

T.C
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delil Tespiti

Birce ARSLANDOĞAN
2502070209

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Abdurrahim Karşlı

İstanbul, 2014



DOKTORA

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : BİRCE ARSLANDOĞAN

Numarası : 2502070209

Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Danışman : PROF.DR.ABDURRAHİM KARSLI

Tez Savunma Tarihi : 11.03.2014

Tez Savunma Saati : 14:30

Tez Başlığı : HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NA GÖRE DELİL TESPİTİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞU~~YLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1.PROF.DR. ABDURRAHİM KARSLI		Kabul
2. PROF.DR.HAKAN PEKCANITEMİZ		Kabul
3. PROF.DR.SAİBE OKTAY ÖZDEMİR		Kabul
4. PROF.DR. TİMUÇİN MUŞUL		Kabul
5. PROF.DR.İBRAHİM ERCAN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.M.TUFAN ÖĞÜZ		
2- DOÇ.DR.GÜRAY ERDÖNMEZ		

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delil Tespiti

Birce Arslandoğan

Z

Gerçeğe ulaşma aracı olan deliller, ispat yükü üzerinde olan tarafın bu görevini yerine getirerek açılan dava ile korunması istenen hukuki menfaate ilişkin varılmak istenen hukuki sonuca ulaşılmasında hayati bir önem taşımaktadırlar. Medeni muhakeme hukukunun amacının şekli gerçeğe değil, maddi gerçeğe ulaşılması olduğuna ilişkin görüşlerin ağırlık kazandığı günümüzde delillerin ispat gücünü kaybetmesi ve bu sebeple maddi gerçeğe ulaşılamaması durumunda ise yargılama hukukunun sert bir ereve içerisine hapsolacağı aşıkardır. Bu sebeple yargılama hukuku kurumlarını katı şekil kurallarıyla boğmak ve delillerin ispat gücünü kaybetmeleri halinde derdest yargılamaların sonucunda varılan hükümlerin maddi gerçeği yansıtmayacak olmaları problemini ortadan kaldıracılamak için ‘delillerin tespiti’ kurumuna başvurulması mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Deliller, hukuki yarar, ispat kavramı, ispat yükü, kesin deliller, takdiri deliller, geçici hukuki korumalar, ihtiyati tedbirler, esas dava, şekli gerçek, maddi gerçek, kanun yolları.

Determination of Evidence Pursuant to the Turkish Civil Procedure Law

Birce Arslandoğan

ABSTRACT

Evidence, which is a means to reach the truth, is of vital importance for reaching the legal result regarding the legal benefit, which is (aimed to be) protected by the lawsuit filed by the party carrying the burden of proof. In these days, with opinions which define the purpose of civil procedural law as the attainment of material facts rather than formal facts gaining more significance, it is self-evident that civil procedural law will be trapped in an inflexible frame should the evidence lose its capacity to prove facts and thus the material facts are not reached. Therefore, it is possible to apply the process of the "determination of evidence" in order to protect civil procedure law from being stifled by rigid formal rules and solve the problem of material facts not being reflected in the verdicts reached by the courts.

Keywords: Evidence, legal benefit, concept of proof, burden of proof, conclusive evidence, discretionary evidence, temporary legal protection, temporary injunction, related lawsuit, formal fact, material fact, appeal process

ÖNSÖZ

Bu tezin konusunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda geçici hukuki korumaların bir türü olarak düzenlenmiş olan delil tespiti kurumu oluşturmaktadır. Çalışmanın hazırlanmasında Türk ve Alman hukukunda doktrin görüşlerinden, yargı içtihatlarından imkanlar ölçüsünde geniş bir biçimde yararlanılmaya çalışılmış, bu görüşler, kurumun konusu ve hukuki niteliği, kuruma konu olabilecek deliller, delil tespitinin şartları ve usulü şeklinde üç ana bölümde sistematik olarak incelenmiş ve hukukumuz bakımından önem arz eden hususlara özel olarak değinilmiş, muhtemel hukuki sorunlara çözüm önerileri geliştirilmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmanın tamamlanabilmesi, yazara yol gösteren ve destek olan başta tez danışmanı olmak üzere, pek çok kişinin emeği sayesinde mümkün olabilmektedir. Bu noktada öncelikle tez danışmanım ve hocam Prof. Dr. Abdurrahim Karslı'ya şükranlarımı ifade etmek isterim. Hocam Prof. Dr. Abdurrahim Karslı, çalışmanın başından sonuna kadar gerek manevi desteği ve teşviki, gerekse çalışma konusuna ilişkin görüş ve eleştirileri ile tezin tamamlanmasında en büyük pay sahiplerinden birisidir. Tez konusunun yanı sıra, bir üniversite mensubu olarak akademik hayata ilişkin bilgi ve tecrübesinin, şahsımın istifade edebildiği ölçüde akademik hayatımda yol göstereceğini ifade etmek isterim.

Tezin hazırlanması aşamasında tez izleme komitesinde yer alan ve çalışmayı titiz bir şekilde inceleyip görüşleriyle katkıda bulunan, sabrını ve manevi desteğini hiçbir zaman eksik etmeyen Hocam Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e de minnetlerimi sunarım. Yine tez izleme komitesinde yer alan ve tez danışmanlığımı tezin başlangıç aşamasında üstlenerek, beni onurlandıran Hocam Prof. Dr. Saibe Oktay-Özdemir'e teşekkürlerimi sunarım.

Bu çalışmanın önemli bir bölümü, Almanya Köln Üniversitesi Muhakeme Hukuku Enstitüsü'nde gerçekleştirilmiştir. Gerek Almanca kaynaklara ulaşılabilmesi noktasında, gerekse Alman hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta kurumun ve benzer müesseselerin anlaşılması noktasında enstitüde sunulan çalışma imkanları tezin tamamlanmasında hayati işlev görmüştür. Burada sağladığı imkanlar ve bilimsel tartışmalarda bana yol göstericiliği nedeniyle Almanya Köln Üniversitesi Muhakeme

Hukuku Enstitüsü Müdürü Prof. Dr. Hanns Prütting'e teşekkürlerimi sunmak, ifa edilmesi gereken bir görevdir. Yine yurtdışı araştırmalarımı yapmamı mümkün kılan ekonomik kaynağı sağlayan Fakültemiz Dekanı Sayın Prof. Dr. Adem Sözüer'e ve onun şahsında Tinçel Kültür Vakfı'na da teşekkürü bir borç bilirim.

Çalışmanın ilgililere faydalı olması ve Medeni Muhakeme Hukuku alanına az da olsa bir katkı sunmuş olmak, yazarın en büyük temennisidir.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
ÖZ.....	iii
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM - Delil Tespitinin Tarihsel Gelişimi, Tanımı ve Hukuki Niteliği.....	7
I. Delil Tespitinin Tarihsel Gelişimi	7
II. Delil Tespitinin Tanımı	11
III. Delil Tespitinin Hukuki Niteliği.....	13
A. Delil Tespitinin Hangi Yargılama Türüne Dahil Olduğu Meselesi.....	14
1. Görülmekte Olan Bir Davada Talep Edilen Delil Tespitinin Dahil Olduğu Yargılama Türü: Çekişmeli Yargı.....	14
2. Açılacak Bir Davaya İlişkin Olarak Talep Edilen Delil Tespitinin Dahil Olduğu Yargılama Türü	16
a. Çekişmesiz Yargı	16
b. Açılacak Bir Davaya İlişkin Delil Tespiti Talebinin Dahil Olduğu Yargılama Türü ..	18
B. Delil Tespiti Talebinin Davanın Açılmasına Bağlanan Sonuçlarla Karşılaştırılması.....	20
1. Kavramsal Karşılaştırma	20
2. Davanın Açılmasının Maddi Hukuk Bakımından Sonuçlarının Delil Tespiti Talebi ile Karşılaştırılması	22
a. Genel Olarak.....	22
b. Zamanaşımının Kesilmesi.....	23
c. İyiniyetin Ortadan Kalkması	28
d. Davalının Temerrüde Düşmesi	29
3. Davanın Açılmasının Usul Hukuku Bakımından Sonuçlarının Delil Tespiti Talebi ile Karşılaştırılması	30
a. Mahkemenin Davayı İnceleme Zorunluluğu.....	31
b. Derdestlik	31
c. Davayı Geri Alma Yasağı	34
d. Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağı.....	35
C. Delil Tespiti ile Tespit Davasının Karşılaştırılması.....	37
1. Hukuki Korumanın Muhtevasına Göre Davalar	38
2. Tespit Davası.....	41
3. Delil Tespiti ile Tespit Davasının Karşılaştırılması	43
D. Delil Tespitinin İhtiyati Tedbir Kurumu ile Karşılaştırılması.....	45
1. Hukuki Niteliği	45
2. İhtiyati Tedbirlerin Tanımı ve Amacı	47
3. İhtiyati Tedbirlerin Türleri	48
4. İhtiyati Tedbir ile Delil Tespitinin Karşılaştırılması	51
IV. Delil Tespitinin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşümüz.....	55
İKİNCİ BÖLÜM - Delil Tespitine Konu Olabilecek Deliller	60
I. Genel Bilgi	60
II. Delil Tespitine Konu Olabilecek Deliller	61
A. İspat Kavramı, İspatın Konusu ve Araçları	61

B. Kesin Deliller	65
1. Kavram	66
2. Senet	66
a. Delil Tespiti ile Senet Deliline Başvurulması	68
3. Ticari Defterler	72
a. Ticari Defterlerin Delil Tespiti İşlemine Konu Olabilmesi	73
4. Yemin	74
a. Kavram	74
b. Yemin Delilinin Delil Tespitine Konu Olabilmesi	74
5. Kesin Hüküm	76
a. Kesin Hüküm Kavramı	77
b. Delil Tespiti Yolu ile Kesin Hükümün Tespiti	78
6. İkrar	79
a. Genel Olarak İkrar	79
b. Delil Tespiti Yolu ile İkrar Delilinin Tespiti	81
C. Takdiri Deliller	82
1. Genel Olarak	82
2. Tanık	82
a. Tanım	82
b. Delil Tespiti Yolu ile Tanık İfadesinin Alınması	83
3. Bilirkişi	85
a. Tanım	85
b. Bilirkişi İncelemesinin Delil Tespitine Konu Olması	86
4. Keşif	89
a. Genel Olarak Keşif	89
b. Keşif Yapılmasının Delil Tespitine Konu Olması	90
5. Kanunda Düzenlenmemiş Deliller	93
a. Genel Olarak	93
b. Kanun'da Düzenlenmemiş Delillerin Delil Tespitine Konu Olabilmesi	94
D. Delil Tespitine Konu Olabilecek Diğer İşlemler	95
1. Kapsam	95
2. İsticvap	96
3. Uzman Görüşü	97
4. Tarafın Dinlenmesi	98
5. Delil Başlangıcı	99
Üçüncü Bölüm - Delil Tespitinin Şartları ve Usulü	102
I. Genel Bilgi	102
II. Delil Tespitinin Şartları	103
A. Genel Olarak	103
B. İnceleme Sırası Gelmemiş Delillerin Tespiti	107
C. Delil Tespitinde Hukuki Yarar Bulunması	108
1. Varlığı Aranan Hukuki Yarar	108
2. Varolduğu Kabul Edilen Hukuki Yarar	118
3. Hukuki Yararın Asıl Davanın Açılmasının Engelleyecek Şekilde Tezahürü	119
III. Delil Tespiti Usulü	121
A. Delil Tespiti Talebinde Bulunabilecek Kişiler	122
1. Dava Açılmadan Önce Delil Tespiti Talep Edebilecek ve Aleyhine Delil Tespiti Talep Edilebilecek Kişiler	124
2. Görülmekte Olan Davada Delil Tespiti Talebinin Tarafları	126
3. Dava Arkadaşlığı Bulunan Hallerde Delil Tespitine Başvurabilecekler Kişiler	127
a. Kavram	127
b. Mecburi Dava Arkadaşlarının Delil Tespiti Talebinde Bulunması	127
c. İhtiyari Dava Arkadaşlarının Delil Tespiti Talebinde Bulunması	131
4. Davaya Müdahale Halinde Delil Tespitine Başvurabilecek Kişiler	133

a. Delil Tespiti ve Asli Müdahale.....	133
(1) Asil Müdahilin Delil Tespiti Talebinde Bulunabilmesi.....	134
(2) Delil Tespitine Asli Müdahale İmkânı.....	135
b. Delil Tespiti ve Fer'i Müdahale.....	136
(1) Fer'i Müdahilin Delil Tespiti Talebinde Bulunabilmesi İmkânı.....	138
(2) Delil Tespitine Fer'i Müdahale İmkânı.....	141
B. Delil Tespitinde Talebinin Yöneltileceği Mercî	141
1. Noterlerin Tespit İşleri.....	142
2. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	143
a. Genel Olarak.....	143
b. Esasa İlişkin Dava Açılmadan Önce Yapılan Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme	145
(1) Genel Kural	145
(2) Esas Hakkındaki Davaya Bakacak Olan Mahkeme	145
(3) Keşif veya Bilirkişi İncelemesi Yapılacak Olan Şeyin Bulunduğu Yer Sulh Mahkemesi.....	146
(4) Tanık Olarak Dinlenecek Olan Kişinin Oturduğu Yer Sulh Mahkemesi	147
(5) Genel Değerlendirme	147
c. Esasa İlişkin Dava Açıldıktan Sonra Yapılan Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme	151
C. Delil Tespiti Talebi	151
1. Delil Tespiti Talebinin Şekli.....	151
2. Delil Tespiti Talep Dilekçesinin İçeriği.....	152
a. Mahkemenin Adı.....	153
b. Tarafların ve varsa Vekillerinin Ad, Soyad ve Adresleri	154
c. Talep Sahibinin Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarası	154
d. Talep Konusu	155
e. Talepte Bulunanın Talebini Haklı Gösterecek Tüm Vakıaları, Nedenlerini ve Varsa Delillerini Belirtmesi	155
f. Dayanılan Hukuki Sebepler.....	157
g. Talep Sonucu	158
h. İleride Açılacak Davanın Somut Olarak Gösterilmesi.....	159
ı. İmza	160
D. Yargılama Usulü.....	161
1. Delil Tespiti Taleplerinde Yargılama Usulü.....	161
2. Delil Tespiti Yargılamasında İspat Yükü ve İspat Ölçüsü	162
a. Delil Tespiti Yargılamasında İspat Yükü	162
(1) Genel Olarak İspat Yükü	162
(2) Delil Tespiti Yargılamasında İspat Yükü.....	163
b. Delil Tespiti Yargılamasında İspat Ölçüsü.....	163
(1) Genel Olarak İspat Ölçüsü.....	163
(2) Delil Tespiti Yargılamasında İspat Ölçüsü	165
3. Delil Tespiti Yargılamasında Deliller.....	169
4. Delil Tespiti Yargılamasında Hukuki Dinlenilme Hakkı.....	170
E. Delil Tespiti Talebinin İncelenmesi.....	172
F. Delil Tespiti Talebi Hakkında Verilebilecek Kararlar	174
1. Genel Olarak.....	174
2. Delil Tespiti Talebinin Reddi.....	175
3. Delil Tespiti Talebinin Kabulü.....	175
4. Delil Tespiti Talebinin Reddi veya Kabulü Kararının Hukuki Niteliği	176
5. Delil Tespiti Talebine İlişkin Verilen Kararlara Karşı Gidilebilecek Hukuki Yollar ...	179
a. Genel Olarak.....	179
b. Delil Tespiti Talebine İlişkin Kararlara Karşı İtiraz	180
c. Delil Tespiti Talebine İlişkin Kararlara Karşı Kanun Yolları.....	183
G. Delil Tespiti İşleminin İcrası	186

1. Genel Olarak	186
2. Delil Tespiti İşlemi.....	186
a. Karşı Tarafın Delil Tespiti İşlemi Sırasında Hazır Bulunması.....	186
b. Delil Tespitinin Karşı Tarafın Yokluğunda Yapılması	188
(1) Aleyhine Tespit Yapılacak Kişinin Gösterilememesi.....	188
(2) Acele Hallerde Delil Tespiti	189
3. Delil Tespiti İşlemi Sırasında Uygulanacak Hükümler	190
a. Genel Olarak.....	190
b. Tanık.....	191
c. Bilirkişi	191
d. Keşif.....	192
4. Hakim Delil Tespiti İşlemi Sırasında Zor Kullanma Yetkisinin Olup Olmadığı	193
a. Sorunun Ortaya Konması	193
b. Hakim Delil Tespitinin İcrası Sırasında Zor Kullanma Yetkisinin Olduğunu Kabul Eden Görüş.....	193
c. Hakim Delil Tespitinin İcrası Sırasında Zor Kullanma Yetkisinin Olmadığını Kabul Eden Görüş.....	194
d. Görüşümüz.....	194
5. Delil Tespiti İşleminin İcrasının Zamanı	196
6. Delil Tespiti İşlemine İtiraz	197
a. Genel Olarak.....	197
b. Delil Tespiti İşlemine İtiraz.....	199
c. Delil Tespiti İşlemi ile Elde Edilen Bilirkişi Raporuna İtiraz	202
d. Delil Tespiti İşlemine İtirazlara İlişkin Kararlar.....	205
H. Delil Tespiti Kararının Hüküm ve Sonuçları	207
1. Genel Olarak	207
2. Delil Tespiti Kararının İçeriği	207
3. Delil Tespiti Kararının Hukuki Niteliği	208
4. Delil Tespiti Kararının Asıl Davaya Etkisi	208
5. Delil Tespiti Kararına Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar.....	210
SONUÇ.....	211
KAYNAKÇA.....	217
ÖZGEÇMİŞ.....	234

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Abs.	: Absatz (fıkra)
AD	: Adalet Dergisi
a.g.m.	: adı geçen makale
AnwBl	: Anwaltsblatt
Art.	: Artikel (madde)
Aufl.	: Auflage (baskı)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
aş.	: aşağıda
b.	: bent
Bank.K.	: 5411 sayılı Bankalar Kanunu
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BauR	: Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
Beschl.	: Beschluss
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGBI	: Bundesgesetzblatt
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bkz./bkz.	: Bakınız
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
c.	: cümle
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DRZ	: Deutsche Rechts Zeitschrift
E.	: Esas
EBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
H.	: Heft
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
MÜHFAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İKİD	: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JR	: Juristische Rundschau
Jura	: Juristische Ausbildung
JZ	: Juristenzeitung
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
Kn.	: Kenar Numarası
LG	: Landgericht
m.	: madde
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
MHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport
OLG	: Oberlandesgericht
OLGRspr	: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OR	: Obligationenrecht
öZPO	: Die österreichische Zivilprozessordnung
RG	: Resmi Gazete
Rnd.	: Rundnummer (Kenar numarası)

s.	: sayfa
S.	: sayı
SJZ	: Schweizerische Juristen Zeitung
T.	: tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
v.	: von
vd.	: ve devamı
VersR	: Versicherungsrecht
YD	: Yargıtay Dergisi
YHD	: Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: yukarıda
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZPO	: Die deutsche Zivilprozessordnung
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozess

GİRİŞ

Gerçeğe ulaşma aracı olan deliller, ispat yükü üzerinde olan tarafın bu görevini yerine getirerek açılan dava ile korunması istenen hukuki menfaate ilişkin varılmak istenen hukuki sonuca ulaşılmasında hayati bir önem taşımaktadır. Medeni usul hukukunun amacının şekli gerçeğe değil, maddi gerçeğe ulaşılması olduğuna ilişkin görüşlerin ağırlık kazandığı günümüz yargılama hukukunda, delillerin ispat gücünü kaybetmesi ve bu sebeple maddi gerçeğe ulaşılabilmesi durumunda ise yargılama hukukunun sert bir çerçeve içerisine hapsedilmesi aşikârdır. Bu sebeple, yargılama hukuku kurumlarını katı şekil kurallarıyla boğmak ve delillerin ispat gücünü kaybetmesi halinde derdest yargılamanın sonucunda varılan hükmün maddi gerçeği yansıtmayacak olması problemini ortadan kaldırabilmek için ‘delil tespiti’ kurumuna başvurulması mümkündür.

Özellikle yargılamanın çok uzun sürdüğü ve delillerin incelenmesi aşamasına çok geç geçilebildiği yargılama sistemlerinde, delillerin tamamen ortadan kalkması veya kullanılmalarının güçleşmesi tehlikesi mevcuttur. Bu sebeple, delillerin, gerekli şartların varlığı halinde, bazı durumlarda hukuki ihtilafın esasına ilişkin dava açılmadan önce, bazı durumlarda ise, esas dava içinde fakat tahkikat aşamasından önce toplanması gerekebilmektedir ki bu da bizi hukuki bir çözüm olarak Hukuk Muhakemeleri Kanun’unda yer alan delil tespiti kurumuna götürmektedir. Bu bağlamda delil tespiti kurumunun konusu, maddi vakıaların belirli bazı ispat araçlarının kullanılarak, yargılama hukuku bakımından usulüne uygun, doğru zamanda ve acele ile tespit edilmesidir¹. Delil tespiti sonucunda mahkeme tarafından verilen karar meselenin esasına ilişkin değildir. Delil tespiti ile usulüne uygun bir şekilde delillerin güvence altına alınması sağlanmış olacak ve fakat bu yapılırken delillerin değeri hakkında bir sonuca varılmayacaktır².

¹ OLG Nürnberg, NJW 1989, s.235.

² Thomas Hoeren, Streitverkündung im selbststaendigen Beweisverfahren, ZZP 1995, Band 108, Heft 3, s.343-358, s.348.

Bu bağlamda delil tespiti konusunu, delillerin veya mevcut bir durumun tespit edilerek muhafaza edilmesi oluşturmaktadır. İspatın konusunu, davada dayanılan maddi vakıalar oluşturmaktadır. İspat araçları olan deliller ise, hakimde maddi vakıaya ilişkin kanaat oluşturmak için başvurulacak kaynaklardır. Davada dayanılan maddi vakıalar, ispatın konusunu oluşturmaktadır. Davaya konu olan hukuki ihtilaf, taraflar arasında çekişmeli olan vakılardan kaynaklanmış olduğundan, ispata konu olacak olan vakıalar da taraflar arasındaki çekişmeli vakıalar olacaktır. İspatın konusu taraflar arasındaki çekişmeli vakıalar olduğuna göre, delil tespiti konusunu da, kural olarak taraflar arasında çekişmeli olan deliller olacaktır. Ancak, delil tespiti konusunun taraflar arasındaki çekişmeli vakıalar olması, çekişmesiz yargıda delil tespitine başvurulamayacağı anlamına gelmemektedir. Lâkin çekişmesiz yargı işlerinde kural olarak 'ihtilaf yokluğu' kriteri kabul edilmiş olmakla birlikte, somut olaya ve somut olayın konu olduğu her bir dava tipine göre ayrı ayrı değerlendirme yapmak ve buna göre bir sonuca varmak gereklidir. Delil tespiti konusunu genellikle maddi vakıalar oluşturmakla birlikte, bir zararın varlığı ve miktarı, mallarda gerçekleşmiş bulunan zararın kapsamı, belli bir maddi durumun varlığı, örneğin, inşaatın belli bir sınırı geçip geçmediği, defter kayıtlarının belli bir tarihteki durumu veya bir olayın nasıl cereyan ettiği gibi hususlar da delil tespiti konusunu oluşturacaktır. Salt hukuki meseleler ise delil tespiti konusunu oluşturmayacaktır, çünkü bu hususlar, hukuki ihtilafın aslına ilişkin yargılamanın kapsamına dahil olacaktır³.

Delil tespiti kurumu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 400 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Kurum, tahkikat aşamasında incelenecek olan delillerin, çeşitli şartların varlığı halinde, önceden toplanarak, güvence altına alınarak ve bu sayede, delillerin ispat gücünü kaybetmesinin engellenerek, yapılan veya yapılacak olan yargılamada maddi gerçeğe ulaşılmasını temin etmek amacı taşımaktadır. Delil tespiti istenebileceği halleri düzenleyen HMK m. 400 hükmü, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 368 ve 369. maddelerini tek madde altında toplamaktadır. Buna göre, taraflardan her biri, görülmekte olan bir

³ Walter Jagenburg, Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrechts seit 1995: Bauprozessrecht und Verfahrensfragen, **NJW** 1997, Heft 31, s.2021-2030, s.2025.

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 edebilecektir.

Delil tespiti gerek görülmekte olan davada gerekse ileride açılacak bir davada ileri sürülmek üzere de talep edilebilecektir. Yargıtay'ın 22.03.1976 tarih ve 1976/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da belirtildiği üzere⁴, iki taraftan her biri, görülmekte bulunan bir davada tetkikine sıra gelmemiş bulunan veyahut ileride ikame edeceği davada ileri süreceği bir hususun şahit, keşif, ehlihibre veya diğer deliller ile tespitini mahkemeden isteyebilir.

Delil tespiti kurumu, Alman Medeni Usul Kanunu'nun §§485 vd. maddelerinde düzenlenmiştir ve 17.12.1990 tarihli Yargı Sisteminin Basitleştirilmesine ilişkin Kanun⁵ ile çeşitli değişikliklere uğramıştır. Yapılan değişiklik sadece kuruma verilen ada ilişkin bir değişiklik olmayıp⁶, aynı zamanda mevcut düzenlemelere de işlerlik kazandırma amacını taşımaktadır. Söz konusu değişikliklerle mevcut kurallar güncelleştirilmiş ve yapısal olarak birtakım farklılıklar getirilmiştir. Bu değişikliklerden sonra, uygulamada ve Alman doktrininde bu kuruma olan ilgi artmıştır. Nihai olarak, mevcut bir davada veya daha sonra açılacak olan bir davada kullanılmak üzere delillerin güvence altına alınmasına

⁴ Delil tespiti giderlerinin, yargılama giderlerinden sayılmasına ilişkin olan 22.03.1976, 1/1 sayılı İBK'da, 'Delillerin tespiti ister dava açılmadan önce ister dava açıldıktan sonra yapılmış olsun, Dava açıldıktan sonra davanın görüldüğü mahkeme aracılığıyla yaptırılan delillerin tespiti.... keşif, şahit, ehlihibre ki, bunlar delillerin tespitinde de mahkeme aracılığıyla başvurulabilecektir. Aslında dava sırasında yapılması gereken delil toplanması işleminin, ileride ikame edilecek davada dermeyan olunacak bir hususun sonradan kaybolma veya edilmemesi gibi nedenlerle daha önceden, delillerin tespiti yoluyla toplanması delillerin tespiti işleminin davadan önce veya davadan sonra yapılmış olmasına bakılmaksızın davanın bir parçası ve davanın içinde sayılacağı ifade edilmek istenmiştir.' ifadelerine yer verilmiştir (28.04.1976 tarih ve 15572 sayılı Resmi Gazete).

⁵ Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz, BGBl. I, s. 2847.

⁶ Daha önce 'Beweissicherungsverfahren' olarak isimlendirilen kurum, ilgili Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra 'selbststaendigen Beweisverfahren' olarak isimlendirilmiştir.

hizmet eden bu kurum, öncelikle maddi vakıaların tespit edilmesi amacına hizmet eder olmuştur⁷.

Yargı Sisteminin Basitleştirilmesine ilişkin Kanun⁸ ile Alman Medeni Usul Kanunu'nda delil tespitine ilişkin hükümlerin yeniden düzenlenmesinden önce, mevcut olan delil tespiti hükümlerinin amacı delillerin kaybolma tehlikesinin var olduğu hallerde geçici olarak delillerin güvence altına alınmasıyken; yapılan revizyon ile birlikte, delil tespiti kurumunun amaçları, delillerin güvence altına alınması ile birlikte, hukuki ihtilafın mahkeme dışında çözümünün sağlanması ve bu sayede mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi, hukuki ihtilafın çözümünün çabuklaştırılması ve zamanaşımının durması ekseninde odaklanmaktadır⁹.

Almanya'da özellikle, 1970'lerin başından itibaren başvurulanan delil tespiti kurumu, çoğunlukla inşaat hukukundan doğan birtakım hukuki ihtilaflar bakımından büyük önem arz etmekteydi. Ancak daha sonraları, hekimin sorumluluğuna ilişkin hukuki ihtilaflarda da başvurulabilecek bir çare olarak uygulamada¹⁰ kabul edilmiştir¹¹.

⁷ Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, **Zivilprozessordnung**, 69. Aufl., München, C.H. Beck Verlag, 2011, s.1580 (Kısaltma: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO).

⁸ Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz, BGBl. I, s.2847.

⁹ Hinrich Thieme, Das 'neue' selbstständige Beweisverfahren, **MDR 1991**, H.10, s.938-939, s.938; Koeble, **a.g.e.**, s.98-99; Holger Pauly, Das selbstständige Beweisverfahren in Bausachen, **JR 1996**, H.7, s.269-274 (Kısaltma: Bausachen), s.269; Jürgen Ulrich, Grundzüge des selbstständigen Beweisverfahrens im Zivilprozess-1.Teil, **AnwBl 2003**, Heft 1, s.26-32, s.27 (Kısaltma: Ulrich, Teil 1).

¹⁰ BGH Beschl. v. 21.01.2003-VI ZB 51/02, **NJW 2003**, s.1741: Kararda, mahkeme, Alman hukukunda tartışmalı olan bir hususa açıklık getirerek, hekimin sorumluluğunun tespiti hususunda delil tespiti kurumuna başvurulabileceği sonucuna varmıştır. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz: OLG Karlsruhe, **VersR 1999**, s.887; OLG Stuttgart, **NJW 1999**, s.874; OLG Saarbrücken, **VersR 2000**, s.891. Aksi görüşteki mahkeme kararları için bkz: OLG Nürnberg, **MDR 1997**, s.501; OLG Köln, **NJW 1999**, s.875.

¹¹ Wolfgang Koeble, **Gewährleistung und selbstständiges Beweisverfahren bei Bausachen (Seminarschriften der Deutschen Anwaltsakademie Band 16)**, 2. neubearb. Auflage, München, C.H.Beck, 1993, s.97.

Alman doktrinde, delil tespitiin amaçları dört ana prensip çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bunlar, delillerin güvence altına alınması; davanın esasına ilişkin yargılamanın engellenmesi¹²; hukuki ihtilafın çözümünün hızlandırılması ve talep edilen delil tespitiin zamanaşımı sürelerini durdurmasıdır¹³.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda delil tespiti kurumu, bu çalışmada ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu bağlamda çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, delil tespitiin amacı, konusu ve tarihi gelişimi ortaya konduktan sonra, kurumun hukuki niteliği incelenmiştir. Hukuki niteliğin tespiti bağlamında öncelikle delil tespitiin hangi yargılama türüne dahil olduğu incelenmiş, sonrasında delil tespiti ile dava türleri, davanın açılmasına bağlanan maddi hukuka ilişkin ve usul hukukuna ilişkin sonuçlar dikkate alınarak karşılaştırılmıştır. Delil tespiti ile benzerlik göstermesi nedeniyle, delil tespitiin tespit davası ile karşılaştırması ise ayrı bir başlıkta ele alınmış; benzerlikler ve farklılıklar ortaya konmuştur. Birinci bölümde son olarak, delil tespiti ile benzerlik arz eden kurumlar, kısaca ve konuyla ilişkili olduğu ölçüde ortaya konmuş, özellikle delil tespiti ve ihtiyati tedbir arasındaki farklara değinilmiştir.

'Delil Tespitine Konu Olabilecek Deliller' başlığını taşıyan ikinci bölümde deliller, delil tespitine konu olmaları durumunda gösterdikleri özellikler dikkate alınarak incelenmiştir. Bu çerçevede hukukumuzdaki düzenlemelerin Alman hukuku ile karşılaştırması da münferit başlıklar altında her bir delil bakımından özel olarak yapılmıştır.

Son bölümde ise 'Delil Tespitiin Şartları ve Usulü' incelenmiştir. Bu bağlamda öncelikle, inceleme sırası gelmemiş delillerin tespitiin istenebileceği ve

¹² Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde kabul edilen 'pretrial-discovery' kurumuna benzer nitelikler taşıyan ZPO §485/II hükmü ile hukuki ihtilafın sona erdirilmesinin mümkün olduğu hallerde, delil tespiti kurumuna başvurulmasına ilişkin esaslar kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Üçüncü Bölüm, II, C, 3.

¹³ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **ZPO**, s.1580; Ulrich, **Teil 1**, s.27; Andrea Bockey, Das selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht, **NJW 2003**, H.48, s.3453-3455, s.3453.

delil tespitiinde hukuki yarar bulunması hususları incelenmiştir. Delil tespiti usulü bakımından kimlerin talepte bulunabileceğı, dava öncesinde ve dava sırasında delil tespitinde taraf kavramı, dava arkadaşlığı hallerinde ve davaya müdahale durumunda delil tespiti, görevli ve yetkili mahkeme, delil tespiti talebinin şekli, içeriğı, talebin konusu, delil tespiti taleplerinde yargılama usulü ve ispat konuları ele alınmıştır. Son olarak, delil tespiti talebi sonrasında verilecek kararlar, delil tespiti talebine ilişkin verilen kararlara karşı gidilebilecek hukuki yollar, delil tespiti işleminin icrası ve delil tespitinin icrası sırasında uygulanacak hükümler ve zor kullanma yetkisi, delil tespiti işlemine karşı başvurulabilecek kanun yolları ve delil tespiti işleminin hukuki sonuçları incelenmiştir.

Tez, çalışmanın tamamında ulaşılan sonuçların ve önerilerin yer aldığı sonuç bölümü ile bitirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM - Delil Tespitinin Tarihsel Gelişimi, Tanımı ve Hukuki Niteliği

I. Delil Tespitinin Tarihsel Gelişimi

Roma hukukundan günümüze kadar uzanan hukuk tarihimizde iki tür delil tespiti kurumu mevcuttur. Bu iki tür delil tespiti, aynı isimle anılmış olmakla beraber farklı hukuk dönemlerinden doğmuş ve günümüzde birbirinden özenli ve dikkatli bir şekilde ayrılarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'muz ile diğer Kara Avrupası Medeni Usul Kanunlar'ında kendilerine yer bulmuşlardır.

Farklı hukuk dönemlerinde delil tespiti kurumunun içeriğinin farklı şekilde belirlendiğini ifade etmek gerekmektedir. Her ne kadar iki tür delil tespiti kurumunun mevcut olduğu belirtilmekteyse de, aslen postklasik devir Roma hukukunda¹ mevcut olan delil tespiti kurumu, günümüz yargılama hukuklarının anladığı anlamda delil tespiti değildir. Ancak yine de kanun koyucular, delil tespitine ilişkin bu geleneği, pratik birtakım sebeplerden dolayı usul kanunlarına dahil etmeyi tercih etmişlerdir².

Bu delil tespiti türlerinden ilki, postklasik devirde Roma hukukunda uygulanan delillerin yargılama dışında kayıt altına alınması, yazıya aktarılması ve

¹ M.S. 250-565 yılları arasını kapsayan postklasik devirde Roma hukukunda, hukukun kaynağı imparator iradesidir ve bu dönemde yazılı şeklin önemi artmıştır. Davalara, belirli bir hiyerarşi içinde kurulmuş olan devlet mahkemeleri tarafından bakılıyordu. Roma hukukunun dönemlerine ve özellikle postklasik devirde Roma hukukunun ana özelliklerine ilişkin detaylı bilgi için bkz: Herbert Felix Jolowicz, **Historical Introduction to the Study of Roman Law**, London, Cambridge University Press, 1932, s. 179, 402 vd.; Adolf Berger, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law (Transactions of the American Philosophical Society, Vol. 43, Part 2)**, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2004 (Tıpkı Basım, Philadelphia: American Philosophical Society, 1953), s.394 vd.; Andreas B. Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**, Çev. Türkan Rado, 7. Bası, İstanbul, Doğan Kardeş Matbaacılık Sanayi, 1965, s.289 vd.; Ziya Umur, **Postklasik (Roma-Elen) Devrinde Kanunlaştırma Hareketleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1962, s. 4 vd.; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, s.224 vd., 275-276; Theo Mayer Maly, **Römisches Privatrecht**, 2. Aufl., Wien, Springer Verlag, 1991, s. 122, 184, 190 vd. .

² Karşı taraf gösterilmeksizin yapılan delil tespitine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Üçüncü Bölüm, II, A.

protokole bağlanmasıdır. Delil tespiti bu uygulamasını, daha çok mahkemelerin belgelendirme faaliyeti olarak tanımlamak mümkündür. Lakin bu dönemde mahkemeler, bu kurum sayesinde tanıkların ifadelerine resmiyet kazandırmışlardır. Bu dönemde kişiler, delillerin güvence altına alınması amacıyla her zaman mahkemelere ya da resmi makamlara başvurabilmekteydi. Bu başvuru üzerine mahkemeler veya resmi makamlar, başka bir hukuki ilişkiye veya olaya hizmet etmesi amacıyla tanıkların ifadesini alabilmekteydi. Tanığın ifadesinin alınması ve bu ifadenin yazıya geçirilmesi, protokole bağlanması işlemleri için, hukuki ihtilafın karşı tarafının katılımına gerek yoktu. Burada söz konusu olan, karşı tarafın katılımına gerek duyulmaksızın yapılan bir tür delil tespiti ki başvuruda karşı taraf gösterilmesine gerek olmadığı gibi adının dahi belirtilmesine veya verilmesine gerek olmaksızın delil tespiti yapılabilmekteydi³.

Postklasik devir Roma hukuku döneminden Ortaçağ'ın sonuna kadar olan bu dönemde, karşı taraf katılmaksızın, hatta karşı taraf belirtilmeksizin birçok delilin bu şekilde yazıya geçirildiği görülmektedir. Mahkemelerin bu dönemdeki faaliyeti, delilleri, bir tarafın lehine olmak üzere belgelendirmek olmuştur. Lehine belgeleme yapılan taraf, söz konusu bu belgelendirilmiş delili her zaman başka bir veya birden çok yargılamada kullanabilmekteydi. Davanın esasından bağımsız olan bu delilin güvence altına alınması, belgelendirilmesi, yazıya geçirilmesi 'probatio in perpetuum rei memoriam' (delilin hatırlanması⁴) olarak adlandırılmaktaydı⁵.

³ Artur Steinwerter, **Beiträge zum öffentlichen Urkundenwesen der Römer**, Graz, 1915, s.47; Max Kaser (neu bearbeitet von Karl Hackl), **Das römische Zivilprozessrecht**, 2. Auflage, München 1996, s.600; Hoeren, **a.g.m.**, s.348.

⁴ "Beweis zum ewigen Gedächtnis".

⁵ Bu tip delil tespiti aslen delillerin temini amacıyla kamu makamlarına başvurmaktan başka bir şey olmadığı ve ZPO § 494/I'in kaynağını teşkil ettiği belirtilmiştir. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Hoeren, **a.g.m.**, s.348. Benzer bir hüküm, HMK m.402/I, son cümlede yer almaktadır. Buna göre, tespit talebinde bulunan kişinin, durum ve koşulların imkân vermemesi nedeniyle, aleyhine tespit yapılacak kişiyi gösteremediği hallerde de talebi geçerli sayılacaktır. Aynı yönde düzenleme, öZPO § 385/II'de de bulunmaktadır. Klasik sonrası Roma hukukunda mevcut olan bu kurum, günümüzde de yargılama hukuklarında kendine yer bulmuştur. Karşı taraf gösterilmeksizin yapılan delil tespiti (tanınmayana karşı yapılan delil tespiti) aslen hukuki ihtilafın yokluğunda, çekişmesiz yargıya konu olan bir durumda başvurulabilecek bir hukuki imkandır. Burada düzenlenen resmi bir makamın, kamu makamının, delil tespiti işlemini yapmasıdır. Kanun koyucu, söz konusu bu düzenlemeyi tarihi sebeplerden dolayı Kanun'a almış olsa da, bu tür delil tespiti çekişmeli yargıya dahil olmadığını belirtmek gerekir.

İkincisi ise, hukuki ihtilafın esasına ilişkin yargılamadan önce başvuru delil tespiti. Bu tür delil tespiti Ortaçağ'ın Kilise hukukundan doğmuştur. 1215 yılında Papa III. Innozenz'in buyruğu üzerine, delilin kaybolma tehlikesi olduğu hallerde, delil tespiti kurumuna başvurulabilmesine izin verilmiştir. Bu delil tespitine başvurulabilmesinin ön koşulu, karşı tarafın yeteri derecede belirtilmiş ve yargılamaya dahil edilmiş olmasıdır. Ayrıca, bu yolla delillerin güvence altına alınmasından sonra ise bir yıl içinde esasa ilişkin davayı açmak gerekiyordu, aksi halde, yapılmış olan delil tespiti geçerli olmayacaktır. Delil tespitine ilişkin bu uygulama, 16. yüzyıldan sonra 'delilin hatırlanması' olarak adlandırılmış olsa da aslen bu nitelime biraz yanıltıcıdır; lakin tarafın bir sene içinde esasa ilişkin davayı açması zorunluluğu ve kurumun asıl davaya olan bağlılığı sebebiyle akıldakinin kalıcı hale getirilmesi fonksiyonu zayıflamış ve tarafa yönelik bir 'hafıza' haline gelmiştir⁶.

Delil tespitinin esas davaya olan bağlılığı, devam eden yıllarda gittikçe artmış ve klasik sonrası Roma hukuku döneminde başvuru delil tespiti uygulaması ise gittikçe azalmış ve bu yolla tanık ifadelerinin yazıya geçirilmesi ve kalıcı hale getirilmesi faaliyeti, lehine delil tespiti yapılan tarafa gerekliliğini açıklama yükümü bile getirmeden yapılabilmesi sebebiyle şüphe uyandırdığından son bulmuştur⁷.

Günümüz hukuk terminolojisinde kendisine yer bulan delil tespiti ve bu yolla delillerin güvence altına alınması ise Kanonik hukuk dönemine dayanmaktadır⁸. Delil tespitinin esas kullanımı önceleri çoğunlukla tanık beyanlarına ilişkindi. Tanık deliline başvurulmasının tehlikeye girdiği veya zorlaştığı hallerde delil tespitine başvurularak, tanık beyanının bir protokole çevrilmesi söz konusu olurdu. Öyle ki, mahkemede yapılacak olan yargılamada tanığa başvurmak yerine, artık sadece tanıktan alınan bu protokol kullanılırdı. Hükme esas teşkil eden de yine bu tanıktan

⁶ Hoeren, **a.g.m.**, s.348.

⁷ Hoeren, **a.g.m.**, s.351.

⁸ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **ZPO**, s.1579; Eberhard Schilken, Grundlagen des Beweissicherungsverfahrens, **ZZP 1979**, Band 92, Heft 2, s.238-267, s.241 (Kısaltma: Schilken, Beweissicherungsverfahrens); Hoeren, **a.g.m.**, s.348.

alınan protokol olurdu. Tanıktan alınan bu ifadenin kullanılabilir olması için, hukuk teorisi bakımından, söz konusu işlemin şeklinin belirlenmesi gerekmektedir⁹.

‘Probatio’, onaylama (Genehmigung) anlamına gelmektedir. ‘Perpetuum’, kesintisiz olarak (unaufhörlich) demektir. ‘Rei’ (res), şey, eşya demek ve ‘memoriam’ ise hafıza (Gedaechtnis) demektir; yani ‘Beweis zum ewigen Gedaechtnis’, hafızadaki bir şeyin kesintisiz ve sürekli olacak şekilde kalıcılaştırılmasına izin verilmesi anlamına gelmektedir.

1495'den 19. yüzyıla kadar süren müşterek hukuk (gemeine Prozess) döneminde belge denildiğinde, kural olarak, ispat gücünden bağımsız olarak, düşüncenin taş, maden, tahta, balmumu, parşömen veya kağıt üzerinde vücuda gelmiş her türlü hali kastedilmektedir. Hatta belge kavramı daha da geniş olarak anlaşılmakta ve açıkça kişilere, olaylara ve vakıalara işaret eden eski eserler de belge kavramına dahil edilmektedir. Tanık, mevcut bir yargılamaya taraf olmayan bir üçüncü kişinin, yargılamaya konu olan hukuki ihtilafa ilişkin vakıalara dair kendisi tarafından algılanan gerçeğe ilişkin açıklamasıdır¹⁰.

Bir belgenin ispat kuvvetine sahip olabilmesi öncelikle şekline bağlıdır¹¹. Bir belge, ancak resmi makamlar tarafından belirlenen şartların yerine getirilmiş olması durumunda güvenilir bir tanık ifadesini içermiş sayılabilecektir, çünkü ancak bu takdirde tanık, mahkeme tarafından ifadesi alınmış ve yeminli beyanda bulundurulmuş sayılabilecektir. Hangi tür belgelerin bu neviden sayılabileceği ise kanunen düzenlenmiştir ve ilk akla gelen ise tanıkların ifadesinin bir protokole bağlanması işlemidir. Bu şekilde tanığın protokole bağlanmış olan ifadesinin ispat

⁹ Wilhelm Endemann, **Das Deutsche Zivilprozessrecht**, Neudruck der Ausgabe Heidelberg 1868, (Tıpkı basım; Aalen, Scientia Verlag, 1969), s.608.

¹⁰ Georg Wilhelm Wetzel, **System des ordentlichen Civilprocesses**, 3. Aufl., Leipzig 1878, s.206 ve tanık kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için s.221 vd. .

¹¹ Wetzel, **a.g.e.**, s.221.

kuvveti, merci değişse bile değişmeyecek ve ifadenin doğruluğundan şüphe edilmeyecektir¹².

II. Delil Tespitinin Tanımı

Delil tespiti, 6100 sayılı HMK’da 400-405. maddeleri arasında (1086 sayılı HUMK’da 368-374. maddeleri arasında) düzenlenmiştir. Aslen kanun koyucu, delil tespitine ilişkin bir tanım yapmamayı tercih etmiş olsa da, doktrinde delil tespiti çeşitli şekillerde tanımlanmaya çalışılmıştır.

Doğanay, delil tespitini, bir vakıanın hakiki mevcudiyetini ispat edebilmek için, bu vakıanın mevcudiyetinden menfaattar olan şahsa kanunen bahşedilmiş istisnai usuli bir yol olarak tanımlamaktadır¹³.

Erkuyumcu, 1086 sayılı HUMK m.368¹⁴ hükmüne atıfta bulunarak, açılan veya açılacağı umulan bir davada ileri sürülecek olan ve henüz tahkik ve tetkikine sıra gelmemiş bulunan bir vakıanın acele tespit edilmesi, delil tespiti olarak tanımlamıřtır¹⁵.

şengün’e göre, delil tespiti (kanıtların saptanması), görölmekte olan bir davada, henüz kendisine inceleme sırası gelmemiş olan yahut ileride açılacak bir davada dayanılacak delillerin zorunluluk ve ivedilik nedeniyle süresinden önce incelenerek durumun belli edilmesidir¹⁶.

¹² Wetzel, **a.g.e.**, s.229.

¹³ İsmail Doğanay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tespiti Delaile Dair Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, **AD**, 1945, No:7, s.888-899, s.889.

¹⁴ 1086 sayılı HUMK m.368, ‘İki taraftan her biri, derdesti rüyet bulunan davada henüz tahkik ve tetkikine sıra gelmemiş bulunan veyahut ileride ikame edeceği davada dermeyan edilecek olan hususun şahit, keşif, ehlihibre veya diğer deliller ile tespitini talep edebilir.’ şeklindedir.

¹⁵ Müfit Erkuyumcu, Delil Tespitine Müteallik Hükümler Üzerine Bir İnceleme, **AD**, 1946, No:2, s.126-136, s.126.

¹⁶ Oğuz şengün, Kanıtların Saptanması Giderleri Hakkında Bir İnceleme, **AD**, 1972, No:10, s.705-709, s.705.

Öktemer ise delil tespitini, davanın açılmasından önce, bu dava sebebiyle delil olarak iddianın dayandırılacağı ve tespit edilmediği takdirde kaybolması veya ikamesinde çok müşkülât çekileceği ihtimal dahilinde bulunan deliller ile, davanın açılmasından sonra henüz incelenmesine sıra gelmemiş olan delillerin zayi olması muhtemel ise, vaktinden önce toplanıp güvence altına alınması olarak tanımlamıştır¹⁷.

Kurt'a göre delil tespiti, görülmekte olan bir davada, henüz incelenmesine sıra gelmemiş veya henüz açılmamış bir davada zaman içinde kaybolma, bozulma veya ileri sürülmesinde zorluklar çıkması ihtimal dahilinde bulunan delillerin bazı şartlar altında önceden toplanıp güvence altına alınmasıdır¹⁸.

Yavaş ise delil tespitini, tüm unsurlarını da dikkate alarak, açılmış bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş olan ya da ileride açılması düşünülen bir davada kullanılacak ve tespit edilmediği takdirde kaybolması veya ikamesinde güçlük çıkması muhtemel olan ihtilaflı bir vakıa hakkındaki delilin, tahkikat aşamasında henüz delillerin incelenmesi aşamasına gelmeden önce toplanması ve güvence altına alınmasını sağlayan bir usul hukuku kurumu olarak tanımlamaktadır¹⁹.

Ansay'a göre ise, delil tespiti (beyyine tespiti), bir beyyinenin mahkeme veya hakem huzurunda, dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra sırası gelmemişken mahkemece tespiti ve emniyet altına alınmasıdır²⁰.

Kuru, delillerin tespitini, ileride açılacak veya açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin, bazı şartlar altında zamanından önce toplanıp emniyet altına alınmasını sağlamak için kabul edilmiş bir kurum olarak değerlendirmektedir²¹.

¹⁷ Semih Öktemer, Delillerin Tespiti Giderleri Müddeabihe Dahil Edilebilir Mi?, **Türkiye Noterler Birliği Dergisi**, 1976, No:10, s.44-47, s.44.

¹⁸ Şahin Kurt, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Delillerin Tespitine Dair Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, **AD**, 1983, No:1, s.88-95, s.89.

¹⁹ Murat Yavaş, **Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s.3 (Kısaltma: Yavaş, Delil Tespiti).

²⁰ Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Bası, Ankara, 1960, s.316.

Yılmaz, delil tespiti, davanın açılmasından veya dava görülmekte ise delillerin gösterilmesi aşamasının gelmesinden önce ileride kaybolma veya gösterilmesinde, dinlenilmesinde ve belirlenmesinde zorluk çıkma tehlikesini ortadan kaldırmak üzere delillerin hemen incelenmesi ve kayda alınması olarak tanımlamaktadır²².

Akil'e göre ise delil tespiti, taraflardan her birinin hukuki yararı olmak kaydıyla görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş olan yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla delillerin hemen incelenmesine ve kayda alınmasına yarayan işlemdir²³.

Kanaatimizce delil tespiti, tespit edilmediği takdirde kaybolması veya ikamesinde güçlük çıkması muhtemel olan ihtilaflı bir vakıaya ilişkin delillerin, ileride açılacak bir davada ileri sürülmek üzere veya açılmış bir davada tahkikat aşamasına gelinmemiş olduğu hallerde, toplanması ve güvence altına alınabilmesi amacıyla, hemen incelenmesi ve kayda alınması işlemi olarak tanımlanabilecektir.

III. Delil Tespitinin Hukuki Niteliği

Delil tespiti kurumuna ilişkin birtakım özel koşulların incelenmesine geçilmeden önce, bu kurumun yargılama hukuku sistemi içerisinde hangi alana ait olduğunun belirlenmesi zorunludur. Ancak bu kuruma ilişkin birtakım sorunların çözümlenebilmesi için kurumun hangi hukuki koruma çerçevesinde yer aldığının da belirlenmesi gerekmektedir.

²¹ Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt IV, 6.Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, s.4426 (Kısaltma: Kuru, Cilt IV).

²² Ejder Yılmaz, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Cilt II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s.1335 (Kısaltma: Yılmaz, Cilt II).

²³ Cenk Akil, Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti, **AÜHFD**, 2009, Cilt 58, S.1, s.1-62, s.55 (Kısaltma: Akil, Delil Tespiti).

Delil tespitinin hukuki niteliğinin belirlenmesi çerçevesinde incelenmesi gereken ilk husus delil tespitinin medeni yargının içinde yer alan hangi yargılama türüne ait olduğu, yani, delil tespitinin çekişmesiz yargıya mı yoksa çekişmeli yargıya mı ait olduğudur. Ancak kurumun hukuki niteliğinin tespit edilebilmesi açısından delil tespitinin, dava açılmasına bağlanan sonuçlar, tespit davası, ihtiyati tedbirler ile olan ilişkisinin de ortaya konmasına çalışılacaktır.

A. Delil Tespitinin Hangi Yargılama Türüne Dahil Olduğu Meselesi

HMK m.400'e göre, 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 edebilecektir.

Madde metninden de anlaşıldığı üzere, delil tespiti kurumuna ya görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş vakıaların tespiti için ya da ileride açılacak bir davada ileri sürülecek vakıanın veya vakıaların tespiti için olmak kaydıyla iki durumda başvurulabilecektir.

Delil tespitine başvurulabilecek bu her iki durumun, çekişmeli yargıya mı yoksa çekişmesiz yargıya mı dahil olacağının ayrı ayrı incelenmesi ve bir sonuca gidilmeye çalışması gerekmektedir.

1. Görülmekte Olan Bir Davada Talep Edilen Delil Tespitinin Dahil Olduğu Yargılama Türü: Çekişmeli Yargı

Çekişmeli yargı, özel hukuk alanında doğan ve mahkemelerin önüne gelen hukuki uyuşmazlıkların, hangi mahkemeler tarafından ve hangi usullere göre incelenip karara bağlanacağını düzenleyen yargı koludur. Bu yargı kolu, taraflar

arasında ortaya çıkmış bulunan bir uyuşmazlık hakkında karar verilmesi talebi ile açılan davalarla ilgilenmektedir²⁴.

İki taraf prensibinin geçerli olduğu çekişmeli yargıda, tarafların uyuşmazlık içinde olmaları ve sübjektif hakkı ihlal edilen ya da ihlal tehlikesine maruz kalanın hukuki koruma istemesi hali söz konusudur. Yargılama hukukunun temelini teşkil eden bu çekişmeli yargıda, kendi adına hukuki koruma isteyen taraf, davacı, ve kendisine karşı hukuki koruma istenilen taraf, davalı, arasında gerçek bir ihtilaf söz konusu olup, bu sebeple de hâkimin hükmüne ihtiyaç duyulmaktadır²⁵.

Görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş vakıaların güvence altına alınması için delil tespitine başvurulduğunda, söz konusu talep, yargılamaya ilişkin olarak ileri sürülen iddiaların dolaysız olarak yerine getirilmesine ve açıklığa kavuşturulmasına ilişkin olacağından, bu prosedürün, çekişmeli yargıya ait olacağı doktrinde oybirliği ile kabul edilmekle birlikte²⁶, uygulamada, doktrin görüşünden ayrılan bazı mahkeme kararları da mevcuttur²⁷.

²⁴ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku (6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış)**, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.67 vd.; Çekişmeli yargıya ilişkin yapılan çeşitli tanımlar için bkz: İlhan Postacıoğlu, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s.22 vd. .

²⁵ Abdurrahim Karşı, **Medeni Muhakeme Hukuku (6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş)**, 4. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2013, s.92 (Kısaltma: Karşı, Muhakeme).

²⁶ Kurt Schneider, Beschlussverfahren und Rechtskraft in privatlichen streitigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, **ZZP 29(1901)**, s.96-158, s.104 vd.; Schilken, **Beweissicherungsverfahren**; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **ZPO**, s.1580; Leo Rosenberg/ Karl-Heinz Schwab/Peter Gottwald, **Zivilprozessrecht**, 17. neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2010, §117, I-II; Hans Joachim Musielak/Michael Huber, **Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz**, 9. neubearbeitete Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2012, s.1371; Ulrich Werner/ Walter Pastor, **Der Bauprozess**, 13. neubearbeitete Auflage, Werner Verlag, 2011, s.2; Kurt Schellhammer, **Zivilprozess**, 13. neu bearbeitete Aufl, Heidelberg, C.F.Müller, 2010, s.846 vd.; Kurt Herget, 'Kurz und Gut + 'Recht und Billig' Das selbständige Beweisverfahren nach §485 Abs. 2 ZPO als Alternative zur Klage?', **Neue Wege zum Recht, Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag**, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2006, s.97-117, s.98-99; Thomas Rauscher/Peter Wax/Joachim Wenzel, **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetz, Band 1 §§1-510c**, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2008, s.2452 vd. (Kısaltma: Münchener Kommentar); Heinz Thomas/Hans Putzo, **Zivilprozessordnung: ZPO**, 33. Aufl., München, C.H.Beck, 2012, vor §485, Rn.1-2.

²⁷ OLG Hamburg, OLGRspr. 5, s.75-76, s.76; OLG Kassel, DRZ 1948, s.311.

2. Açılacak Bir Davaya İlişkin Olarak Talep Edilen Delil Tespitinin Dahil Olduğu Yargılama Türü

a. Çekişmesiz Yargı

Bir yargılama faaliyeti olan çekişmesiz yargı²⁸, medeni yargılamanın alt türlerinden birini ifade etmektedir²⁹. Doktrinde çekişmesiz yargıya ilişkin bir tanım vermenin, bu tanımın çekişmesiz yargının hizmet ettiği birden fazla amacı kapsayamayacak olması sebebiyle mümkün olmadığı, ancak çekişmesiz yargıya dahil edilecek işleri gruplandırmak suretiyle böyle bir tarife varılabileceği ifade edilmektedir³⁰. Çekişmesiz yargı işleri, homojen bir kategori teşkil etmediğinden, bir faaliyetin, çekişmesiz yargıya dahil olup olmadığı ancak çeşitli kriterlerin teker teker incelenmesi ile anlaşılabilecektir³¹.

Çekişmesiz yargılamada, yargılamaya konu olan hususun önemi sebebiyle, idari bir karar veya işlemle halledilmesi yerine, hâkimin hükmüne ihtiyaç duyulan bir hal söz konusudur. Kural olarak, bu yargılamada, üzerinde tartışılan ihtilaf ve karşılıklı menfaatleri çatışan iki taraf bulunmamakla birlikte, birden fazla ilgili

²⁸ Doktrinde, çekişmesiz yargının bir yargılama faaliyeti olduğu ileri sürüldüğü gibi, çekişmesiz yargının, idari bir faaliyet olduğu, idari ve yargılama arasında bir faaliyet olduğu veya kısmen idari kısmen de yargılama faaliyeti olduğu da ileri sürülmüştür. Çekişmesiz yargının mahiyetine ilişkin tartışmalar ve detaylı bilgi için bkz: Baki Kuru, **Nizasız Kaza**, Ankara, 1961, s.5 vd. (Kısaltma: Kuru, Nizasız); Aynı görüşte, Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, **Hukuk Mukakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku**, 14. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.99.

²⁹ Medeni usul hukukunun konusunu oluşturan medeni yargı, çekişmeli ve çekişmesiz olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Çekişmesiz yargı teriminin içerisinde yer alan ‘çekişmesiz’ ifadesi, bu yargılamaya dahil olan ihtilaflarda her zaman çekişmesizliğin söz konusu olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır.

³⁰ Kuru, **Nizasız**, s.39.

³¹ Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s.51. Yazarlara göre, bazı çekişmesiz yargı işlerinin kazai karakteri, bazılarının ise idari işlem karakteri daha baskın olabilmekle beraber, maddi hukukun hemen bütün alanlarında hâkime nizasız kaza alanına giren işler verilmiştir. Yazarlar, çekişmesiz yargı işlerine bir bütün olarak bakıldığında, bu yargılama faaliyetinin fonksiyonlarının genel hatları ile üç kategori içinde toplanabileceği sonucuna varmışlardır. Bu kategoriler, yeni hukuki durumlar inşa etmek, kişilerin korunması ve hukuki ilişkilerin tasfiyesine yardımcıdır.

bulunabilecektir ve aslen ilgililer arasında gerçek bir ihtilaf mevcut olmadığı gibi, sübjektif bir hak da ihlal edilmiş değildir³².

Çekişmesiz yargı hallerini, çekişmeli yargı hallerinden ayırmak için üç kriter bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, çekişmesiz yargıda ilgililer arasında bir uyuşmazlığın mevcut olmaması; ikincisi, ilgililerin ileri sürebileceği ihlal edilen herhangi bir sübjektif hakkın bulunmaması, diğer bir ifade ile, istenilen hukuki himayenin herkes için ortak menfaatten kaynaklanması ve üçüncüsü ise hâkimin re'sen harekete geçebilmesi ilkesinin benimsenmiş olmasıdır³³.

1086 sayılı HUMK'da çekişmesiz yargıya ilişkin bir düzenleme bulunmazken, 6100 sayılı HMK'nın 382. maddesinde, çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce, üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanması olarak tanımlanmıştır. İlgili düzenlemeye göre, çekişmesiz yargı işlerini ayırmada kullanılacak kriterler, ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller, ilgililerin, ileri sürebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı haller ve hâkimin re'sen harekete geçtiği hallerdir.

HMK m.382'de, çekişmesiz yargıya ilişkin yapılan tanımla beraber, çekişmesiz yargıya giren işler tek tek sayılmış³⁴ ve bu şekilde uygulamada hangi işlerin çekişmesiz yargıya ait olacağına ilişkin oluşan tereddütler giderilmeye çalışılmıştır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, HMK'daki bu sayma, sınırlı sayıda değildir ve kanun koyucunun, maddenin ilk fıkrasındaki açık ifadesinden ve devamında sayılan çekişmesiz yargı işlerinden anlaşılacağı üzere, bu üç kriterin tamamının aynı yargılamada bulunması şart olmayıp bunlardan birinin veya birkaçının bulunması yeterlidir³⁵. Ayrıca, Yargıtay'ın, HMK m.382/II'de

³² Karslı, **Muhakeme**, s.92.

³³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.100 vd. ; Karslı, **Muhakeme**, s. 95 vd. .

³⁴ Doktrinde, çekişmesiz yargının açık ve net olarak düzenlenmesinin bir ihtiyaç olduğu belirtilmiş fakat yapılan tariftten sonra, çekişmesiz yargıya ilişkin işlerin tek tek sayılmasının doğru olmadığı belirtilmiştir. Detaylı bilgi için bkz: Karslı, **Muhakeme**, s.93 vd.

³⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.738; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.100; Karslı, **Muhakeme**, s.94.

sayılmamış olan işleri de, maddede sayılan gerekli kriterleri sağlamaları şartıyla, çekişmesiz yargıya dahil ettiğine ilişkin kararları mevcuttur³⁶.

b. Açılacak Bir Davaya İlişkin Delil Tespiti Talebinin Dahil Olduğu Yargılama Türü

Doktrinde, açılacak bir davada ileri sürülmek üzere vakıa veya vakıaların tespiti için başvurulmuş delil tespitinin çekişmeli yargıya mı yoksa çekişmesiz yargıya mı ait olduğuna ilişkin bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir kısım yazarlar, açılacak bir davada ileri sürülmek üzere vakıaların tespitini içeren delil tespitinin çekişmesiz yargıya ilişkin birtakım özellikler gösterdiğini savunmakta ve buna gerekçe olarak bu kurumun sadece delillerin güvence altına alınması amacını taşıdığı ve ileride açılacak davaya konu olan hukuki ilişkiye dair herhangi bir durum veya tespit ortaya koymadığını göstermektedirler³⁷. Ancak bu görüşün aksini savunan ve açılacak bir davada ileri sürülmek üzere başvurulmuş delil tespitinin çekişmesiz yargıya değil, çekişmeli yargıya ait olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur³⁸. Uygulamada da bu yönde kararlar mevcuttur³⁹.

Belirli bir hukuki durumun delil tespiti aracılığıyla çözülmesi ve dolaylı da olsa belirli bir hukuki ihtilafın çözümüne ve subjektif hakların gerçekleştirilmesine yönelik hâkimin kararını içeren delil tespiti, bu sebeplerden dolayı kısmen çekişmesiz yargıya ait olarak değerlendirilebilecektir⁴⁰. Ancak, sadece bu

³⁶ 11. HD. 13.6.2012 tarih ve 7882/10699 sayılı Kararı'na konu olan talep, öz varlığın tespitine ilişkindir ve HMK m.382/II'de sayılan işlerden değildir. Ancak, Yargıtay, özelleştirilmesine karar verilen şirketin öz varlığının tespiti işinin çekişmesiz yargı işi olduğuna karar vermiştir. Aynı yönde diğer bir karar: 17. HD., 05.07. 2012, E. 2012/4847, K. 2012/8788.

³⁷ Endemann, a.g.e., s.607 vd.; Schneider, a.g.m., s.104 vd.; Aynı yönde mahkeme kararı için bkz: OLG Kassel, **DRZ 1948**, s.311.

³⁸ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **ZPO**, s.1580; Schilken, **Beweissicherungsverfahren**, s. 239; Friedrich Stein/Martin Jonas, **Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5:§§328-510b**, 22 Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, vor §485, Kn. 2 (Kısaltma:Stein/Jonas, Band 5); Werner/Pastor, a.g.e, s.4.

³⁹ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 3.8.1982-7 W 20/82, MDR 1982, Heft 12, s.126-127, 127.

⁴⁰ Walter Habscheid, **Freiwillige Gerichtsbarkeit**, 7. neubearbeitete Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 1983, § 4 III 1.

sebeplerden ve delil tespitinin önleyici karakteri sebebiyle, kurumun çekişmesiz yargıya ait olduğu kanaatine ulaşılmamalıdır. Yargılama hukuklarında, çekişmeli yargıya dahil olan ve önleyici amaca göre düzenlenmiş çeşitli kurumlar vardır, örneğin ihtiyati tedbirler ve ihtiyati hacizler. Alman kanun koyucu ZPO §485'te düzenlenen delillerin güvence altına alınmasına ilişkin usulü, açıkça çekişmeli yargıya dahil etmiş ve 'Alman Çekişmeli Yargı Kanunu'⁴¹ yürürlüğe girerken de bu düzenlemeyi değiştirmemiştir. Bu düzenleme içerik olarak da kurumun yapısı ile açıkça uyumludur. Belirli bir muhakemenin bahsi geçen tarafsızlığına rağmen delil tespiti kurumu çekişmeli yargıya ilişkin bir kurum olarak yapılandırılmıştır⁴².

ZPO §485'te yer alan 'dilekçenin karşı tarafı' ibaresine dayanarak, bu yargılamanın medeni usul yargılamasının ana ilkelerinden olan iki taraf prensibine dayandığını söylemek mümkündür. ZPO §490'da yer alan delil tespitinin ilgili kişi belirtilmeden de yapılabileceğine dair düzenleme, bu prensibe bir istisna oluşturmamaktadır. Bu kural, delil tespitini tartışmasız olarak çekişmesiz yargıya ait diğer kurumlardan ayırmaktadır. Yargılamanın karşı tarafına doğrudan yükümlülük getirmemekte, özellikle de katlanma veya beraber etki etme görevi oluşturmamaktadır⁴³.

Diğer taraftan, dilekçenin karşı tarafı en azından yargılamanın getirdiği yükümlülüklerinden kaçınamayacaktır. Yargılamanın devamında sadece delil tespitinin sonucunu değil, aynı zamanda katlanmadan kaçınma ya da delillerin değerlendirilmesine olan etkisini de kendisine karşı kabul etmelidir. Delilin ele geçirilmesinin esasına ilişkin itirazlar, mevcut delil tespiti sırasında engellenmiş olabileceği gibi, formel kullanım sırasında da engellenmiş olabilir. Bununla beraber esas davanın yürütülmesi sırasında delillerin güvence altına alınmasına ilişkin yargılama masrafları yükümlülük olarak kendisine yükletilemeyecektir. Bu durum kural olarak çekişmeli yargılamaya ilişkin bir husus olmakla beraber, ZPO §§487,

⁴¹ "Gesetz über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" (FGG).

⁴² Schilken, **Beweissicherungsverfahren**, s.239-240.

⁴³ Schilken, **Beweissicherungsverfahren**, s.240.

491, 493 ve 494’de yer alan düzenlemeler göstermektedir ki istisnai durumlarda belirlenemeyen karşı taraf için belirli koşulların varlığı halinde delil tespitine başvurulabilecektir⁴⁴.

Bu kural, yani ZPO §494/II’ye göre karşı tarafın delilin toplanması sırasında kendisini temsil ettirebileceğine ilişkin düzenleme göstermektedir ki delil tespitinin yine de nihai hukuki korumaya ve hakların onaylanmasına yönelmiştir. Özel birtakım sebeplerden dolayı delilin ele geçirilmesi sırasında önceden hazır edilmesi gerekmektedir ve bu durum esas yargılama sırasında delillerin ileri sürülmesine ilişkin şeklin ZPO §493’e göre olabileceğini göstermektedir⁴⁵.

B. Delil Tespiti Talebinin Davanın Açılmasına Bağlanan Sonuçlarla Karşılaştırılması

1. Kavramsal Karşılaştırma

Davanın açılması, yargılamayı harekete geçiren taraf usul işlemidir⁴⁶. Bu usuli işlem, bir hakkın korunması için veya bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye yapılacak fiili bir başvuru ile görünüm kazanmaktadır⁴⁷. Bu fiili başvuru, mahkeme veya mahkeme organlarına hitaben yapılmaktadır ve bir karar verilmesi arzusunu içermektedir⁴⁸. Talep niteliği taşıyan bu fiili başvuru⁴⁹ aslen,

⁴⁴ İlgili hükümlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **ZPO**, s.1587 vd.; Stein/Jonas, **Band 5**, §487 vd.; Thomas/Putzo, **a.g.e.**, §487 vd.; Jürgen Ulrich, Grundzüge des selbstständigen Beweisverfahrens im Zivilprozess-3.Teil, **AnwBl** 2003, Heft 3, s.144-150, s.146 (Kısaltma: Ulrich, Teil 3).

⁴⁵ Schilken, **Beweissicherungsverfahren**, s.240.

⁴⁶ Mustafa Reşit Belgesay, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi, Cilt I**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1939, s.117 (Kısaltma: Belgesay, Şerh); Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.201; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.208; Karşı, **Muhakeme**, s.422.

⁴⁷ Mustafa Reşit Belgesay, **Dava Teorisi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1943, s.64 (Kısaltma: Belgesay, Dava Teorisi).

⁴⁸ James Goldschmidt, **Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens**, Berlin, Springer Verlag, 1925, s.364 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, §64, I; Ejder Yılmaz, **Medeni Yargılama Hukukunda Islah**, 6100 sayılı HMK’ya göre değiştirilmiş 4. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.104; Abdurrahim Karşı, **Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler**, İstanbul, Kudret Yayıncılık, 2001, s.158 (Kısaltma: Karşı, Usuli İşlemler); Eberhard Schilken,

bazen hasmın kabul etmediği hukuki durumu etkileyen olumlu veya olumsuz bir vakıanın tespiti veya tanınması, bazen bazı durumlarda yapılacak olan bu tespitle beraber, bu hukuki durumun bir gereği olarak belirli bir edimin ifası veya belirli bir hareketten kaçınılması, bazen de yeni bir hukuki durumun meydana getirilmesi şekillerinde ortaya çıkarak, ihlal edilmiş olan hukuk düzeninin korunmasını hâkimden istemek şeklinde somutlaşır⁵⁰.

Kişilerin, bir hakkın ihlali halinde yargı kuvvetlerine başvurarak, ihlal edilen hakkın korunmasını istemek hususunda haiz olduğu imkana dava hakkı; kişinin, bu korunmayı sağlamak için, yargı kuvvetinden karşı bir tarafa ilişkin, bilfiil talep etmesi ise dava olarak tanımlanır⁵¹.

Bu bağlamda, hukuki himaye imkanı sağlayan delil tespiti kurumunun dava niteliğini haiz olup olmadığının üzerinde durulması gerekmektedir. Mahkemeye yapılan bir taleple başlayan prosedürün dava olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi, kurumla ilgili olarak varılacak birtakım sonuçlar bakımından da etkiye sahip olacaktır.

Maddi hukuk tarafından tanınan asıl haktan ayrılamayan dava hakkının kullanılması ve hukuki koruma talep eden tarafın dava açması ile birlikte, hem maddi

Zivilprozessrecht, 6.Aufl., München, Franz Vahlen Verlag, 2010 (Kısaltma: Schilken, Zivilprozessrecht), s. 56 vd. .

⁴⁹ Mahkemeye yapılacak olan bu fiili başvurunun niteliğine ilişkin tartışmalar hakkında dair ayrıntılı bilgi için bkz: Emel Hanağası, **Davada Menfaat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, 56 vd. .

⁵⁰ Belgesay, **Dava Teorisi**, s.64; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.180; Hanağası, **a.g.e.**, s.56.

⁵¹ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.179; Belgesay, **Dava Teorisi**, s.5-6: Yazar, dava hakkında uygulanacak hükümlerin, terimin ifade ettiği kavrama göre değişeceğini belirterek, dava hakkı, mahkemeye müracaat salahiyeti, iddia ve müdafaa kavramları için ayrı tanımlar vermiş ve davanın, mahkemece tetkik edilmekte olan ihtilaf olarak tanımlanabileceğini sonucuna varmıştır.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.201: Yazarlar, devletin yargı için tespit ettiği organa, mahkemeye, esas hakkında bir hüküm vasıtası ile hukuki himaye sağlaması için başvurulmasını dava olarak tanımlamışlardır. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.347: Yazarlar davayı, başkaları tarafından hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan kimsenin, yeniden tartışma konusu yapılmayacak şekilde ve geleceğe yönelik olarak, bu ihlalin ve tehlikenin bertaraf edilmesi için mahkemeden hukuki koruma talep etmesi olarak tanımlanmaktadır.; Dava kavramına ilişkin muhtelif tanımlar için bkz: Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II**, 7.Baskı, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000, s.265 vd. (Kısaltma:Üstündağ, Usul); Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.205.

hukuka hem de usul hukukuna ilişkin bir takım sonuçlar doğmaktadır⁵². Bu noktada delil tespiti talebinin doğurduğu sonuçlarla, davanın açılmasına bağlanan sonuçların karşılaştırılmasında yarar görmekteyiz.

