

## ALMAN HUKUK USULÜNDE

### SES ALMA CİHAZLARI İLE TESBİT EDİLEN SESLERİN

#### İSPAT VASİTASI OLARAK KULLANILMASI x)

Yazan :

**Dr. Klemens Pleyer**

**Marburg/Lahn Üniversitesinde Doçent**

Tercüme Eden :

**Asistan Dr. Baki Kuru**

(Şimdi : Damstadt Teknik Üniversitesinde Hukuk Profesörü)

İnsan sesinin ses iletici vasıtalarla tesbit edilmesi hususu, uzun zamandan beri malum olan bir keyfiyettir; meselâ, gramofon plâğı ve sesli film gibi. Fakat bu eski usuller, fazla zahmet ve paraya muhtaç olduklarından, geniş bir kullanma sahasına malik olamamışlar, ve hele dâvalarda ispat vasıtası olarak kullanılmaları hemen hiç düşünülmemiştir. Buna mukabil; kullanılması basit ve kendisiyle ses alınması büyük hazırlıklara ihtiyaç göstermeyen modern manyetefon âleti; son seneler zarfında, hukuk, iş ve ticaret tatbikatında, müzakere, anlaşma ve ifadeleri tesbit etmek için büyük ölçüde kullanılmaktadır. Bu tekâmüle paralel olarak; bir kimsenin müsaade ve haberi olmadan, kendisinin ifade ve konuşmalarını akustik olarak gizlice tesbit etmek suretiyle, bu usulün suiistimali de artmaktadır. Bütün bu haller; insanın ses alma cihazları ile tesbit edilen sesinin, bilhassa band'ların xx), dâvada hangi ölçü dahilinde ispat vasıtası olarak kullanılmasının caiz olduğu ve konuşanın malûmatı olmaksızın alınan sesler için ne

x) Bu makale, Almanyada münteşir «Zeitschrift für Zivilprozess» mecmuasının 70. Cildinin (1956) 321 - 338 ci sayfalarında intişar etmiştir. Makaleyi, müellifin lütufkâr müsaadeleriyle aynı mecmuadan tercüme ettik.

Makalede geçen almanca kısaltmalar :

AcP : Archiv für civilistische Praxis (Mecmua)

BB : Der Betriebs-Berater (Mecmua)

Anw. Blatt : Anwaltsblatt (Mecmua)

BGB : Das Bürgerliche Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)

BGH : Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)

BGHZ : Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen. (Mecmua)

DR : Deutsches Recht (Mecmua)

DRZ : Deutsche Richterzeitung (Mecmua)

GG : Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Fede. Almanya Anayasası)

gibi umumî kaidelerin tatbik edileceği hususlarının, esaslı bir tetkikini zaruri kılmaktadır 1).

Bandın muayyen kısımlarını silip, bunun yerini — değişiklik haricen anlaşılamıyacak şekilde — yeniden sesle doldurmak mümkün olduğundan, bandın ispat vasıtası olarak kullanılması hususu hakkında belki toptan bir şüpheye düşülebilir. Hattâ, doldurulmuş bir band kesilip, kesik kısımlar arzuya uygun şekilde bir araya getirilerek, bunlarla haricen aynı olan başka bir band doldurulabilir ve bu şekilde evvelce sesleri alınmış olan insanların tamamen «yeni» bir konuşması meydana getirilebilir ki bu yeni konuşmada, konuşanların münferit ifadelerine tamamen başka bir mâna verilebilir. Fakat, bu şekildeki bir sahtekârlık muhakkak ki pek kolay bir iş değildir; bu sebeple sahtekârlık yapılabilme im-

Gruch. Beitr. : Beitrage zur Erlaeuterung des Deutschen Rechts (Mecmua)

GRUR : Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Mecmua)

HRR : Höchstrichterliche Rechtsprechung (Mecmua)

JR : Juristische Rundschau (Mecmua)

JW : Juristische Wochenschrift (Mecmua)

JZ : Juristenzeitung (Mecmua)

KG : Kammergericht (Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi)

Komm. : Kommentar (Şerh)

LG : Landgericht (Asliye Mahkemesi)

NJW : Neue Juristische Wochenschrift (Mecmua) z

OClIZ : Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone in Zivilsachen (Mecmua)

OLG : Oberlandesgericht (Eyalet Yüksek Mahkemesi)

RG : Reichsgericht (Eski İmparatorluk Mahkemesi)

RGSt : Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Mecmua)

RGZ : Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Mecmua)

StGB : Strafgesetzbuch (Alman Ceza Kanunu)

StPO : Strafprozessordnung (Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu)

Warn. Rspr. : Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts (Mecmua)

ZStW : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Mecmua)

ZZP : Zeitschrift für Zivilprozess (Mecmua)

ZPO : Zivilprozessordnung (Alman Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu)

xx) Ses şeridi (Manyetefon şeridi) mânasına gelen «band» kelimesine Türkçemizde son zamanlarda raslanmakta olduğundan, aslında Almanca olan «band» kelimesini bu tez-cümemizde kullanıyoruz.

1) Ses band'ı «fikri haklar» sahasında da bir çok müşkül problemler ortaya atması bulunmaktadır. Bu hususta bak. de Boor in Festschr. für Niedermeyer s. 31 v.d.; Schulze in GRUR 1949, 153; Möhring, NJW 1951, 742; Runge, GRUR 1951, 234; v. Erffa, GRUR 1951, 226; Hackemann, GRUR 1956 516; KG, NJW 1951, 766; BGH, NJW 1955, 1278.

kâni, bandın, muayyen hâdiseler için ispat vasıtası olarak kullanılmasını kaide-  
ten yasak ettirmeğe muktedir değildir. Vesika ve senetler üzerinde de gayet  
ustaca tahriflerde bulunulabilir; buna rağmen, vesika ve senetler muteber birer  
ispat vasıtasıdır; hattâ bazı senetler mévsuf bir beyyine kuvvetine mâliktir-  
ler. 2) Bir çok hallerde, bandın hakikî ve tahrif edilmemiş olduğunu, şahit v.s.  
ile şüpheden âri olarak ispat edebilmek kolayca imkân dahilinde olacaktır; hat-  
tâ, ekseri hallerde banddaki sesin hakikî olmadığı hiç bir tarafca iddia edilmeyip,  
bilâkis her iki taraf ta aynı banda ispat vasıtası olarak istinat etmek isteyecek-  
lerdir. Bandı bu gibi hallerde de ispat vasıtası olarak kullanmamayı haklı gös-  
terecek bir sebep yoktur.

Banda alınmış ses hakkında dâvada hangi kaidelerin kabili tatbik olduğu-  
nun tetkikinde, şahit ve taraf dinlenmesi hakkındaki hükümlere istinat edilemi-  
yeceği kendiliğinden anlaşılacak bir keyfiyettir. Band, dâvada taraf olanlardan  
birinin veya şahit olabilecek bir üçüncü şahsın sesini tekrar vermekte ise de,  
alâkalı şahıs bununla «mahkeme önünde ve mahkeme için olan» bir beyanatta  
bulunmuş olmamaktadır; zira mahkemedeki dinlemede, hâkim dinlediği şahıs  
hakkında umumî bir kanaat edinip bunu kıymetlendirebildiği ve şüpheli kalan  
kısmı derhal sualler sormak suretiyle aydınlatılabildiği halde, bu hususlar  
bandın dinlenmesi halinde varit değildir 3).

Senet ile ispat hakkındaki hükümler dahi meselemizde kabili tatbik değil-  
dirler. ZPO'nun, beyyine kuvveti - bilhassa resmi senetlerin ve suretlerinin bey-  
yine kuvveti - , imzaların hakikiliği ve cebri icrada bulunmak hakkı bahşeden  
vesikalar 4) hakkındaki hükümlerinden anlaşıldığı üzere, ZPO, yazılı şekilde-  
ki 5) düşünce izharını «senet» olarak kabul etmektedir.

Dâvada çalınan banddaki ses işitme uzvunca duyulup, bandın harici sağlam-  
lığı da görme ve dokunma organları vasıtasıyla tetkik edilebileceğinden, banda  
alınmış olan sesi keşif mevzuu (objesi) olarak vasıflandırmak kabildir 6).  
Band bu vasfı ile, hâkime, önünde tekrarını işittiği ifadelerin, geçmişte aynı şe-

2) Bak. meselâ §§ 415, 417 ZPO.

3) Bak. aşağıda s. 3.

