

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA TANIKLIKTAN ÇEKİNME NEDENLERİ VE USÛLÛ

Arş. Gör. Özge KARAEĞE*

GİRİŞ (INTRODUCTION)

Medenî Usûl Hukukunda kanuni (kesin) ve takdiri olmak üzere iki tür delil vardır. Kanuni (kesin) deliller hâkimi bağlayıcı nitelikte olması nedeniyle takdiri delillerden ayrılmaktadır. Tabii ki bu durumda "kendiliğinden araştırma ilkesi" nin uygulandığı davalar ile "tarafarca hazırlama ilkesi" nin uygulandığı davalar ayrımına dikkat etmek gerekecektir. Zira ancak "tarafarca hazırlama ilkesi" nin uygulandığı davalarda kanuni (kesin) delillerin hâkimi bağlayıcı özelliği bulunmaktadır. Takdiri deliller ise hâkim tarafından serbestçe değerlendirilir ve bu deliller üzerinde geniş bir takdir yetkisi vardır.

İnceleme konumuzda üzerinde durduğumuz "tanık" delili takdiri delillerdendir. Dava ile ilgili vakıa hakkında tanık beyanı değerlendirilirken hâkim dikkatli olmalıdır. Tanık, tarafla olan yakınlığı, ilgisi, menfaati, hafızasının kuvvetli olmaması gibi nedenlerle gerçeği olduğu gibi anlatmayabilir, hatta gerçeğe aykırı beyanda bulunabilir. İşte çalışmamızda, bu gibi durumların mevcudiyeti halinde kanun koyucunun kişilere tanımış olduğu imkan olan "tanıklıktan çekinme nedenleri" ile çekinmenin nasıl olabileceğine ilişkin olarak "çekinme usûlü" incelenmiştir. Bununla birlikte bazı hallerde tanıklıktan çekinmenin mümkün olmaması nedeniyle "tanıklıktan çekinmenin mümkün olmadığı durumlar" da çalışmamızda açıklanmıştır.

Çalışmamız beş ana başlıktan oluşacaktır. İlk olarak tanık kavramı ve bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır; ikinci olarak tanıklık yapma mecburiyeti konusu incelenecektir. Daha sonraki ana başlıkta tanıklıktan çekinme nedenlerinden olan tanığın taraflara yakınlığı, tanığın kendisine veya yakınlarına zarar vermesi ve devlet sırrı detaylı bir şekilde açıklanmaya çalışılacaktır. Dördüncü olarak, tanıklıktan çekinmenin mümkün olmadığı haller ve bu hallerin nelerden ibaret olduğu ele alınacaktır. Beşinci olarak, çekinme hakkının nasıl kullanılacağına ilişkin olarak tanıklıktan çekinme usulü incelenecektir. Tüm bu konuların değerlendirilmesinden sonra ulaştığımız sonuçların yer alacağı "sonuç" bölümüyle çalışmamız tamamlanacaktır.

TANIK KAVRAMI (THE CONCEPT OF WITNESS)

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuz tanık kavramını tanımlamamıştır. Buna karşılık doktrinde tanık kavramına ilişkin pek çok tanım görmek mümkündür¹.

* Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
¹ KARAFAKİH, İ.Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara, 1952, s. 198; BİLGE, Necip, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, 1965, s. 385; POSTACIOĞLU, E.İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1975, s. 647; BERKİN, Necmeddin, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi,

Doktrinde yapılmış olan tüm tanımları göz önünde bulundurmak suretiyle bizim de tanıdığı; "davada taraflar arasında çekişmeli olan, geçmişte gerçekleşmiş vakıalar ve durumlara ilişkin duyu organları ile kavradığı bilgileri mahkemeye aktaran gerçek kişidir" şeklinde tarif etmemiz mümkündür.

Vatandaş veya yabancı olmanın tanık olma açısından herhangi bir önemi yoktur. Yine cinsiyet tanıklar arasında ayırım yaratan bir unsur değildir. Fiziki bir sakatlık bulunması veya duyu organlarından birinin çalışmaması veya noksan olması, tanık için sadece tanıklık yapacağı konuyla ilgisi varsa önemlidir. Dinin de tanık olma açısından bir önemi yoktur. Tanığın geçmişi tanıklık yaptığı konu ile ilgili bulunmadığı müddetçe sakıncalı değildir; fakat geçmişinde ilgili bulunduğu bir konu hakkında tanıklık yapıyorsa tanıklığını "menfaat" noktasından eleştirmek gerekecektir. Son olarak tanık olabilmek için belli bir eğitim düzeyi şartını aramak söz konusu olamaz².

Tanık duyu organları ile hissettiğini nakleder³. Buna karşılık, bir vakıa hakkında yorum yapamaz, bir vakıanın anlam ve değeri hakkındaki görüşlerini, düşüncelerini bildirmez⁴. Tanığın şahsi kanaati delil olmaz⁵.

Tanık, davanın taraflarından başka bir üçüncü kişidir. Taraflar kendi davalarında tanık olamazlar. Tarafın veya kanuni temsilcisinin vakıalar hakkındaki beyanı isticvap yolu ile alınabilecektir (m. 230, 231). Bununla birlikte, mahcur veya on altı yaşından küçük olmaları nedeniyle isticvap yolu ile dinlenemeyen taraflar tanık olarak dinlenip, belli bir vakıa hakkında onların bilgilerinden de yararlanılabilmelidir⁶. Ancak hâkim bu şahısları isticvaba karar vermişse tanıklıkları söz konusu olmayacaktır⁷.

Taraflardan birinin vekili (avukatı) vekaleten takip etmekte olduğu bir davada, taraflara oranla üçüncü kişi olduğundan görevi dolayısıyla öğrendiği hususlar dışında tanıklık etmek zorundadır; bu durumda avukatın tanıklıktan çekinme hakkı yoktur⁸.

İstanbul, basım tarihi belirtilmemiş, s. 830 (Tatbikatçılara); **KURU**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, İstanbul, 2001, s. 2567 (C.III); **KURU**, Baki-**ARSLAN**, Ramazan-**YILMAZ**, Ejder, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2005, s. 493; tanıkla ilgili diğer tanımlar için bkz., **BELGESAY**, Mustafa Reşit, Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul, 1940, s. 120, (Deliller); **BERKİ**, Şakir, Hukuk Muhakemeleri Usulu, Ankara, 1959, s. 50; **ANSAY**, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara, 1960, s. 266.

² **ERGÜL**, Teoman, "Şahit ve Şahitlik", AD., Y. 55, S. 9-12, s. 1022.

³ **BİLGE**, s. 385; **KARAFAKİH**, s. 198.

⁴ **BİLGE**, Necip-**ÖNEN**, Ergun, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, 1978, s. 523; **PEKCANİTEZ**, Hakan-**ATALAY**, Oğuz-**ÖZEKES**, Muhammet, Medenî Usul Hukuku, Ankara, 2004, s. 370-371.

⁵ **BERKİN**, Necmeddin M., Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 1969, s. 197; **BERKİN**, Tatbikatçılara, s. 831.

⁶ **ÜSTÜNDAĞ**, Saim, Medenî Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul, 2000, s. 732; **KURU**, C.III, s. 2567; **KURU-ARSLAN-YILMAZ**, s. 493; **PEKCANİTEZ-ATALAY-ÖZEKES**'e göre, tanık olabilmek için taraf olmamak gerekir ifadesi doğru bir ifade değildir; çünkü tarafın dinlenilmesi ile tanık olarak dinlenme birbirini kapsayan iki ispat şeklidir. Taraf olarak davada dinlenmiş olan şahıs tanık olamaz. Buna karşılık, taraf olarak dinlenilmemiş taraf ise tanık olabilir (bkz. **PEKCANİTEZ-ATALAY-ÖZEKES**, s. 371).

⁷ **ALANGOYA**, H.Yavuz, Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2003, s. 373.

⁸ **KURU**, C.III, s. 2574.

Köy orta mallarını ilgilendiren davalarda o köyden olanların orta mallardan yararlanmaları tabii görüldüğünden dolayı tanıklık edemeyecekleri kabul edilmektedir⁹.

Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararında meraya ilişkin bir uyuşmazlığın söz konusu olması halinde yerel tanıkların başka köyden dinlenmeleri gereğinden bahsedilmektedir. Bu durumun Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulamasından kaynaklandığı belirtilmektedir. Aynı köyden olan kişilerin dava sonucundan yararlanmaları söz konusu olacağından beyanlarında yansız olamayacakları ve taraf tanıklarının ifadeleri esas alınarak hükmün kurulamayacağı yine aynı kararda belirtilmektedir¹⁰. Kanımızca Yargıtay'ın bu kararda gerekçesini belirtirken Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 254. maddesine değinmesi yerinde olurdu. Zira, bu hükme göre asıl olan tanıkların doğruyu söylemeleridir; ancak bunların doğru söylemedikleri hususu taraflardan herhangi birince ispat edildiği takdirde hâkim, ifadelerin aksi yönünde karar verebilecektir. **Kaşıkcı'ya** göre; Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 254. maddesinin getirdiği yöntem gereği, dinlenen tanık o davada menfaati varsa tanıklığı sırasında doğru konuşmayabilir. Hukuk Genel Kurulu da kararlarında bu maddeye dayanarak devamlı bir şekilde mera uyuşmazlıklarında taraf köylerinin, kendi köylerinden tanık göstermelerini kabul etmemiş ve bu tanıkların davada yararları olması nedeniyle ifadelerinin geçersiz olduğuna hükmetmiştir¹¹.

Doktrinde tanık delili zayıf, çürük bir delil olarak kabul edilmiştir¹². Gerçekten insanların hafıza kuvvetleri kişiden kişiye değiştiği gibi, kendileriyle özel bir ilgisi olmayan olayları muhafaza etmek hususundaki yetenekleri de her zaman güven verici olmaktan uzaktır. Bununla birlikte, menfaatlerinin veya bir kişiye karşı olan duygularının etkisi altında kişiler gerçeğe bağlı olmaktan bilerek veya bilmeyerek ayrılabilirler¹³. Yine, ahlak, din, şeref ve namus gibi manevi yönleri zayıf olan kişilerin bilerek gerçeğe aykırı tanıklık yapmaları mümkündür¹⁴. Bundan dolayı, tanık delili küçük meblağlar ve şenede bağlanması mümkün olmayan hukuki işlemler ile hukuki fiiller hakkında kabul edilmiştir¹⁵.

