

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

**MEDENİ USUL HUKUKUNDA
DELİL TESPİTİ KURUMUNUN FONKSİYONLARI**

Yüksek Lisans Tezi

SİNEM TURAN

İSTANBUL 2019

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

**MEDENİ USUL HUKUKUNDA
DELİL TESPİTİ KURUMUNUN FONKSİYONLARI**

Yüksek Lisans Tezi

SİNEM TURAN

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. M. KAMİL YILDIRIM

İSTANBUL 2019



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

ÖZEL HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS öğrencisi Sinem Turan'ın MEDENİ USUL HUKUKUNDA DELİL TESPİTİ KURUMUNUN FONKSİYONLARI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 14.03.2019 tarih ve 2019-7/18 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği/ oy çokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 25/03/2019

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Öğretim Üyesi Adı Soyadı	İmzası
1. Tez Danışmanı Prof. Dr. MEHMET KAMİL YILDIRIM	
2. Jüri Üyesi Prof. Dr. NEVHİS DEREN YILDIRIM	
3. Jüri Üyesi Doç. Dr. İBRAHİM AŞIK	

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı	: Sinem TURAN
Anabilim Dalı	: Hukuk
Programı	: Özel Hukuk
Tez Danışmanı	: Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM
Tez Türü ve Tarihi	: Yüksek Lisans – Mart 2019
Anahtar Kelimeler	: Medeni Usul Hukuku, Delil Tespiti, Delil Tespitinin Fonksiyonları

ÖZET

Medeni usul hukukunda tarafların ispat faaliyetini gerçekleştirmesine etki eden en önemli araçlardan biri delillerdir. Deliller maddi gerçeklik temelinde hakkın tanınması ve tespiti amacı doğrultusunda tarafların iddia ve savunmalarını ispata yarar. Bu kapsamda muhtemel uyuşmazlıkların çözümü açısından medeni usul hukukunda çok önemli bir yere sahip olan delillerin dava açılmadan önce veya yargılama sırasında henüz inceleme sırası gelmeden önce kaybolma ihtimali bulunmakta ve/veya ileri sürülmesi önemli ölçüde güçleşecek ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan delil tespiti kurumu sayesinde bu vakia ve delillerin henüz inceleme sırası gelmeden önce tespit edilmesi mümkündür.

Medeni usul hukukumuzda delil tespiti kurumu sayesinde delillerin önceden tespit edilmek suretiyle muhafaza altına alınması, kaybolmasının önlenmesi ve bu sayede ispat değerinde meydana gelecek olan muhtemel azalmaların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Mukayeseli hukukta delil tespitine benzer kurumlar ihdas edilmiş ve anılan kurumlar ile dava açılmasının önüne geçilmesi, mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve usul ekonomisine hizmet etme fonksiyonları esas alınarak düzenlemeler yapılmıştır. Delil tespiti ve mukayeseli hukukta buna benzer müesseseler sayesinde tarafların iddiasını ispata yardımcı olunmakta ve tarafların hukuki yararının korunması sağlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler : Medeni usul hukuku, delil tespiti, mukayeseli hukukta delil tespitine benzer kurumlar, delil tespitinin fonksiyonları

GENEREL INFORMATION

Name and Surname	: Sinem TURAN
Field	: Law
Programme	: Private Law
Supervisor	: Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM
Degree Awarded and Date	: Master – March 2019
Keywords	: Law of Civil Procedure, Determination of Evidence, Functions of Determination of Evidence

ABSTRACT

In Civil Procedure Law, the evidence is one of the very most crucial instruments that affect parties' proving activity. Evidence helps to prove the claims and defenses of the parties for the purpose of entitled and determination of the right on the basis of the material truth. In this context, for the resolution of possible disputes, with the identification of evidence, the determination of the facts and evidence in case of the possibility for the loss of these evidence, has a very crucial place in the Civil Procedure Law, before the lawsuit or during trial right before the examination of evidence and/or the allegations become harder to get.

In Turkish Code of Civil Procedure Law, it is aimed to prevent possible reductions in probative values by protecting and avoiding the disappearance of the predetermined the evidence. In Comparative Law, similar institutions have been established in order to determine evidence and regulations have been made on the basis of preventing litigation with the afore-mentioned institutions to reduce the workload of the courts and to serve the procedural economy. Through the identification of evidence and with the similar institutions in comparative law, it is assisted that the parties' claims are proved and the legal benefits of the parties are maintained.

Key Words: Civil procedure law, determination of evidence, similar institutions to detect evidence in comparative law, functions of determination of evidence.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DELİL TESPİTİ KAVRAMI, HUKUKİ BOYUTU, ŞARTLARI VE DELİL TESPİTİ USULÜ

1.1.Delil Tespiti Kavramı ve Konusu.....	4
1.1.1.Delil Tespiti Kavramı.....	4
1.1.2. Delil Tespitinin Konusu.....	5
1.2.Delil Tespitinin Hukuki Boyutu.....	7
1.2.1.Tarihsel Süreç İçerisinde ve Doktrinsel Olarak Delil Tespitinin Hukuki Boyutu.....	7
1.2.2.Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Delil Tespitinin Düzenleniş Şekli.....	9
1.3.Delil Tespitinin Koşulları	11
1.3.1.Talepte Bulunan Kimsenin Açılmış veya İleride Açılacak Olan Davada Taraf Sifatının Bulunması	12
1.3.2.Tespiti Talep Edilen Delillerin Açılmış veya İleride Açılacak Olan Dava ile İlişkili Olması	13
1.3.3.Tespiti Talep Edilen Delillerin İnceleme Sırasının Gelmemiş Olması.....	14
1.3.4.Talepte Bulunanın Hukuki Yararı.....	15
1.4.Delil Tespiti Usulü.....	21
1.4.1.Delil Tespiti Talep Edebilecek Kişiler.....	21
1.4.2.Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	25
1.4.3.Delil Tespiti Talebi.....	31
1.4.3.1.Mahkemenin Adı.....	33
1.4.3.2.Talepte Bulunanın Adı Soyadı ve Adresi.....	33
1.4.3.3.Aleyhine Delil Tespiti İstenen Kişinin Adı, Soyadı ve Adresi.....	33

1.4.3.4.Tespiti Talep Edilen Vakıa Tanıklara ve Bilirkişilere Sorulması İstenen Sorular.....	34
1.4.3.5.Delillerin Kaybolması veya Gösterilmesinde Zorlukla Karşılaşılacağı Kuşkusunu Uyandıran Sebepler.....	34
1.4.4.Delil Tespiti Talebinin İncelenmesi ve Verilecek Olan Kararlar.....	35
1.4.5.Verilen Karara Karşı Başvurulacak Hukuki Yollar	39
1.4.6.Acele Hallerde Delil Tespiti.....	41

İKİNCİ BÖLÜM

DELİL TESPİTİ KURUMUNUN FONKSİYONLARI

2.1. Delil Tespitinin Dava Açılmadan Önceki Fonksiyonları.....	43
2.1.1.Delillerin Önceden Tespit Edilmesini/Muhafaza Altına Alınmasını Sağlama Fonksiyonu.....	43
2.1.2. Tarafların Hukuki Yararının Korunmasını Sağlama Fonksiyonu.....	46
2.1.3. Dava Açılmasını Önleme Fonksiyonu.....	48
2.2. Delil Tespitinin Dava Açıldıktan Sonraki Fonksiyonları.....	51
2.2.1. Tarafların İddiasını İspata Yardım Etme Fonksiyonu.....	51
2.2.2. Davanın Kısa Sürede Sonuca Ulaşmasını Sağlama Fonksiyonu.....	54
2.2.3. Mahkemelerin İş Yükünü Azaltma Fonksiyonu.....	55
2.2.4. Usul Ekonomisi.....	59
2.3. Mukayeseli Hukukta Delil Tespitine Benzer Kurumların Kanunlarda Düzenleniş Şekli Ve Esas Alınan Fonksiyonları.....	62
2.3.1. Alman Hukukunda.....	62
2.3.2. Fransız Hukukunda.....	67
2.3.3. Amerikan Hukukunda.....	69
2.3.4. İngiliz Hukukunda.....	75

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DELİL TESPİTİNİN SONUÇLARI DELİL TESPİT KARARININ İCRASI VE MEDENİ USUL HUKUKUNDAKİ İLKELER KAPSAMINDA DELİL TESPİTİ

3.1. Delil Tespitinin Sonuçları.....	80
3.1.1.Genel Olarak.....	80
3.1.2. Delil Tespitinin Asıl Dava Dosyasının Eki Sayılması.....	81
3.1.3.Tarafların İddia ve Savunmalarının İspatı Bakımından Delil Tespitinin Rolü.....	85
3.1.4.Yargılama Giderleri Açısından Delil Tespitinin Sonuçları.....	88
3.2.Delil Tespiti Kararının İcrası.....	91
3.2.1. Genel Olarak.....	91
3.2.2.Delil Tespiti Kararına Karşı İtiraz Yolu.....	96
3.3.Medeni Usul Hukukundaki İlkeler Bakımından Delil Tespiti.....	100
SONUÇ.....	103
KAYNAKÇA.....	110

KISALTMALAR LİSTESİ

Aşa.	: Aşağıda
Bkz.	: Bakınız
CPC	: Fransız Medeni Usul Kanunu
CPR	: İngiliz Medeni Usul Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
FRCP	: Amerika Birleşik Devletleri Federal Medeni Usul Kuralları
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MİHBİR	: Türk Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukukçuları Birliği
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
vd.	: Ve devamı
vs.	: Ve sair
Y.	: Yıl
Yuk.	: Yukarıda
ZPO	: Alman Medeni Usul Kanunu

GİRİŞ

“...Hukuk evrenseldir fakat bazı hususlar hakkında doğru kabul edilebilecek bir evrensel hüküm yaratmak mümkün değildir. ...Hukuk evrensel dilini kullandığında ve bu evrensel ifade kapsamına girmeyen bir olay vuku bulduğunda, yani, kanunkoyucu beklentilerimizi karşılamadığında ve fazla sadeleştirme yolu ile hataya düştüğünde bu ihmali, kanunkoyucu bu durumdan haberdar olsaydı bunu koyduğu kanuna nasıl yansıtacağını söyleyerek düzeltmek doğru olacaktır. ...Bu, hakkaniyetin, yani hukukun evrensellikten kaynaklanan kusurlarının giderilmesinin doğası gereğidir...” Aristotle¹

Medeni usulün amacı doktrinde tartışılmış ve farklı şekillerde tanımlanmıştır. Medeni usul hukukunda olayı meydana getiren vakıaların gerçekten var olup olmadıklarının tespiti, doğru hüküm verilmesi ve bu suretle hakların korunması amaçlanır². Yargılamanın amacı, *“Özel hukukun subjektif hakların korunması yoluyla teminat altına alınması”* şeklinde tespit edilebilir³. Yargılamanın amacının gerçekleştirilmesinde gerçeğe ulaşma vazgeçilmez ve zorunlu bir araçtır. Dolayısıyla yargılamanın amacını *“Gerçeğin temel alınması suretiyle somut hakkın sağlanması”* şeklinde tanımlamak mümkündür⁴. Bir diğer deyişle gerçeklik temelinde hakkın tanınması ve tespiti yargılamanın amacını oluşturur. Maddi hukukunun gerçekleştirilmesine hizmet eden medeni usul hukukunun diğer işlevleri objektif hukukun gerçekleştirilmesi, hukuk güvenliği ve hukuk barışının sağlanmasıdır⁵. Bireylerin devlet mahkemeleri aracılığı ile hukuki korunma talep etme haklarına “adaleti sağlama” talebi denmektedir⁶. Bireylerin adaleti sağlama talebi ile mahkemeye başvurusu akabinde medeni usul hukuku amacı temelinde yapılacak olan yargılamada “dava malzemesinin taraflarca getirilmesi” ve “araştırma” ilkeleri büyük bir önemi haizdir. Medeni usul hukukunda dava malzemesinin mahkeme önüne getirilmesinde taraflara daha fazla yetki verilmiş olması medeni usul hukukunun amacı ile de örtüşmektedir. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi

¹ ARISTOTLE, Nicomachean Ethichs Book V, Chapter 10, Translated By W. D. Ross, Kitchener 1999, s. 88-89.

² H. Yavuz ALANGOYA/M. Kâmil YILDIRIM/Nevhis DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011, s. 4-5.

³ Hans Friedhelm GAUL, *“Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu”*, Çeviren: Nevhis DEREN-YILDIRIM, Derleyen: M. Kâmil YILDIRIM, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2011, s. 75-106, s. 80 vd.; Günümüzde hala geçerliliğini sürdüren yargılamanın amacı teorisinin Adolf Wach tarafından 1885’te ortaya atıldığı, yargılamanın amacının subjektif değil objektif bir biçimde ele alınması gerektiği ve bunun *“Yargılamanın amacı, özel hukukun hakların korunması yoluyla teminidir.”* şeklinde formüle edildiği konusunda detaylı bilgi için bkz. GAUL, s. 85 vd.

⁴ GAUL, s. 93 vd.

⁵ Nevhis DEREN-YILDIRIM, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 2002, s. 2.

⁶ DEREN-YILDIRIM, İhtiyati Tedbirler, s. 2.

ilkesinin özünde iki husus yer almaktadır: Taraflarca ileri sürülen vakıalar ve tarafların yükümlülüğü altında olan delillerin ikamesi⁷.

Muhtemel bir yargılamada hâkim taraflarca ileri sürülmüş olan vakıa ve delilleri göz önüne alarak karar verecektir. Dolayısıyla taraflar iddia ve savunmalarının dayanağını oluşturan vakıaların var olup olmadıkları konusunda hakimde kanaat uyandırmalıdır. İddia ve savunmanın ispat edilme vasıtası ise delillerdir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”) m. 119 uyarına davacı yan iddiasının dayanağı olan vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini dava dilekçesinde göstermekle yükümlüdür. Tarafların dilekçelerinde gösterdikleri, mahkemeye sunmuş oldukları deliller ön inceleme aşaması geçildikten sonra tahkikat aşamasında değerlendirmeye alınacaktır. Bir yargılamada tahkikat aşamasından önce delillerin toplanması kural olarak mümkün değildir. Ancak delillerin incelenmesine kadar geçecek olan süre içerisinde delillerin tamamen ortadan kalkması veya ileride kullanılmasının önemli ölçüde güçleşmesi ihtimal dahilindedir. Delillerin bu gibi tehlikelerden korunması medeni usulün amacı olan gerçeklik temeline dayalı olarak hakkın elde edilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bunun yanı sıra geç gelen bir hukuki himaye etkin olma özelliğini kaybeder. Nitekim Anayasa m. 141/4’e göre; “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir.*” Medeni usulün gerçeklik temeline dayalı olarak hakkın elde edilmesi amacı ile usulün rasyonelleşmesi ve süratlenmesinin bağdaştırılması önem kazanmaktadır. Nitekim “*Dünyanın en iyi usul kanunu dahi hızlandırma hükümleri gereği gibi uygulanmazsa başarısız olur*”⁸ ve bu durumda da etkin hukuki himaye elde edilemez. Yargılamanın uzaması halkın hukuki korunma mekanizmasının işlevini yerine getirdiğine ve hukuk düzeninin tesirine olan inancının kaybolmasına sebebiyet verir⁹.

Türk hukuk sisteminde yargılamanın uzun sürdüğü, tebligat ve dilekçe teatisi aşamasının dahi önemli bir zaman dilimini kapsadığı göz önüne alındığında tahkikat aşamasına gelene kadar delillerin ispat gücünde azalma veya delillerin kaybolma tehlikesi

⁷ Ekkehard BECKER-EBERHAD, “*Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları*”, Çeviren: M. Kâmil YILDIRIM, Derleyen: M. Kâmil YILDIRIM, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2011, s. 17-38, s. 23 vd.

⁸ ALANGOYA/YILDIRIMDEREN-YILDIRIM, s. 8. dn 10’dan naklen: J. Oskar BALLON, Das Zurückweisungsrecht des Gerichts bei nachträglichem Parteivorbringen, Festschrift für Kostas E. Beys, 2003 1. Cilt s. 75 ve son. (91).

⁹ Walter H. RECHBERGER, “*Avusturya Medeni Yargılamaında Yargılamanın Hızlandırılması*”, Çeviren: M. Kâmil YILDIRIM, Derleyen M. Kâmil YILDIRIM, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2011, s. 1-16, s. 5.

muhtemeldir. Nitekim çok uzun süren yargılama hakkında hüküm verilecek olan hayat olayı ile delil ikamesi arasında geçen süre delil değerini nisbileştirerek hayat olayının doğru şekilde tespit edilme imkanını azaltacaktır¹⁰. HMK’da bu gibi tehlikelerin önüne geçmek amacıyla açılmış veya ileride açılacak olan bir davada ileri sürülecek olan delillerin belli koşulların varlığı halinde zamanından önce toplanıp güvence altına alınması için delil tespiti kurumu ihdas edilmiştir.

Medeni usul hukukumuzda delil tespiti kurumunun delilleri güvence altına alma, delillerin önceden tespit edilmesi ve tarafların hukuki menfaatine ve iddiasını ispata yardım etme fonksiyonları esas alınmış ise de bu kurumun uyuşmazlıkların davaya dönüşmesini önleme, mahkemelerin iş yükünün azalmasını sağlama ve davaların kısa yoldan sonuca ulaşmasına hizmet ettiği uluslararası hukukta kabul edilmiştir.

Tezimiz üç ana bölümden oluşmakla, delil tespiti kurumunun fonksiyonlarının daha iyi irdelenebilmesi adına birinci bölümde delil tespiti kavramı, hukuki boyutu ve delil tespiti usulü, delil tespiti kurumunun teorik ve pratik faydaları, uygulamadaki problemler inceleme konusu yapılmıştır.

İkinci bölümde ise globalleşmenin hakim olduğu çağımızda delil tespiti kurumunun ulusal ve uluslararası düzeydeki fonksiyonları ve uluslararası hukukta delil tespiti veya delil tespitine benzer kurumların kanunlarda düzenleniş şekli incelenerek Türk usul hukuku ve mukayeseli usul hukukunda delil tespiti ve delil tespitine benzer kurumların birbirine benzeyen ve farklı yanlarına değinilmiştir.

Üçüncü bölümde delil tespitinin sonuçları ve delil tespiti kararının icrası ele alınarak medeni usul hukukuna hakim olan ilkeler açısından delil tespiti kurumu değerlendirilmiştir.

¹⁰ H. RECHBERGER, Yargılamanın Hızlandırılması, s. 5 vd.

BİRİNCİ BÖLÜM

DELİL TESPİTİ KAVRAMI, HUKUKİ BOYUTU, ŞARTLARI VE DELİL TESPİTİ USULÜ

1.1. DELİL TESPİTİ KAVRAMI VE KONUSU

1.1.1. Delil Tespiti Kavramı

HMK 400 ile 405. maddeler arasında “Delil Tespiti ve Diğer Geçici Hukuki Korumalar” başlığı altında düzenleme alanı bulan delil tespiti kurumu kökeninin Klasik Roma hukukuna kadar dayandığı doktrinde ileri sürülmektedir¹¹. Roma hukukunda karşı tarafın katılımına gerek olmaksızın yapılan delil tespiti ve karşı tarafın gösterilmesi suretiyle yapılan delil tespiti olmak üzere iki farklı türde delil tespiti bulunduğu belirtilmektedir. Karşı tarafın katılımına gerek olmaksızın başvuru delil tespiti türünün özünde delillerin elde edilmesi amacıyla kamu makamlarına yapılan bir başvurudan ibaret olduğu belirtilmiştir¹².

Delil tespiti kavramı HMK’da tanımlanmamış ise de, doktrinde delil tespitine dair farklı tanımlamalar yapılmıştır:

“Delil tespiti, ileride açılacak veya açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin bazı şartlar altında zamanından önce toplanıp emniyet altına alınması için kabul edilmiş bir müessesedir¹³”.

“Delil tespiti, ileride açılacak veya açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin, bazı şartlar altında zamanından önce toplanıp güvence altına alınmasını sağlamak için kabul edilmiş, geçici hukuki korumadır¹⁴”.

¹¹ Cenk AKİL, “Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2009, S. 1, s. 1-62, s. 4.

¹² AKİL, s. 4’den naklen: Thomas HOEREN, Streitverkündung im selbstaendigen Beweisverfahren (ZZP 1995/3, s. 343-358), s. 348 vd.

¹³ Hakan PEKCANITEZ/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2017, s. 574.; Hakan PEKCANITEZ/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler, İstanbul 2017, s. 417.; Hakan PEKCANITEZ/Muhammet ÖZEKES/Mine AKKAN/Hülya TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, Cilt 3, s. 2562.

¹⁴ Baki KURU, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ağustos 2016, s. 649.; Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ/Sema TAŞPINAR AYVAZ, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, s. 576.

“Taraflardan her biri görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş hususun tanık, keşif, bilirkişi veya diğer deliller bakımından tespitini isteyebilir (m. 400,1). Buna, delil tespiti (delillerin tespiti; tespiti delail; kanıtların saptanması) denilmektedir¹⁵”.

“Delillerin tesbiti, görülmekte olan bir davada henüz tahkik ve tetkikine sıra gelmemiş veya ileride açılacak bir davada dermeyan edilecek olan delilin tespit edilmek suretiyle emniyet altına alınmasını sağlayan bir yoldur¹⁶”.

Bu kapsamda delil tespitini ileride açılacak olan bir davada kullanılacak olan veya mevcut bir davada inceleme sırası gelmemiş olan delillerin, yok olması, ispat gücünde meydana gelecek azalmanın önlenmesi amacıyla zamanından önce incelenmesi veya mevcut bir durumun korunması amacıyla başvurulmuş usuli bir yol olarak tanımlamak mümkündür.

1.1.2. Delil Tespitinin Konusu

Delil tespitinin konusu; adı üzerinde deliller, maddi vakıalar¹⁷ ve hali hazırdaki durumun tespit edilmesidir¹⁸. Yargılama esnasında Anayasa ile koruma altına alınan iddia ve savunma hakkının kullanılabilmesinde deliller büyük bir öneme sahiptir. Nitekim taraflar bu haklarını kullanırken uyuşmazlık konusunun çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalara ilişkin delil göstermek suretiyle iddia ve savunmasını ispat etmeye çalışır¹⁹. Bu anlamda tarafların iddia ettikleri vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşmiş ise ne şekilde gerçekleştiği konusunda hâkimde bir kanaat yaratmaya çalışan tarafların söz konusu amacını gerçekleştirmesine yardım edecek ispat araçlarından biri de delillerdir²⁰. Dolayısıyla delil tespitinin konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları vakıalar ve çekişmeli hususlar

¹⁵ Ejder YILMAZ, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 1702.

¹⁶ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 376.

¹⁷ Yargıtay 3. HD., 10.03.2014 T., 2013/1983 E., 2014/3646 K., Ali Haydar KARAHACIOĞLU/Aynur PARLAR, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s. 1617.; Hukuk gözünde korumaya değer bir yarar bulunuyor ise yalnızca maddi vakıaların değil hukuksal sorunların da delil tespitinin konusunu oluşturabileceği doktrinde ileri sürülmüştür. Bilge UMAR, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 1167.; Yargıtay tarafından verilen bir kararda delil tespitinin konusunu yalnızca maddi vakıaların oluşturduğu, bilirkişi raporunda belirlenen zarar miktarının davacı lehine kazanılmış hak oluşturmayacağı, yani delil tespitinin kesin delil niteliğinde bulunmadığı ifade edilmiştir. Yargıtay 3. HD. 18.1.2018 T., 2016/13194 E., 2018/173 K. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (10.12.2018).

¹⁸ KARAHACIOĞLU/PARLAR, s.1616.; Leyla AKYOL ASLAN, Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara 2011, s. 30.; ARSLAN/ YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 576.

¹⁹ KURU, Usul, s. 319.

²⁰ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 317.

oluşturabileceği gibi²¹; doktrinde çekişmesiz yargı işleri bakımından da delillerin güvence altına alınması amacıyla bu yola başvurulmasının mümkün olduğu belirtilmiştir²².

Akıl ve mantık kurallarına uygun olmak şartıyla her türlü delil, delil tespiti konusunu oluşturabilecektir²³. Nitekim HMK'da delil tespiti konusunu oluşturacak delillere ilişkin olarak herhangi bir ayırım yapılmamıştır. HMK'da öngörülen koşullar çerçevesinde her türlü delilin tespiti talep olunabilecektir²⁴.

Delil tespiti konusunu bir şeyin mevcut durumunun tespit edilmesi de oluşturabilir. Çünkü mevcut durumun tespit edilmesi ile birlikte kendi lehine menfaat, hak elde etmek isteyen veya kendi aleyhine menfaat, hak elde edilmesinden kuşku duyan kimsenin delil tespiti yaptırmasında hukuki menfaati bulunacaktır. Dolayısıyla bu kişinin delil tespiti talebinde bulunabilmesi mümkündür. Delil tespiti ile müstakbel bir davanın konusunu teşkil eden şeyin mevcut hukuki durumunun tespiti yapılır²⁵. Örneğin kiralanın şey kiracı tarafından tahliye edilmiş olsa da kiralananda birtakım hasarların meydana gelmiş olma ihtimali daima mevcuttur. Kiraya verenin söz konusu hasarın tespiti amacıyla bir dava açması ve görülecek olan davada yapılacak keşif ile meydana gelen hasarın tespit edilmesi mümkündür. Ancak, bahsi geçen işlemlerin gerçekleştirilmesi zaman alacağından kiraya verenin kiralanın mevcut durumuyla başkasına kiralaması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, kiraya veren delil tespiti yoluyla kiralanın mevcut durumunu tespit ettirebilecek ve kiralanın yeniden kiraya verebilecektir²⁶.

Netice itibarıyla HMK'da delil tespiti yolu ile tespiti istenebilecek deliller bakımından herhangi bir ayırım yapılmadığından bu yola başvurmak suretiyle her türlü delilin tespit edilmesi talep olunabilecektir.

²¹ AKYOL ASLAN, s. 31.

²² AKİL, s. 18.

²³ AKYOL ASLAN, s. 31.

²⁴ Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 4, Bası 6, İstanbul 2001, s. 4431.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 575.; Hasan ÖZKAN, Açıklamalı-İçtihatlı İhtiyati Tedbir Delil Tespiti İhtiyati Haciz ve Kamu Alacağı Tahsilinde İhtiyati Haciz, İstanbul 2006, s. 820.

²⁵ Saim ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2001, s. 590.

²⁶ AKYOL ASLAN, s. 31.

1.2. DELİL TESPİTİNİN HUKUKİ BOYUTU

1.2.1. Tarihsel Süreç İçerisinde ve Doktrinsel Olarak Delil Tespitinin Hukuki Boyutu

Delil tespitinin kökenlerinin klasik sonrası Roma hukukuna kadar dayandığını kabul edenler olduğu gibi, öğretilerde mevcut delil tespitinin Roma hukukundan etkilenen fakat onun gelişmiş hali olduğu ileri sürülen kanonik hukukta olduğunu kabul edenler²⁷ ve müşterek hukuk geleneğine dahil edenler de bulunmaktadır²⁸.

Doktrinde bir görüş delil tespitini delillere ilişkin bir çeşit ihtiyati tedbir²⁹ olarak kabul ederken, bir diğer görüş de delil tespitini geçici hukuki himaye tedbiri³⁰ olarak kabul etmektedir. Delil tespiti ile deliller hakkında geçici bir koruma sağlanmaktadır³¹. Nitekim; ihtiyati tedbir dava konusu mal veya hakkın güvence altına alınması amacıyla doğrudan o mal veya hak üzerine konulan bir tedbir olup, delil tespiti ile davanın sonuçlandırılmasına yardımcı olacak delillerin kaybolması/ispat gücünün azalmasının önlenmesi amacıyla tedbir alınmaktadır. Delil tespitinin ana işlevi delillerin ikame edilmesi³²; ihtiyati tedbirin ana işlevi ise dava konusunun teminat altına alınması veya düzenlenmesidir³³. Bu kapsamda, delil tespiti ile ihtiyati tedbirin amacı birbirinden farklı olup, delil tespiti ile daha sonra ortaya çıkabilecek olan ispat gücünün aşılması hedeflenmektedir³⁴. Dolayısıyla delil tespitinin ayrı bir dava olmayıp asıl davaya bağlı bir işlem olduğu da söylenebilir³⁵.

²⁷ AKİL, s. 4. dn. 5'den naklen: Eberhard SCHILKEN, Grundlagen des Beweissicherungsverfahrens (ZZP 1979/2 s. 238-267), s. 241; Leo ROSENBERG/Karl Heinz SCHWAB/Petter GOTTWALD, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004, s. 802.

²⁸ AKİL, s. 4. dn. 5'den naklen: Adolf BAUMBACH/Wolfgang LAUTERBACH/Jan ALBERS/Peter HARTMANN, Zivilprozessordnung, 52. Aufl., München 1994, s. 1284.

²⁹ İsmail DOĞANAY, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tespiti Delaile Dair Hükümleri Üzerine Bir İnceleme", Adalet Dergisi, 1954/7, s. 888-899, s. 890.; Necip BİLGE/Ergun ÖNEN, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 211.; Murat YAVAŞ, Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1999, s. 11.

³⁰ Ejder YILMAZ, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt 2, Ankara 2001, s. 1335.; KURU, Usul, s. 649.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 575.; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 3, s. 2563.

³¹ Abdurrahim KARSLI, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2014, s. 689.

³² DEREN-YILDIRIM, İhtiyati Tedbirler, s. 95., dn. 160'dan naklen: SCHENKER, Urs Die vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Zürich 1985, s. 120.

³³ DEREN-YILDIRIM, İhtiyati Tedbirler, s. 95., dn. 161'den naklen: Markus ROTH, Das summarische Verfahren in der Zivilprozessordnung des Kantons Aargau vom 18. Dezember.1984, Aarau 1993, s. 155.; A. Patrick STACH, Vorsorgliche Massnahmen nach Bundesrecht und st. gallischem Zivilprozessrecht, St. Gallen 1991, s. 70.; BİLGE/ÖNEN, s. 368.; Delil tespiti ile ihtiyati tedbir arasındaki farklar için bkz. DEREN-YILDIRIM, İhtiyati Tedbirler, s. 95 vd.

³⁴ DEREN-YILDIRIM, İhtiyati Tedbirler, s. 95., dn. 159'dan naklen: Eugene BRUNNER, Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz, SMI 1989, s. 9-25, s.11.

³⁵ KURU, Usul, s. 649.; KARAHACIOĞLU/PARLAR, s. 1616.; ÖZKAN, s. 820.; Halil KILIÇ, Açıklamalı-İçtihatlı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Cilt 2, Ankara 2011, s. 2952.

Hukuki mahiyeti itibariyle delil tespiti işlemi ile usul işlemlerinin karşılaştırılması önem arz etmektedir³⁶. Yargılamaya etki eden işlemler olarak tanımlanması mümkün olan usuli işlemler³⁷, taraflarca yapılan usuli işlemler ve mahkeme tarafından yerine getirilen usuli işlemler olmak üzere kendi içerisinde ikiye ayrılır³⁸. Taraf usuli işlemlerini ya yargılamamın inşasında ya da davada elde edilmeleri ile birlikte yargılamayı meydana getirici veya engelleyici etki yapacak olan ve yargılamaya dair bir hususun meydana getirilmesinde temel özelliklerini gösteren işlemler olarak tanımlamak mümkündür³⁹. Mahkeme usul işlemleri ise, davanın sürdürülebilmesi ve bir karara bağlanabilmesi için hakim tarafından yapılan işlemler ve verilen kararlardır⁴⁰. Delil tespiti ile tarafların iddia ve savunmalarının temelini oluşturan delillerin tespiti istenmek suretiyle davanın karara bağlanmasına katkı sağlanmaktadır. Dava açılmadan önce delil tespiti istendiği durumlarda dahi bu talep ileride açılması muhtemel bir davada ileri sürülecek olan iddia ve savunmaya dayanak oluşturma amacıyla talep olunmaktadır. Bu yönüyle delil tespitini taraf usuli işlemi olarak nitelendirmek mümkündür. Taraf usuli işlemi olan delil tespiti talebi mahkemeye yöneltilecek ve bu talebin kabulü halinde mahkeme tarafından delil tespiti yapılacaktır. Delil tespitinin kabulü ve bunun üzerine söz konusu kararın yerine getirilmesi ise mahkeme usuli işlemi olarak nitelendirilebilir⁴¹.

Delil tespiti bir dava olmayıp, delil tespitinin tek başına bir davaya konu olması da mümkün değildir⁴². Nitekim delil tespitinin konusunu maddi vakıalar oluşturduğundan maddi vakıalar tek başına tespit davasının konusunu oluşturamaz. Tespit davasının konusunu hukuki

³⁶ AKYOL ASLAN, s. 33.

³⁷ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 161.

³⁸ PEKCANITEZ/ÖZEKES/ATALAY, Temel Bilgiler, s. 90.; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 161.; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 1, s. 433.

³⁹ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 161'den naklen: BAUMGÄRTEL, Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, 1972 Köln, s. 291.

⁴⁰ PEKCANITEZ/ÖZEKES/ATALAY, Temel Bilgiler, s. 94.

⁴¹ AKYOL ASLAN, s. 34.

⁴² Yargıtay tarafından verilen bir kararda delil tespitinin tek başına dava konusu olmayacağı, davacı yana dilekçesi açıklattırılarak, davanın delil tespiti veya tespit davası olup olmadığının açıklattırılması gerektiği belirtilmiştir: "...Davacı tarafça, dava dilekçesinde davalı taraf hasım gösterilerek daha önce taraflar arasında görülen haksız rekabetin men'i ve önlenmesi davasına konu ürün kaplarının hali hazırda müvekkili tarafından kullanılmadığının tespitine karar verilmesi talebiyle dava açılmış ve mahkemece dava dilekçesi mahkemenin esas defterine kaydedilmiştir. Mahkemece, dava delil tespiti olarak nitelendirilerek ürün kaplarının haksız rekabete dair davaya konu olan şekilde davacı tarafından kullanılmadığının, karara konu kaplar olmadığının ve yeni bir kap ve ambalajın kullanıldığının tespitine karar verilmiş ise de, davanın delil tespiti olarak nitelendirilmesi durumunda yazılı şekilde karar verilmesi mümkün değildir. Buna göre, öncelikli olarak davacıya dava dilekçesi açıklattırılarak, davanın delil tespiti veya tespit davası olup olmadığı hususunun tereddüte mahal bırakmayacak şekilde belirlenmesiyle davanın tespit davası olduğunun anlaşılması durumunda tespit davası açılma koşullarının bulunup bulunmadığı da değerlendirilerek hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir..." Yargıtay 11. HD., 25.6.2013 T., 2012/16197 E., 2013/13241 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (15.12.2018).

ilişkiler; delil tespiti konusunu maddi vakıalar oluşturur⁴³. Delil tespiti ile tespit davası birbirinden farklı kurumlar olmakla farklı hükümlere tabidir⁴⁴. Bu bağlamda delil tespiti, açılmış veya ileride açılacak olan davaya bağlı bir işlemdir⁴⁵. Vakıaların aydınlatılması amacına hizmet eden delil tespiti bir usul hukuku kurumudur⁴⁶.

1.2.2. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Delil Tespitinin Düzenleniş Şekli

Delil tespiti, HMK'nın "Geçici Hukuki Korumalar" başlığı altında düzenlenen onuncu bölümünün "Delil Tespiti ve Diğer Geçici Hukuki Korumalar" alt başlığı altında 400 ile 405. maddeleri arasında hüküm altına alınmıştır.

Geçici hukuki koruma kavramı 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda ("HUMK") kullanılmayan bir terim olmasına rağmen doktrinde kullanılmaktaydı. HUMK döneminde Yargıtay delil tespitini ihtiyati tedbirin bir türü olarak kabul etmekteydi⁴⁷. HMK ile birlikte açık bir şekilde düzenleme alanı bulan geçici hukuki himaye kavramı Anayasa ile güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve kişilerin haklarının korunması bakımından özel bir önemi haizdir⁴⁸. Nitekim geçici hukuki himaye, doktrinde anayasal bir temel hak olan ve "adaleti sağlama talebine" dayandırılmaktadır⁴⁹. Geçici hukuki himaye, yargılama öncesinde veya sonrasında meydana gelmesi muhtemel olan tehlikelerden davacı veya davalıyı korumak adına yargı organları tarafından dava sonucunda kesin hukuki himaye sağlanıncaya kadar verilen geniş ya da dar kapsamlı hukuki korumalardır⁵⁰. Bir dava sonunda mahkemenin

⁴³ KURU, Usul, s. 650.; Timuçin MUŞUL, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012, s. 625.

⁴⁴ YILMAZ, s. 1702.; Adem ALBAYRAK, 6100 Sayılı HMK'ya Göre Hazırlanmış Asliye Hukuk Davaları, Ankara 2016, s. 1584.

⁴⁵ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 576.; KARAHACIOĞLU/PARLAR, s. 16.; KURU, Usul, s. 649.; Yargıtay tarafından verilen bir kararda delil tespitinin borçluyu temerrüde düşüren bir işlem olmadığı vurgulanmıştır: Yargıtay 15. HD., 12.12.1997 T., 1997/4558 E., 1997/5357 K., KURU, Cilt 4, s. 4428.

⁴⁶ AKİL, s. 6.

⁴⁷ "...Görülmekte olan bir davada tetkikine henüz sıra gelmemiş bulunan veyahut ileride açılacak bir davada ileri sürülebilecek bir hususun tanık, keşif, bilirkişi veya diğer kanıtlarla tesbiti mahkemeden istenebilir (HUMK m. 368-370). Diğer taraftan delillerin tespiti usul hukuku açısından bir dava değil, bir çeşit ihtiyati tedbirdir. Burada amaç, davanın karara bağlanmasında yardımcı olacak delillerin kaybolmasını önlemektir..." Yargıtay 4. HD., 31.10.1985 T., 1985/7199 E., 1985/8880K., YILMAZ, Cilt 2, s. 1335-1336.

⁴⁸ KURU, Usul, s. 629.

⁴⁹ DEREN-YILDIRIM, İhtiyati Tedbirler, s. 2, dn. 5'den naklen: Anton GANSLMAYER, Die einstweilige Verfügung, Stuttgart/München/Hannover/Berlin 1991, s.15.; Nikolaus KLAMARIS, Das prozessuale Grundrecht auf Justizgewährung. In:Festschrift für Karl-Heinz Schwab, München 1990, s. 269-276.; Eberhard SCHILKEN, Die Befriedigungsverfügung-Zulaessigkeit und Stellung im System des einstweiligen Rechtsschutzes, Berlin 1976, s. 20; SCHUSCHKE/WALKER, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, B.II, §§ 916-945 ZPO, Köln/Berlin/Bonn/München 1995, Vor § 916, Rdnr. 1.; STEIN/JONAS, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21 Auflage, B. 7, Teilband 1, §§ 864-945, Tübingen 1996, Vor § 916, Rdnr. 1.; Wolf-Dietrich WALKER, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, Tübingen 1993, Rdnr. 57.

⁵⁰ Ejder YILMAZ, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt 1, Ankara 2001, s. 32.

uyuşmazlığı esastan çözen kararına kesin hukuki koruma; dava sırasında veya dava öncesine alınması gereken kararlara ise geçici hukuki koruma denilmektedir⁵¹. HMK’da düzenleniş şekli itibariyle geçici hukuki korumalar üçe ayrılmaktadır:

- i. İhtiyati Tedbirler
- ii. Delil Tespiti
- iii. Diğer Geçici Hukuki Korumalar

Geçici hukuki koruma ile amaçlanan kesin hukuki koruma sağlanana kadar dava konusu üzerinde meydana gelmesi muhtemel olası tehlikelere karşı tarafların korunmasıdır. Yargılama sonuna kadar tarafların haklarını güvence altına alan geçici hukuki korumalar kanunlarda aksine bir düzenleme bulunmadıkça yargılama organları tarafından verilmektedir⁵². Geçici hukuki himayenin bir türü olan delil tespiti için de yargı organlarından talepte bulunmakta ve bu talep kabul edildiği takdirde delil tespitinin icrası yargı organları tarafından yerine getirilmektedir⁵³. Bununla birlikte; Noterlik Kanunu uyarınca noterlerin de tespit işlemlerini yerine getirme yetkisi bulunmakta ise de bu işlem yargı organları tarafından yapılan delil tespitinden farklılık arz etmektedir.

Bir yargılamada hukuki menfaati bulunması şartıyla hem davalı hem de davacı geçici hukuki koruma tedbiri talebinde bulunabilir. Delil tespiti talebi de hukuki menfaati bulunmak koşuluyla hem davalı hem de davacı tarafından talep edilebilecektir.

Mahiyeti itibariyle çabuk ve basit bir şekilde incelenip karara bağlanması gerekli olan geçici hukuki koruma tedbirleri açısından tedbir talebinde bulunan tarafın talebin haklılığını yaklaşık ispat derecesinde ortaya koyması ve mahkemede bu yönde bir kanaat uyandırması gereklidir⁵⁴. Delil tespit talepleri de mahkeme tarafından işin niteliği gereği çabuk ve basit yargılama usulüne göre incelenmelidir. Talepte bulunanın haklılığı açısından mahkemede yaklaşık ispat ölçüsünde bir kanaat oluşturması yeterlidir. Nitekim delil tespitinde ihtiyati tedbirde olduğu gibi mahkeme uyuşmazlığın esasını çözecek şekilde bir

⁵¹ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ; s. 565.

⁵² YILMAZ, Cilt 1, s. 35.

⁵³ AKYOL ASLAN, s. 35.

⁵⁴ KURU, Cilt 4, s. 4442.; YILMAZ, Cilt 1, s. 38.; ARSAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 578.

karar vermemektedir. Hakim, delil tespiti şartlarının mevcut olup olmadığını bildirirken, dava hakkındaki kararını peşinen açıklamaktan özellikle kaçınmalıdır⁵⁵.

Delil tespitinin HMK’da düzenleniş şekli itibariyle delillere dair hukuki koruma elde etmeyi amaçlayan geçici nitelikte hukuki koruma tedbiri olduğu yönündeki görüşe katılmakla birlikte neticeden, delil tespitinin dava açılmadan önce veya sonra delillerin henüz inceleme sırası gelmeden kaybolmasını, ispat gücünde meydana gelecek olan olası azalmaların önlenmesini sağlamaya yönelik olduğu ve geçici hukuki himaye tedbirlerine dahil ancak asıl davaya bağlı bir işlem niteliğindeki koruma tedbiri olduğu söylenebilir.

1.3. DELİL TESPİTİNİN KOŞULLARI

Doktrinde yer alan bir görüşe⁵⁶ göre delil tespitinin iki temel koşulu bulunmaktadır: Ancak henüz inceleme sırası gelmemiş olan delillerin tespiti istenebilir ve delil tespiti talep eden kimsenin bu tespit yapılmasında hukuki yararı bulunmalıdır. Üçüncü bir şartın varlığını arayan görüşe⁵⁷ göre ise; delil tespiti talebinde bulunan ile karşı taraf arasında tespiti talep olunan şey/husus hakkında uyuşmazlık bulunmalıdır. Bu kapsamda; delil tespiti talebinin şartlarını aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür:

- i. Talepte bulunan kimsenin açılmış veya ileride açılacak olan bir davada taraf sıfatının bulunması
- ii. Tespiti talep edilen delillerin açılmış veya ileride açılacak olan bir dava ile ilişkili olması
- iii. Tespiti talep olunan delillerin henüz inceleme sırasının gelmemiş olması
- iv. Talepte bulunanın hukuki yararı

Delil tespitinin yapılabilmesi için yukarıda yer verilen şartların tamamının bir arada bulunması gerekmekte olup, bu şartlardan birinin yokluğu halinde delil tespiti yapılması mümkün değildir.

⁵⁵ KURU, Cilt 4, s. 4442.

⁵⁶ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 376-377.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Ders Kitabı, s 575.; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 3, s. 2563.; KURU Usul, s. 650. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 577.; Mustafa KILIÇOĞLU, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012, s. 1440.

⁵⁷ AKYOL ASLAN, s. 54-55.; AKİL, s. 17-18.; Mehmet Akif TUTUMLU, Kuram ve Uygulama Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, Ankara 2012, s. 246.; İsmail ERCAN, Avukatlar ve Hakimler İçin Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2013, s. 393.; ÖZKAN, s. 826.

1.3.1. Talepte Bulunan Kimsenin Açılmış veya İleride Açılacak Olan Bir Davada Taraf Sıfatının Bulunması

HMK m. 400/1; *“Taraflardan her biri, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilir.”* düzenlemesini havidir. HMK'nın ilgili düzenlemesinden görüleceği üzere kanun koyucu delil tespiti talebinde bulunabilecek olan kişinin açılmış veya ileride açılacak olan bir davada taraf sıfatını haiz olması gerektiğini açık bir şekilde belirtmiştir. Nitekim kişiler ancak kendilerini ilgilendiren veya kişisel hak ve yararlarının söz konusu olduğu durumlarda dava açabilme ve savunmada bulunabilme olanağına sahiptir⁵⁸. Dolayısıyla açılmış veya ileride açılacak olan bir davada davalı veya davacı sıfatını haiz olmak koşuluyla her iki taraf da delil tespiti talebinde bulunabilecektir⁵⁹. Kanun koyucu HMK'da delil tespiti talebinde bulunan kimsenin taraf sıfatına sahip olması gerektiğini açıkça belirtmiş olduğundan dava açılmadan önce yapılacak olan delil tespiti talebinde ileride açılacak olan davanın muhakkak belirtilmesi gerekmektedir⁶⁰.

Birden fazla kişinin aynı dilekçe ile delil tespiti talebinde bulunup bulunamayacağı hususunun incelenmesi ihtiyari dava arkadaşlığı ve mecburi dava arkadaşlığı kurumlarının ele alınmasını gerektirmektedir. İhtiyari dava arkadaşlığının düzenlendiği HMK m. 57⁶¹ uyarınca aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunan birden fazla kimsenin tek bir dilekçe ile delil tespiti talebinde bulunabilmesi mümkün olduğu gibi her bir dava arkadaşı kendi davası bakımından ayrı olarak da delil tespiti talebinde bulunabilecektir. Mecburi dava arkadaşlığının düzenlendiği HMK m. 59⁶² kapsamında HMK m. 60⁶³ uyarınca mecburi dava

⁵⁸ ÖZKAN, s. 824.