4) §§ 415 - 17, 435, 439 v.d., 794 Nr.5 ZPO.

5) Tamamen hâkim kanaat. Bak. meselâ: RGZ 82, 268; Baumbach - Lauterbach ZPO  
Komm. 23. Bast. Vorbem. I vor § 415; Stein - Jonas - Schönke, ZPO Komm. 18. Bast.  
Vorbem. I vor § 415.

6) Bal mumundan silindir üzerine alınmış olan ses hakkında bak. KG, JW 1924,  
912. Bundan başka bak. A.S. Schultze, Grunhut's Zeitschrift 22, 70 vd. Ceza usulü için  
bak. Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift f. W. Jellinek s. 630 (başkaca literatür atıflarıyla)  
ve JZ 1956, 206.

Ceza usulüne ait literatürde, band ve diğer aletlerle alınmış sesler senet olarak ta va-  
sıflandırılmaktadır (bak. Kohlhaas, DRIZ 1954, 82 v.d. başkaca literatür atıflarıyla).  
Bu münakaşayı burada daha yakından incelemeyeceğiz. Yukarıda zikredilen mülâhaza-

kil ve muhtevada izhar edilmiş oldukları hakkında kanaat verir. Bir bandın dinlenilmesi suretiyle yapılan keşif; hâkime (üzerinde bir kaza vukubulmuş olan gayrimenkulün, veya ayıplı olduğu iddia edilen satın alınmış bir otomobil v.s. nin keşfinde olduğu gibi) muayyen bir şeyin harici vasıfları hakkında kanaat vermediği hususu, bizi burada tereddüde sevketmemelidir. Modern teknik; keşfe yeni imkânlar açmış bulunmakta olup, keşfi, evvelce sadece şahısların dinlenilmesi veya vesikaların kıymetlendirilmesi yolu ile halledilebilen işlerle de tavzif etmiş bulunmaktadır. Eğer mahkeme; eski zamanlarda, bir akdin inikat edip etmediğinden emin olmak istiyor idiyse, - akdin inikadı tevsik edilmiş olmamak şartıyla - alâkadarların ve üçüncü şahısların akdin inikadı müzakereleri hakkında hatırladıklarını dinlemekle iktifa etmek mecburiyetinde idi; yani mahkeme, akit müzakerelerinin bu vasıtalı tekrarı ile meseleyi karara bağlamayı tecrübe etmek zorunda idi. Bugün, tarihi cereyanı; - mühim miktarda yanlış kaynakları ihtiva etmek istidadında olan yabancı ifadelerin tavassutuna müracaat etmeksizin - band, plâk ve filme almak ve alınmış olan sesi sonradan çalmak suretiyle tarihi cereyan şeklini tekrar canlandırmak imkânı mevcuttur 7). İfadesine müracaat edilen kişiler yerjine, teknik ses alma ve verme aletlerinin tavassutundan faydalanmak, bizi alâkadar eden vakıaların % 100 nisbetinde bir tekrarını mümkün kılmaktadır. Band ve plâk beyan edilmiş olan ifadeleri tekrarlar, film yapılmış olan hareketleri tesbit eder, yani hadisenin görme organı vasıtasıyla tesbit edilecek tarafını yeniden canlandırır ve nihayet sesli film de, hadisenin hem görme ve hem de işitme organı vasıtasıyla tetkik edilebilecek kısmının müşahadesini mümkün kılar ve bütün hadiseyi bize tekrar eder; yani alâkalı kişiler zamanında nasıl yapmışlarsa, onlar gibi bu kimselerin resimlerini hareket ettirir ve seslerini bize işittirir.

Buna göre, eğer zaptedilmiş olan ses hadisenin ispat bakımından mühim olan cereyanını - meselâ, ihtilâflı bir hukukî muamelenin inikadını veya dâvanın taraflarından birinin bir üçüncü şahısla yaptığı ve içinde hukukî muamelenin yapıldığına dair sözler sarfedilmiş olan bir konuşmayı - tekrar ediyorsa, bu halde bandı, dâvada keşif mevzuu olarak kullanmak tabiatıyla mümkündür 8).

lar sadece hukuk usulü için muteber olup, bu mülahazalar ses alma aletleriyle tesbit edilmiş seslerin ceza usulünde başka kaidelere göre muamele görmesi hususuna maui değildirler. Bilindiği üzere hukuk usulünde, senet tâbiri ceza usulündekinden esasen farklıdır da.

- 7) Lent; Ziv. Proz. R. 6. Bası 1955 s. 139, keşfi, haldeki vakıaların tesbitine inhisar ettirmek istemektedir. Fakat, zaptedilmiş bir sesin tekrar çalınması - keşif mevzuunun haldeki durumu tetkik edilmek suretiyle (bak. Nikisch: Ziv. Proz. R. 2. Bası 1952 § 87 I 2) - geçmiş olan vakıaların bir tesbitidir.
- 8) Band keşif mevzuu olarak kabul edilirse, bundan tabii olarak, hâkimin ZPO § 144'e göre keşfe res'en ve hattâ tarafların arzuları hilâfına da karar verebilmesi imkânını istihraç etmek lâzımdır. Fakat, mahkeme bandın mevcudiyetinden sadece taraflar vasıtasıyla haberdar olacağından ve band üzerinde keşif icrası bandı elinde bulundu-

Sayılan bu hallerde, hasmı taraf olarak ve üçüncü şahsı da şahit olarak dinlemek imkânının mevcut olması, ispatın band vasıtasıyla yapılmasına mani değildir. Taraflar, muhtelif ispat vasıtaları arasında kendilerine uygun geleni seçebilirler; hattâ, band tarafların dinlenmesine üstün tutulmaktadır (§ 445 ZPO).

Fakat, bazan band; isbat bakımından mühim olan hadiseyi (meselâ akdın inikadı veya bu husustaki bir konuşmayı) değilde, bilâkis bir şahsın başlangıçtan itibaren bir mahkeme veya makam için ve bu hadise hakkında olan ifadesini ihtiva edebilir. Böylece tesbit edilmiş olan bir ifade, bir makam veya mahkeme için olmasına rağmen, tamamen hususi bir karakteri haiz olabilir: Meselâ; bir hadisenin şahidi olan kimse, bu husustaki bilgisini kimseye açıklamamıştır. Ölümünde biraz evvel, vicdan azabına daha fazla dayanamıyan bu kimse, bu sefer hadiseyi bir ses alma aletine dikte ediyor (nitekim kendisi bu işi yazılı olarak ta yapmak imkânına sahip olduğu gibi). İfadesinin ses aleti vasıtasıyla tesbiti, resmi bir muâmelenin cerayarı sırasında veyahutta mahkeme safhasında da yapılmış olabilir. Burada, bilhassa ceza usulündeki hazırlık tahkikatının tele alınması hususu hatıra gelebilir. Malûm olduğu üzere, polis makamlarının, zanlı ve şahitlerin ifadelerini tele (banda) almaları hususu çok revaçtadır. Bu suretle tesbit edilmiş olan "düşünce muhteviyatı", bandları çalmak suretiyle mahkemenin ıtılama arz edilebilir (tıpkı ifade zabıtlarının okunması suretiyle olduğu gibi).

Bu şekilde, mahkeme safhasında kullanılmak üzere yapılmış ve band üzerine tesbit edilmiş olan - hususi veya resmi - ifadeler, hukuk muhamelesi usulünde ispat vasıtası olarak kullanılabilir mi? Bugün ceza muhakemeleri usulü sahasında yapılmakta olan münakaşaların da merkezi sıkletini bu soru teşkil etmektedir. Bilindiği üzere StPO, davalı, şahit ve bilirkişilerin asli duruşmada (Hauptverhandlung) ifade vereceklerini kabul etmektedir 9). Alâkalı kimselerin dinlenilmesi yerine, bunların evvelce yapılan sorgularına ait olan ifade zabıtlarının (hazırlık ve ilk tahkikat veya başka dâvalar sırasındaki) ve diğer vesikaların (mektuplar v.s.) duruşmada okunmasına istisnai olarak ve pek dar bir çerçeve içinde müsaade edilmektedir 10). Kanunun bu sıkı tanzim tarzı, band üzerine alınmış olan ifadelerin ispat vasıtası olarak kullanılması meselesinin hallini daha da güçleştirmektedir. Burada iki ihtimal hatıra gelmektedir: StPO'nun alâkalı hükümler-

---

ran tarafın buna iştirakine bağlı olduğundan, bu hususun pek büyük bir pratik kıymeti olmayacaktır; halbuki bir kaza mahallinin keşfi, tarafların tahrik ve iştiraki olmaksızın da mümkündür. (Eğer, ZPO § 144'ten dolayı, zaptedilmiş sesler için senetle isbat hakkındaki kaideleri tatbik etmenin daha faydalı olacağı mülâhaza edilirse, bu sefer de ZPO § 272 b Nr. 1 ve 2 hükmünü nazarı itibara almak mecburiyeti doğacaktır!)