⁹ **KAŞIKÇI**, Mehmet, "Meraya İlişkin Uyuşmazlıklarda Yabancı Köyden Tanık Dinlenmesi Üzerine Düşünceler", Yargıtay Dergisi, C.24, S.4, Ekim 1998, s. 575 vd.; **KURU**, C.III, s. 2568; Yargıtay da bu doğrultuda kararlar vermektedir; bu konudaki kararlar için bkz., YHGK., 28.2.1975, 8-697/270 (ABD. 1975/5, s. 742-743; 8.HD., 5.3.1976, 140/1811 (YKD., 1976/10, s. 1436); **SINMAZ**, Burhan-**KARATAŞ**, İzzet, İhtihatlarla Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara, 1987, s. 445.

¹⁰ 8.HD., 12.10.1995, 50/10461; YHGK., 19.3.1997, 8-855/218 (İKİD., 1997/444, s. 13010-13011).

¹¹ **KAŞIKÇI**, s. 580.

¹² **BELGESAY**, Deliller, s. 120; **KARAFAKİH**, s. 198; **ANSAY**, s. 266.

¹³ **TUĞSAVUL**, Muhsin, "Taktiri Deliller", AD., Y.43, S.5, 1952, s. 610; **ARIKAN**, Baha, "Tanık", ABD., Y.1962, S.2, s. 130; **BİLGE**, s. 386; **POSTACIOĞLU**, s. 647; **BİLGE-ÖNEN**, s. 523; **BAUR/GRUNSKY** de tanığın uygulamada sıkça karşılaşılan ancak büyük bir dikkatle takdir edilmesi gereken bir delil olduğundan ve hafızanın, duygusallığın ve başkaca etkenlerin tanığa kötü bir oyun oynayabileceğinden bahsetmektedirler, (bkz. Zivilprozeßrecht. **BAUR**, Fritz - **GRUNSKY**, Wolfgang, Berlin, 1997, s.177).

¹⁴ **KURU**, C.III, s. 2571.

¹⁵ **BİLGE**, s. 386; **BİLGE-ÖNEN**, s. 523.

Tanık delili zayıf bir delil olmasına rağmen vazgeçilmesi mümkün olmayan ve yaygın olan bir delildir¹⁶. Zira, çoğu zaman mahkemeyi çekişmeli olay hakkında aydınlatacak başka bir araç bulunamaz¹⁷. Nitekim Yargıtay da kararlarında bu hususa işaret etmektedir¹⁸.

TANIKLIK YAPMA ZORUNLULUĞU (OBLIGATION OF ATTESTATION)

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 253. maddesine göre; kural olarak herkes tanıklık yapmak zorundadır. Bu zorunluluk, davete uyararak mahkemeye veya tayin olunan yere gelmeyi, sorulara cevap vermeyi ve verilen ifadeleri yeminle takviye etmeyi kapsar¹⁹.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda tanıkların yaşlarıyla ilgili herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Çocuklarla yaşlıların tanıklık yapmaları sakıncalı olmasına rağmen Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu sadece belli bir yaştan küçük olanların yeminsiz dinlenmeleri hükmünü koymuştur²⁰. Tanıklıkta bulunabilmek için ergin olmak gerekli değilse de, bu kişinin temyiz kudretine sahip olması doktrince uygun ve zorunlu görülmektedir²¹. Fiziki ve ruhi durumu, ispat edilmek istenen olayı anlamaya imkan vermiyorsa o kişi tanık olarak dinlenemez. Örneğin, sağır bir kimsenin bir patlama hakkında tanıklık yapması mümkün değildir²². Ancak tabiidir ki patlama hakkında görsel hususlara ilişkin olarak tanıklık edebilir.

Tanıklık yükümlülüğü yalnız kendilerine Türk yargısı uygulanabilen kişiler için söz konusudur²³. Örneğin Türk yargısına tâbi olmayan yabancı ülkelerin diplomatik temsilcileri tanıklık yapmak zorunda değildir ve bu kişiler mahkemeye tanık olarak çağrılmazlar²⁴.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 253. maddesinin 1. fıkrası gereğince usûlüne uygun bir şekilde davet edildiği halde mazereti veya çekinme hakkı olmaksızın mahkemeye veya davet olunan yere gelmeyenler para cezasına mahkum edilir ve gelmemesi muhakemenin ertelenmesine neden olmuşsa, bu sebeple oluşan yargı-

¹⁶ **UMAR**, Bilge, İktisatçılar İçin Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Ders Notları, İzmir, 1973, s. 63; **DUMAN**, İlker Hasan, "Tanıklık", AD., Y.1984, S.4, s. 978; **PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES**, s. 371.

¹⁷ **KORAL**, Rabi, "Taktiri İspat Vasıtaları", İÜHF, C.XII,S.1, 1946, s. 1169.

¹⁸ 2.HD., 12.3.2001, 2269/3659 (YKD., 2002/3, s. 361-363); aynı doğrultudaki diğer kararlar için bkz. 2.HD., 15.11.1996, 10721/11701 (YKD., 1997/3 s. 359-361); 2.HD., 17.10.2000, 9050/12427 (YKD., 2001/2, s. 176-177).

¹⁹ **BİLGE**, s. 387; **POSTACIOĞLU**, s. 647-648; **ERSOY**, Rifat, İzahlı-Notlu-İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara, 1976, s. 551; **BİLGE-ÖNEN**, s. 524; **BAUR-GRUNSKY**, s.179.

²⁰ **ERGÜL**, s. 1022; Gerçekten Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 247/1.maddesinde on beş yaşını bitirmemiş olan küçüklerin yeminsiz dinleneceği hakkında bir düzenleme mevcuttur; (yaşlılar ile çocukların tanıklık etmeleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **EĞİLMEZ**, Namık Kemal, "Şahadet ve Şahidin Psikolojisi", ABD., Y.1956, S.1, s. 20-22).

²¹ **KARAFAKİH**, s. 199; **ANSAY**, s. 269; **BİLGE**, s. 288; **BİLGE-ÖNEN**, s. 525; **ÖNEN**, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, 1979, Ankara, s.214; **ERDOĞAN**, Celal, Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara, 1982, s. 373.

²² **PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES**, s. 372.

²³ **ÖNEN**, s.214; **KURU**, C.III, s. 2572; **PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES**, s. 372

²⁴ **PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES**, s. 372.

lama giderlerini ödemeye mahkum edilir. Yine 2. fıkra gereği, hâkim gelmeyen tanığın kuvvet kullanılarak getirilmesine karar verebilir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 271. maddesinin 1. fıkrası gereği, tanıklık yapmanın mecburi olduğu hallerde, sorulan sorulara cevaptan veya yeminden kaçınan kişi, duruşma giderlerine mahkum edilir ve yeniden dinlenilmek üzere dava ertelenir. İkinci defa da cevaptan veya yeminden kaçınırsa o mahkemece on beş günü geçmemek üzere hapsedilir.

TANIKLIKTAN ÇEKİNME NEDENLERİ (REASONS FOR THE PRIVILEGE OF WITNESS)

Bazı istisnai haller dışında tanık olarak çağrılan herkesin gelmek, tanıklık etmek ve yemin etmek mecburiyetinde olduğunu Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun (m. 253 ve 271) düzenlemiş olduğunu daha önce belirtmiştik²⁵.

Aile bağı, kan birliği, menfaat birliği gibi dayanışma duygusu doğuran ilgilerin taraflarla tanık arasında mevcut olabileceğini hiçbir zaman unutmamak gerekir. Davada menfaat ve ilgisi bulunan tanıktan, tarafsız ve gerçeğe uygun bir tanıklık beklemek pek mümkün görülmemektedir. Böyle bir tanığın tanıklıktan çekinmesinin tanıklık etmesinden daha uygun olacağını düşünen kanun koyucu, bazı hallerde bazı kimselere "tanıklıktan çekinme" hakkı tanıyan hükümleri Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzda düzenlemiştir²⁶.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzda "tanıklıktan çekinme nedenleri" üç ayrı durum göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Bu durumlar; tanığın taraflara yakınlığı nedeniyle tanıklıktan çekinmesi (m. 245), tanığın kendine veya yakınlarına zarar vermesi nedeniyle tanıklıktan çekinmesi (m. 246) ve tanığın devlet sırrı nedeniyle tanıklıktan çekinmesi (m. 249) olmak üzere üç çeşittir.

A. Tanığın Taraplara Yakınlığı Nedeniyle Tanıklıktan Çekinmesi (The Reason of being a Relative for the Privilege of Witness)

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzun 245. maddesi tanıklıktan çekinme hallerini dört bent halinde düzenlemektedir²⁷. Bu düzenlemede tanıklık yapacak olanın, tarafla olan bağlantısı dikkate alınarak tespit edilmiş bulunan çekinme halleri yer almaktadır²⁸. Tanıklıktan çekinme hakkı olan tarafların yakınları 245. maddede tahdidi olarak sayılmıştır. Bu düzenlemede yer alan kişilerin dışında kalan ve daha uzak derecedeki hısımların çekinme hakkı yoktur²⁹.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 45. maddesinin 3. fıkrası tanıklara dinlenmeden önce tanıklıktan çekinme haklarının hatırlatılmasının gerektiğini düzenlemiştir.

²⁵ Bu konuda bkz. yuk. II.

²⁶ EĞİLMEZ, Namık Kemal. "Şahadet ve Şahidin Psikolojisi", ABD., Y.1955, S. 6, s. 401.

²⁷ Aynı doğrultuda bir düzenleme de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 45.maddesinde yer almaktadır. (R.G. 17.12.2004, S. 25673).

²⁸ ÇATALKAYA, Cevdet-TARIKOĞULLARI, Abdurrahman-ÖZCAN, Mustafa Hamdi. Yeni İçtihatlı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Ankara, 1965, s. 283; ALANGOYA, s. 374.

²⁹ ERDEMİR, İlter, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Şerh-Kararlar ve İlgili Mevzuat, Ankara, 1998, s. 1147.

