

**YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA MEDENİ YARGILAMA
HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI BİÇİMDE ELDE EDİLMİŞ
DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLİP
DEĞERLENDİRİLEMEYECEĞİ MESELESİ**

*The Matter About Whether The Evi dences Which Are Obtained
Illegally Can Be Assessed Or Not In Civil Procedural Law*

Cenk AKİL*

ÖZET

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 189, 2 uyarınca hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz. Benzer şekilde Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında da kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme nedeniyle medeni yargılamada da mahkeme tarafından dikkate alınmış her türlü hukuka aykırı delil kararın bozulmasına yol açacaktır. Olması gereken hukuk bakımından bu düzenlemenin yumuşatılması gerekmektedir. Hukuka aykırı bir delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda anayasa ile teminat altına alınmış temel hakların ihlâli suretiyle delil elde edilmesi halleri dışında, hukuka aykırı yolla delil elde etmiş bulunan ve bunun değerlendirilmesini isteyen tarafın yapmış olduğu hukuk ihlâli ile onun korunmaya değer menfaatleri arasında bir denge olup olmadığı araştırılmalıdır

Anahtar Sözcükler: Medeni yargılama hukuku, hukuka aykırı delil, ispat hakkı, temel haklar, kişilik hakkı.

* Dr. (akilcenk@hotmail.com).

ABSTRACT

According to the second sentence of the 189st article Turkish Code of Civil Procedure, the evidences that are obtained by illegal ways to prove an event can not be taken into account by the Court. Similarly, in the Article in the Article 38, subsection VI of the Turkish Constitution it is stated that findings that are obtained illegally can not be accepted as evidence. Because of this provision, every illegal evidence which is taken into consideration by the court will cause the reversal of the decision. As regards ideal law, this provision must be moderated. Except the states in which illegal evidences are obtained by violation of the fundamental rights that are guaranteed in the Constitution, it must be searched if there is a balance between the legal violation of the party, who obtained evidence illegally and wants this evidence to be assessed, and his interests that worth being protected.

Keywords: Civil Procedural Law, illegal evidence, right to prove, fundamental rights, right of personality.

GİRİŞ

Medeni yargılama hukukunda ‘tarafarca getirilme ilkesi’ geçerlidir. Bu ilke gereğince, dava malzemesinin toplanması, yani iddia ve savunmanın dayanağını oluşturan vakıalar ile onları ispatlamak için gerekli olan deliller tarafarca getirilir¹. Bu nedenle, taraflar iddialarını ispatlayabilmek ve davanın kendi lehlerine karara bağlanması için delil temin etmeye çalışacaklardır. İşte bu noktada tarafların delilleri hukuka aykırı biçimde elde etmeleri durumunda bunun sonucunun ne olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Çalışmamızda önce bu konuda bugüne kadar ortaya atılmış teorilere değinilecek, daha sonra benimsemiş olduğumuz teori çerçevesinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilmiş olan bir karar hakkındaki düşüncelerimize yer verilecektir.

I. GENEL OLARAK HUKUKA AYKIRI DELİL KATEGORİLERİ

Medeni yargılamada da ceza yargılamasında olduğu gibi hakikatin bulunması amaçlanmaktadır². Bu bakımdan medeni yargılama ile ceza

¹ Bu bakımdan taraflar arasındaki hukukî uyumsuzluk hakkında verilecek kararın kaderi onların elindedir. Bkz. Dauster/Braun, s. 314.

² Medeni yargılamanın amacı konusunda geniş bilgi için bkz. Taşpınar, s. 759-787; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 3-8; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 47-52; Üstündağ, s. 3 vd.; Tercan, 2001, s. 39-45; Gaul (çev. Deren-Yıldırım), s. 72-103.

yargılaması arasında farklılık bulunmamaktadır³. Bununla birlikte hakikatin bulunması medeni yargılamada da mutlak bir önceliğe sahip değildir⁴. Hakikatin ortaya çıkarılması amacıyla değerlendirilecek deliller konusunda bireylerin yaşamlarının gizli alanlarına saygı duyulmak suretiyle bazı sınırlamalar getirilmiştir⁵. Bu durum öğretide ispat yasakları ana başlığı altında incelenmektedir⁶. Bu bağlamda, örneğin tarafın kendi namus ve şerefine zarar verebilecek ya da onun cezai bir kovuşturmaya uğramasına yol açacak vakıalar bakımından beyanda bulunmama hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir⁷.

Delil ikamesindeki hukuka aykırılıklar, bizzat delilin caiz olmaması; delil dermeyanın caiz olmaması ve hukuka aykırı yollarla elde edilen delilin caiz olmaması olmak üzere üçe ayrılabilir⁸. Delilin caiz olmaması ile kastedilen belli tipteki delillerin belli bazı davalar bakımından kullanılmamasıdır. Örneğin Alman medeni yargılama hukukunda senet ve poliçe davalarında taraf isticvabı ve senet dışında kalan diğer delillere başvurulmamaktadır (dZPO §§ 592, 595, II; 605, I). Bu durum, bizdeki senetle ispat kuralına (HMK m. 200) benzetilebilir. Delil dermeyanı talebinin caiz olmadığı hallerle daha ziyade ileri sürülmek istenen delilin belirlilikten yoksun olduğu durumlar kastedilmektedir. Örneğin, adından ve adresinden hiç bahsedilmeksizin tanık deliline dayanılması gibi. Yasak delil ikamesinin son türünü ise asıl üzerinde duracağımız hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller oluşturmaktadır. Belirtmek gerekir ki, konu kişi hak ve özgürlükleriyle de yakından ilgili olduğundan gerek mukayeseli hukukta

³ Yılmaz, s. 34; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 52.

⁴ Her iki yargılama hukuku arasındaki farklılık ulaşmaya çalıştıkları amaçlar bakımından değil bu amaca ulaşmak için kullandıkları yöntemlerdendir. Bunun sebebi ise çözmeyi üstlenmiş buldukları uyuşmazlıklar ile korumayı hedefledikleri menfaatin, uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmada kullanacakları maddî hukuk düzenlerinin nitelik itibarıyla birbirinden farklılık göstermesinden kaynaklanmaktadır. Geniş bilgi için bkz. Alangoya, 1979, s. 87.

⁵ Leckner, s. 321.

⁶ Fasching, s. 438; Yıldırım, 2007, s. 862.

⁷ Alman Temyiz Mahkemesi tarafından bu doğrultuda verilen 10.12.2002 tarihli karar için bkz. ZZP 2003/3, s. 374.

⁸ Störmer, 1994a, s. 242. Karş. Hofmann, s. 587-588. Yazar, bu konuda, delil ikamesi yasağı ve delil değerlendirme yasağı ayırımı yapmakta; delil ikamesi yasakları başlığı altında da delil konusu yasakları, delil aracı yasakları, delil metodu yasakları ve nispi delil yasakları olmak üzere dörde ayırmaktadır.

gerekse hukukumuzda medeni yargılama hukukuna ilişkin eserlerden ziyade ceza yargılaması hukukuna ilişkin eserlerde incelenmiştir⁹.

Hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda Anayasada (m. 38, VI) ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (m. 217, m. 206) açık hüküm bulunmasına rağmen 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı.

II. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ KONUSUNDA İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

A. ALMAN HUKUKU'NDA

Alman hukukunda ileri sürülen görüşleri üç grup altında toplamak mümkündür: Birinci grubu hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmesini kabul etmeyen görüşler; ikinci grubu hukuka aykırı elde edilmiş delillerin değerlendirilmesini kabul eden görüşler ve nihayet sonuncu grubu ise bu ikisini uzlaştıran ve hakim olan görüş oluşturmaktadır. Ancak hakim görüşün hangi hallerde hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delillerin değerlendirilmesini; hangi hallerde ise değerlendirme yasağını kabul ettiği, kendi içinde de tartışmalıdır¹⁰.

1. Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilmesine İlke Olarak Karşı Çıkan Görüşler

Hukuka aykırı elde edilmiş delillerin değerlendirilmesine karşı çıkan görüşün iki temel dayanağı hukuk düzeninin birliği ve medeni yargıda da geçerli olan dürüstlük kuralıdır¹¹.

a. Hukukun Yeknesaklığı (Birliği) Görüşü

Maddî hukuk bakımından hukuka aykırı olarak nitelendirilen bir eylem sonucu elde edilmiş bulunan deliller yargılamada değerlendirilememelidir. Zira aynı konuda maddî hukuk ve usul hukuku farklı ölçütler koymuş olamaz¹².

⁹ Örneğin bkz. Toroslu, s. 55-58; Şahin, s. 343-354; Öztürk, 1995; Yurtcan, 1998; Yurtcan, 2007, s. 261-266; Soyaslan, 2003; İçel, Kaymaz, 1997; Şen, 1998; Kunter, /Yenisey, /Nuhoglu, 2010, s. 1470 vd.; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 362 vd.; Ünver /Hakeri, s. 613 vd.

¹⁰ Bkz. Prütting, s. 1764.

¹¹ Katzenmeier, s. 377 dn. 8; Dauster/Braun, s. 316.

¹² Kellner, 271; Siegert, s. 690). Türk hukukunda benzer görüş ceza hukuku alanında Şen tarafından ileri sürülmüştür. Yazara göre resmi sıfatı olmayan kişilerin fiili suç olmasa da

Bu görüş eleştirilmiş ve maddî hukuka aykırılığın hukuka aykırı delil elde etme eylemi ve sonucunun kınanması yönündeki kanaatten çıktığı ve kişi hakları varlığını korumayı hedeflediği belirtilmiştir. Usulî amaçların, örneğin çalınmış bir senedin, değerlendirilmemesini gerektirip gerektirmediği tamamıyla farklı bir konudur. Ayrıca, delilin maddî hukuka aykırı biçimde elde edilmiş olmasından otomatik olarak onun yargılamada değerlendirilmeyeceği sonucu çıkarılamaz¹³. Hukuk düzeni, hukuka aykırı elde edilmiş delillere olan tepkisini ceza hukuku anlamında kabul ettiği yaptırımlarla göstermiştir; yoksa söz konusu delillerin yargılamada değerlendirilmesini engellemiş değildir¹⁴. Maddî hukuka aykırılık, eğer bunlar usul hukuku tarafından düzenlenmişlerse, usulî sonuçlar doğurur¹⁵. Bu bağlamda delilin maddî hukuka aykırı biçimde elde edilmesinin (örneğin, bir senedin, mektubun çalınması) yaptırımları usul hukukunda değil; maddî hukukta düzenlenmiştir¹⁶. Medeni yargılamada amaç, hakikate uygun düşen kararlar verilmesidir. İspat yükü altındaki tarafın anayasa ile teminat altına alınmış iddiasını ispatlama hakkı ve maddî bakımdan hakikate uygun bir karar verilmesindeki kamu menfaati de daima ileri sürülen delillerin değerlendirilmesini gerektirmektedir¹⁷. Verilecek karar bakımından önemli sayılan delillerin değerlendirilmesi ilkesinden ayrılması için normatif bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Böyle bir düzenleme olmaksızın salt delilin hukuka aykırı elde edilmesinden yola çıkılarak, onun yargılamada değerlendirilmemesi gerektiği sonucuna varılamaz¹⁸.

b. Delil Yasağının Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun 183. Maddesine (GVG § 183) Dayandırılması

Hukuka aykırı elde edilen delilin ilke olarak değerlendirilmemesi gerektiğini savunan görüş sahiplerinden *Kellner*, bunu duruşma sırasında bir suç işlenmesi durumunda ne yapılması gerektiğini hükme bağlayan

eğer bir hukuk kuralını ihlâl etmişse, örneğin, kendisine yetki tanımadığı halde, bir kimsenin evinin içindeki faaliyetlerini gizlice görüntülemişse resmi sıfatı olmayan kişinin bu fiili, kişilik haklarını zedelediği için, elde ettiği delil hukuka aykırı delil niteliği kazanacak ve yargılama dışı kalacaktır. Bkz. Şen, s. 174. Aynı yönde: Soyaslan, s. 16.

¹³ Dilcher, s. 471 (Zeiss, s. 383'den naklen); Gamp, s. 116; Schwab, s. 428; Giessler, s. 1186.

¹⁴ Gamp, s. 116; Störmer s. 335.

¹⁵ Dilcher (Zeiss s. 385'den naklen).

¹⁶ Werner, s. 999.

¹⁷ Habscheid, s. 322.

¹⁸ Störmer, s. 335.

Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun 183 üncü maddesine dayandırarak gerekçelendirmeye çalışmıştır. Söz konusu maddeye göre hâkim, duruşma sırasında işlenen cezai bir eylemi tutanakla tespit ederek savcılığa ihbar etmekle yükümlüdür. Bu görüşe karşı çıkılmış ve söz konusu maddenin ceza yargılaması hukukuna ait bir özellik taşıdığı ve hukuka aykırı elde edilmiş bulunan delillerin medeni yargıda değerlendirilmesi ile bir ilgisinin bulunmadığı ifade edilmiştir.

c. Delil Yasağının Medeni Usul Kanunu'nun 444. Maddesine (dZPO § 444) Dayandırılması

Hukuka aykırı elde edilmiş delillerin yargılamada değerlendirilememesi ayrıca, bir senedin ortadan kaldırılmasının sonuçlarını düzenleyen dZPO § 444 hükmünün¹⁹ kıyasen uygulanması suretiyle gerekçelendirilmiştir²⁰.