Davanın açılmasına bağlanan hukuki sonuçlar, davanın açılmasının maddi hukuk bakımından ve usul hukuku bakımından sonuçları olarak iki ana grupta incelenebilir. Aşağıda davanın açılmasına bağlanan maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin sonuçlardan delil tespiti kurumu bakımından özellik arz edenler incelenmiş ve delil tespiti talebinin sonuçları ile karşılaştırılması yapılmıştır.

2. Davanın Açılmasının Maddi Hukuk Bakımından Sonuçlarının Delil Tespiti Talebi ile Karşılaştırılması

a. Genel Olarak

Dava açılmasının maddi hukuk alanında meydana getirdiği başlıca sonuçlar, zamanaşımının kesilmesi, hak düşürücü sürelerin korunması, bazı şahıslarlığı haklarının malvarlığı hakkına dönüşmesi, iyi niyetin ortadan kalkması, davadan önce mütemerrit duruma düşmemiş, olan davalının dava açılması ile temerrüde düşmesi şeklinde sayılabilir. Bu sonuçlardan, zamanaşımının kesilmesi, iyi niyetin ortadan kalkması ve davalının temerrüde düşürülmesi sonuçları, delil tespiti talebi bakımından da değerlendirilmelidir. Zira, bu sonuçların, nitelikleri de dikkate alındığında, delil tespiti talebi ile de ortaya çıkabileceği düşünülebilecektir.

⁵² Davanın açılmasının maddi hukuk ve usul hukuku bakımından sonuçları, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 23.12.1976 tarih ve E.1976/11-7 ve K.1976/6 numaralı (RG. 19.02.1977, S. 15855) Kararı'na konu olmuştur. İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, 'bir davanın usulen açıldığı tarihte maddi hukuk ve usul hukuku yönünden hasil ettiği neticeleri vardır. Özellikle maddi hukuk alanında zamanaşımı kesilmiş olur. Hak düşürücü bir süre söz konusu ise bu husus hâkim tarafından re'sen göz önünde tutulur. Şahsa bağlı haklarla ilgili bazı davaların takibi mirasçılara geçer. Davalı davadan önce usulen mütemerrit duruma düşürülmemiş ise, davanın açılması ve dilekçenin usulü dairesinde tebliğ olunması ile mütemerrit sayılır. Usul hukuku yönünden ise, neticeleri HUMK'un 185, 186, 187 ve 202. maddelerinde açıklandığı üzere mahkemelere, açılmış bir davayı sonuçlandırmak görevi verilmiş olur. Dava şartlarının mevcut olup olmadığı da davanın açıldığı tarihe göre tayin edilir ve açıldığı durum ne ise ona göre hüküm verilmesi mükellefiyeti doğar. Davada derdestlik hali de söz konusu olabilir. Davacı davasını açtıktan sonra davalının rızası olmaksızın davasını takipten sarfinazar ve davasını tevsi ve mahiyetini tebdil edemez.'

b. Zamanaşımının Kesilmesi

TBK m.154/I’de, alacaklının, dava veya def’i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuş olması halinde zamanaşımının kesileceği düzenlenmiştir. Medeni usul hukukunda da maddi hukuk açısından, davanın açılması ile doğan sonuçlardan biri zamanaşımının kesilmesidir⁵³.

TBK m.146-161. maddeleri arasında düzenlenen zamanaşımı, kanunun belirttiği sürelerin geçmesi ve şartların gerçekleşmesi ile bir hak kazandıran veya borcu ifa etmekten kaçınma hakkı veren bir durumdur. Hak, kanunun tayin ettiği usuller ve süreler içinde kullanılmaması halinde, kuvvetini kaybeder ve hakkın müeyyidesi ortadan kalkar⁵⁴.

Zamanaşımı, alacak hakları için söz konusu olur. Zamanaşımının söz konusu olduğu hallerde, zamanın geçmesi, o süre içerisinde alacaklının alacağını elde etmek için hareketsiz kalması yüzünden, borçlunun itirazı sonucunda, alacağın dava veya cebri icra yoluyla tahsil edilmesi artık mümkün olamaz⁵⁵.

⁵³ Zamanaşımı kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi ve Yargıtay kararları için bkz: Ali Haydar Karahacıoğlu/ Mehmet Altın, **Kanunlarımızda Müddetler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2001; Mehmet Akif Tutumlu, **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması (Kavram, Durma ve Kesilme Nedenleri ve Borçlar Kanunu m.125-140. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle)**, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008; Ergin Akçay, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Zamanaşımı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010; Mahmut Bilgen, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

⁵⁴ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.614 vd.; Fikret Eren, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 1281 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış)**, Genişletilmiş 17. Bası, Ankara, Turhan Yayınevi, 2013, s.866 vd.; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 316 vd.; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden geçirilmiş 12. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s.307 vd.; Karahacıoğlu/Altın, **a.g.e.**, s.1: Yazarlar, zamanaşımını, kanunun belirttiği şartlar altında zamanın geçmesi ile bir hak kazanmak, bir külfetten kurtulmak yahut bir hakkı istemek olanağını yitirmek durumu olarak tanımlamışlardır.

⁵⁵ Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk-Giriş, Kaynaklar, Temek Kavramlar**, 19.Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.236; Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm-Kişiler Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.259-260; Mustafa Dural/Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri**, 7. Baskı, İstanbul,

Zamanaşımı süreleri alacağın talep edilebileceği andan itibaren işlemeye başlamakla beraber, zamanaşımı sürelerinin kesintisiz olarak ilerlemesini engelleyen birtakım fiil ve durumlar kanunlarda gösterilmiştir. Bunlardan biri TBK m.153’de düzenlenen zamanaşımının durması⁵⁶; diğeri ise, TBK m.154’de düzenlenen zamanaşımının kesilmesidir⁵⁷.

TBK m.154/1 hükmü, borçlunun; TBK m.154/2 hükmü ise, alacaklının zamanaşımını kesen fiillerini düzenlemiştir. Bu sebeplerden biri zamanaşımının işlemeye başlamasından sonra ve henüz süre tamamlanmadan ortaya çıkarsa, zamanaşımı kesilmiş olur. Bu maddede düzenlenen zamanaşımını kesen sebeplerden birinin gerçekleşmesi halinde, işlemekte olan zamanaşımının işlemiş kısmının hiçbir etkisi kalmaz. Zamanaşımını kesen sebebin gerçekleştiği zamana kadar işlemiş olan zamanaşımı süresi ortadan kalkar ve sanki hiç işlememiş gibi bir sonuç doğar⁵⁸.

Dava açılmasıyla birlikte, TBK m.157/I’e göre, bir dava veya def’i yoluyla kesilmiş olan zamanaşımı, dava süresince tarafların yargılamaya ilişkin her

Filiz Kitapevi, 2012, s.259; Hasan Erman, **Medeni Hukuk Dersleri**, 3. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2010, s.127-128.

⁵⁶ TBK m.153’e göre, 1)Velayet süresince, çocukların ana ve babalarından olan alacakları için 2)Vesayet süresince, vesayet altında bulunanların vasiden veya vesayet işlemleri sebebiyle Devletten olan alacakları için 3)Evlilik devam ettiği sürece, eşlerin diğerinden olan alacakları için 4)Hizmet ilişkisi süresince, ev hizmetlilerinin onları çalıştıranlardan olan alacakları için 5)Borçlu, alacak üzerinde intifa hakkına sahip olduğu sürece 6)Alacağı, Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmadığı sürece 7)Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesinde, birleşmenin ileride geçmişe etkili olarak ortadan kalkması durumunda, bu durumun ortaya çıkmasına kadar geçecek sürece, zamanaşımı işlemeye başlamaz ve eğer işlemeye başlamışsa durur. Zamanaşımını durduran sebeplerin ortadan kalktığı günün bitiminde zamanaşımı işlemeye başlar veya durmadan önce başlamış olan işlemlerini sürdürür.

⁵⁷ TBK m.154’e göre, 1)Borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş, veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse 2)Alacaklı, dava veya def’i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa zamanaşımı kesilir.

⁵⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.613 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1292-1293; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.881 vd.; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.322-323; Nomer, **a.g.e.**, s.320-321; Ayşe İmren Ufacık, **Medeni Usul Hukuku’nda Dava Açılmasının Maddi Hukuk Açısından Sonuçları**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s.69.

işleminden veya hâkimin her kararından sonra yeniden işlemeye başlar⁵⁹ -⁶⁰.

Doktrinde, delil tespitinin bir dava olmadığı için zamanaşımını kesmeyeceği ileri sürülmekte ve zamanaşımını kesmediği için de dava olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmaktadır⁶¹. Uygulamada da bu yönde kararlar mevcuttur⁶². Bu hususun, konunun önemi sebebiyle biraz daha detaylı olarak incelenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, TBK m.154'da zamanaşımını kesen sebepler düzenlenmiştir. Bu sebepleri, borçlunun fiilleri, alacaklının fiilleri ve adli makamların fiilleri olarak üç grupta toplayarak incelemek mümkündür ve bu sebepler dikkatlice incelendiğinde görülecektir ki, davanın açılması, zamanaşımını kesen tek sebep değildir. Borçlunun borcunu ikrar etmesi, yani borçlu olduğunu kabul ettiğini gösteren irade beyanında bulunması da zamanaşımını kesen sebeplerden biri olarak düzenlenmiştir. TBK'ya göre özellikle borcun faizinin ödenmesi, kısmi ifada bulunulması, rehin verilmiş veya kefil gösterilmiş olması

⁵⁹ Ansay, **a.g.e.**, s.217; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.396; Üstündağ, **Usul**, s.490; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.289; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.235; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.436; Karşlı, **Muhakeme**, s.496.

⁶⁰ Kural, dava açılmasının zamanaşımını kesmesi olmakla birlikte, menfi tespit davasının zamanaşımını kesmeyeceği kabul edilmektedir. İİK m.72'de düzenlenmiş olan menfi tespit davasını, borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat etmek için açabilecektir. Menfi tespit davaları aslen, bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespiti talebini içeren davalardır ve davanın konusunu bir alacak hakkı oluşturmadığından, kural olarak, menfi tespit davaları zamanaşımına tabi olmayacaktır. Ayrıca TBK m.154/II'de sadece alacaklının eylemlerinin zamanaşımını keseceğini düzenlemiştir. Bu sebeple, borçlunun eylemlerinin ve işlemlerinin zamanaşımını kesmeyeceği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Baki Kuru/Alı Cem Budak, **Tespit Davaları**, 2. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s.352 vd. (Kısaltma: Kuru/Budak, **Tespit Davaları**); Baki Kuru, **İcra İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003; Tutumlu, **a.g.e.**, s.120 ; Menfi tespit davasının, borçlar hukukundaki sebepsiz zenginleşmeden doğan davanın özel bir türü olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: ; Menfi tespit davasının açılması ile dava konusu hakka ilişkin zamanaşımı, hakkın mevcut olmadığının ileri sürülmesinden dolayı, kesilmeyecek; ancak TBK m.154/II'ye göre, davalının cevap layihası ile hakkın mevcut olduğunu ileri sürmesiyle zamanaşımı kesilmiş olacaktır. Buna karşılık müspet tespit davası açılmasıyla, zamanaşımını kesilecektir. Aynı yöndeki Yargıtay 12. HD.'sinin 21.3.2012, 5340/10519 sayılı Kararı'nda, borçlu tarafından açılan menfi tespit davasında davalı konumundaki alacaklının, itirazını def'i yolu ile ileri sürmediği ve duruşmalara katılmadığı belirtilerek, böyle bir durumda, bu dava ile zamanaşımının kesilmeyeceği sonucuna varılmıştır.

⁶¹ Kurt, **a.g.m.**, s.90; Ansay, **a.g.e.**, s.316; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.499; Kuru, **Cilt IV**, s.4441; Yılmaz, **Cilt II**, s.1362; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.13; Akil, **Delil Tespiti**, s.9; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.42.

⁶² 15. HD., T.10.5.1976, 1220/2085; 4. HD., T.28.4.2005, E.2004/10443, K.2005/4577; 7. HD., T.20.12.2005, 3930/3997; 7. HD., T.8.7.2004, 5834/8812.

halleri borçlunun bu yöndeki irade beyanı olarak sayılabilecek ve bu sebeple de zamanaşımını kesen sebepler olarak değerlendirileceklerdir⁶³.

Zamanaşımının kesilmesine ilişkin sebeplerin düzenlenmesi aslen kanun koyucunun inisiyatifindedir. Davayı, zamanaşımını kesen sebeplerden biri olarak düzenleyen hükmün doğal bir uzantısı olarak da davanın açılmasına bağlanan sonuçlardan birisi, zamanaşımının kesilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce, delil tespitin, zamanaşımını kesen sebeplerden biri olarak düzenlememiş olmasını da kanun koyucunun inisiyatifi olarak değerlendirmek gerekir. Delil tespiti de zamanaşımını kesen sebeplerden biri olarak düzenlenebilirdi ve fakat böyle bir düzenleme yapılmış olsaydı bile, bu durum muhakkak ki delil tespiti kurumuna dava niteliği kazandırmayacaktı.

Bununla birlikte, delil tespitin talebini zamanaşımı kesen sebeplerden biri olarak düzenlenmesinin değil, ancak zamanaşımını durduran sebeplerden biri olarak kanunkoyucu tarafından düzenlenmesinin, delil tespitine başvurulmasını daha etkili bir hale getirebileceği kanaatindeyiz.

Zamanaşımının durması, zamanaşımı süresinin işlemeye başlamaması veya işlemeye başlamışsa, durması anlamına gelmektedir. Böylece zamanaşımı süresi, işlemeye başlamadığı veya işlemeye başlayıp da sonradan durduğu süre boyunca uzamış olmakta ve bu sebeple de, işlemiş olan süre borçlu aleyhine kaybolmamaktadır. TBK m.153'de yedi bent halinde sayılan zamanaşımını durduran sebeplerin⁶⁴ ortadan kalktığı günün bitiminde zamanaşımı tekrar işlemeye başlar

⁶³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.614; Eren, **a.g.e.**, s. 1292-1293; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.881 vd.; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.322-323; Nomer, **a.g.e.**, s.320-321.

⁶⁴ TBK m.153/I'de düzenlenen zamanaşımını durduran sebepler için bkz: Birinci Bölüm, III, B, 2, b. TBK m.153/I hükmü haricinde, diğer bazı kanunlarda da zamanaşımının durmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, TMK m.864'de taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacaklar için, rehlin tapu kütüğüne tescil edilmesinden sonra alacak için zamanaşımının işlemeyeceği düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme TMK m.625'de yer almakta olup, mirasta resmi defter tutulduğu süre içerisinde zamanaşımının işlemeyeceği şeklinde hükme bağlanmıştır. Ayrıca 'Hukuk Davalarının Tatili' başlıklı İİK m.194'de, müflisin davacı ve davalı olduğu davaların duracağı ve davaların durduğu bu süre içerisinde zamanaşımı sürelerinin işlemeyeceği düzenlenmiştir.

veya durmadan önce işlemeye başlamış idiyse, kaldığı yerden işlemeye devam eder⁶⁵.

Alman Medeni Usul Kanunu'nun, delil tespiti düzenleyen hükümlerine göre, delil tespiti talebinde bulunulması zamanaşımını durduran sebeplerden biridir⁶⁶. Hatta Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) §485 ve devamı maddelerinde düzenlemiş olan delil tespitinin dört ana prensibinden birinin, zamanaşımının durması olduğu doktrinde sıklıkla belirtilmiştir⁶⁷. Delil tespiti talebinde bulunulması, zamanaşımını BGB §204/II'ye göre, altı aylık bir süre için durdurmaktadır⁶⁸ ve bu süre delil tespiti dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmesi ile başlamaktadır. Bu sebepten de delil tespitinin zamanaşımını durdurabilmesi sadece karşı tarafın belli olduğu hallerde başvuru delil tespitleri için söz konusu olacaktır⁶⁹. Delil tespiti talebinin zamanaşımını durdurucu etkisinin ortaya çıkabilmesi, delil tespiti talebinde bulunan kişinin alacaklı ve aleyhine delil tespiti talep edilen kişinin ise borçlu olmasına bağlıdır yoksa delil tespitinin taraflarının, asıl davanın tarafları ile aynı kişiler olması, bu etkinin ortaya çıkması için yeterli olmayacaktır⁷⁰.

Benzer bir düzenlemenin Türk hukukunda da benimsenebileceği kanaatindeyiz. Delil tespiti talebine ilişkin dilekçenin görevli ve yetkili mahkemeye

⁶⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.611-612; Eren, **a.g.e.**, s. 1291-1292; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.881 vd.; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.322-323; Nomer, **a.g.e.**, s.319-320.

⁶⁶ BGB §204/I, b.7.

⁶⁷ Thieme, **a.g.m.**, s.938; Pauly, **Bausachen**, s.269; Koeble, **a.g.e.**, s.98; Ulrich, **Teil 1**, s.27.

⁶⁸ Doktrinde bir takım yazarlar, delil tespiti dilekçesinin görevli ve yetkili mahkemeye sunulması ile delil tespitinin zamanaşımını durdurucu etkisinin ortaya çıktığını savunmaktadır, bkz: Hansjoachim Wussow, **Das gerichtliche Beweissicherungsverfahren in Bausachen**, Köln, Verlagsgesellschafts Rudolf Müller, 1979, Rn.100; Holger Pauly, Das selbstständige Beweisverfahren in der Baurechts-Praxis, **MDR 1997**, H.12, s.1087-1091, s.1089. Bir grup yazar ise, bu sürenin, delil tespiti talebine ilişkin dilekçenin karşı tarafa tebliğ edilmesi ile bu sürenin başladığını savunmaktadırlar, bkz: Manfred Hickl, Die Verjährungsunterbrechungswirkung beim gerichtlichen Beweissicherungsverfahren, **BauR 1986**, H.3, s.282-289, s. 283. Zamanaşımını durduran sebebin ortadan kalkması ile, süre, kaldığı yerden işlemektedir.

⁶⁹ Hickl, **a.g.m.**, s.283; Martin Booz, Beweissicherungsverfahren in der Gesetzesänderung, **Baur 1989**, H.1, s.30-45, s.31; Thieme, **a.g.m.**, s.938; Quack, **a.g.m.**, s.279; Pauly, **Baurecht**, s.1087; Werner/Pastor, **a.g.e.**, s.50 vd. .

⁷⁰ Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz: OLG Köln, **VersR 1971**, s.378; OLG Düsseldorf, **BauR 1972**, s.111; LG Marburg, **BauR 1990**, s.738-739.

sunulması ile zamanaşımının durması ve delil tespitine ilişkin prosedürün nihayete erdirilmesinin ardından da zamanaşımı süresinin kaldığı yerden işlemeye devam etmesi düşünülebilecektir. Delil tespiti talebinin reddedildiği hallerde ise, böyle bir etkinin doğması söz konusu olmayacaktır.

c. İyiniyetin Ortadan Kalkması

Bir hakkın kazanılması veya bir sonucun meydana gelmesinde buna ait olan bir engeli bilmemek hali olarak tanımlanan iyiniyet, bir kimsenin iyiniyetli olmaması halinde karşılaşacağı bazı hukuki sonuçlardan korunmasını ve o kişi için söz konusu olması gereken hukuki sonucun değişmesini sağlar. Durumun gerektirdiği tüm özeni gösterdiği halde, bir hakkın kazanılmasına veya başka bir hukuki sonucun gerçekleşmesine ilişkin bir engelin varlığının farkında olmamak şeklinde tezahür eden iyiniyet⁷¹, davalı kendisine dava açılmadan önce bir hususu bilmiyor veya bilebilecek bir durumda da bulunmuyor ise de, artık dava dilekçesinin kendisine tebliğinden sonra, ortadan kalkmış olacaktır⁷².

Davalı, dava açılmadan önce iyiniyetli olduğunu ileri sürebilecekken, dava dilekçesinin kendisine tebliğinden sonra, iyiniyetli olduğunu, artık ileri sürülemeyecektir. Çünkü dava dilekçesinin mahkeme kalemine verilmesiyle davalı, davadan haberdar olmamaktaysa da dava dilekçesinin kendisine tebliği ile beraber artık davadan haberdar olacaktır⁷³.

Benzer bir durum, delil tespiti talebi kendisine tebliğ edilen ilgili bakımından da gündeme gelebilecektir. Zira, davanın açılmasından haberdar olan davalı, nasıl ki

⁷¹ Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.241; Serozan, **a.g.e.**, s.263-264; Dural/Sarı, **a.g.e.**, 218; Erman, **a.g.e.**, s.115.

⁷² Üstündağ, **Usul**, s.492; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II**, 6.Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001 (Kısaltma: Kuru, Cilt II), s.1671; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.235; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.438; Karşı, **Muhakeme**, s.498; Seda Özmumcu, Davanın Açılmasına Bağlı Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi, **İÜHF**, Cilt LXX, Sayı 2, 2012, s.183-206, s.196.

⁷³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.235; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.438; Karşı, **Muhakeme**, s.498; Özmumcu, **a.g.m.**, s.196.

artık iyiniyet iddiasında bulunamayacak ise, delil tespiti talebi kendisine tebliğ edilen taraf da benzer biçimde iyiniyetini temellendiren bilgi eksikliğinden bahsedemeyecektir.

d. Davalının Temerrüde Düşmesi

TBK m.117/I'e göre, muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Yasal düzenlemede bahis konusu edilen ihtar, borçlu temerrüdünün doğabilmesi için gerekli olan unsurlardan biridir⁷⁴. Alacaklının, borçlu hakkında, para borcuna ilişkin bir dava açması, onun, borcun ifa edilmesini arzu eden beyanını içerdiğinde ihtar niteliği taşımaktadır. Borçlu daha önce temerrüde düşürülmemişse, davanın açılması ile temerrüde düşer. Çünkü dava dilekçesinin borçluya tebliği, TBK m.117/I kapsamında ihtar görevi görür⁷⁵. Özetle, alacaklı tarafından daha önce temerrüde düşürülmemiş olan borçlu, dava dilekçesinin kendisine tebliği ile temerrüde düşürülmüş olur⁷⁶.

Bu noktada, delil tespiti talebinin borçluya tebliğinin ihtar niteliği taşıyıp taşımayacağı incelenmelidir. Ancak bu inceleme sadece ileride açılacak bir davada

⁷⁴ Borçlunun temerrüde düşmüş sayılabilmesi için borcun muaccel olması, yani vadesinin gelmiş olması ve alacaklının, borçluya, borcu ödemesini ihtar etmesi de gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.470 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1089vd.; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.683 vd.; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.250 vd.; Nomer, **a.g.e.**, s.261 vd. .

⁷⁵ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.400; Kuru, **Cilt II**, s.1671; Üstündağ, **Usul**, s.492; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.438; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.235; Karslı, **Muhakeme**, s.329.

⁷⁶ 28.11.1956 tarih ve 15/15 sayılı (RG. 27.12.1956, S. 9494) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda '... Her davada açıldığı tarihte tespit edilen vaziyet hükmü esas ittihaz olunması iktiza eylemesine ve böyle bir davada da talebinin kabule şayan olduğunu ispat eden davacıya karşı davanın ikamesiyle davalı mütemerrit hale düşmüş addedilmesi muvafık bulunmasına binaen nafakanın bağlanmasında olduğu gibi arttırılma veya eksiltilmesine dair taleplerin kabulünde de buna dava tarihinden itibaren hükmolunması icap ettiğine ittifakla karar verildi.' denilmek suretiyle, temerrüdün dava dilekçesinin tebliği tarihinde davanın açıldığı tarihte vaki olduğu kabul edilmiştir. 21.11.1966 tarih ve 19/10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda (RG. 29.12.1966, S.12490) ise Yargıtay, '..... Hâkim tarafından tespit edilen yeni kira parası ile kiracı dâva arzuhalinin kendisine tebliğ edildiği tarihi takip eden yeni dönem başından itibaren sorumludur.' ve '.... Kiralayan tarafından kiracı aleyhinde açılan kira bedelinin tespiti dâvasında, tespit edilecek yeni kira parasının o dâvaya ait arzuhalin kiracıya tebliğini takip eden kira dönemi için kiracıyı ilzam edeceğine, ancak.....' şeklinde ifade ederek, dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmiş olması gerektiği yönünde görüş belirtmiştir. YHGK. 30.11.2011 tarih ve 13-64/713 sayılı kararı'nda, davalının cevap dilekçesi sunduğunu ve mahkemece davanın reddedilmemiş olduğunu ve dava tarihi itibarıyla temerrüt oluşacağından, davanın kabulüne ile davacının borçlu olmadığına tespitine karar vermiştir.

kullanılmak üzere delil tespiti talep edildiği haller bakımından önem arz etmektedir. Çünkü, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş bir vakianın tespiti amacıyla delil tespiti kurumuna başvurulduğunda, zaten, esasa ilişkin olan asıl davanın açılmasına bağlanan sonuçlardan birisi, daha önce temerrüde düşürülmemiş olan borçlunun, dava dilekçesinin tebliği ile temerrüde düşürülmesidir.

Davalı borçlunun, temerrüde düşürülebilmesi için, davacı alacaklı, muaccel borcun ifası konusunda borçluya ihtarda bulunmalıdır ve bu ihtarın içeriğini muaccel olan borcun ifası istemi oluşturmalıdır. İhtar, borçlunun borçlandığı edimi içermiyor ya da sözleşmede yer alan koşullardan farklı talepleri içeriyorsa, borçlunun temerrüdüne yol açmayacaktır. Kanaatimizce, tam da bu sebeple, delil tespiti dilekçesinin, aleyhine delil tespiti istenen tarafa tebliği, ihtar niteliğini haiz değildir. Lakin bu dilekçe, aleyhine delil tespiti istenen tarafın borçlandığı edimi içermemekte; sadece taraflardan birinin, ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakianın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasına ilişkin talebini içermektedir.

3. Davanın Açılmasının Usul Hukuku Bakımından Sonuçlarının Delil Tespiti Talebi ile Karşılaştırılması

Bir taraf usul işlemi olan davanın, açılmasına bağlanan usul hukukuna ilişkin birtakım sonuçları vardır. Bu sonuçların bir kısmı HMK’da açıkça düzenlenmiş olmakla beraber (örneğin, HMK m.114/I, b.1), bir kısmı HMK’da düzenlenmemiştir. HMK’da yer almayan sonuçların Kanun’un genelinden yorum ile çıkartılması mümkündür ve bu sebeple dava açılmasının usul hukuku alanında doğurduğu sonuçların sınırlı sayıda olmadığı sonucuna varılabilecektir⁷⁷. Yargıtay’ın da bu yönde kararları mevcuttur⁷⁸.

⁷⁷ Necip Bilge/Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, s.447; Kuru, **Cilt II**, s.1642; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.289-290.

⁷⁸ 23.12.1976 tarih ve E.1976/11-7 ve K.1976/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda davanın açılmasıyla meydana gelecek olan usul hukukuna ilişkin sonuçların, 1086 sayılı HUMK

Davanın açılmasına bağlanan ve usul hukukuna ilişkin olarak doğan mahkemenin davayı inceleme zorunluluğu, derdestlik hali, davayı geri alma yasağı ve davayı genişletme ve değiştirme yasağı ile delil tespiti talebi ilişkilendirilmiş olduğundan, aşağıda sadece bu konulara ilişkin karşılaştırma ve değerlendirilmelere yer verilmiştir.

a. Mahkemenin Davayı İnceleme Zorunluluğu

Davanın açıldığı mahkeme, açılmış olan bu davayı incelemek ve sonuçlandırmak zorundadır. Açılan davada, dava şartları noksan olsa bile, hâkim dosyayı incelemekle yükümlüdür. Hukuki ihtilafa ilişkin karar vermekten kaçınmaz. Davayı, ya dava şartı noksanlığı sebebiyle usulden reddedecek ya da esastan inceleyip karara bağlayacaktır⁷⁹.

Kanaatimizce benzer bir yükümlülük delil tespiti taleplerinin incelenmesi bakımından da söz konusu olmalıdır. Kendisine delil tespiti talebinde bulunulmuş olan mahkeme, bu talebi incelemek ve nihayete erdirmekle yükümlü olacaktır.

Anayasa'nın 'Hak Arama Hürriyeti' başlıklı 36. maddesinin ikinci fıkrası ile, mahkemelerin kendilerine yöneltilen talepleri incelemekten kaçınamayacakları hususu güvence altına alınmıştır. Buna göre, hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacaktır. Aksi durum, hakkın yerine getirilmesinden kaçınma niteliği taşıyacağından, hâkimin hukuki sorumluluğunu düzenleyen HMK m.46/I,b.e'ye göre, hâkimin yargılama faaliyetinden dolayı devlet aleyhine tazminat davası açılabilecektir.

b. Derdestlik

m.185'de sayılanlarla sınırlı kalmadığı belirtilmiş ve bu maddede belirtilmemiş dava açılmasına bağlanan maddi hukuka ilişkin sonuçlar da kararda yer almıştır.

⁷⁹ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.407; Kuru, **Cilt II**, s.1673; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.290; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.438; Karşı, **Muhakeme**, s.500.

Dava şartlarını düzenleyen HMK m.114/I, b.1’ya göre, bir davanın görülebilir olması ve usulden reddedilmemesi için, aynı davanın daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması gerekmektedir⁸⁰. Derdestlik hali, davanın açılmasıyla, davacının bu sonucu istemiş olması ya da olmamasından bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır⁸¹. Bir davanın derdest olması demek, bir davanın görülmekte olması demektir ve derdestlik itirazının ileri sürülebilmesi için, açılmış ve halen devam etmekte olan birden fazla dava bulunmalıdır⁸².

Halen aynı konuya ilişkin görülmekte olan bir davanın varlığını veya başka bir delil tespiti talebine ilişkin görülmekte olan bir yargılamanın varlığının, yeni bir delil tespiti talebine engel olup olmayacağı hususu davanın açılmasının usul hukukuna ilişkin sonuçlarından derdestlik sorunu çerçevesinde ele alınabilir.

Bir davanın derdestlik sebebiyle açılmamış sayılmasına karar verilebilmesi için, aynı davanın iki kere açılmış olması, birinci davanın görülmekte olması ve birinci dava ile ikinci davanın aynı dava olması gerekmektedir⁸³. İki davanın aynı sayılabilmesi için, taraflarının, dava konusunun ve dava sebebinin aynı olması gerekmektedir⁸⁴.

Tarafları, dava konusu ve sebebi aynı olan ikinci bir dava açıldığı takdirde, ikinci davanın açıldığı mahkemede derdestlik itirazı ileri sürülerek, aynı davanın başka bir mahkemede görülmekte olması sebebiyle, reddi istenir. Mahkeme, dava

⁸⁰ Derdestliğe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Ömer Ulukapı, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları, **Yargıtay Dergisi**, 1995, Sayı 4, s.395-445; Süha Tanrıver, **Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, 2007 (Kısaltma: Tanrıver, Derdestlik).

⁸¹ Ulukapı, **a.g.m.**, s.396; Tanrıver, **Derdestlik**, s.11.

⁸² Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.449; Üstündağ, **Usul**, s.485; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.290; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.236; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.439; Karşı, **Muhakeme**, s.500.

⁸³ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.290.

⁸⁴ Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.449; Üstündağ, **Usul**, s.485; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.291; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.236; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.439; Karşı, **Muhakeme**, s.500.

şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır ve taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler⁸⁵.

Bir davanın görülmekte olması anlamına gelen derdestliğin, delil tespiti talebiyle doğup doğmayacağına ilişkin olarak Alman hukukunda ZPO §261/III,b.1'e göre, delil tespiti talebiyle, derdestliğin ortaya çıkmadığı kabul edilmektedir⁸⁶.

Kanaatimizce, delil tespiti talebi, hukuki ilişkinin aslına ilişkin açılan dava ile derdestlik hali doğurmayacaktır. Zira derdestlik halinin ortaya çıkabilmesi ve derdestlik itirazında bulunulabilmesi için, aynı davanın iki kere açılmış olması gerekmektedir. İki davanın ayniyeti ise, taraflarının, konularının ve netice-i taleplerinin aynı olması halinde söz konusu olabilecektir. Oysa delil tespitinin konusu, sadece kaybolması muhtemel olan veya ileri sürülmesi güçleşebilecek delillerin muhafazasının sağlanması amacıyla, maddi vakıaların tespitidir ki bu talebin asıl dava ile ayniyet oluşturmaması mümkün olamayacaktır.

Bununla birlikte, aynı maddi vakıanın tespitine ilişkin olarak iki ayrı delil tespiti talebinin birbiriyle derdestlik ilişkisi oluşturup oluşturmayacağı akla gelebilecektir. Lakin delil tespiti işlemlerinin birbiriyle derdestlik ilişkisi oluşturmayacağı kabul edildiğinde, aynı maddi vakıanın tespitine ilişkin olarak eş zamanlı birden fazla delil tespiti talep edilebileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Asıl davanın açılmış ve görülmekte olduğu durumlarda, hukuki ihtilafın aslına bakan görevli ve yetkili mahkemenin, maddi vakıanın tespiti için delil tespiti kurumuna başvurmuş olduğu hallerde, 'ne bis in idem' (tekrarlanma yasağı) kuralı gereğince, aynı maddi vakıanın tespiti için ikinci bir delil tespiti talebinin kabul edilemeyeceği sonucuna varılabilecekse, delil tespiti işlemi ile elde edilen maddi vakıa tespitinin takdiri delile dayandığı hallerde, bu husus önem arz edecektir.

⁸⁵ 1086 sayılı HUMK m.187/I, b.4'e göre, açılan bir davanın diğer bir mahkemede derdest olduğuna ilişkin derdestlik itirazı, ilk itiraz olarak düzenlenmişti. 6100 sayılı HMK'da ise, derdestlik itirazı isabetli olarak dava şartı olarak düzenlenmiş ve bu konuya ilişkin tartışmalar nihayete ermiştir.

⁸⁶ Schilken, **Beweissicherungsverfahren**, s.251; **Münchener Kommentar**, s.2457; Stein/Jonas, **Band 5**, §486, Rn.43; Werner/Pastor, **a.g.e.**, s.36; aynı yöndeki mahkeme kararı için bkz: BGHZ 17, s.117.

c. Davayı Geri Alma Yasağı

Davacı, davalının rızası olmadan davasını geri alamaz. Bu husus, ‘Davanın Geri Alınması’ başlıklı HMK’nın 123. maddesinde, davacının, hüküm kesinleşinceye kadar, ancak davalının açık rızası ile davasını geri alabileceği şeklinde ifade edilmiştir.

Davanın geri alınması, açılmış olan dava ile meydana gelen tüm sonuçların ortadan kalkması ve davanın hiç açılmamış sayılmasıdır⁸⁷. Geri alınan dava, davacı tarafından tekrar açılabilir. Davacı, davasını geri almakla, davaya konu olan haktan, diğer bir deyişle, hakkın özünden vazgeçmiş değildir. Davanın geri alınması ile, davanın açılmasına bağlanan sonuçlar ortadan kalkacağı için, geri alınmış olan dava, hiç açılmamış sayılacak ve yeni bir dava olarak tekrar açılabilir⁸⁸.

Davayı geri alma yasağı, davanın açıldığı anda başlamaktadır. HMK m.118’e göre ise, dava, dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış, sayılır. Dava dilekçesinin kaydına ilişkin usul ve esasların ise yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. Dava esas defterine kaydedilmiş olup, henüz davalı tarafa tebliğ edilmemiş bile olsa, davacı, davasını, davalının rızası olmadan geri alamaz⁸⁹.

Davanın açılmasının usul hukuku bakımından doğan sonuçlarından biri olan davanın geri alınması yasağı, delil tespiti talebinde bulunulmasının bir sonucu olarak doğmayacağı ve delil tespiti talebinin geri alınması yasağı olarak tezahür etmeyeceği sonucuna ulaşılabilecektir. Lakin delil tespiti talepleri, karşı tarafın rızası olmaksızın geri alınabilecektir. Ancak delil tespiti talebinin geri alınabilmesi, delil tespiti

⁸⁷ Davanın geri alınması, davadan feragatten farklıdır. Davadan feragat, davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir. Davacı, davadan feragat ettiği takdirde, aslen, dava konusu olan hakkından vazgeçmektedir. Feragat kurumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Leyla Akyol-Aslan, **Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.

⁸⁸ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.406; Üstündağ, **Usul**, s.489; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.292; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.237; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.441 vd.; Karşı, **Muhakeme**, s.501.

⁸⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.292; Özümücü, **a.g.m.**, s.192.

işleminin yapılmamış olmasına bağlı olacaktır. Diğer bir deyişle, delil tespiti talebi, delil tespiti işlemi icra edilinceye kadar karşı tarafın rızası olmaksızın geri alınabilecektir⁹⁰.

d. Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağı

Muhakemenin hızlandırılması amacına hizmet eden davayı genişletme ve değiştirme yasağı, tarafların belli bir usul kesitine kadar bütün iddia ve savunma sebeplerini ileri sürmelerini ve bu kesitten sonra bunları ileri sürmelerine imkan verilmemesi anlamını gelir⁹¹. Buna göre, taraflar, vakıa ve delillerin tamamını belli bir usul kesiti içinde ileri sürmek zorundadırlar ve bu usul kesiti sona erdikten sonra tarafların başka vakıa ve delil ikame etmeleri yasaklanmıştır⁹².

1086 sayılı HUMK m.185/II'ye göre, davanın açılması ile birlikte, davacı, davalının rızası olmaksızın davasını tevsi veya mahiyetini tebdil edemeyecektir. HUMK döneminde, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, davacı için, m.179/I,b.3 hükmüyle, dava dilekçesinin mahkemeye sunulması ile ve davalı içinse m.202/I hükmüyle, cevap dilekçesinin verilmesiyle başlamaktaydı. Feragat, ıslah, kabul ve karşı tarafın rızası, bu hükmün istisnalarını teşkil etmekteydi ve HUMK m.186'da düzenlenen dava konusunun devri üzerine tanınan seçim hakkının da bu yasağından istisnası olduğu kabul edilmekteydi⁹³.

6100 sayılı HMK'da ise, bu kural yazılı yargılama usulü bakımından değiştirilmiştir ve dilekçeler teatisinin sonuna kadar davacının iddiasını, davalının ise

⁹⁰ Stein/Jonas, **Band 5**, §486, Rn. 42; Thüringer OLG, BauR 2002, s.667; OLG Düsseldorf, BauR 2002, 350; OLG Köln, BauR 2000, s.1777; LG Frankfurt, BauR 1995, s.585 vd. .

⁹¹ Davayı genişletme ve değiştirme yasağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Saim Üstündağ, **İddianın ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1967 (Kısaltma:Üstündağ, Yasak); Ejder Yılmaz, **Islah**; Adnan Deynekli, **Medeni Usul Hukukunda Islah**, Ankara, Adalet Kitapevi, 2013.

⁹² Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.407; Üstündağ, **Usul**, s.487; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.293; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.237; Karşlı, **Muhakeme**, s.502 vd. .

⁹³ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.427 vd.; Üstündağ, **Usul**, s.487 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.293 vd.; Karşlı, **Muhakeme**, s.503-504.

müdafaasını değiştirmesine ve genişletmesine imkan tanınmıştır. ‘İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi’ başlıklı HMK m.141 ile getirilen yeni düzenlemeye göre, taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilecek yahut değiştirebileceklerdir. Ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin mazeretsiz olarak gelmediği hallerde ise, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilecek yahut değiştirebilecektir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra taraflar, iddia veya savunmalarını genişletemeyecek veya değiştiremeyeceklerdir.

Talep sonucunun ve dava sebebinin genişletilmesi veya değiştirilmesi, iddiayı genişletme veya değiştirme sayılacaktır⁹⁴. Davanın taraflarının değiştirilmesi ise, kanuni taraf değişikliği ve iradi taraf değişikliği bakımından ayrı ayrı incelenmiştir. Kanundan ötürü ortaya çıkacak olan taraf değişikliklerinin dava değiştirme olarak kabul edilmediği hususunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır⁹⁵. 1086 sayılı HUMK’un yürürlükte olduğu dönemde, tarafta meydana gelecek olan iradi değişikliklerin taraf değiştirme olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin ise tartışmalar mevcuttu⁹⁶. Ancak 6100 sayılı HMK’nın kabulüyle birlikte, davacının davalı tarafın açık rızası ile taraf değişikliği yapabileceği ve davayı, görülmekte olan davanın davalısından başka birine yönelterek, yeni davalıya karşı davaya devam edebileceği HMK m.124 hükmü ile düzenlenmiştir. Ancak davada taraf değişikliği, sadece karşı tarafın açık rızası ile mümkün olabilecektir.

⁹⁴ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.427 vd.; Üstündağ, **Usul**, s.487 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.293 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.467 vd.; Karşlı, **Muhakeme**, s.503-504.

⁹⁵ Üstündağ, **Yasak**, s.184; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.123-124.

⁹⁶ Bir görüşe göre, dava değiştirme, davanın esaslı kısımlarında bir değişiklik meydana getirilmesiyle ortaya çıkar ve taraf, davanın zorunlu unsurlarından bir olduğu için, değiştirildiğinde, davanın değiştirilmesi olarak nitelendirilmektedir. Aynı görüşte bkz: Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.461-463; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.364vd.; Üstündağ, **Yasak**, s.196 vd.; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt III**, 6.Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, s.2830 (Kısaltma: Kuru, Cilt III). Usulde bir değişiklik meydana getiren her hal, davanın değiştirilmesi olarak nitelendirilmemektedir ve taraf değiştirilmesi de dava değiştirme olarak nitelendirilemeyecektir. Aynı görüşte bkz: Yavuz Alangoya, Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, **MHAD**, 1969, Cilt 3, Sayı 5, s.125-194, s.132.

Davayı genişletme ve değiştirme yasağının, HMK m.124’de yer alan tarafta meydana gelen iradi değişiklikten başka, karşı tarafın rızası, ıslah, kabul ve dava konusunun devri gibi istisnaları da mevcuttur.

HMK m.141 ile yazılı yargılama için değişen bu kural, HMK m.319 hükmüyle, basit yargılama usulü için kabul edilmiştir. Buna göre, basit yargılama usulünde, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı, davanın açılmasıyla, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ise cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlayacaktır.

Kanaatimizce, HMK ile getirilen yeni düzenlemelerden sonra, davanın açılmasına bağlanan usul hukukuna ilişkin sonuçlarından birinin, taraflar için, davanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının başlaması olduğu görüşünün akıbeti tartışmalı olabilecektir. Lâkin tarafların, HMK m.141’e göre, yargılamanın belli bir aşamasına kadar serbestçe iddia ve savunmalarını değiştirebiliyor olmaları, bu yasağın başlangıç noktasını, davanın açılmasından daha ileri bir aşamaya çekmiştir⁹⁷.

Alman yargılama hukukunda delil tespiti talebini içeren dilekçenin mahkemeye sunulduktan sonra genişletilebileceği, doktrin ve uygulamada kabul edilmekteyse⁹⁸ de benzer bir kabulün, Türk hukuku bakımından yapılması zor gözükmektedir. Lakin HMK m.145’e göre, taraflar, Kanun’da belirtilen süreden sonra delil gösteremeyecektir. Bir delilin sonradan ileri sürülmesinin yargılamayı geciktirme amacı taşımadığı, süresinde ileri sürülememesinin ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmadığı hallerde, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilecektir.

C. Delil Tespiti ile Tespit Davasının Karşılaştırılması

⁹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.438 vd. Yazarlar, benzer bir saptamada bulunmamakla beraber, davanın açılmasının usul hukuku bakımından sonuçlarını incelerken, davayı genişletme ve değiştirme yasağını bu sonuçlar arasında saymamışlardır.

⁹⁸ Stein/Jonas, **Band 5**, §486, Rn. 42.

1. Hukuki Korumanın Muhtevasına Göre Davalar

Dava, sübjektif hakkı ihlal edilen bir kişinin, ihlal edilen hakkına ilişkin olarak hukuki himaye talep etmesidir ve en geniş anlamıyla mahkemeden verilecek hükümle bir iddia üzerinde kesin hukuki korumanın sağlanması talebidir⁹⁹. Anayasa'da 'Hak Arama Hürriyeti' başlıklı 36. madde ile herkesin, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Davalar, çeşitli kriterlere göre bir takım sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Dava konusu hakkın niteliğine göre, dava konusunun aynı hakka veya zilyetliğe dayanmasına göre, dava konusu edilen mala göre veya dava konusu talebin niceliğine göre yapılan gruplandırmalar mevcuttur.

Bu kriterlerden bir tanesi de, talep edilen hukuki korumanın muhtevası kriteridir. Talep edilen hukuki korumanın muhtevasına göre davalar, eda davaları, tespit davaları ve inşai davalar olmak üzere üç gruba ayrılırlar¹⁰⁰.

Eda davasında davacı, davalının bir işi yapmaya, bir şeyi vermeye veya bir işi yapmaya yahut yapamamaya mahkum edilmesini talep edecektir. Bir şeyi yapmaktan kaçınma hali de yapmama ifadesinin içerisinde değerlendirilmelidir. Davalının, davacının hakkını tanımadığı veya tanımakla birlikte, hakka ilişkin edimini yerine getirmediği veya davacının hakkını tehlikeye düşüren bir durumun varlığı halinde,

⁹⁹ 7.12.1964, 3/5 sayılı İBK (RG 12.12.1964, S.1, 1880, s.2, No:4); Dava kavramına ilişkin diğer tanımlar için bkz: Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.347; Yazarlar, davayı, başkaları tarafından hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan kimsenin, yeniden tartışma konusu yapılmayacak şekilde ve geleceğe yönelik olarak, bu ihlalin ve tehlikenin bertaraf edilmesi için mahkemeden hukuki koruma talep etmesi olarak tanımlamışlardır.

¹⁰⁰ 6100 sayılı HMK'da kabul edilen belirsiz alacak davasına ilişkin hükümlerden sonra, bazı yazarlar, davaları, talep edilen hukuki korumanın içeriğine göre dörde ayırmakta ve eda davaları, tespit davaları, inşai davalar gruplarına, bir de belirsiz alacak davaları ve tespit davalarını eklemektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz: Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.263 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.370vd. : Yazarlar, belirsiz alacak davasının, aslen bir eda davası olduğunun altını çizmekle beraber, bu davanın, eda davasından farkının, dava dilekçesinde talep sonucunun asgari bir miktar dışında kesin olarak belirlenememesi olarak belirtmişlerdir.

davacı tarafından eda davası açılabilir. HMK m.105’de düzenlenen eda davalarının kabulü halinde verilen hüküm, davacının dayandığı hakkın veya hukuki ilişkinin mevcut olduğunun tespiti ile davacının istediği edanın yerine getirilmesi hususunda davalıya yöneltmiş bir cebri icra emri içerir¹⁰¹.

İnşai davayı düzenleyen HMK m. 108’e göre¹⁰², geçmişe etkili olmayan inşai hükümle, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilecektir. Bir inşai hakkın dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hallerde inşai dava açılacaktır. Dava yolu ile kullanılan inşai hakların yöneldiği sonucun sağlanması ancak mahkemenin talebi kabul ederek karara bağlaması ile olur¹⁰³. Bu tür davalara örnek olarak, boşanma davası (MK m.1670 vd.), nesebin reddi davası (MK m.286), ölüme bağlı tasarrufların iptali davası (MK m. 557 ve m.558), vakıfların feshi davası (MK m.146), mirasın taksimi davası (MK m. 642), paylaşırma ve ortaklığın giderilmesi davaları (MK m. 699 ve MK m. 703) ve babalık davaları (MK m.301) sayılabilir. İnşai davalar, maddi hukuk tarafından belirlenmiş ve kanunun açıkça izin verdiği hallerde açılabilir¹⁰⁴.

¹⁰¹ Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.389 Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.249-250; Üstündağ, **Usul**, s.314-315; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.258 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.201-202; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.366 vd.; Karşlı, **Muhakeme**, s.378; Yılmaz, **İslah**, s.155; Timuçin Muşul, **Medeni Yargılama Hukukunda Terdit İlişkileri**, 2. Tıpkı Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s.100 (Kısaltma: Muşul, Terdit); Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri, **MÜHFAD** 1991, S.1-3, s.23-50, s.40 (Kısaltma: Yıldırım, Dava).

¹⁰² İnşai davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Ergun Önen, **İnşai Dava**, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1981; Meral Sungurtekin Özkan, **İnşai Karar ve Özellikleri**, **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara 2004, s. 553-576.

¹⁰³ İnşai hakların (yenilik doğuran hakların) bir kısmı, doğrudan doğruya karşı tarafa yöneltilen bir irade beyanıyla kullanılabilirken; diğerleri, bir kamu makamına ve özellikle mahkemeye müracaatla kullanılırlar. Bir yenilik doğuran hakkın karşı tarafa yöneltilen beyanla kullanılması durumunda yenilik doğuran muamele, mahkemeye müracaatla kullanılması halinde ise yenilik doğuran dava söz konusudur. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.290; Serozan, **a.g.e.**, s.227 vd.; Dural/Sarı, **a.g.e.**, 175 vd.; Erman, **a.g.e.**, s.99-100.

¹⁰⁴ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.264 vd.; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.389; Üstündağ, **Usul**, s.336-337; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.264 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.207-208; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.396 vd.; Karşlı, **Muhakeme**, s.380-381; Yılmaz, **İslah**, s.155; Tanrıver, **Derdestlik**, s.78.

Mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesinin talep edildiği davalar ise tespit davalarıdır. HMK m.106'da düzenlenen tespit davası açabilmek için, tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında¹⁰⁵, bu davayı açmakta hukukten korunmaya değeri güncel bir yararı bulunmalıdır. Sübjektif hakkı ihlal edilen davacının, tespit davası açabilmesi için, öncelikle hukuki yararının bulunması gereklidir ve bu hukuki yararın varlığı davacı tarafından ispat edilmelidir. Davacının, kendisini tehdit eden tehlikenin tespit davası ile giderilebileceğini ispat ettiğı hallerde, tespit davası açabilmek için gerekli olan hukuki yararın varlığı kabul edilmektedir¹⁰⁶.

HMK m.107, 'Belirsiz Alacak ve Tespit Davası' başlığı altında, yeni bir dava türünü düzenlemektedir¹⁰⁷. Buna göre, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceğı veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilecektir. Belirsiz alacak davaları, özellikle, zararın baştan belirlenemediğı, ancak yapılacak bir incelemeden sonra tespiti mümkün olan tazminat taleplerinin dava konusu yapılması halinde söz konusu olabilecektir¹⁰⁸.

¹⁰⁵ HMK m.107/III'de, kısmi eda davası açılabilirdiğı hallerde tespit davası açmak da davacının hukuki yararının bulunduğı kabul edilmiştir ki madde ile varlığı kabul edilen hukuki yararın tüm kısmi dava açılabilen hallerde tespit davası açmada hukuki yarar olduğu şeklinde anlaşılması gerektiğı ve davacının talep sonucunu belirlemesinin imkansız veya kendisinden beklenemeyecek derecede zor olması halinde, alacağının bir kısmını kısmi dava olarak açarak, geri kalan kısmının da tespitini isteyebileceğıne ilişkin bkz: Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.369 vd. .

¹⁰⁶ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.252 vd.; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.391; Üstündağ, **Usul**, s.324 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.258 vd.; Kuru/Budak, **Tespit Davaları**, s.68 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.202 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.369 vd.; Karşlı, **Muhakeme**, s.378 vd. .

¹⁰⁷ Belirsiz alacak davalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Hakan Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası (HMK m.107)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011; Cemil Simil, **Belirsiz Alacak Davası**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013; Şahin Çil/Bektaş Kar, **İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava (6100 sayılı HMK'ya Göre)**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

¹⁰⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.263; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.370 vd. .

Doktrinde delil tespiti kurumu, daha çok tespit davasına benzetildiği ve hatta zaman zaman tespit davası ile karıştırıldığı için, incelememizde, delil tespiti kurumunun tespit davasından farklarını ortaya koyabilmek bakımından, tespit davası daha detaylı olarak incelenmeye çalışılmış ve her iki kurumun benzer ve farklı yanları tespit edilmeye çalışılmıştır.

2. Tespit Davası

6100 sayılı HMK kabul edilene kadar Türk pozitif hukukunda, eda davaları ile inşai davalara ilişkin hükümler bulunmakla beraber, tespit davalarına izin veren genel veya özel herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak ne davalının belli bir edaya mahkum edilmesi ne de mevcut bir hukuki durumun değiştirilmesi veya kaldırılması veya yeni bir hukuki durumun yaratılmasının arzu edilmediği hallerde, sağlanmak istenen hukuki korumanın ancak tespit davası açılmakla sağlanabilecek olması Türk yargılama hukuku doktrininde¹⁰⁹ ve uygulamasında¹¹⁰ tespit davalarının kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur¹¹¹.

HMK m.106'ya göre tespit davası, bir hakkın yahut hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun veya bir belgenin sahteliğinin belirlendiği davalardır. Bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin dava olarak tanımlanan tespit davalarının amacının hukuki belirsizliği gidermek ve bu şekilde hukuki barışı sağlamak olduğu kabul edilmektedir. Bu nitelikleri sebebiyle de saf usuli bir kurum oldukları ifade edilmektedir¹¹².

¹⁰⁹ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.252 vd.; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.391; Üstündağ, **Usul**, s.324 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.202 vd. .

¹¹⁰ HGK 6.10.2004, 7-411/477: Bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının saptanmasına ilişkin olan tespit davaları, 1086 sayılı HUMK'da açıkça düzenlenmiş olmamakla beraber bazı özel kanunlarda tespit davalarını düzenleyen özel hükümler mevcuttur ve doktrinde tespit davalarının caiz olduğu hakkında tam bir görüş birliği vardır. Benzer yöndeki başka bir karar için bkz: 2. HD., 24.4.1987, 1926/2901.

¹¹¹ Tespit davalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Sabri Şakir Ansay, Tesbit Davaları, **AD**, 1940, Sayı 2, s.70-86; Kuru/Budak, **Tespit Davaları**; Ejder Yılmaz, Tespit Davası, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl 2012, Sayı 26, s.38-49.

¹¹² Friedrich Stein/Martin Jonas, **Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 4: §§253-327**, 22 Aufl, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, §256, Kn. 2&14 (Kısaltma: Stein/Jonas, Band 4); Kuru/Budak, **Tespit Davaları**, s.69.

Uygulamada sıkça rastlanan tespit davası ile davalı, eda davasında olduğu gibi, bir şeyi yapmaya veya bir şeyden kaçınmaya mahkum edilmez. Bu dava ile bir hakkın yahut bir hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğu yahut bir belgenin sahte olup olmadığı belirlenir. Maddi vakıalar tek başlarına tespit davasına konu olamazlar; ancak bir hakkın yahut hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi tespit davasına konu olabilir. Tespit davasının görevi, bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığını tespit etmek olup, bundan başka bir hususun tespiti veya hükme bağlanması için bu kuruma başvurulamaz. Bir hukuki ilişki hakkında henüz şartları oluşmadığından eda davası açılmadığı takdirde, bu hukuki ilişki hakkında tespit davası açılabilecektir¹¹³.

Aynı şekilde soyut ilişkiler de tespit davasının konusunu oluşturamazlar. Sadece somut ve halen sürmekte olan hukuki ilişkiler tespit davasına konu olabilirler öyle ki davalının bir sorumluluk sigortasına ilişkin olarak herhangi bir yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hususuna ilişkin tespit davası açılmazken, aynı sorumluluk sigortası sözleşmesi çerçevesinde sigorta kapsamına giren borcun miktarının ne olduğunun tespiti için tespit davası açılabilecektir¹¹⁴.

Tespit davaları, müspet (olumlu) tespit davaları ve menfi (olumsuz) tespit davaları olarak ikiye ayrılırlar. Müspet tespit davaları, bir hukuki ilişkinin varlığının tespitine ilişkin iken, menfi tespit davaları, bir hukuki ilişkin yokluğuna ilişkin davalardır. Bir sözleşmenin var olduğunun tespiti, müspet tespit davasına örnek teşkil ederken, davacının, borcu bulunmadığına ilişkin mahkemeden tespit yapılmasını istemesi menfi tespit davasına örnek teşkil etmektedir¹¹⁵.

¹¹³ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.252 vd.; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.391; Üstündağ, **Usul**, s.324 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.258 vd.; Kuru/Budak, **Tespit Davaları**, s.68-69; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.202 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.367; Karşı, **Muhakeme**, s.378 vd. .

¹¹⁴ Kuru/Budak, **Tespit Davaları**, s.82; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.369.

¹¹⁵ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.252 vd.; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.391; Üstündağ, **Usul**, s.324 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.258 vd.; Kuru/Budak, **Tespit Davaları**, s.75; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.202 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.368; Karşı, **Muhakeme**, s.378 vd. .

Müspet tespit davasının kabulü halinde mahkemenin vereceği hüküm ile, hukuki ilişkinin mevcut olduğu ve davayı esastan reddeden hüküm ile de hukuki ilişkinin mevcut olmadığı kesin olarak tespit edilmiş olacaktır¹¹⁶.

Davacı, menfi tespit davası ile, davalı tarafından iddia edilen bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespit edilmesini ister öyle ki yapılacak yargılamanın sonunda menfi tespit davasının kabulü sonucunda verilecek olan hüküm ile davalının iddia ettiği hukuki ilişkinin mevcut olmadığı ve davayı esastan reddeden hüküm ile de bu ilişkinin mevcut olduğu tespit edilmiş olur¹¹⁷.

3. Delil Tespiti ile Tespit Davasının Karşılaştırılması

Tespit davası ve delillerin tespiti kurumu, her ikisinin adında mevcut olan ‘tespit’ kelimesi sebebiyle olsa gerek, çokça birbirleri ile karıştırılmaktadır. Ancak iki kurumun birbirinden oldukça büyük farkları vardır.

Tespiti davası ile delil tespitinin uygulama alanları birbirinden farklı olmakla beraber, kanaatimizce, her iki kurumda da ‘tespit edilmesi’ gereken bir husus olması noktasında birbirleriyle benzeşmektedirler. Ancak amaçları, şartları ve usullerine ilişkin esaslı farklılıklar bulunmaktadır.

Tespit davası, bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığının tespiti istenirken ve vakıaların tespiti bu davaya konu olamayacakken; delil tespiti, açılmış veya ileride açılacak olan bir davada ileri sürülecek olan ve gecikmesi nedeniyle kaybolma tehlikesi bulunan delillerin tespiti için başvurulacak hukuki bir çaredir. Taraflar arasında bir sözleşme olup olmadığının tespiti, bir hukuki ilişki tespiti olup,

¹¹⁶ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.252 vd.; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.391; Üstündağ, **Usul**, s.324 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.262; Kuru/Budak, **Tespit Davaları**, s.75; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.204-207; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.368; Karanlı, **Muhakeme**, s.380 ve aynı yönde kararlar için bkz. 3. HD 13.12.1999, 11821/12308 (YKD 2000/5 s. 686-688).

¹¹⁷ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.252 vd.; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.391; Üstündağ, **Usul**, s.324 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.262; Kuru/Budak, **Tespit Davaları**, s.79; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.204-207; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.368; Karanlı, **Muhakeme**, s.380.

tespit davasının konusunu oluştururken, bir şeyin durumunun tespiti, maddi bir vakıanın tespiti olduğundan, delil tespitinin konusunu oluşturacaktır. Maddi vakıalar ancak belli bir hak veya hukuki ilişki ile birlikte tespit davasına konu edilebileceklerdir¹¹⁸.

Tespit davası, başlı başına bir dava iken, delillerin tespiti bir dava olmayıp, ilgili bulunduğu davaya bağlı bir işlem niteliėindedir¹¹⁹. Delil tespiti talebi içerisinde, tespit davasına başvurulamayacak ancak tespit davasına ilişkin yargılama sırasında delil tespiti yoluna başvurularak, hukuki ilişkinin tespiti için gerekli maddi vakıaların, delillerin tahkikat aşamasına gelinmeden önce toplanarak güvence altına alınması saėlanabilecektir¹²⁰.

Kesin hüküm teşkil eden tespit davası, eda davasının öncüsüdür ve eda davasına konu olan talebe kaynaklık eden ilişki tespit davasıyla belirlenebilir. Bu sebeple, ileride açılacak olan eda davasında, kesin delil olarak kullanılmak üzere tespit davasına başvurulabilir. Bu halde, mahkemenin vermiş olduğu tespit hükmü, delil olarak kullanılmaktadır. Oysa delil tespitinde, delilin muhafaza altına alınması söz konusudur¹²¹ ve delil tespiti kararları kesin hüküm teşkil etmezler¹²².

Tespit davası, eda davasının öncüsü olduğundan, davacının eda davası aabilmesinin mümkün olduğu hallerde tespit davası aamayacağı doktrinde¹²³ ve

¹¹⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.260; Pekcanitez/Atalay/zekes, **a.g.e.**, s.368; Karşlı, **Muhakeme**, s.378.

¹¹⁹ Kurt, **a.g.m.**, s.90; Kuru, **Cilt IV**, s.4427; Kuru/Budak, **Tespit Davaları**, s.268.

¹²⁰ Ansay, **a.g.e.**, s.220; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.262; Kuru/Budak, **Tespit Davaları**, s.268.

¹²¹ 7.7.1965 tarih ve 5/5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, henüz şartları tamam olmadığı için aılamayan eda davası için ilerdeki hukuki ilişiğinin belli edilmesi bakımından, kesin delil olarak kullanılmak üzere tespit davası açılabilir (RG 21.7.1965 sayı 12054).; Aynı görüşte, Kuru/Budak, **Tespit Davaları**, s.265.

¹²² Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.253; Kuru/Budak, **Tespit Davaları**, s.271.

¹²³ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.257; Bilge/nen, **a.g.e.**, s.393; stndağ, **Usul**, s. 332-333; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.261; Kuru/Budak, **Tespit Davaları**, s.127 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.204; Pekcanitez/Atalay/zekes, **a.g.e.**, s.368; Karşlı, **Muhakeme**, s.378. Ancak, yazarlar, eda davası açılmasının mümkün olduğu hallerde, davacının tespit davası açmakta ayrıca menfaati olduğunu ileri srdğu ve bunu ispat ettiği hallerde, tespit davası açabileceğini de belirtmişlerdir.

uygulamada¹²⁴ kabul edilmektedir. Halbuki daha sonra asıl davayı açamayacak veya açmayacak olsa dahi, ilgililer delil tespitine başvurulabilecek ve delillerin muhafaza altına alınmasını talep edebileceklerdir.

Davacının talebini delil tespiti yerine tespit davası olarak ileri sürmesi, mahkemeyi bağlamayacaktır. Zira HMK m. 33 hükmüne göre, hakim Türk hukukunu re'sen uygulamakla görevlidir. Iura novit curia olarak da ifade edilen bu ilkeye göre, hakim tarafların maddi vakıalara ilişkin yaptıkları nitelermelerle bağlı olmayıp, ileri sürülen maddi olguları değerlendirerek, uygun düşecek hukuk kuralını kendiliğinden bulmak ve olaya uygulamakla görevlidir¹²⁵. Uygulamada da Yargıtay'ın bu yönde kararlar verdiği görülmektedir¹²⁶.

D. Delil Tespitinin İhtiyati Tedbir Kurumu ile Karşılaştırılması

1. Hukuki Niteliği

HMK m.389-406 hükümlerinde 'Geçici Hukuki Korumalar'¹²⁷ başlığı altında düzenlenmiş olan ihtiyati tedbir ve delil tespiti kurumları, doktrinde sıklıkla birbirine

¹²⁴ HGK 7.11.1962 (AD 1963, s.439); HGK. 10.10.1984 tarih ve 9-696/803 sayılı Kararı'nda, eda davası açma olanağı bulunması halinde tespit davasının açılmayacağını hükme bağlamıştır.

¹²⁵ Akil, **Delil Tespiti**, s.10.

¹²⁶ Yarg. 13. HD. 17.09.1990 (Nazif Kaçak, **Emsal İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006, s.1046).

¹²⁷ Geçici hukuki korumalar terimi, doktrinde kullanılmış olmakla beraber HMK'da ilk defa yer almaktadır. HMK'da düzenlenen ihtiyati tedbir, delil tespiti gibi geçici hukuki korumalardan başka, İİK'da düzenlenmiş bulunan ihtiyati haciz kurumu da aslen bu başlık altında değerlendirilmektedir. Ancak, özel kanunlarda bu geçici hukuki koruma türlerinin içinde yer almayan başka birtakım geçici hukuki korumalara da yer verilmiştir. Örneğin, aile hukukuna ilişkin birçok geçici hukuki koruma, önleyici tedbir, koruma önlemleri ve aile ilişkilerinin geçici düzenlenmesi gibi farklı geçici hukuki korumalar da mevcuttur. Bunlardan başka, haksız rekabet hallerine, fikri ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin olarak TTK ve ilgili kanunlarda çeşitli görünümde geçici hukuki himaye tedbirlerine ilişkin hükümler mevcuttur. Bu geçici korumalar, bazı yönleri ile, ihtiyati tedbire benzemekte ancak bazı yönleri ile de ihtiyati tedbirlerden ayrılmaktadırlar. Bu sebeple, HMK'nın 406. maddesinde, 'Diğer Geçici Hukuki Korumalar' başlığı altında, mahkemece, gerekli hâllerde, mal veya haklarla ilgili defter tutulmasına ya da mühürleme işleminin yapılmasına karar verilebileceği ve ihtiyati haciz, muhafaza tedbirleri ve geçici düzenleme niteliğindeki kararlar gibi geçici hukuki korumalara ilişkin diğer kanunlarda yer alan özel hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile, HMK'da genel bir geçici hukuki koruma başlığı altında temel olarak ihtiyati tedbir ve delil tespiti kurumları düzenlenmiş olmakla birlikte, diğer geçici hukuki korumalara da değinilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.867 vd. . Önemle belirtmek gerekir ki, HMK ile

olan benzerliği ile ele alınmışlardır ve delil tespitinin, ihtiyati tedbirin bir türü olup olmadığı sıklıkla tartışılmıştır. Her iki kurumun da geçici hukuki himaye sağlamaya yönelik tedbirler olması nedeniyle, delil tespitinin ihtiyati tedbirin bir türü olduğu konusunda görüş beyan eden yazarlar da mevcut olduğu gibi¹²⁸, delil tespitinin ihtiyati tedbirin bir türü olmadığı ve bir tür geçici hukuki koruma türü olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır¹²⁹. Bazı Yargıtay kararlarında da, delil tespiti, ihtiyati tedbirin bir türü olarak ele alınmıştır¹³⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi¹³¹ ve Alman OLG Mahkemesi¹³² de bir kararı ile delil tespitinin ihtiyati tedbirin bir türü olmadığı görüşüne katılmıştır¹³³. Karara konu olan olayda, OLG Nürnberg ihtiyati tedbire ilişkin talebi, §940 ZPO hükmünün

diğer özel kanunlar arasında genellik-özellik ilişkisi olduğundan, özel kanunlarda hakkında düzenleme bulunmayan hususlara ilişkin olarak genel hükümler, yani HMK hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

¹²⁸ Kemal Galip Belker, Uyuşmazlık Mahkemesinin Tespit Davalarında Vazifeli Mercii Tayin Eden Kararları Üzerinde Bir İnceleme, **AÜHFD**, 1952, Cilt IX, Sayı 3-4, s.363-370, s.363; İ.Hakkı Karafakih, İçtihatlar Arasında Tespit Davasına Doğru, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1954, Sayı 10, s.505-512, s.509; Ansay, **a.g.e.**, s.316; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.20; Hasan Özkan, **Açıklamalı-İçtihatlı İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti, İhtiyati Haciz ve Kamu Alacağının Tahsilinde İhtiyati Haciz**, İstanbul, Legal Kitapevi, 2006, s.820 (Kısaltma: Özkan, İhtiyati Tedbirler); Kuru, **Cilt IV**, s.4427, Her ne kadar Kuru, bu görüşe iştirak etmekteyse de, ortak yazarı bulunduğu bir başka eserde, delil tespitinin geçici hukuki korumanın bir türü olduğu ifade edilmektedir, bkz: Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.568.

¹²⁹ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.497; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.568; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.898; Yılmaz, **Cilt II**, s.1335; Karşlı, **Muhakeme**, s.765; Akil, **Delil Tespiti**, s.5; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.35.

¹³⁰ Delillerin tespitinin usul hukuku anlamında bir dava olmayıp, bir çeşit ihtiyati tedbir olduğuna ilişkin bkz: 4. HD., T. 31.10.1985, 7199/8880 (**ABD** 1986/1, s.62-64).

¹³¹ BGE 114 II 439.

¹³² OLG Nürnberg Beshl v. 7.9.1972-2W108 108/72 (NJW 72, s.2138): Mahkemenin kararına konu olan olayda, davalı, taraflar arasında akdedilmiş sözleşmeye göre, davacının benzin istasyonunun kiracısıdır ve aynı zamanda da davacı tarafından tedarik edilecek yakıtın depolanması ve satışı ile yükümlüdür. Taraflar arasında çıkan çeşitli ihtilaflardan sonra, davalı, aralarındaki sözleşmeye rağmen, benzin istasyonunun tanklarını diğer bir firmanın (W Firması) yakıtıyla doldurur ve satışına başlar. Bunun üzerine davacı, yakıt tanklarının sözleşmeye aykırı olarak başka bir firmanın yakıtıyla doldurulduğunun tespitine yönelik ölçümün yapılabilmesi amacıyla, mahkemeden bir ihtiyati tedbir talebinde bulunur. Bu başvuru üzerine mahkeme, delil tespiti kurumuna başvuru imkanı varken, ihtiyati tedbire başvurulmasında hukuki menfaatin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemenin ihtiyati tedbir talebini reddederken dayandığı gerekçeler, iki kurum arasındaki farkın ortaya konulması bakımından dikkat çekicidir. Bu gerekçelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bk: Birinci Bölüm, III, D, 4.

¹³³ Alman Medeni Usul Kanunu'nun §§485 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan delil tespiti kurumuna ilişkin bazı hükümler, 17.12.1990 tarihli Yargı Sisteminin Basitleştirilmesine İlişkin Kanun ile değiştirilmiştir. Ancak yapılan bu değişiklikler, karara konu olan inceleme bakımından bir farklılık yaratmamaktadır.

şartları oluşmadığı ve bu sebeple ihtiyati tedbire gerek olmadığı, bunun yerine delil tespiti kurumunun dikkate alınması gerektiğini ifade eder. Karara göre, §940 ZPO hükmü, çekişmeli yargıda bir tespit yapılmasına ilişkin olan ihtiyati tedbirleri düzenlememektedir. Bu hükmün asıl amacı, çekişmeli yargıda ortaya çıkabilecek birtakım zararların önüne geçilebilmesinin geçici olarak sağlanmasıdır ve aslen düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirlere ilişkin bir hükümdür.

Mahkemeye göre, talep sahibi davacının, §485 ZPO hükmü gereğince delil tespitine başvurmasında hukuki menfaati daha baskındır. Nitekim delil tespiti talebinin masrafları, ihtiyati tedbir talebinin masraflarından daha azdır ve bu husus davacı bakımından önemli bir avantaj sağlamaktadır. Diğer yandan ihtiyati tedbir aracılığıyla davacı tarafından yapılacak bir tespitin, daha sonra doğruluğunun sorgulanabilir bir tespit olduğu, buna karşın, delil tespiti kurumuna başvurulması halinde, davalı tarafın, delil tespiti yargılamasında keşif ve bilirkişi aracılığıyla yapılan bu ölçüme karşı çıkmak için detaylı bir şekilde bu raporun yanlışlığını ortaya koymakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak mahkeme, ihtiyati tedbir talep eden davacının ulaşmak istediği hukuki sonuca ihtiyati tedbir yolu ile değil, delil tespiti yoluyla ulaşılabilceği sonucuna varmıştır.

2. İhtiyati Tedbirlerin Tanımı ve Amacı

Davanın sonucunda elde edilmek istenilen nihai korumanın uzun bir zaman sonra sağlanabilmesi ve bu geçen süre içinde de dava konusunda meydana gelebilecek birtakım değişikliklere karşı davacının korunabilmesi amacıyla düzenlenen ihtiyati tedbirler, etkin hukuki korumanın sağlanabilmesi ve verilecek kararların uygulanabilir olmasının sağlanması için önemli araçlardır. Yargılama hukuklarında ihtiyati tedbirlere ilişkin düzenlemeler, hakları ihlal edilen bireylere tanınan dava açma hakkının tek başına yeterli olmaması ve bunun dışında da bireyin hakkını elde etmesinin garanti alınmasının gerekliliği ile ortaya çıkmışlardır. İhtiyati tedbirler, ileride açılacak bir davanın veya açılmış bir davanın sonucunun etkisiz

veya anlamsız kalmasını önlemek için başvurulmuş geçici nitelikte önlemlerdir¹³⁴. İhtiyati tedbirler, davacının davayı kazanması halinde dava konusu mala kavuşmasını, kanunların açıkça öngördüğü durumlarda nafaka ödemesine, ayrılık ve boşanma davası üzerine gerekli geçici tedbirlerin alınmasını ve benzeri düzenlemelerin yapılmasını sağlamak üzere; davadan evvel veya davanın açılmasından sonra ve henüz kesin hükme bağlanmasından önce mahkemece tanınan geçici hukuki himaye olarak tanımlanabileceklerdir¹³⁵.

Tasarruf ilkesinin bir görünüş biçimi olarak açılan davanın, hükümle sonuçlanmasına kadar geçecek süre içinde ortaya çıkabilecek durumlar ve değişikliklerin bazı durumlarda lehe çıkan sonuçtan yararlanılmasını engelleyebilmesi ihtimaline karşı başvurulmuş bir yol olan ihtiyati tedbirlere başvurmak, bunları talep etmek ve bu hukuki çarelerden yararlanmak tarafların yetkisinde olan hususlardır¹³⁶.

