

COGNITIO EXTRA ORDINEM'DEN GÜNÜMÜZE DELİL VE İSPAT YÜKÜ

Arş. Gör. Seda KAYNAK*

ÖZET

Roma Hukukunda özel hukuka ilişkin davalarda, delil ve ispat konusu zaman içinde gelişme göstermiş ve günümüzde esas alınan sistemin temelleri atılmıştır. Özellikle Sistem Dışı Yargılama usulünün uygulanmaya başlanması ile günümüz yargılamasına benzer şekilde davalar tek bir aşamada ve devlet memuru statüsündeki kişiler önünde görülüp karara bağlanmıştır. Sistem Dışı Yargılama usulünde her ne kadar deliller kategorik olarak sınıflandırılmasa da her bir delilin ispat gücü belirlenmiştir. Bu dönemde hem “gerçeğe ulaşma” görüşü egemen olmaya başladığından hem de hâkimin hukuk kuralını bilmesi ve buna uygun karar vermesi ilkesi benimsendiğinden yargılama faaliyeti taraflar üstü bir öneme sahip olmuştur. Bu çerçevede, delillerin elde edilmesi hususunda tam bir soruşturma yapmak ve gerçeği tespit etmek hâkimin görevi haline gelmiştir.

Anahtar Kelimeler: Roma Hukuku, medeni yargılama hukuku, delillerin değerlendirilmesi, *Cognitio Extra Ordinem*, delil ve ispat yükü, ispat hakkı.

* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, sedakaynak@uludag.edu.tr.

FROM THE COGNITIO EXTRA ORDINEM TO PRESENT: EVIDENCE AND BURDEN OF PROOF

ABSTRACT

The issue of proof and evidence was improved in due time in Roman civil procedure, and had a basis of the contemporary civil procedure. In particular, with the *Cognitio Extra Ordinem* way of judging, in a similar way to the contemporary procedure, the cases started to be heard and determined at one session and before people who were public officers. In *Cognitio Extra Ordinem*, even though evidences were not classified categorically, conclusiveness force of every single evidence was determined. In this period, not only the approach of “attaining of fact” started to become the prevailing opinion but also the principle that a judge needed both to know the rules of law was adopted and to decide accordingly, the processes of judging gain an importance top of the parties. Within this scope, it had become the duty of the judge to make an overall investigation of the matter of concern for the attainment of evidence and to discover the facts.

Keywords: Roman Law, Civil Procedural Law, consideration of evidence, *Cognitio Extra Ordinem* burden of proof, right to prove.

I. GİRİŞ

Krallık Dönemi’nden başlayarak M.S. 342 yılına kadar devam eden *Ordo Iudiciorum Privatorum* (Özel Yargılama Sistemi veya Hususi Mahkemeler Nizamı) adı verilen sistemin belirgin özelliği yargılamanın *magistra* ve hâkim (*iudex*) veya hakem (*arbiter*) önünde bölünmesi dolayısıyla iki safhada görülmesiydi. Bu sistemde, uyuşmazlığı karara bağlayan hâkim (*iudex*) veya hakem

(*arbiter*) özel kişi olduğundan, bu sisteme Özel Yargılama Sistemi veya Hususi Mahkemeler Nizamı denilmektedir.

Ordo Iudiciorum Privatorum adı verilen sistemin ihtiyaçlara cevap verememesi sebebiyle M.S. 4. yüzyıldan itibaren Sistem Dışı Yargılama bütün imparatorlukta uygulanan tek usul haline gelen *Cognitio Extra Ordinem* (Sistem Dışı Yargılama ya da Nizam Harici Usul) yeni bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızda, günümüz Medeni Yargılama Sisteminin kaynağını oluşturan nitelikteki *Cognitio Extra Ordinem* adı verilen sisteme ait delil ve ispat konusu incelenecektir. Öncelikle, *Cognitio Extra Ordinem* adı verilen sistemde genel olarak delillerin değerlendirilmesi üzerinde durulacak, daha sonra, günümüz Medeni Yargılama Sistemi ile karşılaştırmalı olarak delil ve ispat konusu ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

II. ROMA USUL HUKUKU'NDA DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ AÇISINDAN COGNITIO EXTRA ORDINEM USULÜNE KISA BİR BAKIŞ

Principatus Dönemi'nin başından itibaren *Ordo Iudiciorum Privatorum* (Özel Yargılama Sistemi)¹ sisteminin yanında birtakım özel durumlarda uygulanmaya başlayan *Cognitio Extra Ordinem* (Sistem Dışı Yargılama ya da Nizam Harici Usul) Roma Hukukunda yeni bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır. Özel Yargılama Sistemi'nden farklı bir usul olması ve başlangıçta sadece

¹ Roma Hukukunda hakların himayesi kapsamında temelde iki usul karşımıza çıkmaktadır. Bunlar, *Ordo Iudiciorum Privatorum*(Özel Yargılama Sistemi veya Hususi Mahkemeler Nizamı) ve *Cognitio Extra Ordinem*(Sistem Dışı Yargılama ya da Nizam Harici Usul) olarak adlandırılan usul sistemleridir. Ayrıca, *Ordo Iudiciorum Privatorum*, kendi içinde *Legis Actio* ve *Formula* yargılaması olarak ikiye ayrılmaktadır.Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması**, Yeni Medeni Kanun'a Göre Uyarlanmış 16. Bası, Ankara, 2013, Yetkin Yayınları, s. 275; Cahit Oğuzoğlu, **Roma Hukuku**, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959, s. 328).

eyaletlerde² uygulanması sebebiyle bu sisteme Sistem Dışı Yargılama ya da Nizam Harici Usul denilmiştir³. Sistem Dışı Yargılama, aslında yeni bir sistem değildi. Zira Roma'nın başarılı savaşlar sonucunda egemenliği altına alarak, eyalet statüsüne soktuğu ve atadığı valilerle yönettiği ülkelerde davanın görülmesinde Sistem Dışı Yargılama usulü uygulanıyordu⁴.

İmparator Augustus zamanından başlayarak uygulanmaya başlanan bu usul, İlk İmparatorluk Dönemi'nin başlarında idari davalara da uygulanıyordu. Ayrıca, bazı istisnai hallerde özel hukuk davalarında da bu usule müracaat edilirdi. Özellikle vesayet, hürriyet, toplumu çok ilgilendiren kira meseleleri, denizcilik davaları ve vasiyete ilişkin ihtilaflarda nizam harici usul uygulanırdı⁵.

² Eyaletlerde ortaya çıkan özel hukuk uyuşmazlıkları, Roma ve İtalya'da uygulanan usule göre değil, her eyaletin kendi hukukları(Roma tarafından işgal edilmeden önce yürürlükte olan hukukları) ve Roma'nın o eyaletin idaresi için çıkarmış olduğu kanunlara göre çözümlenmekteydi. (Özcan Karadeniz Çelebican, s. 308; Bülent Tahiroğlu-Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku**, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul, 2011, s. 262).

³ Ziya Umur, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi-Mefhumlar-Hakların Himayesi**, "Roma Hukuku", Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, s. 611; Karadeniz Çelebican, s. 312; Şahin Akıncı, **Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş ve Kaynaklar-Hukukun Genel Kavramları-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku-Eşya Hukuku-Usul ve İcra Hukuku**, Sayram Yayınları, Altıncı Baskı, Konya, 2013, s. 353; Tahiroğlu-Erdogmuş, s. 261; Kadir Gürten-Eşref Küçük, "Roma Hukukunda *Actio* Kavramı ve Tarihsel Gelişimi", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 477; Selçuk Özbek, "Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 51, S. 1-4, İstanbul 1985, ss. 335-372, s. 360; William L. Burdick, **The Principles Of Roman Law And Their Relation To Modern Law**, The Lawbook Exchange Edition, 2012, Copyright 1938, New Jersey, s. 665.

⁴ Karadeniz Çelebican, s. 312; Bahar Öcal, "Roma Yargılamasında İspat Yükü", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2006, s. 92.

⁵ W. W. Buckland, **The Main Institutions Of Roman Private Law**, Cambridge At The University Press, Cambridge, 2011, s. 386; Burdick, s. 666-667; Akıncı, s. 353; Tahiroğlu-Erdogmuş, s. 262.

Aynı şekilde, sosyo-ekonomik şartların yarattığı yeni ilişkiler dolayısıyla özel kişiler arasındaki ihtilaflarda Sistem Dışı Yargılama uygulanmaya başlandı⁶. Zira *ius civile'de*⁷ öngörülme-yen birtakım uyumsuzlukların Özel Yargılama Usulü'ne göre çözümlenmesi mümkün değildi. Örneğin; öğretmenlik, avukatlık, doktorluk gibi kafa gücünü gerektiren faaliyetleri yapan kişiler, yaptıkları faaliyetin karşılığı olarak ücret talep edemiyorlardı⁸. Öte yandan nafaka, vesayet, miras gibi toplumu yakından ilgilendiren hususlardan doğan ihtilaflarda hâkime geniş takdir yetkisi verilmesi gerektiği düşüncesi ileri sürüldü ve kabul gördü⁹. Söz konusu geniş takdir yetkisinin tarafların seçecekleri özel yargıca bırakılması düşünülemezdi. Bu nedenle, devlet memuru statüsündeki hâkimin davayı baştan sona görmesi esası kabul edilmiştir.

Roma Hukukunda günümüzdekinden farklı olarak, ceza hukuku, kamu ceza hukuku ve özel ceza hukuku olarak ikiye

⁶ Öztek, s. 361, Karadeniz Çelebican, s. 312; Akıncı, s. 353; Öcal, s. 93.

⁷ *Ius Civile*: “Roma vatandaşlarına ait hususi hukuka verilen isim olup, çeşitli bakımlardan ayrı ayrı manalara gelmekte idi. 1) Eski ve dar manasıyla *ius civile*, örf ve âdetin ve *comitia* kanunlarının, hukukçular tarafından tefsiri neticesinde doğmuş olan hukuk. 2) Magistra’ların çıkardığı *edictum*’ların yarattığı hukuk (*ius honorarium*) karşılığı olarak, örf ve adetlerle kanunların yarattığı hukuk. 3) *Ius gentium*’un, yani yabancı kavimlere de tatbik olunan hukukun karşılığı olarak, yalnız Roma vatandaşlarına tatbik edilen hukuk. 4) Bütün kavimlere müşterek olan hukuk manasına gelen *ius naturale* mukabili, yalnız Roma devletinde uygulanan Roma hukuku; bu manasıyla *ius civile*, hem eski vatandaşlar hukuku, hem magistralar hukuku (*ius honorarium*) hem de kavimler hukuku (*ius gentium*)’nu ihtiva etmekte idi.” (Umur, “Lügat”, s. 100).

⁸ *Digesta* 50, 4; C. 10, 41’e göre, avukatlık, doktorluk, öğretmenlik gibi şerefli sayılan bir meslek icra ettiği için, hukuki yollarla ücret isteyemeyen kimselere, kendiliğinden ödenen şeref ücretine *honorarium* denilir. Şeref ücreti, bir dava ile istenemez; fakat Sistem Dışı Yargılama yoluyla, yaptığı işten dolayı kişiyi şereflelendirmek için bir çeşit hediye gibi verilir.

⁹ Karadeniz Çelebican, s. 313; Akıncı, s. 354; Öcal, s. 94; Burdick, s. 666, 670.

ayrılmaktaydı¹⁰. Roma Hukukunda suç ve haksız fiil kavramları birbirinden ayrılmamıştı¹¹. Roma Ceza Hukuku, ahlaki ödeve aykırılık teşkil eden davranışları haksız fiil niteliğinde kabul edip cezalandırmaktaydı. Haksız fiil, devletin varlığına zarar vermek veya Tanrı'yı kızdırmak şeklinde kamusal alanda gerçekleşirse *delicta publica* ya da *crimen* denilen devlete veya Tanrı'ya karşı işlenmiş bir suç oluştururken; bireylerin çıkarlarını zedelemek şeklinde özel hukuk alanında gerçekleşirse *delicta privata* denilen suçu oluşturur¹². İlk halde, cezalandırma yetkisi devlete ya da Tanrı'ya aitti. Dolayısıyla her Roma vatandaşı kamu hukuku suçunu cezalandırma yetkisine sahipti. İkinci halde ise, cezalandırma yetkisi çıkarı bizzat zedelenen mağdura aitti. Başka bir deyişle, işlenen suç ne kadar ağır olursa olsun devlet kovuşturma ve cezalandırma aşamalarına dâhil olmamaktaydı. *Delicta privata* teşkil eden suçlar, ceza mahkemelerinde değil, özel hukuk mahkemelerinde görülmekteydi¹³. Belirtelim ki, özel hukuk alanına

¹⁰ A. Wilinski, "Roma Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı", Çev. Belgin Erdoğan, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt I, S. 1, Diyarbakır, 1983, ss. 329-335, s. 329; Sevgi Kayak, "Roma Ceza Yargılama Hukukunda Sorgulama ve Cezalandırma Yöntemleri", **Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan**, D&R Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 155-185, s. 155, 156.

