sebeple mahkeme keşif suretiyle uyuşmazlık konusunu yakından görüp gözlemlemekle birlikte uyuşmazlığın niteliğine göre, diğer delilleri de değerlendirmek zorundadır.⁴⁶²

Keşif yapıldığı esnada ya da tamamlandıktan sonra taraflara keşfin icrasına ve dolayısıyla keşif kapsamında yapılmış olan tüm usuli işlemlere karşı itiraz edebilme imkânı tanınmıştır. Ayrıca keşif kararı veren mahkeme de hüküm verilinceye kadar her

⁴⁶¹ Bkz. yukarıda §2-A-III-3, 4.

⁴⁶² **Yılmaz**, Şerh, s. 1261. Aynı doğrultuda: “Hal böyle olunca mahkemece yapılacak iş; yeniden belirlenecek yerel bilirkişiler ile dosya arasında yer alan taraflara ait tanık listelerinde bildirilen tanıkların HMK’nın 240, 243 ve 259.(HUMK’nun 258.md) maddeleri uyarınca davetiye ile çağırılmak suretiyle keşif yerinde hazır edilmeleri, aynı Kanunun 259/2 ve 290/2. (HUMK’nun 259.) maddeleri hükümleri uyarınca taşınmaz başında dinlenilmeleri, [...] beyanlar arasında aykırılık çıktığı takdirde aynı Kanunun 261/1. maddesi hükmü uyarınca çelişkinin giderilmesine çalışılması, teknik bilirkişiye dava konusu taşınmaz bölümünü ve taraflara ait taşınmazlar arasındaki ortak sınırı gösteren denetime elverişli kroki düzenletirilmesi, yapılacak araştırma ve inceleme sonucu ortak sınırın belirlenememesi halinde tarafların tapu kayıtlarının miktarları esas alınmak ve oranlama yapmak suretiyle uyuşmazlığın çözümlenmesinin düşünülmesi, bunun en son çözüm olarak değerlendirilmesi, ondan sonra toplanan tüm deliller ve dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yetersiz beyanlara dayanılarak yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru olmamıştır.”, Yarg. 8. HD., 07.05.2012, E. 2012/4112, K. 2012/3815 (LegalBank).

zaman keşif işlemine ilişkin usulsüzlükleri veya çelişkileri re'sen gözetir ve uygun gördüğü takdirde yeniden keşif yapılmasına karar verebilir. Böylelikle keşfin kapsamına dahil olan herhangi bir unsur bakımından usule aykırılık, keşif işleminin tekrarlanmasına sebebiyet verebilmektedir. Bu sebeple taraflara tanınmış itiraz imkânı ayrı bir önemi haiz bulunmaktadır.

Keşif sırasında keşfe karşı diyecek birşeyi olmadığını herhangi bir çekince koymadan söyleyen tarafın daha sonra keşfe itiraz etme imkânı mevcut değildir.⁴⁶³ Bu sebeple keşif sırasında ilgili taraf ya tüm itirazlarını dile getirmeli ya da itirazlarını daha sonra bildireceğini belirterek hâkimden süre talep etmelidir. Aksi takdirde söz konusu taraf bakımından hak kayıpları doğabilecektir. Bununla birlikte, HMK m. 147, f. 2 hükmü taraflara tahkikatın başında bundan sonraki tüm oturumları kapsar şekilde yapılacak bir davet şekli öngördüğünden kural olarak keşifte bulunmayan tarafın sonraki oturumlarda keşif tutanağına itiraz hakkı olmayacaktır.⁴⁶⁴

Keşif işlemine itiraz, bizatihi keşfin icrasına (yapılış biçimine) yönelik olabileceği gibi, keşif kapsamında yapılan tanık dinlenmesi veya bilirkişiye başvurulması gibi diğer usuli işlemlere yönelik de olabilir. Örneğin keşfin icrası sırasında bir olayın nasıl geçmiş olabileceğini tespit için taraflardan birinin temsili uygulama yapılması talebini mahkeme reddedebilecektir. Temsili uygulama talebi reddedilen taraf bu husustaki itirazını keşif tutanağına geçirtmek suretiyle yapabilir. Keza keşfin keşif kararında belirtilen gün ve saatte yapılmaması ya da keşfe hâkimin gelmemesi hali taraflarca itiraz sebebi yapılabilecektir.

Mahkeme yapılan bir itirazı tarafları dinleyerek değerlendirmeli; itirazı esasa etkili görülürse ve itirazın hukuki dayanakları mevcut ise, tarafların ibraz ettiği delilleri de değerlendirerek itirazın kabulü veya reddi hakkında bir ara karar vermelidir.⁴⁶⁵ Bu ara karara karşı tarafların kanun yoluna başvurma imkânı ancak nihai hükümle mevcuttur. Kanun yolu aşamasında Yargıtay şayet keşfin icrasında yahut keşif

⁴⁶³ **Yılmaz**, Hukukta Keşif, s. 226; **Erol**, s. 144.

⁴⁶⁴ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. yukarıda § 2-A-V.

⁴⁶⁵ **Bayraktaroğlu**, s. 54; **Yılmaz**, Hukukta Keşif, s. 218.

kapsamında yapılan diğer usuli işlemlerde bir kanuna aykırılık gördüğü takdirde bozma kararı verebilecektir.⁴⁶⁶

Anglo – Amerikan hukukunda da keşif kararı verilmesi mahkemenin takdirine bağlı olduğundan, keşfin icrasını usul ekonomisine aykırı bulan veya keşifle sağlanacak faydanın başkaca araçlarla (mesela delillerde) daha basit şekilde elde edilebileceği kanaatini taşıyan mahkeme, keşif talebini her zaman reddedebilir. Keşif kararına karşı önceden bu kararın alınmasına karşı çıkan taraf şüphesiz ki itirazda bulunabilir. Keşif kararına itiraz edecek olan taraf mahkemeye sözlü ya da yazılı olarak itiraz sebeplerini bildirir. Mahkeme yapacağı değerlendirmeden sonra itirazı yerinde görürse keşif kararını geri alır.⁴⁶⁷ Keşfe itiraz eden taraf mahkemenin keşif kararını verirken gözönünde bulundurduğu ve keşfe etki eden hususları itiraz sebebi yapabileceği gibi, somut olayın özelliklerine göre keşif yapılmamasını haklı gösterebilecek tüm gerekçeleri itiraz sebebi olarak ileri sürebilir.⁴⁶⁸ Taraf keşif yapılmasının davanın aydınlanmasına hiçbir katkıda bulunmayacağını; olası bir keşfin sadece mahkeme heyeti ile jüri üyelerine gereksiz zahmet verdireceğini itiraz sebebi yapabilir.⁴⁶⁹

Yine keşif yapılmasındansa, halihazırda keşif konusu nesnenin özelliklerini tüm yönleriyle son derece açık biçimde ortaya koyan fotoğrafların ve video filminin mevcut olduğu; bu delillerin incelenmesi sonucunda keşifle elde edilecek yararın tam olarak sağlanacağı ve bu sebeple, keşfin gereksiz olduğu iddia edilebilir.⁴⁷⁰ Hava koşullarının keşif mahallinde son derece kötü olması ve bundan ötürü keşfin fazla bir yarar sağlamayacak olması da hem keşif kararı alınırken keşfe etki eden hem de keşfe itiraz sebebi yapılabilecek bir husustur. Keşif mahallinde sonradan meydana gelen

⁴⁶⁶ “Taraflardan bilirkişiler hakkında mucip sebepler dermeyan edilerek itiraz edilmiş ve bu sebeple deliller de gösterilmiş iken bu hususun usulen tetkik edilmemesi ve bu yoldaki ret sebeplerinin karar yerinde açıklanmaması bozma sebebi teşkil eder”, Yarg. 1. HD., 16.11.1953, E. 1953/5924, K. 1953/135 (Yılmaz, Hukukta Keşif, s. 219’da anılan karar).

⁴⁶⁷ Grant/Zeldin, s. 107.

⁴⁶⁸ Humphrey v. Happy, 169 N.W. 2d 565 (Iowa 1969); Yust v. Link, 569 S.W. 2d 236 (Mo. Ct. App. 1978); Brooks v. Brooks, 339 S. E. 2d 531 (S. C. Ct. App. 1986).

⁴⁶⁹ Brant v. Rosen, 373 Ill. App. 3d 720, 311 Ill. Dec. 558, 869 N.E. 2d 232 (2007).

⁴⁷⁰ Johnson by Johnson v. General Motors Corp., 438 S.E. 2d 28 (W. Va. 1993); People v. Russel, 50 Cal. 4th 1228, 117 Cal. Rptr. 3d 615, 242 P.3d 68 (2010).

değişiklikler ve bu değişiklikler sebebiyle keşfin anlamını yitirmesi de her zaman itiraz sebebi yapılabilir.⁴⁷¹

Keşif ile yargılamanın kesintiye uğraması, jüri üyelerinin keşif mahallinde doğal sebeplerle güvenliklerinin tehlikeye girebilecek olması ve jüri üyelerinin mahkeme kararıyla dış dünyadan bir süre soyutlanarak görevlerini yürütmek durumunda olduğu davalarda keşif kararının jüri üyelerinin kimliklerini deşifre edecek olması gibi sebepler de itirazın konusunu teşkil edebilmektedir.⁴⁷²

Bu genel açıklamalardan sonra keşif kapsamında başvuru alan tüm deliller ve yapılan usuli işlemler dikkate alınarak keşfe itirazın Türk hukukunda arz ettiği özellikler ve sonuçları ortaya konulacaktır.

II. Keşfin İcrası Sırasında Yapılan İşlemlerin Keşfin Geçerliliğine Etkisi

Hâkim belirlenen keşif gününde ve saatinde keşfe gitmezse keşif icra edilmez. Çünkü, keşif bir mahkeme usul işlemidir ve hâkim tarafından bizzat yerine getirilmelidir. Böyle bir durumda üç farklı ihtimal söz konusu olabilir. Bu ihtimallerden ilki hâkimin haklı bir sebebe dayanarak keşfe gitmemesidir. Bu halde mesela hava muhalefetinden dolayı keşif yapılamamış ve keşif günü ertelenmiştir. Keşif daha sonraki bir tarihte gerçekleştirilecektir. Hâkim erteleme kararını kısa da olsa gerekçesi ile tutanağa geçirtmelidir ve bu karar taraflara tebliğ edilmelidir. Hâkimin vermiş olduğu keşif ara kararı yargılamayla ilgili bir ara soruna yönelik irade açıklamasıdır ve bu irade açıklaması iyi düşünülmüş ve gerekçelendirilmiş olmalıdır.⁴⁷³ Hâkim ara kararından döndüğünde bunun gerekçesini ortaya koymalıdır. Çünkü, makul ve hukuki olmayan sebeplerle ara kararlar verip daha sonra bundan dönmek, hem gereksiz masraf yapılmasına hem de yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebep olacaktır.⁴⁷⁴ Bu

⁴⁷¹ People v. Russel, 50 Cal. 4th 1228, 117 Cal. Rptr. 3d 615, 242 P.3d 68 (2010).

⁴⁷² Mesela State v. Didion, 173 Ohio App. 3d 130, 2007-Ohio-4494, 877 N.E. 2d 725.

⁴⁷³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 457; Pekcanitez/Özekes/Atalay, s. 161; Muşul, s. 450; Umar, Şerh, s. 794.

⁴⁷⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 457; Pekcanitez/Özekes/Atalay, s. 161; Muşul, s. 450; Umar, Şerh, s. 794.

sebeple, hâkim belirleyeceği yeni keşif tarihini ara kararına bağlamalı⁴⁷⁵ ve bu keşif ara kararı keşfin icrası için gerekli olan tüm unsurları içermelidir.⁴⁷⁶ Bu kararda keşif ile ilgili hususlar tam bir açıklıkla ve eksiksiz olarak belirtilmeli; bunların gereğinin yerine getirilmemesi durumunda doğacak hukuksal sonuçlar açıklanmalıdır.⁴⁷⁷ Ertelenen keşif gününe kadar dava dosyası keşfe hazır hale getirilmeli; keşfin icrası için gereken tüm hazırlıklar yapılmalıdır.⁴⁷⁸

Hâkimin keşif gününde keşif yapmaması hiçbir haklı sebebe dayanmayabilir. Böyle bir durumda hâkimin hukuki sorumluluğu ve hatta cezai sorumluluğu dahi söz konusu olabilir. Hâkimlerin görevleri sırasında vermiş oldukları zararlardan ötürü Devletin sorumluluğu yoluna başvurulabilir. HMK’da sorumluluk halleri sayılmıştır. HMK m. 46, f.1-e hükmü uyarınca bir hakkın yerine getirilmesinden kaçınılması, hukuki korunma hakkının sonucu olan bir sorumluluk sebebidir. Kanun yargı görevini üstlenen hâkimlerin yerine getirmeleri gereken bir hakkı yerine getirmekten kaçınmalarını bir sorumluluk sebebi olarak düzenlemiştir. Hâkimin keşif kararının gereğini yerine getirmeyip, keşfe sebepsiz yere gitmemesi gerçek olmayan bahanelerle

⁴⁷⁵ “Bundan sonraki oturumlarda davacı tarafın kusuru olmadığı halde hava muhalefeti nedeniyle keşfe gidilmediği, bilahare davacı tarafın müracaat etmemesi nedeniyle keşfe gidilemediği, ondan sonra davacı tarafa ek keşif avansı yatırılması için süre verildiği buna rağmen müracaat edilmemesi nedeniyle keşfe gidilmediği daha sonra verilen ara kararında da ek keşif avansının yatırılması konusunda kesin mehil verilmiştir. Davacı taraf mahkemece belirlenen ek keşif avansını yatırmamıştır. Davacı tarafın müracaat etmemesi nedeniyle keşfe gidilmemesi davacı tarafın kusuru sayılamaz. Kadastro hâkimi keşifle halli gereken çekişmelerde re’sen keşif yapmakla yükümlüdür. Diğer yönden ek keşif avansı yatırılması konusunda verilen ara kararında da bilirkişi de belli edilmemiştir.”, Yarg. 7. HD., 31.03.2003, E. 2003/431, K. 2003/973 (*Kazancı*).

⁴⁷⁶ “HUMK.nun 163. maddesi hükmü uyarınca verilen kesin sürenin bir hakkın düşümüne yol açabilmesi için *tarafalara yükletilen yükümlülüklerin* ve bunların gerektirdiği giderlerin açık seçik olarak belirtilmesi gerekmektedir. Kanuna uygun olmayan ara kararı ve verilen süreye riayetsizlikten ötürü yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.”, Yarg. 8. HD., 01.12.2002, E. 2002/8396, K. 2002/9135 (*Kazancı*).

⁴⁷⁷ “Keşif yapılması amacıyla mahkemece H.Y.U.Y’nın 163. maddesi uyarınca ilgili tarafa keşfe ilişkin olarak verilen ara kararında yapılması gereken işlemin nelerden ibaret olduğunun tam bir açıklıkla ve eksiksiz olarak belirtilmesi, [...] gereğinin yerine getirilmemesi durumunda doğuracağı hukuksal sonuçların açıklanması gerekir.” Yarg. 17. HD., 02.04.2002, E. 2002/2176, K. 2002/2109 (*LegalBank*).