9) § 250 StPO.

10) Mahkeme zabıtnameleri için bk. § 251 f. I, diğer ifade zabıt ve vesikalar için § 251 f. II StPO.

rini yukardaki meselemize kıyas yolu ile tatbik etmek 11) veya ifadelerin, keşif mevzuu olan şeyler (objeler) vasıtasıyla ortaya çıkarılması hususunu tamamen yasak etmek. Eberhard Schmidt bu ikinci fikri ısrarla müdafaa etmektedir. Ona göre, ifade zabıtları v.s. nin 12) duruşmada okunmasına dair olan hükümler, kişilerin ifadelerini mahkeme önünde vasıtasız olarak mahkemeye bildirecekleri kaidesinin bir istisnası olduklarından, bu hükümlerin meselemize kıyas yolu ile tatbikine imkân yoktur. Kanunun müsaade edilen bu istisnai hükümlere yer vermesi hususu - diyor E. Schmidt -, zabıtnamelerin hakiki olup olmadığının, dinleyen ve dinlenen kişilerin 13) imzaları vasıtasıyla kati olarak ispat edilip derhal aydınlanabileceği 14) düşüncesine istinat etmektedir. Halbuki bir ifadeyi tesbit eden bandın hakiki olup olmadığı hususu, şüpheli hallerde dolaşık yollara başvurarak, meselâ ses aletini kullanan kimsenin ifadesinin alınması suretiyle, aydınlatılması lâzımdır ki, E. Schmidt'e göre bu husus caiz değildir.

Hukuk usulünde başka kaideler cari olduğundan, ceza usulündeki bu münakaşaları burada daha yakından tetkik etmiyeceğiz. ZPO; bir şahsın mahkemece vasıtasız olarak dinlenilmesi hususunun, ifade zabıtnamesi ve başkaca vesikaların kullanılmasına tercih edileceğine dair hiç bir hüküm ihtiva etmemektedir. Hukuk usulü, ispat vasıtalarının seçimini geniş ölçüde taraflara bırakmaktadır (Parteidisposition). Buna uygun olarak, meselâ, uzun zamandanberi doktrin ve mahkemeler tatbikatında, başka dâvalara ait her çeşit zabıtnamelerin, senetle ispat yolu ile, sahit dinlenmesi yerine kullanılabilirdiği hususu ittifakla kabul edilmektedir. Mahkeme; tarafların arzusu hilâfına olarak, sahit dinlenmesinde ısrar etmek imkânına malik değildir 15). Aynı kaideler diğer senetler hakkında da caridir. Zabıtname veya senetlerin ifadeyi vermiş olan kimse tarafından imza edilmiş olup olmamasının burada hiç bir rolü yoktur. Bilindiği üzere, hukuk dâvalarında naip veya istinabe yapan hâkim tarafından tanzim edilen ifade zabıtnameleri, sadece hâkim ve zabıt kâtibi tarafından imzalanmakta, ifadesi alınan kimse tarafından imza edilmemektedirler (16). Zabıtnamedeki ifadenin, zabıtnamede zikredilen kimse tarafından verilip verilmediği hususunun da, ihti-

11) Kohlhaas, DRIZ 1955, 80 v.d.

12) Cedeachtmisschrift f. W. Jellinek s. 628 v.d. ve IZ 1956, 206 v.d. Schmidt'in kanaatına muhalif: Kohlhaas a.g.m. ve BGH, JZ 1956, 227 v.d.

13) §§ 188, 168 StPO.

14) Cedeachtmisschrift f. W. Jellinek s. 632/3 ve 636.

15) Bak. meselâ: RG, Warn. Rspr. 1908 Nr. 246; 1911 Nr. 58; 1914 Nr. 229; RGZ 8, 45; 46, 410; 81, 196; 105, 221; RG, Gruch. Beitr. 50, 126; 52, 448; RG, JW 1932, 170 Rosenberg'in tahlili ile birlikte; 1935, 2953 Arndt'in tahlili ile birlikte; RG, DR 1939, 183; OGHZ 1, 207; BGHZ 7, 116; OLG Münih, HRR 1937 Nr. 34. Stein - Jonas - Schönke: ZPO Komm. § 286 Not. III 4. Beaumont, Saarl. Rechts-u. Steuerzeitschrift 1953, 5.

16) §§ 165, 162, 160 II Nr. 4 ZPO.

lâflı hallerde gene dolaşık yollara başvurarak tetkik edilmesi lâzım gelecektir, meselâ, ifadeyi alan hâkimle, zabıttaki ifadeyi vermediği iddia edilen şahsı yüz yüze getirip karşılaştırmak gibi.

Bir ifadenin yazılı olarak tesbiti için muteber olan kaidelerin bu ifadenin akustik bakımdan tesbiti (hususî veya resmî) için de cari olmaları lâzımdır. Zira akustik tesbit te, senette olduğu gibi, bir ifadenin düşünce muhtavasını anlamamıza vasıta oluyor. Bu şekildeki band ve plâkların isbat vasıtası olarak kullanılması, ZPO'da sarahaten men edilmemiş olup, böyle bir yasağın (ceza usulünde mümkün görünmekte olması gibi) hukuk usulü sistemimizden istihraç edilmesine de imkân yoktur. Taraflar alâkalı kimsenin mahkeme önünde dinlenmesini talep edebilmek imkânına malik olsalar dahi, kendilerinin bu kimsenin tele alınmış ifadesi ile iktifa etmelerine kimse mani olamaz.

E. Schmidt'in, banda alınmış ifadelerin ispat vasıtası olarak kullanılmıyacağı istihraç ettiği 17) ve muhtelif müelliflerce müdafaa edilen, «keşif düşünce muhtevalarını elde etmeye yarayan bir ispat vasıtası değildir» 18) cümlesi, hukuk usulü sahasında muayyen bir tahdide tâbî tutulmalıdır. Bu cümledeki tez, görülmekte olan dâvaya ait usulî ifadelerin mahkemeye temin edilmesi mevzu bahis olunca, tamamen yerindedir. Bu sebeple, görülmekte olan dâva için ifade vermeleri mecburî olan kimseler, şahit veya taraf olarak dinlenmeli ve ifadelerini mahkeme önünde bizzat vermelidirler. Bu gibilerin ifadelerini banda alıp bu bandı mahkeme önünde çalmak hususu tabiatıyla caiz değildir 19) (bir şahidin, ifadesini havi bir mektubu mahkemeye vermesinin de caiz olmadığı gibi). Buna mukabil, eğer görülmekte olan bir dâva haricinde (başka bir dâva esnasında veya hususî) yapılmış olan beyanların mahkemeye temin edilmesi mevzu bahis ise, bu halde işe yarar bütün vasıtaların - bandın da - istimali şayanı kâbuldür.

Sesi tesbit edilen kimsenin malûmatı olmadan doldurulmuş olan bandların ispat vasıtası olarak kullanılması hususu ortaya yeni problemler atmaktadır. (Burada, sesi tesbit edilen kimsenin şimdiki müddeialehy mi yoksa dâvaya dahil olmıyan üçüncü bir şahıs mı olduğu hususunun kaideten ehemmiyeti yoktur). Bu şekilde gizli olarak alınmış olan seslerle de, bunlarda tesbit edilmiş olan ifa-

17) Gedeachtnisschrift f. W. Jellinek s. 632 Not 29 ve JZ 1956, 207.

18) Rosenberg: Lehrb. d. Ziv. Proz. R. 6. Bası s. 538; Baumbach-Lauterbach: Komm. ZPO Vorbem. I vor § 372.