¹¹ Günümüz Ceza Hukuku'nda haksız fiil ve suç kavramları birbirlerinden ayrılmış olup "suç" kavramından söz edebilmek için ancak kanun koyucu tarafından yasal düzenlemeye kavuşturulmuş bir haksız fiilin bulunması gerekir. Bu anlamda, günümüzde, her suç bir haksız fiil teşkil ederken, her haksız fiil bir suç teşkil etmez. (Karadeniz Çelebican, s. 247)

¹² Andreas B. Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**, C. I, Çev. Türkan Rado, 7. Bası, Doğan Kardeş Yayınevi, İstanbul, 1965, s. 68; Karadeniz Çelebican, s. 248; Wilinski, s. 329; Kayak, s. 156. Roma Hukukunda kamu ceza hukuku ve özel ceza hukuku ayrımı var olmakla birlikte, hangi haksız fiilin kamusal alanda hangi haksız fiilin özel hukuk alanında suç teşkil ettiğinin belirlenmesi tamamen rastantisaldır. Bu nedenle, zaman zaman kamu ve özel hukuk suçlarının listesi yasalarla oluşturulmuştur. On İki Levha Kanunu'nda tipik özel hukuk suçu olarak hırsızlık gösterilmektedir (Kayak, s. 158-159).

¹³ Schwarz, s. 68-70; Karadeniz Çelebican, s. 248-249; Wilinski, s. 330; Kayak, s. 157. En eski devirlerde mağdur, haksız fiille kendisine zarar vereni bizzat yakalar, tutuklar, suçlar ve cezalandırırdı. Ancak yargılama yetkisinin *magistra*'ya bırakıldığı dönemlerde,

giren suçların ceza yargılaması medeni yargılama hukukunun içinde yer almakla birlikte, asıl çalışma konumuzun dışında kaldığından ayrıntılı olarak değinilmeyecektir. Ancak şu kadarına işaret etmekte fayda vardır ki, gerek davaların *magistra* ve *iudex* (hâkim) veya *arbiter* (hakem) önünde olmak üzere iki aşamada görüldüğü ve hâkim ya da hakemin özel kişi olduğu *Ordo Iudiciorum Privatorum*'un (Özel Yargılama Sistemi) uygulandığı dönemde, gerekse davaların tek aşamada görülmeye başlandığı ve hâkimin devletin atadığı memur sıfatını kazandığı *Cognitio Extra Ordinem*'in (Sistem Dışı Yargılama ya da Nizam Harici Usul) uygulandığı dönemde özel hukuk alanına giren suçlar özel mahkemelerde ve medeni yargılama usulüne göre görülmüştür¹⁴. Öte yandan, kamu otoritesinin güçlenmesi ve devlet düzeninin yerleşmesiyle birlikte kamu ceza hukukunun kapsamı genişlemiştir. Zira özel ceza hukukunun kapsamına giren pek çok suç kamu ceza hukukunun kapsamına dâhil edilmiştir¹⁵. Görüldüğü üzere, Roma ceza yargılaması kendine özgü bir yapıya sahiptir.

M.S. 294'te İmparator *Diocletianus*, *magistra*'ları¹⁶ zorunlu olmadıkça anlaşmazlıkları özel hâkimlere göndermeden bizzat

suçlar, özel hukuk mahkemelerinde özel yargılama usulüne göre görülmüştür (Wilinski, s. 329-330; Kayak, s. 156-157).

¹⁴ Wilinski, s. 330-332; Kayak, s. 159-160. Kamu hukuku suçları bakımından, *Principatus* Dönemi'de *Cognitio Extra Ordinem* uygulanmaya başlamıştır. Bu dönemde cezalar yasalarla belirlenmekle beraber, hâkim, suçun objektif ve sübjektif tüm koşullarını serbestçe değerlendirerek hüküm verirdi (Wilinski, s. 329-332; Kayak, s. 165).

¹⁵ Kayak, s. 184.

¹⁶ *Magistra*: "Roma'nın çeşitli devirlerinde devletin başında bulunan büyük memurlara verilen isim. Billhassa, krallık, cumhuriyet ve *principatus* devirlerinde, devlet idaresinin üç büyük organından birisi (Diğerleri: *Senatus*; *Populus*). Krallık devrinin tek magistrası: *Rex*. Cumhuriyet devrinde belli başlı magistralar: *Imperium*'u olan *Dictator*; *Consul*; *Praetor* ve *imperium*'u değil, *protestas*'ı olan: *Censor*; *Quaestor*; *Aedilis Curulis* ile preblerin magistraları *Tribunus plebis* ve *Aedilis plebis*. *Principatus* devrinde faaliyetleri azalmış bulunan bu magistraların üstünde yeni bir *magistra*, *princeps*, ortaya çıkmıştı. Son imparatorluk devrinde eski magistraların, isimleri yine mevcut fakat

kendilerinin çözmelerine ilişkin bir emirname çıkarmıştır. M.S. 342’de çıkarılan bir emirname ile de *formula usulü*¹⁷ “birtakım yararsız kelime oyunları” olarak nitelendirilerek bütünüyle uygulamadan kaldırılmıştır.¹⁸ M.S. 4. yüzyıldan itibaren Sistem Dışı Yargılama bütün imparatorlukta uygulanan tek usul haline gelmiştir¹⁹. Sistem Dışı Yargılama, çağdaş usul ve icra hukukunun dayandığı birtakım temel ilke ve kuralların kaynağını oluşturması sebebiyle, günümüz yargılama sistemi bakımından önemli bir yere sahiptir²⁰.

Sistem Dışı Yargılama’nın en önemli özelliği, davaların tek bir aşamada ve devlet memuru statüsündeki kişiler önünde

faaliyetleri, imparatorun yanında, hiç mesabesinde idi. Roma devletin en karakteristik devri olan *respublica* sırasında büyükleri *comitia centuriata*’da, küçükleri *comitia tributa*’da seçilen magistralar: Birden fazla olmakta (umumiyetle iki kişi); görevleri muvakkat bulunmakta (umumiyetle bir sene); magistralkıktan sonra bir fert gibi sorumlulukları muhafaza etmekte ve nihayet, ücret almamakta idiler.” (Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, “Lügat”, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 131).

¹⁷ *Formula*: “Adi mahkemeler nizamında (*ordo iudiciorum privatorum*), *legis actio*’lardan sonra uygulanan usul. M.Ö. 110 seneleri civarında çıkan *lex Aebutia* ile kanuni hale gelen ve bir *lex Iulia* ile tek usul olan *formula* usulüne göre, magistra, taraflara, ihtilaflarına uygun bir *formula* vererek onları hâkime gönderirdi. *Formula*’da evvela tarafların seçtikleri hâkim veya hâkimlerin isimleri yazılır, ondan sonra, *intentio* denilen kısımda, şartlı bir cümle ile davacının iddiası belirtilir; *condemnatio* isimli kısımda, hakime, bu iddia ispat edilebildiği takdirde beraat ettirilmesi emri verilir. *Formula*’nın diğer belli başlı kısımları, *demonstratio*, *fictio*, *adiudicatio* ve, davalı lehine, *exceptio* idi.” (Umur, “Lügat”, s. 75).

¹⁸ Erkan Küçükgüngör, “Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat”, **Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan**, BATİDER, Ankara, 1998, s. 490; Karadeniz Çelebican, s. 313; Akıncı, s. 354; Burdick, s. 669.

¹⁹ *Dominatus*(Son İmparatorluk) Devrinde, Sistem Dışı Yargılama’nın yanı sıra, istisnai bazı hallerde özel muhakame usulleri uygulanırdı. Bunlar : *Per rescriptum principis* (imparatorun yazılı cevabıyla) usulü; *summaria cognitio* (kısa muhakeme usulü); *episcopalis audentia* (piskopos önünde yargılama) usulü idi. (Umur, “Roma Hukuku”, s. 632 vd; Karadeniz Çelebican, s. 364 vd.).

²⁰ Umur, “Roma Hukuku”, s. 616; Küçükgüngör, s. 490; Gürten-Küçük, s. 477; Karadeniz Çelebican, s. 313; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 263; Akıncı, s. 355; Öcal, s. 94.

görülmesi ve karara bağlanmasıydı²¹. Bu şekilde daha basit ve daha az şekilci bir prosedürle uyuşmazlığı çözmek mümkün olmuştu.

Bu usulde, hâkim bir *formula* ile bağlı olmaksızın takdir yetkisini kullanabiliyordu. Davacının talep hakkı olduğu gibi davalının da talep hakkı bulunmaktaydı. Mahkûmiyetin sonucu mutlaka paraya ilişkin olmak zorunda değildi. Taraflar davanın her aşamasında iddia ve savunmalarını değiştirebilirler ve hâkim tarafların taleplerini dikkate alırdı. Taraflar hâkimin vereceği karara karşı on gün içinde bir üst makama başvurabilme hakkına sahipti²².

Sistem Dışı Yargılama'da davanın başlangıcı iddia sahibinin mahkemeye müracaatı ile olurdu. Ancak, iddia sahibinin dava etmek istediği kişiyi hâkim önünde bulundurma zorunluluğu yoktu. Günümüzde olduğu gibi, mahkeme davalıya gereken *litis denuntiatio* (resmi çağrı)'yu yapardı. Anlaşılacağı üzere, daha dava başlangıcında, devlet egemenliğini kullanmaktadır. Tarafların her ikisinin veya vekillerinin²³ hâkimin önünde bulunmaması davanın görülmesine engel olmazdı. Şayet yapılan üç çağrıya rağmen davalı hâkim önünde hazır bulunmazsa, dava “gıyabi usul” (*in absentia*)

²¹ Buckland, s. 385; David Johnston, **Roman Law In Context(Key Themes In Ancient History)**, Cambridge University Press, UK, 1999, s. 121; Şakir Berki, **Roma Hukuku, Giriş ve Roma Hukukunun İçinde İnkışaf Ettiği Devirler-Dava Hukuku-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku-Miras Hukuku-Aynı Haklar ve Borçlar Hukuku**, Nur Basımevi, Ankara, 1949, s. 88; Cahit Oğuzoğlu, s. 349; Karadeniz Çelebican, s. 312; Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Usul Hukukuna Plus Petitio Yasağı ve Medeni usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 31; Akıncı, s. 355; Umur, “Roma Hukuku”, s. 612; Öztekin, s. 360.

²² Türkoğlu Özdemir, s. 93 vd.; Öztekin, s. 361; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 491; Burdick, s. 669; Johnston, s. 122.

²³ *Iustinianus* Dönemi'nden evvel taraflar kendilerini bir *cognitor* (belli bir uyuşmazlık hakkında tayin edilen vekil) ile temsil ettirme imkânına sahipti. *Iustinianus* Dönemi'nde ise, *procurator* (genel yetkili vekil) müessesesi kabul edilmiştir. (Öztekin, s. 365; Karadeniz Çelebican, s. 296). Sistem Dışı Yargılama' da mahkemede temsile ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Johnston, s. 129-130.

ile görülürdü. Zira artık davaların görülmesi devletin bir fonksiyonu haline gelmişti. Davaya katılmamasına rağmen davalının haklarını korumak devletin bir görevi olarak kabul edilmekteydi. Öte yandan davacı hâkim önüne gelmezse, davaya bakılmaması mümkündür. Ancak, davalı zan altında kalmak istemez ve beraat etmek isterse, davayı sonuna kadar sürdürebilirdi²⁴.

Günümüzde, Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz benzer düzenlemeler içermektedir. HMK m. 150/1,2 hükmüne göre; “*Usulüne uygun şekilde davet edilmiş olan taraflar, duruşmaya gelmedikleri veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar verilir Usulüne uygun şekilde davet edilmiş olan taraflardan biri duruşmaya gelir, diğeri gelmezse, gelen tarafın talebi üzerine, yargılamaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilir veya dosya işlemiden kaldırılır. Geçerli bir özrü olmaksızın duruşmaya gelmeyen taraf, yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemez.*”

Sistem Dışı Yargılama’da, hâkim, davacı ve davalının iddia ve savunmalarını dinledikten sonra *litis contestatio* (davanın saptanması)²⁵ muamelesi düzenlenirdi. *Litis contestatio*, bu

²⁴ Buckland, s. 386-388; Burdick, s. 670; Berki, s. 90-91; Oğuzoğlu, s. 350; Umur, “Roma Hukuku”, s. 618-620; Öztekin, s. 363; Karadeniz Çelebican, s. 316-317; Akıncı, s. 356-357; Tahiroğlu-Erdoğmuş, s. 264.