Aslında dZPO § 444 hükmünün, bir kimsenin kendi haksız eylemine dayanamayacağına ya da bir şartın, dürüstlük kuralına aykırı biçimde, gerçekleşmesinin engellenmesi ya da sağlanmasının sonuçlarını düzenleyen dBGB § 162'nin altında yatan hukukî düşüncenin bir ifadesi olduğu ve böylelikle anılan hükmün kıyas yoluyla uygulanabileceği savunulmuştur. Fakat bu görüşe de karşı çıkılmış ve senedin ortadan kaldırılmasının sonuçlarını düzenleyen dZPO § 444 hükmünün hukuka aykırılığı şart kılmadığı ifade edilmiştir. Söz konusu hükme göre mahkeme, delil dermeyan eden tarafın senedin içeriği hakkındaki iddialarını ispatlanmış olarak kabul edebilir. Şu halde, mahkemenin bu iddiaları reddetmesi de mümkündür. İşte bu iddiaların mahkeme tarafından hangi şartlarda kabul edileceği; hangi şartlarda ise reddedileceği zaten çözüm bulunmak istenen meselenin bizzat kendisine işaret etmektedir. Bu nedenle dZPO § 444 hükmünün hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda herhangi bir kriter oluşturmayacağı söylenebilir²¹.

¹⁹ Söz konusu hükme göre, taraflardan biri, senedi, karşı tarafın kullanmasına engel olmak amacıyla onun elinden alır, ortadan kaldırır yahut kullanılamaz hale getirirse, karşı tarafın seneden vasıfları ve içeriği hakkındaki iddiaları ispatlanmış sayılabilir.

²⁰ Kellner, s. 271.

²¹ Zeiss, s. 383.

d. Delil Değerlendirme Yasağını Dürüstlük Kuralından Çıkaran Görüş

Tüm hukuka egemen olan dürüstlük kuralı medeni yargılama hukukunda da geçerlidir²². Değerlendirme yasağını savunan bu görüş, gerekçe olarak, tarafların yargılamada delilleri temin ederken dürüst davranmaları ve hile yapmamaları ödevlerini göstermektedir²³. *Werner*, bu görüşü eleştirmiş ve delilin hukuka aykırı biçimde elde edilmesindeki hukuka aykırılığın, onun değerlendirilmesi aşamasına da aktarılması durumunda, bu iki süreç arasındaki farkın ortadan kaldırılmış olacağını ileri sürmüştür. Ayrıca bu görüş, delil elde etme eyleminin karşı tarafa değil de üçüncü bir kişiye yönelik olması durumunda da yetersiz kalmaktadır. Keza, tarafın gerçek olduğunu düşündüğü bir iddiayı ileri sürmesi de mümkündür. Diğer deyişle, bir tarafın hile kastı olmaksızın gerçeğe aykırı bir iddiada bulunması da mümkündür²⁴. Hakikate aykırı bir iddianın kasit olmaksızın ileri sürülmesi durumunda ise usulî hileden bahsedilemez. Şu halde dürüstlük kuralını esas alan görüş, belli dereceye kadar işe yaramakla birlikte tek başına yeterli bir kriter oluşturduğu kabul edilemez. Zira bu çözüm tarzı bize neyin hile olduğunu söylememektedir²⁵.

Dürüstlük kuralını esas alan görüşün sahibi *Baumgaertel*, daha sonra yazmış olduğu bir makalede, bu görüşünden dönerek normun koruma amacını esas alan ve böylelikle tarafların menfaatlerini dengeleyen bir çözümü savunmuştur²⁶.

²² Baumgaertel, 1956, s. 90 vd. Dürüstlük kuralının medeni yargılama ve icra-iftlâs hukuku bakımından da geçerli olduğu hakkında bkz. Arslan, s. 20-22.

²³ Baumgaertel, 1956, s. 108; Baumgaertel, 1973, s. 353 vd.; Feldmann, s. 855. Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında dürüstlük kuralına dayanarak gizlice alınan ses bandının değerlendirilebileceğine karar vermişti. Karara konu olan olayda karı, kocasıyla baş başa oldukları zamanlarda ona sürekli hakaret etmiş ve kocasının boşanma davası açması durumunda bu söylediklerini inkâr edeceğini defalarca belirtmişti. Davacı koca, karısının sesini kaydettiği onlarca bandı mahkemeye sunmuştu. İlk derece mahkemesinin kararına karşı temyize başvuran davalı karı, gizlice alınmış ses kayıtlarının mahkemede dinlenemeyeceğini ileri sürmüştü de Berlin Eyalet Mahkemesi vermiş olduğu kararda, dürüstlük kuralından hareketle ve özellikle de karının etmiş olduğu hakaretleri daha sonra mahkeme huzurunda inkar edeceğini söylemiş olması karşısında, karının, bantların delil olarak ileri sürülemeyeceği yönündeki iddialarını geçersiz saymıştır. Karar için bkz. NJW 1956, s. 26.

²⁴ Dilcher, s. 473 (Zeiss s. 384'den naklen); Pleyer, s. 334 vd.

²⁵ Zeiss, s. 383.

²⁶ Baumgaertel, 1983, s. 477 vd. (Dauster/Braun s. 316'dan naklen).

e. Hukuka Aykırı Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesinin Hukuka Aykırı Eylemleri Teşvik Edeceği Görüşü

Hukuka aykırı elde edilmiş deliller yargılamada değerlendirilirse tarafların hukuka aykırı biçimde delil elde etmeleri teşvik edilmiş olur. Bu ise hukuk düzeni bakımından tutarsızlık ve çelişki oluşturur²⁷. *Werner*'e göre bu görüş isabetli değildir. Zira bir eylemin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi ve bunun yaptırıma bağlanması maddî hukukun işidir. Uygulamada delilin hukuka aykırı olarak elde edilmesi karşısında mahkemelerin maddî hukuka istinaden bu konuda vermiş oldukları kararlar, tarafların bu tip davranışlardan kaçınmalarında etkili olmaktadır²⁸. Maddî hukuk tarafından hukuka aykırı biçimde delil elde etme eylemi yaptırıma bağlanmış olduğundan, delilin yargılamada değerlendirilmesinin yasaklanması, delili dermeyeran etmek isteyen tarafın bir eylemden dolayı iki kez cezalandırılması anlamına gelir. Bu nedenle bu görüş isabetli değildir. Bunun yanı sıra delilin, yaptırım amacıyla yargılamadan dışlanması Alman Medeni Usul Kanunu'na yabancadır²⁹.

2. Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilmesini Kabul Eden Görüş

İlke olarak delil yasağını kabul eden görüşe karşı çıkanlar, usulî değerlendirme engellerinin tahdidi oluşunu; anayasal boyutu olan olaylar bir yana bırakıldığında, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşü kabul edenlerin ileri sürmüş oldukları gerekçeler kendi içinde üçe ayrılabilir:

a. *Roth*³⁰ ve *Peters*³¹ usul hilesi yasağından yola çıkarak, delilin hukuka aykırı yolla elde edilmesi durumunda tarafın gerçeği söyleme yükümlülüğünü ihlâl etmiş olduğu sonucuna varmaktadırlar. Bu görüş sahiplerine göre medeni yargılama hukukunda gerçeği araştırma amacı diğer amaçlara nazaran önceliğe sahiptir ve değerlendirme yasağı, ancak usul

²⁷ Bu görüşü kabul eden mahkeme kararları için bkz. LAG Berlin, JZ 1982, 258; BGH, NJW 1970, 1848.

²⁸ Peters, s. 153; Gamp, s. 43.

²⁹ Werner, s. 1000.

³⁰ Roth, s. 715 (Dauster/Braun s. 316'dan naklen).

³¹ Beweisverbote im Strafprozess, Gutachten für den 46. DJT 1966, s. 150 (Zeiss s. 384'den naklen).

hukuku tarafından açıkça öngörülmüş olduğu hallerde geçerlidir³². Bu görüş eleştirilmiş ve burada usul hilesi yasağına başvurulmasının isabetli olmadığı dile getirilmiştir³³. Zira her şeyden önce, karşı taraf iddiasını muhakkak gerçeğe aykırılık kastıyla ileri sürmüş olmak zorunda değildir. Eğer sunulan delilin değerlendirilebilirliği hakkında karar verdikten sonra karşı tarafın gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı davrandığı söyleneydi, böylelikle, delilin, delil dermeyan edenin olguya ilişkin açıklamalarını teyit edeceğinden hareket edilmiş olunurdu. Hâlbuki bu, en erken, delillerin toplanmasından sonra anlaşılacaktır. Diğer deyişle, mantıken önce bir şey gerçekleşecek, onun caizliği hakkındaki karar ise daha sonra verilmek zorunda kalınacaktır³⁴. Bundan başka, medeni yargılamada gerçeği bulma amacına, diğer amaçlara nazaran öncelik tanıyan bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca bu görüş, temel hakların etkilerini de göz ardı etmektedir. Çünkü sadece kanunlaştırılmış usul hükümleri değil; aksine aynı zamanda anayasa hukukuna ilişkin düzenlemeler de usul işlemlerinin hukuka aykırı sayılması sonucun doğurabilir³⁵. Bu bakımdan hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini genel olarak reddeden bu görüş isabetli değildir³⁶.

b. Delil yasağı düşüncesine, yargılamanın gecikmesine işaret edilerek de karşı çıkılmıştır. Buna göre hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda ön sorun ortaya çıkacaktır. Hâlbuki görülmekte olan bir davanın usulî olaylar hakkında özel yargılamaya tahammülü yoktur³⁷. Bu görüşe katılmak olanaksızdır. Zira medeni yargılama hukukunda, davanın geri alınmasının caizliği yahut davanın konusuz kaldığı beyanının geçerliliği vs. hakkında pek çok ön sorun yargılaması yapılmaktadır. Aynı şey ispat hukuku bakımından da geçerlidir. Örneğin bir tanığın ifade vermektense çekinme hakkının bulunup bulunmadığı hakkında ortaya çıkan ön sorun gibi³⁸.

c. Yargılamada hakikati söyleme yükümlülüğünün³⁹ mevcut olduğu (dZPO § 138) göz önünde tutularak, ilk bakışta, hakikatin ortaya çıkarılmasına büyük önem veren bir yargılama anlayışının, delil yasağına

³² Roth, s. 715 (Störmer s. 335'den naklen). Karş. Wiczorek, s. 320.

³³ Pleyer, s. 334 vd.

³⁴ Zeiss, s. 384.

³⁵ Habscheid, s. 321; Schwab, s. 426 vd.

³⁶ Störmer, s. 335.

³⁷ Roth, s. 715.

³⁸ Zeiss, s. 384.

³⁹ Bu yükümlülük hakkında geniş bilgi için bkz. Tercan, 1996.

mecburen karşı koymak zorunda olmadığı düşünülebilir. Ancak hemen bu sonuca varmak isabetli değildir. Her şeyden önce medeni yargıda taraflarca getirilme ilkesi temelinde, şekli hakikat ilkesi, bu düşünceyi çürütmektedir. Zira medeni yargılamada ‘taraflarca hazırlama ilkesi’ egemendir. Bu ilkenin bir sonucu olarak tarafların vakıalara ilişkin birbiriyle uyum gösteren beyanları ile mahkemeye hakikate uygun düşmeyen bir hadiseyi sunmaları mümkündür ve mahkeme tarafların bu beyanları ile bağlıdır. Bu bağlamda, örneğin, dZPO § 288, I uyarınca mahkeme ikrar edilmiş bir vakıa ile bağlıdır⁴⁰. Bundan başka hakikatin araştırılması konusunda Alman Medeni Usul Kanunu’nda yer alan kimi düzenlemeler ile tanıkların tanıklık yapma mecburiyetlerine getirilen sınırlamalara ilişkin hükümler, bu düşüncenin reddini gerektirmektedir. Tanığın ifade vermektan çekinme hakkının öğretilmemesi ya da bu hakkın yanlış öğretilmesi ve susma hakkının ihlâli onun vermiş olduğu ifadenin değerlendirilmesini önleyecektir⁴¹.

Hukuka aykırı biçimde elde edilen delillerin değerlendirilmesini genel olarak reddeden görüş sahipleri, aynı zamanda, tarafların Anayasa uyarınca sahip oldukları adil yargılanma hakkının varlığını da gözden kaçırmaktadır. Zira, bu ilke gereğince, mahkemeler her iki tarafa da eşit davranmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülüğün bir sonucu olarak taraflar delil toplanmasını ve bunların değerlendirilmesini isteme hakkına da sahiptirler⁴².

3. Somut Olayın Koşullarını Dikkate Alan Görüşler

Somut olayın koşullarını dikkate almak suretiyle hukuka aykırı elde edilmiş delillerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda karar veren görüşlerden ilki, delilin hukuka aykırı elde edilmesinin yargılamaya doğrudan etkisini ancak delil ikamesiyle tarafın anayasa ile teminat altına alınmış bir temel hakkının ihlâli durumunda kabul etmektedir⁴³. Bu görüşün temsilcilerinden *Schwab*, hukuka aykırı biçimde elde edilen delillerin

⁴⁰ Dauster/Braun, s. 317.

⁴¹ Zeiss, s. 385. Niese, ifade vermektan kaçınma hakkını düzenleyen tüm hukuk normlarının müşterek amacının hakikatin daha sağlıklı ve güvenilir biçimde araştırılması olduğunu vurgulamıştır. Bkz. Niese, s. 223.

⁴² Dauster/Braun, s. 317.