⁴⁷⁸ “Somut olayda 25.06.1999 günlü oturumda keşif için verilen *ara kararı usule uygun, açık ve yeterli bulunmamaktadır*. Öncelikle davacı tarafın dayandığı 17.1.1952 tarih 42 sıra nolu tapu kaydı ile 1037 ve 1038 nolu parsellere ait tapulama tutanakları ve dayanakları ile dayanılan diğer tapu kayıtları ilk tesis tarihinden itibaren getirtilerek *dosya keşfe hazır hale getirilmediği* gibi [...]”, Yarg. 17. HD., 02.04.2002, E. 2002/2176, K. 2002/2109 (*LegalBank*).

davayı sürüncemede bırakması hakkı yerine getirmekten kaçınmadır. Hakkın yerine getirilmesinden kaçınma sebebiyle sorumluluk davası açılabilmesi için, hâkime noter aracılığıyla bir ihtarname gönderilmesine gerek yoktur.⁴⁷⁹ Hâkimlerin cezai sorumluluğu ve soruşturma usulü 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu Kanun'un 54. maddesi uyarınca hâkim ve savcılar, haftalık çalışma süresi ve günlük çalışma saatleri yönünden Devlet Memurları Kanunu'ndaki hükümlere tâbidirler. Hâkimlerin memur sayılması, TCK m. 257 hükmünde yer alan görevi kötüye kullanma suçunun da faili olabilmeleri anlamına gelmektedir. Bu hükme göre "Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Keşfe gitmeye engel hali bulunmadığı halde, hâkimin uzun süre keşfe gitmeyerek işleri sürüncemede bırakması görevi kötüye kullanma suçunu teşkil edebilir.⁴⁸⁰

Hâkim keşfe bizzat gitmeyerek keşfi yapması için keşif mahalline zabıt kâtibini gönderebilir. Hâkim mesela o gün hasta olduğunu ve hastalığını belgeleyen hekimden alınmış bir hasta raporu bulunduğunu ileri sürebilir. Zabıt kâtibi keşfi icra ederken resmi ve özel bilirkişiler, taraflar ve hatta tanıklar hazır bulunabilir. Keşif tamamlanınca keşfe dair hususlar keşif tutanağına geçirilip, tutanağın altı zabıt kâtibi tarafından imzalanabilir. Böyle bir durumda keşif işleminin geçerli olup olmadığı sorunu ortaya çıkacaktır. Zabıt kâtipleri duruşmalarda ve duruşma dışında tutanak düzenlemek ve kararları yazmak görevini yerine getirirler. Bu sebeple mahkemenin resmi tanığı durumundadırlar ve mahkeme tutanakları hâkim ve taraflar yanında zabıt kâtibi tarafından da imzalanır (HMK m. 155). Zabıt kâtibinin imzasının bulunmadığı tutanağa

⁴⁷⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 790; Pekcanitez/Özekes/Atalay, s. 132; Muşul, s. 36.

⁴⁸⁰ "İlk tekide, ödenek yokluğundan bahisle cevap verilmiş olması hâkimi bu talimattan haberi bulunduğunu göstermektedir. Esasen adı geçen hâkim, eylemi kabul ve suçu ikrar etmiştir. Suç giderlerinden çeşitli dönemlerle yeteri kadar ödenek gönderildiği dosyadaki belgelerden anlaşılmıştır. Buna rağmen keşfi yapmaması ve süregelen tekitleri cevapsız bırakması, adı geçen hâkimin görevini savsadiğini açıkça göstermektedir.", Yarg. CGK, 12.06.1972, E. 1972/223, K. 1972/252 (Kazancı).

dayanarak karar verilirse, bu eksiklik bir bozma sebebidir.⁴⁸¹ Buna karşın bir mahkeme usul işleminin hâkim tarafından değil ve fakat sadece zabıt kâtibi tarafından düzenlenmesi halinde bu işlem geçerli değildir. Bu sebeple keşif kararının gereğinin zabıt kâtibi tarafından yerine getirilmesi halinde ortada keşfin varlığından bahsedilemez. Bu noktada “yok” sayılan hükümlere ilişkin sonuçlar burada da doğacaktır. Şöyle ki, mahkemenin vermiş olduğu yok hükmündeki kararda ortada şeklen mevcut bir belge bulunmakta; fakat bu belge mahkeme kararı olarak yok hükmünde olup herhangi bir sonuç doğurmamaktadır.⁴⁸² Mahkeme sayılmayan bir organın verdiği karar yok sayılmaktadır. Kanunun mahkeme olarak kabul etmediği bir makam, merci veya organın kararı da mahkeme kararı olarak kabul edilemez.⁴⁸³ İşte zabıt kâtibi tarafından icra edilmiş olan keşifte de görünüşte bir keşif kararı ve keşif tutanağı bulunmasına rağmen, bu ara karar ve tutanak ne mahkemeyi ne de tarafları bağlar; keşif gerçek anlamıyla henüz yapılmamış demektir.⁴⁸⁴ Her ne kadar keşif yok hükmünde olup, davanın taraflarını ve mahkemeyi bağlamasa da uygulamada tereddütleri gidermek maksadıyla bu durum kanun yoluna başvurularak tespit ettirilebilir. Çünkü böyle bir usule aykırılık mutlak bozma sebebidir. Bir başka yorum tarzı benimsendiğinde zabıt kâtibinin yapmış olduğu keşfin akıbetini, bunu keşif ara kararından bağımsız yalnız bir “usul işlemi” olarak değerlendirerek belirleyebiliriz. Mahkeme usul işlemleri, davanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması için hâkim tarafından yapılan işlemler ve verilen kararlardır.⁴⁸⁵ Burada keşif kararı ve bu kararın gereğinin hâkim tarafından bizzat yerine

⁴⁸¹ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 97; **Umar**, Şerh, s. 481; **Pekcanitez/Özekes/Atalay**, s. 132. Tutanaktaki imza eksiklikleri nedeniyle hüküm bozulunca eksik imzaların tamamlanması ile yetinilmez; imzasız tutanakların düzenlendiği duruşmalardaki bütün işlemlerin tekrarlanması gerekir (**Umar**, Şerh, s. 481).

⁴⁸² **Umar**, Şerh, s. 844; **Pekcanitez/Özekes/Atalay**, s. 491; Muhammet **Özekes**: Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm, YD 2000 (C. 26), s. 661 vd.

⁴⁸³ Hükümün mevcut sayılması için bir hukuki uyumsuzluk hakkında kanuna ve hukuka uygun şekilde kurulmuş bir mahkeme tarafından belirli şekilde verilen ve alenileşen kararın bulunması gerekir. Bu temel unsurları ve nitelikleri taşımayan bir karar yargılama hukuku açısından bir karar olarak kabul edilemez. Bu tür kararlar bir irade açıklaması, idari bir işlem veya hukukça başka şekilde nitelendirilebilecek bir işlem olarak kabul edilebilir, ancak hüküm olarak kabul edilemez (**Özekes**, Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm, s. 670).

⁴⁸⁴ Bu durum yargılama sonunda verilen yok hükümler bakımından da söz konusudur: “Yok hükümlere karşı bozulmaları istemiyle kanun yolu başvurusunda bulunmaya gerek yoktur, hukuksal yarar yoktur, bu nedenle de böyle bir başvurunun dinlenirliği yoktur. Buna karşılık somut olaydaki hükmün bu tür bir hüküm olduğunu tesbit hükmüne bağlamakta ve bu amaçla tespit davası açmakta hukuksal yarar olabilir.” (**Umar**, Şerh, s. 845).

⁴⁸⁵ **Pekcanitez/Özekes/Atalay**, s. 490; **Karlı**, Usuli İşlemler, s. 71 vd.

getirilmesi durumu aynı zamanda “mahkeme ve tarafların zamanını tasarruf eden kamu düzeninden doğan” nitelikte bir usul işlemidir.⁴⁸⁶ Bu sebeple hâkimin keşif işlemini bizzat icra etmesi ve keşif tutanağının hâkim ve zabıt kâtibi tarafından imzalanması kamu düzenindendir. Buna aykırılık halinde keşif işlemi geçersizdir; hiçbir sonuç doğurmaz. Hâkim tarafından icra edilmemiş olan ve fakat şeklen varolan bu keşif işlemi kanun yolu aşamasında mutlak bozmaya konu olacaktır.⁴⁸⁷

Keşif kararında keşfin icrası sırasında tanık dinleneceği ve (veya) bilirkişiye başvurulacağı öngörüldüğünde buna da uyulması gerekir. Çünkü, keşif kararında yer alan hususlara uyulmaması keşif işleminin de buna bağlı olarak sakatlanmasına sebebiyet verir. Bu nedenle, keşif kararında yer almasına rağmen keşif sırasında tanık dinlenmemesi veya bilirkişiye başvurulmamış olması ya da sadece tanık dinlenmiş olması veya bilirkişiye başvurulmuş olması halinde, keşif gereği gibi yerine getirilmediği için keşfin amacı zedelenecek ve kanun yolu aşamasında nisbi bozma sebebi teşkil edecektir. Mesela taşınmaz üzerindeki keşifte bilirkişilerin ve tanıkların dava konusu taşınmazın bulunduğu yerde dinlenmeleri gerekir. Çünkü, krokileri yapılan taşınmazların gerçekten dava konusu taşınmazlar olup olmadığı ancak bu tanıkların taşınmazın bulunduğu yerde dinlenmeleri halinde kesin şekilde belli olur. Tanıkların mahkeme salonunda dinlenmeleri halinde bu husus daima şüpheli kalacaktır.⁴⁸⁸ Bundan dolayı tanıkların keşfin icrası sırasında taşınmazın bulunduğu yerde dinlenmeleri gerekirken daha sonra mahkeme salonunda dinlenmeleri nisbi bozma sebebi teşkil eder. Bu noktada bozma kararı verilebilmesi için nihai hükmün verilmesi ile usule aykırı işlem arasında nedensellik bağının bulunması; nihai hükmün verilmesinde usule aykırılığın etki etmiş olması gerekir.

Keşfin icrası sırasında hazır bulunmak, yapılmakta olan veya yapılacak işlemler konusunda istek ve görüş bildirmek, tarafların her biri için bir haktır. Taraflardan birinin bu hakkı kullanmasını güçleştiren veya olanaksızlaştıran bir engeli çıkmış veya çıkacağı kesin olarak belli ise, onun bir mazeret dilekçesi vererek, keşif gününü ileri bir tarihe

⁴⁸⁶ **Berkin**, s. 315; **Akcan**, Temyiz Nedenleri, s. 328 vd.; **Karşlı**, Usuli İşlemler, s. 84.

⁴⁸⁷ **Akcan**, Temyiz Nedenleri, s. 328 vd.; **Umar**, Şerh, s. 1026; **Yılmaz**, Şerh, s. 1491.

⁴⁸⁸ Yarg. HGK, 18.01.1969, E. 3267, K. 6540 (*Kazancı*). Aynı doğrultuda bkz. Yarg. 11. HD., 23.03.1973, E. 1338, K. 1237 (*Kazancı*).

aldırabilme hakkı mevcuttur. Söz konusu dilekçe üzerine mahkeme ara kararından dönerek keşif tarihini ileri bir zamana erteleyebilir.⁴⁸⁹ Buna karşın haklı sebebe dayanan mazeret her zaman keşif gününden önce belli olmayabilir ya da mazeret keşif günü ortaya çıkabilir ve fakat bu mazereti keşif günü, keşif saatinden önce mahkemeye bildirebilme imkânı mevcut olmayabilir. Bu takdirde ilgili taraf mazeretini ancak keşiften sonra mahkemeye bildirebilecektir. Bu durumda mahkeme mazereti haklı görürse keşfe katılamayan tarafa keşif tutanağını tebliğ edip diyeceklerini sormalıdır. Mazereti kabul edilen tarafa yokluğunda yapılmış olan keşif işlemi ile ilgili tüm beyanlarını dile getirme imkânı sağlanmalıdır. Tarafın yokluğunda icra edilen keşif ise usul ekonomisi ilkesi gereğince kural olarak geçersiz sayılmamalıdır. Ancak, mazeretli tarafın beyanları neticesinde hâkim gerekli görürse daha önce keşfe katılamayan tarafın da katılımını sağlayacak şekilde her zaman yeniden keşif kararı verebilir.

III. Keşfin İcrası Sırasında Yapılan İşlemlere İtiraz

1. Bilirkişinin Şahsına ve Hazırladığı Rapora İtiraz

Keşfe katılan bilirkişinin yasaklılığını (dolayısıyla çekinmesini gerektiren) veya reddini gerektiren sebeplerden birinin varlığı halinde yapılan itiraz üzerine bilirkişinin davadaki konumu hakkında mahkeme tarafından karar verilir.

Yasaklılık hallerinin bulunduğu durumlarda tarafların yapacakları itiraz herhangi bir süreye bağlı değildir ve bilirkişinin halihazırda raporu düzenlemiş ve mahkemeye teslim etmiş olmasının herhangi bir önemi yoktur. HMK m. 272, f. 2 hükmü uyarınca yasaklılık sebeplerinden biri bilirkişinin şahsında gerçekleşmişse, mahkeme hüküm verilinceye kadar, her zaman bilirkişiyi re'sen görevden alabileceği gibi, bilirkişi de mahkemeden görevden alınma talebinde bulunabilir.

⁴⁸⁹ “Davalı vekilinin mazereti kabul olunduktan sonra keşif gününün değiştirilmeden onun gıyabında keşif yapılması yolsuzdur.”, Yarg. 1. HD., 17.09.1954, E. 3267, K. 6540 (*Kazancı*).

Ret sebeplerinden birinin bilirkişinin şahsında gerçekleşmesi hâlinde taraflar, bilirkişinin reddini talep edebilecekleri gibi, bilirkişi de kendisini reddedebilir.⁴⁹⁰ Ret talebi veya bilirkişinin kendisini reddetmesinin ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren en geç bir hafta içinde yapılmış olması gerekmektedir (HMK m. 272, f. 3). Bilirkişinin halihazırda raporu düzenlemiş ve mahkemeye teslim etmiş olmasının ret sebeplerinin ileri sürülmesi bakımından herhangi bir önem yoktur. Ret sebeplerinin ispatı için yemin teklif edilemez (HMK m. 272, f. 3).

Görüldüğü üzere HMK m. 272 hükmü uyarınca hâkimler hakkındaki yasaklılık ve ret sebepleriyle ilgili kurallar, bilirkişiler bakımından da uygulanmaktadır.⁴⁹¹ Ancak, bilirkişinin aynı dava veya işte daha önceden tanık olarak dinlenmiş bulunması bir ret sebebi teşkil etmez (HMK m. 272, f. 1).

HMK m. 272, f. 4 hükmü uyarınca görevden alınma, ret ve bilirkişinin kendisini reddetmesine yönelik talep, bilirkişiyi görevlendiren mahkemece dosya üzerinden incelenir ve karara bağlanır. Kabule ilişkin kararlar kesindir. Redde ilişkin kararlara karşı ise ancak esas hakkındaki kararla birlikte kanun yoluna başvurulabilir. Keşif kapsamında görevlendirilen bilirkişinin şahsına yapılan itirazın mahkemece haklı bulunmasıyla birlikte yeni bilirkişi tayin edilerek yeni bir keşif yapılmalıdır. Çünkü,

⁴⁹⁰ “Mahkemece hükme esas alınan karara ilişkin raporu düzenleyen bilirkişilerden İ.B.’nin evvelce davalı idarede çalıştığı, davalı ile aralarında bazı davaların cereyan ettiği, bu yüzden tarafsız davranmadığı ileri sürülerek davalının bilirkişi raporuna karşı ileri sürdüğü itiraz değerlendirilerek yeniden seçilecek bu konuda uzman bilirkişiler aracılığı ile kusur incelemesi yaptırılması gerekirdi. Zira *bilirkişilerin tamamen tarafsız ve güvenilir kişiler arasından seçilmesine mahkemece özen gösterilmelidir. Davalı raporu düzenleyen bilirkişilerden birinin daha önce aralarında geçen davalar sebebiyle tarafsız olamayacağını bir itiraz sebebi olarak açıkça bildirmişti*. Bu durumda mahkemece yapılacak iş az önce yukarıda da değinildiği üzere yeniden seçilecek bir bilirkişi kurulu aracılığı ile kusur incelemesi yaptırmak ve sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir.”, Yarg. 9. HD., 02.03.1993, E. 1992/14042, K. 1993/3479 (Kazancı).

⁴⁹¹ “HYUY’nin 277 (HMK m. 272), maddesi uyarınca hâkimler için belirlenen sebeplerle bilirkişiler de ret olunabilir. Bilirkişi seçilme ihtimali olan kişiden davacı tarafın ön rapor niteliğinde hukuki mütalaa aldığı halde, mahkemece, önceden görüşünü açıklayan kişiden rapor alınmasına karar verilmiş olması kıyas yolu ile bilirkişinin reddi sebebi sayılır. Diğer taraftan, Anayasa’nın 9. maddesine göre “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır” yine Anayasa’nın 37. maddesi kanuni hâkim güvencesini düzenlemiştir. Usul hukukumuzda istinabe yoluyla yurt dışındaki bilirkişilerden rapor alınacağı konularında hiçbir hüküm bulunmamaktadır.”, Yarg. 20. HD., 06.06.2006, E. 2006/6009, K. 2006/7960 (LegalBank).

burada keşif işleminin geçerliliğini ciddi biçimde esastan etkileyen bir durum söz konusudur.