19) Stein-Jonas-Schönke (Komm. ZPO Vorbem. II 1 vor § 371) şerhindeki, E. Schmidt'in istinat ettiği atfın bu mânada anlaşılması lâzımgelir.

delerin ispat edilmesi mümkündür 20). Fakat, umumi mülâhazalar, bizi, bu gibi bandların ispat vasıtası olarak kullanılması hakkında tereddüde sevk etmektedirler. Modern hususi hukuk ilmi, şahsiyetin ve onun hususi ve gizli sahalarının korunmasını ısrarla istemektedir 21). Mahkemeler tatbikatı, son senelerde - hukuk ilminin eski talep ve teşviklerine istinat ederek - umumi şahsiyet hakkını mutlak bir hak olarak kabul etmiş bulunmaktadır 22); yani şahsiyet hakkına vaki haksız tecavüzler suç olarak vasıflandırılacaklardır. Buna göre, şahsiyet hakkına tecavüz, BGB § 823 f. 1 mânasında haksız fiilden dolayı mes'uliyeti mucip bir fiildir. İnsanın rızası olmaksızın ifadelerinin tesbit edilmesi ve bu sesini havi bandın çalınması, umumiyetle şahsiyet hakkına bir tecavüz ve dolayısıyla bir haksız fiil telâkki edilmektedir 23). Herkes, kendi ifadelerinin ses aletleri vasıtasıyla tesbit edilip edilemeyeceği, eğer tesbit edilmişse, bu sesin çalınıp çalınmayacağı ve çalınacaksa, hangi şartlar altında çalınabileceğini bizzat kararlaştırmak hakkına sahiptir 24). Şimdi; gizlice, yani şahsiyet hakkına tecavüz ederek, doldurulmuş olan bandların dâvada ispat vasıtası olarak kullanılmasına müsaade edilirse, o zaman hususi hukukun şahsiyetin himayesi prensibini torpillemek ve suçları teşvik etmek tehlikesine düşülmektedir. Fakat, mukabil tarafın veya şahitlerin - bilerek veya bilmiyerek yaptıkları hakikat hilâfi beyanlarını çürütecek kudrette olan bu gibi bandların kullanılmasına cevaz verilmeyecek olursa, o zaman da esas bakımından doğru olmayan hükümlerin verilebileceğini göze almak lâzım geldiği gibi, mahkeme, davada söylenen yalanlarla mücadele edebileceği kuvvetli bir vasıttan da mahrum edilmiş olacaktır.

20) Bazan olduğu gibi, bir konuşmanın sadece bir kısmı - meselâ sesi alanın mühim ve istifadeli telâkki ettiği yerler - tesbit edilmiş olursa, bu halde böyle bir bandın ispat değerinin icabı hale göre pek düşük olması imkân dahilindedir. Fakat, bütün konuşmanın baştan sona kadar banda alınmış olması halinde, bu düşünceler varit değildir.

21) Bu husus için bak. Hubmann: «Das Persönlichkeitsrecht», 1953 kazaî içtihat ve literatüre atıflarla birlikte. (Bunun için bak. Reinhardt, AcP 153, 548 v.d. ve Lorenz NJW 1956, 521). Süss'ün (Festschr. f. H. Lehmann I. 196 Not. 16) yazısında da kâfi miktarda mehaza atıf vardır.

22) BGHZ 18, 354; NJW 1954, 1404.

23) KG, JZ 1956, 26; Süss: «Celeinsphaere u. moderne Technik» Festschr. f. Heinz Lehmann I, 189 v.d.; Siegert: «Der Missbrauch von Schallaufnahmegegeraeten im geltenden Recht», 1953, passim; Creulich, BB 1955, 818; Kalsbach, Anw. Blatt 1956, 2; Schreiter, aynı mecmua 1956, 128.

24) Buna uygun olarak, birinci Bundestag'a (Mebusan Meclisi) takdim edilen kanun tasarısı, alâkalının muvafakatı olmaksızın ses alma ve verme cihazlarıyla hem konuşulmuş olanın tesbitini ve hem de alınmış olan seslerin kullanılmasını ceza ile tehdit etmekte idi (Kanun metni için bak. Eb. Schmidt, Gedeachtsisschrift f. Jellinek s. 627).



Hukuk usulünde, doğru olarak karar verilmesine yardım veya şahsiyeti haksız tecavüzlere karşı korumak ve bununla haksız fiille savaş etmek hususlarından hangisinin tercihe şayan olduğu, ZPO'ca sarıh olarak hükme bağlanmamıştır. Bundan, hukuk usulünde her türlü ispat vasıtasının - delile istinat etmek istiyenin meşru olmayan, yasak ve cezayı müstelzim bir yolla elde ettiği ispat vasıtasının da 25) - caiz olduğu neticesine varılabilir. Bu fikre göre; artık, duvar arkasındaki gizli dinleyici, gizlice çekilmiş fotoğraf, sahibinin rızası olmadan bandâ alınmış ses ve hattâ zor kullanarak ele geçirilmiş senet, delil gösteren tarafın meşru yollarla elde ettiği ispat vasıtaları gibi, kabule şayan ispat vasıtaları olacaktır. Hakikatte, ispat vasıtası olan şeyin taraflardan birinin eline nasıl geçtiğinin, onun ispat değeri için hiç bir ehemmiyeti olmaması lâzım geldiğinin kabulü gerekmektedir. Buna göre, ispat vasıtasının ele geçiriliş şeklinin tazminatı ve hattâ cezayı mucip bir fiil olup olmadığı hususunun, bu ispat vasıtasının hukuk usulünde kullanılmasıyla hiç bir alâkası olmayıp, bu husus olsa olsa ancak ayrı bir hukuk veya ceza dâvasında aydınlanabilir. Bu fikre göre, ispat vasıtasının elde edilmesinden dolayı olan mesuliyet ile onun hukuk usulünde delil olarak kullanılmasını bir birinden tamamen ayırt etmek lâzımdır. Yukarıda izah edilen bu fikre tatbikatta tekrar tekrar raslanmaktadır. Bu fikir bir tahmine istinat etmemektedir. Zira, mahkeme maddi hakikatı öğrenmek istemektedir; kendisine bu vazifesinde yardımcı olacak her sevi mahkemenin kullanabilmesi lâzımdır. Hattâ, böyle suç işleyerek elde edilen deliller, ekseriya, davadaki karşı tarafın suiniyetini ortaya koymaya yaramaktadırlar. Hukuk usulünde tarafların doğruluk mükellefiyeti vardır (§ 138 ZPO). Taraflardan biri; hakikat hilâfına olarak ve bilerek bir vakıayı inkâr ediyor, veya bilerek doğru olmayan iddialarda bulunuyorsa, o zaman o taraf hukuka aykırı hareket ediyor ve hatta icabı halde cezayı mucip bir harekette bulunuyor demektir 26). İşte, yasak yollarla elde edilmiş olan ispat vasıtası, bilhassa karşı tarafın hakikate mugayir olan beyanlarındaki hukuka aykırılığı kuvvetten düşürmeğe ve delil gösterenin ileri sürdüklerinin hakikate uygun olduğunu göstermeğe hizmet etmektedir 27). Kendisine karşı delil gösterilen taraf, bazı istisnai hallerde iyi niyetle, doğru olmayan beyanlarda bulunursa, bu halde, kendisine dâvada taraf olarak terettüp eden doğruluk mükellefiyetine muhalif hareket etti denememekle beraber, böylece objektif bakımdan hilâfi hakikat olan taraf beyanları doğru bir hüküm verilmesine gene de birer mani

25) Bu fikirde: Stein-Jonas-Schönke: ZPO Komm. Vorbem. IV vor § 353; Oberger, Baselland, Schweizer. Jur. Z. 1952, 239; Court of Appeals, JZ 1952, 373 (Mahkeme başkanının muhalif reyî ile birlikte); Roth, JR 1950, 715; Beltz, „Treu und Glauben und die guten Sitten nach neuer Rechtsauffassung und ihre Geltung in der ZPO“, tez Köln, 1937 s. 46 v.d.

26) Bak. Rosenberg, Lehrbuch d. Ziv. Proz. R. 6. Bası s. 276.