Oysa aynı düzenlemeyi Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzun 245. maddesinde görmemekteyiz. Buna rağmen, hukuk davalarında da tanıklara dinlenmeden önce çekinme haklarının hatırlatılması yerinde olacaktır³⁰.

1. İki Taraftan Birinin Nişanlısı (Being a Fiancée or a Fiancé)

Kanun koyucu gerçeğe ulaşmanın mümkün görülmediği bu halde taraflardan birinin nişanlısına çekinme hakkı tanımıştır. Gerçekten taraflar arasındaki yakınlık, kişilerin vakıalar hakkında bildiklerini söylememesine belki de yalan söylemelerine yol açacaktır.

Ansay'a göre; Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu "iki taraftan birinin nişanlısı" şeklinde bir düzenleme yaptığına göre, nişanlılığın ortadan kalkmamış olması gerekir³¹. Kanaatimizce Ansay'ın bu görüşte olmasının nedeni, bir sonraki bentte Kanun tarafından açıkça evlilik açısından evlilik bağı kalkmış olsa bile iki taraftan birinin tanıklıktan çekinebileceğini düzenlemesinden ötürüdür. Gerçekten, aynı yönde bir düzenlemeyi nişanlanma bakımından göremiyoruz. Tanık ile taraflardan biri arasındaki nişanlılık ilişkisi tanık beyanda bulunacağı sırada ortadan kalkmışsa ve tanığa çekinme hakkı veren başka bir durum da söz konusu değilse, tanığın çekinme hakkı sona erecektir³².

Taraflardan birinin nişanlısının tanıklıktan çekinebilmesi için nişanlılığın geçerli olması da gerekir³³. Nişanlanmanın geçerli olabilmesi için nişanlanan eş adayları arasında bir nişanlanma engelinin bulunmaması gerekir. Nişanlanma engellerinin neler olduğu Medeni Kanunda düzenlenmemiştir. Buna rağmen Medeni Kanun'da düzenlenmiş olan evlenme engellerinin nişanlanma için de aynen geçerli olacağı kabul edilmektedir. Ayrıca, genel olarak tüm sözleşmeler için geçerli olan yasaklayıcı kurallar nişanlanma yönünden de geçerli olacaktır³⁴.

Geçerli bir nişanlanmadan bahsedebilmek için öncelikle ortada imkansız bir nişanlanmanın olmaması gerekir. Buna göre, hukuka, ahlaka ve adaba, kişilik haklarına aykırı olan nişanlanmalar veya evlenmeleri imkansız olan kişilerin nişanlanmalarını mutlak butlanla geçersiz olacaktır³⁵. İkinci olarak, nişanlanacaklar arasında kesin ve mutlak bir nişanlanma engeli bulunmamalıdır. Buna göre, aralarında yasak derecede hısımlık bulunduğu için bir başkasıyla evlenemeyen kimsenin o kişiyle nişanlanması mümkün değildir. Evli olan kişi ikinci kez evlenemediği gibi, bir başkasıyla nişanlanamaz. Akıl hastası ve sürekli ayırtım gücünden yoksun olanlar, evlenemediği gibi nişanlanmaları da mümkün değildir³⁶.

³⁰ BELGESAY, Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.II, İstanbul, 1940. s. 78, (C.II); KURU, C.III, s. 2576.

³¹ ANSAY, s. 270.

³² FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara, 1996, s. 200.

³³ ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa R.-ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemeleri Hukuku, Ankara, 2003, s. 417, dn. 24.

³⁴ ZEVLİLİLER, Aydın-ACABEY, M.Beşir-GÖKYAYLA, K.Emre, Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükmüleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara, 2000, s.686; KOÇ, Nevzat, Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir, 2002, s. 38.

³⁵ ZEVLİLİLER-ACABEY-GÖKYAYLA, s. 686; KOÇ, s. 38-39; AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C.2, 2003, İstanbul, s. 30.

³⁶ ZEVLİLİLER-ACABEY-GÖKYAYLA, s. 686; KOÇ, s. 39-43, AKINTÜRK, s. 30-31.

2. Aralarında Evlilik Bağı Kalkmış Olsa Bile İki Taraftan Birinin Karı ve ya Kocas (Marital Privilege Despite Termination)

Evlilik, ortadan kalksa bile eşler tanıklıktan çekinebilirler. Evlilik, ölüm, boşanma veya butlan sebebiyle sona erebilir³⁷.

Yargıtay bir kararında davalının dinlettiği tanıklardan karısı ile kızının davada hukuki yararlarının bulunması nedeniyle bu kişilerin tanıklıklarının hükme esas alınmayacağını belirtmiştir³⁸. Kanımızca Yargıtay'ın burada tanıklık yapanların akrabalık ilişkilerini öne sürerek bir sonuca varması isabetli olmamıştır. Zira kural olarak herkes tanıklık yapabileceği gibi akrabalık, tanık sözlerini değerden düşürmeye yeterli olmamalıdır. Somut olayda tanık olarak dinlenebilecek kişiler sadece akrabalar olabilir; bu durumda "akrabalık" dolayısıyla bu kişilerin sözlerinin dikkate alınmaması gerçeğin aydınlatılması açısından bir eksiklik olacaktır³⁹. Yargıtay'ın kararında Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 254. maddesine dayanarak bu kişilerin ifadelerinin doğruluğundan şüphe duyulması hususunda deliller ve emareler söz konusu ise aynı sonuca varması yerinde olurdu diyebiliriz.

3. İki Taraftan Birinin Usul ve Furuu veya Civar Hısımları ile Aralarında Evlatlık Bağı Bulunanlar (Being an Ascendant, Descendant or a Collateral Kinship of One of the Parties and also the Ones who have a Relation of Adoption)

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu 245/3. maddesine göre, iki taraftan birinin neseben veya sebeben usul ve furuu yahut üçüncü dereceye kadar neseben veya kendisiyle evlilik bağı kalkmış olsa bile ikinci dereceye kadar sebeben civar hısımları ve aralarında evlatlık bağı bulunanlar tanıklıktan çekinebilirler.

Yargıtay kararlarında, tarafların yakınlık derecelerinin delillerin değerlendirilmesinde göz önünde tutulmasına dikkat çekmektedir. Elbette ki tanıkların yakınlıkları, akrabalıkları ifadelerin gerçeğe aykırı olduğu sonucunu doğurmamalıdır. Hâkim bu ifadeleri değerlendirirken dikkatli olmalıdır⁴⁰.

³⁷ KARAFAKİH, s. 201; Kanımızca, evliliğin ölüm halinde sona ermesi üzerine tanıklıktan çekinme hakkının kullanılması hususu üzerinde durulması gereken bir konudur. Dava tarihinden önce ölmüş olan kişiye karşı dava açılmaz. Bu durumda mirasçılara karşı dava açılması gerekir. Yine dava açıldıktan sonra taraflardan biri ölürse, dava konusu sadece öleni değil ölenin mirasçılarını da ilgilendiriyorsa, davaya mirasçılara karşı devam edilebilir veya mirasçılar tarafından devam edilebilir (KURU-ARSLAN-YILMAZ, s. 260 vd.; PEKCANİTEZ-ATALAY-ÖZEKES, s. 160). Tüm bu durumlarda mirasçılar davada taraf olarak bulunmaktadırlar. Ölenin karısı veya kocası mirasçılarının taraf olduğu davada 245.maddenin 3.bendine dayanarak tanıklıktan çekinebilmelidir. Zira kendisinin objektif olarak tanıklık yapabileceği olasılığı çok zayıftır. Ölmüş olan kişinin yakını olmak tanımın tüm bildiklerini gerçeğe uygun şekilde anlatmasına mani olabilir.

³⁸ "Davacı Osman, davacının yarı hissesini satın aldığı, gayrimenkulün tamamına zilyetliğinin satışa dayanmadığını savunmuştur. Davalının dinlettiği tanıklardan karısı Emine ile kızı Fatma dışında kalanlardan hiçbirisi satış hususunda hükmeye yeterli tanıklıkta bulunmamışlardır...Emine ile Fatma'nın şahadetleri mevcut ise de biri Osman'ın karısı diğeri kızı olmaları itibarıyla bu şahısların şahadetlerinin hükme mesnet itihazı isabetli görülmemiştir...", YHGK., 5.5.1971, 8-358/288 (ABD., 1972/ 6, s.1000).

³⁹ Mahkemenin gerekçe göstermeksizin tanıkların bir kısmının akrabalığını, onların gerçeği söylemediği yolunda bir gerekçe olarak kullanmasının usule aykırı bir tutum olduğunu yönündeki Yargıtay kararı için bkz., 2.HD., 13.3.1972, 1463/1512; YHGK., 20.6.1973, 2/1470-530 (KURU, C.III, s. 2617).

⁴⁰ Yargıtay'ın delillerin değerlendirilmesinde tarafların ve tanıkların yakınlık derecelerinin göz önünde tutulmasına ilişkin karar için bkz., 1.HD., 29.5.1978, 224/6156 (YKD., 1978/12, s. 1950-1952); KİPER, Osman. Hukuk Davalarında Kanıtlar Öğreti-Yargısal İçtihatlar-Örnekler. Ankara, 1995, s. 73.

Olayların büyük çoğunluğunda uyuşmazlık hakkında en doğru ve en çok bilgiye tarafın yakınlarının sahip olduğu düşünülecek olursa Kanunun adalet açısından büyük önem arz edebilecek beyanlara sahip olmaktan vazgeçmeyi göze almış olduğu da görülmektedir. Bu maddede sayılandan daha uzak derecedeki hısımların ise tanıklıktan çekinme hakkı yoktur⁴¹.

4. Meslek Sırrı Nedeniyle Tanıklıktan Çekinme

(The Professional Secret for the Privilege of Witness)

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinin 4. bendine göre; memuriyet ve sanat ve meslekleri itibariyle bir kimsenin sırrını bilenler tanıklıktan çekinebilirler; fakat o kimse muvafakat ederse tanıklıktan çekinemezler. Bu düzenlemedeki meslek ve sanat sahipleri doktor, avukat ve noter gibi kimselerdir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, genel olarak memuriyet ve sanat ve meslek itibariyle bir sırrı öğrenenlere tanıklıktan çekinme hakkını vermişken; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46. maddesi eski düzenlemeye nazaran, daha geniş bir şekilde "**Meslek ve Sürekli Uğraşları Sebebiyle Tanıklıktan Çekinme**" başlığı altında durumu ifade etmektedir. Bu düzenlemeye göre; *Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır:*

- Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yükledikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler.*
- Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler.*
- Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler.*

Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez.

a. Avukatların Meslek Sırrı Nedeniyle Tanıklıktan Çekinmesi

(Attorney – Client Privilege)

Sır, genel olarak, herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve menfaatine zarar verebilecek hususlar olarak tanımlanabilir⁴². Sır saklama yükümlülüğü Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde ve Meslek Kuralları'nın 37. maddesinde düzenlenmiştir.