⁴³ Schwab, s. 421; Habscheid, s. 321; Werner, s. 998 vd; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 617-618. Buna göre örneğin bir kimse ortaklaşa kullanılan derin garaja gizlice yerleştirdiği video ile arabasına verilen zararı kanıtlamaya çalışmıştır. Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi, bu şekilde elde edilen delilin kişilik haklarını ihlâl ettiği ve bu nedenle yargılamada caiz bir delil olarak kullanılamayacağı sonucuna varmıştır. Karar için bkz. NJW 2002/38, s. 2799-2800.

değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda karar verirken, her zaman tarafların menfaatlerinin ya da kişilik haklarının karşılaştırılmasına göre karar verilemeyeceğini; özellikle kişilik haklarının çekirdeğinin (özünün) ihlâl edildiği hallerde artık bu yola başvurulamayacağını ifade etmiştir⁴⁴. Delilin elde edilmesi hukuka uygun olmakla birlikte onun yargılamada değerlendirilmesinin kişilik haklarını ihlâl edebileceği haller olabilir. Bu hallerde de mahkeme delil toplamaktan kaçınmalıdır. Anayasa ile teminat altına alınmış haklar, mahkeme tarafından da resen dikkate alınmak zorunda olduğuna göre, delilin değerlendirilmesi durumunda, bunun kişilik haklarını ihlâl edeceği sonucuna varan mahkemenin bu talebi reddetmesi gerekir⁴⁵. Bununla birlikte, hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmesi durumunda temel hakların özü zedelenmiyorsa, menfaatlerin kıyaslanması suretiyle bir sonuca varılmalıdır. Şu halde delil elde etme eylemi, alelade bir hukuk normunun ihlâlinden ibaretse kural olarak menfaatlerin kıyaslanması yöntemine başvurulması en isabetli yöntemdir⁴⁶. Örneğin bir olayda, Alman Temyiz Mahkemesi tarafından, umumi telefonla sürekli aranan ve hakaret eden davacının, sunabileceği başka bir delil olmadığı gerekçesiyle karşı tarafın sesini banda alması caiz bir delil olarak nitelendirilmiştir⁴⁷. Alman Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda, kişilik haklarının ihlâli suretiyle elde edilen delillerin değerlendirilmesinin kural olarak Alman Anayasası'nın 2 nci maddesinin birinci ve 1 inci maddesinin birinci fıkrasına aykırı olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte bu tip delillerin istisnai olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, ihlâl edilen kişilik hakkı ile delil dermeyan edenin, bu delili ileri sürmekteki menfaatlerinin karşılaştırılmasından çıkan sonuca göre belirlenir⁴⁸. Yüksek mahkemeler daha önce, tarafların konuşmalarının gizlice dinlenilmesi suretiyle elde edilen delilleri caiz görmediği yönünde kararlar vermişti. Örneğin, Federal İş

⁴⁴ Schwab, s. 428.

⁴⁵ Schwab, s. 429-430.

⁴⁶ Helle, s. 929. Burada delin elde edilmesindeki menfaatin her zaman mevcut alelade ispat menfaatini açacak bir anlama sahip olup olmadığına dikkat edilmelidir. Eğer delil dermeyan eden zaruret haline benzer bir durumdaysa, diğer deyişle elde etmiş olduğu delil, hukuka aykırı saldırıya karşı kendi hakkını ancak bu delille savunabilmekteyse söz konusu delil yargılamada değerlendirilmelidir. Bkz. Musielak, 2004, s. 252-253; Musielak, 2011, s. 944-945 Alman Temyiz Mahkemesi tarafından bu yönde verilmiş bir karar için bkz. NJW, 1958, s. 1344.

⁴⁷ Karar için bkz. JR 1982, s. 287 vd.

⁴⁸ Bkz. NJW 1992, 815 vd.

Mahkemesi, vermiş olduğu bir kararda, işveren ile işçi arasında geçen bir konuşmayı, daha önce yerleştirilmiş bulunan bir araç yardımıyla yan odadan gizlice dinleyen sekreterin tanık olarak ifadesine başvurulmasını caiz görmemiştir. Olayda, işveren, sekreterin tanıklığı aracılığıyla işçinin iş akdini daha önce feshetmiş olduğunu açıkladığını kanıtlamak istemiştir⁴⁹.

Yine somut olayı esas alarak hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini karara bağlayan bir başka görüş de, ne hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine tümüyle karşı çıkmakta ne de bu tip delillerin sınırsız biçimde değerlendirilmesini kabul etmektedir. Zira bu görüşe göre, medeni yargılamada hakikati bulma amacının diğer amaçlara nazaran daha ön plânda olduğunu gösteren bir bulgu yoktur. Bunun yanı sıra, hukuk sülhlerinin maddî hukuka aykırı düşen davranışlarının her halükarda usulî bir etkiye sahip olduğu ve bundan dolayı da genel olarak, hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmesinin yasak olduğu da söylenemez. Yargılama dışında gerçekleşen ve hukuka aykırı olan delil elde etme eyleminden usulî değerlendirme yasağı çıkmaz⁵⁰. Aksine tarafların anayasa ile teminat altına alınmış bulunan ispat hakkı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu, normal durumlarda delillerin toplanması ve değerlendirilmesinin caiz olduğu sonucunu doğurmaktadır. Bu temel kuraldan sapılabilmesi için özel bir meşruiyet temini gerekmektedir. Böyle bir meşruiyet temini, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin ispat değerinin şüpheli olmasından çıkarılamaz. Bunun yanı sıra usulî değerlendirme yasağı için tek başına maddî hukukun ihlâlüne de dayanılmaz. Nihayet, dürüstlük kuralına dayanılması ve her somut olayda değerlendirilebilirlik hakkında karar verilmesi görüşü de kabul edilemez. Şu halde, yapılması gereken, ihlâl edilen normun koruma amacının usulî bir yaptırım olarak değerlendirme yasağını gerektirip gerektirmediğinin tespit edilmesidir. Bu görüşün kabulüyle hukuken korunan farklı menfaatlerin birbiriyle dengelenmesi ve değerlendirilmesinde esnek bir ölçüte başvurulmuş olunmaktadır⁵¹.

İhlâl edilen normun koruma amacı, özellikle hukuka aykırı delil elde etme eyleminin, bireylerin anayasa ile teminat altına alınmış temel konumlarını ihlâl ettiği durumlarda, değerlendirme yasağının kabulünü gerektirir. Bu durumla, özellikle, delil elde etme eyleminin insan onurunu ve genel kişilik haklarını ihlâl etmesi halinde karşılaşılır. Aynı şey,

⁴⁹ Karar için bkz. NJW 1983, 1691 vd.

⁵⁰ Störmer, s. 336.

⁵¹ Prütting, s. 1764.

haberleşmenin, sırların ve konuşulanların gizliliğinin ihlâl edilmesi hallerinde de geçerlidir. Bunun yanı sıra, değerlendirme yasağı, yargılamada hakkaniyeti ve tarafların eşitliğini sağlamak amacıyla delil toplanmasını bizzat yasaklayan usulî normlar bakımından zaten geçerlidir. Bu bağlamda örneğin, bir tanığın sahip olduğu ifade vermektan kaçınma hakkı kendisine bildirilmeden ya da bir kimsenin sahip olduğu susma hakkı ihlâl edilmek suretiyle alınan ifadeler bakımından değerlendirme yasağı işleyecektir⁵². Eğer delil başka bir normun ihlâli suretiyle elde edilmişse bu durumda senetler ve keşif objesi bakımından geçerli olan ve dZPO §§ 422, 423 hükümlerinde ifadesini bulan koruma amacı düşüncesi esas alınarak bir sonuca varılabilir⁵³. Buna karşılık, tanık, bilirkişi ve taraf isticvabı bakımından bu şekilde kıyasen uygulama söz konusu değildir. Bu hallerde de, karşı tarafın onuru ve genel kişilik hakları caiz görülmeyecek biçimde ihlâl edilmiş olmadıkça, hukuka aykırı elde edilmiş delillerin değerlendirilmesi ilkesine bağlı kalınacaktır⁵⁴.

Öğretide, resmi sıfatı olmayan kişilerin delil elde ederken alelade bir hukuk kuralını mı yoksa temel bir hakkı mı ihlâl ettikleri üzerinde durulmuş ve birinci halde bunun yargılama üzerinde herhangi bir etkisinin olmayacağı; temel hak ihlâli durumunda ise bunun değerlendirme yasağına yol açacağı ifade edilmiştir⁵⁵. Bu görüşün temsilcileri, resmi sıfatı olmayan kişilerin de temel hakları ihlâl edebileceklerini kabul etmektedir⁵⁶. Bu görüşe karşı, resmi sıfatı olmayan kişilerin delil elde etmeleri durumunda anayasaya aykırılıktan bahsedilemeyeceği; aksine sadece talep edilen delilleri toplayan mahkemenin bir devlet organı olarak temel bir hakkı ihlâl edip etmediğinin tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁷. Buna göre, temel haklar Alman Anayasası'nın 1 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre yargı erki de dâhil tüm devlet organlarını bağlar. Buna karşılık temel hakların özel hukuk ilişkilerinde doğrudan geçerliliği reddedilmelidir. Zira temel hakların gözetilmesi, resmi sıfatı olmayan kişilere yöneltilmiş bir görev olmadığından onların bu hakları ihlâl etmelerinden de bahsedilemez. Bu bağlamda mahkemeler temel hakları gözetmekle yükümlü devlet organlarıdır. Onlar, Alman Anayasası'nın 1 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca delil

⁵² Bkz. Prütting, s. 1764-1765.

⁵³ Dilcher, s. 469 (Prütting, s. 1765'den naklen).

⁵⁴ Prütting, s. 1765.

⁵⁵ Zeiss, s. 389.

⁵⁶ Gamp, 1981, s. 43 (Störmer, s. 336'dan naklen).

⁵⁷ Werner, s. 1000 vd.

toplarken de doğrudan temel haklara bağlıdırlar⁵⁸. Salt, resmi sıfatı olmayan kişilerin delil elde ederken yaptıkları hukuka aykırı eylemlerden usulî değerlendirme yasağının varlığı çıkarılamaz⁵⁹. *Störmer*'e göre Alman uygulamasında mahkemeler de delillerin hukuka aykırı elde edildiği hallerde, vermiş oldukları kararlarla, kısmen genel kişilik hakları, ihlâlinin tespitiyle yetinmişler ve bundan değerlendirme yasağı sonucuna varmışlardır. Ancak bu kararlarda bu yasağın temel haklardan mı çıkarıldığı yoksa onların özel hukuktaki yansımalarına ilişkin normlardan mı çıkarıldığı anlaşılamamıştır. Bu kararlarda anayasa ile teminat altına alınmış haklar ile alelade haklar arasındaki ayırım dikkate alınmamıştır. Zira medeni hukuk alanında geliştirilen ve zarar tazmini yükümlülüğünü düzenleyen dBGB 823, I'de "diğer haklar" olarak koruma altına alınmış bulunan genel kişilik hakları burada bahsi geçen ve anayasa ile teminat altına alınmış bulunan kişilik haklarından ayrılmalıdır. İlkinde, geniş ölçüde kanun koyucunun müdahalesine açık ve etkisini vatandaşlar arasındaki ilişkilerde gösteren alelade hukuk kurumu⁶⁰; ikincisinde, yani anayasa ile teminat altına alınmış kişilik haklarında ise sadece devletin vatandaşa karşı korumakla ve ihlâl etmemekle yükümlü olduğu temel bir hak söz konusudur⁶¹.

B. AVUSTURYA HUKUKU'NDA

1. *Kodek*'in Görüşü

Hukuka aykırı elde edilmiş olan delillerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği belirlenirken, değerlendirme yasağı ile delil ikamesi yasağı birbirinden ayrılmalıdır. Delil ikamesinin caiz olup olmadığı ancak çok özel hallerde anayasa hukukundan çıkartılabilir. Bu konuda karar verebilmek için, anayasa hukukunun delil ikamesi yetkisine bir sınırlandırma getirip getirmediğine bakmak gerekir. Bu bakımdan ayırma teorisi

⁵⁸ Werner, s. 1000; Schwab, s. 429.

⁵⁹ *Störmer*, s. 336. Bu bağlamda örneğin, ispat sıkıntısı içinde olan tarafın karşı taraftan çalmış olduğu delili açmış olduğu davada delil olarak kullanması ve onun mahkeme tarafından değerlendirilmesi mümkündür. Zira burada da hakim görüşün belirttiği gibi alelade bir hukuk normunun ihlâli suretiyle edinilmiş bir delil söz konusudur. Bundan dolayı yargılamada değerlendirilebilmelidir. Esasen, delil dermeyer edenin hasmı, delilin elde edilmesindeki hukuka aykırılıktan dolayı müdahalenin meni ya da tecavüzün refi davası açma hakkına sahipse, bu yollara başvurarak delil dermeyer edeni ileri sürdüğü delil ikamesi talebini geri almaya zorlayabilir ve bu suretle onun delil dermeyer etmesini engelleyebilir. Bkz. *Störmer*, s. 336.

⁶⁰ Jarass, s. 858.