3. İhtiyati Tedbirlerin Türleri

Taraflar arasında çekişmeli olan şey veya yargılama konusu olan hak veya şey, aynı zamanda ihtiyati tedbirin konusunu oluşturacaktır ki ihtiyati tedbirde asıl olan, ihtiyati tedbire esas olan bir hakkın bulunması ve bir ihtiyati tedbir sebebinin ortaya çıkmasıdır¹³⁷. İhtiyati tedbir sebebi, HMK m.389’da, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişiklik nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde

¹³⁴ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.487; Üstündağ, **Usul**, s.581; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.867 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.405; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.556-557; Mustafa Saldırım, İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, **Ankara Barosu Dergisi**, 1999, S.2, s. 208-224, s.208; Nevhis Deren-Yıldırım, **Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler**, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2. Baskı, 2002, s.2 vd. (Kısaltma: Deren-Yıldırım, İhtiyati Tedbirler); Karlı, **Muhakeme**, s.751.

¹³⁵ Ejder Yılmaz, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Cilt I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s.178 (Kısaltma:Yılmaz, Cilt I); İhtiyati tedbirlere ilişkin diğer birtakım tanımlar için bkz: Muhammet Özekes, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2002, Sayı 2, s.89-137, s.94 (Kısaltma: Özekes, İhtiyati Tedbir); Evrim Erişir, **Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2013, s. 137 (Kısaltma: Erişir, İhtiyati Tedbirler).

¹³⁶ Schilken, **Zivilprozessrecht**, s.159 vd. .

¹³⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.877.

zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâlleri olarak düzenlenmiştir ki bu hükümler niteliğine uygun düştüğü takdirde çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanacaktır.

İhtiyati tedbirler amaçlarına göre üç gruba ayrılarak incelenebilirler. Bunlar, teminat amaçlı ihtiyati tedbirler, düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirler ve eda (ifa) amaçlı ihtiyati tedbirlerdir¹³⁸.

Teminat amaçlı ihtiyati tedbirler, ihtiyati tedbirlerin temel şeklidir. Asıl davaya konu olan ihtilaflı hakkın gerçekleşmesinin engellenmesi veya esaslı şekilde güçleşmesi tehlikesinin bulunduğu hallerde teminat amaçlı ihtiyati tedbirler söz konusu olacaktır. Çekişmeli bir malın muhafaza altına alınması, hukuki ihtilafların malın üzerindeki bir hakka ilişkin olduğu asıl davada verilecek hükmün daha sonra icra edilmesini garanti altına alan bir tedbir olduğundan teminat amaçlı ihtiyati tedbir olarak değerlendirilebilecektir. Böylelikle, ihtilafla konu olan hakkın icrası, yargılama sona erdiğinde de mümkün olacaktır¹³⁹.

Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirlerin içeriğini, ihtilaflı hukuki ilişkinin geçici olarak düzenlenmesine ilişkin tedbirler oluşturmaktadır ki bu sebeple bu tür tedbirler, hukuki barışın korunması için geçici olarak düzenleme yapılmasını konu alırlar. Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirlerin kapsamına bir hakkın icrasının geçici olarak temin edilmesine veya hakkın geçici olarak gerçekleştirilmesine hizmet etmeyen tedbirler girmektedir. Bu tür tedbirlerin amacı geçici bir durumu adli yoldan düzeltmek olduğundan, adli yargı yolunun açık olduğu her türlü malvarlığı hakkı ya

¹³⁸ Saim Üstündağ, **İhtiyati Tedbirler (Geçici Hukuki Himaye Önlemleri)**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981, s.13 vd. (Kısaltma: Üstündağ, İhtiyati Tedbirler); Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.873 vd.; Deren-Yıldırım, **İhtiyati Tedbirler**, s.80 vd.; Erişir, **İhtiyati Tedbirler**, s.348 vd. .

¹³⁹ Üstündağ, **İhtiyati Tedbirler**, s.13; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.874; Deren-Yıldırım, **İhtiyati Tedbirler**, s.80; Erişir, **İhtiyati Tedbirler**, s.351.

da şahıs varlığı haklarına ilişkin olarak düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirlere başvurulabilecektir¹⁴⁰.

Eda amaçlı ihtiyati tedbirlerin amacı¹⁴¹, aslen bir hakkı geçici olarak gerçekleştirmektir ki bu durumda ihtilaf konusu olan hakkın geçici olarak ifa edilmesi mümkün olabilecektir¹⁴².

6100 sayılı HMK'nın 389. maddesinde, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Bu madde ile, 1086 sayılı HUMK m.101 ve 103'te düzenlenmiş bulunan ihtiyati tedbir şartları, tek maddede toplanmıştır¹⁴³.

¹⁴⁰ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **ZPO**, §940, Kn. 2; Üstündağ, **İhtiyati Tedbirler**, s.13-14; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.874; Deren-Yıldırım, **İhtiyati Tedbirler**, s.93-94; İhtiyati tedbirlerin ya teminat ya da eda etkisi doğuracağı ve teminat ve eda arasında düzenleme adı ile ara bir kategori yerine, tedbirin etkisinden hareketle bir sonuca varılması gerektiği ve buna bağlı olarak da düzenleme tedbiri olarak ele alınan hallerin hukuki niteliğinin eda tedbiri olarak belirlenmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz: Erişir, **İhtiyati Tedbirler**, s.492 vd. .

¹⁴¹ Alman yargılama hukuku doktrinde eda (ifa) amaçlı ihtiyati tedbirlerin, bağımsız bir ihtiyati tedbir türü olarak ele alınıp alınmayacağı çeşitli tartışmalara neden olmuştur ve bu tartışmaların temelinde de bu kurumun teminat amaçlı ve düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirlerin aksine Alman Medeni Usul Kanunu'nda düzenlenmemiş olması bulunmaktadır. Ancak bununla beraber, bu ihtiyati tedbir türlerinin varlığının kabulü gereklidir, lakin aksi takdirde, mahkemeler aracılığıyla bireylerin subjektif haklarına ilişkin sağlanmak istenen hukuki korumanın etkisi azalacak ve adaletin yerine geldiğine ilişkin inanç zedeleneyecektir. Eda amaçlı ihtiyati tedbirler, Alman hukukunda özellikle haksız fiile dayanan tazminat davalarında uygulanmaktadır. Doktrinde eda amaçlı ihtiyati tedbirlerin bağımsız bir ihtiyati tedbir türü olduğunu reddeden ve ifa amaçlı ihtiyati tedbirlerin kanun koyucunun güttüğü amaca aykırı olduğuna ilişkin görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Eberhard Schilken, **Die Befriedigungsverfügung-Zulaessigkeit und Stellung im System des einstweiligen Rechtsschutzes**, Berlin, Duncker&Humblot Verlag, 1976, (Kısaltma: Schilken, Einstweilige Rechtsschutz), s.85; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **ZPO**, §938, Kn.3; Deren-Yıldırım, **İhtiyati Tedbirler**, s.83-84-85.

¹⁴² Üstündağ, **İhtiyati Tedbirler**, s.37 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.874; Deren-Yıldırım, **İhtiyati Tedbirler**, s.84-85.

¹⁴³ 1086 sayılı HUMK'un 101. maddesinde ihtiyati tedbire karar verilebilecek haller dört bent halinde sayılarak düzenlenmişti. Buna göre, hâkim, iki taraftan birinin talebiyle davanın ikamesinden evvel veya sonra menkul ve gayrimenkul malların aynı münazaalı ise bunun haciz veya yeddiadle tevdiine, münazaalı şeyin muhafazası için lazım gelen her türlü tedbirlerin ittihazına, Kanunu Medeni ile muayyen hallerde nafaka alınmasına ve ayrılık veya boşanma davası üzerine Kanunu Medeni mucibince icap eden muvakkat tedbirlerin ittihazına karar verebilecektir. HUMK m.101/I, b.1-2'de yer alan menkul malların muhafazası ve idaresi ile yedi-i emine tevdi şeklindeki ihtiyati tedbirler

4. İhtiyati Tedbir ile Delil Tespitinin Karşılaştırılması

İhtiyati tedbir ve delil tespiti kurumları, 6100 sayılı HMK'nın 'Geçici Hukuki Korumalar' başlıklı 389-406. maddeleri arasında düzenlenmişlerdir. Alman Medeni Usul Kanunu'nda delil tespiti §§ 485-494a maddeleri arasında, geçici hukuki korumanın bir türü olan ihtiyati tedbirler ise §§ 935-945 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

İhtiyati tedbirlerin tanımı ve bu kurumun amacına ilişkin açıklamalardan yol çıkılarak, her iki kurumun amacının da benzer olduğu ve HMK m. 400'ün esas itibariyle delil tespitine de ihtiyati tedbir kurumundaki fonksiyonu yüklediği söylenebilecektir. Her iki kurum da geçici hukuki koruma sağlamaya yönelik tedbirler olmaları nedeniyle birbirlerine benzerlik göstermekle beraber, ihtiyati tedbirlerde, dava konusu bir malın veya hakkın davanın devamı sırasındaki değişikliklere karşı güvence altına alınması için genellikle o malın üzerine tedbir konularak koruma sağlanmaktayken; delil tespitinde, hâkimde kanaat uyandırma aracı olan delillerin, tahkikat aşamasına gelmeden önce korunması sağlanmakta ve kaybolması önlemektedir. İhtiyati tedbirlerin amacı, dava konusunun, davanın devamı sırasındaki değişikliklere karşı korunması iken delil tespitinin amacı, tahkikat aşamasına kadar delillerin aynı ispat kuvvetinde tutulabilmesinin sağlanmasıdır ki böylelikle korunmaya konu olan delile dayanarak davayı kendi lehine sonuçlandırmak isteyen kişinin hakları korunmuş olacaktır. Delil tespitinde ulaşılmak istenen fayda, vakıanın tespiti ve bu yolla delillin korunması iken, ihtiyati tedbirlerde ulaşılmak istenen fayda, dava konusunun korunmasıdır. Ayrıca, kanun koyucu, ihtiyati tedbirleri ve delil tespitini iki ayrı başlık altında düzenleyerek, her

aslen teminat amaçlı ihtiyati tedbirlerdir. Bizzat hakkın gerçekleştirilmesine ilişkin olmamakla beraber hakkın teminat altına alınarak, ileride bu hakka ulaşılmasının zorlaştırılmasının engellenmesi amacını taşırlar. HUMK m.101/I, b.4'de yer alan ayrılık veya boşanma davası üzerine Kanunu Medeni mucibince icap eden muvakkat tedbirlerin itti hazına karar verilmesi ise, düzenleyici ihtiyati tedbirlere örnek teşkil etmektedir. Bu ihtiyati tedbirler, hukuki ilişkiyi yeniden düzenleyerek inşa ederler. HUMK m.101/I, b.3'de yer alan Kanunu Medeni ile muayyen hallerde nafaka alınmasına ilişkin düzenleme, eda amaçlı ihtiyati tedbirlere örnek olarak verilebilecektir.

iki kurumun birbirinden farklı olduğu hususunu da teyit etmiş sayılabilecektir. Bu nedenlerle, delil tespiti, ihtiyati tedbir olarak değerdendirilemeyecektir¹⁴⁴.

Delil tespiti ile ihtiyati tedbir kurumları, özünde hukuksal bir koruma sağladıkları için bir akım konularda benzerlik gösterebilirler de, gerek korumaya konu olan hususları gerekse kurumların hizmet ettikleri amaçları farklı olduğundan, bu kurumların ayrı amaçlara hizmet eden kurumlar olduğunu söylemek mümkündür. Delil tespiti ile ihtiyati tedbirler aslen birbirlerinden amaçları bakımından ayrılmaktadır. İhtiyati tedbirlerde dava konusuna ilişkin geçici bir hukuki koruma sağlanmaktayken, delil tespitinde bir talebin korunması, geçici olarak düzenlenmesi veya bir edimin geçici olarak yerine getirilmesi amaçlanmış değildir¹⁴⁵. Nitekim yukarıda yer verdiğimiz OLG Nürnberg Mahkemesi'nin 1972 tarihli içtihadına¹⁴⁶ dayalı olarak Alman hukukunda korunması talep edilen hukuki menfaate delil tespiti talebi ile ulaşılabileceği hallerde, ihtiyati tedbire başvurulmasında hukuki menfaat bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Söz konusu kararın gerekçesi, ihtiyati tedbirler ile delil tespiti kurumu arasındaki farkları anlamak bakımından da bize yardımcı olabilecek niteliktedir. Bilindiği gibi Alman yargılama hukukunda ihtiyati tedbirler iki farklı hükümde ve farklı nitelikte düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, ZPO §935'de düzenlenen dava konusuna ilişkin ihtiyati tedbirlerdir. Düzenlemeye göre, bu tür ihtiyati tedbirlere, ancak mevcut durumun değışmesi sonucunda, taraflardan birinin hakkın yerine getirilmesinin engellenebileceği ya da önemli ölçüde zorlaştırıldığı hallerde başvurulabilecektir. İkincisi ise, ZPO §940'da yer alan ve çekişmeli yargıya ait davalarda, geçici bir durumun düzenlenmesine ilişkin ihtiyati tedbirler olup, bu düzenlemelere, süregelen aleyhe olan durumun önlenmesi veya hakkın elde edilmesine ilişkin tehlikenin engellenmesi amacı ile başvurulabilecektir.

¹⁴⁴ Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.368; Üstündağ, **İhtiyati Tedbirler**, s.5; Kuru, **Cilt IV**, s.4427; Deren-Yıldırım, **İhtiyati Tedbirler**, s.96; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.681; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.23; Akil, **Delil Tespiti**, s.10-11; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.44-45; Erişir, **İhtiyati Tedbirler**, s.336 vd. .

¹⁴⁵ Akil, **Delil Tespiti**, s.11; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.46.

¹⁴⁶ Karara konu olan olaya ilişkin bkz: Birinci Bölüm, III, D, 1.

Karara konu olayda, davacının, yakıt tanklarının sözleşmeye aykırı olarak başka bir firmanın yakıtıyla doldurulduğunun tespitine ilişkin ölçüm yapılabilmesi amacıyla başvurduğu ihtiyati tedbir talebi kabul edilmemiştir. Zira mahkemeye göre, davacının varmak istediği hukuki sonuca ne ZPO §935 ile ne de ZPO §940 ile varamayacağını isabetli olarak tespit etmiştir, lakin davacının talebi, aslen çekişmeli yargıdaki geçici bir durumun düzenlenmesi ve güvence altına alınmasına ilişkin değildir¹⁴⁷. Zaten ihtiyati tedbir talebinde bulunan davacı da, tanklardaki yakıtın tespitini talep ederken, aslen çekişmeli olan bir dava konusuna ilişkin bir ihtiyati tedbir talep etmemiştir. Çünkü talep edilen ihtiyati tedbirle, ihtilafli olan hukuki ilişkiye dair herhangi bir düzenleme yapılmış olmayacaktır.

Mahkeme incelediği olayda, davacıya diğer firmanın yakıtını yasaklama imkanının sözleşme ile tanınmış olması durumunda, ZPO §935 hükmünün şartlarının oluştuğunun kabul edilebileceğini ancak olayda davalının bir başka firmanın yakıtını satmaya devam etmesini önlemeye veya değiştirmeye matuf bir talebin bulunmadığını tespit etmiştir. Bununla birlikte, tanklardaki yakıtın tespiti, aslen dava konusunun esasıyla ilgili olmayacağından, ihtiyati tedbire konu olabilecekse de, mevcut hukuki durumun değişmesini engeller nitelikte değildir. Ölçüme izin verilmesi sadece, ihtiyati tedbir talep eden davacı tarafından da amaçlandığı üzere, tarafların arasındaki mevcut sözleşmenin ihlalinin kanıtlamak ve bununla ilgili olarak tazminat, faiz, cezai şart veya sözleşmeden dönme cezası talep edilmesi halinde, hâkimde kanaat yaratma aracı olarak kullanılabilecek olan delil niteliği taşımaktadır. Ancak, delillerin güvence altına alınabilmesi için, yasa koyucu, başka bir hukuki kurum düzenlemiş bulunmaktadır ki bu kurum da delillerin tespitidir.

Her ne kadar ZPO §940 hükmünde yer alan ‘çekişmeli yargıya dair geçici bir durumun düzenlenmesi’ hususuna ilişkin olarak farklı uygulamalar ortaya çıkmış olsa da, aslen hükümde bu kavrama dair, kendine mahsus belirli bir tedbir türü sınırlaması düzenlenmiş değildir. Ancak çekişmeli yargıda ihtiyati tedbirlerin nihai

¹⁴⁷ Habscheid, **NJW 1973**, Heft 9, s. 375.

amacının, belirli bir hukuki ilişki çerçevesinde hakları ve yükümlülükleri geçici olarak paylaşmak ve hukuki ihtilafın meydana getirdiği neticeyi düzeltmek için, geçici bir durumun düzeltilmesi olduğu dikkate alındığında, uygulanacak olan tedbirlerin de geçici olması gerektiği ortaya çıkacaktır¹⁴⁸. Fakat bu durum, OLG Nürnberg Mahkemesi'nin ele aldığı şekilde, ihtiyati tedbir kararlarının mevcut hukuki durumu değiştirmek zorunda olduğu anlamına da gelmemekle beraber, ZPO §940 hükmünde yer alan ölçütler çerçevesinde geçici bir düzenlemenin ve bu yolla da geçici bir menfaat denkleştirmesinin sonuçlanması amaçlanmalıdır ki bu durum delil tespiti kurumunda amaçlanandan farklı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır¹⁴⁹.

Birbirlerinden farklı niteliklere sahip olmakla birlikte delil tespiti ve ihtiyati tedbirler, her ikisi de geçici hukuki koruma niteliğinde olduklarından, bir takım ortak özellikleri de bulunmaktadır. HMK m.390'a göre, ihtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir. HMK'nın 400. maddesinde ise, taraflardan her birinin, görülmekte olan bir davada yahut ileride açacağı bir davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebileceği düzenlenmiştir. Gerek ihtiyati tedbir gerekse delil tespiti kurumlarına görülmekte olan bir davada başvurulabileceği gibi, ileride açılacak bir davaya dayanak teşkil edecek şekilde de başvurulabilecektir.

İhtiyati tedbir ve delil tespiti kurumlarının sağlayacağı faydadan yararlanabilmek için mutlaka esas hakkındaki davanın açılmış olmasına gerek yoktur ve asıl dava açılmadan önce de ihtiyati tedbir veya delil tespiti talebinde bulunulabilir. Asıl dava açılmadan önce ihtiyati tedbir veya delil tespiti talep edildiği hallerde, HMK m.390 ve HMK m.401 hükümlerince, esas hakkında görevli ve yetki

¹⁴⁸ Schilken, **Einstweilige Rechtsschutz**, s.69 vd. .

¹⁴⁹ Schilken, **Beweissicherungsverfahren**, s.244; Delillerin tespiti kurumu ile ulaşılabilecek olan hukuki yarara, ihtiyati tedbir yolu ile ulaşmak istendiğinde bu talebin reddedilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz: Fritz Baur/Rolf Stürner/Alexander Bruns, **Zwangsvollstreckungsrecht**, 13. Neubearbeitete Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 2006, §53, Kn.3.

mahkemeden talep etmek gereklidir¹⁵⁰. Yargılama hukukuna hâkim olan tasarruf ilkesi çerçevesinde, ihtiyati tedbir talebi de delil tespiti talebi de dilekçe ile mahkemeden talep edilmelidir¹⁵¹ ve mahkemenin, ihtiyati tedbire veya delil tespitine karar verilebilmesi için, kendisine ulaşan talebi haklı görmesi gerekir. HMK m.405'e göre, delil tespiti dosyası, asıl dava dosyasının eki sayılır ve onunla birleştirilir ve HMK m.397/IV'e göre de, ihtiyati tedbir dosyası, asıl dava dosyasının eki sayılır.

IV. Delil Tespitinin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşümüz

Delil tespiti, tespit edilmediği takdirde kaybolması veya ikamesinde güçlük çıkması muhtemel olan ihtilaflı bir vakıya ilişkin delillerin, ileride açılacak bir davada ileri sürülmek üzere veya açılmış bir davada tahkikat aşamasına gelinmemiş olduğu hallerde, toplanması ve güvence altına alınabilmesi amacıyla, hemen incelenmesi ve kayda alınması işlemi olarak tanımlanabilecektir.

Dava açılmadan önce veya açılmış bir dava sırasında delillerin incelenmesi aşamasına geçilmemiş olduğu hallerde başvurulabilen delil tespiti kurumu, aslen her iki durumda da çekişmeli yargıya dahil olmaktaysa da çekişmeli yargının içerisinde özel bir düzenleme olarak dikkate alınabilecektir. Lâkin ileride açılacak davaya konu olan ilişkiye dair herhangi bir hüküm ortaya koyulmasa da, çekişmesiz yargı kriterlerini de tam olarak karşılayamamaktadır.

HMK m.400 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan delil tespitinin, bir dava olmadığı hususunda doktrinde ve uygulamada görüş birliği bulunmaktadır. Kanaatimiz de bu yöndedir. Ancak, davanın açılmasına bağlanan birtakım

¹⁵⁰ 1086 sayılı HUMK'da ise, ihtiyati tedbirler m. 104/II uyarınca ve delil tespiti ise, m.370 uyarınca ihtiyati tedbirlerin ve delil tespitinin en az masrafla ve en çabuk nerede ifası mümkün ise bu kurumlara, o yer mahkemesi tarafından karar verilebilmekteydi. En hızlı ve en az masrafla delil tespitinin yapılmasının mümkün olduğu mahkemeden delil tespiti istenebilmesi için, asıl davanın derdest olmaması, diğer bir deyişle, asıl davanın henüz açılmamış olması gerekliydi.

¹⁵¹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 'Geçici Önlemler' başlıklı 169. maddesinde, boşanma veya ayrılık davası açıldığı takdirde hâkimin, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alabileceği düzenlenmiştir ki bu durum tasarruf ilkesinin görünüş biçimi olan taleple bağlılık ilkesinin istisnasını teşkil etmektedir.

sonuçların, delil tespitine başvurulmasıyla ortaya çıkabileceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

Usuli işlemler, kural olarak davanın açılmasından, sonuçlandırılmasına kadar, taraflar veya mahkemenin yaptığı işlemler olarak tanımlanmakla birlikte, bir işlemin usuli işlem sayılabilmesi için mutlaka hâkim önünde ve dava derdest iken yapılması gerekmez. Usuli işlemler, istisnai olarak mahkeme dışında ve davanın açılmasından önce dahi yapılabileceklerdir. Ancak, mahkeme dışında ve davanın açılmasından önce yapılacak olan işlemlerin usuli işlemler olarak nitelenebilmesi için, bu işlemlerin, usuli işlemlere ilişkin şartları taşımaları ve herhangi bir şekilde davayı, usuli ilişkiyi ilgilendiren, ona şekil vermeyi amaçlayan bir etki doğurmaları gerekmektedir. Diğer bir deyişle, davanın çözümüne yönelik olmak ve usuli işlem şartlarını taşımak kaydıyla, henüz dava açılmadan önce yapılan işlemler de usuli işlem olarak nitelendirilebileceklerdir. Dava açılmadan önce talep edilecek olan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları, uyuşmazlık doğmadan yapılan yetki sözleşmeleri, ispat sözleşmeleri ve tahkim sözleşmeleri hep birer usuli işlem olarak değerlendirileceklerdir¹⁵².

Kanaatimizce, taraflardan birinin, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş, yahut ileride açacağı bir davada ileri süreceği bir vakianın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılması talebini içeren delil tespiti, hukuki niteliği itibariyle hakimin kararıyla etkili olan bir taraf usuli işlem olarak değerlendirilebilecektir¹⁵³.

¹⁵² Saim Üstündağ, Medeni Usul Hukukunda Selahiyet Anlaşmaları, **İUHFM**, 1961, Cilt27, Sayı 14, s.310, 318; Sema Taşpınar, **Medeni Usul Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s.70-71; Karşlı, **Usuli İşlemler**, s.33-34; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.208; Nur Bolayır, **Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009, s. 72.

¹⁵³ Aynı yönde bkz: Karşlı, **Usuli İşlemler**, s.91; Akil, **Delil Tespiti**, s.5-6; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.34; aksi yönde bkz: Yavaş, **Delil Tespiti**, s.9: Delil tespitinin usuli bir işlem olmadığını belirten yazar, usuli işlemlerin davanın ilerlemesine yönelik mahkemenin ve tarafların yaptığı faaliyetler olduğunu ancak delil tespitinin böyle bir özelliğinin bulunmadığı sonucuna varmaktadır.

Bu bilgilerden hareketle, kanaatimizce, usuli işlemlerin şekle bağlı olma, süreye bağlı olma ve şarta bağlanamama prensipleri delil tespiti bakımından da geçerli olacaktır. HMK m. 402'ye göre, delil tespiti talebi dilekçeyle yapılır ve dilekçede tespiti istenen vakıa, tanıklara veya bilirkişilere sorulması istenen sorular, delillerin kaybolacağı veya gösterilmesinde zorlukla karşılaşılabileceği kuşkusunu uyandıran sebepler ile aleyhine delil tespiti istenen kişinin ad, soyad ve adresi yer alır. Dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra fakat tahkikat aşamasına gelinmeden önce başvurulabilecek olan delil tespitinin şarta bağlanması da söz konusu olamayacaktır.

Delil tespitinin usuli işlem olmasının bir sonucu olarak zamanaşımını kesip kesmeyeceğinin de incelenmesi gerekmektedir. TBK m.157 hükmü, bir dava veya def'i hakkının kullanılması ile kesilen zamanaşımının, davanın devamı sırasında her iki taraftan birinin yargılamaya ilişkin işlemleri veya hâkimin emir ve hükmü ile zamanaşımının yeniden kesilmiş olacağını düzenlemiştir. Bu hükme göre, usuli işlemler ile zamanaşımının kesilebilmesi için, ya dava hakkının ya da def'i hakkının kullanılmış olması gerekmektedir yoksa usuli işlemler kendiliğinden zamanaşımını kesen nitelikte işlemler değildir. Bu sebeple, dava açılmadan önce başvurulmuş delil tespitinin, zamanaşımını kesmeyeceği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, dava açıldıktan sonra fakat tahkikat aşamasında başvurulmuş delil tespitinin zamanaşımını keseceği sonucuna varılabilecektir.

Delil tespiti talebi, bir taraf usuli işlemidir ve hakimın kararıyla etkili olacaktır. Delillerin tespiti, delillerin güvence altına alınması amacına hizmet eden bir geçici hukuki koruma türüdür. Doktrinde, birtakım yazarlar, delil tespitinin ihtiyati tedbirin bir türü olduğu görüşünü savunmaktaysalar da, kanaatimizce bu görüş, isabetli değildir. Öncelikle delil tespiti ile ihtiyati tedbir kurumlarının amaçları birbiriyle tam olarak örtüşmemektedir. Delil tespiti ile vakıaların ispat gücü korunmaya çalışılmaktadır ve bu sebeple delil ikamesi yapılırken, ihtiyati tedbirler ile, dava konusu teminat altına alınmaya çalışılmaktadır. İhtiyati tedbirlere karar verebilmek için, dava konusu hakkın varlığına ilişkin bir araştırma yapılması gerekmektedir, delil tespitine başvurulabilmesi için, delilin güvenliğinin tehlike

altına girmesi yeterlidir. Ayrıca, delil tespiti kararlarının zorla icrası mümkün değildir, diğer bir deyişle hakimın zor kullanma yetkisinin olmadığı doktrinde kabul edilmektedir¹⁵⁴. Halbuki ihtiyati tedbir kararlarının icrası mümkündür.

Delil tespiti talebinin, TBK m.153 hükmü çerçevesinde zamanaşımını durduran sebeplerden biri olarak düzenlenmediğine daha önce değinmiştik. Ancak, delil tespiti talebinin zamanaşımını durduran sebeplerden biri olarak düzenlenmesinin, bu kuruma işlerlik kazandırabileceği kanaatinde olduğumuzu yinelemek isteriz. Delil tespiti talebinin reddedilmesi halinde ise, duran zamanaşımı süresi, kaldığı yerden işlemeye devam edebilecektir. Çünkü bu halde, dava hakkının kullanılmasını zora sokan bir sebebin varlığının olmadığı sonucuna varılmış olacaktır.

HMK m.397/I'e göre, ihtiyati tedbir kararının dava açılmasından önce verildiği hallerde, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibraz ederek, dosyaya koydurtmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi hâlde ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır. Taraflar arasında ihtilaflı olan hususa ilişkin olarak asıl davanın bir an önce açılması ve hukuki durumun belirlilik kazanması, geçici hukuki korumaların amacına uygun düzenlenebilmesi ve bu şekilde ihtiyati tedbir kurumunun kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

HMK m.400'e göre, taraflardan biri, ileride açacağı bir davada ileri sürülmek üzere bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilecektir. İleride açılacak olan bir davaya ilişkin delillerin tespitinin talep edildiği hallerde, asıl davanın belli bir süre sonra açılmasına ilişkin bir zorunluluk HMK'da düzenlenmiş değildir. Delil tespiti kurumunun işlerlik kazanabilmesi ve bu kurumun kötüye

¹⁵⁴ Aksi görüşte Kuru, **Cilt IV**, s.4457 vd.: Yazar, delil tespitini, ihtiyati tedbirin bir türü olarak değerlendirdiği için, hakimın zor kullanma yetkisinin de olduğunu kabul etmek gerektiğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz: Yavaş, **Delil Tespiti**, s.127; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.126.

kullanımının engellenebilmesi ve asıl davayla olan bağının güçlendirilebilmesi için, kanaatimizce, delil tespiti talebinde bulunan tarafa, asıl davayı açması için bir süre tanınması öngörülebilecektir¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Alman Medeni Usul Kanunu'nun §494a/I hükmüne göre, ileride açılmak istenen bir davada kullanılmak üzere delillerin tespitine başvurularak, delillerin güvence altına alınması yoluna başvurulduğu hallerde, mahkeme, delillerin tespitinden sonra, dilekçe ile, sözlü yargılama yapılmasına gerek olmaksızın, tespit talebinde bulunan tarafa asıl davayı açmak için bir süre verebilir. Tarafın, bu süre içerisinde dava açmamış olduğu hallerde, karşı taraf, elindeki bu hükme dayanarak, masraflarını talep edebilecektir.

İKİNCİ BÖLÜM - Delil Tespitine Konu Olabilecek Deliller

I. Genel Bilgi

HMK m.400'e göre, 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 edilebilecektir¹. Doktrinde, delil tespitine konu olabilecek deliller bakımından bir sınırlama getirilmediği ve bu sebeple delil tespiti yolu ile her türlü delilin tespiti istenebileceği kabul edilmektedir².

HMK m.400/I'de yer alan 'gibi işlemler' ifadesi sebebiyledir ki, delil tespiti işlemi sırasında maddi vakıaların tespitinde keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması veya tanık ifadelerinin alınması ile sınırlı bir düzenleme yapılmadığı, aksine bu kurumlara benzer işlemlerle de ileride kaybolacağı veya gösterilmesinde zorluk çıkacağı ihtimali olan delillerin saptanması yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir. Bu düzenlemeden yola çıkılarak, delil tespitine konu olabilecek deliller bakımından bir sınırlama getirilmediği sonucuna ulaşmanın mümkün olabileceği savunulmaktadır³.

Her bir delil tipinin kendine özgü birtakım özellikleri sebebiyle, delil tespitine konu olabilecek delil tipleri bakımından ayrı ayrı inceleme yapmakta yarar

¹ 6100 sayılı HMK'nın 400. maddesi ile 1086 sayılı HUMK'un 368. maddesine paralel bir düzenlenme kabul edilmiştir. Buna göre, dermeyan edilecek hususun şahit, keşif, ehlihibre veya diğer delillerle ile tespiti talep edilebilecektir. HMK m.400/I hükmü ile getirilen yeni düzenleme aslen, içerik itibarıyla önceki düzenlemeden farklı değildir, sadece dili sadeleştirilerek, terimler türkçeleştirilmiştir. 1086 sayılı HUMK'da 'diğer deliller' ifadesi yer almaktayken; 6100 sayılı HMK'da 'gibi işlemler' ifadesi tercih edilmiştir.

² Kuru, **Cilt IV**, s.4431; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.569; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.899; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.31; Akil, **Delil Tespiti**, s.34; Ansay, **a.g.e.**, s.317: Yazar, tespit edilecek delilin başlıca, senet, şahit ve keşif olduğunu belirttikten sonra, delil tespiti işlemi ile yemin delilinin de tespit edilebileceğini belirtmiştir.

³ Kuru, **Cilt IV**, s.4431; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.569; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.899.

vardır. Ayrıca hukukumuzda delil niteliği tartışmalı olan bazı kurumlar bakımından da inceleme yapılmasının isabetli olabileceği kanaatindeyiz.

II. Delil Tespitine Konu Olabilecek Deliller

A. İspat Kavramı, İspatın Konusu ve Araçları

Bir yargılama sürecinde taraflarca iddia edilen veya hâkimce re'sen gözetilecek olan, talebin konusu ile ilgili olarak uygulanacak bir hukuk normunun koşulları karşılamaya elverişli olan somut vakıaların iddia edildiği gibi olduğu konusunda hâkimde kanaat uyandırmak üzere yapılan inandırma faaliyeti olarak tanımlanabilecek ispat⁴, kısa bir ifadeyle, bir vakıanın doğru ve gerçekliği hakkında hakimde kanaat uyandırma faaliyetidir.

Davada ispat, taraflarca iddia edilen talebe dayanak teşkil eden hukuki sebebin oluşabilmesi için gerekli koşul vakıalarının somut olarak ve iddia edildiği şekilde gerçekleştiği konusunda hakimde kanaat uyandırmak üzerine yapılan bir inandırma faaliyeti olarak da tanımlanabilecek olan ispat faaliyetinde amaç, hakimde, hukuki ihtilafa ilişkin olarak yargılama dışında ve dava açılmadan önce meydana gelen vakıaların gerçekliğine ilişkin kanaat uyandırmaktır⁵.

Mahkemelere intikal eden bir hukuki ihtilafa ilişkin olarak hakimin karar verebilmesi için, ihtilafa konu olan hayat olayını oluşturan maddi vakıaların ispatı gereklidir. Ancak bu ispat faaliyeti belirli kurallar çerçevesinde gerçekleştirilir. Bu konuda en önemli hususlardan bir tanesi, söz konusu ispat faaliyetinin hangi tarafça gerçekleştirileceğidir, diğer bir deyişle, ispat yükünün kime ait olduğudur⁶.

⁴ Oğuz Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların Tespiti**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001, s.5 (Kısaltma: Atalay, Menfi Vakıaların İspatı).

⁵ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.527-528; Kuru, **Cilt II**, s.1966; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.351; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.293; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.538; Karşlı, **Muhakeme**, s.546.

⁶ İspat yükü kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Mustafa Reşit Belgesay, **İspat Külfeti**, İstanbul, Üniversite Kitapevi; Bilge Umar/Ejder Yılmaz, **İspat Yükü**, 2. Bası, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1980.

Yargılamada ispat, aslen ispat yükü üzerine düşen tarafa aittir. İspat yükü, hakimın tespit ettiği ihtilaflı vakıaların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiğini belirler⁷. Tarafa düşen bu usuli yükü yerine getirmeyen kimse, aleyhine olan sonuca katlanmak zorundadır⁸ ve ispat yükünü taşıyan tarafın, davacı olduğu hallerde, davacı, dava temelini oluşturan vakıaları ispat ettiği takdirde davayı kazanacak; aksi takdirde ise, iddiasını ispatlayamadığı için aleyhine hüküm verilmesi tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır⁹.

HMK'nın 'İspatın Konusu' başlıklı 187. maddesine göre¹⁰, ispatın konusunu tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir. Düzenlemeye göre, ispatın konusu vakılardır. Taraflar kendi iddialarına kaynaklık eden hayat olayını oluşturan vakıaları belirterek, dayandıkları bu vakıaları doğrulayan delillerini mahkemeye ibraz edeceklerdir¹¹.

İspat yükü kendisine düşen taraf, bu ispat faaliyetini yerine getirebilmek için delillere başvuracaktır. Deliller, hakimde bir kanaat yaratmak için kullanılan araçlardır. Yargılama hukukumuzda deliller, kesin deliller ve takdiri deliller olarak ikiye ayrılmaktadır. Ancak HMK'nın 192. maddesi 'Kanunda Düzenlenmeyen Deliller' başlığını taşımaktadır ve bu hükme göre, Kanun'un belirli bir delille ispat

⁷ Umar/Yılmaz, **a.g.e.**, s.2; Karşlı, **Muhakeme**, s.551.

⁸ İspat yükünün bir yükümlülük değil, usuli bir yük olması gerektiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Umar/Yılmaz, **a.g.e.**, s.2. Yazarlar, tarafları ispata zorlayan hususun bir yükümlülük değil, kendi yararlarına olduğunu belirterek, doktrinde kullanılan 'beyyine mükellefiyeti' teriminin hatalı olduğunu ifade etmişlerdir. Aynı görüşte bkz: Üstündağ, **Usul**, s.613; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.309; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.561; Karşlı, **Muhakeme**, s.551. Aksi görüşte bkz: Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.534; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.489.

⁹ Umar/Yılmaz, **a.g.e.**, s.3; Kuru, **Cilt II**, s.1966; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.293; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.561. Üstündağ, **Usul**, s.613'de yazar, aleyhe hüküm verilme riskinden değil, davayı kaybetme riskinden bahsetmektedir.

¹⁰ 1086 sayılı HUMK m.238 hükmü ile paralel bir düzenlemedir. Buna göre, delil, davanın hallerine tesir edebilecek münazaalı hususları ispat için ikame olunacaktır.

¹¹ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.528; Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul, 1979, s.93 (Kısaltma: Alangoya, Vakıaların Toplanması); Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.352; Karşlı, **Muhakeme**, s.546.

zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanun'da düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilecektir.

6100 sayılı HMK'da benimsenmiş olan ana kural¹², belirli bir miktarı aşan hukuki işlemlerin kesin delillerle; bu miktarı aşmayan hukuki işlemlerin ve hukuki işlem dışında kalan ve kendisine sonuç bağlanan hukuki fiillerin ise, her türlü delille ispat edilebileceğidir.

Hukukun kendisine bir sonuç bağladığı hayat olayları, hukuki olay; insanın kendi iradesiyle ortaya çıkan davranışları ise hukuki fiil (kendilerine hukuki sonuç bağlanmış insan fiilleri) teşkil etmektedir¹³. Hukuki fiil kavramı, sadece bir defa olup biten, tek bir maddi olaya dayanan vakıa olarak tezahür etmek zorunda değildir. Bir sözleşmeden kaynaklanmayan maddi olaylar zincirinin oluşturduğu bir fiili durum da hukuki fiil olarak nitelendirilebilecek ve bu sebeple de her türlü delille ispat edilebilmesi mümkün olabilecektir. Yargıtay'ın da bu yönde kararları olduğu gibi¹⁴, bazı kanunlarda bu yönde hükümler de mevcuttur¹⁵.

Hukuki fiillerin bir kısmına (hukuka uygun fiillere), hukuk düzeni, failin arzusunu dikkate alarak, ona uygun bir sonuç bağlamıştır ki bunlar da hukuki işlemlerdir. Bir hukuki işlemin söz konusu olabilmesi için, irade açıklamasının arzu edilen ve hukukun bu arzuya bağladığı bir sonuca yönelmiş olması gerekmektedir¹⁶.

¹² 1086 sayılı HUMK'da da, belirli bir miktarı aşan hukuki işlemlerin kesin delillerle ve bu miktarı aşmayan hukuki işlemler ile her türlü hukuki fiilin ise her türlü delille ispat edilebileceği esası benimsenmişti.

¹³ Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.172; Serozan, **a.g.e.**, s.310-311; Dural/Sarı, **a.g.e.**, s.188; Erman, **a.g.e.**, s.64.

¹⁴ 8. HD., T. 12.4.2013, E.2012/11129, K.2013/5608; 8. HD., T. 18.3.2013, E.2012/8836, K.2013/3740; 16.HD., T. 19.6.2008, 5243/4494.

¹⁵ 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 14/I hükmü gereğince, tapuda kayıtlı olmayan ve aynı çalışma alanı içinde bulunan ve toplam yüzölçümü sulu toprakta 40, kuru toprakta 100 dönüme kadar olan (40 ve 100 dönüm dahil) bir veya birden fazla taşınmaz mal, çekişmesiz ve aralıksız en az yirmi yıldan beri malik sıfatıyla zilyetliğini belgelerle veya bilirkişi veyahut tanık beyanlarıyla ispat eden zilyedi adına tespit edilebilecektir. Benzer bir düzenleme olağan ve olağanüstü zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin 'Kazandırıcı Zamanaşımı' başlığını taşıyan TMK m.712 ve m.713 hükümlerinde de vardır.

¹⁶ Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s.173; Serozan, **a.g.e.**, s.309 vd.; Dural/Sarı, **a.g.e.**, s.189; Erman, **a.g.e.**, s.64.

Medeni usul hukukumuzda genel olarak serbest delil sistemi kabul edilmiştir. Buna göre, HMK’da çeşitli delil tipleri düzenlenmiş olmakla birlikte, aslen deliller konusunda bir sınırlama yapılmış değildir ve ispat aracı olabilecek her şey, delil olarak kabul edilmiştir¹⁷. Bu husus HMK m.192’de, Kanun’un belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanun’da düzenlenmemiş olan diğer delillerle de ispat faaliyetinin yerine getirilebileceği şeklinde ifade edilmiştir.

HMK m.400/I’de yer alan ‘gibi işlemler’ ifadesi sebebiyle doktrinde, delil tespitine konu olabilecek deliller bakımından bir sınırlama getirilmediği sonucuna ulaşıldığını daha önce belirtmiştik¹⁸. Ancak her bir delil tipinin kendine özgü birtakım özellikleri sebebiyle, delil tespitine konu olabilecek delil tipleri bakımından ayrı ayrı inceleme yaparak bir sonuca varılması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca, madde metninde ifade edilen ‘gibi işlemler’in kapsamının ne olması gerektiği de önem arz etmektedir.

Alman hukukunda ise, ‘Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi’ başlıklı ZPO §286/I hükmüne göre, hakim, mahkemeye sunulan delilleri serbest iradesiyle değerlendirerek, iddianın doğru olduğuna ya da olmadığına karar verecektir. Mahkemeye sunulan delillerin değerlendirmesinin sonucunda kendisinde oluşan kanaatin gerekçelerini de hukuki ihtilafın esasına ilişkin vereceği hükümde açıklayacaktır. ZPO § 286/II’ye göre ise, hakim, sadece ZPO’da düzenlenmiş olan delil türleri ile bağlı olacaktır ve değerlendirmesine ancak bu Kanun’da düzenlenmiş olan delilleri esas alabilecektir.

Alman yargılama hukukunda geçerli olan sözlü yargılama usulünde, hakim, ZPO’da düzenlenmiş olan delillerle bağlıdır. Katı delil sisteminin kabul edildiği bu yargılama sisteminde, davanın tarafları sadece ZPOda kabul edilen keşif (§371 vd.), tanık (§373 vd.), bilirkişi (§402 vd.), senet (§415 vd.) ve isticvap (§445 vd.) olmak

¹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.605.

¹⁸ Delil tespitine konu olabilecek deliller bakımından bir sınırlama getirilmediğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: İkinci Bölüm, I.

üzere beş tür delil ile iddialarını ispatlayabileceklerdir. Bu delillerin dışındaki delillerle ise ispat yükünün karşılanması mümkün değildir. Görüldüğü üzere, Alman yargılama hukukunda sadece Kanun'da düzenlenmiş delillerin ispat aracı olarak kullanılabileceği katı delil sistemi benimsenmiştir. Serbest delil sistemi ise, çekişmesiz yargıda benimsenmiştir. Çekişmesiz yargıya giren işlerde, hakim, keşif hariç olmak üzere, ZPO'da düzenlenmiş olan tanık, bilirkişi, senet ve isticvap delillerine başvurabileceği gibi, Kanun'da düzenlenmemiş delillere de kendiliğinden başvurabilecektir¹⁹.

Alman yargılama hukukunda delil tespiti sırasında başvurulabilecek delillerin ZPO'da sınırlı sayıda olarak düzenlendiği ve delil tespitinin düzenlenmiş olan bu delillerden başka delillerle yapılamayacağı doktrinde kabul edilmektedir²⁰. Alman Medeni Usul Kanunu'nun §485-494a maddeleri arasında düzenlenmiş olan delil tespiti, bu işleme konu olabilecek deliller bakımından sınırlandırılmıştır. Buna göre, taraflardan biri, keşif, tanık ifadelerinin alınması veya bilirkişi incelemesi yaptırılması yoluyla delil tespiti yapılmasını talep edebilecektir.

Delil tespitine başvuran taraf, hangi delile başvurmak istediğini, delil tespiti talep dilekçesinde belirtecektir. Delil tespitinin konusunu, tanık ifadelerinin alınmasının oluşturduğu durumlarda ise, tanıkların kimliklerinin de talep dilekçesinde belirtilmesi gerekmektedir.

B. Kesin Deliller

¹⁹ Alman yargılama hukukunda kabul edilen ispat ve delil sistemi ile ispat araçlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Hans Joachim Musielak/Max Stadler, **Grundfragen des Beweisrechts**, München, C.H. Beck, 1984; Hanns Prütting, **Grundprobleme des Beweisrechts**, JA, 1985, s.313ff; Schilken, **Zivilprozessrecht**, s.225 vd.; Othmar Jaurig/Burkhard Hess, **Zivilprozessrecht**, 30. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2011, s.195 vd.; Wolfgang Grunsky, **Zivilprozessrecht**, 13. überarbeitete Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2008, s.163 vd.; Klaus Schreiber, **Die Beweismittel im Zivilprozess**, Jura, 2009, Band 31, Heft 4, s.269-274; Jens Adolphsen, **Zivilprozessrecht**, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2012, s.223 vd. .

²⁰ Stein/Jonas, **Band 5**, §485 Rndr.3; Georg Strumberg, **Die Beweissicherung (Antrag, Verfahren, Kosten im selbstständigen Beweisverfahren)**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2004, s.7; Ulrich, **Teil 1**, s.32; Werner/Pastor, **a.g.e.**, s.27; Hanns Prütting/Markus Gehrlein, **ZPO Kommentar**, 3. Auflage, Köln, Luchterhand, 2011, s.1220.

1. Kavram

Yargılama hukukumuzda, serbest delil sistemi benimsenmiş olmakla birlikte, delillerin değerlendirilmesi bakımından, belirli bir miktarı aşan hukuki işlemlerin kesin delillerle ispat edilmesi gerekliliği düzenlenmiştir.

Kesin deliller, hakimi bağlayan ve hakimın bu deliller üzerindeki takdir yetkisini ortadan kaldırarak, bu delillerin mevcudiyeti halinde aksine karar veremeyeceği delillerdir ve ikrar²¹, kesin hüküm, senet ve yemin olarak sayılmaktadırlar²². Ancak, 6100 sayılı HMK'nın kabulüyle birlikte, ticari defterler de, usulüne uygun olarak tutulmuş oldukları takdirde, ticari davalarda kesin delil hükmündedir.

2. Senet

Senet, bir şahsın kendisi aleyhinde delil teşkil etmek üzere düzenleyip, karşı tarafa verdiği belgedir²³. Bir kimsenin kendi iradesini yansıtan, kendi aleyhine hazırladığı ve sonuç doğuran yazılı bir belgenin senet niteliği taşıyabilmesi için, belgenin yazılı olması ve belgede belgeyi düzenleyen şahsın imzasının bulunması gereklidir²⁴.

²¹ İkrarın delil niteliğine ilişkin tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: İkinci Bölüm, II, B, 6, a.

²² Belirli koşulları sağlaması halinde ticari defterlerin de ticari davalarda kesin delil niteliğini haiz olması sebebiyle, ticari defterlerin delil tespitine konu olup olamayacağı hususunun da kesin deliller başlığı altında incelenmesinin isabetli olabileceği kanaatindeyiz.

²³ Üstündağ, **Usul**, s.637; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.372; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.612; Karşı, **Muhakeme**, s.583. Senet, senetle ispat ve istisnalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Adnan Deynekli, **Medeni Usul Hukukunda Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli**, Ankara, Turhan Yayınevi, 2006; Serdar Nart, Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat, **DEÜHFD**, C. 9, S.1, s.207-232; Murat Yavaş, **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ve Bu Kuralların İstisnaları**, Ankara, Turhan Yayınevi, 2009; Mustafa Göksu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları, **Hacettepe Huk. Fak. Derg.**, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s.53-65.

²⁴ Üstündağ, **Usul**, s.636-637; Karşı, **Muhakeme**, s.584. Pekcanitez/Atalay/Özekes ise, senet metninde bulunması gereken unsurların HMK'da açıkça belirtilmediğini ifade ederek, bir belgenin senet olarak kabul edilebilmesi için, senet sayılan belgenin bir cisminin bulması, senedin yazılı olması, senedin bir vakta hakkında bir irade beyanı içermesi gerektiğini ve senedin imzalı olması gerektiğini belirtmişlerdir, bkz: Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.613-614.

HMK m.199-224 hükümleri arasında bir ispat aracı olarak belge ve senetler düzenlenmiştir²⁵. Bir ispat şekli olan senetler, adi senetler ve resmi senetler olmak üzere ikiye ayrılırlar. Adi senetler, resmi bir makam veya memurun katılımı olmadan hazırlanmış ve senedin taraflarınca yazılmış imzalanmış senetlerdir. HMK m.205/I'e göre, mahkeme huzurunda ikrar olunan veya mahkemece inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler, aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılacaklardır. Adi senetteki yazının veya imzanın inkar edilmesi halinde, inkar etmek isteyen taraf, sahtelik iddiasında bulunmalıdır. Adi senedin sahteliğini iddia eden kimse, HMK m.208/III'e göre, bunu ön sorun olarak ileri sürebileceği gibi, bu hususa ilişkin ayrı bir dava da açabilecektir. Adi senetlerdeki sahtelik incelemesi, HMK m.211'e göre yapılacaktır. HMK m.106'da düzenlenen tespit davası, bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi için açılabilir. Resmi senet ise, bir makam veya memurun katılımı ile düzenlenmiş olan senetlerdir. Resmi senetler kural olarak noterler tarafından düzenlenmekle beraber, yargı organı tarafından, kanunla başka bir makam, merci veya kişiye de resmi senet düzenleme yetkisi verilebilecektir²⁶.

'İlamların ve Resmi Senetlerin İspat Gücü' başlıklı HMK'nın 204. maddesinde; ilamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetlerinin, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılacağı, ilgililerin beyanına dayanılarak noterlerin tasdik ettikleri senetlerle diğer yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgelerin, aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılacağı düzenlenmiştir.

²⁵ HMK m.199 hükmü ile bir üst kavram olarak belge kavramı düzenlenmiştir. Buna göre, uyumsuzluk 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 bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanun'a göre belgedir. Kanun'da yer alan bu sayım sınırlı sayıda değildir ve madde metninde sayılmayan fakat belge olarak değerlendirilebilecek başka bilgi taşıyıcıları da mevcuttur. Görülmektedir ki, iradenin dış dünyada varlık kazanmasını sağlayan bilgi taşıyıcıları belge olarak nitelendirilmekteyken, senedi senet yapan unsurların mevcut olmaması halinde, ilgili belge senet olarak değerlendirilemeyecektir. Bu sebeple her senet belge niteliğinde olmakla beraber, her belge senet değildir. Bu hüküm ile, senet ile ispat kuralları, belge ile ispat kuralları olarak yorumlanamayacaktır. Belge, senet yerine kullanılmamıştır. Ancak senet niteliği taşıyan belgeler, kesin delil olarak hakim tarafından değerlendirilecektir.

²⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.378; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.335; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.617; Karşı, **Muhakeme**, s.587.

Resmi senetlerin sahteliğine ilişkin iddia, mevcut dava içerisinde karar bağlanamayacaktır. Resmi senetlerin, kesin delil olma vasfının ortadan kaldırılması ancak sahtelik davası ile mümkün olacaktır. Resmi senetlerdeki yazı veya imza inkar edildiğinde, adi senetlerden farklı olarak, bu husus, ön sorun olarak incelenemeyecektir²⁷.

a. Delil Tespiti ile Senet Deliline Başvurulması

Doktrinde, delil tespiti yolu ile senet delilin elde edileceği hallerde, HMK m.199 vd. hükümlerine göre, delil tespiti kararının yerine getirileceği ve resmi senet veya imzası ikrar edilmiş adi senedin kesin delillerden sayılıyor olması sebebiyle, delil tespiti yolu ile elde edilmiş olan bu tür bir belgenin de kesin delil gücüne sahip olacağı belirtilmiştir²⁸.

HMK m.400'e göre, 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 edebilecektir. Ayrıca, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa, tarafların, delil tespiti kurumuna başvurabileceği esası kabul edilmiştir.

Bu maddeye göre, delil tespiti kurumuna kaybolmasından endişe duyulan veya ileri sürülmesinde güçlük çıkabilecek bir senedin güvence altına alınması için başvurulabilecektir. Taraf, kendi elinde olan ve kaybolmasından endişe duyulan veya ileri sürülmesinde güçlük çıkabilecek bir senedin güvence altına alınması için delil tespiti kurumuna başvuramayacaktır.

²⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.383; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.620; Karslı, **Muhakeme**, s.588.

²⁸ Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.124.

Benzer şekilde, delil tespiti ancak, hukuki ihtilafın tarafları arasında yapılmış olması halinde hüküm ifade edeceğinden, üçüncü kişilerin elindeki senetlerin delil tespiti yolu ile güvence altına alınması da delil tespiti kurumuna başvurulması olarak nitelendirilemeyebilecektir. HMK m.221/I'de yer alan üçüncü kişinin elindeki belgeyi mahkemeye sunmasına ilişkin hüküm, ancak, hakimin, üçüncü kişide olduğu bildirilen belgenin davanın ispatı için gerekli olduğuna kanaat getirmesi halinde uygulanabilecektir halbuki delil tespiti talebinde, delilin ispat gücüne ilişkin bir değerlendirme yapılması söz konusu olmamaktadır. HMK m.221/II'ye göre, üçüncü kişilerin, başkaları arasındaki bir davanın ispatı için gerekli olan ve kendi elinde bulunan bir belgeyi mahkemeye vermek veya belgenin nerede olduğunu bildirmek için tanık sıfatıyla mahkemeye çağrılabilmesi ve bu tanık ifadesinin delil tespitine konu olabileceği düşünülebilirse de²⁹, bu hükme göre üçüncü kişinin tanık olarak dinlenebilmesi için belgeyi ibraz etmesine karar verilen kişinin, elindeki belgeyi ibraz edememesi hâlinde bunun sebebine ilişkin olarak yaptığı açıklamanın, mahkemece yeterli bulunmaması halinde mümkün olabilecektir.

Hukuki ihtilafın karşı tarafın uhdesinde bulunan bir senedin, delil tespiti yolu ile güvence altına alınabilmesi söz konusu olabilecekse de, bu takdirde birtakım başka problemler ortaya çıkmaktadır.

Kişi kendi üzerine düşen ispat yükünü yerine getirmek için, karşı tarafın elindeki bir delile dayanabilecek midir? Belgelerin ibrazı mecburiyeti ve hakimin aydınlatma ödevi arasındaki ilişki ne şekilde olmalıdır? Tarafın üzerine düşen doğru söyleme yükümlülüğünün sınırları nerede çizilmelidir³⁰? Kural olarak, taraflar, dayandıkları vakıaları ispat için ellerinde olan delilleri mahkemeye sunmakla yükümlüdürler ancak, taraflar, karşı tarafın lehine (kendisi aleyhine) olan delilleri mahkemeye ibraz etmekle yükümlü tutulamayacaklardır³¹. Bu husus, HMK

²⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.388.

³⁰ Medeni usul hukukunda belgelerin ibrazı mecburiyetinin hukuki temellerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Güray Erdönmez, **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010.

³¹ Kuru, **Cilt II**, s.1387; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.3385-386; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.627; Karşlı, **Muhakeme**, s.590. Alman hukukunda kimsenin kendi aleyhine delil göstermeye

m.219’da, tarafların, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmekle zorunda oldukları şeklinde düzenlenmiştir. Fakat, kanun koyucu, bu kurala senetler bakımından çeşitli istisnalar getirmiştir. Bu hallerde, bir taraf, Kanun’da sayılan belgeleri, kendi aleyhine olsa bile, mahkemeye vermekle yükümlü olacaktır.

HMK m.220’de ise, tarafın belgeyi ibraz etmemesi hali düzenlenmiştir. Buna göre, ibrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkemeye bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verilerek, tarafın belgeyi mahkemeye ibraz etmesi talep edilecektir.

Görüldüğü üzere, hakim, ancak, mahkemeye verilmesi istenen senedin davanın ispatı için gerekli olduğu kanısına varırsa, o takdirde, karşı taraftan, o senedin, mahkemeye ibraz edilmesini talep edebilecektir. Aksi takdirde, yani, bu senedin, ispat edilmek istenen hususun ispatı için gerekli olmadığı veya ilgili hususun daha önceden kesin deliller ispat edilmiş olduğu kanısına varması halinde, artık, senedin mahkemeye ibrazını istemeye gerek kalmayacaktır.

Ancak, tüm bu hususların incelenebilmesi, hukuki uyumsuzluğun aslına ilişkin davada ve tahkikat aşamasına geçilmiş olduğu takdirde mümkün olabilecektir. Oysa ki, geçici hukuki koruma olan delil tespiti kurumuna, ya ileride açılacak bir davada incelenmek üzere ya da görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş deliller bakımından başvurulabilecektir. Delil tespiti kurumu, sadece delile konu olan maddi vakıayı tespit etme ve daha sonra kullanılmak üzere güvence altına almak amacını taşımaktadır ve delil tespiti talebinin incelenmesi sırasında, ileri sürülmek

zorlanamayacağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Christian Katzenmeier, Die Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess, **JZ 2002**, H.11, s.533-545; Gottfried Baumgärtel/Hans-Willi Laumen/Hanns Prütting, **Handbuch der Beweislast-Grundlagen**, 2 völlig neubearbeitete und erweiterte Aufl., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2009.

istenen delilin niteliğine veya delil kuvvetine veya iddia edilen vakıayı ispat etmeye elverişli olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapılmayacaktır.

Bu sebeple, HMK m.220 hükmüne göre, ibrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği hallerin saptanması, delil tespiti talepleri bakımından mümkün olamayabilecektir. Kaldı ki, HMK m.220/III'de belgeyi ibraz etmesine karar verilen tarafın, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmemesi ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermemesi ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr etmemesi ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmemesi halinde, mahkemenin, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebileceğine ilişkin düzenleme, belgenin ibraz edilmemesi halinde, bunun yaptırımını, delilin ispat gücünün değişmesi olarak belirlemektedir ki, geçici hukuki koruma talep ederek, tarafın böyle bir hususla cezalandırılmasının veya ödüllendirilmesinin de geçici hukuki korumalardan beklenen fayda ile örtüşmediği kanaatindeyiz.

Delil tespiti sırasında hakim, ilgili senedin güvence altına alınmasını nasıl sağlayacaktır? HMK m.216 hükmüne göre, mahkemenin, belge aslının kendisine ibraz edilmesi halinde, belgenin saklanması için gerekli tedbirleri alabileceği düşünülmekle beraber, ileride açılacak bir davaya ilişkin olarak başvuru delil tespiti ile asıl dava arasındaki bağlantının zayıf olarak nitelenebileceği yargılama hukukumuzda, mahkemenin bu belgeleri ne kadar süre ile saklamasının gerekeceği belirsizdir. Ancak, açılmış bir dava sırasında başvuru delil tespitleri bakımından bu süre, tahkikata kadar geçecek olan zamanla sınırlı olacağından, mahkemenin bu hükme dayanarak senedi saklayabileceği düşünülebilecektir.

Senedin veya belgenin içeriğinin ve niteliğinin güvence altına alınabileceği düşünüldüğünde ise zaten bilirkişi incelemesine veya keşif yapılması yoluna başvurulması söz konusu olmayacak mıdır? 'Belgenin Yerinde İncelenmesi' başlıklı HMK m.218/I'e göre, mahkemeye getirilmesi zor veya sakıncalı olan belgeler, hâkim veya görevlendireceği bilirkişi tarafından yerinde incelenecek ya da bu

belgelerin mahkemeye sunulmuş örnekleri asıllarıyla karşılaştırılacaktır. İnceleme sonunda bir tutanak düzenlenecek ve gerekli görüldüğü takdirde ise, uygun teknik araçlarla belgenin aslı kaydedilecektir³².

Alman yargılama hukukunda, senetlerin, delil tespitine konu olamayacağı ve senede ilişkin olarak tanık deliline başvurulmasının söz konusu olabileceği hallerde (örneğin, senedin sahteliği iddiasına ilişkin olarak tanık ifadesine başvurulması söz konusu ise), sadece bu tanık ifadesinin delil tespiti yolu ile güvence altına alınabileceği belirtilmiştir³³.

3. Ticari Defterler

HMK m.222'ye göre³⁴, mahkeme, ticari davalarda³⁵ tarafların ticari defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilecektir. Ticari defterlerin, ticari davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için, kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması şarttır.

Bu şartlara uygun olarak tutulan ticari defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya ilgili hususta hiçbir kayıt içermemesi yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekmektedir. Bu şartlara uygun olarak tutulan defterlerdeki sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar birbirinden ayrılamaz.

³² Kamil Yıldırım, Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukuku'ndaki Önemi, **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, Derleyen: Kamil Yıldırım, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2012, s. 107-128.

³³ Stein/Jonas, Band 5, §485 Kn.4.

³⁴ 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan önce yürürlükte bulunan 1956 tarihli 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (eTTK) m.82-86 arasında düzenlenen "Ticari Defterlerin İspat Kuvveti" hakkındaki hükümler, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na alınmamış ve 6100 sayılı HMK'da düzenlenmişlerdir.

³⁵ Ticari davalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Levent Börü/İlker Koçyiğit, **Ticari Dava**, Ankara, Turhan Yayınevi, 2013.

Açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları, sahibi aleyhine delil olacaktır. Taraflardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtmekle beraber karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılacaktır. Ticari defterler usulüne uygun olarak tutulmuş oldukları takdirde, nitelikleri gereği kesin delillerdir³⁶. HMK m.219/II hükmüne göre, ticari defterler gibi devamlı kullanılan belgelerin sadece ilgili kısımlarının onaylı örnekleri mahkemeye ibraz edilecektir.

a. Ticari Defterlerin Delil Tespiti İşlemine Konu Olabilmesi

Delil tespitinin konusunu, bir defterin belli bölümlerinin tespitinin oluşturduğu hallerde de, senetlere ilişkin hükümlere göre bu tespitin yapılacağı doktrinde belirtilmektedir³⁷.

HMK m.119'a göre, 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 bunlara benzer bilgi taşıyıcıları belge niteliğindedir. Bu tanıma göre, ticari defterler de belge niteliği taşımaktadırlar.

Delil tespiti işleminin konusunu, bir ticari defterin belli bölümlerinin tespitinin oluşturduğu hallerde, HMK'nın senet ve belgelere ilişkin hükümlerine göre bu tespit yapılabilecekse de, daha önce senetlerin tespit edilmesine ilişkin olarak değinilen hususların ticari defterlerin delil tespiti işlemine konu olmasının söz konusu olduğu hallerde de gündeme gelebileceği kanaatindeyiz³⁸.

³⁶ Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s.690 vd.; Karşlı, **Muhakeme**, s.619; Ejder Yılmaz, Ticari Defterlerin Delil Olması ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler, **Bankacılar Dergisi**, Özel Sayı, 2013, s.28-41, s.30.

³⁷ Yılmaz, **Cilt II**, s.1368; Akil, **Delil Tespiti**, s.36.

³⁸ Senetlerin delil tespiti işlemine konu olabilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: İkinci Bölüm, II, B, 2, a.

4. Yemin

a. Kavram

Bir taraf usul işlemi olan yemin, taraflardan birinin, bir vakıanın gerçeğe uygun olup olmadığına ilişkin açıklamada bulunmasıdır³⁹. HMK m.225'e göre, yemin, davanın çözümü bakımından önem taşıyan, çekişmeli olan ve kişinin kendisinden kaynaklanan vakıalara ilişkin olabilir ki bu bağlamda bir kimsenin bir hususu bilmesi onun kendisinden kaynaklanan vakıa sayılacaktır.

6100 sayılı HMK'nın yemine ilişkin hükümleri aslen 1086 sayılı HUMK'un yemine ilişkin hükümleriyle paralellik göstermektedir. Ancak HMK'da re'sen teklif edilen yemine ilişkin düzenlemeye yer verilmeyerek, sadece taraf yemini düzenlenmiştir. HMK'ya göre, yemini, ispat yükü üzerine düşen taraf, diğer tarafa teklif edecektir ve kendisine ispat yükü düşmeyen tarafa yemin teklif edilmesinin hiçbir hukuki sonucu olmayacaktır⁴⁰.

HMK m.226'da yemine konu olamayacak hususlar düzenlenmiştir. Buna göre, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği vakıalar, bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği haller ve yemin edecek kimsenin namus ve onurunu etkileyecek veya onu ceza soruşturması ya da kovuşturması ile karşı karşıya bırakacak vakıalara ilişkin hususlar yemine konu olamayacaktır.

b. Yemin Delilinin Delil Tespitine Konu Olabilmesi

HMK m.225'e göre, yemin, davanın çözümü bakımından önem taşıyan, çekişmeli olan ve kişinin kendisinden kaynaklanan vakıalara ilişkin olabilecektir.

³⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.406-407; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.639; Karslı, **Muhakeme**, s.610-611. Yemin konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Ejder Yılmaz, **Medeni Yargılama Hukukunda Yemin**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

⁴⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.406; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.641; Karslı, **Muhakeme**, s.611.

Yeminin konusunu vakıaların oluşturduğu göz önüne alındığında ve delil tespiti konusunu da maddi vakıaların oluşturduğu düşünüldüğünde, delil tespiti ile mahkemenin yemin delilini güvence altına alabileceği düşünülse de, dikkat edilmesi gereken birtakım hususların mevcut olduğu kanaatindeyiz.

Şöyle ki; delil tespiti kurumuna, HMK m.400'e göre, taraflardan her birinin, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla başvurabileceğini dikkate aldığımızda, delil tespitine başvurulduğu noktada, mevcut olan hukuki ihtilafa ilişkin asıl dava ya açılmamış olacak ya da açılmış olan davada daha tahkikat aşamasına geçilmemiş olacaktır ve buna bağlı olarak da ilgili maddi vakıanın ispatının başka bir delille yapılıp yapılamayacağı da belirsizlik taşıyor olacaktır. HMK m.225'de belirtilen, davanın çözümü bakımından önem taşıyan vakıanın bu aşamada belirlenmesi biraz zor gözükmektedir. Bu sebeple, ilgili vakıanın yemine konu olup olamayacağının, delil tespiti talep edilen mahkeme tarafından belirlenmesi güçlük arz edebilecektir.

Diğer delillerle ispat edilememiş delillere ilişkin olarak yemin deliline başvurulabilecektir ancak diğer delillerle birlikte yemin deliline dayanmış olan taraf, diğer delillerinden vazgeçmiş sayılmayacaktır. Bununla birlikte, tarafın, delillerini belirtirken, sadece yemin deliline dayanmış olduğu hallerde ise, artık diğer delillere başvuramayacağından dolayı, hemen yemin deliline başvurabileceği kabul edilmektedir. Ancak, yemin deliline her halde en son olarak başvurulması gerektiği doktrinde belirtilmektedir⁴¹.

HMK m.227'e göre, uyuşmazlık konusu vakıanın ispatı için yeminden başka delili olduğunu beyan etmiş olan taraf dahi yemin teklif edebilecektir. Ancak yemin teklif olunan kimse, yemini edaya hazır olduğunu bildirdikten sonra, diğer taraf teklifinden vazgeçerek başka bir delile dayanamayacaktır ve yeni bir delil de gösteremeyecektir.

⁴¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.406; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.641.

HMK m.400'e göre, delil tespitine başvurulduğu noktada, mevcut olan hukuki ihtilafa ilişkin asıl dava ya açılmamış ya da açılmış olan davada daha tahkikat aşamasına geçilmemiş ve buna bağlı olarak da ilgili maddi vakıanın ispatının başka bir delille yapıp yapılamayacağı da belirsizlik taşıyor olmalıdır. Ancak, diğer delillerle ispat edilememiş delillere ilişkin olarak yemin deliline başvurulabileceği dikkate alındığında, tahkikat aşamasına gelinmemiş olduğu hallerde, diğer delillerle ispat faaliyetinin yerine getirilip getirilmediği hususu belirsiz olacaktır.

Ayrıca, kendisine yemin teklif edilen tarafın, bu yemini edaya hazır olduğunu bildirmesinden sonra, yemin teklif eden tarafın, bu teklifinden vazgeçemeyeceği ve başka bir delile de dayanamayacağı kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Karşı tarafın, yemini edaya hazır olduğunu bildirdikten sonra yeni bir delil de gösteremeyeceğine göre, delil tespiti ile, karşı tarafa yemin teklif eden talep sahibi, hukuki ihtilafa ilişkin açmış olduğu davada başka bir delile dayanamayacak mıdır? Ancak bu durum, delil tespiti yoluyla yemin deliline dayanan tarafın delillerini hasretmiş mi sayılacağı hususuna dikkat çekmektedir. Delillerin hasrı, delilden vazgeçme, HMK m.196'da düzenlenmiştir. Buna göre, delil gösteren taraf, karşı tarafın açık izni olmadıkça, o delile dayanmaktan vazgeçemeyecektir. Bu durumda delil tespitine başvurularak, yemin delili hukuki koruma kapsamına alındığında, aleyhine delil tespiti istenen taraf, yemin vermekle, açık izin vermiş sayılabilecek midir?

Delil tespitine yemin delilinin konu olduğu hallerde, en son çare olarak başvurulması gerektiği belirtilen, yemine, diğer tüm delillerden önce başvurulmuş olmaktadır ki yeminin eda edilmesinden sonra, yeminin ilişkin bulunduğu hususta başkaca delil ikamesi söz konusu olamayacaktır⁴².

5. Kesin Hüküm

⁴² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.347.

a. Kesin Hüküm Kavramı

Kesin hüküm, şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm olmak üzere, iki şekilde ortaya çıkabilir. Bir kararın şekli anlamda kesinliği ile ifade edilen, o karara karşı belli bir aşamadan sonra olağan kanun yollarına başvurulamayacağı ifade edilmektedir⁴³.

HMK'nın kesin hükmü düzenleyen 303. maddesine göre, bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.

Bu madde ile aslen maddi anlamda kesin hüküm düzenlenmiştir ve şekli anlamdan kesinliğin, maddi anlamda kesinliğin ön şartı olduğu belirtilmiştir. Birinci fıkrasında kesin hükmün unsurlarının düzenlendiği maddenin, devamı fıkralarında ise kesin hükmün davanın tarafları ile üçüncü kişiler açısından sonuçları düzenlenmiştir. Buna göre, bir hüküm, davada veya karşılık davada ileri sürülen taleplerden, sadece hükme bağlanmış olanlar hakkında kesin hüküm teşkil edecektir. Bir dava dolayısıyla ortaya çıkan ve davanın taraflarının küllî halefleri hakkında da geçerli olan kesin hüküm, o hükmün kesinleşmesinden sonra dava konusu şeyin mülkiyetini davanın taraflarının birisinden devralan yahut dava konusu şey üzerinde sınırlı bir ayni hak veya ferî zilyetlik kazanan kişiler hakkında da geçerlidir⁴⁴.

Maddi anlamda kesin hükmün yargılama hukukumuzda iki etkisi mevcuttur. Bunlardan birincisi, bir dava sonucunda elde edilmiş kesin hükmün, tarafları, dava konusu ve dava sebebi aynı olan ikinci bir davada etkili olması ve aynı hususta

⁴³ Kesin hüküm ve sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Nevhis Deren-Yıldırım, **Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukuku'nda Kesin Hükmün Sübjektif Şartları**, İstanbul, Alfa Basın Yayın; Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, **Kesin Hükmün Objektif Sınırları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.

⁴⁴ Ancak, Türk Medenî Kanunu'nun iyiniyetle mal edinmeye ait hükümleri bu kuralın istisnasını teşkil edecektir. Müteselsil borçlulardan biri veya birkaçı ile alacaklı arasında yahut müteselsil alacaklılardan biri veya birkaçı ile borçlu arasında oluşan kesin hüküm ise, diğerleri hakkında geçerli olmayacaktır (HMK m.303/IV&V).

yargılama yapılmasına engel teşkil etmesidir⁴⁵. Tekrar aynı konuda karar verme yasağı sebebiyle, ikinci davanın reddi gerekecektir. Kesin hükmün bulunduğu hallerde, HMK m.114/I, b.i'ye göre, hakim, dava şartı noksanlığı sebebiyle davanın esasına girmeksizin açılan ikinci davayı reddetmelidir.

Maddi anlamda kesin hükmün ikinci etkisi ise, kesin hükmün kesin delil teşkil etmesidir. Kesin hüküm, hükmü veren mahkeme de dahil olmak üzere, diğer bütün mahkemeleri bağlar. Kesin hüküm, ilgili olduğu konuda en azından resmi bir belge olarak dikkate alınmak ve değerlendirilmek zorundadır. Kesin hüküm, içeriğine göre ilgili olduğu hususun ispatında delil olarak kullanılır⁴⁶.