²⁵ *Litis Contestatio*: “Davanın tespiti. Bilhassa hususi mahkemeler nizamı (*ordo iudiciorum privatorum*) usulü sırasında, davanın siklet merkezi olan ve ihtilafli taraflar arasında yapılan anlaşma. *Legis actio*’lar zamanında tarafların, kararına uyacaklarını kabul ettikleri bir hâkimi, magistranın kontrolü altında ve şahitler huzurunda seçmeleri idi. *Formula* usulünde, yine magistranın kontrolü altında hâkimin seçilmesi, ihtilafın hudutlarının tespiti ve ihtilafın ne yolda halledileceği hususlarını ihtiva eden yazılı bir *formula*’yı tarafların kabul etmeleri idi. *Formula* usulünde, aynı davanın artık bir daha açılmaması gibi, mühim neticeleri olan bu muamele, Nizam harici usulde (*cognitio extra ordinem*) önemini kaybetmiş, tek safhada cereyan eden davanın bir anı olmuştu.” (Umur, “Lügat”, s. 128).

sistemde yalnızca davanın taraflarının ve konusunun tespitini sağlayan basit bir usuli muameledir²⁶.

Sistem Dışı Yargılama'da, davalar kapalı salonlarda görülür ve herkese açık olmazdı. Fakat hâkim kararlarını aleni olarak vermek zorundaydı. Davanın görülmesi sırasında yazılı vesikalar düzenlenmesi gerekirdi. Bu sebeple, davalar davanın önemine göre belli bir ücrete tabi kılınmıştır²⁷.

III. İSPAT YÜKÜ

Kelime anlamı olarak, tespit etme, belirleme, sabitleme anlamına gelen ispat, bir iddianın doğru ve gerçek olup olmadığı konusunda hâkimde kanaat uyandırma faaliyetidir²⁸. Taraflar, ispat faaliyeti kapsamında, taleplerini dayandırdıkları hukuk kuralında yer alan koşul vakıaların karşılığını teşkil eden somut vakıaları ortaya koymalı, somutlaştırma yükü çerçevesinde somut vakıaları ispatlamaya elverişli hale getirmeli ve delillerini ibraz etmeliler²⁹. Anayasa m. 36 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6 hükmünde temel bir hak olarak düzenlenen ispat faaliyetinde bulunabilme hakkının esas itibariyle, medeni usul hukuku bakımından HMK m.

²⁶ Buckland, s. 389-390; Burdick, s. 669; Oğuzoğlu, s. 350; Karadeniz Çelebican, s. 317; Akıncı, s. 357; Tahiroğlu-Erdoğmuş, s. 265; Türkoğlu Özdemir, s. 39; Zira Sistem Dışı Yargılama'da "*litis contestatio*"nın yapılmış olması, aynı uyumsuzluk konusunda dava açılmasına engel teşkil etmezdi ve bu aşamadan sonra uyumsuzlukla ilgili olarak değişiklik yapılması mümkündü. Aynı şekilde, bu muamelenin yapılması için her iki tarafın hazır bulunmasına gerek yoktu. (Karadeniz Çelebican, s. 318).

²⁷ Berki, s. 88; Oğuzoğlu, s. 349; Umur, "Roma Hukuku", s. 617.

²⁸ Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi", **İsbat Yükü**, "İsbat Yükü", Yeniden Yazılmış-Genişletilmiş 2. Baskı Hazırlayan Ejder Yılmaz, Kazancı Matbaacılık Sanayii, 1980, s. 1; Baki Kuru-Ramazan Arslan-Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 351; Hakan Pekcanitez-Oğuz Atalay-Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 643.

²⁹ İspat hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nur Bolayır, "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları", **Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan**, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2104, ss. 555-585, s. 555.

27 hükmü ile garanti altına alınan hukuki dinlenilme hakkının bir parçası olduğunu önemle vurgulamak gerekir³⁰. Bu anlamda, tarafların ve uyuşmazlıkla ilişkisi bulunan üçüncü kişilerin iddia ve savunmalarını ortaya koyabilmeleri için ispat hakkının fiilen kullandırılması gerekir.

İspat yükü, uyuşmazlık konusu hukuki işlem veya vakıaların kimin tarafından ispat edileceği sorunudur. Hâkimin yargılamada tam bir kanaat edinmemesi halinde, hükmün kimin aleyhine verileceğini ispat yükü belirler³¹. Aksi halde, deliller uyuşmazlığı çözmede hâkime yeterli kanaat verirse, ispat yükünün kimin üzerinde olduğu önem taşımaz.

Medeni Yargılama Hukukumuzda, ispat yükü, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 6 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”* İsviçre Medeni Kanunu’ndan alınan bu hüküm, İsviçre Hukuku’na Fransız Medeni Kanunu’ndan geçmiştir. Söz konusu hüküm, ispat yükü sorununu tek başına çözmeye yeterli olmadığından, aynı doğrultuda olacak şekilde ispat yükü, HMK m. 190 hükmünde tekrar düzenlenmiştir. Buna göre; *“İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir.”* Burada, kendi lehine hak çıkaracak olan tarafın ispat yükü altında olduğu belirtilmiş, iddiayı hangi tarafın ileri sürdüğüne hukuki sonuç bağlanmamıştır. Genellikle, kendi lehine hak çıkaracak olan taraf

³⁰ Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 568; Bolayır, s. 557.

³¹ Umar, “İsbat Yükü”, s. 2; Mehmet Kamil Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, “Delillerin Değerlendirilmesi”, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1990, s. 74.

davacı olursa da, her davada ispat yükünün davacıda olacağını söylemek yanlış olur³².

Sistem Dışı Yargılama'da üzerinde durulması gereken en önemli değişiklik, hâkimin tüm hukuk kurallarına uygun bir şekilde yargılamayı yürütüp karar vermesiydi. Zira o dönemde de hâkimin hukuk kurallarını bildiği kabul edilirdi. Hâkimin hukuk kurallarını ihlal eden kararlarının geçersizlik yaptırımı ile karşı karşıya kalma riski olduğundan, hâkim, ispat yüküne ilişkin kuralları göz ardı etmemeliydi³³.

Roma Hukukunda ispat hakkı, “bir hususu ispat etmek imkânı varsa, kısıtlanmaması gerekir” esasına dayanmaktadır³⁴. İspat külfetinin davacının üzerinde olduğu kuralı, (*actori incumbit probatio*: ispat davacıya düşer) Klasik Dönemde olduğu gibi Sistem Dışı Yargılama'da da geçerliydi³⁵. Aynı şekilde, davalı da ileri sürdüğü def'ilerin doğruluğunu ispat yükü altındaydı³⁶.

³² Örneğin; boşanma davası açan eş, boşanma sebeplerinin oluştuğunu ispat etmelidir. Buna karşılık, zamanaşımı süresinin dolduğunun ileri sürülmesi halinde, ispat yükü davalı taraftadır. (Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 670); HMK m. 190/1 hükmünün, TMK m. 6 hükmünün tekrarı niteliğinde olduğuna ve bir uyumsuzluk konusu vakıa üzerindeki ispat yükü, o vakıadan hukuki sonuç çıkaran kişinin üzerinde olduğuna ilişkin olarak bkz. Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, s. 574-575.

³³ Sistem Dışı Yargılama ile ispat yüküne ilişkin belirli sınırlamalar getirilmiştir. Örneğin, *Diocletianus* zamanında hukukçular tarafından yapılan bir genelleme ile, davalı iddiasını ispat edemeyeceğini söylediği zaman, davalı aksini göstermeye mecbur değildi. Aynı imparator döneminde “engelleyici ya da yasaklayıcı” bir koşul ileri süren tarafın bunu kanıtlaması gerektiği belirtilmişti. (Öcal, s. 107).

³⁴ Mehmet Kamil Yıldırım, “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilmiş Deliller”, “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları”, **Erdoğan Teziç'e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 861-871, s. 861.

³⁵ Küçükgüngör, s. 491; A. Nadi Günel, **Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 52.

³⁶ Berkî, s. 92; Oğuzoğlu, s. 350; Umur, “Roma Hukuku”, s. 623; Öztekin, s. 366; Akıncı, s. 357; Tahiroğlu-Erdoğmuş, s. 265; Türkoğlu Özdemir, s. 40.

Öte yandan, bu dönemde *veritas*(gerçek)'a ulaşma görüşü egemen olmaya başlamıştır. Zira özellikle *Constantinius* dönemi kaynaklarında *veritas*'a ulaşma kavramı üzerinde durulmaktadır. Sistem Dışı Yargılama'nın kendine özgü özelliği de dikkate alındığında, yargılama faaliyetinin taraflar üstü bir öneme sahip olduğu görülmektedir. Bu nedenle, dönemin hukukçuları, hâkimin ispat yükünü taraflar arasında eşit bir şekilde dağıttığını kabul etmekteydi³⁷.

İmparatorluk Dönemi'ne ait kaynaklarda ispat yüküne ilişkin metinlere rastlamak mümkündür. *Codex Theodosianus* 11. 39. 1'e göre; “*Imp. constantinus a. aurelio helladio. etsi veteris iuris definitio et retro principum rescripta in iudicio petitori eius rei quam petit necessitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et iustitia moti iubemus, ut, si quando talis emergerit causa, in primordio iuxta regulam iuris petitor debeat probare, unde res ad ipsum pertineat; sed si deficiat pars eius in probationibus, tunc demum possessori necessitas imponatur probandi, unde possideat vel quo iure teneat, ut sic veritas examinetur. dat. naisso xv kal. octob. paulino et iuliano cons.*”³⁸

Buna göre, “Her ne kadar antik dönem hukuk kuralları ve önceki imparatorların emirnameleri ile mahkemede ileri sürmüş olduğu mülkiyet iddiasını ispat yükünün davacıda olacağı tayin edilmişse de, kendi adalet ve eşitlik duygularımız bizi harekete geçirir ve buyururuz; ne zaman ki, yargılamanın başında böylesine bir dava ileri sürülür, hukuk kurallarına göre, iddia sahibi uyuşmazlık konusu şeyi nereden elde ettiğini ispatlamalıdır. Eğer davası ispattan yoksun ise, o takdirde ispat yükü nihayet davalı

³⁷ Öcal, s. 102-103.

³⁸ Öcal, s. 103.

üzerinde olacaktır. Davalı dava konusu şeyin zilyetliğinin kaynağını ve hangi hakka dayanarak elinde elde bulundurduğunu kanıtlamalıdır. Böylece gerçek araştırılmış olacaktır”.

Görüldüğü üzere, bu usulde, gerçeğin tespit edilmesine önem verilmiştir. İstihkak davasında, mülkiyet iddiasını iler süren davacı ispat yükü altındadır. Davacı, uyuşmazlık konusu eşyayı nereden aldığını ispat etmelidir. Aksi takdirde, ispat yükü davalı tarafa geçecektir. Davalı, uyuşmazlık konusu eşyayı nereden aldığını ispat edebilirse, davayı kazanacaktır.

Codex Theodosianus 4. 4. 2'ye göre ise; “Imppp. valentin., theodos. et arcad. aaa. proculo pf. u. quae codicillis aut epistolis nobis necessitudinibusve nostris relinquuntur, non admittimus; sit ille usus inter privatos ratus. et sane hoc loco praebemus licentiam, ut civiliter sive criminaliter, ut actor elegerit, super prolata epistola requiratur, et incumbat probatio ei primitus, qui scripturam obtulerit.....”³⁹

Buna göre, “Bize ya da civar hısımlarımıza bir yazı ya da ek bir vasiyetname vasıtasıyla bırakılmış geçerli hiçbir şeyi kabul etmiyoruz, sıradan vatandaşlar arasından maruf örf ve adetçe yapılan doğrulamaya izin ver. Gerçekten bu durumda, davacının seçim yapabildiği üzere, özel hukuk ya da ceza hukukunda herhangi bir yazının meydana getirilip getirilmediği ile ilgili bir araştırmanın yapılması iznini bahşediyoruz. İspat yükü, her şeyden önce, yazıyı meydana getirmiş olan taraftadır.”

Söz konusu metinde, bir yazı veya ek bir vasiyetnameyi elinde bulunduranın ispat yükü altında olduğu belirtilmiştir. Ek bir vasiyetname ya da yazı ile miras bırakılmışsa ve bu mirasın yazılı

³⁹ Öcal, s. 105.

bir şekilde oluşturulduğu doğrulanırsa, bu doğrulamayı yapan kişi iddiasını ispat etmelidir.