Bilirkişi oy ve görüşlerini ya keşif mahallinde tutanağa geçirtmek suretiyle ya da kendisine tanınan süre içinde yazılı olarak keşiften sonra mahkemeye sunar. Mahkeme, bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için, bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi, tayin edeceği duruşmada bilirkişiden sözlü açıklamalarda bulunmasını da isteyebilir (HMK m. 281, f. 2).

Taraflar, bilirkişi raporunun kendilerine tebliğinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsiz hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama istemesini veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler.⁴⁹²

Taraflardan biri iki haftalık süre içinde bilirkişi raporuna itiraz etmezse bilirkişi raporuna itiraz hakkı itiraz etmeyen taraf bakımından ortadan kalkar.⁴⁹³ HMK m. 281 hükmünün hükümet gerekçesinde de söz konusu iki haftalık sürenin kesin süre olduğu açıkça belirtilmiştir.⁴⁹⁴ Ancak, söz konusu kesinleşme taraflar bakımındandır. Mahkeme

⁴⁹² “Ayrıca bilirkişi raporuna itiraz dilekçesinde raporu veren bilirkişi hakkında Şişli Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyet dilekçesi verildiği, *bilirkişi ret talebi ile birlikte yeniden bilirkişi incelemesi yapılması talep edildiğinden*, mahkemece bilirkişinin reddi ile ilgili *olumlu veya olumsuz bir karar verilmemesi* ayrıca yeniden farklı bilirkişiden rapor alınarak itirazın değerlendirilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.”, Yarg. 12. HD., 25.10.2011, E. 2011/4363, K. 2011/20418 (*LegalBank*).

⁴⁹³ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 449; **Umar**, Şerh, s. 784; **Yılmaz**, Şerh, s. 1236; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 528; **Muşul**, s. 417; **Karşlı**, s. 645.

⁴⁹⁴ HMK m. 281, f. 1 hükmünün gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir: “Bu düzenleme çerçevesinde, bilirkişi raporunda bazı hususlarda eksiklikler mevcutsa yahut raporda bazı hususlar belirsizlik arz ediyorsa, taraflar, raporda eksik gördükleri hususların bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik arz eden hususların ise bilirkişiye açıklattırılmasını yahut yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılmasını temin için, raporun kendilerine tebliğinden itibaren iki haftalık süre içinde, mahkemeye itirazda bulunabilirler. Bilirkişiye yöneltilecek olan sorular, tarafların da görüşü alınmak suretiyle somut olarak belirlenecek olursa, rapora itiraz olasılığı da önemli ölçüde azalır ve bu suretle yargılamanın uzamasının da önüne geçilmiş olur. *Burada rapora itiraz için taraflara tanınmış bulunan iki haftalık günlük süre, kesin süredir; hak düşürücü bir nitelik taşır.* Dolayısıyla, taraflar, bu süre içerisinde, itirazlarını dile getirmez ise bilirkişi raporu, onlar bakımından kesinleşir; yani taraflar rapora itiraz olanağını tümüyle kaybederler.”

hüküm verinceye kadar her zaman bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi, tayin edeceği duruşmada sözlü olarak açıklamalarda bulunmasını da re'sen isteyebilir (HMK m. 281, f. 2). Taraflar da itiraz süresi geçmiş olsa dahi, mahkemenin bu yetkisini kullanmasını talep edebilirler. Ancak, tarafların bu talepleri hakkında verilecek karar tamamen mahkemenin takdirine kalmıştır. Mahkemenin tarafların talebini reddetmesi durumu herhangi bir istinaf yahut temyiz sebebi teşkil etmez. Çünkü, taraflar daha önce kendilerine tanınmış olan kesin süre içinde itiraz haklarını kullanmamışlardır.

Hâkim bilirkişi raporu ile bağlı olmayıp hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir. Gerekli gördüğünde ek rapor talep edebilir. Ek rapor ile de davanın yeteri kadar aydınlatılamadığı kanaatine varırsa, yeni bilirkişi tayin edip, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırabilir (HMK m. 281, f. 3).

Görüldüğü üzere, mahkeme keşif kapsamında alınan bilirkişi raporuna itirazı haklı bulursa yeni bilirkişi raporu talep edebilir veya ek rapor tanzim edilmesini isteyebilir. Her durumda bilirkişinin raporuna yapılan itirazı haklı gören mahkeme, şayet rapordaki usulsüzlük yahut çelişki keşif işlemini etkiliyorsa yeniden keşif yapılmasına karar verebilmelidir.

2. Tanıkların Şahsına ve Beyanlarına İtiraz

HMK m. 255 hükmü uyarınca tanığın davanın kazanılması yahut kaybedilmesi hususunda bir menfaatinin bulunması sebebinde olduğu gibi tanıklığının doğruluğu konusunda kuşkuyu gerektiren sebepler mevcut ise, bunu iki taraftan biri iddia ve ispat edebilir. Burada tanığın taraflardan biri veya her ikisi ile yakın olması, hatta akraba olması tanıklık yapmasına engel bir durum teşkil etmemektedir.⁴⁹⁵ Önemli olan tanığın

⁴⁹⁵ Mesela “Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği düşünüldü: *Aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır.* (6100 s. HMK m. 255) Akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep

gerçeğe uygun beyanda bulunmasıdır.⁴⁹⁶ Bu sebeple, aksi ispat edilmedikçe asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır.⁴⁹⁷

Yargıtay uygulamasına göre mera veya yaylak gibi arazilere ilişkin davalarda keşif kararı verilmesi halinde keşif esnasında dinlenilecek olan tanıklar aynı köyden değil, komşu köylerden seçilmelidir. Tanıkların aynı köyden seçilmesi bir bozma sebebi teşkil etmektedir.⁴⁹⁸ HMK m. 255 hükmü bu halde de uygulanma alanı bulur ve derdest davada yararı bulunan kimselerin tanık olarak dinlenmesi mümkün değildir.

Mahkeme keşif sırasında dinlenen tanıkların şahıs veya beyanlarına itiraz edildiği takdirde öncelikle bu itirazı değerlendirir. İtirazı yerinde gördüğü takdirde bir ara karar ile artık bu tanıkların beyanlarına itibar edilemeyeceğini hükme bağlar.

sayılamaz. Dosyada tanıkların olmamışı olmuş gibi ifade ettiklerini kabule yeterli delil ve olgu da yoktur. O halde davacı tanıklarının davalı kocanın davacı kadına hakaret ve tehdit içeren sözler söylediği yine annesini de tehdit ettiğine dair ve olaylara çok yakın tanık sözlerine değer verilerek isteğin kabulü gerekirken bu yön gözönünde tutulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır.”, Yarg. 2. HD., 06.10.2011, E. 2010/13505, K. 2011/15046 (*Kazancı*).

⁴⁹⁶ Mesela “*Aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır.* (HUMK. 254 – HMK. 255) Akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılamaz. Dosyada tanıkların olmamışı olmuş gibi ifade ettiklerini kabule yeterli delil ve olgu da yoktur. O halde kocanın güven sarsıcı davranışlarına ilişkin tanık beyanlarına ve olaylara çok yakın tanık sözlerine değer verilerek isteğin kabulü gerekirken bu yön gözönünde tutulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır...) Gereğesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeyle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.”, Yarg. HGK, 16.03.2005, E. 2-113/184 (*LegalBank*).

⁴⁹⁷ **Yılmaz**, Şerh, s. 1164; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 511; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 448; **Umar**, Şerh, s. 747; **Ertanhan**, s. 292.

⁴⁹⁸ “Yukarıda açıklandığı üzere tahsis kararının iptaline ilişkin davanın olumlu veya olumsuz sonuçlanması bu davaya etki etmez. Uyuşmazlığın bu açıdan değerlendirilip incelenmesi gerekir. *Davacı dava konusu taşınmazın kültür arazisi olduğunu ileri sürdüğüne ve davalılar da bu yerin köye ait mer'a bulunduğunu savunduklarına göre, tanıkların aynı köyden değil, komşu köylerden seçilip dinlenmeleri gerekir.* HUMK. nun 254. (HMK m. 255) maddesi hükmüne göre, davada yararı bulunan kimselerin tanık olarak dinlenmesi mümkün değildir. O itibarla, tarafların komşu köylerden bilirkişi ve tanık göstermeleri yönüne gidilmesi ve bundan sonra tanıkların celp edilip dinlenmeleri ve birlikte değerlendirildikten sonra uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesi gerekir.”, Yarg. 8. HD., 15.10.1985, E. 1985/9277, K. 1985/9508 (*LegalBank*).

Gerekirse tekrar keşif yapılmasına karar verebilir. Ancak, mahkeme itirazın haksız olduğu kanaatine varırsa, bu kez ara kararında itirazın reddedildiğine hükmeder. Bu ara karar daha sonra nihai hüküm ile birlikte temyiz edildiğinde, Yargıtay söz konusu itiraz sebeplerini yerinde görürse hükmün bozulmasına karar verebilir. Bundan sonra ilk derece mahkemesi Yargıtay'ın bozma kararına ya uyacaktır ya da bu karara karşı direnecektir. İlk derece mahkemesi uyma kararı verirse bozma kararı doğrultusunda yapacağı tahkikatta keşifte dinlenen tanıkların beyanlarına itibar edilemeyeceğini hükme bağlayabilir ya da keşfi tamamen geçersiz sayarak tekrar keşif yapılmasına karar verebilir. Şayet ilk derece mahkemesi Yargıtay'ın bozma kararına karşı direnme kararı verirse bu karar temyiz edildiğinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu temyiz incelemesini yapacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına ilk derece mahkemesi uymak zorundadır.

3. Plan, Harita ve Kroki Çizimine İtiraz

Gerek keşfin yapılması esnasında gerekse keşif tamamlandıktan sonra keşif sırasında kullanılan plan ve krokilere itiraz edilebilir. Söz konusu plan, harita ve krokilerin yönetmeliklere⁴⁹⁹ uygun olması gerekmektedir. Aksi takdirde yönetmeliklere uygun olmayan plan, harita ve krokilere dayanılarak yapılan keşfe karşı tarafların itiraz hakkı bulunduğu gibi; söz konusu aykırılık temyiz aşamasında bozma sebebi teşkil edecektir.⁵⁰⁰ Keşifte kullanılan tapu idaresinden alınan çap ve imar müdürlüğünden alınan imar durumu belgesi için de buradaki hususlar geçerlidir.

⁴⁹⁹ Bu yönetmeliklerden bazı önemli olanları şunlardır: Tescile Konu Olan Harita ve Planlar Yönetmeliği, RG: 06.08.1973, RG sayı: 14617; İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlenmesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG. 02.11.1985; RG sayı: 18916; 1/2500 ve Daha Büyük Ölçekli Harita ve Planların Yapılmasına Ait Yönetmelik, RG. 10.04.1974; RG sayı: 14850. Bu yönetmeliklerden özellikle 1/2500 ve Daha Büyük Ölçekli Harita ve Planların Yapılmasına Ait Yönetmelik, teknik yönetmelik olarak İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlenmesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik kapsamında 1/2500 ölçekli imar planlarının nasıl yapılacağını düzenlemekte olup, ülke çapında geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Plan, harita ve krokilerin yönetmeliğe aykırı olması durumu özellikle bu yönetmeliğe aykırılık şeklinde kendisini göstermektedir.

⁵⁰⁰ “Mahkemece yapılan keşifte, belgeler keşfe götürülüp yerine uygulanmaksızın büroda yapılan incelemeye göre rapor ve kroki düzenlenmiştir. Ayrıca keşiften sonra orman vekilince rapor ve krokiye itiraz edilmiştir. Mahkemece bu husus nazara alınmamıştır. Şu halde yeniden keşif yapılmalı, belgeler

Ayrıca, uygulamada sıkça karşılaşılan sınır uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda, sınırın nereden geçtiği konusunda teknik ölçüm yapabilen bilirkişilere ve taşınmazların durumunu eskiden beri bilen uzun süredir o yörede yerleşik olan yerel bilirkişilere ihtiyaç vardır.⁵⁰¹ İşte bu noktada keşif mahallinde teknik bilirkişi tarafından tanzim edilen plan, harita ve krokinin yerel bilirkişi beyanları ile uyum içinde olması gerekir. İki bilirkişinin görüşleri arasında çelişki bulunması hem taraflar bakımından itiraz sebebidir hem de mahkemece her zaman re'sen gözetilmesi gereken bir husustur.⁵⁰² Ayrıca, söz konusu çelişki Yargıtay tarafından da bozma sebebi olarak kabul edilmektedir.⁵⁰³ Gerek Yargıtay uygulamasında gerekse HMK'da özel olarak harita, plan veya krokiye itiraz bakımından herhangi bir süre öngörülmemiştir. Çünkü, taraflara sadece bu belgelere ilişkin olarak tanınmış bir itiraz hakkı mevcut değildir. Keşif sırasındaki bilirkişi incelemesi bu belgelere dayanılarak yapılacak ve bilirkişi hazırladığı raporda görüşlerini bildirirken bu belgelere dayanacaktır. Dolayısıyla harita, plan ve kroki gibi belgelere itiraz bilirkişi raporuna itiraz halini alacaktır. Taraflar bilirkişi raporuna itiraz ederken bu raporun dayanağını teşkil eden belgelerin de usulsüz hazırlandığını iddia edeceklerdir.

Görüldüğü üzere, plan, harita ve krokilere itiraz farklı sebeplerle söz konusu olabilmektedir. Taraflardan birinin (veya her ikisinin) itirazı üzerine mahkeme bilirkişi raporuna itirazı değerlendirmeli ve itiraz konusundaki kanaatini bir ara kararla bildirmelidir. Mahkeme söz konusu çelişki ve hukuka aykırılıkların giderilmesi için tekrar keşif yapılmasına karar verebilir ya da itirazı haksız bularak itirazın reddine karar verebilir. Her durumda söz konusu karar ancak hükümle ile birlikte temyiz edilebilir.

uygulanmalı kroki çizdirilmelidir.”, Yarg. 20. HD., 27.10.1994, E. 1994/9253, K. 1994/12841 (**Bayraktaroğlu**, s. 52’de anılan karar).

⁵⁰¹ “Muvazaa iddiası konusunda keşif tek başına yeterli delil teşkil etmez. Keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporunun tanık beyanlarıyla doğrulanması gerekir. Olayımızda; bu husus gerçekleşmediğine göre davacının bedelde muvazaa iddiasını kanıtladığı sonucuna varılamaz.”, **Yılmaz**, Şerh, s. 1261. Mesela Yarg. 6. HD., 12.07.2005, E. 2005/7105, K. 2005/7514 (*LegalBank*).

⁵⁰² **Yılmaz**, Hukukta Keşif, s. 223; **Bayraktaroğlu**, s. 52; **Ege**, s. 89.

⁵⁰³ “Dava konusu taşınmaz mallardan hüküm fıkrasının birinci sırasında gösterilen 10229 metrekare miktarında bulunan mevkii krokide Yaşlı Burun olarak belirtilmiştir. Keşif tutanağının ve karar yerinde bu taşınmazın mevkii Damlara Çeşmesi şeklinde açıklanmıştır. Hüküm keşif zaptı ve keşif sırasında tanzim olunan krokiye uygun bulunması, aykırılık var ise giderilmesi gerektiğine karar verilmelidir.”, Yarg. HGK, 08.01.1961, E.1961/8, K. 1961/1295 (**Yılmaz**, Hukukta Keşif, s. 223’te anılan karar).

Temyiz neticesinde itiraz sebeplerini haklı bulan Yargıtay hükmün bozulmasına karar verebilir.

Taraflar keşfe itiraz etmemiş olsalar dahi, mahkeme hüküm verilinceye kadar her zaman plan, harita ve krokiler ile ilgili herhangi bir usulsüzlük ve çelişki tespit ettiği takdirde yeni bir ara karar vererek yeniden keşif yapılmasına re'sen hükmedebilir.