⁶¹ *Störmer*, s. 336.

tarafklarının, delili elde ederken yaşanan her anayasa hukuku ihlâlinin, otomatik olarak değerlendirmede, yine anayasa ihlâli oluşturacağı fikri doğru değildir. Bu konuda ayırma kuralı geçerli olmalı ve delilin elde edilmesi kural olarak yargılamadan önce ya da en azından yargılamanın dışında gerçekleştiğine göre, delil elde edilirken maddî hukuk ihlâl edilmişse, bunun usul hukukunda da sonuç doğurmak zorunda olmasının gerekçeleri açıklanmalıdır. Delilin elde edilmesi, delil ikamesi ve delilin değerlendirmesi aşamaları birbirinden ayrılmalı ve değerlendirme konusunda bir sonuca varabilmek için her bir delil için ayrı ayrı inceleme yapılmalıdır⁶².

Delil elde edilmesi konusunda anayasa hukuku ile getirilen sınırlamalara sınır getirilmelidir. Buna göre delil elde edilirken, temel hak ihlâlinin de ötesinde kişiliğin, usule yabancı ve fakat korunmaya değer alanı da ihlâl edilmişse söz konusu delil deęerlendirilemeyecektir⁶³. *Fasching* bu görüşü eleştirmiş ve getirilen kriterin, kişilerin daha önce uygulanan psişik ve fiziki baskı ile ifade vermekten imtina haklarını kullanmaktan feragate ya da mahremiyeti korunan belgelerin ve vakıaları ifşa etmeye zorlandıkları halleri kapsamadığını dile getirmiřtir⁶⁴.

1. Rechberger / Simotta'nın Görüşü

Delil değerlendirme yasağı, delil yasağına aykırı olarak toplanmış delilin, hükümde değerlendirilmesini engelleyecektir. Avusturya hukuku bakımından delil yasağı kural olarak reddedilmelidir. Çünkü Avusturya hukuk anlayışında, Anglo-Amerikan hukuk anlayışından farklı olarak, önemli ispat sonuçlarının hâkim tarafından dikkate alınmamasının talep edilmesi olanaksızdır. Bununla birlikte, delil değerlendirme yasağı istisnaen kabul edilebilir. Özellikle, mahkemenin hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delili değerlendirmesi durumunda yargılamaya katılanların anayasa ile koruma altına alınmış hakları ihlâl ediliyorsa değerlendirme yasağının mevcudiyetini kabul etmek gerekir. Böylesi durumlarda delilin değerlendirilmesi sonucu elde edilen sonucun, yokluk yaptırımına tâbi tutulmasının, adil bir sonuç olduğu söylenebilir⁶⁵.

⁶² Kodek, s. 127 vd., 147 vd. (Yıldırım, 2007, s. 867'den naklen).

⁶³ Kodek, s. 122 vd. (Fasching, s. 490'dan naklen).

⁶⁴ Fasching, s. 490.

⁶⁵ Rechberger/Simotta, s. 401-402.

2. Fasching'in Görüşü

Hukuka aykırı biçimde elde edilmiş bulunan delillerin medeni yargıda kullanılıp kullanılmayacağı konusunda pek çok durum birbirinden ayrılmalıdır. Bu bağlamda hukuka aykırı yollarla delil elde etmiş bulunan taraf, bununla sözleşmeye aykırı davranmışsa bu durumda, onun, maddî hukuk kapsamında tazminatla sorumluluğu gündeme gelecektir. Bununla birlikte mahkemenin delili toplaması ve değerlendirmesi bakımından bir engel bulunmamaktadır. Bu sonuç, taraflardan birinin sırf karşı taraf iddiasını ispat edemesin diye elindeki delili ona vermemesi durumunda da geçerlidir. Üçüncü varyasyon ise delilin, aynı zamanda ceza hukuku anlamında cezayı müstelzim bir fiil ile ele geçirilmiş olmasıdır. Bu halde elde edilmiş bulunan delil caiz değildir ve bundan dolayı mahkeme tarafından değerlendirilmemelidir. Bu tip bir ihlâl, kanun yolu yargılamasında da dikkate alınır nitelikte hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra hukuka aykırı biçimde delil elde etmiş olan taraf, cezai yaptırımlara da maruz kalır. Cezai eylemin aynı zamanda bir temel hak ihlâli olup olmadığının şüpheli olduğu hallerde, hukuk mahkemesi, öZPO § 191 uyarınca yargılamayı ceza mahkemesinin vereceği hükmün kesinleşmesine kadar erteler. Hukuk mahkemesi, delil elde etme eyleminin resen kovuşturulması gereken bir suç olduğunu tespit ederse, durumu savcılığa ihbar etmekle yükümlüdür.

Delil elde etme eylemi, cezayı müstelzim bir fiil olmasına rağmen, anayasa ile teminat altına alınmış temel hak ya da özgürlüğün çekirdek alanını ihlâl etmiyorsa, elde edilen delil değerlendirilebilir. Gerçi bu durumda delili gösteren taraf cezayı müstelzim fiilinden dolayı cezai takibata uğrayacaktır ve hukuk mahkemesi de, eğer işlenen suç resen takip edilen suçlardan ise bunu tespit ettiğinde savcılığa ihbar etmek zorundadır. Bu durumda hukuk mahkemesi yine de dermeyeran edilmiş bulunan delili değerlendirecektir. Bu sonuç, pek çok gerekçeyle savunulabilir. Her şeyden önce, delil elde etme eylemi ile ceza hukuku anlamında cezayı müstelzim bir fiil işlenmişse ceza tehdidi ile koruma altına alınmış bulunan hukukî menfaat zaten ihlâl edilmiştir. Bundan başka ceza hukuku normlarının sahip olduğu koruma amacı, yargılama hukukundakilerden farklıdır. Bu amaç, hakikatin yargısal olarak araştırılmasına yönelik bir sınırlandırmayı değil; aksine belli hukukî menfaatlerin korunmasını hedef almıştır. Cezayı müstelzim fiillerden sadece, mahkemenin hakikati araştırma yükümlülüğüne bilinçli olarak zarar verenleri medeni yargılamayı etkilemektedir ve kararın hakikate uygunluk ve doğruluk garantisi ile onun objektifliğini tehlikeye düşürmektedir.

Nitekim bu sonuç, yargılamanın iadesi sebeplerini düzenleyen öZPO § 530, I, c. 1-4'den de anlaşılmaktadır. Bu bakımdan tarafların, temsilcilerinin ya da tanıkların bilinçli olarak hatalı delil üretmeleri ya da göstermeleri ya da hatalı, gerçeğe aykırı ya da noksan karar temellerini hedef almaları söz konusudur. Bu koruma düşüncesinin esas hakkında etkisi olmayan önemsiz delilleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi doğru olmayacaktır. Cezayı müstelzim bir fiil, istisnai olarak öZPO § 530, I c.3'deki cezai eylemleri oluşturmaktaysa mahkeme bu durumda bu delili caiz olmadığı gerekçesiyle reddetmek zorundadır. Buna rağmen mahkeme, söz konusu delili reddetmemişse ilgili taraf yargılamanın iadesi yoluna başvurarak hükmü iptal ettirebilecektir.

C. TÜRK HUKUKU'NDA

Medeni yargılama bağlamında hukuka aykırı delillerin mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmayacağı kanuni olarak ilk defa 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile düzenlendiğinden Türk hukukunda ileri sürülen görüşleri bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce ve sonra olmak üzere ikiye safhaya ayırarak incelemek uygun olacaktır.

1. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN ÖNCE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

a. Berkin'in Görüşü

Berkin, usulsüz, kanunsuz ya da hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillere dayanılarak hüküm verilemeyeceğini belirtmiştir. Buna göre, örneğin evli erkeğin ilişki kurduğu ve ileride evlenmek istediği kadına yazmış olduğu mektupların, posta memuruyla anlaşmak yahut çalmak suretiyle elde edilmesi halinde, boşanma davasında delil olarak kullanılması ve ona ispat gücü tanınması hukuken kabul edilemez. Keza, hâkim kararı olmadan mesken araması sırasında tesadüfen ele geçirilen delillerin, daha sonra bir davada delil olarak kullanılmasına hukuk izin vermez; bu bağlamda, ceza yargısı ile hukuk yargısı arasında bir ayrılaşmaya gidilmesini haklı kılacak makul bir gerekçe bulmak da mümkün değildir⁶⁶. Yazarın görüşünün yukarıda Alman hukukunda temsil edilen görüşlerden, hukukun yeknesaklığı teorisine uygun düştüğü söylenebilir.

⁶⁶ Berkin, s. 734.

b. Tosun'un Görüşü

Tosun, “Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti” isimli eserinde⁶⁷ ceza muhakemesinde hâkimin delilleri resen araştırmak ve getirtmek yetkisine sahip olduğunu, bunun sonucu olarak, başka kişilerin hâkimin yetkili olduğu bu durumlarda hukuka aykırı olarak delil elde etmesinde, bu hareketlerin hâkimin yetkisini ortadan kaldırmadığı söylenirse, kural olarak bu durumlardaki bütün delillerin muhakemede kullanılabilmesi; medeni muhakemede ise hâkimin kural olarak delillerin toplanması konusunda yetkisiz olduğunu; medeni muhakemede taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olduğu için hâkimin incelemelerini taraflarca bildirilmiş olan deliller üzerinden yaptığını ifade etmiştir. Ona göre bütün bunlardan hâkimden başka kişilerin hukuka aykırı olarak elde ettiği delillerin muhakemede geçerli olduğu söylene bile, bu geçerli olma durumlarının sayısının çok az olduğu kolaylıkla anlaşılır. Bunun doğal sonucu ise medeni muhakemede “geçerli olmama ilkesi”dir.

Yazarın “ceza muhakemesinde hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin geçerli olmadığı durumlar istisna teşkil ederken (delilin elde edilmesinin yoklukla sakat olduğu durumlar ve kanunun açıkça gösterdiği durumlar), medeni muhakemede hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin kullanıldığı durumların istisna olduğu”⁶⁸ yolundaki düşüncesine katılmanın mümkün olmadığı haklı olarak belirtilmiştir⁶⁹. Hatta denilebilir ki, ceza yargılaması hukukunda, hukuka aykırı elde edilmiş delillerin değerlendirilememesi konusunda medeni yargılama hukukuna nazaran daha da hassas davranılmaktadır.

c. Pekantez'in Görüşü

Mahkemeye sunulan deliller, anayasa ile güvence altına alınmış temel hakların ya da özel yaşam alanlarının veya kişilik haklarının ihlâl edilmesi suretiyle elde edilmişse yargılamada değerlendirme dışı bırakılmalıdır. Çünkü hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin mahkemede delil olarak değerlendirilemeyeceğini hükme bağlayan hüküm (AY m. 38, VI), sadece

⁶⁷ 1987, s. 65-67.

⁶⁸ Tosun, s. 65.

⁶⁹ Yıldırım, 2007, s. 868 dn. 52.

ceza usul hukuku bakımından değil, medeni usul hukuku bakımından da aynen geçerlidir. Bu nedenle hukuka aykırı biçimde elde edilmiş bulunan delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda hukukumuz bakımından bir değerlendirme yapılırken Anayasanın 38. maddesinin altınca fıkrası esas alınmalıdır. Özellikle, Alman, Avusturya ve İsviçre Anayasalarında hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller hakkında bir hükmün bulunmaması, bu hukuk düzenleri bakımından ileri sürülen görüşler esas alınarak hukukumuz bakımından da aynı sonuca ulaşmamıza engeldir. İkinci olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilmesi açıkça yasaklanmıştır. Buna karşılık, Avrupa'da halen pek çok ülkenin Ceza Usul Kanunu'nda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ceza usul hukukunda da amaç, maddi gerçeğe ulaşmak olup; maddi gerçeğe ulaşma konusundaki kamu yararı medeni usul hukukuna nazaran çok daha ön plândadır. Buna rağmen ceza usul hukukunda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilmesi yasaklanmıştır. Bu itibarla daha az kamu yararının olduğu özel hukuk uyumsuzluklarında hukuka aykırılığın dikkate alınmamasının hiçbir haklı gerekçesi olamaz. Aksi halin kabulü durumunda hukuk devletinde mahkemeler hukuka aykırı yollardan elde edilen delilleri değerlendirmek suretiyle bizzat hukuka aykırı davranmış olurlar. Hukuka aykırılık ise, hakkı ihlâl edilen kişiye tazminat ödemekle dahi giderilemez. Aksi halde, delillerin hukuka aykırı yollarla edilmesine kapı aralanmış olur.

Yazara göre usul hukukunda gerçeğin her zaman ön plânda olduğu görüşü bugün artık benimsenmemektedir. Bu konuda baskın görüş, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin usul hukukunda geçersiz olduğu yönündedir. Nitekim, gerçeğin her ne pahasına olursa olsun ortaya çıkarılmasına ilişkin bir kural, hiçbir hukuk sistemi tarafından kabul edilmiş değildir. Anayasa ile güvence altına alınmış bulunan haklar, medeni yargılamada da korunmalıdır. Aksi çözümün kabulü, Anayasaya aykırı düşecektir. Teknolojinin gelişmesiyle hukuka aykırı yollardan delil elde edilmesi kolaylaştığından, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin değerlendirme dışı bırakılmasına duyulan ihtiyaç da artmıştır.

Usul hukuku maddi hukuka hizmet ettiği için maddi hukukun yasakladığı yöntemlerle elde edilen delillerin usul hukukunda da kullanılmaması gerekir. Zira aksi halin kabulü durumunda maddi hukuk ile

usul hukuku ayrı ayrı çözümler üretmiş olur ki, bu, hukukun bir bütün olduğu anlayışla bağdaşmaz ve çelişkili sonuçların ortaya çıkmasına yol açar.