27) Beltz a.g.e. s. 47.

teşkil etmektedirler. İşte bu manilerin, yasak yollarla elde edilmiş ispat vasıtalarıyla bertaraf edilmeleri lâzımdır. Buna göre; dâva haricinde haksız bir şekilde elde edilen ispat vasıtasının; karşı tarafın hukuka aykırı olan muameleleriyle (davranışlarıyla) mücadele etmeğe ve mahkemenin objektif bakımdan doğru olan bir hüküm verebilmesi imkânına hizmet ettiği ve bu ispat vasıtasının dâvada müspet bir fonksiyon görmekte olduğu genel olarak söylenebilir 28). Tasvir edilen bu görüş tarzının, dâvanın hüküm verilmesi için mutlaka şart olmıyan sual ve münakaşalardan temizlenmesi gibi - tatbikatın hiçte mühimsemeden geçmeyeceği - kazançlı bir tarafı da vardır. Bu fikir taraftarlarına göre; tarafların, bir ispat vasıtasının nasıl ele geçirildiği ve bu ele geçirme şeklinin meşru olup olmadığı hususundaki ihtilâfları mahkemeyi alâkadar etmemekte olup, mahkeme sadece delilin ispat kıymeti ile meşgul olmalıdır. Bu gibi hallerde, (doğru) olan hükmün bir dereceye kadar haksız fiil ve bu haksız fiilin neticelerine «istinat etmekte» olduğu hususu, bizi hayrete düşürmemelidir; zira bu gibi haller ZPO'ya yabancı değillerdir. Burada; gizli tutulması tabiat veya kanun hükmü icabı olan sırlara, memuriyet, mevki ve sanatları sebebiyle vakıf olan kimselere, hakkında susmak mükellefiyeti olan vakia ve hadîseler için şahadetten çekinmek hakkını veren ZPO § 383 Nr. 5 hükmü hatıra gelmelidir. Buna göre hukuk muhakemeleri usulü hukuku - en yeni şeklinde de - , bir şahsın, hattâ kısmen cezai müeyyidelerle garanti edilen 29), susmak mükellefiyeti ile aynı kimsenin şahadetten çekinmek hakkındaki mücerret hakkı 30) arasında kati bir tefrik yapılmaktadır. Bundan; mahkemenin, şahadetten çekinmek hakkına hürmet ettiği ve bir kimseyi bu kabil sırların ifşa edilmesine zorlayamayacağı, fakat bu kimsenin sus-

28) Buna mukabil StPO § 136 a'nın, ceza takip makamınca meşru olmayan vol ve vasıtalarla elde edilen muayyen ispat vasıtalarının (meselâ, zanlının tazyik altında yaptığı ikrarların) kullanılmasına sureti katiyede müsaade etmemesini, ceza usulünün hususiyetleri ve bilhassa suçluyu devlet kuvvetinin suiistimal edilmesine karşı korumak ihtiyacı ile izah etmek mümkündür (Eb. Schmidt'te, Gedächtnisschrift f. W. Jellinek s. 625, aynı fikirdedir.). Bundan başka, zanlının dinlenmesi geniş mânada ceza dâvasının bir öz'ü olduğundan, bir ikrar elde etmek için zanlının yanıltılması ve kendisine fena muamele edilmesi hususu bir usul hatası, yani usulî bir haksızlık teşkil eder. Ceza takip makamlarının usul bakımından olan hatalı muamelelerini düzenleyen kanun hükümlerinden, dâva haricinde bir hususi kişi tarafından işlenmiş olan suçlar hakkında doğrudan doğruya neticeler istihsal etmek mümkün değildir. Haksız bir müsadere yolu ile elde edilen ispat vasıtalarının ceza usulünde kullanılmasının yasak olması bunun gibidir. (Bak. RGSt. 20, 91); Schiedermaier, Das Anwendungsgebiet des § 102 BGB. 1929 s. 96; Sauer, Grundlagen des Prozessrechts, 1919 s. 587; Beling, ZstW 24, 265). Bu halde de devlet kuvvetinin hatalı olan usulî muameleleri, yani hususi bir durum ile karşı karşıyız demektir.

29) § 300 StGB.

30) Bak. Stein-Jonas-Schönke ZPO Komm. § 383 Not. III 2 e. Bu sebeple bir şahit vermiş olduğu ifadeyi şahadetten çekinme hakkını ileri sürerek geriye alamaz. (Baumbach - Lauterbach ZPO Komm. Vorbem. 2 vor § 383).

mak mükellefiyetine riayet etmeyip, şahadetten çekinmek hakkını kullanmıyarak, kendisine tevdi edilen sırları cezayı müstelzim bir fiil işlemek suretiyle ifşa etmesi halinde, mahkemenin - bu kimsenin cezai mesuliyetini nazarı itibara almayarak - verilen bu ifadeyi kabul edeceği neticesine varmak mümkündür 31). Bu hallerde olduğu gibi, bir kimsenin - suç teşkil eden - ifadesinin ispat vasıtası olarak kullanılması ve bununla, objektif bakımdan doğru olan bir hüküm bulunmasının şahidin haksız bir fiili ile teşvik edilebileceği hususunda umumi bir kaidede kabul edilecek olursa, o zaman, bundan, delil gösteren tarafın aynı şekilde objektif bir hüküm verilmesini mümkün kılacak olan suçlarının da, bunların suç karakterine bakılmaksızın, dâvanın halinde kullanılmasının mümkün olacağı neticesine varmak kabildir. Bu noktaya göre, gizlice banda alınmış ses te ispat vasıtası olarak kullanılabilir. Bu halde, haksız tecavüzlere karşı şahsiyetin himayesi, sadece ceza ve tazminat hukukuna terkedilmiş bir mesele olacaktır.

Fakat Alman hukuku bu hususta pek gayri müsait durumdadır. Hâlihazırda insan sesinin müsaadesizce tele alınmasını ve bu sesin kullanılmasını ceza ile tehdit eden bir hüküm mevcut değildir 32). Şahsiyet hakkına vaki tecavüzün sebep olduğu manevi zararı muayyen bir para miktarı ile ifade etmek mümkün olsa idi, o zaman tazminat hukuku şahsiyetin himayesini müessir olarak temin edebilirdi. Fakat bu husus varit değildir. Hiç olmazsa; delil gösterenin, muarızının sesini gizlice tesbit etmiş olduğu ve alınmış böyle bir ses yardımı ile hukuk dâvasını kazanmak istemesi halinde, tazminat hukukunun bize yardımcı olacağı fikrinde bulunmak mümkündür. Böyle bir halde; dâvayı kaybeden taraf; dâvayı kaybetmesinin, delil gösterenin sadece haksız fiili neticesi olduğunu, bu sebeple tazminat yolu ile eski durumun tekrar yerine getirilmesini, meselâ dâvayı kazanan dâvacının elde ettiğini tekrar geriye vermesi lâzımgeldiğini, sonradan ileri sürmek imkânına malikmidir? Eğer, meselemizde suç işlemek suretiyle alınmış olan ses ispat vasıtası olarak kullanılmamış olsa idi, dâvacı iddiasını ispat edemeyecek ve dâvasında red edilecekti! Bu düşünce tarzına iştirak edilirse, o zaman bunun tabii bir seyri olarak bir adım daha ileri gidip şu neticeye varmak lâzım-

31) BGH'nın ceza usulü ile ilgili olan ve başkaca literatür atıflarını ihtiva eden şu yeni kararına bakınız: NJW 1956, 599.

32) Söylenen sözün söyleyenin muvafakati olmaksızın tele alınması ve bu alınmış sesin kullanılmasının hapis cezası ile cezalandırılması hükmünü ihtiva eden bir kanun teklifi, birinci Bundestag'a (Mebusan Meclisi) getirilmiş ise de, bu teklif maalesef kanuniyet kesbetmemiştir. (Bak. Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift f. W. Jellinek s. 627). Böyle bir kanuni hükme göre, alâkalının muvafakati olmadan sesini banda alan kimse, bandın tekrar çalınması ile, kendisini cezayı müstelzim bir harekette bulunduğu hususunda ele vereceğinden, müsaadesizce ses almak hususundaki bu gibi temayüller mezkûr ceza hükmü ile oldukça azalabilirdi.