B. Mahkemenin Keşif Sonrası Yaptığı Değerlendirme

I. Genel Olarak

Hâkim, keşif sonucunda edindiği bilgileri ve şayet mevcutsa bilirkişi raporunu serbestçe takdir eder.⁵⁰⁴ Çünkü keşif bir takdiri delildir; hâkim ise takdiri delillerle bağlı değildir.⁵⁰⁵

Yapılan keşif sonucunda hâkim davanın yeteri kadar aydınlanmadığı kanısına varabilir. Böyle bir durumda hâkim tekrar keşif yapılmasına karar verebilir.⁵⁰⁶ Yapılan

⁵⁰⁴ Mustafa Reşit **Belgesay**: Kanuni ve Takdiri Deliller ve Temyiz Mahkemesinin Delilleri Tetkiki, İstanbul 1938, s. 6; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 443; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 543; **Muşul**, s. 42; **Karşlı**, s. 654.

⁵⁰⁵ Mesela “1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)’na göre, deliller; kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmış; kesin deliller (ki kanuni deliller de denilmektedir), ikrar, senet, kesin hüküm ve yemin olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık takdiri deliller ise, tanık, bilirkişi, *keşif* ve kanunda sayılmayan diğer özel hüküm sebepleridir.”, Yarg. HGK, 10.3.2010, E. 2010/4-125, K. 2010/144 (*Kazancı, LegalBank*).

⁵⁰⁶ **Ansay**, s. 12; **Bilge/Önen**, s.552; **Postacıoğlu**, s. 444; **Kuru**, Usul (C. 3), s. 2566; **Karafakih**, s. 177; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 371; **Yılmaz**, Şerh, s. 1261; **Üstündağ**, s. 763; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 296; **Önen**, s. 207; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 474. “Dava konusu taşınmaz üzerinde bulunan 123 m2 yüzölçümündeki seranın plastik mi, yoksa cam örtülü mü olduğu belirlenerek, plastik örtülü ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı resmi birim değerlerine göre 1/A, cam kaplama ise 1/B sınıfında kabul edilerek bedel tespit edilmesi gerekirken, *bu yönde bir inceleme yapılmaksızın değer belirlendiğinden, bu konuda bilirkişiden ek rapor alınarak, bu mümkün değilse tekrar keşif yapılarak alınacak rapor sonucuna göre karar verilmesi gerektiği* gözetilmeden eksik inceleme ile karar verilmesi [...]”, Yarg. 5. HD., 18.03.2013, E. 2013/51, K. 2013/4599 (*LegalBank*). Aynı doğrultuda: “Mahkemece yapılan keşifte dinlenen orman, ziraat ve yerel bilirkişiler, çekişmeli yerin % 18 eğimli, 10 yaşlı, 60'a yakın elma ve kestane ağacı olan, zemin işlenmemiş, eğrelti otlarıyla kaplı arazi niteliğinde olduğunu bildirmiş, dosyadaki arazinin fotoğraflarından da bu durum anlaşılmıştır. Dava konusu taşınmazın davacı

iki ayrı keşif arasında birbirine aykırılık mevcut olabilir. Böyle bir durumda hâkim çelişkiyi gidermek için üçüncü bir keşif yapılmasına karar verebilir.⁵⁰⁷

Yukarıda belirtildiği üzere, keşif işlemi aslında bünyesinde birden çok takdiri delili birarada barındırabilmektedir.⁵⁰⁸ Bunun önemi, hâkimin bütün bu delilleri ayrı

tarafından kullanıldığı, ağaçlar dikilmeden önce, tarım arazisi olarak kullanıldığı tanıklarca söylenmiş, ancak ne şekilde kullanıldığı, iradi terk durumu olup olmadığı tam olarak açıklanmamıştır. *Ziraat bilirkişisi de toprak analizleri yaparak, kaç yıldır tarımda kullanıldığını tesbit etmediği için, ağaç dikilmeden önce de tarım arazisi olarak kullanılıp kullanılmadığı, kullanılmış ise ne şekilde kullanıldığı, anlaşılamamıştır. Bu nedenle, mahkemece; ziraat bilirkişi, mahalli bilirkişiler ve tanıklarla tekrar keşif yapılarak, taşınmazın davacı tarafından ağaçlar dikilmeden önce kaç yıl ve ne şekilde kullanıldığı araştırılmalı, mahalli bilirkişi ve tanıklara zilyetlik durumu maddi olgulara dayalı ayrıntılı olarak açıklattırılmalı, davacının ekip biçmek gibi bir zilyetliği olup olmadığı ve kaç yıldır kullanıldığı ve zilyetliği iradi terk durumu olup olmadığı araştırılmalı, ziraat bilirkişiden taşınmazın toprak yapısı, eğimi, kaç yıl önce imar ve ihya edildiği ve ne zamandır tarımda kullanıldığı, kaç yıldır kullanılmadığı konusunda ayrıntılı rapor alınmalı, taşınmazdan toprak örnekleri alınarak toprak analizleri yaptırılmalı ve ulaşılabilecek sonuca göre bir hüküm kurulmalıdır.*”, Yarg. 20. HD., 17.02.2014, E. 2013/10043; K. 2014/1908 (LegalBank).

⁵⁰⁷ **Kuru**, Usul (C. 3), s. 2869; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 443; **Umar**, Şerh, s. 797; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 795; **Muşul**, s. 427; **Karşlı**, s. 654. Yarg. 6. HD., 29.04.2003, E. 2003/1926, K. 2003/2938 (Kazancı): “Mahkemenin daha önce verdiği karar dairemizin 04.12.2001 tarih 8033/9434 sayılı kararı ile dava konusu edilen payların dava tarihi itibarıyla değerinin belirlenmesi amacıyla yapılan ilk iki keşif sonucu belirlenen değerdeki *çelişki sebebiyle yapılan üçüncü keşif* sonucu tanzim edilen bilirkişi raporundaki değere göre önalım hakkı bedelinin depo ettirilmesi gereğine işaretle bozulmuştur. Mahkemece 26.11.2002 tarihli oturumda dairemizin bozma kararına uyulmasına karar verilmeyle davalı yararına usuli kazanılmış hak doğmuştur. Bu sebeple bozma kararında gösterilen şekilde muamele yapmak ve karar vermek gerekirken, davalının kazanılmış hakkı göz ardı edilerek bozma kararının dışına çıkılmak suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulması icap etmiştir.”; Aynı doğrultuda: “Geçerli olan *ikinci ve üçüncü raporlarda taşınmaza biçilen değerler farklı olduğundan* 2942 sayılı Kanunun 15/11. maddesine göre uzlaştırıcı *üçüncü keşif yapılarak rapor alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerektiği* düşünülmeden eksik inceleme ile yüksek değer biçen üçüncü rapora göre artırmaya karar verilmesi”, Yarg. 5. HD., 16.04.2002, E. 2002/2022, K. 2002/9197 (LegalBank).

⁵⁰⁸ Mesela “Dava dilekçesinde, davacı kendisine ait 1764 parselin kısmen taş dökmek ve kısmen de sürmek suretiyle davalı tarafından el atıldığını ileri sürmüş, bu iddiasını dosyaya sunduğu 14.9.2005 havale tarihli dilekçesinde isim ve adreslerini bildirdiği tanık beyanları ile kanıtlamak istemiştir. Mahkemece 1.11.2005 tarihinde keşif yapılmış ise de bu tanıklar keşifte hazır edilmediğinden dinlenmemişlerdir. Taşınmazlara vaki elatma iddiaları *takdiri delil niteliğinde olan, yerel bilirkişi ve tanık anlatımları* ile kanıtlanması gerekir. Keşifte yerel bilirkişi dinleme gereği dahi duyulmamıştır. Yöntemine uygun keşif yapıp taşınmaz başında yerel bilirkişi ve tanıklar dinlenmeden karar verilmiş olması yasaya açık aykırılığı oluşturmuştur. Karar bu nedenle bozulmuştur.”, Yarg. 14. HD., 27.3.2006, E. 2006/2133, K. 2006/3569 (LegalBank). Aynı doğrultuda: “İlk keşiften sonra [...] Bu nedenle, mahkemece, [...] *mahallinde ziraat bilirkişi, mahalli bilirkişiler ve tanıklarla tekrar keşif yapıp, taşınmazların her bir bölümünde ayrı ayrı inceleme yapılarak*, kadastro sırasında boşluk ve kullanılmayan yer olarak tapulama

ayrı değerlendirebilmesinde ortaya çıkmaktadır. Hâkim keşfe dahil olan bilirkişi raporlarını, taraf ve tanık beyanlarını ve incelenmesi gereken diğer hususları değerlendirmeli ve hükmünü kurarken bunları dikkate almalıdır.⁵⁰⁹ Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır. Yargıtay özellikle keşif tutanağı ve bağlı delillerin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini önemle vurgulamaktadır.⁵¹⁰

harici bırakılan bu yerlerin, ilk olarak kim tarafından hangi yıl imar ve ihya edildiği, kaç yıl, ne şekilde kullanıldığı ve kime ne şekilde devredildiği, davalılar tarafından ağaçlar dikilmeden önce kaç yıl ve ne şekilde kullanıldığı araştırılmalı, mahallî bilirkişi ve tanıklara her bir bölüm için; kullanan kişilerin zilyetlik durumu maddi olgulara dayalı ayrıntılı olarak açıklattırılmalı, üzerindeki ağaçların cinsi, yaşı, sayısı ve arazi üzerindeki dağılımı, ağaçlar dikilmeden önce davalıların ekip - biçmek gibi bir zilyetliği olup olmadığı ve kaç yıldır kullanıldığı ve arada zilyetliği iradî terk durumu olup olmadığı araştırılmalı, ziraatçı bilirkişiden taşınmazın toprak yapısı, eğimi, kaç yıl önce imar - ihya edildiği ve ne zamandır tarımda kullanıldığı konusunda ayrıntılı rapor alınmalı, taşınmazdan toprak örnekleri alınarak toprak analizleri yaptırılmalı ve ulaşılabilecek sonuca göre bir hüküm kurulmalıdır.”, Yarg. 20. HD., 17.02.2014, E. 2013/9316, K. 2014/1913 (*LegalBank*).

⁵⁰⁹ Mesela “[...] gerektiğinde mahallî bilirkişiler temin edilip keşif yapılmak suretiyle yerinde çekişmeli bölümün dava dışı A.A. ile davalı A.U. arasında düzenlenen sözleşme tarihleri de gözetilerek fiilen kimin tasarrufu altında olduğu belirlenmeli, dosyada mevcut bilirkişi rapor içerikleri ile mahkemece dinlenen tanıkların anlatımları dikkate alınmalı, böylelikle toplanan kanıtlar ışığı altında değerlendirildikten sonra elde edilecek sonuca göre hüküm kurulmalıdır. Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu davanın reddine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.”, Yarg. 1. HD., 16.01.2013, 2012/12201, 2013/213 (*LegalBank*). Aynı doğrultuda bkz. Yarg. 14. HD., 12.12.2012, E. 2012/13071, K. 2012/14388 (*LegalBank*).

⁵¹⁰ Mesela “Dosyadaki tapu kayıtlarına göre, dava konusu taşınmazın bulunduğu yerde 26.11.1950 tarihinde tapulama tespiti yapıldığı, 26.1.1951 tarihinde çevre parsellerin tapu kayıtlarının itirazsız kesinleştiği, yapılan bu tespit sırasında dava konusu taşınmazın ziraata elverişsiz arazi olarak tapulama dışı bırakıldığı anlaşılmaktadır. Taşınmazda sürdürülen zilyetlik süresinin sadece burada bulunan ağaçların yaşı ile tespiti doğru değildir. Doğru bir sonuca varılabilmesi için, bu konuda dosyada bulunan tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Nitekim somut olayda, keşifte yeminle dinlenen yerel bilirkişi ve tanıklar keşif tarihi olan 18.10.2002 tarihinden geriye doğru bu yere önce davacının babası T.K.’ın, sonrada davacının eklemeli olarak 50 yıldır zilyet olduklarını, T.’in 25-30 sene önce mallarını taksim ettiğini ve dava konusu taşınmazı davacıya verdiğini, T.’in O.la birlikte burayı imar ve ihya ettiğini, burada bulunan eski evi T.’in yaptığını, davacının da kendisine geçtikten sonra bir ev yaptığını ve toprağı işleyip bahçe olarak kullanmaya devam ettiğini, beyan etmişlerdir. Yine, dava konusu yere ilişkin 1971 basım tarihli hava fotoğrafı getirilmiş, bilirkişilerce yapılan uygulama sonucunda, fotoğrafta davacıya ait iki bina ve ön tarafta bahçesinin mevcut olduğu belirlenmiştir. Her ne kadar, ziraat bilirkişisince davacının zilyet olduğu bahçede ağaçların değişik cinslerde 1 ilâ 20 yaşlarında olduğu belirtilmişse de, yukarıda açıklanan yerel bilirkişisi ve tanık beyanları ile resmi belge niteliğindeki hava fotoğrafı birlikte değerlendirildiğinde; dava konusu yerde zilyetliğin 1971 yılından önce başladığı ve dava tarihi olan 25.3.2002 tarihine kadar yasanın aradığı süre koşulunun fazlası ile gerçekleştiği anlaşılmaktadır.”, Yarg. HGK, 05.05.2004, 8-252/257 (*LegalBank*).

İkinci veya üçüncü kez yapılan keşifte, daha önce bilirkişilik yapmış olanlar tekrar bilirkişi olarak seçilemez.⁵¹¹ Bu sebeple, ikinci keşif yapıldığında ilk keşifteki bilirkişi; üçüncü keşifte gerek ilk keşifte gerekse ikinci keşifte görev almış bilirkişi artık bilirkişilik yapamayacak, yeni bilirkişi tayin edilecektir.

Davacı keşfe (ve mevcutsa buna bağlı olan bilirkişi raporuna) itiraz etmez ve fakat davalı itiraz ederse, bu durumda hâkimin yeniden keşif yapılmasına karar vermesi halinde yapılacak olan bu keşfin giderlerini davalı yatırmalıdır.⁵¹² Davalı mahkemenin tanıdığı süre içinde yeni keşfin giderlerini yatırmazsa, mahkeme birinci keşfe (ve mevcutsa buna bağlı olan bilirkişi raporuna) göre karar verir. Yoksa sırf yeni keşfin gideri yatırılmadığı için davanın reddine karar veremez.⁵¹³

II. Görevsiz veya Yetkisiz Mahkeme Tarafından Yapılan Keşfin Geçerliliği

Keşif kararının gereğinin yerine getirilmesinden sonra davayı görmekte olan mahkeme görevsizlik veya yetkisizlik kararı verebilir. HMK m. 20 hükmü her ne kadar görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine yapılacak işlemleri düzenlemiş olsa da, görevsiz veya yetkisiz mahkeme tarafından yapılmış olan keşifler bakımından herhangi bir düzenleme öngörmemiştir.

Görevsiz ve yetkisiz mahkemece yapılan usuli işlemler kural olarak hükümsüz sayılır. Ancak, görevli mahkemenin takdiri delil olarak nitelendirilerek bunları değerlendirebileceğini kabul etmek gerekir.⁵¹⁴ Dolayısıyla, özel bir sebep olmadıkça görevsiz veya yetkisiz mahkemede yapılan keşfin geçerliliği dosya kendisine gönderilen görevli veya yetkili mahkemenin takdirindedir. Görevsiz veya yetkisiz mahkemenin

⁵¹¹ **Kuru**, Usul, C. 3, s. 2869; **Umar**, Şerh, s. 797, **Yılmaz**, Şerh, s. 1261; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 795; **Karşlı**, s. 654; **Bayraktaroğlu**, s. 55.

⁵¹² **Kuru**, Usul, C. 3, s. 2869; **Umar**, Şerh, s. 79; **Yılmaz**, Şerh, s. 1255; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 795; **Sungurtekin Özkan**, s. 299.