Codex Theodosianus 11.39.12'ye göre; “*Impp. arcad. et honor. aa. aeternali proconsuli asiae. cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis edicere, quae tanta erit amentia, ut, ratione praepostera, petitor ab eo, quem pulsatur, informari suas postulet actiones, quum omnem probationem exigi oporteat ab eo, qui vindicare nititur, non ab eo, qui se iuste tenere contendit? intentanti namque, non suscipienti, probationum necessitas imponenda est praeter eum, qui edicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat. dat. xii. kal. april. constantinopoli, arcadio iv. et honorio iii. aa. coss.*”⁴⁰

Buna göre, “Ne büyük çılgınlıktır ki, davalı davacı tarafından zilyetlik hakkının dışına çıkmaya zorlanmış olsun. Bu mantıksız nedene dayanarak davacı davalı tarafından biçimlendirilmiş kendi davasını talep edebilir. Bununla birlikte tüm deliller istihkak hakkını dayandırdığı mülkiyet iddiasını ileri süren kişiden talep edilmelidir, hukuka uygun olarak zilyetliği elinde bulundurduğunu ileri sürenden değil. İspat yükü dava açmış kişinin üzerinde olmalıdır, davalı üzerinde değil. Mülkiyeti olağan zilyet ya da mirasçı olarak elinde bulundurduğunu ifade etmeye zorlanmış olanlar hariçtir.”

Bu metinde, açılmış olan istihkak davasında, davalının zilyetlik hakkının dışına çıktığını ileri süren davacının ispat yükünü yerine getirmesi gerektiği belirtilmiştir. Hukuka uygun olarak zilyetliği elinde bulundurduğunu iddia eden davalıya ispat yükü düşmez. Ancak, davalının bu ifadesinin herhangi bir zorlanmadan

⁴⁰ Öcal, s. 106.

kaynaklandığı tespit edilirse, bu durumda, ispat yükü davalıya ait olacaktır.

Sistem Dışı Yargılama'da ispat yüküne ilişkin genel kuralın istisnasını teşkil eden birtakım özel durumlardan söz etmek mümkündür. Hâkimi bağlayıcı nitelikte olan karineler, bu usulde geniş bir uygulama alanı bulmuştu⁴¹. Karine, bir vakıanın, aslında tam olarak ispat edilmemiş olduğu halde, gerçeğe yakın bir oranda muhtemel olması olayıdır. Karineler, aksi ispat edilinceye kadar gerçek kabul edilir. Bu dönemde karineler kanuni karine ve şahsi karine olmak üzere ikiye ayrılırdı. Kanuni karine, bizzat kanun tarafından belirlendiğinden hâkimi bağlayıcı nitelikteydi. Şahsi karine ise, kesin bir olaydan, muhtemel bir sonucun çıkarılması suretiyle oluşurdu⁴². Hâkimi bağlayan asıl karine, kanuni karine idi⁴³.

*Digesta 23, 3, 40'a göre, "Divus Severus rescriptis Pontio Luciano in heac verba : Si mulier, quae dotem dederat, post divortium rursus in matrimonium redit non revocatis instrumentis, non dubitabit is, aqud quem res agetur, secundum voluntatem mulieris, quae utique non indotata redire in matrimonium voluit, partibus suis fungi quasi renovate dote."*⁴⁴

"İlahi Severus, Pontius Lucianus'a şu kelimeleri ihtiva eden bir rescriptum yazmıştı: Kocasına cihaz getirmiş olan kadın, boşandıktan bir müddet sonra, yazılı cihaz mukavelesini feshetmeden, kocasıyla tekrar evlenmişse, ihtilafı tekrar halledecek olan kimse (hâkim), kadının, ikinci evlenmesine cihazsız gelmek

⁴¹ Umur, "Roma Hukuku", s. 626; Karadeniz Çelebican, s. 319; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 267; Öztekin, s. 367.

⁴² Şahsi karine, Klasik Devir'de ortaya çıkmış; kanuni karine, Klasik Sonrası Devir'de ortaya çıkmış, *Iustinianus Dönemi*'nde varlığını sürdürmüştür. (Günal, s. 43).

⁴³ Umur, "Roma Hukuku", s. 626; Küçükgüngör, s. 495.

⁴⁴ Umur, "Roma Hukuku", s. 626.

iradesinde olmadığı ve aynı cihaz mukavelesini yenilemek niyetinde bulunduğu hususunda tereddüt etmeyecektir.”

Söz konusu hükme göre, boşandıktan bir süre sonra yazılı cihaz akdini feshetmeden kocasıyla tekrar evlenmesinden, belli olmayan bir vakıanın, yani kadının aynı mukaveleyi tekrarlamak niyetinin olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu durumda, hâkim cihaz akdini yenilemek konusunda bir iradenin olduğunu kabul edecektir.

Bunun dışında, kanuni karineler arasında en önemli olanlardan biri, doğan çocuğun babasının ananın kocası olmasıdır⁴⁵.

Öte yandan, Medeni Yargılama Hukukumuzda Roma yargılamasında olduğu gibi, bazı özel durumlarda genel ispat kuralına istisna getirilmiştir. Bunlardan ilki, kanunda açıkça ispat yükünün kime ait olduğunun belirtilmesidir⁴⁶. Örneğin; TMK m. 294 hükmüne göre, “İtiraz eden, kocanın baba olmadığını ispatlamakla yükümlüdür.” Aynı şekilde, TMK m. 287, 291, TBK m. 50, 66, 112 hükümlerinde ispat yükü kanunla belirlenmiştir.

İkinci olarak, Medeni Yargılama Hukukumuzda, karineler ispat yükü bakımından özellik arz etmektedir. Karineler, kanuni karineler ve fiili karineler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanuni karine⁴⁷, kanun hükmünden, belli bir vakıadan belli olmayan bir vakıa için sonuç çıkarılmasıdır. Örneğin; TMK m. 1020 hükmü gereğince, kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini iddia edemez. Kanuni bir karineye dayanan taraf iddia konusu olan ve

⁴⁵ Küçükgüngör, s. 495.

⁴⁶ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, s. 585–588; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 358–360; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 658–662.

⁴⁷ Kanuni karineler de kendi içinde aksi ispat edilebilen kanuni karineler ve aksi ispat edilemeyen kanuni karineler olmak üzere ikiye ayrılır. Kanunda karinenin adi karine mi kesin karine mi olduğu hususunda açıklık bulunmayan hallerde adi karinenin varlığından söz etmek gerekir. Zira esas olan karşı ispatın mümkün olmasıdır (Umar, “İsbat Yükü”, s. 165,172).

uygulanacak hukuk kuralının koşul vakıasını teşkil eden vakıayı doğrudan ispat yükü altında değildir. Ancak, karineye dayanan taraf, karinenin temelini oluşturan somut vakıayı ispat yükünü taşıdığından, burada gerçek anlamda bir istisnanın varlığından bahsetmek zordur. Örneğin; TMK m. 285 hükmü, çocuğu evli kadının doğurması halinde, kadının kocasını, doğan çocuğun babası olarak kabul etmektedir. Burada, baba olma vakıasının doğrudan ispat edilmesi yerine, ana ile o erkek arasında evlilik bağının ortaya konması, asıl ispat konusu vakıanın ispatı yerine geçmektedir. Fiili karine ise, hâkim tarafından belli bir vakıadan belli olmayan bir vakıa için sonuç çıkarılması işlemidir. Örneğin; senedin alacaklı tarafından borçluya iade edilmesi, borcun ödendiğine karine teşkil eder. Fiili karineler, ispat yükü bakımından bir değişiklik oluşturmaz⁴⁸.

Son olarak, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular hakkında ve vakıaların belirlenmiş olması kaydıyla, bir vakıanın ispat yükünün kime ait olduğu hususunda ispat sözleşmesi yapmasıdır. Bu durumda, ispat sözleşmesinde belirlenmiş olan kişi ispat yükünü taşır⁴⁹.

IV. DELİLLER

Delil, bir iddianın doğruluğuna hâkimi inandırmak için başvurulmuş ispat araçlarıdır⁵⁰. Çekişmeli bir vakıanın ispatı için

⁴⁸ Fiili karineye dayanan kişinin ispat yükünü taşımadığı ya da fiili karinenin ispat yükünün istisnasını teşkil ettiğini söylemek yanlış olacaktır. Zira hayatın normal akışına uygun bir vakıa iddiasında bulunan, iddiasının ispat faaliyetini yerine getirmiş olur. Örneğin; “gaipliğe hüküm verilmesi” davasında, kişinin doğumundan bu yana 150 yılın geçmiş olduğu ortaya konabilirse, ispat faaliyeti yerine getirilmiş olur. Aksini iddia eden ispat yükünü taşır. (Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, s. 586; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 659).

⁴⁹ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, s. 574-588; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 354-357; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 669-670.

⁵⁰ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 352; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 689.

gösterilen delil sayesinde geçmişte ve mahkeme dışında gerçekleşmiş bir olaya ayna tutulur.

Sistem Dışı Yargılama’da hâkim, tarafların gösterdikleri delillerin yanı sıra, kendisi de gerçeği tespit edebilmek için araştırma yapabirdi. Zira delillerin elde edilmesi hususunda tam bir soruşturma yapmak hâkimin göreviydi⁵¹.

Daha önce de değindiğimiz üzere, bu usulde, İmparatorlar yargılamaya ilişkin belli kurallar getirdiğinden, hâkim, delillerin takdirinde tam bir serbestîye sahip değildi. Belli bazı ispat araçlarının getirilmiş olmasının yanı sıra, her delilin bir ispat gücü vardı ve hâkim buna uymak zorundaydı⁵².

A. DELİL ÇEŞİTLERİ

Medeni Yargılama Hukukumuzda deliller kesin delil ve takdiri delil olmak üzere ikiye ayrılır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda açıkça bu ayırım yapılmasa da her bir delile bağlanan hukuki sonuçtan böyle bir ayırım yapma gereği duyulmuştur. Kesin deliller; senet (HMK m. 200 vd.), yemin (HMK m. 225 vd.) ve deliller arasında açıkça düzenlenmemiş olan kesin hükümdür (HMK m. 303)⁵³. Takdiri deliller; tanık (HMK m. 240-265), bilirkişi (HMK m. 266-287) ve keşiftir (HMK m. 288-292).

Türk Hukukunda, deliller belirtilmiş olsa da sınırlama yapılmamıştır. Bu sebeple, Türk Hukukunda “serbest delil” sistemi benimsenmiştir. Zira HMK m. 192 hükmüne göre, “*Kanunun belirli*

⁵¹ Küçükgüngör, s. 491.

⁵² Berki, s. 93; Oğuzoğlu, s. 351; Umur, “Roma Hukuku”, s. 623; Meral Sungurtekin Özkan-Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 70-71; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 492; Akıncı, s. 357; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 265; Öztekin, s. 366.

⁵³ İkrarın delil olarak kabul edilmemesi gerektiğine ilişkin bkz. Bilge Umar, “İsbat Yükü”, s. 193 vd.; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 650-653; Aksi görüş için bkz. Yıldırım, “Delillerin Değerlendirilmesi”, s. 229; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 366.

bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir.”

Benimsenen delil sitemine göre delillerin değerlendirilmesi hususu da önem arz etmektedir. Türk Hukukunda “kanuni delil sistemi” benimsenmiştir. Buna göre, hâkim kesin delillerle bağlıdır. Bunun dışında, kural olarak, hâkim delilleri serbestçe takdir eder.

Ayrıca, hâkim, kendisine sunulan delilin geçerli kabul edilip edilmeyeceğini ve ispata esas alınıp alınmayacağını da göz önünde bulunduracaktır. Bu ise, “caiz delil” olarak ifade edilmektedir.

Roma Hukukunda delillerin sınıflandırılması yapılmamıştı. Ancak Sistem Dışı Yargılama’da delillerin türüne göre verilecek değer tespit edilmişti.

1. İkrar

İkrar, taraflardan birinin kendi aleyhine ileri sürülen bir vakıanın doğruluğunu kabul etmesidir⁵⁴. Diğer bir deyişle, bir kimsenin kendi iddiasındaki beyanları kendisi aleyhine ikrar teşkil etmez.

Sistem Dışı Yargılama’da, davanın görülmesi aşamasında taraflardan birinin ikrarda bulunması kesin delil ile ispat sayılırdı⁵⁵. İkrar, davanın her aşamasında ve aynı dava şahsi dava ayrımı yapılmaksızın mahkûmiyet sebebi teşkil etmekteydi (*confessus pro iudicato est*: ikrar eden mahkûm edilmiş sayılır)⁵⁶. Dolayısıyla yalnızca para borcuna ilişkin konularda mahkûmiyete hükmedilmesi kuralı terk edilmişti.

⁵⁴ Umar, “İsbat Yükü”, s. 191; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 366; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 650.