⁵⁹ ÖZKAN, s. 824.; AKYOL ASLAN, s. 53.

⁶⁰ AKYOL ASLAN, s. 54.

⁶¹ HMK m. 57; *“Birden çok kişi, aşağıdaki hallerde birlikte dava açabilecekleri gibi aleyhlerine de birlikte dava açılabilir:*

- a) Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması.*
- b) Ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri.*
- c) Davaların temelini oluşturan vakaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması.”* şeklindedir.

⁶² HMK m. 59; *“Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hallerde mecburi dava arkadaşlığı vardır.”* şeklindedir.

⁶³ HMK m. 60; *“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*

arkadaşları ancak birlikte dava açabileceğinden aralarında mecburi dava arkadaşlığı bulunan kişiler tek bir dilekçe ile delil tespiti talebinde bulunabileceklerdir. Bunun yanı sıra; aralarında mecburi dava arkadaşlığı bulunan kişiler birlikte hareket etmek zorunda ise de, delil tespiti talebi ile tüm dava arkadaşlarının menfaatleri korunacağından mecburi dava arkadaşlarının tek başına delil tespiti talebinde bulunabileceğinin kabulü gerekmektedir⁶⁴. Dolayısıyla bir kimse delil tespiti talebinde bulunabilmek için açılmış veya ileride açılacak olan bir davada davacı veya davalı sıfatına sahip olmalıdır.

1.3.2. Tespiti Talep Edilen Delillerin Açılmış veya İleride Açılacak Olan Dava ile İlişkili Olması

İleride detaylıca açıklanacağı üzere birden fazla fonksiyona sahip olan delil tespiti kurumunun Türk hukuku açısından en önemli fonksiyonu ileride kaybolma ihtimali bulunan delillerin koruma altına alınmasıdır. Her türlü delilin tespiti istenebilecek ise de⁶⁵ tespiti talep olunan delillerin açılmış veya ileride açılacak olan dava ile ilgili bulunması gerekmektedir⁶⁶. Dolayısıyla dava açmadan önce delil tespiti talebinde bulunan kişi ileride açacağı davayı delil tespiti talebinde somut olarak ortaya koymalıdır⁶⁷. Ancak burada davanın niteliği önemli değildir. İleride açılacak olan dava eda davası olabileceği gibi, tespit veya inşai dava da olabilir⁶⁸. Önemli olan tespiti talep olunan delilin ileride açılacak olan dava ile ilişki içinde bulunması⁶⁹, bir diğer deyişle ileride açılacak olan davanın sonuçlandırılmasına herhangi bir etkisi olmayacak delillerin tespitinin talep edilmesi durumunda söz konusu talebin reddedilmesi gerekmektedir.

arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemleri, usulüne uygun olarak davet edildiği halde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından hüküm ifade eder.” şeklindedir.

⁶⁴ AKYOL ASLAN, s. 54.

⁶⁵ Nitekim HMK m. 400’de keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yapılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerden söz edilmek suretiyle her türlü delilin tespitinin talep olunabileceği belirtilmiş, bu konuda herhangi bir sınırlama yapılmamıştır.

⁶⁶ KURU, Usul, s.650.; ÖZKAN, s. 824.

⁶⁷ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s.577.; AKİL, s. 13.; KURU, Usul, s. 650.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 577.; Bununla birlikte, HMK’nın delil tespitinin düzenleme alanı bulan maddelerinde delil tespiti talebinde ileride açılacak davanın somut olarak belirtilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, bu konuda HMK’ya açık bir hüküm koyulmasının uygun olacağı doktrinde isabetli bir şekilde ileri sürülmüştür. Bkz. AKYOL ASLAN, s. 56.

⁶⁸ AKYOL ASLAN, s. 55.

⁶⁹ Yargıtay tarafından verilmiş olan bir kararda delil tespiti yolu ile tespiti talep olunan delillerin ileride açılacak olan dava ile ilişkili olması gerektiğine hükmedilmiştir: “...*delil tespitinde bulunabilmesi için: Öncelikle, henüz ikame olunmamış ve fakat ikame olunması düşünülen bir davada delil olarak ileri sürülecek bir vakia bulunmalıdır. Sonradan ikame edilecek olan dava ile hiçbir alaka ve ilişkisi bulunmayan bir vakia tespit ettirilemeyeceği gibi, ayrıca tespiti talep olunan delillerin hemen tespitine gidilmediği takdirde delillerin kaybolacağından ciddi bir surette endişe edilmesi gerekmektedir...*” Yargıtay HGK., 10.2.2010 T., 2010/13-26 E., 2010/73 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (30.08.2018).

Eğer, delil tespiti yolu ile tespiti yapılan delil açılmış veya ileride açılacak olan dava ile ilgili değilse buna kanaat getiren hakim söz konusu delili o davada dikkate almamalıdır⁷⁰. Nitekim HMK m. 189 uyarınca, bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına hakim tarafından karar verilecektir. Delil tespiti yapılmak suretiyle ortaya konulmuş olan bir delilin ileri sürülen vakıanın ispatı için caiz olmadığına karar veren hakim davanın sonuçlandırılması bakımından söz konusu delili dikkate almayabilecektir.

Tespiti talep olunan delillerin açılmış veya ileride açılacak olan dava ile ilişkili olması delil tespiti talebinde bulunabilmek için taraflar arasında bir uyuşmazlık konusu bulunması şartını da beraberinde getirmektedir. Bir davanın ikame edilebilmesi için taraflar arasında bir uyuşmazlık konusu bulunması gerektiğinden, uyuşmazlık konusu bulunmayan hususlarda taraflar dava açamayacağı için delil tespiti talebinde de bulunulması mümkün olmayacaktır⁷¹.

1.3.3. Tespiti Talep Edilen Delillerin İnceleme Sırasının Gelmemiş Olması

HMK m. 400 uyarınca, taraflardan her biri görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla delil tespiti yoluna başvurabilir. Dolayısıyla açılmış olan bir davada ancak şartların gerçekleşmesi durumunda inceleme sırası gelmemiş deliller bakımından delil tespiti talep edilebilir. Henüz açılmamış bir davadan önce o davada kullanılmak üzere delil tespiti yoluna başvurulduğunda delillerin incelenmesi aşaması söz konusu olmayacağından bu şart da kendiliğinden gerçekleşmiş olacaktır⁷².

İnceleme sırası gelmiş bir delil hakkında delil tespiti talep edilmesi mümkün değildir. Nitekim görülmekte olan bir davada delilin inceleme sırası gelmiş ise, artık delil tespiti söz konusu olmayıp, bizzat delilin incelenmesi, delilin toplanması söz konusu olacaktır⁷³. Bu durumda aşağıda açıklanacağı üzere aynı zamanda hukuki yarar şartı da gerçekleşmemiş olur.

⁷⁰ AKYOL ASLAN, s. 55.

⁷¹ Melih SANAN, Delil Tespiti Yüksek Lisans Tezi, Kasım 2014, s. 48.

⁷² AKYOL ASLAN, s. 57.

⁷³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 575.; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 3, s. 2564.; ALBAYRAK, s. 1585.

Asıl davayı açmadan önce delil tespiti talebinde bulunulması ve söz konusu talebin kabul edilerek delil tespitinin icra edilmesinden sonra asıl davanın açılması için herhangi bir süre sınırlaması bulunmamaktadır⁷⁴.

Asıl dava ikame edilmeden önce yaptırılacak olan delil tespitinde karşı taraf olarak kim gösterilmiş ise asıl davanın da söz konusu kişiye karşı ikame edilmesi gerekmektedir. Bir diğer deyişle, delil tespiti talebinde karşı taraf olarak gösterilen kişi dışında başka bir kimseye karşı ikame edilen davada söz konusu delil tespiti ile elde edilmiş/toplanmış olan delillerin kullanılması söz konusu olamaz⁷⁵.

Delil tespiti ile delillerin inceleme aşaması gelene kadar mevcut delilin kaybolması, zayi olması veya ispat gücünde meydana gelecek olan azalmanın engellenmesi amaçlandığından delil tespitine başvurabilmek için söz konusu delilin inceleme sırasının henüz gelmemiş olması gerekmektedir.

1.3.4. Talepte Bulunanın Hukuki Yararı

Delil tespiti talebinde bulunan kimsenin söz konusu delilin, inceleme sırası gelmeden önce tespit edilmesinde hukuki yararı bulunmalıdır. Nitekim, kanun koyucu HMK m. 400/2 ile delil tespiti istenebilmesi için talepte bulunanın hukuki yararı bulunması gerektiğini açık bir şekilde kaleme almış ve akabinde kanunda açıkça öngörülenler dışında, delilin hemen tespit edilmemesi halinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dahilinde bulunuyorsa hukuki yararın var sayılacağını kabul etmiştir. Hukuki yarar şartı kanunda özel olarak tanımlanmıştır. Uygulamada sıklıkla yapıldığı üzere her türlü delil tespiti kabul edilmemeli, hukuki yararın mevcudiyeti özellikle incelenmeli ve yasal koşulların varlığı halinde delil tespit istemi kabul edilmeli, aksi takdirde reddedilmelidir⁷⁶. Hukuki yarar kavramı her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁷⁷.

Türk hukukunun temel ilkelerinden biri de tarafların mahkemeden hukuki himaye istemesinde korumaya değer menfaatlerinin bulunmasıdır. Bu çerçevede her dava davacının ihtiyacı olan ve yapılacak olan yargılama sonucunda verilecek olan esasa dair bir hükümle

⁷⁴ AKYOL ASLAN, s. 47.

⁷⁵ ÖZKAN, s. 820.; Yargıtay 4. HD., 04.06.1968 T., 1968/6610 E., 1968/4800 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (12.10.2018).

⁷⁶ ALBAYRAK, s. 1585.

⁷⁷ Ömer Uğur GENÇCAN, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara 2013, s. 1342.

elde edilecek hukuki himayenin temini amacı ile ikame edilmelidir⁷⁸. HMK'da dava şartları arasında yer alan hukuki yarar kavramı ile anlatılmak istenen davacının sübjektif hakkına dair bir hukuki koruma elde edebilmesi için mahkemeye başvuruda bulunmasında korunmaya değer bir yararının olmasıdır. Bir kimsenin dava hakkına sahip olması dava açabilmesi için yeterli olmayıp, ilgili kimsenin söz konusu davayı açmakta yararı bulunmalı ve bu yarar da hukuki olmalıdır. Dava açıldığı anda mevcut bulunması gereken⁷⁹ hukuki yarar aynı zamanda korunmaya değer ve güncel olmalıdır⁸⁰.

İkame edilecek bir davada olduğu gibi mahkemeye yapılan her talepte de talepte bulunanın korunmaya değer bir menfaati olmalıdır. Nitekim mahkemeler kendilerine yapılan başvurularda talepleri esastan incelemeye geçmeden evvel talepte bulunanın bu konuda hukuki yararı olup olmadığını inceleyecek ve hukuki yararın bulunmadığına kanaat getirir ise bu talebi esastan incelemeksizin usulden reddedecektir⁸¹. Karşı taraf da delil tespiti talebinde bulunan kişinin kötü niyetli olduğunu, talebin taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu bakımından önem arz etmeyen vakıalara dair bulunduğunu belirtmek suretiyle delil tespiti talebinde bulunan kişinin hukuki yararı olmadığını ileri sürebilecektir⁸².

Hukuki yarar kavramı her türlü talep bakımından söz konusu olabilen bir kavram olup, delillerin tespiti bakımından hukuki yararın çerçevesi HMK m. 400 ile belirlenmiştir. HMK m. 400/2 uyarınca, kanunda açıkça öngörülen haller dışında delilin hemen tespit

⁷⁸ ALONGAYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 193.; Nevhis DEREN YILDIRIM, "Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış", Yargıtay Dergisi, Yıl 1995, S. 3, s. 224-243, s. 226 vd.; Nevhis DEREN YILDIRIM, "Kollektif Hukuki Himaye Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu?" Yargıtay Dergisi, Yıl 1997, Sayı 1-2, s. 137-154, s. 142.

⁷⁹ Yargıtay vermiş olduğu bir kararında hukuki yararın davanın açıldığı anda mevcut olması gerektiğine hükmetmiştir: "...Hukuki yarar dava açıldığı anda varolmalıdır. İlerideki bir yarar yeterli değildir. Davacı açılacak bir eda davasında aynı sav ve savunmaları ileri sürebilecektir. O halde dava şartı olan hukuki yarar yokluğundan dolayı davanın usulden reddi gerekir..." Yargıtay 3. HD., 28.02.2005 T., 2005/1486 E., 2005/1894 K. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (01.09.2018).

⁸⁰ KURU, Usul s. 196-197.

⁸¹ AKYOL ASLAN, s. 57.; Yargıtay kararlarında da bu husus açıkça vurgulanmıştır: "...İtirazın iptali davasının şartlarından biri ilamsız icra takibine yönelik geçerli bir itirazın mevcut olmasıdır. Somut olayda, davalı, itiraz dilekçesindeki imzanın kendisine ait olmadığını savunmuş, davacı tarafça bu savunmanın aksi kanıtlanmamıştır. O halde ortada geçerli bir itirazın varlığından sözedilemez. Başka anlatımla somut olay bakımından takip kesinleşmiştir. Kesinleşen takiplere karşı itirazın iptali davası açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Hukuki yarar dava şartlarından olup, yargılamanın her safhasında mahkemece re'sen gözetilmelidir. Dava şartlarının bulunmaması halinde davanın usulden reddine karar verilmesi gerekir. Davacı vekilinin başka türlü karar verilmesi yönündeki talebi de usulden red kararı verilmesi gereğini ortadan kaldırmaz. Bu durumda mahkemece davanın hukuki yarar yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değil ise de, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, 6100 sayılı HMK'nun geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 438/7. maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanması uygun görülmüştür..." Yargıtay 19. HD., 29.06.2015 T., 2014/18788 E., 2015/9586K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (01.09.2018).

⁸² AKİL, s. 15.

edilmemesi halinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dahilinde bulunuyorsa hukuki yarar var sayılır. Bir diğer deyişle; taraflar arasında çekişmeli olan hususu çözüme kavuşturacak vakıalar, deliller henüz inceleme sırası gelmeden yok olacak veya inceleme sırası geldiğinde delillerin incelenmesi önemli ölçüde güçleşecek ise bu ve buna benzer durumlarda kanun koyucu hukuki yararın varlığını açıkça kabul etmiştir. Delil tespiti talebinde bulunan kimse yukarıda sayılan hallerin mevcut olduğunu ortaya koymalı ve hakim de bu hallerden birinin mevcudiyetine kanaat getirirse delil tespiti istemini kabul etmeli; aksi halde delil tespiti talebinin reddine karar vermelidir. Delil tespiti şartlarının mevcudiyetinin tespiti bakımından hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Delil tespiti talebinde bulunan kimse dilekçesinde HMK m. 400/2’de yer alan sebepleri aynen tekrarlamak yerine delil tespiti yapılmasında hukuki yararı bulunduğunu gerekçeleriyle beraber somut olarak ortaya koymalıdır. Bir diğer deyişle, delil tespiti talebinde bulunan kimse delil tespiti yapılmasındaki hukuki yararına ilişkin nedenlerin varlığını, tespit yapılmadığı takdirde hangi tehlike ve zararlarla ya da hak kayıplarıyla karşı karşıya kalabileceğini belirtmeli ve bu konuda hakimde bir kanaat oluşturmalıdır. Delil tespiti yapılması için hukuki yararının bulunduğu konusunda hakimde olumlu bir kanaat oluşturmayan kimsenin bu isteminin reddine karar verilecektir⁸³.

Müstakbel davacının yanı sıra müstakbel davalının da delil tespiti yapılmasında hukuki yararı bulunabilir. Bir örnekle bu durumu açıklamak gerekir ise; başkasının malına zarar veren bir kimse daha sonra o malda meydana gelecek zararlardan sorumlu tutulmama gayesiyle kendi haksız eylemi ile meydana gelmesine sebebiyet verdiği zararı tespit ettirmek isteyebilir. Nitekim o kişi söz konusu delil tespiti yapılmadığı takdirde delilleri şimdiden tespit ettirmemiş olması nedeniyle ileride kendi eylemi ile meydana getirdiği zararın kapsamını ispat etmekte güçlük çekecektir. Bu durumda delil tespiti yapılmasında o kişinin hukuki yararının varlığının kabulü gerekir⁸⁴.

HMK m. 400’de hukuki yararın varlığı için iki unsur aranmıştır. Bunlar: “delilin hemen tespit edilmemesi halinde kaybolacağı” yahut “ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağının ihtimal dahilinde bulunması”dır. HMK’da öngörülen hukuki yarar şartının varlığı için her iki unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekmekte en az birinin mevcudiyeti

⁸³ AKİL, s. 16.; AKYOL ASLAN, s. 60.

⁸⁴ ÖZKAN, s. 824-825.

hukuki yararın varlığı açısından yeterli sayılmaktadır. Ayrıca, HMK’da hukuki yararın varlığı açısından gösterilmiş olan bu şartları birbirinden net çizgilerle ayırmak mümkün değildir. Nitekim somut duruma göre her iki şartın birbirini tamamlayacak şekilde bir arada bulunması, bir diğer deyişle delilin ikame edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması ihtimali mevcut iken ortadan kaybolma riski de söz konusu olabilir. HMK’da öngörülen şartların varlığı durumunda hakim delil tespiti talebinin kabulüne karar vermelidir. İleride açılacak olan bir davada kullanılmak üzere delil tespiti talebinde bulunan bir kimsenin talebi hukuki yarar bulunmadığı gerekçesi ile reddedilirse dava açıldıktan sonra durum ve koşulların değişmesi halinde bu defa delil tespiti talebinin kabul edilmesi söz konusu olabilecektir⁸⁵. Bir diğer deyişle, delil tespit istemi reddedilen kimse koşulların değiştiğini somut olarak ortaya koymak ve hukuki yararının bulunduğu konusunda hakimde olumlu bir kanaat oluşturmak kaydıyla yeniden delil tespit talebinde bulunabilir⁸⁶.

Delilin hemen tespit edilmemesi durumunda kaybolması/yok olması söz konusu ise hukuki yararının varlığını kabul etmek gerekir. Asıl davada deliller ancak tahkikat aşamasında incelenecek olup, tahkikat aşamasına gelinmeden önce anılan delilin kaybolması/yok olma tehlikesi mevcut ise delil tespiti talebinde bulunan kimsenin hukuki yararı bulunduğu kanat getirilebilir. Dolayısıyla açılmış bir davada henüz o delilin incelenmesine geçilmeden önce delil tespit talebinde bulunulabilecektir. Yine ileride açılacak olan davada dayanılacak olan bir delilin dava ikame edilinceye kadar kaybolması/yok olma tehlikesi mevcut ise dava açılmadan önce de delil tespiti yoluna başvurmada hukuki yararın var olduğu söylenebilecektir.

Örneğin, bir davada tanık olarak dinlenecek olan kimsenin ağır hasta olması ve ölüm tehlikesinin mevcut olması durumunda delillerin incelenme aşamasına gelinmeden önce bu kişinin tanık olarak ifadesine başvurmada delil tespiti talebinde bulunan kimse açısından hukuki yarar şartının gerçekleştiğini kabul etmek gerekir⁸⁷.

⁸⁵ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 2567.

⁸⁶ AKYOL ASLAN, s. 63.

⁸⁷ KURU, Usul, s. 649.; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 377.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 576.; AKİL, s. 14 dn. 53’den naklen: Buna karşılık bir tanığın çok yaşlı olması tek başına delil tespiti yapılması için yeterli görülmemektedir. Bkz. Richard ZÖLLER/Kurt HERGET, Zivilprozessordnung, 18. Aufl., Köln 1993, s. 1058; Gerhard LÜKE/Peter WAX/Klaus SCREBER, Münchener Kommentar §§ 355-802, 2. Aufl., München 2000, s. 328.

HMK'da hukuki yararın varlığına dair diğer düzenleme ise delilin hemen tespit edilmediği takdirde ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağına ihtimal dahilinde bulunmasıdır.

Örneğin, trafik kazasında hasara uğramış olan bir otomobildeki hasarın da dava açılmadan önce tespiti istenebilecektir. Otomobildeki hasar trafik kazasının meydana geliş şekli konusunda delil teşkil etmektedir ve otomobil tamir ettirildikten sonra söz konusu hasarın tespiti çok güç veya imkansız olabilir. Dolayısıyla hemen tespit yapılmadığı takdirde ileri sürülmesi önemli ölçüde güçleşecek bir delilin varlığı söz konusu olduğunda delil tespiti yapılmasında hukuki yararın mevcut olduğu kabul edilmelidir⁸⁸.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda davacı yanın açılmış veya açılacak olan davalardaki haklılığını ispat açısından davalıya ödenen kira bedellerinin tespitine ilişkin talebinin delil tespiti niteliğinde bulunduğu, ödemelerin bankaya ve icra dosyasına makbuz karşılığında yapılması sebebiyle bu kayıtların kaybolması ve daha sonra tespitinin zorlaşacağı anlamına gelmeyeceği, tespiti istenen ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması sebebiyle hukuki yararın bulunmadığı açıklanarak talebin reddine karar verilmesi gerektiği tespit belirtilmiştir⁸⁹.

Türk hukukunda bir talebin zamanaşımına uğraması ihtimalinin delilin kaybolması ya da sonradan elde edilmesinin önemli ölçüde güçleşeceğinden endişe edilmesi olarak yorumlanamayacağı ve bu durumda hukuki yararın varlığından söz edilemeyeceğinden delil tespiti yapılmasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁹⁰. Alman hukukunda ise bir talebin zamanaşımına uğrama tehlikesi altında bulunduğu durumlarda hukuki yarar şartının gerçekleşip gerçekleşmediği tartışma konusudur. Alman doktrinde bir talebin zamanaşımına uğrama ihtimalinin delilin kaybolması ya da sonradan kullanılmasının güçleşmesinden endişe edilmesi olarak yorumlanmak suretiyle delil tespiti yapılmasının haklı olmayacağını ileri sürenler bulunduğu gibi bunun tam aksini ileri sürenler de vardır. Ancak Alman hukukunda bu konu delil tespiti talebinde bulunmanın zamanaşımını durdurma etkisi ile birlikte ele alınmakta ve buna göre bir sonuca ulaşılmaktadır. Türk hukukunda delil tespiti talebinde

⁸⁸ T. Refik EDİS, "Trafik Kazalarında Delillerin Tespiti" Adalet Dergisi, Yıl 1975, Cilt 66, S. 5-6, s. 547-583. s. 547 vd.; KURU, Usul, s. 649.

⁸⁹ Yargıtay 6. HD., 9.11.2015 T., 2014/13730 E., 2015/9545 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (15.12.2108).

⁹⁰ AKİL, s. 15.

bulunmak zamanaşımını durdurmayacağından bir talebin zamanaşımına uğrama tehlikesi altında bulunması da o talep açısından delil tespitinde aranan hukuki yarar şartının gerçekleşmiş sayılmayacağı şeklinde yorumlanabilecektir⁹¹. Delil tespiti talebi Türk hukukunda dava niteliğini haiz olmadığından, delil tespit talebi ile zamanaşımı kesilmez veya durmaz⁹². Öğrenme ile zamanaşımının işlemeye başladığı hallerde en geç delil tespiti için mahkemeye başvurulduğu tarihte o husus öğrenilmiş sayılır⁹³.

Hukuki yarar bakımından değinilmesi gereken bir diğer konu ise aleyhine delil tespiti yapılacak olan kimsenin söz konusu tespite muvafakat etmesi durumunda hukuki yararın varlığının araştırılmasına gerek olup olmadığıdır. HMK’da bu konuda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte doktrinde aleyhine delil tespiti yapılacak olan kimsenin söz konusu tespite muvafakat etmesi durumunda hukuki yararın mevcut olup olmadığı araştırılmasına gerek olmadığı ileri sürülmüştür⁹⁴.

Özel bir kanun hükmü ile delil tespitinin istenebileceği durumlarda hukuki yarar şartının aranması söz konusu olmayacaktır. Nitekim HMK’da “kanunda açıkça öngörülenler dışında” denilmek suretiyle delil tespitinin özel hukuk kanunlarında ayrıca düzenlendiği durumlarda hukuki yararın varlığı karine olarak kabul edilmiştir. Örneğin; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (“TBK”) 474/2 hükmü; “*Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkşi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir.*” düzenlemesini havidir. Kanun koyucu TBK’nın ilgili hükmü ile eser sözleşmesi kapsamında meydana getirilen eserdeki ayıbın tespiti amacıyla tarafların bilirkşi incelemesi yaptırabileceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla HMK’da yer alan “kanunda açıkça öngörülen haller dışında” ifadesi kapsamında TBK m. 474/2 uyarınca yapılacak olan delil tespitinde hukuki yarar şartı aranmasına ihtiyaç yoktur.

⁹¹ AKİL, s. 15.

⁹² YILMAZ, Cilt 2, s. 1363.; KURU, Usul, s. 651.; UMAR, s. 1169.; İlhan POSTACIOĞLU, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 1975, s. 499.; L. Şanal GÖRGÜN, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2015, s. 465.; Delil tespiti talebinin zamanaşımını durduran sebeplerden biri olarak düzenlenmesinin delil tespitine başvurmayı daha etkili bir hale getireceği doktrinde ileri sürülmüştür. Bkz. Birce ARSLANDOĞAN, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Delil Tespiti, İstanbul 2014, s. 26.

⁹³ KURU, Cilt 4, s. 4441.; Yargıtay tarafından verilen ve konusu kira sözleşmesinin sona ermesinden önce kiralananın tahliye edilmesi sebebiyle uğranılan zarar olan bir kararda, kiraya verenin kiralananına verilen hasarların belirlenmesi için delil tespiti yaptırdığı tarihte kiralayanın kendi hakimiyetine geçtiği kabul edilmiştir. Yargıtay 3. HD., 28.12.2017 T., 2017/13632 E., 2017/18443 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (16.12.2018).

⁹⁴ KURU, Cilt 4, s. 4432.;

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun "Acele Kamulaştırma" başlığı altında düzenlenen 27. maddesi uyarınca kamulaştırılan malın bedelinin bilirkişilerce tespit edileceği düzenleme altına alınmıştır. Dolayısıyla söz konusu madde gerekçe gösterilmek suretiyle yapılacak olan delil tespitlerinde ayrıca hukuki yarar şartı aranmayacaktır.

Delil tespit talebi reddedilen kimsenin şartların değişmesi durumunda yeniden delil tespiti talebinde bulunabileceği yukarıda açıklanmıştır. Bununla birlikte, uygulamada zaman zaman delil tespiti ile istedikleri sonucu elde edemeyenler yeniden mahkemeye başvurmakta veya şartlar değişmemiş olmasına rağmen reddedilen delil tespit başvurusu ile başka mahkemeye başvuruda bulunmaktadır. Adalet Bakanlığı yayımlamış olduğu 4.1.1944 gün ve 109/2 sayılı genelge⁹⁵ ile delil tespiti yolunun kötüye kullanılmasının engellenmesi hususuna mahkemelerin dikkatini çekmiştir.

1.4. DELİL TESPİTİ USULÜ

1.4.1. Delil Tespiti Talep Edebilecek Kişiler

HMK m. 400'e göre, delil tespiti için usulüne uygun olarak yapılmış bir talebin varlığı gereklidir. Herhangi bir talep olmaksızın mahkemelerin kendiliğinden bir delilin kaybolacağı veya ileri sürülmesinin önemli ölçüde güçleşeceğini gerekçe göstererek delil tespitine karar vermesi mümkün değildir. Bir diğer deyişle mahkeme re'sen harekete geçerek delil tespiti kararı alamayacak ve delil tespitini icra edemeyecektir.

⁹⁵ Genelgede delil tespitinin kötüye kullanılmaması hususunda şu sözlere yer verilmiştir: "...Tespiti delaail taleplerinin tetkikinde bazı mahkemelerde, HUMK'un 368 ve 369'uncu maddelerinde yazılı esaslar haricine çıkılarak muamele yapılmakta olduğu cari muameleden anlaşılmaktadır. Henüz tetkikine sıra gelmemiş olan bir hususa müteallik delilin ne gibi hallerde davanın ikamesi sırasına ve ikamesinden evvel tetkik edileceği HUMK'nun 368 ve 369'uncu maddelerinde açıkça gösterilmiştir. Filhakika 368'inci madde hükmüne göre, iki taraftan biri görülmek üzere olan bir davada henüz tahkik ve tetkikine sıra gelmemiş bulunan veyahut ileride ikame edeceği davada dermeyeran edilecek olan hususun şahit, keşif, ehlihibre ve diğer deliller ile tespitini talep edebileceği esas kabul edildikten sonra, MK hükmü mahfuz kalmak şartıyla şimdiden tespit olunmazsa ileride zayı olacağı veya ikamesinde çok müşkülata çıkacağı melhuz olan delillerin bu fasıl hükmüne tevfikan tespit olunabileceği tasrih etmiştir. Binaenaleyh bu hükümlere tevfikan delillerin tespit edilmesi, ancak usulen ikame olunacağı zamandan önce o delilin zayı olması ihtimalinin mevcut bulunması veya zayı keyfiyeti mevzuubahis olmasa bile, ikamesi tarihine kadar tehiri halinde ileride yapılacak tetkikatta zorlukla karşılaşılacağına anlaşılması haline münhasır bulunmaktadır. Tatbikatta, bilhassa müteaddit mahkeme olan yerlerde tespiti delaail talebinde bulunanların ekseriya keşif yolu ile bir delil tedarik etmek için bu yola müracaat ettikleri ve istedikleri neticeyi alamayınca aynı maksatla başka mahkemeye gittikleri ve şu suretle başka başka iki mahkeme tarafından tespiti delaail ile alınan raporların telifinin mahkemeleri müşkülata sevk etmekte olduğu görülmektedir. Bu mahzurları önlemek ve kanunun belli hallere hasrettiği delil tespiti yolunun suiüstimaline mani olmak için mahkemelerin HUMK'nun bilhassa 369 uncu maddesinde yazılı şartları göz önünde tutmaları ve güstediden evvelce diğer bir mahkemeye başvurup başvurmadığının sorulması ve kati zaruret ve müstacel bir hal bulunmadıkça diğer tarafa muamele esnasında hazır bulunması için tebligat ifası ve mütafel hallerde de diğer tarafın müdafaaasını istimaline imkan verilmesi için delil tespitinden sonra tutulacak zabıt varakasının hemen diğer tarafa tebliği ve bu hususta muktazi harcın tespitini isteyen taraftan peşinen alınması lüzumunun bütün mahkemelere ehemmiyetle tebliğini rica ederim..." ÖZKAN, s. 852.

HMK’da delil tespiti talebinde bulunabilecek kişilere ilişkin olarak “ taraflar” ifadesi kullanılmış, bu konuda davacı ve davalı şeklinde herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla HMK’da aranan diğer koşulların varlığı halinde davacı ve/veya davalı delil tespiti talebinde bulunabilecektir. Ancak asıl dava açılmadan önce taraflar davacı ve davalı sıfatını haiz olmadığından bu durumda talepte bulunabilecek olan kimse herhangi bir kişi olabilir⁹⁶. Bununla birlikte, delil tespiti talebinde bulunan kimsenin ileride açmayı düşündüğü dava bakımından dava hakkı mevcut bulunmalıdır. Tespit talebinde bulunan kimsenin gerçekte açmayı düşündüğü dava bakımından dava açma hakkı bulunmuyorsa bu kişinin talebi hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilmelidir⁹⁷.

Bir dava sonucunda verilecek olan hüküm üçüncü kişiler hakkında kesin hüküm teşkil etmeyecek olup, yalnızca o davanın tarafları hakkında maddi anlamda kesin hüküm ifade eder. Ancak bazı hallerde üçüncü kişilerin de verilen hükümden etkilenmesi mümkündür. Üçüncü kişilerin bir davada verilen hükümden etkileneceği durumlarda kendi haklarını korumak için fer’i müdahil olarak davaya katılmaları kabul edilmiştir. Fer’i müdahil davaya taraf gibi katılamaz ancak tarafların birinin yanında onun yardımcısı gibi davaya katılabilir⁹⁸. Tarafın yanında yer alan fer’i müdahil taraf hareketsiz kalmış olsa da onun yerine ancak daima kendi adına usuli işlemleri yerine getirir⁹⁹. Doktrinde taraf sıfatını haiz olmayan ancak kendi menfaati dolayısıyla yanında katıldığı tarafa yardım eden fer’i müdahilin delil tespiti talebinde bulunamayacağı ileri sürülmüştür. Nitekim HMK’da “ tarafların” delil tespiti

⁹⁶ YILMAZ, Cilt 2, s. 1354.

⁹⁷ AKYOL ASLAN, s. 65.; Yargıtay tarafından verilen bir kararda da talepte bulunan kimsenin ileride açması mümkün bir dava bulunmuyorsa söz konusu talebin reddine karar verilmesi gerektiğine işaret edilmiştir: “... 2941 sayılı Yasa’nın 27. Maddesine göre, 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu’nun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya acenteliğine Bakanlar Kurulu’nca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında, kıymet takdiri dışındaki işlemlerin sonradan tamamlanmak üzere, ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın 10. madde esasları dairesinde ve 15. madde uyarınca seçilecek bilirkişilerce tespit edilecek değeri idare tarafından mal sahibi adına 10. maddeye göre yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak o taşınmaz mala el konulabilir. Aynı Yasa’nın 10. maddesinde de kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve taşınmaz malın idare adına tescili düzenlenmiş ve 27. maddede olduğu gibi 10. maddeye göre de dava açma hak ve yetkisi kamulaştırmayı yapan idarelere tanınmıştır. 2942 sayılı Yasa’da 4650 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonra, kamulaştırılan taşınmazların maliklerinin dava açma ve bu şekilde tespit isteme hakları (10. ve 27. maddelere göre maddi hata davası dışında) bulunmamaktadır. Dilekçe içeriği ve dosya kapsamından istemin, maddi hatanın düzeltilmesi ile ilgili olmadığı, doğrudan taşınmazın zemini ile üzerindeki ağaçların değerinin tespitini içerdiği ve dolayısıyla bir eda davası niteliğini taşımadığı, HUMK.nun 368 ve müteakip maddelerine göre yapılmış bir delil tespiti de olmadığı, zira yukarıda değinildiği gibi davacının, ileride yasalara uygun olarak açması mümkün bir dava da bulunmadığı anlaşılmaktadır. Saptanan bu duruma göre, mahkemece aktif husumet ehliyeti bulunmayan davacının tespit isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...” Yargıtay 18. HD., 4.12.2006 T., 2006/9264 E., 2006/10082 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası) (01.09.2018).

⁹⁸ KURU, Usul, s. 508.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Temel Bilgiler, s. 127.; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 1, s. 718.

⁹⁹ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s.151.

talebinde bulunabileceği hükme bağlanmıştır¹⁰⁰. Ancak fer'i müdahilin davada yanında katıldığı tarafın açık iradesine aykırılık teşkil etmeyen koruyucu işlemleri yapabileceği, delil tespiti davanın maddi gerçeğe uygun şekilde sonuçlanmasına yardımcı olması ve tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları delillerin korunması amacı göz önüne alındığında fer'i müdahilin de delil tespiti talebinde bulunabilmesi gerektiği bir başka görüş olarak ileri sürülmüştür. Yine bu görüş tarafından fer'i müdahilin ancak görülmekte olan bir davada söz konusu olabileceği ve bu nedenle fer'i müdahilin görülmekte olan bir davada delil tespiti talebinde bulunabileceği; bir diğer deyişle ileride açılacak olan davaya ilişkin olarak fer'i müdahilin delil tespitinde bulunamayacağı belirtilmiştir¹⁰¹.

Kanaatimizce de burada ikili bir ayırım yaparak sonuca ulaşmak doğru olacaktır. Nitekim henüz asıl dava ikame edilmeden önce üçüncü kişinin davaya müdahalesinden söz edilemeyecek olup, bu durumda usul ekonomisinin de bir gereği olarak üçüncü kişi konumunda bulunan müstakbel fer'i müdahilin delil tespiti talebinde bulunamayacağı; ancak açılmış bir davada yanında katıldığı taraf adına koruyucu işlemleri yapabilen fer'i müdahilin henüz inceleme sırası gelmemiş ve ileride kaybolacak/yok olacak ya da ileri sürülmesi önemli ölçüde güçleşecek delillerin tespit edilmesini talep edebileceği kabul edilmelidir.

HMK m. 65 uyarınca, 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 açabilir. Asli müdahalenin söz konusu olabilmesi için görülmekte olan bir davanın bulunması şarttır. Bu durumda asli müdahilin delil tespiti talebinde bulunup bulunamayacağı konusunda yine ikili bir ayırım yapmak doğru olacaktır. Henüz asıl davanın açılmadığı durumlarda asli müdahalenin varlığından söz edilemeyecek olup, bu durumda asli müdahilin delil tespiti talebinde bulunması da mümkün olmayacaktır. Buna karşılık üçüncü kişinin görülmekte olan bir davanın davacısına ve davalısına karşı asli müdahale davası ikame etmesi durumunda asli müdahil davacı sıfatını haiz olacağından HMK'da açıkça düzenleme alanı bulan "taraf" şartını da yerine getirmiş olacak ve ileride kaybolması/yok olması veya ileri sürülmesi önemli ölçüde güçleşecek olan deliller hakkında delil tespiti talebinde bulunabilecektir.

¹⁰⁰ YILMAZ, Cilt 2, s. 1354.

¹⁰¹ YILMAZ, Cilt 2, s. 1354.; AKYOL ASLAN, s. 66-67.

Birden fazla davacının davalıya karşı birlikte dava açması ya da bir davacı tarafından birden fazla davalıya karşı birlikte dava açılması durumunda dava arkadaşlığı söz konusudur. HMK’da dava arkadaşlığı mecburi ve ihtiyari dava arkadaşlığı olmak üzere iki başlık altında düzenlenmiştir. Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hallerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır. Medeni usul hukukunda mecburi dava arkadaşlığı maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ve şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olmak üzere ikiye ayrılır¹⁰².

Dava konusu olan hukuki ilişkinin birden fazla kişi arasında müşterek olduğu ve söz konusu hukuki ilişki hakkında bütün ilgili kişiler adına aynı şekilde ve tek bir karar verilmesi gereken durumlarda maddi anlamda mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olur. Maddi anlamda mecburi dava arkadaşlığında taraflara dair hukuki ilişki arasında çok sıkı bir bağ vardır ve bu nedenle mecburi dava arkadaşlarının aynı şekilde ve hep birlikte hareket etmesi gerekir¹⁰³. Dolayısıyla aralarında maddi anlamda mecburi dava arkadaşlığı bulunan kimseler birlikte delil tespiti talebinde bulunmalıdır. Ancak delillerin tespit edilememesi durumunda kaybolma olasılığının bulunduğu hallerde her bir mecburi dava arkadaşının ayrı ayrı delil tespiti talebinde bulunabileceği ve diğer dava arkadaşlarının yapılmış olan delil tespitine itiraz etme hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekir¹⁰⁴.

Bazı durumlarda özel kanun hükümleri çerçevesinde, gerçeğin daha doğru bir şekilde ortaya çıkması ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin daha doğru bir biçimde karara bağlanmasını sağlamak için birden fazla kişiye karşı dava açılması zorunlu kılınmıştır. Burada maddi anlamda bir zorunluluk söz konusu olmadığından şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı vardır. Yalnızca davalılar bakımından uygulama alanı bulan şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu durumlarda dava arkadaşları arasındaki ilişki çok sıkı değildir ve dava arkadaşları birbirinden bağımsız olarak hareket edebilir¹⁰⁵. Dolayısıyla şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığının özellikleri göz önüne alındığında dava

¹⁰² ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 1140-144.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Ders Kitabı, s 124-126.; KURU, Usul, 481-489.; Ömer ULUKAPI, Medeni Usul Hukuku, Konya 2015, s. 43-44.

¹⁰³ KURU, Usul, s. 481.

¹⁰⁴ AKYOL ASLAN, s. 68-69.

¹⁰⁵ KURU, Usul, s. 484-485.

arkadaşlarının birbirinden bağımsız olarak delil tespiti talebinde bulunabilecekleri kabul edilmelidir¹⁰⁶.

İhtiyari dava arkadaşlığının mümkün olduğu durumlar HMK m. 57¹⁰⁷'de düzenlenmiştir. HMK m. 57'de sayılan durumların varlığı halinde birden çok kişi birlikte dava açabileceği gibi aleyhlerine de birlikte dava açılabilir. HMK m. 58'e göre, ihtiyari dava arkadaşlığında, davalar birbirinden bağımsızdır. Dava arkadaşlarından her biri, diğerinden bağımsız hareket edebilir. Dava arkadaşlarından her biri diğerlerinden bağımsız olarak usul işlemlerini yapabilir. Dolayısıyla ihtiyari dava arkadaşlarından her biri kendi davasıyla ilgili olarak kanunda aranan diğer şartların varlığı halinde delil tespiti talebinde bulunabilir.

1.4.2. Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme

Geçici hukuki himaye olan tedbir talebi gibi delil tespit talepleri de ancak mahkemeden¹⁰⁸ istenecektir. İstinaf incelemesini yapmakla görevli olan bölge adliye mahkemelerinden de delil tespiti talep edilebilir¹⁰⁹. Mahkeme dışındaki kurumlar tarafından delil tespiti yapılması mümkün değildir¹¹⁰. Ancak doktrinde isabetli olarak bazı durumlarda mahkemeler dışında kanunen yetkilendirilmiş organlarca görevlendirilmiş olanlar tarafından yapılan saptamaların da yargılamada değerlendirmeden uzak tutulamayacağı ifade edilmiştir¹¹¹.

¹⁰⁶ AKYOL ASLAN, s. 69.

¹⁰⁷ HMK m. 57: "(1) Birden çok kişi, aşağıdaki hallerde birlikte dava açabilecekleri gibi aleyhlerine de birlikte dava açılabilir:

- a) Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması.
- b) Ortak bir işlemlerle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri.
- c) Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması."

¹⁰⁸ Burada Noterlik Kanunu'na ilişkin hükümlerin göz ardı edilmemesi gerekir. Ancak Noterlik Kanunu ile noterlere verilmiş olan tespit görevi teknik anlamda HMK'da düzenleme alanı bulan delil tespit kurumundan farklıdır.

¹⁰⁹ KURU, Usul, s. 650.

¹¹⁰ Yargıtay tarafından verilen bir kararda mahkemelerce yapılmadıkça geçerli bir delil tespiti işleminden söz edilemeyeceği açıklanmıştır: "...Görülmede olan bir davada tetkikine henüz sıra gelmemiş bulunan veyahut ileride açılacak bir davada ileri sürülebilecek bir hususun tanık, keşif, bilirkişi veya diğer kanıtlarla tespiti mahkemeden istenebilir (m.368-370). Diğer taraftan delillerin tespiti, usul hukuku açısından bir dava değil, bir çeşit ihtiyari tedbirdir. Burada amaç, davanın karara bağlanmasına yardımcı olacak delillerin kaybolmasını önlemektir (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü; 1982-cilt III-sh. 3140-3144). Bu nedenle delil tespiti yargı sahasında kalan bir işlemdir. Mahkemelerce yapılmadıkça geçerli bir delil tespiti işleminden söz edilemez..." Yargıtay 4. HD., 31.10.1985 T., 1985/7199 E., 1985/8880 K., (Yargıtay Karar Arama) (09.10.2018).

¹¹¹ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 377.; Örneğin 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun'un 24. maddesi; "Birinci maddede yazılı çiftçi mallarına bir zarar vukuunda bekçiler fiilin devamına mani olacak tedbirleri almakla beraber husule gelen zararın tesbitine yarayacak delilleri toplayarak keyfiyeti koruma veya ihtiyar meclisine bildirmek mecburiyetindedirler. İmkan bulunan hallerde bir zabıt varakası da tutulur." düzenlemesini havidir. Bu

Noterlik Kanunu'nda noterlerin tespit yapabileceklerine yönelik düzenleme mevcut ise de bu düzenleme HMK'da düzenleme alanı bulan delil tespitinden farklıdır. Nitekim delil tespiti yalnızca mahkemeler tarafından yapılabilecektir. Noterlik Kanunu m. 61 uyarınca; noterler bir şeyin veya bir yerin hal ve şeklini, kıymetini, ilgili şahısların kimlik ve ifadelerini tespit ederler ve davet edildiklerinde piyango ve özel kuruluşların kur'a, seçim ve toplantılarında hazır bulunarak durumu belgelendirirler. Noterler tarafından yapılacak olan bu tespiti HMK'nın ilgili hükümleri uyarınca delil tespiti olarak nitelendirmek yerine somut vakıa tespiti olarak değerlendirmek gerekmektedir. Noterler tarafından düzenlenen belgelerin olası bir uyuşmazlıkta ilgili mahkemesi tarafından delil olarak değerlendirilebileceği de göz ardı edilmemelidir.

HUMK'un 370. maddesine göre, delillerin tesbiti için salahiyettar olan mahkeme, davanın rüyet edildiği veyahut dava ikame olunmamış ise en seri ve en az masrafla delilin tesbiti kabil bulunduğu mahkeme veya sulh hakimidir. HUMK döneminde dava açılmadan önce ve sonra yetkili ve görevli olan mahkemeyi incelemeye geçmeden önce belirtmek gerekir ki HUMK m. 370'de yer alan "delil tespiti için salahiyettar olan mahkemeden" şeklindeki ifade doktrinde tartışmalara sebebiyet vermiştir. Öğretide baskın olarak bu madde ile hem yetkinin hem görevin düzenlenmiş olduğu belirtilmiş¹¹²; azınlıkta kalan görüş ise bu hüküm ile yalnızca yetkili mahkemenin düzenlenmiş olduğunu ileri sürmüştür¹¹³. HUMK döneminde asıl dava açılmadan önce delil tespiti en çabuk ve en az masrafla tespiti yapacak olan mahkemeden istenmekte idi. Dava açıldıktan sonra ise yalnızca davanın açılmış olduğu mahkemeden delil tespiti talep edilebileceği HUMK'ta hüküm altına alınmıştır. HMK'da ise delil tespitinde görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiş ve muhtemel tartışmaların ortaya çıkmasının önüne geçilmek istenmiştir.