⁵¹³ “İddia ve savunma çerçevesinde toplanan taraf delilleri tartışılıp değerlendirilerek davanın esası hakkında karar verilmesi gerekirken *ikinci keşif giderlerinin yatırılmaması gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.*”, Yarg. 8. HD., 12.07.2005, E. 2005/3021, Karar 2005/5318 (*KazancıHukuk*). Aynı yönde bkz. Yarg. 2. HD., 06.02. 1979, 774/916 (İKİD 1979/227, s. 7283).

⁵¹⁴ **Üstündağ**, s. 185; **Umar**, Şerh, s. 94; **Yılmaz**, Şerh, s. 256.

yapmış olduğu keşfin tekrarlanmasını gerektirecek bir sebep yoksa davaya bakan mahkeme görevsiz veya yetkisiz mahkeme tarafından yapılmış keşifle yetinebilir. Ne var ki, davanın görüldüğü mahkeme, görevsiz veya yetkisiz mahkemenin yapmış olduğu keşfi yetersiz görebilir. Mahkeme buna re’sen karar verebileceği gibi, tarafların itirazlarını değerlendirerek de böyle bir sonuca varabilir.⁵¹⁵ Yargıtay da birçok kararında bu çözüm tarzını benimseyerek mahkemeye bir takdir hakkı tanımış ve mahkemenin görevsiz mahkemece yapılan keşifle yetinebileceğine hükmetmiştir.⁵¹⁶ Böylece, görevsiz mahkeme tarafından tarafların gerek huzurunda gerekse yokluklarında yapılan keşfe ve bu keşif kapsamında tanzim edilen bilirkişi raporuna dayanarak görevli mahkeme hükmünü kurabilir.⁵¹⁷

Ayrıca usul ekonomisi gereğince de görevsiz veya yetkisiz mahkemece yapılmış olan keşfin geçerli sayılması yerindedir. Yine unutulmamalıdır ki, keşif görevli ve yetkili mahkeme tarafından yapılmış olsa da, her durumda mahkeme için bağlayıcı olmayan bir takdiri delildir.

Görevsiz veya yetkisiz mahkemece keşif icra edildikten sonra keşif konusu nesne artık var olmayabilir. Böyle bir ihtimalde artık söz konusu keşfin önemi daha da artacaktır. Çünkü, artık ortada yeni bir keşifle ulaşılamayacak bir delil söz konusudur. Bu sebeplerle görevsiz veya yetkisiz mahkeme tarafından yapılmış olan keşifleri tamamen geçersiz saymanın gerek usul ekonomisi gerekse maddi gerçeğe ulaşılması bakımından fayda taşımadığı ortadadır.

⁵¹⁵ **Kuru**, Usul C. 3, s. 2860; **Bayraktaroğlu**, s. 59.

⁵¹⁶ “Görevsiz mahkemece yapılan keşfin görevli mahkeme tarafından tekrarlanmasını haklı gösterecek bir sebep ileri sürülmemiş olduğuna ve usulüne uygun biçimde keşfe itiraz edilmediğine, davacı tarafından da keşfe göre karar verilmesi istenilmiş olduğuna göre *görevli mahkeme görevsiz mahkemenin yapmış olduğu keşif ile yetinebilir*. Hukuk Genel Kurulu’nun 08.03.1967 günlü ve 5/151 - 138 sayılı kararı da bu görüşü doğrulamaktadır. Kanunda görevsiz mahkemece yapılan usul işlemlerinin mutlak surette geçersiz sayılacağına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bu itibarla keşfin nazar alınması, bu arada Hazine tarafından delil gösterildiği takdirde bunların toplanması tanık dinlenmesi istenildiğinde HUMK’un 259. maddesi hükmüne göre bunların taşınmaz başında dinlenilmeleri ve tüm deliller birlikte değerlendirildikten sonra uyumsuzluk hakkında bir karar verilmesi gerekir.”, Yarg. 8. HD., 28.01.1985, E. 1985/710, K. 1985/661 (*Kazancı*). Ayrıca bkz. Yarg. HGK, 08.03.1967, 5-151/138 (*LegalBank*).

⁵¹⁷ Mesela Nevzat **Erol**: Hukukta Deliller ve İkamesi, s. 144 vd.; **Kuru**, Usul, C. 3, s. 2860.

III. Bir Davada Yapılmış Olan Keşfin Başka Bir Davaya Etkisi

Bir davada yapılmış olan keşif, tarafları aynı olan (sonraki) başka bir davada mahkemeyi bağlamaz. Ancak, sonraki davaya bakan mahkeme, önceki davada yapılan keşfi yeterli görürse, bu keşfi değerlendirebilir ve hükmüne esas tutabilir. Bu kural farklı hukuk mahkemelerinde görülen ve tarafları aynı olan davalar bakımından geçerli olduğu gibi, ceza veya idare mahkemelerinde görülen davalar için de geçerlidir. Ceza veya idare mahkemesinde görülen bir davada yapılan keşfin tarafları aynı olan sonra görülen bir hukuk davasında dikkate alınabilmesi ve değerlendirilebilmesi, hukuk hâkiminin takdirindedir. Hâkim yeterli gördüğü takdirde, ceza veya idare mahkemesinde yapılmış keşfi hukuk mahkemesinde kararına dayanak yapabilir. Mesela ceza mahkemesi tarafından yapılan keşfe davanın tarafları itiraz etmez ve aynı taraflar arasında görülmekte olan bir hukuk davasında hâkim bu keşfi yeterli görürse, söz konusu keşif hükme esas teşkil edebilir. Ancak, ceza mahkemesinde yapılan keşif, hukuk mahkemesi tarafından yeterli görülmeyebilir. Bu durum hukuk mahkemesinin söz konusu keşfi re'sen yeterli görmemesi şeklinde olabileceği gibi, tarafların itirazlarını dikkate alması sonucu da ortaya çıkabilir.⁵¹⁸ Yargıtay da bu görüştedir.⁵¹⁹

Bir davada mahkemece yapılmış keşif, tarafları farklı olan davada hâkimi bağlamaz. Ancak sonraki davanın hâkimi yapılmış bu keşfi yeterli görürse hükmüne esas alabilmelidir.⁵²⁰ Ancak, Yargıtay bu konuda farklı görüştedir ve bunun sonucu olarak tarafları farklı olan ikinci davada ilk davada yapılan keşif geçerli sayılmamakta, her durumda ikinci davada tekrar keşif yapılması aranmaktadır.⁵²¹ Mesela bir ceza

⁵¹⁸ **Yılmaz**, Hukukta Keşif, s. 275 vd.; **Kuru**, Usul (C. 3), s. 2861.

⁵¹⁹ Mesela Yarg. HGK 21.12.1949, 1-235/165, YKD 1950/1, 44 vd.

⁵²⁰ **Kuru**, Usul (C. 3), s. 2861.

⁵²¹ Mesela “HUMK nun 364. maddesi keşfin iki tarafın usulen davet edilmesinden sonra, yüzlerine karşı ve davete uymamaları halinde gıyaplarında mahkeme veya tahkikat hâkimi tarafından yapılacağına amirdir. *Mahkemece bakılmakta olan ve davalı aleyhine açılmış bulunan bu davada keşif yapılamayarak daha önce aynı konuda davalının kocası aleyhine açılan ve h. yönünden reddedilen dava dolayısıyla yapılan keşifle yetinilmiştir. Davalı her ne kadar kocası aleyhine açılan dava dolayısıyla yapılan keşifte hazır bulunmuş ise de o davada taraf sıfatını haiz bulunmamıştır. O halde davalı aleyhine açılan ve bakılmakta olan bu davada usulün yukarıda belirtilen hükmü gereklerine uygun bir keşfin yapılmış olduğu ileri sürülemez. Diğer taraftan, daha önce kocası aleyhine açılan davadaki keşifte hazır bulunmuş olması keşifte yapılan işlemler yönünden bu dava için kendisini bağlayıcı hiç bir hukuki sonuç doğuramaz. Davalı aleyhine açılan dava ile kocası aleyhine açılan davanın konularının aynı olması dahi*

davasında ceza mahkemesi tarafından yapılan keşif ancak tarafları aynı olan hukuk davasında (hâkimin söz konusu bu keşfi yeterli görmesi durumunda) kullanılabilir. Aksi takdirde, tarafları ceza davasının taraflarından farklı olan bir hukuk davasında söz konusu keşif hukuk hâkimi tarafından dikkate alınmaz.⁵²²

Yargıtay'ın bu görüşü kanaatimizce isabetli değildir. Çünkü tarafları aynı olan davalar bakımından önceki davada yapılan keşfin sonraki davada mahkeme tarafından yeterli görülüp geçerli sayılması imkânını, tarafları farklı olan davalar bakımından da tanımak gerekir. Nitekim, böyle bir ayırım usul ekonomisi bakımından uygun olmayıp, davaların gereksiz yere uzamasına yol açabilecektir. Bununla birlikte, ilk davada ileri sürülmeyen savunma sebeplerinin diğer davanın tarafları için sonuç doğurmayacağı gözönünde bulundurulmalıdır.

IV. Delil Tespiti veya İhtiyati Tedbir Aşamasında İcra Edilen Keşfin Davaya Etkisi

Delil tespiti ve ihtiyati tedbir yoluyla dava açılmadan veya açıkladıktan sonra yapılabilir. Mahkeme delil tespiti ya da ihtiyati tedbir yoluyla yapılan keşifle bağlı değildir.⁵²³ Çünkü, bir takdiri delil söz konusudur. Ancak mahkeme tekrar keşif

yukarıda değinilen yasal esasları değiştiremez. Bu nedenlerle özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararının bozulması gerekir. Sonuç: Temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü HUMK nun 429. maddesi gereğın Bozulmasına 10.11.1973 gününde oybirliğiyle karar verildi.”, Yarg. HGK., 10.11.1973, E. 1972/5-11, K. 1973/859 (ABD 1974/2, s. 268). Aynı doğrultuda: “Kocasına karşı açılıp husumet yönünden reddolunan başka bir davadaki keşif tutanağı, davalının taraf olduğu yeni davada hükme esas alınmaz. İlk davada taraf sıfatı taşımayan davalının bu keşifte eylemli olarak bulunmuş olması kendisini bağlamaz. Konuları aynı olsa bile yeniden usulüne uygun biçimde keşif yapılması gerekir.”, Yarg. HGK, 16.05.1973, E. 1972/5-1266, K. 1973/420 (LegalBank).

⁵²² **Yılmaz**, Orhan, Hukukta Keşif, s. 276. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında şu hususlara yer vermiştir: “Davacı idarenin taraf olmadığı ceza mahkemesinde hükme medar olmayıp yeniden keşif yapılması icabedeceğine [...]” (**Bayraktaroğlu**, s. 60’da anılan HGK kararı).

⁵²³ Ayrıca ihtiyati tedbir kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. İhtiyati tedbirlerin davadaki kesin hüküm gibi geniş kapsamda olmayan sınırlı bir kesinliği vardır. Tarafların hak kaybı endişesi ile hızlı hareket etme gerekliliği ve uyuşmazlık konusunu güvence altına alma isteği, çoğu zaman tüm delillerin toplanmasından önce tedbir talebinde bulunulmasına sebebiyet vermektedir. Bu nedenle

yapmayıp, bu keşifle yetinebilir ve bu keşfi değerlendirip hükmünün dayanaklarından biri yapabilir. Ne var ki, gerek delil tespiti aşamasında gerekse ihtiyati tedbir aşamasında icra edilen keşfin, taraflardan birinin (ya da her ikisinin) itiraz etmesi durumunda veya mahkemece re'sen yeterli görülmemesi halinde tekrarlanması gerekir.⁵²⁴

Mahkeme ihtiyati tedbir talebini hükme bağlarken, talebin haklılığını araştırmak ve bir hakkın gerçekten mevcut olup olmadığını anlayabilmek için keşif yapılmasına karar verebilir. Böylece, henüz davanın başında (hatta dava henüz açılmadan) ihtiyati tedbir talebi hakkında karar verebilmek amacıyla keşif yapılması gerekebilir. Bu keşif sonucunda ihtiyati tedbir talebini kabul edebilir veya talebi reddedebilir. İhtiyati tedbir aşamasında yapılan keşif mahkemeyi bağlamaz. Mahkeme bu keşfi yeterli bulabilir veya tarafların itirazı üzerine yaptığı değerlendirme neticesinde keşfi geçersiz sayarak yeniden keşif yapılmasına karar verebilir.

Delil tespitinin istenebileceği haller HMK m. 400 hükmünde öngörülmüştür: “Taraflardan her biri, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla *keşif yapılması*, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilir.” Görüldüğü üzere anılan hükümde delil tespiti yoluyla keşif talep edilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Delil tespiti sırasında yapılan keşifle hâkim bağlı değildir. Ancak, hâkim keşfin yeterli olup olmadığını kendisi takdir edecektir. Bunu yaparken tarafların itirazlarını da dikkate alacaktır.⁵²⁵ Tarafların itirazlarını değerlendirdikten sonra veya re'sen yeniden keşif yapılmasına karar verebilecektir. Yargıtay bu konuda daha da ileri giderek itiraza uğrayan delil tespiti tutanağının ve dolayısıyla buna bağlı olan keşif tutanağı ile bilirkişi raporunun hiçbir şekilde geçerli olmayacağını ve yeniden delil tespiti yapılması gerektiğini belirtmektedir.⁵²⁶

reddedilen bir tedbir talebi, sonradan yeni delillerin sunulmasıyla tekrar talep edilebilir, Evrim **Erişir**: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 159.

⁵²⁴ **Kuru**, Usul (C. 3), s. 2860; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, Şerh s. 444; **Umar**, s. 797.

⁵²⁵ Leyla Akyol **Aslan**: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara, 2011, s. 112 vd.

⁵²⁶ “Kural olarak, delil tespiti karşı taraf da hazır olmak üzere (her iki tarafın huzurunda) yapılır. Fakat, karşı taraf, usulüne uygun biçimde davet edildiği halde, gelmezse delil tespiti غيابında yapılır. Mahkeme, delil tespitinin karşı tarafın yokluğunda yapılmasına da karar verebilir. Delil tespitinin karşı

V. İstinabe Yoluyla Yapılan Keşfin Derdest Davaya Etkisi

Yukarıda açıklandığı üzere, bazı hallerde keşfin konusunu teşkil eden unsur mahkemenin yargı çevresi dışında olabilir ve bu halde davanın görüldüğü mahkeme istinabe yoluyla keşif yapılmasına karar verebilir.⁵²⁷ Çünkü, mahkeme kendi yargı çevresi dışında keşif yaparsa, bu keşif geçersizdir; tekrar yapılmalıdır.⁵²⁸ Mahkemeler kendi yargı çevrelerinin dışında kalan işler için bu yer mahkemelerine istinabe yolu çerçevesinde başvurabilirler. İstinabe yolu ile mahkemeler keşif, yemin, tanık dinlenmesi, bilirkişi incelemesi, defter tutulması, ihtiyati tedbir kararının icra edilmesi ve isticvap gibi işlemler yapabilir.⁵²⁹

Dolayısıyla, istinabe yoluyla keşifte hukuki yardım talep edilen mahkeme tarafından keşif yapılır. Hukuki yardım talep edilen mahkeme keşfin icrası sırasında bilirkişiye başvurabilir, tanık dinleyebilir ve tanzim ettiği keşif tutanağını hukuki yardım talep eden mahkemeye gönderir.

Kuşkusuz usul hukukunda doğrudanlık ilkesi keşif bakımından da önem arz etmektedir. Çünkü, keşif davaya bakmakta olan hâkim tarafından beş duyu organı

tarafın yokluğunda yapılmış olması halinde, mahkeme, dilekçeyi ve delil tespiti tutanağı ile varsa bilirkişi raporunun bir suretini derhal karşı tarafa tebliğ etmek zorundadır (m. 372/I-II). Aksi halde, karşı tarafa tebliğ edilmemiş olan delil tespiti tutanağı, davada delil olarak kullanılamaz.”, Yarg. HGK 10.02.2010, E. 2010/13-26, K. 2010/73 (*LegalBank*).

⁵²⁷ Bkz. yukarıda §2-A-III-1.