Yazar, maddi hukuk ve usul hukukunun birbirinden ayrı olmadığını; usul hukukunun maddi hukuka hizmet ettiğini; böyle olunca maddi hukukun yasakladığı yöntemlerle ele geçirilmiş olan delilleri usul hukukunun da kullanmaması gerektiğini zira hukukun bir bütün olduğunu; aksi halde, maddi hukukun ayrı usul hukukunun ayrı çözümler bulacağını, bunun ise bir yandan hukuki çelişkiler yaratacağını öte yandan hukuka olan güveni azaltacağını ifade etmiştir.

Dürüstlük kuralı, sözleşmenin yapılmasından sona ermesine, sözleşmenin ihlâli sebebiyle açılan davadan, bu davadaki tarafların davranışlarına kadar her alanda tereddütsüz ve istisnasız şekilde uygulanır. Davada dürüstlük kuralına uyulması taraflar için bir yükümlülüktür. Öyleyse tarafın dürüstlük kuralına da aykırı biçimde hukuka aykırı biçimde elde etmiş olduğu delili mahkemeye sunamaması gerekir. Sunması durumunda ise mahkeme bu delili değerlendirmemelidir.

Medeni usul hukuku gibi kamu hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralı, delillerin mahkemeye sunulması ve incelenmesinde de geçerlidir. Bu bakımdan kanuna aykırı delillerin mahkemede kullanılabilmesi demek, delil sunan tarafın bu delili dürüstlük kuralına aykırı, daha açık deyimle kanuna aykırı olarak elde etmiş olmasını görmezden gelmek demektir. Bu nedenle, söz konusu delilin hiç incelenmemesi ve bu delilden vazgeçilmesi gerekir. Delili sunan taraf, hukuka aykırı yollardan elde edilen delili sunmaya kalkışır, dürüstlük kuralına aykırı yollardan elde edilen delili sunmaya kalkışır, dürüstlük kuralına aykırı davranmış olacaktır. Böyle bir durumda ise onun sunduğu delil ne kabul edilebilir ne de değerlendirilebilir.

Yazar, ispat hakkının sınırsız olmadığını, özellikle hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin ispat hakkına sınırlama getirmeyi zorunlu kıldığını; hukuk devletinin hukuka uygun biçimde maddi gerçeğe ulaşmayı amaçladığını; ispat yasaklarının maddi gerçeğin araştırılmasının sınırlarını belirlediğini; maddi gerçeği araştırmanın da bir sınırının bulunduğunu vurgulamıştır. Kişilik haklarına müdahale edilmeyen hallerde delil toplanabilir ve bu deliller değerlendirilebilir. Buna karşılık kişilik haklarına, özel yaşama müdahale edilen hallerde delil toplanamaz.

Şayet hukuka aykırı olarak elde edilmiş bulunan delil mahkeme tarafından dikkate alınırsa bu durumda ortaya çıkan hukuka aykırılık temel hakkı ihlal edilen kişinin tazminat davası açması ve bu davayı kazanması ile ortadan kaldırılamaz. Çünkü hukuka aykırı olarak elde edilen delilin esas alınması suretiyle verilen karar mevcudiyetini muhafaza eder. O nedenle hukuka aykırılık, sadece hukuka aykırı biçimde elde edilmiş bulunan delilin değerlendirme dışı bırakılmasıyla giderilmiş olunur⁷⁰.

d. Yıldırım'ın Görüşü

Mukayeseli hukukta medeni usul kanunlarında, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin yasaklanması yolunda açık düzenlemelerden kaçınıldığı, bu alanın bilinçli bir şekilde gri bir alan olarak bırakıldığı tespit edilmektedir. Bu konuda genel bir yasak getirmemek, usul hukukunun amacına, genel olarak ispat hakkına ve hayatın gerçeklerine uygun düşmektedir. Bu bağlamda, delilin ikamesi ve değerlendirilmesi ayırımı yapılmak suretiyle, delilin ikamesinde yasak, ancak, anayasa hukukunun mahkemenin delil ikamesi yetkisine bir sınırlama getirdiği hallerde söz konusu olabilecek; böyle bir sınırlama söz konusu değil ise her türlü delilin ikamesine izin verilebilecektir. Hukuka aykırı yoldan elde edilmiş ve ikame edilmiş delilin bu aşamada değerlendirilmesi önemli hale gelecektir. Kural olarak hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine hâkim karar vermelidir. Fakat hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin, elde edilmesi esnasında çığnemenen maddî hukuk kuralı, kişinin anayasa ile teminat altına alınmış insan haysiyetine ve onuruna (şeref ve haysiyetine) ilişkinse değerlendirme yasağı söz konusu olmalıdır⁷¹.

e. Tanrıver'in Görüşü

Hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delillerin mahkemelerce değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda Anayasa hukukundan geniş ölçüde yararlanan özgün bir görüş *Tanrıver* tarafından ileri sürülmüştür⁷². Bu görüşe göre medenî usul hukukunda, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin konumunun ne olacağını açıkça belirleyen herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmaması, hiçbir zaman, sözü edilen

⁷⁰ Pekcanitez, s. 826-829.

⁷¹ Yıldırım, 2007, s. 871. Karş. Yıldırım, 1990, s. 246.

⁷² Tanrıver, s. 30 vd.

hukuk alanında, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere ispat gücü tanınacağı anlamına gelmez. Her şeyden önce Anayasa'nın 38 inci maddesinin altıncı fıkrasında, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Sözü edilen anayasal kural, her ne kadar, ceza yargısına ilişkin gibi görünse de, tüm yargı çeşitleri, bu arada adli yargı bütünü içinde yer alan hukuk yargısı bakımından da geçerlilik taşıyan bir düzenleme konumundadır. Her şeyden önce Anayasa'nın 176 ncı maddesinin ikinci fıkrasının açık metni uyarınca, madde başlıkları Anayasa metninden sayılmaz. Dolayısıyla, Anayasa'nın 38 inci maddesindeki düzenlemenin madde başlığının "suç ve cezalara ilişkin genel esaslar" şeklinde olması, sözü edilen maddenin altıncı fıkrasında yer alan temel ilkenin uygulanma alanının, sadece ceza yargısı ile sınırlı olduğu anlamına hiçbir zaman gelmez. Öte yandan, Anayasa'nın 177 nci maddesinin (e) bendinde, "Anayasa'nın halk oylaması sonucu kabulünün ilanı ile birlikte yürürlüğe girecek hükümleri, mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa, bunlara ilişkin işlemler için, mevcut kanunların Anayasa'ya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri Anayasa'nın 11 inci maddesi gereğince uygulanır." şeklinde bir kural yer almaktadır. Bu düzenlemeyle, Anayasa'nın getirdiği yeni hükümlerin ve kurumların hayata geçirilmesi için, yeni kanunların yapılması ve mevcut kanunların değiştirilmesi gerekiyorsa, ilgili Anayasa'nın hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanabilirliği kabul edilmiş bulunmaktadır. Hukuk yargısında hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin ispat hukuku bağlamında etkisinin ne olacağını açıkça belirleyen herhangi bir kanuni düzenlemenin bulunmaması sebebiyle, hukuk yargısında, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hukukî durumunun ne olacağını belirlenmesinde de Anayasa'nın 38 inci maddesinin altıncı fıkrasında yer alan kural, yine Anayasa'nın 177 nci maddesinin (e) bendi uyarınca, doğrudan doğruya işlerlik kazanacak ve dolayısıyla yapılan bu tespit karşısında, hukuk yargısında da, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere ispat gücü tanınamayacaktır.

Yazar Anayasa'nın 138 inci maddesine de dikkat çekmiştir. Buna göre, Anayasa'nın 138 inci maddesinin birinci fıkrasında, hâkimlerin, anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Bu durumda, Anayasa'ya ve daha geniş çerçevede hukuka uygun olarak karar verilebilmesi için, bir davanın temelini

oluşturan ve çekişmeli bir nitelik taşıyan maddî vakıaların ispatında kullanılacak olan ispat araçlarının, yani delillerin, hukukun tasvip ettiği yollardan elde edilmesi gerekir. Aksi halde, hukuk dışı yollara başvuru suretiyle elde edilen delillere, anılan Anayasa kuralı çerçevesinde de ispat gücü tanınmayacak; diğer deyişle bu deliller, mahkeme tarafından değerlendirilmeyecektir. Ayrıca, Anayasa'nın 36 ncı maddesinin birinci fıkrasında, hak arama özgürlüğünün yani davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkının, ancak meşru vasıtalarla yararlanmak suretiyle kullanılabilmesine açıkça işaret edilmiştir. Dolayısıyla iddia ve savunma hakkının kullanılmasında, kendisine müracaat edilecek olan ispat araçlarının hukukun tasvip ettiği yollardan elde edilmiş olması şarttır. Aksi takdirde, anılan hüküm çerçevesinde de hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere, bir davada ispat gücünün tanınması mümkün olmayacaktır.

Yazar görüşünü gerekçelendirirken Anayasa hukukunun yanı sıra adil yargılanma hakkını, hukuk devleti ilkesini ve medeni yargılamada da geçerli olan dürüstlük kuralını (TMK m. 2) da esas almıştır⁷³.

Kanımızca yazarın görüşlerinin, Türk pozitif hukuku bakımından, genel olarak, Alman hukuk öğretisinde savunulmuş bulunan “hukukun birliği” görüşüne yakın olduğu söylenebilir.

2. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN SONRA İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

a. Pekcanitez / Atalay / Özkes'in Görüşü⁷⁴

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı sadece delil yöntemi yasağı durumunda değil daha genel biçimde kabul edilmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Bu hükümle “yasağa aykırı bulgu”, “yasaya aykırı delil” anlamında kullanılmıştır. Anayasa'nın bu hükmünün yanı sıra hukuk devleti ilkesi de hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hükme esas alınmasına engel teşkil eder. Anayasada yer alan hüküm genelliği nedeniyle sadece ceza usul hukukunda değil, tüm yargılama

⁷³ Geniş bilgi için bkz. Tanrıver, s. 33-35.

⁷⁴ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 465-466.

hukuklarında geçerlidir. Bu hüküm karşısında hukuk, idare, ceza, anayasa ve disiplin yargılamasında da hukuka aykırı delillerin kullanılması ve bunların karara dayanak teşkil etmesi mümkün değildir.

Hukuka aykırı delillerin medeni yargılamada kullanılmayışının bir diğer gerekçesi de dürüstlük kuralıdır. Zira davada dürüstlük kuralına uyulması taraflar için bir yükümlülüktür. O itibarla taraf, dürüstlük kuralına da aykırı biçimde hukuka aykırı biçimde elde ettiği delili mahkemeye sunamayacaktır.

Her ne kadar hukuka aykırı bir delil sunan taraf iddiasını ispatlamak istemekte ise de ispat hakkı sınırsız değildir. HMK m. 189, 1 uyarınca taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir. Özellikle hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller ispat hakkının sınırlandırılmasını gerektirmektedir. Zira hukuk devleti, hukuka uygun biçimde maddi gerçeğe ulaşmayı hedefler. İspat yasakları da maddi gerçeğin araştırılmasının sınırlarını çizer.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delilin değerlendirilmesi ile ortaya çıkan hukuka aykırılık, temel hakkı ihlâl edilen kişinin tazminat davası açması ve tazminat davasını kazanması ile giderilemez. Zira bu şekilde verilen kararın bünyesindeki hukuka aykırılık kalıcı olup tazminat verilmesiyle ortadan kaldırılamaz. Hukuka aykırılığın giderilmesi ancak hukuka aykırı biçimde elde edilmiş bulunan delilin değerlendirilmemesi ile sağlanır.

b. Kuru / Arslan / Yılmaz'ın Görüşü⁷⁵

İspat hakkı, tarafların usulüne uygun olarak ileri sürdükleri delillerle kullanılır. Ne ki, ispat hakkı pahasına hukuka aykırı olarak delillerden de yararlanılmasına izin verilemez. İşte bu nedenle, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin, bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı Kanunda açıkça düzenlenmiştir (HMK m. 189, 2). Bu düzenleme ile tarafların yargılamada ileri sürdükleri delilleri elde ediş biçimleri mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınması ve delilin her ne suretle olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi durumunda diğer taraf buna itiraz etmese dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek, değerlendirme dışı tutulması ilkesi kabul edilmiştir.

⁷⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 369.

3. Görüşümüz

Yukarıda da ifade edildiği gibi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce de hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillerin yargılamada değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Özellikle 3.10. 2001 tarihinde 4709 sayılı Kanun ile Anayasanın 38. maddesine eklenen altıncı fıkra ile kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulunan bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Öğretide isabetle belirtilmiş olduğu gibi bu hüküm karşısında Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda konuya ilişkin hiçbir düzenlemenin bulunmadığı ileri sürülerek hukuka aykırı yollarla elde edilmiş bulunan delillerin medeni yargılamada dikkate alınabileceğini söyleyebilmek olanaksızdır. Zira Anayasa'nın 138 inci maddesinin birinci fıkrasında, hâkimlerin *anayasaya*, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri hususu açıkça düzenlenmiştir. Keza, Anayasa'nın 11 inci maddesinin birinci fıkrasına göre de "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." O halde medeni yargı alanına ilişkin bir davayı gören mahkemelerin de Anayasa hükümlerini her zaman göz önünde bulunduracakları tartışmasızdır⁷⁶. Bunun yanı sıra, yine Anayasa'nın 177 nci maddesinin (e) fıkrasında "Anayasanın halk oylaması sonucu kabulünün ilanıyla birlikte yürürlüğe girecek hükümleri...mevcut kanunların Anayasa'ya aykırı olmayan hükümleri veya *doğrudan Anayasa hükümleri...uygulanır.*" Buna göre, Anayasa'nın getirdiği yeni hükümlerin ve kurumların hayata geçirilmesi için, yeni kanunların yapılması ve mevcut kanunların değiştirilmesi gerekiyorsa, ilgili Anayasa'nın hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanabilirliği kabul edilmiş bulunmaktadır⁷⁷. Bütün bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde medeni yargı alanında mahkemelerin kararlarını hukuka aykırı yollarla elde edilmiş bulunan bir delile dayandıramayacakları söylenebilir⁷⁸.