gelirdi: Dâvacı dâva ile erişmek istediği şeyi sonradan tazminat yolu ile iade etmeğe mecbur ise, talebin mevcudiyetinin, muvafakatsızca alınmış olan ses vasıtasıyla ispat edilmesinin dâvada ileri sürülebilmesi, aldatıcı bir keyfiyet olmaktadır; o halde dâvanın hemen red edilmesi icap etmektedir. Fakat, eğer bu söylenenler varit ise, o zaman ispat vasıtasının nasıl elde edildiği sualinin gene de görülmekte olan dâvada halfedilmesi icap edecek ve hukuk dâvasının bu gibi problemlerden kurtarılarak yükünün hafifletilmesi hususu esassız ve bununla buraya kadarki olan bütün mülâhazalar da mânasız olacaktır. Fakat, yukarıda tekrarlanmış olan böyle bir düşünce tarzı hakikatte şayanı kabul değildir. Yukarıdaki misalimizde; dâvacıya, gizlice alınmış sesin delil gösterilmesine istinaden -gerçek hukuki duruma uygun olarak- bir edada bulunulmasına kesin olarak karar verilmiş olması halinde, dâvacı aldığı bu edayı tazminat olarak iade etmek mecburiyetinde değildir. Esasen, dâvalının böyle bir tazminat talebinde bulunabilmesi de umumi kesin hüküm kaidelerine mütenakız olurdu. Mahkemeler içtihadı, bir kimsenin hileli yollara baş vurarak yanlış bir hüküm elde etmesi v.s. gibi hallerde, BGB § 826'ya istinat ederek, kesin hükme istisnalar koymuştur. Bir defa, bu istisnaların kabulü bir çok fikir ihtilâflarına sebep olmakta olup 33), burada olduğu gibi verilen hüküm gerçek hukuki duruma uymakta (yani hüküm objektif bakımdan doğru) ise, o zaman bu hüküm yeni bir dâva ile ortadan kaldırmak imkânı yoktur. Bundan başka yukarıdaki fikre, maddi hukuk bakımından da itiraz edilebilir. Dâvalı, hukuken borçlu olduğu bir edaya mahkûm edilmektedir. Bu şekildeki zarar ve ziyan, haklı olan alacaklıdan tazminat olarak geriye istenemez. Borçlunun - bilinerek veya bilinmiyerek yapılan - hilâfı hakikat iddialar yardımıyla bir borcun ödenmemesi imkânından mahrum edilmiş olması, kâna göre bir zarar teşkil etmez. Şu halde; tazminat hukukumuz bu günkü şekli ile, hukuka aykırı olarak alınmış olan seslere karşı müessir bir himayeye malik değildir, neticesine varmış bulunuyoruz.

Bundan dolayı ve bu hususta bir ceza hükmü bulunmaması sebebiyle, tabikatin; başkasının sesini gizlice tele almak yasak olduğu mülâhazasıyla, bu yolda alınmış olan seslerin ispat vasıtası olarak kullanılamıyacağı neticesine, böyle ayrı bir yoldan varmak istemesi bizi hayrete düşürmemelidir. Hukuka aykırı olarak deliller temin etmenin şimdiye kadar malûm olan usulleri için, oldukça dar gerçek hudutlar konulmuş olması ve bunun banda alınmış sesler için kayıtsız şartsız cari olmaması hususları, bizi böyle bir hal tarzını kabule sevketmektedir. Kassel İş Mahkemesinin (Arbeitsgericht) bir kararı tasvir edilen bu istikamettedir: Mahkeme bu kararında; işverenin, işçinin muvafakat olmaksızın banda alınan sesine istinat etmek istemesi üzerine, konuşan kimsenin muvafakatı olmak-

33) Bu hususta umumi bir fikir için bak. Rosenberg, Lehrbuch s. 788 ve orada ileri sürülen tereddütler.

sızın sesinin tele alınmasının, demokrat bir devlette demokratik hürriyetlerin mahiyetine mütenakız bulunduğunu ifade eylemiştir 34). Burada belki de; kaideten sadece işverenin kendi işçilerinin ifadelerini gizlice band üzerine tesbit etmek iktidarında olduğu halde, hizmet edenlerin işverene karşı böyle bir inkârna malik bulunmadıkları mülâhazası da bir rol oynamıştır. Yani Kassel İş Mahkemesi bu kariyle, gizlice banda alınmış seslerin ispat vasıtası olarak kullanılması:ın umumi olarak kabul etmemekle, belkide dâvada «silâh müsavatsızlığı» da temin etmek istemiştir.

İnsan seslerinin alâkatıların muvafakatı olmaksızın yapılmış her türlü tesbitlerinin dâvada kullanılmaması mülâhazası ne kadar makul görünürse görünsün, bu mülâhaza bizi meseleyi esaslı bir şekilde tetkik etmekten alakoyamaz. Nitekim bu gibi tedbirlerin kaçınılmaz olduğu haller mevcuttur; meselâ, meşru müdafaada. A, bürosunda oturmakta olan B ye gelir ve B den silâh tehdidi altında para isterse, bu halde B, kendisine ispat vasıtası temin etmek için ses alma makinesini gizlice harekete getirmeye tabiatıyla mezundur. Bandın gizlice doldurulmuş olmasına rağmen, bu şekilde tesbit edilmiş olan sesin; tehdit altında verilmiş olan paranın iadesi hakkında sonradan açılan bir hukuk dâvasında, A nın iade mükellefiyetini ispat etmek için, ispat vasıtası olarak kullanılabilceği şüphesizdir. Bu sebeple, kötü ile beraber iyi olanıda red etmemek için, daha doğru bir tefrikte bulunmak ve müsaade edileni yasak olandan, caiz olanı caiz olmıyandan ayırdetmek zarureti vardır.

KG'nin, böyle bir tefrikte bulunmaya ve bu hususta meri olan objektif mülâhazaların neler olacağını tesbite çalışan, enteresan bir kararı mevcuttur 35). Bu karara esas teşkil eden hadise şöyle idi: Bir kadın kocasına müteaddit defalar hakarete bulunmuş ve bütün bunları mahkemede inkâr edeceğini de ilâve etmişti. Bunun üzerine, koca, açmayı tasarladığı boşanma dâvası için, bu şekildeki sahneleri gizli olarak tele almıştır. KG; bu şekildeki bandların ispat vasıtası olarak kıymetlendirilip kıymetlendirilemeyeceği suali için; insan seslerinin konuşanın muvafakatı olmaksızın tesbiti şahsiyet hakkına bir tecavüz teşkil etmekle beraber, gizli ses almayı haklı kılan sebeplerin mevcudiyeti halinde, bu şekildeki bir tecavüze müsaade edilmesi lâzım geldiği mütalâasında bulunmuştur 36). KG'ye göre; eldeki bu meselede sesin gizlice banda alınmasına, hakir menfaatların korunması (§ 193 StGB) maksadiyle teşebbüs edilmiş olduğundan, bu husus hukuka uygun olup bandın ispat vasıtası olarak kullanılması, mümkündür. Fakat, bandların ispat vasıtası olarak kullanılması haklı menfaatlerin korunması çerçevesini katıyen aşmamalıdır. Meselâ, bu bandın mahkeme önünde ça-

34) BB 1955, 831.

35) NJW 1956, 26.

36) Aynı şekilde: LG Hagen, BB 1955, 480.

ınması caiz olup, kadını lekelemek maksadiyle üçüncü şahısların önünde çalınması ise şayanı himaye değildir. Buna göre, KG, insan ifadesinin gizli her tesbitini ve bunun kullanılmasını yasak saymamaktadır. KG, sadece caiz olmıyan ses tesbitlerini ve bunların kullanılmasını dâvadan uzak tutmak istemektedir. Bu fikir, büyük bir elastikiyete sahip olmak meziyetine maliktir. Bu fikir; netice itibariyle, sadece objektif bakımdan haklı bir sebebe istinat etmeden, meselâ «ihtiyati» olarak veya «şüphe» üzerine, gizlice alınmış olan seslerin ispat vasıtası olarak kullanılmasına mani olmakta, fakat eğer aleyhine delil gösterilen bizzat kendi hareketleriyle böyle bir tedbirin alınmasını zaruri kıldı ise, o zaman bu seslerin ispat vasıtası olarak kullanılmasını caiz saymaktadır.

KG tarafından, yalnız hukuka uygun şekilde elde edilen bandların ispat vasıtası olarak kullanılmasının caiz olduğuna dair geliştirilen bu umumi kaidenin, sadece ses alma aletleri vasıtasıyla tesbit edilen seslere mi münhasır olduğu, veya bu kaidenin bütün ispat vasıtaları için mi cari olduğu hususu KG'ce maalesef sarahaten karara bağlanmamıştır. Bu kaideye, insan ifadesinin muvafakatsizce olan tesbiti ve şahsiyet hakkına olacak buna mümasil başkaca tecavüzler hakkında bir tehdit koymak - bu husus ilk nazarda biraz yabancı gibi görünmesine rağmen - hiçte düşünülmiyecek bir keyfiyet değildir. Şahsiyet hakkı Anayasa tarafından hususi olarak himaye edilmekte olup (GG,m. 1 ve 2), hür şahsiyetin ve onun haysiyet ve şerefının tanınması hürriyet esasına istinat eden her hukuk nizamının mihrak noktasıdır ve bu himaye en uzak hukuk sahalarına kadar tesirini icra eder. Bu sebeple belkide; şahsiyet hakkına tecavüz edilerek ele geçirilmiş olan ispat vasıtalarının yasak olduğu, fakat delil gösterenin diğer hukuki servetlere tecavüz ederek elde ettiği (meselâ hırsızlık yaparak) ispat vasıtalarının dâvada kullanılmalarının caiz olduğuna dair bir tez müdafaa etmek mümkün olur 37). Buna benzer tefriklere yabancı memleketler kazai içtihatlarında raslanmaktadır - 38).