⁵²⁸ Mesela “T.C. Anayasasının 141. maddesinin son fıkrası ‘davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması’ hususunun yargının belli başlı görevlerinden olduğunu emretmektedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 77. maddesinde de, aynı hüküm öngörülmüştür. *Mahkemece davanın çözümlenmesi için gerekli görülen belgelerin bulundukları yerlerden duruşmaya getirilip incelenmesi mümkün iken, keşif kararı verilerek yerinde tetkik edilmesi mahkeme masraflarını artırıcı bir yargılama işlemidir ve giderek az önce değinilen Anayasa ve Usul Yasası maddeleri ile usul ekonomisi ilkelerine aykırı düştüğü açıktır.* Öte yandan, kural olarak her mahkemenin yargı yetkisinin belli bir coğrafi bölge ile sınırlı olduğu, buna o mahkemenin ‘yargı çevresi’ denildiği tartışmasızdır. Bundan başka, yargı çevresi sınırının ‘İdari Teşkilat’ sınırlarına göre belirlendiği ise söz götürmez. [...] Hal böyle olunca, yargı çevresi dışında yargı yetkisinin kullanıldığı da ortadadır. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”, Yarg. 21. HD., 28.09.1999, E. 1999/5953, K. 1999/6202 (*KazancıHukuk*).

⁵²⁹ Serkan Aziz **Arslan**: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara 2012, s. 175. Tatil günlerinde keşfin istinabe yolu ile icrası için bkz. Mustafa Reşit **Belgesay**: Tatil Günlerinde Keşif, Hâkim Olmayan Bir Kimse Keşif İçin İstinabe Edilebilir mi?, s. 305 vd.

kullanılarak gerçekleştirilir.⁵³⁰ İstinabe kurumu ise doğrudanlık ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. İstinabe ile yapılan keşif neticesinde davaya bakan mahkeme zorunlu olarak istinabe olunan mahkemenin gerçekleştirdiği usuli işlemlere göre değerlendirme yapmak ve karar vermek zorunda olacaktır. Doktrinde başkasının duyularıyla yapılan gözlem ile yetinilmesi zorunluluğunun keşif delili içindeki doğrudanlık unsurunu ciddi ölçüde zedelediği savunulmuştur.⁵³¹

Kanaatimizce bu görüş karşısında konu iki farkı yönden ele alınabilir. İlk olarak belirtmek gerekir ki, keşif delili takdiri bir delildir ve mahkeme keşif ile bağlı değildir. Dolayısıyla mahkeme istinabe olunan mahkemenin de yapmış olduğu keşif ile bağlı değildir ve yapılan bu keşfi yeterli görmediği takdirde her zaman tekrar keşif yapılmasına karar verebilir. Bu sebeple, her ne kadar doğrudanlık ilkesinin istisnasını oluşturan bir durum söz konusu olsa da hukuki yardım talep eden mahkemenin maddi gerçeğe ulaşabilmesi amacını zedeleyen bir durum mevcut değildir. Çünkü, mahkeme keşifle bağlı değildir. İkinci olarak mahkemeler arası hukuki yardımlaşma yolu varken, yetki sınırları aşılarak yapılan yargılama, kamu düzenine ve usul ekonomisi ilkesine aykırıdır.⁵³² Gerçekten, Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.” hükmü öngörülerek usul ekonomisini tesis etmenin yargının en önemli görevlerinden olduğu anayasal güvenceye bağlanmıştır. Yine HMK m. 30 hükmünde usul ekonomisi ilkesinin yasal zemini güçlendirilmiştir: “Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.” Usul ekonomisi ile kanunlarda öngörülen düzenlemeler çerçevesinde yargılamanın kolaylaştırılması, yargılamada öngörülen olağan zaman süresinin aşılmaması ve

⁵³⁰ Doğrudanlık ilkesi çerçevesinde değerlendirildiğinde keşifte önemli olan, hâkimin keşif konusu nesne ile ilgili veya keşif esnasında dinleyeceği tanık ve bilirkişiyle ilgili izlenimi, araya hiçbir vasıta sokmaksızın olarak edinmesidir ki bu hususu garanti altına almak isteyen kanun koyucu tarafları ve üçüncü kişileri, keşif kararının gereğine uymaya ve ayrıca keşfi engelleyici davranışlardan kaçınmaya mecbur tutmuştur, **Arslan**, Aziz Serkan, s. 40. Ayrıca bkz. yukarıda §2-A-I-f).

⁵³¹ **Ege**, s. 102.

⁵³² **Recep Akcan**: Hukuk Mahkemelerinde Hukuki Yardım (İstinabe) ve Naip Tayine (Atanması), Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 4. Basitlik (sadelik), hızlılık (makul süre bağlamında) ve ucuzluk (gereksiz harcamalardan kaçınma) usul ekonomisinin ana bileşenlerini oluşturmaktadır, **İbrahim Çetin**: Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medeni Usul Hukukunda Usul Ekonomisi, Sayıştay Dergisi 2010, S. 78, s. 81.

gereksiz gider yapılmaması amaçlanır ve bunlar hâkime bir görev olarak yüklenir.⁵³³ Görüldüğü üzere, hukuki yardım yoluyla keşif yapılmasında aslında doğrudanlık ilkesi zedelenmemekte; usul ekonomisi ilkesiyle bir denge kurulmaktadır.

İstinabe (hukuki yardım) sadece Türk mahkemeleri arasında değil, Türk mahkemeleri ile yabancı mahkemeler arasında da olanaklıdır. Uluslararası istinabe bir devlette yürütülen yargısal faaliyet ile ilgili bazı işlemlerin, diğer bir devlet ülkesinde yapılmasına olanak tanıyan uluslararası işbirliğinin sonucu olarak gerçekleşir.⁵³⁴ Böylece, bilirkişi incelemesi, keşif gibi, tanık dinlenilmesi, tarafa yemin ettirilmesi, tarafların isticvabı, doğrudan veya bilirkişi vasıtasıyla hesap ya da belge incelettirilmesi gibi usuli işlemler ile delillerin temini yabancı bir devletin yetkili makamına yaptırılabilir. Uluslararası istinabe işlemi, kendisinden istinabe talep edilen devletin hukukundaki istinabe konusuna ilişkin işlemlerin şekil ve usullerine göre yerine getirilir. İstinabe talebinde bulunan devletin kanunlarına aykırılık teşkil etmiyorsa yerine getirilebilir.⁵³⁵ Uluslararası istinabenin kaynakları, ikili antlaşma veya çok taraflı sözleşmeler ile uluslararası adli yardımlaşma kurallarıdır.⁵³⁶ Türkiye birçok devlet ile istinabe taleplerinin yerine getirilmesi için iki taraflı adli yardımlaşma antlaşmaları imzalamış ve aynı zamanda bu konuda en önemli uluslararası kaynakları oluşturan 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi ile 1970 tarihli Hukuki veya Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Lahey

⁵³³ Ejder **Yılmaz**: Usul Ekonomisi, AÜHFD 2008, C. 57, S. 1, s. 243; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 261; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 348; **Umar**, Şerh, s. 129, 130; **Yılmaz**, Şerh, s. 324.

⁵³⁴ Aysel **Çelikel/B. Bahadır Erdem**: Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Bası, İstanbul 2014, s. 476; Ergin **Nomer**: Devletler Hususi Hukuku, 20 Bası, İstanbul 2013, s. 562; Cemal **Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman**: Milletlerarası Özel Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 183; Bahadır **Erdem**: Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe, MHB, S. 2, Yıl: 9, 1989, s. 121; Nuray **Ekşi**: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 230; Nuray **Ekşi**: Milletlerarası İstinabe, Baki Kuru'ya Armağan, Ankara 2004, s. 339; İnci **Ataman-Figanmaşe**: Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2005, s. 36, 37; Ali Gümrah **Toker**: Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir 2011, s. 6, 18.

⁵³⁵ **Nomer**, s. 562; **Çelikel/Erdem**, s. 476; **Şanlı/Esen/Ataman**, s. 183; **Erdem**, s. 121; **Ekşi**, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, s. 230; **Ekşi**, Milletlerarası İstinabe, s. 339; **Ataman-Figanmaşe**, s. 43, 103, 116; **Toker**, s. 17, 34, 109.

⁵³⁶ Ahmet Cemal **Ruhi**: Milletlerarası Usul Hukukunda Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe, Ankara 2014, s. 303. **Nomer**: Devletler Hususi Hukuku, s. 563; **Çelikel/Erdem**, s. 477; **Şanlı/Esen/Ataman**, s. 183; **Erdem**, s. 121; **Ekşi**, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, s. 230, 231; **Ekşi**, Milletlerarası İstinabe, s. 354; **Toker**, s. 122.

Sözleşmesine taraf olmuştur. Nitekim istinabe konusunda 1970 tarihli Sözleşme, 1954 tarihli Sözleşmenin yerini almıştır. 1954 tarihli Sözleşme'nin 8 ilâ 16. maddeleri arasında düzenlenen istinabe kurumunu artık 1970 tarihli Sözleşme ayrıntılı biçimde düzenlemektedir. 1970 tarihli Sözleşme delil temini konusunda, dolayısıyla keşif yapılmasında esas olarak iki usul öngörmüştür.⁵³⁷ Bu usullerden ilki istinabedir. 1970 tarihli Sözleşme'nin 8. Maddesi uyarınca hukuki veya ticari konularda Sözleşme'ye taraf olan devlet mahkemeleri birbirini görülmekte olan bir dava ile ilgili olarak herhangi bir soruşturmanın yapılması veya bir adli bir işlemin icrası için istinabe edebilir. İstinabe konusunda aynı hüküm, esas davayı gören yabancı hâkimin de istinabe esnasında hazır bulunmasına izin vermektedir.⁵³⁸ 1970 tarihli Sözleşme'nin delil temini için öngördüğü ikinci usul ise delilin bulunduğu ülkedeki diplomatik temsilci, konsolos veya diğer resmi görevliler vasıtasıyla delil teminidir. Türkiye'nin taraf olduğu iki veya çok taraflı sözleşmelerde de diplomatik temsilci veya konsolos vasıtasıyla delil teminine ilişkin hükümler öngörülmüştür. Ancak bu hükümler 1970 tarihli Lahey Sözleşmesi'ndeki ilgili düzenleme kadar ayrıntılı değildir. Kural olarak, yabancı devletlerden istinabe talep edilmesi halinde; öncelikle o devlet ile Türkiye arasında ikili anlaşma veya çok taraflı sözleşme olup olmadığına bakılır. Şayet böyle bir sözleşme varsa, istinabe bu sözleşmenin hükümleri doğrultusunda yerine getirilir.⁵³⁹ İstinabe yapılacak devlet ile Türkiye arasında bu konuda bir anlaşma veya sözleşme mevcut değilse istinabe karşılıklılık esasları çerçevesinde uluslararası adli yardımlaşma kurallarına göre yürütülür.

⁵³⁷ **Ruhi**, Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe, s. 326; **Nomer**, s. 563; İnci **Ataman-Figanmeşe**: Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında 1970 Tarihli Lahey Sözleşmesi, MHB 1-2/2003, Gülören Tekinalp'e Armağan, 2004 İstanbul, s. 19 vd.; **Çelikel/Erdem**, s. 477; **Şanlı/Esen/Ataman**, s. 184; Erdem, Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe, s. 127; **Ekşi**, Milletlerarası İstinabe, s. 354; **Ataman-Figanmeşe**, Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini, s. 70, 84.

⁵³⁸ **Şanlı/Esen/Ataman**, s. 184; **Erdem**, s. 127; **Ekşi**, Milletlerarası İstinabe, s. 354; **Ataman-Figanmeşe**, Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini, s. 70, 84.

⁵³⁹ **Ruhi**, s. 309; **Nomer**, s. 563; **Çelikel/Erdem**, s. 477; **Ataman-Figanmeşe**, Gülören Tekinalp'e Armağan, 2004 İstanbul, s. 19 vd.; **Ekşi**, Milletlerarası İstinabe, s. 354; **Ataman-Figanmeşe**, Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini, s. 70, 84; **Toker**, s. 109.

SONUÇ

Keşif hâkimin dava konusu şey üzerinde doğrudan ve duyu organlarına dayanarak bilgi sahibi olmak için yaptığı incelemidir. Her ne kadar mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde bu Kanun'un 363. maddesinde yer alan “münazaalı mahal” kavramından hareketle keşif sadece taşınmazlara özgülenmiş, taşınmaz dışındaki şeylerin keşfi ayrı bir delil konusuymuş gibi özel hüküm sebeplerinin kapsamına girdiği kabul edilmiş olsa da (HUMK m. 367), 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte özel hüküm sebepleri kurumu terk edilmiştir. Dolayısıyla keşfin konusu artık taşınmaların yanında, taşınır eşya, belge hatta insan vücudu olabilecektir.

Keşif Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda sayılan takdiri delillerdendir. Bu sebeple hâkim keşfe senetle ispat zorunluluğunun mevcut olmadığı durumlarda başvurabilecek ve keşif sonucunu serbestçe değerlendirecektir. Deliller, mahkeme dışında ve yargılama öncesi cereyan eden vakıaları mahkeme huzuruna taşırlar. Delillerin bu temsili özelliğiyle uyuşmazlık konusu maddi vakıalar mahkeme huzurunda canlandırılacak ve hâkim taraflarca ikna edilmeye çalışılacaktır. Bu anlamda keşif, başlı başına bir delil olmayıp, bir delil toplama ve inceleme yöntemidir. Hâkim, keşif ile taraflar arasındaki çekişmeli olan taşınır ya da taşınmazı yerinde ya da mahkemede incelemeye tâbi tutacak, gerektiğinde keşif sırasında tanık dinleyerek ve bilirkişinin görüşünü alarak dava konusu çekişmeli şey hakkında bilgi sahibi olacaktır. Böylece hâkim doğrudan uyuşmazlık konusuyla temas kurarak edindiği kanaat sayesinde uyuşmazlığı çözmeye çalışacaktır. Keşif bir delil toplama ve inceleme yöntemi olduğundan, vakıayla temas ve de vakıa hakkında hâkime kanaat verici bir ispat aracı özelliğine sahip değildir. Esasen delil elde etme yöntemi olan keşifte delil teşkil eden şey, hâkimin kendi duyuları ile tespit ettiği hususlardır.

Keşifle taraflar arasında çekişme konusu nesne hâkim tarafından beş duyusuyla incelenecek ve gerektiğinde bilirkişi görüşüne ve tanık beyanlarına başvurulacaktır. Keşifte yapılan incelemenin amacı keşifle hâkimde maddi gerçeğe ulaşılması ihtimalinin artacağı yönünde oluşan kanaattir. İşte hâkim böyle bir kanaate vardığı

takdirde re'sen de keşif yapılmasına karar verebilecektir. Taraflara mali yük getirmesi ve yargılamanın daha uzun sürmesine sebep olmasına rağmen keşif deliline başvurulmasının sebebi budur.

Keşif ancak taraflardan birinin talebi ile yahut mahkemenin re'sen alacağı karar sonrasında icra edilecektir. Mahkeme ara kararında, keşfin yerini ve zamanını, keşfin icrası sırasında hangi vakıaların inceleme konusu yapılacağını, keşif giderlerinin nelerden ibaret olduğunu ve miktarını, bilirkişi incelemesi ya da tanık dinlenecekse bunların isimleri ve nitelikleri ve nihayet keşfe katlanma zorunluluğuna ilişkin bildirimi belirtmelidir. Keşif giderleri belirtilirken ve giderlerin yatırılması için süre verilirken, bu giderler kalem kalem ve açıklıkla kararda belirtilmelidir ve keşif giderini ödeme yükü üzerinde olan tarafa verilen süre içinde giderlerin ödememesinin yaptırımı konusunda uyarıda bulunulmalıdır. Keşif giderleri delil ikame avansı olarak değerlendirilmeli ve verilen kesin süre içinde yatırılmaması halinde dava usulden reddolunmamalı; HMK m. 324 f. 2 hükmü uyarınca taraf, keşif delilinin ikamesinden vazgeçmiş sayılmalıdır. Bu durumda hâkim mevcut delilleri dikkate alarak bir kanaate ulaşmalı ve esasa dair kararını vermelidir. Tek delil keşif ise ispat yükünün gereği yerine getirilemediği için dava reddolunmalıdır.