Edinilen ve gizli tutulması gereken bilgilerin, mesleği icra sırasında veya avukatlık sıfatı dolayısıyla öğrenilmiş olması gerekir⁴³. Örneğin duruşmasına gitmekte olan bir avukatın yolda trafik kazasına tanık olması halinde, kaza ile ilgili tanıklık-

⁴¹ FEYZİOĞLU, s.198; KURU, C.III, s. 2573; Tanığın akrabalık derecesinin her iki tarafla da dördüncü derecede olması nedeniyle çekinme hakkı olmadığına ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz., 2.HD., 3.6.1974, 3658/3568 (YKD., 1976/1, s. 15-16).

⁴² DONAY, Süheyl, "Tartışmalar", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C.IV, Ankara, 2000, s. 338.

⁴³ CENTEL, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul, 1984, s.180; GÜNERGÖK, Özcan, "Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü", AÜEHFD., C.VII, S. 1-2, Haziran, 2003, s. 655.

tan çekinme imkanı olamaz; çünkü tanıklık edeceği konudaki gözlemini mesleki faaliyet sırasında veya avukatlık sıfatı dolayısıyla edinmemiştir⁴⁴. Bununla birlikte avukat, daha sonra o kazayla ilgili davada vekalet görevi alırsa tanıklıktan çekinebilecektir⁴⁵.

Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde dikkat çeken husus avukatların sır saklama yükümlülüklerinin sadece müvekkilleri ile ilgili olmasının zorunlu olmadığı yolundadır. Avukatlar, avukatlık görevi ve Türkiye Barolar Birliği ve Barolar organlarındaki görevleri nedeniyle öğrendikleri sırları da saklayacaklardır⁴⁶.

Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinin 2. fıkrasında avukatların öğrendikleri sırlar konusunda sır sahibi iş sahibinin muvafakatini almadan tanıklık yapmaları engellenmektedir. Ancak bu muvafakate rağmen tanıklık yapmaktan çekinebilirler. Burada yasa, gerçeğe ulaşma ile mesleki sır arasındaki tercihi sır yönünde kullanmıştır. Avukat gerçeğin ortaya çıkması olasılığına rağmen savunma yararını göz önünde tutarak tanıklıktan çekinebilecektir⁴⁷.

Avukatlık Kanunu'nun getirdiği düzenleme ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na nazaran avukatın iradesine tanınan yetki genişletilmiştir⁴⁸. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinin 4. bendinde sır sahibinin rızası olması durumunda avukatların tanıklıktan çekinme haklarını kullanamayacakları hükme bağlanmıştır. Buna karşılık, Avukatlık Kanunu, böyle bir durumda sır sahibinin rızasına rağmen avukatın tanıklıktan çekinme imkanına sahip olduğunu belirtmektedir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu bir taraftan avukata tanıklıktan çekinme konusunda hak tanıırken diğer taraftan sır sahibinin rızası halinde bu hakkı göreve dönüştürmektedir. Avukatlık Kanunu ise, sır sahibinin rızasına rağmen, avukatın tanıklıktan çekinmesinin bir hak olduğu konusundaki kararlılığını vurgulamaktadır⁴⁹.

Avukatlık Kanunu, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na oranla daha yeni bir kanun olup öncelikle dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte özel bir kanun

⁴⁴ SUNGURTEKİN, ÖZKAN, MERAL, Avukatlık Mesleği - Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir, 1999, s. 392 (Avukatlık Mesleği).

⁴⁵ SUNGURTEKİN, ÖZKAN, MERAL, Avukatlık Mesleği, s. 392-393.

⁴⁶ DONAY, s. 339.

⁴⁷ FEYZİOĞLU, s. 180; DONAY, s. 339; GÜNERGÖK, s. 656.

⁴⁸ SUNGURTEKİN, ÖZKAN, Avukatlık Mesleği, s. 388; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46/2. maddesinde avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler açısından ilgilinin rızasının varlığı halinde tanıklıktan çekinebilecekleri yönünde düzenleme mevcuttur.

⁴⁹ ELMAS, Attila, "Tartışmalar", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C.IV, Ankara, 2000, s. 344; Yine ÖZKAN da Avukatlık Kanunu'ndaki bu düzenlemenin avukatın sır saklama yükümlülüğü kadar sır saklama hakkını da içerdiği görüşündedir (bkz. SUNGURTEKİN, ÖZKAN, Meral, "Avukatlık Meslek Sırının Anlam ve Önemi". Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C.IV, Ankara, 2000, s. 335); CENTEL'e göre, sırrın açıklanmaması sanığın lehine olacaktır müdafii sır sahibi izin vermese de tanıklık yapabilmelidir. Zira ortada bir zorunluluk vardır. Sanığın haksız olarak veya gerekenden fazla cezalandırılmaması, onun sırrının gizli kalmasına tercih edilmelidir (CENTEL, s. 181).

olması itibariyle de avukatın, sır sahibi rıza gösterse de tanıklıktan çekinebileceğinin kabul edilmesi gerekir⁵⁰.

Nitekim Yargıtay da kararlarında vekilin tanık olarak gösterilmesi halinde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245/4 ve Avukatlık Kanunu'nun 36/2 maddelerine uygun olarak işlem yapılması gereği üzerinde durmaktadır⁵¹.

b. Noterlerin Meslek Sırrı Nedeniyle Tanıklıktan Çekinmesi (Notary Public Privilege)

Noterlik Kanunu'nun 54. maddesine göre, noterler görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları kanunların emrettiği haller dışında açıklayamazlar. Buradaki sır kavramına, noterin görevi dolayısıyla öğrendiği ve açıklanmamasında sır sahibinin maddi veya manevi bir yararının bulunduğu her türlü bilgi girmektedir⁵².

Noterin sır saklama yükümlülüğü, noterlik evrak ve defterlerine geçirilsin veya geçirilmesin, görevi dolayısıyla öğrendiği bütün sırları içerir. Bununla birlikte, noterlik evrak ve defterleri açısından bu yükümlülük ayrıca Noterlik Kanunu'nun 55. maddesinde düzenlenmiştir⁵³.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre, noterler de görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler; ancak sır sahibi rıza gösterirse tanıklıktan çekinemezler. Sır sahibi rıza gösterse dahi, noterin tanıklıktan çekinme imkanının olup olmaması konusunda, Avukatlık Kanunu'ndaki açık düzenleme gibi bir düzenlemeyi Noterlik Kanunu'nda görmemekteyiz. Dolayısıyla Noterlik Kanunu'na göre genel nitelikte olan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu gereğince sır sahibinin rızası karşısında noterin tanıklıktan çekinemeyeceği söylenebilir. Aksi yönde bir düşünce yürürlükte olan kanuni düzenlemeler karşısında isabetli olmayacaktır.

d. Doktorların Meslek Sırrı Nedeniyle Tanıklıktan Çekinmesi (Doctor – Patient Privilege)

Bir hasta ya da yaralının başkaları tarafından bilinmeyen ve duyulması hoş karşılanmayacak özellikleri ve hastalıkları sır sayılır. Toplumun ayıplamasını, tiksinsmesini, hastanın ekonomik durumunu ve geleceğini etkileyen hastalık, evli olmayan kadının çocuk doğurması veya düşürmesi, intihar gibi toplum içinde kişinin onur ve saygınlığı ile ilgili olaylar sırdır⁵⁴.

⁵⁰ ELMAS, s.344; CENTEL de Avukatlık Kanunu m. 36/II'nin özel ve sonraki hüküm olması nedeniyle temel alınması gereği üzerinde durmaktadır (CENTEL, s. 181).

⁵¹ 2.HD., 24.11.1997, 11134/12714 (Yargı Dünnyası, 1999/40, s. 78-80).

⁵² TANJU, Fahrettin, Uygulama ve Açıklamaları ile Hukukumuzda Noterlik, basım yeri belirtilmemiş, 1983, s. 183; ULUKAPI, Ömer-ATALI, Murat, Noterlik Hukuku, Konya, 2001, s. 82 vd.

⁵³ Bu düzenlemeye göre: noterlik evrak ve defterleri mahkeme, sorgu hâkimliği ve Cumhuriyet Savcılıklarınca veya resmi daireler tarafından konusu da belirtilmek suretiyle, noterlikte soruşturmaya yetkili kılan kimselerce incelenebilir. Noterlik evrak ve defterlerinin noterlik dairesi dışına çıkarılabilmesi mahkemenin veya sorgu hâkiminin kararıyla mümkündür. Mahkeme veya sorgu hâkimi evrakın dava sonuna kadar dava dosyasında kalmasına karar verirse, bu durumda evrakın bir örneği çıkartılıp aslına uygunluğu tasdik edilerek aslının yerinde saklanmak üzere notere verilir. Noterin bulunduğu yerde inceleme olanağı yoksa ve evrakın başka yere gönderilmesi gerekiyorsa noterin bulunduğu yer hukuk hâkimliğinin onaylayacağı örnek, aynı şekilde saklanır.

⁵⁴ HANCI, İ.Hamit, Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları-Tıp ve Sağlık Hukuku, İzmir, 1999, s. 169.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre, meslek sırrı taşıyan doktorun yargı önünde tanıklıktan çekinme hakkı vardır. Ancak sır sahibinin rızası söz konusu olduğu takdirde tanıklıktan çekinmek mümkün değildir.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 4. maddesine göre; doktor, mesleğinin uygulanması nedeniyle duyduğu sırları yasal bir zorunluluk olmadıkça açıklayamaz. Yine Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 9. maddesinde; doktorun hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamayacağı düzenlenmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23. maddesinde; sağlık hizmetlerinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler kanun ile izin verilen haller dışında hiçbir şekilde açıklanamaz. Yine bu maddenin 2. fıkrasında, kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması sonucunu doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.