Bununla beraber, yeni usul hukuku doğmatığı, her çeşit ispat vasıtasına kabili tatbik olan geniş bir hâl tarzı imkânını terviç etmekte olup, bu husus mün-

37) Hagen Asliye Mahkemesinin (LG Hagen, BB 1955, 489) bir kararının esbabı mucibi bu merkezdedir. Buna göre, dinlenmemek hususundaki fayda (menfaat), şeref ve rıyası ihlâl eden beyanların meydana çıkardığı hususundaki menfaattan daha kıymetlidir (Oberger ise tamamen aksi kanaattedir. Baselland, Schweiz. Jur. Z. 1952, 239).

38) Ceza dâvaları için Court of Appeals'ın hükmündeki tafsilâtlı izahlara bakınız (JZ 1952, 273). Buna göre, Amerika Birleşik Devletlerinde, Fazı mahkemelerce Amerikan Anayasasının 4. cü islahına karşı tecavüz teşkil edecek şekilde, caiz olmayan aramalar vasıtasıyla ele geçirilmiş olan maddelerin ispat vasıtası olarak kullanılmasına muayyen bir nisbette mani olunmaktadır. (Teferruat için bak. a.g. karar.). Bu tanzim tarzının mucip sebepleri anayasa hukuku mülâhazalarına istinat etmektedir.

ferit hakların anayasa tarafından korunmakta olmasına bağlı değildir. Bugün umumiyetle kabul edilen fikre göre, objektif hüsnüniyete dair olan kaideler, mahkeme ve taraflar arasında mevcut olan usul hukuku münasebetine de tatbik edilmektedirler 39). Bu kaideler, davanın suiniyet ve hileli yollarla tanzim edilmesini yasak etmektedirler. Bu umumi kaide, taraflardan birinin hilesi yalnız doğru bir hükmün bulunmasına mani olduğu zaman değil, aynı zamanda bunu teşvik ettiği zaman da cari olmalıdır. Hüsnüniyetle hareket edilmesine dair olan umumi kaidenin davada da cari olması isteniyorsa, yalnızca hakikatı bulmanın ve bunu temin için luzumlu olan esaslarının göz önünde bulundurulması kâfi olmayıp, bilâkis bu gayeye erişmek için takip edilen yola da lâyük olduğu ehemmiyet verilme ve burada caiz olan, yasak olandan tefrik edilmelidir. Hile ve suiniyetli yollarla delil gösterenin eline geçmiş olan ispat vasıtalarının kullanılmasına müşâde etmemek bu istikamette atılan mühim bir adımdır 40).

Bu hallerde, delil gösteren, muhakkak ki mukabil tarafın bilerek hilâfı hakikat iddialarda bulunduğunu ileri sürmek isteyecektir. Bunun da en aşağı, banda gizlice ses almak veya başkaca hukuka aykırı şekilde ispat vasıtası temin etmek ve bu ispat vasıtasını kullanmak istemek derecesinde hile ve suiniyetli bir hareket olduğunu iddia edecektir. O halde delil gösteren, kendisini davadaki yalanlara karşı müdafaa edebilmesi için, gizlice banda alınmış seslerin kıymetlendirilmesine müracaat edilebilmelidir! İnsani ifadelerin muvafakat edilmemiş olan tesbiti, mukabil tarafın şimdiki hareket tarzı ile sonradan bir dereceye kadar haklı gösterilebilecektir! Ses gizlice banda alındığı sırada bunu haklı gösterecek bir sebep mevcut değil idi ise de, bu husus, mukabil taraf tarafından şimdi yapılmakta olan suiniyetli hareketlere karşı - normal olarak yasak olan - müdafaa tedbirlerine müracaat etmeye mani değildir! Fakat, maddi hukuktan neşet eden bu gibi mülâhazalar yardımı ile, suiniyet ve hileli bir şekilde ele geçirilen ispat vasıtalarını caiz saydırmak mümkün görünmemektedir. Bilâkis, hal çaresinin dava hukukunun hususiyetlerince tayin edilmesi lâzımdır. Tarafların tenakuz halinde olan iddialarından hangisinin doğru olduğu, aleyhine delil gösterilenin bilerek veya bilmiyerek aslı olmayan şeyler söyleyip söylemediği, yani iddialarını bildirmekle suiniyetle hareket edip etmediği hususları, ancak bizzat delillerin ikamesi ile aydınlanacak hususlardır. Şu halde, bizzat band vasıtasıyla aydınlanacak olan sualler, bu banddaki sesin mahkemede ispat vasıtası olarak dinlenmesini haklı gösterecek olan şartlar arasına konamaz. Kendisine karşı delil gösterilen kimsenin bilerek hilâfı hakikat beyanda bulunduğu gibi ağır bir ithamın doğru olduğunu basitçe

39) Bak. meselâ: Rosenberg Lehrbuch § 61 VII; Nikisch, Ziv. Proz. R. § 53 III; Stein - Jonas - Schönke, Komm. ZPO Vorbem. VI 7 a vor § 128; RGZ 154, 290; BGH, JZ 1953, 153; Son sıralarda Baumgaertel, ZZZ 69, 89 v.d. bol miktarda atflarla beraber.

40) Baumgaertel ZZZ, 69, 103 ve 108 (Netice itibariyle aynı fikirde: Kellner JR 1950, 270).

kabul edip, mücerret bir iddia üzerine banda müsaade etmek hususu da kabul edilir bir keyfiyet değildir. Buna göre, hukuka aykırı olarak elde edilen ispat vasıtalarının, ve bununla haklı bir sebep olmaksızın gizlice doldurulmuş olan bandların da dâvada ispat vasıtası olarak kullanılmasına müsaade edilemez.

Bu umumi kaidenin tanınması ile, muvafakatsızca banda alınmış seslerle alâkalı bütün problemleri tabiatıyla çözmüş sayılamavız. Müsahhas hallerde çeşitli güçlüklerle karşılaşmaktadır. Delil gösteren tarafından, mukabil tarafın sesini almak suretiyle doldurulmuş olan bandın, gizlice yapılıp yapılmadığının, bu iş sesi alınanın muvafakati olmadan yapılmış olması halinde bunun haklı olup olmadığının aydınlatılması ve bu hususta karar vermek daima kolay olmuştur. KG'nin yukarda zikredilen kararında olduğu gibi, kadının daha başlangıçta mahkemede her şeyi inkâr edeceğini söylemiş olması, herhalde nadir bir istisna teşkil etmelidir. Sonradan her şeyi inkâr edeceğine dair hiç bir delâlette bulunmayan ve fakat doğrulukla pek alâkası olmadığı bilinen bir kimse ile yapılan bir münakaşa için ne yapmak lâzımdır? Alacaklı şahsın, hakikat aşığı olduğu ve fekat hafızasına güvenilmeyen bir kimse olması halinde, durum ne olacaktır? Eğer bu hallerde alâkalının sesi gizlice banda alınır, o zaman da haklı menfaatlerin korunması mevzuubahismidir? Mahkemeler, bir banda müsaade etmeden evvel, hal ve icaba göre bu gibi sualler hakkında karar vermek mecburiyetinde kalacaklardır. İspat vasıtasına müsaade edilmeyeceği hakkında karar vermeye esas teşkil edecek olan hususlar taraflar arasında ekseriya ihtilâflı olacağından, taraflar mahkemenin bu hususta karar vermesini pek kolaylaştırmıyacaklardır 41). Buna göre, mahkeme bazı ahvalde bu ihtilâflı noktaların aydınlanması için delil ikame etmek mecburiyetinde kalacaktır 42); bu hususta tabii olarak serbest delile (Freibeweis) müteallik olan daha basit kaidelere riayet etmek lâzımdır 43). Bütün bu kolaylıklara rağmen, ses alma aletinin gizlice harekete getirildiğinin tesbit edilmiş olduğu hallerde, mahkemeye, bunu haklı gösterecek sebeplerin mevcut olduğuna dair bir kanaat vermek kaideten pek güç olacaktır. Bu sebeple, banda alınmış olan sesin kullanılmasına müsaade edilip edilmeyeceği hususun-  
daki ihtilâf ekseri hallerde, ses tesbitinin gizli olarak yapılıp yapılmadığı hak-

41) KG tarafından karara bağlanan olayda (NJW 56, 26) gerek kadının kocasına hakaret ettiği ve gerekse kadının bunu mahkemede inkâr edeceğini söylediği hususları üzerinde bir ihtilâf mevcut olmadığından, bu mesele bu bakımdan da bir istisna teşkil etmektedir.