HMK'da yer alan düzenleme kapsamında delil tespitinde görev ve yetki meselesini delil tespiti talebinin görülmekte olan bir dava içerisinde yapılması veya henüz açılmamış bir

madde uyarınca zararın tespitine yaracak delileri toplama görevi verilmiş olan kişiler tarafından tespit olunacak delillerin de değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir.

¹¹² ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 377.

¹¹³ ÖZKAN, s. 821-822.; Bu hüküm ile yalnızca yetkili mahkemenin düzenlendiğini ileri süren görüşe göre, HUMK'un birinci bölümünde görev ve yetki hususları "vazife" ve "salahiyet" olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna karşılık HUMK m. 370'de "salahiyettar" ifadesi kullanılmış olup, mehz Neuchatel Usul Kanunu'nda da delil tespiti açısından ayrıca bir görev kuralı mevcut değildir. Bu durum ise Neuchatel Usul Kanunu'nun uygulama alanı bulduğu İsviçre'nin yargısal yapısından kaynaklanmaktadır. İsviçre'nin küçük kentlerinde yalnızca sulh mahkemeleri ve tek hakim bulunduğu asliye hakimlerinin bulunmadığı kentlerde asliye hukuk mahkemelerinin görev alanına giren delil tespit işlemlerinin sulh hakimi tarafından yapılması amaçlanmıştır. Bkz. AKİL, s. 18-19.

davada kullanılmak üzere delil tespiti talebinde bulunulması durumlarına göre ele almak gerekir.

Bir davaya uyuşmazlık konusunun niteliğine göre hangi mahkeme tarafından bakılacağı görev kuralları ile belirlenir¹¹⁴. Bir davanın görevli mahkemede açılması dava şartı olup, görev kuralları kamu düzenine ilişkindir. Mahkemeler yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi görevli olup olmadıklarını re'sen¹¹⁵ inceler ve görevsiz olduklarına kanaat getirirlerse kendiliğinden görevsizlik kararı verirler¹¹⁶.

Yetki ise bir davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağı belirlenmesidir¹¹⁷. Mahkemelerin yargı yetkisi dava konusuna bağlı olarak sınırlandırılmakla kalmamış aynı zamanda yer itibariyle de sınırlandırılmıştır. Yetki kuralları kural olarak kamu düzenine ilişkin olmamakla birlikte bazı durumlarda kesin yetki kuralı getirilerek mahkemelerin yetkisinin kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmiştir¹¹⁸. Bunun yanı sıra yetki sözleşmesi yapılamayacak olan haller dışında taraflar akdedecekleri bir sözleşme ile yetkisiz olan mahkemeyi yetkili kılabilirler¹¹⁹.

HMK m. 401/1 uyarınca, henüz dava açılmamış olan hallerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek olan kişinin oturduğu sulh hukuk mahkemesinden istenir. Henüz dava açılmadan önce delil tespiti talep ediliyorsa görevli mahkeme esas hakkındaki davaya bakacak mahkeme ya da sulh hukuk mahkemesidir¹²⁰. Yetkili mahkeme ise yine esas hakkında davaya bakacak olan yahut

¹¹⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Temel Bilgiler, s. 42.; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 1, s. 233.

¹¹⁵ Yargıtay tarafından verilen bir kararda da mahkemenin görevli olup olmadığını kendiliğinden incelemesi gerektiği ifade edilmiştir: "...Görev kuralı kamu düzeni ile ilgili olup yargılamanın her aşamasında re'sen gözetileceğinden mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..." Yargıtay 19. HD., 22.03.2018 T., 2016/16546 E., 2018/1468 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (02.09.2018).; Yine aynı yönde bir başka Yargıtay kararı da taraflarca ileri sürülmesi dahi mahkemenin re'sen görevli olup olmadığı konusunda bir karar vermesi gerektiğine hükmetmiştir: "...Görev konusu kamu düzeni ile ilgili olup taraflarca ileri sürülmesi bile Mahkeme tarafından yargılamanın her aşamasında re'sen ele alınması gereken bir husustur..." Yargıtay 10. HD., 4.4.2017 T., 2015/4577 E., 2017/2918 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası) (01.09.2018).

¹¹⁶ KURU, Usul, s. 98.

¹¹⁷ PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 1, s. 267.

¹¹⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Temel Bilgiler, s. 50.

¹¹⁹ KURU, Usul, s. 116-117.

¹²⁰ HMK m. 401 gerekçesi: "1086 sayılı Kanunun 370 inci maddesindeki düzenlemeye karşılık gelen bu maddede, söz konusu eski düzenlemeden farklı olarak, delil tespitinde görev ve yetki konusunda tam bir açıklık getirilmekte ve bunun müeyyidesi de tespit edilmektedir. Henüz dava açılmamışsa, esas hakkında davaya bakacak mahkemeden tespit istenebileceği gibi üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak şeyin veya tanığın bulunduğu yer yerin sulh hakiminden de tespit

üzerinde keşif veya bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenecek kişinin oturduğu yer mahkemesidir. Görüldüğü üzere delil tespiti talebinde bulunacak olan kimseye görev ve yetki konusunda bir seçimlik hak tanınmaktadır¹²¹. Bu düzenlemenin lafzı ve içeriği HMK’da yer alan temel ilkelerden biri olan doğrudanlık ilkesi ile çelişmektedir. Doğrudanlık ilkesi, bir yargılamanın bütünü itibariyle araya başkaca makamlar girmeksizin esas hakkında hüküm tesisi edecek mahkeme önünde gerçekleşmesi olarak tanımlanabilir¹²². Henüz dava açılmadan önce talep edilecek delil tespitinde talepte bulunan bu talebini dilerse davaya bakacak olan mahkemeden, dilerse de üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin veya tanık olarak dinlenecek kişinin oturduğu yer mahkemesinden isteyebilecektir. HMK m. 401/1’in lafzından elde edilen sonuca göre, talepte bulunan kimse tespitini istediği deliller asıl davanın açılacağı yerde bulunsa bile, asıl davanın görüleceği mahkeme sulh hukuk mahkemesi olmasa da seçimlik hakkını kullanarak delillerin bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden talepte bulunabilecektir. Örneğin, ticari merkezi Çanakkale’de bulunan tarafların tacir olduğu bir eser sözleşmesi uyarınca iş sahibin süresinden önce sözleşmeyi feshetmesi üzerinde eserin fesih tarihi itibariyle tamamlanma oranının tespiti açısından yapılacak olan delil tespitinde Çanakkale’deki sulh hukuk mahkemesinden delil tespiti talebinde bulunulması mümkündür. Oysa, tarafların tacir olması sebebiyle asıl davada görevli ve delillere doğrudan temas edecek olan mahkeme Çanakkale’de bulunan ticaret mahkemeleridir. Kanunda yer alan bu düzenlemenin amacının kanunun ruhunu oluşturan ilkelerden biri olan doğrudanlık ilkesine aykırılık teşkil edecek bir sonucun elde edilmesi olmadığı, maddede yer alan düzenlemenin doğrudanlık ilkesine uygun olacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür¹²³.

Dava açılmadan önce yapılacak olan delil tespitlerinde görevli ve yetkili mahkeme hususunda HUMK döneminde doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre¹²⁴, dava açılmadan önce delil tespitinde görevli mahkeme genel hükümlere göre belirlenir. Bu

istenebilecektir. Dava açılmadan önce delil tespiti isteği yetkisiz mahkemede yaptırılmaya teşebbüs edilirse, yetki itirazında bulunmak gerekir. Aksi halde, bu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, daha sonra esas hakkında açılan davada, tespitinin yetkisiz ve görevsiz mahkemede yapıldığı ileri sürülemeyecektir. Dava açıldıktan sonra delil tespit istemi, mutlaka davayı görmekte olan mahkemeye yapılmalıdır. Noterler tarafından yapılacak tespitler bakımından söz konusu olacak yetki meselesinin düzenlenmesi ise Noterlik Kanununa bırakılmalıdır.” (www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf) (09.09.2018).

¹²¹ YILMAZ, s. 1705.

¹²² H. Yavuz ALANGOYA, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2000, s. 169.

¹²³ Aziz Serkan ASLAN, “6100 sayılı HMK Madde 401 Hükümüne Göre Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, S. 2, Konya 2013, s. 241-254, s. 250-251.

¹²⁴ YILMAZ, Cilt 2, s 1346-1354.; ÖZKAN, s. 823.

durumda esas hakkında açılacak dava HUMK'nun 1 ve 8'inci maddelerine göre hangi mahkeme görevli ise delil tespiti bakımından da o mahkeme görevlidir. Buna karşılık bir diğer görüşe göre¹²⁵ ise, davanın açılmasından önce yapılacak olan delil tespitlerinde görev ve yetki konusunda herhangi bir sınırlama olmaksızın en çabuk ve az masrafla delil tespitinin yapılabileceği yer mahkemesinden talepte bulunulabileceği ifade edilmiştir.

HMK m. 401/4 uyarınca, dava açıldıktan sonra yapılan her türlü tespit talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevlidir. Dolayısıyla dava açıldıktan sonra delil tespiti talebi açısından yetkili ve görevli mahkeme yalnızca davanın görülmekte olduğu mahkemedir. Dava açıldıktan sonra delil tespiti talebinin yalnızca davanın açıldığı mahkemeden talep edilebilmesi medeni usul hukukuna hakim olan ilkelerden biri olan doğrudanlık ilkesinin bir sonucudur. Delillerin değerlendirilmesinin can damarı olan doğrudanlık ilkesi yargılamanın bütünü itibarıyla hükmü verecek olan mahkeme önünde görülmesine hizmet eder ve böylece araya başkaca adli makamların girilmesinin önüne geçer¹²⁶. Bir davada ikame olunan deliller doğrudanlık ilkesi gereğince bizzat davaya bakan mahkeme ve hakim tarafından incelenmelidir. Ancak bazı durumlarda, özellikle ispat meselesi söz konusu olduğunda bu ilkeye kanun yoluyla istisna getirilebilir. Bu istisnalardan biri de istinabe kurumudur¹²⁷. İstinabede bir mahkemenin yargı çevresi dışında yapılması gereken işlemler nedeniyle o yerdeki mahkemeden yardım talep edilmesi söz konusudur¹²⁸. HMK m. 197/2 uyarınca başka bir yerde bulunan ve mahkemeye getirilemeyen deliller, o yerde istinabe yoluyla toplanabilir. Davanın görülmekte olduğu mahkemenin yargı çevresi dışında kalan tanıklar istinabe yoluyla dinlenebileceği gibi keşif konusu şey mahkemenin yargı çevresi dışında ise istinabe yoluyla keşif yapılabilir. HMK'da istinabe yolu ile delil tespiti yapılabileceği açıkça belirtilmemiş olsa da açılmış bir davada delil tespitine karar veren mahkeme tespitine karar verilen delilin kendi yargı çevresi dışında bulunması durumunda söz konusu delilin tespiti için o yer mahkemesini istinabe edebilir¹²⁹. İşin yapıldığı yer

¹²⁵ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 377.; POSTACIOĞLU, s. 497-498.

¹²⁶ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 189.

¹²⁷ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 189.; Bazı yazarlar, istinabenin doğrudanlık ilkesinin bir istisnası olduğunu belirtmekle birlikte istinabenin gerçekte doğrudanlık ilkesinin mutlak bir istisnası olmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre istinabe yoluyla yapılacak olan tahkikat ve yargılamaya ilişkin işlemler o mahkeme dışında bir hakim tarafından yerine getirilmekte ise de, bunların değerlendirilerek bir karar verilmesi asıl yargılamanın görüldüğü mahkemenin işidir. Bir diğer deyişle yargılama malzemesinin başkası tarafından toplanması asıl mahkemenin o malzeme ile temasını tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Bkz. ATALAY/PEKCANITEZ/ZÖZEKES, Temel Bilgiler, s. 148.

¹²⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Temel Bilgiler, s. 148.; KURU, Usul, s. 147.

¹²⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Temel Bilgiler, s. 419.; AKYOL ASLAN, s. 80-81.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 577.; ALBAYRAK, s. 1584.

mahkemesine talimat yazılmaksızın yalnızca bilirkişiler o yere gönderilmekle keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak delil tespiti icra edilmesi mümkün değildir¹³⁰.

Tespiti istenen delillerin Türkiye’de değil de yurt dışında bulunması durumunda istinabe yolu ile delil tespiti yapılıp yapılamayacağı da değerlendirilmesi gereken bir konudur. Türk mahkemelerinin yargı hakkı Türkiye ile sınırlıdır. Türk mahkemeleri Türkiye sınırları dışında yargı faaliyetinde bulunamayacağı gibi yabancı mahkemeler de Türkiye’de yargısal faaliyette bulunamayacaktır. Yani, Türk mahkemeleri ve yabancı mahkemeler yargı hakları dışında kalan durumlarda birbirlerine hukuki yardımda bulunurlar¹³¹. Türkiye dışında bulunan bir delilin tespiti talep olunduğunda Türk mahkemeleri yabancı mahkemelerden hukuki yardım talep edebilir. Ancak hukuki yardım için Türk mahkemeleri ile yabancı ülke mahkemeleri arasında bu konuda bir anlaşma¹³² ya da fiili karşılıklık bulunması gerekir.

İcra mahkemelerinde görülen dava ve işler için de uygulama alanı bulun HMK m. 401 kapsamında icra mahkemesinde görülen bir iş ve dava ile ilgili delil tespiti ancak o icra mahkemesince yapılacaktır. Dolayısıyla yetkili ve görevli icra mahkemesi dışında başka bir icra mahkemesinden ya da başka bir mahkemeden delil tespiti talep edilemez ve bu icra mahkemesi dışında görevli ve yetkili olmayan mahkeme ya da icra mahkemesi tarafından delil tespiti yolu ile elde edilen deliller o icra mahkemesine delil olarak sunulamaz¹³³.

HMK m. 401/3 uyarınca, esas hakkında açılan davada, delil tespiti yapan mahkemenin görevsiz ve yetkisiz olduğu ileri sürülemez. Dolayısıyla, görevsiz ve yetkisiz mahkemede delil tespiti yapılmış ise buna yönelik itirazın delil tespitini yapan mahkemede ileri sürülmesi gerekmektedir¹³⁴. Bir diğer deyişle, devam eden bir dava söz konusu iken bir

¹³⁰ “...Aynı yasanın 364. maddesinde keşif mahkeme veya tahkikat hakimi tarafından yapılacağı, 227. Maddede ise nakli müşkül defter ve vesikaların istisnaen buldukları mahalde tetkiki için bilirkişiye yetki verilebileceği hükmüne amirdir. Tüm bu kurallara uyulmadan Erzincan’daki iş için Ankara 7. Sulh Hukuk Mahkemesinden delil tesbiti istenilmesi, bu mahkemece işin yapıldığı yer mahkemesine talimat yazılmaksızın sadece bilirkişilerin o yere gönderilmesi suretiyle keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu alınan tesbit bilirkişi raporu dayanak yapılarak bu kez dosya üzerinden inceleme yapan bilirkişilerce tanzim edilen raporla yetinilip hüküm tesisi usule aykırı olduğundan, diğer bir anlatımla usul ve yasaya aykırı (geçersiz) tesbit raporuna dayanılarak çekişmenin giderilmesi bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 15. HD., 19.6.2000 T., 2000/728 E., 2000/3106 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (17.09.2018).; YILMAZ, s. 1705.

¹³¹ KURU, Usul, s. 149.

¹³² Türk mahkemeleri ile yabancı mahkemeler arasındaki hukuki yardım konusundaki anlaşmalardan biri 01.03.1954 tarihli La Haye Sözleşmesi’dir. 14.03.1972 tarihli ve 1574 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan, 28.05.1973 ve 14547 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan La Haye Sözleşmesi’nin Türkiye açısından yürürlük tarihi 11.07.1973’tür.

¹³³ KURU, Cilt 4, s. 4436.; AKYOL ASLAN, s. 82.

¹³⁴ Yargıtay tarafından verilen bir kararda devam eden bir dava varken ayrıca başka bir mahkemede delil tespiti yapılmışsa yetkisiz ve görevsiz mahkemece yapılmış bu işlemin delil niteliğini haiz olmadığı kabul edilmiştir: “...Somut olayda mahkemece ihtirazi kayıtsız imzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti tahakkuku olduğu halde, Kulu Asliye Hukuk

başka mahkemenin delil tespiti yapması anılan delil tespitinin yetkisiz ve görevsiz mahkemede yapıldığı anlamına gelir. Görevli ve yetkili olmayan bir mahkeme tarafından yapılmış olan delil tespiti sonucunda elde edilen deliller hükme esas alınamaz¹³⁵. Davaya bakan mahkeme dışındaki bir mahkemede yapılmış olan delil tespitinin hiçbir şekilde hükme esas alınmamasından ziyade hakimin delil tespitini serbestçe takdir etmesinin doğru olacağı¹³⁶ ve delilin tespit edilme imkanının ortadan kalktığı ya da o delilin tespitinin yapılması artık mümkün değil ise görevsiz ve yetkisiz mahkeme tarafından yapılan tespit sonucu elde edilen delilin görevli ve yetkili mahkeme tarafından dikkate alınabilmesi ve değerlendirilebilmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür¹³⁷.

1.4.3. Delil Tespiti Talebi

Delil tespiti yazılı olarak mahkemeye verilecek olan bir dilekçe ile yapılır. Kanun koyucu HMK m. 402/1’de yer alan “*Delil tespiti talebi dilekçeyle yapılır.*” şeklindeki ifade ile delil tespit taleplerinin dilekçe ile yapılacağını açıkça hüküm altına almıştır. Delil tespit dilekçesi kural olarak üç nüsha verilir ve bir nüshası mahkemede kalır, diğer nüshası karşı tarafa gönderilir, üçüncü nüshası da varsa bilirkişiye verilir¹³⁸. HMK m. 402/1’deki düzenleme ile delil tespiti talebinin yazılı olarak yapılacağı dolayısıyla sözlü olarak delil tespiti talebinde bulunulamayacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte doktrinde esas dava açılmadan önce yapılacak olan delil tespiti taleplerinin muhakkak yazılı olarak yapılması, sözlü olarak yapılan delil tespiti taleplerinin reddedilmesi gerektiği ileri sürülmüş olup, esas davanın görüldüğü esnada delil tespiti talebinin duruşma tutanağına geçirilmesi durumunda da bu tespitin geçerli olması gerektiği ifade edilmiştir¹³⁹. Delil tespiti talebinin esas dava ile birlikte istenmesi durumunda ayrı bir dilekçe vermeye gerek yoktur; dava dilekçesi içeriğinde delil tespiti talebine yer verilmesi yeterlidir. Delil tespiti talebinin esas davayla birlikte

Mahkemesi'nin 2010/57 değişik iş dosyasında yapılan tespitite daha fazla çalışması olduğu anlaşıldığından anılan alacağına hükmedilmiştir. Açılmış ve sürmekte olan bir dava varken davacı taraf Kulu Asliye Hukuk Mahkemesine verdiği dilekçeyle 8.12.2010 tarihinde işyerinde tespit yaptırıp bilirkişi raporu aldırıştır. Anılan söz konusu tespit HUMK.nun 370. maddesi uyarınca delil olarak hükme esas alınabilecek nitelikte değildir. Zira devam eden bir dava varken ayrıca bir başka mahkemenin delil tespitine gitmesi yetkisiz ve görevsiz mahkemeye yapılmış bir işlem olup delil niteliğini haiz değildir. Bu sebeple bilirkişi raporundaki tespitlerin doğru veya yanlış olduğu hususuna girilmeden davacının imzasını taşıyan ve ihtirazi kayıt bulunmayan ücret bordrolarına itibar edilerek fazla çalışma ücreti alacağının reddi gerekirken kabulü isabetsizdir...” Yargıtay 9. HD., 5.7.2012 T., 2011/13423 E., 2012/26545 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası) (08.09.2018).

¹³⁵ KURU, Cilt 4, s. 4435.; AKYOL ASLAN, s. 82.

¹³⁶ UMAR, s. 1171-1172.

¹³⁷ AKYOL ASLAN, s. 82.

¹³⁸ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 578.; KARAHACIOĞLU/PARLAR, s. 1623.; POSTACIOĞLU, s. 499.

¹³⁹ YILMAZ, Cilt 2, s. 1354.

istendiği durumlarda dilekçenin sağ üst köşesine “Delillerin Tespiti Taleplidir” şeklinde bir ifade eklenmesi uygun olacaktır¹⁴⁰. Uygulamada mahkemeden dilekçe ile geçici hukuki himaye tedbiri talep edildiği takdirde dilekçelerin sağ üst köşesine dikkat çekecek şekilde “İhtiyati Tedbir Taleplidir” ya da “İhtiyati Haciz Taleplidir” şeklinde ifadelere yer verildiği görülmektedir. Dava dilekçesi ile hem esas hakkında dava açıp hem de delil tespiti talebinde bulunan taraftan hem delil tespiti talebi hem de açtığı dava için ayrı ayrı başvurma ve karar harcı alınmaz¹⁴¹. Talepte bulunan kimseden yalnızca bir kez başvurma harcı ve karar harcı alınacaksa da delil tespiti talebinde bulunan kişi belirlenen tespit giderlerini avans olarak ödemedikçe sonraki işlemler yapılamayacaktır.

Delil tespit dilekçesinin kaç adet hazırlanacağı HUMK’da açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen¹⁴² HMK’nın delil tespitinin düzenlendiği maddelerinde bu konuda açık bir hüküm yer almamaktadır. HMK m. 121 kapsamında delil tespiti talepli dilekçenin taraf sayısından bir fazla olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra delil tespitinin mahkeme tarafından kabulü halinde dosyanın bilirkişiye tevdi edileceği¹⁴³ göz önüne alındığında dilekçenin bir sureti de bilirkişiye verileceğinden delil tespiti talebine ilişkin dilekçenin üç¹⁴⁴ suret olarak dosyaya sunulması gerekmektedir.

Delil tespiti talebinin içeriği HMK m. 402/1’de belirlenmiştir. Buna göre, dilekçede tespiti istenen vakıa, tanıklara veya bilirkişilere sorulması istenen sorular, delillerin kaybolacağı veya gösterilmesinde zorlukla karşılaşılabilecek kuşkusunu uyandıran sebepler ile aleyhine delil tespiti istenen kişinin ad, soyad ve adresi yer almalıdır. Delil tespiti bir dava olmasa da HMK m. 119’da yer verilen dilekçe içeriğinin delil tespiti talepli dilekçede dikkate alınması gerekmektedir. Ayrıca dava ikame edilmeden önce yapılacak delil tespiti taleplerinde ileride açılacak olan dava dilekçede somut olarak belirtilmelidir¹⁴⁵. Dilekçenin mahkeme tarafından kabule şayan bulunabilmesi için delil tespiti talep eden tarafın bu talebinde haklı olduğuna dair mahkemeye kanaat getirecek bilgi ve açıklamalara dilekçede yer vermesi,

¹⁴⁰ YILMAZ, Cilt 2, s. 1361.

¹⁴¹ KURU, Cilt 4, s. 4440.

¹⁴² HUMK m. 371; “Delillerin tesbiti, ispat olunacak vaka ile şahitlere ve ehlihibreye sorulacak sualleri muhtevi ve üç nüshadan ibaret, arzuhal ile talep olunur. Arzuhal mahkemeye şayanı kabul görülürse delillerin tesbiti için bir gün tayin edilir.” şeklindedir.

¹⁴³ HMK m. 402’de delil tespiti talepli dilekçede bilirkişilere sorulması istenen sorulara da yer verilmesi gerektiği belirtildiğinden dilekçenin bir suretinin bilirkişiye verileceği göz önünde bulundurularak dilekçe sayısı tespit edilmelidir.

¹⁴⁴ Delil tespiti dilekçesinde karşı taraf olarak birden fazla kişinin belirtilmesi durumunda bu sayının değişeceği unutulmamalıdır.

¹⁴⁵ KURU, Usul, s. 651.

delilleri göstermesi gerekir¹⁴⁶. Dolayısıyla delil tespiti dilekçesinde aşağıda yer verilen unsurlar bulunmalıdır:

1.4.3.1. Mahkemenin Adı

Yukarıda detaylıca izah edildiği üzere delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme dikkate alınmak suretiyle delil tespiti dilekçesinde mahkemenin adına yer verilmelidir. Böylece dosya ilgili mahkemesine tevdi edilecek ve o mahkeme tarafından inceleme yapılarak karar alınacaktır.

1.4.3.2. Talepte Bulunanın Adı Soyadı ve Adresi

Mahkemeden delil tespiti talep eden kişi dilekçesinde adını, soyadını, adresini ve Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını yazmalıdır. Ayrıca delil tespiti talebinde bulunan kimse varsa kanuni temsilcisi ve vekil ile yapılan taleplerde vekilinin adı, soyadı ve adreslerini de dilekçede belirtmelidir. Delil tespiti kapsamında taraflara tebligat yapılabilmesi için dilekçede adreslerin belirtilmesi önemlidir. Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasına dilekçede yer verilmez ise mahkeme delil tespiti talebinde bulunan kimseye bu eksikliğin giderilmesi için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içerisinde eksikliğin giderilmemesi ve dilekçenin diğer unsurlar yönünden de eksik olması durumunda mahkeme tarafından delil tespiti reddedilecektir.

1.4.3.3. Aleyhine Delil Tespiti İstenen Kişinin Adı, Soyadı ve Adresi

HMK'nın 402/1'inci maddesinde karşı tarafın ad, soyad ve adresine delil tespiti dilekçesinde yer verilmesi gerektiği açık bir şekilde belirtilmiştir. Karşı tarafın adı, soyadı ve adresinin belirtilmediği durumlarda delil tespiti talebi reddedilir. Ancak istisnai olarak durum ve koşulların el vermemesi nedeniyle karşı taraf gösterilemiyor ise delil tespit talebi geçerli kabul edilir¹⁴⁷. HMK m. 402/1'de, *tespit talebinde bulunan, durum ve koşulların imkan*

¹⁴⁶ MUŞUL, s. 627.

¹⁴⁷ HUMK döneminde delil tespiti talebinde bulunacak olan kimsenin karşı tarafı kendi kusuru olmaksızın gösteremediği durumlarda dilekçenin reddedilmemesi gerektiği, HUMK'da bu konuda boşluk bulunduğu, bu boşluğun Alman Usul Kanunu'ndaki düzenlemeye paralel olarak doldurulması gerektiği ileri sürülmüştür. Alman Usul Kanunu m. 494/1 göre, karşı tarafın gösterilmemiş olması delil ileri sürenin kusuru olmaksızın gerçekleşmişse karşı tarafın kaçmış olması örneğinde olduğu gibi ve bu durum delil ileri süren tarafından inanılır derecede ispat edilmişse, dilekçe geçerli hale gelebilecektir. Ancak bu durumda delil tespiti talebinde bulunan kimsenin karşı tarafın gösterilmemesinde kusuru bulunmadığını yaklaşık olarak ispat etmesi gerekir. AKİL, s. 25.; YAVAŞ, s. 94.; Sabri Şakir ANSAY, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 58.

vermemesi nedeniyle, *aleyhine tespit yapılacak kişiyi gösteremiyorsa talebi geçerli sayılır*¹⁴⁸ denilmek suretiyle bu durum açıkça hüküm altına alınmıştır. Durum ve koşulların imkan vermemesi nedeniyle delil tespiti talebinde karşı taraf gösterilemiyor ise durum ve koşulların imkan vermediği, hangi sebeple karşı tarafın gösterilemediği delil tespiti talebinde somut olarak ortaya koyulmalıdır. Yine karşı tarafa tebligat yapılması gerektiğinden karşı tarafın adresinin dilekçede belirtilmesi hukuki dinlenilme hakkının kullanılması açısından önem arz eder¹⁴⁹.

1.4.3.4. Tespiti Talep Edilen Vakıa Tanıklara ve Bilirkişilere Sorulması İstenen Sorular

HMK m. 402 kapsamında *“tespiti istenen vakıa, tanıklara ve bilirkişilere sorulması istenen sorular”* delil tespiti dilekçesinde yer almalıdır. Delil tespiti talebi üzerine mahkeme tarafından söz konusu talebin kabule şayan olup olmadığı inceleneceğinden mahkemenin bu incelemeyi yapabilmesi ve talep hakkında olumlu/olumsuz bir karar verebilmesi açısından bu bilgilerin dilekçede mevcut olması gerekir¹⁵⁰. Delil tespiti ile tanıkların dinlenilmesi talep edilmiş ise tanıklara sorulması istenen soruların, bilirkişi incelemesi talep edilmiş ise bilirkişilerin cevaplamasını istediği soruların delil tespiti ile amaçlanan faydanın elde edilebilmesi için dilekçede açık ve net bir şekilde belirtilmesi gerekir.

1.4.3.5. Delillerin Kaybolması veya Gösterilmesinde Zorlukla Karşılaşılacağı Kuşkusunu Uyandıran Sebepler

HMK m. 400/2 uyarınca delil tespiti istenebilmesi için hukuki yararın varlığı gerekir. Kanunda açıkça öngörülen haller dışında delilin hemen tespit edilmemesi halinde kaybolacağı ya da önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dahilinde bulunuyorsa hukuki yararın varlığı kabul edilir. Delil tespiti talebinde bulunan kimsenin delillerin kaybolması veya gösterilmesinde zorlukla karşılaşılacağı kuşkusunu uyandıran sebepleri dilekçesinde belirtmesi gerekir ki

¹⁴⁸ HUMK’da yer alamayan bu düzenlemenin HMK’da yer alması doktrinde delil tespiti talep eden kimsenin menfaatlerinin ve ispat hakkının korunması açısından oldukça yerinde bulunmuştur. Nitekim bazı durumlarda olayın meydana geliş şekline göre karşı taraf tespit edilemeyebilir ve karşı taraf tespit edilinceye kadar geçecek sürede delillerin kaybolma ihtimali bulunduğundan, delil tespiti talebinde bulunan taraf karşı tarafın tespit edilememesi konusunda kusuru bulunmadığını yaklaşık olarak ispat ederse, mahkemece delil tespiti yapılacaktır. AKYOL ASLAN, s. 85.

¹⁴⁹ HMK m. 402/3; *“Tespit haklı bulunursa karar, dilekçeyle birlikte karşı tarafa tebliğ edilir. Kararda ayrıca, delil tespitinin nasıl ve ne zaman yapılacağı, tespitinin icrası esnasında karşı tarafın da hazır bulunabileceği, varsa itiraz ve ilave soruların bir hafta içinde bildirilmesi gerektiği belirtilir.”* şeklindedir.

¹⁵⁰ AKYOL ASLAN, s. 85.

hukuki yararın varlığı¹⁵¹ konusunda mahkemede bir kanaat uyandırır. Bunun yanı sıra delil tespiti talebinde bulunan kimsenin dilekçesinde hangi hukuki koruma tedbirinden yararlanmak istediği de belirtilmelidir. Talep dilekçesinde delil tespiti talep edildiği açık bir şekilde yazılmalıdır. Talep sonucu açık değil ise hakim delil tespit talebini reddedebilir. Bunun yanı sıra talep sonucu dışındaki kısımlardan neyin talep edildiği yorum yolu ile anlaşılabilirse hakim talebi reddetmemeli talepte bulunan tarafa bunu açıklamalıdır¹⁵².

Yukarıda yer verilen tüm hususlar delil tespiti talebinde açık bir şekilde yer almalıdır. Nitekim delil tespiti talebinin incelenmesi için öncelikle usulüne uygun olarak yapılmış bir talebin varlığı gerekir¹⁵³.

Delil tespiti bir dava olmadığından delil tespiti dilekçesinin ıslah edilmesi mümkün değildir. HMK'nın ilgili hükümleri uyarınca taraflardan her biri yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebilir. Ancak delil tespiti ayrı bir dava olmadığından ıslah edilemez veya ıslah yolu ile davaya dönüştürülemez¹⁵⁴. Aynı şekilde bir dava dilekçesinin de ıslah yolu ile delil tespitine çevrilmesi mümkün değildir¹⁵⁵.

1.4.4. Delil Tespiti Talebinin İncelenmesi ve Verilecek Olan Kararlar

Değişik iş defterine kaydedilecek olan delil tespiti dilekçesi görevli ve yetkili mahkemeye verilecek ve bu mahkeme tarafından incelenecektir. Delil tespiti talebinin incelenmesi için geçerli bir talebin bulunması gerekir. Geçerli bir talebin varlığından söz edebilmek için bu talep dilekçe ile yapılmalı ve dilekçe HMK'da aranan unsurları içermelidir.

Delil tespiti talebi basit yargılama usulü kapsamında incelenir¹⁵⁶. Mahkeme delil tespiti üzerine öncelikle delil tespiti şartlarının bulunup bulunmadığını inceleyecektir.

¹⁵¹ Bkz. Yuk. s. 15.

¹⁵² YAVAŞ, s. 97.; Aksi görüşte olan AKYOL ASLAN'a göre, talebin yanlış bir şekilde belirtilmesi talebin niteliğini ve geçerliliğini olumsuz yönde etkilememelidir. Hakim istem ile bağlı olmayıp hukuki nitelendirme ile bağlı olduğundan dilekçe içeriğinde delil tespiti yerine tespit davası ifadesi kullanılması durumunda dahi talep delil tespiti olarak kabul edilmelidir. AKYOL ASLAN, s. 85-86.; Yargıtay tarafından verilen bir kararda mahkemenin hukuki nitelendirme ile bağlı olmayacağı hüküm altına alınmıştır: "...Somut olayda, dava tespit davası şeklinde açılmış, mahkemece değişik işler esasına kaydedilerek delil tespiti şeklinde değerlendirilmiştir. Ancak mahkeme yanılğı ile yapılan bu hukuki nitelendirme bağlayıcı olmayıp talebin tespit davası olarak değerlendirilmesi gerektiği anlaşıldığından verilen karara karşı temyiz yolu açıktır..." Yargıtay 22. HD. 28.08.2015 T., 2015/32994 E., 2015/33865 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

¹⁵³ AKYOL ASLAN, s. 83.

¹⁵⁴ KURU, Usul, s. 649.

¹⁵⁵ KURU, Cilt 4, s. 4428.

¹⁵⁶ HMK m. 316/1 (c) : "(1) Basit yargılama usulü, kanunda açıkça belirlenenler dışında, aşağıdaki durumlarda uygulanır:

Dolayısıyla talepte bulunan talebini haklı kılan delilleri dilekçesinde göstermeli ve böylece talep açısından haklılığı konusunda mahkemede bir kanaat uyandırmalıdır¹⁵⁷. Delil tespiti talebinde ispat ölçüsü tam ispat olmayıp, yaklaşık ispattır. Kural olarak ispat yükü ve ispat araçlarında herhangi bir değişiklik olmamakla birlikte delil tespitinde ispat ölçüsü düşürülmüştür¹⁵⁸. Yani yaşanmış olayların özelliği ve genel hayat tecrübelerine göre gösterilen gerekçelerle delil tespitine karar verilebileceği konusunda hakimde bir kanaat uyanmışsa, ispat külfeti yerine getirilmiş sayılır¹⁵⁹. Mahkeme tarafından delil tespiti şartlarının gerçekleştiğine kanaat getirilmesi/bu şartların gerçekleştiğinin kuvvetle muhtemel görülmesi yeterlidir¹⁶⁰. Delil tespiti, zor uygulanarak bir hakkın geçici olarak düzenlenmesi, teminat altına alınması veya ifası amacına yönelik olmadığından delil tespitinin teminat karşılığı verilmesi söz konusu değildir¹⁶¹.

Delil tespiti talepleri genellikle dosya üzerinden bir diğer deyişle duruşmasız olarak incelenir. HMK m. 27 uyarınca, *davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptir*. İddia ve savunmanın daha iyi kullanılması adına incelemenin duruşmalı olarak yapılması daha doğru ise de mahiyeti itibarıyla acele karar verilmesi gereken hallerde duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden karar verilmektedir¹⁶². Bununla birlikte delil tespiti talebinin incelenmesinin duruşmalı olarak yapılmasına hukukumuzda herhangi bir engel bulunmamaktadır¹⁶³. Delil tespiti için gerekli şartların oluşup oluşmadığı konusunda mahkeme tarafından yapılacak inceleme bakımından talebin duruşmalı olarak incelenmesi faydalı olur¹⁶⁴.

Duruşmalı veya duruşmasız olarak yapılacak olan inceleme neticesinde mahkeme tarafından delil tespitinin kabulü veya reddi yönünde karar tesis edilir. Mahkeme delil tespiti şartlarının varlığına kanaat getirirse delil tespiti yapılmasına karar verir. Delil tespit kararı ile mahkeme tarafından delil tespitinin kabule şayan bulunduğu belirtilmek suretiyle delilin

(c) *İhtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti gibi geçici hukuki koruma talepleri ile deniz raporlarının alınması, dispeççi atanması talepleri ve bunlara karşı yapılacak olan itirazlar.*” şeklindedir.

¹⁵⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 577.; KURU s. 651.;

¹⁵⁸ AKİL, s. 30.

¹⁵⁹ AKYOL ASLAN, s. 91.

¹⁶⁰ KURU, Usul, s. 652.; MUŞUL, s. 627.; KILIÇ, s. 2957.

¹⁶¹ Müjgan TUNÇ YÜCEL, HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Ankara 2013, s. 29.

¹⁶² YAVAŞ, s. 99.

¹⁶³ KURU, Cilt 4, s. 4442.; AKİL, s. 29.

¹⁶⁴ AKYOL ASLAN, s. 90.

tespitine karar verilerek yapılacak olan delil tespit işlemleri belirlenir¹⁶⁵. Delil tespiti kararı, dilekçeyle birlikte karşı tarafa tebliğ edilir¹⁶⁶. 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 belirtilir.

Delil tespitine ilişkin işlemler adli tatilde yapılabilir. HMK m. 103/1 (a)'da yer alan düzenlemeye göre, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delillerin tespiti gibi geçici hukuki korumalar hakkında adli tatilde karar verilebilir. Bunun yanı sıra, resmi tatil günlerinde de delil tespiti yapılabilecektir¹⁶⁷.

Delil tespiti üzerine verilecek olan karar nihai karar olmayıp, ara karar niteliğindedir ve bu nedenle söz konusu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulamaz¹⁶⁸. Nihai kararlar hakimin davadan elini çekmesi sonucunu doğururken ara kararlar yargılamaya son vermeyen, yargılamayı ilerletmeye yarayan kararlardır. Mahkeme nihai kararlardan dönemez ancak taraflardan biri lehine usuli kazanılmış hak doğmadıkça kural olarak ara kararlardan dönebilir¹⁶⁹. Delil tespitinin kabul veya reddedilmesi durumunda mahkeme dosyadan el çekmez. Talebi haklı görür ise buna uygun olarak deliller tespit edilir, talebi yerinde görmez ise talebin reddine karar verir. Görülmekte olan bir davada delil tespiti talep edilmesi durumunda hakim delil tespiti şartlarının mevcut olduğuna kanaat getirir veya aksi yönde ara karar tesis eder ise, dava hakkındaki hükmünü peşinen açıklamaktan kaçınmalıdır¹⁷⁰. Nitekim HMK m. 36/1 (b) uyarınca, davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği halde görüşünü açıklamış olması hakimin reddi sebebidir.

¹⁶⁵ KARAHACIOĞLU/PARLAR, s. 1623.

¹⁶⁶ Acele hallerde yapılacak tespit düzenlendiği HMK m. 403 uyarınca talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hallerde, karşı tarafa tebligat yapılmaksızın delil tespiti yapılabilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Aşa. s. 41.

¹⁶⁷ HMK m. 148/1; "Mahkemeler, resmi çalışma gün ve saatlerinde görev yaparlar. Ancak zorunluluk veya gecikmesinde zarar olan hallerde, keşif delillerin tespiti ve günlük duruşma listesinde yazılı işler gibi işlemlerin, resmi tatil günlerinde veya çalışma saatleri dışında da yapılmasına karar verilebilir." şeklindedir.

¹⁶⁸ KURU, Usul, s. 652.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 578.; "...Delillerin tespiti, 6100 sayılı HMK'nın 400 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup, ilerde açılacak veya açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin bazı şartlar altında zamanından önce toplanıp emniyet altına alınmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiş geçici hukuki koruma tedbirinin bir türüdür. Delillerin tespiti yargılama sürecini içermediğinden ve bu konuda verilecek karar nihai karar niteliğinde bulunmadığından temyizi kabil karar değildir..." Yargıtay 17. HD., 23.5.2017 T., 2016/12497 E., 2017/5833 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası) (17.09.2018).; Yargıtay 14. HD., 6.12.2012 T., 2012/12646 E., 2012/14217 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası) (15.12.2018).; Delil tespitinin bir dava olmadığı ve bu nedenle bu tür talepler aleyhine temyiz kanun yoluna başvurulmayacağı belirtilmiştir. YILMAZ, Cilt 2, s. 1365.

¹⁶⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Temel Bilgiler, s. 96.; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 1, s. 1972.

¹⁷⁰ KURU, Cilt 4, s. 4442.

Delil tespiti talebi üzerine yapılan inceleme sonucunda mahkeme delil tespiti için gerekli şartların varlığına kanaat getirir, yani talebi haklı bulursa, delil tespiti talebinin kabulüne karar verir. Mahkeme tarafından verilen bu karar dilekçe ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilir. Mahkeme tarafından verilen kararda tespit yapılacağı yer, gün ve saat, karşı tarafın tespit icrasında hazır bulunabileceği ve delil tespiti kararına itiraz edilebileceği belirtilmelidir. Delil tespiti talebi ile hangi delilin tespiti istenmişse mahkeme o delile ilişkin hükümlere göre delil tespiti yapar. HMK m. 404 uyarınca, *tespiti istenen vakianın hangi delille tespit edileceğine karar verilmişse, bu kararın yerine getirilmesinde o delilin toplanmasına ilişkin hükümler uygulanır*. Böylece tespiti istenen vakianın hangi delil ile tespit edileceği dilekçede belirtilmelidir. Nitekim her delil kendi hükümlerine uygun olarak incelenecek ve buna göre tespit yapılacaktır¹⁷¹. Bu durumda keşfe katlanma zorunluluğu delil tespiti icra edilirken de uygulama alanı bulur ve ispat yükü üzerinde olmayan taraf, keşif yapılmasına engel olur ise iddia edilen vakiya kabul etmiş sayılır¹⁷².

Yargıtay tarafından verilen bir kararda delil tespiti ile mahkemenin gerekirse tarafları dinlemesi, keşif ve bilirkişi incelemesi yaptıktan sonra alınan raporu muhafaza ederek tespit işlemini sonuçlandırması gerektiği belirtilmiş ve delil tespiti sonucunda eda davası şeklinde taraflara hak tanıyacak veya onları borçlandıracak şekilde hüküm kurulmaması ve kesin hüküm teşkil edecek nitelikte tespit edilen delillerin karar bölümünde gösterilmesine gerek olmadığı açıklanmıştır. Anılan kararın devamında mahkemece yalnızca tespit yapıldığına karar vermekle yetinilmesi gerektiği, eda hükmünü içerir ve kesin hüküm oluşturacak şekilde kusur ve zarar miktarının tespit edilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir¹⁷³.

Mahkeme delil tespiti şartlarının bulunmadığına karar verir, delil tespiti talebini yerinde bulmazsa delil tespiti talebinin reddine karar verir. Ancak şartların değişmesi durumunda yeniden delil tespiti talebinde bulunmak mümkündür.

¹⁷¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 578.; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 3, s. 2570.; KARAHACIOĞLU/PARLAR, s. 1626.;

¹⁷² PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 3, s. 2571.

¹⁷³ Yargıtay 15. HD., 4.12.2012 T., 2012/4138 E., 2012/7628 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (15.12.2018).

Delil tespiti kararı verilirken karşı tarafa hukuki dinlenilme hakkı tanınmalıdır. Delil tespiti kararı vermeden önce mahkemenin karşı tarafı dinlememiş olması durumunda delil tespiti kararından sonra dahi karşı tarafın dinleneceği kabul edilmektedir¹⁷⁴.

1.4.5. Verilen Karara Karşı Başvurulacak Hukuki Yollar

Delil tespiti talebinin HMK'da aranan şartları taşıması, talebin mahkeme tarafından hukuka uygun görülmesi durumunda, delil tespiti yapılmasına karar verilir. Bu karar üzerine kararda belirtilen gün ve saatte delillerin tespiti işlemi yapılır. Delil tespiti kararı ile ileride yapılacak olan delil tespiti işlemi hüküm altına alınmaktadır. Delil tespiti kararı ile delil tespiti işlemi birbirinden farklıdır. Dolayısıyla delil tespiti kararına itiraz ile delil tespiti işlemine itiraz tamamen farklı kurumlardır.

Mahkeme tarafından delil tespiti talebinin haklı görülmesi üzerine verilen delil tespiti kararı nihai karar olmayıp, ara karardır. Bu nedenle söz konusu karara karşı tek başına kanun yoluna başvurulması mümkün değildir¹⁷⁵. Ancak karşı taraf gerekli şartların oluşmadığı gerekçesi ile delil tespiti kararına itiraz edebilir. HMK m. 402/3 uyarınca, tespiti talebi haklı bulunursa karar, dilekçeyle birlikte karşı tarafa tebliğ edilir. Kararda ayrıca, delil tespitinin nasıl ve ne zaman yapılacağı, tespitinin icrası esnasında karşı tarafın da hazır bulunabileceği, varsa itiraz ve ilave soruların bir hafta içinde bildirilmesi gerektiği belirtilir. Karşı tarafın HMK m. 402/3 uyarınca yapmış olduğu itirazlar delil tespiti kararını veren mahkeme

¹⁷⁴ AKİL s. 31'den naklen: BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, s. 1290.