Gerek tarafların gerekse üçüncü kişilerin vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunma yükümlülüklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkan keşfe katlanma zorunluluğuna dair düzenleme hukukumuzda açık bir şekilde ilk kez HMK m. 291 hükmünde öngörülmüştür. HMK m. 291, f. 2 ve 3 hükümleri gereğince, taraflar dürüstlük kuralının sonucu olarak, üçüncü kişiler ise kamu düzeninin sağlanmasının gereği olarak keşif kararına uymak ve keşfi engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadırlar. Taraflardan birinin buna aykırı davranması durumunda ispat yükü üzerine düşen taraf keşif delilinden vazgeçmiş; diğer taraf ise iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılabilecektir. Keşfe karşı koyan üçüncü kişi ise, karşı koymanın sebep olduğu giderlere ve disiplin para cezasına mahkûm edilecek; hatta kendisine karşı zor kullanılabilecektir (HMK m. 291, f. 2, 3).

Keşif, keşfe konu uyuşmazlık konusu şey mahkemeye getirtilebiliyorsa mahkemede, aksi halde bulunduğu yerde icra edilecektir (HMK m. 288, f. 1). Ancak taşınmazlar üzerinde keşif her durumda taşınmazın bulunduğu yerde ve taşınmaza ait belgelerin yerel ve teknik bilirkişilerin yardımıyla taşınmaza uygulanmasıyla gerçekleşecektir. HMK m. 289, f. 2 hükmü uyarınca, keşif davaya bakan mahkeme tarafından icra edilecek; ancak keşif konusu mahkemenin yargı çevresi dışında ise inceleme istinabe suretiyle yapılacaktır. Kanun’a m. 291, f. 3 hükmü ile dahil olan, bir olayın nasıl geçmiş olabileceğini tespit için hâkim temsili uygulama da yaptırabilecektir.

Keşfin başka bir konusu olan ve taşınmazlar dışındaki bilgi taşıyıcıları ve bunlar üzerinde keşfin icrası denilince hukukumuzda HMK m. 199 hükmü ile giren ve hükmün metninde tanımlanan “belge” üzerindeki keşif akla gelir. Ayrıca, belge olan faks metinleri, elektronik ortamda tutulan kayıtlar, ses ve görüntü bantları üzerinde keşif, hukuki nitelikleri de göz önüne alındığında keşfin konusunu oluşturacaktır. Çoğu zaman bu belgelerin keşfi değil ibrazı söz konusu olacaktır ve belgelerin ibrazı çalışmamızın kapsamı dışındadır. Ancak yazılilik unsuru taşımayan belgeler üzerinde keşfin nasıl olacağına dair Kanun’da özel bir düzenleme yoktur. Keşfin icrasına ilişkin hükümler (HMK m. 288-290) bu tür belgelerin nitelikleri göz önüne alınarak bunlar hakkında da uygulanacaktır.

Bir diğer bilgi taşıyıcı ise kuşkusuz insan vücududur. İnsan vücudu üzerinde de kan veya doku alınmak suretiyle keşif yapılabilecektir. Tarafların ve üçüncü kişilerin vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunma yükümlülüklerini öngören HMK m. 291 hükmü, genel olarak keşfe katlanma zorunluluğunu düzenlenmişken; kanun koyucu, soybağı ile ilgili davaların kamu düzeninden olması sebebiyle keşfe katlanma zorunluluğunu, soybağının tespiti açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesi ile özel olarak düzenlemiştir. HMK m. 292 hükmü uyarınca, soybağının tespiti amacıyla, herkes (taraflar, üçüncü kişiler ve diğer ilgililer), uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak ve ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak kaydıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Soybağı ile ilgili davalarda yargılama usulünü belirten benzer hüküm 5271

sayılı TMK m. 284 ile mevcut olmasına rağmen, vücut üzerinde inceleme yapılmasından sakınan tarafın kişilerin buna zorlanamayacağı soybağına ilişkin davaların kamu düzeninden olma niteliğine uygun düşmemektedir. Her ne kadar doktrinde HMK m. 282 ile getirilen inceleme için beden üzerinde inceleme için zor kullanma yetkisi Anayasa'nın 17. maddesindeki kişi dokunulmazlığının ihlal edildiği ve kişilik hakkına müdahale olduğu gerekçesi ile eleştirilmekte ise de, bu müdahalenin kanunla düzenlenmiş olması ve soybağına ilişkin davaların aydınlatılmasının üstün nitelikli kamu ve özel menfaatin var olması sebebiyle bu eleştirilere katılmamaktayız.

Keşif sırasında yapılan tüm işlemler ve beyanları içeren bir tutanak tarafından düzenlenecek ve keşfe ilişkin plan, çizim, fotoğraf gibi belgeler tutanağa eklenecektir. Taraflar keşif tutanağında yer alan işlemlere ve tutanakta yer alan belgelere karşı itirazda bulunabilirler. Keşif işlemine itiraz, bizatihi keşfin icrasına yönelik olabileceği gibi, keşif kapsamında yapılan tanık dinlenmesi veya bilirkişiye başvurulması gibi diğer usuli işlemlere yönelik de olabilir. Bu bağlamda tanık beyanlarına ve bilirkişi raporuna itiraz konusunda, keşfin konusunu teşkil eden deliller hakkındaki hükümler uygulanacaktır.

Her ne kadar hukuk sistemleri ve uygulamaları çoğu zaman karşılaştırma yapabilmeyi dahi güçleştiren farklılıklar barındırsa da, Anglo – Amerikan hukukundaki keşif ile Türk hukukundaki keşif arasında birtakım benzerlikler yine de mevcuttur. Keşif kararı alınmasının tamamen hâkimin takdirinde olması, keşfe başvurma sebepleri, keşfin uygulanma alanı ile keşfin delil niteliği bakımından Anglo – Amerikan hukuku ile Türk hukuku birbirine benzemektedir. İki hukuk sisteminin keşfe ilişkin düzenlemeleri arasındaki en önemli fark, Anglo – Amerikan hukuk sisteminde Türk hukukunun aksine mahkeme salonuna getirtilebilen nesnelerin keşfin kapsamına girmemesidir. Ayrıca, Türk hukukunda özellikle taşınmaza ilişkin davalarda keşif deliline sıklıkla başvurulduğu halde, Anglo – Amerikan hukuk sisteminde exhibit kurumunun (dava sırasında ibraz) varlığı, keşif yoluna yeterince başvurulmamasına yol açmakta ve keşfin zayıf bir delil olarak nitelendirilmesine sebep olmaktadır.

Türk hukukunda keşif esnasında dinlenen tanıkların ifadelerinin tutanağa geçirilebilmesi imkânı kural olarak Anglo – Amerikan hukukunda mevcut değildir. Keşif giderlerinin belirlenmesi ve ödenmesinde iki hukuk sisteminde paralel düzenlemeler mevcuttur. Her iki sistemde de keşif talep eden taraf gerekli tüm giderleri önceden yatırmalıdır. Aksi halde keşif icra edilmez. Keşfe itiraz sebepleri, keşif zamanı ile keşfe etki eden unsurlar da her iki hukuk sisteminde benzerlikler göstermektedir. Anglo – Amerikan hukuk usulünde, keşif esnasında tarafların veya jüri üyelerinin tanıkları uyuşmazlık konusu olay hakkında sorgulamaları ve onlara soru sormaları yasaktır. Buna karşın, her ne kadar resmi bilirkişi kurumu bu sistemi benimsemiş olan ülkelerde yer almasa da, tarafların uzmanını (taraf bilirkişisi, özel bilirkişi veya uzman tanık şeklinde de adlandırılmaktadır) yargılamaya dahil etmesi usulü yaygındır. Hukuk usulümüzde özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi durumunda tarafların uzmanını keşif mahallinde hazır ederek keşfin icrasına dahil etmesinin önünde yasal bir engel olmaması dikkate alınarak Anglo – Amerikan hukuk sistemindeki bu kurumdan da yararlanılabilir. Ancak, söz konusu bilirkişilerin Anglo – Amerikan hukukunu benimsemiş ülkelerde mahkeme tarafından tanık sıfatıyla dinlendikleri düşünüldüğünde ve keşfin icrasında tanığın yaygın olmadığı dikkate alındığında ancak keşif dışında söz konusu uzman tanıklığa dair içtihatlardan istifade edilebilecektir.

Anglo – Amerikan hukuk sistemi ve keşif delilinin hukuki niteliği ve icrası incelendiğinde özellikle keşif esnasında temsili uygulama örneklerinden Türk Hukukunda faydalanılabilir. Her iki sistemde de keşif esnasında temsili uygulama yaptırılması imkânı mevcuttur. Ancak temsili uygulamaya katılabilecek kişiler, iki hukuk sisteminde aynı kişiler değildir. Türk hukukuna 6100 sayılı HMK ile açık hüküm konularak (HMK m. 290, f. 3) dahil edilen keşifte temsili uygulama yapılması imkânı Anglo – Amerikan hukuku uygulamasına nazaran oldukça yeni tarihlidir. Bu sebeple uzun süredir Anglo-Amerikan hukukunda uygulanan temsili uygulama yöntemleri Türk hukuku bakımından yol gösterici nitelikte olabilecektir. Türk hukukunda uzun süreli kökleşmiş Anglo-Amerikan hukukundaki örneklerden istifade edilerek temsili uygulama daha yaygın ve etkin yapılabilir.

KAYNAKÇA

Abay, Deniz: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tatbikatı (Ankara 2014).

Acabey, Mehmet Beşir: Soybağı (İzmir 2002).

Acar, Ayşe Ece: Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği (İstanbul 2013).

Akcan, Recep: Hukuk Mahkemelerinde Hukuki Yardım (İstinabe) ve Naip Tayine (Atanması), Ergun Önen'e Armağan (İstanbul 2003), s. 2 vd.

Akcan, Recep: Medeni Usul Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Delil Niteliği, SÜHFD 2001 (C. 9, S. 1-2), s. 159 vd.

Akcan, Recep: Medeni Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması, Turgut Kalpsüz'e Armağan (Ankara 2003), s. 901 vd.

Akcan, Recep: Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri (Konya, 1999).

Akil, Cenk: İstinaf Kavramı (Ankara 2010).

Akkaya, Tolga: Medeni Usul Hukukunda İstinaf (Ankara 2009).

Aksoy Dursun: Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292'nin Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Dergisi 2012 (C. 8, S. 95-96), s. 109 vd.

Aktepe Artık, Sezin: Medeni Usul Hukukunda Adil yargılanma Hakkı (Ankara 2014).

Akyol Aslan, Leyla: Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat (Ankara 2011).

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukukunun Esasları (7. Bası, İstanbul 2009).

Alangoya, Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler (İstanbul 1979).

Allen, Cristopher: Practical Guide to Evidence (4. Bası, Londra 2008)

- Andrews, Neil*: Principles of Civil Procedure (Londra 2010).
- Ansay, Sabri Şakir*: Hukuk Yargılama Usulleri (Ankara 1960).
- Arslan, Aziz Serkan*: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi (Ankara 2012).
- Arslan, Ramazan*: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı (Ankara 1989).
- Arslan, Ramazan*: Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (Ankara 1977).
- Aslan, Leyla Akyol*: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti (Ankara 2011).
- Aşçıoğlu, Çetin*: Yargılamada Maddi Gerçeğe Ulaşılması ve Kanayan Yara Bilirkişilik (Ankara 2010).
- Atalay, Oğuz*: Delil Kavramı Üzerine, Haluk Konuralp'e Armağan (C. I, S. 129, Ankara 2009), s. 133 vd.
- Atalay, Oğuz*: Emare İspatı, MBD 1999 (S. 3), s. 3 vd.
- Atalay, Oğuz*: Menfi Vakıaların İspatı (İzmir 2011).
- Atalı, Murat*: Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı (Ankara 2007).
- Ataman-Figanmaşe, İnci*: Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2005).
- Ataman-Figanmeşe, İnci*: Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında 1970 Tarihli Lahey Sözleşmesi, MHB 1-2/2003, Gülören Tekinalp'e Armağan (İstanbul, 2004), s. 19 vd.
- Ateş, Mustafa*: HMK Yargıtay İlke Kararları (Ankara 2013).
- Ateş, Mustafa*: Güncel Yargıtay Kararları Işığında HMK Uygulaması (Tartışmalar Bölümü), Medeni Usul ve İcra – İflas Hukukçuları Toplantısı XI (Gaziantep 2013), s. 356 vd.

Barrister, Stuart Sime: A Practical Approach to Civil Procedure (14. Bası, Oxford 2011).

Başözen, Ahmet: İlk Görünüş İspatı (Ankara 2010).

Baygın, Cem: Soybağı Hukuku (İstanbul 2010).

Bayraktaroğlu, Suzan: Medeni Usul Hukukunda Keşif (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 1997).

Belgesay, M. Reşit: Kanuni ve Takdiri Deliller ve Temyiz Mahkemesinin Delilleri Tetkiki (İstanbul 1938).

Belgesay, Mustafa Reşit: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi (C. 2) (İstanbul 1939).

Belgesay, Mustafa Reşit: Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller (İstanbul 1940).

Belgesay, Mustafa Reşit: İsbat Teorisi (İstanbul 1950).

Belgesay, Mustafa Reşit: Tatil Günlerinde Keşif, Hâkim Olmayan Bir Kimse Keşif İçin İstinabe Edilebilir mi?, İBD 1950 (S. 6), s. 305 vd.

Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri (3. Bası, Ankara 1978).

Bilge, Necip: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri (İstanbul 1978).

Bojczuk, William: Evidence Textbook (5. Bası, Londra 1993).

Bolayır, Nur: Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü (Ankara 2014).

Broun, Kenneth S./Blakey, Walker J.: Evidence (4. Bası, St. Paul 2005).

Budak, Ali Cem: Avukatlık Kanunu'nun 2. Maddesine Göre Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi, YÜHFD 2004/1, s. 363 vd.

Budak, Ali Cem: İspat Hukuku Açısından Hekimin Meslek Sırrı, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 17-19 Nisan 2008, s. 545 vd.

Budak, Ali Cem: Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller, YÜHFD 2006 (S. 2, Özel Sayı: Türk-Alman Hukuku Sempozyumu).

Cannon, Ruth/Neligan, Niall: Evidence (Dublin 2002).

Carlson, Ronald L./Imwinkelried, Edward J./Kionka, Edward/Strachan, Kristine: Evidence: Teaching Materials for an Age of Science and Statutes (6. Bası, Newark 2007).

Casey, Sir Maurice: Principles of the Law of Evidence (8. Bası, Wellington 1996).

Centel, Nur/Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku (10. Bası, İstanbul 2013).

Choo, Andrew: Evidence (2. Bası, Oxford 2009).

Curzon, L. B.: Dictionary of Law (6. Bası, London, 2002).

Çağlayan, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku (4. Bası, Ankara 2014).

Çelikel Aysel/Erdem, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk (13. Bası, İstanbul 2014).

Çelikoğlu, Cengiz Topel: Medeni Usul Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi, TBB 2012 (S. 100), s. 281 vd.

Çetin, İbrahim: Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medeni Usul Hukukunda Usul Ekonomisi, Sayıştay Dergisi 2010 (S. 78), s. 81 vd.

Çiftçi, Mete Özgür: Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf (İstanbul, 2011).

Delisle, Ron/Stuart, Don/Tanovich, David: Evidence (7. Bası, Toronto 2004).

Dennis, Ian H.: The Law of Evidence (3. Bası, Londra 2007).

Donay, Süheyl: Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (İstanbul 2009).

Durak, Niyazi: Gayrimenkul Davalarında Keşif Yapma-Kayıt Uygulama ve Kapsamlarını Tayin Etme Yöntemleri (Ankara 1997).

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Aile Hukuku (C. 3) (İstanbul 2013).

Düzgün, Metin: Medeni Usul Hukukunda Keşif, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara 1992).

Ege, Önder: Medeni Usul Hukukunda Keşif (Ankara 2014).

Ekşi, Nuray: Milletlerarası İstinabe, Baki Kuru'ya Armağan (Ankara 2004), s. 337 vd.

Ekşi, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (2. Bası, İstanbul 2000).

Emson, Raymond: Evidence (2. Bası, New York 2004).

Ercan, İbrahim/Arslan, Aziz Serkan: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Öngörülen Gider Avansının Uygulanması ile İlgili Olarak Ortaya Çıkan Bazı Meseleler ve Bunların Değerlendirilmesi, SÜHFD 2012 (S. 2), s. 170 vd.