HMK m.204/I hükmüne göre, kesin hüküm, kesin delil niteliğindedir. Birinci davada verilmiş olan hüküm, aynı taraflar arasında, aynı dava sebebine dayanarak, aynı konuya ilişkin olarak açılacak olan ikinci bir davada, birinci davada kesin hükme bağlanmış olan husus hakkında kesin delil teşkil eder. Örneğin, bir kira bedelinin tespiti davası sonucunda verilmiş olan bir kesin hüküm, daha sonra kira alacağının ödenmesi için açılan eda davasında kesin delil teşkil edecektir⁴⁷.

b. Delil Tespiti Yolu ile Kesin Hükmün Tespiti

Delil tespiti işlemi ile her türlü delilin güvence altına alınabileceği belirtilmektedir ve bu sebeple, kesin delilin güvence altına alınması için de delil tespitine başvurulabileceği sonucuna varılabilecektir. Lakin kesin hüküm de, kesin delil teşkil etmesi sebebiyle delil kataloğu içerisinde sayılmaktadır.

Delil tespiti kurumuna ancak delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağının ihtimal dâhilinde

⁴⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.665; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.722; Karslı, **Muhakeme**, s.608.

⁴⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.666; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.725; Karslı, **Muhakeme**, s.609.

⁴⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.667.

bulunduğu hallerde başvurulabileceği göz önüne alındığında, kesin hüküm bakımından bu durumun söz konusu olabilmesi oldukça zor olacaktır. Bununla birlikte, bu durumların söz konusu olabileği haller bakımından ise, kesin hükmün, ne şekilde tespiti konu olabileceği belirsizlik taşıyacaktır.

6. İkrar

a. Genel Olarak İkrar

Taraflardan birisinin, kendi aleyhine olarak ileri sürülen bir olayın doğruluğunu mahkemeye beyan etmesi olarak tanımlanabilecek ikrar, 6100 sayılı HMK’da 188. maddede, tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıaların, çekişmeli olmaktan çıkacağı ve ispatının gerekmeyeceği şeklinde ifade edilmiştir⁴⁸.

İkrar, görülmekte olan bir davada, taraflardan birinin, diğer tarafça ileri sürülen ve kendisi aleyhine hukuki sonuç doğurabilecek nitelik taşıyan maddi vakıaların doğruluğunu kabul etmesidir. İkrar, bir tarafın, karşı tarafça ileri sürülen ve aleyhine olan bir vakıayı yargılamanın görüldüğü mahkeme önünde kabul etmesi şeklinde ortaya çıktığından dolayı, tarafın kendi ileri sürdüğü vakıaların doğru olduğunu beyan etmesi ikrar niteliği taşımayacağı gibi karşı tarafın herhangi bir beyanının kabulü de ikrar niteliği taşımayacaktır. İkrarın oluşabilmesi için kabul edilen vakıanın karşı tarafça ileri sürülmesi ve ikrar edenin aleyhine olması gerekir⁴⁹.

⁴⁸ İkrar, 1086 sayılı HUMK m.236’da, ‘Deliller ve İkamesi’ başlığı altında düzenlenmişti. İkrar kurumuna ilişkin detaylı bilgi için bkz: Taylan Özgür Kiraz, **Medeni Yargılama Hukukunda İkrar**, 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013.

⁴⁹ Mustafa Reşit Belgesay, **Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller**, İstanbul, Güven Matbaası, 1940, s.128; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.554; Süha Tanrıver, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1993/2, s.212-243, s.213 (Kısaltma: Tanrıver, İkrar); Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.545; Karşlı, **Muhakeme**, s.599-600; Kiraz, **a.g.e.**, s.44.

İkrarın konusunu vakıalar oluşturur. Hukuki sebepler ve netice-i talep için ikrara başvurulamaz⁵⁰. İkrara başvurulmasının temel amacı, ikrarın, ikrara konu olan vakıaları çekişmeli olmaktan çıkarması ve lehine ikrar yapılan karşı tarafı ispat yükünden kurtarmasıdır⁵¹. İkrarın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır⁵²⁻⁵³.

HMK'da m. 188'de, tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıaların, çekişmeli olmaktan çıkacağı ve bu vakıaların ispatının gerekmeyeceği belirtilmiştir⁵⁴.

⁵⁰ Tanrıver, **İkrar**, s.213; Kiraz, **a.g.e.**, s.44; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.545; Karşlı, **Muhakeme**, s.600. İkrar, davayı kabul birbirinden farklı iki hukuki kurumdur. HMK m.308'e göre kabul, davacının talep sonucuna, davalının kısmen veya tamamen muvafakat etmesidir. İkrar, vakıalara yönelirken, davayı kabul, davacının netice-i talebine yöneliktir ve davayı sona erdirir. Davayı kabule ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: İbrahim Ermenek, **Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul (Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.

⁵¹ Tanrıver, **İkrar**, s.212; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.368; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.545; Karşlı, **Muhakeme**, s.600.

⁵² 1086 sayılı HUMK'da 'Deliller ve İkamesi' başlığı altında 236. maddede, dava evrakında veya hakim huzurunda iki taraftan birinin veya vekilinin sebkenen ikrarının geçerli olduğu ve ikrar eden taraf aleyhine delil teşkil edeceği düzenlenmişti. Kanun'un lafzı ve kurumun düzenlendiği fasılın başlığının 'deliller ve ikamesi' olması sebebiyle doktrinde ikrarın kesin delil olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktaydı. Üstündağ, **Usul**, s.628: Yazar, davalının inkar etmeyip de ikrar ettiği vakıaların ispatına gerek olmadığı gerekçesiyle, ikrarın kesin delil niteliği taşıdığı görüşünü savunmaktadır. Benzer görüşte bkz: Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.367; Karşlı, **Muhakeme**, s.600; Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre ise, ikrar, tek taraflı bir usuli işlem olarak, mahkemenin veya karşı tarafın kabulüne ihtiyaç olmaksızın, delil ikame faaliyetini ve ispat ihtiyacını ortadan kaldıran bir taraf beyanı niteliğindedir. Ayrıca, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda hakimnin yapılan ikrarla bağlı olmaması ve her yargılamada değil, sadece taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda ikrarın kabul edilmesi de ikrarın kesin delil olarak değerlendirilemeyeceğine gerekçe olarak kabul edilmekteydi. Aynı görüşte bkz: Ansay, **a.g.e.**, s.261: Yazar, ikrarın bir delil olmadığı, ispat aracı olarak değerlendirilemeyeceği ve sadece delile yer bırakmayacak bir taraf beyanı olduğu görüşündedir. Postacioğlu, **a.g.e.**, s.564: Yazar, kanuni delillerle ispat edilmesi gereken bir vakıanın ikrar edilmiş olması halinde, artık o vakıanın ispatına ihtiyaç kalmadığını ve o vakıanın kanuni delille ispat edilmiş gibi bir durumun hasıl olduğunu belirtmektedir. Benzer görüşte bkz: Bilge Umar, Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakamından İkrar Kavramı, **İÜHF**, 1964, Sayı 1-2, s.244-263, s.250; Tanrıver, **İkrar**, s.219; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.544 vd.; Kiraz, **a.g.e.**, s.59.

⁵³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.546: Yazarlar, 6100 sayılı HMK'nın kabulünden sonra, ikrarın niteliğine ilişkin tartışmaların sona ermiş olduğunu belirterek, HMK'da ikrarın, 'İspatın Konusu' başlığının altında düzenlendiğini ve deliller arasında yer almadığını ifade etmektedirler. Bu sebeple, HUMK'da ikrarın, 'Deliller ve İkamesi' başlığı altında düzenlendiği ve ikrarın delil teşkil edeceğine ilişkin lafzının terkedilmiş olmasının, artık, ikrarın delil niteliğine ilişkin tartışmalara son vermiş olması gerektiğini savunmaktadırlar. Ancak, ikrarın HMK'da yer alan düzenlemesi ile de kesin delil teşkil ettiğine ilişkin bkz: Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.368; Karşlı, **Muhakeme**, s.602.

⁵⁴ İkrar, yapıldığı yere göre ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, ikrar ya mahkeme önünde yapılabilecektir ya da mahkeme dışında yapılabilecektir. HMK'da mahkeme dışında gerçekleşen ikrara ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Mahkeme içi ikrar ve mahkeme dışı ikrar ayrımları HMK ile ortadan kalkmıştır. Kanun'da sadece mahkeme içi ikrar düzenlenmiştir ve mahkeme dışı ikrar, diğer deliller çerçevesinde

b. Delil Tespiti Yolu ile İkrar Delilinin Tespiti⁵⁵

Doktrinde, delil tespiti işlemine her türlü delilin konu olabileceği belirtilmekteyse de ikrarın delil tespiti yolu ile güvence altına alınabilmesi bakımından birtakım çekincelerimiz bulunmaktadır. İkrarın, delil tespitine konu olup olamayacağı hususunu mahkeme içi ikrar ve mahkeme dışı ikrar için ayrı ayrı değerlendirerek bir sonuca varmaya çalışılacaktır.

Mahkeme içi ikrar, görülmekte olan bir davada, taraflardan birinin, diğer tarafça ileri sürülen ve kendisi aleyhine hukuki sonuç doğurabilecek nitelik taşıyan maddi vakıaların doğruluğunu kabul etmesidir. Delil tespiti talep eden taraf, aleyhine delil tespiti talep ettiği taraftan, kendisi aleyhine hukuki sonuç doğurabilecek bir vakıayı, mahkeme önünde kabul etmesini talep etmiş olacaktır ki bunun için ise, her halükarda, önce delil tespiti talep eden tarafından bir vakıanın ileri sürülmesi gerekmektedir. Ancak delil tespiti, bir vakıanın ileri sürüldüğü değil, bir vakıanın tespit edilmesi amacıyla başvurulanan bir geçici hukuki koruma önlemidir. Delil tespitine ilişkin olarak ileri sürülebilecek vakıalar ancak, tespit talep eden tarafın hukuki yararını ispata elverişli vakıalar olabilecektir.

Mahkeme dışı ikrar ise, taraflardan birinin, diğer tarafça ileri sürülen ve kendisi aleyhine hukuki sonuç doğurabilecek nitelik taşıyan maddi vakıaların doğruluğunu mahkeme dışında kabul etmesidir ki mahkeme dışı ikrara ilişkin olarak HMK'da bir hüküm bulunmamaktadır. Kural olarak mahkeme dışı ikrar, sadece takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde, delil olarak mahkemeye sunulabilecek bir işlem niteliğindedir ve bu işlemin de gene delillerle ispat edilmesi

değerlendirilecektir. Doktrinde mahkeme dışı ikrarın takdiri delil olduğuna ilişkin olarak bkz: Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.367; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.546; Karşı, **Muhakeme**, s.602.

⁵⁵ İkrarın, delil tespitine konu olup olamayacağının tespiti bakımından, kurumun, hukuki niteliğinin ne olması gerektiği hususunun ikincil öneme sahip olduğu kanaatindeyiz. Lakin HMK m.400'de yer alan 'gibi işlemler' ifadesinin, deliller dışında, birtakım işlemler bakımından da delil tespitine başvurulabilmesine imkan sağlaması gerektiğine ilişkin bkz: İkinci Bölüm, I.

gerekmektedir⁵⁶. Bu tür ikrarın ise, her halükarda delil tespiti işlemine konu olamayacağı sonucuna varmaktayız.

C. Takdiri Deliller

1. Genel Olarak

Takdiri deliller ise, hakimın takdir yetkisini serbestçe kullanabildiği ve delilleri serbestçe değerlendirebildiği delillerdir ve şahit, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleri olarak dörde ayrılırlar. Hakim, kesin deliller ile bağlı iken, takdiri deliller ile bağlı değildir ve bu delilleri serbestçe değerlendirecektir.

2. Tanık

a. Tanım

6100 sayılı HMK’da da, 1086 sayılı HUMK’da olduğu gibi tanık kavramı tarif edilmemiştir. Ancak doktrinde tanık, geçmiş vakıalara ve durumlara ilişkin gözlemleri hakkında beyanda bulunması gereken kişi⁵⁷ veya davada taraflar arasında çekişmeli olan, geçmişte meydana gelmiş olaylar ve durumlarla ilgili sahip olduğu bilgi ve algılarını mahkemeye aktaran kişi⁵⁸ olarak tanımlanmaktadır. Tanık, sadece gördüklerini ve duyduklarını anlatması ve kendisine vakıaya ilişkin görüşünün sorulmaması, olayları yorumlamadan anlatması ve mahkemeye iletmesi gerektiği için, niteliği gereği, bilirkişiden ayrılmaktadır⁵⁹.

HMK m.240/I’e göre, davada sadece, taraf olmayan kişiler tanık olarak

⁵⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.546.

⁵⁷ Üstündağ, **Usul**, s.731; tanık deliline ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: İlhan Postacıoğlu, **Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul, Baha Matbaası, 1964; Mesut Ertanhan, **Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık**, Ankara, Seçkin Kitapevi, 2005.

⁵⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.645.

⁵⁹ Üstündağ, **Usul**, s.731; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.415; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.645.

gösterilebilirler. Bu hükme göre, davada taraf olan hiç kimse, kendi davasında tanık olarak dinlenemeyecektir. Bir başka deyişle, taraf olan kişi tanık olamayacaktır. Ancak pek tabiidir ki, davada, tarafın dava konusu olan maddi vakıalara ilişkin bilgilerine başvurulması gerekebilecektir ki bu durumda tarafın isticvabı yoluna başvurularak tanığın bilgisine müracaat edilebilecektir⁶⁰.

b. Delil Tespiti Yolu ile Tanık İfadesinin Alınması

İleride açılacak bir davada tanık olarak ifadesine başvurulmak istenen bir kişinin ölümcül hasta olması, uzun bir yolculuğa çıkması veya tanıklığına başvurulacak olan vakıaya ilişkin olarak zaman geçtikçe bildiğini söylemeyeceği gibi sebeplerle, delil tespiti yoluyla tanık ifadelerinin alınması yoluna başvurulabilecektir.

Delil tespiti yoluyla tanık ifadesinin alınması gereken hallerde ise, HMK m.404 hükmünün, tanık deliline ilişkin hükümlere yaptığı atıf sebebiyle, HMK m. 240-265 hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

HMK m. 240/II’de düzenlenmiş olan tanık gösteren tarafın, tanık dinletmek istediği vakıayı ve dinlenilmesi istenen tanıkların ad ve soyadları ile tebliğe elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunması zorunluluğu delil tespiti talepleri bakımından da geçerli olacaktır. Delil tespiti talebinde gösterilmemiş olan kimseler tanık olarak dinlenemeyeceklerdir.

Alman hukukunda ZPO §§373-401’de düzenlenen tanık delili, sadece gerçek kişiler için düzenlenmiş bir hukuki müessesedir ve bu delile başvurmak isteyen taraf, tanıklarının kimliğini ve tanık dinletmek istediği vakıayı mahkemeye bildirecektir.

Alman yargılama hukukunda, davanın tarafı olan kimsenin, tanık olarak dinlenemeyeceği esası kabul edilmiştir ve davaya müdahil olan fer’i müdahiller için de bu kural geçerli olacak ve onlar da tanık olarak dinlenemeyeceklerdir. Bununla

⁶⁰ Üstündağ, **Usul**, s.732; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.645. Aslen isticvap ve tanıklık birbirini kapayan ve kapsayan iki ispat şekli olarak değerlendirilmektedir.

birlikte, tanık olarak dinlenen kişi daha sonradan davanın tarafı haline gelmişse ya da davanın ayrılan tarafı daha sonra tanık olarak dinlenmişse, bu ifadeler geçerli olacak ve delil olarak değerlendirilebileceklerdir⁶¹.

Tanık delili, ZPO'ya göre, hakimın re'sen başvurabileceği bir delil türü değildir. Tanık ifadesine başvurulabilmesi için, tarafın, tanık deliline başvurmak istediğini ve ifadelerine başvurulacak tanıkların isimlerini bildirmesi gerekmektedir⁶².

İleride açılacak bir davada kullanılmak üzere vakıaların güvence altına alınabilmesi için kullanılan araçlardan biri, tanık ifadesine başvurulmasıdır. Delil tespitinin görünüş biçimlerinden biri olan tanık ifadelerine başvurulması, delil tespitinin en yaygın uygulama alanı olan inşaat hukuku bakımından çok başvurulabilen bir delil türü olmamakla birlikte⁶³, diğer hukuki ihtilaflara ilişkin olarak, tanık ifadelerine başvurulması ve bu ifadelerin güvence altına alınması oldukça büyük önem kazanmaktadır. İyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığı olan bir tanığın ifadesinin alınması, belirli bir hastalığı olmasa bile yaşı ilerlemiş bir tanığın ifadesinin alınması, tanıklığına başvurulmak istenen kişinin taşınması gibi durumlarda, delil tespiti kurumuna başvurulabileceği kabul edilmektedir⁶⁴. Tanık ifadesine başvurulmak istenen kişinin ilerlemiş yaşının, tek başına, delil tespitine başvurmak için yeterli sayılabileceği ve kişide yaşla beraber sağlık durumunda da bir kötüleşme olması gerektiği kabul edilmekteyse de, aksine kararlar da mevcuttur⁶⁵.

⁶¹ Schilken, **Zivilprozessrecht**, s.248; Davanın tarafının, davada tanık olarak dinlenemeyecek olması kuralının, Alman yargılama hukuku bakımından belirsiz bir ifade olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Jauernig/Hess, **a.g.e.**, s.215.

⁶² Schilken, **Zivilprozessrecht**, s.250; Grunsky, **a.g.e.**, s.180; Jauernig/Hess, **a.g.e.**, s.215; Adolphsen, **a.g.e.**, s.224.

⁶³ Fink, **a.g.e.**, s.56.

⁶⁴ OLG Hamm, **NJW-RR 1989**, s.1461; OLG Frankfurt am M., MDR 1997, 481.

⁶⁵ OLG Nürnberg, **MDR 1997**, 594. Tanıklığına başvurulmak istenen kişinin 84 yaşında olması sebebiyle, sağlık durumuna ilişkin tehlikeli bir durumun mevcudiyetine ilişkin bulgulara gereksinim olmaksızın, delil tespiti talebi kabul edilmiştir.

3. Bilirkişi

a. Tanım

Bilirkişi, bir davada çözümü hâkim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde oyuna veya görüşüne başvurulmuş ve üçüncü kişi konumunda bulunan gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmaktadır⁶⁶. Doktrinde bilirkişiye ilişkin olarak yapılan bir diğer tanım da, tecrübe prensipleri hakkında hakimde eksik olan bilgiyi veren ve bu tecrübe prensiplerine dayanarak sabit olan bir olaydan sonuçlar çıkaran veya kendi özel bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olayları tespit eden kişi şeklindedir⁶⁷.

Mahkemeye intikal eden ve çözülmesi gereken hukuki ihtilafın teknik ve özel bir bilgi gerektirdiği hallerde, hakim bu konuda uzman bir kişiye başvurması ve onun görüşünü alması gerekmektedir. Aksi takdirde hakim önüne gelen hukuki ihtilafı doğru bir şekilde değerlendirmesi mümkün olamayacaktır. İşte bu gibi durumlarda adil yargılama yapılabilmesi ve maddi gerçeğe ulaşılabilmesinin sağlanabilmesine aracılık etmesi bakımından bilirkişilik kurumu kabul edilmiştir⁶⁸.

HMK m.226'ya göre, mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir.

⁶⁶ Süha Tanrıver, **Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, s.5; konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Mücahit Tanverdi, **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991; Yahya Deryal, **Türk Hukuku'nda Bilirkişilik, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları ile Bilimsel Görüşler Işığında: Hukuk Usulü, Ceza Usulü ve İdari Yargılama Usulü Açısından Karşılaştırmalı**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012; Barış Toraman, **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012; Gökhan Çayan, **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2013.

⁶⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.656.

⁶⁸ Üstündağ, **Usul**, s.740; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.423 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.358 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.656; Karslı, **Muhakeme**, s.630-631.

Önemle belirtmek gerekir ki, çözümü teknik ve özel bilgi gerektiren hususlarda bilirkişiye başvurulduğu takdirde, bilirkişiye düşen görev, uyuşmazlığın hukuki değil, ancak maddi boyutu ile ilgili olduğudur. Diğer bir deyişle bilirkişi vakıalara ilişkin olarak görüş bildirecektir. Bilirkişi vakıalara ilişkin olarak görüşünü aslen üç şekilde mahkemeye aktarabilecektir. Bunlardan birincisi, mahkemenin ihtiyaç duyduğu teknik ve özel bilgiyi mahkemeye iletmesidir. İkincisi bu teknik ve özel bilgileri vakıalara uygulamak suretiyle varmış olduğu sonuçları mahkemeye iletmesidir. Bilirkişi görüşünü, üçüncü ve son olarak ise, özel veya teknik bilgilerden hareket ederek vakıaların tespiti biçiminde mahkemeye iletecektir⁶⁹.

Her ne kadar vakıaları tespit etmek ve özel veya teknik bilgileri bir sonuca ulaşmak amacıyla maddi vakıalara atlamak, esas itibariyle hakimın yetki alanına girmekte ise de, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda bu faaliyet bilirkişilere bırakılmıştır ve bu sebeple bilirkişiler, hakim yardımcısı konumunda, hakimın yetki alanına giren faaliyetin önemli bir bölümünü üstlenerek hukuki ihtilafın çözümüne ilişkin olarak hakimın alacağı kararda belirleyici ve etkin rol oynarlar⁷⁰.

b. Bilirkişi İncelemesinin Delil Tespitine Konu Olması

HMK m.400'e göre, taraflardan her biri delil tespiti yolu ile bilirkişi incelemesi yaptırılmasını talep edebilecektir. Taraflardan birinin, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş, yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırılmasını talep ettiği hallerde, HMK'nın bilirkişi kurumunu düzenleyen 266 ile 287. maddelerine göre, bilirkişi incelemesi yapılacaktır.

⁶⁹ Süha Tanrıver, Resmî Bilirkişilik Kavramı, Bu Bağlamda Tıp Fakültesi Öğretim Üyelerinin Hukukî Durumu ve Bilirkişilikle İlgili Bazı Temel Düzenlemeler, **Ankara Üniversitesi Bülteni**, 2013, Sayı 160, s.26-27, s.26 (Kısaltma: Resmi Bilirkişilik).

⁷⁰ Tanrıver, **Resmî Bilirkişilik**, s.26; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.657; Ceza Muhakemesinde bilirkişilerin bir ispat aracı veya delil değil, delil değerlendirme aracı olarak görüldüğüne ve bu anlayışa göre delilin, bilirkişinin değerlendirdiği somut vakıa ve bulgular olduğu ve buna bağlı olarak da bilirkişinin işlevinin delili, hakim bakımından anlaşılır hale getirmek olduğuna ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz: Yener Ünver/Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, 2013, s.360 vd. .

Delil tespiti konusunu maddi vakıalar oluşturmaktadır ve maddi vakıanın bilirkişi incelemesi yapılması yoluyla tespit edileceği hallerde, tespiti yapılacak hususun tespiti özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi gerekir. Diğer bir deyişle, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülebilecek vakıaların tespiti için bilirkişiye başvurulamayacak ancak özel ve teknik bilgi gerektiren hallerin bilirkişi raporu ile tespiti istenebilecektir ki zaten hukuki sebebin veya hukuki ilişkinin ya da hukuki sorunun tespiti için delil tespiti yoluna başvurulamayacaktır⁷¹.

Delil tespiti yolu ile ulaşılan bilirkişi raporları, takdiri nitelikte delillerdir. Hakim, hukuki uyumsuzluğun aslına ilişkin davada, bilirkişinin hazırladığı rapor ile bağlı olmayacaktır ve HMK m.282 hükmü uyarınca, bilirkişinin oy ve görüşünü, diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirecektir.

Bilirkişiye ilişkin düzenlemeler, Alman Medeni Usul Kanunu'nun §§402-414. maddelerinde yer almaktadır. Bu delile ilişkin düzenlemeler, tanık deliline ilişkin hükümlerin aksine hüküm bulunmadıkça düzenlenmedikçe, bilirkişiler için de uygulanacağı hükmüyle başlamaktadır⁷².

Bilirkişiler, hakim, belirli bir konuda uzmanlığı sebebiyle başvurduğu hakim yardımcılardır⁷³ ve sözlü veya yazılı biçimde hakimle uzmanlıklarını paylaşırlar.

⁷¹ Hakim, hukuki meselelerde bilirkişiye başvurabilmesinin gerekli olabileceği düşünülebilirse de bu tartışmalar, delil tespiti yolu ile bilirkişi delilinin güvence altına alınması bakımından birincil derecede önem arz etmemektedir. Lakin, delil tespiti kurumuna ancak ve ancak maddi vakıaların tespitine ilişkin olarak başvurulabilmektedir ve hukuki ihtilafın tespitine ilişkin olarak bu kuruma başvurulamamaktadır. Bu sebepten, HMK m.266'da 'Bilirkişiye Başvurulması Gereken Haller' başlığı altında düzenlendiği üzere, mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verecektir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda ise bilirkişiye başvurulamayacaktır. Zaten bu hallerde, delil tespitine başvurulması da söz konusu olmayacaktır.

⁷² ZPO §402 'Anwendbarkeit der Vorschriften für Zeugen'.

⁷³ Schilken, **Zivilprozessrecht**, s.252; Rosenberg/Gottwald/Schwab, **a.g.e.**, §121 I, Kn. 1; Jauernig/Hess, **a.g.e.**, s.220.

Delil tespiti sırasında en çok başvurulacak delillerden biri, bilirkişi incelemesi yaptırılmasıdır. Özellikle inşaat hukuku alanında başvurulacak bu delil, yapıdaki zararın ve eksikliklerin tespitinde kullanılabildiği gibi kira veya satım sözleşmesi gibi sözleşmelerde de malın durumunun tespiti veya ayıbın tespiti gibi durumların belirlenmesinde de kullanılabilmektedir⁷⁴.

ZPO §485/II'de, bilirkişinin incelemesinin yazılı olması gerektiği ifade edilmişse de, inceleme sözlü olarak da mahkemede sunulabilecektir. Ancak, doktrinde bilirkişi incelemesinin yazılı olarak yapılması önerilmektedir⁷⁵.

Bilirkişi incelemesi yolu ile delil tespitinin yapılacağı hallerde, istenen tespit sadece maddi vakıalara ilişkin olması gerekmektedir ve bilirkişi, tespit ettiği duruma ilişkin hukuki sonuçları içeren bir rapor yazmakla yükümlü olmayacaktır. Onun işi, vakıayı tespit etmek ve vakıayı tespit edildiği gün itibarıyla güvence altına almakla sınırlı olacaktır⁷⁶.

1.4.1991 tarihinde yürürlüğe giren Yargı Sisteminin Basitleştirilmesine İlişkin Kanun ile ZPO §487 hükmünde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikten önce, delil tespiti talebinde bulunan taraf, talep dilekçesinde, bilirkişiyi göstermekle yükümlüydü. Ancak, yapılan değişiklikten sonra, bilirkişi mahkeme tarafından atanmaktadır⁷⁷. Mahkemenin atanacak bilirkişiyi re'sen belirlemesi esasına ilişkin olarak kabul edilen bu düzenleme ile delil tespiti kurumunun objektifliği artırılmış ve tarafların bu tespit sonucuna olan güveninin artması sağlanmaya çalışılmıştır⁷⁸.

⁷⁴ Sturmberg, **a.g.e.**, s.8.

⁷⁵ Sturmberg, **a.g.e.**, s.8; Fink, **a.g.e.**,57.

⁷⁶ LG Gera, **BauR 1996**, s.144.

⁷⁷ Stein/Jonas, **Band 5**, §487, Kn.2; Friedrich Quack, Neuerungen für den Bauprozess, vor allem beim Beweisverfahren, zur Bedeutung der Änderungen der ZPO durch das Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz, **BauR 1991**, Heft 3, s.278-284, s.282.

⁷⁸ Klaus Müller, Das selbständige Beweisverfahren, **Zivilprozess und Praxis (Festschrift für Egon Schneider zur Vollendung des 70. Lebensjahres)**, Berlin, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 1997, s.405-420, s. 411.

4. Keşif

a. Genel Olarak Keşif

Keşif, mahkemenin, kişilerin veya şeylerin durumları ve özellikleri hakkında duyu organları vasıtasıyla doğrudan doğruya bilgi sahibi olması şeklinde tanımlanır. Keşif yapılması sayesinde hakim, hukuki ihtilafa konu olan şeyi bizzat, beş duyu organıyla inceleyerek bilgi sahibi olabildiği için, edindiği bilgi ve kanaate göre daha isabetle karar verebilmektedir⁷⁹.

Hakim, HMK m.288 uyarınca, uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organları yardımıyla bulunduğu yerde veya mahkemede inceleme yaparak bilgi sahibi olmak amacıyla keşif yapılmasına karar verebilir. HMK m.288, keşfe konu olabilecek şeylere ilişkin olarak taşınır ya da taşınmaz olma bakımından bir ayırım yapmamış ve uyuşmazlık konusu hakkında keşif yapılabileceğini düzenlemiştir⁸⁰.

Keşif, davaya bakan mahkeme tarafından yapılacaktır. Keşif yapılmasının özel veya teknik bir bilgiyi gerektirdiği hallerde hakim, keşif sırasında yanında bilirkişi bulundurarak ve onun görüşüne başvurabilecektir. Bu husus, HMK m.288’de, hakim gerektirdiği hallerde bilirkişiye başvurabileceği şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca HMK’nın ‘Keşfin Yapılması’ başlıklı 290. maddesinde, mahkemenin keşif sırasında tanık ve bilirkişi dinleyebileceği yahut bir olayın nasıl geçmiş olabileceğini tespit için temsili uygulama yaptırabileceği düzenlenmiştir.

⁷⁹ Üstündağ, **Usul**, s.761; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.436; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.370; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.669-670; Karşı, **Muhakeme**, s.653.

⁸⁰ 1086 sayılı HUMK’un keşfi düzenleyen 363. maddesinde gerek re’sen ve gerek iki taraftan birinin talebi üzerine davanın her halinde münazaalı mahallin keşfine karar verilebileceği düzenlenmişti. Doktrinde, bu maddenin lafzından hareketle, keşfin, sadece taşınmazlar bakımından söz konusu olabileceği çoğunlukla kabul edilmekteydi ve taşınmaz mallar dışındaki şeyler için hakim inceleme yapması HUMK m.367 hükmü çerçevesinde özel hüküm sebebi olarak değerlendirilmekteydi, bkz: Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı**, İstanbul, Alfa Basın Yayın, 1995, s.510 (Kısaltma: Kuru, El Kitabı); Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.371. Aksi görüş için bkz: Üstündağ, **Usul**, s.761. Yazar, keşif objesinin taşınabilir olması halinde, bu objenin mahkemeye getirilerek keşfe konu edilebileceğini, taşınabilir olmayan objelerin keşfinin ise, mahalline gidilerek yapılması gerektiğini belirtmiştir.

Kural olarak, davaya bakan mahkeme tarafından icra edilecek olsa da, keşfin konusunun, mahkemenin yargı çevresinin dışında olduğu hallerde, incelemenin istinabe suretiyle yapılacağı HMK m. 289’da düzenlenmiştir. Ancak, mahkemece yapılacak bir işlem olan keşfin, sadece bilirkişi tarafından yapılması mümkün olmayacaktır⁸¹.

HMK m.292 hükmü ile 1086 sayılı HUMK’da bulunmayan bir hususa ilişkin düzenleme yapılmıştır. ‘Soybağının Tespiti için İnceleme’ başlığını taşıyan bu maddeye göre, uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde ise, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verebilecektir. Maddede ayrıca, üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak bu yükümlülüğünden kurtulamayacağı da öngörülmüştür⁸².

b. Keşif Yapılmasının Delil Tespitine Konu Olması

HMK m.400’e göre, taraflardan her biri, bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılmasını talep edebilecektir. Maddi vakıanın tespitinin keşif yolu ile yapılacağı durumlarda HMK’nın 288 ile 292. maddeleri arasında düzenlenen keşfe ilişkin hükümler uygulanacaktır.

HMK m.291’de keşfe katlanma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar ve üçüncü kişiler keşif kararının gereğine uymak ve engelleyici tutum ve

⁸¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 437; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 671

⁸² Soybağı ile ilgili davaların kamu düzeninden olması sebebiyle, hakim, maddi hadiseyi kendiliğinden araştırarak ve serbestçe değerlendirecektir. Soybağına ilişkin işlerin önemi sebebiyle, böyle bir zorunluluk öngörülmüştür ve üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek bu yükümlülüğünden kaçınmalarına imkan tanımamıştır. Uyuşmazlığın çözümü bakımından, davanın tarafları yanında üçüncü kişiler de zorunluluk halinde, bilimsel verilere uygun olmak, sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak koşuluyla, vücutlarından kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadırlar (TBMM 23. Dönem 3.Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 393, Hükümet Gerekçesi m.296).

davranışlardan kaçınmak zorundadırlar. Keşif yapılmasına taraflardan birinin karşı koyması hâlinde, o kimse ispat yükü kendisine düşen taraf ise bu delilden vazgeçmiş, diğer taraf ise iddia edilen vakıyı kabul etmiş sayılacaktır. Ancak, hâkim, somut olayın niteliklerine ve keşfe karşı konulmasına ilişkin sebeplere göre bu hükmü uygulamayabilecektir.

Keşif, üçüncü kişi için uygun olan bir zamanda yapılacak ve keşif zamanı ve yeri üçüncü kişiye bildirilecek olmakla birlikte, HMK m.291/III'e göre, gecikmesinde zarar umulan hâllerde bildirim yapılmaksızın keşfin icra edilebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm aslen, delil tespitinin acele hallerde, karşı tarafa (aleyhine delil tespitine başvurulanan tarafa) tebliğ edilmeksizin yapılabileceğine ilişkin HMK m.403 hükmü ile de uyumludur.

HMK m.291'de ayrıca, keşfe karşı koyma hâlinde hâkimin, üçüncü kişiyi karşı koymanın sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm edebileceği ve gerektiğinde zor kullanılmasına karar verebileceği de düzenlenmiştir. Fakat, üçüncü kişi tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak keşfe katlanma yükümlülüğünden kaçınabilecektir.

Alman hukukunda ZPO §371-372a maddeleri arasında düzenlenen keşif, delil elde etme amacı ile kişilerin veya eşyaların durumunun dolaysız olarak, mahkeme tarafından tespit edilmesi olarak tanımlanmaktadır⁸³. Keşif, beş duyu organı kullanılarak yapılabilecektir. Keşfin konusunu kişiler ve mallar oluşturur. Bu kişiler veya mallar her zaman hukuki ihtilafın tarafları olmak durumunda değildirler, davanın tarafı olmayan üçüncü kişiler ve davanın taraflarına ait olmayan mallar da keşfe konu olabilecektir⁸⁴.

⁸³ Peter Arens/Wolfgang Lücke, **Zivilprozessrecht**, 10. neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2011, s.287; Grunsky, **a.g.e.**, 179.

⁸⁴ Doktrinde, keşif için kullanılan 'Augenschein' teriminin, keşfin beş duyu organı kullanılarak icra edilebilecek olmasından dolayı, dar bir ifade olduğu belirtilmiştir, bkz: Jaurnig/Hess, **a.g.e.**, 213.

Alman Medeni Usul Kanunu §371’de, kişiler ve mallar ile birlikte elektronik belgelerin de keşif delilinin konusu olabileceği düzenlenmiş ve bu halde, elektronik belgede yer alan içeriğin saptanması ve tutanağa aktarılması şeklinde keşif işleminin icra edileceği belirtilmiştir. ZPO §371a’da elektronik imza ile düzenlenmiş belgelerin ispat gücü de hüküm altına alınmıştır.

ZPO §372’de ise hukuki ihtilafın çözümü için taraflardan birinin ya da üçüncü bir kişinin soybağının tespitinin gerekli olduğu durumlarda, kişilerin, kural olarak, bu tespiti katlanmakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Hakim gerekli gördüğü hallerde, bu incelemenin zor kullanılarak yapılmasına izin verebilecektir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeyi Anayasa’ya uygun bulmuştur⁸⁵.

Delil tespiti işlemine keşif delilinin konu olacağı hallerde, ilgili keşif, ZPO’nun keşfi düzenleyen hükümlerine göre yapılacaktır. Delil tespiti sırasında başvurulabilecek delillerden bir olarak düzenlenen keşif delili, dava konusu şeyin hakkında bilgi edinilmesini sağlamakla beraber, aslen uygulamada oldukça az başvurulmuş bir delil tespiti konusudur. İnşaat hukukundan doğan hukuki uyuşmazlıklarda, keşif ile, yapının durumunun ve eksikliklerinin hakim tarafından tespit edilebilecek olması mümkün olmakla beraber, bu eksikliklerin tespitinin özel ve teknik bir bilgiyi gerektirmiyor olması halinde ancak, hakim yapının mevcut durumunu tespit edebilecektir. Ancak uygulamada, yapının durumunun tespitinin

⁸⁵ BVerfG, Urteil vom 13.2.2007-1 BvR 421-05. Alman Anayasa Mahkemesi, ZPO §372 hükmünü, Anayasa’nın Art.2, Abs.2’de kişinin, yaşam ve vücut bütünlüğünün bulunduğu ve bu temel hak ve özgürlüğün ancak yasallık prensibi çerçevesinde ihlal edilebileceğine ilişkin düzenlemesine uygun bulmuş ve bu sebeple, soybağının tespiti için, kişiden gerektiğinde zor kullanılarak kan alınabilmesine ilişkin düzenlemeyi, Alman Anayasa’sına aykırı bulmamıştır. Ancak, bu kan alımının bilimsel verilere uygun olması ve sağlık yönünden bir tehlike oluşturmuyor olması gerekmektedir (NJW 2007, H.11, s.721-800). Alman hukukunda, çocuğun soybağının tespiti için delil tespiti kurumuna başvurulabileceğine ilişkin Winfried Schuschke, Selbständige Beweisverfahren in Kindschaftssachen, **Zivilprozess und Praxis, Festschrift für Egon Schneider zur Vollendung des 70. Lebensjahr**, Berlin, Verlag für die Rechts-und Anwaltspraxis, 1997, s.179-192; Gizli babalık testlerinin soybağının reddi davalarına etkilerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Evren Kılıçoğlu, Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda “Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi”nin Tanınması-Yargılama Hukuku Perspektifinden Bir Bakış-, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.16, S. 3-4, 2010, s.279-307.

çoğunlukla hakimın uzmanlık alanı dışında teknik bilgiye başvurulmasını gerektirdiğinden, keşif tercih edilmemektedir⁸⁶.

5. Kanunda Düzenlenmemiş Deliller⁸⁷

a. Genel Olarak

HMK m.192’de ‘Kanun’da Düzenlenmemiş Deliller’ başlığı altında, Kanun’un belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmediği hallerde, Kanun’da düzenlenmemiş olan diğer delillerle de ispat faaliyetinin yerine getirilebileceği düzenlenmiştir.

HMK’nun 192. maddesi, HUMK m.367’de düzenlenen “hususî esbabı hüküm” düzenlemesinin karşılığıdır. Kanunda düzenlenmemiş diğer takdiri deliller, 1086 sayılı HUMK m.367’de ‘Özel Hüküm Sebepleri’ olarak düzenlenmekteydi ve doktrinde hâkimin taşınmaz dışındaki şeyleri duyuları vasıtasıyla doğrudan doğruya muayene etmesi, yoklaması, tatması, koklaması ve dinlemesi suretiyle elde edebileceği bilgiler şeklinde tanımlanmaktaydı⁸⁸.

Bu tanımdan hareketle, 1086 sayılı HUMK döneminde, özel hüküm sebeplerinin aslen, taşınmaz mallar dışındaki şeyler hakkında yapılacak olan keşif olduğu sonucuna varılabilecektir. Lakin HUMK’a göre, sadece taşınmaz mallar keşfe konu olabilmekteydi⁸⁹.

⁸⁶ Sturmberg, **a.g.e.**, s.8; Andreas Fink, **Das selbständige Beweisverfahren in Bausachen**, Bonn, Deutscher Anwaltverlag, 2005, s.56; Ulrich, Teil 1, s.32.

⁸⁷ HMK’den önce bu husus, HUMK m.372’de özel hüküm sebepleri olarak düzenlenmişti.

⁸⁸ Ansay, **a.g.e.**, s.308; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.552-553; Kuru, **Cilt III**, s.2871; Kuru, **El Kitabı**, s.515; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.463; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.372; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.489; Haluk Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009, s.37; Mehmet, Akif Tutumlu, **Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007, s.712.

⁸⁹ Doktrinde, özel hüküm sebepleri, geniş anlamda keşfe konu olan durumlar olarak nitelendirilmiştir. Dar anlamda keşif, sadece taşınmaz mallara ilişkin olabildiğinden, özel hüküm sebeplerine ilişkin düzenleme ile mahkemenin, taşınmazlar dışındaki mallara ilişkin beş duyu organıyla doğrudan doğruya bilgi sahibi olabilmesi sağlanmaktaydı. Bu sebeptir ki, keşfe uygulanacak hükümlerin,

6100 sayılı HMK'nın kabul edilmesiyle birlikte, takdiri delillerden olan keşif deliline, HMK m.288 hükmüne göre sadece taşınmaz mallar için değil ve fakat taşınır mallar için de başvurulabilecektir. Bu sebeple, HUMK döneminde yapılan dar anlamda keşif ve geniş anlamda keşif ayırımlarının HMK uygulamasında terk edileceği kanaatindeyiz.

Ayrıca, HUMK döneminde özel hüküm sebebi olarak değerlendirilen bir takım başka takdiri delillerin (örneğin, ses ve görüntü kayıtları, faks metinleri gibi), HMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, yazılı olma şartı ortadan kalkarak belge olma niteliği kabul edildiği için diğer şartların varlığı ile birlikte delil başlangıcı olarak değerlendirileceğini de unutmamak gerekir. Fakat her halükarda, belge niteliği taşımayan ve Kanun'da düzenlenmemiş olan bir takım deliller, HMK m.192 anlamında delil teşkil edecek ve maddi gerçeğe ulaşılması amacıyla yapılan yargılamada hakimde kanaat yaratma aracı olarak görev üstleneceklerdir.

b. Kanun'da Düzenlenmemiş Delillerin Delil Tespitine Konu Olabilmesi

HMK m.192 hükmüyle, aslen, Kanun'da düzenlenmemiş delillerin çerçevesi çizilmiştir ve delillerin teker teker sayılması yoluyla sınırlandırılmasını engelleyici bir nitelik taşımaktadır. Kanun'da sayma yoluyla düzenlenmiş kesin ve takdiri delillerle birlikte, delil olarak düzenlenmemiş unsurlarında delil olarak yargılama sistemine dahil edilebilmesi amaçlanmaktadır. Senetle ispat kuralının geçerli olmadığı davalarda, akli, mantıki ve hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmak koşuluyla davayı aydınlatabilecek ve davanın dayanağı olan vakıaları

kıyasen özel hüküm sebepleri içinde uygulanacağı doktrinde kabul edilmekteydi, bkz: Üstündağ, **Usul**, s.761; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.461; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.485; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 370. Yargıtay'ın da benzer görüşteki kararları için bkz: HGK, 8.11.1995 tarih ve 4-732/950 sayılı Kararı'nda, HUMK'da "Hususi Esbabı Hüküm" başlığı altında bir başka delile de yer verildiği ve 367. madde ile özel hüküm sebepleri olarak nitelendirilenlerin, taşınmaz mallar dışındaki şeyler üzerindeki keşfi de kapsayacağını belirterek; dar anlamdaki taşınmaz mal keşfine ilişkin hükümlerin, niteliğine aykırı düşmedikçe özel hüküm sebepleri için de geçerli olacağı sonucuna varmıştır (YKD., 1996/4, s. 665-666). Aynı yöndeki bir başka karar için bkz: 3. HD. 2.6.1998, 3300/6097 (YKD., 1998/10, s.1459-1460).

ispatlayabilecek her türlü unsurun delil olarak değerlendirilebileceği düzenlenmiştir⁹⁰.

Buna göre, taraflardan her biri, ileride açılacak davada ileri sürülmek üzere Kanun'da sayma yolu ile düzenlenmemiş ancak iddia edilen vakıanın ispatına elverişli delillerinin, delil tespiti yolu ile güvence altına alınmasını talep edebilecektir.

D. Delil Tespitine Konu Olabilecek Diğer İşlemler

1. Kapsam

HMK m.400'de yer alan düzenleme, Kanun'da yer alan deliller dışında 'gibi işlemlerin' de yapılmasına imkan vermektedir. Doktrinde, delil tespiti işlemine, 'gibi işlemler' ifadesi sebebiyle, keşif, bilirkişi ve tanık delillerinin yanında diğer delillerin de konu olabileceği belirtilmekteyse de, delil niteliği tartışmalı olmakla beraber, diğer bir takım kurumların delil tespitine konu olup olamayacağına ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır.

HMK m.400'e paralel bir düzenleme 1086 sayılı HUMK'un 368. maddesinde yer almaktaydı. Bu maddeye göre ise, iki taraftan her biri, derdesti rüyet bulunan davada henüz tahkik ve tetkikine sıra gelmemiş bulunan veya ilerde ikame edeceği davada dermeyan edilecek olan hususun şahit, keşif, ehlihibre veya diğer deliller ile tespitini talep edebilecekti.

Her iki madde düzenlemesinde de keşif, bilirkişi ve tanık delilleri sayma yoluyla hükme konu olmuş ve HUMK'da 'diğer deliller' ifadesi yer almaktayken, 6100 sayılı HMK'da kanun koyucu 'gibi işlemler' ifadesini tercih etmiştir.

HMK'ya göre, delil tespiti işlemine başvurularak tarafın iddiasına kaynaklık

⁹⁰ TBMM 23. Dönem 3. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 393, Hükümet Gerekçesi m.196.

edecek vakıaların tespit edilmesi yoluna gidildiği takdirde, delil niteliğini haiz olmayan bir takım diğer kurumların da, bu işleme konu olabileceği sonucuna varılabileceği kanaatindeyiz.

Bu sebeple, isticvap, uzman görüşü, tarafların dinlenmesi ve delil başlangıcı kurumlarının delil tespitine konu olup olamayacaklarının incelenmesi gerekmektedir.

2. İsticvap

Doktrinde⁹¹ ve uygulamada⁹² delil niteliğini haiz olup olmadığı tartışmalı olan isticvap çoğunlukla ikrar elde etmek amacıyla, tarafların kendi aleyhlerine olan hususlarda mahkemece sorguya çekilmesi olarak tanımlanabilecektir⁹³.

HMK m.169/II'ye göre, isticvap, davanın temelini oluşturan vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar hakkında olur. İsticvabın hukuki niteliğinin ne olduğu hususu aslen, isticvabın konusuna nelerin gireceğine ilişkin bir etki yaratmayacaktır ve isticvabın konusunu vakıalar oluşturacaktır.

⁹¹ İsticvabın delil olmadığına ilişkin bkz: Ansay, **a.g.e.**, s.249-250; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.565; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.484; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.348; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.505. Aksi görüşte, Üstündağ, **Usul**, s.759; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.372-373; Erdal Tercan, **Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001(Kısaltma: Tercan, İsticvap), s.134-135; Tutumlu, **Deliller**, s.688; Karşı, **Muhakeme**, s.656. Alman Medeni Usul Kanunu'nda isticvap, delil olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, isticvaba başvurulabilmesi için ispat yükü kendisine düşen tarafın iddiasını diğer delillerle ispatlayamaması veya başka delil getirememesi şartı aranmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Schilken, **Zivilprozessrecht**, s.261 vd.; Hermann Lange, **Parteianhörung und Parteivernehmung**, **NJW** 2002, s.476-490; Annett Kwaschik, **Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004; Rüdiger Zuck, **Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des zivilprozessualen Beweisverfahrens-Parteivernehmung**, **NJW** 2010, H.52, s.3764-3790.

⁹² İsticvabın delil olduğuna ilişkin bkz: 1.HD, 02.04.1987, 1347/2838 (**YKD**, 1988/4, s.467) ve isticvabın delil olmadığına ilişkin bkz: 13. HD, 16.04.1992, 2467/3619; 3. HD, 19.02.2001, 1153/1539 (**YKD**, 2001/8, s.1167); İsticvap kurumuna ilişkin ayrıntılı bilgi ve Türk yargılama hukukunda delil olarak düzenlenmesi gerektiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Mert Namlı, **Türk ve Fransız Hukukunda İsticvap ve Tarafların Dinlenmesi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

⁹³ Üstündağ, **Usul**, s.757; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.347; Tercan, **İsticvap**, s.47; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.504; Karşı, **Muhakeme**, s.655-656.

Davanın temelini maddi vakıaların oluşturduğu göz önüne alındığında ve HMK m.400/I düzenlemesinde de başvurulabilecek delillere ilişkin sınırlı sayıda bir düzenleme yapılmamış ve HUMK m.368'deki 'diğer deliller' ifadesi terkedilerek 'gibi işlemler' ifadesine yer verilmiş olması sebebiyle, kanaatimizce delil tespiti kurumuna başvurulduğu hallerde, delil tespiti talep eden taraf, tarafın isticvabı yoluna başvurulabilecektir. Lakin delil niteliği tartışmalı bile olsa, davanın aydınlatılmasına katkısı bulunan bir usuli işlem olduğu muhakkaktır⁹⁴.

Ayrıca, isticvap, belirli bir vakıanın ispatına, yani gerçekten var olup olmadığına ilişkin bir faaliyettir ve isticvaba başvurulurken , vakıanın belirsizliği veya tutarlılığı hakkında bir sorun mevcut değildir. Burada, üzerinde herhangi bir çelişki veya belirsizlik bulunmayan vakıanın gerçekten vuku bulup bulmadığı ortaya çıkarılmaya çalışılmaktadır ki bu amacın da delil tespitinin amacıyla örtüştüğü sonucuna varılabilecektir. Lakin, gerçekten vuku bulup bulmadığına ilişkin yapılacak tespit, delil tespit yolu ile güvence altına alınmaktadır.

3. Uzman Görüşü

HMK'nın ispat ve delillere ilişkin kısmın son maddesi "uzman görüşü" başlıklı yeni bir hükme yer vermektedir⁹⁵. Buna göre, taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabileceklerdir. Bilimsel mütalaa alabilmek için ayrıca süre talebinde bulunamayacaklardır. Hâkim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilecektir ve uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmadan

⁹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s.504.

⁹⁵ Uzman görüşüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Hakan Pekcanitez, Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, **Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s.397-419 . Benzer bir düzenleme, 6271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.67/6'da da yer almaktadır. Düzenlemeye göre, Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanuni temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler.

gelmemesi halinde, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmayacaktır.

Uzman görüşüne başvurulması bilirkişilikten farklıdır. Bilirkişiye başvurulmasına, gerekli hallerde, hakim, re'sen veya tarafların talebi üzerine karar verebilecektir. Ancak uzman görüşüne, taraflar, başvurabileceklerdir ve uzman görüşüne başvurabilmek, taraflara, bilirkişi dışında uzmanından bilimsel nitelikli görüş alma ve iddia ve savunmalarını bu görüşlerle destekleme imkanı sağlamaktadır⁹⁶. Doktrinde, özel uzman görüşünün, resmi bilirkişi raporu gibi delil olmayıp, tarafın mahkemeye sunduğu yazılı belgeye bağlı beyanı, açıklaması olduğu belirtilmiştir⁹⁷.

Hukuki ihtilafa ilişkin olarak teknik bilgi ve görüşüne başvurulmak istenen uzmanın, ağır hasta olması veya uzun süreli yurtdışına çıkacak olması gibi bazı durumlarda, uzman görüşünün delil tespiti yolu ile alınıp alınamayacağı önem arz etmektedir.

Kanaatimizce, uzman görüşünün delil tespitine konu olabilmesi mümkün olamayacaktır. Lakin taraflardan her biri , davadan önce veya derdest dava sırasında, hukuki ihtilafa ilişkin olarak uzman görüşüne başvurabileceklerdir. Taraflar, uzman görüşüne iddia ve savunmalarını güçlendirmek için başvurumaktadırlar oysa delil tespiti yolu ile maddi vakıa tespiti yapılmaktadır. Uzman görüşüne başvuracak olan taraf, bu konudaki masrafı kendisi karşılayacaktır ve bilimsel nitelikli görüşüne başvurulmuş uzmanın, çoğunlukla, ücretini ödeyen taraf lehine görüş bildirmesi olasıdır. Delil tespiti kurumuna başvurularak, vakıaların tespit edilmesi halinde ise, yapılacak olan tespit, her zaman delil tespiti talep eden kişi lehine olmayabilecektir.

4. Tarafın Dinlenmesi

⁹⁶ TBMM 23. Dönem 3.Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 393, Hükümet Gerekçesi m.297.

⁹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.674; Karşlı, **Muhakeme**, s.652-653. Aksi görüşte, Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.364. Uzman görüşünün niteliğine ilişkin ileri sürülen görüşlere dair ayrıntılı bilgi için bkz: Taylan Özgür Kiraz, **6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'u ile Getirilen Yenilikler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.73 vd. .

‘Tarafların Dinlenilmesi’ başlıklı HMK m.144’e göre, tahkikat aşamasında mahkeme, her iki tarafı usulüne uygun olarak davet edip, tarafları, davada ileri sürülen vakıalar hakkında dinleyebilecektir.

Tarafların dinlenilmesinde hakim, iddia veya sebepler hakkındaki belirsizliği veya çelişkiyi ortadan kaldırmak için tarafların bilgisine başvurmaktadır. Taraflardan birinin ileri sürdüğü iddianın dayandığı vakıalar belirsiz ya da çelişkili olabilir ve bu durumda hakim, bu vakıanın açıklanması için, vakıanın tam olarak anlaşılabilmesi için, tarafların dinlenilmesi kurumuna başvurabilecektir.

Tarafın dinlenmesi, hakimın aydınlatma ödevini yerine getirmesinin bir aracı olarak düzenlenmiştir⁹⁸. Tarafların dinlenmesinin en önemli işlevi, dâvada açık olmayan veya çelişkili bulunan hususların taraflara açıklattırılmasıdır. Tarafın dinlenmesinde amaç, vakıaların ispat edilmesi değil, çelişkinin giderilmesi, boşluğun doldurulması ve açık olmayan hususun açıklanmasıdır⁹⁹.

Kanaatimizce, tarafın dinlenmesi, delil tespiti işlemine konu olamayacaktır ancak, hakim, delil tespiti talebinin incelenmesi sırasında, açık olmayan veya çelişkili olan bir takım hususların açıklattırılması için, hakimın aydınlatma ödevi çerçevesinde, kendiliğinden, HMK m.144 hükmüne göre, tarafların dinlenmesi kurumuna başvurabilecektir.

5. Delil Başlangıcı

HMK m.202’ye göre, senetle ispat zorunluluğu bulunan hâllerde delil

⁹⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.286-287; Eberhard Schilken, Medeni Yargılamada Hakimın Rolü, **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2006, s. 38-58, s.54.

⁹⁹ Üstündağ, **Usul**, s.249; Alangoya, **Vakıaların Toplanması**, s.141 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.504-505; Karşlı, **Muhakeme**, s.655-656.

başlangıcı bulunursa tanık dinlenebilecektir. Delil başlangıcı¹⁰⁰, iddia 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 belgedir¹⁰¹.

Senetle ispat zorunluluğunun söz konusu olduğu hukuki işlemlerin ispatında, delil başlangıcının mevcut olması halinde, tanık dinlenebilecek olması, senetle ispat zorunluluğu kuralının istisnalarından birini teşkil etmektedir.

Delil başlangıcının mevcudiyeti halinde hakim, tanık ifadelerini ve yazılı delil başlangıcını birlikte değerlendirerek bir kanaate ulaşmaya çalışacaktır¹⁰².

Bir belgenin delil başlangıcı olarak değerlendirilebilmesi için, öncelikle HMK m.199 hükmüne göre belge vasfını haiz olması gerekmektedir¹⁰³. Bir belgenin

¹⁰⁰ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Haluk Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009 (Kısaltma: Konuralp, Delil Başlangıcı).

¹⁰¹ 6100 sayılı HMK'nın delil başlangıcını düzenleyen 202. maddesi, 1086 sayılı HUMK'un yazılı delil başlangıcını düzenleyen 292. maddesi ile benzerlik göstermektedir. 6100 sayılı HMK, delil başlangıcı olarak değerlendirilebilme şartını, yazılı olma kriterine değil, belge olarak nitelendirilebilme kriteri ile değiştirmiş olmakla beraber, her iki düzenlemelerde senetle ispat zorunluluğunun mevcut olduğu hallerde, delil başlangıcının bulunması halinde, tanık dinlenebileceği hususunu düzenlemişlerdir.

¹⁰² Yeni düzenleme ile, 1086 sayılı HUMK döneminde mevcut olan tanık dinlenilmesinden başka bir takdiri delile başvurulup başvurulamayacağına ilişkin tartışmalara bir açıklık getirmemiştir. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve kararlar için bkz: Konuralp, **Delil Başlangıcı**, s.145 vd.; Delil başlangıcının varlığı halinde, hakimin, hem delil başlangıcını hem de dinlenen tanık delilini veya diğer takdiri delilleri serbestçe değerlendirerek, karar vereceğine ilişkin olarak bkz: Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.633-634; Yılmaz, **Şerh**, s.1098; Delil başlangıcının bulunduğu hallerde, sadece tanık dinlenebileceğine ilişkin bkz: Ansay, **a.g.e.**, s.295-296; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.613; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.397.

¹⁰³ Delil başlangıcının maddi unsuru olarak nitelendirilebilecek olan bu unsur, 1086 sayılı HUMK döneminde yazılı olma şeklinde ortaya çıkarken, 6100 sayılı HMK döneminde belge olma şeklinde tezahür etmektedir. HMK m.199'a göre, uyumsuzluk 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 bunlara benzer bilgi taşıyıcıları belge sayılacaktır. 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun 3. maddesinde, belge, kurum ve kuruluşların sahip oldukları, bu Kanun kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plân, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcıları olarak ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, belgenin tanımı ve sınıflandırılmasına ilişkin her iki düzenleme de benzerlikler ve paralellikler içermektedir. Kanun koyucu, ilgili maddenin gerekçesinde, nelerin belge olacağı konusunda sınırlayıcı bir tanım yapmak yerine, yazılı veya basılı olmak şartıyla nelerin belge olarak nitelendirilebileceğini saymak yoluna gidildiğini ve bu sayede gelişen teknolojik yeniliklere de uyum sağlanabilmesinin amaçlandığını belirtmiştir. Her belge,

delil başlangıcı olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olan ikinci unsur, bu belgenin kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş olmasıdır¹⁰⁴. Delil başlangıcının üçüncü ve son unsuru ise, belgenin, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel göstermesidir¹⁰⁵.

İlgili şartları taşıması halinde, belgelerin delil başlangıcı olarak değerlendirilmesi söz konusudur. Bu durumda, delil tespitine konu olma bakımından, belgelerin delil tespitine konu olup olamayacağının tespiti yerinde olacaktır. Bu hususa ilişkin olarak ise, daha önce senetlerin tespit edilmesine ilişkin olarak değinilen hususların belgelerin delil tespiti işlemine konu olmasının söz konusu olduğu hallerde de gündeme gelebileceği kanaatindeyiz¹⁰⁶.

yargılama hukuku anlamında belge olarak nitelendirilemeyecek, sadece uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli bilgi taşıyıcıları, bu niteliği haiz olacaktır.

¹⁰⁴ Delil başlangıcının karşı taraftan sadır olma unsuru olarak nitelendirilecek bu unsurun varlığı için belgenin mutlaka karşı tarafa yöneltilmiş bir irade açıklaması taşıması gerek olmayacaktır. Gönderilmiş olan bir belge ile verilmiş olan belgenin aynı değerde olması, teknik araçlarla gönderilen belgelerin de delil başlangıcı olarak değerlendirilebilmesine olanak sağlamaktadır. Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.396; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.634.

¹⁰⁵ Delil başlangıcının, hukuki işlemin varlığı konusunda gerçeğe yakın, iddia edilen olay hakkında kısmi bir doğrulama oluşturur, akla yatkın ve hayatın normal deneyimlerine uygun bir ihtimal olgusunu oluşturması gerekmektedir. Delil başlangıcının gerçeğe yakınlık (ispat) unsuru olarak nitelendirilebilecek bu unsuru, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T.02.02.2000, 14-55/48 kararına konu olmuştur. Karara konu olan olayda, aslen kesin delil ile ispat edilmesi gereken inançlı işlemin kanıtlanması için delil başlangıcına başvurulmuştur. HGK, sunulan belgelerde, delil başlangıcının oluşması için aranan maddi unsur ve kimden kaynaklandığına ilişkin şartların belgeyle mevcut olduğu tespit ederek, üçüncü koşul olan ispat unsurunun varlığını araştırmıştır. İspat unsurunu ise, 'inandırıcılık' unsuru olarak nitelendirmiştir. Yargıtay'a göre, delil başlangıcından söz edebilmek için, söz konusu belgenin bir işlemin varlığı konusunda kısmi bir doğrulamayı içermesi gerekmektedir (**Ankara Barosu Dergisi**, 2000, Yıl: 57, Sayı 2, s.248-251).

¹⁰⁶ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: İkinci Bölüm, II, B, 2, a.

Üçüncü Bölüm - Delil Tespitinin Şartları ve Usulü

I. Genel Bilgi

HMK m.400'e göre, 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 edilebilecektir.

Delil tespiti kurumu, ister dava açılmadan önce başvurulsun, isterse dava açıldıktan sonra tahkikat aşamasına geçilmeden önce başvurulsun, kaybolması veya ileri sürülmesinde güçlük çıkabilmesi ihtimali bulunan delillerin güvence altına alınarak, ispat güçlerinin korunabilmesi için düzenlenmiştir. Ancak kurumun bu amaca hizmet edebilmesi için, yapılacak delil tespiti talebinin belirli şartları taşıması gerekmekte ve bu kuruma başvururken yerine getirilmesi gereken belli usul şartları bulunmaktadır.

Alman Medeni Usul Kanunu §485'de delil tespitine başvurulması ilişkin olarak ana esaslar belirlenmiş ve de gerekli hukuki şartlar hükme bağlanmıştır. ZPO §485/I'e göre, taraflardan biri, görülmekte olan bir davada, veya daha sonra açılacak bir davada kullanılmak üzere, karşı tarafın rıza göstermesi veya delilin kaybolması ya da kullanımının zorlaşması tehlikesinin mevcut olduğu hallerde keşif, tanık ifadelerinin alınması veya bilirkişi incelemesi yaptırılmasını yoluyla delil tespitine başvurulmasını talep edebilecektir. ZPO §485/II'ye göre ise, davanın esasına ilişkin yargılamaya başlanmadan önce, hukuki menfaatin mevcut olduğu hallerde, bir kişinin veya bir eşyanın değerinin tespit edilmesi, kişisel zarar, maddi zarar veya hasarın belirlenmesi ve kişisel zarar, maddi zarar veya hasarın engellenmesi için masrafin tespiti amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırılması yoluyla delil tespiti kurumuna başvurulması mümkündür. Yapılacak olan delil tespiti ile esasa ilişkin

davanın açılmasının engellenebileceği hallerde ise hukuki menfaatin bulunduğu kabul edilmektedir.

Alman Medeni Usul Kanunu ile, tarafların hangi hallerde delil tespitine başvurabileceği ve hangi vakıaları tespit ettirebileceği belirlenmiştir. Buna göre, taraflar, karşı tarafın rıza göstermesi (kabul etmesi) halinde, delillerin kaybolması veya kullanımının zorlaşması şüphesinin olduğu hallerde, bir kişinin durumu yahut bir eşyanın durumu veya değerinin tespit edilmesi, kişisel zarar, maddi zarar veya hasarın belirlenmesi ve kişisel zarar, maddi zarar veya hasarın engellenmesi için masrafin tespitinin gerekli olduğu hallerde delil tespiti kurumuna başvurulabilecektir.

II. Delil Tespitinin Şartları

A. Genel Olarak

Delil tespitine başvurabilmek için oluşması gerekli bir takım şartlar bulunmaktadır. Bu şartlar, doktrinde farklı yazarlar tarafından, çeşitli şekillerde gruplandırılmıştır. Hepsinde bulunan ortak şartlar ise, delil tespitinde hukuki yararın bulunması gerektiği ve inceleme sırası gelmemiş olan delillerin tespitinin istenebileceğidir¹. Bunlardan başka doktrinde, ortada çekişmeli bir vakıa bulunması², delil tespitinin vakıalar hakkında istenebilecek olması³, delil tespiti talebinde bulunanın açılmış veya ileride açılacak olan davada taraf konumunda bulunması ve tespiti istenen delillerin açılmış veya ileride açılacak olan davaya ilişkin bulunması⁴ hususları da delil tespitinin şartları arasında sayılmıştır.

Kanaatimizce, delil tespitine, inceleme sırası gelmemiş deliller hakkında ve delillerin, delil tespiti yoluyla önceden tespitinde hukuki yarar bulunan hallerde başvurulabilecektir.

¹ Erkuyumcu, **a.g.m.**, s.127; Kurt, **a.g.m.**, s.90-91; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.569.

² Yavaş, **Delil Tespiti**, s.80; Akil, **Delil Tespiti**, s.17.

³ Yavaş, **Delil Tespiti**, s.79.

⁴ Yavaş, **Delil Tespiti**, s.73 vd.; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.53-54.

Doktrinde, delil tespiti başvurulabilmesi için mevcut olması gerektiği ileri sürülen delil tespitinin vakıalar hakkında istenebilecek olması şartı, delil tespitinin konusunu ve delil tespiti talebinde bulunanın açılmış veya ileride açılacak olan davada taraf konumunda bulunması şartı ise, kimlerin delil tespitinde bulunabileceği hususu ile ilgili olup, delil tespitine başvuru şartları olarak değerlendirilemeyeceklerdir⁵.

Tespiti istenen delilin, asıl davada ileri sürülebilir olup olmadığı hususunun da, delil tespiti kurumuna başvuru için gereken şartlardan biri olarak değerlendirilmemesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz lâkin delil tespiti kurumu ile amaçlanan husus, kaybolması veya ileri sürülmesinde güçlük çıkabilecek olması hallerinde vakıaların tespiti ile delilin ispat gücünün tahkikat aşamasına korunmasıdır. Delil tespitine konu olan delilin, asıl davada ileri sürülebilmesi için tespit edilmesi, kayıt altına alınması ve değişmesinin engellenmesi, hâkimin asıl davada bu delili ne şekilde değerlendireceğiyle ilgili bir tespit taşımayacaktır. Delil tespitine konu olmuş delil, tahkikat aşaması geldiğinde, diğer delillerden farklı olarak değerlendirilmeyecektir.

Alman yargılama hukukunda, delil tespiti yapılması ile ulaşılmak istenen amaçlardan birisinin, davanın esasına ilişkin yargılamanın engellenmesi olduğu göz önüne alındığında, delil tespitinin ileride açılacak olan davaya ilişkin olarak yapılması gerekmediği sonucuna ulaşılabilmektedir⁶. Alman yargılama hukukunda delil tespiti iki farklı amaç ile gerçekleştirilebilmektedir. Bunlardan ilki ZPO §485/I ile düzenlenen ve hukukumuzdaki HMK m.400 ile paralellik arz eden hüküm düzenlenmiş olan delillerin güvence altına alınması amacı ile delil tespitine başvurulmasıdır. Bu düzenlemeye göre, delil tespitinin amacı, asıl davada kullanılacak olan delillerin güvence altına alınmasıdır. Bu hükme göre yapılacak olan delil tespiti, asıl yargılamaya yardımcı bir usul işlemi niteliğindedir ve delil

⁵ Delil tespitinin konusuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: İkinci Bölüm, II ve delil tespitine kimlerin başvurabileceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Üçüncü Bölüm, III, A.

⁶ Werner/Pastor, **a.g.e.**, s.4

tespitinin tarafları bakımından bağımsız bir değerlendirme karakteri taşımamaktadır lakin delil tespiti ile sadece deliller tespit edilmekte ve ispat gücü korunmaktadır ve fakat tespiti yapılan bu delillerin değerlendirilmesine ilişkin herhangi bir sonuca varılmamaktadır⁷.

Güvence altına alınan delilleri değerlendirmek ve bu delillerin, ispat yükü taşıyan tarafın iddiasının doğruluğunu ispat eder nitelikte olup olmadığına ilişkin sonuca varmak hukuki ihtilafın aslına bakan hakimın görevidir. Diğer bir deyişle, ZPO § 485/I hükmüne göre delil tespitine başvuran taraflar, hukuki ihtilafa konu olan çekişmeli vakıya ilişkin bir tespit yaptırmış olmakla birlikte, asıl yargılama sonunda, yapılmış olan bu vakıa tespitinin ispat faaliyetini yerine getirmek için yeterli olup olmadığı ortaya çıkacaktır⁸. Bu hükme göre yapılacak delil tespiti için keşif, tanık ifadelerinin alınması veya bilirkişi incelemesi yaptırılması yollarına başvurulabilecektir.

Söz konusu düzenlemede hukukumuzda olmayan bir başka imkan ise, karşı tarafın delil tespitine rıza göstermesi halinde delil tespitine başvurulabilecek olmasıdır. ZPO § 485/I'de düzenlendiği üzere, taraflardan biri, görülmekte olan bir davada veya daha sonra açılacak bir davada kullanılmak üzere, karşı tarafın rıza göstermesi (kabul etmesi) halinde keşif, tanık ifadelerinin alınması veya bilirkişi incelemesi yaptırılması yoluyla delil tespitine başvurulmasını talep edebilecektir.

Tasarruf ilkesi, kişilerin, medeni yargılama hukukundan kaynaklanan yargılamaya ilişkin hakları üzerinde serbestçe karar verme hak ve yetkisine sahip olduklarını ifade etmektedir ve Alman Medeni Usul Kanunu da bu ilkeye uygun olarak tarafların anlaşmaya vardıkları hallerde delil tespiti yapılabileceğini düzenlemiştir. Karşı tarafın rıza göstermesi halinde delil tespitine başvurulabilecek olması, sözleşme serbestisi ilkesinin medeni usul hukukuna ilişkin tamamlayıcısı

⁷ Müller, **a.g.m.**, s. 411.

⁸ Müller, **a.g.m.**, s.409 vd. .

sayılabilecek tasarruf ilkesinin, medeni yargılama hukukundaki görünüşlerinden biri olarak değerlendirilebilecektir⁹.

Önemle belirtmek gerekir ki, delil tespitine rıza göstermiş taraf, göstermiş olduğu bu rıza ile bağlı olacaktır ve bir usul işlemi olarak tarafın bu işleme rıza göstermesi kural olarak geri alınabilir nitelikte olmayacaktır¹⁰.

Uygulamada oldukça az rastlanan bir hal olan, karşı tarafın rıza göstermesi halinde delil tespiti yapılarak delilin güvence altına alınabilmesi için, mahkemenin, karşı tarafın rıza göstermiş olduğuna ikna olması gerekmektedir, bu sebeple bu hususun yazılı olarak mahkemeye sunulması ya da mahkeme huzurunda tutanağa geçirilerek kayıt altına alınması veya delil tespiti talep eden tarafın, karşı tarafın rızası oluşunun olayların genel akışına aykırı nitelikte olmadığını (ilk görünüş ispatı) ortaya koyması gereklidir¹¹.

Tarafın rıza gösterdiği hallerde delil tespiti, hukuki ihtilafa ilişkin asıl dava açılmadan önce yapılabileceği gibi asıl dava açıldıktan sonra, delillerin incelenmesine geçilmeden önce yapılabilecektir.

Tarafın yapılacak olan delil tespitine rıza göstermiş olduğu hallerde, hakim in hukuki menfaatin varlığı ya da yokluğuna ilişkin bir inceleme yapması ve delilin kaybolması tehlikesinin mevcut olduğunu ya da kullanımının zorlaşacağı sonucuna varması geremez¹².

Delil tespitine konu olacak olan vakıanın çekişmeli olması gerekliliğini ise, zaten ispatın konusunu çekişmeli olan vakıaların oluşturmasının doğal bir sonucu olduğu ile açıklamak mümkün olabilecektir. Bu husus, HMK m.187’de, ispatın

⁹ Sturmberg, **a.g.e.**, s.9.

¹⁰ Ulrich, **1. Teil**, s.28.

¹¹ Ulrich, **1. Teil**, s.28; Sturmberg, **a.g.e.**, s.9.

¹² Müller, **a.g.m.**, s.409.

konusunu tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturduğu ve bu vakıaların ispatı için delil gösterileceği şeklinde ifade edilmiştir¹³.

Delil tespitine, çekişmeli vakıaların varlığı halinde başvurulabilecektir ancak bu halde de, aşağıda çerçevesi çizilmeye çalışılan inceleme sırası gelmemiş delillerin tespitinin istenebileceği ve istenen delil tespitinde hukuki yararın bulunması şartlarının yerine gelmesi gereklidir.

B. İnceleme Sırası Gelmemiş Delillerin Tespiti

Hâkimde kanaat uyandırma aracı olarak işlev görev deliller, yargılamanın belirli bir kesitinde incelenmektedirler. Bu kesit, HMK m.143 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan tahkikat aşamasıdır. Bu aşamada, tarafların dilekçelerinde ileri sürdükleri vakıaların doğruluğu, hayat olaylarının ve bu hayat olaylarına dayanan iddia ve savunmalarının doğru olup olmadığı araştırılacaktır¹⁴. HMK m.143, tahkikatın konusunu, tarafların davada ileri sürdükleri bütün iddia ve savunmaların birlikte incelenmesi olarak düzenlemiştir.