⁵⁵ Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Karadeniz Çelebican, s. 318; Akıncı, s. 357; Küçükgüngör, s. 492; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Özbek, s. 367; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 104.

⁵⁶ Berkî, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Küçükgüngör, s. 492; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 106.

İkrar geçerlilik şartlarına uygun bir şekilde yapılmazsa hukuki sonuç doğurmazdı. Buna göre, ikrar, hâkim ve diğer taraf huzurunda ve bizzat kendisi tarafından yapılmalıydı. Bu nedenle, küçüğün, temsilcinin veya avukatın ikrarı kabul edilmezdi. Bazı hallerde ise ikrar hukuki sonuç doğurmazdı. Örneğin; ikrar, özgür birini köle veya *colonus*⁵⁷ haline getiremezdi. Aynı şekilde, bir kişinin köle olduğunu ispat etmesi için köle olduğunu ikrar etmesi yeterli değildi.⁵⁸

Şayet davalı, ikrar etmiş olmakla birlikte, mahkûmiyet miktarı belirlenememişse, hâkim, davalıyı miktarı da belirlemeye zorlardı⁵⁹.

Roma Hukukunda, “ikrar” olarak adlandırılan kurumun aslında günümüzde davayı sona erdiren taraf usuli işlemlerinden olan “kabul” kurumunun karşılığı olduğu açıktır⁶⁰. Zira Medeni Yargılama Hukukumuzda, ikrar (HMK m. 188), tarafın aleyhine ileri sürülen vakianın doğruluğunu beyan etmesidir ve bundan böyle o vakıa çekişmeli olmaktan çıkar. Kabul (HMK m. 308) ise, davalının davacı tarafından açılan davada ileri sürdüğü talep sonucunu kısmen veya tamamen muvafakat etmesi olup, davayı sona erdiren bir taraf usul işlemidir. Kısmen kabul halinde, davanın

⁵⁷ *Colonus*: “İmparatorluğun ilk asırlarında, imparatorluğa ait bir toprağı, umumiyetle hasılat üzerinden ödenen senelik bir icar mukabilinde işlenmek üzere kiralayan, hürriyet durumlarını muhafaza ettikleri için istedikleri zaman oradan ayrılabilen çiftçi ve köylüler; köy garı menkulleri kiracıları. Arazinin maliki değişse bile, yerlerinde kalabilirlerdi. IV. asırdan itibaren bu kimselerin vergilerini ödemelerini teminat altına almak için, doğdukları topraktan ayrılmaları yasak edildi. Bunun neticesi olarak son imparatorluk devrinde *colonus*’lar, çalıştıkları toprağa bağlı, nazari olarak hür, fakat fiilen köle gibi yaşayan kimseler haline geldiler.” (Umur, “Lügat”, s. 39-40).

⁵⁸ Berki, s. 94; Oğuzoğlu, s. 351, dn. 399; Umur, “Roma Hukuku”, s. 625; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 106; Küçükgüngör, s. 492.

⁵⁹ Umur, “Roma Hukuku”, s. 625; Küçükgüngör, s. 492.

⁶⁰ Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 106-107; Günal, s. 45, dn. 63.

kısmen kabul edilmeyen kısmı için davaya devam edilirken, kabul edilen kısmı için gerekirse ilamlı icra takibi yapılabilir⁶¹.

2. Yemin

Yemin, taraflardan birinin çekişmeli olan bir husus hakkında, kanunda belirtilen usullere uygun bir şekilde, mahkeme huzurunda, kutsal sayılan değerlerle teyit edilen sözlü açıklamasıdır⁶². Başka bir deyişle, yemin, ispat yükü üzerine düşen tarafın ihtilafın çözülmesine yardımcı olacak bir vakıanın ispatı için karşı tarafa teklif ettiği doğrulatma beyanıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, hâkimin kendiliğinden yemin teklif etmesine izin vermemiştir, yalnızca bir tarafın diğerine yemin teklif etmesini kabul etmiştir.

Sistem Dışı Yargılama'da yemin bir ispat aracı olarak kullanılmaktaydı. Davanın herhangi bir aşamasında, ispat yükü kendisine düşen taraf, karşı tarafa yemin teklif edebileceği gibi, hâkim de kendi kanaatini kuvvetlendirmek için iddia sahibine yemin teklif edebilirdi⁶³. Ancak, tarafların yemin teklif edebilmeleri için hâkimin izin vermesi gerekirdi⁶⁴.

Görüldüğü üzere, Sistem Dışı Yargılama'da yemin iki şekilde karşımıza çıkar. İlk olarak, hâkimin izin vermesi halinde, taraf yemini söz konusu olabilirdi. Buna göre, kendisine yemin teklif edilen taraf yemin etmeli veya yemini karşı tarafa reddetmeliydi. Bu durumda, üç ihtimal ortaya çıkmaktadır⁶⁵. İlk ihtimal, davalı yemin etmez veya yemini karşı tarafa reddetmezse mahkûm edilirdi. İkinci

⁶¹ Öztan, s. 903-906; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 509-513; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 824-826.

⁶² Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 406; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 758-759.

⁶³ Berki, s. 93; Umur, "Roma Hukuku", s. 625; Özbek, s. 367; Karadeniz Çelebican, s. 318; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Küçükgüngör, s. 492; Akıncı, s. 358; Günel, s. 47.

⁶⁴ Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 73.

⁶⁵ Kendisine yemin teklif edilen taraf, yemin etmesi doğrultusunda hâkim tarafından zorlanabilirdi. (Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 73).

ihhtimal, davalı, davacının iddiasını yerine getirmek mecburiyetinde olmadığına dair yemin ederse beraat ederdi. Üçüncü ihtimal, davalı, yemin etmeyip, yemini karşı tarafa reddederse, davacı yemin etmek zorundaydı. Davacı karşı tarafın yükümlülük altında olduğuna dair yemin ederse, davalı mahkûm olur, aksi takdirde, beraat ederdi⁶⁶.

İkinci olarak, yemin, hâkimin mevcut delillerden yeterli kanaate ulaşamaması halinde gündeme gelirdi. Bu durumda, hâkim taraflardan birine yemin teklif edebilirdi. Buna “tamamlayıcı yemin” denirdi. Yemin teklif edilen taraf, yemin ederse başkaca delil ibraz etmesine gerek kalmaksızın ilgili ihtilaf ispat edilmiş olurdu⁶⁷. Ancak, o ana kadar bilinmeyen bir delilin sonradan ortaya çıkması halinde, yargılama yeniden görülürdü. Şayet, yemin teklif edilen taraf, yemin etmeyi reddederse davayı kaybederdi⁶⁸.

Günümüzde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, taraf yemini (HMK m. 225-239) kabul etmiş, ancak tamamlayıcı yemine yer vermemiştir⁶⁹. Yalan yere edilen yeminin ceza hukuku alanında yaptırımı olmasının yanı sıra, yalan yere yemin HMK m. 375/1,g hükmü gereğince, yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmektedir. Buna göre, kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş bir hüküm hakkında, lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması halinde, yargılamanın yenilenmesini talep edebilecektir. Roma

⁶⁶ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 625; Öztekin, s. 367; Karadeniz Çelebican, s. 318–319; Küçükgüngör, s. 493; Öcal, s. 110-111; Günel, s. 47.

⁶⁷ Klasik Dönem’de hâkim, mevcut delillerden yeterli kanaat edinemezse, davacının iddiasını ispat edemediği kabul ederdi ve davalı beraat ederdi. (Umur, “Roma Hukuku”, s. 625; Öztekin, s. 367; Küçükgüngör, s. 493; Öcal, s. 109–110).

⁶⁸ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 625; Öztekin, s. 367; Küçükgüngör, s. 493; Günel, s. 48.

⁶⁹ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 406; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 758-759.

Hukukunda ise, yalan yere yemin eden kişinin kutsal güçler tarafından cezalandırılacağı düşünülmekteydi⁷⁰.

3. Yazılı Deliller

Yazılı belge Doğu kültüründe, özellikle Yunan kültüründe egemendi. Son İmparatorluk Dönemi'nde, Roma İmparatorluğu, Doğu kültürünün etkisi altında kalmıştır.

Sistem Dışı Yargılama'da yazılı belgeler büyük önem kazanmış, tanıkla ispata göre ispat gücü artmıştı⁷¹. Bu usulde, yazılı delilleri sahip oldukları ispat gücü bakımından üçe ayırmak mümkündür.

Günümüzde Medeni Yargılama Sistemimiz, senet⁷² ve belge arasında bir ayırım gözetmektedir. Buna göre, her belge HMK anlamında bir senet değildir. HMK m. 199 hükmüne göre, *“Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.”* Görüldüğü üzere, delil başlangıcı, fotokopi, faks metinleri birer belgedir. Belge, iradenin dış âlemde varlık kazanmasını sağlayan bir bilgi taşıyıcısı iken; kesin delil niteliğini haiz olan senet, bir kimsenin kendi aleyhine hazırladığı ve hukuki sonuç doğuran belgedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmemekle birlikte, senedin asgari birtakım unsurları taşıması gerektiği ifade

⁷⁰ Oniki Levha Kanunu, yalan yere edilen yemini suç saymıştır. Buna göre, yalan yere yemin eden kişinin cezası *Rupe Tarpeia* kayalıklarından atılmaktı. (Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 76-77).

⁷¹ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Öztekin, s. 366; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 493; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 265; Akıncı, s. 357; 357; Günal, s. 49; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 92; Türkoğlu Özdemir, s. 40.

⁷² Senet deliline ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Necmettin M. Berkin, “İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XII, S. 4, 1964, ss. 1175–1192; s. 1181.

edilmektedir. Buna göre, senet dış âlemde varlık kazanmış olmalı, yazılı olmalı, bir vakıa hakkında açıklama getirmeli ve imza içermelidir. HMK m. 205/2 hükmüne göre, usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler belge olmakla birlikte senet hükmündedir⁷³.

Ayrıca, günümüzde, senetler resmi senetler ve adi senetler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Resmi senetler ise, kendi içinde noter senetleri, yabancı ülkelerde düzenlenen senetler ve resmi makam ve mercilerce düzenlenen diğer senetler olmak üzere üç grupta incelenmektedir. Öte yandan, HMK m. 200/1 hükmünde senetle ispat zorunluluğunu düzenlenmiştir⁷⁴. Buna göre, “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve iftası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri iki bin beş yüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle iki bin beş yüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.”

a. Müseccel Vesikalar

Roma şehrinde *senatus*⁷⁵ ve *cyrie*⁷⁶ denilen belediye meclislerinde çalışan devlet memurları, görevleri esnasında yazılı

⁷³ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, s. 613–617; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 372–373; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 723-725.

⁷⁴ Doktrinde bir görüşe göre, senetle ispat zorunluluğu tanıkla ispatı kısıtlamakta, ispat hakkı daraltılmaktadır. Delilleri yargılama dışında tutmak hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesine engel olmaktadır (Yıldırım, “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları”, s. 690). Senetle ispat kuralına ilişkin eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, s. 211-212. Diğer görüşe göre ise, ispat hakkının özüne dokunmamak kaydıyla, kamusal menfaatin korunması amacıyla oranlılık ilkesine uygun bir şekilde getirilen sınırlandırma ispat hakkının ihlali niteliğinde değildir (Berkin, s. 1184, Bolayır, s. 567).

⁷⁵ *Senatus*: “Değişik sayıda Roma vatandaşından kurulu, bilhassa krallık, cumhuriyet ve *principatus* dvirlerinde devlet idaresindeki belli başlı üç organdan birisi (diğerleri:

vesika düzenleme yetkisini haizdi. Bu vesikalar resmi senet kuvvetindeydi ve kesin delil teşkil ederdi. Devlet memurlarının bizzat beyan etmiş oldukları yazılı vesikalar mutlak ispat gücüne sahipken, üçüncü şahısların beyanlarını tespit ettikleri yazılı vesikaların aksi iddia ve ispat edilebilirdi⁷⁷.