¹⁷⁵ KURU, Cilt 4, s. 4445.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 577.; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 2, s. 2569.; HMK m. 345'in Hükümet Gerekçesinde de delil tespiti kararlarına karşı kanun yoluna başvurulamayacağı belirtilmiştir: "...1086 sayılı Kanuna 26/9/2914 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla eklenen 426/A maddesi gerekçesi ile birlikte aynen benimsenmiştir. İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz hakkındaki kararlara karşı da hükümde belirtilen hallerde istinaf yolu açılmıştır. Özellikle uygulamada geçici hukuki korumaların gittikçe önem kazanması, ilk derece mahkemelerince bu konularda verilen farklı kararların önüne geçilmesi, gerek maddi, gerekse hukuki yanlışlıkların düzeltilebilmesi amacıyla böyle bir hükme yer verilmiştir. Bu yapılırken tüm geçici hukuki koruma kararları değil, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz bakımından istinaf denetimi kabul edilmiş, bunların dışında kalan delil tespiti, defter tutulması ve mühürleme yapılması gibi geçici hukuki korumalar için bu imkan tanınmamıştır..."; Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da delil tespit taleplerine karşı tek başına kanun yoluna başvurulamayacağı hüküm altına alınmıştır: "...Somut olaya gelince; delil tespiti isteyen vekili, ... adresinde kurulu ... tatil köyünde devrecilerin sahip olduğu mevcut tip ve dönemlere göre, ... yılında fiilen gerçekleşen ve kesinleşen Devre Servis ücreti gider kalemlerinin ve miktarlarının tespit edilerek ... yılı devre servis bedeli miktarının tespitini, devre servis ücreti kapsamında talep edilen zorunlu ve faydalı bakım onarım ve yenilemelerden doğan giderlerin devrecilerin tip ve dönemlerine isabet eden miktarlarının HMK. maddeleri gereğince mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yolu ile müvekkilinin ticari defter ve kayıtlarının incelenmesi sureti ile tespitini talep ettiğinden, talep, delillerin tespitine ilişkin olup, mahkemece verilen karara karşı HMK'nun maddesi gereğince istinaf kanun yoluna başvurulamayacağından tespit isteye vekilinin başvurusunun usulden reddine ve peşin alınan istinaf harcının istek halinde istinaf edene iadesine karar verilerek mahkemece verilen karara karşı HMK'nun maddesi uyarınca, istinaf kanun yoluna başvurulamayacağından tespit isteyen vekilinin istinaf başvurusunun usulden reddine karar verilmiştir..." (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (08.10.2018).

tarafından incelenir ve karara bağlanır. Karşı tarafın itiraz süresi bu madde ile 1 (bir) hafta olacak şekilde belirlenmiştir.

Delil tespiti kararı yerine getirildikten sonra hem delil tespiti kararına hem de delil tespiti işlemine itiraz edilebilir¹⁷⁶. Gerek karşı tarafın huzurunda gerek karşı tarafın yokluğunda yapılacak olan delil tespitine itiraz süresi bir haftadır. Nitekim acele hallerde yapılacak olan delil tespitinde HMK m. 403 uyarınca tespit yapıldıktan sonra, tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği mahkemece kendiliğinden diğer tarafa tebliğ¹⁷⁷ olunur. Karşı taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde anılan delil tespiti kararına itiraz edebilir.

Delil tespiti kararı verilirken her iki taraf da hazır bulunur ise sonrasında bu karara karşı itiraz yoluna başvurulamaz. Nitekim bu durumda taraflar tüm iddia ve savunmalarını o anda ileri sürme imkanına sahiptir¹⁷⁸.

Mahkeme tarafından delil tespiti talebinin reddine karar verilmesi durumunda bu karara karşı gidilebilecek herhangi bir hukuki yol bulunmamaktadır. Delil tespiti talebinin reddi ara karar niteliğinde olup nihai kararın varlığı söz konusu olmadığından bu karara karşı tek başına kanun yoluna başvurulamaz. Uygulamada mahkemeler genellikle iş yükünün fazla olması nedeniyle koşullar mevcut bulunmasına rağmen delil tespiti taleplerinin reddine karar verilebilmektedir. Davanın seyri bakımından önem arz eden delillerin kaybolmasının/ileri sürülmesinin önemli ölçüde güçleşmesinin önüne geçebilmek adına, delil tespiti taleplerinin yasal olmayan gerekçelerle ve haksız olarak reddedilmesi halinde bu ret kararlarına karşı kanun yolunun sağlanması ve kanundaki yasal boşluğun giderilmesi gerektiği doktrinde haklı olarak ileri sürülmüştür¹⁷⁹. Bununla birlikte; tespit talebinin reddi halinde ancak durum ve koşulların değiştiği belirtilerek yeniden delil tespiti talep edilebilir.

¹⁷⁶ KURU, Cilt 4, s. 4445.

¹⁷⁷ "...Öte yandan mahkemece hüküm altına alınan 27.600,00 TL alacağa tesbit bilirkişi raporunun davalıya tebliğ edildiği 18.8.2009 tarihinden itibaren faiz yürütülmesine karar verilmiştir. Tesbit bilirkişi raporunun karşı tarafa tebliği HMK'nın 403. maddesi hükmü gereğinden olup, borcun ödenmesi için ihtar yerine geçmez..." Yargıtay 15. HD. 14.4.2016 T., 2015/3620E., 2016/2313K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (17.09.2018).

¹⁷⁸ AKİL, s 33.

¹⁷⁹ AKYOL ASLAN, s. 94.

1.4.6. Acele Hallerde Delil Tespiti

Acele hallerde delil tespiti HMK m. 403'te düzenlenmiştir. HMK m. 403'e göre, *talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hallerde, karşı tarafa tebligat yapılmaksızın da delil tespiti yapılabilir. Tespitin yapılmasından sonra, tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği mahkemece kendiliğinden diğer tarafa tebliğ olunur. Karşı taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde delil tespiti kararına itiraz edebilir.* Acele hallerde delil tespiti karşı tarafın katılımı olmaksızın yapılan delil tespitidir. Acele hallerde delil tespiti usuli işlemler bakımından farklılık arz eder.

Kural olarak delil tespiti karşı tarafın katılımıyla yapılır. Nitekim HMK m. 402/3'e göre, tespit talebi haklı bulunursa karşı tarafa tebliğ edilir ve tespit talebinin ne zaman yapılacağı, tespitin icrasında karşı tarafın hazır bulunabileceği belirtilir. Karşı tarafa usulüne uygun olarak tebligat yapılmasına rağmen karşı taraf hazır bulunmazsa yokluğunda tespit yapılabilir ve davanın derdest olduğu durumlarda yapılan delil tespitlerinde karşı tarafın katılımı bulunmadığı gerekçesi ile dosya işleminden kaldırılmaz¹⁸⁰. Ancak acele hallerde yapılan delil tespiti karşı tarafa tebligat yapılmaksızın/karşı tarafın katılımı olmaksızın yapılan delil tespitidir. Örneğin delil tespiti ile keşif yapılmasına karar verilmiş ve karşı tarafın çekişmeli şeyin durumunu değiştirmesi ihtimal dahilinde ise ya da kırılan mağaza camının yaptırılması için karşı tarafa yapılacak olan tebligatın uzun süre beklenemeyeceği durumlarında olduğu gibi tespit edilecek şeyin uzun süre olduğu gibi bekletilmesi mümkün bulunmuyorsa karşı tarafın yokluğunda delil tespiti yapılabilir¹⁸¹. Karşı tarafın dinlenilmemesi kural değil bir istisna olduğu için bu şekilde karar verilmesi durumunda mahkeme tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneğini karşı tarafa tebliğ eder. Dolayısıyla karşı taraf dinlenilmeksizin delil tespiti yapılması kural değil bir istisnadır¹⁸². Bu durum gerçek anlamda bir istisna olmayıp, karşı tarafın dinlenmesinin sonraya bırakılmasıdır¹⁸³.

Delil tespiti özü itibariyle gecikmesinde sakınca bulunan haller için öngörölmüş olan bir kurumdur. Acele hallerde delil tespiti ise talep sahibinin haklarının korunması bakımından

¹⁸⁰ PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 3, s. 2570.

¹⁸¹ KURU, Usul, s. 652, dn. 8.

¹⁸² KURU, Cilt 4, s. 4448.

¹⁸³ AKİL, s. 38.

önem arz eden ve daha çabuk bir şekilde çözüme kavuşturulması gereken hususlar için söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla burada karşı tarafa tebligat yapılabilmesi için geçen süre zarfında talepte bulunanın hak kaybına uğraması kanun koyucu tarafından önlenmiştir. Talep sahibinin haklarının korunması için karşı tarafa tebligat yapılmaksızın delil tespiti yapılmasını kabul eden kanun koyucu karşı tarafın savunma hakkının kısıtlanmaması için tespit yapıldıktan sonra tespit dilekçesi, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneğinin karşı tarafa tebliğ edilmesini hüküm altına almış; karşı tarafa tespit tarihinden itibaren bir hafta içerisinde itiraz hakkı tanıyarak karşı tarafın savuna hakkının korunmasını sağlamıştır¹⁸⁴. Yargıtay tarafından karşı tarafa tebliğ edilmeyen delil tespitinde alınan raporun hükme esas alınması savunma hakkının kısıtlanması ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak nitelendirilmiş ve bozma sebebi olarak kabul edilmiştir¹⁸⁵. Delil tespitine karşı ileri sürülen itirazlar, tespiti yapan hakim tarafından incelenir¹⁸⁶. Bu itiraz üzerine mahkeme tarafından yapılan incelemede delil tespitine ilişkin karar yeniden değerlendirilmeli ve gerekli ise yeniden delil tespiti yapılmalıdır. Anılan itiraz üzerine yapılan inceleme ile delil tespiti prosedürü tamamlanmış olur¹⁸⁷. Uygulamada delil tespitine ilişkin tutanak karşı tarafa tebliğ edilerek delil tespiti tamamlanmış sayılmakta ve karşı tarafın bu konudaki itirazlarının asıl davanın açıldığı mahkemede değerlendirilmesi gerektiği hüküm altına alınmaktadır¹⁸⁸. Uygulamadaki bu durum nedeniyle karşı taraf delil tespitine itiraz etmekten ziyade o da başka bir mahkemeden delil tespiti yaptırmaktadır. Bu durum birbirinden farklı ve çelişkili raporların ortaya çıkmasına sebebiyet verdiği için delil tespiti ile amaçlanan sonuç elde edilememektedir¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Yargıtay tarafından verilen bir kararda HMK m. 403'e göre talep edenin haklarının korunması bakımından zorunluluk arz eden bir durumun varlığının söz konusu olmadığı hallerde karşı tarafa tebligat yapılmaksızın icra edilen delil tespitinin savunma hakkını kısıtladığı ifade edilmiştir: "...Mahkemece, hükme esas alınan tesbit keşfine zaruret olmadığı, ivediliği gerektiren hiçbir neden gösterilmediği ve işin niteliği icabı da böyle bir ivediliğe gerek bulunmadığı halde HUMK'nun 372. maddesinin kesin hükmüne aykırı olarak davalılara tesbit dilekçesi ve tesbit günü bildirilmemiş; zararın gelişimini izlediği bildirilen bilirkişinin taşınmaza gideceği gün ve saatlerden dahi haberdar edilmemişlerdir. Mahkeme hükmünün temelini oluşturan bu tahkikat aşamalarında davalı tarafa hazır bulunma olanağının verilmemesi, savunma hakkını kısıtlamıştır..." Yargıtay HGK., 16.09.1991 T., 1992/417 E., 1992/417 K., (www.hukuki.net) (09.09.2018).

¹⁸⁵ Yargıtay 15. HD., 13.5.2015 T., 2014/4394 e., 2015/2504 K. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (28.12.2018).

¹⁸⁶ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 378.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 577.; KURU, Usul, s. 653.; YILMAZ, Cilt 2, s. 1369.

¹⁸⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 577.

¹⁸⁸ ÖZKAN, s. 826.

¹⁸⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 577.

İKİNCİ BÖLÜM

DELİL TESPİTİ KURUMUNUN FONKSİYONLARI

Delil tespit kurumunun birden çok fonksiyonu bulunmakta olup, bu hususu delil tespit kurumunun dava açılmadan önce ve dava açıldıktan sonraki fonksiyonları olmak üzere iki ana başlık altında incelemek doğru olur.

2.1.DELİL TESPİTİNİN DAVA AÇILMADAN ÖNCEKİ FONKSİYONLARI

2.1.1.Delillerin Önceden Tespit Edilmesini/Muhafaza Altına Alınmasını Sağlama Fonksiyonu

Dava konusu edilen bir hakkın gerçekten var olup olmadığı ancak maddi hukukun o hakkın doğumunu veya sona ermesini kendisine bağladığı vakıaların doğru olup olmadığının tespitiyle mümkün olur. Bu kapsamda bir yargılamada uygulanacak hukuk normunun unsur vakıalarını karşılayacak olan vakıaların vuku bulduğu ya da bulmadığı hususunda hakimde kanaat oluşturma faaliyetine ispat denir¹⁹⁰. İspatın konusunu, tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur. İspatın konusunu oluşturan vakıalar, dışa yansıyan harici vakıalar ve iç dünyaya ait olup da bu sebeple ancak fikren algılanabilen deruni vakıalar ile müsbet ve menfi vakılardır¹⁹¹. Maddi hukukta bir hakkın doğumu ve sona ermesi belli vakıaların varlığına bağlıdır¹⁹². Tecrübe kuralları ise, özellikle muhtevası belli olmayan kuralların uygulanmasında, delillerin takdirinde ve emarelerle ispatta önemli rol oynar¹⁹³. Hakimin esas hakkında hüküm vermesi davanın esası hakkında hakimin kanaat sahibi olmasıyla mümkün olur¹⁹⁴. Bir yargılamada hangi vakıaların çekişmeli olduğu tespit edildikten sonra bu vakıaların kimin tarafından ispat edileceği ispat yükü ile tespit olunur¹⁹⁵. Nitekim bir davada hakim hangi vakıaların ispat edilmesi gerektiğini tespit ettikten sonra bu vakıaları ispatla kimin yükümlü olduğunu tespit edecektir. İspat yükü kanunda özel bir düzenleme olmadıkça iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Bir davada ispat yükünün yerine getirilebilmesi için iddianın dayanağını oluşturan vakıaların somut bir biçimde ortaya

¹⁹⁰ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 293.

¹⁹¹ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 306.

¹⁹² KURU, Usul, s. 319.

¹⁹³ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 308.

¹⁹⁴ ALANGOYA/YILDIRIM-DEREN-YILDIRIM, s. 309.

¹⁹⁵ KURU, Usul, s. 320.

konulması gerekir. İleride kaybolma veya ileri sürülmesi önemli ölçüde güçleşecek olan deliller, delil tespit yolu ile inceleme sırası gelmeden önce elde edilebilecek ve taraflar da delil tespiti ile önceden tespit olunan vakıalar sayesinde kanunda öngörülen diğer koşulların da gerçekleşmesiyle birlikte ispat yükünü yerine getirebilecektir.

HMK m. 318 uyarınca, taraflar tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delilleri dilekçelerine eklemekle yükümlüdür. Bu durumda davacı ve davalı uyuşmazlığın çözümüne etkili olacak belgeleri, delilleri dava ve cevap dilekçesi ile mahkemeye sunmak durumundadır. Sonradan kaybolması veya ileri sürülmesi önemli ölçüde güçleşme ihtimali bulunan bir delilin delil tespiti yolu ile elde edilmesi HMK m. 318 uyarınca tarafların delilleri ikame etme konusundaki yükümlülüğüne de hizmet eder. Bunun yanı sıra bir dava mevcut delillerle aydınlatılacak olup, delil tespiti yapılmadığı takdirde delilin kaybolması ihtimal dahilinde ise derhal delil tespiti yapılmadığı için delilin yok olması durumunda o delile dayanacak olan taraf dava veya cevap dilekçesine bahsi geçen delili ekleyemeyeceğinden söz konusu delil olmaksızın dava sonuca bağlanacaktır. Böyle bir husus tarafların iddia ve savunmasını ispat aşamasında aleyhlerine bir durumun meydana gelmesine sebebiyet verdiği gibi medeni usul hukukunun amaçlarından biri olan maddi gerçeklik temelinde hakkın tanınmasına da engel teşkil eder. Ancak kaybolması ihtimal dahilinde olan delil, delil tespit yolu ile elde edildiğinde taraf iddia ve savunmasını bu delile dayandıracak ve mevcut deliller kapsamında yargılama sürecektir; bir diğer deyişle delil tespiti sayesinde elde edilen delil ile maddi gerçeğin daha sağlıklı bir şekilde ortaya çıkarılmasına imkan tanınarak sübjektif hakkın temini ile yargılama sonuçlandırılacaktır.

Taraflar etkin bir rol oynamak suretiyle ispata elverişli nitelikteki ispat aracı olan delilleri ileri süremezlerse hakim ileri sürülen vakıaları göz önünde bulundurmak suretiyle bir karar verecek ve bu durumda adli gerçek ile maddi gerçek birbirinden farklı olabilecektir¹⁹⁶. Medeni usul hukukunun en önemli amaçlarından biri gerçeklik temeline dayalı olarak hakkın temini olduğu için, delillerin ikame edilmesi ve bu suretle maddi gerçek ile adli gerçeğin aynı olması büyük bir önemi haizdir. Nitekim adli gerçek ile maddi gerçeğin birbiriyle aynı olacak şekilde ortaya çıkarılması delillerin tespit edilmesi ve yargılama sırasında ileri sürülmesine

¹⁹⁶ Serdar KALE/Salih KESER, “Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Özel Sayı, Yıl 2015, Cilt 21, S. 2, s. 701-726, s. 703.

bağlıdır. Dolayısıyla ileride kaybolacağından bahsedilen deliller önceden delil tespiti yolu ile elde edilecek ve yargılama sırasında ileri sürülerek maddi gerçeklik temelinde hakkın tanınması ve tespitine yardım edecektir.

Delil tespit kurumu ile taraflara görülmekte olan bir davada ya da sonradan ikame edilmesi planlanan bir davada ileri sürecekleri vakıanın tespiti amacıyla delil tespiti yapılmasını talep etme imkanı sağlanarak henüz inceleme sırası gelmemiş bir delilin elde edilmesine olanak tanınmış olur. Bu anlamda delil tespiti yargılamada kullanılacak olan delillerin önceden tespit edilmesini sağlayan bir tür geçici korumadır¹⁹⁷. Delil tespit kurumunun delillerin önceden elde edilmesini sağlama fonksiyonu ile birlikte taraflar iddia ve savunmalarını ispat açısından meydana gelebilecek olası tehlikelerden korunur.

Örneğin taraflardan biri ileride açılacak olan bir davada iddiasını tanık delili ile ispat edecek olabilir. Ancak dinlenilmesi talep olunacak tanığın hasta olduğu durumlarda mahkeme tarafından delillerin değerlendirilmesi aşamasına gelinene kadar geçecek süre zarfında tanığın ölmüş olma ve bu nedenle ifadesinin alınamaması riski söz konusudur. Tanık deliline dayanacak olan taraf mahkemeye sunacağı delil tespit talebi dilekçesi ile kanunda öngörülen şartların gerçekleştiğini yaklaşık olarak ispat edecek ve tanığın dinlenilmesini sağlayarak ileride ispat etmek istediği hususa ilişkin vakıaların önceden elde edilmesini/muhafaza altına alınmasını sağlayacaktır. Dolayısıyla delil tespiti sayesinde deliller önceden muhafaza altına alınabilir ve bu sayede korunur.

Delil tespiti ile vakıalar ve/veya deliller tespit edilerek vakıa ve/veya delillere ulaşılmakta ve söz konusu deliller muhafaza altına alınmaktadır. Delillerin muhafaza altına alınması delil tespitinin ispat hakkının bir gereği olduğunu da ortaya koymaktadır¹⁹⁸. Henüz dava açılmadan veya yargılama sırasında o delilin inceleme aşamasına gelmeden önce, bir delile ulaşmak isteyen taraf ispat yükünü üzerinde taşıyıp taşımadığından bağımsız olarak söz konusu vakıayı ispat için gerekli olan ispat araçlarını elinde bulunduramayabilir veya bunları kullanma imkanından mahrum olabilir. Ancak delil tespiti ile, ilgisine bu delili esas hakkındaki yargılama sırasında kullanma imkanı tanındığından delil tespit kurumunun ispat

¹⁹⁷ PEKCANİTEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 3, s. 2563.

¹⁹⁸ Barış TORAMAN, "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Cilt 16, Özel Sayı 2015, s. 1483-1523, s. 1508.

hakkının bir gereği olduğu gerçeğine ulaşılmaktadır¹⁹⁹. Böylelikle yapılacak olan delil tespiti sayesinde delil tespitine konu vakıa ve delilin muhafaza altına alınması sağlanır. Delil tespiti ile, bir anlamda ispat faaliyetine yardımcı olan delillerin korunması amacıyla ve kaybolmasını önlemek için tedbir alınmaktadır²⁰⁰.

Delil tespiti ile delillerin önceden elde edilmesi sağlanarak ileride ispat değerinde meydana gelmesi muhtemel azalmanın önüne geçilmiş olur. Nitekim delil tespiti ile dava sonucuna etki edecek vakıalara ilişkin delillerin ve bu delillerin ispat değerinin muhafaza edilmesi sağlanır²⁰¹. Delil tespiti sayesinde delillerin kaybolmasının önüne geçilerek yargılamada ispat faaliyetinin sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesi amaçlanır²⁰².

Delil tespitine itiraz edilmiş olması ya da itirazın reddedilmiş veya asıl davada değerlendirilmesine karar verilmiş olması delilin ispat kuvvetinin azalmasına sebebiyet vermez²⁰³.

2.1.2. Tarafların Hukuki Yararının Korunmasını Sağlama Fonksiyonu

Medeni usul hukukunda hukuki yarar, hukuksal koruma talebi ile açılacak olan davada davacının bu davayı açmada bir menfaatinin bulunması anlamına gelir. Davacının dava ikame etmede hukuk kuralları tarafından korunan bir yararı bulunmalı ve hakkını elde edebilmesi için mahkeme kararına ihtiyacı olmalı, mahkemeyi gereksiz yere uğraştırmamalıdır.

Türk hukukunda davacının mahkemeden hukuki koruma talep etmesinde korunmaya değer bir menfaatinin olması ve devletin de menfaati olan herkese hukuki korunma hakkı tanınması temel bir ilkedir²⁰⁴. Bu kapsamda, her dava davacının gerçekten ihtiyacı olan ve yargılama sonucunda tesis edilecek esasa ilişkin hükümlerle karşılanacak olan hukuki himayenin elde edilmesi için açılr²⁰⁵. Bir davada hukuki yarar şartının gerçekleşmesi için davacının esas hakkındaki hükmü gerçekten istemesi gerekir. Nitekim hukuki himaye ihtiyacı içerisinde

¹⁹⁹ TORAMAN, s. 1508-1509.

²⁰⁰ PEKCANİTEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 3, s. 2563.

²⁰¹ TUNÇ YÜCEL, s. 30.

²⁰² PEKCANİTEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 3, s. 2563.

²⁰³ UMAR, s. 1177-1178.

²⁰⁴ Baki KURU, Tesbit Davaları, Ankara 1963, s. 80.

²⁰⁵ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 193.

olmayan ve dolayısıyla mahkemeye başvurmakta menfaati bulunmayan kimse bu korumadan mahrum kalır.

Davacının sübjektif hakkına hukuki koruma sağlaması konusunda mahkemeye başvurmasında hali hazırda korunan bir menfaati bulunmalı²⁰⁶ ve dava açmaktaki yararı hukuki, korunmaya değer ve güncel olmalıdır²⁰⁷. Nitekim, HMK m. 114/1-h uyarınca davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması dava şartları arasında sayılmıştır. Mahkeme dava şartlarının mevcut olup olmadığını yargılamanın her aşamasında kendiliğinden araştırabilir ve dava şartı noksanlığı taraflarca her zaman ileri sürülebilir. Mahkemece dava şartı noksanlığını tespit edilirse davacı tarafından ikame edilen davanın usulden reddine karar verilir.

Delil tespitinde taraflardan her biri, görülmekte olan bir davada inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespit edilmesini mahkemeden talep edebilir ve delil tespiti istenebilmesi için HMK’da hukuki yararın varlığı açıkça aranmıştır. Delil tespit talebinde bulunan kimse bu talebindeki hukuki menfaatini ortaya koymakla yükümlüdür. HMK’da öngörülen diğer şartlarla birlikte talepte bulunanın hukuki yararının varlığını ortaya koyması sonucu mahkeme tarafından delil tespiti konusunu oluşturan vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılmasına, bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasına karar verilir. Örneğin, taraflar arasında akdedilen ve mahiyetine uygun düştüğü ölçüde eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından TBK m. 473 kapsamında işin öngörülen sürede bitirilemeyeceği gerekçe gösterilerek teslim için belirlenen gün beklenmeksizin feshedilmesi üzerine feshin haksız olduğunu düşünen yüklenici ileride iş sahibine karşı açacağı davada feshin haksız olduğunu ortaya koymalıdır. Yüklenicinin iş sahibine karşı açacağı davada hukuki menfaati bulunduğu hususu davacının dilekçesinden açık bir şekilde tespit edilmelidir. Bu durumda feshin haksız olduğu gerekçesi ile iş sahibine karşı tazminat davası ikame eden yüklenici dava açmakta hukuki yararı bulunduğunu

²⁰⁶ HMK m. 114’ün gerekçesi aynen: “...Maddenin birinci fıkrasının (h) bendinde ise davacının dava açmakta hukuki yararının bulunmasının bir dava şartı olduğu hususu açıkça vurgulanmıştır. Burada sözü edilen hukuki yarardan maksat, davacının sübjektif hakkına hukuki koruma sağlaması hususunda mahkemeye başvurmasında hali hazırda hukukten korunmaya değer bir yararının bulunmasıdır. Bir başka ifadeyle, davacı hakkına kavuşmak için, hali hazırda mahkeme kararına muhtaç bir konumda değilse onun hukuki yararının bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu şekilde anlam ve içerik yüklenen hukuki yarar kavramına grup davası bağlamında yeni bir açılımın getirilmesi sağlanmış; hali hazırda kolektif hukuki himaye ihtiyacı içerisinde bulunma da, bu kapsamda mütalaa edilmiştir...” şeklindedir.

²⁰⁷ KURU, Usul, s. 197.

mahkemeye bildirmeli ve bunu ispat etmelidir. İnşaat sözleşmelerinde feshin haksız olup olmadığı, diğer koşullar da göz önünde bulundurulmak suretiyle inşaatın ilerleme seviyesine göre tespit edilecektir. Yine mahkeme tarafından inşaatın ilerleme seviyesi esas alınarak feshin sonuçlarının geçmiş mi yoksa ileriye mi etkili olduğuna karar verilir²⁰⁸. Dolayısıyla bu tür tazminat davalarında fesih tarihi itibarıyla inşaatın tamamlanma oranının tespit edilmesi büyük önemi haizdir²⁰⁹. Yüklenici tarafından ikame edilecek davada delillerin incelenmesi aşamasına kadar geçecek süre zarfında iş sahibinin inşaatı başka bir yüklenici aracılığıyla tamamlama olasılığı göz önüne alındığında inşaatın ilerleme oranının tespiti için delil tespit talebinde bulunulması gerektiği ve alınacak bilirkişi raporu ile inşaatın ilerleme oranının tespit edilmesi söz konusu olur. Bu suretle elde edilecek bilirkişi raporu ile inşaatın ilerleme seviyesini tespit eden davacı yan yapılan delil tespiti sayesinde açacağı tazminat davasında hukuki yararının bulunduğu dair hakimde bir kanaat oluşmasını sağlamış olur. Dolayısıyla uygulamada delil tespiti sonucu elde edilen bilirkişi raporları tarafların esas davadaki hukuki menfaatlerinin ortaya konulması konusunda taraflara yarar sağlamaktadır. Delil tespiti geniş anlamda yargılamanın amacına hizmet ederek HMK’da düzenlenen diğer geçici hukuki koruma tedbirleri gibi etkin hukuki himayenin sağlanmasına yardımcı olur²¹⁰.

2.1.3. Dava Açılmasını Önleme Fonksiyonu

Delil tespiti kararı ile özellikle bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilen durumlarda bu inceleme sonucunda elde edilen bilirkişi raporunda yer alan tespitlerden ileride açılacak olan davada bu rapora göre bir tarafın asıl davada haklı bulunma/lehine karar verilme ihtimali büyük oranda tespit edilebiliyorsa taraflar dava açılmadan önce yapacakları görüşme

²⁰⁸ Yargıtay tarafından verilen bir kararda “...İnşaatın tamamlanma oranı dikkate alındığında sözleşmenin geriye etkili olarak feshedildiği, yüklenicinin, arsa sahiplerine karşı edimlerini yerine getirmediği saptandığından...” denilmek suretiyle inşaatın tamamlanma oranının feshin geçmiş mi ileriye mi etkili olduğunun tespiti bakımından önemli olduğu belirtilmiştir. Yargıtay 20. HD., 10.05.2018 T., 2016/10109 E., 2018/3623 K., (Yargıtay Karar Arama) (09.12.2018).

²⁰⁹ “...Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da tarafların sözleşmenin etkisinden kurtulmaları, başka bir anlatımla, sözleşme ilişkisinin tasfiyesi gerekir. Geriye etkili fesihte arsa sahibi BK’nın 108/1 maddesine dayanarak yükleniciye ve onun halefi durumundaki kişilere verdiği tapuları geri isteyebilir. Geriye etkili feshin en önemli sonucu da tarafların sözleşmenin yapıldığı tarihteki malvarlığına getirilmelidir. Bunun anlamı tarafların hiç sözleşme yapılmamış gibi sözleşmenin yapıldığı tarihteki malvarlığına dönmelidir. (...) Oysa ileriye etkili fesihte sonuç farklıdır. Burada arsa sahibi, yüklenicinin gerçekleştirdiği inşaat oranında arsa payını devretmekle yükümlü olmakla beraber yüklenicinin kusuru nedeniyle uğradığı zararların ödenmesini de ister. İnşaatın seviyesi (tamamlanma oranı) önce belirlenmeli, davalı yüklenicinin hakettiği arsa payı ile arsa sahiplerine bağımsız bölüm ve bırakılacak pay oranı, inşaatın bitirilmiş olması durumunda yükleniciye verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölüm (ve arsa payı) oranına kıyas yolu ile uygulanmalı, böylece yüklenicinin yaptığı kısmi ifanın aynı olarak karşılığı tespit edilmeli, aynı olarak bağımsız bölüm verilmesi mümkün olmadığı takdirde yapılan iş ve bağımsız bölümlerin saptanacak değerlerine göre ivaz ilavesi suretiyle tasfiye gerçekleştirilmeli, mevcut işe göre geri alınması icap eden bağımsız bölüm (arsa payı) mevcut ise bunların yükleniciye ait olduğu belirlenmelidir...” Yargıtay 23. HD., 31.03.2016 T., 2014/10445 E., 2016/2017 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.12.2018).

²¹⁰ TUNÇ YÜCEL, s. 31.

ile veya sulh müzakereleri ya da arabuluculuk sayesinde asıl dava açılmadan önce anlaşma yoluna gidebilirler. Böylelikle delil tespiti ile muhtemel davaların önüne geçilmiş olur. Şöyle ki; alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan 7.6.2012 tarihinde kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (“Arabuluculuk Kanunu”) ile yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözülmesine imkan tanınmıştır. Arabuluculuk Kanunu kapsamında taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilecekleri gibi mahkeme de tarafları arabulucuya başvurma konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir. Arabuluculuğun tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden biri yargılama faaliyetine nazaran arabuluculuk faaliyetinin çok daha kısa sürede sonuç vermesidir. Yargılamaların çok uzun sürdüğü göz önüne alındığında delil tespitinin dava açılmasını önleme fonksiyonu sayesinde arabuluculuk görüşmeleri esnasında tarafların alacaklarını/haklarını uzun süre beklemeksizin elde etmesi sağlanır ve böylelikle usul ekonomisine hizmet edilir. Delil tespitinin davanın açılmasını önleme fonksiyonu ile birlikte taraflar ayrıca yargılama harç ve giderlerini ödemekten kurtulur.

Bir Alman Federal Mahkemesi kararında²¹¹, sağlığa ilişkin sorumluluk hukuku bakımından geçerli olan temel nedenlerin, dava açılmadan önce, bir uzman yoluyla tespit edilmesinde hukuki menfaatin, bilfiil bu hususun bir davanın açılmasının önüne geçilmesinin tespiti için hizmet göreceği olması ve şayet kesin olarak aydınlatılması için başkaca izahlar gerekli görülüyorsa bulunduğu açıklanmıştır²¹². Anılan kararda davacı yan delil tespit prosedürü ile, davalı tarafın kliniğinde 25 Kasım 2009 tarihinde PEG-sondasının takılması ve 15 Aralık 2009 tarihine kadar yerleşik olarak bırakılması ile ilgili bilirkişiler tarafından değerlendirme yapılmasını talep etmektedir. Davacı yanın bu başvurusu Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından reddedilmiş olup, Eyalet Yüksek Mahkemesi itiraz başvurusunu reddetmiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından yapılan şikayet başvurusu ile davacının talebini sürdürdüğü belirtilerek şikayet başvurusu geçerli ve gerekçeli kabul edilmiştir. Bahsi geçen kararda davacı tarafından tespiti istenen delile ilişkin formüle edilmiş olan soruların ne

²¹¹ Alman Federal Mahkemesi 6. Dairesi'nin 24 Eylül 2013 tarihli delil tespitine ilişkin VI ZB/1213 sayılı kararının Almanca metni için bkz. <http://www.bundesgerichtshof.de/>.

²¹² Birce ARSLANDOĞAN, “*Delil Tespitine İlişkin Bir Alman Federal Mahkemesi Kararı*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Cilt 16, Özel Sayı 2014, s. 1605-1612, s. 1605.

davacının sağlık durumunun tespitine ne de bedeni zararının nedenine ilişkin olmadığı, tam tersine davacı tarafta davalının kliniğinde kalış muddetince ortaya çıkan mide perforasyonu için olan sorumluluğun tespitine ve dolayısıyla davacıya uygulanmış olan tedavideki hataların tespitine ilişkin olduğu açıklanmış; kişinin durumunun ve bedensel zararının nedenin ve bunların varlığına ilişkin hususların delil tespiti yolu ile tespit edilebileceğine kanaat getirilmiştir.

Söz konusu kararın devamında delil tespitinin hukuki ihtilafın sona erdirilecek olmasına hizmet edeceği ve bu nedenle hukuki menfaatin bulunduğuna değinilmiş ve aynen: “...ZPO m. 485/II’ye göre, dava öncesi delillerin ikame edilmesi prosedürünün amacı ve mantığı, mahkemeleri dava süreçleri ile ilgili yükler bakımından hafifletmek ve hukuki ihtilafa ilişkin asıl davanın açılmasına imkan vermeden tarafların hızlı ve masraf bakımından daha tasarruflu bir uzlaşmaya varmalarının sağlanmasıdır....”²¹³ şeklindeki ifade ile delil tespitinin fonksiyonlarına vurgu yapılarak asıl davanın açılmasına gerek kalmaksızın tarafların uzlaşmasını sağlama fonksiyonuna değinilmiştir.

İlgili kararda Federal Mahkeme ayrıca davacı yanın taleplerini sürdürmek isteyip istemeyeceğine karar verebilmek için sorumluluk hukuku bakımından konunun açıklığa kavuşturulmasını amaçlayarak ihtilaftan kaçınmayı göz önünde tuttuğunu tespit etmiştir.

Aşağıda açıklanacağı üzere İngiliz hukukunda delil tespiti kurumuna benzer bir kurum olan dava öncesi açıklama/ifşa/açığa çıkarma şeklinde tanımlanabilecek olan pre-action disclosure müessesesine ilişkin düzenlemeler ile tarafların bu yola başvurarak muhtemel davadaki konumlarını görmelerine imkan tanınmış ve böylelikle İngiliz hukukunda yer alan anılan düzenlemede davaların açılmasını önleme fonksiyonu esas alınarak muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

²¹³ ARSLANDOĞAN, Alman Federal Mahkemesi Kararı, s. 1609.

2.2.DELİL TESPİTİNİN DAVA AÇILDIKTAN SONRAKİ FONKSİYONLARI

2.2.1. Tarafların İddiasını İspata Yardım Etme Fonksiyonu

İspat hakkı, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile bağlantılı bir ilkedir. Bu ilke Roma hukukunda “bir hususu ispat etmek imkanı varsa bunun kısıtlanmaması gerekir” şeklindeki esasta dayanağını bulmaktadır²¹⁴. İspat hakkı, davanın taraflarından her ikisinin de kendi iddiasının doğru olduğunu hasmın iddiasının doğru olmadığını ispatlamasına imkan tanıyan bir haktır²¹⁵. Bir başka ifade ile hukuki ihtilaf konusu vakıanın tespiti ve ispatlanmasını isteme hakkıdır²¹⁶.

Yargılama faaliyeti, davacının netice-i talebini dayandırdığı olayı oluşturan vakıaların bu sonucu sağlayacak hukuk normunun soyut unsur vakıalarını karşılayıp karşılamadığının tespitidir. Davalının savunmaları davacının iddialarına engel olmuyor ve bu vakıalar hukuk normunun soyut unsurlarını karşılıyorsa hakim talep sonucuna hükmedecektir. Bir yargılamada uygulanacak olan hukuk normunun unsur vakıalarını karşılayacak olan bu vakıaların vuku bulduğu iddiasının bu husus ihtilafli ise veya bir kanun hükmü ile ispatı gereksiz kılınmamış ise varit gösterilmesi gerekir. Dolayısıyla bu vakıaların vuku bulup bulmadığı hususunda hakimde kanaat oluşturulması faaliyetine ispat denir²¹⁷. Bir diğer deyişle ispat, mahkeme dışında ve yargılamadan önce gerçekleşen uyuşmazlığa ilişkin vakıaların iddia edilen şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda hakimde kanaat uyandırma faaliyetidir²¹⁸. İspatın konusunu uyuşmazlığın çözümünde etkili olacak ve tarafların üzerinde anlaşamadıkları çekişmeli vakıalar oluşturur. Taraflar bu vakıaların ispatı için delil gösterir²¹⁹.

Taraflar iddia ve savunmalarının dayanağı olan vakıaları ispata elverişli şekilde somutlaştırmakla yükümlüdür. Taraflar bir yandan vakıaları açık ve somut olarak, kanunun aradığı koşullara denk düşecek şekilde ortaya koymakla yükümlü olduğu gibi aynı zamanda

²¹⁴ M. Kâmil YILDIRIM, “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller”, Prof Dr. Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2007, s. 861-871, s. 861.; M. Kâmil YILDIRIM, “İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağı’nda İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 679-694, s. 684.

²¹⁵ Mustafa Reşit BELGESAY, Hukuk ve Ceza Muhakemelerinde Deliller, İstanbul 1940, s. 36.

²¹⁶ M. Kâmil YILDIRIM, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 99.

²¹⁷ ALONGAYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 293.

²¹⁸ PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 2, s. 1585.

²¹⁹ KALE/KESER, s. 703.

ileri sürdükleri vakıaları ispatlayacak delilleri de göstermekle yükümlüdürler; bir diğer deyişle deliller ile vakıalar arasında doğrudan bağlantı kurulmalı, taraflar dilekçelerini bu kapsamda hazırlamalıdır.

İspat yükü ise, kural olarak iddia edilen bir vakıaya bağlanan sonuçtan lehine hak çıkartan tarafa aittir. Bu durumda ispat yükü kendi üzerinde olan kimse bir yargılama sırasında henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir delilin kaybolması ya da ileri sürülmesinin önemli ölçüde güçleşmesi ihtimal dahilinde olduğunda delil tespiti talebinde bulunarak söz konusu delilin elde edilmesini sağlayacak ve yargılama sırasında delil tespiti ile elde ettiği delile dayanarak iddiasını ispat edecektir²²⁰. Bu kapsamda HMK'da düzenleme alanı bulan diğer geçici hukuki korumalar doğrudan uyuşmazlık konusuna yönelirken, delil tespiti asıl uyuşmazlık konusu şeye değil, onun ispat hakkına yöneliktir²²¹.

Örneğin, bir trafik kazasında aracı hasara uğrayan kimsenin sigortadan talepte bulunabilmesi veya kaza yapmasına sebebiyet veren kişiden tazminat talep edebilmesi için kazanın karşı tarafın kusurlu eylemi ile meydana geldiğini ve aracın hasara uğradığını açacağı davada ispat etmesi gerekir. Ancak araç sahibinin yargılama süresi boyunca aracını tamir ettirmeden kullanması mümkün değildir. Bu durumda araç sahibi ileride açacağı bir davada kullanmak üzere aracını tamir ettirmeden önce delil tespiti yaptırarak hasarını ve kusur durumunu ortaya koyabilecek ve sonrasında açacağı davada usulüne uygun olarak yaptırılmış delil tespiti ile elde edilen bilirkişi raporuna dayanarak iddiasını ispat edebilecektir.

Taraflar ileride kendilerine açılması muhtemel olan davalarda kullanılmak üzere delil tespiti yaptırabilir. Bu durumda önceden delil tespiti yaptıran davalı delil tespiti ile elde etmiş olduğu delile dayanarak karşı tarafın iddiasının çürütebilir; bir diğer deyişle savunmasını delil tespiti ile elde edilmiş olan delile dayanarak ispat edebilir. Örneğin; taraflar arasında akdedilen kira sözleşmesi sona erdikten sonra kiracı kiraya verenin kendisinden hor kullanma tazminatı talep etmek için dava ikame edeceğini düşünmekte ise tahliye tarihi itibarıyla

²²⁰ Yargıtay tarafından verilen bir kararda aynen: "...Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle geciktirici sebeplerle ve özellikle davalının davacıya ait ürünleri de satış noktasında satışa sunduğunun yapılan delil tespitine dair keşiften anlaşılması olmasına göre davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına..." şeklindedir. Yargıtay 19. HD., 30.01.2018 T., 2016/11892 E., 2018/252 K., (Yargıtay Karar Arama) (10.12.2018).

²²¹ PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 3, s. 2563.

kiralanan mevcut durumunun tespit edilmesini mahkemeden talep edebilir. Böylelikle ileride kendisine karşı açılması muhtemel bir dava bakımından savunmalarını usulüne uygun şekilde yapılmış delil tespiti sonucunda elde edilen bilirkişi raporu ile ispat edebilir²²².

Ancak Yargıtay tarafından verilen kararlarda taraflardan birince yaptırılmış olan delil tespiti sonucu elde edilen bilirkişi raporunun hükme esas alınamayacağı ve mutlaka yerinde keşif yapılmak suretiyle yeniden bilirkişi raporu alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Yargıtay'ın konusunu hor kullanma tazminatı teşkil eden bir kararında aynen: “...Davacının, hor kullanma tazminatına yönelik bir talebi bulunmayıp, Mahkemece delil tespiti raporu esas alınarak hüküm verildiği görülmüştür. Davalı, tespit bilirkişi raporuna itiraz etmiştir. İtiraza uğrayan delil tespiti bilirkişi raporunun hükme esas alınması doğru değildir. Bu durumda Mahkemece gerektiğinde mahallinde keşif yapılarak konusunda uzman bilirkişi ya da bilirkişilerden rapor alınarak normal kullanımdan kaynaklı yıpranmaları dışında eski hale getirme bedellerinin belirlenmesi ve belirlenen bu tadilatların ne kadar sürede tamir edileceğinin belirlenerek eski hale getirme bedeli ve tadilat süresi kadar kira kaybı alacağına hükmedilmesi gerekirken tespit raporu ile yetinilerek eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir...” denilmek suretiyle itiraz uğrayan tespit raporu ile yetinilerek karar verilemeyeceği belirtilmiştir²²³.

Yargıtay kararlarında her ne kadar tek taraflı yaptırılan ve itiraza uğrayan raporun hükme esas alınamayacağı istikrarlı bir şekilde vurgulanmakta ise de; bazı kararlarında asıl yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu ile delil tespiti sonucu elde edilen raporun karşılaştırılması, delil tespiti sonucunda elde edilen bilirkişi raporundaki tespitlerin asıl yargılamada alınan bilirkişi raporunda değerlendirilmesi gerektiği yönünde hüküm tesis edilmiştir²²⁴.

²²² Yargıtay incelemesine konu bir kararda ilk derece mahkemesi tarafından hor kullanma tazminatı kapsamında ikame edilen dava uyarınca davalı tarafça yaptırılmış olan bir delil tespiti bulunmadığı da belirtmek suretiyle davanın reddine karar verilmiştir: “...Mahkemece, davacı tarafın sözleşmenin ... maddesindeki özel hükme uygun olarak ... ay öncesinden feshi ihbarda bulunmadığı ve hor kullanmaya dair takas mahsup talebinin, davacı tarafça depozito iadesine dair başlatılan icra takibi nedeniyle, davalı tarafından Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2014/196 E. sayılı dosyası ile hor kullanımdan kaynaklı zararlar bakımından menfi tespit davası açıldığından bu dosyada değerlendirilmesi gerektiği ve tahliyenin ardından davalı tarafça yaptırılmış bir delil tespiti bulunmadığı gibi, iddia olunan zararların davacının hor kullanımından kaynaklı olup olmadığının belirsiz olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...” Yargıtay 3. HD., 7.2.2017 T., 2017/348 E., 2017/849 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (16.12.2018).

²²³ Yargıtay 6. HD., 27.12.2016 T., 2015/11737 E., 2016/7883 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (15.12.2018).

²²⁴ Yargıtay 6. HD., 13.6.2016 T., 2015/10912 E., 2016/4600 K. sayılı ilamı aynen: “...Mahkemece 8.500 TL hor kullanma tazminatının davalıdan tahsiline ve dava sırasında tahliye gerçekleştiğinden konusuz kalan tahliye istemi hakkında karar

Muhtemel bir uyuşmazlıkta taraflardan her birinin iddiasını karşı tarafın hakimiyet alanında bulunan deliller ile ispat etmesi ihtimal dahilindedir. Karşı tarafın iddiasını ispata yarayan vakıa veya deliller diğer tarafın aleyhine delil teşkil edeceğinden anılan delillerin bu kimse tarafından kendiliğinden karşı tarafa verilmesi söz konusu olmaz. Dolayısıyla yaptırılacak olan delil tespiti ile karşı tarafın hakimiyet alanındaki vakıa ve delillere ulaşılabilir ve bu delillerin elde edilmesi sağlanarak tarafların iddiasını ispata yardımcı olunur. Böylelikle delil tespiti sayesinde, delillerin incelenme zamanı gelene kadar taraflar mevcut ispat güçleri bakımından korunur²²⁵. Bu suretle tarafların adil yargılanma hakkı da temin edilir. Tarafların dinlenilmesine ilişkin usuli bir temel hak adil yargılanma talebinin önemli bir unsurunu oluşturur²²⁶. Delil tespiti ile kaybolma tehlikesi altında bulunan delillerin tespit edilmesi için talepte bulunan kimseye kanunlarda aranan koşulların varlığı halinde dinlenilme hakkı tanınmakta ve delil tespiti kapsamında elde edilen deliller sayesinde esas yargılamada tarafların eşit muamele görmesi sağlanarak adil yargılanma hakkı güvence altına alınmaktadır.