Tüm bu düzenlemelere baktığımızda, hiçbiri Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun üzerinde bir önemi haiz olamayacağından, bilakis belirtilen düzenlemelerin Kanuna uygun olması gerektiğinden, doktorun sır sahibinin rızası olduğu hallerde tanıklık yapma zorunluluğundan söz edilecektir.

Doktorun saklamakla yükümlü olduğu sır, görevi dolayısıyla öğrendiği sırdır. Bu nedenle, örneğin bir hastayı muayene eden doktor, o sırada varislerin bir vasiyetnameyi imha ettiklerine tanık olursa bu konuda tanıklıktan çekinemez; çünkü doktor bu hususu görevi dolayısıyla öğrenmemiştir. **Belgesay'a** göre, "*doktorun vasiyetnamenin imhasını öğrenmesi mesleğinin icrasının zaruri neticesi değildir*"⁵⁵.

B. Tanığın Kendisine veya Yakınlarına Zarar Vermesi Nedeniyle Tanıklıktan Çekinmesi (The Reason to Harm himself or his Relatives)

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesinde üç halde tanıklıktan çekinme hakkı düzenlenmiştir. Bu haller, tanıklık etmenin tanık bakımından yaratabileceği menfi sonuçlar dikkate alınarak sevk edilmiş bulunmaktadır⁵⁶. **Üstündağ**, Kanun'un 246. maddesinde maddi (objektif) sebeplerden dolayı tanıklıktan çekinme hakkının düzenlendiğini belirtmektedir⁵⁷.

1. Doğrudan Doğruya Mali Bir Zarar Nedeniyle Tanıklıktan Çekinme (Proximate Actual Damages for Privilage of Witness)

Tanıklık, tanığın kendisine veya Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinin 1-3. bentlerindeki hısımlarından birine doğrudan doğruya mali bir zarar verecek nitelikte ise, tanıklıktan çekinme mümkündür.

Bu düzenlemenin ışığı altında, tanıklık, tanığın kendisine veya nişanlısına, eşi-ne, iki taraftan birinin neseben veya sebeben usul ve furuuna yahut üçüncü dereceye kadar neseben veya kendisiyle sıhriyet doğuran evlilik bağı kalkmış olsa bile ikinci dereceye kadar civar hısımlarına yahut aralarında evlatlık bağı bulunanlara doğru-

⁵⁵ BELGESAY, C.II, s. 82.

⁵⁶ ALANGOYA, s. 375.

⁵⁷ ÜSTÜNDAĞ, s. 734.

dan doğruya maddi bir zarara neden olursa, tanıklıktan çekinme söz konusu olabilecektir⁵⁸.

Tanıklıktan dolayı doğacak zarar doğrudan doğruya tanıklığın sonucu olmalıdır. Dolayısıyla oluşacak zararlar bu kapsama girmez⁵⁹. Tanıklık veya buna uygun verilecek karar tanığın malvarlığında bir azalma meydana getireceği veya bir çoğalmaya engel olacağı ihtimal dahilindeyse, onun mali bir zararı vardır. Örneğin, bir alacaklı aciz halinde bulunan borçlusunun aleyhine açılmış bir davada tanıklık yapar ve bu tanıklığı sonucunda bir karar verilirse malvarlığında azalma meydana getireceği ihtimal dahilinde olduğundan mali bir zararı vardır⁶⁰.

Mali bir zararın söz konusu olabilmesi için bu zararın önemli olması gerekir. Malvarlığını önemli derecede etkilemeyecek zararlar açısından ortada mali bir zararın mevcut olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır⁶¹.

Bir kimsenin tanıklık yüzünden uğrayabileceği manevi zararlar tanıklıktan çekinme için sebep oluşturmaz. Örneğin, bir kimse tanıklık yüzünden yakın bir dostunu kaybetmek tehlikesine maruz kalsa da tanıklıktan çekinemez⁶².

2. Şeref ve Haysiyeti İhlâl veya Ceza Kovuşturması Nedeniyle Tanıklıktan Çekinme (Breach of Honor or Criminal Proceeding for Privilage of Witness)

Bir kimsenin tanıklık etmesi, tanığın kendisinin veya Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinin 1-3. bentlerindeki hısımlarından birinin şeref ve haysiyetini ihlal ederse veya haklarında ceza kovuşturması yapılmasını gerektirirse tanıklıktan çekinme mümkün olacaktır. Örneğin, bir kadının iffetsizliğini ispat için onunla ilişkiye girdiği iddia edilen kişiler tanık olarak dinlenemez⁶³.

Aynı yönde düzenlemeyi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 48. maddesinde görmekteyiz. Bu düzenlemeye göre vereceği ifade ile kendini veya kanunda belirtilen yakınlarını ceza takibatına uğratabilecek tanıklara da kendilerini koruma içgüdüleri ile yalan söylemelerine neden olmamak için çekinme hakkı tanınmıştır. Ceza takibi dışında, bir hukuk davası ya da disiplin soruşturması açılmasına sebep olacak ya da maddi veya manevi bir zarar doğurabilecek konular açısından çekinme hakkı yoktur⁶⁴. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ise Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan farklı olarak mali zarara uğrama ile şeref ve haysiyet ihlali tehlikelerini de çekinme sebebi olarak kabul etmektedir.

⁵⁸ KARAFAKİH, s. 202.

⁵⁹ Doğrudan doğruya zarar, dolaylı zarar ayrımı daha çok illiyet bağıyla ilgili bir ayrımdır. Bu nedenle zarar verici olayın uygun sonucu olan her zarar doğrudan doğruya zarar; diğerleri ise dolaylı zarar olarak nitelendirilebilir (EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003, s. 472 vd.).

⁶⁰ BELGESAY, C.II, s. 84.

⁶¹ BELGESAY, C.II, s. 84.

⁶² KARAFAKİH, s. 202; BELGESAY, C.II, s. 84-85.

⁶³ BELGESAY, C.II, s. 85.

⁶⁴ FEYZİOĞLU, s. 216.

Tanığın beyanı üzerine ceza kovuşturmasına başlanması tehlikesinin derecesi önemli değildir. Önemli olan tanığın sunmaktan çekindiği beyanı kendini veya yakınlılarını suçlayıcı nitelikte olmasıdır⁶⁵.

3. Gizlenmesi Gereken Sanata Ait Sırlar Nedeniyle Tanıklıktan Çekinme (The Reason of Having Secrets Needed for the Profession)

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesinin 3. bendine göre tanıklık, gizlenmesi tanığın kendisince gerekli olan ve sanatına ait sırların açıklanması sonucunu doğuruyorsa tanıklıktan çekinme mümkündür.

Bu düzenlemede, sanatın, mesleğin sırrını ifşa etmeden sorulan soruların cevaplandırılmaması söz konusudur. Örneğin bir tüccar tanıklık etmesi dolayısıyla kendi mallarının kaynağını veya oluşumunu açıklamak zorunda kalırsa tanıklıktan çekinebilir⁶⁶.

İçerik olarak birbirine benzer görünen Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinin 4. bendi ile 246. maddesinin 3. bendi arasında fark vardır. İlkinde, tanık öğrenmiş olduğu başkasının sırrından dolayı tanıklık yapmaktan çekinme imkanına sahipken; ikinci düzenlemede tanık kendi sırrından dolayı tanıklık yapmaktan çekinme hakkına sahiptir⁶⁷.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda yazılı olmayan nedenler, örneğin bir kimsenin korkaklığı, tarafların ailesi ile iyi yaşama arzusu tanıklıktan çekinme için neden oluşturmaz. Ancak hâkim, tanık takdiri delil olduğu için tüm bu durumları delilleri değerlendirirken göz önünde bulundurmalıdır⁶⁸.

C. Tanığın Devlet Sırrı Nedeniyle Tanıklıktan Çekinmesi (State – Secrets Privilege)

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 249. maddesinin 1. fıkrasına göre; devlet hizmetlerinde bulunanların meslek sırrı ile bağlı oldukları vakıalar hakkında hizmetlerinden ayrıldıktan sonra da mensup oldukları resmi makamın yazılı izni olmadıkça tanık olarak dinlenmeleri mümkün değildir. Bu düzenleme emredici niteliktedir. Böyle bir durumun varlığını öğrenen hâkim, re'sen taraflardan veya tanıktan bir talep olmadan resmi makamdan yazılı izin istemelidir⁶⁹.

İzin verecek makam, sadece tanıklığın devlet menfaatlerine zararlı görüldüğünü beyan edebilir; sebep göstermeye mecbur değildir. Buna karşılık mahkemenin şikâyet hakkı yoktur⁷⁰. Kanun'un 2. fıkrasına göre, tanıklık devlet yararına aykırı görülmedikçe izin verilmesinden kaçınılamaz. Eğer tanık izin almadan dinlenmiş ise, buna dayanan hüküm Yargıtay'ca bozulur⁷¹. Bu izin mahkeme kararı üzerine yazılı istenir.

⁶⁵ FEYZİOĞLU, s. 219.

⁶⁶ ANSAY, s. 270; BİLGE, s. 389; BİLGE-ÖNEN, s. 527.

⁶⁷ BİLGE, s. 389; BİLGE-ÖNEN, s. 527; PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES, s. 373.

⁶⁸ BELGESAY, Deliller, s. 127.

⁶⁹ ERDEMİR, s. 1149.

⁷⁰ ANSAY, s. 269-270; ERDEMİR, s. 1149.

⁷¹ ANSAY, s. 270

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 249. maddesinin 1. fıkrasına göre, izin sonucu dinlenecek olan devlet hizmetinde bulunanlar; milletvekilleri, Bakanlar Kurulu üyeleri ile bunlardan başka diğer kamu personelinden oluşmaktadır. Her birine izni verecek olan makam birbirinden farklıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri hakkında izni meclis; Bakanlar Kurulu üyeleri hakkında izni Cumhurbaşkanı; bunların dışındaki diğer kamu personeli için⁷² izin mensup oldukları bakan tarafından verilir. Cumhurbaşkanının tanıklığı hakkında herhangi bir düzenlemeye rastlamasak da cumhurbaşkanı bu konuda başka bir makamdan izin alamayacağından, bu sıfatla öğrenmiş olduğu bir olayda tanıklığı gerektiğinde tanıklığının devlet menfaatine zararlı olup olmayacağını doğrudan doğruya ve bizzat kendisi takdir edeceğini söylememiz mümkündür. Hatta bu durumun eski cumhurbaşkanları hakkında dahi uygulanabilir olduğunu belirtmemiz gerekir⁷³.