Günümüzde Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz benzer bir hüküm ihtiva etmektedir. HMK m. 204 hükmüne göre; “... *diğer yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgeler, aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılırlar.*” HMK m. 204/3 hükmüne göre ise, “*Mahkeme, yukarıdaki belgelerden biri hakkında şüphe uyandıran bir hâl görürse, ilgili daireden açıklama isteyebilir.*”

populus; magistratus). Krallık devrinde *patricius* olan *gens* reislerinden kurulu olup, kralın istişare heyeti vazifesini görmekte idi. Hukuken mecbur olmamakla beraber kral, *senatus*'un noktâi nazarına uyardı. Cumhuriyet devrinde, *Patricius* ve *pleb*'lerden kurulu, magistratik yapıp vazifelerini bitirmiş kimselerden teşekkül eder, bunların kimler olduğunu *ensor*'lar belirtirdi. İstişari organ olmağa devam etmekle beraber, bu devirde Roma devletinin dış siyaseti ve iç idaresini elinde tutan organdı. Muvakkat devreli magistralara nispetle daimi; magistralar adeta onun bir icra vasıtası gibiydi. Meclislerde kabul edilecek kanun projeleri *senatus*'da hazırlanır ve halk meclisinin aldığı kararları tasvip ederdi (*auctoritas patrum*). *Principatus* devrinde imparator tarafından, mümtaz vatandaşlar arasından seçilen kişilerden kurulu, İmparatorla birlikte idareyi paylaşan organdı. Halk meclislerinin faaliyetten düşmeleri neticesinde, bu devirde *senatus* kararları (*senatus consultum*'lar) kanun kuvvetini kazanmıştı. Fakat bu devir boyunca, imparatorun gittikçe artan iktidarı karşısında, yavaş yavaş kudret ve ehemmiyetini kaybetti. Son imparatorluk devrinde, devlet işlerine fazlaca karışmayan, fakat birçok imtiyazları olan ve büyük bir şeref mevkiine sahip; mümtaz kişilerin topluluğu. İmparatorluk ikiye ayrıldıktan sonra, İstanbul'da da (Constantinopolis) Roma'daki gibi bir *senatus* teessüs etmişti. En eski devirlerde üye adedi 300 idi. Sonra, 600 Caesar zamanında 900; sonra yine 600, son imparatorluk devrinde ise 2.000 olmuştu.” (Umur, “Lügat”, s. 191-192).

⁷⁶ Roma dışındaki şehirlerde belediye meclislerine verilen isim. (Küçükgüngör, s. 493).

⁷⁷ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Öztekin, s. 366; Karadeniz Çelebican, s. 318; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 265; Küçükgüngör, s. 493; Akıncı, s. 357; Günal, s. 49; Türkoğlu Özdemir, s. 40; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 94.

b. Noter Vesikaları

*Tabelliones*⁷⁸lerin de yazılı vesika düzenleme yetkileri vardı. Alacaklının ödediği ücret karşılığında belirli kurallara uyarak yazılı vesikayı tanzim ve tasdik eden *tabelliones*'ler, devletin denetim ve gözetimi altında idiler⁷⁹. *Tabelliones*'lerin düzenledikleri yazılı belgeler *tabelliones*'ler yemin ettikleri takdirde ispat gücünü haiz olurdu ve kesin delil teşkil ederdi. Bu takdirde, yazılı vesikada yer alan vakıanın aksi iddia ve ispat edilemezdi⁸⁰.

Günümüzde, Roma Hukukunda devlet memurları tarafından hazırlanan yazılı vesikalarda mevcut olan ayrıma benzer bir ayırım noter senetleri bakımından geçerlidir⁸¹. Noter senetleri düzenleme ve onaylama biçiminde yapılabilir. Düzenleme biçiminde noter senetleri, noter tarafından ilgilinin istediği şekilde yazılıp, ilgiliye imzattırılması suretiyle oluşur. Noter de senedi imzalayıp mühürler ve belgenin aslı noterde kalır (Noterlik Kanunu m. 84 vd.). Onaylama biçimindeki senetler ise, senedin içeriği taraflarca veya

⁷⁸ *Tabellio*: “Yapılan hukuki muamelelerin ispatına yaramak üzere, bugünkü noter gibi, yazılı vesikalar tertipleyen şahıs. Constantinus zamanında böyle bir vesikanın ispat makamına geçebilmesi için, hakiki olduğunu, *tabellio*'nun yemin ederek tasdik etmesi lazımdı. Iustinianus zamanında, vesikanın, tarafların iradelerine uygun olduğunu, imzası tahtında yazarak vesikaya ilave etmesi ve tarafların bu beyanı tasdik etmiş olmaları lazımdı. *Tabellio*'lar, aynı zamanda, ilgililere, vasiyetname, dilekçe vs. gibi, yapacakları hukuki muamelelerde yol gösterirlerdi. İşlerini aleni olarak meydanlarda gören bu kişilerin, mesleklerini icra edebilmeleri için, Iustinianus zamanında, hususi bir müsaade almaları gerekli idi.” (Umur, “Lügat”, s. 207). Roma İmparatorluğu'nda noterlik kurumunun yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ziyet Seldağ Ceylan, “Noterliğin Doğuşu”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, S. 135, Ankara, Eylül 2007, ss. 58-65, s. 58 vd.

⁷⁹ Seyithan Deliduman, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri**, Prestij Matbaacılık, Ankara, 2001, s. 45-46.

⁸⁰ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Öztekin, s. 366; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 493-494; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Akıncı, s. 357; 357; Günel, s. 50; Türkoğlu Özdemir, s. 41.

⁸¹ Günümüzde noterlik kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süha Tanrıver, “Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik”, “Noterlik”, **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, Ankara, 2010, ss. 2013-2036; Deliduman, s. 31 vd.

üçüncü kişi tarafından doldurulduktan sonra noterin imzalaması suretiyle oluşur (Noterlik Kanunu m. 90-93)⁸².

HMK m. 204/1 hükmüne göre, “... düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılırlar.” HMK m. 204/2 hükmüne göre, “İlgililerin beyanına dayanılarak noterlerin tasdik ettikleri senetler aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılırlar.” Görüldüğü üzere, düzenleme biçimindeki senetlerin sahteliği ispat olunmadıkça, onaylama biçimindeki senetlerin ise içeriğinin aksi ispat ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılırlar. HMK m. 204/3 hükmüne göre ise, “Mahkeme, yukarıdaki belgelerden biri hakkında şüphe uyandıran bir hâl görürse, ilgili daireden açıklama isteyebilir.”

HMK m. 208/4 hükmüne göre, “Resmî bir senetteki yazı veya imzayı inkâr eden tarafın bu iddiası, ancak ilgili evraka resmîyet kazandıran kişiyi de taraf göstererek açacağı ayrı bir davada incelenip karara bağlanabilir. Asıl davaya bakan hâkim, gerekirse bu konuda imza veya yazıyı inkâr eden tarafa, dava açması için iki haftalık kesin bir süre verir.” HMK m. 209/2 hükmüne göre, “Resmî senetlerdeki yazı veya imza inkâr edildiğinde, senetteki yazı veya imzanın sahteliği, ancak mahkeme kararıyla sabit olursa, bu senet herhangi bir işleme esas alınamaz.”

c. Hususi Vesikalar

Bizzat kişilerin hazırlayıp imzaladıkları vesikalara “hususî vesika” denirdi. Kişilerin düzenledikleri vesikalarda üç tanığın imzası bulunduğu takdirde, bu vesikalar *tabelliones*'lerin düzenledikleri vesikalara eş değerde ispat gücüne haiz olurdu. Şayet hususî vesikanın üç tanığın imzasını içermiyorsa, aksi her türlü delille ispat edilebilirdi. Hususî vesika üç tanığın imzasını içerdiği

⁸² Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 379-381; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 729-730.

takdirde, sahte olduğu itirazında bulunulabilirdi. Bu vesikalara itiraz edilmez veya itiraz edildiği halde itiraz hâkim tarafından mesnetsiz bulunursa, vesikanın ihtiva ettiği vakıa tam olarak ispat edilmiş sayılırdı⁸³.

Hususi kişilerin düzenledikleri senetlerin sahte olduğu iddia edilebilirdi. Ancak, inceleme sonucunda vesikanın sahte olmadığı ortaya çıkarsa, iddia sahibi para cezasına çarptırılırdı⁸⁴.

Günümüzde, adi senet, resmi bir makam veya memurun katkısı olmaksızın hazırlanmış olan senetleri ifade etmektedir⁸⁵. HMK m. 205 hükmüne göre, *“Mahkeme huzurunda ikrar olunan veya mahkemece inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler, aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılırlar.”*

HMK m. 208/1 hükmüne göre, *“Taraflardan biri, kendisi tarafından düzenlendiği iddia edilen bir belgedeki yazı veya imzayı inkâr etmek isterse, sahtelik iddiasında bulunmalıdır; aksi hâlde belge, aleyhine delil olarak kullanılır.”* HMK m. 208/2 hükmüne göre, *“Bir belgenin sahteliği iddia edildiğinde, belgenin mahkemeye verildiği tarih yazılıp mühürlenerek, saklanması için mahkemece gerekli tedbirler alınır.”* HMK m. 208/3 hükmüne göre, *“Bir belgenin sahteliğini iddia eden kimse, bunu aynı mahkemede ön sorun şeklinde ileri sürebileceği gibi, bu konuda ayrı bir dava da açabilir.”*

⁸³ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Öztekin, s. 366; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 494; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Akıncı, s. 357; 357; Günel, s. 50; Türkoğlu Özdemir, s. 41; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 94-95.

⁸⁴ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Öztekin, s. 366; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 494; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Akıncı, s. 357; 357; Günel, s. 50; Türkoğlu Özdemir, s. 41; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 95.

⁸⁵ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 374; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 733.

4. Tanık

Tanık, uyuşmazlık konusu olan ve geçmişte yaşanmış olay ve durumlar hakkında gördüğü ve işittiği bilgi ve algılarını mahkemeye aktaran kişidir⁸⁶.

Roma'nın Doğu kültüründen etkilenmesi, ticaretin çok hızlı şekilde artması ve ticaret hayatında tanıkla ispatın çok güç hale gelmesi, İmparatorluk Dönemi'nde hüküm süren ahlak bozukluğu sebebiyle tanıkla ispat önemini yitirmişti⁸⁷. Özellikle *Iustinianus* Dönemi'nde tanıklara itibar edilmeyeceği açıkça bildirilmişti. *Codex Iustiniani* 4, 20, 9 hükmüne göre, "*Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur*". Buna göre, yazılı belgelerin ispat gücü, tanık beyanlarının ispat gücünden fazla olacaktır. Ayrıca, *Codex Iustiniani* 4, 20, 9, 1 hükmüne göre, "*testis unus, testis nullus*". Buna göre, tek tanık, tanık sayılmaz.

Buradan hareketle, tek bir tanığın ifadesinin hiçbir hüküm ifade etmeyeceğini belirtmek yanlış olur. Zira tek tanığın ifadesi kısmi delil sayılırdı ve ek birtakım delillerle kısmi delilin tam delile dönüştürülmesi mümkün olabilirdi⁸⁸.

Hususi vesikanın aksinin ispatı için ise en az beş tanığa ihtiyaç vardı. Buna karşılık, müseccel vesika ve noter vesikası resmi delil niteliğini haiz olup, aksinin ispatı mümkün değildir^{89,90}.

⁸⁶ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 415; Pekcanitez-Atalay-Özkes, s. 764.

⁸⁷ Buckland, s. 391; Berki, s. 93; Umur, "Roma Hukuku", s. 623; Öztekin, s. 366-367; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 78-79; Küçükgüngör, s. 496; Türkoğlu Özdemir, s. 40; Karadeniz Çelebican, s. 318; Akıncı, s. 358; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Günal, s. 49.

⁸⁸ Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 80.

⁸⁹ Umur, "Roma Hukuku", s. 623; Küçükgüngör, s. 496; Karadeniz Çelebican, s. 318; Türkoğlu Özdemir, s. 40; Akıncı, s. 358; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Günal, s. 49.

⁹⁰ Ayrıca, çeşitli özel durumlarda iki tanık yeterli olmamaktadır. Örneğin; zinanın varlığının, çocuğun meşruluğunun ispatı için en az üç tanık; vedia veya karz gibi çeşitli sözleşmelerin varlığının ispatı için en az üç tanık; vasiyetnamenin ispatlanabilmesi için en az beş tanık; boşanmanın ispatlanabilmesi için en az yedi tanık gerekirdi. Roma

Günümüzde HMK bir ayırım gözetmeksizin miktar ve değerine bakılmaksızın senede bağlı her türlü iddianın yine senetle ispat edileceğini düzenlemektedir. Tanıkla ispat yasağını taşıyan HMK m. 201 hükmüne göre, “*Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler iki bin beş yüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz.*” Ancak, HMK m. 200/2 hükmüne göre, “... *senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir.*”

Sistem Dışı Yargılama’da, tanıkların ifadelerine verilen değer, toplumda edindikleri itibara göre değerlendirilirdi. *Honestiores* adı verilen itibarlı kimselerin tanıklıkları daha makbul iken, *humiliores* adı verilen avam sınıfından kimselerin tanıklıkları daha az makbul idi⁹¹.

Günümüzde, kişilerin toplumdaki itibarına göre tanık beyanlarının değerlendirilmesi söz konusu değildir. Ancak, takdiri bir delil olması sebebiyle, tanık ifadeleri hâkim tarafından takdir edilecektir. Hâkim, görülen ve işitilen şeylerin zaman içinde unutulmasını, tanık ile taraflar arasındaki yakınlık ve menfaat ilişkisini göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapacaktır⁹².