2.2.2. Davanın Kısa Sürede Sonuca Ulaşmasını Sağlama Fonksiyonu

Taraflardan her biri, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti için keşif yapılmasını, bilirkişi incelemesi yaptırılmasını ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilir. Böylelikle, taraflar ileride ikame edecekleri davada kullanılmak üzere bilirkişi incelemesi yapabileceklerdir. Usulüne uygun şekilde yapılmış delil tespiti sonucunda alınan bilirkişi raporu doğrultusunda mahkemece yeniden bilirkişi incelemesi yapılmaksızın veya birden fazla rapor alınmaksızın karar verilebilecek, böylelikle bilirkişi raporu alınması için geçecek olan süre söz konusu olmadan bir hüküm tesis edilebilecektir. Ayrıca delil tespiti yolu ile tanık ifadesinin alındığı durumlarda da asıl yargılamada tanıkların dinlenmesi için

verilmesine yer olmadığına dair verilen ilk kararın davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine hüküm yargılamada yapılan keşif sonrası düzenlenen bilirkişi raporunda delil tespitine konu edilen hasar kalemleri gösterilmeden dava tarihinden sonra oluşan hasarlar adı altında 46.365 TL hasar tespit edildiği belirtilmiş ise de bu hasarlardan ilk tespit raporuna esas alınan zararlar ve karşılığı değerler kalem kalem açıklanmadığından mahkemece itiraza uğrayan tespit raporu doğrultusunda ayrıntılı rapor alınarak talep konusu hasar kalemleri tek tek değerlendirilmek suretiyle hüküm kurulması gerektiğine işaret edilerek bozulmuştur. Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama da yeniden keşif yapılarak alınan bilirkişi raporunda delil tespitine konu edilen hasar kalemleri gösterilmesine rağmen bozma kapsamına uygun araştırma ve inceleme yapılmamıştır. Mahkemece bozma ilamında belirtildiği şekilde delil tespitine konu hasar kalemlerinin tek tek değerlendirilmek suretiyle m2 birim hesabı yapılması konusunda uzman bilirkişiden denetime elverişli ve hüküm kurmaya yeterli ek rapor alındıktan sonra karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir...”

²²⁵ ARSLANDOĞAN, Delil Tespiti, s. 108.

²²⁶ RECHBERGER, Adil Yargılanma, s. 63 vd.

geçirilecek süre beklenmeksizin delil tespiti ile elde edilen tanık beyanına göre kısa sürede hüküm tesis edilerek tarafların haklarını daha kısa sürede elde etmesi sağlanmış olacaktır.

Alman hukukunda birbiriyle çelişkili raporların alınmasının önüne geçilmesi amacıyla delil tespiti talebi üzerine bir bilirkişi raporu alınmışsa yeniden rapor alınması eski raporun yetersiz bulunmasına yahut taraflardan birinin haklı olarak önceki bilirkişiyi reddetmesi koşuluna bağlanmıştır²²⁷. Böylelikle delil tespiti sonucunda alınan rapor yeterli bulunur ve taraflardan biri önceki bilirkişiyi reddetmez ise, yeni bir rapor alınmaksızın delil tespiti sonucunda alınan rapora göre hüküm tesis edilerek davanın kısa yoldan çözüme ulaşması sağlanacaktır.

2.2.3. Mahkemelerin İş Yükünü Azaltma Fonksiyonu

Delil tespiti kurumunun yukarıda açıklanan davaların açılmasını önleme fonksiyonu sayesinde mahkemelerin iş yükünün azalması da söz konusu olmaktadır. Nitekim delil tespiti akabinde taraflar bir anlaşmaya vardığında dava açılmasının önüne geçilmektedir. Bununla birlikte, delil tespiti ile yapılan işlemler sonucunda zaman zaman asıl yargılamada bu işlemlerin yapılmasına gerek duyulmadan/bu işlemler tekrarlanmaksızın bir sonuca varılmakta, dolayısıyla anılan işlemlerin yapılması için geçirilecek olan süreden ve bu işler için görevlendirilecek olan kişilerin çalışmasından tasarruf edilmektedir.

Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu) (“ZPO”) m. 485/2 uyarınca asıl yargılamadan önce bir kişinin ya da şeyin durumu, değeri, bir durumun sebebi ve bir kişinin ya da şeyin uğramış olduğu zararın ortadan kaldırılması için gerekli olan giderler hakkında bilirkişi raporu aldırılması kabul edilmiş olup, böyle bir talepte bulunmak için talepte bulunanın böyle bir tespit yaptırmakta hukuki yararının varlığı aranmıştır. Yapılacak tespitin ileride açılması muhtemel bir davayı önleyebileceği öngörülmekte ise hukuki yarar şartının gerçekleştiği kabul edilmiştir. Dolayısıyla, taraflara tanınan bu imkan sayesinde taraflar kendi durumlarını değerlendirmekte ve belki de dava yoluna başvurmaksızın aralarında anlaşmayı

²²⁷ AKİL, s. 17’den naklen: Heinz HANSENS, Aenderungen in der Zivilgerichtbarkeit aufgrund des Rechtspflege-Vereinfachungs gesetzes (NJW 1991/15, s. 953-961), s. 957.; Alman hukukunda, eksik ve anlaşılmayan raporların varlığı durumunda hakim bilirkişiden ek rapor almadan kendi bilgisiyle farklı bir değerlendirme yapamaz. Hakim çelişkili raporlar karşısında, doğru ve eksiksiz olanı gerekçelerini belirtmek suretiyle takip eder. M. Kâmil YILDIRIM, “*Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu*”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s. 833-841, s. 840.

tercih etmektedirler. Bu şekilde yaptırılan delil tespiti sonucunda olası davaların açılmasının önüne geçilmekte ve mahkemelerin iş yükü azalmaktadır.

İngiliz hukukunda delil tespiti ile benzer bir kurum olma özelliğine sahip olan dava öncesi disclosure ile tarafların birbirlerinin hakimiyet alanında yer alan bilgi ve belgeleri elde etmesine imkan tanınır. Böylelikle tarafların dava öncesi disclosure sayesinde elde etmiş oldukları belgeler ile ileride ikame etmeyi planladıkları davada başarı şanslarını görmeleri sağlanmaktadır. Dava ikame etmek isteyen taraf muhtemel davada başarı elde etme ihtimali bulunmadığını tespit ederse veya aleyhine dava ikame edilmesi planlanan kişi muhtemel davacının elde etmiş olduğu belgeler dayanak gösterilmek suretiyle açılacak olan davanın aleyhine sonuçlanacağını öngörmekte ise muhtemel davadaki yargılama masraflarını ödememek için karşı taraf ile anlaşma yoluna gidebilir. Bu durumda İngiliz hukukunda dava öncesi disclosure ile muhtemel davaların açılmasının önüne geçilmekte ve böylelikle mahkemelerin iş yükü azalmaktadır.

Türk hukukundaki düzenleniş şekli itibariyle delil tespitinin delillerin muhafaza altına alınması/kaybolmasının önlenmesine ilişkin fonksiyonun esas alındığı görülmekte ise de; özellikle delil tespiti ile bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilen durumlarda elde edilen bilirkişi raporuna göre taraflar olası bir yargılamada başarılı olma ihtimallerine ilişkin olarak tespitite bulunabilirler ve birbirleriyle uzlaşmayı/yargılama öncesinde sulh olmayı tercih edebilirler. HMK’da düzenleniş şekli itibariyle mahkemelerin iş yükünün azalmasına ilişkin fonksiyonu esas alınmamış olsa da, anılan durumlarda delil tespiti ile mahkemelerin iş yükünün azalmasına imkan sağladığının kabul edilmesi mümkündür. Nitekim HMK m. 137/1, *“Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.”* şeklindedir. Ön inceleme duruşmasında mahkeme tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmekle yükümlüdür. Ön inceleme aşamasında taraflara sulh olmaları için belirli bir süre verilebilir. Mahkeme tarafından verilen süre içerisinde taraflar delil tespitinin sonuçlarını da değerlendirmek suretiyle sulh olabilir. Nitekim sulh görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki

uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek için mahkeme huzurunda yapmış oldukları sözleşmedir. Sulh olma yolu ile uyuşmazlığın sona ermesi akabinde mahkemelerin iş yükü azalmış olur. Aynı şekilde taraflar dava açılmadan önce arabulucuya başvurabilecekleri gibi davanın görülmesi sırasında da arabulucuya başvurma hususunda anlaşabilir. Davanın görüldüğü sırada taraflar aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemi ile çözüme kavuşturmak isterlerse mahkeme duruşmayı en çok iki ya da üç kez erteleyebilir. Taraflar anlaşmalarında mahkeme davayı görmeyi bırakır ve tarafların üzerinde anlaşmaları metin geçerli olur. Bu sayede mahkeme davanın çözüme kavuşturulması için gerekli olan bilirkişi incelemesi, keşif yapılması, tanık dinlenmesi gibi iş ve işlemleri gerçekleştirmeyeceğinden mahkemelerin iş yükünün azalması sağlanır. 7036 sayılı Kanunla Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesine 12.10.2017 tarihinde eklenen 5. fıkra; "*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlarda dava açılmaz.*" şeklindedir. 7036 sayılı Kanun'un gerekçesinde bu düzenleme "dava açma yasağı" olarak nitelendirilmektedir. Bu düzenlemenin hak arama özgürlüğünü engelleyen bir yasaklama şeklinde anlaşılması gerektir. Kanun koyucunun buradaki amacı anlaşma belgesinde yer alan anlaşılan hususlar hakkında, mahkeme tarafından esasa girilerek inceleme yapılmaması ve konuda bir karar verilmemesidir²²⁸. Dava açma yasağının kabul edilmesinin nedeni mahkemelerin iş yükünün azaltılması, daha az masrafla ve kısa zamanda uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması ve başka uyuşmazlıkların doğmasına engel olunmasıdır. Tarafların delil tespiti yaptırdıktan sonra elde ettikleri vakıa ve deliller sayesinde arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığı çözüme kavuşturması mümkündür. Arabuluculuk Kanunu'nda yer alan düzenleme sayesinde tarafların arabuluculuk ile çözüme kavuşturdıkları uyuşmazlıkları tekrar mahkemelere yansıtması, aynı konunun tekrar mahkeme önüne götürülmemesi ve mahkemelerin iş yükünün azalması sağlanmış olacaktır²²⁹.

Delil tespiti sonucu bilirkişi raporu elde edilmiş ise sonradan açılacak olan asıl davada haklı bir sebep olmadığı takdirde bir başka bilirkişi raporu alınmayacak ve delil tespiti yolu ile elde edilen raporlar bu davada kullanılacaktır²³⁰. Delil tespiti bu yönüyle daha sonra

²²⁸ Mine AKKAN, "*Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları*", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2018, S. 2, Cilt 20, s. 1-31, s. 3.

²²⁹ AKKAN, s. 5.

²³⁰ Yargıtay diğer tarafça açıkça veya örtülü olarak kabul edilmediği sürece çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda tek taraflı olarak yaptırılan delil tespiti sonucu elde edilen bilirkişi raporuna göre hüküm tesis edilemeyeceğini belirtmiştir: "...*HMK'nun 266 vd. maddelerine göre; çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren konularda bilirkişi incelemesi yaptırılması, taraflarca öne sürülen itirazların da yine bilirkişi tarafından değerlendirilmesi gerekir. Davalı*

açılacak olan davada yeniden bilirkişi incelemesi yapılması ve rapor alınmasının önüne geçeceğinden bir yandan mahkemelerin iş yükünün azalmasına yardımcı olacak, diğer yandan da yargılamayı hızlandırarak medeni usul hukukunun amacı olan gerçeklik temeline dayalı olarak hakkın elde edilmesini hızlı bir şekilde sağlayacaktır. Ancak Yargıtay tarafından verilen kararlarda tek taraflı olarak yaptırılan ve itiraza uğrayan bilirkişi raporu ile hüküm tesis edilemeyeceği, bu nedenle yargılama sırasında mutlaka yeniden bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği istikrarlı bir şekilde vurgulanmaktadır. Nitekim kira sözleşmesinin sona ermesi akabinde taşınmazda meydana gelen hasarların tespiti amacıyla yaptırılan delil tespiti sonucu elde edilen bilirkişi raporunun esas davada itiraza uğraması durumunda delil tespiti esnasında alınan bilirkişi raporuna göre hüküm tesis edilmesi bozma sebebi olarak gösterilmiştir. Söz konusu karar aynen:

“...Davada dayanılan ve hükme esas alınan 15.02.2002 başlangıç tarihli ve on yıl süreli kira sözleşmesinin varlığı ve kiralananın tahliye edildiği konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kiraya veren taşınmazda meydana gelen hasarların tespiti, ... 6. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/98 D. İş sayılı dosyasında yaptırılmış, elektrik mühendisi bilirkişi tarafından sunulan 11.05.2011 havale tarihli raporda (...) Hasar miktarının tespiti bilirkişi incelemesini gerektirmekte olup, tek yanlı yaptırılan ve itiraza uğrayan delil tespitine dair bilirkişi raporu hükme esas alınamaz. Öte yandan HMK'nun 400 vd. maddelerine dayanılarak yaptırılan delil tespitine dair bilirkişi raporları aynı Kanun'un 405. maddesi hükmü uyarınca asıl dava dosyasının eki sayılmakla birlikte, söz konusu raporlara karşı belirli sürede itiraz edilmemesi halinde kesinleşeceği veya aleyhine tespit yaptırılan kişi hakkında kesin delil niteliği kazanacağına dair yasal düzenlemeye de yer verilmemiştir. Bu sebeple delil tespiti yolu ile alınan bilirkişi raporuna itiraz etmemiş olan taraf bu itirazını hüküm verilinceye kadar mahkemeye bildirebilir. Kaldı ki tespit raporunun iddiayı ve savunmayı karşılayıp karşılamadığı, hüküm kurmaya yeterli olup olmadığını denetleme işi de hakime aittir. (...) Mahkemece yukarıda açıklanan ilke ve esaslar doğrultusunda mümkün ise mahallinde uzman bilirkişi ya da bilirkişilerce keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak, kiralananındaki hasar durumunun ayrıntılı ve denetime elverişli şekilde tespiti ile hor kullanım

tarafça açıkça veya örtülü olarak kabul edilmiş olmadıkça, çözümünü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren konularda, davacı tarafça tek taraflı olarak yaptırılan delil tespiti sonucu düzenlenen tespit (bilirkişi) raporu benimsenerek hüküm verilemez. Bu gibi hallerde mahkemece ayrıca bilirkişi incelemesi yaptırılması zorunludur...” Yargıtay 3. HD., 10.4.2018 T., 2016/10485 E., 2018/3756 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (10.12.2018).

ve olağan kullanım sebebiyle oluşan zarar ve hasar ayrımı yapıldıktan sonra kullanım süresi ile orantılı olarak yıpranma payının hesap edilerek hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken hukukçu bilirkişiden alınan yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir...” şeklindedir²³¹.

Yargıtay tarafından delil tespiti sonucu elde edilen bilirkişi raporunun karşı tarafça itiraza uğraması sonucu hükme esas alınamayacağı yönündeki içtihatların bu denli sert uygulanması ne yazık ki delil tespit kurumunun var oluş amacına aykırılık teşkil etmektedir. Anılan karar kira sözleşmesinden kaynaklanan hor kullanma tazminatına ilişkindir. Delil tespiti yapıldıktan sonra ikame edilen asıl davadaki yargılama süresinde taşınmazın yeniden kiraya verilmesi kuvvetle muhtemeldir. Nitekim delil tespiti raporu 11.05.2011 havale tarihli olup, Yargıtay tarafından 27.6.2018 tarihinde bozma kararı verilmiştir. Yargıtay ilk derece mahkemesi kararını mümkünse mahallinde bilirkişi incelemesi yapılarak karar verilmesi gerektiğini belirtmek suretiyle bozmuştur. Aradan geçen süre zarfında taşınmazın üçüncü bir kişiye kiralanmış olma ihtimali göz önüne alınınca bozma sebebinin fiilen uygulanamayacağı tespiti yapılabilir.

2.2.4. Usul Ekonomisi

Medeni usul hukukuna egemen olan ilkelerden biri olan usul ekonomisi, Anayasa m. 141/4 ve HMK m. 30’da düzenlenmiş olup, yargılamanın amacına hizmet eden bu ilke çerçevesinde yargılamanın kolaylaştırılması, yargılamada öngörülen olağan zaman süresinin aşılmaması ve gereksiz gider yapılmaması amaçlanır²³².

Anayasa m. 141/4; *“Davaları en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”*; HMK m. 30; *“Hakim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini sağlamakla yükümlüdür.”* düzenlemelerini havidir.

²³¹ Yargıtay 3. HD., 27.6.2018 T., 2017/12042 E. ve 2018/7219 K. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (11.12.2018).

²³² Ejder YILMAZ, *“Usul Ekonomisi”*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Necip Bilge’nin Anısına Armağan, Ankara 2008, s. 243-274, s. 243.

Usul ekonomisi, yargılamanın makul giderle ve makul süre içerisinde kalite standartlarına uyan bir hizmetle düzenli bir biçimde yürütülmesidir²³³. Yargılamanın etkin bir şekilde sürdürülmesine hizmet eden usul ekonomisinde hakim kanunların öngördüğü düzen çerçevesinde yargılamayı kolaylaştırması, gereksiz zaman kaybına ve gereksiz masrafa sebebiyet vermeden karar vermesi sağlanmaktadır²³⁴. Usul ekonomisi, yasalarda öngörülen düzenlemeler kapsamında yargılamanın kolaylaştırılmasını, karmaşık hale getirilmemesini; yargılamada öngörülen olağan sürenin aşılmamasını ve gereksiz gider yapılmamasını amaçlar ve bu konuda hakime bir görev yükler²³⁵.

Yargıtay kararlarına göre, usul ekonomisi, adaletin ucuz, çabuk ve isabetli olarak sağlanmasının temel kurallarındandır²³⁶. Bunun yanı sıra Yargıtay kararlarında temelinde basitlik, hızlilik ve ucuzluk kavramlarının yer aldığı ve her davada uygulama kabiliyeti bulunan usul ekonomisi ilkesinin mahkemeye ve taraflara acelecilik ve yargılamayı basite indirgeme sonucunu doğuracak şekilde sınırsız özgürlük sağlamadığı da vurgulanmıştır²³⁷.

Usul ekonomisi ile tarafların iddia ve savunmalarının en makul ve kabul edilebilir şekilde değerlendirilerek bir karar verilmesi amaçlanır. Yargılamanın uzaması durumunda kişilerin, hukuki himayeye ve hukuk düzeninin etkilerine olan güvenleri zedelenir. Nitekim çok geç gelen bir hükmün çoğu zaman yargılama ile bir ilgisi kalmamakta ve bu kararların icrası ile hakkın elde edilmesinden ziyade madden bir haksızlık yaratılmasına sebebiyet verilmektedir.

Günümüzde yargılamaların çok uzun sürdüğü bilinen bir gerçekliktir. Bu durumun birçok sebebi olduğu gibi en önemli sebeplerinden biri de dava sayısının çokluğudur. Dava

²³³ Cumhuriyet RÜZGARESEN, “Usul Ekonomisi İlkesinin İhlaline Karşı Başvuru Yolları”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, MİHBİR Özel Sayısı, Yıl 2014, S. 2, Cilt 4, s. 173-214, s. 174.

²³⁴ YILMAZ, Usul Ekonomisi, s. 244-245.

²³⁵ YILMAZ, Usul Ekonomisi, s. 250.

²³⁶ “...Gerçekten kural olarak duruşma sırasında ileri sürülmeyen kanıtların temyiz aşamasında nazara alınması mümkün değildir. Ne var ki, olayda davacı davanın açılmasından itibaren her aşamasında ısrarla davalı ile aralarında düzenlenmiş yazılı bir sözleşmenin varlığını işeri sürmüştü ve bunun T. Bankasında olduğunu bildirmiştir. Davalı taraf ise aradaki anlaşmanın sözlü olduğunu savunmaktadır. Ancak T. Bankasından istenen sözleşme örneği bulunmadığı için gönderilmemiş yalnızca imzasız bir belge mahkemeye verilmiştir. Davacı ise sözleşmenin bankaca gönderilmesinin davalının yakınlarıca engellendiğini ileri sürerek karar düzeltme aşamasında içeriği itibarıyla imzasız örneğinin hemen aynı olan yazılı sözleşmeyi ibraz etmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu sözleşme duruşma sırasında açıklıkla bildirilmeksizin temyiz aşamasında ibraz edilmiş değildir. Varlığı ve bulunduğu yer dava safahatında ısrarla ifade edilmiştir. Kaldı ki, adaletin ucuz, çabuk ve isabetli olarak sağlanması temel usul kurallarındandır. Bu konuda usul ekonomisinin de gözetilmesinin izahtan varestedir. Bu itibarla davacı tarafından ibraz edilen yazılı sözleşmenin sıhhatinin tahkiki ve gerekli inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi icap eder. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır...” Yargıtay HGK. 10.4.1991 T., 1991/15-91 E., 1991/202 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.12.2018).

²³⁷ Yargıtay HGK 15.02.2017 T., 2015/917 E., 2017/265 K., (Yargıtay Karar Arama) (09.12.2018).

sayısının çokluğu mahkemelerin iş yükünü arttırdığı için davaların uzamasına sebebiyet vermektedir. Hukuk davalarında yargılamanın hızlandırılması için gerekli tedbirlerin alınması önemlidir²³⁸.

Delil tespiti ile ileride kaybolması veya ileri sürülmesi önemli ölçüde güçleşecek olan vakıa ve deliller tespit edilmekte, esas davada delillerin inceleme sırası geldiğinde bu vakıa ve delilin mahkeme tarafından yeniden araştırılmasına gerek kalmaksızın ileri sürülmesi ve böylelikle kaybolması muhtemel bir delilin esas yargılamada ileri sürülebilmesi için geçecek olan süreden tasarruf edilmesi suretiyle, yargılama bir anlamda hızlandırılmakta ve usul ekonomisine hizmet edilmektedir.

Aşağıda detaylıca açıklanacağı üzere İngiliz hukukunda kabul edilen dava öncesi disclosure usulü ile dava açılmadan önce yapılan tespitler ile dava açılmaksızın uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması ve tarafların yargılama masrafına ilişkin yüklerden kurtulması amaçlanmış olup, anılan düzenlemenin bu yönü itibariye usul ekonomisine hizmet ettiği görülmektedir.

Delil tespiti ile dava öncesi süreçte belirli hususlar açıklığa kavuşturulmakta, taraflar tespit edilen vakıa ve deliller sayesinde uyuşmazlığı dava açmadan önce çözüme ulaştırma ve yargılama masrafına ilişkin yüklerden kurtulma imkanı elde etmektedir. Ayrıca, yargılama aşamasında delillerin incelenme aşamasına gelene kadar kaybolma ihtimali bulunan hususlar delil tespiti ile muhafaza altına alınarak, esas davada bu delillerin elde edilmesi için geçecek olan süreden tasarruf edilmektedir. Delil tespiti kurumunun bu suretle usul ekonomisini sağlama fonksiyonu bulunduğu kabul edilmelidir.

²³⁸ Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: Baki KURU, “*Hukuk Davalarının Uzaması Sebepleri*”, Makaleler, İstanbul 2006, s. 99-116.; Baki KURU, “*Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler*”, Makaleler, İstanbul 2006, s. 117-139.

2.3. MUKAYESELİ HUKUKTA DELİL TESPİTİNE BENZER KURUMLARIN KANUNLARDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ VE ESAS ALINAN FONKSİYONLARI

2.3.1. Alman Hukukunda

ZPO m. 485²³⁹ vd. maddelerinde “Bağımsız Delil Prosedürü” başlığı altında düzenleme alanı bulan delil tespiti dava açılmadan önce delillerin ivedilikle elde edilmesini ve güvence altına alınmasını sağlayan bir yoldur. Bağımsız delil prosedürüne ilişkin düzenlemelerin normatif amacı hukuki problemlerden ziyade tarafların bir uyuşmazlığa uygulanacak olan kurallar bakımından uyuşmazlık içerisinde bulunduğu durumlarda davalardan kaçınmaktır²⁴⁰. Dolayısıyla bu kurum davanın hızlandırılmasını sağladığı gibi usul ekonomisinin gerçekleşmesine de yardım eder.

Alman hukukunda bilirkişi aracılığıyla belirli hususların tespitinin yapılabilmesi, yalnızca delilin hemen tespit edilmemesi halinde kaybolacağı yahut önemli ölçüde güçleşeceği ihtimallerinde değil, bir hususun “dava öncesinde” tespitinin gerekli olduğu durumlarda mümkün kılınmıştır. Delil tespit talebinde bulunan kimse delil tespit koşullarının oluştuğunu yaklaşık olarak ispat etmelidir. İspat araçlarının kaybolması ya da bunların sonradan kullanılmasının güçleşeceği durumlarda tarafların delil tespiti talebinde hukuki yararı bulunmaktadır. Böylelikle bir kişinin, bir zararın, bir malın dava öncesinde tespiti istenerek taraflar sulh olmaya yöneltilmekte ve tarafların dava açma olasılığı azalmaktadır²⁴¹.

Alman hukukunda Türk hukukundan farklı olarak delillerin şimdiden tespit edilememesi durumunda ileride kaybolacağı veya gösterilmesinin önemli ölçüde güçleşeceği durumlarda dahi delil tespiti için hukuki yararın varlığı ayrıca ortaya konulmalıdır. Delil tespiti talebinde bulunan kimsenin mevcut hukuki durumu dikkate alındığında bir başkasıyla uyuşmazlık içerisinde olması ya da böyle bir uyuşmazlığın beklenilmesi ve tespiti istenen

²³⁹ Alman medeni usul hukukunda ZPO m. 485 kapsamında delillerin muhafaza altına alınması için bağımsız delil prosedürü altında yer alan hükümlerin Birleşik Patent Mahkemesi Medeni Usul Kuralları’nda (Rules of Procedure of the Unified Patent Court) (UPCARoP) düzenlenen m. 192 ile öncelikli olarak karşılaştırılması gerektiği belirtilmiştir. Winfried TILMANN/Clemens PLASSMANN/Hans-Jürgen AHRENS, Unified Patent Protection in Europe, A Commentary, Part 2: Evidence, Chapter 4: Order to Preserve Evidence (Saisie) and Order for Inspection, Oxford University Press, Oxford 2018, s. 1944 vd..

²⁴⁰ Christian WOLF/Nicola ZEIBIG, Evidence in Civil Law – Germany, Maribor 2015, s. 18.

²⁴¹ Yavuz ALANGOYA/M. Kâmil YILDIRIM/Nevhis DEREN-YILDIRIM, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006, s. 210.

delillerin söz konusu uyuşmazlık açısından en azından muhtemelen kullanılabilir olması durumunda delil tespiti talebinde hukuki yararın bulunduğu kabul edilir²⁴². Delillerin yok edilmesinin ihtimal dahilinde olduğu durumlarda yasal sorunla sınırlı olmayan bir rapor hazırlanmak üzere mahkeme tarafından bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilebilir²⁴³.

Alman hukuku açısından bir talebin zamanaşımına uğrama tehlikesi ile karşı karşıya kalması durumunda hukuki yarar şartının gerçekleşip gerçekleşmediği tartışmalıdır. Alman hukukunda delil tespiti talebinde bulunulması zamanaşımını durdurduğundan konunun bu açıdan ele alınması doğru olacaktır. Alman hukukunda delil tespit talebinde bulunmak zamanaşımını durduracağından delil tespitinde hukuki yararın bulunduğu kabul edilebilir. Delil tespit dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edildiği tarih zamanaşımının durmaya başladığı tarihtir²⁴⁴. Ancak bu husus delil tespit talebinin belli bir kişiye karşı yöneltilmiş olması durumunda geçerlidir. Bir diğer deyişle delil tespit talebi belirli bir kişiye yöneltilmemişse bu durumda delil tespiti talebi zamanaşımını durdurmaz. Zamanaşımı delil tespiti dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edildiği tarihten itibaren 6 (altı) ay sonrasına kadar durur²⁴⁵.

ZPO m. 485'e göre, delil tespitinin konusunu sadece tanık beyanı, keşif ve bilirkişi raporu oluşturabilir. Ayrıca m. 485/2 uyarınca, asıl yargılamadan önce aşağıdaki hususların tespiti için bilirkişi raporu alınması kabul edilmiştir:

- bir kişi ya da şeyin durumu, değeri,
- kişisel zarar, maddi zarar veya maddi kusurun sebebi
- kişisel zarar, maddi zarar veya maddi kusurun ortadan kaldırılması için gerekli olan giderler

Nitekim bu yönde bir talepte bulunabilmek için talepte bulunan kimsenin delil tespiti yaptırmakta hukuki yararının bulunması gerekmektedir. Bu tespitin ileride açılması planlanan davayı önleyebileceği kestiriliyor ise hukuki yarar şartı gerçekleşmiş sayılır. ZPO m. 485/2

²⁴² AKİL, s. 14., dn. 52'den naklen: ZÖLLER/HERGET, s. 1057.

²⁴³ Burkhard BASTUCK/Burkard GÖPFERT, "Admission and Presentation of Evidence in Germany", Loyola of Los Angeles International And Comparative Law Journal, Los Angeles 1994, s. 609-627, s. 618.

²⁴⁴ AKİL, s. 29., dn. 114'den naklen: Hans Joachim MUSLELAK/Micheal HUBER, Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, München 2002, s. 1070.

²⁴⁵ ARSLANDOĞAN, Delil Tespiti, s. 27.

uyarınca yapılacak olan delil tespiti sayesinde hukuki ihtilafın sona erdirilmesi nedeniyle hukuki yarar asıl davanın açılmasının engellenecek olmasıdır²⁴⁶.

Alman hukukunda delil tespiti talebi üzerine bilirkişi raporu alınmışsa mahkemenin bir daha bilirkişi raporu aldırması ancak eski raporu yetersiz bulması ya da önceki bilirkişilerin haklı olarak reddedilmesi durumlarında söz konusu olup²⁴⁷, böylelikle birbiriyle çelişkili raporların oluşmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Alman hukukunda dava açılmadan önce yapılacak olan delil tespiti asıl davanın görüleceği mahkemeden talep edilmelidir. Dolayısıyla asıl dava hangi mahkemede açılacaksa delil tespitinde o mahkeme yetkilidir. Asıl davanın açılacağı mahkemenin belirlenmesi asıl meselenin somut bir şekilde ortaya konulmasını gerektirir. Bu nedenle asıl mesele delil tespitinde yeterince açık bir şekilde belirtilmelidir. Nitekim yetkili mahkeme tespit talebinde bulunan tarafın açıklamalarına göre belirlenecektir²⁴⁸.

HMK m. 401 uyarınca, henüz dava açılmamış olan hallerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilir. Ancak ZPO m. 486'da acele hallerde sulh hukuk mahkemesinden delil tespiti talebinde bulunulabileceği düzenleme altına alınmıştır²⁴⁹.

Delil tespit talebi dilekçe ile yapılır ve mahkeme kayıt defterine kaydedilir. Delil tespit dilekçesinde hangi hususların bulunması gerektiği ZPO m. 487'de düzenlenmiştir. Buna göre; dilekçe içeriğinde aşağıdaki unsurların yer alması gerekir:

1. Karşı tarafın tanımlanması,
2. Elde edilmesi talep edilen delillere ilişkin vakıa ve durumların tanımlanması,
3. ZPO m. 485'e göre elde edilebilecek delillere dair araçların tanımlanması ve varsa tanık isimlerinin belirtilmesi,

²⁴⁶ ARSLANDOĞAN, Delil Tespiti, s. 116.

²⁴⁷ ZPO Bölüm 412, (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html) (13.12.2018).

²⁴⁸ ASLAN, Görevli ve Yetkili Mahkeme, s. 251 dn 19'dan naklen: Manfred CUYPERS, Das Selbstaendige Beweisverfahren in der Juristischen Praxis, NJW 1994/31, s. 1985-1992, s. 1986.

²⁴⁹ HMK m. 401 uyarınca acele bir halin varlığı söz konusu olmasa dahi Türk hukukunda delil tespiti sulh hukuk mahkemesinden istenebilecektir. Bu düzenleme doktrinde eleştirilmiş olup, tespit yapılmasını gerektirecek acele bir halin bulunmadığı durumlarda doğrudanlık ilkesinin ihlal edilmemesi adına delil tespitinin mutlaka asıl davayı görecektir olan mahkemeden talep edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. AKİL, s. 21.

4. Bu delillerin tespiti yolunun geçerliliği ve gerekliliği ile mahkemenin bu konudaki yetkisinin yaklaşık olarak ispatı.

Delil tespitinde kural olarak karşı tarafın gösterilmesi gerekir. Ancak karşı tarafın gösterilmesinin mümkün olmadığı durumlarda ZPO m. 494 uyarınca delil tespiti talebinde bulunan kimse karşı tarafın belirtilmesinde kusurlu olmadığını yaklaşık olarak ispat etmelidir. Aynı zamanda delil tespiti için başvuruda bulunulan mahkemenin esas davaya bakmaya görevli olduğu delil tespiti dilekçesi ile yaklaşık olarak ispat edilmelidir. Nitekim yukarıda izah edildiği üzere dava açılmadan önce yapılacak olan delil tespitinde görevli mahkeme asıl davanın görüleceği mahkemedir ve dolayısıyla delil tespiti talebinde bu husus somut bir şekilde ortaya konulmalıdır.

Mahkeme tarafından şartların oluştuğuna kanaat getirilirse delil tespitine karar verilir. Delil tespit kararı gerekçeli olmalıdır ve tanık dinlenilmesine karar verilmiş ise bu kararda dinlenecek tanıklara ya da bilirkişi incelemesi yapılacak ise bilirkişi isimlerine yer verilir ve karar itiraz edilebilir nitelikte değildir (ZPO m. 490).

Mahkeme tarafından delil tespiti yapılmasına karar verilmesi durumunda bu karar ile delil tespiti talebine ilişkin dilekçe karşı tarafa bildirilir ve karşı tarafın haklarını koruyabilmesi için delil tespitine katılması gerektiği belirtilir (ZPO m. 491/1). Karşı tarafa bu şekilde bildirim yapılmaması delillerin tespit edilmesine engel oluşturmaz (ZPO m. 491/2).

Delillerin tespitinde o delilin elde edilmesine ilişkin hükümler uygulanır (ZPO m. 492/1). Tespiti talep olunan deliller delil tespitine karar veren mahkeme tarafından kayda alınır (ZPO m. 492/2). Mahkeme tarafların anlaşma ihtimalinin varlığına kanaat getirirse her iki tarafı duruşmaya çağırır ve bir anlaşma olması durumunda bu husus kayıt altına alınır (ZPO m. 492/3). Bu gibi durumlarda alınan bilirkişi raporu taraflara uzlaşma temeli oluşturarak uyuşmazlığı çözebilir²⁵⁰.

Delil tespiti tarafların huzurunda yapılmış ise delil tespiti sonucunda elde edilen deliller asıl davada elde edilmiş deliller gibi işlem görür, o delillere dayanılabilir. Karşı taraf delil tespiti işlemi esnasında hazır bulunmamış ise yalnızca delil tespiti işlemi esnasında hazır bulunan taraf delil tespiti sonucunda elde edilen delillere dayanabilir (ZPO m. 493/2).

²⁵⁰ WOLF/ZEIBIG, s. 18.

ZPO uyarınca da deliller kendileri hakkındaki usul hükümlerine göre tespit edilir ve resmi tatil günleri ve tatil esnasında delil tespiti yapılması mümkündür. Delil tespiti ZPO m. 492 doğrultusunda genel hükümlere göre yapılacaktır. Dolayısıyla hem karşı tarafın hem de üçüncü kişilerin delil tespiti kapsamında yapılacak olan keşfe veya bilirkişi incelemesi konusunda mahkemenin vereceği kararlara ZPO m. 144/1 uyarınca uyması gerektiği söylenebilir.

ZPO m. 494/1 uyarınca, karşı taraf gösterilmeksizin yapılan delil tespiti taleplerinde delil tespiti talebinde bulunan kişinin dilekçesinde kendi kusuru olmaksızın karşı tarafın gösterilemediğini kuvvetle muhtemel derecede ispat etmesi durumunda dilekçe geçerli sayılır²⁵¹. Yine Alman Usul Kanunu m. 494/2'e göre, karşı tarafın gösterilemediği durumlarda hakim bilinmeyen tarafın haklarının korunması bakımından ona bir temsilci atanmasına karar verebilir ve delil tespiti bu suretle gerçekleştirilir.

Alman hukukunda delil tespiti talebi reddedilen kimse, ZPO m. 567/1 uyarınca şikayet yoluna başvurabilir. Delil tespiti talebinin kabul edilmesi durumunda ise ZPO m. 490/2 uyarınca bu kararın iptali kabil değildir. Dolayısıyla delil tespiti talebinin kabul edilmesi durumunda başvurulacak herhangi bir hukuki yol bulunmamaktadır.

Taraflardan biri davadan önce delil tespiti talebinde bulunmuş ise, ZPO m. 494a uyarınca mahkeme karşı tarafın talebi üzerine delil tespiti talebinde bulunana davasını ikame etmesi için bir süre verir. Bu süre içerisinde davanın açılmaması durumunda ise tespit talebinde bulunan karşı tarafın yaptığı masrafları ödemeye mahkum edilir. Dolayısıyla bu şekilde karşı taraf yapmış olduğu masraflar bakımından icrası mümkün bir karar elde etmektedir.

Alman hukukunda delil tespitinin asıl davaya ne şekilde etki edeceği konusu ZPO m. 493/1'de düzenlenmiştir. İlgili madde taraflardan birinin delil tespiti sırasında toplanan delile ilişkin vakıya dayanması durumunda bu delilin aynı asıl davaya bakan mahkemede toplanmış bir delil gibi değerlendirileceğini hükme bağlamaktadır.

Alman hukukunda 1.4.1991 tarihinde kabul edilen Yargı Hizmetleri Basitleştirme Kanunu ile delil tespitinin delilleri güvence altına alma fonksiyonu, uyuşmazlıkların davaya

²⁵¹ KURU, Cilt 4, s. 4439, dn. 49.

dönüşmesini önleme fonksiyonuna nazaran biraz daha geri plana atılmıştır. Getirilen düzenleme ile delil tespiti talebinde bulunan taraf tespitin sonuçlarını değerlendirmek suretiyle ileride açmayı düşündüğü davada başarı ümidinin bulunup bulunmadığını göreberek ona göre hareket etmektedir²⁵². Bu durum da ileride açılması muhtemel olan dava sayılarının ve dolayısıyla mahkemelerin iş yükünün azalmasını beraberinde getirmektedir.

2.3.2. Fransız Hukukunda

Fransız hukukunda tahkikatın daha sağlıklı yürütülmesi ve hükme tesiri olacak unsurların dış faktörlerden olumsuz bir şekilde etkilenmesinin önlenmesi amacıyla birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Bu doğrultuda Code de Procédure Civile'nin (Fransız Medeni Usul Kanunu) ("CPC") "Décisions Ordonnant des Mesures d'instruction" başlığı altında düzenlenen ve tezimiz içeriğinde "Tahkikat Önlemleri" olarak adlandırılacak olan 143. madde ve devamında tahkikat önlemleri genel olarak düzenlenmiş ve daha sonra bu önlemler göz önüne alınarak özel hükümler belirlenmiştir. Delil tespiti dava aşamasında ya da dava açılmadan önce olumsuz şekilde etkilenebilecek olan unsurların güvence altına alınmasını sağladığından, bu kurumun tahkikat önlemleri başlığı altında incelenmesi yanlış olmaz²⁵³.

Tahkikat önlemlerine taraflardan birinin ya da hepsinin talebi üzerine veya re'sen hakim tarafından karar verilebilir (CPC m. 144 – m. 145). Bu kapsamda; CPC m. 144'e göre, hakim davanın esası hakkında karar vermek için yeterli malzeme bulunmadığı durumlarda tahkikat önlemlerine hükmedebilecektir.

CPC m. 145; "*Uyuşmazlığın çözümüne bağlı olan bir vakıanın delillerinin davanın açılmasından önce muhafaza altına alınması veya tespit edilmesi için meşru bir gerekçe bulunmakta ise ilgili tarafın vereceği bir dilekçe ile veya seri yargılama usulü ile yasal olarak kabul edilebilir tüm tahkikat önlemleri karara bağlanabilir.*" şeklindedir ve anılan düzenleme yargılamadan önce delillerin toplanması için çok yararlı olan bir çeşit delil sunulma yöntemidir²⁵⁴. Taraflardan biri talebini destekleyen hususların var olup olmadığını tespit

²⁵² AKİL, s. 6. dn. 17'den naklen: Walter HEINTZMANN, Der Streitwert des Beweissicherungsverfahrens (NJW 1970/47, s. 2097-2098), s. 2097.

²⁵³ YAVAŞ, s. 66-67.

²⁵⁴ Adriana ALMAŞAN/Peter WHELAN/Rafeal AMARO, "Recent Developments in the Application of Articles 101 and 102 TFEU by French Courts", The Consistent Application of EU Competition Law, Cham 2017, s. 221-242, s. 228.

açısından dava açılmadan önce hakimden bir delil duruşması yapmasını talep edebilir²⁵⁵. Anılan madde HMK m. 400 ile benzerlik arz etmektedir. Nitekim davanın açılmasından önce uyuşmazlığın çözümü açısından önemli olan bir vakıya ilişkin delilin önceden muhafaza altına alınması ve tespit edilmesi CPC m. 145’de açıkça düzenlenmiştir. CPC’de yer alan bu düzenleme ile tahkikat önlemlerinde Türk hukukunda delil tespitinde olduğu gibi delillerin önceden tespit edilmesi ve korunmasına ilişkin fonksiyonun esas alındığını söylemek mümkündür. CPC m. 145 kapsamında davanın açılmasından önce delillerin muhafaza altına alınması veya tespit edilmesi için meşru bir gerekçenin varlığı aranmaktadır. Uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir vakıya dair delillerin dava açılmadan önce tespit edilmesi taraflardan birinin mahkemeye sunacağı dilekçe veya seri yargılama usulü kapsamında gerçekleştirilecektir. Bu madde uyarınca meşru bir sebebin varlığı halinde ve tahkikat önleminin yasal olarak kabul edilebilir olduğu durumlarda tahkikat önlemine karar verilebilir. En başından beri, birçok mahkeme 145. maddeyi uygulamakta oldukça serbest ise de; son zamanlarda tahkikat önlemlerine hükmedilmesine ilişkin şartlar önemli ölçüde kısıtlanmış ve hatta Paris mahkemeleri sınırları aşmaya, iddialara göre CPC dışına çıkmaya başlamıştır²⁵⁶.

CPC m. 146/1’e göre, bir vakıya ilişkin tahkikat önlemine ancak davayı açan tarafın onu kanıtlamaya ilişkin delili olmadığı takdirde hükmedilebilir. CPC m. 146/2 ise hiçbir durumda delilin idaresinde tarafın başarısızlığını bertaraf etmek için tahkikat önlemine başvurulamayacağını düzenleme altına almaktadır.

Hakim uyuşmazlığın çözümü açısından yeterli gördüğü tedbire basit ve maddi açıdan en az yük getirecek olmasını da dikkate alarak karar verebilir (CPC m. 147). Hakim birden çok tahkikat önlemini birleştirebileceği gibi, tahkikat önleminin icrası sırasında dahi her zaman daha önce karar verilen bir tahkikat önlemine başka bir tahkikat önlemi ekleyebilir (CPC m. 148). Hakim aynı zamanda tahkikat önleminin kapsamını genişletebilir veya sınırlayabilir.

Tahkikat önlemlerine ilişkin kanun yollarına dair düzenleme CPC m. 150’de hüküm altına alınmıştır. Şöyle ki; tahkikat önlemine yol açan veya tahkikat önlemimi değiştiren

²⁵⁵ Benjamin West JANKE/François-Xavier LİCARİ, “The French Revision of Prescription A Model for Louisiana?”, Tulane Law Review, November 2010, s. 1-53, s. 45-46.

²⁵⁶ Antoine MASSON/Mary J. SHARİFF/Thibault DU MANOİR DE JUAYE, “Evidence Collection as a Legal Resource for Strategy: A French and European Perspective”, Legal Strategies How Corporations Use Law to Improve Performance, Heidelberg 2010, s. 353-369, s. 357.

kararlara ve bunlara ilişkin red kararlarına karşı kanun yolunun açık olmadığı bu maddede açıkça belirtilmiştir. Söz konusu maddeye göre, tahkikat önlemlerine ilişkin olarak alınmış olan her türlü karara karşı kanun yolu kapalıdır. Bir diğer deyişle tahkikat önlemine ilişkin kararlara karşı esas hakkında verilen karara yapılacak olan itirazdan bağımsız olarak tek başına kanun yoluna başvurulamaz. Yalnızca kanunda belirlenen özel durumlarda bu kararlara karşı itiraz kanun yolu açıktır. Bunun yanı sıra seri yargılama ile tahkikat önlemine karar verilmiş ise bu karara karşı itiraz yolu açık olduğu gibi tahkikat önleminin icrası ile ilgili kararlara karşı da itiraz yolu açıktır²⁵⁷. Davanın esası hakkındaki karardan bağımsız olarak temyize tabi tutulamayacak durumlarda karar dosya içerisinde basit bir form olarak yer alır ya da duruşmada kayda alınır (CPC m. 151). Yargılama devam ederken tahkikat önlemlerine ilişkin olarak verilen veya değiştirilen kararlar tebliğe çıkarılmaz ve aynı durum bunlara ilişkin red kararları için de geçerlidir (CPC m. 152/1). Mahkeme katibi karar gıyabında veya yokluğunda açıklanan taraflara kararın bir nüshasını gönderir (CPC m. 152/2). CPC uyarınca tahkikat önlemi kapsamında karşı tarafın gıyabında verilen kararların bir örneğinin karşı tarafa gönderilmesine dair düzenleme ile tarafların adil yargılanma hakkının koruma altına alındığı görülmektedir. Nitekim bir kimsenin yokluğunda verilen kararın ilgisine gönderilmesi suretiyle o kişiye, hakkında verilen kararı öğrenme imkanı tanınarak adil yargılanma ilkesine hizmet edilir.