Dilekçelerin teatisi ve ön inceleme aşamalarından sonra gelen tahkikat aşamasında, deliller toplanması değil sadece incelenmesi söz konusudur. HMK m.146'ya göre, mahkeme, taraflarca gösterilmiş olan delillerin incelenmesinden sonra, davanın muhakeme ve hüküm için yeterli derecede aydınlandığını anlarsa, tahkikatın bittiğini taraflara bildirecektir.

HMK m.400'e göre, hukuki ihtilafa ilişkin asıl dava açılmadan önce ve hukuki ihtilafa ilişkin açılmış asıl dava sırasında olmak üzere, iki durumda delil tespitine başvurulabilecektir. Asıl dava açılmadan önce, delil tespitine başvurulmuş olması hallerinde, tahkikat aşamasına gelmiş olması söz konusu olamayacağından,

¹³ 1086 sayılı HUMK'da ispatın konusuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktaydı.

¹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.491; Karşlı, **Muhakeme**, s.529.

her halükarda, inceleme sırası gelmemiş deliller için delil tespitine başvurulacaktır. Ancak, asıl davanın içinde, delil tespiti kurumuna başvurularak, bir vakıanın tespiti istendiğinde, bu dava sırasında delillerin incelenmesi aşaması olan tahkikat aşamasından önce, delil tespiti talep edilmelidir. Lâkin delil tespiti ancak inceleme sırası gelmemiş deliller için istenebilecektir¹⁵.

Delil tespiti kurumunun amacının, delillerin incelenmesi anına kadar, mevcut ispat güçlerinin korunması olduğu göz önüne alındığında, bu kuruma başvurabilmek için aranan şartlardan birinin, ancak daha önce inceleme sırası gelmemiş delillerin tespitinin istenebilmesi, bu amacın doğal bir uzantısı olarak şekillenmektedir. Hukuki ihtilafa ilişkin asıl davanın açılmamış olduğu hallerde delil tespitine başvurulması halinde, bu şart, kendiliğinden gerçekleşmiş olacaktır lâkin açılmamış bir davada delillerin incelenmesi aşamasına gelinmesi zaten mümkün olmayacaktır.

Görülmekte olan bir davada, inceleme sırası gelmiş deliller için delil tespiti kurumuna başvurulamayacaktır. Bu halde, delilin tespiti değil, delilin incelenmesi söz konusu olacaktır¹⁶.

C. Delil Tespitinde Hukuki Yarar Bulunması¹⁷

1. Varlığı Aranan Hukuki Yarar

¹⁵ Doğanay, **a.g.m.**, s.889; Erkuyumcu, **a.g.m.**, s.127; Kuru, **Cilt IV**, s.4431; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.569; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.377; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.899; Karşı, **Muhakeme**, s.766.

¹⁶ Doğanay, **a.g.m.**, s.892; Kuru, **Cilt IV**, s.4431; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.569; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.899.

¹⁷ Doktrinde ve uygulamada, hukuki yarar kavramı çeşitli şekillerde ifade edilmektedir. Menfaat, hukuki menfaat, hukuki himaye menfaati, hukuki himaye ihtiyacı, hukuksal yarar, hukuki çıkar ve hukuki yarar, kullanılan terimlerden bazılarıdır. Bunların birlikte, bu ifadeler arasında aslında çok büyük farklılıkların olmadığı ve bu hususu ifade etmek için ‘menfaat’ kavramının kullanılmasının daha uygun ve daha kapsayıcı olacağı ifade edilmiştir. ‘Hukuki menfaat’ teriminin ise, menfaatin taşınması gereken niteliklerin tamamının değil, sadece hukuki olması niteliğini bünyesinde barındırdığı ve davada varlığı aranan menfaat ile hakkın unsuru olan menfaatin karıştırılması tehlikesini taşıdığı için tercih edilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Bu konuya ilişkin daha detaylı bilgi için bkz: Hanağası, **a.g.e.**, s.4 vd.. Ancak, çalışmamızda, HMK’da yer alan düzenleme ile paralellik oluşturulabilmesi için kanun koyucunun tercih ettiği ‘hukuki yarar’ kavramı tercih edilmiştir.

HMK m.400/II'ye göre, delil tespiti istenebilmesi için hukuki yararın varlığı gereklidir. Hükme göre, Kanun'da açıkça öngörülen haller dışında¹⁸ delilin hemen tespit edilmemesi halinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dahilinde bulunuyorsa hukuki yarar mevcut sayılacaktır¹⁹.

Hukuki yarar kavramı doktrinde usuli bir kavram olarak nitelendirilmiş ve davacının talep ettiği şeye bağlanan, hukuki ve meşru, doğrudan ve kişisel, doğmuş ve güncel olması durumunda bu talebi kabule şayan kılan ve yokluğu halinde davacının dava yetkisinin olmadığı değer olarak tanımlanmıştır²⁰.

Mahkemeye yapılacak bir fiili başvuru ile kullanılacak dava yetkisi²¹, aslen, hasmın kabul etmediği hukuki durumu etkileyen olumlu veya olumsuz bir vakıanın tanınmasını, ihlal edilmiş olan hukuk düzeninin korunmasını hakimden istemek iradesini bünyesinde barındırır ve mahkeme organlarına hitaben yapılmış bir karar verilmesi arzusunun ortaya konulması olarak kendisini gösterir²². Mahkeme organlarına hitaben yapılmış bu karar verilmesi arzusunun ortaya konulması çeşitli hususları içeren talepler şeklinde mahkemeye sunulabilir, örneğin dava dilekçesinin mahkemeye sunulması, davaların birleştirilmesi ya da ayrılması talepleri veya delil tespiti talebi gibi²³. Hukuki yarar, her türlü usuli talebin, usul hukuku açısından, kabule şayan olup olmadığının takdiri için gerekli hususlardan biridir. Ayrıca, hukuki yararın varlığı, her usuli işlemin mahkeme tarafından kabul edilebilmesi için gerekli olan şartlardan biridir²⁴.

¹⁸ Delil Tespitinde hukuki yarar bulunmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Üçüncü Bölüm, II, C

¹⁹ HUMK m.369'da ise, 'şimdiden zabıt ve tespit olunmazsa ileride zayı olacağı veya ikamesinde çok müşkülât çıkacağı melhuz deliller', demek suretiyle, hukuki menfaat şartı olarak nitelendirilebilecek bir düzenlenme getirilmişti. Buna göre, şimdiden tespit edilmezse, ileride kaybolacağı veya gösterilmesinde zorluk çıkacağı ihtimali olan delillerin saptanmasında hukuki menfaat var sayılacaktı.

²⁰ Hanağası, **a.g.e.**, s.345.

²¹ Belgesay, **a.g.e.**, s.6 ve 64.

²² Belgesay, **a.g.e.**, s.64.

²³ Karşı, **Usuli İşlemler**, s.158.

²⁴ Ansay, **a.g.e.**, s.202; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.252; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.359; Karşı, **Muhakeme**, s.463; Hanağası, **a.g.e.**, s.59-60.

Dava açılarak talep edilen hukuki koruma, aslen mevcut bir hukuki yararı bünyesinde barındırmaktadır. Hukuki yarar kavramı, doktrinde, sübjektif unsurlar içermesi sebebiyle eleştirilmiş ve hukuki himaye ihtiyacı kavramının tercih edilmesi gerektiği belirtilmiştir²⁵.

Dava şartlarının düzenlendiği HMK m.114/I,b.h’da, davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması gerekliliğini, davanın açıldığı tarihte bulunması gereken bir dava şartı olarak düzenlenmiştir²⁶. Bununla birlikte, bazı davalar bakımından hukuki yararın varlığı esastır ve davacı kural olarak, hukuki yararın varlığını bildirmek ve bu hususu ispat etmekle yükümlü değildir. Örneğin eda davaları ve inşai davalarda hukuki yararın bulunduğu kabul edilmektedir²⁷. Bazı hallerde ise, davacı hukuki yararı olduğunu bildirmek ve bunu ispat etmekle yükümlüdür ve mahkeme ise hukuki yararın varlığını incelemekle yükümlüdür. Bu tür davalara, tespit davaları örnek olarak gösterilebilir. Bu davalarda mahkeme, hukuki yararın bulunduğunu varsaymaz ve davacı, bu davayı açmaktaki menfaatini ispat etmekle yükümlüdür²⁸.

Türk yargılama hukukunda, hukuki yarar kavramı, sadece dava şartı olarak değil, aynı zamanda, mahkemeye yöneltilen her türlü talep için kabule şayanlık şartı

²⁵ Nevhis Deren-Yıldırım, Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış, **İÜHF**, Cilt XXIX, 1995, Sayı 3, s.224-239, s.225; Hukuki yarar kavramına ilişkin çeşitli tanımlar için bkz: 21. HD. 13.3.2013 ve 3201/4629.

²⁶ Doktrinde, davanın açıldığı tarihte hukuki yararın var olması gerektiği belirtilmektedir. Aksi takdirde, mahkeme, önüne gelen davayı dava şartı eksikliği sebebiyle usulden reddetmelidir. Hukuki yarar eksikliğinin dava sırasında tamamlanamayacağı belirtilerek, mahkemenin de hukuki yarar eksikliğinin tamamlanmasını beklemesinin mümkün olmayacağının altı çizilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.249; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.360.

²⁷ Ansay, **a.g.e.**, s.224; Önen, **İnşai Dava**, s.55; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.308; Kuru, **Cilt II**, s.1368; Üstündağ, **Usul**, s.336; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, 250; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 218; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.365-366; Karşlı, **Muhakeme**, s.378; 4. HD. T.23.6.2005, E.2004/12157, K.2005/6978 Kararı’nda, eda davalarında kural olarak hukuki yararın varlığının asıl olduğunun ve bu yönde bir ispat yükümlülüğünün bulunmadığı belirtilerek, tespit davalarında ise, hukuki ilişkinin varlığının ‘hemen’ tespit edilmesinde davacının korunmaya değer bir hukuki yararının bulunması gerektiğinin altı çizilmiştir.

²⁸ Ansay, **a.g.e.**, s.230; Önen, **İnşai Dava**, s.55; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.393; Kuru/Budak, **a.g.e.**, s.87; Kuru, **Cilt II**, s.1386; Üstündağ, **Usul**, s.332; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, 251; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 220; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.367; Karşlı, **Muhakeme**, s.378.

olarak da ortaya çıkmaktadır. Mahkemeye sunulan her türlü talep için, talepte bulunanın hukuki yararının olması gerekmektedir. Doktrinde, hukuki yararın mevcut olmadığı hallerde, mahkemeye yapılan taleplerin, hukuki yararın mevcut olmaması sebebiyle reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir. Mahkeme, kendisine yöneltilen her türlü talepte, hukuki yararın varlığını incelemeli ve hukuki yararın mevcut olup olmadığına ilişkin bir sonuca vardıldıktan sonra, meselenin esasına geçmelidir²⁹.

Delil tespitinin de bir dava olmamakla beraber, bir taraf usul işlemi olduğu noktasından hareket ettiğimizde, davacının (veya davalının) mahkemeye sunduğu delil tespiti talebinin kabul edilebilmesi için, bu talepte bulunmakta bir hukuki yararın bulunması gereklidir. Nitekim herhangi bir talepte bulunabilmek için, bu talep ile elde edilebilecek bir hukuki yararın bulunması gerektiği, Türk yargılama hukukunda temel bir ilke olarak benimsenmiştir³⁰.

Hukuki yararın varlığı, mahkemeye yöneltilen her bir talep bakımından aranacağından, hukuki yarar, talebi çerçevesinde talepte bulunanın elde etmeyi umduğu fayda, avantaj ve kazanç olarak tanımlanabilecektir. Taleple elde edilebilecek herhangi bir faydanın, avantajın veya kazancın olmadığı hallerde ise, bu talepte bulunulmasında herhangi bir hukuki yararın olmadığının kabulü gereklidir³¹. Mahkemeye yöneltilen talep, hiçbir yarara ki bu yararın, hukuki ve meşru, kişisel ve doğrudan, doğmuş ve güncel bir yarar olması gerekmektedir, yönelmiyorsa, hakim, talebin esasına ilişkin bir inceleme yapmaksızın, talebi, hukuki yarar yokluğu sebebiyle reddedecektir³².

Usuli bir işlem olarak mahkemeye yöneltilen delil tespiti talebinin de kabul edilebilmesi için hukuki yararın bulunması gerekmektedir. Delil tespiti bakımından, mevcudiyeti gereken hukuki yararın ne olması gerektiği HMK m.400/II'de, delil

²⁹ Belgesay, **a.g.e.**, s.34; Ansay, s.202; Kuru, **Cilt II**, s.1387; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.252; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.359; Hanağası, **a.g.e.**, s.21.

³⁰ Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.393; Hanağası, **a.g.e.**, s.23.

³¹ Hanağası, **a.g.e.**, s.114.

³² Hanağası, **a.g.e.**, s.26.

tespiti istenebilmesi için hukuki yararın varlığının gerektiği belirtildikten sonra, Kanun'da açıkça öngörülen hâller dışında, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimalinin bulunduğu hallerde, hukuki yararın var sayılacağı ifade edilmiştir. HMK, ayrıca, özel kanunlarla düzenlenen bir takım delil tespiti hallerinde, bu madde de düzenlenen hukuki yararın aranmayacağını kabul ederek, bu hallerde, hukuki yararın varlığını kabul etmiştir³³.

Görüldüğü üzere, kanun koyucu, delil tespiti talebinin kabule şayanlık şartlarından biri olarak belirlediği hukuki yararın varlığı şartının çerçevesini, yapmış olduğu düzenlemede belirtme yoluna gitmeyi tercih etmiştir³⁴. Buna göre, talebi çerçevesinde talepte bulunanın elde etmeyi umduğu fayda, delilin kaybolmasının engellenmesi veya ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşmamasıdır. Bu sebeple, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimalinin bulunduğu hallerde, hukuki ihtilafın taraflarından her birinin delil tespiti talebinde bulunmakta hukuki yararının olduğu kabul edilmiştir.

HMK'da, tespit edilememesi halinde, ileride yok olacağı veya ileri sürülmesinin güçleşeceği delillerin delil tespiti yoluyla önceden tespit edilebileceği hükme bağlanmıştır ve delillerin tahkikat aşamasına gelmeden önce tespit edilmesinde ancak söz konusu bu delillerin yok olacağı veya ileri sürülmesinin zorlaşacağı ihtimali bulunması halinde, yapılacak olan delil tespitinde hukuki yararın olduğu kabul edilmektedir³⁵.

Kanaatimizce, hukuki yararın niteliği bakımından, delil tespiti talebi ile tespit davası arasında bir takım benzerlikler bulunduğu söylenebilecektir³⁶.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Üçüncü Bölüm, II, C, 2.

³⁴ HMK m.114.

³⁵ Belgesay, **Şerh**, s.104.

³⁶ Bu husus ile belirtilmek istenen, delil tespiti talebinin bir dava olduğu değil, sadece bir takım hususlar bakımından tespit davası ile benzerliği olduğudur. Birbiri ile karıştırılan iki usuli kurum olan delil tespiti ve tespit davaları arasındaki benzerliğin belki de mevcudiyeti aranan hukuki yararın niteliği sebebiyle birbirleri ile olan ilişkileri irdelenmeye çalışılmaktadır. Yargılama hukukuna ait

Hem dava şartı olarak hem de mahkemeye yöneltilen her türlü talebin kabule şayanlık şartı olarak hukuki yararın, hangi niteliklere sahip olması gerektiği doktrinde belirlenmeye çalışılmıştır³⁷. Yazarın, hukuki ve meşru, doğrudan ve kişisel, doğmuş ve güncel olması gerektiği belirtilmiştir³⁸.

Hukuki yararın, hukuk düzenince kabul edilmiş, hukuk kuralları ile korunan meşru bir menfaat olması gerektiği doktrinde belirtilmiştir³⁹. Hukuki yarar, talep sahibinin (veya davacının) mevcut hukuki durumunu değiştirecek ve iyileştirecek bir hükme ihtiyaç duyması olarak tanımlanabilecektir ve bu halde, bulunması gereken hukuki yarar, talebin doğuracağı muhtemel sonuçlar çerçevesinde değerlendirilecektir⁴⁰.

Hukuki yarar, şahsi ve doğrudan doğruya olmalıdır, diğer bir deyişle, bu yarar, talepte bulunan (veya dava açan) hak sahibi ile ilgili olmalıdır⁴¹.

Hukuki yararın unsurlarından bir diğeri, bulunması gereken hukuki yararın doğmuş ve güncel bir hukuki yarar olmasıdır. Belirsiz bir hukuki yarar için herhangi bir talepte bulunulamayacağı gibi, gelecekte doğması muhtemel bir hukuki yarar için de talepte bulunulamayacaktır ve hukuki yarar, talepte bulunduğu anda mevcut olmalıdır⁴².

olmakla birlikte, bir dava olan tespit davası ile taraf usuli işlemi olan delil tespiti, aslen hukuki nitelimleri itibariyle birbirlerinden oldukça farklıdır.

³⁷ Bu kavramın sınırlarının tayin edilmesine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz: Belgesay, **a.g.e.**, s.41; Ansay, **a.g.e.**, s.224; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.195 vd.; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.406 vd.; Üstündağ, **Usul**, s.332; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.249; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.193 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.359.

³⁸ Hanağası, **a.g.e.**, s.135.

³⁹ Belgesay, **a.g.e.**, s.43; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.195 vd.; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.410; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.359.

⁴⁰ Hanağası, **a.g.e.**, s.155.

⁴¹ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.195; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.410; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.359.

⁴² Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.203; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.360; Üstündağ, **Usul**, s.284; Kuru, **Cilt II**, s.1367; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.249; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.359.

Davalının belli bir edaya mahkum edilmesi yahut mevcut bir hukuki durumun değiştirilmesi veya kaldırılması veya yeni bir hukuki durumun yaratılmasının arzu edilmediği hallerde, sağlanmak istenen hukuki korumanın ancak tespit davası açılmakla sağlanabilecek olmasının Türk yargılama hukuku doktrininde ve uygulamasında, HMK m.106 hükmü ile tespit davası düzenlenmesinden önce de tespit davalarının kabul edilmesi sonucunu doğurduğunu belirtmiştik⁴³. Bu davalar, mahkemen, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesinin talep edildiği davalardır ve bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığının tespitidir.

Delilerin tespiti ise, bir taraf usuli işlemi olup, açılmış veya ileride açılacak olan bir davada ileri sürülecek olan ve gecikmesi nedeniyle kaybolması tehlikesi bulunan delillerin tespiti için başvurulacak hukuki bir kurumdur.

Her iki kurum arasındaki ortak nokta, aslen ‘bir hususun’ tespit edilmesidir. Tespit davası ile tespit edilen, hukuki ilişkilerin varlığı veya yokluğu iken; delil tespiti ile tespit edilen husus, maddi vakıalardır. Maddi vakıalar ancak belli bir hak veya hukuki ilişki ile birlikte tespit davasına konu edilebileceklerdir.

Kanaatimizce, hem delil tespiti kurumunun hem de tespit davasının, hukuki yararın, doğmuş ve güncel olması gerekliliğinin bir istisnası olarak ortaya çıktığı söylenebilecektir⁴⁴. Her iki kurumda da, talep eden veya davacı, hukuki yararın mevcudiyetini ispat etmekle yükümlüdür⁴⁵. Tespit davası bakımından, davacının, kendisini tehdit eden tehlikenin tespit davası ile giderilebileceğini ispat ettiği hallerde, tespit davası açabilmek için gerekli olan hukuki yararın varlığı kabul edilmektedir⁴⁶. Delil tespiti bakımından ise, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Birinci Bölüm, III, C, 2.

⁴⁴ Tespit davalarının menfaatin doğmuş ve güncel olması gerektiğinin bir istisnası olarak ortaya çıktığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Hanağası, **a.g.e.**, s.133 ve s.245 vd. .

⁴⁵ Tespit davası için bkz: HMK m.106/II ve delil tespiti için bkz: HMK m.400/II.

⁴⁶ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.252 vd.; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.391; Üstündağ, **Usul**, s.324 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.258 vd.; Kuru/Budak, **a.g.e.**, s.68 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.202 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.369 vd.; Karşı, **Muhakeme**, s.378 vd.

kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimalinin bulunduğu hallerde, hukuki ihtilafın taraflarından her birinin delil tespiti talebinde bulunmakta hukuki yararının olduğu kabul edilmiştir.

Doğmuş ve güncel hukuki yarar kavramının, talepte bulunanın (veya davacının) varlığı muhtemel hakkına ulaşması ya da bir uyuşmazlığın çözümünü elde etmesi için mahkeme kararının o an için gerekli olduğu halleri ifade edecek şekilde yorumlanması ve bu hallerde doğmuş ve güncel bir hukuki yararın varlığının kabul edildiği hallerde⁴⁷, hem tespit davası açabilmek için hem de delil tespiti talebinde bulunabilmek için aranan hukuki yararın mevcudiyetinin var olduğu kabul edilebilecektir.

Benzer bir kabul, kanaatimizce, delil tespiti için yapılabilecektir. Lâkin delil tespiti talebinde bulunan ilgili, delil tespiti talebi ile, varlığı muhtemel hakkına ya da bir uyuşmazlığın çözümüne ulaşabilmek için, bir mahkeme kararına ihtiyaç duymaktadır. HMK m.400/II’de yer alan delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağının ihtimal dâhilinde bulunduğu hallerde, hukuki yararın var sayılacağına ilişkin düzenleme, mahkemeye yöneltilecek olan taleplerde bulunması gereken hukuki yararın çerçevesini delil tespiti bakımından belirleyerek, hukuki yararın varlığının incelenmesi maddede yer alan kriterlere bağlamıştır.

Alman Medeni Yargılama Kanunu’nda, hukuki yararın mevcudiyetinin dava şartlarından biri olduğuna ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bazı kurumlara ilişkin düzenlemelerde, örneğin tespit davası ve delil tespiti taleplerinde, hukuki yararın bulunması gerektiği düzenlenmiştir.

⁴⁷ Hanağası, **a.g.e.**, s.235. 6100 sayılı HMK m.114’ün gerekçesinde (TBMM 23. Dönem 3. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 393) de bu husus, hukuki yarardan maksadın davacının sübjektif hakkına hukuki koruma sağlanması hususunda mahkemeye başvurulmasında hali hazırda hukuken korunmaya değer bir yararın bulunması olduğu şeklinde ifade edilmiş ve davacının hakkına kavuşmak için, hali hazırda mahkeme kararına muhtaç bir konumda olmadığı hallerde, onun hukuki yararının bulunduğundan da söz edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir .

Tespit davaları, Alman yargılama hukukunda ZPO §256 hükmü ile düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, bir hukuki ilişkinin varlığının veya yokluğunun veya bir belgenin sahte olup olmadığının mahkeme kararı ile hemen tespit edilmesinde hukuki bir yararın var olduğu hallerde, tespit davası açılabilir. Görüldüğü üzere, Alman kanun koyucu, hukuki yararın varlığını aramakla beraber, hangi hallerde hukuki yararın var sayılacağını da düzenlemiştir⁴⁸.

Alman yargılama hukukunda da delil tespitinin yapılması için aranan şartlardan birinin hukuki yararın varlığı olduğu söylenebilecektir. Ancak delil tespitinin düzenlendiği ZPO §485’de iki farklı durumda başvurulabilecek delil tespiti düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında düzenlenen delil tespiti kurumu, HMK m.400’de düzenlenen delil tespiti kurumu ile paraleldir ve görülmekte olan bir davada, veya daha sonra açılacak bir davada kullanılmak üzere, karşı tarafın rıza göstermesi veya delilin kaybolması ya da kullanımının zorlaşması tehlikesinin mevcut olduğu hallerde keşif, tanık ifadelerinin alınması veya bilirkişi incelemesi yaptırılmasını yoluyla delil tespitine başvurulmasını talep edebileceği şeklindedir. Bu halde aranan hukuki yarar, delilin kaybolması ya da kullanımının zorlaşması tehlikesinin engellenmesidir. Bu haller, kişiye bağlı sebeplerden kaynaklanabileceği gibi (tanığın ağır bir hastalığının olması ya da yaşının yüksek olması veya bir takım hatırlama güçlükleri çekmesi ya da uzun bir yurtdışı yolculuğuna çıkmasının söz konusu olduğu haller gibi) hayatın olağan akışından da (inşaat sözleşmelerinde ortaya çıkan bir takım ihtilaflara rağmen, inşaatı devam edilmesi gerekliliği veya mevcut ayıbın giderilerek inşaatın sona erdirilmesi) kaynaklanabilir⁴⁹.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, davanın esasına ilişkin yargılamaya başlanmadan önce, hukuki menfaatin mevcut olduğu hallerde, bir kişinin veya bir eşyanın değerinin tespit edilmesi, kişisel zarar, maddi zarar veya hasarın belirlenmesi ve kişisel zarar, maddi zarar veya hasarın engellenmesi için masrafin tespiti amacıyla

⁴⁸ Schilken, **a.g.e.**, s.87 ve s.153. Yazar, madde metninde düzenlenen hukuki yararın mevcudiyetine ilişkin hususu, tespit davaları bakımından düzenlenmiş özel bir dava şartı olarak nitelemiş ve hukuki yarar eksikliğinin dava konusuna ilişkin bir dava şartı olduğunu belirtmiştir.

⁴⁹ Ulrich, **1. Teil**, s.28; OLG Köln, **MDR 1994**, s.94.

bilirkişi incelemesi yaptırılması yoluyla delil tespiti kurumuna başvurulmasının mümkün olabileceği düzenlenmiştir ve başvurulacak olan delil tespiti ile esasa ilişkin davanın açılmasının engellenebileceği hallerde ise hukuki menfaatin bulunduğu kabul edilmektedir. Görüldüğü üzere, bu fıkra ile kabul edilen delil tespitinin amacı delillerin güvence altına alınması değil, hukuki ihtilafın sona erdirilmesidir ve bu sebeple burada aranan hukuki yarar, asıl davanın açılmasının engellenebilecek olmasıdır.

Alman yargılama hukukunda, bir talebin zamanaşımına uğraması tehlikesinin olduğu hallerde de, delil tespitine başvurulmasında hukuki yararın olduğu ve tarafların ZPO §485/I hükmüne göre delil tespitine başvurabileceği kabul edilmektedir⁵⁰. Bir talebin zamanaşımına uğraması tehlikesinin aslen ZPO §485’de kabul edildiği şekliyle vakıaların tespiti olarak değerlendirilemeyecek olduğu görüşü de doktrinde savunulmaktadır⁵¹. Fakat, bu halde, delilin kendisi kullanılamayacak hale gelmemekle birlikte, ilgili olduğu talebin zamanaşımına uğraması sebebiyle artık ileri sürülemeyecek olması sebebiyle, delil de kullanılamaz hale gelecektir ki bu da delilin kullanımının zorlaşmasını veya delilin kaybolmasını olarak yorumlanabilecektir⁵². Çünkü talebin zamanaşımına uğraması halinde, artık tespiti istenen delil anlamını kaybedecektir.

Aleyhine tespit yapılacak olan tarafın, yapılacak olan delil tespitine izin vermesi ve rıza göstermesi halinde, delil tespiti yapılabilmesi için mevcut olması gereken hukuki yarar şartının, varlığının araştırılmasına gerek olmadığı doktrinde ileri sürülmektedir⁵³. Ancak HMK’nın delil tespitine ilişkin düzenlemelerinde, bu konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır.

⁵⁰ Schreiber, Beweisverfahren, s.2601; Koeble, **a.g.e.**, s.105; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **ZPO**, s.1582; Richard Zöller/Kurt Herget, **Zivilprozessordnung**, 27. neubearbeitete Auflage, Köln, Dr. Otto Schmidt Verlag, 2009, s.1293 (Kısaltma: Zöller Kommentar).

⁵¹ Fink, **a.g.e.**, s.34. Yazar, bir talebin zamanaşımına uğraması tehlikesinin, delil tespitine başvurmak için ön şart olan karşı tarafın rıza göstermesi hali veya delilin kaybolması ya da kullanımının zorlaşması tehlikesinin mevcut olması hali olarak değerlendirilemeyeceği kanaatinde. Aynı görüşte, Prütting/Gehrlein, **ZPO**, s.1221.

⁵² **Münchener Kommentar**, s.2454-2455.

⁵³ Kuru, **Cilt IV**, s.4432.

2. Varolduğu Kabul Edilen Hukuki Yarar

HMK m.400/II hükmüne göre, delil tespiti istenebilmesi için aslolan, delil tespitine başvuran tarafın, talebine ilişkin olarak mevcut hukuki yararı da ortaya koymasıdır. Ancak, maddeye göre, kanunda açıkça öngörülen bazı hallerde, hukuki yararın varlığı incelenmeksizin kabul edilecektir.

Böylelikle, kanun koyucu, kanunlarda, delil tespiti yapılacağına ilişkin özel bir düzenleme olduğu hallerde, hukuki yararın mevcut olup olmadığının araştırılmasına gerek olmaksızın, hukuki yararın mevcudiyetini kabul etmiş bulunmaktadır. Bu tür düzenlemelere örnek olarak, eser sözleşmelerinde ayıbın belirlenmesine ilişkin olarak TBK m.474/II’de yer alan hüküm gösterilebilir. Buna göre, taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilecektir. Benzer bir düzenleme de, TBK m.226’da yer almaktadır. Buna göre, taşınır mal satımına ilişkin sözleşmelerde, satılan malın sözleşmenin ifa yerinden başka bir yerden gönderilmesi halinde, Gönderilen malın ayıplı olduğunu ileri süren alıcı, satılanın durumunu gecikmeksizin usulüne göre tespit ettirmekle yükümlüdür ve bu tespiti yaptırmadığı takdirde, ileri sürdüğü ayıbın, satılan malın kendisine ulaştığı zamanda var olduğunu ispat yükü alıcıya düşecektir. Benzer hükümler TMK’nun haksız inşaata ilişkin 722 vd. maddelerinde de mevcuttur.

Hukuki yararın varlığının incelenmeksizin kabul edildiği bir diğer düzenleme ise HMK m.382’de bulunmaktadır. Buna göre, borçlar hukukundan doğan bir çekişmesiz yargı işi olarak, eser sözleşmelerinde, eserin ayıplı olup olmadığı bilirkişiye tespit ettirilebilecektir. Aslen bir çekişmesiz yargı işi olduğunu kabul ettiğimiz delil tespiti, bu hükümde çekişmesiz yargı işi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır ve niteliği itibarıyla, HMK’nın delil tespiti hükümlerinde yer almayan ancak Alman Medeni Usul Kanunu’nda §485/II’de düzenlenmiş bulunan ihtilaf çözücü delil tespitine benzetilmektedir.

3. Hukuki Yararın Asıl Davanın Açılmasının Engelleyecek Şekilde Tezahürü

ZPO §485/II'de düzenlenmiş olan, uyuşmazlığın mahkemeye taşınmadan çözümüne yönelik delil tespiti, delillerin güvence altına alınması değil, belirli durumların tespit edilmesi amaçlandığından, delilin kaybolması veya ileri sürülmesinin zorlaşması gerekmemekte ve tespiti istenen durumun, hukuki ihtilafın çözecek nitelikte bir husus olması aranmaktadır⁵⁴.

Davanın esasına ilişkin yargılamaya başlanmadan önce başvurulabilen bu tür delil tespitinde keşif ve tanık ifadelerinin alınması yoluna başvurulamayacak ve sadece yazılı bilirkişi incelemesi yoluna başvurulabilecektir⁵⁵.

ZPO §485/II'ye göre, mahkemeden, dört hususa ilişkin tespit yapılması talep edilebilecektir. Bunlar; bir kişinin durumunun tespit edilmesi, bir eşyanın durumunun veya değerinin tespit edilmesi, kişisel zarar, maddi zarar veya hasarın sebebinin belirlenmesi ve son olarak da kişisel zarar, maddi zarar veya hasarın engellenmesi için yapılması gereken masrafin tespit edilmesidir.

Davanın esasına ilişkin yargılamaya başlanmadan önce, yukarıda sayılan hususların tespiti amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırılması yoluyla delil tespiti kurumuna başvurulması mümkündür. Yapılacak olan delil tespiti ile esasa ilişkin davanın açılmasının engellenebileceği hallerde ise hukuki menfaatin bulunduğu kabul edilmektedir, dolayısıyla hukuki menfaat bulunması şartı, ZPO §485/II'ye göre delil tespitine başvurulabilmesinin ön koşulu niteliğini taşımaktadır⁵⁶.

ZPO §485/II'ye göre, mahkemeden bir kişinin durumunun veya bir eşyanın durumunun veya değerinin tespit edilmesi talep edilebilecektir. Bir kişinin veya

⁵⁴ Manfred Cuypers, Das selständige Beweisverfahren in der juristischen Praxis, **NJW** 1994, H.31, s.1985-1992, s.1986.

⁵⁵ OLG München, **BauR** 2001, s.447.

⁵⁶ Cuypers, **a.g.m.**, s.1986; Strumberg, **a.g.e.**, s.11; Doktrinde bu kurum, Anglo-amerikan hukundaki 'pretrial-discovery'e kurumuna benzetilmiştir. Gerçekten de her iki kurum da, hukuki ihtilafın, mahkeme önüne gelmeden çözülmesi amacına hizmet etmektedir, bkz: Ulrich, **Teil 1**, s.29.

eşyanın durumunun tespiti vakıa tespiti teşkil etmekte olduğundan, delil tespitine konu olmaları mümkün olacaktır. BGB §§90 vd. maddelerine göre eşya olarak nitelenebilecek her türlü şeyin tespiti bu hüküm kapsamında yer alacaktır. BGB §103a hükmüne göre, hayvanların durumuna ilişkin olarak yapılacak tespitler de bu hüküm çerçevesinde değerlendirilecektir.

Ancak, bir eşyanın değerinin tespiti hususunun hangi kriterlere göre yapılacağı önem taşımaktadır ve bazı durumlarda, bu tespitin hangi kriterlere göre yapılacağının belirlenmesi, hukuki ihtilafın aslına ilişkin yapılacak yargılama ile ortaya çıkabilecektir ve bu sebeple de delil tespiti ile bu değer belirlenmesi mümkün olamayabilecektir⁵⁷.

ZPO §485/II'ye göre, mahkemeden kişisel zarar, maddi zarar veya hasarın sebebinin belirlenmesi için, delil tespiti talebinde bulunulabilecektir. Zararın veya hasarın sebebinin belirlenmesi ile kastedilen husus, ilgili sebebin kelimesi kelimesine, kesin ve belirli bir şekilde ortaya çıkartılması ve tespit edilmesidir. Ancak, bu tespitin hangi vakıalara dayanılarak yapılacağına bir düzenleme bulunmamaktadır. Bilirkişinin, delil tespiti işlemine ilişkin olarak hazırlayacağı raporda, sadece, delil tespiti talep eden tarafın ileri sürdüğü vakıalarla mı bağlı olması gerektiği yoksa tespit sırasında başka vakıalara da dayanıp dayanamayacağı belirsizdir⁵⁸.

ZPO §485/II'ye göre, mahkemeden kişisel zarar, maddi zarar veya hasarın engellenmesi için yapılması gereken masrafın tespit edilmesi talep edilebilecektir. Tespiti istenen masraf, zaman veya para olarak belirlenebileceği gibi üçüncü kişi tarafından yerine getirilmiş bir edime ilişkin de olabilecektir. Bu masrafın tespiti

⁵⁷ Cuypers, **a.g.m.**, s.1987; Ulrich, **Teil 1**, s.29.

⁵⁸ Quack, **a.g.m.**, s.280; Cuypers, **a.g.m.**, s.1987; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **ZPO**, §485 Kn.12; Değerin hesaplanmasına ilişkin olarak kullanılacak teorile ilişkin detaylı bilgi için bkz: Thomas Rauscher/Peter Wax/Joachim Wenzel, **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetz, Band 1 §§1-510c**, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2008, §485 Kn.16 (Kısaltma: Münchener Kommentar).

bilirkişinin görevine girmekle beraber, bu masrafın gerekliliği, bilirkişi değerlendirmesinin dışında kalmaktadır⁵⁹.

Delil tespitinin, kural olarak amaca bağlı ve de geçici bir yargılama olduğunu söylemek mümkündür. Mevcut hadise, olay, çoğunlukla, bilirkişiler ve mahkeme tarafında acele bir çalışma gerektirmektedirler lakin aksi halde, özellikle ZPO 485/II'de düzenlenmiş olan delil tespiti kurumunun, hukuki ihtilafa ilişkin yargılamanın önlenmesi amacına hizmet edebilmesi mümkün olmayabilecektir.

ZPO §485/II'ye göre başvurulacak olan delil tespitine ilişkin olarak hukuki menfaatin varlığı, delil tespiti ile elde edilecek delilin, hukuki ihtilafın aslına ilişkin davada ileri sürülüp sürülemeyeceğinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir⁶⁰. Benzer şekilde, bu maddeye göre başvurulacak delil tespitlerinde aranacak olan menfaat, menfî tespit davaları için aranacak olan hukuki menfaatten de daha geniş olarak yorumlanmalıdır⁶¹.

ZPO §485/II'ye göre, tespiti istenen durumun, hukuki ihtilafın çözecek nitelikte bir husus olması halinde, hukuki menfaatin varlığı kabul edilecektir. Ancak, uygulamada, tespiti istenen durumun, taraflar arasındaki ihtilafı çözecek nitelikte olmasının, hukuki menfaatin varlığı bakımından yeterli olmayacağı sonucuna varılmıştır⁶². Doktrinde, hukuki menfaatin istisnai bir şeklinin arandığı ifade edilmektedir⁶³.

III. Delil Tespiti Usulü

⁵⁹ Klaus Schreiber, Das selbstaendige Beweisverfahren, **NJW 1991**, H. 41, s.2600-2602, s.2602 (Kısaltma: Schreiber, Beweisverfahren); Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **ZPO**, §485 Kn.13; **Münchener Kommentar**, §485 Kn.16; Cuypers, **a.g.m.**, s.1988.

⁶⁰ OLG Köln, **OLGR 1996**, s.23; OLG Hamm, **NJW-RR 1998**, s.68.

⁶¹ OLG Saarbrücken, **NJW 2000**, s.3439.

⁶² OLG Frankfurt am M., **MDR 1991**, s.989.

⁶³ Ouack, **a.g.m.**, s.281; Manfred Eaux, Rechtliches Interesse und allgemeines Rechtsschutzbedürfnis beim selbstständigen Beweisverfahren, **Festschrift für Klaus Vygen zum 60. Geburtstag: Bauen-Planen-Recht (Aktuelle Beiträge zum privaten Baurecht)**, Werner Verlag, 1999, s.386-395, s.394-395.

Delillerin incelenmesi aşaması olan tahkikat aşamasına gelinmeden önce muhafaza altına alınarak, ispat güçlerinin korunması amacıyla delil tespiti başvurulabilmesi için, tespiti istenen delilin henüz incelenmesi aşamasına gelinmemiş olması ve istenen delil tespitinde hukuki yarar bulunması gereklidir.

Bu koşulların varlığıyla birlikte, usulüne uygun olarak, delil tespiti talebinde bulunmak da gereklidir. Mahkeme usulüne uygun olarak yapılmış bir talep olmadıkça, re'sen delil tespitine karar veremeyecektir. Belirli koşulların varlığı halinde ve belli bir usule uyularak bu kuruma başvurulması, kurumdan beklenen faydanın sağlanabilmesi bakımından önem arz etmektedir.

Delil tespiti talebinin incelenebilmesi için, yapılacak olan talebin usulüne uygun olarak yapılması gereklidir. Usulüne uygun olarak yapılmayan delil tespiti talepleri mahkeme tarafından değerlendirilmeyecektir.

A. Delil Tespiti Talebinde Bulunabilecek Kişiler

Delil tespitinin istenebileceği halleri düzenleyen HMK m.400 hükmü, taraflardan her birinin, 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 edebileceğinin düzenlemiştir.

Bu düzenlemeye göre, taraflardan her biri delil tespiti talebinde bulunabilecektir. Açılmış bir davada tarafların kimler olduğunun tespit edilebilmekle beraber, asıl dava açılmadan önce başvurulacak delil tespitlerinde, bu başvuruyu kimlerin yapabileceği, başvuru yapanların asıl davanın tarafı olmalarının şart olup olmadığı gibi hususların incelenmesinin gerekli olabileceği kanaatindeyiz. Ayrıca, davaya müdahil olunduğu hallerde, müdahilin delil tespitine başvurup başvuramayacağı hususu da önem arz etmektedir.

Medeni yargılama hukukunda taraflar, kendi adına, lehine veya aleyhine devletin hukuki himayesi istenen kimseler olarak tanımlanabileceklerdir⁶⁴. Taraf kavramının içeriğini açıklamak için çeşitli teoriler mevcuttur⁶⁵ ancak günümüzde şekli taraf teorisi kabul edilmektedir ve buna göre, taraf kavramı, tamamen şekli bir kavram olarak, maddi hukuktan ayrı olarak dikkate alınmalıdır ve taraf, mahkeme önünde kendi adına hukuki himaye talep ve kendisine karşı hukuki himaye talep edilen şahıstır⁶⁶.

Doktrinde, delil tespiti talebinin bilinmeyen kişilere karşı yöneltilebilecek olması sebebiyle, bu talepler bakımından maddi anlamda taraf teorisinin kabul edildiği savunulmaktadır⁶⁷.

Medeni usul hukukunun amacının, tarafların arasındaki uyuşmazlıkları çözmekle sınırlı olduğu⁶⁸ göz önüne alındığında, hukuki himaye taleplerinde kimin taraf olduğu hususu önem arz etmektedir. Delil tespiti bakımından ise, bu husus, yapılan delil tespitinin asıl davada etkili olabilmesi, geçerlilik kazanabilmesi bakımından önem arz etmektedir.

HMK'da düzenlenmemiş olmakla beraber Alman Medeni Usul Kanunu'nda, delil tespitinin asıl davada kullanılması ve etkileri düzenlenmiştir. ZPO §493'e göre, delil tespiti ile güvence altına alınan deliller, mahkemenin yapmış olduğu tahkikat

⁶⁴ Ansay, **a.g.e.**, s.106.

⁶⁵ Taraf kavramına ve bu kavramın içeriğini belirlemeye çalışan teorilere ilişkin detaylı bilgi için bkz: Yavuz Alangoya, Yargılama Sırasında Tarafta İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. III, S. 1969/5, s.125-190, s.130 vd.; Hakan Pekcanıtez, **Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1992, s.26 vd. (Kısaltma: Pekcanıtez, Fer'i Müdahale); Ömer Ulukapı, **Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi**, Konya, Mimoza Yayınevi, 1997, s.11 vd.; Deren-Yıldırım, **Kesin Hüküm**, s.16 vd.; Nevhis Deren-Yıldırım, Gedanken zum Parteibegriff, **Festschrift für Prof. Dr. Kostas E. Beys**, Athen, 2003, s.251-266, s.251-252; Evrim Erişir, **Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2007, s.53 vd. .

⁶⁶ Alangoya, **a.g.m.**, s.134; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.223 vd.; Üstündağ, **Usul**, s.388 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.205; Pekcanıtez, **Fer'i Müdahale**, s.27; Ulukapı, **a.g.m.**, s.13; Deren-Yıldırım, **Kesin Hüküm**, s.19-20; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.237-238.

⁶⁷ Hans W. Fasching/Andreas Konecny, **Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3.Band, §§226 bis 460 ZPO**, 2. Aufl., Wien, Manzsche Verlags und Universitaetsbuchhandlung, 2004, s.980.

⁶⁸ Deren-Yıldırım, **Kesin Hüküm**, s.15.

gibi sonuç doğuracaktır ancak bu sonucun doğması için, davanın açılmasından önce delil tespiti başvurulduğu durumlarda, delil tespitinin tarafları ile asıl davanın taraflarının aynı olması gerektiği doktrinde belirtilmektedir⁶⁹.

1. Dava Açılmadan Önce Delil Tespiti Talep Edebilecek ve Aleyhine Delil Tespiti Talep Edilebilecek Kişiler

Delil tespitine açılmış bir davada inceleme sırası gelmemiş delillerin tespiti için başvurulabileceği gibi, ileride açılacak bir davada ileri sürülmek üzere bir vakianın tespiti amacıyla da başvurulabilecektir.

Açılmış bir davada, davanın tarafları belirli olmakla beraber, ileride açılacak bir davada ileri sürülmek üzere, delil tespitine başvurulması halinde, bu başvuruyu kimlerin yapabileceği ve başvuru sahiplerinin ‘davacı’ olarak mı yoksa ‘ilgili’ olarak mı nitelenmesi gerektiği hususu önem arz etmektedir.

Delil tespitinin niteliği itibariyle bir dava olmadığını ancak niteliği itibariyle çekişmeli yargıya ait olduğunu belirtmiştik⁷⁰. Davacı ve davalı terimlerinin, mevcut bir davaya ait terimler olduğunu kabul ettiğimizden, dava açılmadan önce delil tespitine başvurulması durumunda, delil tespitine başvuran kişilerin ne şekilde nitelendirilmesi gerektiği hususu önem arz etmektedir. Kanaatimizce, asıl davada incelenmek üzere delil tespitine başvurulduğu hallerde, delil tespiti yargılamasında taraflar, delil tespiti talep eden ve karşı taraf olarak belirtilmelidir.

HMK m.400 hükmünde, taraflardan her birinin delil tespiti kurumuna başvurabileceği düzenlenmiştir⁷¹. Doktrinde, henüz açılmamış davalarda incelenmek

⁶⁹ Werner/Pastor, **a.g.e.**, s.19.

⁷⁰ Delil tespitinin niteliği itibariyle çekişmeli yargıya ait olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Birinci Bölüm, IV.

⁷¹ Bu hükme paralel bir düzenleme, 1086 sayılı HUMK m.369’da bulunmaktadır. Buna göre, iki taraftan her biri, derdesti rüyet bulunan davada henüz tahkik ve tetkikine sıra gelmemiş bulunan veyahut ileride ikame edeceği davada dermeyan edilecek olan hususun şahit, keşif, ehlihibre veya diğer deliller ile tespitini talep edebilir. Görüldüğü üzere, delil tespitine başvurabilecek kişiler, HUMK’da ‘iki taraftan her biri’ şeklinde düzenmiş iken, HMK’da ‘taraflardan her biri’ şeklinde

üzere başvurulmuş delil tespitine herkesin başvurabileceği kabul edilmektedir⁷². Ancak bununla birlikte, davanın açılmasından önce delil tespitine başvurulduğu hallerde, ileride açılacak olan davanın somut olarak delil tespiti dilekçesinde gösterilmesi gerektiği de belirtilmektedir⁷³.

Delil tespitine ilişkin düzenlemelerde⁷⁴, delil tespitinden yararlanılabilmesi için gereken şartlar belirtilmiş olmakla birlikte, bu kuruma başvurabilecek kişilere ilişkin bir kısıtlama getirilmiş değildir. Bu sebeple, kural olarak, dava açılmadan önce, delil tespitine herkesin başvurabileceği kabul edilmelidir. Ancak, delil tespiti talebinde bulunacak kişinin, delil tespitine başvurulabilmesi için gereken şartları sağlamış olması da gereklidir. Delil tespitinin karşı tarafı ise, talep sahibinin dilekçesinde belirttiği kişi olacaktır ki bu kabul aslen, şekli anlamda taraf teorisi ile uyumludur lakin tarafın kim olduğunun tespiti, delil tespiti talep dilekçesi ile belirlenmektedir⁷⁵.

Delil tespitine gerçek kişiler tarafından başvurabileceği gibi tüzel kişiler tarafından da başvurulabilecektir ancak talep sahibinin taraf ehliyetine⁷⁶ sahip olması gerektiği doktrinde ve uygulamada kabul edilmektedir⁷⁷.

Alman yargılama hukukunda delil tespiti talebinin zamanaşımını durdurulabilmesi için, zararı meydana getirmesi ihtimali olan herkese karşı talep edilmesi gerektiği belirtilmektedir çünkü ancak alacak hakkı sahibine karşı ileri

düzenlenmiştir.

⁷² Yılmaz, **Cilt II**, s.1354; Yavaş, **Delil Tespiti**, s. ; Akil, **Delil Tespiti**, s.25.

⁷³ Kuru, **Cilt IV**, s.4440; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.569; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.83; Akil, **Delil Tespiti**, s.25; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.54.

⁷⁴ HMK m.400 vd; ZPO §485 vd. .

⁷⁵ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **ZPO**, s.1587; Stein/Jonas, **Band 5**, s.897; **Münchener Kommentar**, s.2453; Werner/Pastor, **a.g.e.**, s.19; Fink, **a.g.e.**, s.42-43.

⁷⁶ Taraf ehliyetine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Evrim Erişir, **Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2007; Serdar Kale, **Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010.

⁷⁷ Koebler, **a.g.e.**, s.111; BGH 12.05.1977 VII ZR 167/67, NJW 1977, s.1686. Davacı tarafta idarenin yer aldığı bir delil tespit kararı için bkz: Yarg. 14. HD. 7.12.2006; 12587/14551.

sürülecek talepler zamanaşımını durduracaktır ve asıl davanın, kendisine karşı delil tespiti talep edilenden başka bir kişiye açılması durumunda, zamanaşımı durmuş olmayacaktır. Ayrıca, delil tespiti işlemi sona erene kadar, yapılacak olan yargılamaya, talep dilekçesinde gösterilmeyen diğer ilgililerin dahil edilmesinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir⁷⁸.

Delil tespiti kararının icrası yapılmadığı sürece, delil tespitinin şartlarını yerine getirdiği takdirde, karşı taraf da, delil tespiti talep eden tarafa karşı delil tespitine başvurabilecektir. Ancak, başvurulacak olan bu karşı delil tespitinin, yargılamayı zorlaştırmak ve uzatmak için yapıldığının anlaşıldığı takdirde, karşı delil tespiti talebi reddedilecektir⁷⁹.

2. Görülmekte Olan Davada Delil Tespiti Talebinin Tarafları

HMK m.400’de, taraflardan her birinin, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebileceği düzenlenmiştir.

Görülmekte olan bir davada, tahkikat aşamasına gelinmemiş ve delillerin incelenmesine geçilmemiş olduğu hallerde, delillerin güvence altına alınması için, delil tespitine HMK m.400’de düzenlendiği üzere, asıl davanın tarafları başvurabilecektir⁸⁰.

Davanın tarafları ise, kendi adına hukuki koruma talep eden ve kendisine karşı hukuki koruma talep edilen kişilerdir. Diğer bir deyişle, dava açan (davacı) ve

⁷⁸ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **ZPO**, s.1587; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, s.665; **Zöller Kommentar**, s.1298; Prütting/Gehrlein, **ZPO**, s.1228; Werner/Pastor, **a.g.e.**, s.20; Koeble, **a.g.e.**, s.112; Fink, **a.g.e.**, s.43.

⁷⁹ Stein/Jonas, **Band 5**, s.897.

⁸⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.569; Yılmaz, **Cilt II**, s.Yavaş, **Delil Tespiti**, s.83; Akil, **Delil Tespiti**, s.25; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.54.

kendisine karşı dava açılan (davalı) gerçek veya tüzel kişiler delil tespiti talebinde bulunabileceklerdir.

3. Dava Arkadaşlığı Bulunan Hallerde Delil Tespitine Başvurabilecekler Kişiler

a. Kavram

İki taraf prensibinin kabul edildiği yargılama sistemlerinde, karşılıklı olarak iki taraf bulunması ve bu iki tarafında farklı kişiler olması gerekmektedir⁸¹. Bununla birlikte, birden fazla kişi birlikte dava açabileceği gibi, birden fazla kişiye de birlikte dava açılabilir. Diğer bir deyişle, davacı veya davalı tarafında birden fazla kişi bulunabilir. Davacı tarafta birden fazla kişinin birlikte dava açması veya davalı tarafta birden fazla kişiye karşı dava açılabilmesi dava arkadaşlığının olarak ortaya çıkmaktadır⁸².

Dava arkadaşlığı mecburi dava arkadaşlığı ve ihtiyari dava arkadaşlığı olarak ikiye ayrılır. Her bir dava arkadaşlığı durumunda, delil tespitine kimlerin başvurabileceği hususu tespit edilmeye çalışılacaktır.

b. Mecburi Dava Arkadaşlarının Delil Tespiti Talebinde Bulunması

Mecburi dava arkadaşlığı 6100 sayılı HMK'nın 59 ve 60. maddelerinde düzenlenmiştir. Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı

⁸¹ Medeni usul hukukunda istisnai olarak kendisi ile davalı olmanın mümkün olup olmadığına ilişkin tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.113.

⁸² Üstündağ, **Usul**, s.352; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.473; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.130; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.266; Karşlı, **Muhakeme**, s.368; Dava arkadaşlığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı(Tarafların Taaddüdü)**, tıpkı Basım, İstanbul, 1999; Ömer Ulukapı, **Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı**, Konya, Mimoza Yayınevi, 1992 (Kısaltma: Ulukapı, Dava Arkadaşlığı).

hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır⁸³.

HMK m.60'a göre, mecburi dava arkadaşları, ancak birlikte dava açabilir veya aleyhlerine de birlikte dava açılabilir. Bu tür dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadır. Ancak, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemleri, usulüne uygun olarak davet edildiği hâlde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade edecektir.

Mecburi dava arkadaşlığı hallerinde, tek bir dava söz konusudur ve bu sebeple, dava arkadaşları arasındaki ilişki çok sıkıdır. Dava arkadaşları, mevcut olan bu sıkı ilişki sebebiyle hep birlikte hareket etmekle yükümlüdürler. Mahkeme, mecburi dava arkadaşlarının hepsi için aynı anda ve aynı şekilde karar vermekle yükümlüdür⁸⁴.

HMK m.400'e göre, delil tespiti talebine, görülmekte olan bir davada başvurulabileceği gibi ileride açılacak bir davada ileri sürülecek bir vakianın tespiti amacıyla da başvurulabilmektedir.

İleride açılacak bir davada ileri sürülecek bir vakianın tespiti amacıyla, asıl dava açılmadan önce yapılacak olan delil tespitlerine kural olarak herkes başvurabilecektir. Bu sebeple, mecburi dava arkadaşlarından her birinin, tek başına veya beraber, bu talepte bulunabileceğini kabul etmek isabetli olacaktır. Delil tespiti talep dilekçesinde, ileride açılacak somut davanın gösterilmesi gerekmeyle birlikte, dava niteliğini haiz olmayan delil tespiti işleminin, mecburi dava arkadaşlarının tamamının dilekçede yer almaması sebebiyle reddedilmemesi gerekmektedir.

⁸³ Mecburi dava arkadaşlığı, çoğunlukla maddi sebeplerden kaynaklanmakla beraber, bazı hallerde, usuli sebeplerden de kaynaklanabilmektedir. Usuli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı, kanunun özel hükümleri ve davanın niteliğinden kaynaklanan, birden fazla kişiye karşı dava açılmasının ve yürütülmesinin zorunlu olduğu hallerde oluşur. Usuli sebeplerden kaynaklanan dava arkadaşlığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.476; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, 12. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.

⁸⁴ Üstündağ, **Usul**, s.366; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.474; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.140; Pekcanitez/Atalay/Özkes, **a.g.e.**, s.272; Karşı, **Muhakeme**, s.370.

Gör÷lmekte olan bir davada tahkikat aşamasına gelmeden delillerin tespiti taleple edildiğı hallerde ise, mecburi dava arkadaşlarının delil tespitine hep birlikte mi yoksa tek başına mı başvurusu gerektiğine ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığının bulunduğı hallerde, dava arkadaşlarının birlikte hareket etmesinin zorunlu olması sebebiyle, delil tespiti talebini de birlikte yapmaları gerektiğı belirtilmekle beraber⁸⁵, aksi görüşte olan yazarlar da mevcuttur. Buna göre, her ne kadar dava arkadaşları tek başlarına hareket ederek usul işlemleri yapamayacak olsalar da, delil tespitine başvurulmakla bütün dava arkadaşlarının menfaatlerinin korunması sağlanacağından, mecburi dava arkadaşları tek başlarına delil tespiti talebinde bulunabileceklerdir⁸⁶.

Mecburi dava arkadaşlığında, dava arkadaşları arasındaki ilişki çok sıkıdır ve dava arkadaşları, davada birlikte hareket etmek zorundadırlar. Mecburi dava arkadaşları, usuli işlemleri hep birlikte yapabilirler ve kural olarak, birinin veya bir kaçının yapmış olduğı usuli işlem yapılmamış sayılacaktır ve sonuç doğurmayacaktır⁸⁷.

Delil tespiti bir usuli işlem olması sebebiyle, mecburi dava arkadaşlarının, delil tespiti talebine birlikte başvurmaları gerektiğı düşün÷lebilecekse de, kurumun geçici hukuki koruma önlemi olduğı da dikkate alınarak, mecburi dava arkadaşlarının birlikte mi yoksa tek başlarına mı delil tespitine başvurmaları gerektiğine ilişkin bir sonuca gidilmeye çalışılmalıdır.

Geçici hukuki koruma önlemleri, uzun süren yargılamalarda, yargılamanın sonucunun tehlikeye girmemesi için başvurulacak hukuki çarelerdir ve asıl yargılamayı tamamlayıcı bir görev üstlenirler. Geçici hukuki korumaların amaçlarına ulaşabilmesinin sağlanması bakımından, asıl yargılamadan farklı bir takım özellikler

⁸⁵ Akil, **Delil Tespiti**, s.26.

⁸⁶ Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.54.

⁸⁷ Üstündağ, **Usul**, s.374-375; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.478; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.273; Karşı, **Muhakeme**, s.372.

gösterebilmesi mümkündür, örneğin karşı taraf dinlenmeden de geçici hukuki korumalara karar verilebilmektedir çünkü acele ve hemen alınması gereken bir takım tedbirler söz konusu olabilmektedir⁸⁸.

Bir üst kavram olan geçici hukuki koruma önlemlerinden bir tanesi de ihtiyati tedbirlerdir. Doktrinde, dava ile beraber veya dava açıldıktan sonra ihtiyati tedbir kararı istendiği hallerde, bütün mecburi dava arkadaşlarının birlikte bu talepte bulunması gerektiği belirtilmekle beraber, bütün mecburi dava arkadaşlarının bir araya gelmesinde zaman açısından zorluk olması ve gecikmesinde zararın ortaya çıkması ihtimalinin bulunduğu hallerde, mahkemenin mecburi dava arkadaşlarından birinin veya bazılarının talepte bulunduğu ihtiyati tedbir kararını kabul etmesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁹.

Geçici hukuki tedbirlerden biri olan ihtiyati tedbire uygulanan hükümlerin, uygun düştüğü ölçüde delil tespitine de uygulanabileceği kanaatindeyiz. Buna göre, mecburi dava arkadaşları, mevcut bir davada delil tespiti talebine başvurmak istedikleri takdirde, bu taleplerini tek başlarına ileri sürebileceklerdir⁹⁰. Delil tespiti, tahkikat aşamasına gelinmemiş olduğu durumlarda, delillerin incelenmesi aşamasına gelene kadar, delilin hemen tespit edilmemesi halinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı hallerde, delillerin güvence altına alınarak ispat güçlerini korumayı amaçladığından, özelliği gereği, gecikmesinde sakınca olan ve acele hallerde başvurulması gereken bir kurumdur. Bu kuruma başvurulmasında bütün mecburi dava arkadaşlarının menfaati söz konusu olacaktır. Mecburi dava arkadaşlarının ancak hep birlikte delil tespiti talebinde bulunabileceğinin kabulü ise,

⁸⁸ Ejder Yılmaz, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Cilt I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s.32 vd. (Kısaltma: Yılmaz, Cilt I); Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.560; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.871 vd.; Deren-Yıldırım, **İhtiyati Tedbirler**, s.2 vd. .

⁸⁹ Doktrinde, ihtiyati tedbirin devamı için, talepte bulunana uygun bir süre verilmesi ve diğer mecburi dava arkadaşlarının ihtiyati tedbir kararına katılmamaları halinde, ihtiyati tedbir kararının kaldırılması gerektiği belirtilmektedir. Diğer mecburi dava arkadaşlarının, ihtiyati tedbir kararına katılmaları halinde ise, ihtiyati tedbir kararının doğurduğu sonuçlar devam edecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt I, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, s.984 vd. (Kısaltma: Kuru, Cilt I); Üstündağ, **Usul**, s.369; Yılmaz, **Cilt I**, s.868; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s.83; Özekes, **İhtiyati Tedbir**, s.110.

⁹⁰ Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s. 54; aksi fikirde bkz: Akil, **Delil Tespiti**, s.26.

bu kurumdan beklenen faydanın sağlanamaması sonucunu doğurabileceği endişesi taşımaktayız.

c. İhtiyari Dava Arkadaşlarının Delil Tespiti Talebinde Bulunması

İhtiyari dava arkadaşlığının düzenlendiği HMK m.57'ye göre, davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olduğu, ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hakkın doğmuş olduğu veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmiş olduğu veya davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olduğu hallerde, birden çok kişi, birlikte dava açabilecek ve aleyhlerine de birlikte dava açılabilir⁹¹.

İhtiyari dava arkadaşlığında davalar birbirinden bağımsızdır. Dava arkadaşlarından her biri, diğerlerinden bağımsız olarak hareket eder, bu sebeple dava arkadaşı kadar dava vardır. Dava arkadaşlarından her biri bağımsız olarak hareket eder. Kural olarak, dava şartları ve ilk itirazlar, her bir dava arkadaşı için ayrı ayrı incelenir ve farklı şekillerde sonuçlandırılabilir. Dava arkadaşlarından her birinin ileri sürmüş def'iler, sadece ileri süren dava arkadaşı bakımından sonuç doğururken; ihtiyari dava arkadaşlarından birinin ileri sürmüş olduğu itirazlar, bunu ileri sürmemiş olan dava arkadaşları bakımından da sonuç doğuracaktır çünkü hâkim, dava dosyasından anlaşılan bir itiraz sebebini re'sen gözeterek, diğer dava arkadaşlarını da bundan yararlandıracak şekilde karar verecektir. Dava sonunda her bir dava arkadaşı bakımından farklı hükümler verilebilir. Dava arkadaşlarından sadece birisini verilen hükme karşı kanun yollarına başvurur ve hüküm bozulursa, bu bozmadan sadece kanun yollarına başvuracak olan taraf yararlanır⁹².

⁹¹ Hükümde yer alan 'vakıalar ve hukuki sebeplerin aynı veya benzer olması' ifadesinin, uyuşmazlık konusu olayın vakıalarının farklı, hukuki sebeplerinin aynı olduğu yahut vakıaların aynı, hukuki sebeplerin farklı olduğu durumları kapsamadığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Karşlı, **Muhakeme**, s.368.

⁹² Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.289 vd.; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.251 vd.; Üstündağ, **Usul**, s.361 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.484-485; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.268-269; Karşlı, **Muhakeme**, s.369-370.

İhtiyari dava arkadaşlığında, dava arkadaşlarının birlikte hareket etmeleri zorunluluğu, biçimsel açıdandır ve davanın yürütülebilmesi amacıyla getirilmiştir. Birden fazla kişinin dava arkadaşı olmalarının nedeni tahkikatın ortak yapılmasıdır ve ortak yapılan işlemler usul ekonomisi ilkesi⁹³ ile uyumludur. İhtiyari dava arkadaşlığında kabul edilen ‘davaların bağımsızlığı’ prensibi gereği, dava arkadaşları birbirinden bağımsız olarak usuli işlemleri yapabilirler⁹⁴.

İleride açılacak bir davada ileri sürülecek bir vakıanın tespiti amacıyla, asıl dava açılmadan önce yapılacak olan delil tespitlerine kural olarak herkes başvurabilecektir. Dolayısıyla ihtiyari dava arkadaşlarından her birinin, tek başına bu talepte bulunabileceği kabul edilebilecektir.

Görülmekte olan bir davada delil tespitine başvurulabilmesi açısından da, birbirinden bağımsız olarak usuli işlemler yapabilen ihtiyari dava arkadaşlarının tek başlarına delil tespiti talebinde bulunabilecekleri sonucuna varılabilecektir⁹⁵. İhtiyari dava arkadaşları, davanın tarafı konumunda bulunurlar ve HMK m.400’e göre, taraflardan biri olarak delil tespiti talebinde bulunabilirler.

İhtiyari dava arkadaşlığının mevcut olduğu davalarda, tahkikatın ortak yapılmasının bir sonucu, bir dava arkadaşının göstermiş olduğu delillerin, başka bir dava arkadaşı açıkça karşı koymuş olmadıkça, diğer dava arkadaşları için de gösterilmiş sayılmasıdır. Mahkeme ileri sürülmüş olan bütün delilleri birlikte inceleyecek ve değerlendirecektir⁹⁶.

⁹³ 1086 sayılı HUMK’un 76. maddesinde düzenlenen usul ekonomisi ilkesi, HMK’nın 30. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.

⁹⁴ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.290.; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.252.; Üstündağ, **Usul**, s.362; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.484; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.268; Karşı, **Muhakeme**, s.370.

⁹⁵ Akil, **Delil Tespiti**, s.26; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s. 54.

⁹⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.485; Üstündağ, **Usul**, s.361; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.139.

Aynı yargılama içinde, tek bir ihtiyari dava arkadaşı tarafından başvurulmuş bir delil tespiti talebi sonucunda, tespit edilmiş bir vakıa ise, diğer ihtiyari dava arkadaşları bakımından da etki yapacaktır. Bir vakıanın tespitini içeren delil tespiti işleminin sonucunda tespit edilen vakıa, delil tespitine başvurmayan diğer ihtiyari dava arkadaşları bakımından da sonuç doğuracaktır.

4. Davaya Müdahale Halinde Delil Tespitine Başvurabilecek Kişiler

a. Delil Tespiti ve Asli Müdahale⁹⁷

Yargılama hukukunda bazı durumlarda, davanın tarafları dışındaki bir üçüncü kişinin görülmekte olan bir davaya, davanın taraflarına dava açarak veya davanın taraflarında birinin yanında yer alarak, katılması mümkün olabilmektedir. 6100 sayılı HMK’da asli müdahale ve fer’i müdahale olarak düzenlenen bu iki halde, üçüncü kişi, kendi hukuki durumunu etkileyecek olan bir hükme ya görülmekte olan davanın taraflarına karşı bir dava açarak ya da görülmekte olan davanın taraflarından birinin yanında yer alarak müdahale etmektedir.

Asli müdahale kurumunun düzenlendiği HMK m.65’e göre, bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişi, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabilecektir. Açılan bu asli müdahale davası ile asıl yargılama birlikte yürütülerek karara bağlanacaktır⁹⁸.

⁹⁷ Asli müdahale kurumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukukunda Müdahale**, İstanbul, Alfa Basın Yayın, 1995 (Kısaltma: Özkes, Asli Müdahale).

⁹⁸ HUMK’da üçüncü şahsın müdahalesi olarak sadece fer’i müdahale ve davanın ihbarı kurumları düzenlenmiş ve asli müdahale kurumu düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, kurum, HUMK’da doktrinde ve uygulamada tartışmasız olarak kabul edilmiştir. Madde gerekçesinde, asli müdahale kurumunun amacının çelişkili kararların önüne geçmek, gerçeğin ortaya çıkartılması, usul ekonomisi, hukuki dinlenilme hakkının tam gerçekleştirilmesi, muvazaalı yargılamaların önüne geçmek gibi amaçlarının olduğu belirtilmiştir. Asli müdahalenin amacına ilişkin detaylı bilgi için bkz: Özkes, **Asli Müdahale**, s.16 vd. .

Asli müdahale, hem çekişmeli yargıda hem de çekişmesiz yargıda başvurulabilecek bir kurumdur ve doktrinde, bir hukuki uyuşmazlık veya çekişmesiz yargı işinde, o yargılama konusu şey veya hak üzerinde, yargılamanın tarafları veya ilgilileri ile hukuki yararı çatışan üçüncü bir kişinin, bu kişilere karşı aynı mahkemede ayrı bir dava açması olarak tanımlanmaktadır⁹⁹.

Asli müdahale ile görülmekte olan davanın taraflarına karşı ayrı ve bağımsız bir dava açılmaktadır ve bu sebeple asli müdahalede iki ayrı dava bulunmaktadır. Asli müdahale, görülmekte olan davadan bağımsız bir davadır¹⁰⁰.

Çekişmeli yargıda başvurulacak olan asli müdahalenin şartları, görülmekte olan bir davanın olması, asli müdahilin mevcut davanın tarafı olmaması ve müdahalede hukuki yararının bulunması ve asli müdahilin ayrı bir dava açması olarak sayılabilecektir¹⁰¹.

(1) Asil Müdahilin Delil Tespiti Talebinde Bulunabilmesi

Asli müdahil, kendisi, ileride açacağı asli müdahale davasında kullanılmak üzere veya açmış olduğu asli müdahale davasında kullanılmak üzere, delil tespitine başvurabilecektir¹⁰². Çünkü, asli müdahil, mevcut bir davanın taraflarına karşı ayrı bir dava açmakta ve de bu sebeple açılan ikinci davanın tarafı olmaktadır. HMK m.400'de düzenlendiği üzere, taraflardan her biri, delil tespiti kurumuna başvurabilecektir.

⁹⁹ Özekes, **Asli Müdahale**, s.16. Asli müdahale, HMK m.65 hükmünün gerekçesinde ise, asli müdahalede bulunmakta hukuki yararı olan üçüncü kişinin, ilk davanın veya yargılamanın görüldüğü mahkemede, ilk davanın veya yargılamanın taraflarını davalı göstererek dava açması ve bu iki davanın birlikte görülmesi olarak tanımlanmaktadır.

¹⁰⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.498; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.289; Özekes, **Asli Müdahale**, s.22 vd. .

¹⁰¹ Üstündağ, **Usul**, s.377; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.499; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.288-289; Karşı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, s.364-365. Çekişmesiz yargıda da başvurulabilecek asli müdahalenin şartlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Özekes, **Asli Müdahale**, s.46 vd. .

¹⁰² Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.54.

(2) Delil Tespitine Asli Müdahale İmkânı

Delil tespiti yargılamasına asli müdahalenin kabul edilip edilmeyeceği hususu ise önem arz etmektedir. Bu husus, çeşitli ihtimaller dikkate alarak incelenmeli ve bu ihtimallere göre, bir sonuca varılmaya çalışılmalıdır.

Delil tespiti bakımından önemli olan dava açılmadan önce, daha sonra açılacak bir davada kullanılmak üzere vakıaların tespiti talep edildiğinde, bu talebe asli müdahalenin mümkün olup olmayacağının belirlenmesidir.

Görülmekte olan bir davada delil tespiti talep edildiği takdirde, asli müdahilin yapılacak olan bu delil tespitine katılabileceği kabul edilecektir¹⁰³. Delillerin tespitinin dava dilekçesi ile birlikte yapılabileceği dikkate alındığında¹⁰⁴, görülmekte olan bir davaya üçüncü kişinin asli müdahil olarak katılacağı ve dava konusu olan hak veya şey üzerinde bir hak iddia edeceği durumlarda, bu talebini ileri sürerken, beraberinde delil tespiti de talep edebileceği kabul edilmelidir.

Asli müdahalenin en önemli şartlarından birisi, görülmekte olan bir davanın bulunmasıdır çünkü asli müdahil, talebini, iki kişi arasında mevcut ve görülmekte olan bir davanın taraflarına karşı, bağımsız ayrı bir dava açarak ileri sürecektir¹⁰⁵.

Doktrinde, asıl davanın açılmasından önce, delillerin tespiti talebinde bulunulduğu takdirde, bu talebe ilişkin olarak asli müdahalenin kabul edilmemesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁶. Lâkin açılmış veya ilerde açılacak davayla ilgili olan delillerin, belirli şartlarla zamanın önce toplanıp, emniyet altına alınması amacına

¹⁰³ Özekes, **Asli Müdahale**, s.28; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.54. Yazar, asli müdahilin davada taraf olduğundan delil tespiti isteyebileceğini belirtmiş ancak delil tespiti talebine asli müdahalenin kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin bir tespitte bulunmamıştır.

¹⁰⁴ Yılmaz, **Cilt II**, s.1361.

¹⁰⁵ Üstündağ, **Usul**, s.377; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.499; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.288-289; Karşlı, **Muhakeme**, s.364-365; Özekes, **Asli Müdahale**, s.45.

¹⁰⁶ Doğanay, **a.g.m.**, s.889; Kuru, **Cilt III**, s.3140-3144; Hakan Pekcanitez, Die Interventionsarten im türkischen Zivilprozessrecht, **ZZP** 105, s.469-486, s.483 (Kısaltma: Pekcanitez, Interventionsarten); Özekes, **Asli Müdahale**, s.28.

hizmet eden delil tespiti kesin bir nitelik taşımamakta ve delil tespitine başvurulması ile üçüncü bir kişinin bir hakkının ertelenmesi de söz konusu olmamaktadır¹⁰⁷.

Asıl davanın açılmasından önce delil tespitine başvurulduğu hallerde, yapılmış olan delil tespiti talebine, asli müdahale yoluyla taraf olunmasının mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Üçüncü bir kişinin dava konusu olan şey veya hak üzerinde bir hak sahibi olduğunu iddia ederek, asli müdahale talebinde bulunabilmesi çeşitli şartlara bağlanmıştır ve ancak derdest bir davaya asli müdahalenin kabul edildiği yargılama hukukumuzda, dava niteliğini haiz olmayan delil tespiti işlemine, asıl davanın açılmasından önce başvurulduğu hallerde, bu şartın yerine geldiği söylemek mümkün olamayacaktır. Ayrıca, delil tespiti işlemi ile, tahkikat aşamasına gelinmeden önce, ileride kaybolma tehlikesi olan veya gösterilmesinde ya da dinlenilmesinde zorluk çıkma tehlikesi olan deliller güvence altına alınmaktadır. Oysa, üçüncü bir kişinin, derdest bir davaya asli müdahale talebinde bulunabilmesi için, yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde bir hak iddia etmesi gerekir ki delil tespiti bakımından böyle bir iddia söz konusu olamayacaktır.