Sistem Dışı Yargılama’da tanıklığına başvurulacak kişi davet edildiği takdirde, hâkimin huzuruna gelmeye mecburdu. Tanıklara yemin ettirildikten sonra, uyuşmazlık konusu olay hakkında bilgilerine başvurulurdu. Şayet tanık hâkim huzuruna gelmekten

Hukukunda bu sayının en fazla on olabildiği ifade edilmektedir (Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 81).

⁹¹ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 496; Akıncı, s. 358; Günal, s. 49; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 85.

⁹² Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 422; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 774.

kaçınır veya yalancı tanıklık ederse, hâkim tanığa ceza verebilir, hatta işkenceye tabi tutabilirdi⁹³.

Medeni Yargılama Sistemimizde de tanıklık yapmak, kural olarak mecburidir. Zira geçmişte gerçekleşmiş bir olay veya durum söz konusu olduğundan yerine başkasının ikamesi mümkün değildir.⁹⁴ HMK m. 256 hükmüne göre, *“Tanığa dinlenmeden önce; gerçeği söylemesinin önemi, gerçeği söylememesi hâlinde yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı, doğruyu söyleyeceği hususunda yemin edeceği, duruşmada mahkeme başkanı veya hâkimin açık izni olmadan mahkeme salonunu terk edemeyeceği ve gerekirse diğer tanıklarla yüzleştirilebileceği anlatılır.”* HMK m. 258/3 hükmüne göre, *“Hâkim tanığa, “Tanık sıfatıyla sorulacak sorulara vereceğiniz cevapların gerçeğe aykırı olmayacağına ve bilginizden hiçbir şey saklamayacağınıza namusunuz, şerefiniz ve kutsal saydığınız bütün inanç ve değerler üzerine yemin ediyor musunuz?” diye sorar. Tanık da cevaben, “Sorulacak sorulara, hiçbir şey saklamadan doğru cevap vereceğime namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ediyorum.” demekle yemin eda edilmiş sayılır.”*

Günümüzde, tanığın duruşmaya gelmemesi ile yalan yere veya menfaat temin ederek tanıklık yapılması durumlarında farklı yaptırımlar bulunmaktadır. HMK m. 245 hükmüne göre, *“Usulüne uygun olarak çağrıldığı hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beş yüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmolunur. Zorla getirtilen tanık, evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse, aleyhine hükmedilen giderler ve disiplin para*

⁹³ Buckland, s. 392; Umur, “Roma Hukuku”, s. 623-624; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 496; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 80; Günel, s. 49.

⁹⁴ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 418; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 767.

cezası kaldırılır.” Yalan yere veya menfaat temin ederek tanıklık edilmesi ve sonuçları başlığını taşıyan HMK m. 264/2 hükmüne göre, “Hâkim, tanığın tanıklığı esnasında yalan söylediği veya menfaat temin ederek tanıklık ettiği hakkında yeterli delil veya emare elde ederse bir tutanak düzenler ve bu tutanağı derhâl Cumhuriyet başsavcılığına gönderir.”

5. Sorgu

Sorgu, tarafların kendi aleyhlerinde olan hususlar hakkında delil elde etmek amacıyla hâkim tarafından dinlenilmesidir⁹⁵.

Sistem Dışı Yargılama’da sorgu (*interrogationes*) her tür davada ve davanın her aşamasında başvurulabilen bir delil elde etme aracıydı. Öte yandan, uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla, hâkim tarafları sorguya çekebileceği gibi, taraflar da birbirlerini sorguya çekebilirdi.⁹⁶ Bu şekilde elde edilen delillerin Roma Hukukunda geçerli olan “hiç kimsenin kendi aleyhine delil sunmaya, tanık çağırmaya zorlanamayacağı” ilkesiyle çelişkili olduğu ifade edilmektedir⁹⁷.

Medeni Yargılama Sistemimizde, hâkimin tarafları sorguya çekmesi işlemine “isticvap” adı verilmektedir⁹⁸. İsticvap, özellikle ikrar elde etmek amacıyla yapılmakta olup, hâkimin davayı aydınlatmak amacıyla tarafları (ve vekilleri) dinlemesinden farklılık arz etmektedir. Zira isticvap, hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde çelişkili vakıaların aydınlatılmasından farklı olarak, ispat amacına yöneliktir. Bu nedenle, teknik olarak isticvaptan bahsedebilmek için HMK m. 169-175 hükümlerinde yer alan

⁹⁵ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 347; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 596.

⁹⁶ Umur, “Roma Hukuku”, s. 625; Özbek, s. 367; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 496-497; Günal, s. 47; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266.

⁹⁷ Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 113.

⁹⁸ İsticvabın delil olmadığına ilişkin Yargıtay içtihatları için bkz. Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, s. 499-501.

kuralların yerine getirilmesi gerekir. HMK m. 169/1 hükmüne göre, *“Mahkeme, kendiliğinden veya talep üzerine taraflardan her birinin isticvabına karar verebilir.”* Görüldüğü üzere, günümüzde, tarafların birbirini sorguya çekebilmesi mümkün değildir. HMK m. 171/1 hükmüne göre, *“İsticvabına karar verilen kimseye bizzat davetiye gönderilir ve belirlenen gün ve saatte isticvap olunmak üzere hazır bulunması gerektiği belirtilir. Davetiyede, ayrıca, isticvap konusu vakıalar gösterilir; ilgili tarafın geçerli bir özrü olmaksızın gelmediği veya gelip de sorulara cevap vermediği takdirde, isticvap konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı ihtarı da yapılır.”* İsticvap sonunda bir tutanak düzenlenir. İsticvap olunan tarafça yapılan açıklamalar, sorulan sorular ve verilen cevaplar tutanağa yazılır.

6. Bilirkişi

Hâkim, çözmek zorunda olduğu uyuşmazlıkta, hukuki bilgi dışında kalan teknik ve özel bilgiye ihtiyaç duyabilir. Bu durumda, bilirkişi, hâkimde eksik olan bilgiyi tamamlamak amacıyla, kendi özel bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olaydan sonuç çıkarır⁹⁹.

Sistem Dışı Yargılama'da hâkim, uyuşmazlık konusu vakıalarla ilgili sorunla karşılaştığında bizzat kendisinin veya tarafların talebi üzerine hukukçulardan görüş alabilirdi. Örneğin; yazılı vesika üzerindeki yazı veya imzanın kime ait olduğu hususunda bir ihtilaf olduğunda; arazinin sınırlarına ilişkin bir ihtilaf olduğunda; ölüm, yaralanma, gebelik gibi tıbbi konularda bir uzmanın görüşüne başvurulabilirdi¹⁰⁰. Ancak, hâkim bu görüşlerle bağlı değildi, takdir yetkisine sahipti¹⁰¹.

⁹⁹ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 423; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 778.

¹⁰⁰ Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 107.

¹⁰¹ Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 108; Küçükgüngör, s. 497.

Günümüzde, bilirkişi HMK m. 266-287 hükümleri arasında düzenlenmiştir. HMK m. 266 hükmüne göre, “*Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.*” Bilirkişi raporu, Roma Hukuku’na benzer şekilde, hâkimi bağlamaz. Daha önce de değindiğimiz üzere, bilirkişi raporu takdiri delildir. HMK m. 282 hükmüne göre, “*Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir.*”¹⁰²

7. Kesin Hüküm

Kesin hüküm, kişiler arasındaki uyuşmazlıkların kesin bir şekilde çözümlenmesini sağlayan kararlardır¹⁰³. Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci bir dava açıldığında kesin hüküm etkisini gösterecektir¹⁰⁴.

Günümüzde kesin hüküm, şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli anlamda kesin hüküm, bir hükme karşı başvurulabilecek kanun yolunun kalmamasını ifade eder. Maddi anlamda kesin hüküm ise, hükmün kararı veren mahkeme tarafından değiştirilememesi, olağan kanun yollarına başvurulamaması, tekrar dava edilememesi ve daha sonra açılan davada bağlayıcı olmasını kapsar. HMK m. 303/1 hükmüne göre, “*Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan*

¹⁰² Hakimin bilirkişi raporunun aksine karar verip veremeyeceğine ilişkin bkz. Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, s. 823-825.

¹⁰³ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 653; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 840. Mahkeme kararının gerekçe kısmı taraflar için kesin hüküm teşkil etmez (Yıldırım, s. 224).

¹⁰⁴ Ceza mahkemesince verilmiş bir hükmün hukuk mahkemesinde belge ile ispat türlerinden biri olması, ceza mahkemesinde ön mesele teşkil eden bir hususun hukuk mahkemesince bekletilme sebebi sayılması gibi sebeplerle kesin hükmün bağlayıcılığı tartışılmaktadır (Yıldırım, s. 219).

hükümün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir." Buradan hareketle, bir hükümün maddi anlamda kesinleşebilmesi için şekli anlamda kesinleşmesi de gerektiğini ifade edebiliriz¹⁰⁵.

Roma Hukukunda uyuşmazlığın tartışılmayacak şekilde sona ermesi kesin hüküm ile söz konusu olurdu. "*Res iudicata pro veritate accipitur*" ilkesi geçerliydi. Buna göre, bir uyuşmazlık üzerine verilen karar, gerçek olarak kabul edilir. Sistem Dışı Yargılama'da devlet memuru statüsünde olan hâkimin verdiği karara itiraz edebilmek mümkündü. Hâkimin kararına karşı on gün içinde itiraz edilmediği takdirde, verilen karar kesinleşirdi. İlk yargılama neticesinde verilen karara karşı itiraz edildiğinde, daha üst derecedeki bir hâkim huzurunda dava bütünüyle yeniden incelenir, yeni delillere başvurulabilir ve bambaşka sonuçlara varabilirdi. İtiraz üzerine verilen karara karşı gidilecek bir makam olmadığından, ilgili karar kesin hüküm (*res iudicata*) teşkil ederdi.¹⁰⁶ "*Bis de eadem re ne sit actio*" ilkesine göre, aynı uyuşmazlık iki defa dava edilemez.

Roma'da *appellatio* adı verilen kanun yolu günümüzde HMK m. 341 vd. hükümlerinde düzenlenen istinaf kanun yoluna benzemektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu istinaf kanun yolunu kabul etmiştir. HMK m. 341/1 hükmüne göre; "*İlk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde,*

¹⁰⁵ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 654-664; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 840.

¹⁰⁶ Buckland, s. 393-394; Umur, "Roma Hukuku", s. 630; Özbek, s. 369; Karadeniz Çelebican, s. 320; Küçükgüngör, s. 494; Günal, s. 51; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 119; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 268.

itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Miktar veya değeri bin beş yüz Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir. ” İstinaf kanun yoluna davanın tarafları başvurabilir ve başvuranın hukuki yararının bulunması şarttır¹⁰⁷.¹⁰⁸ Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlara karşı bir ay içinde temyiz yoluna başvurulabilir. HMK m. 362 hükmünde, temyiz edilemeyecek kararlar belirtilmiştir. Bunların dışındakiler temyiz edilebilir. Temyize her iki taraf da hukuki yararı bulunmak şartıyla başvurabilir¹⁰⁹.

Ayrıca, yargılamanın yenilenmesi¹¹⁰ ve kanun yararına¹¹¹ temyiz prosedürleriyle ilk derece mahkemesince verilen hükmün üst mercilerce tekrar incelenmesine imkân tanıyarak ilk derece

¹⁰⁷ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 575 vd.; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 879 vd.

¹⁰⁸ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenmemiş olmakla birlikte HMK geçici m.3 hükmüne göre, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar HUMK’un temyize ilişkin hükümleri (m.427-444) ve bu arada, karar düzeltme hükümleri (m.440-442) uygulanmaya devam edecektir. Karar düzeltme hukukumuzda istinaf yolunun bulunmadığı dönemde kabul edilmiş bulunan bir olağan kanun yoludur. Karar düzeltme Yargıtay’ın temyiz incelemesi sırasında yapmış olduğu hatalardan dönmelerini sağlayan kendine özgü bir kanun yoludur. Karar düzeltme incelemesi üst mahkeme tarafından incelenmez, kararı veren daire tarafından incelenir. HUMK m. 440 hükmünde, hangi hallerde karar düzeltme yoluna gidilebileceği belirtilmiştir.

5311 sayılı Kanun m. 24 vd. hükümlerinde icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulması düzenlenmiştir. Ancak 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluşu Hakkında Kanun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen bölge adliye mahkemeleri henüz fiilen çalışmaya başlamamıştır.

¹⁰⁹ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 575; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 896.