Yetkili makamlarca izin verildikten sonra tanık çağrılır ve dinlenir. Bu itibarla, izin verildikten sonra tanık tanıklık etmekten çekinemez⁷⁴. Kanunumuz sadece devlet hizmetinden bahsetmekte ise de memur statüsünde bulunmayıp da sırları bilecek durumda olan diğer kamu hizmeti görevlileri (resmi kurumlar, kamu iktisadi kuruluşları genel müdürleri) hakkında da aynı kuralın uygulanması gerektiğini savunanlar da vardır⁷⁵.

TANIKLIKTAN ÇEKİNMENİN MÜMKÜN OLMADIĞI HALLER (IMPOSSIBLE CONDITIONS FOR THE PRIVILEGE OF WITNESS)

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245 ve 246. maddelerinde belirtilen tanıklıktan kaçınma hakkı mutlak değildir⁷⁶. Biraz sonra bahsedeceğimiz hallerde ise tanıklık etmek zorunludur. Bu haller, gerçeğin ortaya çıkarılması için zorunlu ve aynı değerde başka bir delil ikamesi çok defa mümkün olmayan hallerdir⁷⁷.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesindeki yazılı haller ile 246. maddenin 1. fıkrasında yazılı olan hallerde, 248. maddedeki hallerden biri gerçekleşirse tanıklıktan çekinme söz konusu olamaz. Bununla birlikte, 246. maddede yazılı diğer hallerde tanık, 248. maddedeki hususlarla ilgili olarak tanıklıktan çekilebilir⁷⁸.

⁷² Devlet memurları, yetkili makamın izni olmadan yalnız sır sahibinin rızası ile tanıklık edemezler. Devlet memurlarının görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları ifşa etmeleri ilgili ferdin uğrayacağı zarardan başka Devletin menfaatlerini de ihlal edebilir. Kanun bu nedenle memurların yetkili makamların izni olmadan tanıklık yapmalarını yasaklamıştır (BELGESAY, C.II, s. 91).

⁷³ BELGESAY, C.II, s. 93; ANSAY, s. 270; PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES, s. 373; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 47/4. maddesinde Cumhurbaşkanının tanıklığı söz konusu olduğunda sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesi hususunu kendisinin takdir edeceğine ilişkin düzenlemeyi görmekteyiz.

⁷⁴ KURU, C.III, s. 2574.

⁷⁵ BİLGE, s.390; BİLGE-ÖNEN, s. 527-528.

⁷⁶ Tabii ki burada "meslek sırrı dolayısıyla tanıklıktan çekinme" halini unutmamak gerekir. Zira meslekleri dolayısıyla bir kişinin sırrını bilenler tanıklıktan çekinebilir. Bununla birlikte, o kişinin muvafakati ile tanıklıktan çekinemezler (m. 245/4). (bu konuda bkz. yuk. III. A. 4): yine devlet sırrının varlığı halinde (m. 249), yetkili makamların izni sonucu tanık, tanıklık etmekten kaçınmaz.

⁷⁷ KARAFAKİH, s. 201.

⁷⁸ BELGESAY, C.II, s. 89.

A. Hukuki Bir Tasarrufta Hazır Bulunma Hali (To be Present during Legal Transaction)

Kanunumuzun 248. maddesinin 1. fıkrasına göre; hukuki bir tasarrufta tanık olarak bulundurulmuş olan kimse bu tasarrufun esası ve kapsamı hakkında tanıklıktan çekinemez. Örneğin sözlü veya yazılı veya resmi bir vasiyette tanık sıfatıyla hazır bulunmuş olan kişiler bu tasarrufun esas ve içeriği hakkında tanıklıktan çekinemezler⁷⁹.

Meslekleri nedeniyle bir sırrı öğrenenler de sır sahibi tarafından yapılan bir muamelede (tasarrufta) onun tarafından tanık olarak tutulmuş ise tanıklık yapmaya mecbur olurlar. Örneğin bir kimse sağlık durumu hakkında doktoru tanık olarak buldurmuş ise doktor sır sahibi muvafakat etmemiş olsa bile tanıklık eder⁸⁰. Burada şu hususu gözden kaçırmamak gerekir, eğer tanıklık sadece kişinin tanık olarak bulunduğu işlemle sınırlı ise tanıklık etmelidir.

B. Doğum, Ölüm ve Evlenme Halleri (Birth, Death and Marriage)

Kanunumuzun 248. maddesinin 2. fıkrasına göre; aile fertleri arasında vuku bulan doğum, ölüm ve evlenme olayları hakkında tanıklıktan çekinmek mümkün değildir. Aile fertlerinden birinin görevi dolayısıyla öğrendiği olaylar açısından tanıklıktan çekinmesi 245. maddeye göre değerlendirilmelidir. Örneğin, aileden olan bir doktor mesleğini icra sırasında öğrendiği bir hısmının evlilik dışı ilişkiden çocuk doğurduğuna dair tanıklık etmeye mecbur tutulamaz⁸¹. Kanaatimizce de gerçeği ortaya çıkarma ile mesleki sır arasındaki tercihi sır yönünde kullanmamız gerekecektir. Dolayısıyla, tanık açısından yapılacak olan açıklama herhangi bir yarar sağlamayacaksa ve gerçeği ortaya çıkarma uğruna kişilik haklarının zedelenmesine yol açacaksa, bu durumda tanıklıktan çekinme hakkının uygulama alanı bulması gerekir.

C. Mali Anlaşmazlık Hali (Financial Dispute)

Kanunun 248. maddesinin 3. fıkrasına göre; aile bağlarından doğan mali anlaşmazlıklar hakkında tanıklıktan çekinmek mümkün değildir. Örneğin bir babanın çocuğuna borç para vermesinde annenin tanıklık yapması gibi⁸².

Belgesay'a göre, bu fıkra ancak hısımların tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğu hallerde uygulanmalıdır. Meslek ve sanat sahipleri hakkında bu istisnayı uygulamak için sebep yoktur. Örneğin, nafaka dava eden kadının, hasta olmadığını ispat için çağrılan doktor tanıklıktan çekinebilir⁸³. Bunun haricinde mirasın reddi, kabulü gibi haller de bu düzenlemeye örnek olarak gösterilebilir⁸⁴.

⁷⁹ KARAFAKİH, s. 202.

⁸⁰ BELGESAY, C.II, s. 89.

⁸¹ BELGESAY, C.II, s. 90.

⁸² KARAFAKİH, s. 202.

⁸³ BELGESAY, C.II, s. 90.

⁸⁴ BİLGE, s. 390; BİLGE-ÖNEN.

D. Tanığın Selef veya Temsilci Sıfatıyla Kendisinin Yaptığı İşlemler (Transactions made by the Witness as a Predecessor or a Representative)

İki taraftan birinin hukuken selefi veya temsilcisi olanlar, bu sıfatla bizzat yaptıkları işlemler hakkında tanıklık yapmak zorundadır. Yine, iki taraftan birinin vasisi veya velisi sıfatıyla, kişinin kendisinin yapmış olduğu işlemler hakkında, bu kişi tanıklık yapmak mecburiyetindedir⁸⁵.

Yargıtay da kararlarında isabetli olarak bir şirketin temsilcisi konumunda bulunan kişilerin davada tanık olarak dinlenmesi gerektiği şeklinde karar vermektedir⁸⁶.

TANIKLIKTAN ÇEKİNME USÛLÜ (PROCEDURE FOR THE PRIVILEGE OF WITNESS)

Tanıklıktan çekinen kimse çekinme nedenini ve delilini, dinleneceği günden evvel yazı ile veya sözlü olarak mahkeme kalemine bildirmek zorundadır (m.250/1). Bu kişiler mahkemeye gelmeye mecbur değildirler (m. 250/2). Mahkeme yazı işleri müdürü, tanığın çekinme hususundaki beyanını iki tarafa tebliğ eder (m. 250/3). Doktrinde, tanığın duruşma gününden önce çekinme nedenini mahkemeye bildirmesi zorunluluğu kuralına sıkı sıkıya bağlı kalınmaması görüşü hakimdir⁸⁷.

Taraflar tanığın çekinme sebebi hakkında görüşlerini bildirirler. Tanığı göstermiş olan taraf, çekinme hakkını kabul ederse, o tanığı dinletmekten vazgeçmiş sayılır. Bu durumda, mahkemenin tanığın çekinme isteği hakkında ayrıca karar vermesine gerek kalmaz⁸⁸.

⁸⁵ KARAFAKİH, s. 202; BİLGE, s. 390; BİLGE-ÖNEN, s. 528.

⁸⁶ "...davalı gerek cevap dilekçesinde gerekse son oturumdaki (isticvap) ve (yemin)inde dava konusu bononun müvekkilince davacı şirketin o zamandaki temsilcisi bulunan Saim Anıçok'a verilen borçların ve bu arada bu kişiye müvekkilinin şirkete ortak alınacağı vaadiyle alınan paraların karşılığı olarak verildiğini beyan etmiş bulunmaktadır. Bu durumda açıklanan savunmanın gerçeklik derecesinin saptanması için öncelikle adı geçen şirket temsilcisi (BK.449) Saim Anıçok'un mahkemeye dinlenilmesi icap etmektedir. Her ne kadar adı geçene davacı tarafından dava ihbar edilmişse de; kendisi davaya ihbar edilen sıfatıyla katılmamış, cevap dahi vermemiş bulunmaktadır. Bu durumda adı geçen, davada taraf sıfatını kazanmadığından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 248.maddesinin 4.fıkrası hükmü gereğince tanık sıfatıyla çağrılıp dinlenmesi mümkün bulunmamaktadır. O halde, adı geçenin tanık sıfatıyla dinlenilerek olayın açıklığa kavuşturulması gerekirken (adı geçenin) son oturumda dinlenmesine gerek olmadığı şeklinde, karar verilmesi doğru görülmemiştir", 11.HD., 25.5.1982, 1935/2498; YHGK., 15.2.1985, 11-267/97 (İKİD., 1986/303, s. 4021-4022).