Kanaatimizce, asıl davanın açılmasından önce başvuru delil tespiti işlemin, asli müdahale bakımından derdest bir dava niteliğini haiz olmadığından dolayı, bu işleme asli müdahalenin mümkün olmaması gerektiği ve görülmekte olan bir davada, delillerin tespiti kurumuna başvurulduğu hallerde ise, asli müdahilin, bu delil tespiti işlemine katılabileceği sonucuna varılabilecektir.

b. Delil Tespiti ve Fer'i Müdahale¹⁰⁸

¹⁰⁷ Özkes, **Asli Müdahale**, s.28. Yazar, davanın açılmasından önce başvuru delil tespiti bakımından asli müdahalenin yapılamayacağı sonucuna varmakla beraber, dava açılmadan önce istenen ihtiyati tedbirlere ilişkin ise, hakkı etkilenen üçüncü kişiler için başvurulacak bir yol aranması gerektiğinin üzerinde durmuş ve bu tedbirden etkilenen veya hak sahibi olduğunu ileri süren üçüncü kişilerin itiraz imkanını kabul etmenin kısa ve kolay bir yol olduğu sonucuna varmıştır.

¹⁰⁸ Fer'i müdahale kurumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Hakan Pekcanitez, **Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahil**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1992(Kısaltma: Pekcanitez, Fer'i Müdahale).

Fer'i müdahale, HMK m.65 hükmünde, üçüncü kişinin, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'i müdahil olarak davada yer alabilmesi olarak tanımlanmıştır. Bu kurumun kabul edilmesinin amacı, iki taraf sisteminin kabul edildiği medeni yargılama sistemimizde, dava sonucunda verilen hükmün üçüncü kişileri etkileyebileceği durumlarda, üçüncü kişiye kendi yararını koruyabilmesi imkanının tanınmasıdır ve bu korumanın sağlanabilmesi için, üçüncü kişiye, kendiliğinden veya taraflardan birinin ihbarı üzerine, davanın tarafları yanında davaya katılması imkanı tanınmıştır¹⁰⁹.

HMK m.61 hükmü, davanın ihbarını ve bu ihbarın koşullarını düzenlemiştir. Buna göre, taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir¹¹⁰.

Üçüncü kişi, davanın taraflarından birinin yanında davaya katılarak, taraf sıfatını kazanmayacaktır lakin fer'i müdahil, aslen katıldığı davada kendisi için bir hukuki koruma talep etmemektedir ve davada taraf, hukuki koruma talep eden veya kendisine karşı hukuki koruma talep edilen kişidir. Fer'i müdahil, davacının veya davalının yanında taraf yardımcısı olarak yer alır¹¹¹.

Fer'i müdahil, lehine katıldığı tarafla birlikte hareket edecektir ve HMK m.68'e göre, müdahale talebinin kabulü hâlinde müdahil, davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebilecek, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya

¹⁰⁹ Ansay, **a.g.e.**, s.137 vd.; Üstündağ, **Usul**, s.375; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.271; Kuru, **Cilt III**, s.2537vd.; Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s.108; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.274-275; Karşı, **Muhakeme**, s.356-357.

¹¹⁰ Davanın ihbarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Murat Atalı, **Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

¹¹¹ Ansay, **a.g.e.**, s.138; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.312; Üstündağ, **Usul**, s.376; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.267 vd.; Kuru, **Cilt III**, s.2537 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.496; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.275; Karşı, **Muhakeme**, s.356-357; Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s. 40. Yazar, fer'i müdahilin şekli taraf kavramına göre taraf olarak sayılamayacağını belirttikten sonra, maddi taraf kavramına göre de fer'i müdahilin taraf sayılamayacağını vurgulamıştır.

savunma vasıtalarını ileri sürebilecek ve yanında katıldığı tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usuli işlemi yapabilecektir¹¹².

Üçüncü bir kişinin, fer'i müdahil olarak davanın taraflarından birinin yanında yer alabilmesi için görülmekte olan bir dava olması, üçüncü kişinin, görülmekte olan davanın tarafı olmaması ve davaya müdahale etmekte hukuki bir yararının bulunması gerekir. Müdahilin hukuki durumunun, yanında davaya katılmak istediği tarafın davayı kazanması veya kaybetmesi ile etkilendiği hallerde, fer'i müdahalede hukuki yararın mevcut olduğu kabul edilecektir¹¹³.

(1) Fer'i Müdahilin Delil Tespiti Talebinde Bulunabilmesi İmkânı

İleride açılacak bir davada ileri sürülmek üzere bir vakıanın tespiti amacıyla delil tespitine herkesin başvurabileceği doktrinde kabul edilmektedir¹¹⁴. HMK m.400 hükmünde, delil tespitine taraflardan her birinin başvurabileceği düzenlenmiş olmakla beraber, şekli taraf teorisine göre, delil tespitini talep eden taraf, delil tespiti dilekçesinde gösterilen taraf olacaktır. Delil tespitine başvuran tarafın, asıl davayı açarak, delil tespiti işlemi sonucunda tespit edilmiş olan vakıayı kullandığı hallerde ise, talep sahibinin, maddi hukuk bakımından da taraf olup olmadığı (taraf sıfatını haiz olup olmadığı) ancak asıl davanın sonucunda verilecek olan hükümle belli olacaktır.

Bir davada, fer'i müdahil olan kişinin, davanın açılmadan önce, delil tespitine başvurabileceği kabul edilebilecekse de, aslen yapılacak olan delil tespiti, sadece asıl davanın tarafları arasında hüküm ifade edeceğinden dolayı, asıl davada kullanılamayacaktır. Bu sebeple, teorik olarak, fer'i müdahil, herkes gibi, dava

¹¹² Fer'i müdahilin katıldığı taraf ile birlikte hareket edeceği ve davanın tarafı sıfatının bulunmaması sebebiyle de ancak katıldığı taraf ile birlikte mahkemece verilen kararı temyiz edebileceğine ilişkin bkz: 15. HD. 10.6.2008, 173/3839.

¹¹³ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.495; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.276; Karanlı, **Muhakeme**, s.357.

¹¹⁴ Delil tespitine kimlerin başvurabileceğine ilişkin bkz: Üçüncü Bölüm, III, A.

açılmadan önce, delil tespiti talebinde bulunabilecekse de, fer'i müdahil olduğu davada, yaptırmış olduğu delil tespiti hükmüne dayanamayacağı kanaatindeyiz.

Asıl davanın açılmasından sonra, HMK m.400'e göre, sadece davanın tarafları delil tespitine başvurabilecektir. Her ne kadar, fer'i müdahilin, yanında katıldığı tarafın netice talebini destekleyecek hukuki sebepleri savunabileceği ve ihtilaflı vakıalara ilişkin olarak delil ikame edebileceği doktrinde kabul edilmiş olsa da¹¹⁵, fer'i müdahilin, davanın tarafı olmadığı için, asıl davada delil tespiti talebinde bulunamayacağı ileri sürülmektedir¹¹⁶. Doktrinde diğer bir görüş ise, fer'i müdahilin, katıldığı davada asıl tarafın açık iradesine aykırı olmayacak şekilde koruyucu işlemler yapabileceği noktasından hareketle, fer'i müdahilin görülmekte olan bir davada delil tespiti talebinde bulunabileceğinin kabulünün gerektiğini savunmaktadır¹¹⁷.

Fer'i müdahilin, görülmekte olan bir davada taraf olmadığı hususunun dikkate alınarak, yapabileceği usuli işlemlerin belirlenmesi ve bunlara ilişkin bir takım hususların kıyas yoluyla delil tespiti talebine de uygulanması suretiyle, fer'i müdahilin, açılmış bir davada, yanında bulunan tarafın delil tespitine başvurmaması halinde, delil tespiti talebinde bulunup bulunamayacağının belirlenebileceği kanaatindeyiz.

Fer'i müdahale talebinin kabulü üzerine, üçüncü kişi taraflardan birinin yanında, taraf yardımcısı olarak, yargılamaya katılır. Fer'i müdahil, tarafın temsilcisi olmamakla beraber, yanında katıldığı tarafla birlikte hareket eder ve yapmış olduğu usuli işlemlerin etkisi aslen yanında katıldığı tarafa ait olur. HMK m.68'e göre, müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir.

¹¹⁵ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.312; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.269.

¹¹⁶ Yılmaz, **Cilt II**, s.1354.

¹¹⁷ Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.66-67.

Doktrinde, fer'i müdahilin katıldığı davada, yanında katıldığı tarafın yapabileceği tüm usul işlemlerini yapabileceği, duruşmada karşı tarafın usuli işlemlerine karşı koyabileceği, yanında katıldığı taraf lehine iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebileceği ve bu iddia ve savunmaları desteklemek amacıyla delil gösterebileceği kabul edilmektedir¹¹⁸. Fer'i müdahalenin niteliğine uygun olmak kaydıyla asıl tarafın bir işlemi yapmaması, fer'i müdahilin de o işlemi yapamayacağı anlamına gelmeyecektir¹¹⁹. Fer'i müdahil, yanında katıldığı tarafın daha önceki açıklamalarına ve işlemlerine aykırı olmamak şartıyla, asıl tarafa ait olan iddia ve savunma sebeplerini ileri sürebilecek ve bu sayede, yanında katıldığı tarafça ileri sürülen bir hakkın ispatına çalışacaktır¹²⁰.

Kanaatimizce, fer'i müdahil, yanında katıldığı tarafın, delil tespiti talebinde bulunmamış olduğu hallerde ve delil tespitine başvurulabilmesine ilişkin şartlar yerine geldiği takdirde, görülmekte olan bir davada tahkikat aşamasına gelinmemiş olduğu hallerde, delillerin tespiti talebinde bulunabilecektir. Ancak, fer'i müdahilin talep ettiği delil tespitine, yanında yargılamaya katıldığı tarafın karşı çıkmamış olması gerekmektedir.

HMK m.400'de, taraflardan her birinin delil tespitine başvurabileceği belirtilmiş olmakla beraber, fer'i müdahilin taraf olmadığı için, görülmekte olan bir davada, delil tespiti talebinde bulunamayacağına ilişkin kabulün ise, doktrinde diğer bazı kabuller bakımından yeknesaklık taşımadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki, doktrinde¹²¹ ve uygulamada¹²², taraf olmamakla beraber, fer'i müdahilin hakimi

¹¹⁸ Ansay, **a.g.e.**, s.143; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.312; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.269; Üstündağ, **Usul**, s.379; Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s.142 vd.; Karşı, **Usuli İşlemler**, s. 182-183. Doktrinde fer'i müdahilin delil gösterebileceği kabul edilmekle beraber, fer'i müdahilin karşı tarafa yemin teklif edemeyeceği ve kendisine karşı yemin teklif edilemeyeceği kabul edilmiştir, bkz: Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.312; Kuru, **Cilt III**, s.2512; Yılmaz, **Yemin**, s.64. Bununla birlikte, fer'i müdahilin yemin teklif edebileceği, fakat davanın tarafı olmadığı için, kendisine yemin teklif edilemeyeceği görüşü de mevcuttur, bkz: Ansay, **a.g.e.**, s.307.

¹¹⁹ Karşı, **Muhakeme**, s.360.

¹²⁰ Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s.143.

¹²¹ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.82. Yazar, yargılamanın dürüst ve tarafsız bir hâkim tarafından yürütülmesinde menfaati olduğu için, fer'i müdahilin hâkimi reddedebileceğini kabul etmek

reddedebileceği çoğunlukla kabul edilmektedir¹²³. Hâkimin reddi sebeplerinin düzenlendiği HMK m.36 hükmüne göre¹²⁴, hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması hâlinde, taraflardan biri, hâkimi reddedebilecektir. Görüldüğü üzere, madde metninde, açıkça taraflardan birinin hakimi reddedebileceği belirtilmekle beraber, doktrinde bir fer'i müdahilin hâkimi reddedebileceği görüşü hakimdir. Ancak fer'i müdahil, hâkimi kendisi bakımından ortaya çıkan bir sebeple reddedemeyecek ve hâkimin reddini gerektiren sebeplerin, fer'i müdahilin yanında yargılamaya katıldığı taraftan kaynaklanması gerekmektedir¹²⁵.

(2) Delil Tespitine Fer'i Müdahale İmkânı

Dava açılmadan önce başvurulmuş delil tespiti talebine ise, fer'i müdahalenin mümkün olmaması gerektiği kanaatindeyiz zira bu durumda fer'i müdahale talebinin kabul edilmesi için görülmekte olan bir davanın var olmasına ilişkin şart, delil tespitinin hukuki niteliğinin dava olmaması sebebiyle yerine gelmemektedir¹²⁶.

Alman yargılama hukukunda ise, talep edilmiş olan delil tespitine, fer'i müdahilin dahil olup olamayacağına ilişkin bir görüş birliği bulunmamaktadır.

B. Delil Tespitinde Talebinin Yöneltilmesi

gerektiğini ve yargılamanın tarafsız bir hâkim tarafından yürütülmesinin fer'i müdahilin de çıkarlarına uygun olduğunu belirtmiştir. Aynı görüşte bkz: Bilge/Önen, **a.g.e.**, s.219; Üstündağ, **Usul**, s.132; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.196. Yazarlar, fer'i müdahilin, taraflardan birisi ile hakim arasındaki ret sebebine dayanarak, hakimi reddedebileceği görüşündedirler.

¹²² Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s.143, dipnot 28 4.HD. 28.3.1968 251/2091.

¹²³ Aksi görüşte bkz: Kuru, **Cilt I**, s. 938; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.103; Yılmaz, **Şerh**, s.437. Yazarlar, fer'i müdahilin katıldığı tarafla birlikte hareket etmek zorunda olması sebebiyle, asıl tarafça yetkili kılınmadıkça veya ret talebi asıl tarafça benimsenmedikçe, tek başına hâkimi reddedemeyeceği kanaatinde dirler.

¹²⁴ Hâkimin reddi sebepleri, 1086 sayılı HUMK'un 29. maddesinde düzenlenmişti. Buna göre, maddede 6 bent halinde sayılan sebeplerden birinin varlığı halinde, hâkim bizzat kendisini reddedebilecek veya iki taraftan biri canibinden reddolunabilecektir.

¹²⁵ Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s. 143.

¹²⁶ Aynı görüşte bkz: Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s.69.

1. Noterlerin Tespit İşleri

Delil tespitinde mahkemelerin görev ve yetkisini düzenleyen HMK'nın 401. maddesinin ikinci fıkrasında, noterlerin, 18/1/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca yapacağı vakıa tespitine ilişkin hükümlerin saklı olduğu düzenlemesi yer almaktadır. Noterlik Kanunu'nun 'Tespit İşleri' başlıklı 61. maddesinde ise, noterlerin bir şeyin veya bir yerin hal ve şeklini, kıymetini, ilgili şahısların kimlik ve ifadelerini tespit edebilecekleri ve davet edildiklerinde piyango ve özel kuruluşların kur'a, seçim ve toplantılarında hazır bulunarak durumu belgelendirebilecekleri düzenlenmiştir.

1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde, Noterlik Kanunu'nun 61. maddesinde düzenlenmiş olan bu tespit işlerinin, hukuki nitelikleri itibariyle, HUMK'un öngördüğü anlamda delil tespiti olmadığı konusunda doktrinde görüş birliği mevcuttu¹²⁷. Ancak 6100 sayılı HMK'nın kabulüyle, HUMK'da yer almayan, Noterlik Kanunu uyarınca noterlerin yapacağı vakıa tespitine ilişkin hükümlerin saklı olduğuna ilişkin düzenleme sebebiyle, Noterlik Kanunu'na göre yapılan tespit işlemlerinin hukuki niteliklerinin incelenmesi zaruriyetinin hasıl olduğu kanaatindeyiz.

Noterlik Kanunu'nun 102. maddesine göre, noterler, yapacakları tespit işlemlerini tutunak şeklinde gerçekleştireceklerdir ve gene aynı Kanun'un 82. maddesine göre, bu hükümlere göre belgelendirilen işlemler resmi sayılacak ve sahtelikleri sabit oluncaya kadar geçerli olacaklardır.

Delil tespiti işlemi, niteliği itibariyle, bir geçici hukuki korumadır ve geçici hukuki korumalar, yargısal bir faaliyet sonucunda sağlanabilirler¹²⁸ ancak

¹²⁷ Erkuyumcu, **a.g.m.**, s.126; Kuru, **Cilt IV**, s.4478; Süha Tanrıver, Noterlerin Tespit İşleri, **MİHDER**, 2006, S.3, s.593-605, s.593 (Kısaltma: Tanrıver, Noter); Yılmaz, **Cilt II**, s.1375; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.53-54; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.70 vd. .

¹²⁸ Erişir, **İhtiyati Tedbirler**, s.130.

noterlerin yapmış olduğu tespit işlemleri yargısal faaliyet niteliği taşımamaktadırlar. Noterlerin yapmış olduğu tespit işlemleri, vakıa ya da durum tespiti olarak değerdendirilebilecektir¹²⁹. Bu bağlamda Alman Medeni Usul Kanunu §485/II düzenlemesine benzetileceklerdir ancak bu işlemlerden farklı olarak, sadece tespit talebinde bulunanın hazır bulunması ile tespit işlemi yapılabilecektir. Bu husus ise, hukuki dinlenilme hakkı gözetilmeden bir tespit tutanağının hazırlanmasına ve hazırlanmış olan bu tespit tutanağının ise aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olması sonucunu doğuracaktır.

Hukuki ihtilafın aslına ilişkin davanın açılmasından önce delil tespiti talebinin aciliyet arz ettiği hallerde, noterlerin tespit işlemi yapabileceği kabul edilmekle beraber bu işlemin geçici bir hukuki koruma olarak değerdendirilemeyeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

a. Genel Olarak

Bir uyuşmazlığın medeni yargı sisteminde yer alan mahkemelerden hangisi tarafından çözüleceğini görev kuralları düzenlerken, hangi yerdeki mahkeme tarafından çözüleceğini yetki kuralları belirlemektedir.

Geçici hukuki koruma türlerinden biri olan delil tespiti, hakimın kararıyla etkili olan bir taraf usuli işlemidir ve mahkemelerce yapılacak olan delil tespitinin etkilerini doğurabilmesi için, görevli ve yetkili mahkeme tarafından yapılmış bir tespit olmalı gereklidir.

6100 sayılı HMK'nın 'Görev ve Yetki' başlıklı 401. maddesine göre, henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin

¹²⁹ Tanrıver, **Noter**, s.595.

bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden istenecektir. Aynı maddenin son fıkrasına göre ise, dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevli olacaktır.

HMK m.401 hükmü ile 1086 sayılı HUMK m.370’de düzenlenen, delillerin tespiti için salahiyyetli olan mahkemenin, davanın rüyet edildiği veyahut dava ikame olunmamış, ise en seri ve en az masrafla delilin tespiti kabil bulunduğu mahkeme veya sulh hakimi olacağına ilişkin düzenleme önemli ölçüde değiştirilmiştir.

Getirilen yeni düzenleme ile davadan önce yapılan delil tespiti konusunda “en seri ve en az masrafla delilinin tespiti kabil bulunduğu” yer mahkemesine yetki veren HUMK m.370 kuralı değiştirilmiş ve HMK m.401 hükmü ile, davadan önce yapılacak delil tespit taleplerinin “esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesi” olduğu kuralı benimsenmiştir¹³⁰.

HMK m.401 hükmü ile, delil tespitinde görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi hususunda, esasa ilişkin dava açılmadan önce yapılan delil tespitleri ve esasa ilişkin dava açıldıktan sonra yapılan delil tespitlerine ilişkin olarak belirlenebilecek olan görevli ve yetkili mahkemeler farklılık gösterebilmektedir.

¹³⁰ HUMK m.370 hükmünün uygulamada olduğu dönemde, bu hükümde yer alan ‘delil tespiti için salahiyyetli olan mahkeme’ ifadesinin ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin doktrinde çeşitli tartışmalar mevcuttu. Bir grup yazar, madde metninde yer alan ifadenin, mahkemelerin hem görevine hem de yetkisine ilişkin bir düzenleme olduğu kanaatindedir. Buna göre, dava açılmadan önce delil tespiti, en çabuk ve en az giderle delil tespiti yapılabilecek olan mahkemeden istenebilecektir. Bu mahkemeler sulh hukuk mahkemeleri olabileceği gibi asliye hukuk mahkemeleri de olabilecektir ve dava açılmadan önce istenebilecek olan delil tespitleri bakımından bir sınırlama söz konusu olmayacaktır. Bu görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Ansay, **a.g.e.**, s.317; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.497-498; Kurt, **a.g.m.**, s.91; Üstündağ, **a.g.e.**, s.590; Kuru, **Cilt IV**, s.4433; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.377. Doktrinde diğer bir görüş ise, HUMK m.370’de yer alan bu ifadenin sadece mahkemelerin yetkisi bakımından bir kolaylık sağladığını savunmaktaydı. Buna göre, davanın açılmasından evvel delillerin tespiti, genel hükümlere göre görevli mahkemeye yapılacaktır. Bu mahkeme, genel mahkemelerden olan sulh hukuk veya asliye hukuk mahkemeleri olabileceği gibi, özel mahkemelerden biri de olabilecektir. Bu görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Erkuyumcu, **a.g.m.**, s.130; Yılmaz, **Cilt II**, s.1346 vd.; Özkan, **a.g.e.**, s.821 vd.; Yavaş, **Delil Tespiti**, s. 87; Akil, **Delil Tespiti**, s.18; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.74.

b. Esasa İlişkin Dava Açılmadan Önce Yapılan Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme

(1) Genel Kural

HMK m.401 hükmü, henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespitinin esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden istenebileceğini düzenlemiştir.

Esasa ilişkin dava açılmadan önce delil tespitine başvurulduğu hallerde, görevli ve yetkili mahkemeler üç şekilde gruplandırılabilirlerdir. Buna göre, dava açılmadan önce delil tespitine başvurulduğu hallerde, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkeme veya keşif yada bilirkişi incelemesine konu olan şeyin bulunduğu yer sulh mahkemesi ve son olarak da tanık olarak dinlenecek olan kişinin oturduğu yer sulh mahkemesi görevli ve yetkili mahkemeler olarak ortaya çıkmaktadır.

(2) Esas Hakkındaki Davaya Bakacak Olan Mahkeme

HMK m.401’de delil tespitinde hangi mahkemelerin görevli ve yetkili olduğunun belirlenmesine ilişkin olarak düzenlenen ilk kural, henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespitinin esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden istenebileceğidir¹³¹.

Kanaatimizce, ‘esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkeme’ ifadesi ile hem göreve ilişkin hem de yetkiye ilişkin olarak bir düzenleme yapılmaktadır. Buna

¹³¹ 15. HD. 21.5.2012 tarih ve 541/3682 sayılı Kararı’nda, mahkeme, iş sahibinin delil olarak sulh hukuk mahkemesinde yaptırdığı delil tespit dosyasına dayanmış olmakla birlikte, delil tespitinin davanın açılmasından sonra görevsiz ve yetkisiz mahkemece yaptırılması sebebiyle, geçersiz olduğuna hükmedilmiştir.

göre, delil tespitine asıl dava açılmadan önce başvurulduğu hallerde, talep, esas hakkındaki görevli ve yetkili mahkemeye yöneltilecektir. Asıl dava bakımından görevli ve yetkili mahkeme veya mahkemeler, yapılacak olan delil tespiti bakımından da görevli ve yetkili olacaktır. Asıl davanın hangi görevli ve yetkili mahkemede görüleceği ise HMK görev ve yetkiye ilişkin genel düzenlemelerine göre tespit edilecektir. HMK m.1-4 hükümlerinde mahkemenin görevine ilişkin düzenlemeler yer alırken, HMK m.5 vd. hükümlerinde mahkemelerin yetkisine ilişkin kurallar düzenlenmiş bulunmaktadır.

Delil tespiti talebinin görevsiz bir mahkeme yapılması halinde, görev kuralları niteliği itibarıyla kamu düzeninden olduğu için, görevsiz mahkemenin bu talebi reddetmesi gerekecektir. Benzer bir durum kesin yetkili olmayan mahkemeye yapılacak olan delil tespiti talepleri bakımından da söz konusu olacaktır. Kesin yetki kuralları da niteliği itibarıyla görev kuralları gibi, kamu düzeninden olduklarından dolayı, asıl uyuşmazlık hakkında kesin yetkili bir mahkemenin bulunduğu hallerde, yetkisiz bir mahkemeye başvurulması halinde, mahkeme bu talebi reddedecektir. Kesin olmayan yetki kuralları bakımından ise, durum farklılık göstermektedir. Bu hallerde, yetkisiz mahkemeye yapılacak olan talep, ancak karşı tarafın yetki itirazında bulunması halinde, reddedilecektir.

(3) Keşif veya Bilirkişi İncelemesi Yapılacak Olan Şeyin Bulunduğu Yer Sulh Mahkemesi

HMK m.401 hükmü ile, delil tespitinin hangi mahkemeye yapılacağına ilişkin ikinci kural, bu taleplerin keşif veya bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu yer sulh mahkemesine yapılabileceğidir.

Madde hükmü ile aslen görevli mahkemenin sulh mahkemesi olacağı belirlenmiş ve yetkili mahkemeye ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, keşif ve bilirkişi incelemesine konu olacak şeyin bulunduğu yer mahkemesi, asıl dava açılmadan önce başvurulacak delil tespiti bakımından yetkili mahkemedir.

(4) Tanık Olarak Dinlenecek Olan Kişinin Oturduğu Yer Sulh Mahkemesi

HMK'nın, asıl dava açılmadan önce başvurulacak delil tespitinde görev ve yetkili mahkemeyi düzenleyen hükmüne göre, delil tespiti talepleri tanık olarak dinlenecek olan kişinin oturduğu yer sulh mahkemesine yapılabilecektir.

Kanaatimizce, bu düzenleme de aslen yetki mahkemenin tespit edilmesine ilişkin bir kuraldır lâkin düzenleme ile sulh mahkemesi görevli mahkeme olarak belirlenmiş ve yetkili mahkeme olarak da tanık olarak dinlenecek olan kişinin oturduğu yer mahkemesi saptanmıştır.

(5) Genel Değerlendirme

HMK m.401 hükmü, 1086 sayılı HUMK'un 370. maddesine karşılık gelmektedir ve Hükümet Gerekçesi m.405'de, getirilen yeni düzenleme ile, eski düzenlemeden farklı olarak görev ve yetki konusunda tam bir açıklık getirilmiş olduğu belirtilmiştir. Yeni düzenleme, görev ve yetki konusunda bir takım değişiklikler yapmış olmakla birlikte, bir takım durumlar bakımından biraz daha detaylı incelenmesi faydalı olabilecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere, madde metninde, esas hakkındaki davaya bakacak mahkeme, keşif veya bilirkişi incelemesine konu olan şeyin bulunduğu yer sulh mahkemesi ve tanık olarak dinlenecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesi olmak üzere üç ayrı mahkeme belirtilmiştir.

Esas hakkındaki davaya bakacak görevli mahkemeler, medeni yargı kolundaki sulh hukuk, asliye hukuk, asliye ticaret mahkemeleri ile özel mahkemelerden biri olabilecektir¹³². Yetkili mahkemeler ise, HMK m.5 vd.

¹³² 26.6.2012 tarih ve 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesi ile TTK m.5/III hükmünün değişmesi ile asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki işbölümü ilişkisi olarak değil, görev ilişkisi olarak düzenlenmiştir.

hükümlerinde düzenlenmiş olan genel yetkili, kesin olmayan özel yetkili veya kesin olan özel yetkili mahkemelerden biri olabilecektir¹³³.

HMK m.401’de düzenlenen görev ve yetkiye ilişkin düzenleme de ise, kanun koyucu sulh hukuk mahkemelerinin görevini belirlemiş ve yetkili mahkemenin de ne şekilde belirleneceğini kurala bağlamıştır. Buna göre, dava açılmadan önce, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden delil tespiti talep edilmediği hallerde, delil tespiti talepleri bakımından görevli mahkeme her zaman sulh hukuk mahkemesi olacaktır ve yetkili mahkeme ise, keşfe veya bilirkişi incelemesine konu olan şeyin bulunduğu yer mahkemesi veya tanık olarak dinlenecek kişinin oturduğu yer mahkemesi olarak belirlenecektir.

Görev kuralları nitelikleri itibariyle kamu düzenine ilişkindir ve taraflar, kamu düzenine ilişkin olan bu kuralları değiştiremezler, aksine sözleşme yapamazlar. Aynı husus kesin yetkili özel mahkemeler bakımından da geçerlidir. Kanun’un kesin yetki kuralları öngördüğü hallerde, dava sadece Kanun’da öngörülen bu mahkeme veya mahkemelerde açılabilir¹³⁴.

Delil tespitine ilişkin getirilen görev ve yetki kurallarının, delil tespiti talebinde bulunan tarafa seçimlik bir hak tanıdığı sonucuna ulaşılabilecektir lâkin kanun koyucu, HMK m.401 düzenlemesinde, bu üç grup mahkemenin görev ve yetkisini ‘veya’ bağlaçlarıyla birbirinden ayırmayı tercih etmiştir. Böylelikle, bu üç grup mahkeme arasında bir öncelik veya sonralık ilişkisi düzenlenmemiş ve delil tespitine ancak bu mahkemelere başvurulmasını düzenlemiş olmakla beraber, başvuru sahibine bu üç grup mahkemeden birini seçme hakkı tanımış ve bu hakkı kullanmayı da herhangi bir ön koşula bağlamamıştır.

¹³³ Doktrinde yetki kuralları çeşitli şekillerde gruplandırılmaktadır. Farklı gruplandırmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.129 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.134 vd. .

¹³⁴ 7. HD., 8.12.2011, 6690/7790.

26.9.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un hukuk mahkemelerinin görevini düzenleyen 6. maddesine göre, asliye hukuk mahkemeleri, özel kanunlarla kurulan hukuk mahkemelerinin görevleri saklı kalmak üzere, sulh hukuk mahkemelerinin görevleri dışında kalan ve özel hukuk ilişkilerinden doğan her türlü dava ve işlere ve kanunların verdiği işlere bakacaktır.

Esas hakkındaki davanın asliye hukuk mahkemesinin görev alanında girdiği durumlarda, esas davanın açılmasından önce, delil tespiti talebinde bulunan, görevli asliye hukuk mahkemesine başvurmak yerine sulh hukuk mahkemesine başvurabilecektir. Gene benzer bir şekilde, kesin yetkili bir mahkemenin söz konusu olduğu hallerde, delil tespiti talebine başvurulurken, keşif veya bilirkişi incelemesine konu olan şeyin veya tanık olarak dinlenecek olan kişinin oturduğu yer mahkemesine başvurularak bu kesin yetki kuralı bertaraf edilebilecektir.

Ayrıca, doktrinde, delil tespiti talebinin her tür delil hakkında istenebileceği kabul edilmekle beraber¹³⁵, HMK m.401 hükmü görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi açısından sadece keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ve tanık ifadelerinin alınmasına ilişkin delil tespiti talepleri bakımından, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemenin görevli ve yetkili olması kuralından ayrılarak, görevli ve yetkili mahkemeleri düzenlemiştir. Bunu dışındaki hallerde ise, talep sahibi, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden, delil tespiti talebinde bulunmakla yükümlüdür.

Kanun koyucunun, keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ve tanık ifadelerinin alınmasına ilişkin hallerde, delil tespiti kurumun amacına ulaşabilmesi bakımından acele ve en kolay şekilde bu kuruma başvurularak, delillerin tespit edilebilmesi amacıyla böyle bir düzenleme getirildiği düşünülse de, tespit edilmesi istenebilecek diğer deliller bakımından da benzer bir düzenleme getirilmesi, kurumun amacına ulaşması bakımından isabetli olabilecektir.

¹³⁵ Doktrinde delil tespiti kurumuna her türlü delilin güvence altına alınması için başvurulabileceğinin kabul edildiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: İkinci Bölüm, I.

Kanaatimizce, HUMK m.370 hükmünün uygulamada olduğu dönemde, bu hükümde yer alan ‘delil tespiti için salahiyyetli olan mahkeme’ ifadesi sadece mahkemelerin yetkisi bakımından bir kolaylık sağlayacak şekilde yorumlanmalıdır. Buna göre, davanın açılmasından evvel delillerin tespiti, genel hükümlere göre görevli mahkemeye yapılacaktır. Bu mahkeme, genel mahkemelerden olan sulh hukuk veya asliye hukuk mahkemeleri olabileceği gibi, özel mahkemelerden biri de olabilecektir.

1086 sayılı HUMK m.370 ile hükme bağlanan, dava açılmadan önce delil tespitinin en seri ve en az masrafla yapılabilecek olan mahkemeden talep edilebilmesi düzenlemesi aslen mahkemenin yetkisi ne olursa (kesin yetkili ve/veya kamu düzenine ilişkin) her türlü delilin tespiti için, delil tespitinin en seri ve en az masrafla yapılabilecek olan mahkemeden istenebilmesi hem yeknesak bir düzenleme getirdiği için hem de kurumun, delillerin tahkikat aşamasından önce toplanması ve güvence altına alınması amacına uygun düşmekteydi.

Uygulamada, özellikle birden fazla mahkeme olan yerlerde delil tespiti talebinde bulunanların çoğunlukla keşif yoluyla bir delil sağlamak için bu yola başvurdıkları ve istedikleri sonucu alamayınca aynı amaçla başka bir mahkemeye gittikleri ve bu suretle farklı iki mahkeme tarafından delil tespiti yolu ile alınan raporların bağdaştırılmasının (telifinin) mahkemeleri müşkülata sevk etmekte olduğu görülmektedir. Bu sakıncaları önlemek ve kanunun belli hallere hasrettiği delil tespiti yolunun kötüye kullanılmasına engel olmak için mahkemelerin, HUMK’un özellikle 369 uncu maddesinde yazılı şartları göz önünde tutmaları ve delil tespiti isteyenlerden evvelce diğer bir mahkemeye başvurup başvurmadığının sorulması, kesin zorunluluk ve acele bir hal bulunmadıkça diğer tarafa muamele sırasında hazır bulunması için tebligat yapılması ve acele hallerde de diğer tarafın savunmasını yapmasına imkan verilmesi için delil tespitinden sonra düzenlenecek tutanağın hemen diğer tarafa tebliği gerekecektir¹³⁶.

¹³⁶ Adalet Bakanlığı’nın 4.1.1944 gün ve 109/2 sayılı Genelgesi.

Alman yargılama hukukunda, dava açılmadan önce başvurulacak delil tespiti talepleri bakımından yetkili ve görevli mahkeme ZPO §486’da düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, dava açılmadan önce delil tespitine başvurulduğu durumlarda, talep, asıl dava bakımından görevli ve yetkili mahkemeye sunulmalıdır. Ancak, tehlikenin mevcut olduğu durumlarda, talepler, keşfe veya bilirkişi incelemesine konu olan şeyin bulunduğu yer veya tanık olarak dinlenecek kişinin oturduğu yer sulh hukuk mahkemesine iletilecektir.

c. Esasa İlişkin Dava Açıldıktan Sonra Yapılan Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme

HMK m.401/III’e göre, dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevli olacaktır. Benzer bir düzenleme HUMK m.370’de, delil tespitinde davanın rüyet edildiği mahkemenin salahiyyetkar olduğu şeklinde ifade edilmiştir. Aslen her iki düzenleme birbirine paralel niteliktedir ancak HMK ile getirilen düzenleme esas davanın ‘yetkili ve görevli’ olduğunu açıkça belirterek, HUMK m.370’deki ‘salahiyyetkar olduğu’ ifadesinin ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin tartışmalara son verilmiştir.

C. Delil Tespiti Talebi

1. Delil Tespiti Talebinin Şekli

Delil tespiti talebi mahkemeden dilekçe ile istenir. Bu husus, HMK m.402’de, delil tespiti talebinin dilekçeyle yapılacağı şeklinde düzenlenmiştir.

Delil tespiti talebi kural olarak, mahkemeden dilekçe ile istenecektir ancak, doktrinde bu kuralın, delil tespitine, asıl dava açılmadan önce başvurulduğunda geçerli olacağı ve delil tespitine asıl dava açıldıktan sonra başvurulduğu hallerde, delil tespitini talebinin duruşmada sözlü olarak ileri sürülebileceği ve bu talebin

duruşma tutanağına geçirilmek suretiyle de delil tespitine başvurulabileceği doktrinde kabul edilmektedir¹³⁷. Ayrıca, bazı özel durumlarda, Kanun’la, asıl davanın açılmasından önce delil tespitine başvurulduğu hallerde, mahkeme kalemine yapılacak sözlü başvurunun tutanağa geçirilmesi suretiyle de delil tespiti talebinde bulunulabileceği düzenlenmiştir¹³⁸.

Kanun’da dilekçe ile ve yazılı olarak yapılması hükme bağlanan delil tespiti kurumuna, dava açılmadan önce sözlü olarak başvurulduğu hallerde, yapılan delil tespiti taleplerinin reddi gerekmektedir¹³⁹.

2. Delil Tespiti Talep Dilekçesinin İçeriği

HMK m.402, delil tespiti talebinin dilekçeyle yapılacağını hükme bağladıktan sonra, dilekçede bulunması gereken hususları belirlemiştir. Buna göre, delil tespiti dilekçesinde, tespiti istenen vakıa, tanıklara veya bilirkişilere sorulması istenen sorular, delillerin kaybolacağı veya gösterilmesinde zorlukla karşılaşılacağı kuşkusunu uyandıran sebepler ile aleyhine delil tespiti istenen kişinin ad, soyad ve adresi bulunmalıdır. Tespit talebinde bulunan kişinin, durum ve koşulların imkân vermemesi nedeniyle, aleyhine tespit yapılacak kişiyi gösteremediği hallerde ise, talebi geçerli sayılacaktır.

Delil tespiti kurumu, hukuki niteliği itibariyle dava olmamakla beraber, dilekçe ile bu kuruma başvurulacağından dolayı, delil tespiti dilekçesinin unsurları

¹³⁷ Yılmaz, **Cilt II**, s.1354; Yavaş, **Delil Tespiti**, s. 91; Akil, **Delil Tespiti**, s.24.

¹³⁸ 4539 sayılı Doğal Afet Bölgelerinde Afetten Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümüne ve Bazı İşlemlerin Kolaylaştırılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun’un 1. maddesine göre, doğal afet bölgelerinde afete maruz kalanların, afetten kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkların çözümü amacıyla delillerin tespitine ilişkin istemleri, ispat olunacak olay ile tanıklar ve bilirkişiye sorulacak sorulara ilişkin konuları belirten ve üç nüshadan oluşan bir dilekçenin verilmesi veya mahkeme kalemine yapılacak sözlü başvurunun tutanağa geçirilmesi suretiyle yapılabilir. Ölüm, gaiplik veya yaralanma gibi nedenlerle delil tespiti yaptıramayacak durumda olanların eşleri ile üçüncü dereceye kadar kan veya sıhrı hısımları da delil tespiti isteminde bulunabileceklerdir (03.03.2000 tarih ve 23982 sayılı Resmi Gazete).

¹³⁹ Doğanay, **a.g.m.**, s.896; Erkuyumcu, **a.g.m.**, s.131; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.91; Akil, **Delil Tespiti**, s.27; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.84.

ile dava dilekçesinin unsurları arasında paralellik kurmak mümkün olabilecektir. Buna göre, HMK m.119'da düzenlenen dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar, uygun düştüğü ölçüde delil tespiti dilekçesinde de bulunmalıdır sonucuna varılabilmesi mümkündür¹⁴⁰. Ancak, delil tespiti talebini içeren dilekçede bulunması gereken bazı özel unsurlar da mevcuttur.

Delil tespiti talebine ilişkin dilekçe unsurlarının, talebin davanın açılmasından önce mi yoksa açılmış bir davada tahkikat aşamasına gelinmeden önce mi istendiğine göre farklılık oluşturabileceği kanaatindeyiz. Şöyle ki, hukuki ihtilafın aslına ilişkin davanın açılmasından önce delil tespiti talep edildiği hallerde, talep dilekçesinde, dava dilekçesinde bulunması gereken tüm unsurların bulunması gerektiği sonucuna varılabilecektir. Ancak, asıl dava görülmekteyken talep edilen delil tespiti bakımından, dava dilekçesinde yer alan ve dava dosyasından anlaşılacak hususların, delil tespiti talep dilekçesinde yer almadığı sebebiyle delil tespiti talebinin reddedilmesinin, kurumdan beklenen faydanın sağlanmasını engelleyebileceği kanaatindeyiz.

a. Mahkemenin Adı¹⁴¹

Delil tespiti talebini içeren dilekçede, görevli ve yetkili mahkemenin belirtilmesi gereklidir¹⁴². Ancak, delil tespiti talebinde bulunan tarafın, dilekçesinde göstermiş olduğu mahkeme görevli ve yetkili mahkeme olmasa bile, bu husus dilekçenin geçerliliğini etkilemeyecektir¹⁴³.

¹⁴⁰ HMK m.119/I'de, dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar on bent halinde sayılmıştır. Bu unsurlar, mahkemenin adı, davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri, davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri, davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri, iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği, dayanılan hukuki sebepler, açık bir şekilde talep sonucu ve davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzalarıdır.

¹⁴¹ Mahkemenin adı, dava dilekçesinde bulunması gereken unsurları düzenleyen HUMK m.179'da, dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlardan biri olarak düzenlenmemiştir.

¹⁴² Dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlardan biri olarak sayılmasa bile, aslen bu hususun dilekçede bulunması gerekliliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.221; Karşı, **Muhakeme**, s.476.

¹⁴³ Kuru, **Cilt III**, s. 2365; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.276; Karşı, **Muhakeme**, s.476.

b. Tarafların ve varsa Vekillerinin Ad, Soyad ve Adresleri

HMK m.119/I, b.b'e göre, dava dilekçesinde tarafların (delil tespiti talep eden taraf ve karşı tarafın) ad ve soyadları ile adreslerinin yazılması gereklidir. Bu husus, Tebligat Kanunu m.9/I hükmü gereğince, karşı tarafa gönderilecek olan davetiyenin, tarafların ve varsa kanuni temsilci ve vekillerinin ad ve soyadları ile ikametgah veya mesken yahut iş adreslerini ihtiva etmesi gerekliliğine ilişkin husus ile de paraleldir.

Yargıtay'ın, dava veya cevap dilekçesinde, karşı tarafın ad, soyad veya adreslerine ilişkin bilgilerin yanlış yazılması halinde, bu hatanın düzeltebileceği yönünde kararları mevcuttur¹⁴⁴. Bu hususun delil tespitine ilişkin taleplere de uygulanabileceği düşünülebilecektir.

Delil tespiti isteyen taraf, her ne kadar, aleyhine delil tespiti istenen kişinin ad, soyad ve adresini belirtmekle yükümlü olsa da, bazı acele hallerde, delil tespiti, karşı taraf gösterilmeden de yapılabilmektedir. HMK m.402'de de, aleyhine delil tespiti istenen kişinin ad, soyad ve adresinin delil tespiti talep dilekçesinde yer alması gerektiği düzenlenmiştir.

Delil tespiti dilekçesinde, talep sahibinin veya karşı tarafın adı, soyadı veya adresi yazılmamışsa, bu durum, dava dilekçesinde bu unsurların eksikliği halinde hakimnin davacıya bir haftalık kesin süre vermesine ilişkin kuralın, delil tespitine ilişkin taleplerde de kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz.

c. Talep Sahibinin Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarası

Delil tespiti talebinde bulunan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaralarını, talep dilekçelerinde belirtmeleri gereklidir.

¹⁴⁴ 15. HD. 31.10.1978, 2060/2094 (Yasa 1979/1, s.83-84).

d. Talep Konusu

HMK m.119/I, b.d'ye göre, davanın konusunun malvarlığı haklarına ilişkin davalar olması halinde, dava konusunun değeri, dava dilekçesinde bulunması gereken zaruri unsurlardan biridir. Dava konusundan kasıt, açılacak davanın hangi hususa ilişkin olduğuna dair belirleyici bir kayıttır. Buna göre, açılacak olan davanın, niteliğinin, dava dilekçesinde yer alması gereklidir. Örneğin, açılacak olan davanın, tahliye, boşanma veya alacak davası mı olduğu dilekçede belirtilecektir¹⁴⁵. Dava konusunun malvarlığına ilişkin olduğu hallerde, değerinin dilekçede belirtilmesi gerekliliği ise, davanın açılması sırasında ödenmesi gerekli harçların tespiti bakımından da önem arz eder¹⁴⁶.

Delil tespiti talepleri bakımından bu zaruri unsur, talepte bulunan kimsenin, hangi hukuki koruma vasıtasından faydalanmak istediğini açıkça belirtmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Mahkemeye sunulacak, delil tespiti talebini içeren dilekçelerde, talebin konusunun delil tespiti olduğu belirtilecektir. Delil tespiti talepleri, matbu harca tabiidir.

e. Talepte Bulunanın Talebini Haklı Gösterecek Tüm Vakıaları, Nedenlerini ve Varsa Delillerini Belirtmesi

HMK m.119/I,b.e ve f'ye göre, davacı, iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini ve iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini belirtmekle yükümlüdür. Dava dilekçesinde belirtilmesi zaruri olan ve iddianın dayanağını teşkil eden vakıalar, aslen dava sebebinin teşkil etmektedirler¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.426; Karşlı, **Muhakeme**, s.486.

¹⁴⁶ Harçlar Kanunu m.16/III'e göre, değer tayini mümkün olan hallerde dava dilekçelerinde değer gösterilmesi mecburidir. Gösterilmemişse davacıya tespit ettirilir. Tespitten kaçınma halinde, dava dilekçesi muameleye konmaz.

¹⁴⁷ Dava temelinin ne olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Alangoya, **Vakıaların Toplanması**, s.100 vd.; Yavuz Alangoya, Dava Temeli, Hakim'in Dava Malzemesini Toplamadaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, **Kazancı Dergisi**, Mayıs 2005, s.83 vd.; Türk yargılama hukukunda ferdileştirme ilkesi değil, vakıalara dayandırma ilkesi benimsenmiştir. Buna göre, dava dilekçesinde

Delil tespiti talepleri bakımından da, bu taleplerin maddi sebebini oluşturan vakıaların delil tespiti talebinde gösterilmesi gerekmektedir. Bu vakıalar aslen, delil tespiti talebinin düzenlendiği, HMK m.402’de, bahsi geçen, ‘delillerin kaybolacağı veya gösterilmesinde zorlukla karşılaşılacağı kuşkusunu uyandıran sebepler’ olarak somutlaşacaktır.

Delil tespiti dilekçesinde tespiti istenen vakıa, tanıklara veya bilirkişilere sorulması istenen sorular ile delillerin kaybolacağı veya gösterilmesinde zorlukla karşılaşılacağı kuşkusunu uyandıran sebeplerin yer alması gerekmektedir.

Delil tespiti talebinde bulunan gerçek veya tüzel kişinin, talebinin haklılığını gösterecek tüm vakıaları ve varsa bunlara ilişkin delillerini de belirtmesi gerekir. Delil tespiti talebi sahibinden, söz konusu vakıaları tam olarak ispat etmesi beklenmemekle beraber, vakıaların ispatının, hâkimde talep doğrultusunda karar verme inancına yol açabilecek ölçüde olması gerektiği kabul edilebilecektir¹⁴⁸.

Delil tespiti talebini inceleyecek olan mahkeme, yöneltilmiş olan delil tespiti talebinin kabule şayan olup olmadığını inceleyecektir. Mahkemenin delil tespiti yapılmasının gerekliliğine ilişkin karar verebilmesi için, delil tespitini haklı kılacak tüm sebeplerin, hukuki yararın varlığını, talebini haklı kılacak tüm vakıaları, nedenlerinin ve bunlara ilişkin delillerini, delil tespiti talebine ilişkin dilekçede belirtmesi gerekir. Mahkemenin, delil tespitinin şartlarının mevcut olduğuna kanaat getirmesi ve onu muhtemel görmesi, delil tespiti talebinin kabulü için yeterli olacaktır¹⁴⁹.

talep sonucunun dayanağı olan ve bu talep sonucunu haklı göstermeye elverişli bulunan vakıaların gösterilmesi gereklidir. Bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Ansay, **a.g.e.**, s.236-237; Üstündağ, **Usul**, s.2; Kuru, **Cilt II**, s.1589; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.280; Karşlı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, s.487.

¹⁴⁸ Kuru, **Cilt III**, s.3151; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.95-96; Akil, **Delil Tespiti**, s.27.

¹⁴⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.570; Kuru, **Cilt IV**, s.4431; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.95; Akil, **Delil Tespiti**, s.27; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.86.

f. Dayanılan Hukuki Sebepler

Dayanılan hukuki sebepler, davacının talep sonucunu haklı göstermek için dava dilekçesinde bildirmiş olduğu vakıaların hukuki niteliğidir ve aslen, dava dilekçesinde bulunması gereken zorunlu unsurlardan biri değildir¹⁵⁰.

Yargılama hukukunun temel ilkelerinden biri, hakimin hukuku re'sen bulması ve uygulaması ilkesidir. HMK m.33'de düzenlenen bu ilkeye göre¹⁵¹, hâkim, Türk hukukunu resen uygulayacaktır. İura novit curia olarak da isimlendirilen bu ilkeye göre, hâkimin mahkemeye getirilen ihtilafın çözümüne ilişkin hüküm verebilmek için getirilen vakıalara, bunlara uyan hukuk normunu uygulayacaktır. Hâkim, bu hususta tarafların nitelemeleri ile bağlı olmadığı gibi, aslen tarafların da bu hususu belirtmelerine gerek olmadığı hususu doktrinde savunulmaktadır¹⁵².

Bu ilke çerçevesinde, tarafın dilekçesinde, talebine uygulanacak olan ve tarafın kendisini haklı gösterdiğine inandığı soyut hukuk normlarını belirtmiş olması, hâkime yardım edici bir nitelik taşıyacaktır¹⁵³ ve tarafların belirtmiş oldukları hukuki sebep aslen hâkimi bağlayıcı nitelik taşımayacaktır¹⁵⁴.

Delil tespiti talebinde bulunan kişinin, talebinin dayanağını teşkil eden hukuki sebepleri tespit talebini içeren dilekçesinde belirtmesi gerekli olmakla

¹⁵⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.282; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.428; Karşlı, **Muhakeme**, s.490.

¹⁵¹ HUMK m.76'da, hâkimin re'sen Türk kanunları mucibince hüküm vereceği ve ancak bir ecnebi hukukunun tatbikinin gerekli olduğu hallerde, buna istinat eden tarafın o kanun hükmünü ispatla mükellef olduğuna ve ilgili hükmün ispat olunmadığı hallerde ise Türk kanunları mucibince hükmolunacağı şeklinde düzenlenmiş olan, hâkimin hukuku görevinden ötürü uygulayacağı ilkesi HMK m.33'de düzenlenmiştir.

¹⁵² Ansay, **a.g.e.**, s.237-238; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.5; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.186; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.428; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.371 (Kısaltma: Yılmaz, Şerh).

¹⁵³ Karşlı, **Muhakeme**, s.490; Hukuki sebebin dilekçede yer almasının gerekliliğine ilişkin tartışmalar için bkz: Umar, **Şerh**, s.355 vd. .

¹⁵⁴ RG. 1.10.1958, 4.6.1958 tarih ve 15/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, hâkimin bir davada sadece tarafların ileri sürdükleri maddi vakıalar ve neticei taleplerle bağlı olmakla beraber, dayandıkları kanun hükümleriyle ve onların hukuki tasnifleriyle bağlı olmadığını belirterek, hâkimlerin kanunları re'sen tatbik etmekle mükellef olduğunun altı çizilmiştir.

beraber, talep sahibinin, bu hususu yerine getirmediğ veya hukuki sebebi yanlış belirtmiş olduğu hallerde, bu durum, delil tespiti talebinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Delil tespiti talebinde bulunduğu dilekçesinde, talebini dava olarak adlandırmış olsa da, bu niteleme hakimi bağlamayacaktır ve mahkemeye yöneltilen talebe, delil tespitine ilişkin hükümler uygulanacaktır¹⁵⁵.

g. Talep Sonucu

HMK m.119/I,b.ğ'ye göre, davacı, dilekçesinde açık bir şekilde talep sonucunu belirtmelidir. Buna göre, davacı, mahkemeden neye karar verilmesini talep ettiğini açıkça, tereddüde yer bırakmayacak biçimde dilekçesinde göstermelidir. Dava dilekçesinin zaruri unsurlarından biri olan, neticei talebin dava dilekçesinde gösterilmesi hususu, her bir dava için farklı şekillerde ortaya çıkabilir¹⁵⁶.

Delil tespiti dilekçeleri bakımından talep sonucu, delil tespiti talebinde bulunan gerçek veya tüzel kişinin, açıkça delil tespitine karar verilmesini talep ettiğini belirtmesi şeklinde ifade edilebilecektir. Delil tespitinde bulunan tarafın, tespitini istediğı delilleri, dilekçesinde açıkça belirtmesi gereklidir.

Talep sonucu açık değilse, mahkeme, talep sahibine, talep sonucunu açıklattırmalıdır. HMK m.31'de düzenlenmiş olan hâkimin davayı aydınlatma ödevi, hâkime, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilme, soru sorabilme ve delil gösterilmesini isteyebilme yetkisini tanımıştır.

¹⁵⁵ Akil, **Delil Tespiti**, s.27; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.86; Yılmaz, **Şerh**, s.816: Yazar, avukatların, Avukatlık Kanunu m.2/II'de, 'davada hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetlerine ve kişilerin yararlanmasına tahsis etmesi' şeklinde belirlenen görevleri sebebiyledir ki, avukatlardan, dayandıkları hukuki sebebi tam ve doğru olarak yazmalarının beklenmesinin gerekli olduğu kanaatindedir.

¹⁵⁶ Ansay, **a.g.e.**, s.440-441; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.393; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.283-284; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.229; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.429-430; Karşı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, s.491.

Delil tespiti taleplerinde, kural, delil tespiti talebinde bulunanın, delil tespiti talep ettiğini açıkça belirtmesi olmakla beraber, dilekçenin talep sonucu kısmı dışında kalan kısımların yorumu neticesinde talebin neye ilişkin olduğunun anlaşılabilirdiği hallerde, hâkimin talebi reddetmeyerek, incelemesi gerekmektedir¹⁵⁷.

h. İleride Açılacak Davanın Somut Olarak Gösterilmesi

Hukuki uyumsuzlığa ilişkin olarak, asıl dava açılmadan önce, delil tespitine başvurulduğu hallerde, bu talebe ilişkin olarak ileride açılacak olan davanın, talep dilekçesinde, somut olarak gösterilmesi gerektiği doktrinde belirtilmektedir¹⁵⁸.

Dava açılmadan önce başvurulacak olan delil tespiti taleplerinde, ileride açılacak olan davanın somut olarak belirtilmesinin faydaları olmakla beraber, talep dilekçelerinin içeriği bakımından, bu hususun dilekçe muhtevasına ilişkin zorunlu bir unsur olarak sayılması gerektiği konusunda bir takım tereddütlerimiz bulunmaktadır.

Türk yargılama hukukumuz bakımından, dava açılmasından önce başvuru delil tespiti taleplerinin asıl davayla olan bağlantısının aslen çok zayıf olduğunu belirtmek gerekmektedir. Lâkin dava açılmasından önce delil tespitine başvurulması ve vakıanın tespitinin yapılmış olması ve bu tespitin geçerliliği, asıl davanın açılmasına ilişkin bir koşula bağlanmış değildir¹⁵⁹. Alman yargılama hukukunda ise,

¹⁵⁷ Yavaş, **Delil Tespiti**, s.97: Yazar, delil tespiti dilekçesinde, talep sonucunun açık ve anlaşılabilir olmadığı hallerde, hâkimin, yöneltilen delil tespitini reddetmesi gerektiği kanaatindedir.

¹⁵⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.569; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.83; Akil, **Delil Tespiti**, s.13-14; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.87; Kuru, **Cilt IV**, s.4431 ve 4440. Yazar, dava açılmadan önce delil tespitine başvurulması durumunda, delil tespiti talebinde bulunan kişinin, delil tespiti talebinde ileride açacağı davayı somut olarak bildirmesi gerektiğini belirterek, bildirmemiş olması durumunda ise, delillerin önceden tespitinde hukuki yararı olduğunu ispat edememiş sayılması gerektiğini ve bu sebeple de mahkemenin, kendisine yöneltilen delil tespiti talebini, caiz olmadığı gerekçesiyle reddetmesi gerektiği görüşündedir. Ayrıca, delil tespiti isteyen kişinin, talebinde ‘ileride açacağım davalar’ gibi genel bir ifade kullanmasının, ileride açılacak olan davanın gösterilmesi olarak sayılamayacağı ve bu taleplerin de kabule şayan olmadığı belirtilmiştir.

¹⁵⁹ Diğer bir geçici hukuki koruma önlemi olan ihtiyati tedbirler bakımından HMK m.397/I hükmü ile, ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemler düzenlenmiştir. Buna göre, ihtiyati tedbir kararının dava açılmasından önce verilmiş olduğu hallerde, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren (HMK m.393/I’ e göre, ihtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır.) iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurmak ve karşılığında bir

asıl davanın açılmasından önce, delil tespiti başvurulması halinde, delil tespiti talebinin karşı tarafına, talep sahibini, belli bir süre içerisinde asıl davayı açmaya zorlama imkanı tanınmıştır. ZPO §494a/I'e göre, delil tespiti talebinin karşı tarafı, asıl davanın derdest olmadığı ve vakıaların tespit edilerek, delil tespiti yargılamasının sona ermiş olduğu hallerde, mahkemeden, talep sahibinin, asıl davayı belli bir süre içerisinde açmasına ilişkin bir hüküm talep edebilecektir¹⁶⁰.

Tespiti yapılacak olan vakıanın, ileride açılacak olan davada delil olarak kullanılabilecek olup olmaması veya ispat gücüne ilişkin bir değerlendirme yapılması hususları da, delil tespiti taleplerinin kabulü bakımından değil, ileride açılacak olan asıl davanın delillerin değerlendirilmesine ilişkin tahkikat aşamasının konusunu oluşturacaktır. Delil tespitinin kabulü bakımından aranan hukuki yararın mevcudiyeti, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunduğu hallerde var sayılacaktır.

Somut davanın, talep dilekçesinde gösterilmesine ilişkin önem arz eden diğer bir husus ise, ilgili davanın, talep dilekçesinde yanlış olarak gösterilmiş olduğu hallerde, delil tespiti sonucunda tespit edilen vakıanın, asıl dava bakımından delil niteliği taşıyıp taşımayacağıdır.

1. İmza

belge almak zorundadır. Aksi hâlde ise, tedbir kendiliğinden kalkacaktır. Benzer bir düzenleme, diğer bir geçici hukuki koruma önlemi olan ihtiyati hacizler bakımından da getirilmiştir. İİK m.264'e göre, dava açılmadan veya icra takibine başlanmadan evvel ihtiyati haciz yaptırmış olan alacaklı, haczin tatbikinden (İİK m.261/I'e göre, alacaklı, ihtiyati haciz kararının verildiği tarihten itibaren on gün içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinden kararın infazını istemeye mecburdur.), haciz gıyabında yapılmışsa haciz tutanağının kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde ya takip talebinde (haciz veya iflas) bulunmaya veya dava açmaya mecburdur.

¹⁶⁰ Maddenin takip eden fıkrasında, delil tespiti talebinde bulunan kişinin, §494a/I hükmüne belirlenen süre içerisinde, asıl davayı açmamış olması hallerinde ise, mahkemenin, delil tespitinin karşı tarafının başvurusu üzerine, talep sahibinin, karşı tarafın delil tespiti işleminin giderlerinden sorumlu olacağına hükmedebileceği (acele itiraz yolu açık olmak üzere) düzenlenmiştir. Ancak bu hükümden ancak, delil tespiti işleminin, delillerin tespit edilmesi ve güvence altına alınması ile sona erdiği hallerde yararlanılabileceği doktrinde belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Werner/Pastor, **a.g.e.**, s.66 vd.; Fink, **a.g.e.**, s.128 vd. .

HMK m.119/I,b.h'ye göre, dava dilekçesi, davacı veya varsa kanuni temsilcisi yahut davacı vekili tarafından imzalanacaktır. Benzer şekilde, delil tespiti talebi dilekçesinin altı, talep sahibi veya varsa tarafın, kanuni mümessili veya vekili tarafından imzalanacaktır.

D. Yargılama Usulü

1. Delil Tespiti Taleplerinde Yargılama Usulü

HMK m.316/I b.c hükmüne göre, geçici hukuki koruma önlemlerinden biri olan delil tespiti talepleri basit yargılama usulüne tabi işlerdendir¹⁶¹. Delil tespiti, daha kısa ve basit şekilde sonuçlanmasında fayda bulunması sebebiyle, basit yargılama usulüyle halledilmesi gereken işlere dahil edilmiştir.

Doktrinde, delil tespiti talebini içeren dilekçenin, kural olarak, üç nüsha olarak verileceği belirtilmiştir. Bu dilekçelerden birinci mahkemede kalacak, ikincisi karşı tarafa gönderilecek ve üçüncüsü de (varsa) bilirkişiye verilecektir¹⁶².

HMK m.402'ye göre, delil tespiti talebi dilekçesinde tespiti istenen vakıa, tanıklara veya bilirkişilere sorulması istenen sorular, delillerin kaybolacağı veya gösterilmesinde zorlukla karşılaşılacağı kuşkusunu uyandıran sebepler ile aleyhine delil tespiti istenen kişinin ad, soyad ve adresi yer alacaktır. Tespit talebinde bulunan kişinin, durum ve koşulların imkân vermemesi nedeniyle, aleyhine tespit yapılacak kişiyi gösteremediği hallerde de, delil tespiti talebi geçerli sayılacaktır.

HMK m.320'ye göre, basit yargılama usulünün geçerli olduğu

¹⁶¹ HMK'da HUMK'dan farklı olarak iki temel yargılama tipi düzenlenmiştir. Bunlardan biri HMK m.118-186 arasında düzenlenmiş olan yazılı yargılama usulü ve diğeri ise HMK m.316-322 hükümleri arasında düzenlenmiş olan basit yargılama usulüdür.

¹⁶² Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.570. HUMK m.371'de, delillerin tespitinin, ispat olunacak vaka ile şahitlere ve ehlihibreye sorulacak sualleri muhtevi ve üç nüshadan ibaret, arzuhal ile talep olunacağı düzenlenmişti. Bununla beraber, bu hükmün HMK'daki paraleli olan m.402'de, delil tespiti talebinin dilekçe ile yapılacağı belirtilmiş olmakla beraber, dilekçenin kaç nüsha olarak mahkemeye teslim edileceğine ilişkin bir husus yer almamaktadır.

yargılamalarda, mahkeme, mümkün olan hallerde, tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verebilecektir¹⁶³. Buna göre, geçici hukuki koruma önlemlerine ilişkin yargılamalarda da, taraflar duruşmaya çağrılmadan sadece dilekçe ve delilleri dikkate alınarak karar verilecektir.

2. Delil Tespiti Yargılamasında İspat Yükü ve İspat Ölçüsü

a. Delil Tespiti Yargılamasında İspat Yükü

(1) Genel Olarak İspat Yükü

İspat yükü, doktrinde, belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılamaması, yani olayın ispatsız kalması yüzünden yargıcın aleyhte bir kararıyla karşılaşmak tehlikesi olarak tanımlanmıştır¹⁶⁴.

TMK m.6'da ispat yükü, Kanun'da aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her birinin, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğu şeklinde düzenlenmiştir¹⁶⁵. 6100 sayılı HMK'nın 190. maddesinde de, TMK'daki düzenlemeye paralel olarak, ispat yükünün, Kanun'da özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olduğu düzenlenmiştir¹⁶⁶.

İspat yükünün belirlenmesine ilişkin kuralların, maddi hukuk kuralları olduğu

¹⁶³ Madde metninde yer alan 'mümkün olan hallerde' ifadesinin, kanunlarda duruşma yapılmadan da karar verilmesi mümkün olan haller olarak anlamak gerektiğine ilişkin bkz: Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.733.

¹⁶⁴ Umar/Yılmaz, **a.g.e.**, s.3. Doktrinde yapılan diğer tanımlardan bazıları için bkz: Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.533-534; Üstündağ, **Usul**, s.613.

¹⁶⁵ TMK m.5'e göre, Medenin Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacaktır. Bu noktadan hareketle, 1086 sayılı HUMK'da düzenlenmemiş olan ispat yüküne ilişkin olarak, TMK m.6'da yer alan düzenleme esas alınmaktaydı.

¹⁶⁶ İspat yüküne ilişkin bu iki paralel düzenlemeye rağmen, her bir somut olay bakımından, ispat yükünün ne şekilde belirleneceğine ilişkin çeşitli kuramlar ve pratik olarak bazı ölçütler ortaya çıkmıştır. Bu ölçütlere ve kuramlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Umar/Yılmaz, **a.g.e.**, s.38 vd. ile 89 vd. .

doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir¹⁶⁷.

(2) Delil Tespiti Yargılamasında İspat Yükü

HMK m.190'a göre, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, ispat yükü, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. İspat yükü, tarafların vakıa ileri sürmelerine göre değil, o vakıadan hangi tarafın lehine hak iddia edildiğine göre değişiklik gösterebilecekse de, kural olarak, ispat yükü, ilk olarak davacıya düşecektir lâkin açılmış bir davada ilk vakıayı ileri süren ve ileri sürdüğü vakıadan dolayı lehine bir hak çıkarmak isteyen kişi her zaman davacıdır¹⁶⁸.

Kanaatimizce, delil tespiti yargılaması bakımından da, HMK m.190 ve TMK m.6 ile düzenlenmiş olan ispat yüküne ilişkin genel kural geçerli olacaktır. Buna göre, delil tespiti yargılamalarında, ispat yükü, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olacaktır. Delil tespiti yargılamalarında, delil tespiti talebinde bulunan, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf olacaktır ve delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimalini ispat etmekle yükümlü olacaktır¹⁶⁹.

b. Delil Tespiti Yargılamasında İspat Ölçüsü

(1) Genel Olarak İspat Ölçüsü

¹⁶⁷ Umar/Yılmaz, **a.g.e.**, s.32; Üstündağ, **Usul**, s.613; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.310; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.562; Aksi görüşte bkz: Karşı, **Muhakeme**, s.552: yazar, ispat yükü kurallarının maddi hukuk temeli olmakla birlikte usul hukuku müessesesi olduğunu belirtmektedir. İspat yüküne ilişkin kuralların maddi hukuk kuralları mı yoksa usul hukuku kuralları mı olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Sema Taşpınar, **a.g.e.**, s.167 vd. .

¹⁶⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.563-564.

¹⁶⁹ İhtiyati tedbirler ve ihtiyati hacizler bakımından da ispat yükünün belirlenmesinde genel kurallara aykırılığın ortaya çıkmadığına ilişkin detaylı bilgi için bkz: Üstündağ, **İhtiyati Tedbirler**, s.47; Muhammet Özekes, **İcra İflas Hukukunda İhtiyati Hacizler**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999, s.214 (Kısaltma: Özekes, İhtiyati Haciz).

İspat ölçüsü¹⁷⁰, iddia edilen bir vakıanın, hakim tarafından ne zaman ispatlanmış kabul edilerek, o vakıanın karşıladığı koşul vakıanın gerçekleşmiş sayılacağı ve normdaki hukuki sonucun doğmuş olduğuna karar verileceği, yani, hakimin dayanılan vakıayı ispatlanmış kabul edebilmesi için gereken kanaatin derecesini ifade etmektedir¹⁷¹.

İspat ölçüsü, bir vakıayı düzenleyen normun, o vakıa hakkındaki ispatın yeterliliği konusunda beklediği düzey olarak da tanımlanabilecektir ve bu açıdan bakıldığında tam ispat ve yaklaşık ispat olarak iki ayrı kanaat oluşması düzeyi olarak incelenebilecektir¹⁷². Buna göre, bir vakıa için kesinlik sınırındaki ihtimal derecesi kabul edilmiş ise tam ispat ve ağır basan ihtimal derecesi kabul edilmiş ise, yaklaşık ispat söz konusu olacaktır¹⁷³.

Tam ispat ölçüsünde, hakimi iddia edilen vakıanın doğruluğuna tam olarak inandırmak, ileri sürülen vakıanın gerçek olduğuna ilişkin hakimde tam bir kanaat oluşturmak aranır. Bu tür ispatta, hakimin, iddia edilen olayın vuku bulup bulmadığına tam olarak inanması, bu konuda makul ve kabul edilebilir bir şüphesinin kalmaması gerekir¹⁷⁴.

¹⁷⁰ İspat ölçüsünün, ispat derecesi ve ispat ölçüsü olmak üzere iki anlamı olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Mehmet Kamil Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, s.39 (Kısaltma: Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi).

¹⁷¹ Atalay, **İspat**, s.37; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.571.

¹⁷² Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.571 vd.; Kanaat kavramı ve kanaatin tesisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s.43 vd. İspat ölçüsünün, hangi hukuk alanına dahil olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Bernhard M. Maassen, **Beweismassprobleme im Schadensersatzprozess-Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Problem des Beweismasses im deutschen und anglo-amerikanischen Prozessrecht unter besonderer Berücksichtigung des Schadensersatzprozesses**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1975, s.1 vd.; Hanns Prütting, **Gegenwartsprobleme der Beweislast- Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht**, **Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln**, Bnd. 46, München, 1983, s.60 vd.; Stelios Koussoulis **Beweismaßprobleme im Zivilprozess**, in: **Festschrift für Karl Heinz Schwab**, München 1990, s. 276-298, s.277 vd. .

¹⁷³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.571.

¹⁷⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.573-574.

Yaklaşık ispatta ise hakim, ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmeli ancak ileri sürülen bu vakıanın gerçekleşmeyebileceğine ilişkin bir ihtimalin bulunduğunu da kabul etmelidir öyle ki ileri sürülen vakıa iddiasının doğru olma ihtimali, doğru olmama ihtimaline göre daha ağır basmalıdır fakat bununla birlikte, bu iddianın doğru olmama ihtimali de kabul edilmelidir¹⁷⁵.

Türk yargılama hukuku bakımından esas kural, bir vakıaya ilişkin iddianın gerçek olup olmadığı hakkında, delilleri değerlendiren hakimin, bu iddianın gerçekliği hakkında tam kanaate ulaşmasının sağlanmasıdır, yani tam ispata ulaşılmasıdır¹⁷⁶. Fakat bazı durumlarda, tam ispat ölçüsünün aranmasından vazgeçilerek, yaklaşık ispatın aranması esası, istisnai olarak kabul edilmiştir¹⁷⁷.

Yaklaşık ispatın aranacağı istisnai hallerinden neler olduğunun saptanması ve delil tespitinin bu istisnai düzenlemelerden biri olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

(2) Delil Tespiti Yargılamasında İspat Ölçüsü

Türk yargılama hukuku doktrinde, ispat ölçüsünün düşürülmesinin, bir kanuni düzenlemede açıkça belirtildiği ve hakimde tam kanaat uyandırabilecek delillerin ikamesinin objektif olarak, ispat yükünü taşıyan taraftan beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği ispat güçlüğü veya imkansızlığı hallerinin varlığı halinde söz konusu olabileceği kabul edilmektedir¹⁷⁸. Yaklaşık ispatın arandığı hallere örnek olarak ihtiyati tedbirler, ihtiyati haciz, bazı doğrudan iflas sebepleri, ilk görünüş ispatının kabul edildiği haller, normatif hukuk kavramlarına

¹⁷⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.574.

¹⁷⁶ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s.527; Üstündağ, **Usul**, s.613; Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s.66; Atalay, **İspat**, s.44; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.573.

¹⁷⁷ Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s.40; Özekes, **İhtiyati Haciz**, s.220 vd.; Atalay, **İspat**, s.44; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.575.

¹⁷⁸ Atalay, **İspat**, s.44. Yazar, tüm uyumsuzluk tiplerini kapsayan genel bir kapsam alanı belirleyerek, ispat ölçüsünün hangi hallerde düşürüleceğine ilişkin bir çerçeve çizmiştir. İspat ölçüsünün, ispat yükü taşıyan tarafın ispat zorluğu veya imkansızlığı içinde bulunması durumunda düşürülmesinin, yargılamada silahların eşitliği ilkesinin de bir gereği olduğunun da altı çizilmiştir.

dayanan vakıa iddiaları, menfi vakıa iddiaları, tecrübe kuralları ve emare ispatının caiz olduğu vakıalar sayılabilecektir¹⁷⁹.

Normal yargılamalarla geçici hukuki korumalara ilişkin yapılan yargılamalar arasında amaç bakımından farklılıklar bulunması, ileri sürülen iddianın (veya savunmanın) ispatı bakımından aranan ispat ölçüsünün farklılaşmasının da sebebini oluşturmaktadır. Davaya ilişkin yargılamalarda, mahkemeye intikal etmiş hukuki uyumsuzluğun, nihai bir kararla sona erdirilmesi amaçlanmaktayken, geçici hukuki koruma tedbirlerinde, gerçeğin tam olarak araştırılmasından daha çok, zararlı bir sonucun engellenmesi ve hukuki durumun korunması amaçları ön plana çıkmaktadır. Geçici hukuki koruma önlemlerinde ulaşmak istenen bu amacın gerçekleştirilebilmesi için mümkün olduğunca çabuk ve seri hareket edilmesi gerekliliği ispat ölçüsünün düşürülmesini sonuçlamaktadır. Geçici hukuki korumalara ilişkin yapılan yargılamaların kesin hükümle nihayete ermemesi ve tarafların durumlarının maddi hukuka etkili olacak şekilde etkilenmemesi, tam ispatın aranmamasının zararlı sonuçlar ortaya çıkarmayacağı şeklinde yorumlanabilecektir¹⁸⁰.