Tahkikat önlemine ilişkin karar hakimin esas hakkındaki kararı bakımından ihsası rey teşkil etmemelidir (CPC m. 153)²⁵⁸. Tahkikat önlemi bir hükmün veya bir kararın onaylı bir kopyasının incelenmesinde, her bir konuya uygulanacak kurallara göre hakimin veya tarafların inisiyatifinde gerçekleştirilecektir (CPC m. 154). CPC’de yer alan bu düzenleme ile Türk hukukundaki delil tespitine benzer şekilde her vakıa ve delilin kendisine ilişkin hükümler uyarınca tespiti ve incelenmesinin mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır.

2.3.3. Amerikan Hukukunda

Anglo-Amerikan hukukunda bir uyuşmazlığa ilişkin vakıaların getirilmesi ve delillerin toplanması “delilleri sunma, ortaya çıkarma/açığa çıkarma, ifşa” olarak

²⁵⁷ YAVAŞ, s. 70.

²⁵⁸ Türk hukukunda yargılama sırasında delilin inceleme aşaması gelmeden önce verilecek olan delil tespiti kararlarında mahkemenin esas hakkındaki kararını açıklamaması gerektiği belirtilmiştir. Nitekim HMK m. 36/1-b uyarınca hakimin davada iki taraftan birine veya üçüncü kişiye gerekmediği halde görüşünü açıklaması hakimin reddi sebebi kabul edilmiştir.

tanımlanabilecek olan discovery/disclosure müessesesi altında gerçekleşmektedir²⁵⁹. Delillerin sunulması ve ortaya çıkarılması olarak ifade edilebilecek olan discovery kavramı bu kurumun değişikliğe uğramadan önce kullanılan adı olup, Anglo-Amerikan hukukunda mevcutta daha genel bir anlam ifade eden ve “açıklama/açığa çıkarma, ifşa” şeklinde adlandırılabilir olan disclosure terimi kullanılmaktadır. Her iki terim de özünde dava malzemesinin araştırılması, ortaya çıkarılması ve ibraz edilmesi anlamına gelir²⁶⁰.

Federal Rules of Civil Procedure (Amerika Birleşik Devletleri Federal Medeni Usul Kuralları) (“FRCP”)’ün “Disclosures and Discovery” başlığı altında yer alan 5. bölümünün 26 ve 37. maddeleri arasında delil keşfi/delillerin açığa çıkartılması detaylı olarak düzenlenmiştir. Bu aşamada başvurulacak araçlar yeminli ifadeler, yazılı soru ve cevaplar, belgelerin sunulması talebi, fiziksel ve zihinsel muayene ve ikrar talepleridir. Söz konusu araçlara başvurma daha çok taraflar arasında gerçekleşmekte ve bu konuda hakimin müdahalesi en alt düzeyde kalmaktadır. Bunun yanı sıra hem delil talep edenin “ibraz emri” hem de kendisinden delil talep edilen tarafın “koruyucu tedbir” istemi ile mahkemeye başvurması mümkündür. Bu durumda mahkeme delil sunmaktan kaçınan tarafa delilleri sunması için ibraz emri verebileceği gibi, diğer tarafı taciz edecek şekilde delil talebinde bulunan tarafı da engelleyebilir²⁶¹.

Delillerin açıklanması ancak normal bir dava başladıktan sonra mümkündür. Fakat bu kuralın sınırlı istisnasını bir dava açmayı planlayan fakat bu davada tanıklık ya da delillerin “sürdürülebilirliği” için tam olarak hazır olmayan kimseye FRCP m. 27’de tanınan olanak oluşturur²⁶².

FRCP m. 27’yi incelemeye geçmeden önce bu kuralın tarihçesini ele almak doğru olacaktır. Şöyle ki; en azından klasik dönemden bu yana Amerikan hukukunda hukuk kurallarının bireysel adaleti sağlama açısından yetersiz kaldığının sabit olduğu durumlarda davacıların adaletin temini için üst mahkemeye başvurduğu ifade edilmiştir. Örneğin, 1672’de

²⁵⁹ Pejovic CASLAV, Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal, Victoria University of Wellington Law Review, vol. 69, 1981, s. 831.

²⁶⁰ Fulya TEOMETE YALABIK, İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanması Hakimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Ankara 2012, s. 260.

²⁶¹ Mustafa GÖKSU, ABD ve İngiliz Hukuklarında Discovery ve Disclosure Kurumları ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Konu ile İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Şubat 2017. www.dahaiyyargi.org (01.12.2018).

²⁶² Howard M. WASSERMAN, Civil Rights Plaintiffs and John Doe Defendants: A Study in Section 1983 Procedure, 25 Cardozo L. Rev. 793, December 2003, s. 799.

Francis Mason, yeni dul kalmış halasından öğrendiğine göre, amcasının vasiyeti üzerine halasının ölümü doğrultusunda kendisine birtakım mülk bırakılacaktır ve fakat bu hakkı halasının çocuklarıyla yarışmaktadır. Kanun mahkeme önünde vasiyet açılana kadar, Francis'e vasiyetin haklılığı bakımından tanık ifadelerinin alınması için izin vermemekte ve aynı zamanda vasiyet halası ölene kadar tartışmaya açık bulunmamaktaydı. Francis mirasın açılmasından önce tanıkların ölmesinden endişe ediyordu. Francis bunun üzerine, muhtemel hukuki uyuşmazlıklarda tanıkların ifadesinin alınamamasına binaen bu ifadelerin önceden tespit edilerek kalıcılığının sağlanması için mahkemeden talepte bulundu. Bu yönde bir kural bulunmamasına rağmen, adaletin bu şekilde temini -beklenen bir davanın delillerinin elde edilmesi ve korunması- medeni hukukun yanı sıra kamu hukukunda da kullanıldı. Günümüzde Amerikan hukukunda adaletin bu şekilde elde edilmesi FRCP m. 27'de hüküm altına alınan kural ile kendini bulmuştur²⁶³.

Tezimizin konusunu oluşturan delil tespitine benzerlik arz eden düzenleme FRCP m. 27'de "tanık ifadesinin sürdürülebilirliği/kalıcılığının sağlanması/devam ettirilmesi" olarak ifade edilmesi mümkün olan "depositions to perpetuate testimony" başlığı altında yer almaktadır. Bu düzenleme ile delillerin dava başlamadan önce muhafaza altına alınarak kalıcı olması bir diğer deyişle tanık ifadesinin gelecekte sürdürülebilirliği amaçlanır. FRCP m. 27'de yer alan düzenleme bundan sonra "dava öncesi perpetuation" olarak anılacak olup, bu yola daha çok dava öncesinde tanıkların dinlenilmesi, tanık ifadelerinin kalıcılığının sağlanması için başvurulduğu söylenebilir.

Dava öncesi perpetuation'ın temel amacı dava açılmadan veya temyiz başvurusunda bulunulmadan önce tanık ifadelerinin muhafaza altına alınmasıdır²⁶⁴. FRCP m. 27'de düzenlenen metot olan dava öncesi perpetuation ileride açılacak bir davanın bulunduğu ve bu davada kullanılması planlanan tanık ifadesinin muhafaza altına alınmadığı takdirde var olmaya devam etmeyeceği yönünde bir riskin mevcut olduğu durumlarda uygulama alanı bulur²⁶⁵. İleride muhtemel bir davayla ilgisi olacağını düşünen kişi bu dava veya savunması kapsamında kullanılacağını düşündüğü tanık ifadelerinin veya ilgili delillerin dava açılmadan

²⁶³ Nicholas A. KRONFELD, The Preservation and Discovery of Evidence Under Federal Rule of Civil Procedure 27, 78 Geo. L.J. 593, February 1990, s. 593-594.

²⁶⁴ Moore's Answer Guide 1-6: Federal Civil Motion Practice, Chapter 6 Discovery, Part B: Moving to Seek or Oppose Discovery, s. 1. (www.lexisnexis.com)

²⁶⁵ Moore's Manual, Federal Practice and Procedure, Part V Pretrial Stage, Chapter 15, Discovery, Part II. Rules For Particular Methods of Discovery, s. 1. (www.lexisnexis.com)

önce toplanmasını talep edebilir²⁶⁶. Dava öncesi perpetuation ancak bu yola başvurulduğunda yargılamanın gecikmesine veya sekteye uğramasına engel olunacak ise kabul edilir. Bu yola başvuran taraf dilekçesinde tanık ifadesi veya tespiti istenen delilin müstakbel dava için gerekli olduğunu ve dava öncesinde bu deliller muhafaza altına alınmazsa kaybolacağını ortaya koyması gerekir. Nitekim, bir dava açılması veya diğer hukuki işlemlerin başlaması beklenmeksizin derhal tanık ifadesi alınmadığı takdirde muhtemel bir davada ileri sürülme imkanının ortadan kalkacağı durumlarda bu yola başvurulacağı kabul edilmiştir²⁶⁷.

The Penn Mutual Life Insurance Company (“Penn”) v. United States of America and the Internal Revenue Service (“IRS”) arasında görülen bir yargılamada Penn, IRS’nin iki kilit personelinin ifadelerinin dava açısından kritik bir bilgi için dinlenmesi gerektiğini, henüz bir davaya dahil olmadıkları için rutin discovery işlemine başvuramadıklarını, bu nedenle FRCP m. 27 (a) kapsamında anılan iki personelin ifadeleri alınmadığı takdirde korunamayacağını, iki tanığın yaş, ikamet ve emekli olma durumları göz önüne alındığında asıl davada tanık olarak dinlenilmeme riski bulunduğunu belirterek ifadelerinin alınmasını talep etmiştir. District Court (Bölge Mahkemesi) ilk olarak talepte bulunanların salt gözlemden başka bir husus ileri süremediklerini, m 27 (a) uyarınca tanık ifadelerinin alınabilmesi için daha somut - örneğin ciddi bir şekilde hasta olma, ülkeyi uzun süreliğine terk etme- ve spesifik verilerin belirtilmesi gerekçesiyle talepte bulunanların taleplerini reddetmiştir. Penn tarafından anılan karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulmuş ve United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit (Amerika Birleşik Devletleri Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi) tarafından yapılan incelemede tanık ifadelerinin alınması için ifadenin kaybedilme tehlikesi altında olması gerektiği, ileri yaşın daha sonra açılacak davada anılan tanığın dinlenmesi açısından kesinlikle daha fazla risk teşkil ettiği, tanıklardan birinin yaşının 80 (şimdi 81) olduğunun açıkça belirtildiği ve yaşının asıl yargılama zamanına kadar tanıklık etmemesi için önemli bir risk olarak ileri sürüldüğünü, mahkemenin tanık olarak dinlenilmesi talep edilen kişinin kilit bilgilere sahip olup olmadığı konusunda daha fazla araştırma yapması gerektiğini,

²⁶⁶ Maryland Rules Commentary, Title 2. Civil Procedure, Chapter 400 Discovery, Sule 2-404 Perpetuation of Evidence, s. 1. (www.lexisnexis.com)

²⁶⁷ Penn Mutual Life Insurance Company v. United States, No: 94-5280, Decided: October 27, 1995. (<https://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1014756.html>) (10.12.2108).

tanıklardan biri için bölge mahkemesi kararının onaylanmasına ancak diğer tanık için daha fazla araştırma yapılmak üzere bölge mahkemesine geri gönderilmesine karar vermiştir²⁶⁸.

Anılan kararda dava önce perpetuation'ın kabul edilebilirliği için dinlenilmesi talep edilen tanıkların müstakbel bir davada kilit konumunda bulunmasının önem arz ettiği ve FRCP m. 27 kapsamında talebin kabul edilebilirliği için bu kişilerin yaş, ikamet ve emekli olma durumları göz önüne alınmalı ise de bu risklerin daha somut ve spesifik olarak ortaya konulması gerektiği belirtilmiştir.

Dava öncesinde tanık ifadelerinin ve delillerin sürdürülebilirliği için FRCP m. 27 kapsamında talepte bulunulabilecek ise de bu kuruma aşağıda yer verilen amaçlar için başvurulamayacaktır:

- Keşfin yerine geçmek
- Dava sırasında mümkün olmayacak keşfin icrası
- Şikayette kullanılacak olguları keşfetmek
- Ayrıcalıklı veya korunan bilgileri elde etmek
- Ceza davalarında kullanılacak bilgileri hileli olarak elde etmek
- Bir eylemin amacının var olup olmadığının tespit edilmesi ve var ise bu amacın kime yöneldiği
- Delili ortaya çıkarmak için bir araç olma²⁶⁹

FRCP m. 27/a'da yer alan talep yardımcı bir süreç olarak ayrı bir eylem olmadığı gibi halihazırda bağımsız bir federal yargı yetkisi esasını da gerektirmez²⁷⁰.

Mahkeme dava öncesinde bir kimsenin tanık olarak ifadesine başvurulmasının/ifadenin sürdürülebilirliğinin önemli olduğuna karar verirse, o kişinin yalnızca yazılı ifade vermesi dışında aşağıda sayılanlardan herhangi birini yapmasına da karar verebilir:

- Maddi şeylerin denetimi, kopyalanması, test edilmesi ve örneklendirilmesine izin verme,

²⁶⁸ <https://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1014756.html> (10.12.2018).

²⁶⁹ Moore's Answer Guide1-6, s.1.

²⁷⁰ Moore's Manual, s.1.

- Arazi veya başka bir mülke giriş izni,
- Yazılar, çizimler, grafikler, çizelgeler, fotoğraflar, telefon kayıtları ve telifle ilişkin diğer verileri içerdiği gösterilen belgelerin üretilmesine ve muayene ile kopyalanmasına müsaade etme veya
- Fiziksel veya ruhsal muayene sunma²⁷¹.

Dava öncesi perpetuation talebinin kabul edilmesi için talepte bulunan kimsenin halihazırda mevcut olmayan veya daha önce görülmemiş olmakla birlikte muhtemel bir davanın tarafı olacağını ortaya koyması gerekir (FRCP m. 27/a-1-A). Bu konuda dilekçe sunan kişi dilekçesinde muhtemel dava konusunu tanımlamalı ve muhtemel dava konusu ile ilgisini açıklamalıdır (FRCP m. 27/a-1-B). Talepte bulunan tespit edilmesini istediği durumları ve bunların neden talep edildiğini dilekçesinde belirtmelidir (FRCP m. 27/a-1-C). Bu konuda dilekçe veren kişi, dilekçesinde bildiği/tespit edebildiği ölçüde müstakbel karşı tarafın adını veya talepte bulunanın öngörüsü uyarınca karşı taraf olabilecek kişileri ve onların adreslerini göstermelidir (FRCP m. 27/a-1-D). Dava öncesi perpetuation talebinde bulunan kimse her bir tanığın ismini, adresini ve tanıklıklarına ilişkin ana fikre dilekçesinde yer vermelidir (FCRP m. 27/a-1-E).

Dilekçe veren kişi dilekçesinde belirtmiş olduğu kişilerin yazılı ifadelerinin veya diğer delillerin tespit edilmesi için bu konuda yetkilendirildiğine dair mahkemeden bir karar almalıdır (FCRP m. 27/a-1). Yine tanık ifadelerinin dava öncesinde alınması için dilekçe veren kişi her bir müstakbel karşı tarafa talep dilekçesinin ekli olduğu bir ihbarname tebliğ etmeli ve ihbarnamede tanık ifadelerinin alınacağı yeri ve zamanı belirtmelidir. Bu bildirim karşı tarafa duruşma tarihinden en az 21 gün öncesinde yapılmış olmalıdır (FRCP m. 27/a-2). Dilekçe FRCP m. 4'te öngörülen herhangi bir yöntem ile sunulabilir. Dilekçe müstakbel karşı tarafın ikametgahının bulunduğu bölgede yer alan Amerika Birleşik Devletleri Bölge Mahkemesi'ne (District Court) sunulmalıdır. FRCP m. 27 uyarınca yapılacak olan dava öncesi perpetuation'da bölge mahkeme kuralları uygulama alanı bulur.

FRCP m. 27/c uyarınca, m 27'de düzenleme alanı bulan kural mahkemenin bir davadaki tanık ifadelerinin alınmasına ilişkin gücüne bir sınırlama getirmez. FRCP m. 27/c yalnızca m 27'de öngörülen aynı amaç doğrultusunda bağımsız davaların sürdürülebilirliğine

²⁷¹ Moore's Answer Guide1-6, s.1.

izin verecek şekilde yorumlanmalıdır ki bu amaç da ifadenin koruma altına alınması olup, muhtemel iddiaların araştırılması değildir²⁷².

FRCP m. 27’de yer alan düzenleme Türk hukukundaki delil tespit kurumu ile benzerlik göstermektedir. Anılan madde ile getirilen düzenlemeye göre halihazırda tanık ifadesi alınmadığı takdirde ileride açılacak olan bir davada tanık ifadesinin alınmasının mümkün olmayacağı dilekçede belirtilmelidir. Bu düzenlemeye daha çok dava öncesinde ileride kaybolacağından şüphe duyulan tanık ifadelerinin alınması için başvurulmaktadır. Türk hukukunda ise, taraflara delil tespiti kurumu sayesinde daha geniş imkanlar tanınarak keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep etme hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla FRCP m. 27’de yer alan düzenleme uyarınca genelde dava öncesinde tanık ifadesine başvurulabilecekken HMK uyarınca delil tespiti ile tanık ifadesinin yanı sıra keşif ve bilirkişi incelemesi gibi işlemlerin yapılmasına karar verilebilir. FRCP’de yer alan bu düzenleme ile Türk hukukuna benzer şekilde -delillerin muhafaza altına alınması, dava öncesinde tespit edilmesi ve bu suretle tarafların iddia ve savunmalarını ispata yardımcı olunması- tanık ifadelerinin muhafaza altına alınarak kalıcılığının ve asıl yargılamaya kadar sürdürülebilirliğinin sağlanması amaç edinilmiştir.

2.3.4. İngiliz Hukukunda

İngiliz hukukunda tarafların uyuşmazlığa dair belgelerini ortaya çıkarmaları, açıklamaları “ortaya çıkarma/ifşa etme” olarak tanımlanabilecek olan “disclosure” müessesesi ile gerçekleştirilmekte olup, Civil Procedure Rules (İngiliz Medeni Usul Kanunu) (“CPR”) m. 31.1.2.’ye göre, disclosure usulü sadece seri yargılama ve çok yönlü yargılama usullerinde uygulanabilmekte; ancak küçük taleplere dair yargılama usullerinde uygulanamamaktadır²⁷³.

Disclosure müessesesinin üç temel amacı bulunmaktadır²⁷⁴:

- Davaya ilişkin her türlü bilgiye eşit şekilde erişim sağlanması
- Uyuşmazlıkların çözümlenmesini basitleştirme

²⁷² Lonny Sheinkopf HOFFMAN, Access to Information, Access to Justice: The Role of Presuit Investigatory Discovery, 40 U. Mich. J.L. Reform 217, Winter 2007, s. 231. (www.lexisnexis.com)

²⁷³ TEOMETE YALABIK, s. 260-261.

²⁷⁴ TEOMETE YALABIK, s. 264, dn. 410’dan naklen: Neil ANDREWS, Civil Procedure, in Andrew Burrows, English Private Law, Oxford Scholarship Online 2013, s. 1347.

- Tarafların esas duruşmada sürpriz bir delille karşılaşmasını önleyerek duruşma tuzağı olarak adlandırılan usulden olumsuz etkilenmelerinin önüne geçmek.

CPR’de standart ve özel disclosure olmak üzere iki tür disclosure öngörülmektedir. CPR m. 31.5 uyarınca, hakim tarafından aksi belirtilmedikçe standart disclosure uygulanır. Standart disclosure’a göre taraflar yalnızca kendi dayandıkları belgeleri, kendi veya karşı taraf aleyhine olan ya da karşı tarafın iddiasını destekleyen belgeleri ve uygulama yönergeleri kapsamında belirtilebilecek diğer belgeleri sunmakla yükümlüdür²⁷⁵. CPR m. 31.12’de düzenlenen özel disclosure türünde ise disclosure usulüne başvuran taraf standart disclosure usulündeki sınırlamalara tabi değildir. Bu doğrultuda tarafların biri yargılamada bir belgeye dayanmış ancak davanın diğer tarafına anılan belge açıklanmamışsa kendisine ilgili belge açıklanmayan taraf mahkemeye başvurarak özel disclosure usulünün uygulanmasını talep edebilmektedir²⁷⁶.

İngiliz usul hukukunda taraflar arası birtakım uyuşmazlıklarda, yargılama süreci öncesinde, ihtilaf konusu hakkında tarafların birbirleri aleyhine sunacakları bütün ön delillerin sunulması, yargı sürecinin başlaması için gerekli yasal koşulların oluşup oluşmadığının hakim tarafından tespit edilmesi amacıyla dava öncesi disclosure müessesesi oluşturulmuştur²⁷⁷. Buna göre CPR’nin 31.16 maddesinde düzenleme alanı bulan dava öncesi disclosure müessesesi tezimizin konusunu oluşturan delil tespiti ile benzerlik göstermektedir. İlgili kanun maddesi uyarınca, henüz dava açılmadan önce muhtemel davacı muhtemel davalıya karşı elinde bulunan belgeleri sunması için mahkemeye başvurarak disclosure usulünün uygulanmasını talep edebilecektir²⁷⁸. Bu madde uyarınca tarafların müstakbel bir davanın muhtemel tarafları olmaları, taraflardan birinin mahkemeye başvurarak talepte bulunması, talep ettiği belge veya belge gruplarına neden ihtiyaç duyduğu konusunda mahkemeye delil sunması halinde mahkeme tarafından anılan belgelerin yargılama öncesinde açıklanması yönünde hüküm tesis edilebilir. Nitekim mahkeme dava öncesi disclosure usulünün “istenebilir” olup olmadığı

²⁷⁵ TEOMETE YALABIK, s. 265.

²⁷⁶ TEOMETE YALABIK, s. 265.

²⁷⁷ Neil ANDREWS, English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System, Oxford University Press, New York 2003, s. 613-623 (New York).

²⁷⁸ Hogan Lovells, Disclosure of Documents in Civil Proceedings in England and Wales, October 2018, s.5. (<https://www.hoganlovells.com/~media/disclosure-client-note.pdf>) (8.12.2018).

konusunda takdir yetkisine sahiptir²⁷⁹. Dava öncesi disclosure yöntemi ile muhtemel davacıların dava açıp açmamaya karar vermeleri ve dava açacaklarsa hangi tür dava ile nasıl bir yol izleyeceklerini öngörmeleri sağlanır²⁸⁰.

Bu yol ile tespit edilebilecek belgeler yalnızca asıl yargılamada tespiti mümkün olan belgelerdir. CPR’de yer verilen bu madde uyarınca asıl yargılamada tespit edilecek belgelerin mümkün olan tespitinden daha geniş bir tespit söz konusu olamaz. İlgili hükümlere aykırı davranarak tespiti yerine getirmeyen veya araştırma yapılmasına izin vermeyen taraf, bu deliller ile bağlantılı hususlardan yararlanamayacağı gibi mahkemede de diğer taraf lehine bir kanaat oluşur²⁸¹. Aynı zamanda taraflar dava öncesi disclosure müessesesini herhangi bir makul gerekçe olmaksızın reddederlerse yargılama masrafları üzerlerinde kalır. Ancak bu kural bu konuda müşterilerine karşı gizlilik yükümlülüğü bulan banka gibi taraflar açısından uygulama alanı bulmaz²⁸².

CPR’da düzenlenen bu müesseseye önceki uygulamalarda sadece yaralanma ve ölümle sonuçlanan ihtilaflarda başvurulmakta iken, Lord Woolf’un önerisiyle gerçekleştirilen yeni düzenlemelerde bu sınırlama kaldırılmış ve anılan kurumun uygulanabilirliği Yerel Mahkeme (Country Court) ya da Yüksek Mahkeme (High Court) takdirine bırakılmıştır. Ancak her somut olayda dava önce disclosure müessesesinin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin karar bu yola gidilmesinin taraflar ve yargılama süreci bakımından avantajlı olup olmadığının hakim tarafından takdir edilmesine bağlıdır. Lord Woolf dava öncesi disclosure müessesesinin “özel başvuru” yöntemine bağlı kalmak şartıyla bütün vakılarda uygulanabileceğini öngörmüşse de, söz konusu müessesenin sadece spesifik belgelerle sınırlı kalması gerektiğini, aksi takdirde nicelik itibarıyla herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulmamış özellikle komplike ticari nitelikteki davalarda meydana gelebilecek spekülasyon iddiaların yargı sürecini yavaşlatacağından bahisle büyük tehlikeler taşıdığına da belirtmektedir. Dolayısıyla, bu müesseseden usul ekonomisi bağlamında olumlu sonuç elde edilmesinin, ancak iddia kapsamı geniş olmayan ihtilaflarda mümkün olacağı ve buna ilişkin

²⁷⁹ Maria Astrup HJORT, “*Electronic Evidence in Control of and Adversely Affecting the Opposing Party: A Comparative Study of English and Norwegian Law*”, Digital Evidence and Electronic Signature Law Review, Vol 8, 2011, s. 76-91, s. 85. (<https://core.ac.uk/download/pdf/20117016.pdf>) (28.12.2018).

²⁸⁰ ANDREWS, New York, s. 614.

²⁸¹ GÖKSU, 2017.

²⁸² Hogan Lovells, 2018, s. 5.

değerlendirmenin hakimın takdir yetkisinde olduğu ifade edilmiştir²⁸³. Halihazırda dava öncesi disclosure uygulamalarına genellikle fiziksel yaralanmalara ilişkin kaza raporları veya hastane kayıtlarına ulaşma amacı ile ve muayene ihmallerine ilişkin davalarda başvurulmaktadır²⁸⁴.

İngiliz hukukundaki bu müessesenin temel amacı, zaman ve maliyet açısından tarafların herhangi bir kayba uğramadan ve hatta tasarruf ederek, usul ekonomisine uygun bir şekilde, aralarındaki ihtilafın çözülmesini sağlamaktır. Zira yasal düzenlemelere göre yeterli delil bulundurmayan ve dolayısıyla dava açılrsa dahi sonuçlanmayacağı başından belli olan ihtilaflarda, bütün sistemi yavaşlatacak ve tarafların kayıplarını artıracak yasal sürecin başlaması engellenerek, hızlı ve daha az yargılama giderleriyle tarafların zararlarının ivedilikle giderilmesi amaçlanmıştır²⁸⁵.

Dava öncesi disclosure ile muhtemel davacı dava açılmadan önce önemli belgelerin elde edilmesini sağlar ve bu suretle sonraki taleplerini ne şekilde ileri sürebileceğini, hakkını elde etmek için nasıl ilerlemesi gerektiğini öngörür. Tarafların yargılama masraflarından tasarruf edeceği ve uyuşmazlığın daha adil bir şekilde çözümlenmesi sağlanacağı için İngiliz usul hukukunda dava öncesi disclosure usulü kabul edilmiştir²⁸⁶.

Dava öncesi disclosure usulünde hakim tarafların yahut muhtemel tarafların dava konusu olabilecek dava malzemesi toplama yarışına girmelerine engel olarak bu usulün gereğine uygun ve ölçülü şekilde uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. Nitekim hakim Anglo-Amerikan hukukunda “*fishing rule*” olarak isimlendirilen tarafların ve muhtemel tarafların birbirlerine ait olan her türlü bilgi ve belgeye ulaşarak çoğunlukla gizli kalması gereken ticari bilgilere erişilmesinden ve yargılamanın çerçevesini genişletecek uygulamalardan kaçınılması gerektiğine dikkat çekmelidir²⁸⁷.

Adından da anlaşıldığı gibi yalnızca dava öncesinde mümkün olan dava öncesi disclosure usulü ile hedeflenen temel amaç davanın akıbetinin nasıl olacağına ilişkin olarak taraflarca bir öngörüye sahip olunmasıdır. İngiliz hukukunda düzenleme alanı bulan dava

²⁸³ ANDREWS, New York, s. 616-620.

²⁸⁴ ANDREWS, New York, s. 614.

²⁸⁵ Black v. Sumitomo Corporation, ANDREWS, s. 617-627.

²⁸⁶ <https://www.jdsupra.com/legalnews/pre-action-disclosure-moving-beyond-the-56239/> (9.12.2108).

²⁸⁷ TEOMETE YALABIK, s. 270.

öncesi disclosure usulü yalnızca dava öncesinde uygulama alanı bulmasına rağmen Türk hukukunda delil tespit kurumu dava öncesinde veya dava sırasında henüz inceleme sırası gelmemiş delillerin tespiti bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Türk hukukunda delil tespit kurumunun temel fonksiyonu dava açılmadan önce veya yargılama sırasında inceleme sırası gelmemiş delillerin korunması/güvence altına alınması iken İngiliz hukukunda dava öncesi disclosure usulünün temel amacı tarafların muhtemel davaya ilişkin bir öngörüye sahip olmalarına hizmet etmektir. Bir diğer deyişle Türk hukukunda delil tespitinin yalnızca delilleri güvence altına alma fonksiyonu esas alınmış ancak davaları önleme fonksiyonu bir anlamda göz ardı edilmiştir.

Dava öncesi disclosure usulünü gerçekleştirmesi emredilen taraf veya üçüncü kişinin bilgisi olmadan dava öncesi disclosure usulüne başvurulmamaktadır²⁸⁸. Türk hukukunda HMK m. 402/3 uyarınca, delil tespitinin karşı tarafa tebliğ edileceği bir diğer deyişle delil tespitinin karşı tarafın bilgisi dahilinde yapılacağı kabul edilmiş ise de; istisnai olarak talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunlu olan hallerde karşı tarafa tebligat yapılmaksızın delil tespiti gerçekleştirilebilir. Ancak karşı tarafa savunma hakkı tanıma bakımından bu şekilde yapılacak tespit sonrasında tespit tutanağı ve bilirkişi raporunun bir örneğinin karşı tarafa tebliğ edilmesi gerektiği HMK'da düzenlenmiştir.

Gerek dava öncesi disclosure usulüne gerekse delil tespitine mahkemece re'sen karar verilmemekte her iki usulde de tarafların mahkemeye bu konuda başvuruda bulunması gerekmektedir. Türk hukukunda delil tespitine karar verebilmek için tarafların bu konuda hukuki yararı bulunmalıdır. Dava öncesi disclosure usulünde de talebin ölçülü olması önem arz etmekte ve hakim bu kapsamda takdir hakkını kullanmaktadır. Bir diğer deyişle dava öncesi disclosure usulünde hakim her talebi doğrudan kabul etmemektedir²⁸⁹.

Türk hukukunda delil tespiti ile elde edilen deliller hakim tarafından anılan delilin kanuni veya takdiri delil olmasına göre incelemeye tabi tutulur. İngiliz hukukunda dava öncesi disclosure usulünde hakim delilleri herhangi bir sınıflandırmaya tabi tutmaksızın serbestçe değerlendirebilmektedir²⁹⁰.

²⁸⁸ TEOMETE YALABIK, s. 272.

²⁸⁹ TEOMETE YALABIK, s. 272.

²⁹⁰ TEOMETE YALABIK, s. 274.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DELİL TESPİTİNİN SONUÇLARI DELİL TESPİT KARARININ İCRASI VE MEDENİ USUL HUKUKUNDAKİ İLKELER KAPSAMINDA DELİL TESPİTİ

3.1.DELİL TESPİTİNİN SONUÇLARI

3.1.1. Genel Olarak

Delil tespiti talebi sonucunda, bu talep hukuka uygun görülürse delil tespiti yapılmasına karar verilir ve anılan karar sonrasında delil tespiti işlemi icra edilir. Delil tespiti işlemi neticesinde her iki taraf da delil tespitine itiraz edebilir. Yapılan delil tespitine itiraz edilmemiş ve delil tespiti tutanağı karşı tarafa tebliğ edilmiş ise delil tespiti esas davada delil olma niteliğini haizdir. Taraflardan her biri iddia ve savunmasını ispat etmek için delil tespiti sonucunda düzenlenmiş olan tutanağa dayanabilir.

Delil tespiti işlemi karşı tarafın yokluğunda yapılmış ise, delil tespiti tutanağı karşı tarafa tebliğ edilir. Tespit tutanağı usulüne uygun olarak kendisine tebliğ edilmiş karşı taraf bu tutanağa itiraz etmemiş ise delil tespitine dayanan taraf iddiasını delil tespiti dosyası ile ispat edebilecektir²⁹¹. Ancak Yargıtay tarafından verilmiş olan bir kararda, delil tespitine ilişkin karara, karşı tarafça itiraz edilmemiş olması açık bir kabul anlamı taşımadığından esas davada davalının delil tespiti raporuna itiraz hakkı bulunduğu belirtilmiştir²⁹². Ancak Yargıtay tarafından verilen bu karar itiraz edilmeyen delil tespiti kararlarının taraflar açısından kesinleşmiş sayılacağı yönündeki görüş²⁹³ ile çelişmektedir.

Delil tespiti asıl davadan önce talep edilmiş ise asıl davaya sunulmasıyla, asıl dava içerisinde talep edilmiş ise o davada kullanılmakla sonuç doğuracaktır.

²⁹¹ KURU, Cilt 4, s. 4467.

²⁹² "...Davalı tarafın mahkeme eliyle yaptırdığı tesbit işlemi, davacı tarafın gıyabında yapılmış ve tesbit raporu, davacının sigortalısı olan şirkete tebliğ edilmesine rağmen, bu şirket tarafından itiraza uğramamıştır. İtiraz etmeme hali, açık bir kabul anlamı taşımayacağından ve sigortalının halefi olan davacı şirket, açtığı bu davada kusura ve tesbit raporuna itiraz etmiş bulunduğu mahkemece, ayrıca bilirkişi incelemesi yaptırılarak hasil olacak sonuç dairesinde karar verilmek gerekirken, tesbit bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm tesisi doğru olmamıştır..." Yargıtay 11. HD., 20.1.1994 T., 1993/2950 E., 1994/230 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (08.09.2018).

²⁹³ KURU, Cilt 4, s. 4470.

3.1.2. Delil Tespitinin Asıl Dava Dosyasının Eki Sayılması

Delil tespiti kapsamında yapılmış olan işlemler ve delil tespiti dosyası HMK m. 405 uyarınca, asıl dava dosyasının eki sayılır ve onunla birleştirilir. Bu nedenle delil tespiti dosyasının mahkeme tarafından re'sen celp edilmesi gerekir²⁹⁴. Doğal olarak taraflar bir yargılama sırasında delillerin incelenme zamanı geldiğinde delil tespiti işlemi ile elde edilen delillere dayanarak iddia ve savunmasını ispat edebilir²⁹⁵. Delil tespiti dosyası ile asıl dava dosyası bir bütün oluşturmaktadır. Bu anlamda delil tespiti yolu ile elde edilmiş olan delillerin değerlendirilmesi ile bir yargılama esnasında inceleme zamanı gelmiş delillerin değerlendirilmesi bakımından bir farklılık bulunmamaktadır²⁹⁶. Daha önce açıklanmış olduğu üzere her türlü delilin tespiti talep edilebilir. HMK m. 404 uyarınca, delillerin tespit edilmesi ve tespit edilen delillerin değerlendirilmesi, kanunun her delil hakkında sevk ettiği hükümlere göre yapılır. Delil tespiti ile elde edilen deliller takdiri delil ve kanuni delil olmasına göre farklı şekilde değerlendirilirler ve iddia ve savunmanın ispatında buna göre rol oynarlar²⁹⁷. Medeni usul hukukunda deliller kesin deliller ve takdiri deliller olarak ikiye ayrılır. Bu ayrımın temelinde yatan hakimin yargılamaya getirilen deliller karşısındaki durumudur. Hakim bir delilin ilişkin olduğu vakıanın ispat edildiğini kabul etmek mecburiyetinde ise kesin delilin varlığından; hakim sunulan bir delili serbestçe değerlendirerek takdir etme durumunda bulunabiliyor ise takdiri delilin varlığından söz edilecektir²⁹⁸. Kesin deliller, ikrar, senet, yemin ve kesin hüküm; takdiri deliller ise tanık, bilirkişi, keşif, veya kanunda düzenlenmemiş delillerdir. Delil tespiti yolu ile elde edilen deliller kesin hüküm, senet gibi kesin delillerden ise hakim bu delillerin ilişkin olduğu vakıanın ispat edilmiş olduğunu kabul etmek mecburiyetindedir. Buna karşılık, delil tespiti yolu ile elde edilen deliller, keşif, bilirkişi

²⁹⁴ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 378.; YILDIRIM, s. 1711.; "...Delil tesbiti evrakı HUMK.nun 374. maddesi buyruğuna göre esas dava dosyasının eklerindedir. Bu dosya ilgili mahkemesinden getirtilip incelenmeden yazılı biçimde ve noksan tahkikatla karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." Yargıtay 15. HD., 10.5.1976 T., 1976/1220 E., 1976/2085 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (17.09.2018).

²⁹⁵ KURU, Cilt 4, s. 4464-4465.; AKİL, s. 48.; YAVAŞ, s. 131.

²⁹⁶ AKİL, s. 48.

²⁹⁷ AKYOL ASLAN, s. 111-112.

²⁹⁸ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 317.; "...İspat için başvuru araçları ifade eden deliller ise 6100 sayılı HMK'da senet, yemin, bilirkişi, keşif ve uzman görüşü olarak sıralanmıştır. Ancak sayılan bu deliller sınırlayıcı (tahdidi) olmayıp, kanunun belirlediği bir delille ispat zorunluluğu getirmediği hallerde taraflar kanunda düzenlenmemiş diğer delillere de dayanabilirler. Delillerin değerlendirilmesinde ise hakimin bağlılığı ve her bir delile bağlanan hukuki sonuçlar bakımından "kesin" ve "takdiri" deliller ayrımı esas alınarak inceleme yapılmaktadır. Kesin deliller hakimin bağlı olduğu ve takdir yetkisine sahip olmadığı delillerdir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki uyumsuzluk konusu olan "yemin delili" de kesin deliller içerisinde yer almakta olup, hakimi bağlamaktadır (Kuru/Arslan/Yılmaz.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 406-413)..." Yargıtay HGK., 21.3.2018 T., 2017/3-1002 E., 2018/94 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

incelemesi, tanık gibi takdiri delillerden ise hakim bu delilleri serbest takdir edebilecektir. Bu yol ile tespit edilen delillerin incelenme sırası geldiğinde taraflar bu delilleri tartışma konusu yapabilirler²⁹⁹.

Delil tespiti yolu ile elde edilen delillerle ispatı istenen husus hakkında hakimde kesin bir kanaat oluşmamış ve asıl davanın incelenmesi esnasında delil tespiti yolu ile istenen deliller kaybolmamış ise hakim bu delillerin yeniden incelenmesine karar verebilir³⁰⁰.

Bilirkişi raporu takdiri delil olduğundan delil tespiti yolu ile elde edilen bilirkişi raporuna, karşı taraf itiraz ederse ve bu itiraz hakim tarafından ciddi bulunursa hakim bilirkişiden ek rapor isteyebileceği gibi yeni bir bilirkişi incelemesi de yaptırabilir³⁰¹. Asıl davada alınan bilirkişi raporu ile delil tespiti sonucunda alınan bilirkişi raporu arasında çelişki bulunması durumunda bu çelişki giderilmeli³⁰² ve gerekli ise yeniden bilirkişi incelemesi yapılmalıdır³⁰³. Yargıtay tarafından verilen bir kararda delil tespit dosyasında rapor tanzim eden bilirkişiden ek rapor alınarak davanın sonuçlandırılması adil yargılanma ilkesine aykırı

²⁹⁹ KURU, Usul, s. 655.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 578.; AKİL, s. 50.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 579.; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 3, s. 2573.

³⁰⁰ "...Davacı kendisi tarafından istihsal edilip de (B)'nin olmadığını iddia ettiği 40 metre küp mermer olduğunu ileri sürmesine rağmen davalı bu tutarın ancak 20 metre küp bulunduğunu bildirmektedir. Bu konuda dinlenen davacı tanıkları miktar yönünden hükme esas alınabilecek, görgüye dayanan bir açıklamada bulunmamışlardır. Davacı yargılama sırasında delil tesbiti yaptırdığından söz etmiş henüz sonuç olmadığını bildirmiştir. Bu konudaki delil tesbitinin araştırılması ve oradaki duruma göre soruşturmanın yürütülmesi gerekmektedir. Eğer delil tesbitinden bir sonuç alınmadığı takdirde ocakta bırakılan ve tesellüm edilmeyen taş tutarının davalının ikrarında bulunan 20 metre küpten ibaret bulunduğunun kabulü gerekmektedir. Ancak davalı (B) sözü edilen mermerlerin siyah renkli ve kullanmaya elverişli olmadığını savunduğuna nazaran gerçekten çıkarılan bu mermerlerin davalı tarafından kabul edilmeyecek derecede bozuk ve kullanmaya elverişli bulunup bulunmadığı da araştırılarak hasil olacak sonuca göre karar verilmelidir..." Yargıtay 15. HD., 28.10.1977 T., 1977/1854 E., 1977/1995 K. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

³⁰¹ "...Davacının yapması gereken işler, yaptırılan delil tespiti sonucu alınan bilirkişi raporunda saptanmış ise de bunun süresi ve işlerin hangi takvimde yapılabileceği raporda belirtilmemiştir. O yüzden, tesbit bilirkişisinden ek rapor alınarak davalı komşunun yapılacak işlerin niteliğine göre ne kadar süre ile komşusu davacının taşınmazına geçici girmesine tahammül etmesi gerektiği ve yapılacak işlerin mevsim olarak en uygun tarihinin ne olacağı saptanmalı, istem sonucuna uygun hüküm altına alınmalıdır..." Yargıtay 14. HD., 18.5.2007 T., 2007/5067 E., 2007/5938 K. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

³⁰² "...Kiracı ve kiraya veren tarafından ayrı ayrı delil tespiti yaptırıldığı, alınan bilirkişi raporları arasında çelişki bulunduğu görülmektedir. Bu sebeple Mahkemece, kira sözleşmesinin 9. maddesi hükmü değerlendirilerek, delil tespiti raporları gözetilerek, kiralanda hasar olup olmadığı, kiracının borcu olup olmadığı belirlenerek sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir..." Yargıtay 6. HD., 19.4.2016 T., 2015/13298 E., 2016/3161 K. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

³⁰³ "...Ne var ki dava açılmadan önce alınan tespit bilirkişi raporu ile delil tespiti raporu arasında büyük oranda ve açık bir çelişki bulunduğu anlaşılmakta olup, 6100 sayılı HMK'nın 281/3. maddesi uyarınca raporlar arasında belirlenen maddi vakıalar ve varılan sonuç açısından büyük oranda çelişki bulunduğu halde çelişki giderilmeden hüküm kurulmuştur. Alınan bilirkişi heyeti raporu ile delil tespiti raporu arasında büyük oranda ve açık bir şekilde çelişki bulunduğu anlaşılmakta olup, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 281/3. maddesi uyarınca raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla dosyanın yeni bir bilirkişi heyetine tevdi edilmesi yerine çelişkili raporlar dayanak alınarak karar verilmiş olması hatalıdır..." Yargıtay 15. HD., 1.2.2017 T., 2016/1181 E., 2017/421 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).; Aynı yönde Yargıtay 15. HD., 12.4.2016 T., 2015/3764 E., 2016/2250 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

bulunmuş ve yeni bilirkişi raporu alınması gerektiği ifade edilmiştir³⁰⁴. Yine delil tespit dosyası kapsamında alınan bilirkişi raporunun yeterli görülmemesi sebebiyle yeniden bilirkişi incelemesi yapılması durumunda önceki bilirkişi dışında yeni bir bilirkişiden rapor alınması gerektiğine Yargıtay tarafından kanaat getirilmiştir³⁰⁵. Neuchatel Temyiz Mahkemesi ise delil tespiti sırasında görevlendirilen bilirkişinin dava sırasında da görevlendirilmesine herhangi bir engel bulunmadığı görüşündedir³⁰⁶.

Delil tespiti raporuna yapılan itiraz hakim tarafından ciddi bulunmazsa ve bilirkişi raporunun yeterli olduğuna kanaat getirilirse yeniden bilirkişi incelemesi yapılmaksızın delil tespiti yolu ile elde edilmiş olan bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilebilir³⁰⁷. Delil tespiti yolu ile elde edilmiş iki bilirkişi raporu arasında çelişki bulunması durumunda bu raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi gerekmektedir³⁰⁸.

³⁰⁴ "...Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurallarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde; Mahkemece tespit dosyasında rapor tanzim eden bilirkişiden ek rapor alınarak dava sonuçlandırılmıştır. Delil tespiti karşı tarafın yokluğunda yapıldığı ve bu rapora itiraz edildiğinden, delil tespiti yoluyla alınan raporun hükme esas alınması adil yargılanma ilkesine aykırı olacağı için tespit bilirkişisinden ek rapor almak yerine mahkemece yeni bilirkişi raporu alınarak karar verilmesi gerekir..." Yargıtay 15. HD., 27.2.2018 T., 2016/5960 E., 2018/813 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

³⁰⁵ "...Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurallarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde; dosyada biri delil tespiti dosyasında diğeri mahkemece olmak üzere iki kez ziraatçı bilirkişi raporu alınmış ise de her iki rapordaki bilirkişinin de aynı olduğu görülmektedir. Delil tespiti karşı tarafın yokluğunda yapıldığı ve bu rapora itiraz edildiğinden, delil tespiti yoluyla alınan raporun hükme esas alınması adil yargılanma ilkesine aykırı olacağı için mahkemece yeni bilirkişi raporu alınarak karar verilmesi gerekir. Mahkemece de ikinci kez bilirkişi raporu alındığına göre tespit dosyasındaki bilirkişi raporunun yeterli görülmediği de açıktır. Bu rapor yeterli olmadığına göre yapılacak yeni bilirkişi incelemesinin, önceki raporu veren bilirkişi dışında, yani başka bilirkişi yapılarak seçilmesi gerekirken aynı bilirkişiden rapor alınmak suretiyle karar verilmesi doğru olmamıştır..." Yargıtay 15. HD., 21.2.2018 T., 2016/4594 E., 2018/743 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

³⁰⁶ UMAR, s. 1169.