⁸⁷ BELGESAY'a göre; Kanundaki gün sözü "an" anlamındadır. Bu itibarla, tanık dinleneceği ana kadar tanıklıktan çekindiğini bildirebilir. Kanun duruşma gününden önce tanıklıktan çekindiğini ve sebep ve delillerini bildirmeyen tanıkların çekinme haklarının düşeceğini belirtmediği gibi onlara çekinme sebebini bildirmeleri için kesin bir süre de tayin etmemiştir (bkz. BELGESAY, C.II, s. 94-95); ŞENSOY da, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 45/3.maddesinde bu derece şahitlikten çekinebilme hakkını haiz olan tanıkların dinlenirken dahi tanıklıktan çekinmelerini geri alabilecekleri gösterilmiş olmasına göre kıyasen bu hükmün hukuk davalarında da uygulanması gereğine değinmiştir (bkz. ŞENSOY, İhsan, Ceza ve Hukukta Şahitlik, İstanbul, 1952, s. 20); ANSAY, tanığın tanıklıktan çekindiğini dinleneceği günden önce yazı ile veya çağrıldığı duruşmada şifahan bildirmeye mecbur olduğu şeklinde görüşünü belirtmektedir (bkz. ANSAY, s. 271); aynı görüşte bkz., ERDOĞAN, s. 374.

KURU'ya göre de, tanık dinlenmek için çağrıldığı ve geldiği duruşmada da tanıklıktan çekindiğini bildirebilir (bkz. KURU, C.III, s. 2576).

⁸⁸ BİLGE, s. 391; BİLGE-ÖNEN, s. 528; ÖNEN, s. 221; KURU, C.III, s. 2576.

Tanığı göstermiş olan taraf, onun çekinme beyanını kabul etmezse, hâkim iki tarafı dinleyip çekinme sebep ve delilini inceleyerek bu konudaki kararını verir (m. 251). Hâkimin kararına karşı kanun yoluna gidilip gidilmeyeceği konusu doktrinde tartışmalıdır. Bizim de görüşünü desteklediğimiz **Belgesay**'a göre; hâkim tanığın çekinme hakkı olmadığına karar verirse bu karar, tanık hakkında kesin ve nihai olduğundan tanığın temyiz yoluna müracaat etmesine bir engel bulunmamaktadır⁸⁹. Buna karşılık, bu karar taraflar hakkında nihai olmadığından onların temyiz hakları yoktur⁹⁰. Temyiz yoluna başvuran tanık, hakkındaki karar kesinleştikten sonra ancak tanıklık yapmaya mecbur tutulabilir⁹¹. **Bilge-Önen**'e göre ise; bu karara karşı gidilebilecek herhangi bir kanun yolu bulunmamaktadır⁹².

Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan tanık, bu hakkını kullanmayı tercih etmezse ve tanıklık yapmayı isterse, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 247.maddesi gereği yeminsiz dinlenir. Bu durumda hâkim tanık beyanlarını değerlendirirken dikkatli olmalıdır. Zira, tanık ile lehine tanıklık yapılacak olan kişi arasında bir yakınlık mevcut olduğundan, tanığın tarafsız olarak beyanda bulunma olasılığı düşüktür⁹³.

Tanıklıktan çekinme usûlü konusunda son olarak, usûlde hata yapılması halinde, örneğin çekinme hakkı olmayan bir kimseye çekinme hakkı tanınmak suretiyle ifadesinin alınmaması durumunda ne yapılması gereği üzerinde durulmalıdır. Hukukumuzda temyiz sebepleri maddi hukuka ve usûl hukukuna ilişkin temyiz sebepleri olmak üzere iki ana grupta toplanmaktadır⁹⁴. Çekinme usûlünde hata yapılması hiç şüphesiz ki maddi hukuka değil usûl hukukuna ilişkin bir temyiz sebebidir. Zira burada ne Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 428/I'deki maddi hukuk kuralının veya bir sözleşme hükmünün yanlış uygulanması durumu vardır ne de 428/V'teki vakıanın hukuki değerlendirilmesinde hata hali söz konusudur⁹⁵.

Usûl hukukuna ilişkin temyiz sebepleri mutlak ve nispi olmak üzere iki çeşittir. Mutlak bozma sebeplerinde usûl hukukuna ilişkin aykırılığın ayrıca kararı etkileyip etkilemediği araştırılmaz. Bu haller Hukuk Usûlü Muhakemeler Kanunu'nun 428. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükmün son fıkrasına göre, davanın görülmesi sırasında usûle aykırılık ileri sürülmüş ve bu durum mahkemece dikkate alınmamışsa bu aykırılık mutlak bozma sebebi olacaktır. Örneğin, çekinme hakkı bulunmayan bir kimsenin bu hakkı olmadığı karşı tarafça ileri sürülmesine rağmen mahkeme bu durumu nazara almamışsa ortada bir mutlak bozma sebebi olduğundan hüküm Yargıtay tarafından bozulacaktır.

⁸⁹ BELGESAY, C.II. s. 96; BELGESAY, Deliller, s. 128.

⁹⁰ BELGESAY, C.II. s. 96; BELGESAY, Deliller, s. 128.

⁹¹ BELGESAY, Deliller, s. 128.

⁹² BİLGE-ÖNEN, s. 528; Aynı görüşte bkz. ERDOĞAN, s. 374.

⁹³ KURU, C.III, s. 2577; KURU-ARSLAN-YILMAZ, s. 495-496.

⁹⁴ AKCAN, Recep, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara, 1999, s. 48-52; KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, İstanbul, 2001, s. 4536 vd. (C.V), PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES, s. 421 vd.

⁹⁵ BERKİN, Tatbikatçılara, s. 885 vd., AKCAN, s. 48-52; KURU, C.V, s. 4536 vd., PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES, s. 421 vd.

Bir diğer tahlilde tanıklıktan çekinme hakkı olmayana, mahkeme tarafından çekinme hakkı tanınıp ifadesinin alınmaması halinde durumun ne olacağı üzerinde durulmalıdır. Yargıtay'ın kararlarına baktığımızda, bu gibi hallerde "*savunma hakkını kısıtlayan ve hükmün sonucunu etkileyen bir usûl hatası*" olduğundan bahsedilmektedir⁹⁶. Mahkemenin kendiliğinden dikkate alması gereken bir usûl kuralı uygulanmamışsa bu durum bir mutlak bozma sebebi teşkil edecektir (m. 428/4). Savunma hakkı, hukuki dinlenme hakkı ile doğrudan ilgilidir. Davalı dinlenmeden mahkemece karar verilmesi hukuki dinlenme hakkının ihlali anlamına gelir⁹⁷. Hukuki dinlenme hakkının tanınmaması ise mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınması gereken bir husustur ve bir mutlak bozma sebebi teşkil edecektir⁹⁸. Kanımızca da, taraflardan birinin göstermiş olduğu tanığın çekinme hakkı bulunmamasına rağmen, mahkemece çekinme hakkı tanınmış olması, hukuki dinlenme hakkını kısıtlayacağından mutlak bozma sebebi teşkil edecektir.

Tanığın çekinme hakkına sahip olması mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gereken bir husustur. Tanık dinlenmeden evvel mahkeme tarafından bu hakkın kendisine hatırlatılması gerekir. Gerçi bu durum açıkça Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmeyip Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirtilmiştir (m. 45/3); ancak biz Kanun'da belirtilmemiş olsa da, hâkim tarafından çekinme hakkının tanığa hatırlatılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu inancımıza dayanak olarak da Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 260. maddesini göstermek mümkündür. Bu maddeye göre, tanıklar dinlenirken öncelikle ismi, ikamet ve iki tarafla bir yakınlığı olup olmadığı, varsa yakınlık derecesi ile tanıklıktan kaçınmasını gerektiren bir halin olup olmadığı sorulur. Dolayısıyla, hakim tanığın çekinme hakkına sahip olduğu kanaatine varırsa, bu durumu kendisine hatırlatması gerekir. Aksi halde, mahkeme re'sen gözönünde bulundurması gereken bir usûl kuralına aykırı davranmış olacaktır ve bu da mutlak bozma sebebi teşkil edecektir. Kanaatimizce; tanığa çekinme hakkının hatırlatılmaması her ihtimalde hükmün bozulmasını gerektirecek bir mutlak bozma sebebi olarak düşünülmemelidir. Çekinme hakkı tanınmayan tanığın beyanı hükme esas alınmışsa, bu durumda ortada mutlak bozma sebebi olacaktır ve hükmün bozulması gerekecektir. Bununla beraber, tanığın beyanı hükme esas alınmamışsa veya bu tanığın beyanı dinlenen diğer tanıklarla aynı doğrultuda ise ortada bir bozma sebebinin bulunduğundan söz edilmeyecektir. Zira, usûl kuralına aykırılık, hükme etki etmemiştir.

⁹⁶ 2.HD., 3.6.1974, 3658/3568 (YKD., 1976/1, s. 15 vd.).

⁹⁷ PEKCANİTEZ-ATALAY-ÖZEKES, s. 255; Hukuki dinlenme hakkının unsurlarından biri de, "açıklama hakkıdır". Tarafların mahkemeye iddia ve savunmalarını anlatabilmeleri, bunları ispatlayabilmeleri, bu konudaki delilleri sunabilmeleri imkanının tanınması gerekir. Aksi halde, hüküm verilemez. Tarafların iddia ve savunmalarını ileri sürmeleri ve bunları ispat etmeleri halinde, gerçek ortaya çıkabilecektir (ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Ankara, 2003, s.106 vd.).

⁹⁸ PEKCANİTEZ-ATALAY-ÖZEKES, s. 422; Hukuki dinlenme hakkının ihlali, esasa etkili bir yargılama hatası olarak karşımıza çıkacaktır. Zira, hukuki dinlenme ilkesine uyulmamış olması sağlıklı bir hükmün verilememesi sonucunu doğuracaktır (ÖZEKES, s. 324).