Geçici hukuki koruma önlemlerinden biri olan ihtiyati tedbirler bakımından, tedbir isteyen tarafın, dermeyan ettiği hakkı tam olarak ispatı aranmamaktadır ve böyle bir hakkın varlığını hakikate yakın göstermesi tedbirin verilebilmesi için yeterli olarak kabul edilmektedir¹⁸¹. Diğer bir geçici hukuki koruma önlemi olan ihtiyati haciz yargılamalarında ise, kanun koyucunun ispat ölçüsüne ilişkin hareket noktasının, İİK m.258/I'de yer alan, alacaklı alacağı ve icabında haciz sebepleri

¹⁷⁹ Dieter Leipold, **Die Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil- verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren**, München, C.H.Beck, 1971, s.66 vd. (Kısaltma: Rechtsschutz); Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s.56; Sema Taşpınar, Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağıtılmasındaki Rolü, **AÜHFD** 1996, Sayı 1-4; s.505-572, s.538; Özekes, **İhtiyati Haciz**, s.217; Atalay, **İspat**, s.44; Saim Üstündağ, **İflas Hukuku**, 8.Bası, İstanbul, Yayla Matbaacılık, 2009, s.251; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.575.

¹⁸⁰ Özekes, **İhtiyati Haciz**, s.217.

¹⁸¹ Leipold, **Rechtsschutz**, s.98; Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s.57; Üstündağ, **Usul**, s.586

hakkında mahkemeye kanaat getirecek deliller göstermeğe mecbur olduğuna ilişkin düzenleme olduğu kabul edilmektedir¹⁸².

Konumuz olan delil tespiti yargılamaları bakımından, kanun koyucu ispat ölçüsüne ilişkin bir düzenleme yapmış değildir. Delil tespiti talebinde bulunan tarafın, mahkemeye, delil tespiti için aranan şartların varlığı hakkında delil göstermesi ve bu şekilde mahkemede, delil tespiti talebini haklı kılan sebepleri sunması gerekmektedir. Fakat, delil tespiti talebinin haklılığının ortaya konulabilmesi için aranan ispat şartı, tam ispat değildir. Mahkemenin, delil tespiti şartlarının mevcut olduğuna kanaat getirmesi ve onu kuvvetle muhtemel görmesi yeterli sayılacaktır¹⁸³. Hakimin acele karar vermesini gerektiren bazı hukuki kurumlara ilişkin olarak yaklaşık ispatın dikkate alınacağı doktrinde belirtilmektedir ki delil tespiti talepleri bakımından da acele karar verilmesi gereken bir durum olduğu, HMK m.400/II'de yer alan, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa hukuki yarar var sayılacağına ilişkin düzenleme, ile ifade edilmektedir¹⁸⁴. Delil tespiti talebinin kabulü için gerekli şartların varlığının bulunup bulunmadığına ilişkin olarak, talepte bulunanın, mahkemede bir kanaat uyandırması ve buna ilişkin olarak delillerini göstermesi gerekir. Delil tespiti şartlarının oluşup oluşmadığına ilişkin olarak aranan ispat tam ispat değildir¹⁸⁵.

¹⁸² Saim Üstündağ, **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul, 2004, s. 351; Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 57; Özekes, **İhtiyati Haciz**, s.216. Kanun koyucunun, 'kanaat getirme' ifadesi ile maksudını tam olarak anlatamamış olduğunu ifade eden yazar, ispatın tanımından yola çıkıldığında, ilgili düzenlemenin alacaklının alacağı ve icabında haciz sebeplerini ispat etmesi şeklinde anlaşıldığını fakat kanun koyucunun amacının ve ilgili ifade ile anlatmak istediğinin aslen, tam ispatın aranmasının gerekli olmadığı şeklinde kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

¹⁸³ Ansay, **a.g.e.**, s.339; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.570; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.90; Hakan Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.239.

¹⁸⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.575. Yazarlar ayrıca, delil ikamesinin oldukça zor olduğu ve bu sebeple kesin ispatın beklenemeyeceği hallerde de yaklaşık ispatın aranacağını belirtmişlerdir.

¹⁸⁵ Doğanay, **a.g.m.**, s.896; Ansay **a.g.e.**, s.309-310; Kurt, **a.g.m.**, s.92; Kuru, **Cilt IV**, s.4441; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.901; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.101; Akil, **Delil Tespiti**, s.30; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.90-91.

Hakimin, karşı taraf dinlenmeden karar verileceği durumlarda, Kanun'un aradığı ispat ölçüsünü arttırmamakla birlikte, daha dikkatli bir inceleme yapması gerektiği de kabul edilmelidir¹⁸⁶.

Alman yargılama hukukunda, delil tespiti taleplerinin kabul edilmesi için aranan ispat ölçüsü ZPO §487/I,b.4 hükmüne göre, 'Glaubhaftmachung'¹⁸⁷ olarak düzenlenmiştir¹⁸⁸. Bu maddeye göre, delil tespiti talebi sahibi, delil tespiti talebine kaynaklık eden vakıaları ve mahkemenin yetkisini ortaya koyan hususlara ilişkin hakimi inandırmalıdır.

ZPO §294'de düzenlenen yaklaşık ispat, ispat ölçüsünün özel bir türü olarak ve sadece kanunlarda belirtilen durumlarda özel olarak başvurulabilecek bir ispat türüdür. Yaklaşık ispat, tam gerçeklik taşımamakla birlikte büyük ihtimalle gerçek olduğuna ilişkin kanaat yaratılması, olabilirliğin ortaya konulması, olasılığın yüksek olduğunun gerekçelendirilmesi anlamına gelmektedir. Bu ispat türünde, Alman Medeni Usul Kanunu'nda düzenlenmiş olan ispat vasıtalarından başkalarının da kullanılmasına imkan verilmiştir ve hakimin tamamen inandırılması amacını güdülmeyp, iddianın ihtimal dahilinde gösterilmesi yeterli sayılmıştır.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Özekes, **İhtiyati Haciz**, s.217.

¹⁸⁷ Alman yargılama hukukunda ispat ölçüsü türlerinden biri olarak ZPO §294'de 'Glaubhaftmachung' düzenlenmiştir. Bu kavrama ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Reinhard Greger, **Beweis und Wahrscheinlichkeit: Das Beweiskriterium im Allgemeinen und bei den sogenannten Beweiserleichterungen**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1978; Inge Scherer, **Das Beweismass der Glaubhaftmachung**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1996.

¹⁸⁸ Bu terimin Türk yargılama hukuku doktrinde tam karşılığı olmamakla birlikte, bu kavram için çeşitli yazarlar, farklı terimler kullanmaktadır. Üstündağ, bu kavramı, hakikate yakın gösterme ispatı olarak nitelemiştir, bkz: Üstündağ, **a.g.e.**, s.613. Yıldırım, mukarane ispat terimini tercih etmiştir, bkz: Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s.56. Atalay, bu kavram için, gerçeğe yakın gösterme ispatı, olabilirlik ispatı ve yaklaşık ispat terimlerini kullanmaktadır, bkz: Oğuz Atalay, **Anonim Şirketlerin İflası**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1996, s.21 vd. Özekes ise, yaklaşık ispat ifadesinin de, 'Glaubhaftmachung' terimini karşılamadığını belirtmekle beraber, bu terimle kastedilen durumu açıkladığı kanaatindedir, bkz: Özekes, **İhtiyati Haciz**, s.220. Çalışmamızda, bu kavram için yaklaşık ispat terimi tercih edilmiştir. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Alman hukukunda tam ispatın dışındaki ispat ölçüsü bakımından bu kavramın kullanıldığını belirterek, hakikate yakın gösterme (inanılır kılma) terimini kullanmışlardır, bkz: Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.294.

¹⁸⁹ Musielak/Huber, **a.g.e.**, s.998-998.

Doktrinde, delil tespiti taleplerinde, başvuru sahibinin, ZPO §487/I,b.4 hükmünde düzenlenen, delil tespiti talebine kaynaklık eden vakıalar ve mahkemenin görev ve yetkisini ispat yükü altında olmakla beraber, (mevcut olduğu hallerde) karşı tarafın onayını (iznini), hukuki yararı da yaklaşık ispatla ortaya koyması gerektiği kabul edilmektedir¹⁹⁰.

3. Delil Tespiti Yargılamasında Deliller

Alman yargılama hukuku doktrininde, yaklaşık ispatın arandığı delil tespiti yargılamalarında, ispat faaliyetinin her türlü delille yapılabileceği kabul edilmektedir, hatta yaklaşık ispatın düzenlendiği ZPO §294 hükmüne göre, yemine de başvurulabilecektir ki bu husus, delil tespiti yargılamaları bakımından da kabul edilmektedir¹⁹¹.

Delil tespiti talep eden taraf, Alman Medeni Usul Kanunu'nda düzenlenen beş tür delilden (senet, keşif, isticvap, bilirkişi ve tanık) faydalanabileceği gibi, ZPO'da düzenlenmemekle beraber, hakimi ikna edebilecek nitelikteki başka ispat vasıtalarından faydalanabilecektir. Bu ispat vasıtalarına örnek olarak yazılı beyanlar, üçüncü kişinin veya tarafın yemin yoluyla ispatı çalışılan hususun doğruluğuna teminat göstermesi sayılabilecektir. Delil tespiti yargılamalarında ileri sürülecek delillerin, mahkemenin kararına kadar ileri sürülmesi gerektiği kabul edilmiştir¹⁹².

Doktrinde, ispat ölçüsünün düşürülmesi ve bunun sonucunda yaklaşık ispat ile yetinilmesinin ancak takdiri delillerle ispatın caiz olduğu durumlar için geçerli olduğu kabul edilmekte ve kesin delillerle ispatın zorunlu olduğu haller bakımından, ispat ölçüsünün düşürülmesinin ve yaklaşık ispatın kabul edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁹³. Türk yargılama hukukunda, delil tespiti talepleri

¹⁹⁰ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, **ZPO**, §487, Kn.10; **Zöller Kommentar**, §487, Kn. 6; Prütting/Gehrlein, **ZPO**, §487, Kn.5; Werner/Pastor, **a.g.e.**, s.32; Fink, **a.g.e.**, s. 568.

¹⁹¹ Werner/Pastor, **a.g.e.**, s.32; Fink, **a.g.e.**, s. 568.

¹⁹² Musielak/Huber, **a.g.e.**, s.998-998; Werner/Pastor, **a.g.e.**, s.32; Fink, **a.g.e.**, s. 568.

¹⁹³ Atalay, **İspat**, s.45.

bakımından hangi tür delillere başvurulabileceğine ilişkin bir inceleme yapılmış değildir. Kanaatimizce, delil tespiti talebinin kabul edilmesi için hakimde kanaat uyandırma faaliyetinde her türlü delile başvurulabilecektir.

4. Delil Tespiti Yargılamasında Hukuki Dinlenilme Hakkı¹⁹⁴

Hukuki dinlenilme hakkı, 6100 sayılı HMK'nın 27. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. Bu hak; yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir¹⁹⁵.

Delil tespiti yargılamalarında, esas olan, delil tespiti taleplerinin mahkemeye sunulmasından sonra, talep dilekçesinin karşı tarafa gönderilmesi ve tarafın, savunmada bulunabilmesi için yeterli bir süre verilmesinin ve yargılamada hazır bulunmasının sağlanmasıdır ki bu husus, hukuki dinlenilme hakkının ve Anayasa ile güvence altına alınmış adil yargılanma hakkının da bir uzantısıdır¹⁹⁶.

İstisnai olarak, mahkeme, delil tespiti talebinde bulunanın haklarının korunması için gerekli gördüğü takdirde, acele işlem yapılmasına karar verebilir ve bu takdirde, mahkeme, delil tespiti yapılmasına ilişkin kararını karşı tarafa tebliğ

¹⁹⁴ Hukuki dinlenilme hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Hakan Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme Hakkı, **Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000, s.753-791; Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.

¹⁹⁵ Benzer bir düzenleme 1086 sayılı HUMK m.73'de yer almaktaydı. Buna göre, Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hakim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikten davet etmedikçe hükmünü veremezdi.

¹⁹⁶ Yılmaz, **Şerh**, s.1708; Hakan Pekcanitez, Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti, **Anayasa Yargısı 1-2**, Ankara 1995, s.257-287, s. (Kısaltma: Pekcanitez, Anayasa Şikayeti); **Zöller Kommentar**, §490, Kn.1; Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Albers, **ZPO**, §490, Kn.5; OLG Karlsruhe, **BauR 1983**, s.188-189. Alman Anayasası'nın (Grundgesetz-GG) 103. maddesi ile, herkesin mahkemeler önünde hukuki dinlenilme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

etmeksizin işlem yapabilecektir. Bu husus, ‘Acele hâllerde tespit’ başlığı altında HMK m.403’de düzenlenmiştir. Buna göre, talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hâllerde, karşı tarafa tebligat yapılmaksızın da delil tespiti yapılabilir¹⁹⁷.

Karşı tarafa haber verilmeden, delil tespitinin yapılmış olduğu hallerde, tespitin yapılmasından sonra, tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği mahkemece kendiliğinden diğer tarafa tebliğ edilecektir ve delil tespitinin karşı tarafı, tebliğden itibaren bir hafta içinde delil tespiti kararına itiraz edebilecektir.

Doktrinde, delil tespitinin karşı tarafının ve yardımcısının, delil tespiti kararına itiraz edebilecek olmaları sebebiyle, karşı taraf dinlenilmeden verilen delil tespiti kararları bakımından, hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmediği savunulmaktadır lakin karşı tarafın ve yardımcısının sonradan delil tespiti kararına itiraz etmeleri yolu ile delil tespiti kararına yeterli ve gerekli oranda etki edebilecekleri kabul edilmektedir¹⁹⁸. Hukuki dinlenilme hakkının unsurlarından birinin, açıklama ve ispat hakkı olduğu dikkate alındığında, kendisine tebliğ edilen delil tespiti dilekçesine karşı savunmada bulunarak delil tespiti kararının alınmasını engelleyebilecek olduğu düşünüldüğünde ve delil tespiti kararlarının temyizinin mümkün olmadığı (ZPO §490/II,2) hususu da değerlendirildiğinde, hukuki dinlenilme hakkının aslen zarar gördüğü sonucuna ulaşılabileceğini savunan yazarlar da mevcuttur¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Benzer bir düzenleme 1086 sayılı HUMK m.372’de yer almaktaydı. Buna göre, müstedinin hukukunu muhafaza için zaruri görüldüğü veyahut müstacel esbap bulunduğu surette istisnaen tebligattan sarfinazar olunabilecektir.

¹⁹⁸ Werner/Pastor, **a.g.e.**, s.37 ve 44.

¹⁹⁹ Fink, **a.g.e.**, s.71-72.

Delil tespiti talebinin incelenmesi sırasında, karşı tarafın dinlenmemiş olduğu hallerde, mahkeme delil tespiti talebinin kabulü kararından sonra dahi karşı tarafı dinleyebilecektir²⁰⁰.

E. Delil Tespiti Talebinin İncelenmesi

Usulüne uygun olarak hazırlanmış olan delil tespiti talebinin, görevli ve yetkili mahkemeye sunulması üzerine, mahkeme tarafından bu talep incelenecektir. Yapılacak olan bu incelemeden sonra delil tespiti talebi kabul veya reddedilebilecektir.

HMK m.316'ya göre, delil tespiti talepleri, basit yargılama usulünün uygulanacağı işlerdendir. Basit yargılama usulünde, yazılı yargılama usulünden farklı bir takım esaslar kabul edilmiştir ve HMK m.320/I hükmüne göre, mahkeme, mümkün olan hallerde, tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verebilecektir. Buna göre, basit yargılama usulünde, esas olan duruşma yapılmasıdır ve bu madde ile, basit yargılama usulünün uygulandığı işler bakımından özel bir istisnanın getirilmediği aksine, özel düzenlemelerin bulunduğu hallerde, duruşmasız olarak da karar verilebileceğini kabul etmek gerekmektedir. Doktrinde, geçici hukuki koruma önlemlerine ilişkin yargılamalarda, hakimin dosya üzerinden karar verebileceği belirtilmektedir²⁰¹. Delil tespiti talebinin incelenmesi genellikle duruşmasız olarak ve dosya üzerinden yapılmaktadır ve fakat bu talebin incelenmesi duruşmalı olarak da yapılabilecektir²⁰². Alman hukukunda, delil tespiti taleplerinin ZPO §490/I uyarınca, duruşmasız olarak incelenebileceği kabul edilmektedir²⁰³.

²⁰⁰ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **ZPO**, §493, s.1290.

²⁰¹ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.733-734.

²⁰² Yavaş, **Delil Tespiti**, s.101; Akil, **Delil Tespiti**, s.29; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.90.

²⁰³ Werner/Pastor, **a.g.e.**, s.37.

Doktrinde, delil tespiti talebinin hangi şart veya esaslara göre inceleneceğine ilişkin bir prosedürün öngörülmediği belirtilerek ve bu talebin incelenmesi aşamasında faydalanılabilecek bir takım kriterler saptanmaya çalışılmıştır²⁰⁴.

Delil tespiti yargılaması bir dava olmamakla beraber, delil tespiti taleplerinin kabule şayan olup olmadığının incelenmesi bakımından, uygun düştüğü ölçüde dava şartlarına ilişkin olan incelemenin kıyasen delil tespiti taleplerine de uygulanabileceği kanaatindeyiz²⁰⁵. Buna göre, hukuki uyumsuzluğuna esasına ilişkin davanın açılmasından önce, delil tespitine başvurulduğu hallerde, bu talebin yöneltildiği mahkemenin, ilk olarak, kendi görev ve yetkisine ilişkin bir inceleme yapması usul ekonomisi ilkesi²⁰⁶ bakımından yerinde olacaktır. Lakin, talebin görevsiz ve yetkisiz mahkemeye yöneltilmiş olduğu hallerde, delil tespitinin şartlarının veya sebeplerinin incelenmesinin pratik bir faydası olamayacaktır. Mahkemenin görevli ve yetkili olduğunun tespitinden sonra, delil tespitinin taraflarına ilişkin bir inceleme yapılacak ve son olarak da delil tespiti şartlarının ve sebeplerinin oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Hakim, delil tespiti talebini yerinde görmez ve delil tespitinin şartlarının bulunmadığı kanaatine varırsa, delil tespiti talebinin reddine karar verecektir. Ancak,

²⁰⁴ Yavaş, **Delil Tespiti**, s.100 vd.: Yazar, bu kriterlerden ilkinin, delil tespiti şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması olarak saptamıştır. Bir diğer kriter, delil tespitinde yer alan ve talepte bulunanın talebini haklı göstermek için ileriye sürmüş olduğu sebeplerin gerçekliğinin araştırılmasıdır. Son kriter ise, açılacak olan dava hakkında hakimin bilgilendirilmesi gereğidir.

²⁰⁵ Dava şartlarının incelenmesi sırasına ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir takım yazarlar, ilk olarak taraflara ilişkin dava şartlarının, arkasından mahkemeye ilişkin dava şartlarının ve son olarak da dava konusuna ilişkin dava şartlarının incelenmesi gerektiği görüşündedirler, bkz: Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.199; Rosenberg/Gottwald/Schwab, **a.g.e.**, §93. Diğer bir grup yazar ise, ilk olarak mahkemeye ilişkin dava şartlarının, daha sonra taraflara ilişkin dava şartlarının ve arkasından dava konusuna ilişkin dava şartlarının incelenmesi gerektiğini belirtmektedirler, bkz: Kuru, **Cilt I**, s.901 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.364.

²⁰⁶ Usul ekonomisi ilkesi HMK m.30 hükmü ile düzenlenmiştir. Buna göre, hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür. Benzer bir düzenleme HUMK m.77’de yer almaktaydı. Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının, yargının görevi olduğuna ilişkin Anayasa’nın 141. maddesi ile de aslen usul ekonomisi ilkesi düzenlenmiştir.

delil tespiti talebinde bulunabilecektir²⁰⁷.

Alman yargılama hukukunda, delil tespiti talebinde bulunan kişinin, delil tespitini gerekli kılan vakıalar, mahkemenin görev ve yetkisi, hukuki menfaatin varlığı ve karşı tarafın onayı gibi hususlar hakkında hakimde yeterli derecede kanaat uyandıramamış olması halinde, delil tespiti talebinin hemen reddedilmeyeceği ve dilekçe sahibinden bu hususları ispat etmesinin isteneceği kabul edilmektedir²⁰⁸.

Delil tespiti talepleri duruşmalı olarak da incelenebilmekle beraber, uygulamada, delil tespiti talepleri, çoğunlukla duruşma yapılmadan, dosya üzerinden incelenerek karara bağlanmaktadır.

F. Delil Tespiti Talebi Hakkında Verilebilecek Kararlar

1. Genel Olarak

Görevli ve yetkili mahkemeye, usulüne uygun olarak sunulmuş delil tespiti talebi üzerine, mahkeme, kendisine yöneltilen delil tespiti talebini inceleyerek iki şekilde karar verebilecektir. Bu kararlar delil tespiti talebinin reddi kararı veya delil tespiti talebinin kabulü kararlarıdır. Delil tespiti talebi üzerine, mahkemenin bu talebin kabulü veya reddi hususunda takdir hakkı mevcuttur.

Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda, delil tespiti şartlarının oluştuğuna kanaat getirirse, delil tespiti talebinin kabulüne; aksi takdirde ise, delil tespiti talebinin reddine karar verecektir.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olacağına ilişkin Anayasa ve HMK hükümleri doğrultusunda, delil tespitinin reddi kararlarının da gerekçeli olarak

²⁰⁷ Akil, **Delil Tespiti**, s.31.

²⁰⁸ Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Albers, **ZPO**, §487, Kn.6; **Zöller Kommentar**, §487, Kn.12.

hazırlanması gerekecektir.

Hakimin, delil tespiti talebinin reddine veya kabulüne ilişkin olarak verdiği kararında, esas davaya ilişkin hükmünü açıklamaması gerekmektedir ve aksi bir durum, HMK m.36/I,b hükmüne göre, hakimin, davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması anlamına geleceğinden, hakimin reddi sebebi teşkil edecektir²⁰⁹.

2. Delil Tespiti Talebinin Reddi

Delil tespiti talebini incelemekle görevli ve yetkili mahkeme, kendisine yöneltilen delil tespiti talebine ilişkin incelemede, talebe ilişkin sebepleri yeterli görmediği takdirde, delil tespiti talebinin reddine karar verecektir.

Mahkemeye sunulan delil tespiti talebine ilişkin yapılan inceleme sonucunda, hakim, delil tespitinin reddine esastan veya usulden karar verebilecektir. Delil tespiti talebinin usulden reddedilmesi, yapılacak incelemeye ilişkin olarak usuli bir takım hususlarda eksikliklerin söz konusu olması halinde olabilecektir. Örneğin, delil tespiti talep dilekçesindeki eksiklikler sebebiyle, talep usulden reddedilebilecektir. Mahkemenin, delil tespitine başvuru şartlarının oluşmadığı kanaatinde olması halinde ise, talep esastan reddedilecektir.

Hakimin, delil tespiti talebinin reddine ilişkin karar vermiş olması, hakimin reddi sebebi teşkil etmeyecektir lakin delil tespiti talebi ile sınırlı olarak verilen red kararı, hakimin dava hakkındaki kanaatini açıklamış olması anlamına gelmemektedir²¹⁰.

3. Delil Tespiti Talebinin Kabulü

²⁰⁹ Hakimin reddine ayrıntılı bilgi için bkz: Nazlı Gören Ülkü, **Medeni Yargılama Hukukunda Hakimin Reddi**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

²¹⁰ Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.92.

Mahkeme, delil tespiti kararının şartlarını oluştuğuna kanaat gösterirse, sunulan delil tespiti talebini kabul eder ve delil tespiti işleminin icrasına karar verir.

HMK m.402/III hükmünde, tespit talebinin mahkemece haklı bulunması halinde, kararın, dilekçeyle birlikte karşı tarafa tebliğ edileceği düzenlenmiştir. Bu kararda ayrıca, delil tespitinin nasıl ve ne zaman yapılacağı, tespitin icrası esnasında karşı tarafın da hazır bulunabileceği, varsa itiraz ve ilave soruların bir hafta içinde bildirilmesi gerektiğinin belirtileceği de hükme bağlanmıştır.

Kanaatimizce, madde metninde sözü geçen ‘karar’ ifadesini, delil tespitinin kabulüne ilişkin karar olarak anlamak ve bu şekilde yorumlamak uygun olacaktır. Burada verilen karar, delil tespiti işleminin yapılmasına ilişkin bir karar olup, delil tespiti işlemi daha yapılmış değildir.

Delil tespitinin kabulü kararına, tarafların kimlikleri ve adresleri, tespitine karar verilen deliller, vakıalar, dinlenecek olan tanıkların ve bilirkişilerin isimleri ve onlara sorulacak sorular yazılmalıdır²¹¹.

4. Delil Tespiti Talebinin Reddi veya Kabulü Kararının Hukuki Niteliği

Mahkemeye sunulan delil tespiti talebi üzerine, hakim, yapacağı inceleme sonucunda delil tespiti talebinin reddine veya kabulüne karar verebilecektir.

Türk yargılama hukukunda kararlar, hakimın hukuki ihtilafın zmne devam edip etmemesine göre ara kararlar²¹² ve nihai kararlar²¹³ olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Hakimın, işten el çekmeyerek, hukuki uyuşmazlığın zmne

²¹¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.570.

²¹² Ara kararlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Timuçin Muşul, Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1988, Sayı 4, s.217-262.

²¹³ Nihai kararlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Ali Himmet Berki, Nihai Karar Ne Demektir?, **AD** 1945, Sayı 5, s.447-452.

devam ettiği kararlar, ara kararlar; hakimin uyuşmazlığın çözümünden el çektiği ve artık yargılamaya devam etmediği kararlar ise nitelikleri gereği nihai kararlardır²¹⁴.

Nihai karar veren hakim, davada ileri sürülen talep hakkında son bir karar vermekte ve davaya konu olan hukuki ihtilafı, usul²¹⁵ veya esas bakımından sonuçlandırmaktadır. HMK m.294'e göre, mahkeme, usule veya esasa ilişkin bir nihai kararla davayı sona erdirecektir ve yargılama sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karar, hükümdür. Hükümler, mahkemeden istenen hukuki korumaya göre, genel olarak eda, tespit ve inşai hükümler olmak üzere üç gruba ayrılarak incelenebileceklerdir²¹⁶. Davanın esastan reddine ilişkin kararlar, nitelikleri gereği tespit kararlarıdır. Davanın esastan kabulüne ilişkin kararlar ise, davanın niteliğine göre, eda hükmü, tespit hükmü veya inşai hüküm içerebileceklerdir²¹⁷.

HMK m.402 hükmünün başlığı 'Delil Tespiti Talebi ve Karar' şeklinde olmakla birlikte, madde başlığında bahsi geçen karar, aslen delil tespiti talebinin kabulüne ilişkin karardır.

Delil tespiti talebinin reddi kararı ise, delil tespitine ilişkin hükümlerde düzenlenmemektedir ve belki de bu sebeple olsa gerek, bu kararın medeni usul hukuku içindeki yeri ve niteliği de, doktrinde pek de fazla incelenmemiş ve niteliği belirsiz kalmıştır.

²¹⁴ Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara, 1979, s.267 vd. (Kısaltma: Önen, Yargılama); Necmettin M. Berkin, **Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi**, İstanbul, 1981, s.861 vd.; Üstündağ, **Usul**, s.787-788; Kuru, **Cilt II**, s.2053 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.448-449; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.435; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.678-679; Karşı, **Muhakeme**, s.417 vd. .

²¹⁵ Usule ilişkin kararlar, esasen davanın esasıyla ilgili olmayan kararlardır. Mahkemenin, maddi hukuk bakımından değil de usul hukuku bakımından verdiği kararlardır, örneğin davacı ya da davalının dava ehliyetinin bulunmaması sebebiyle davanın reddi kararları, görevsizlik kararları. Ayrıntılı bilgi için bkz: Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.679 vd. .

²¹⁶ Eda davaları, tespit davaları ve inşai davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Birinci Bölüm, III, C, 1.

²¹⁷ Üstündağ, **Usul**, s.801; Kuru, **Cilt II**, s.2059; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.450-451; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.680; Karşı, **Muhakeme**, s.419.

Mahkemenin, delil tespiti yapılmasına ilişkin şartların oluştuğuna kanaat getirerek, delil tespiti talebini kabul ettiği ve delil tespiti işleminin icra edilmesine ilişkin verdiği kararlar, nitelikleri itibariyle ara kararlardır. Delil tespiti talep edilebilecek her iki durumda da, yani, delil tespiti talebine, asıl davanın henüz açılmamış olduğu hallerde başvurulması veya görülmekte olan bir davada kullanılmak üzere delillerin güvence altına alınmasının talep edilmesi hallerinde, delil tespiti talebinin kabulüne ilişkin karar, hukuki niteliği itibariyle, ara karardır. Lâkin, delil tespitinin kabulü kararı ile, hakim, dosyadan el çekmemekte ve bu karara uygun olarak delil tespiti işlemini icra etmektedir²¹⁸.

Mahkemenin, delil tespiti talebinin reddine ilişkin verdiği kararının niteliği ise doktrinin veya mahkemeyi meşgul eden konulardan biri olmamıştır. Doktrinde, delil tespiti talebinin reddi kararlarının nihai kararlar olmadığı belirtilmekteyse de, hukuki niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır²¹⁹.

Delil tespiti talebinin reddine ilişkin kararın hukuki niteliğini incelerken, delil tespiti talep edilebilecek hallere göre ikiye ayırarak incelemenin, bu kararların hukuki niteliğinin belirlenebilmesi açısından daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Delil tespiti talebine, hukuki uyumsuzluğun aslında ilişkin davanın derdest olduğu hallerde başvurulduğunda, hakimin, tespit talebine ilişkin vereceği karar, ara karar niteliğindedir. Lakin, ara kararlar, yargılamayı sona erdirmediği için, hakimin dosyadan el çekmesini gerektirmeyen sadece davayı ilerletip, sonuca biraz daha yakınlaştıran ve ancak esas hükümle birlikte temyiz edilebilecek olan usule ilişkin kararlardır²²⁰.

²¹⁸ Doğanay, **a.g.m.**, s.899; Erkuyumcu, **a.g.m.**, s.133; Kuru, **Cilt IV**, s.4445; Özkan, **İhtiyati Tedbirler**, s.826; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.93.

²¹⁹ Kuru, **Cilt IV**, s.4445-4446; Özkan, **İhtiyati Tedbirler**, s.826; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.121; Akil, **Delil Tespiti**, s.32; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.94. Yazarlar, delil tespiti talebinin reddi kararlarına karşı kanun yoluna gidilemeyeceği görüşündedirler. Aynı görüşteki Yargıtay Kararları için bkz: 11 HD. 1990, 6512/6832; 11 HD. 1991, 8937/807.

²²⁰ Muşul, **a.g.m.**, s.218-219.

Doktrinde, nihai karar kavramının, sadece davaya özgü bir kurum olarak kabul edilmemesi gerektiği ve nihai kararların, mahkemenin yaptığı bir yargılama sonucunda verdiği kararlar olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Ayrıca, bu tür kararların denetlenmesi ve düzeltilmesi için temyiz kanun yolundan başka bir yolun mümkün olduğu hallerde, o yola başvurularak düzeltilmesi gerektiği belirtilmiş ve bu sebeple, geçici hukuki korumalara ilişkin olarak verilecek kararların da nihai karar kavramı içinde kabul edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır²²¹.

Kanaatimizce, delil tespiti taleplerinin, ileride açılacak bir davada ileri sürülecek bir vakıanın tespiti için yapıldığı hallerde, delil tespitinin reddi kararı da, bu görüş çerçevesinde nihai karar olarak değerlendirilebilecektir. Geçici hukuki koruma talepleri hakkında yapılan yargılama ve inceleme sonucunda verilen kararların gerçek nihai karar olmasa bile geçici nihai kararlar olarak kabul edilebilecektir çünkü geçici hukuki korumalarda da mahkemenin talep hakkında kararını verdikten sonra, yeniden bu konuda inceleme yapması söz konusu olmayacaktır ve mahkeme, bu yargılamadan elini çekecektir²²².

5. Delil Tespiti Talebine İlişkin Verilen Kararlara Karşı Gidilebilecek Hukuki Yollar

a. Genel Olarak

Delil tespiti talebinde bulunulduğunda, hakim, delil tespitine başvurulabilmesi için gerekli şartların oluştuğuna kanaat getirdiği takdirde, delil tespiti talebinin kabulüne, aksi takdirde ise, delil tespiti talebinin reddine karar verecektir.

HMK m.402/III'e göre, tespit talebi mahkemece haklı bulunursa karar, dilekçeyle birlikte karşı tarafa tebliğ edilecektir ve bu kararda ayrıca, delil tespitinin

²²¹ Berki, **a.g.m.**, s.450; Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm, **YD**, 2000, Cilt 26, Sayı 4, s.661-699, s.665 (Kısaltma: Özkes, Hüküm).

²²² Özkes, **Hüküm**, s. 665.

nasıl ve ne zaman yapılacağı, tespitin icrası esnasında karşı tarafın da hazır bulunabileceği, varsa itiraz ve ilave soruların bir hafta içinde bildirilmesi gerektiği belirtilir²²³.

b. Delil Tespiti Talebine İlişkin Kararlara Karşı İtiraz

HMK m.402/III hükmü ile, delil tespiti talebinin karşı tarafı, yani aleyhine delil tespiti istenen kişinin, delil tespiti talebinin kabulüne karşı itiraz yoluna başvurabileceği düzenlenmiştir. Maddeye göre, aleyhine delil tespiti istenen kişi, mahkemenin vermiş olduğu, delil tespiti talebinin kabulü kararına itiraz edebilecektir ve bu itirazın konusunu da delil tespitine ilişkin şartların oluşmadığı hususu oluşturacaktır. Delil tespiti taleplerinin kabulü kararlarına karşı, delil tespiti şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle itiraz edilebilecektir²²⁴.

Delil tespitinin karşı tarafına, bir hukuki çare olarak, itiraz yolu tanınmış olmakla birlikte, bu itirazın ne şekilde yapılabileceğine ve itiraz prosedürüne ilişkin olarak HMK’da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. HMK m.402’de, bu itirazın, delil tespiti talebinin kabulü kararının karşı tarafa tebliğinden itibaren bir hafta içinde yapılması gerektiği düzenlenmiş olmakla beraber, prosedüre ilişkin esaslara ilişkin bir düzenleme kabul edilmiş değildir.

Doktrinde, geçici hukuki koruma türlerinden biri olan ihtiyati tedbir kararlarına ilişkin kabul edilen itiraz prosedürüne ilişkin düzenlemelerin, kıyasen delil tespiti taleplerinin kabulü kararlarına itiraz prosedürüne de uygulanabileceği savunulmaktadır²²⁵. İhtiyati tedbirler, dava konusuna ilişkin bir geçici hukuki

²²³ Benzer bir hüküm, HUMK’nın 373. maddesinde, delillerin tespiti hakkında sebkenen itirazların delilleri tespit eden hakim tarafından hal olunacağı şeklinde ifade edilmiştir.

²²⁴ Yavaş, **Delil Tespiti**, s.120.

²²⁵ Bilge Umar, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’muzun Mehaz Neuchatel Kantonu’ndaki Tatbikati**, İstanbul, Sermet Matbaası,1967, s.241; Kuru, **Cilt IV**, s. 4445; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.120; Akil, **Delil Tespiti**, s.33; Yazarlar, HUMK m.107 ve m.108’de yer alan ihtiyati tedbir kararlarına karşı itiraz hükümlerini uygun düştüğü ölçüde, delil tespiti talebinin kabulü kararlarına karşı itiraz prosedüründe de dikkate almaktadırlar. HUMK m.107 ve m.108 hükümleri, 6100 sayılı HMK’nın

koruma sağlama amacına hizmet ederken; delil tespiti, kaybolması veya ileri sürülmesinin zorlaşacağı tehlikesi bulunan delillerin güvence altına alınması amacını taşıyan bir geçici hukuki koruma türüdür. Delil tespitinin, niteliği itibariyle ihtiyati tedbirlere benzemesi sebebiyle, ihtiyati tedbirlere ilişkin bazı hükümlerin, delil tespiti kurumunun amaç ve işlevine uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla, delil tespitine uygulanabileceği kanaatindeyiz.

İhtiyati tedbir kararlarına karşı itiraz prosedürü ‘İhtiyati Tedbir Kararına Karşı İtiraz’ başlıklı HMK m.394’de düzenlenmiştir²²⁶.

Delil tespiti kararı verilirken, her iki tarafın da hazır bulunduğu hallerde, verilen delil tespitinin kabulü kararına karşı itirazda bulunmanın söz konusu olamayacağı doktrinde belirtilmektedir, çünkü bu durumda, aleyhine delil tespiti istenen tarafın, tüm iddia ve savunmalarını duruşmada ileri sürebilme imkanına sahip olduğu kabul edilmektedir. Fakat delil tespiti talebinin kabulü kararının, delil tespiti talebinin karşı tarafa tebliğ edilmeden ve duruşmasız olarak verilmiş olduğu hallerde, talebin karşı tarafının itiraz hakkı olduğu kabul edilmektedir²²⁷.

HMK m.402 ve 403 hükümlerinde yer alan, delil tespitine itiraz kurumuna ilişkin düzenlemelerle, aslen delil tespiti talebinin kabulüne karşı başvurulacak olan itiraz kastedilmektedir. Bununla birlikte, HMK’da delil tespiti taleplerinin reddine

kabulüyle birlikte, HMK m.364’de tek madde altında toplanmışlardır. Bu sebeple, bu bölümde yapılacak açıklamalarımız bakımından HMK m.364 hükmü esas alınacaktır.

²²⁶ HMK m.394’e göre, (1) Karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir. Aksine karar verilmedikçe, itiraz icrayı durdurmaz. (2) İhtiyati tedbirin uygulanması sırasında karşı taraf hazır bulunuyorsa, tedbirin uygulanmasından itibaren; hazır bulunmuyorsa tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içinde, ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak, kararı veren mahkemeye itiraz edebilir. (3) İhtiyati tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına ve teminata itiraz edebilirler. (4) İtiraz dilekçeyle yapılır. İtiraz eden, itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazının dayanağı olan tüm delilleri dilekçesine eklemek zorundadır. Mahkeme, ilgilileri dinlemek üzere davet eder; gelmedikleri takdirde dosya üzerinden inceleme yaparak kararını verir. İtiraz üzerine mahkeme, tedbir kararını değiştirebilir veya kaldırabilir. (5) İtiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Kanun yoluna başvurulmuş olması, tedbirin uygulanmasını durdurmaz.

²²⁷ Yavaş, **Delil Tespiti**, s.121; Akil, **Delil Tespiti**, s.33.

ilişkin olarak, başvurulabilecek bir hukuki çare²²⁸ düzenlenmiş değildir. Bu sebeple, delil tespiti taleplerinin kabulüne ilişkin kararlara karşı itiraz mümkün iken, delil tespiti taleplerinin reddine ilişkin itirazın mümkün olmadığı sonucuna ulaşılabilecekse de, bu kabulün isabetli olmayabileceği kanaatindeyiz. Lakin hak arama hürriyeti açısından delil tespiti taleplerinin haksız olarak reddedilmesi halinde, bu ret kararlarının yeniden incelenebilmesinin ve delil tespiti taleplerinin reddi kararlarının da denetime tabii tutulmasının sağlanması gereklidir²²⁹.

Alman yargılama hukukunda, delil tespiti talebinin kabulüne ilişkin kararlar kesindir. Buna ZPO §490/II hükmü uyarınca, delil tespiti talebinin kabul edilmesi durumunda, başvurulabilecek herhangi bir hukuki çare bulunmamaktadır.

Ancak, delil tespiti talebinin reddi kararlarına karşı başvurulabilecek olan hukuki çarenin ne olması gerektiği konusunda doktrinde veya uygulamada bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak, geçici nihai karar olarak nitelendirilebilecek delil tespiti taleplerinin reddine ilişkin kararlara karşı itiraz yolunun açılmasına ilişkin bir düzenleme yapılması düşünülmelidir²³⁰.

Uygulamada, delil tespiti taleplerinin reddine ilişkin kararların ‘kesin’ olmasından hareketle, mahkemeler, delil tespiti taleplerini haksız yere reddedebilmektedirler, örneğin görevsizlik veya yetkisizlik gibi nedenlerle. Her ne kadar, delil tespiti talebinde bulunan kişinin, durum veya şartların değişmesi sebebiyle yeniden delil tespiti talebinde bulunabilecek olmasının hak kaybına yol açmayacağı düşünülebilecekse de, iki talep arasında geçen zamanda, tespiti istenen delillerin tamamen veya kısmen kaybolması veya zarar görmesi mümkündür. Bu nedenlerle, kanaatimizce, delil tespiti taleplerinin reddine ilişkin kararlar da denetime tabii tutulmalıdır.

²²⁸ Hukuki çareler, genel olarak ara kararlara karşı gidilebilen bir hukuki yoldur ve geniş anlamda kanun yolları, aslen hukuki çareleri de kapsamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.738.

²²⁹ Özkan, **İhtiyati Tedbirler**, s.826; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.94.

²³⁰ Özkan, **İhtiyati Tedbirler**, s.826.

Delil tespiti taleplerinin reddi kararlarının denetime tabii tutulmasının, haksız yere bu kararların verilmesinin önüne geçebileceği kanaatinde olmakla beraber, bu denetime ilişkin düzenlemenin yapılmasına ilişkin olarak, ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararlarına ilişkin kanun yoluna başvurulması hususunun, delil tespiti taleplerinin reddi bakımından uygulanmasının, kurumun amacına tam olarak hizmet etmeyebileceği kanaatindeyiz.

Alman yargılama hukukunda, ZPO §567/I hükmü gereğince, delil tespiti talebinin reddedilmesi üzerine, talepte bulunan, şikayet yoluna başvurabilecektir.

Doktrinde, delil tespiti taleplerinin reddine ilişkin kararlara karşı acele itiraz yoluna başvurulması önerilmiştir. Delil tespiti kararlarının reddine ilişkin kararlara karşı bu kararı sulh hukuk mahkemesi vermişse, en yakın asliye hukuk mahkemesine; asliye hukuk mahkemesi vermişse bağlı bulunduğu istinaf mahkemesine acele itiraz yolunun tanınabileceği ve bu sayede delil tespiti taleplerinin keyfi olarak reddedilmesine karşı bir tedbir alınmış olunacağı savunulmaktadır²³¹.

c. Delil Tespiti Talebine İlişkin Kararlara Karşı Kanun Yolları

Delil tespiti taleplerinin reddi veya kabulü yönündeki kararlara karşı, kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı hususunun, bu talebin asıl davanın açılmasından önce mi yapıldığı yoksa görülmekte olan dava sırasında mı delil tespiti talebine başvurulmasına göre incelenmesi gerekmektedir.

Derdest bir dava sırasında, tahkikat aşamasına gelinmeden önce, delillerin güvence altına alınması amacıyla, delil tespiti talep edildiği takdirde, bu talebin reddi veya kabulüne ilişkin kararlara karşı, davanın esasına ilişkin karar ile beraber kanun yoluna başvurulabileceğinin kabulü gereklidir. Lakin bu halde, delil tespiti talebinin

²³¹ Akil, **Delil Tespiti**, s.35.

kabulü veya reddi kararları, nitelikleri gereği ara karardır ve bir yargılamaya ilişkin ara kararlara karşı yalnız başına kanun yoluna başvurulamamakla beraber, esas hükümle beraber kanun yoluna başvurmak mümkün olacaktır²³².

İleride açılacak bir davada kullanılmak üzere delillerin tespiti başvurulduğu takdirde ise, talebe ilişkin olarak yapılacak incelemenin sonucunda verilecek talebin reddi veya kabulü kararlarına karşı, kanun yoluna başvurulamayacaktır.

Doktrinde, delil tespiti talebinin kabulü veya reddi yönündeki kararlar karşı kanun yoluna başvurulamayacağı belirtilmiş ancak bu kararların derdest bir dava sırasında yapılmış olup olmamasına göre bir ayrıma gidilmemiştir. Bu görüşe göre, yargılama hukukumuz bakımından kural olarak ancak, mahkemelerin nihai kararları aleyhine kanun yollarına başvurulabilecektir ve delil tespiti taleplerinin incelenmesi sonucunda verilen ret veya kabul kararları da nitelikleri itibariyle nihai karar olmayıp, ara kararlardır²³³. Ayrıca, delil tespiti talebinin reddi veya kabulü kararları, geçici karakterli karardır²³⁴ ve temyiz edilebilecek kararlar içinde yer almamaktadırlar²³⁵. Bununla birlikte, delil tespitinin asıl davaya olan etkisi sebebiyle, asıl dava sonunda verilen kararla birlikte kanun yollarına başvurulabileceği ve hukuki uyuşmazlığın aslına ilişkin davada, şartları oluşmadığı halde yapılan delil tespiti talebinin kabulü sonucunda yapılmış delil tespiti işleminin karara esas alınması hakkında kanun yoluna başvurulabileceği savunulmuştur²³⁶.

²³² Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.450; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.679.

²³³ Doğanay, **a.g.m.**, s.899; Erkuyumcu, **a.g.m.**, s.183; Kuru, **Cilt IV**, s.4445; Süha Tanrıver, **İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s.47; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.570; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.124; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.743-744; Özkan, **a.g.e.**, s.826; Akil, **Delil Tespiti**, s.32; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.93.

²³⁴ Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, **Cilt V**, 6.Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, s. 4527 (Kısaltma:Kuru, **Cilt V**). Yazar, delil tespiti kararlarının nihai kararlar olmadığını belirterek, delil tespiti talebi kabul edildiği takdirde, bu karar doğrultusunda delil tespiti işlemi icra edildiğinde, delil tespiti talebinin kabulüne ilişkin kararın tüm etki ve sonuçlarının ortadan kalktığını belirtmiştir. Çünkü, delil tespiti talebinin kabulü kararı ile amaçlanan hedefe ulaşılmış ve kaybolacağı veya ileride ikame edilmesinde güçlük çıkacağı düşünülen deliller, güvence altına alınmış olacaktır.

²³⁵ Kuru, **Cilt V**, s. 4527; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.130; 14. HD., T. 06.12.2012, 12646/1421.

²³⁶ Yavaş, **Delil Tespiti**, s.130; Akil, **Delil Tespiti**, s.33.

Delil tespiti talebinin kabulü kararlarına karşı itiraz edilmiş olduğu hallerde, mahkemenin bu itiraz üzerine verdiği kararlara karşı da kanun yollarına gitmek mümkün değildir²³⁷.

İhtiyati tedbirlere ilişkin hükümlerin kıyasen delil tespiti kurumuna uygulanması suretiyle, delil tespitine ilişkin bir takım kanuni boşlukların doldurulabileceği kanaatinde olmakla beraber, kanun yollarına ilişkin denetimin, sadece ihtiyati tedbirlere (ve ihtiyati haciz) tanınmış olmasının isabetli olduğu kanaatindeyiz²³⁸.

İhtiyati tedbir talebinin reddi kararı için kanun yolunun açılmasına ilişkin düzenleme ile²³⁹, ihtiyati tedbire ilişkin kuralların sözüne ve özüne uygun olarak uygulanması ve bu geçici korumanın kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmış, aynı veya benzer durumda mahkemelerce farklı kararlar verilmesi önlenmek istenmiştir²⁴⁰.

Mahkeme delil tespiti talebini haklı bulmazsa, talebin reddine karar verir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulamaz ise de, durum ve koşulların değiştiği gerekçesi ile yeniden delil tespiti istenebilir. Karşı tarafa tebliğ edilmemiş ve karşı

²³⁷ Kuru, **Cilt IV**, s.4446-4447; 9. HD. 31.11.1967 tarih ve 10004/10690 sayılı Kararı'nda, delillerin tespitine ve ihtiyati tedbirlere ilişkin kararların temyiz edilemeyeceği ve bu sebeple, taleplerden birinin delillerin tespiti, diğerinin de ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu bir olayda, her iki tür kararında nihai karar olmadığı gerekçesiyle, temyiz kabiliyetlerinin olmadığını belirtmiştir. Benzer kararlar için bkz: 11. HD. 23.10.1990, 6512/6832; 11. HD. 11.2.1991, 8937/807.

²³⁸ İhtiyati tedbir taleplerinin reddine ilişkin kanun yoluna başvurulabileceği HMK m.391/III hükmü ile düzenlenmiştir. İhtiyati tedbir taleplerinin kabulü halinde ise, HMK m.394/I ve II fıkralarına göre, belirli şartların varlığı halinde itiraz edilebilecektir ve HMK m.394/V hükmüne göre ise, itiraz hakkında verilen kararlara karşı, kanun yoluna başvurulabilecektir. İhtiyati tedbirin kabulüne ilişkin kararlar, dava sonunda verilen kararlardan farklı olarak geçici nitelikte kararlardır ve gerçek anlamdan kesin hüküm teşkil etmezler. Fakat bununla beraber, Kanun'da ihtiyati tedbirlerin kabulüne ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu husus ise, ihtiyati tedbirler kararlarının nitelikleri gereğidir.

²³⁹ HMK m.391/III'e göre, ihtiyati tedbir talebinin reddi hâlinde, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. HMK m.341'de aleyhine istinaf yoluna başvurulabilecek karar sayılmıştır ve buna göre, ilk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilecektir.

²⁴⁰ Ramazan Arslan, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukukî Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler**, **Bankacılar Dergisi**, Özel Sayı, 2013, s.7-28.

tarafın itiraz hakkını kullanma olanağı bulamadığı tespit olunmuş delil (delil tutanağı), davada delil olarak değerlendirilemeyecektir.

G. Delil Tespiti İşleminin İcrası

1. Genel Olarak

HMK m.402/III hükmünde, delil tespiti talebinin haklı bulunması halinde, mahkemenin izleyeceği prosedür düzenlenmiştir. Buna göre, tespit talebinin mahkemece haklı bulunması halinde, karar, dilekçeyle birlikte karşı tarafa tebliğ edilecektir. Delil tespitinin kabulüne ilişkin kararda ayrıca, delil tespitinin nasıl ve ne zaman yapılacağı, tespitin icrası esnasında karşı tarafın da hazır bulunabileceği, varsa itiraz ve ilave soruların bir hafta içinde bildirilmesi gerektiği belirtilecektir²⁴¹.

Bu düzenleme ile, delil tespiti talebinin kabulü halinde, delil tespiti işleminin ne şekilde yapılacağına ilişkin esaslar belirlenmiştir. Delil tespiti işlemi, karşı tarafın delil tespiti işlemi sırasında hazır bulunması halinde yapılabilmesi gibi, istisnai hallerde karşı tarafın yokluğunda da yapılabilir.

Mahkeme tarafından delil tespiti yapılmasına ilişkin karar verildiği takdirde, bu kararın ne şekilde icra edileceği HMK m.404'de, ilgili delile ilişkin hükümlere atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, delil tespiti işlemi yapılmasına ilişkin verilen kararda, tespiti istenen vakıanın hangi delille tespit edileceğine karar verilmişse, bu kararın yerine getirilmesinde o delilin toplanmasına ilişkin hükümler uygulanacaktır.

2. Delil Tespiti İşlemi

a. Karşı Tarafın Delil Tespiti İşlemi Sırasında Hazır Bulunması

²⁴¹ Benzer bir düzenleme HUMK m.371'de yer almaktaydı. Buna göre, arzuhalin mahkemece şayanı kabul görülürse delillerin tespiti için bir gün tayin edilecektir. HMK'da getirilen yeni düzenleme ile, delil tespitine ilişkin usulün daha açık olarak belirlendiği görülmektedir.

Delil tespiti işleminin ne şekilde yapılacağına ilişkin usulün düzenlendiği HMK m.402/III'e göre, ilk olarak, talebin kabulüne ilişkin kararın karşı tarafa tebliğ edilmesi gerekmektedir.

Delil tespiti talebinin kabulüne ilişkin kararın tebliği ile, aleyhine delil tespiti yapılacak olan tarafın, delil tespiti işleminde hazır bulunması ve bu sayede savunma hakkını kullanması sağlanmaktadır. Aleyhine delil tespiti yapılacak kişinin, delil tespiti işleminden haberdar edilmemesi ve bu işlemin yapılması sırasında hazır bulunabileceğinin bildirilmemesi, doktrinde²⁴² ve uygulamada²⁴³, delil tespitinin karşı tarafının, savunma hakkının kısıtlanması ve bu hakkının kesintiye uğratılması olarak kabul edilmektedir.

Delil tespiti işleminin yapılmasında esas kural, bu işlemin her iki tarafın huzurunda yapılmasıdır. Delil tespiti işlemi, mahkemenin tespitinin kabulüne ilişkin kararında tayin ettiği yer, gün ve saatte, tarafların huzurunda yapılacaktır²⁴⁴.

HMK m.402'ye göre, delil tespitinin kabulü kararı karşı tarafa tebliğ edilecektir. Bu tebligat ile, aleyhine delil tespiti talep edilen kişinin, delil tespiti işlemi sırasında hazır bulunması, tanık veya bilirkişilere sorular sordurmak ve gerektiğinde açıklama yapmak suretiyle, olayın aydınlatılmasında ve delillerin incelenmesi ve toplanması ile güvence altına alınmasına katkıda bulunabilmesi imkanının tanınması amaçlanmaktadır²⁴⁵.

²⁴² Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.120.

²⁴³ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 5.3.1992 tarih ve 1821/1125 sayılı Kararı'nda, mahkemece, hükme esas alınan tespit keşfine zaruret olmadığı, ivediliği gerektiren hiçbir neden gösterilmediği ve işin niteliği icabında öyle bir ivediliğe gerek bulunmadığı halde, HUMK'un 372. maddesinin kesin hükmüne aykırı olarak davalılara tespit dilekçesi ve tespit gününün bildirilmemesi; zararın gelişimini izlediği bildirilen bilirkişinin taşınmaza gideceği gün ve saatlerden dahi haberdar edilmemiş oldukları belirtilmiş ve mahkeme hükmünün temelini oluşturan bu tahkikat aşamalarında davalı tarafa hazır bulunma olanağının verilmemesi, savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirilmiştir (YKD 1993, Sayı 1, s.5-8).

²⁴⁴ Yavaş, **Delil Tespiti**, s.124; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.120-121.

²⁴⁵ Doğanay, **a.g.m.**, s.132

Delil tespiti kararında, delil tespiti nasıl ve ne zaman yapılacağı, tespiti icrası esnasında karşı tarafın da hazır bulunabileceği, varsa itiraz ve ilave sorularını bir hafta içinde bildirilmesi gerektiği belirtileceğinden, bu hususların ayrıca, karşı tarafa yapılacak olan tebligatta yer almasının gerekmediği doktrinde kabul edilmektedir. Aleyhine tespit yapılacak olan kişinin, bu hususta hazırlıklarını yapabilmesi ve kendi sorularını hazırlayabilmesi için, yapılacak olan tebliğ ile delil tespiti işleminin icra edileceği gün arasında makul bir sürenin bulunması gerektiği kabul edilmektedir²⁴⁶.

Kural her iki tarafında delil tespiti işlemin hazır bulunması olmakla birlikte, aleyhine delil tespiti yapılacak olan tarafın usulüne uygun olarak davet edildiği halde, tayin edilen gün ve saatte, belirlenen yerde bulunmaması halinde, delil tespiti işlemi, karşı tarafın yokluğunda yapılacaktır²⁴⁷. Ancak, delil tespiti işleminin karşı tarafın yokluğunda yapılabilmesi için, karşı tarafa yapılmış olan tebligatın usulüne uygun olarak yapılmış olması gerekmektedir. Aksi takdirde, yani, karşı tarafın usulüne uygun olarak davet edilmemiş olduğu ve fakat delil tespiti işleminin gene de icra edilmiş olduğu hallerde, aleyhine delil tespiti yapılan kişinin itiraz edebileceği ve yapılan işlemin tekrar yapılmasını talep edebileceği doktrinde²⁴⁸ ve uygulamada²⁴⁹ kabul edilmektedir.

b. Delil Tespitinin Karşı Tarafın Yokluğunda Yapılması

(1) Aleyhine Tespit Yapılacak Kişinin Gösterilememesi

²⁴⁶ Kuru, **Cilt IV**, s.4446; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.124.

²⁴⁷ Bu durum, HMK m.403'de düzenlenen acele hallerde delil tespiti işleminin karşı tarafın yokluğunda yapılabilmesi halinden farklıdır.

²⁴⁸ Kuru, **Cilt IV**, s.4447; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.125; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.121.

²⁴⁹ HGK'nun 6.3.1940 tarih ve 1/12 sayılı Kararı'nda, gayrimenkulün mülkiyetini tayin için vaki talep üzerine ittihaz edilen delillerin tespiti kararında keşif günü gösterilmiş ve davalıya tebliğ edilmiş ise de tespiti ve keşfin yapılacağı saat gösterilmemiş olduğundan, davalının gıyabında yapılan bu muamelenin kıymeti olmadığı ve mahkemece yeniden keşif yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

HMK m.402/III hükmünün son cümlesinde, tespit talebinde bulunanın, durum ve koşulların imkan vermemesi sebebiyle aleyhine tespit yapılacak kişiyi gösteremediği hallerde de, delil tespiti talebinin geçerli sayılacağı düzenlenmiştir.

(2) Acele Hallerde Delil Tespiti

‘Acele Hallerde Tespit’ başlıklı HMK m.403’e göre, talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hâllerde, karşı tarafa tebligat yapılmaksızın da delil tespiti yapılabilecektir. Bu hallerde delil tespitinin yapılmasından sonra, tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği mahkemece kendiliğinden diğer tarafa tebliğ edilecektir ve karşı taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde delil tespiti kararına itiraz edebilecektir²⁵⁰.

Türk yargılama hukukunda, acele hallerde, talep sahibinin haklarının etkin bir şekilde korunabilmesinin sağlanabilmesi için, delil tespiti talebinin kabulüne ilişkin kararın, aleyhine delil tespiti yapılacak olan kişiye tebliğ edilmeden, delil tespiti işlemi yapılabilmesine imkan sağlanmıştır.

HMK m.403’e göre tespit işleminin yapılabilmesi için, delil tespiti talebinin kabulü kararının karşı tarafa hiç tebliğ edilmemiş olması gerekmektedir.

İstisnai bir kural olarak düzenlenen, karşı tarafa tebligat yapılmadan, karşı tarafın yokluğunda delil tespitinin yapılabilmesi, ancak, delil tespiti talebinde bulunanın haklarını korumak veya acil bir durumun söz konusu olduğu haller ile sınırlı olarak gerçekleştirilmelidir. Hangi hallerde talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk olacağını önceden bir takım kriterlere bağlamak ve kesin olarak belirlemek mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, delil tespiti talebinde

²⁵⁰ Benzer bir düzenleme HUMK m. 372’de yer almaktaydı. Buna göre, müstedinin hukukunu muhafaza için zaruri görüldüğü veyahut müstacel esbap bulunduğu surette istisnaen tebligattan sarfınazar olunabilir. Ancak bu suretle mahkeme tespit eylediği delaili mutazammın tanzim edeceği zabıt varakası suretini derhal diğer tarafa tebliğ mecburdur.

bulunulan her bir olay bakımından, hakim, takdir yetkisini kullanarak, olayın kendine özgü şartlarını dikkate alınarak bir sonuca ulaşılabilir. Bununla birlikte, karşı tarafın yokluğunda delil tespiti yapılmasının talep edildiği hallerde, hakimde, söz konusu acele durumun veya talep edenin haklarının korunması gerekliliğine ilişkin bir zorunluluğun olduğuna ilişkin inandırıcı sebeplerin bulunması ve bu hususta kanaat uyandırılması gereklidir²⁵¹.

Delil tespiti talep eden kişinin haklarının korunması için tebligat yapılmasında vazgeçildiği takdirde, hakimin buna ilişkin gerekçelerinin, delil tespitinin kabulüne ilişkin kararında göstermesinin, karara karşı duyulan güveni arttıracığı doktrinde savunulmuştur²⁵².

3. Delil Tespiti İşlemi Sırasında Uygulanacak Hükümler

a. Genel Olarak

HMK m.404 hükmü, tespiti istenen vakıanın hangi delille tespit edileceğine karar verilmişse, bu kararın yerine getirilmesinde o delilin toplanmasına ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlemiştir. İlgili hüküm, ‘Delil Tespiti Kararında Uygulanacak Hükümler’ başlığını taşımakla birlikte, bu hükmün aslen delil tespiti talebinin kabul edildiği hallerde yapılacak olan delil tespiti işlemi sırasında uygulanacak olan hükümlere ilişkin olduğu kanaatindeyiz. Buna göre, delil tespiti işlemine konu olacak ilgili delilin, HMK’da düzenlendiği hükümlere göre toplanması ve güvence altına alınması suretiyle, delil tespiti işlemi icra edilecektir.

HMK m.400’e göre, 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 edebilecektir.

²⁵¹ Berkin, **a.g.e.**, s.534; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.124.

²⁵² Doğanay, **a.g.m.**, s.897; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.124.

Delil tespiti işleminin ne şekilde icra edileceği, HMK m.404 hükmüne göre, delil tespiti işlemine konu olacak delile göre belirlenecektir. Doktrinde, delil tespiti işlemi ile her türlü delilin tespit edilebileceği ve bu yolla güvence altına alınabileceği kabul edilmektedir. Teorik olarak, bu hususa bir engel bulunmamakla birlikte pratik açıdan, her türlü delilin delil tespiti işlemine konu olamayabileceği kanaatindeyiz.

b. Tanık

Delil tespiti işleminin konusunu tanık ifadesinin alınması işleminin oluşturduğu durumlarda, delil tespiti işleminin icrası sırasında HMK'nın 240 ile 265. maddeleri uygulanacaktır. Ancak, delil tespiti işleminin kendine has bir takım özellikleri sebebiyle, tanık deliline ilişkin bir takım düzenlemelerin, delil tespiti işlemi bakımından uygulanamayabileceği kanaatindeyiz.

‘Tanıklardan Bir Kısımının Dinlenilmesiyle Yetinilmesi’ başlıklı HMK m.241’e göre, mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilecektir. Birden fazla tanığın ifadesine başvurulduğu durumlarda, uygulama alanı bulabilecek bu hüküm, delil tespiti işlemi bakımından da birden fazla tanık ifadesinin tespit edilmek istendiği durumlarda söz konusu olabilecekse de, kural olarak, delil tespiti işlemi sırasında, hakimin, tespit edilen delile ilişkin bir değerlendirme yapamayacak olması ve sadece ilgili delili tespit etmekle yükümlü olması sebebiyle, uygulama alanı bulamayacaktır. Lâkin, delil tespiti işlemi ile güvence altına alınmış delillerin değerlendirilmesi, hukuki uyumsuzluğun aslına ilişkin olan yargılamada tahkikat aşamasında söz konusu olacaktır.

c. Bilirkişi

Tespiti istenen delilin, özel veya teknik bilgiyi gerektirdiği hallerde, HMK'nın 266-287. maddelerinde düzenlenen, ‘Bilirkişi İncelemesi’ yoluyla, delilin

tespiti işleme icra edilecektir. Delil tespiti talebinin kabulü halinde, mahkeme, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verebilecektir.

Alman yargılama hukukunda, bilirkişinin raporunun kapsamına ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir takım yazarlar, bilirkişinin, tespiti konu olan şeyin sadece dışarıdan görülebilir özelliklerine ilişkin rapor yazabileceği kanaatindedirler²⁵³. Bununla birlikte, doktrinde hakim olan görüş, bir şeyin durumunun tespitine, tespiti konu olan şeyin o durumda bulunmasına ilişkin sebeplerinde de dahil olduğunu belirterek, bu sebeplerin de raporda yer alması gerektiğidir²⁵⁴.

Delil tespiti işleminin mutlaka bilirkişi incelemesi yoluyla yaptırılması gerekmemektedir. Özel bilgi ve uzmanlaşmayı gerektirmeyen işlerde, hakim, delilleri bizzat toplayabilecek ve topladığı delillere ilişkin izlenimlerini tespit tutanağına aktarabilecektir.

d. Keşif

Delil tespiti işlemi ile keşif yapılmasının talep edildiği hallerde, tespit işlemini yapacak mahkeme tarafından HMK m.288-292 hükümlerine göre keşif yapılarak, tespiti talep edilen delil güvence altına alınacaktır.

Keşif, delil tespiti talebinin yöneltildiği mahkeme tarafından yapılacaktır. HMK m.290'a göre, keşfin yeri ve zamanı mahkeme tarafından tespit edilecek ve taraflar hazır iseler huzurlarında, aksi takdirde yokluklarında yapılabilecektir. Mahkeme, keşif sırasında tanık ve bilirkişi dinleyebilecektir. Keşif sırasında yapılan tüm işlemleri ve beyanları içeren bir tutanak düzenlenerek, plan, çizim, fotoğraf gibi

²⁵³ Hansjoachim Wussow, **Das gerichtliche Beweissicherungsverfahren in Bausachen**, Köln, Verlagsgesellschaft Rudolf Müller, 1979, s.1403.

²⁵⁴ **Weyer, Friedhelm**; Erste praktische Erfahrungen mit dem neuen selbstständigen Beweisverfahren, BauR 1992, Heft 3, s.313-320, s.315; **Münchener Kommentar**, s.333.

belgeler de tutanağa eklenecektir. Mahkeme, bir olayın nasıl geçmiş olabileceğini tespit için temsili uygulama da yaptırabilecektir.

4. Hakimin Delil Tespiti İşlemi Sırasında Zor Kullanma Yetkisinin Olup Olmadığı

a. Sorunun Ortaya Konması

Delil tespitinin konusunu oluşturan delilin kapalı bir yerde olması halinde, hakimin, bu kapalı yere zorla girip giremeyeceği veya bu kapalı yeri zorla açtırıp açtıramayacağı hususu, uygulamada netlik kazanmamıştır ve çeşitli tereddütler mevcuttur²⁵⁵.

Hakimin delil tespiti işlemi sırasında zor kullanma yetkisinin olup olmadığına ilişkin bir düzenleme 6100 sayılı HMK’da bulunmamaktadır²⁵⁶. Bu nedenle hakimin zor kullanma yetkisinin olup olmadığı tartışılmalıdır.

b. Hakimin Delil Tespitinin İcrası Sırasında Zor Kullanma Yetkisinin Olduğunu Kabul Eden Görüş

Doktrinde²⁵⁷, delil tespiti işleminin icrasının, mahkemece verilen bir karara dayanılarak yapılması sebebiyle, bu kararın icrası sırasında hakimin, zor kullanma yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, kural olarak, mahkeme kararlarının icrası sırasında zor kullanılabilir ve bunun doğal bir sonucu olarak da, delil tespiti işleminin icrası sırasında zor kullanılabilirliğini kabul etmek gerekmektedir. Ayrıca, HMK’da (benzer şekilde HUMK’da), hakimin bu işlemin icrası sırasında zor kullanmasının yasaklandığına ilişkin bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, bu hususa ilişkin kanuni bir engel olmadığının da kabulü zaruri olacaktır.

²⁵⁵ Erkuyumcu, **a.g.m.**, s.134.

²⁵⁶ 1086 sayılı HUMK’da da, bu yönde bir düzenleme yer almamaktaydı.

²⁵⁷ Kuru, **Cilt IV**, s.4456; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.127; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.126.

Bu sebeple, delil tespiti işleminin yapılabilmesi için, bir binanın kapısının kırılması veya kilidinin açtırılmasının gerekli olduğu hallerde, hakim, zor kullanarak, delil tespiti işleminin icrası için gereken hususları yerine getirebilecektir.

Delil tespitinin bir çeşit ihtiyati tedbir olduğu görüşünden hareketle, ihtiyati tedbirin icrasına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla delil tespiti işleminin icrasına uygulanması suretiyle²⁵⁸, hakim, delil tespitinin icrasına ilişkin olarak, zor kullanabileceği ifade edilmektedir²⁵⁹.

c. Hakimin Delil Tespitinin İcrası Sırasında Zor Kullanma Yetkisinin Olmadığını Kabul Eden Görüş

Hakimin, delil tespiti işleminin icrası sırasında zor kullanma yetkisinin olup olmadığına ilişkin doktrinde savunulan diğer bir görüş ise, hakim, bu işlemin icrası sırasında zor kullanma yetkisinin olmadığı görüşüdür²⁶⁰.

Bu görüşe göre, hakim, delil tespiti işleminin icrası ile ilgili olarak HMK'daki hükümler ile bağlı olacaktır. Ancak, bu hususa ilişkin olarak HMK'da bir düzenleme olmaması ve bu kanuni boşluğun, kıyas yolu ile kapatılması ve bu sayede hakim, delil tespiti işleminin icrası sırasında zor kullanma yetkisi olduğu sonucuna ulaşılması da isabetli olmayacaktır. Bu sebeple, hakim, delil tespiti işleminin icrası sırasında zor kullanma yetkisinin olmadığını kabulü gereklidir.

d. Görüşümüz

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun delil tespitini düzenleyen hükümleri arasında, delil tespitinin icrası sırasında, hakim gerektiği takdirde, zor kullanma

²⁵⁸ 1086 sayılı HUMK m.106'da bu husus, ihtiyati tedbir kararının, icabı halinde kuvvei müsellaha istishabiyle icra dairesince tatbik olunacağı şeklinde düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme 'İhtiyati Tedbir Kararının Uygulanması' başlıklı HMK m.393/III'de, ihtiyati tedbir kararının uygulanması için, gerekirse zor kullanılabilirliği şeklinde ifade edilmiştir.

²⁵⁹ Kuru, **Cilt IV**, s.4456.

²⁶⁰ Erkuyumcu, **a.g.m.**, s.135; Akil, **Delil Tespiti**, s.43.

yetkisinin olup olmadığına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, diğer bir geçici hukuki koruma önlemi olan ihtiyati tedbirler bakımından, kanun koyucu, gerektiği hallerde, ihtiyati tedbirin gereklerinin yerine getirilebilmesi için zor kullanılabileceğini düzenlemiştir.

Nitelikleri itibariyle geçici hukuki koruma önlemleri olarak değerlendirilmekle birlikte, her iki kurumun icrası sırasında zor kullanılabilmesine ilişkin olarak, kanun koyucu farklı tercihlerde bulunmuştur. Buna göre, ihtiyati tedbirlerin icrası sırasında zor kullanılabileceğini düzenlemiş fakat benzer bir hükmü delil tespiti işleminin icrası için öngörmemiştir. Mahkeme kararlarının zorla icra edilebilecek olması hususuna rağmen, kanun koyucu, ihtiyati tedbirler bakımından, zor kullanmaya ilişkin esas ayrı bir hükümle düzenlerken, benzer bir iradeyi delil tespiti kurumu bakımından göstermemiştir. Bu sebeple, kanaatimizce, ihtiyati tedbirlere ilişkin düzenlemelerin kıyas yoluyla, delil tespiti işleminin icrası sırasında zor kullanılabileceği şeklinde genişletilmesi isabetli olmayacaktır.

Fakat, bununla beraber, hakimin, delil tespiti işlemi sırasında zor kullanma yetkisinin olmayacağını kabul etmek de, bu kurumdan beklenen faydanın sağlanamaması ve kaybolması veya ileri sürülmesinin zorlaşması ihtimali olan delillerin güvence altına alınamaması sonucunu doğurabilecektir.

Alman yargılama hukukunda, delil tespiti işleminin icrasına ilişkin olarak, aleyhine tespit talep edilen kişinin, bu işleme katlanma ve katılma yükümlülüğünün olup olmadığı hususu tartışılmıştır. Bu tartışmalar aslen 2001 tarihli Medeni Yargılamada Reform Kanunu ile kabul edilen esaslardan sonra önemi kaybetmiş olmakla birlikte, yeni dönemde, ZPO §492/I hükmüne göre, delil tespiti işleminin genel hükümlere göre icra edilecek olması sebebiyle, aleyhine delil tespiti istenen kişinin ZPO §144/I hükmüne göre, keşif veya bilirkişi incelemesi konusunda mahkemenin vereceği emirlere katlanmak zorunda olduğu kabul edilmektedir. Bu katlanma yükümlülüğü sadece aleyhine delil tespiti talep edilen kişi için değil, aynı zamanda üçüncü kişi için de doğmaktadır.

Türk yargılama hukukunda, bu yönde açık bir düzenleme olmamakla beraber, benzer bir çözümünün benimsenebileceği kanaatindeyiz. Buna göre, HMK m.404'e göre, tespiti istenen vakıanın hangi delille tespit edileceğine karar verilmişse, bu kararın yerine getirilmesinde o delilin toplanmasına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu hükmün açık atfı sebebiyle, tespit talebini oluşturan delille ilişkin olarak uygulanacak hükümler arasında, hakime, zor kullanma yetkisi veren bir hükmün bulunması halinde, delil tespiti işleminin icrası sırasında, bu hükme dayanarak, hakimın zor kullanabileceği kabul edilebilecektir²⁶¹. HMK m.291 hükmü, keşif deliline ilişkin olarak, keşfe katlanma yükümlülüğünü kabul etmiştir.

5. Delil Tespiti İşleminin İcrasının Zamanı

HMK'nın 400-405. maddeleri arasında hükme bağlanmış olan delil tespiti kurumuna ilişkin düzenlemelerde, delil tespiti işleminin icrasının zamanına ilişkin bir kural bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kanun koyucu, adli tatilde görülebilecek dava ve işlerin düzenlendiği HMK m.103 ile mahkemelerin çalışma zamanının düzenlendiği HMK m.148'de, delil tespiti işleminin ne zaman yapılabileceğine ilişkin esasları belirlemiştir.