⁷⁶ Anayasa'nın Medenî Usul Hukukuna etkisi hakkında geniş bilgi için bkz. Alangoya, 1981, s. 1-4.

⁷⁷ Gören, 2001, s. 30-31; Gören, 1993, s. 75; Tanrıver, s. 30.

⁷⁸ Karşı görüşte: Yıldırım, 2007, s. 868. Yazar, Anayasa'nın 38 inci maddesinin altıncı fıkrasının münhasıran suç ve cezalara ilişkin olduğunu; bu nedenle söz konusu kuralın medeni yargı alanında doğrudan kullanılamayacağını; ceza yargılamasında devletin, birey karşısında güçlü olması ve her imkânı kullanabilme tehlikesinin bulunması hukuka aykırı

Sonuç olarak Anayasa'nın 38 inci maddesinin altıncı fıkrası medeni yargılama alanında da doğrudan uygulanacaktır. Fakat yapılan bu düzenleme, kanımızca, sanılanın aksine, isabetli olmamıştır. Bu kural ile – farkında olunmadan- adeta tüm yargılama kanunlarının üstünde yeni bir bozma sebebi kabul edilmiştir. Eğer bu kural mutlak anlaşılacak olursa⁷⁹ gerek devlet organlarının gerekse resmi sıfatı olmayan kişilerin hukuka aykırı herhangi bir eylemi sonucu ele geçmiş her türlü delilin yargılamada dikkate alınmaması gerekir ki, böyle bir durumda yargılama hukuklarında yer alan bozma sebeplerinin hiçbir anlamı kalmaz. Gerçekten yargılama kanunları her türlü hukuk ihlâlini, verilmiş bulunan mahkeme kararlarının iptali için yeterli görmemiştir. Nitekim nispi bozma sebepleri olarak bilinen hallerde kararın bozulması, verilen karar ile yapılan hukuk ihlâli arasında illiyet bağıını gerektirmektedir. Kanımızca Anayasa'nın söz konusu hükmü Anayasa'dan tamamıyla çıkarılmalıdır. Eğer bu yapılamıyorsa hiç olmazsa, ilgili hükmün başına “kanunda başkaca düzenleme bulunmadıkça” ibaresi eklenmelidir. Benzer gerekçelerle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağına hükme bağlanması da, kanımızca isabetli olmamıştır. Zira bu hüküm de lafzı itibarıyla mutlak olduğundan ve hiçbir esneklik arz etmediğinden⁸⁰ alelade hukuka aykırılıklar bakımından kararın bozulmasına ve davaların çok uzamasına yol açabilir⁸¹.

yoldan elde edilen delillerin değerlendirilmesine engel olunmasını gerektirdiğini; medeni usul hukukunda ise eşitler arasında bir yargılama söz konusu olduğundan ceza usul hukuku literatürünün medeni usul hukukunda doğrudan değerlendiremeyeceğini ifade etmiştir.

⁷⁹ Nitekim öğretilerde haklı olarak hükmün lafzı dikkate alınarak “mutlak delil yasağından” bahsedilmiştir. Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul, s. 301.

⁸⁰ Nitekim HMK m. 189'a ilişkin gerekçede de ispat hakkının delillere ilişkin yönünün hukuki çerçevesinin çizildiği, bir davada ileri sürülebilecek her türlü delilin mutlaka hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması gerektiği; fıkrada öngörülen düzenlemeye göre, hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı düzenlenmek suretiyle, yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde edilmiş biçiminin mahkeme tarafından resen göz önüne alınması ve delilin her ne suretle olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi halinde diğer tarafça bir itiraz ileri sürülmesi dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesinin kabul edildiği dile getirilerek yasağın mutlak olduğu ifade edilmiştir.

⁸¹ Karş. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 113-114. Yazarlara göre bu konuda karşılaştırmalı hukuk esas alınarak hukuka aykırı delillerin esas alınmaması kural olarak kabul edilebilir; bu kurala bazı hallerde hayat olayının zorunlu kılması nedeniyle istisnalar

Olması gereken hukuk bakımından, bu konuda her türlü hukuka aykırı delili değerlendirme dışı bırakmaya yol açacak bir hükme yer verilmesinin doğru olmadığı kanısındayız. Her somut olayda, anayasa ile teminat altına alınmış temel hakların ihlâli suretiyle delil elde edilmesi halleri dışında, hukuka aykırı yolla delil elde etmiş bulunan ve bunun değerlendirilmesini isteyen tarafın yapmış olduğu hukuk ihlâli ile onun korunmaya değer menfaatleri arasında bir denge olup olmadığı araştırılmalıdır⁸². Bunun için de öncelikle, somut olayda delil elde edilirken hangi hukuk normunun ihlâl edildiği tespit edilmeli; daha sonra ihlâl edilen bu normun koruma amacının ne olduğu araştırılmalıdır. Normun koruma amacı ile bu normu ihlâl etmek suretiyle delil elde eden tarafın menfaatlerinin karşılaştırılması sonucunda delilin değerlendirilmemesinin haksızlık teşkil edeceği; özellikle de delili elde eden tarafın başka türlü delil elde etmesinin ondan beklenemeyecek kadar güç ya da imkânsız olduğu hallerde, o delil değerlendirilebilmelidir. Ancak hukuka aykırı delil elde eden tarafın salt ispat güçlüğü altında bulunması, delilin değerlendirilmesi bakımından tek başına yeterli kabul edilmemelidir. Bu bağlamda mesela, bir kimsenin yalancı tanık temin ederek, diğer bir kimseye karşı onun kendisine hakaret ettiğini ileri sürerek manevi tazminat davası açması halinde; davalının, davacının yalan tanıklık yapan kimse ile konuşurken kendisinin iftira attığını kabul ettiği esnada bu konuşmayı ses bandına kayıt etmesi ve bunu mahkemede delil olarak ileri sürmesi -özellikle kendisinin bunu ispatlayacak bir tanık bulamaması durumunda- kabul edilmelidir⁸³. Zira bireylerin özel hayatının kanun koyucu tarafından korunmasının sebebi, yani ilgili hukuk normunun koruma amacı, onlara belli hayat alanlarında dokunulmazlık sağlayarak, kişiliklerini özgürce geliştirebilmelerine olanak tanımak olup⁸⁴; yoksa onların bunun arkasına gizlenerek başkalarına karşı haksız fiil yahut suç işlemelerine kolaylık sağlamak değildir.

tanınabilir ve bunun için fıkranın başına kural olarak ibaresi eklenebilir. Yukarıda bahsedildiği gibi bizce de kuralın katılığını giderecek bir düzenlemeye yer verilmelidir.

⁸² Karş. Yıldırım, 2007, s. 871.

⁸³ Nitekim ceza hukukunda da bir kimsenin sesini gizlice kaydetmenin TCK m. 133 uyarınca suç olduğu belirtildikten sonra, tehdit telefonları alan ve bunu tanıkla ispatlayamayacak durumda olan mağdurun karşı tarafın sesini gizlice banda alması durumunda onun meşru müdafaa içinde bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 495.

⁸⁴ Karş. Hafızogulları, s. 5.

II. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 25.9.2002 TARİHLİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25.9.2002 tarihli kararında hukuka aykırı elde edilmiş delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusuna da değinmiştir. Yargıtay'ın vermiş olduğu karara konu olan olayda davacı koca, açmış olduğu boşanma davasında karısının tutmuş olduğu hatıra defterine dayanmak istemiş; yerel mahkeme davalı kadının izni alınmadan kendisi tarafından tutulan günlük isimli defterin içeriğinin bu davada koca tarafından delil olarak ileri sürülemeyeceğini, günlük içeriğinin davalı kadının gizlilik alanına, sırlarına dâhil olduğunu, davalının kişilik haklarını ilgilendirdiğini, incelenmesi ve değerlendirmeye tâbi tutulmasının mümkün olmadığını; tek başına tanık beyanlarının da davacı kocanın iddialarını kanıtlamaya yetmediğini söyleyerek davayı reddetmiştir. Davanın temyize götürülmesi üzerine karar bozulmuş; yerel mahkeme kararında direnmiştir. Bunun üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu kararında kullanılan delillerin çalınmış olması yahut tehdit ya da zorla elde edilmiş bulunması halinde hukuka aykırılığın mevcut olduğunu; hukuka aykırı olarak elde edilmemiş delillerin ise yasak bir delil olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Yargıtay'a göre, boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. Koca, karısı ile birlikte yaşadıkları mekânda bulduğu karısına ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yoldan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı evde yaşayan kadın, kocasının bu delilleri bulabileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde ya da yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekânın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdükleri bir yer olduğundan kadın için gizli mekân kabul edilemez. Hiç kimse evindeki bir mekânda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan elde etmiş sayılamaz. Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. Eşlerin, evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde tereddüt etmemek gerekir⁸⁵.

⁸⁵ "...Taraflar arasındaki evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanan boşanma" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kartal Asliye 2. Hukuk Mahkemesinde davanın reddine dair verilen 26.4.2001 gün ve 2000/163 Esas, 2001/262 K.

sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2.Hukuk Dairesinin 9.11.2001 gün ve 2001/14984 Esas, 2001/ 15615 Karar sayılı ilamı ile; (...Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davacının davalıyı dövdüğü ifadeler ve günlük birlikte değerlendirildiğinde davalının da güven sarsıcı davranışlar içinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu halde, taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemeye önceki kararda direnilmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: KARAR : Dava, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanan boşanma istemine ilişkindir. Davacı, taraflar arasında son zamanlarda çıkan geçimsizliğin, davalı kadının evi terk etmesiyle neticelendiğini ve geçimsizlikte kusurun davalıda olduğunu belirterek, şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanmalarına karar verilmesine istemiş; davacı vekili 28/11/2000 tarihli delillerin ibrazına ilişkin dilekçesinde, evlilik birliği devam ederken davalı kadının kayınbiraderi A. İle yaşadığı yasak ilişkiyi ortaya koyan günlük isimli defteri mahkemeye ibraz edeceğini, olayın tanıklarca da ifade edileceğini, bu ilişkinin ortaya çıkmasından sonra şiddetli geçimsizliğin başladığını ileri sürerek, davalı tarafından yazılan defteri 7/12/2000 tarihli duruşmada ibraz etmiştir. Davalı, taraflar arasındaki geçimsizlik kusurunun davacıda olduğunu, davacı ile 1990 yılından 1995 yılına kadar gayri resmi birlikte yaşadıklarını, müşterek çocuk C.M.'nin doğumundan sonra 1995 yılında resmen evlendiklerini, henüz 15 yaşında iken kendisini kaçırmak suretiyle evlenen davacının, müşterek yaşamda da zor kullanmayı sürdürdüğünü, 27/2/2000 günü evde kavga çıkaran davacının şiddet kullandığını, aynı gece kayınbiraderinin yanına sığındıktan sonra ertesi gün dövdüğüne dair rapor aldığını savunarak reddini istemiş; Günlüğün ibraz edildiğini 7/12/2000 günlü duruşmada davalı vekili inceleyip beyanda bulunacaklarını bildirmiş ve müteakip duruşmada günlük müvekkilimin kişisel bir eşyasıdır. Onun izni olmadan delil olarak verilmesini kabul etmiyorum şeklinde bulunmuş, zaptı imzalamıştır. Yerel mahkemeye; dinlenen davacı tanıkları Z.A., Ş. İ. ve Ö.A.'in açık ve kesin bilgilerinin mevcut olmadığı; davalı tanıkları F.K. ve G.K.'nin davalının savunmasını doğrular mayette davacı kocanın davalıya hakaret edip dövdüğünü bildirdiği, davacı tanıklarının beyanından davalı kadının aile birliğine sadakatsizlikte bulunduğu dair bir sonuca varılması imkanının görülmediği ve iddianın aksine, davacının kusurlu davranışlarının bulunduğu” gerekçesiyle davanın reddine dair verdiği karar, Özel dairece yukarıda açıklanan gerekçe ile bozulmuştur. Yerel mahkeme, davalı kadının izni alınmadan, kendisi tarafından tutulan “günlük” isimli defterin içeriğinin bu davada, koca tarafından delil olarak ileri sürülemeyeceği, günlük içeriğinin davalı kadının gizlilik alanına, sırlarına dahil olduğu, davalının “kişilik haklarını” ilgilendirdiği, incelenmesi ve değerlendirmeye tabi tutulmasının mümkün olmadığı; Tek başına tanık beyanlarının da davacı savını kanıtlamadığı, davacı kocanın davalı kadını döverek ağır kusur içinde olup davalıya yüklenecek herhangi bir kusurun varlığı ispatlanamadığı gerekçesiyle direnme kararı vermiştir. Uyuşmazlık; davalı kadının güven sarsıcı davranışlar içerisinde bulunup bulunmadığı, sözü edilen davranışların ispatı ile ilgili olarak davalı tarafından tutulan “GÜNLÜK” isimli defterin delil niteliğinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktalarındadır. Yargılama sırasında tanıklardan Ş.İ.; Davalı kadının kendisine” kocam beni kayınbiraderim A. ile birlikte yakaladı artık eş