SONUÇ (CONCLUSION)

Medeni Usul Hukukuna göre; kural olarak herkes tanıklık yapmak zorundadır. Bununla birlikte bazı hallerde tanıklıktan çekinme mümkündür. Bu haller, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzda 245, 246 ve 249. maddelerde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu kişiler açısından tanıklık etmek zorunlu değildir. Ancak, gerçeğin ortaya çıkarılması için zorunlu ve aynı değerde başka delil ikamesi çok defa mümkün olmayan hallerde tanıklık etmek zorunludur. Bu husus da Kanunumuzun 248. maddesinde belirtilmiştir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre çekinme nedenleri; tanığın taraflara yakınlığı, tanığın kendisine veya yakınlarına zarar vermesi, tanığın devlet sırrına sahip olmasıdır. İki taraftan birinin nişanlısı, ancak nişanlılık ortadan kalkmadığı müddetçe tanıklıktan çekinebilir. Bununla beraber, nişanlılığın geçerli olması da gereklidir. Evlilik açısından ise bu müessese ortadan kalkmış olsa dahi eşler tanıklıktan çekinebilirler. Yine, iki taraftan birinin usul ve fûruu veya belirli dereceye kadar civar hısımları ile aralarında evlatlık bağı bulunanlar tanıklıktan çekinebilirler.

Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinin 2. fıkrasında avukatların öğrendikleri sırlar konusunda sır sahibinin muvafakatini almadan tanıklık yapmaları engellenmiştir. Ancak bu muvafakate rağmen avukatlar tanıklıktan çekinebilirler. Noterler de görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler; ancak sır sahibi rıza gösterirse tanıklıktan çekinemezler. Aksine bir düşünce yürürlükteki mevzuatımız açısından yerinde olmayacaktır. Aynı şekilde, doktorun da yargı önünde tanıklıktan çekinme hakkı vardır; ancak sır sahibinin rızası halinde tanıklıktan çekinme mümkün olmayacaktır. Yine, aksine bir görüş yürürlükteki mevzuatımız açısından isabetli olmayacaktır.

Tanığın kendisine veya yakınlarına zarar vermesi nedeniyle tanıklıktan çekinmesi; doğrudan doğruya mali bir zarar, şeref ve haysiyeti ihlal veya ceza kovuşturması ile gizlenmesi gereken sanata ait sırlar nedeniyle olmaktadır. Devlet hizmetlerinde bulunanların meslek sırrı ile bağlı oldukları vakıalar hakkında hizmetlerinden ayrıldıktan sonra da mensup oldukları resmi makamın yazılı izni olmadıkça tanık olarak dinlenmeleri mümkün değildir. Bu düzenleme emredici niteliktedir.

Tanıklıktan çekinmenin mümkün olmadığı haller; hukuki bir tasarrufta hazır bulunma hali, ölüm ve evlenme engelleri, mali anlaşmazlık hali ile tanığın selef veya temsilci sıfatıyla kendisinin yaptığı işlemlerden oluşmaktadır. Kanunumuzun 245. maddesindeki yazılı haller ile 246. maddenin 1. fıkrasında yazılı olan hallerde, 248. maddedeki nedenlerden biri gerçekleşirse tanıklıktan çekinme söz konusu olmaz.

Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan tanık, bu hakkını kullanmayı tercih etmezse ve tanıklık yapmayı isterse, Kanunun 247. maddesi gereği yeminsiz dinlenir. Bu durumda hâkim tanık beyanlarını değerlendirirken dikkatli olmalıdır.

Son olarak, tanıklıktan çekinme usûlünde hata yapılması durumunda sorunun nasıl giderileceğine değinmekte yarar vardır. Çekinme usûlünde hata yapılması usûl

hukukuna ilişkin bir temyiz sebebidir. Usûl hukukuna ilişkin temyiz sebepleri de mutlak ve nispi olmak üzere iki çeşittir. Kanunun 428. maddesinin son fıkrasına göre, davanın görülmesi sırasında usûle aykırılık ileri sürülmüş ve bu durum mahkemece dikkate alınmamışsa aykırılık mutlak bozma sebebi olacaktır. Dolayısıyla, çekinme hakkı bulunmayan bir kimsenin bu hakkı olmadığı karşı tarafça ileri sürülmesine rağmen mahkemece bu durum göz önünde bulundurulmamışsa bir mutlak bozma sebebinin varlığından bahsetmemiz mümkün olacaktır.

Tanıklıktan çekinme hakkı olmadığı halde kişiye mahkemece bu hak tanınırsa, tarafın hukuki dinlenilme hakkı ihlal edileceğinden, bu durum esasa etkili bir yargılama hatası olarak mutlak bozma sebebi şeklinde karşımıza çıkacaktır.

Tanığa çekinme hakkının hatırlatılmaması ise her ihtimalde hükmün bozulmasını gerektirecek bir mutlak bozma sebebi olarak düşünülmemelidir. Çekinme hakkı tanınmayan tanığın beyanı hükme esas alınmışsa, bu durumda ortada mutlak bozma sebebi olacaktır ve hükmün bozulması gerekecektir. Ancak, usûl kuralına aykırılık hükme etki etmemişse bozma sebebinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

KAYNAKÇA (BIBLIOGRAPHY)

- AKCAN**, Recep., **Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri**, Ankara, 1999.
- AKINTÜRK**, Turgut., **Türk Medeni Hukuku-Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku**, İstanbul, 2003.
- ALANGOYA**, H.Yavuz., **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul, 2003.
- ANSAY**, Sabri Şakir., **Hukuk Yargılama Usulleri**, Ankara, 1960.
- ARIKAN**, Baha., "Tanık", **ABD.**, Y.1962, S.2.
- BAUR**, Fritz – **GRUNSKY**, Wolfgang, **Zivilprozeßrecht**, Berlin, 1997.
- BELGESAY**, Mustafa Reşit., **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C.II, İstanbul, 1940 (C.II).
- BELGESAY**, Mustafa Reşit., **Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller**, İstanbul, 1940 (Deliller).
- BERKİ**, Şakir., **Hukuk Muhakemeleri Usulü.**, Ankara, 1959.
- BERKİN**, Necmeddin M., **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul, 1969.
- BERKİN**, Necmeddin M., **Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi**, İstanbul, basım tarihi belirtilmemiş, (Tatbikatçılara).
- BİLGE**, Necip., **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara, 1965.
- BİLGE**, Necip - **ÖNEN**, Ergun., **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara, 1978.
- CENTEL**, Nur., **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, İstanbul, 1984.
- ÇATALKAYA**, Cevdet - **TARIKOĞULLARI**, Abdurrahman - **ÖZCAN**, Mustafa Hamdi., **Yeni İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara, 1965.
- DONAY**, Süheyl., "Tartışmalar", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, C.IV, Ankara, 2000.
- DUMAN**, İlker Hasan., "Tanıklık", **AD.**, Y.1984, S.4.
- EĞİLMEZ**, Namık Kemal., "Şahadet ve Şahidin Psikolojisi", **ABD.**, Y.1955, S.6.
- EĞİLMEZ**, Namık Kemal., "Şahadet ve Şahidin Psikolojisi", **ABD.**, Y.1956, S.1.
- ELMAS**, Attila., "Tartışmalar", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, C.IV, Ankara, 2000.
- ERDEMİR**, İter., **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Şerh-Kararlar ve İlgili Mevzuat**, Ankara, 1998.
- ERDOĞAN**, Celal., **Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara, 1982.
- EREN**, Fikret., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2003.
- ERGÜL**, Teoman., "Şahit ve Şahitlik", **AD.**, Y.55, S.9-12.
- ERSOY**, Ersoy., **İzahlı-Notlu-İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara, 1976.
- FEYZİOĞLU**, Metin., **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, 1996.
- GÜNERGÖK**, Özcan., "Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü", **AÜEHFD**, C.VII, S.1-2, Haziran, 2003.

- HANCI, İ.Hamit., Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları-Tıp ve Sağlık Hukuku, İzmir, 1999.**
- KARAFAKİH, İsmail Hakkı., Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara, 1952.**
- KAŞIKÇI, Mehmet., "Meraya İlişkin Uyuşmazlıklarda Yabancı Köyden Tanık Dinlenmesi Üzerine Düşünceler", Yargıtay Dergisi, C.24, S.4, Ekim, 1998.**
- KİPER, Osman., Hukuk Davalarında Kanıtlar Öğreti-Yargısal İçtihatlar-Örnekler, Ankara, 1995.**
- KOÇ, Nevzat., Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir, 2002.**
- KORAL, Rabi., "Takdiri İspat Vasıtaları", İÜHF, C.XII, S.1, 1946.**
- KURU, Baki., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, İstanbul, 2001, (C.III).**
- KURU, Baki., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, İstanbul, 2001, (C.V).**
- KURU, Baki - ARSLAN, Ramazan - YILMAZ, Ejder., Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2005.**
- ÖNEN, Ergun., Medeni Yargılama Hukuku., Ankara, 1979.**
- ÖZEKES, Muhammet., Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, 2003.**
- ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa R. - ÖZBEK, Veli Özer., Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2003.**
- PEKCANITEZ, Hakan - ATALAY, Oğuz - ÖZEKES, Muhammet., Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2004.**
- POSTACIOĞLU, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1975.**
- SINMAZ, Burhan - KARATAŞ, İzzet., İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara, 1987.**
- SUNGURTEKİN, ÖZKAN, Meral., Avukatlık Mesleği - Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir, 1999 (Avukatlık Mesleği).**
- SUNGURTEKİN, ÖZKAN, Meral., Avukatlık Meslek Sırrının Anlam ve Önemi, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C.IV, Ankara, 2000.**
- ŞENSOY, İhsan., Cezada ve Hukukta Şahitlik, İstanbul, 1952.**
- TANJU, Fahrettin., Uygulama ve Açıklamaları ile Hukukumuzda Noterlik, basım yeri belirtilmemiş, 1983.**
- TUĞSAVUL, Muhsin., "Takdiri Deliller", AD., Y.43, S.5, 1952.**
- ULUKAPI, Ömer-ATALI, Murat., Noterlik Hukuku, Konya, 2001.**
- UMAR, Bilge., İktisatçılar İçin Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Ders Notları, İzmir, 1973.**
- ÜSTÜNDAĞ, Saim., Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul, 2000.**
- ZEVKLİLER, Aydın - ACABEY, M.Beşir - GÖKYAYLA, K.Emre., Medeni Hukuk Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara, 2000.**