³⁰⁷ "...Uyuşmazlık, delil tespiti yolu ile alınan bilirkişi raporuna, davalı yanca itiraz edilmemesi sonucunda davalı bakımından kesinleşip kesinleşmeyeceği, eş söyleyişle davalının bu rapora asıl dava sırasında itiraz edip edemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Taraflar delil tespiti yolu ile alınmış olan bilirkişi raporuna karşı HUMK.nun 283 ncü madde hükmü gereğince, bir haftalık süre içerisinde itiraz etmezlerse, bilirkişi raporu (taraflar bakımından) kesinleşmiş olur. Artık, taraflar asıl dava sırasında, delil tespiti safhasında itiraz edilmemek suretiyle kesinleşmiş olan bu bilirkişi raporuna itiraz edemezler. Hakim delil tespiti yolu ile alınmış bilirkişi raporuna esas davada yapılan itirazı ciddi bulmazsa (bilirkişi raporunun yeterli olduğu kanısına varırsa) yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmadan, delil tespiti yolu ile alınmış bilirkişi raporuna dayanarak karar verebilir. Hakim, delil tespiti yolu ile alınmış olan bilirkişi raporuna esas davada yapılan itirazı ciddi bulursa (veya kendiliğinden o bilirkişi raporunu yeterli bulmazsa) yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırır. (Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1991, Cilt 3, sh. 3165-3166)..." Yargıtay 11. HD., 24.3.2005 T., 2004/6015 E., 2005/2740 K. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

³⁰⁸ "...Mahkemece dosya üzerinden yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu alınan 18.09.2012 tarihli bilirkişi raporunda iş bedeli konusunda kesin bir sonuca varılmadığı rapor edilmiş olup, yargılama öncesi davacı tarafın talebi sonucu Kastamonu Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2011/34 D. İş sayılı dosyası üzerinden yapılan delil tespiti ve davalının talebi üzerine Kastamonu Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/141 D. İş sayılı dosyası üzerinden yapılan delil tespiti raporlarında da büyük oranda çelişkiler bulunmaktadır. Nitekim, mahkeme gerekçeli kararında da davanın 20.000,00 TL bedel üzerinden açıldığı ve her halükarda davalının davalı tarafa bu bedelin üzerinde fazla ödemesinin bulunduğu ve fazla ödeme miktarının ileride açılacak yeni bir davada incelenmesinin mümkün olduğu kabul edilerek verilmiştir. Bu kadar açık çelişki içeren ve kesin belirlemelere dayanmayan raporlar esas alınarak karar verilmesi doğru olmamıştır..." Yargıtay 15. HD., 22.6.2015 T., 2014/2634 E., 2015/3551 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.08.2018).

Delil tespiti yolu ile elde edilen bilirkişi raporu, yargılama sırasında hakim tarafından serbestçe takdir edileceğinden hakim bilirkişi raporundan davanın çözümü için özel ve teknik bilgiye sahip olduğuna kanaat getirirse bilirkişi raporunun aksine karar verebilir³⁰⁹.

Karşı tarafın yokluğunda yapılan delil tespitine ve alınan bilirkişi raporuna itiraz edilmiş olması durumunda itiraza uğrayan bilirkişi raporunun hükme esas alınması mümkün değildir³¹⁰.

Yargıtay tarafından verilen kararlarda itiraza uğrayan bilirkişi raporunun diğer taraf aleyhine delil olamayacağı vurgulanmak suretiyle aynen:

“...Delil tespitinin konusunu maddi vaktalar oluşturur ve bilirkişi raporunda belirtilen zarar miktarı davacı lehine kazanılmış hak doğurmaz. Yani, delil tespiti kesin delil niteliğinde değildir. Somut olayda, dosya içerisinde yer alan ... Asliye Hukuk Mahkemesinin 2011/62 D. İş tespit dosyasında 07.10.2011 tarihinde keşif yapıldığı, 07.03.2012 tarihli fen, ... ve inşaat bilirkişisinin raporunda 5024 m2’lik kısmın kanaldan su sızması sonucu işlenemeyecek şekilde zarar gördüğünün tespit edildiği, Mahkeme tarafından ise 14.08.2014 tarihinde keşif yapıldığı, 17.09.2014 tarihli fen ve ... bilirkişisinin raporuna göre 1.387,03 m2’lik kısmın suya maruz kalması neticesinde tarımsal faaliyet yapılamayacak şekilde zarar gördüğünün tespit edildiği, yine bilirkişi raporunda dava tarihi (16.01.2013), tespit tarihi ve zarar gördüğü belirlenen m2 miktarındaki farklılıklar dikkate alınarak alternatifli hesap yapıldığı anlaşılmıştır. Mahkemece, bu alternatiflerden 5024 m2’ye 2007 yılından tespit tarihi olan 07.10.2011 07.10.2011 tarihine kadar hesap edilen zarar miktarına göre hüküm kurulmuştur. Delil tespiti dosyasının içeriğinden, bu raporun tebliğ edildiği, davalı yanın yargılama aşamasında delil tespitini kabul etmediği, davanın reddini istediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle tespit dosyasına sunulan bilirkişi raporu, davalı aleyhine bir delil olarak kabul edilemez. Mahkemece yapılan keşifte zarar gören m2 belirlenmiş olup bu alan esas alınarak

³⁰⁹ KURU, Cilt 4, s. 4472-4473.; ÖZKAN, s. 826.; AKYOL ASLAN, s. 116.

³¹⁰ “...Mahkemece mahallinde keşif yapılmaksızın Kartal 3. Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 2011/7 D. İş dosyası ile yapılan delil tespiti sonucunda alınan bilirkişi raporu esas alınarak karar verilmiştir. Tespit dosyasında verilen 11.1.2011 tarihli kararlar karşı tarafa tebligat yapılmaksızın mahallinde delillerin bilirkişi aracılığıyla tespitine karar verilmiş ve 13.1.2011 tarihinde yapılan delil tespiti davalının yokluğunda yapıldığı gibi, davalı vekili tarafından delil tespiti dosyasındaki bilirkişi raporuna itiraz edilmiştir. HUMK’nun 373. (HMK 403. md.) maddesi gereğince, delil tespiti yokluğunda yapılmış olan karşı taraf, delil tespitine itiraz edebilir. İtiraza uğramış delil tespiti raporu ise hükme esas alınamaz...” Yargıtay 6. HD., 24.9.2012 T., 2012/6042 E., 2012/12062 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).; Aynı yönde Yargıtay 13. HD., 1.3.2004 T., 2003/12536 E., 2004/2337 K.; Yargıtay 13. HD., 24.2.2003 T., 2002/12731 E., 2003/1775 K. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

yukarıda belirlenen ilkeler ve açıklanan olgular çerçevesinde inceleme ve araştırma yapılarak sonuca göre ecrimisile hükmedilmesi gerekirken D. İş dosyasındaki tespite göre karar verilmesi doğru değildir...” şeklinde hüküm tesis edilmiştir³¹¹.

Delil tespiti dosyasının asıl dava dosyasının eki sayılmasının doğal bir sonucu olarak delil tespit dosyasındaki ikrar, asıl davada mahkeme içi ikrar gibi geçerli sayılır³¹².

Delil tespiti yolu ile elde edilen delillerin gerek tabi olduğu hükümler gerek ispat bakımından oynadığı rol davanın normal seyri içerisinde ileri sürülen ve değerlendirilen delillerden farklı değildir³¹³.

Taraflardan biri delil tespiti ile elde etmiş olduğu delile ancak delil tespitinde karşı taraf olarak göstermiş olduğu kişiye karşı ikame edeceği davada delil olarak dayanabilir. Anılan deliller üçüncü kişiye karşı açılmış olan bir davada delil olarak kullanılamaz³¹⁴.

3.1.3. Tarafların İddia ve Savunmalarının İspatı Bakımından Delil Tespitinin Rolü

Taraflardan birinin delil tespiti istemi sonucunda elde edilen deliller, ileride açılacak veya derdest olan bir davada tarafların iddia ve savunmalarını ispat etmek üzere kullanılır. HMK m. 405 uyarınca taraflardan her biri yaptırılmış olan delil tespitine dayanabilir. Müstakbel bir davada delil tespiti çerçevesinde tutulan tutanak ve bilirkişi raporlarına dayanılabileceği gibi, bunların eki olan belgelere de dayanılması mümkündür³¹⁵. Yani taraflar delil tespiti yolu ile elde edilen delile dayanarak iddia ve savunmasını ispat edebilir³¹⁶. Delil tespiti yaptırmış olan taraf da delil tespiti yaptırmamış olan taraf da taraflardan birince yaptırılmış olan delil tespitine dayanabilir.

Delil tespiti talebinde bulunan taraf yapılan delil tespitine itiraz edebilir. Delil tespiti yaptırmış olan taraf delil tespitine itiraz etmemiş ise karşı tarafın söz konusu tespite dayanması durumunda bu tespitin aksini iddia ve ispat edemez³¹⁷. Bu durum hukukumuzda

³¹¹ Yargıtay 8. HD., 02.07.2018 T., 2018/6141 E., 2018/14711 K., (Yargıtay Karar Arama) (09.12.2018).

³¹² KURU, Cilt 4, s. 4463.

³¹³ AKYOL ASLAN, s. 116.

³¹⁴ KURU, Cilt 4, s. 4473.

³¹⁵ PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, Cilt 3, s. 2573.

³¹⁶ KURU, Usul, s. 654.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 578.

³¹⁷ KURU, Cilt 4, s. 4465.

usuli kazanılmış hak ile açıklanmaktadır³¹⁸. Bu durumda delil tespiti yaptıran taraf delil tespitine itiraz etmediği takdirde diğer taraf lehine usuli kazanılmış hak doğmaktadır³¹⁹.

Yaptırmış olduğu delil tespitine dayanan davacının delil tespitinden sonra ikame ettiği davada delil tespiti yolu ile tespit ettirmiş olduğu zarar (tazminat) bedelinden fazlasına hükmedilemez³²⁰. Davacı delil tespiti sırasında tespit işlemine itiraz etmemiş, alacağını bu miktarla sınırlamış ise tespit edilen miktar üzerindeki bir bedel esas alınarak hüküm kurulamaz. Nitekim HMK m. 26 uyarınca, hakim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Ancak duruma göre talep sonucundan azına karar verebilir³²¹.

Fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması delil tespit işlemine itiraz etmeyerek alacağını bu miktarla sınırlamış davacı bakımından herhangi bir önem arz etmeyecek; delil tespitinde talep olunan bedelden fazlasına mahkemece hükmedilemeyecektir³²².

Delil tespitinin amaçlarından biri, tespit talebinde bulunan kimsenin delil tespiti sonucunda elde edilecek olan delillerle iddiasını veya savunmasını ispat etmesine yardımcı olmaktır. Dolayısıyla bir yargılamada tarafların delil tespiti sonucunda elde edilen delile

³¹⁸ Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 3, Bası 6, İstanbul 2001, s. 2768.

³¹⁹ AKYOL ASLAN, s. 117.

³²⁰ "...Davacının Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2012/ .. Değişik iş sayılı delil tespit dosyasında yaptırdığı delil tespiti sonrasında düzenlenen bilirkişi raporunda eksik ve kusurlu işler bedeli 12.613,50 TL hesaplanmıştır. Davacı iş sahibi delil tespit raporundaki bu miktara itiraz etmediği gibi dava dilekçesinde de tespit bilirkişi raporundaki miktarı kabul etmediğini belirtmesizin bu miktarın hak edilen iş bedelinden mahsup ederek talepte bulunmuştur. Her ne kadar hükme esas alınan teknik bilirkişi raporunda eksik ve kusurların giderim bedeli 21.768,50 TL olarak hesaplanmış ise de; davacı iş sahibi itiraz etmediği delil tespit raporu ile dava dilekçesinde iş bedelinden mahsup ettiği 12.613,50 TL'lik miktar ile bağlıdır..." Yargıtay 15. HD., 31.3.2016 T., 2016/799 E., 2016/2039 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018); "...Davacı, davalıdan satın aldığı 2 adet dükkanda bulunan yapım hataları sebebiyle oluşan hasarlarla ilgili Muratlı Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2012/85 Değişik iş dosyasında aldirdığı 13.12.2012 tarihli tespit raporuna dayanarak 15800 TL hasar bedelinin tazmini iddiası ile eldeki davayı açmıştır. Davacının bu talebi kendisini bağlar. Mahkemece yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu tespit raporundaki miktarın üzerine çıktığından, davacının talebi aşılarak ve tespit raporundaki miktar aşılma suretiyle karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir..." Yargıtay 13. HD., 10.2.2016 T., 2015/42645 E., 2016/3799 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

³²¹ "...Davacı dava dilekçesinde kiralanan hor kullanma neticesinde meydana gelen zararını Değişik iş delil tespiti dosyasında tespit edilen hasarla ve miktarla sınırlı tutarak talepte bulunmuştur. Bilirkişi tarafından binada yapılan tadilat sırasında değiştirilen PVC doğramaların bedelinin talep edilemeyeceği belirtilmiş olmasına göre delil tespitinde davacının itiraz etmediği hasar yönünden davacının talep ettiği miktar nazara alınarak karar verilmesi gerekirken, bilirkişi tarafından dava konusu edilmeyen farklı hasar kalemleri ilave edilerek ve davacının itiraz etmediği delil tespit raporundaki hasar bedellerini aşar şekilde hor kullanma tazminatına hükmedilmesi de usul ve yasaya aykırıdır..." Yargıtay 6. HD., 12.3.2014 T., 2013/10370 E., 2014/2955 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

³²² "...Davacı, davalı kiracının, kiralananı hor kullandığını ve fazlaya dair haklarını saklı tuttuğunu öne sürerek hüküm altına alınan miktardan geri kalan ve daha önceki dosyada, bilirkişi raporu ile saptanan, 162.102.500 liranın tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Daha önce hüküm altına alınan davada, davacı tespit raporuyla belirlenen 156.750.000 lira zararı bulunduğu bahisle, bu miktarın tazminini istemiş ve tespit raporuna itiraz etmeyerek talebini bu miktar ile sınırladıktan sonra, fazla hakkını saklı tutmuş olması sonuca etkili değildir. Bu nedenle açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece, davanın kabulüne karar verilmesi yanlıştır..." Yargıtay 13. HD., 17.3.1997 T., 1997/1491 E., 1997/2150 K., (İstanbul Barosu Dergisi 1997/4, s. 967.).

dayanarak iddia ve savunmalarını ispat edebilmeleri delil tespiti işleminin karşı tarafın huzurunda ve yokluğunda yapılmasına göre farklılık arz eder.

Her iki tarafın varlığında yapılan ve taraflarca itiraz uğramayan delil tespiti sonucunda elde edilecek delile taraflardan her ikisi de dayanarak iddiasını ispat edebilir ve karşı taraf iddiasını ispat için bu delile dayandığında bir itirazda bulunamaz. Dolayısıyla bu şekilde delil tespiti yaptıran kimse yapılan delil tespiti sonucunda elde edilen delil tespiti raporuna dayanarak iddiasını ispat edebilir³²³.

Karşı tarafa usulüne uygun olarak tebligat yapılmış olmasına rağmen karşı taraf gelmez veya tebligat yapılmaması nedeniyle delil tespiti işlemine katılamaz ise delil tespiti işlemi karşı tarafın yokluğunda yapılır. Yine acele hallerde talep sahibinin haklarının korunması bakımından karşı tarafa tebligat yapılmaksızın delil tespiti yapılabilir. Bu durumda tespit yapıldıktan sonra, HMK m. 403 kapsamında tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği mahkemece kendiliğinden karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı taraf tebliğden itibaren bir hafta içerisinde delil tespiti kararına itiraz edebilir. HMK m. 403’de belirtilen hususlar karşı tarafa tebliğ edilmemiş ise tespit yaptıran kişinin olası bir yargılamada delil tespiti sonucu elde edilmiş olan delile dayanarak iddiasını ispat etmesi olanaklı değildir³²⁴.

Karşı tarafın yokluğunda delil tespiti yapılmış ve sonrasında karşı tarafa usulüne uygun olarak tebligat yapılmış ise karşı taraf tebliğden itibaren bir hafta içerisinde delil tespiti işlemine itiraz edebilir. İtiraz üzerine delil tespiti kararını veren mahkeme tarafından inceleme yapılır ve inceleme sonucunda itiraz haklı görülür ise delil tespiti yaptıran taraf itiraza uğramış delil tespiti raporuna dayanarak iddiasını ispat edemez³²⁵. Karşı tarafın itirazı üzerine, itiraz mahkeme tarafından yerinde görülmeyerek reddedilmiş veya itiraz kapsamında

³²³ KURU, Cilt 4, s. 4467.; YAVAŞ, s. 134.

³²⁴ AKYOL ASLAN, s. 118-119.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda karşı tarafa tebliğ edilmeyen delil tespiti raporunun delil olarak kullanılabilmesi belirtilmiştir: “...*Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; karşı tarafa tebliğ edilmeyen delil tespit raporunun davada delil olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, karşı tarafa tebliğ edilmeyen veya tebliğ edilip de itiraza uğrayan delil tespit tutanağı ile bilirkişi raporunun delil olarak kullanılamayacağı ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca bozma kararında açıklanan nedenlerle benimsenmemiştir...*” Yargıtay HGK., 30.3.2016 T., 2014/13-905 E., 2016/430 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

³²⁵ AKYOL ASLAN, s. 119.; Aksi yönde bkz. dn. 292.

düzeltilmiş ise, delil tespiti yaptıran taraf delil tespit raporuna dayanarak iddiasını ispat edebilir³²⁶.

Karşı tarafın yokluğunda delil tespiti yapılmış ve delil tespiti tutanağı usulüne uygun olarak kendisine tebliğ edilmiş olan kimse bu tespite itiraz etmemiş ise, bu şekilde elde edilen delilleri kabul etmiş sayılır ve tespit talebinde bulunan taraf delil tespiti sonucunda elde edilen delillere dayanarak iddiasını ispat edebilir³²⁷.

3.1.4. Yargılama Giderleri Açısından Delil Tespitinin Sonuçları

Tarafların davanın görülmesi ve sonuçlanması için ödedikleri meblağın tamamına yargılama giderleri denir³²⁸. Yargılama giderleri genel olarak bir davanın açılması, uyuşmazlığın esasını çözmeye yönelik belli bazı işlemlerin yapılması ve sonuçlandırılması için ödenmesi gereken paradır³²⁹. HMK m. 297 uyarınca, yargılama giderleri mahkemece yapılacak yargılama sonucunda verilecek olan hüküm içerisinde gösterilir.

HMK m. 402/2'ye göre, delil tespiti talebinde bulunan kimse tespit giderlerini ödemelidir. Mahkeme tarafından belirlenen tespit giderleri avans olarak ödenmedikçe sonraki işlemler yapılamaz.

Delillerin tespitine dair giderler yargılama masrafları arasındadır³³⁰. Taraflarca talep edilmemiş olsa dahi mahkeme yargılama giderlerine kendiliğinden karar verir³³¹. Bir dava

³²⁶ KURU, Cilt 4, s. 4467.

³²⁷ KURU, Cilt 4, s. 4468.

³²⁸ KURU, Usul, s. 814.

³²⁹ Yargıtay HGK., 23.11.2011 T., 2011/6-537 E., 2011/698 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

³³⁰ Yargıtay 15. HD., 21.11.2016 T., 2015/5351 E., 2016/4745 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (15.12.2018). Yargıtay tarafından verilen bir diğer kararda; "...Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan bakiye iş bedeli ile eksik iş verilmesi sebebiyle yoksun kalan karın tahsili istemine ilişkindir. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323/1-ç bendinde, geçici hukuki koruma tedbirlerine dair giderler yargılama giderleri arasında sayılmıştır. Delil tespiti istemi, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun onuncu kısmının ikinci bölümünde 400 vd maddelerinde geçici hukuki koruma tedbirleri arasında sayıldığından, delil tespiti sırasında yapılan masrafların yargılama gideri olarak hüküm altına alınması gerekir. Davacı taraf, önce Asliye Hukuk Mahkemesi'nin değişik iş sayılı dosyasında delil tespiti yaptırmış ve dava dilekçesinde bu tespite dair giderlerin yargılama gideri olarak davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, davacı tarafça Asliye Hukuk Mahkemesi'nin delil tespiti dosyasında yapılan masraf olarak harç ile mahkeme keşif yolluğu, bilirkişi ücreti ve tebligat gideri olmak üzere toplam yargılama bedelinin yargılama giderlerine eklenerek kabul oranına göre davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken, bu konuda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi yerinde değildir..." denilmek suretiyle delil tespiti masraflarının asıl davanın kabul oranına göre karşı taraftan tahsiline karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay 15. HD., 9.5.2016 T., 2015/5201 E., 2016/2665 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (15.12.2018).

³³¹ HMK m. 332; "(1) Yargılama giderlerine, mahkemece resen hükmedilir.

(2) Yargılama gideri, tutarı, hangi tarafa ve hangi oranda yükletildiği ve dökümü hüküm altında gösterilir.

(3) Hükümden sonraki yargılama giderlerini hangi tarafın ödeyeceği, miktarı ve dökümü ile bu giderlerin hangi tarafa yükletileceği, mahkemece ilamın altına yazılır." şeklindedir.

sonucunda yargılama giderleri taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça haksız çıkan tarafa yükletilir. Asıl davada her iki taraf da kısmen haklı çıkarsa, yargılama giderleri haklılık durumuna göre taraflar arasında paylaşılır. Delil tespiti talebinin kabul edilmesi durumunda mahkeme, tespit talebinde bulunan tarafça talepte bulunulurken ödenmiş olan başvurma harcı, karar harcı ve delil tespiti sonucunda hükmedilen vekalet ücretinin karşı tarafa yükletilmesine karar verir ve bu hususu tespit kararında belirtir³³². Dava açılmadan önce delil tespiti yapılması durumunda delil tespitine ilişkin giderler asıl davada yargılama gideri olarak mahkeme tarafından re'sen nazara alınacak ve haksız çıkan taraftan haksız çıktığı oranda tahsil edilecektir³³³.

Delil tespiti talebinde bulunan kişi kendisini bir vekil ile temsil ettirmiş ve vekil aracılığı ile istemde bulunmuş ise, karşı taraf aleyhine vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir³³⁴. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin İkinci Kısım, Birinci Bölümü'nün birinci maddesinde, görülmekte olan bir dava içerisinde olmamak koşulu ile ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir, delillerin tespiti, icranın geri bırakılması, ödeme ve tevdi yeri belirlenmesi işleri için avukatlık ücreti uygulanır. Burada bahsi geçen avukatlık ücreti asıl dava ikame edilmeden önce talep edilen delil tespitine dairdir. Nitekim bahsi geçen tarifede “asıl davada görülmemek şartıyla” ifadesi bu hususu açıklığa kavuşturmaktadır. Görülmekte olan bir davada delil tespiti talep edilmesi durumunda ise o dava hakkında tarifede belirtilmiş olan vekalet ücretine hükmedilecek; delil tespiti için mükerrer olarak vekalet ücretine hükmedilmeyecektir³³⁵. Yine aynı şekilde davacı aynı dilekçe ile hem esas hakkındaki davasını ikame edip hem de delil tespiti talebinde bulunabilir³³⁶. Bu durumda davacıdan hem açmış olduğu dava hem de talep etmiş olduğu delil tespiti için ayrı ayrı başvurma harcı alınmayacak; yalnızca bir kez başvurma harcı alınacaktır³³⁷.

Asıl dava açılmadan önce delil tespiti talebinde bulunan ve bu talebi kabul edilen kişi delil tespitinin yargılama giderleri ve vekalet ücretine ilişkin kısmını asıl davayı ikame

³³² KURU, Cilt 4, s. 4443.

³³³ YAVAŞ, s. 109.

³³⁴ KURU, Cilt 4, s. 4443.

³³⁵ KURU, Cilt 4, s. 4444-4445.

³³⁶ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 578.; KARAHACIOĞLU/PARLAR, s. 1623.

³³⁷ AKYOL ASLAN, s. 99.

etmeden önce talep edemez³³⁸. Delil tespiti ile uyuşmazlığın esasına girilmez yalnızca deliller tespit edilir. Dolayısıyla asıl uyuşmazlık çözüme kavuşturulmadan hangi tarafın hak sahibi olduğu tespit edilemez. Bu nedenle asıl dava sonuçlanmadan önce delil tespiti kararının yargılama giderleri ve vekalet ücretine ilişkin kısmı ayrıca dava edilemeyecek/icra yolu ile tahsili talep edilemeyecektir³³⁹.

22.3.1976 tarihli 1976/1 E. ve 1976/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı³⁴⁰ ile gerek dava açılmadan önce gerekse dava açıldıktan sonra yapılan delil tespitlerinde harç, tebligat, şahit, keşif, avukatlık ücreti gibi bir takım giderlerin istek sahibi tarafından peşinen ödenmesi gerektiği, dava açıldıktan sonra davanın görüldüğü mahkeme aracılığıyla yaptırılan delil tespiti giderlerinin dava giderlerinden olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmadığı, uyuşmazlığın dava açılmadan önce yapılan delillerin tespiti giderlerinin yargılama giderlerinden mi yoksa müddeabihe ilave edilecek olan masraflardan sayılıp sayılmayacağı konusunda toplandığı, delillerin tespiti için düzenlenmiş olan bilumum evrakın esas dava dosyasının eki sayıldığı, delil tespiti giderlerinin dava giderlerinden sayılmasında zorunluluk bulunduğu, avukatlık ücret tarifleri gereğince, delillerin tespiti işlemlerinde ileride haksız çıkacak taraftan alınmak üzere takdir edilecek avukatlık parasını vekil ücretinden ayrı tutmaya imkan bulunmadığı, delil tespiti kararları ilam niteliğinde bulunmadığından ayrı bir takip konusu yapılamayacağı veya müddeabihe eklenmek suretiyle ayrı bir dava konusu yapılarak tahsil edilemeyeceği belirtilerek dava açılmadan önce yapılan delillerin tespiti giderlerinin müddeabihe ilave edilemeyeceği ve dava giderlerinden sayılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

³³⁸ Yargıtay tarafından verilen bir kararda delil tespit dosyası sebebiyle yapılan giderlerin yargılama gideri olduğu ve bu giderlerin dava değerine dahil olmadığı gerekçe gösterilmek suretiyle dava açılarak istenmesine olanak bulunmadığına hükmedilmiştir: “...Davacı dava dilekçesinde delil tespit gideri olan 3.650,55 TL'nin de tazminine karar verilmesini istemiş olup, mahkemece kısa kararda ve gerekçeli kararda tespit giderine dair bir hüküm kurulmamış, yargılama giderleri hesaplamaya dahil edilmemiştir. Delil tespiti dosyası asıl dava dosyasının eki sayılır ve onunla birleştirilir (HMK 405/1). Bu sebeple dava ile ilgili olan delil tespiti dosyası sebebiyle yapılan ve HMK'nın 323. maddede sayılan giderler de yargılama giderlerine dahil olup dava değerine (müddeabihe) dahil değildir. Dava değerine dahil olmadığından dava açılarak istenmesine gerek olmadığı gibi, buna rağmen istenmesi halinde de asıl olacak olarak hükmedilmesi mümkün değildir...” Yargıtay 15. HD., 10.1.2017 T., 2015/6231 E., 2017/95K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.08.2018); “...İcra takip talebindeki 15.831,34 TL asıl alacağın 15.504,34 TL'lik kısmının bakiye iş bedeline, 327 TL'lik kısmının da delil tespit masraflarına dair olduğu takip talebindeki ve dava dilekçesindeki açıklamalardan anlaşılmaktadır. Delil tespit giderleri yargılama giderlerine dahil olduğundan bu giderlerin asıl alacağa eklenerek hüküm altına alınması usule aykırıdır. Delil tespit giderlerinin yargılama giderlerine eklenmesi ve haklılık oranına göre taraflarca paylaşılması gerekir...” Yargıtay 15. HD., 4.3.2015 T., 2014/2510 E., 2015/1124 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018); Aynı yönde bkz. Yargıtay 15. HD., 28.11.2017 T., 2016/5248 E., 2017/4165 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

³³⁹ KURU, Cilt 4, s. 4460-4461.; Hüsnü ALDEMİR, Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri, Ankara 2012, s. 278.

³⁴⁰ 22.3.1976 Tarihli, 1/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (28.4.1976 Tarihli, 15572 sayılı Resmi Gazete)

Yukarıda yer verilen İctihadı Birleştirme Kararı ile de ortaya konulduğu üzere delil tespiti yapıldıktan sonra açılacak olan davada delil tespiti için yapılan giderlerin dava değerine eklenmesi mümkün değildir.

Delil tespitine ilişkin giderler dava değerine dahil edilemeyecek ve bunun doğal bir sonucu olarak istinaf sınırında da göz önüne alınamayacaktır. Ayrıca delil tespit giderleri vekalet ücreti ve harç hesaplanırken dava değerine ilave edilemeyecektir³⁴¹.

Kural olarak dava konusu alacak için faiz talep edilmesi mümkündür. Ancak bu kuralın dava değerine dahil olmayan delil tespit giderleri bakımından uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla mahkeme tarafından hüküm tesis edilirken delil tespiti giderlerine faiz yürütülmesine karar verilemez³⁴².

3.2.DELİL TESPİTİ KARARININ İCRASI

3.2.1.Genel Olarak

Delil tespiti talebinin mahkeme tarafından kabul edilmesi üzerine mahkeme tarafından belirlenen yer, gün ve saatte delil tespiti icra edilir. Delil tespiti kural olarak tarafların huzurunda yapılır. Mahkeme tarafından delil tespiti yapılmasına karar verilmesi durumunda bu kararın bir sureti karşı tarafa tebliğ edilir. HMK m. 402 uyarınca, bu kararda delil tespitinin nasıl ve ne zaman yapılacağı, tespitin icrası esnasında karşı tarafın da hazır bulunabileceği, varsa itiraz ve ilave sorularını bir hafta içinde bildirmesi gerektiği belirtilir. Dolayısıyla mahkeme tarafından yapılacak olan bu tebligat ile karşı taraf delil tespitinden haberdar edilir.

Delil tespiti esnasında karşı tarafın hazır bulunması adil yargılanma ve savunma hakkının kullanılması bakımından önem arz etmektedir. Zira yokluğunda yapılan delil tespitine karşı taraf açıkça itiraz etmiş ise, bu delil tespiti esas alınarak hüküm tesis edilmesi savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelir ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki hukuki

³⁴¹ KURU, Cilt 4, s. 4463.

³⁴² KURU, Cilt 4, s. 4463.; YAVAŞ, s. 113.; Yargıtay tarafından verilen bir kararda delil tespitine ilişkin giderlerin dava değerine dahil edilmesi ve buna dayanarak faiz talep edilmesi hukuka aykırı bulunmuştur: “...Kabule göre de; 23.03.1976 gün ve 1/1 sayılı YİBK kararına göre delil tespit giderleri yargılama giderlerinden olup, müddeabihe eklenemeyeceğinden, mahkemece yanlış değerlendirme sonucu; tespit masraflarının müddeabihe dahil edilerek yasal faiziyle birlikte davalılardan tahsili yönünde hüküm tesis edilmesi doğru görülmemiştir...” Yargıtay 3. HD., 20.1.2014 T., 2013/16803 E., 2014/527 K., (Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası) (09.09.2018).

dinlenilme hakkını ihlal eder³⁴³. Oysa karşı tarafın katılımıyla yapılan delil tespiti işlemlerinde kişinin savunma ve adil yargılanma hakkı korunacağı gibi, karşı tarafın delil tespiti icrasında hazır bulunması durumunda itiraz ve sorularını dile getirebileceği de göz önüne alındığında somut olayın aydınlatılması bakımından faydalı sonuçların ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Karşı taraf usulüne uygun olarak davet edilmesine rağmen gelmezse delil tespiti yokluğunda yapılır. Acele hallerde tespit başlığı altında uygulama alanı bulan HMK m. 403'de belirtilen koşulların varlığı halinde de karşı tarafa tebligat yapılmaksızın delil tespiti icra edilebilecektir. Acele hallerde tespit, karşı tarafın kötü niyetli davranışlar ile tespiti yapılacak olan delillerin ortadan kaldırılmasının önlenmesi ve ivedi bir şekilde delil tespiti yapılarak talep sahibinin haklarının korunması için getirilen bir düzenlemedir. Fakat talep sahibinin haklarını korunması bakımından zorunluluk bulunan veya acele bir durum³⁴⁴ mevcut olmamasına rağmen karşı taraf delil tespitinden haberdar edilmemiş ve/veya karşı tarafa usulüne uygun olarak tebligat yapılmamış ise taraf yokluğunda yapılan delil tespiti işlemine itiraz edebilecek ve delil tespitinin tekrar yapılmasını talep edebilecektir³⁴⁵. Uygulamada ise delil tespitine ilişkin tutanak karşı tarafa tebliğ edilmekle delil tespiti tamamlanmış kabul edilmekte, karşı tarafın itirazlarının asıl davanın açıldığı mahkeme tarafından değerlendirilmesine karar verilmektedir³⁴⁶.

Kanun koyucu HMK m. 403'te belirtilen hallerin varlığı durumunda karşı tarafa tebligat yapılmaksızın delil tespiti yapılabileceğini hükme bağladığından HMK m. 403'ün uygulama alanı bulmadığı durumlarda mutlaka karşı tarafa tebligat yapılmalıdır. Ancak uygulamada mahkemeler HMK'de belirtilen durumların mevcut olup olmadığına bakmaksızın delil tespiti talebinde bulunan kişinin talebi doğrultusunda karşı tarafa tebligat yapmaksızın

³⁴³ Yargıtay tarafından verilen bir kararda karşı tarafın yokluğunda yapılan ve karşı tarafça itiraza uğrayan delil tespiti esas alınarak verilen hükmün savunma hakkını ihlal ettiğine karar verilmiştir: "...Somut olayda davalı tarafın davacı tarafından ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2014/15 D. İş sayılı dosyası ile yaptırılan delil tespitine açıkça itiraz etmesine rağmen, mahallinde keşif yapılmaksızın davalının yokluğunda yapılan delil tespitinin hükme dayanak alınarak hüküm kurulması savunma hakkının kısıtlanması ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki 6100 sayılı HMK'nın 27. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkını ihlal niteliğinde değerlendirilmiş, bu sebeplerle hükmün bozulması gerekmiştir..." Yargıtay 15. HD., 12.2.2018 T., 2016/5662 E. ve 2018/495 K. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (13.09.2018).

³⁴⁴ Yargıtay tarafından verilen bir kararda "...Ayrıca, delil tespiti isteminin karşı tarafa da bildirilerek belirlenecek keşif gününün tebliği gerektiği halde, olayda ivedi bir durum olmamasına rağmen bu kuralın uygulanması doğru görülmemiştir. Tespit isteminde durumun acil olduğunun bildirilmesi gerçeği değiştirmez..." denilmek suretiyle karşı tarafın yokluğunda delil tespiti yapılabilmesi için gerçekten ivedi bir durumun bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği açıklanmıştır. Yargıtay 3. HD., 12.9.1987 T., 1987/821 E., 1987/1720 K. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (15.09.2018).

³⁴⁵ KURU, Cilt 4, s. 4447.

³⁴⁶ AKİL, s. 41.

delil tespitini icra etmektedir. Karşı tarafın yokluğunda delil tespiti yapıldığından karşı taraf delil tespiti icrasında hazır bulunamamakta, varsa itiraz ve sorularını bildirememekte; dolayısıyla bu şekilde yapılan delil tespiti işlemlerinde karşı tarafın savunma hakkı zedelenmektedir³⁴⁷. Mahkeme tarafından karşı tarafa tebligat yapılmaksızın delil tespiti yapılmasına karar verilir ise, kararda bu husus gerekçeli olarak açıklanmalıdır³⁴⁸.

Tebliğat yapılmaksızın karşı tarafın yokluğunda delil tespiti yapılmış ise, tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporu mahkemece karşı tarafa kendiliğinden tebliğ edilmelidir. Aksi halde karşı tarafa tebligat yapılmaksızın elde edilen deliller hükme esas alınamayacaktır³⁴⁹.

HMK m. 404'e göre, tespiti istenen vakıanın hangi delille tespit edileceğine karar verilmişse, bu kararın yerine getirilmesinde o delilin toplanmasına ilişkin hükümler uygulanır. Yani tespiti talep olunan delil bilirkişi incelemesi ise bilirkişi incelemesine ilişkin hükümler, keşif ise keşfe ilişkin hükümler, tanık dinlenmesi talep olunmuş ise tanıklığa ilişkin hükümler, senet ise senet deliline ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.

Delil tespiti talebinde bulunan kimse bu talebi ile bilirkişi incelemesi yapılmasını istemişse, söz konusu inceleme HMK m. 266 ile 278. maddelere uygun olarak yapılacaktır. Dolayısıyla delil tespiti ile bilirkişi incelemesi yapılabilmesi için tespiti talep edilen hususun çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektirmemelidir. Genel bilgi veya tecrübeyle ya da hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.

Delil tespiti ile keşif delilinin yapılması istenmişse, keşif HMK m. 288 ile 292. maddeler uyarınca yapılır. Keşif, davaya bakan mahkeme tarafından yerine getirilir. Ancak keşif konusu mahkemenin yargı çevresi dışında ise incelemenin istinabe ile yapılması gerekir.

³⁴⁷ AKYOL ASLAN, s. 121-122.

³⁴⁸ YAVAŞ, s. 124.;

³⁴⁹ "...Mahkemece, davacı kiralayanın talebi üzerine ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2014/44 D. İş sayılı delil tespiti dosyasında 18.7.2014 tarihinde, davalıya tebligat yapılmaksızın davalının yokluğunda yapılan delil tespiti üzerine hazırlanan bilirkişi raporu esas alınarak hüküm kurulmuş ise de, delil tespitinde hazırlanan bilirkişi raporu davalıya tebliğ edilmemiş, davalı yargılama sırasında bu bilirkişi raporuna itiraz etmiştir. İtiraza uğrayan delil tespiti bilirkişi raporunun hükme esas alınması doğru değildir..." Yargıtay 6. HD., 31.3.2016 T., 2015/7553 E., 2016/2595 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (15.09.2018).; Ancak Yargıtay HGK tarafından verilen bir kararda karşı tarafa tebligat yapılmaksızın icra edilen delil tespiti sonucunda alınan bilirkişi raporunun delil olarak kullanılabilmesi kabul edilmiştir: bkz. Yuk. dn. 324.

Keşif sırasında mahkeme tanık ve bilirkişi dinleyebilir ve gerektiğinde bilirkişi yardımına başvurabilir.

Delil tespiti ile tanık dinlenilmesi talep edilmişse HMK m. 240 ile 265 arası uygulama alanı bulacaktır. Tanık dinlenilmesini talep eden kimse dilekçesinde dinlenmesini istediği tanıkların isim ve adreslerini ve hangi vakıya ilişkin olarak dinlenmesini istediklerini belirtmek zorundadır; mahkeme kendiliğinden tanık dinlenmesine karar veremez. Kural olarak tanıklar delil tespitini icra edecek mahkeme tarafından dinlenir. Ancak dinlenmesine karar verilen tanık delil tespiti talebinde bulunan mahkemenin yargı çevresi dışında ikamet ediyorsa bu tanığın istinabe yolu ile dinlenmesine karar verilebilir. Ayrıca tanığın olayın gerçekleştiği veya şeyin bulunduğu yerde de dinlenmesi mümkündür.

Delil tespiti ile kanunda düzenlenmemiş olan delillerin tespiti talep edilmiş ise, bu durumda HMK m. 192 uygulama alanı bulacaktır. HMK m. 192'ye göre, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hallerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir.

Delil tespiti ile senet delilinin toplanması talep olunmuş ise, HMK m. 199 ve devamı maddelerince senet delili tespit edilecektir. Resmi senetler ve mahkeme huzurunda ikrar olunan veya mahkemece inkar edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler aksi ispat olunmadıkça kesin delil sayılır. Delil tespit yolu ile elde edilen senet kesin delil olma özelliğini haiz ise, toplanan bu delil mahkeme tarafından tartışılmayacak, dolayısıyla bu delil hakimi bağlayacaktır.

Delil tespiti ile yemin delilinin elde edilmesi talep edilmiş ise, HMK m. 225 ile 239'a göre yemin delili elde edilecektir. Yeminin konusunu, davanın çözümü bakımından önem taşıyan, çekişmeli olan ve kişinin kendinden kaynaklanan vakıalar oluşturur. Yemin mahkeme huzurunda icra olunur.

Delil tespiti kararının uygulanması sırasında hakimin zor kullanıp kullanamayacağı konusunda HMK'da açık bir düzenleme yer almamaktadır. Delil tespiti kararının icrası

sırasında hakimın zor kullanma yetkisine sahip olup olmadığı konusunda doktrinde iki farklı görüş ileri sürülmüştür³⁵⁰.

Bir görüşe göre delil tespiti bir mahkeme kararına dayanmaktadır ve mahkeme kararları zor kullanılarak yerine getirilebileceğinden gerekli olduğunda bu kararın icrası sırasında zor kullanılması hukuka aykırılık teşkil etmez. Nitekim HMK'nın delil tespitine ilişkin maddelerinde delil tespiti sırasında zor kullanıp kullanılmayacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi zor kullanılmasını yasaklayan bir düzenleme de yer almamaktadır. Bunun yanı sıra delil tespiti geçici hukuki koruma olup bir nevi delillere ilişkin koruma sağlayan ihtiyati tedbirdir³⁵¹. HMK'nın ilgili maddeleri uyarınca ihtiyati tedbir yerine getirilirken görevli memurun dahi zor kullanma yetkisi mevcut olduğuna göre, hakimın de delil tespiti icrası esnasında zor kullanma yetkisine sahip olmadığını söylemek hukuka uygun olmayacaktır³⁵².

Bu husustaki diğer görüşe göre, hakim delil tespitinin icrası sırasında HMK'nın delil tespitine ilişkin hükümleri ile bağlıdır ve söz konusu hükümlerde hakimın gerektiğinde zor kullanabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla delil tespitinin icrası sırasında hakimın zor kullanma yetkisi bulunmamaktadır. Delil tespitinin icrasına karşı çıkılması durumunda hakim zor kullanma yetkisini kullanamayacak; inceleme yapılmasına karşı çıkan tarafa, bu davranışlarından doğacak kanuni sonuçları ihtar etmesi ve buna rağmen direnmesi halinde bu durumu tutanağa geçirmesi gerekecektir. HMK'da delil tespiti esnasında zor kullanılacağına dair açık bir hüküm bulunmadığından kıyas yolu ile uygulama yapılması ve hakimın zor kullanma yetkisine sahip olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir³⁵³. Hasmın delil tespitine izin vermemesi durumunda delil tespitinin zorla

³⁵⁰ Müfit ERKUYUMCU, "Delil Tespitine Müteallik Hükümleri Üzerine Bir İnceleme", Adalet Dergisi, Yıl 1946, S. 2, s. 126-136, s. 134.

³⁵¹ AKYOL ASLAN, s. 125.

³⁵² KURU, Cilt 4, s. 4456-4460.

³⁵³ ERKUYUMCU, s. 135.

yerine getirilmesi mümkün olmadığından³⁵⁴ hasmın bu yöndeki davranışı asıl davada ispat yükünün değişmesine yol açar³⁵⁵.

Delil tespiti icra edilirken hakim HMK'nın delil tespitine ilişkin hükümleri ile bağlıdır. Geçici hukuki korumalar başlığı altında düzenlenen ihtiyati tedbir hükümlerinde hakime zor kullanma yetkisi verilmiş olmasına rağmen, delil tespitinin düzenleme alanı bulunduğu maddelerde hakime bu yönde herhangi bir yetki verilmemiştir. Dolayısıyla, kıyas yapmak suretiyle delil tespitinin icrası sırasında hakimin zor kullanma yetkisine sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle karşı tarafın delil tespitinin icrasına karşı çıkması/engel olması durumunda zorla delil tespiti icra edilemeyecek ve fakat delil tespitinin icrasına engel olan kişinin bu davranışı asıl davada ispat yükünün değişmesine neden olacaktır.

HMK m. 103³⁵⁶ ve m. 148³⁵⁷ uyarınca, resmi tatil günlerinde veya çalışma saatleri dışında ve adli tatilde delil tespiti yapılabilir³⁵⁸.

Resmi tatil ve adli tatil günlerinde keşif yapılabilmesi için tarafların muvafakatı gereklidir. Buna rağmen tatil günlerinde delil tespiti yapılması söz konusu olur ise hakimin tarafların muvafakatini almasına gerek yoktur³⁵⁹.

3.2.2. Delil Tespiti Kararına Karşı İtiraz Yolu

Delil tespiti kararı nihai bir karar olmadığından bu karar aleyhine tek başına kanun yoluna başvurulması mümkün değildir³⁶⁰. Delil tespiti kararı tek başına istinaf edilemez³⁶¹.

³⁵⁴ DEREN-YILDIRIM, İhtiyati Tedbirler, s. 96, dn. 166'dan naklen: SCHILKEN, ZZP 92, s. 244-245.; A. Patrick STACH, Vorsorgliche Massnahmen nach Bundesrecht und st. gallischem Zivilprozessrecht, St. Gallen 1991, s. 69; FRITZE/STAUDER, Die Beschaffung von Beweisen für die Verletzung von gewerblichen Schutzrechten, GRUR Int 1986, s. 342-344, s. 342: "Delil tespitinin talep edilmesi üzerine mahkeme, keşfe karar verse de gayrimenkulün sahibinin engel olması halinde keşif gerçekleştirilmez. Aynı husus bilirkişi için de geçerlidir."

³⁵⁵ DEREN-YILDIRIM, İhtiyati Tedbirler, s. 96.

³⁵⁶ HMK m. 103/1: "Adli tatilde ancak aşağıdaki dava ve işler görülür:

a) İhtiyati 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 verilmesi." şeklindedir.

³⁵⁷ HMK m. 148: "Mahkemeler, resmi çalışma gün ve saatlerinde görev yaparlar. Ancak zorunluluk veya gecikmesinde zarar olan hallerde, keşif, delillerin tespiti ve günlük duruşma listesinde yazılı işler gibi işlemlerin, resmi tatil günlerinde veya çalışma saatlerinin dışında da yapılmasına karar verilebilir." şeklindedir.