Özel hayatın gizliliği Anayasa m. 20⁸⁶, İHEB m. 12, AİHS m. 8, TMK m. 24 ve TCK m. 134 ile güvence altına alınmıştır. Özel hayatın en gizli yanını ise gizli yaşam alanı oluşturmaktadır. Bununla kastedilen kişinin öteki tüm kişilerin bilgisinden uzak tuttuğu bir yaşam alanıdır⁸⁷. Günlükte

ile bir araya gelebileceklerini” söylediğini, kardeşi A. ile davalı kadının ilişkisinin bulunduğunu davacıdan ve komşularından da duyduğunu, ifade etmiştir. Yukarıda aksi kanıtlanmayan tanık anlatımına göre davalı kadın, kayınbiraderi A. 'e ilgi duyduğunu ve bu duyguları nedeniyle eşiyile olan müşterek hayatı yürütemeyeceğini, kendisinin de boşanma isteğini bir kısım tanıklara açıklamıştır. Davalı tarafından tutulan “günlük” defterinin delil olarak değerlendirilip, değerlendirilemeyeceği konusu gelince; “Zehirli ağacın meyveleri” olarak ifade edilen hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır... Öncelikli olarak hayatın gizliliğinin korunması esas olmalıdır. Ancak somut olayın özelliği bu genel görüşten ayrılmayı gerektiren istisnalar içermektedir. Kullanılan deliller çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş ise burada hukuka aykırılık vardır. Hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş deliller ise yasak bir delil olarak değerlendirilemez. Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. Koca eşi ile birlikte yaşadıkları mekânda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirilebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde ya da yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekânın eşlerin müşterek yaşamalarını sürdürdüklerini bir yer olduğundan kadın gizli mekân kabul edilemez. Hiç kimse evindeki bir mekânda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz. Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerin ispat edilebilir. Nasıl ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulunduran not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez. Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, dinlenen tanıkların anlatımlarına, davalı kadın tarafından tutulan not defterinin içeriğine göre, davalı kadının evlilik birliği içinde davacı kocaya karşı sadakatsiz davranışlarda bulunduğu, bu davranışları nedeniyle davacıya nazaran daha ağır kusurlu bulunduğu, tarafların karşılıklı eylemleri nedeniyle müşterek hayatın temelden sarsıldığı, evlilik birliğinin devamına imkân kalmadığı anlaşıldığından bu gerekçelere ve özel dairenin bozma ilamındaki nedenlere göre bozma ilamına uyulması gerekirken eski kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan, direnme kararının bozulması gerekmektedir.”(YHGK 26.3.2002 gün ve E. 2002/2-617K. 2002/648 sayılı kararı: Kazancı İçtihat Bankası).

⁸⁶ Anayasa ile teminat altına alınmış bulunan özel hayatın gizliliği hakkının kapsamı hakkında geniş bilgi için bkz. Üzeltürk, s. 63 vd. Anayasada teminat altına alınan haklar hakkında bkz. Kaboğlu, s. 228-229.

⁸⁷ Zevkililer/Acabey/Gökayla, Medeni Hukuk, 6. B., Ankara 2000, s. 416-417; Dural/Öğüz, s. 128.

yazılanlar kural olarak bu alana ilişkindir. Dolayısıyla, normal şartlar altında bir başkasının günlüğünün okunması, onun kişilik haklarını ihlâl eden bir davranış biçimi olarak nitelendirilebilir. Hatta bu gizlilik sadece resmi sıfatı olmayan kişilere karşı değil, devlete karşı da geçerlidir. Bu bağlamda mahkemenin dahi burada yazılanları okuması ve değerlendirmesi kural olarak kişilik haklarının ihlâli anlamına gelecektir. Nitekim Alman Temyiz Mahkemesi “birinci günlük olayı” olarak bilinen bir davaya ilişkin olarak ceza mahkemesi tarafından verilen kararı bozarken günlükte yazılanların hukukî niteliğine dikkat çekmiştir. Olayda bir okulda öğretmen olarak çalışan bir kadının, okulun müdürü ile yakın bir ilişkisi olmuştur. Öğretmen, uzun sayılabilecek bir süre devam eden bu olayı tutmuş olduğu günlüğe ayrıntılarıyla yazmıştır. Daha sonra okul müdürü hakkında nüfuzunu kötüye kullanarak kendi himayesinde çalışan personelle cinsel ilişkiye zorladığı gerekçesiyle kamu davası açılmıştır. Davada, tabiatıyla kadın öğretmenin ifadesine de başvurulmuştur. Kadın öğretmen yemin altında vermiş olduğu ifadeye okulun müdürü ile olan ilişkisini inkâr etmiştir. Ancak tutmuş olduğu günlük üçüncü bir kimse tarafından savcılığa iletilmiştir. Bunun üzerine kadın öğretmenin aslında okulun müdürü ile cinsel ilişkide bulunduğu anlaşılmış ve yalan yere yeminden dolayı mahkûm edilmiştir. Yapılan temyiz başvurusu üzerine dosya önüne gelen Temyiz Mahkemesi, kadın öğretmenin tutmuş olduğu günlükte yazdıklarının, onun özel hayatının giz alanına girdiği; yazılanların mahkeme tarafından okunup değerlendirilmesi durumunda öğretmenin anayasa ile teminat altına alınmış bulunan temel bir hakkın ihlâl edilmiş olacağı; bu nedenle günlüğün mahkeme tarafından değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır⁸⁸.

⁸⁸ Kararın özeti için bkz. Küpper, s. 421. Söz konusu kararın değerlendirilmesi için bkz. Haendel, 1964, s. 1139-1141. Alman Temyiz Mahkemesi vermiş olduğu başka bir kararda ise kocanın karısının kendisine karşı davranışlarının ve sarf ettiği sözlerin evlilik birliğine aykırı düştüğünü ispatlamak amacıyla evin duvarında bir delik açtırmış ve daha sonra mahkemede tanıklık yapmasını isteği kişiye oradan kendisiyle karısı arasında geçenleri izletmiş ve dinletmiştir. Alman Temyiz Mahkemesi, bu şekilde tanıklık yapılmasını ve tanığın mahkemede dinlenmesini karının kişilik haklarına tecavüz olarak nitelendirmiş ve tanık ifadesinin değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Karar için bkz. NJW 1970, s. 1848. *Kohlhaas*, ses bantlarının ceza yargılaması hukuku bakımından ispat değerini incelediği 1957 tarihli makalesinin sonunda resmi sıfatı olmayan kişiler tarafından gizlice alınan seslerin bu konuda kanuni bir düzenleme yapılmadıkça caiz olduğundan şikâyet etmiştir. Bkz. *Kohlhaas*, s. 85.

Görüldüğü gibi Alman Temyiz Mahkemesi yine bir günlüğün delil olarak kullanılıp kullanılmaması konusunda Yargıtay'dan farklı bir sonuca varmıştır. Fakat vurgulayarak belirtmek gerekir ki, bahsi geçen olay ceza yargılamasını ilgilendirmekte ve bu bakımdan burada, devlet organlarının vatandaşın özel hayatının en gizli alanına müdahalede bulunup bulunamayacağı tartışılmaktadır. Ceza yargılaması bakımından insan hayatının genel ve özel olarak iki yönünün bulunduğu; özel yönünün de hayatın gizli alanı ve özel hayat olmak üzere iki şekli bulunduğu kabul edilmektedir. Özel hayat ihlâl edilirken, bu surette elde edilen delilin ceza yargılamasında kullanılabilmesi, yani hüküm kurulabilmesi için kullanılmasının mutlaka gerekli olup olmadığına bakılmakta ve gerekli olduğu sonucuna varılırsa kamu yararı açısından bir değerlendirme yapılmaktadır. Delilin kullanılmasında kamu yararı olduğu sonucuna varılırsa delil kullanılmakta; aksi takdirde kullanılmamaktadır⁸⁹.

Her iki olayda da kullanılmak istenen delilin bir kimsenin tutmuş olduğu günlük olduğu ve hayatının en gizli yanlarını içerdiği açık olsa da, ceza ve medeni yargılama hukukları bakımından farklı sonuçlara ulaşılması yadırganmamalıdır. Zira Yargıtay'ın incelediği karar, zina sebebine dayalı olarak açılmış bir boşanma davasına ilişkindir. Kanun koyucu zinayı bir boşanma sebebi olarak kabul etmekle bunun bir dava konusu yapılması durumunda bireylerin, yani karı ve kocanın özel hayatlarının en gizli alanlarına ilişkin bir takım bilgilerin de ortaya döküleceğini ve bunların ispatlanmaya çalışılacağını peşinen kabul etmiş demektir. Bu bakımdan aynı delil bakımından farklı sonuçlara ulaşılması doğal kabul edilmelidir. Zira her iki yargılamanın konusunu oluşturan ve korunmaya çalışılan menfaatler farklıdır. O halde karının kocaya yahut kocanın karıya karşı açmış olduğu zina sebebine dayalı bir boşanma davasında, bu olayın gizlilik içinde yapıldığı da düşünüldüğünde, tarafların içine düştükleri ispat güçlüğü de göz önünde bulundurulduğunda, tarafların diğer tarafın yazmış olduğu mektup⁹⁰ yahut günlük gibi delil araçlarına başvurmaları makul karşılanmalıdır. Bundan başka, evlilikte karı ve koca birbirlerine sadakatle yükümlü olduklarından taraflardan birinin zina yapması hem bu ödevin hem de diğer eşin kişilik haklarının ihlâlidir⁹¹.

⁸⁹ Öztürk, s. 114; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 2006, s. 999.

⁹⁰ Bkz. Öztan, s. 378; Aras, s. 166; Tutumlu, s. 86; Gençcan, s. 91-92.

⁹¹ Kişilik haklarının ihlâli durumunda bu ihlâli hukuka aykırı olmaktan çıkararak üstün özel yarar hakkında bkz. Oğuzman, s. 13-14; Tekinay, s. 57.

Anlatılanlar karşısında, *somut olayın tüm koşulları da göz önünde tutularak*, kocanın karısının gizlemiş olduğu günlüğü mahkemeye delil olarak sunması ve orada yazılanların boşanma davasında değerlendirilmesinin kişilik haklarını ihlâl ettiği ve Yargıtay'ın kararının hatalı olduğu söylenemez. Ne var ki, söz konusu kararın hukuka aykırı yollarlar elde edilmiş delillerin medeni yargılama hukuku bakımından etkisinin ne olduğu konusunda emsal teşkil etmeyeceği öngörüsünde bulunulabili

IV. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 28.5.2003 TARİHLİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay kararına konu olan olayda⁹² davacılar, miras bırakanın muvazaa

⁹²“...Taraflar arasındaki "tapu iptali ve tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir Asliye 3. Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 18/2/2002 gün ve 112-92 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 24/96/2002 gün ve 2002/7318-9885 sayılı ilamı ile; (...Davada, müris danişığına dayanıldığı açıktır. İddia açısından vakıaların kanıtlanmasına ilişkin olarak mahkemece kurulan ara kararlarına rağmen davacılar tanık dinletmeyeceklerini bildirmişler ve vekili de bu beyanı imzasıyla onaylamıştır. Öte yandan, iddianın ispatı için, çözümü dosyaya sunulan videokaset dışında yeterli delil mevcut değildir. Ayrıca, bedel tespitine ilişkin bilirkişi raporundan, akit değeri ile sözleşme tarihine göre saptanan gerçek bedeli arasında aşırı oransızlık olduğu gözlenmiş ise de; bedeller arasındaki oransızlık tek başına muvazaanın kanıtı olamaz. Hal böyle olunca, iddianın ispatlanamadığından bahisle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, öteki kanıtlarla desteklenmeyen ve tek başına geçerli bir belge ve kanıt olma niteliği taşımayan videobant çözümüne dayalı olarak davanın kabulü doğru değildir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: KARAR: Dava, muvazaa nedenine dayalı tapu iptali, tescil isteğine ilişkindir. Davacılar, Borçlar Kanununun 18. maddesinden kaynaklanan müris muvazaası hukuksal nedenine dayanarak miras payları oranında iptal ve tescil istemişler; davalı mürise baktığını, miras bırakanın başkaca taşınmazlarının da olduğunu belirterek davanın reddini savunmuş; yerel mahkemece davanın kabulüne ilişkin olarak verilen karar Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur. Bir kimsenin mirasçılarını, miras hakkından yoksun bırakmak (yoksun koymak) amacı ile gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında, Tapu Sicil Memuru önünde, iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmesi halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın, miras hakkı çöğnenen tüm mirasçılar görünürdeki satış sözleşmesinin B.K.nun 18. maddesine dayanarak, muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan (şartından) yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabilirler. (İ.B.K. 1.4.1974 E:1974/1, K:1974/2) Muvazaa davaları sözleşmenin tarafları arasında ise muvazaa iddiasının yazılı delille ispatı zorunludur. Muvazaa ile tapulu taşınmazı intikal ettiren kişinin ölümü halinde mirasçılarını halefiyet yolu ile dava açmışlarsa başka bir anlatımla mirasçılar miras