42) Bu hallerde; karşı tarafın muvafakati olmadan sesinin banda alındığı sırada, buna muhik gösterecek bir sebebin mevcut olup olmadığı mevzuubahis olup, delil gösterenin, kendisini, mukabil tarafın hakikat hilâfı olduğu iddia edilen ifade-sine karşı şimdi açılmış olan dâvada müdafaa edebilmesi için, bandı kullanıp kullanmayacağı meselesi bizi şu anda ilgilendirmemektedir.

43) Schinge, Grundlagen des Revisionsrechts, 1935 s. 164/5; bundan başka bak. Schönke - Schröder - Niese, Lehr. d. Ziv. Proz. 8. Bast s. 274 v.d.



kinda verilen kararlar hallü faslölacaktır. Yapılan her muamelenin suiniyet ve hile ile yapılan bir muamele olduğu kabul edilmek istenmiyorsa, banda müsaade edilip edilmeyeceğini tetkik ameliyesindeki güçlüklerin göze alınması lâzımdır.

Münferit mesele gruplarında aşağıdaki hususların nazarı itibara alınması lâzımdır :

Buraya kadarki izahlara göre, şimdiki dâva mukabil tarafının delil gösteren tarafından tesbit edilmiş olan sesinin dâvada daima tereddütsüzce kullanılması mümkün değildir. Muvafakat edilmeden ses alınması, semerelerinden mahkeme önünde istifade edilemeyecek olan bir suç teşkil etmektedir. Bundan başka, bandın üçüncü şahıslar önünde her çalınması, sesi alınan kimsenin şahsiyet hakkına yeni bir tecavüz teşkil eder. Hukuk muhakemeleri usulü, taraflardan birinin duruşma esnasında bir suç işlemesini himaye etmeye mezun olmayıp, bilâkis mukabil taraf bu gibi muamelelerden mahkeme vasıtasıyla korunmalıdır.

Dâvanın karşı tarafının sesini ihtiva eden band delil gösteren tarafından değilde, üçüncü bir şahıs tarafından gizlice doldurulmuş ise, o zaman şahsiyet hakkına muvafakat olmadan ses alınması yolu ile vaki olan tecavüz, dâva müna-sebeti haricinde bulunan bir üçüncü şahıs tarafından işlenmiş bir suç olmaktadır. Buna rağmen, bandın dâvada kullanılmasına müsaade edilemez. Delil gösteren kimse bandı dâvada kullanmak üzere satın alırsa, haksız fiil yolu ile elde edilmiş bir şeyi kendisi için kullanmak maksadiyle alarak bir üçüncü şahsın suçundan istifade etmek istemiş olacağından, kendisinin bandı bu iktisap keyfiyeti, mukabil taraf ve mahkemeye karşı hileli ve suiniyetli bir hareket teşkil eder 44).

Hattâ, eğer delil gösteren kimse bandı miras, lûkata ve benzeri yollarla iktisap etmiş, yani kendisine bu bapta bir kusur atfedilemeyecek, olsa dahi, bandın dâvada kullanılması gene de yasaktır; zira, böyle bir bandın çalınması, sesi alınan kimsenin şahsiyet hakkına - fakat bu defa defil gösteren tarafca - yapılan yeni bir tecavüz teşkil eder. Fakat, dâvanın tarafların suçları ile tesvik edilmesi hususu ise caiz değildir. Mahkeme, bu şekilde delillerin ikamesine cevaz vererek yasak olan bir muameleye yardım etmek durumuna düşemez 45).

44) Aynı düşünceye StGB § 259'da taslanmaktadır.

45) Band v.s. nin her çalınmasının, sesi alınan kimsenin şahsiyet hakkına yeni bir tecavüz teşkil etmesi hususu, bilhassa ses aletleriyle alınan seslere mahsus bir hususiyettir. Hukuka muğayir olarak elde edilen diğer ispat vasıtalarında durum başka türlü olabilir ve burada verilecek olan karar da muhtemelen başka olacaktır. Meselâ, bir kimsenin; bulanın veya murisin çalmak suretiyle ele geçirdikleri ve dâva için ispat vasıtası olarak mühim olan, bir senedi bulması veya tevarüs etmesi halinde durum böyledir. Delil gösteren kimse tarafından bu şekilde (meşru olarak) elde edilen ispat vasıtasının dâvada kullanılması bir suç teşkil etmediği halde, gizlice doldurulmuş olan bandın haksız fiil işlemeden kullanılmasına imkân yoktur. Diğer ispat vasıtası ile ilgili problemler bizi burada daha fazla alâkadar etmemektedirler.

Delil gösteren kimsenin; dâvadaki muarızının değilde, üçüncü bir şahsın sesini gizlice banda almış, yani suçu bu üçüncü şahsa karşı işlemiş, olması halinde de durum yukardakinden farklı değildir. Böyle bir bandın dâvada çalınması kanun hükmünün yeni bir ihlâlidir ki buna da mahkeme müsaade edemez.

Dâvaya dahil olmayan bir üçüncü şahsın, bir diğer üçüncü şahsın sesini gizlice banda almış olması ve böyle bir bandın dâvanın taraflarından biri tarafından ispat vasıtası olarak kullanılmak istenmesi hali için de aynı prensipler vardır. Böyle bir bandın delil gösteren tarafından çalınması, sesi alınmış olan kimsenin şahsiyet hakkına delil gösterence yeni bir tecavüz teşkil eder.

Delil gösteren tarafından gizlice, yani haksız fiil yolu ile, doldurulmuş olan band mahkeme önünde çalınmayıp ta, delil gösteren tarafın dâva haricinde bu bandı dinlettiği kimseleri dâvada şahit göstermesi de hileli ve suiniyetli bir harekettir. Bu şahitlerin ne yapıldığından malûmatları olmamış - yani kendilerine bir kusur isnat edilemeyecek - olsa bile, delil gösteren kimse, haksız fiilinin böyle «vasıtalı» semerelerini dâvada kullanmak istemekle, suiniyetli olarak hareket etmektedir. Bu husus; bandın kabul edilmemesi ihtimaline karşı, bu kimseleri şahit gösterebilmek için, bandın bunların huzurunda çalınmış olmasından açıkça anlaşılmalıdır. Şahit olarak gösterilen bu kimselerin, bandı tesadüfen dinlemiş olmaları ve belkide bandın delil gösteren tarafından bizzat çalınmamış olması hallerinde de durum aynıdır. Burada mühim olan, delil gösterenin suç işlemiş olması sebebiyle, bu suçlar tesadüfen meydana çıksa bile, bundan dâvada hiç bir şekilde istifade edememesidir.

Bir üçüncü şahsın, kendi tarafından gizlice doldurulmuş olan bandı ispat bakımından mühim olan beyanlarda bulunarak, başka kimseler huzurunda çalınmış olması halinde, durumun başka olması mümkündür. Bu hadise kendisi için mühim olan dâvanın taraflarından biri bunu duyarsa, o zaman bu taraf, suiniyetli harekette bulundu ithamına maruz kalmadan, bu şahısları şahit gösterebilir.

Buna benzer sınır meselelerinin adedi bu saydıklarımızdan daha fazladır. Bu gibi hallere pek sık tesadüf edilmeyecektir. Fakat böyle meselelerle karşılaşıldığı zaman, bandın delil olarak gösterildiği açılmış olan bir dâvanın devamı esnasında, mahkemenin durumu aydınlatması ve bu hususta bir karar vermesi lâzım gelecektir. Eğer durumun aydınlanması neticesinde, delil gösteren kimsenin suiniyetli olarak hareket ettiği anlaşılırsa, bu halde bandını ispat vasıtası olarak kullanılmasına müsaade edilemez.