³⁵⁸ Aynı durum Alman hukuku bakımından da geçerlidir. AKİL, s. 36, dn.144'den naklen: ZÖLLER/HERGET, s.1057.

³⁵⁹ Esat ÖZTEK, "Tatil Günlerinde Delil Tespiti Yapılabilir mi?", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 1956, Cilt 5, s. 332-338, s. 335.

³⁶⁰ MUŞUL, s. 628.

³⁶¹ KILIÇ, s. 2956.

Dolayısıyla ne delil tespiti sonucunda verilen ret kararının ne de delil tespiti kararının istinaf edilmesi mümkün değildir.

HMK m. 402 ve m. 403 uyarınca delil tespitine ilişkin kararlara karşı yalnızca itiraz kanun yoluna başvurulabilir³⁶². Delil tespitine yapılacak olan itirazı delil tespitinin karşı tarafın yokluğunda yapıp yapılmadığı ayrımını göz önünde bulundurarak incelemek doğru olacaktır.

Bu kapsamda, delil tespiti talebinde bulunan kimsenin istemi kabul edilir ise, HMK m. 402'ye göre bu karar, aleyhine tespit istenen kişiye tebliğ edilecek olup maddenin devamında karşı tarafın varsa sorularını da ekleyerek bu karara karşı bir hafta içerisinde itiraz edebileceği ve tespitin icrası esnasında hazır bulunabileceği düzenleme altına alınmıştır. Bu kararda ayrıca delil tespitinin nasıl ve ne zaman yapılacağı da belirtilecektir. Delil tespiti kararının icrası için öngörülen zamanın karşı tarafın itiraz ve sorularını bildirmesi için yetecek bir süreden sonra yapılması önem arz etmektedir³⁶³. Kendisine usulüne uygun olarak tebligat yapılan ve delil tespiti kararından haberdar olarak delil tespitinin icrasına katılan kişi o anda itirazlarını bildirmelidir³⁶⁴. Delil tespiti aleyhine delil tespiti talep olunan kişinin huzurunda yapılmış ise aleyhine delil tespiti talep edilen kişi delil tespiti sırasında bütün itirazlarını bildirme olanağına sahip olduğundan huzurunda yapılmış delil tespitine sonradan itiraz edemez³⁶⁵.

HMK m. 403'te ise, acele ve talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hallerde karşı tarafa tebligat yapılmasından sarfı nazar edilmesi hüküm altına alınmış ve tespitin yapılması akabinde, tespit dilekçesinin, tespit kararının, tespit tutanağının ve varsa bilirkişi raporunun bir örneğinin mahkeme tarafından re'sen karşı tarafa tebliğ edilmesi gerektiği ve karşı tarafın da tebliğden itibaren bir hafta içerisinde delil tespiti kararına itiraz edebileceği düzenleme altına alınmıştır. Bu madde uyarınca kişinin yokluğunda delil tespiti işlemi yapılmış ve deliller toplanmıştır. Yokluğunda delil tespiti yapılan kişi tespit

³⁶² Yargıtay tarafından verilen bir kararda delil tespitine ilişkin kararların temyiz yoluna götürülemeyeceği, bu kararlara karşı bir hafta içinde itiraz edilebileceği belirtilmiştir: "...Dava, tespit istemine yöneliktir. HMK'nın 403. maddesi gereğince delil tespitine ilişkin kararlar nihai karar olmadığından temyiz yoluna götürülemez, ancak bu karara karşı bir hafta içerisinde itiraz edilebilir. Bu nedenle davacıların temyiz dilekçesinin reddine karar vermek gerekmiştir..." Yargıtay 4. HD., 31.01.2013 T., 2012/17397 E., 2013/1523 K., (Yargıtay Karar Arama) (18.09.2018).

³⁶³ KURU, Cilt 4, s. 4447.

³⁶⁴ KURU, Cilt 4, s. 4452.

³⁶⁵ KURU, Cilt 4, s. 4452.; AKİL, s. 44.

kararına itiraz etmekle aynı zamanda delil tespiti işlemine de itiraz etmiş olacaktır. Dolayısıyla anılan maddede düzenlenen itirazdan anlaşılması gereken delil tespiti işlemine itiraz olmalıdır. Çünkü delil tespiti işlemine yapılacak olan itiraz aynı zamanda delil tespiti kararına yapılacak itirazı da kapsayacaktır³⁶⁶. Bu madde uyarınca yapılacak delil tespitlerinde karşı tarafın tespit kararının kendisine tebliğinden itibaren bir hafta içerisinde tespit kararına ve işlemine karşı itiraz hakkı bulunmaktadır.

Delil tespitine bir hafta içerisinde itiraz edilmelidir. Bir haftalık süre delil tespit kararının karşı tarafa tebliğ edildiği tarihten itibaren başlar.

HMK'da itirazın hangi mahkemeye yapılacağı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak HMK m. 401 uyarınca, henüz dava açılmamış ise delil tespiti talebinde esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemenin veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh hukuk mahkemesinin; dava açıldıktan sonra yapılacak olan her türlü delil tespiti taleplerinde ise yalnızca davanın görülmekte olduğu mahkemenin yetkili ve görevli olduğu belirtilmiştir. Anılan düzenlemeler kapsamında dava açılmadan önce verilen delil tespit kararına ve işlemine ilişkin itiraz, asıl davaya bakacak olan mahkemeye veya duruma göre sulh hukuk mahkemesine; dava açıldıktan sonra verilen tespit kararı ve işlemine ilişkin itirazlar asıl davaya bakan mahkemeye yapılacaktır³⁶⁷. Bir diğer deyişle delil tespitine yapılacak itirazlarda görevli ve yetkili mahkeme delil tespiti kararını veren mahkemedir³⁶⁸. Delil tespitinden sonra asıl dava ikame edilmiş ise delil tespitine yapılacak olan itirazların asıl davanın açıldığı mahkemeye yapılması ve o mahkeme tarafından karara bağlanması gerekir³⁶⁹.

Delil tespitine yapılacak itirazın şekli HMK'da düzenlenmemiştir. İtirazın sözlü olarak ya da dilekçe ile yapılacağına ilişkin bir hükme HMK'da yer verilmemiştir. Kural olarak delil tespitine itirazın dilekçe ile yapılması dolayısıyla yazılı olması gerekir³⁷⁰. Delil tespiti kurumu geçici hukuki koruma tedbirlerinden olup, ihtiyati tedbir ile benzerlik göstermektedir. HMK'da ihtiyati tedbire itirazın dilekçe ile yapılacağı açıkça belirtilmiştir. Mahiyeti itibarıyla uygun olduğu sürece ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerin kıyasen delil

³⁶⁶ AKYOL ASLAN, s. 128.

³⁶⁷ AKYOL ASLAN, s. 129.

³⁶⁸ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 378.

³⁶⁹ YILMAZ, Cilt 2, s. 1369.

³⁷⁰ AKYOL ASLAN, s. 130.

tespitine uygulanması mümkündür. Buna karşın, delil tespitinin sözlü olarak yapılabileceği de doktrinde ileri sürülmüştür³⁷¹. Sözlü olarak yapılan itirazların salt bu nedenle geçersiz sayılmaması gerekir. HMK’da delil tespiti talebinin dilekçe ile yapılacağı açıkça belirtilmiş olmasına rağmen itirazın ne şekilde yapılacağı düzenlenmemiştir. İtirazın sözlü olarak yapılması durumunda bunun tutanağa geçirilmesi ve geçerli kabul edilmesi uygun olacaktır³⁷².

Delil tespitine çeşitli sebeplerle itiraz edilmesi mümkündür. Aleyhine delil tespiti yapılan kişi şartların oluşmadığını, kendisine usulüne uygun tebligat yapılmaksızın delil tespiti yapıldığını ve savunma hakkının kısıtlandığını, asıl davanın görüldüğü mahkeme dışındaki bir mahkeme aracılığıyla delil tespiti yapıldığını gerekçe göstererek delil tespitine itiraz edebilir.

Yokluğunda delil tespiti yapılan kişi bu tespite itiraz etmiş ise, mahkeme karşı tarafın itirazlarını incelemeli, gerekli ise yeniden delil tespiti yaptırmalıdır. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere uygulamada delil tespitine ilişkin tutanak karşı tarafa tebliğ edildiğinde delil tespitî prosedürü tamamlanmış kabul edilmekte ve karşı tarafın itirazlarının asıl davanın görüleceği mahkeme tarafından değerlendirilmesine karar verilmektedir. Bu nedenle karşı taraf delil tespitine itiraz etmek yerine kendisi başka mahkeme aracılığı ile delil tespiti yaptırmakta ve birbiriyle çelişen delil tespitleri mahkemeye sunulduğundan delil tespiti ile elde edilmesi istenen sonuçlar sağlanamamaktadır³⁷³. Karşı tarafın itirazları yerinde bulunursa delil tespitî talebi mahkeme tarafından reddedilir.

Delil tespitinde birden fazla görevli ve yetkili mahkeme bulunduğu durumlarda delil tespit talebi reddedilen kişi uygulamada yeniden delil tespiti talep etmekte ve tevzi bürosundan ilgili dosya başka mahkemeye tevzi edilmekte ve bu şekilde delil tespiti kararı alınabilmektedir. Bu da aynı delil tespiti talebi hakkında bir mahkeme tarafından verilen ret kararının ve başka bir mahkemeden verilen tespit kararının ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir. Bu gibi durumlarla karşılaşılmaması için karşı tarafa tebligat yapılması önem arz etmektedir. Aleyhine delil tespiti talebinde bulunan kişi delil tespiti talebinde bulunanın hakkını kötüye kullanmak suretiyle daha önce başka bir mahkemeye başvurduğunu ileri

³⁷¹ ERKUYUMCU, s. 183.

³⁷² AKYOL ASLAN, s. 131.

³⁷³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 577.

sürebilecek ve bu şekilde birbiriyle çelişen ret ve kabul kararlarının ortaya çıkmasına engel olunacaktır.

Delil tespit işlemine itiraz edilmemiş olması, delil tespit işlemin kabul edilmiş sayılacağı anlamına gelmemelidir³⁷⁴.

Delil tespitine itiraz basit yargılama usulüne göre inceleneceğinden mahkeme tarafları duruşmaya davet etmeksizin dosya üzerinden kararını verebilir. Bunun yanı sıra, mahkemenin tarafları dinlemek amacıyla duruşmaya çağırması ve gelmedikleri takdirde dosya üzerinden bir karar vermesi daha isabetli olur³⁷⁵. Mahkeme kendisine yapılan itirazları değerlendirecek ve itirazı haklı görür ise kabul edecek aksi halde reddedecektir. Mahkeme burada takdir yetkisine sahip olup, itiraz eden kişi itiraz sebeplerini ispat eder ve bu konuda hakimde haklı bir kanaat oluşturursa itirazı kabul edilecek, itirazını ispat edemezse başvurusu reddedilecektir³⁷⁶.

Mahkemece itiraz üzerine verilen kararlar nihai karar mahiyetinde değil, ara karar niteliğindedir. Dolayısıyla tarafların itirazı üzerine mahkeme tarafından verilen kararlara karşı tek başına istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. Bu kapsamda itiraz üzerine verilen kararlara karşı esas hükümle birlikte kanun yoluna başvurulabilir. Ancak, durum ve koşulların değiştiği belirtilmek suretiyle yeniden delil tespiti talebinde bulunulabilir³⁷⁷.

3.3.Medeni Usul Hukukundaki İlkeler Bakımından Delil Tespiti

Yargılamanın yönlendirilmesi ve yargılamaya şekil verilmesi açısından medeni usul hukukunda bazı usul ilkelerinin önemine inanılmaktadır. Tasarruf ilkesi, re'sen hareket ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi, araştırma ilkesi, yargılamanın hakim tarafından yürütülmesi ilkesi, yargılamanın taraflarca yürütülmesi ilkesi, teskif ilkesi, yargılamaya katılanların dinlenilmesi

³⁷⁴ Yargıtay tarafından verilen bir kararda itiraz etmeme halinin açık bir kabul anlamı taşımayacağı belirtilerek yeniden bilirkişi raporu alınması gerektiği hükmü bağlanmıştır: “...*Davalı tarafın mahkeme eliyle yaptırdığı tesbit işlemi, davacı tarafın gıyabında yapılmış ve tesbit raporu, davacının sigortalısı olan şirkete tebliğ edilmesine rağmen, bu şirket tarafından itiraza uğramamıştır. İtiraz etmeme hali, açık bir kabul anlamı taşımayacağından ve sigortalının halefi olan davacı şirket, açtığı bu davada kusura ve tesbit raporuna itiraz etmiş bulunduğu mahkemece, ayrıca bilirkişi incelemesi yaptırılarak hasil olacak sonuç dairesinde karar verilmek gerekirken, tesbit bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm tesisi doğru olmamıştır...*” Yargıtay 11. HD., 20.1.14 T., 1993/2950 E., 1994/230 K., (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası) (16.09.2018).

³⁷⁵ KURU, Usul, s. 653.

³⁷⁶ SANAN, s. 87.

³⁷⁷ KURU, Usul, s. 652.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 578., KARAHACIOĞLU/PARLAR, s. 1624.; MUŞUL, s. 628.; KILIÇ, s. 2957.

ilkesi, aleniyet ilkesi, doğrudanlık ilkesi, yazılılık ve sözlülük medeni usul hukukuna hakim olan ilkelere³⁷⁸. Delil tespiti kapsamında tasarruf, yargılamanın hakim tarafından yürütülmesi ve doğrudanlık ilkesinin incelenmesi önem arz etmektedir.

Tasarruf ilkesi tarafların dava ve dava konusu hakkında etkili olması şeklinde tanımlanabilir. Bu ilke ışığında davanın ancak tarafların talebi üzerine görülebileceğini ve ihtilaf konusunun ancak taraflarca belirlenebileceğini söylemek mümkündür³⁷⁹. Delil tespitinin ancak tarafların talebi kapsamında uygulanabileceği, dolayısıyla delil tespiti kurumunun medeni usul hukukuna hakim olan ilkelere biri olan tasarruf ilkesini özünde bulundurduğu kabul edilmelidir. Nitekim bir yargılamada hakimin tarafların talebi olmaksızın re'sen delil tespiti kararı vermesi ve bu kararı icra etmesi mümkün değildir.

Yargılamanın şekli bakımından hakim tarafından yürütülmesi, bu kapsamda çağrılarının ve sürelerin tayinin hakim tarafından belirlenmesi yargılamanın hakim tarafından yürütülmesi ilkesinin en temel özelliklerinden biridir. HMK'da delil tespitinin düzenlendiği ilgili maddeler uyarınca hakim delil tespit kararını haklı bulursa bu kararı dilekçeyle birlikte kendiliğinden karşı tarafa tebliğ etmelidir. Ayrıca delil tespiti karşı tarafın yokluğunda yapılmış ise yine tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği mahkemece kendiliğinden karşı tarafa tebliğ edilir. Tarafların talebi olmaksızın mahkeme anılan işlemleri re'sen yerine getirmekle yükümlüdür. Dolayısıyla delil tespitine yargılamanın hakim tarafından yürütülme ilkesinin hakim olduğu görülmektedir.

Doğrudanlık ilkesi, yargılamanın tamamı ile araya başkaca adli makamlar girilmeksizin kararı verecek mahkeme önünde görülmesini ifade eder³⁸⁰. Uyuşmazlık hakkında karar verecek olan mahkeme delilleri bizzat değerlendirmeli ve karar vermelidir. HMK m. 197'ye göre, kanunda belirtilen haller dışında deliller davaya bakan mahkeme huzurunda, mümkün olduğu kadar birlikte ve aynı duruşmada incelenir. Ancak bir takım zorunluluklar ve pratik mülahazalar ile bu ilkeye sınırları kanun tarafından çizilen istisnalar getirilmiştir. Bu nedenle istinabe hallerinde doğrudanlık ilkesinden ayrılmıştır³⁸¹.

³⁷⁸ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 182-189.

³⁷⁹ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 182-183.

³⁸⁰ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 189.

³⁸¹ PEKCANITEZ, ATALAY, ÖZEKES, Temel Bilgiler, s. 148.; PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Pekcantez Usul, Cilt 1, s. 839.

Görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş olan delillerin tespiti talep olunmakta ise yetkili ve görevli mahkeme yalnızca davaya bakan mahkeme olacağından bu hallerde doğrudanlık ilkesi tam olarak uygulama alanı bulacaktır. Ancak tespiti talep olunan delil başka bir mahkemenin yargı çevresi içinde bulunuyor ise, o mahkemenin istinabe edilmesi mümkündür. Aynı zamanda dava açılmadan önce delil tespiti yapılması söz konusu olduğunda delil tespiti işlemi asıl davaya bakan mahkemeden başka bir mahkeme tarafından yerine getirilebilir. Nitekim HMK m. 401/1 uyarınca henüz dava açılmamış olan hallerde delil tespitinin esas hakkında davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif veya bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenecek olan kişinin oturduğu yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebileceği düzenlenmiştir³⁸². Dolayısıyla bu gibi durumların varlığı halinde doğrudanlık ilkesinden ayrılmış olacaktır. Bir delilin kaybolması veya ispat gücünü önemli ölçüde yitirme tehlikesi mevcut ise doğrudanlık ilkesinin yumuşatılması gereklidir³⁸³. Ancak esas davanın görüldüğü sıradan sonradan incelenemeyeceğinden endişe edilen deliller mevcut bulunursa mahkeme bu delili doğrudan doğruya incelemeli ve doğrudanlık ilkesi yerine getirilmelidir³⁸⁴.

³⁸² Doktrinde HMK m. 401/1’de yer alan bu düzenlemenin doğrudanlık ilkesi ile çeliştiği, kanunun koyucunun buradaki amacının doğrudanlık ilkesine aykırılık teşkil edecek bir sonucun ortaya çıkarılması olamayacağı belirtilmek suretiyle maddenin “Henüz dava açılmamış olan hallerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi olan şey veya tanık olarak dinlenecek kişi esas davaya bakacak mahkemenin yargı çevresi dışında ise, o yerdeki sulh hukuk mahkemesinden istenir.” şeklinde değiştirilmesinin yerinde olacağı ileri sürülmüştür. Aziz Serkan ARSLAN, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara 2012, s. 291-292.

³⁸³ AKİL, s. 53.

³⁸⁴ AKİL, s. 53. dn. 201’den naklen: Hans FASCHING, Zivilprozessgesetze, Kommentar, 3. Band: § 226-460 ZPO, 2. Aufl., Wien 2004, s. 997.

SONUÇ

Medeni usul hukukunun amacı maddi gerçeklik temelinde hakkın tanınması ve tespittir. Gerçeklik temeline dayalı olarak hakkın tanınmasında tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları vakıa ve delillerin elde edilmesi ve yargılamanın bu vakıa ve deliller üzerinden yürütülmesi büyük bir öneme sahiptir. Nitekim muhtemel bir yargılamada hâkim tarafların iddialarını ve savunmalarını dayandırdıkları vakıaları incelemek suretiyle bir karar verecektir. Vakıa ve delillerin yargılamaya getirilmesi taraflarca getirilme ilkesi kapsamında davanın taraflarına düşen bir yükümlülüktür. Taraflardan her biri iddia ve savunmasını usulüne uygun olarak elde edilmiş delillerle ispat etmekle görevlidir. Yargılamada delillerin tahkikat aşamasından önce toplanması kural olarak mümkün değildir. Ancak tahkikat aşamasına geçene kadar delillerin kaybolması veya ileri sürülmesinin önemli ölçüde güçleşmesi her zaman ihtimal dahilindedir. İşte bu gibi durumlarda kanun koyucu HMK’da yer verilmiş olan delil tespiti kurumu ile delillerin belli koşulların varlığı halinde önceden elde edilmesine olanak tanımıştır.

Delil tespiti kurumu “Delil Tespiti ve Diğer Geçici Hukuki Korumalar” başlığı altında HMK m. 400 ile 405 arasında düzenlenmiştir. Delil tespitinin konusunu akıl ve mantık kuralları çerçevesinde kalmak şartıyla her türlü delil ve maddi vakıalar oluşturabilir. Delil tespiti talebinde bulunabilmek için talepte bulunan kimsenin açılmış veya ileride açılacak olan bir davada taraf sıfatı bulunmalı, tespiti talep edilen deliller yine açılmış veya ileride açılacak olan bir dava ile ilgili olmalı ve tespiti talep olunan delillerin henüz inceleme sırası gelmemiş bulunmalıdır. Bununla birlikte; talepte bulunan kimsenin hukuki yararının varlığı da delil tespiti için aranan bir diğer koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. HMK m. 400/2 uyarınca, delil tespitinde bulunabilmek için hukuki yararın varlığı açık bir koşul olarak düzenlenmiş olmakla, kanunda açıkça öngörülen durumlar dışında delilin hemen tespit edilmemesi halinde kaybolacağı veya ileri sürülmesinin önemli ölçüde güçleşeceği ihtimal dahilinde ise bu gibi durumlarda hukuki yararın varlığı karine olarak kabul edilmiştir. Taraflardan her biri bu şartların tamamının gerçekleştiğini belirtmek suretiyle mahkemeden delil tespiti talebinde bulunabilir.

Delil tespiti yapılabilmesi için tarafların bu konuda bir talepte bulunması gerekir. Hakim kendiliğinden delil tespiti yapılmasına karar veremez. Delil tespitinde görevli ve

yetkili mahkemenin tespiti açısından ise ikili bir ayırım yapmak doğru olacaktır. Henüz davanın açılmadığı durumlarda delil tespiti esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veyahut üzerinde keşif ya da bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin ya da tanık olarak dinlenilecek olan kimsenin oturduğu yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Bu yöndeki ikili ayırımın medeni usul hukukunun temel ilkelerinden biri olan doğrudanlık ilkesi ile çeliştiği doktrinde ileri sürülmüştür. Şöyle ki; doğrudanlık ilkesi uyarınca delillerin araya başkaca adli makamlar girmeksizin asıl davanın görüleceği mahkeme tarafından tespit edilmesi ve incelenmesi amaçlanır. Ancak HMK'da yer verilen düzenlemeye göre asıl davanın görüleceği mahkeme sulh hukuk mahkemesi dışındaki bir mahkeme olsa da yetkili sulh hukuk mahkemesinden delil tespiti talebinde bulunulabilecektir. Bu durum asıl davanın görüleceği mahkeme tarafından delillere ulaşılma imkanını bir anlamda engellemektedir. Ancak kanun koyucunun işbu düzenlemedeki amacının doğrudanlık ilkesinin ihlali olmadığı tarafların hızlıca aksiyon almasını sağlamak adına bu şekilde bir düzenlemenin getirildiğinin kabulü gerekir. Dava açıldıktan sonra yapılacak olan her türlü delil tespiti yalnızca esas davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir. Delil tespiti bir dilekçeyle yapılır ve delil tespiti kararı nihai bir karar olmayıp, ara karar niteliğinde olduğundan bu kararlara karşı tek başına kanun yoluna başvurulması mümkün değildir.

Kural olarak delil tespiti karşı tarafın katılımıyla yapılacaksa da, talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hallerde, karşı tarafa tebligat yapılmaksızın da delil tespiti yapılabilir. Talepte bulunan kişinin haklarının korunması bakımından diğer tarafa tebligat yapılmaksızın delil tespiti yapılmasını kabul eden kanun koyucu yokluğunda delil tespiti yapılan kişinin savunma hakkının kısıtlanmaması için tespit yapıldıktan sonra delil tespiti dilekçesinin, tespit tutanağının ve varsa bilirkişi raporunun bir örneğinin itirazlarını sunması bakımından karşı tarafa tebliğ edilmesi gerektiğini düzenleme altına almıştır.

Türk hukukunda delil tespiti kurumunun özü itibariyle tarafların iddia ve savunma haklarının korunması bakımından delillerin önceden muhafaza altına alınması ve bu yolla tespit edilmesinin sağlanmasına ilişkin fonksiyonu esas alınarak HMK'nın ilgili maddelerinin düzenlendiği kabul edilmelidir. Nitekim delil tespiti kurumu ile taraflara görülmekte olan bir davada ya da sonradan ikame edilecek veya kendisine karşı ikame edileceği düşünülen bir

davada kullanılmak üzere delil tespiti yapılmasını talep etme imkânı sağlanarak henüz inceleme sırası gelmemiş olan delillerin tespit edilmesinin önü açılmıştır. Delil tespiti ile ileride kaybolması ihtimal dahilinde olan delillerin tespiti sayesinde tarafların bir yargılamada iddia ve savunma hakkını etkin bir şekilde kullanmasına engel teşkil edecek bir hususun önüne geçilmiş ve asıl dava açılmadan önce ya da asıl davada henüz o delilin inceleme sırası gelmeden elde edilmesine olanak tanınarak delilin kaybolma riski bertaraf edilmiş ve bu suretle tarafların muhtemel hak kayıplarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bununla birlikte, örneğin çok yaşlı bir tanığın esas yargılamada ifadesi alınıncaya kadar geçecek süre zarfında hastalanması ve akli melekelerinin zayıflaması kuvvetle muhtemeldir. Akli melekeleri zayıflayan bir kimsenin tanık olarak verdiği ifade ile sağlıklı bir kimsenin vermiş olduğu ifadenin hâkimde yaratmış olduğu kanaat aynı olmayacaktır. Takdiri deliller hâkim tarafından serbestçe değerlendirileceği için delil tespiti sayesinde tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları delillerin ispat gücünde meydana gelecek olan azalmanın da bir anlamda önüne geçilmiş olur.

Medeni usul hukukunda hukuki yarar kavramı tarafların mahkemeden hukuki koruma talep etmekte menfaatinin olması anlamına gelir ve hukuki yarar ile menfaati olan herkese hukuki korumanın sağlanmasını amaçlar. Taraflar ikame ettikleri bir davada hukuki menfaatlerinin bulunduğunu ortaya koymakla yükümlüdür. Delil tespiti sonucu elde edilecek olan bilirkişi raporu veya tanık ifadesi tarafların muhtemel davada hukuki yararının varlığını ortaya koymaya yardım eder.

Delil tespiti sonucu yapılan işlemler ile tespit edilen deliller ve ortaya çıkarılan vakıalar sonucunda taraflar muhtemel bir davadaki başarı şanslarını görerek taleplerini sürdürüp sürdürmeme konusunda karar verebilirler. Delil tespiti sayesinde elde edilen deliller sonucunda davacı ikame etmeyi planladığı davada başarılı olma ihtimali bulunmadığını öngörür ise dava açmaktan vazgeçer ya da kendisine karşı dava açılması planlanan kişi davacının müstakbel yargılamada haklı çıkma ihtimalinin yüksek olduğunu tespit eder ise kendisine karşı dava açılmaması, fazladan yargılama gideri ve harç ödememek için karşı taraf ile sulh olabilir. Böylelikle delil tespiti kurumunun davaların açılmasını önlediği ve usul ekonomisine hizmet etme fonksiyonunun bulunduğu görülmektedir. Nitekim usul ekonomisi, yargılamanın kolaylaştırmasını amaç edinerek gereksiz zaman kaybına ve gereksiz masrafa

sebebiyet vermeden karar verilmesini hedeflemektedir. Ancak günümüzde yargılamanın çok zaman aldığı bilinen bir gerçekliktir. Yargılamanın uzun sürmesinin en önemli sebeplerinden biri davaların fazlalığı ve mahkemelerin iş yüküdür. Delil tespiti davaların açılmasını önleme fonksiyonu usul ekonomisi fonksiyonunu da beraberinde getirmektedir. Delil tespiti sonucu elde edilen vakıalar sayesinde uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması ve yargılama yapılmaksızın sonuç elde edilmesi sayesinde mahkemelerin iş yükü azalmakta, yargılama masraflarından ve zamandan tasarruf edilerek usul ekonomisinin amacına hizmet edilmektedir. Bunun yanı sıra, delillerin inceleme aşamasına kadar geçecek olan süre zarfında delilin kaybolma veya yok olma riski geçen zamanla orantılı olarak artar. Delil tespiti kurumu sayesinde önceden delillerin elde edilmesine imkân tanınarak asıl davada anılan delilin elde edilmesi için geçecek süreden tasarruf edilmektedir. Bu sayede delil tespitinin bir anlamda mahkemelerin iş yükünü azalttığı da söylenebilir.

İspat hakkı, taraflara kendi iddialarının doğru olduğunu karşı tarafın iddiasının ise doğru olmadığını ispatlaması konusunda olanak tanır. Dolayısıyla ispat hakkı ihtilaf konusu vakıanın tespiti ve ispatlanmasını isteme hakkı olarak tanımlanabilir. Yargılama faaliyeti davacının talep sonucunu dayandırdığı unsur vakıaların bu sonucu sağlayacak hukuk normunun soyut unsur vakıalarını karşılayıp karşılamadığının tespitidir. Yargılama faaliyeti sırasında taraflar iddia ve savunmalarının dayandığı vakıaları ispata elverişli şekilde somutlaştırmakla yükümlüdürler. Delil tespiti ile ileride kaybolması veya ileri sürülmesi önemli ölçüde güçleşecek olan delilin elde edilmesine imkân tanınarak tarafların iddialarının dayanağı olan ve kaybolma, dolayısıyla muhtemel bir yargılamada tarafın iddia ve savunmasını dayandıramama riskinin bertaraf edilmesi sayesinde delil tespiti tarafların iddia ve savunmasını ispata yarar.

Türk usul hukukunda delil tespitinin düzenleniş şekli itibariyle delillerin önceden tespit edilmesini sağlayarak ve kaybolmasını önleyerek tarafların iddia ve savunmasını ispat etme fonksiyonunun esas alındığı görülmektedir.

Alman usul hukukunda delil tespiti Türk hukukuna benzer bir şekilde Alman Usul Kanunu m. 485 vd. “Bağımsız Delil Prosedürü” başlığı altında düzenlenmiştir. Alman Usul Kanunu’nda delillerin “dava öncesinde” tespitinin gerekli olduğu durumlarda anılan yola başvurulması mümkün kılınmıştır. Alman hukukunda Türk hukukundan farklı olarak delilin

hemen tespit edilmemesi durumunda kaybolacağı ve gösterilmesinin önemli ölçüde güçleşeceği durumlarda dahi hukuki yararın varlığının ayrıca ortaya konulması gerekmektedir. Alman hukukunda daha çok Türk hukukunda olduğu gibi delilin önceden tespit edilerek muhafaza altına alınmasına ilişkin fonksiyonu ve davaların açılmasını önleme fonksiyonu esas alınarak ilgili maddeler düzenlenmiştir.

Fransız hukukunda delil tespitine benzer bir kurum Fransız Medeni Usul Kanunu'nun "Tahkikat Önlemleri" başlığı altında yer alan 143 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Fransız Medeni Usul Kanunu uyarınca, uyuşmazlığın çözümüne bağlı olan bir vakıanın delillerinin dava açılmadan önce muhafaza altına alınması veya tespit edilmesi için meşru bir gerekçe bulunmakta ise kabul edilebilir tüm tahkikat önlemleri karara bağlanır. Fransız medeni usul hukukunda uyuşmazlığın çözümü açısından basit ve maddi açıdan en az yük getirecek olması dikkate alınarak tahkikat önlemlerine karar verilebilir. Dolayısıyla Fransız medeni usul hukukunda tahkikat önlemleri başlığı altında düzenleme alanı bulan ve delil tespiti kurumuna benzerlik arz eden tahkikat önlemleri başlığı altında yer alan düzenlemelerde daha çok delillerin dava açılmadan önce tespit edilmesi ve usul ekonomisini gerçekleştirme fonksiyonlarının esas alındığı tespit edilmiştir.

İngiliz medeni usul hukukunda delil tespiti kurumuna benzer bir kavram olan dava öncesi disclosure hükümlerine ilişkin düzenlemelerde bu kurumun davanın açılmasının önlenmesini sağlama fonksiyonunun esas alındığı görülmektedir. Nitekim henüz dava açılmadan önce müstakbel davacı müstakbel davalıya karşı hakimiyet alanında bulunan belgeleri sunması için mahkemeye başvurmak suretiyle disclosure usulünün uygulanmasını isteyebilir. Söz konusu madde uyarınca talepte bulunan kimsenin muhtemel bir davanın tarafı olması, talepte bulunması, talep ettiği belge veya belge gruplarına neden ihtiyaç duyduğu hususunda mahkemeye delil sunması gerekir. Bunun üzerine mahkeme, talep edilen belgelerin yargılama öncesinde açıklanması yönünde hüküm tesis edebilir. Anılan düzenlemelerin temel amacı ileride açılması planlanan davanın akıbetinin nasıl olacağı konusunda tarafların öngörüye sahip olması ve böylelikle muhtemel davaların önüne geçilerek, tarafların gereksiz yargılama masrafı yapmamasına imkân tanımaktır.

Amerikan medeni usul hukukunda delillerin toplanması discovery/disclosure kavramları altında gerçekleştirilmektedir. Delil tespiti ile benzerlik arz eden dava öncesinde

delillerin tespit edilmesine ilişkin düzenleme FRCP m. 27’de yer almaktadır. Dava öncesi perpertuation olarak adlandırdığımız bu düzenleme ile asıl davada kullanılması düşünülen tanık ifadesinin sürdürülebilirliği/muhafaza altına alınması amaçlanmaktadır. Bu yola başvuru ancak yargılamanın sekteye uğramasına veya gecikmesine engel olunacak ise kabul edilir. FRCP m. 27’de yer alan düzenleme ile dava öncesinde tanık ifadelerinin alınmasına olanak tanınmıştır. Dolayısıyla bu müessesenin düzenleniş şekli itibariyle delillerin dava açılmadan önce kaybolmasının önlenmesi ve muhafaza altına alınmasına dair fonksiyonunun esas aldığı söylenebilir.

Delil tespiti talebi üzerine bu talep hukuka uygun görülürse, delil tespiti yapılmasına karar verilir ve mahkeme tarafından belirtilen yer, gün ve saatte delil tespit işlemi icra edilir. Tespiti istenen vakıanın hangi delille tespit edileceğine karar verilmiş ise, bu kararın yerine getirilmesinde o delilin elde edilmesine ilişkin hükümler uygulanır. Delil tespiti kural olarak karşı tarafın huzurunda yapılır ancak talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hallerde karşı tarafın yokluğunda delil tespiti yapılabilir. Bu durumda savunma hakkının ihlaline sebebiyet vermemek adına tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği kendiliğinden karşı tarafa tebliğ edilir. Taraflar usulüne uygun şekilde yapılmış olan delil tespiti sonucunda düzenlenen tutanak ile iddialarını ve savunmalarını ispat edebilir.

Delil tespiti asıl dava dosyasının eki sayılır ve delil tespiti talebi sonucunda elde edilen deliller ileride açılacak veya derdest olan bir davada tarafların iddia ve savunmalarını ispat etmek için kullanılır. Delil tespitine dair giderler yargılama masraflarından sayılır ve asıl dava açılmadan önce yapmış olduğu delil tespiti talebi kabul edilen kimse delil tespitinin yargılama giderleri ve vekalet ücretine ilişkin kısmını asıl davayı ikame etmeden önce talep edemez. Tespiti istenen vakıanın hangi delille ispat edileceğine karar verilmiş ise, bu kararın yerine getirilmesine o delilin toplanmasına ilişkin hükümler uygulanır. Delil tespiti kararlarına karşı yalnızca itiraz kanun yoluna başvurulabilir.

Delil tespiti ancak tarafların talebi kapsamında uygulama alanı bulduğundan, delil tespiti kurumunun medeni usul hukukuna hâkim olan ilkelerden biri olan tasarruf ilkesini özünde bulundurduğu kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra, delil tespitine mahkeme tarafından karar verildiği için yargılamanın hâkim tarafından yürütülmesine ilişkin ilkenin delil tespiti

açısından uygulama alanı bulduğu görülmektedir. HMK'da düzenleniş şekli itibariyle delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme bakımından doğrudanlık ilkesinden ayrıldığı, ancak kanun koyucunun amacının bu yönde olmadığı tespit edilmiştir.

KAYNAKÇA

AKİL Cenk, “*Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2009, S. 1, s. 1-62.

AKKAN Mine, “*Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2018, S. 2, Cilt 20, s. 1-31.

AKYOL ASLAN Leyla, Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara 2011.

ALANGOYA H. Yavuz, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2000.

ALANGOYA H. Yavuz/YILDIRIM M. Kâmil/DEREN-YILDIRIM Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011.

ALANGOYA Yavuz/YILDIRIM M. Kâmil/DEREN-YILDIRIM Nevhis, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006.

ALBAYRAK Adem, 6100 Sayılı HMK’ya Göre Hazırlanmış Asliye Hukuk Davaları, Ankara 2016.

ALDEMİR Hüsnü, Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri, Ankara 2012.

ALMAŞAN Adriana/WHELAN Peter/AMARO Rafeal, “*Recent Developments in the Application of Articles 101 and 102 TFEU by French Courts*”, The Consistent Application of EU Competition Law, Cham 2017, s. 221-242.

ANDREWS Neil, English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System, Oxford University Press, New York 2003 (New York).

ANSAY Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.

ARISTOTLE, Nicomachean Ethichs Book V, Chapter 10, Translated By W. D. Ross, Kitchener 1999.

ARSLAN Aziz Serkan, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara 2012.

ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016.

ARSLANDOĞAN Birce, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delil Tespiti, İstanbul 2014 (Delil Tespiti).

ARSLANDOĞAN Birce, “*Delil Tespitine İlişkin Bir Alman Federal Mahkemesi Kararı*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Cilt 16, Özel Sayı 2014, s. 1605-1612 (Alman Federal Mahkemesi Kararı).

ASLAN Aziz Serkan, “*6100 sayılı HMK Madde 401 Hükmüne Göre Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, S. 2, Konya 2013, s. 241-254 (Görevli ve Yetkili Mahkeme).

BASTUCK Burkhard/GÖPFERT Burkard, “*Admission and Presentation of Evidence in Germany*”, Loyala of Los Angeles International And Comparative Law Journal, Los Angeles 1994, s. 609-627.

BECKER-EBERHAD Ekkehard, “*Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları*”, Çeviren: M. Kâmil YILDIRIM, Derleyen: M. Kâmil YILDIRIM, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2011, s. 17-38.

BELGESAY Mustafa Reşit, Hukuk ve Ceza Muhakemelerinde Deliller, İstanbul 1940.

BİLGE Necip/ÖNEN Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.

CASLAV Pejovic, Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal, Victoria University of Wellington Law Review, vol. 69, 1981.

DEREN-YILDIRIM Nevhis, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 2002 (İhtiyati Tedbirler).

DEREN YILDIRIM Nevhis, “*Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış*”, Yargıtay Dergisi, Yıl 1995, S. 3, s. 224-243.

DEREN YILDIRIM Nevhis, “*Kollektif Hukuki Himaye Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu?*” Yargıtay Dergisi, Yıl 1997, S. 1-2, s. 137-154.

DOĞANAY İsmail, “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tespiti Delaile Dair Hükümleri Üzerine Bir İnceleme*”, Adalet Dergisi, 1954/7, s. 888-899.

ERCAN İsmail, Avukatlar ve Hakimler İçin Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2013.

ERKUYUMCU Müfit, “*Delil Tespitine Müteallik Hükümleri Üzerine Bir İnceleme*”, Adalet Dergisi, Yıl 1946, S. 2, s. 126-136.

GAUL Hans Friedhelm, “*Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu*”, Çeviren: Nevhis DEREN-YILDIRIM, Derleyen: M. Kâmil YILDIRIM, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2011, s. 75-106.

GENÇCAN Ömer Uğur, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara 2013.

GÖKSU Mustafa, ABD ve İngiliz Hukuklarında Discovery ve Disclosure Kurumları ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Konu ile İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Şubat 2017. (www.dahaiyiyargi.org)

GÖRGÜN L. Şanal, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2015.

HJORT Maria Astrup, “*Electronic Evidence in Control of and Adversely Affecting the Opposing Party: A Comparative Study of English and Norwegian Law*”, Digital Evidence and Electronic Signature Law Review, Vol 8, 2011, s. 76-91.

HOFFMAN Lonny Sheinkopf, Access to Information, Access to Justice: The Role of Presuit Investigatory Discovery, 40 U. Mich. J.L. Reform 217, Winter 2007. (www.lexisnexis.com)

Hogan Lovells, Disclosure of Documents in Civil Proceedings in England and Wales, October 2018 (Hogan Lovells). ([https://www.hoganlovells.com/~media/disclosure-client-note.pdf](https://www.hoganlovells.com/~/media/disclosure-client-note.pdf))

JANKE Benjamin West/LICARİ François-Xavier, “*The French Revision of Prescription A Model for Louisiana?*”, Tulane Law Review, November 2010, s. 1-53.

KALE Serdar/KESER Salih, “*Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Özel Sayı, Yıl 2015, Cilt 21, S. 2, s. 701-726.

KARAHACIOĞLU Ali Haydar/PARLAR Aynur, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014.

KARSLI Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2014.

KILIÇOĞLU Mustafa, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012.

KRONFELD A. Nicholas, The Preservation and Discovery of Evidence Under Federal Rule of Civil Procedure 27, 78 Geo. L.J. 593, February 1990.

KURU Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ağustos 2016 (Usul).

KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 1-Cilt 4, Bası 6, İstanbul 2001 (Cilt 1, Cilt 2, Cilt 3, Cilt 4).

KURU Baki, “*Hukuk Davalarının Uzaması Sebepleri*”, Makaleler, İstanbul 2006, s. 99-116.

KURU Baki, “*Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler*”, Makaleler, İstanbul 2006, s. 117-139.

KURU Baki, Tesbit Davaları, Ankara 1963.

KILIÇ Halil, Açıklamalı-İçtihatlı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Cilt 2, Ankara 2011.

MASSON Antoine/SHARİFF J. Mary/DU MANOİR DE JUAYE Thibault, “*Evidence Collection as a Legal Resource for Strategy: A French and European Perspective*”, Legal Strategies How Corporations Use Law to Improve Performance, Heidelberg 2010, s. 353-369.

Maryland Rules Commentary, Title 2. Civil Procedure, Chapter 400 Discovery, Sule 2-404 Perpetuation of Evidence. (www.lexisnexis.com)

Moore’s Answer Guide 1-6: Federal Civil Motion Practice, Cahpter 6 Discovery, Part B: Moving to Seek or Oppose Discovery (Moore’s Answer Guide). (www.lexisnexis.com)

Moore’s Manual, Federal Practice and Procedure, Part V Pretrial Stage, Cahpter 15, Discovery, Part II. Rules For Particular Methods of Discovery (Moore’s Manual). (www.lexisnexis.com)

MUŞUL Timuçin, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012.

ÖZKAN Hasan, Açıklamalı-İçtihatlı İhtiyati Tedbir Delil Tespiti İhtiyati Haciz ve Kamu Alacağı'nın Tahsilinde İhtiyati Haciz, İstanbul 2006.

ÖZTEK Esat, “*Tatil Günlerinde Delil Tespiti Yaptırılabilir mi?*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 1956, Cilt 5, s. 332-338.

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2017 (Ders Kitabı).

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler, İstanbul 2017 (Temel Bilgiler).

PEKCANITEZ Hakan/ÖZEKES Muhammet/AKKAN Mine/TAŞ KORKMAZ Hülya, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017 Cilt1-Cilt3 (Pekcanitez Usul).

POSTACIOĞLU İlhan, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 1975.

RECHBERGER H. Walter, “*Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması*”, Çeviren: M. Kâmil YILDIRIM, Derleyen M. Kâmil YILDIRIM, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2011, s. 1-16 (Yargılamanın Hızlandırılması).

RECHBERGER H. Walter, “*Avusturya Medeni Yargılamasında Adil Yargılanmaya İlişkin Yeni Sorular*”, Çeviren: M. Kâmil YILDIRIM, Derleyen: M. Kâmil YILDIRIM, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2011, s. 61-74 (Adil Yargılanma).

RÜZGARESEN Cumhur, “*Usul Ekonomisi İlkesinin İhlaline Karşı Başvuru Yolları*”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, MİHBİR Özel Sayısı, Yıl 2014, S. 2, Cilt 4, s. 173-214.

SANAN Melih, Delil Tespiti Yüksek Lisans Tezi, Kasım 2014.

TEOMETE YALABIK Fulya, İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanmasında Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Ankara 2012.

TILMANN Winfried/PLASSMANN Clemens/AHRENS Hans-Jürgen, Unified Patent Protection in Europe, A Commentary, Part 2: Evidence, Chapter 4: Order to Preserve Evidence (Saisie) and Order for Inspection, Oxford University Press, Oxford 2018.

TORAMAN Barış, “*Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Cilt 16, Özel Sayı 2015, s. 1483-1523.

TUNÇ YÜCEL Müjgan, HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Ankara 2013.

TUTUMLU Mehmet Akif, Kuram ve Uygulama Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, Ankara 2012.

ULUKAPI Ömer, Medeni Usul Hukuku, Konya 2015.

UMAR Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.

ÜSTÜNDAĞ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2001.

WASSERMAN M. Howard, Civil Rights Plaintiffs and John Doe Defendants: A Study in Section 1983 Procedure, 25 Cardozo L. Rev. 793, December 2003.

WOLF Christian/ZEIBIG Nicola, Evidence in Civil Law – Germany, Maribor 2015.

YAVAŞ Murat, Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1999.

YILDIRIM M. Kâmil, “*Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller*”, Prof Dr. Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2007, s. 861-871.

YILDIRIM M. Kâmil, “*İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağı’nda İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı*”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 679-694.

YILDIRIM M. Kâmil, “*Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu*”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s. 833-841.

YILMAZ Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013.

YILMAZ Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt 1-2, Ankara 2001 (Cilt 1, Cilt 2).

YILMAZ Ejder, “*Usul Ekonomisi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Necip Bilge'nin Anısına Armağan, Ankara 2008, s. 243-274 (Usul Ekonomisi).

İstanbul Barosu Dergisi 1997/4

Resmî Gazete

Elektronik Kaynaklar

www.kazanci.com.tr (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

www.emsal.yargitay.gov.tr (Yargıtay Karar Arama).

www.hukuki.net

<http://www.bundesgerichtshof.de/>

<https://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1014756.html>

<https://www.jdsupra.com/legalnews/pre-action-disclosure-moving-beyond-the-56239/>

www.kgm.adalet.gov.tr

<http://www.gesetze-im-internet.de>

<https://www.legifrance.gouv.fr>

<https://www.justice.gov.uk>

<https://www.law.cornell.edu>

<https://core.ac.uk>