Ercan, İsmail: Medeni Usul Hukuku (2. Bası, İstanbul 2013)

Erdem, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe, MHB, S. 2, Yıl: 9, 1989.

Erdönmez, Güray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazi, İBD, Cilt: 87, Sayı: 5, 2013, s. 35 vd.

Erdönmez, Güray: Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti (2. Bası, İstanbul 2014).

Erişir, Evrim: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri (İstanbul 2013).

Ermenek, İbrahim: Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul (Ankara 2009).

Erol, A. Nevzat: Hukukta Deliller ve İkamesi (Ankara 1969).

Erol, Nevzat: Hukukta Deliller ve İkamesi (Ankara 1966).

Ertanhan, Mesut: Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık (Ankara 2005).

Erturgut, Mine: Elektronik İmza Bakımından E-Belge ve E-İmza, Bankacılar Dergisi (S. 48), 2004, s. 66 vd.

Erturgut, Mine: Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi (Ankara 2004).

Eryılmaz, A. Ahmet: Medeni Yargılama Hukukunda Ses Bantlarının İspat Kuvveti, İTİAD 1981 (S. 1), s. 114 vd.

Field, Richard H./Kaplan, Benjamin/Clermont, Kevin M.: Civil Procedure (8. Bası, New York 2003).

Friedenthal, Jack H./Miller, Arthur R./Sexton, John E./Hershkoff, Helen: Civil Procedure (9. Bası, St. Paul 2005).

Friedland, Steven I./Bergman, Paul/Taslitz, Andrew E.: Evidence Law and Practice (3. Bası, Newark 2007).

Garner, Bryan A.: Black's Law Dictionary (9. Bası, Boston 2009).

Genya, Hayrettin: Hukuk Davalarında Mahalline Tapu Uygulaması Nasıl Yapılır, AD 1955 (Y. 55, S. 3-4), s. 250 vd.

Gold, Georg M.: The Propriety, Procedure, and Evidentiary Effect of a Jury View, 14 Intramural L. Rev. N.Y.U. 161 (1958-1959).

Gooch, Graham/Williams, Michael: A Dictionary of Law Enforcement (Oxford 2007).

Göksu, Mustafa: (Hukuk Yargılamasında) Vakıa ve Hukuk, Haluk Konuralp'e Armağan (Ankara 2009), s. 323 vd.

Göksu, Mustafa: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İspat ve Deliller konusunda Yapılan Değişiklikler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanununu Sempozyumu, (Ankara, 2011), s. 49 vd.

Göksu, Mustafa: Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil (Ankara 2011).

Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma, İlhan Öztrak'a Armağan, AÜSBFD 1994, C. 49, s. 199 vd.

Görgün, L. Şanal/Kodakoğlu, Mehmet: Medeni Usul Hukuku (Ankara 2012).

Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (10. Bası, Ankara 2013).

Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut: İdare Hukuku C. II - İdari Yargılama Hukuku (7. Bası, İstanbul 2014).

Grant, Charles M./Zeldin, Kim: Federal Trial Evidence (2. Bası, California, 2009).

Gündüz, Okan: Anglo – Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi (Ankara 2009).

Gürkanlar, Metin: Ses Alma Bantlarının Medeni Yargılama Hukukunda İspat Aracı Olarak Kullanılması, AİTİD 1974, (S:1-2), s. 317 vd.

Hannibal, Martin/Mountford, Lisa: The Law of Criminal and Civil Evidence (Harlow 2002).

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: Eşya Hukuku (İstanbul 1991).

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona: Aile Hukuku (İstanbul 1993).

Hollander, Charles: Documentary Evidence (8. Bası, London 2003).

İnceoğlu, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (4. Bası, 2013 İstanbul).

Kaçak, Nazif: Hukuk Davalarında İspat Rehberi (Ankara 2005).

Kalabalık, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku (6. Bası, Konya 2013).

Karafakih, İsmail Hakkı: Hukuk Muhakemeler Usulü (Ankara 1952).

Karafakih, İsmail Hakkı: Vasıtalı Deliller, Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan (Ankara 1964), s. 169 vd.

Karahacıoğlu, Haydar/Parlar, Aynur: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Ankara 2012).

Karşlı, Abdülrahim: Medeni Muhakeme Hukuku (3. Bası, İstanbul 2012).

Karşlı, Abdülrahim: Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler (İstanbul 2001).

Keane, Adrian: The Modern Law of Evidence (7. Bası, Oxford 2008).

Kılıçoğlu, Mustafa: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi (İstanbul 2012).

Kiper, Osman: Hukuk Davalarında Kanıtlar (Ankara 1995).

Kiraz, Taylan Özgür: Medeni Yargılama Hukukunda İkrar (2. Bası., Ankara 2013).

Konuralp, Haluk: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları (Ankara, 2009).

Konuralp, Haluk: Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı (Ankara, 2009).

Kunter, Nurullah: Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (İstanbul 1986).

Kuru, Baki/Arslan, Yılmaz/Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku (24. Bası, Ankara 2013).

Kuru, Baki/Budak, Ali Cem: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İBD 2011 (C. 85, S. 5), s. 2 vd.

Kuru, Baki: 2008 Tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, MİHDER 2009 (S. 1), s. 13 vd.

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü C.: 1, 2, 3, 5 (6. Bası, İstanbul 2001).

Kuru, Baki: Nizasız Kaza (Ankara 1961).

Kut, K. Hakkı: Men'i Müdahale Davalarında Keşif Şart mıdır, AD 1950 (S. 30), s. 327 vd.

Lipson, Ashley S.: Art of Advocacy Demonstrative Evidence (Massachusetts, 2012).

Lipson, Ashley S.: Is it Admissible? (California, 2013).

- Mabry, Frank*: Is Jury View Recognized in Texas?, 1. S. Tex. L.J. 180 (1954-1955).
- Mahmutoğlu, Fatih Selami*: Beden ve Vücuttan Örnek Alınması (<<http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>>, Erişim: 12.06.2013).
- Malek, Hodge M./Auburn, Jonathan/Bagshaw, Roderick*: Phipson on Evidence (17. Bası, Londra 2009).
- Marcus, Richard L./Redish, Martin H./Sherman, Edward F.*: Civil Procedure (4. Bası, St. Paul 2005).
- Mueller, Christopher B./Kirkpatrick, Laird C.*: Evidence (2. Bası, St. Paul 2005).
- Muşul, Timuçin*: Medeni Usul Hukuku (3. Bası, Ankara 2012).
- Namlı, Mert*: Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi (İstanbul 2014).
- Nokes, Gerald Dacre*: An Introduction to Evidence (2. Bası, Londra 1956).
- Nomer, Ergin*: Devletler Hususi Hukuku (20 Bası, İstanbul 2013).
- O'Hare, John/Browne, Kevin*: Civil Litigation (12. Bası, London 2005).
- Oberhammer, Paul/Domej, Tanja/Haas, Ulrich*: Kurzkomentar ZPO (2. Bası Basel 2013).
- Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa*: Aile Hukuku (2. Bası, İstanbul 1998).
- Okumuş, Nagehan*: Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebepleri (Kanunda Düzenlenmemiş Takdiri Deliller), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Erzurum 2010).
- Onar, Sıddık Sami/Belgesay, Mustafa Reşit*: Adliye Hukukunun Umumi Esasları (İstanbul 1944).
- Osborne, Craig*: Civil Litigation (12. Bası, Oxford 2004).

Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku (Ankara 1979).

Özaykut, Salih/Beleç, Mehmet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat (Ankara 2014).

Özbay, İbrahim/Aksan Nar, Şerife: Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul, EÜHFD 2010 (C. XIV, S. 3-4), s. 187 vd.

Özbay, İbrahim: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ne Getirdi? (2. Bası, Ankara 2013).

Özbek, Mustafa Serdar: Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı (Ankara 2013).

Özdemir, H. Enver: Ceza Davaları ile Trafik Kazalarında Keşif ve Bilirkişilik (İstanbul 1971).

Özdil, Zekai: Yetersiz Keşif ve Soruşturmalar Adaleti Geciktiriyor, AD 1975 (S. 1-2), s. 66 vd.

Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (2. Bası, Ankara 2011).

Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm, YD 2000 (C. 26), s. 661 vd.

Özekes, Muhammet: Medeni Yargılama Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı (Ankara, 2003).

Özkan, Hasan: Hukuk Davalarında Keşif Bilirkişilik ve Tatbikatı (Ankara 1996).

Özmen, E. Saba: Telefaks Cihazları (Facsimile) İle Gönderilen İrade Beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları, ABD 1990 (S. 1), s. 76 vd.

Öztek Selçuk: Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif ve Uzman Görüşü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi (İstanbul 2006), s. 180 vd.

Öztürk, Bahri (Edit.): Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (7. Bası, İstanbul 2014).

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku (14. Bası, Ankara 2013).

Pekcanitez, Hakan: Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, HPD 2006 (S. 8), s. 69 vd.

Pekcanitez, Hakan: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V (Ankara 2006), s. 5 vd.

Pekcanitez, Hakan: Hukuki Dinlenilme Hakkı, Seyfullah Edis'e Armağan (İzmir 2000), s. 753 vd.

Pekcanitez, Hakan: Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, İzmir Barosu Dergisi, 1999 Ekim, s. 21 vd.

Pekcanitez, Hakan: Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale (Ankara 1992).

Pekcanitez, Hakan: Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzmir Barosu Dergisi, 1997 Nisan, s. 35 vd.

Penner, James: Law Dictionary (12. Bası, Londra, 2001).

Postacıoğlu İlhan E.: Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964

Postacıoğlu, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri (3. Bası, İstanbul 1975).

Prater, Dennis D./Capra, Daniel J./Saltzburg, Stephen A./Arguello, Christine M.: Evidence: The Objection Method (3. Bası, Newark 2007).

- Rüzgaresen, Cümhur*: Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi (Ankara 2013).
- Sever, Hanifi*: Adli Ses İncelemeleri ve Hukuki Boyutu (Ankara 2008).
- Sime, Stuart*: Civil Procedure (7. Bası, Oxford 2004).
- Spencer, A. Benjamin*: Civil Procedure (2. Bası, St. Paul 2008).
- Stockdale, Michael/McAlhone, Christina*: The Elements of Evidence (Newcastle 1997).
- Sungurtekin Özkan, Meral*: Türk Medeni Yargılama Hukuku (İzmir 2013).
- Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman, İnci*: Milletlerarası Özel Hukuku (3. Bası, İstanbul 2014).
- Tanrıver, Süha*: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler, TBBD 2012 (S. 99), s. 21 vd.
- Tanrıver, Süha*: Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri ve Sorumluluğu (Ankara 2002).
- Tanverdi, Mücahit*: Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik (İstanbul Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1991).
- Tapper, Colin*: Evidence (10. Bası, London 2004).
- Taşpınar, Sema*: Delil Sözleşmeleri (Ankara 2001).
- Taşpınar, Sema*: Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, Faruk Erem'e Armağan (Ankara 1999), s. 759 vd.
- Tekinay, Selahattin Sulhi*: Türk Aile Hukuku (7. Bası, İstanbul 1990).
- Tercan, Erdal*: Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Ankara 2001).
- Toker, Ali Gümrah*: Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir 2011).
- Topuz, Gökçen*: Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat (Ankara, 2012).

Toraman, Barış: Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi (Eskişehir Anadolu Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2012).

Toroslul, Nevzat/Feyzioğlu, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku (23. Bası, Ankara 2014).

Turan, Hüseyin: Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi, TBBD 2009, (S.: 84), s. 213.

Tutumlu, M. Akif: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu (2. Bası, Ankara 2012).

Tutumlu, M. Akif: Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi (4. Bası, Ankara 2007).

Uglow, Steve: Evidence (Londra 1997).

Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder: İsbat Yüğü (Ankara, 1980).

Umar, Bilge: HMK Tasarısı Değerlendirmesi (Tartışmalar Bölümü), Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V (Ankara 2006), s. 113 vd.

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (2. Bası, İstanbul 2014).

Umar, Bilge: Hususi Hukukta Karineler, Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan (Ankara 1964), s. 181 vd.

Uyar, Talih: İcra Hukukunda Olumsuz Tesbit ve Geri Alma Davaları (İzmir 1993).

Ünver, Yener/Hakeri, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku (4. Bası., Ankara 2011).

Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku C. 1-2 (İstanbul 2000).

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku C. 2 – Aile Hukuku (5. Bası, İstanbul 1965).

Waltz, Jon R./Park, Roger C.: Evidence (10. Bası, New York 2004).

Werlein, Ewing: The Jury View in Texas: An Unanswered Question, 40 Tex. L. Rev. 246 (1961-1962).

Wigmore, John Henry: Evidence in Trials at Common Law C.: 4 (3. Bası., Boston 1940).

Wigmore, John Henry: Evidence in Trials at Common Law C.: 6 (3. Bası., Boston 1976).

Yavaş, Murat: Belge ve Senet, Yemin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Getirdiği Yeniliklerin Değiştirilmesi (2. Bası, İstanbul 2008), s. 185 vd.

Yavaş, Murat: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1999.

Yavaş, Murat: Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ve Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009.

Yavuz, Nihat: Hukuk Davalarında Belgelerin Çekişmeli Taşınmazlara Uygulanması Sorunu, ABD 1975 (S. 1), s. 30 vd.

Yıldırım, Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi (İstanbul 1990).

Yıldırım, M. Kamil: Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağan (Ankara 2004), s. 833 vd.

Yıldırım, M. Kamil: Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku (6. Bası, İstanbul 2011), s. 108 vd.

Yıldız, Ali Kemal: Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme, İÜHF 2007 (C. LXV, S. 1), s. 125 vd.

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (2. Bası, Ankara 2013).

Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü (Ankara, 2006).

Yılmaz, Ejder: İstinaf (Ankara 2005).

Yılmaz, Ejder: Medeni Yargılama Hukukunda Islah (4. Bası, Ankara 2013).

Yılmaz, Ejder: Usul Ekonomisi, AÜHFD 2008 (C. 57, S. 1), s. 243 vd.

Yılmaz, Orhan: Hukukta Keşif (2. Bası, İstanbul 1988).

ÖZGEÇMİŞ

Fatih Yurtbaşı 27.5.1984 tarihinde İstanbul'da doğmuş olup lise öğrenimini 2002 yılında Vatan Anadolu Lisesi'nden mezun olarak tamamlamıştır. Yükseköğrenimine Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde başlamış ve 2010 yılı Ocak ayında mezun olmuştur. Üniversite öğreniminin bir kısmını 2006 – 2007 Güz öğretim yılında Erasmus Bursu ile gittiği Vrije Universiteit Brussel'de tamamlamıştır. Mezuniyetinin ardından İstanbul Barosu'nda Avukatlık stajına devam etmiş ve 2011 yılında avukatlık ruhsatnamesini almıştır. Halen İstanbul Barosu'na avukat olarak kayıtlıdır. 2011 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümünde yüksek lisans eğitime başlamasını takiben 2011 yılı Eylül ayında Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk bölümünde tam zamanlı araştırma görevlisi olarak çalışmaya başlamış olup halen görevini bu kurumda sürdürmektedir.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Galatasaray Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı : Fatih Yurtbaşı
Tez Başlığı : Medeni Usul Hukukunda Keşif
Savunma Tarihi : 17.06.2015
Danışmanı : Doç. Dr. Güray Erdönmez

JÜRİ ÜYELERİ

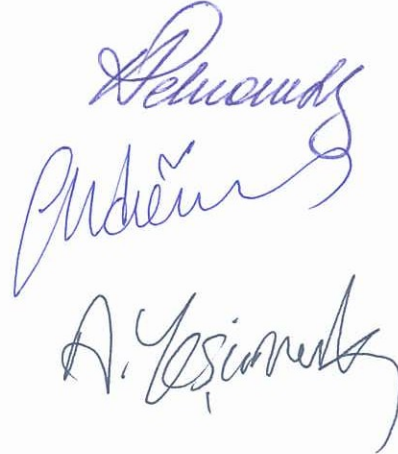
Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Doç. Dr. Güray Erdönmez

Doç. Dr. Ali Yeşilırmak



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