'Adli Tatilde Görülecek Dava ve İşler' başlıklı HMK m.103/I,b.a'ya göre²⁶², adli tatilde, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delillerin tespiti gibi geçici hukuki koruma, deniz raporlarının alınması ve dispeççi atanması talepleri ile bunlara karşı yapılacak itirazlar ve diğer başvurular hakkında karar verilebilecektir.

HMK'nın 148. maddesi²⁶³ ile mahkemelerin çalışma zamanına ilişkin esaslar belirlenmiştir. Bu maddeye göre, mahkemeler, resmî çalışma gün ve saatlerinde

²⁶¹ Benzer görüşte bkz: Akil, **Delil Tespiti**, s.43.

²⁶² Benzer bir düzenleme 1086 sayılı HUMK m.176/I,b.1'de yer almaktaydı. Buna göre, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delillerin tespiti, deniz raporlarının alınması ve dispeççi tayini istekleri ve bunlara karşı yapılacak itirazlar hakkında karar verilmesi işleri, adli ara vermede görülecektir.

²⁶³ Benzer bir düzenleme 1086 sayılı HUMK m.81'de yer almaktadır. Buna göre, günlük muhakeme listesinde yazılı işlerle keşif ve delillerin tespiti gibi yapılması zaruri veya müstacel görülen işler müstesna olmak üzere mahkemeler, resmi çalışma saati dışında ve resmi ve adli tatil günlerinde, hiç bir adli muamele yapamayacaklardır.

görev yaparlar. Ancak, zorunluluk veya gecikmesinde zarar olan hâllerde, keşif, delillerin tespiti ve günlük duruşma listesinde yazılı işler gibi işlemlerin, resmî tatil günlerinde veya çalışma saatlerinin dışında da yapılmasına karar verilebilecektir.

Bu iki maddenin açık hükmü gereği, adli tatillerde delil tespiti talebinde bulunulabilecek, tespit işleminin icrası yapılabilecek ve bu işlere karşı itirazlar ve diğer başvurular hakkında da mahkeme tarafından karar verilebilecektir; ayrıca, zorunluluk veya gecikmesinde sakınca olan hallerde, resmi tatil günlerinde ve mahkemelerin resmi çalışma saatlerinin dışında da, delil tespiti işlemi icra edilebilecektir. Delil tespiti işleminin, resmi tatil günleri ile mahkemelerin resmi çalışma saatlerinin dışında da icra edilebilecek olması, kanaatimizce, tatil günlerini de kapsayıcı bir düzenlemedir ve buna göre, tatil günlerinde de, delil tespiti işlemi icra edilebilecektir.

Alman yargılama hukukunda da, delil tespiti işleminin adli tatilde, resmi tatilde ve resmi çalışma saatleri dışında icra edilebileceği kabul edilmiştir²⁶⁴.

6. Delil Tespiti İşlemine İtiraz

a. Genel Olarak

Geçici hukuki korumanın bir türü olan delil tespiti, HMK m.400-405 hükümleri arasında düzenlenmiştir ve bu hükümlerden sadece ikisinde bir hukuki çare olarak itiraz yer almaktadır.

Bu hükümlerden ilki, HMK m.402/III'dür. Buna göre, tespit talebinin mahkemece haklı bulunması halinde, karar (delil tespiti talebinin kabulü kararı), dilekçeyle birlikte karşı tarafa tebliğ edilecektir. Bu kararda (delil tespiti talebinin kabulü kararı), delil tespitinin nasıl ve ne zaman icra edileceği, tespitin icrası esnasında karşı tarafın da hazır bulunabileceği, varsa itiraz ve ilave soruların bir

²⁶⁴ Zöller Kommentar, s.1057.

hafta içinde bildirilmesi gerektiği belirtilecektir. Bu madde hükümde belirtilen itirazın aslen, delil tespiti talebinin kabulü kararına itiraz olduğunu ve itirazın konusunu da delil tespitinin şartlarının oluşmadığı hususunun oluşturduğunu daha önceki açıklamalarımızda belirtmiştik. Delil tespiti talebinin kabulüne ilişkin kararlara itiraz edildiği takdirde, pek tabiidir ki, delil tespiti işlemi daha icra edilmiş olmamaktadır.

Delil tespiti kurumuna ilişkin olarak itiraz yoluna başvurulabileceğine ilişkin ikinci düzenleme HMK m.403’de yer almaktadır. ‘Acele Hallerde Tespit’ başlıklı HMK m.403’e göre, talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hâllerde, karşı tarafa tebligat yapılmaksızın da delil tespiti yapılabilecektir. Tespitin yapılmasından sonra, tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği mahkemece kendiliğinden diğer tarafa tebliğ olunacak ve karşı taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde delil tespiti kararına itiraz edebilecektir.

Bu madde ile düzenlenen itiraz ise, aslen delil tespiti işlemine itiraz niteliğindedir ve aleyhine delil tespiti istenen kişinin, bu hukuki çareye başvurabilmesinin ön şartı ise, kendisine tebliğ yapılmadan, delil tespiti işleminin icra edilmiş olmasıdır. Bu maddeye dayanılarak yapılacak olan itirazlar sadece, delil tespiti işleminin icrasına ilişkin olmayacak ve delil tespiti talebinin kabulü kararının kendisine tebliğ edilmemiş olması sebebiyle, ileri süremediği delil tespitinin şartlarının oluşmadığına ilişkin itirazlarını da, aleyhine delil tespiti talep edilen kişi, bu aşamada ileri sürecektir.

Fakat, mevcut bu düzenlemelerden, aleyhine delil tespiti talep edilen kişinin, delil tespiti işlemi sırasında hazır bulunduğu takdirde, bu işleme itiraz hakkı olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Delil tespiti işlemi kural olarak her iki tarafın huzurunda icra edilecektir. Bu sebeple, her iki tarafın hazır bulunması halinde icra edilen delil

tespiti işlemine ilişkin itirazlar, bu işlemin icrası sırasında yapılacaktır²⁶⁵. Bu işlemin icrası sırasında hazır bulunan ilgililerin itiraz etmemiş olmaları halinde, yapılmış olan işlem kesinleşmiş olacaktır ve itiraz haklarını kaybedeceklerdir²⁶⁶.

b. Delil Tespiti İşlemine İtiraz

HMK m.403'e göre, delil tespiti işlemine itiraz edileceği hallerde, aleyhine delil tespiti talep edilen kişinin, delil tespiti işlemi sırasında hazır bulunmamış olması gerekmektedir. Bu madde ile kendilerine itiraz hakkı tanınmış olan kişiler, delil tespiti işlemi sırasında hazır bulunmamış olan kişilerdir lakin delil tespiti işleminin yapılması sırasında hazır bulunan kişiler, bu işleme karşı itirazlarını, delil tespiti işleminin icrası sırasında ileri sürebileceklerdir. Aleyhine delil tespiti yapılacak tarafın davet edilerek onun huzurunda delil tespiti işleminin icra edildiği hallerde, bu işleme itirazlar, işlemin icrası sırasında bildirilecektir²⁶⁷.

Delil tespiti işleminin, aleyhine delil tespiti yapılan kişiye tebliğ edilmeden yapılmasından sonra, tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği mahkemece kendiliğinden diğer tarafa tebliğ olunacaktır ve karşı taraf (aleyhine delil tespiti talep edilen taraf) tebliğden itibaren bir hafta içinde delil tespiti kararına ve delil tespiti işlemine itiraz edebilecektir²⁶⁸.

Delil tespiti talebinin kabulüne ilişkin kararın, aleyhine tespit yapılacak kişiye tebliğ edilmeden tespit işleminin yapıldığı hallerde, işlemin karşı tarafı, kendisine yapılan bu tebliğ ile, delil tespiti işleminden haberdar olmaktadır. Bu tebliğin yapılmamış olması, usule aykırılık teşkil etmektedir²⁶⁹.

²⁶⁵ Doğanay, **a.g.m.**, s.899; Erkuyumcu, **a.g.m.**, s.183; Kuru, **Cilt IV**, s.4453; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.120; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.131.

²⁶⁶ 11. HD., T. 01.01.2004, 8238/2501.

²⁶⁷ Akil, **Delil Tespiti**, s.44.

²⁶⁸ 6. HD., 02.04.2012, 1352/5143.

²⁶⁹ Hukuk Genel Kurulu'nun 27.11.1971 tarih ve 9-23/690 sayılı Kararı'nda, mahkemenin, davalı tarafın yokluğunda ve davanın ikamesinden evvel yapılmış bulunan delil tespitinde bilgisine müracaat edilen bilirkişinin gösterdiği tazminat miktarına hükmetmiş olduğu belirtilmiş ve Usulün 372.

Doktrinde, delil tespiti işlemine karşı yapılacak olan itirazların yazılı olarak yapılmasının zorunlu olmadığı belirtilmekteyse de²⁷⁰, kanaatimizce, delil tespiti işlemine ilişkin yapılacak olan itirazların yazılı olarak yapılması gerekmektedir²⁷¹. Ancak delil tespiti işleminin icra edilmesinden sonra mahkemece bir duruşma günü tespit edilmiş olmayacaktır. Bu sebeple, yapılacak olan itirazların, delil tespiti dosyasına yazılı olarak ibrazı gerekmektedir. İlgililerin hazır bulunması halinde, delil tespiti işlemine karşı yapılacak olan itirazlar sözlü olarak yapılabilecek ve tutanağa geçirilmek suretiyle kaydedilebilecektir. Ayrıca, ihtiyati tedbirlere ilişkin itirazların düzenlendiği HMK m.394/IV hükmünde, itirazın dilekçeyle yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca, itiraz eden, itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazının dayanağı olan tüm delilleri dilekçesine eklemek zorundadır.

Delil tespiti işleminin icrasından sonra, delil tespitine itiraz edildiği hallerde, itirazın konusunu delil tespitinin şartlarının oluşmadığı hususu oluşturabileceği gibi delil tespiti işleminin esasına ilişkin bir takım usulsüzlükler de oluşturabilecektir²⁷². Delil tespiti işleminin gerçeği yansıtmadığı ve yanlış olduğu, bilirkişinin bilgi ve yeteneğinin yeterli olmadığı, bilirkişi raporunda bariz hataların yapıldığı ve çelişkiler bulunduğu itirazları, delil tespiti işlemine ilişkin itirazlara örnek olarak verilebilecektir²⁷³.

İhtiyati tedbirlere ilişkin HMK m.394/IV hükmünün kıyasen, delil tespiti işlemine itiraz prosedürüne uygulanabileceği doktrinde belirtilmektedir²⁷⁴. Buna göre, itiraz eden, itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazının dayanağı olan tüm

maddesine göre delil tespitinin diğer tarafın yokluğunda yapılması halinde, tespit sırasında tutulmuş olan zabıt varakasının diğer tarafa derhal tebliği gerekirken, hadisede tespit zaptı davalıya tebliğ edilmemiş olduğu saptanmıştır. Böylece, davalı tarafa tespit zaptına ve bilirkişi mütalaasına itiraz edebilme imkanı verilmemiş olmaktadır ki bu hususun da usule aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Aynı yönde başka bir karar için bkz: HGK., T. 10.02.2010, 13/26.

²⁷⁰ Doğanay, **a.g.m.**, s.898; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.119.

²⁷¹ Aynı görüşte bkz: Erkuyumcu, **a.g.m.**, s.193.

²⁷² Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.132-133.

²⁷³ Özkan, **İhtiyati Tedbirler**, s.826.

²⁷⁴ Özkan, **İhtiyati Tedbirler**, s.832.

delilleri dilekçesine eklemek zorundadır. Mahkeme, ilgilileri dinlemek üzere davet edecektir ve gelmedikleri takdirde dosya üzerinden inceleme yaparak, delil tespiti işlemine itiraza ilişkin kararını verecektir.

Delil tespiti işlemine itiraz edildiği takdirde, mahkeme, bu itiraza ilişkin bir değerlendirme yapmakla yükümlüdür. Hakim, itirazlara ilişkin bu değerlendirme ile ileri sürülen sebeplerin yerinde olup olmadığına karar vermekle yükümlüdür. Delil tespitini yapan mahkeme tarafından, itiraz incelenmeli ve delil tespiti kararını yeniden değerlendirmeli ve gerekli ise, mahkeme, yeniden delil tespiti işlemi yapılmasına karar vermelidir. Böyle bir değerlendirme yapılmadan ve delil tespiti işlemine itiraz sonuca bağlanmadan, bu delil tespiti işlemi sonucunda elde edilen delile dayanılarak esas davada hüküm verilmesi, uygulamada bozma sebebi olarak değerlendirilmektedir²⁷⁵.

Hukuki ihtilafa ilişkin olarak asıl davanın açılmasından önce delil tespiti talebinde bulunulduğu ve bu talebin kabulü neticesinde delil tespiti işleminin yapıldığı hallerde, bu işleme ilişkin olarak yapılan itirazlar çoğunlukla sadece delil tespiti dosyasına işlenmekte ve bu itirazlara ilişkin bir değerlendirme yapılmamaktadır. Delil tespiti prosedürü, tespit işlemine ilişkin tutanağın karşı tarafa tebliği edilmesiyle tamamlanmış sayılmaktadır ve aleyhine delil tespiti yapılan kişinin, delil tespiti işlemine veya delil tespiti talebinin kabulüne ilişkin itirazları değerlendirilmeden, dosya sona erdirilmekte ve bu itirazların değerlendirilmesi hususu, hukuki ihtilafın esasına ilişkin açılmış davaya bırakılmaktadır. Böyle bir durumda, delil tespitine itiraz etmek isteyen taraf, başka bir mahkemeden delil tespiti yaptırma yoluna gitmektedir ve bu ise, birden fazla çelişkili delil tespiti kararının ortaya çıkması sonucunu doğurmaktadır. Ancak, yargılama hukuku sistemimizde bu çelişkili delil tespitlerini önleyici bir hüküm bulunmamaktadır ki bu da delil tespiti kurumundan beklenen faydasının sağlanmasını zorlaştırmakta hatta zaman zaman imkansızlaştırmaktadır²⁷⁶.

²⁷⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.901; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.133; 6. HD., T. 19.12.2005, 9444/1178.

²⁷⁶ Kurt, **a.g.m.**, s.94; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.901; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.133.

c. Delil Tespiti İşlemi ile Elde Edilen Bilirkişi Raporuna İtiraz

Kabul edilen delil tespiti talebi sonucunda yapılan delil tespiti işlemi ile delillerin güvence altına alınması sırasında en sık başvurulanan delillerden bir tanesi bilirkişi delilidir.

Doktrinde, delil tespiti işlemine, aleyhine tespit yapılan kişinin itiraz etmemiş olduğu hallerde, bu işlemin icra edilmesi sonucunda elde edilen bilirkişi raporunun kesinleşeceği ve bu konuda yeniden inceleme yapılmayacağı belirtilmiştir²⁷⁷. Delil tespiti işlemi ile elde edilmiş olan bilirkişi raporu, dava sırasında alınmış bilirkişi raporu ile aynı hüküm ve sonuçlara tabi olacaktır²⁷⁸.

Fakat uygulamada, delil tespiti işlemi sonucunda alınan raporlara itiraz edilmesi de söz konusu olmaktadır²⁷⁹ ve delil tespiti işlemi ile elde edilen bilirkişi raporuna itiraz edilmek istenildiği takdirde, bu itirazın hangi süre içinde yapılacağı hususunun incelenmesi önem arz etmektedir.

HMK m.403'e göre, delil tespiti işlemine itiraz süresi, tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneğinin mahkemece karşı tarafa tebliğinden itibaren bir haftadır²⁸⁰.

HMK m.404 hükmü ise, delil tespiti işlemine uygulanacak hükümleri

²⁷⁷ Yargıtay'ın, delil tespitine konu olan bilirkişi raporlarının kesinleşmesi hususuna ilişkin olarak çeşitli tarihlerde farklı sonuçlara varmış olduğu kararları mevcuttur. 4. HD. 19.12.1958 tarih ve 3301/8241 sayılı Kararı'nda, delil tespiti işlemi ile elde edilmiş olan bilirkişi raporuna kanuni süresi içinde itiraz edilmemiş olmasının, bu raporu kabul anlamına geldiğini belirtmiştir. Ancak, HGK 6.3.1971 tarih ve 4-785/139 sayılı bir Kararı'nda ise, delil tespiti yolu ile alınan bilirkişi raporuna itiraz etmemiş olan tarafın, davada hüküm verilinceye kadar bilirkişi raporuna itiraz edebileceği belirtilmiştir.

²⁷⁸ Kuru, **Cilt IV**, s.4470; Bilirkişi raporlarını asıl davaya etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: İkinci Bölüm, II, C, 3.

²⁷⁹ 7. HD., T. 19.1.2010, E.2009/650, K.2010/149.

²⁸⁰ 7. HD., T. 17.1.2013, E.2012/7705, K.2013/179. HGK'nun 2010/13-26 sayılı Kararı'na atıf yapan bu kararda, delil tespitine itirazın süreye bağlı olmayacağı belirtilmiştir.

düzenlemektedir ve buna göre, tespiti istenen vakıanın hangi delille tespit edileceğine karar verilmişse, bu kararın yerine getirilmesinde o delilin toplanmasına ilişkin hükümler uygulanacaktır.

HMK m.404 hükmünün, delil tespiti işleminin bilirkişi delili yolu ile yapılacağı hallerde, HMK'nın bilirkişi deliline ilişkin hükümlerinin uygulanacağı yönündeki atfı sebebiyledir ki, delil tespitinin konusunu bilirkişi incelemesinin oluşturduğu hallerde, bilirkişi deliline ilişkin HMK m.266-277 hükümleri uygulanacaktır.

'Bilirkişi Raporuna İtiraz' başlıklı HMK m.281'e göre ise, taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebileceklerdir.

Görüldüğü üzere, HMK m.403'de delil tespiti işlemine ilişkin itirazın süresi, ilgili evrakların mahkemece, aleyhine delil tespiti yapılan tarafa tebliğinden itibaren bir hafta olarak düzenlenmişken; HMK m.281'de, tarafların, bilirkişi raporunun kendilerine tebliğinden itibaren iki hafta içinde, bu rapora itiraz edebileceği düzenlenmiştir. Bu sebeple, delil tespiti işleminin konusunu bilirkişi incelemesinin oluşturduğu hallerde, bu rapora ilişkin itiraz süresinin ne olacağı hususu önem arz etmektedir²⁸¹.

Doktrinde, delil tespitine konu olan bilirkişi incelemesine ilişkin olarak itiraz süresinin HMK m.402 veya m.403 hükümlerine göre değil, bilirkişi incelemesine itiraza ilişkin olan HMK m.281 hükmüne göre belirlenmesi gerektiği belirtilmiş ve

²⁸¹ 1086 sayılı HUMK döneminde m.373 hükmü ile, delillerin tespiti hakkında sebkeiden itirazların delilleri tespit eden hakim tarafından hallolunacağı düzenlenmiş olmakla birlikte, bu itiraza ilişkin belirli bir süre öngörülüş değildi. Doktrinde, delil tespitinin konusunu bilirkişi raporunun oluşturduğu hallerde, bu rapora itirazın süresiz olarak mı yapılabileceği yoksa HUMK m.283'de bilirkişi raporlarına itiraza ilişkin olarak düzenlenmiş olan bir haftalık süre ile tarafların bağlı mı olması gerektiği hususu tartışılmaktaydı. Bu tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Yavaş, **Delil Tespiti**, s.133 vd.; Akil, **Delil Tespiti**, s.44 vd.; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.134-135.

bilirkişi raporuna itiraz bağlamında, bilirkişiden ek rapor alınmasının talep edilmesine veya yeni bir bilirkişi incelemesi yapılmasının istenmesine ilişkin itirazların, raporun kendilerine tebliğinden itibaren iki hafta içinde yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır²⁸².

Delil tespitine itirazın düzenlendiği iki maddeden biri olan HMK m.402’de düzenlenen itirazın konusunu aslen, delil tespiti talebinin kabulü kararına karşı yapılacak olan itirazlar oluşturmaktadır. Madde metninde ‘delil tespiti kararına itiraz’ olarak yer almış olsa da, aleyhine delil tespiti istenen kişinin, bu maddeye dayanarak itirazda bulunması halinde, itirazın konusunu sadece delil tespiti yapılmasına ilişkin şartların oluşturmadığı hususunun oluşturacaktır zira delil tespiti işlemi henüz icra edilmiş değildir.

Delil tespitine itirazın düzenlendiği ikinci ve son madde olan HMK m.403 hükmünde ise, delil tespiti işleminin, aleyhine delil tespiti istenen kişiye tebligat yapılmadan icra edilmiş olması halinde, ilgilinin başvurabileceği bir hukuki çare olarak itiraz kurumu işaret edilmiştir. Bu halde ise, itirazın konusunu, delil tespitine başvurulmasına ilişkin şartların mevcut olmadığına ilişkin hususlar oluşturabileceği gibi zira delil tespiti talebi, karşı tarafa tebliğ edilmemiş olduğundan, aleyhine tespit istenen kişi, bu hususa ilişkin itirazlarını ileri sürebilmiş değildir; icra edilmiş olan delil tespiti işlemine ilişkin hususlar da oluşturabilecektir zira delil tespiti işlemi, tarafın huzurunda icra edilmemiş olduğunda, aleyhine delil tespitine başvuru olan taraf, işlem sırasında hazır bulunamamış ve itirazlarını işlemin icrası sırasında ileri sürememiştir. Her iki itiraz aynı anda, birlikte ileri sürülebileceği gibi, ayrı ayrı da ileri sürülebilecektir.

²⁸² Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.136. Yazar, HMK m.402 ve m.403’de delil tespiti kararına itiraz süresinin bir hafta olarak düzenlendiğini, ancak bu maddelerde düzenlenmiş olan itirazın delil tespiti kararına ilişkin olduğunu, halbuki, bilirkişi raporunun alınmasının ve buna bağlı olarak da bilirkişi raporlarına karşı olarak yapılacak olan itirazların, HMK m.404 hükmünde belirtilmiş olan ‘delilin toplanması’ kavramının içeriğine dahil edilmesi gerektiğini ve buna bağlı olarak da, HMK m.404 hükmünün HMK m.281 hükmüne yaptığı atıf sebebiyle, delil tespiti işleminin konusunu bilirkişi incelemesinin oluşturduğu durumlarda, bu raporlara ilişkin olarak itiraz süresinin iki hafta olması gerektiği sonucuna varmıştır.

HMK m.404 hükmünün bilirkişi incelemesine ilişkin yaptığı atıf sebebiyle, delil tespiti işleminin konusunu bilirkişi incelemesinin oluşturduğu hallerde, bu rapora itiraz süresinin iki hafta olduğu kabul edildiği takdirde, delil tespiti kurumuna ilişkin olarak itiraz yoluna başvurulmak istendiği takdirde, bir takım sebeplere ve durumlara ilişkin olarak farklı itiraz sürelerinin kabul edilmesi gerekecektir.

Örneğin, HMK m.403 hükmü uyarınca, acele hallerde, karşı tarafa tebligat yapılmaksızın, delil tespitine başvurulduğunda ve bu delil tespiti işleminin konusunu da bilirkişi incelemesinin oluşturması halinde; aleyhine delil tespiti yapılan kişinin, hem delil tespiti şartlarının oluşmadığına hem de delil tespiti işlemine, yani bilirkişi raporuna itiraz etmek istediği bir durumda, delil tespiti şartlarına ilişkin olarak bir hafta içinde itiraz edebileceği ve fakat bilirkişi raporuna ilişkin ise iki hafta içinde itiraz edebileceği sonucuna ulaşılacaktır.

Ancak böyle bir durumda, delil tespitinin karşı tarafının, mahkemeye, birer hafta arayla, iki ayrı itiraz dilekçesi sunması kabul edilemeyeceğinden ve delil tespiti şartlarının oluşmadığına ilişkin itirazın, bir hafta değil iki hafta içinde yapılması esasının da benimsenmesi mümkün olamayacağından, tarafın, bilirkişi raporuna ilişkin itirazlarını da delil tespiti şartlarının oluşmadığına ilişkin itirazıyla birlikte ve aynı dilekçece mahkemeye sunması gerekmektedir.

Kanun koyucu, delil tespiti kurumuna ilişkin olarak tarafların başvurabilmesi için hukuki çare olarak itiraz yolunu benimsemiş ve bu yola başvurulabilmesi için de bir haftalık bir süre öngörmüştür. Niteliği gereği, delil tespiti yapılmasına ilişkin taleplerin, ivedi bir şekilde nihayete erdirilmesi gereken bu kuruma ilişkin olarak, başvurulabilecek itiraz süresinin de uzun olmaması gerektiği ve delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağının ihtimal dâhilinde bulunduğu hallerde, itirazların bir an önce sonuçlandırılmasının kurumun amacı ile örtüştüğü kanaatindeyiz.

d. Delil Tespiti İşlemine İtirazlara İlişkin Kararlar

Delil tespiti işlemine yapılan itiraz, delil tespiti işleminin şartlarının oluşmadığına ilişkin olabileceği gibi delil tespiti işleminin icrasına ilişkin de olabilecektir.

Delil tespiti işlemine yapılan itiraz üzerine hakim, yapılmış olan bu itirazın kabulü veya reddi yönünde bir karar verecektir.

İtirazın kabulü yönünde bir karar vermiş olduğu hallerde, bu itiraz, delil tespiti işleminin şartlarının oluşmadığına ilişkin olduğu hallerde, delil tespiti talebinin reddi kararı olacaktır. Delil tespiti işleminin icrasına ilişkin yapılmış olan itirazın kabulü halinde ise, hakim, yeniden delil tespiti işlemi yapılmasına karar verebilecektir. Hakimin, delil tespiti işlemine yapılan itirazı kabul etmemesi durumunda ise, delil tespitinin kabulü sonucunda icra edilmiş olan delil tespiti işlemi geçerliliğini koruyacaktır.

Görülmekte olan bir davaya ilişkin olarak delil tespiti yolu ile delillerin güvence altına talep edilmesinin söz konusu olduğu hallerde, icra edilmiş olan delil tespiti işlemine itiraz edilmek istendiğinde, bu itiraza ilişkin olarak mahkemenin verdiği kararlar nitelikleri gereği ara kararlar olduğundan ve bu kararlar için tek başlarına kanun yollarına başvurulamayacaktır. Ancak, hukuki ihtilafın aslına ilişkin davanın sonunda verilen hükümle beraber, bu kararlar aleyhine de kanun yoluna başvurulabileceği kabul edilebilecektir²⁸³.

İleride açılacak bir davaya ilişkin olarak delil tespiti kurumuna başvurulduğu ve delil tespiti işlemine itiraz edildiği hallerde ise, mahkemenin verdiği bu kararlara karşı kanun yollarına başvurulmayacaktır.

Doktrinde, delil tespiti işlemine itiraz üzerine mahkeme tarafından verilen kararlara karşı yüksek veya en yakın mahkemeye itiraz etme imkanının

²⁸³ 14. HD., T. 6.12.2012, 12646/14217.

sağlanması isabetli olacağı belirtilmiştir²⁸⁴. Ancak bu görüşe, bir koruma tedbiri olan delil tespiti bir an önce karara bağlanıp sonuçlanmasının, kurumun niteliği ve amacıyla daha uyumlu olduğu ve bu sebeple, delil tespitine itiraz üzerine verilen kararlara karşı başvurulabilecek bir hukuki çarenin, kurumun bu amacını engelleyebileceği endişesiyle karşı çıkmıştır²⁸⁵.

H. Delil Tespiti Kararının Hüküm ve Sonuçları

1. Genel Olarak

Geçici hukuki korumanın bir türü olan delil tespitine ilişkin prosedür, hukuki yararı olduğunu iddia eden tarafın mahkemeye sunacağı delil tespiti talebi ile başlayacak ve ilgili aşamaların geçilmesinden sonra, delil tespitine ilişkin yapılacak olan yargılama, mahkemenin vereceği delil tespiti kararı ile son bulacaktır.

Uygulamada, delil tespiti dosyasına, delil tespiti işlemi sırasında elde edilmiş bilirkişi incelemesinin, tanık ifadesinin veya keşif tutanağının konulması ve varsa bu işleme aleyhine delil tespiti yapılan tarafın itirazlarının da eklenmesi ile, delil tespiti prosedürü sona erdirilmektedir. Ancak, kanaatimizce, mahkeme, yürütmüş olduğu prosedürün sonunda, delil tespiti işlemi ile güvence altına almış olduğu delile ilişkin bir hüküm vererek, prosedürü sona erdirmelidir. Lakin, delil tespiti aslen, mahkemenin yetkisinde olan bir husustur ve delilin güvence altına alınabilmesi için, mahkeme kararı ile tespit edilmiş olması gereklidir. Halbuki, bilirkişi raporu, keşif tutanağı veya tanık ifadesi aslen mahkemenin delil tespiti kararı yerine geçmeyecektir.

2. Delil Tespiti Kararının İçeriği

²⁸⁴ Erkuyumcu, **a.g.m.**, s.184.

²⁸⁵ Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.141. Yazar ayrıca, böyle bir imkanın tanınması halinde de, bu itirazın, delil tespitini yapan mahkeme tarafından halledilmesi gerektiğini belirtmiştir. Benzer görüş için bkz: Yavaş, **Delil Tespiti**, s.129-130; Akil, **Delil Tespiti**, s.35.

İcra edilmiş olan delil tespiti işlemine ilişkin varılan sonuçların, hakim tarafından, mahkeme kararı ile sabitleştirilmesi gereklidir. Delil tespiti kararı, mahkemenin, yürütmüş olduğu prosedürün sonunda vermiş olduğu bir karar olmalıdır. Yapılmış olan itirazların kabulü veya reddine ilişkin gerekçelerin de mahkeme tarafından verilen bu kararda yer alması gerekmektedir.

3. Delil Tespiti Kararının Hukuki Niteliği

Kararlara ilişkin doktrinde genel kabul görmüş ara kararlar/nihai kararlar ayırımından farklı olarak yapılmış başka gruplandırmalar da mevcuttur. Buna göre, kararlar ilk olarak geçici kararlar ve esas kararlar olarak gruplandırıldıktan sonra, esaslar kararlar da kendi içlerinde ara kararlar ve nihai kararlar olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Geçici kararlar, bir hakkın teminine ilişkin olarak geçici bir süre için verilen kararlar olarak nitelendirilmekte ve ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti ve adli yardım kararları geçici kararlara örnek olarak gösterilmektedir²⁸⁶.

Kanaatimizce, delilin güvence altına alınmasına ilişkin hükmü içeren delil tespiti kararları, geçici karakterli kararlardır. Bu kararlar, ancak, ileride açılacak bir davada veya görülmekte olan bir davada kullanıldıkları takdirde bir önem kazanacaklardır. Delil tespiti işlemi ile amaçlanan hedefe aslen, bu prosedür sonucunda elde edilen delillerin, hukuki ihtilafın aslına ilişkin davada değerlendirilmesi ile ulaşılabilecektir.

4. Delil Tespiti Kararının Asıl Davaya Etkisi

HMK m.405'e göre, asıl davanın taraflarından her biri, iddia veya savunmasını ispat için tespit işlemi sonucunda elde edilen tutanak ve raporlara

²⁸⁶ İsmail Hakkı Karafakih, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları**, Ankara, Yeni Matbaa, 1952, s.89 vd. . Yazar, geçici kararların ortak özelliklerini, geçici kararların davadan önce veya sonra verilebileceği; geçici karar verilebilmesi için iki tarafın mevcudiyetinin aranmayacağı; geçici kararlara ilişkin olarak, talebin karşı tarafının, hukuki çare olarak her zaman itiraz yoluna başvurabileceği ve geçici kararlar aleyhine temyiz kanun yoluna başvurulmasının mümkün olmadığı şeklinde belirlemiştir.

dayanabilecektir. Bu maddede yer alan düzenlemenin doğal bir sonucu olarak, taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlığa ilişkin olarak açılan davada, delillerin incelenmesi aşamasına gelindiğinde, taraflar, delil tespiti işlemi sonucunda elde edilen delillere dayanarak iddia ve savunmalarının ispat etmeye çalışabileceklerdir²⁸⁷.

Delil tespiti kararının sonuçlarından taraflardan her biri yararlanabilecektir. Buna göre, hukuki ihtilafın aslında ilişkin davanın davacısı veya davalısı, karşı tarafın yaptırmış olduğu delil tespiti işleminin sonuçlarına dayanabilecektir²⁸⁸.

Delil tespiti talep eden tarafın, delil tespiti işlemine itiraz etmemiş olduğu hallerde, karşı tarafın o delile dayanmış olması halinde, yaptırmış olduğu tespitin aksini iddia ve ispat edemeyeceği doktrinde kabul edilmekte ve delil tespiti talep eden tarafın, delil tespiti işlemine itiraz etmemesi ile, aleyhine delil tespiti yapılan taraf lehine usuli kazanılmış hak doğduğu ifade edilmektedir²⁸⁹. Uygulamada da, delil tespiti kapsamında alınmış olan raporların tartışılmasına izin verilmediği kararlar bulunmaktadır²⁹⁰.

Delil tespiti yolu ile elde edilen bilirkişi raporlarının aleyhine delil tespiti yapılan taraf lehine usuli müktesap hak doğuracağına ilişkin görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bilirkişi raporları takdiri delillerdir ve kural olarak, hakimi bağlayıcı nitelikte değildirler. Hakim, delilleri serbestçe değerlendirerek, vicdani kanaatine göre karar verecektir. Delil tespiti işlemi ile elde edilmiş rapora itiraz etmemiş olmak, sadece itiraz etmeyen tarafın, bu konudaki hakkını kaybedecek

²⁸⁷ Kuru, **Cilt IV**, s.4464; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.131; Akil, **Delil Tespiti**, s.48-49; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.111.

²⁸⁸ Kuru, **Cilt IV**, s.4465; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.131; Akil, **Delil Tespiti**, s.48-49; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.111.

²⁸⁹ Kuru, **Cilt III**, s.2768; Yavaş, **Delil Tespiti**, s.131; Akil, **Delil Tespiti**, s.49; Akyol-Aslan, **Delil Tespiti**, s.117. Usuli kazanılmış hak kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Yıldırım, Kamil, **Medeni Usul Hukukunda Reformatio in Peius Yasağı**, **MÜHF 10. Yıl Armağanı**, İstanbul, 1993, s.145-177.

²⁹⁰ 19. HD., T. 30.12.2004, 9992/13395 (Adnan Deynekli/Mustafa Saldırım, **Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz**, 3. Baskı, Ankara, Turhan Yayınları, 2011, s.42 vd.).

olmasından ibaret olabilecektir yoksa bir usuli müktesep hakkın doğumuna yol açması söz konusu olmayacaktır²⁹¹.

Delil tespiti işlemi sırasında elde edilmiş ve güvence altına alınmış deliller, asıl davada inceleneceklerdir.

5. Delil Tespiti Kararına Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar

Delil tespiti kararlarına karşı başvurulabilecek bir hukuki çare HMK’da düzenlenmiş değildir. Delil tespitinin geçici olma özelliği ise, bu kararların kanun yollarına başvurulabilecek kararlar içinde yer almasını engellemektedir²⁹².

Doktrinde, delil tespitinin esas davaya bağlı bir işlem olması ve asıl davadan bağımsız bir niteliğinin olmaması sebebiyle, delil tespiti talebinin hukuka uygun bir şekilde neticelendirilmemesinden dolayı ortaya çıkabilecek aksaklıkların asıl davaya yansımalarının engellenebilmesi için, kanun yolunun asıl dava münasebetiyle ve fakat delil tespiti kararı aşamasındaki hukuka aykırılıklar dolayısıyla kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁹³.

Delil tespiti talebinin hukuka uygun olarak neticelendirilmesine ilişkin olarak, yargılama hukukumuzda ‘itiraz’ yolu benimsenmiştir. Kurumun niteliği ve ivedi yapısı dikkate alındığında, ortaya çıkabilecek hukuki aksaklıkların da oldukça çabuk ve etkin bir biçimde sonuçlandırılması gerekmektedir ve bir hukuki çare olarak itiraz yolunun etkin bir biçimde kullanılması ile, bu hukuki aksaklıkların giderilmesinin mümkün olabileceği kanaatindeyiz.

²⁹¹ Toraman, **a.g.e.**, s.411.

²⁹² Kuru, **Cilt V**, s. 5250.

²⁹³ Yavaş, **Delil Tespiti**, s.131.

SONUÇ

Medeni yargılama hukukunun amacı son yıllarda ağırlık kazanan görüşlerle şekli gerçeğin tespitinden maddi gerçeğin tespitine doğru evrilmektedir. Bu değişiklik, muhakeme hukuku alanında ispatın ve delilin önemini daha da artırmıştır. Bu sebeple yargılama hukuku kurumlarını katı şekil kurallarıyla boğmak ve delillerin ispat gücünü kaybetmeleri halinde derdest yargılamaların sonucunda varılan hükümlerin maddi gerçeği yansıtmayacak olmaları problemini ortadan kaldırabilmek için ‘*delil tespiti*’ kurumuna başvurulması mümkündür.

Yargılamanın uzun sürdüğü, delillerin incelenmesi aşamasına çok geç geçilebildiği durumlarda, ortadan kalkma ihtimali olan veya ispat bakımından işlevini gereği gibi yerine getirmek vasfını kısmen dahi olsa yitirecek delillerin muhafazası ve durumlarının belirlenmesi gerekliliği, delil tespiti kurumunu daha da elzem ve önemli hale getirmektedir. Özellikle inşaat, teknolojik uygulama ve işlemler, sanayi gibi teknik alanlarda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, delillerin muhafazası adına bazı durumlarda imkânsızlık arz etmekte, bazı durumlarda ise ihtilafa konu faaliyetin tamamen durdurulması gibi kabul edilemez ağır maddi sonuçlara sebebiyet verecek sonuçlara neden olabilmektedir. Bu sebeple, delillerin, gerekli şartların varlığı halinde, bazı durumlarda hukuki ihtilafın esasına ilişkin dava açılmadan önce, bazı durumlarda ise, esas dava içinde fakat tahkikat aşamasından önce toplanmasını temin eden kurumun, medeni muhakeme hukuku alanında önemi her geçen gün daha da artmaktadır.

Delil tespiti kurumu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 400 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Kurum, tahkikat aşamasında incelenecek olan delillerin, çeşitli şartların varlığı halinde, önceden toplanarak, güvence altına almak ve bu sayede delillerin ispat gücünü kaybetmesinin engellenerek, yapılan veya yapılacak olan yargılamada maddi gerçeğe ulaşılmasını temin etmek amacı taşımaktadır. Delil tespitinin istenebileceği halleri düzenleyen HMK m. 400 hükmü, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 368 ve 369. maddelerini tek madde altında toplamaktadır. Buna göre, 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 edebilecektir.

Delil tespiti kurumunun konusunu, maddi vakıaların, ispat araçları vasıtasıyla yargılama hukuku bakımından usulüne uygun, doğru zamanda ve acele ile tespit edilmesi ve bu tespitin muhafaza edilmesi oluşturmaktadır. Bu noktada delil tespiti, meselenin esasına ilişkin olmayıp, delillerin güvence altına alınmasına yöneliktir. Delil tespiti yargılamasında ve kararında delillerin değeri hakkında bir sonuca varılmayacaktır.

Bu bağlamda delil tespitinin konusunu mevcut bir durumun tespit edilerek muhafaza edilmesi oluşturmaktadır. Davada dayanılan çekişmeli ve davanın halli bakımından önem arz eden maddi vakıalar, ispatın konusunu oluşturur. İspat araçları olan deliller ise hâkimde maddi vakıaya ilişkin kanaat oluşturmak için başvuru kaynaklarıdır. Davaya konu olan hukuki ihtilaf, taraflar arasında çekişmeli olan vakılardan kaynaklanmış olduğundan, ispata konu olacak olan vakıalar da taraflar arasındaki çekişmeli vakıalar olacaktır. İspatın konusu taraflar arasındaki çekişmeli vakıalar olduğuna göre, delil tespitinin konusu da, kural olarak taraflar arasında çekişmeleri olan vakıaların tespiti olacaktır. Ancak, delil tespitinin konusunun taraflar arasındaki çekişmeli vakıalar olması, çekişmesiz yargıda delil tespitine başvurulamayacağı anlamına gelmemektedir. Lâkin çekişmesiz yargı işlerinde kural olarak 'ihtilaf yokluğu' kriteri kabul edilmiş olmakla birlikte, somut olaya ve somut olayın konu olduğu her bir dava tipi için ayrı ayrı değerlendirme yapmak ve buna göre bir sonuca varmak gereklidir. Delil tespitinin konusunu bir zararın varlığı ve miktarı, mallarda gerçekleşmiş bulunan zararın kapsamı, belli bir maddi durumun varlığı, örneğin inşaatın belli bir sınırı geçip geçmediği, defter kayıtlarının belli bir tarihteki durumu veya bir olayın nasıl cereyan ettiği gibi maddi vakıalar oluşturmakla birlikte salt hukuki meseleler ise delil tespitinin konusunu oluşturmayacaklardır, çünkü bu hususlar hukuki ihtilafın aslına ilişkin yargılamanın kapsamında dahil olacaklardır.

Delil tespiti kurumunun tanımı ile ilgili doktrinde farklı tanımlamalar yapılmakla birlikte kanaatimizce kurum, delil tespiti, tespit edilmediği takdirde kaybolması veya ikamesinde güçlük çıkması muhtemel olan ihtilaflı bir vakıaya ilişkin delillerin, ileride açacağı bir davada ileri sürülmek üzere veya açılmış bir davada tahkikat aşamasına gelinmemiş olduğu hallerde, toplanması ve güvence altına alınabilmesi amacıyla delillerin hemen incelenmesi ve kayda alınması işlemi şeklinde tanımlanabilecektir. Kurumun hukuki niteliği bakımından yapılan inceleme sonucunda ise delil tespitinin hâkimin kararıyla etkili olan bir taraf usul işlemi olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Tespit davası ve ihtiyati tedbirler kurumlarıyla benzerlik arz ettiği görülmekle birlikte, her iki kurumdan da işleme konu olan hususlar ve amaçlar sebebiyle ayrılmaktadır. Buna göre, tespit davalarından konusunu bir hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu veya bir belgenin sahte olup olmadığına oluşturmaktayken, delil tespitinin konusunu maddi bir vakıanın tespiti oluşturmaktadır. Delil tespiti ile vakıaların ispat gücü korunmaya çalışılırken, ihtiyati tedbirler ile doğrudan dava konusu teminat altına alınmaya çalışılmaktadır. İhtiyati tedbirlere karar verebilmek için, dava konusu hakkın varlığına ilişkin olarak bir araştırma yapmak gerekmektedir, delil tespitine başvurulabilmesi için sadece delilin güvenliğinin tehlikede olduğunun ispatı gerekli olacaktır.

6100 sayılı HMK’da çekişmesiz yargı olarak düzenlenmiş olan bir delil tespiti işlemi bulunmakla beraber, delil tespiti kurumunun çekişmeli yargı alanında mütalaa edilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Delil tespiti işlemi, hukuki niteliği itibariyle dava olmamakla beraber, davanın açılmasına bağlanan maddi hukuktan ve usul hukukundan doğan bir takım sonuçların delil tespiti talebi ile de doğması gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, delil tespiti dilekçesi kendisine tebliğ edilen tarafın artık iyi niyet iddiasında bulunamayacaktır. Delil tespiti talebi kendisine ulaşan mahkeme, bu talebe ilişkin bir karar vermekle yükümlü olacaktır.

TBK’da zamanaşımını kesen veya durduran sebeplerden biri olarak düzenlenmemiş olan delil tespiti kurumuna ilişkin olarak, maddi hukukta zamanaşımını durduran sebeplerden biri olarak kanun koyucu tarafından

düzenlenmesinin, delil tespitine başvurulmasını daha etkili bir hale getirebileceği kanaatindeyiz.

Delil tespitine konu olabilecek deliller başlığını taşıyan ikinci bölümde, delillere ilişkin klasik sınıflandırma esas alınarak senet, yemin, kesin hüküm gibi kesin delillerin ve tanık, bilirkişi ve keşif gibi takdiri delillerin, delil tespitine konu olmak bakımından gösterdiği özellikler incelenmiştir. Bu noktada doktrinde hakim olan görüşten farklı bir sonuca varılarak, delil tespitine her türlü delillin tespiti için başvurulamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Son bölümde ise ‘Delil Tespitinin Şartları ve Usulü’ incelenmiştir. Bu bağlamda delil tespitine, inceleme sırası gelmemiş deliller hakkında ve delillerin, delil tespiti yolu ile önceden tespitinde hukuki yarar bulunan hallerde başvurulabilecektir. Delil tespitine başvurabilmek için aranan hukuki yarar, delillerin tahkikat aşamasına gelmeden önce tespit edilmesinde ancak söz konusu bu delillerin yok olacağı veya ileri sürülmesinin zorlaşacağı ihtimali bulunması halinde somutlaşmaktadır. Bazı hallerde ise, kanun koyucu özel düzenlemelerle, ilgili durumlarda hukuki yararın varlığını, incelenmesine gerek olmaksızın kabul etmektedir.

Delil tespiti usulüne ilişkin olarak delil tespitini kimlerin talep edebileceği, delil tespitine dava açılmadan önce ve dava açıldıktan sonra başvurulmasına ilişkin olarak ayrı ayrı incelenmiştir. Dava arkadaşlarının delil tespiti talebinde bulunabilmesi mecburi ve ihtiyari dava arkadaşları bakımından ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Açılmış bir davada mecburi dava arkadaşlarının hep birlikte delil tespitine başvurabileceğinin kabulünün delil tespiti kurumunun amacıyla çelişebileceği kanaatine varılmıştır. Aynı yargılama içerisinde, tek bir ihtiyari dava arkadaşı tarafından yapılmış delil tespiti talebinin ise, tüm ihtiyari dava arkadaşları bakımından hüküm ifade edeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Davaya müdahale bakımından ise delil tespiti yargılamasına asli ve fer’i müdahalenin mümkün olup olmadığı incelenmiştir. Buna göre, asli müdahil, kendisi

ileride açacağı veya açmış olduğu asli müdahale davasında kullanılmak üzere delil tespiti talep edebilecektir. Fer'i müdahilin ise, yanında katıldığı taraf talep etmese bile şartları ve koşulları oluştuğunda delil tespiti talep edebileceği kanaatine ulaşılmıştır.

Delil tespiti talebinin şekli ve içeriği bakımından şu hususların özellik arz ettiği görülmüştür. Kanaatimizce delil tespiti talebi dilekçe ile yapılacaktır. Hukuki ihtilafın aslına ilişkin dava açılmadan önce delil tespiti talep edildiği hallerde, delil tespiti dilekçesinin dava dilekçesinde bulunması gereken bütün zorunlu unsurları içermesi gerektiği değerlendirilmiştir. Bununla birlikte, açılmış bir davada delil tespitine başvurulmuş olduğu hallerde, dava dilekçesinden veya dava dosyasının içeriğinde mevcut olan unsurların, delil tespiti dilekçesinde bulunmasına ilişkin bir zorunluluk olmadığı kanaati hasıl olmuştur.

Türk yargılama hukukunda dava açılmadan önce talep edilen delil tespitlerinin asıl dava ile olan bağının zayıf olduğu tespit edilerek, bu bağın güçlendirilmesine ilişkin düzenlemelerin yapılması gerekliliğine dikkat çekilmiştir.

Son olarak delil tespiti talebi sonrasında verilecek kararlar, delil tespiti talebine ilişkin verilen kararlara karşı gidilebilecek hukuki yollar, delil tespiti işleminin icrası ve delil tespitinin icrası sırasında uygulanacak hükümler ve zor kullanma yetkisi, delil tespiti işlemine karşı başvurulabilecek kanun yolları ve delil tespiti işleminin hukuki sonuçları incelenmiştir.

Delil tespiti yargılamalarında aranan ispat ölçüsü yaklaşık ispat olarak saptanmış ve tarafların her türlü delile başvurabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Hakim, yapacağı inceleme sonucunda, delil tespiti talebinin reddine veya kabulüne karar verebilecektir. Delil tespiti talebinin kabulüne karar verdiği takdirde, delil tespiti işleminin icrasına karar verir. Delil tespiti talebinin karşı tarafı, yani aleyhine delil tespiti talep edilen taraf, delil tespiti talebinin kabulü kararına karşı itiraz yoluna başvurabilecektir.

Delil tespiti kararının sonuçlarından, işlemin taraflarından her biri yararlanabilecektir. Delil tespiti işlemine itiraz edilmemiş olmamasının, taraflardan herhangi biri aleyhine usuli müktesep hak doğurmayacağı kanaatine varılmıştır.

Delil tespiti kararlarına karşı HMK’da başvurulabilecek bir çare düzenlenmiş değildir. Ancak yargılama hukukumuzda itiraz yolunun bir çare olarak benimsenmesi, çıkabilecek bir takım hukuki aksaklıkların önüne geçebilecektir.

KAYNAKÇA

- Adolphsen, Jens **Zivilprozessrecht**, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2012
- Albayrak, Hakan **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.239
- Arens, Peter/Lüke, Wolfgang **Zivilprozessrecht**, 10. neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2011
- Arslan, Ramazan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukukî Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler, **Bankacılar Dergisi**, Özel Sayı, 2013, s.7-28
- Akçay, Ergin **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010
- Akil, Cenk Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, Cilt 58, S.1, s.1-62 (Kısaltma: Akil, Delil Tespiti)
- Akyol-Aslan, Leyla **Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011
- Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti (Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011 (Kısaltma: Akyol-Aslan, Delil Tespiti)
- Alangoya, Yavuz Yargılama Sırasında Tarafta İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. III, S. 1969/5, s.125-190
- Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul, 1979 (Kısaltma: Alangoya, Vakıaların Toplanması)
- Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı(Tarafların Taaddüdü)**, tıpkı Basım, İstanbul, 1999
- Dava Temeli, Hakimin Dava Malzemesini Toplamadaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, **Kazancı Dergisi**, Mayıs 2005
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis

- Medeni Usul Hukuku Esasları**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011
- Ansay, Sabri Şakir Tesbit Davaları, **Adalet Dergisi**, 1940, Sayı 2, s.70-86
- Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Bası, Ankara, 1960
- Atalay, Oğuz **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların Tespiti**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001 (Kısaltma: Atalay, İspat)
- Atalı, Murat **Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007
- Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter
Zivilprozessordnung, 69. Auflage, München, C.H.Beck Verlag, 2011, s.1580 (Kısaltma: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO)
- Baumgärtel, Gottfried **Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess**, 2. unveränderte Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1972
- Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hanns
Handbuch der Beweislast-Grundlagen, 2 völlig neubearbeitete und erweiterte Aufl., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2009
- Baur, Fritz/Stürner, Rolf/Bruns, Alexander
Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Neubearbeitete Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 2006
- Belgesay, Mustafa Reşit **İsbat Külfeti**, İstanbul, Üniversite Kitapevi
- Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi, Cilt I**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1939 (Kısaltma: Belgesay, Şerh)
- Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller**, İstanbul, Güven Matbaası, 1940
- Dava Teorisi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1943 (Kısaltma: Belgesay, Dava Teorisi)
- Belker, Kemal Galip Uyuşmazlık Mahkemesinin Tespit Davalarında Vazifeli Mercii Tayin Eden Kararları Üzerinde Bir İnceleme, **AÜHFD**, 1952, Cilt IX, Sayı 3-4, s.363-370

- Berger, Adolf **Encyclopedic Dictionary of Roman Law (Transactions of the American Philosophical Society, Vol. 43, Part 2)**, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2004 (Tıpkı Basım, Philadelphia: American Philosophical Society, 1953)
- Berki, Ali Himmet Nihai Karar Ne Demektir?, **AD** 1945, Sayı 5, s.447-452
- Berkin, Necmettin M. **Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi**, İstanbul, 1981
- Bilge,Necip/Önen,Ergun **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978,
- Bilgen, Mahmut **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010
- Bockey, Andrea Das selbstständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht, **NJW** 2003, H.48, s.3453-3455
- Bolayır, Nur **Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009
- Booz, Martin Beweissicherungsverfahren in der Gesetzesänderung, **Baur** 1989, H.1, s.30-45
- Börü, Levent/Koçyiğit, İlker **Ticari Dava**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2013
- Cuypers, Manfred Das selständige Beweisverfahren in der juristischen Praxis, **NJW**, 1994, Heft 31, s.1985-1992
- Çayan, Gökhan **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2013
- Çil, Şahin/ Kar, Bektaş **İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava (6100 sayılı HMK'ya Göre)**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012
- Deren-Yıldırım, Nevhis Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış, **İÜHFİM**, 1995, Cilt XXIX, Sayı 3, s.224-239
- Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukuku'nda Kesin Hükümün Sübjektif Şartları**, İstanbul, Alfa Basın Yayın, 1996
- Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler**, İstanbul, Alkım

- Yayınevi, 2. Baskı, 2002 (Kısaltma: Deren-Yıldırım, İhtiyati Tedbirler)
- Gedanken zum Parteibegriff, **Festschrift für Prof. Dr. Kostas E. Beys**, Athen, 2003, s.251-266
- Deryal, Yahya **Türk Hukuku'nda Bilirkişilik, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları ile Bilimsel Görüşler Işığında: Hukuk Usulü, Ceza Usulü ve İdari Yargılama Usulü Açısından Karşılaştırmalı**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012
- Deynekli, Adnan **Medeni Usul Hukukunda Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli**, Ankara, Turhan Yayınevi, 2006
- Medeni Usul Hukukunda Islah**, Ankara, Adalet Kitapevi, 2013
- Deynekli,Adnan/Saldırım,Mustafa **Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz**, 3. Baskı, Ankara, Turhan Yayınları, 2011
- Doğanay, İsmail Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tespiti Delaile Dair Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, **Adalet Dergisi**, 1945, No:7, s.888-899
- Dural,Mustafa/Sarı,Suat **Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2012
- Endemann, Wilhelm **Der deutsche Zivilprozessrecht**, Neudruck der Ausgabe Heidelberg 1868, Aalen, Scientia Verlag,1969
- Erdönmez, Güray **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010
- Eren, Fikret **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013
- Erman, Hasan **Medeni Hukuk Dersleri**, 3. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2010
- Erişir, Evrim **Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2007
- Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2013 (Kısaltma: Erişir, İhtiyati Tedbirler)

- Erkuyumcu, Müfit Delil Tespitine Müteallik Hükümler Üzerine Bir İnceleme, **Adalet Dergisi**, 1946, No:2, s.126-136
- Ermenek, İbrahim **Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul (Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009
- Ertanhan, Mesut **Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık**, Ankara, Seçkin Kitapevi, 2005
- Fasching, Hans W./Konecny, Andreas **Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3.Band, §§226 bis 460 ZPO**, 2. Aufl., Wien, Manzsche Verlags und Universitaetsbuchhandlung, 2004
- Fink, Andreas **Das selbständige Beweisverfahren in Bausachen**, Bonn, Deutscher Anwaltverlag, 2005
- Goldschmidt, James **Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens**, Berlin, Springer Verlag, 1925,
- Göksu, Mustafa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları, **Hacettepe Huk. Fak. Derg.**, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s.53-65
- Gören Ülkü, Nazlı **Medeni Yargılama Hukukunda Hakimin Reddi**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013
- Greger, Reinhard **Beweis und Wahrscheinlichkeit: Das Beweiskriterium im Allgemeinen und bei den sogenannten Beweiserleichterungen**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1978
- Grunsky, Wolfgang **Zivilprozessrecht**, 13. überarbeitete Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2008
- Habscheid, Walter **Freiwillige Gerichtsbarkeit**, 7. neubearbeitete Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 1983
- Hanağası, Emel **Davada Menfaat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012,
- Herget, Kurt ‘Kurz und Gut + ‘Recht und Billig’ Das selbständige Beweisverfahren nach §485 Abs. 2 ZPO als Alternative zur Klage?, **Neue Wege zum Recht, Festgabe für Max**

- Vollkommer zum 75. Geburtstag**, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2006, s.97-117
- Hickl, Manfred Die Verjährungsunterbrechungswirkung beim gerichtlichen Beweissicherungsverfahren, **BauR 1986**, H.3, s.282-289
- Hoeren, Thomas Streitverkündung im selbststaendigen Beweisverfahren, **ZZP 1995**, Band 108, Heft 3, s.343-358
- Jagenburg, Walter Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrechts seit 1995: Bauprozessrecht und Verfahrensfragen, **NJW 1997**, Heft 31, s.2021-2030
- Journig, Othmar/Hess, Burkhard **Zivilprozessrecht**, 30. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2011
- Jolowicz, Herbert Felix **Historical Introduction to the Study of Roman Law**, London, Cambridge University Press, 1932
- Kaçak, Nazif Emsal İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006
- Kale, Serdar **Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010.
- Karafakih, İsmail Hakkı **Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları**, Ankara, Yeni Matbaa, 1952
- İçtihatlar Arasında Tespit Davasına Doğru, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1954, Sayı 10, s.505-512
- Karahacıoğlu, Ali Haydar/Altın, Mehmet **Kanunlarımızda Müddetler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2001
- Karslı, Abdurrahim **Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler**, İstanbul, Kudret Yayıncılık, 2001 (Kısaltma: Karslı, Usuli İşlemler).
- Medeni Muhakeme Hukuku (6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş)**, 3. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2012 (Kısaltma: Karslı, Muhakeme)
- Kaser, Max (neu bearbeitet von Karl Hackl) **Das römische Zivilprozessrecht**, 2. Auflage, München 1996

- Katzenmeier, Christian Die Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweiselasteten Partei im Zivilprozess, **JZ 2002**, H.11, s.533-545
- Kılıçoğlu, Ahmet M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış)**, Genişletilmiş 17. Bası, Ankara, Turhan Yayınevi, 2013
- Kılıçoğlu Evren Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda “Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi”nin Tanınması-Yargılama Hukuku Perspektifinden Bir Bakış-, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.16, S. 3-4, 2010, s.279-307
- Kiraz, Taylan Özgür **6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'u ile Getirilen Yenilikler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012
- Medeni Yargılama Hukukunda İkrar**, 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013
- Koeble, Wolfgang **Gewährleistung und selbständiges Beweisverfahren bei Bausachen (Seminarschriften der Deutschen Anwaltsakademie Band 16)**, 2. neubearb. Auflage, München, C.H.Beck, 1993
- Konuralp, Haluk **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009
- Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009 (Kısaltma: Konuralp, Delil Başlangıcı)
- Koussoulis, Stelios Beweismaßprobleme im Zivilprozess, in: **Festschrift für Karl Heinz Schwab**, München 1990, s. 276-298
- Kurt, Şahin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Delillerin Tespitine Dair Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, **Adalet Dergisi**, 1983, No:1, s.88-95
- Kuru, Baki **Nizasız Kaza**, Ankara, 1961 (Kısaltma: Kuru, Nizasız)
- Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı**, İstanbul, Alfa Basın Yayın Dağıtım, 1995 (Kısaltma: Kuru, El kitabı)
- Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I**, 6.Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001 (Kısaltma: Kuru, Cilt I)

- Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II**, 6.Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001 (Kısaltma: Kuru, Cilt II)
- Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt III**, 6.Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001 (Kısaltma: Kuru, Cilt III)
- Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt IV**, 6.Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001 (Kısaltma: Kuru, Cilt IV)
- Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V**, 6.Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001 (Kısaltma: Kuru, Cilt V)
- İcra İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003;
- Kuru, Baki/Budak, Ali Cem **Tespit Davaları, 2. Baskı**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010 (Kısaltma: Kuru/Budak, Tespit Davaları)
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder **Medeni Usul Hukuku (6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış)**, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013
- Kwaschik, Annett **Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004
- Lange, Hermann **ParteiAnhörung und Parteivernehmung, NJW 2002**, s.476-490
- Leipold, Dieter **Die Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil- verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren**, München, C.H.Beck, 1971 (Kısaltma: Rechtsschutz)
- Maassen, Bernhard M. **Beweismassprobleme im Schadensersatzprozess-Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Problem des Beweismasses im deutschen und anglo-amerikanischen Prozessrecht unter besonderer Berücksichtigung des Schadensersatzprozesses**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1975
- Musielak, Hans Joachim/Stadler, Max **Grundfragen des Beweisrechts**, München, C.H. Beck, 1984

- Musielak, Hans Joachim/Huber, Michael
Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 9. neubearbeitete Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2012
- Muşul, Timuçin
Medeni Yargılama Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Tıpkı Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009

Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1988, Sayı 4, s.217-262
- Müller, Klaus
Das selbständige Beweisverfahren, **Zivilprozess und Praxis (Festschrift für Egon Schneider zur Vollendung des 70. Lebensjahres)**, Berlin, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 1997, s.405-420
- Namlı, Mert
Türk ve Fransız Hukukunda İsticvap ve Tarafların Dinlenmesi, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007
- Nart, Serdar
Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat, **DEÜHFD**, Cilt 9, S.1, s.207-232
- Nomer, Haluk Nami
Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2012
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami
Medeni Hukuk-Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 19. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut
Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013
- Öktemer, Semih
Delillerin Tespiti Giderleri Müddeabihe Dahil Edilebilir Mi?, **Türkiye Noterler Birliği Dergisi**, 1976, No:10, s.44-47
- Ergun Önen
Medeni Yargılama Hukuku, Ankara, 1979 (Kısaltma: Önen, Yargılama)

İnşai Dava, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1981
- Özekes, Muhammet
Medeni Usul Hukukunda Müdahale, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995 (Kısaltma: Özekes, Asli Müdahale)

İcra İflas Hukukunda İhtiyati Hacizler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999 (Kısaltma: Özekes, İhtiyati Haciz)

Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm, **Yargıtay Dergisi**, 2000, Cilt 26, Sayı 4, s.661-699 (Kısaltma: Özekes, Hüküm)

Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2002, Sayı 2, s.89-137 (Kısaltma: Özekes, İhtiyati Tedbir)

Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003 (Kısaltma: Özekes, Dinlenilme)

Özkan, Hasan

Açıklamalı-İçtihatlı İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti, İhtiyati Haciz ve Kamu Alacağının Tahsilinde İhtiyati Haciz, 4. Bası, İstanbul, Legal Kitapevi, 2006 (Kısaltma: Özkan, İhtiyati Tedbirler)

Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden

Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009

Özmumcu, Seda

Davanın Açılmasına Bağlanan Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXX, Sayı 2, 2012, s.183-206

Pauly, Holger

Das selbstständige Beweisverfahren in Bausachen, **JR** 1996, H.7, s.269-274 (Kısaltma: Bausachen)

Das selbstständige Beweisverfahren in der Baurechts-Praxis, **MDR** 1997, H.12, s.1087-1091 (Kısaltma: Baurecht)

Pekcanitez, Hakan

Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahil, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1992(Kısaltma: Pekcanitez, Fer'i Müdahale)

Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti, **Anayasa Yargısı** 1-2, Ankara 1995, s.257-287 (Kısaltma: Pekcanitez, Anayasa Şikayeti)

Hukuki Dinlenilme Hakkı, **Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000, s.753-791

Die Interventionsarten im türkischen Zivilprozessrecht, **ZZP** 105, s.469-486, s.483 (Kısaltma: Pekcanitez, Interventionsarten)

Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, **Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s.397-419

Belirsiz Alacak Davası (HMK m.107), Ankara, Yetkin Yayınları, 2011

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet

Hukuk Mukakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012

Postacıoğlu, İlhan

Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul, Baha Matbaası, 1964

Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975

Prütting, Hanns

Gegenwartsprobleme der Beweislast- Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht, **Schriften des Instituts für Arbeits-und Wirtschaftsrecht der Universitaet zu Köln**, Bnd. 46, München, 1983

Grundprobleme des Beweisrechts, **JA 1985**, s.313 f

Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus

ZPO Kommentar, 3. Auflage, Köln, Luchterhand, 2011 (Kısaltma:Prütting/Gehrlein, ZPO)

Quack, Friedrich

Neuerungen für den Bauprozess, vor allem beim Beweisverfahren, zur Bedeutung der Aenderungen der ZPO durch das Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz, **BauR** 1991, Heft 3, s.278-284

Rauscher, Thomas/Wax, Peter/Wenzel, Joachim

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetz, Band 1 §§1-510c, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2008 (Kısaltma: Münchener Kommentar)

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl-Heinz/Gottwald, Peter

Zivilprozessrecht, 17. neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2010

- Saldırım, Mustafa İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, **Ankara Barosu Dergisi**, 1999, S.2, s. 208-224
- Schellhammer, Kurt **Zivilprozess**, 13. neu bearbeitete Aufl, Heidelberg, C.F.Müller, 2010
- Scherer, Inge **Das Beweismass der Glaubhaftmachung**, Köln, Carl Heymanss Verlag, 1996
- Schilken, Eberhard **Die Befriedigungsverfügung-Zulaessigkeit und Stellung im System des einstweiligen Rechtsschutzes**, Berlin, Duncker&Humblot Verlag, 1976 (Kısaltma: Schilken, Einstweilige Rechtsschutz)
- Grundlagen des Beweissicherungsverfahrens, **ZZP 1979**, Band 92, Heft 2, s.238-267, (Kısaltma: Schilken, Beweissicherungsverfahren)
- Medeni Yargılamada Hakimin Rolü, **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2006, s. 38-58
- Zivilprozessrecht**, 6. Auflage, München, Franz Vahlen Verlag, 2010 (Kısaltma: Schilken, Zivilprozessrecht)
- Schneider, K Beschlussverfahren und Rechtskraft in privatlichen streitigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, **ZZP 1901**, Band 29, s.96-158
- Schreiber, Klaus Das selbstaendige Beweisverfahren, **NJW 1991**, Heft 41, s.2600-2602(Kısaltma: Schreiber, Beweisverfahren)
- Schreiber, Klaus Die Beweismittel im Zivilprozess, **Jura 2009**, Band 31, Heft 4, s.269-274
- Schuschke, Winfried Selbständige Beweisverfahren in Kindschaftssachen, **Zivilprozess und Praxis, Festschrift für Egon Schneider zur Vollendung des 70. Lebensjahr**, Berlin,Verlag für die Rechts-und Anwaltspraxis, 1997, s.179-192
- Schwarz, Andreas B. **Roma Hukuku Dersleri**, Çev. Türkan Rado, 7. Bası, İstanbul, Doğan Kardeş Matbaacılık Sanayi, 1965
- Serozan, Rona **Medeni Hukuk Genel Bölüm-Kişiler Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013

- Simil, Cemil **Belirsiz Alacak Davası**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin **Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 4: §§253-327**, 22 Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008 (Kısaltma: Stein/Jonas, Band 4)
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin **Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5: §§328-510b**, 22 Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006 (Kısaltma: Stein/Jonas, Band 5)
- Steinwerter, Artur **Beitraege zum öffentlichen Urkundenwesen der Römer**, Graz, 1915
- Sturmberg, Georg **Die Beweissicherung (Antrag, Verfahren, Kosten im selbstständigen Beweisverfahren)**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2004
- Sungurtekin Özkan, Meral **İnşai Karar ve Özellikleri, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara 2004, s. 553-576
- Şengün, Oğuz **Kanıtların Saptanması Giderleri Hakkında Bir İnceleme, Adalet Dergisi**, 1972, No:10, s.705-709
- Tanrıver, Süha **Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1993/2, s. 212-243 (Kısaltma: Tanrıver, İkrar)
- İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996
- Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002
- Noterlerin Tespit İşleri, **MİHDER**, 2006, S.3, s.593-605
- Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, 2007 (Kısaltma: Tanrıver, Derdestlik).
- Resmî Bilirkişilik Kavramı, Bu Bağlamda Tıp Fakültesi Öğretim Üyelerinin Hukukî Durumu ve Bilirkişilikle İlgili Bazı Temel Düzenlemeler, **Ankara Üniversitesi Bülteni**, 2013, Sayı 160, s.26-27 (Kısaltma: Tanrıver, Resmi Bilirkişilik)

- Tanverdi, Mücahit **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991
- Taşpınar, Sema **Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağıtılmasındaki Rolü, AÜHFD 1996**, Sayı 1-4; s.505-572
- Medeni Usul Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993
- Tercan, Erdal **Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001 (Kısaltma: Tercan, İsticvap)
- Thieme, Hinrich **Das ‚neue‘ selbstständige Beweisverfahren, MDR 1991**, H.10, s.938-939
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans **Zivilprozessordnung: ZPO**, 33. Aufl., München, C.H.Beck, 2012
- Topuz, Seçkin **Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Toraman, Barış **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012
- Tutumlu, Mehmet Akif **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması (Kavram, Durma ve Kesilme Nedenleri ve Borçlar Kanunu m.125-140. Maddelerine İlişkin İctihatlar İle)**, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008
- Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007 (Kısaltma: Tutumlu, Deliller)
- Ufacık, Ayşe İmren **Medeni Usul Hukuku’nda Dava Açılmasının Maddi Hukuk Açısından Sonuçları**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010
- Ulrich, Jürgen **Grundzüge des selbstständigen Beweisverfahrens im Zivilprozess-1. Teil, AnwBl, 2003**, H.1, s.26-32 (Kısaltma: Ulrich, Teil 1)

- Grundzüge des selbstständigen Beweisverfahrens im Zivilprozess-3.Teil, **AnwBl** 2003, H. 3, s.144-150 (Kısaltma: Ulrich, Teil 3)
- Ulukapı, Ömer Medeni Usul Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları, **Yargıtay Dergisi**, 1995, Sayı 4, s.395-445
- Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı**, Konya, Mimoza Yayınevi, 1992 (Kısaltma: Ulukapı, Dava Arkadaşlığı)
- Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi**, Konya, Mimoza Yayınevi, 1997
- Umar, Bilge Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakamından İkrar Kavramı, **İÜHFM**, 1964, Sayı 1-2, s.244-263
- Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'muzun Mehaz Neuchatel Kantonu'ndaki Tatbikatı**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1967
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011 (Umar, Şerh)
- Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder **İsbat Yükü**, 2. Bası, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1980
- Umur, Ziya **Postklasik (Roma-Elen) Devrinde Kanunlaştırma Hareketleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1962, s. 4 vd.;
- Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2010
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, 2013,
- Üstündağ, Saim Medeni Usul Hukukunda Selahiyet Anlaşmaları, **İÜHFM**, 1961, Cilt27, Sayı 14, s.310-
- İddianın ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1967 (Kısaltma: Üstündağ, Yasak)
- İhtiyati Tedbirler (Geçici Hukuki Himaye Önlemleri)**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981 (Kısaltma: Üstündağ, İhtiyati Tedbirler)

Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II, 7.Baskı, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000 (Kısaltma:Üstündağ, Usul)

İcra Hukukunun Esasları, 8.Bası, İstanbul, 2004

İflas Hukuku, 8.Bası, İstanbul, Yayla Matbaacılık, 2009

Yavaş, Murat

Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999 (Kısaltma: Yavaş, Delil Tespiti)

Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ve Bu Kuralların İstisnaları, İstanbul, Turhan Kitapevi, 2009

Yıldırım, Kamil

Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990 (Kısaltma: Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi)

Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri, **MÜHFAD** 1991, C. 6, s.23-50 (Kısaltma: Yıldırım, Dava)

Medenî Usul Hukukunda Reformatio in Peius Yasağı, **MÜHF 10. Yıl Armağanı**, İstanbul, 1993, s. 145-177

Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukuku'ndaki Önemi, **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, Derleyen: Kamil Yıldırım, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2012, s. 107-128

Yılmaz, Ejder

Usul Ekonomisi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 57, S.1, 2008, s. 243-274

Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001(Kısaltma: Yılmaz, Cilt I)

Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001 (Kısaltma: Yılmaz, Cilt II)

Tespit Davası, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl 2012, Sayı 26, s.38-49.

Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012 (Kısaltma: Yılmaz, Yemin)

Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 6100 sayılı HMK'ya göre değiştirilmiş 4. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013

Ticari Defterlerin Delil Olması ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler, **Bankacılar Dergisi**, Özel Sayı, 2013, s.28-41

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013 (Kısaltma: Yılmaz, Şerh)

Werner, Ulrich/Pastor, Walter

Der Bauprozess, 13. neubearbeitete Auflage, Werner Verlag, 2011

Wetzel, Georg Wilhelm

System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Auflage, Leipzig 1878

Weyer, Friedhelm

Erste praktische Erfahrungen mit dem neuen selbstaendigen Beweisverfahren, BauR 1992, Heft 3, s. 313-320

Wussuow, Hansjoachim

Das gerichtliche Beweissicherungsverfahren in Bausachen, Köln, Verlagsgesellschaft Rudolf Müller, 1979

Zöller, Richard/Herget, Kurt

Zivilprozessordnung, 27. neubearbeitete Auflage, Köln, Dr. Otto Schmidt Verlag, 2009 (Kısaltma:Zöller Kommentar)

Zuck, Rüdiger

Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des zivilprozessualen Beweisverfahrens-Parteivernehmung, **NJW** 2010, H.52, s.3764-3790

ÖZGEÇMİŞ

Birce ARSLANDOĞAN 1980 yılında İstanbul’da doğdu. İlk, orta ve lise eğitimini İstanbul’da tamamladıktan sonra, 1999 yılında girdiği İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 2004 yılında mezun oldu. Aynı yılın Eylül ayında, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda yüksek lisans programına kaydolarak, 2007 yılında “Boşanma Davalarında Yargılama Usulü” başlıklı yüksek lisans tezini vererek, bu programdan mezun oldu. 2007 Eylül ayında, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda doktora programına kaydolarak, 2008 Yılında “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Delil Tespiti” başlıklı doktora tezi üzerinde çalışmaya başladı.

Birce ARSLANDOĞAN 2005 Aralık ayından bu yana İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak görev yapmaktadır.