¹¹⁰ HMK m.375 hükmünde sayılan sebeplerin varlığı halinde olağanüstü kanun yolu olarak yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi mümkündür. HMK m. 375 hükmünde sayılan sebeplerin ortak özelliği ağır usuli hataların varlığıdır.

¹¹¹ HMK m. 363/1 hükmüne göre, “*İlk derece mahkemelerinin ve bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin kesin olarak verdikleri kararlara, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlara karşı, yürürlükteki hukuka aykırı bulunduğu ileri sürülerek Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz yoluna başvurulur.*”

mahkemesince yapılan hataların ortadan kalkmasını veya azalmasını sağlamaktadır¹¹².

Roma Hukukunda dava sonucunda verilen karar tarafların haleflerini bağlamakla birlikte, kararın etkisi kural olarak, sadece davanın tarafları üzerindedir. “*Res inter alios acta alteri non nocet*” ilkesine göre, iki kişi arasında görülmüş olan dava, başkasına zarar vermez.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, kesin hükmün *litis contestatio* muamelesinden bağımsız olarak düşünülmesi gerektiğidir. Zira bu usulde, *litis contestatio*, kesin hükmün etkisini göstermemekte sadece davanın taraflarının ve konusunun belirlenmesini sağlayan basit bir muamele idi¹¹³.

Sistem Dışı Yargılama’da, hâkim, hükmü yazılı olarak düzenler ve tarafların yüzlerine karşı yüksek sesle okurdu. Yazılı kararın bir örneği taraflara verilirdi¹¹⁴.

Günümüz Medeni Yargılama Sisteminde de kesin hüküm olumsuz dava şartlarından. Aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı sebeple ikinci bir davanın açılması durumunda, bu dava şartı taraflarca her zaman ileri sürülebileceği gibi, hâkim tarafında da davanın her aşamasında resen gözetilir. Zira HMK m. 303/1 hükmüne göre, “*Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.*”

¹¹² Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 573 vd.; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 867 vd.

¹¹³ Öztekin, s. 369; Küçükgüngör, s. 494; Günal, s. 51; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 118.

¹¹⁴ Buckland, s. 392; Umut, “Roma Hukuku”, s. 626-627; Oğuzoğlu, s. 352; Küçükgüngör, s. 495; Günal, s. 51; Türkoğlu Özdemir, s. 41; Akıncı, s. 358; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 267; Karadeniz Çelebican, s. 319.

B. DELİLLERİN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ SORUNU

Iustinianus Dönemi'nde delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin ilk adımların atıldığı görülmektedir. Roma Hukukunda geçerli olan “*non refert, quid notum iudici, si notum non sit in forma iudicii*” ilkesi gereğince, hâkim, muhakeme usulünü bilmiyorsa, öğrendikleri önemli değildir. Öte yandan, delillerin ve ispat güçlerinin belirlenmesi hem davanın gidişatının belirlenmesi hem de usul ekonomisi ilkesinin yerine getirilmesi bakımından önemliydi. Söz konusu sebeplerle, bu usulde, dedikoduların, rivayetlerin, söylentilerin delil olarak değerlendirilmemesi kabul edilmiştir¹¹⁵.

Günümüz hukukunda, daha önce de değindiğimiz üzere, “caiz delil” olarak ifade edilen sistem geçerlidir. Hâkim, kendisine sunulan delilin geçerli kabul edilip edilmeyeceğini ve ispata esas alınıp alınmayacağını da göz önünde bulunduracaktır. Ayrıca, söylentilerin ve hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin ispat konusu yapılamayacağını ifade etmek gerekir¹¹⁶.

¹¹⁵ Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 114.

¹¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım “Delillerin Değerlendirilmesi”, s. 236-255; Süha Tanrıver, “Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi”, “Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2006/65, ss. 1119-1128; Bolayır, s. 562-566; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 692-710.

SONUÇ

Roma Hukuku'nda, Sistem Dışı Yargılama'da hâkimin hukuk kurallarını resen uygulaması ilkesinin kabul edilmesi ile yargılama esnasında ispat yüküne ilişkin kurallar gözetilmeye başlanmıştır. Buna göre, ispat külfeti davacıya düşmekle birlikte, davalı da ileri sürdüğü def'ilerin doğruluğunu ispat yükü altındaydı. Öte yandan, bu dönemde gerçeğe ulaşma görüşü egemen olmuştur. Günümüzde, kendi lehine hak çıkaracak olan tarafın ispat yükü altında olduğu kabul edilmiştir. Kendi lehine hak çıkaracak olan taraf genellikle davacı olursa da, her davada ispat yükünün davacıda olacağını söylemek yanlış olur.

Roma Hukukunda günümüzde olduğu gibi, delil sınıflandırması yapılmamıştır, ancak Sistem Dışı Yargılama'da delillerin türüne göre verilecek değer tespit edilmiştir. Günümüzde delil niteliği tartışmalı olan ikrar, Sistem Dışı Yargılama'da geçerlilik koşullarına uygun bir şekilde yapıldığında kesin delil niteliğini haizdi. Fakat Roma Hukukunda, "ikrar" olarak adlandırılan kurum aslında günümüzde davayı sona erdiren taraf usuli işlemlerinden olan "kabul" kurumunun karşılığını teşkil etmektedir. Zira Medeni Yargılama Hukukumuzda, ikrar (HMK m. 188), tarafın aleyhine ileri sürülen vakıanın doğruluğunu beyan etmesi iken, kabul (HMK m. 308) ise, davalının davacı tarafından açılan davada ileri sürdüğü talep sonucunu kısmen veya tamamen muvafakat etmesi olup, davayı sona erdiren bir taraf usul işlemidir.

Bir ispat aracı olan yemin, Sistem Dışı Yargılama'da hâkimin izin vermesi halinde taraf yemini ve hâkimin mevcut delillerden yeterli kanaate ulaşamaması halinde tamamlayıcı yemin olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Oysa günümüzde hâkimin taraflara yemin teklif etmesi kabul edilmemiştir.

Roma İmparatorluğu'nun Doğu kültürünün etkisi altında kalmasıyla yazılı delillerin tanık deliline nazaran ispat gücü artmıştır. Sistem Dışı Yargılama'da yazılı vesikalar müseccel vesikalar, noter vesikaları ve hususi vesikalar olmak üzere üçe ayrılmaktaydı. Günümüzde ise ayırım bu şekilde yapılamamakla birlikte yabancı ülkelerde düzenlenen senetler dışında esasen her bir senedin Roma Hukukunda karşılığı bulunmaktadır. Medeni Yargılama Hukukumuzda senetler resmi senetler ve adi senetler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Resmi senetler ise, kendi içinde noter senetleri, yabancı ülkelerde düzenlenen senetler ve resmi makam ve mercilerce düzenlenen diğer senetler olmak üzere üç grupta incelenmektedir.

Daha önce belirtildiği üzere, Roma'nın Doğu kültüründen etkilenmesi ticaretin çok hızlı şekilde artması ve ticaret hayatında tanıkla ispatın çok güç hale gelmesi, İmparatorluk Dönemi'nde hüküm süren ahlak bozukluğu sebebiyle tanık delilinin ispat gücü azalmıştır. Tek tanığın ifadesi kısmi delil sayılmış, ek birtakım delillerle kısmi delilin tam delile dönüştürülmesi mümkün olabilmıştır. Hususi vesikanın aksinin ispatı için ise en az beş tanığa ihtiyaç duyulmaktadır. Buna karşılık, müseccel vesika ve noter vesikası resmi delil niteliğini haiz olup, aksinin ispatı mümkün değildir. Günümüzde HMK bir ayırım gözetmeksizin miktar ve değerine bakılmaksızın senede bağlı her türlü iddianın yine senetle ispat edileceğini düzenlemektedir. Senede karşı senetle ispat zorunluluğunun tek istisnasını karşı tarafın açık muvafakati teşkil etmektedir.

Sistem Dışı Yargılama'da sorgu, delil elde etme aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzden farklı olarak, Roma Hukuku'nda, hâkim tarafları sorguya çekebileceği gibi, taraflar da birbirlerini sorguya çekebilir. Zira HMK m. 169/1 hükmünde,

açıkça, mahkemenin kendiliğinden veya talep üzerine taraflardan her birinin isticvabına karar verebileceği düzenlenmiştir.

Günümüzde takdiri delil olarak kabul edilen bilirkişi raporu, benzer şekilde, Sistem Dışı Yargılama'da hâkimi bağlamamaktadır.

Sistem Dışı Yargılama'da, günümüzdeki istinaf kurumuna benzeyen appellatio adı verilen kanun yolundan geçen bir karar kesin hüküm teşkil etmektedir. Zira itiraz üzerine verilen karara karşı gidilecek bir mercii bulunmamaktadır. Aynı şekilde, hâkimin verdiği karar aleyhine on gün içinde itiraz edilmediği takdirde, verilen karar kesin hüküm teşkil etmektedir.

Son olarak, belirtmek gerekir ki, Roma Hukukunda zamanla şekilcilikten rasyonelliğe geçiş görülmüş, “biçim”den ziyade “esas”a önem verilmiştir. Sistem Dışı Yargılama, gerek yargılamaya ilişkin belirgin özellikleri gerekse delil ve ispat konuları bakımından, günümüz Medeni Yargılama Sisteminin temelini oluşturmaktadır. Bu nedenle, Roma Hukuku'nun günümüze tuttuğu ışık yadsınmaz.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin :** Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş ve Kaynaklar-Hukukun Genel Kavramları-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku-Eşya Hukuku-Usul ve İcra Hukuku, Altıncı Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2013.
- Berki, Şakir :** Roma Hukuku, Giriş ve Roma Hukukunun İçinde İnkışaf Ettiği Devirler-Dava Hukuku-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku-Miras Hukuku-Ayni Haklar ve Borçlar Hukuku, Nur Basımevi, Ankara, 1949.

- Berkin, Necmettin M. :** “İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XII, S. 4, 1964, ss. 1175–1192.
- Bolayır, Nur :** “Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2104, ss. 555-585.
- Buckland, W. W. :** The Main Institutions Of Roman Private Law, Cambridge At The University Press, Cambridge, 2011.
- Burdick, William L. :** The Principles Of Roman Law And Their Relation To Modern Law, The Lawbook Exchange Edition, Copyright 1938, New Jersey, 2012.
- Ceylan, Ziyet Seldağ :** “Noterliğin Doğuşu”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 135, Ankara, Eylül 2007, ss. 58-65.
- Deliduman, Seyithan :** Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri, Prestij Matbaacılık, Ankara, 2001.
- Günel, A. Nadi :** Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Gürten, Kadir - Küçük Eşref :** “Roma Hukukunda *Actio* Kavramı ve Tarihsel Gelişimi”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Johnston, David :** Roman Law In Context(Key Themes In Ancient History, Cambridge University Press, UK, 1999.
- Karadeniz Çelebican, Özcan :** Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun’a Göre Uyarlanmış 16. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

- Kayak, Sevgi :** “Roma Ceza Yargılama Hukukunda Sorgulama ve Cezalandırma Yöntemleri”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, D&R Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 155-185.
- Küçükgüngör, Erkan :** “Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, BATİDER, Ankara, 1998.
- Oğuzoğlu, Cahit :** Roma Hukuku, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959.
- Öcal, Bahar :** “Roma Yargılamasında İspat Yükü”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.
- Öztek, Selçuk :** “Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 51, S. 1-4, İstanbul, 1985.
- Schwarz, Andreas B. :** Roma Hukuku Dersleri, C. I, Çev. Türkan Rado, 7. Bası, Doğan Kardeş Yayınevi, İstanbul, 1965.
- Sungurtekin Özkan, Meral- Türkoğlu Özdemir, Gökçe :** Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Tahiroğlu, Bülent- Erdoğan, Belgin :** Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, 7. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2011.
- Türkoğlu Özdemir, Gökçe :** Roma Usul Hukukuna *Plus Petitio* Yasağı ve Medeni usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Umar, Bilge :** İspat Yükü, “İspat Yükü”, Yeniden Yazılmış-Genişletilmiş 2. Basıyı Hazırlayan Ejder Yılmaz, Kazancı Matbaacılık Sanayii, 1980.

- Umar, Bilge :** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi”, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Umur, Ziya :** Roma Hukuku Lügatı, “Lügat”, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.
- Umur, Ziya :** Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi-Mefhumlar-Hakların Himayesi, “Roma Hukuku”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984.
- Wilinski, A. :** “Roma Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı”, Çev. Belgin Erdoğan, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt I, S. 1, Diyarbakır, 1983, ss. 329-335.
- Yıldırım, Mehmet Kamil :** Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, “Delillerin Değerlendirilmesi”, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1990.
- Yıldırım, Mehmet Kamil :** “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilmiş Deliller”, “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları”, Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 861-871.