birakanın hakkına dayanarak iptal istemişlerse ispat hukuku yönünden aynı kural uygulanır. Diğer taraftan mirasçılar miras birakanın hakkına dayanmadan yani halefiyet yolu dışında da dava açabilirler. Davacıların, miras birakanın kendilerinden mal kaçırmak kastı ile tapulu taşınmazı muvazaa yoluyla intikal ettirmiş olduğunu iddia etmeleri halinde miras birakanın hakkına dayanarak değil, doğrudan doğruya kendi haklarına dayanarak dava açmış olurlar. Bu durumda mirasçılar hukuki işlemin tarafı sayılamayacaklarından yazılı delille ispat kuralı mirasçılar hakkında uygulanamaz (HGK. 25.5.1988 tarih, 1988/1-232 E., 1988/421 K.) Buradaki iddia her türlü delille ispat olunabilir. Türk yargı sisteminde ilke olarak hakim bir davayı kendiliğinden inceleyerek uyuşmazlığı çözemeyiz. (HMUK. m. 72) Usulün 74. maddesi uyarınca hakim tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı olup istekten fazlaya da karar veremez. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliği itibarıyla davada (delillerin taraflarca hazırlanması prensibi) egemen olup taraflar dinlemek istedikleri tanıkların ve bilgisine başvurulmasını istedikleri bilirkişilerin masraflarını karşılamakla yükümlüdürler. Bunun tek istisnası kamu düzenine dayanan re'sen araştırma ilkesinin olayda uygulama yeri bulunmamaktadır. "Zehirli ağacın meyveleri" olarak ifade edilen hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Özellikle konuyu öğretti bakımından incelemekte yarar vardır. Berkin, Usulsüz veya kanunsuz yahut hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delile dayanılarak hüküm verilemeyeceği görüşündedir. Yazara göre, posta memuru ile anlaşarak ele geçirilmiş ve mahkemeye sunulmuş olan başkalarına yazılmış mektupların veya evli erkeğin ilişki kurduğu ve ileride evlenmek istediği kadına yazdığı mektupların çalınarak boşanma davasında delil olarak kullanılması caiz değildir" görüşünü ileri sürmüştür. (Bkz. Prof. Dr. Berkin N. Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi İst. s. 734) Üstündağ hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan delillerin değerlendirilmesi konusunda usul kanunumuzda bir hüküm bulunmadığını belirtmekte, kitabın bir başka yerinde "sesin gizlice banda alınması halinde buna daha sonra bir ispat vasıtası olarak dayanmanın mümkün olduğunu açıklamaktadır. Örnek olarak Alman Mahkemesinin kararına göre, insan seslerinin konuşanın muvafakati olmaksızın tespiti kişilik haklarına bir saldırı olmakla beraber, gizli ses almayı haklı kılan nedenlerin mevcudiyeti halinde bu şekilde bir tecavüze müsaade edilmesi gerektiğinin kabul edildiğini belirtmektedir. Alman Mahkeme kararına esas teşkil eden olayda evli kadın, kocasına defalarca hakaret etmiş ve bütün bunları da mahkemede inkâr edeceğini de ilave etmiştir. Bunun üzerine koca açmayı tasarladığı boşanma davası için bu sahneleri teybe almıştır. (Bkz. Prof. Dr. Üstündağ-S. Medeni Yargılama Hukuku C. 1-II, İst. 2000 S. 267 ve 762) Prof. Dr. Pekcanitez'e göre, kişilik haklarının, özel yaşam alanı ve sır alanının ihlâli sonucu elde edilen teyp bandı, fotoğraf, çalınmış veya el konulmuş aşk mektupları delil olarak değerlendirilemez. Hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralı esas alınarak karar verilmeli ve bu konuda her somut olayda değerlendirme yapılmalıdır. Bu konuda ihlâl edilen kanun hükmü ile ispatlanmak istenen menfaat arasında amaca uygunluk hususu da esas alınmalıdır. Diğer taraftan gizli şekilde ele geçirilen tüm deliller hukuka aykırı delil olarak nitelendirilmemelidir. Örneğin bir telefon görüşmesinde, telefondaki ses yükseltici veya ikinci bir dinleme aleti sayesinde tarafların söylediklerinin duyulması sonucu yapılan açıklamalar ve bu konudaki tanıklık geçerli olmalıdır. Kişilik hakkının ihlâli sonucu elde edilen delilin kullanılmasına hakkı ihlâl edilen kişi izin verirse bu delil mahkemeye kullanılabilir. (Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara 2001/s. 390 vd.) Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda açık bir yasa hükmü olmadığı halde, Ceza Yargılamaları Usulü Yasasında açık

yaptığı gerekçesiyle tapu iptali ve tescili davası açmışlar, davada miras bırakan ile oğlu arasında yapılan konuşmanın videokasetini delil olarak ileri sürmüşlerdir. Davacı vekili de tanık listesi verdiği halde tanıklarını

düzenleme yapılmıştır. CMUK. 254/2. maddesinde "koğuşturma makamlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" denilmiştir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 254. maddesiyle ilgili olarak Prof. Dr. Feridun Yenisey tarafından hazırlanan (Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller) başlığıyla yayınlanan makalede "...Elde edilmesinde Uygulanan Metod Dolayısıyla Yasaklanan Deliller: Bazen de, elde ederken uygulanan metodun yasaklanmış olması nedeniyle elde edilen delil de yasaklanmış olur. Burada ispat edilmek istenen konu, ispatı yasak bir konu değildir; ancak, delilin elde edilmesi sırasında yasaklanmış bir yöntem uygulanmıştır. Örneğin ifade veren kişinin iradesinin serbest olması gerekirken hukuka aykırı bir biçimde tesir edilmiş olabilir. Zor kullanma, hile, tehdit ve yorgun düşürmek gibi bazı delil elde etme metodları yasaktır. (m. 135/a) Kanunumuz sadece ifade almanın yöntemi ile ilgili kurallar koymuşsa da zabitanın çalışma alanı çok daha geniştir..." hususları yer almıştır. Somut olayda davacılar, miras bırakan ile oğlu arasında yapılan konuşmanın video kasetini delil olarak ileri sürmüşlerdir. Davacı vekili de tanık listesi verdiği halde tanıklarını dinletmeyeceklerini bildirmiş, sadece anılan kasete delil olarak dayanmıştır. Polis memuru bilirkişiye yaptırılan kaset çözümünde hasta olduğu anlaşılan ve dosyadaki fotoğraflarla vücudunda yaralar açılmış, yatalak durumda bulunan miras bırakanın, oğlu olduğu tahmin edilen kişinin sorularına zorlanarak yanıt verdiği; bazı sorulara verdiği yanıtların da anlaşamadığı; oğlu olduğu tahmin edilen kişinin taşınmazın satışının karşılığında para alıp almadığı yönünde sorduğu soruya "para almadım" şeklinde verdiği yanıtı doğrulamak amacıyla "ya seni götürmemiz için yalan söylüyorsan" dediği ve miras bırakanın iki kez yöneltilen bu soruya verdiği yanıtın anlaşamadığı belirlenmiştir. Miras bırakan 77 yaşında, hasta, hastane odasında ve bakıma muhtaç durumda iken hatta hastaneden çıkarılma ümidi taşıdığı sırada oğlu tarafından konuşturulup sesi ve görüntüsü video kasete kaydedilmiştir. Her ne kadar tapu kaydındaki bedel ile bilirkişiye tespit ettirilen satış tarihindeki gerçek değer arasında aşırı oransızlık olduğu belirlenmişse de salt bedeller arasındaki açık farkın muris muvazaasının başlıca kanıtı sayılamayacağı, temlikin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla yapıldığının, satışın değil, bağışın amaçlandığının ispatı gerektiği ilkesi yerleşmiş Yargıtay uygulamasıyla Hukuk Genel Kurulu ve Özel Daire kararları ile benimsenmiştir. (H.G.K. 2.11.1983 tarih, 1980/1-3353 E. 1983/1057 K., 1. H.D. 6.7.1992 tarih, 1992/5278 E. 9098 K.) Davacı vekili tarafından dosyaya tek kanıt olarak ibraz edilen video kaset, yukarıda belirtilen anlamda, hukuka aykırı delil olmamakla birlikte, murisin ses ve görüntüsünün kaydedildiği ortam, murisin ses ve görüntüsünün alındığı tarih itibarıyla yaşlı, hastalıklar içinde kıvranan, hastaneden çıkmak için yardım bekleyen, her türlü etkiye açık bir kişi olması nedeniyle bu delilin başlı başına muvazaaya kanıt olamayacağı anlaşıldığından bu gerekçelerle Özel Dairenin bozma kararı usul ve yasaya uygun bulunmaktadır. Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi, usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. SONUÇ : Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 28/5/2003 gününde, oyçokluğu ile karar verildi..." (YHGK 28.5.2003, E. 1-374/ K. 370 : <http://www.eylulhukuk.org/yk/351.htm>).

dinletmeyeceğini bildirmiş ve sadece anılan kasete delil olarak dayanmıştır. Yapılan yargılama sonucunda mahkeme, davacıların davasını kabul ederek muvazaanın iptaline ve tescile karar vermiştir. Bu karar, davada, muris danışığına dayanıldığı; iddia açısından vakıaların kanıtlanmasına ilişkin olarak mahkemece kurulan ara kararlarına rağmen davacıların tanık dinletmeyeceklerini bildirmiş oldukları ve davacı vekilinin de bu beyanı imzasıyla onayladığı; öte yandan iddianın ispatı için, çözümü dosyaya sunulan videokaset dışında yeterli delil mevcut olmadığı; ayrıca, bedel tespitine ilişkin bilirkişi raporundan, akit değeri ile sözleşme tarihine göre saptanan gerçek bedeli arasında aşırı oransızlık bulunduğu tespit edildiği; bedeller arasındaki oransızlığın tek başına muvazaanın kanıtı olmadığı; bu nedenle, iddianın ispatlanamadığından bahisle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, öteki kanıtlarla desteklenmeyen ve tek başına geçerli bir belge ve kanıt olma niteliği taşımayan videobant çözümüne dayalı olarak davanın kabulü doğru bulunmayarak karar bozulmuştur. Yerel mahkeme ise, yeniden yaptığı yargılama sonucunda önceki kararında direnmiştir. Bunun üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bozma kararında, tapu kaydındaki bedel ile bilirkişiye tespit ettirilen satış tarihindeki gerçek değer arasında aşırı oransızlık olduğunun tespit edilmiş olmasına rağmen, söz konusu farkın, muris muvazaasının başlıca kanıtı sayılamayacağını, temlikin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla yapıldığının, satışın değil; bağışın amaçlandığının ispatının gerektiğinin yerleşmiş Yargıtay içtihatlarından olduğunu; davacı vekili tarafından dosyaya tek kanıt olarak ibraz edilen videokasetin hukuka aykırı delil olmamakla birlikte, murisin ses ve görüntüsünün kaydedildiği ortam, murisin ses ve görüntüsünün alındığı tarih itibarıyla yaşlı, hastalıklar içinde kıvranan, hastaneden çıkmak için yardım bekleyen, her türlü etkiye açık bir kişi olması nedeniyle bu delilin başlı başına muvazaaya kanıt olamayacağını anlaşıldığını kabul etmiştir.

Kanımızca Yargıtay'ın kararı hatalıdır. Zira burada söz konusu videobantı hazırlayan davacıların menfaatleri ile miras bırakanınkiler karşılaştırıldığında miras bırakanınkine üstünlük tanımak ve onun kişilik haklarının (TMK m. 24) ihlâl edildiği sonucuna varmak gerekir. Yukarıda da belirtildiği gibi bireylerin salt ispat güclüğü içinde olmaları onların başkalarının kişilik haklarını ihlâl etmek suretiyle delil elde etmelerini haklı kılmaz. Bundan başka somut olayda davacı vekilinin önce tanık listesi

vermiş olduğu, fakat daha sonra tanıklarını dinletme talebinden vazgeçmiş oldukları da gözden uzak tutulmamalıdır. Zira bundan, aslında davacıların ellerinde başka delillerin de mevcut olduğu sonucu çıkmaktadır.

V. YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ'NİN 20.10.2008 TARİHLİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay kararına konu olan olayda davacı koca tarafından karısının sesi gizlice CD'ye kaydedilmiş ve bu, boşanma davasında delil olarak ileri sürülmüştür. Yargıtay vermiş olduğu kararda, özetle, bir delilin elde edilişi, kişilerin anayasa ile tanınmış haklarının ihlâli suretiyle gerçekleşmişse, delilin hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabul edilmesi gerektiğine, delinin elde edilmesinde hukuka uygunluk nedenleri varsa o zaman kanuna aykırılık ortadan kalkacağına, Anayasaya göre herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğuna, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağına (AY m. 20/1); ancak evlilik birliğinde eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmalarının yasal bir zorunluluk olduğuna değinmiş ve evlilikte, evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanının, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı olduğuna, bu nedenle eşinin sadakatinden kuşkulanan eşin birlikte yaşanılan ortak mekan olan konutta onun bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirilerek, aleni olmayan ve sadakat yükümlülüğüyle bağdaşmayan konuşmalarının kaydedilmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlâlinden söz edilemeyeceğine hükmetmiştir⁹³.

⁹³ "...Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemeye verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hükmün temyizen murafaa icrası suretiyle tetkiki istenilmekle duruşma için tayin olunan 14.10.2008 günü temyiz eden A.İ.D. ile vekili Av.G.T.geldiler. Karşı taraf tebligata rağmen gelmedi. Gelenin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü: KARAR : Olayda; davacı-davalı koca tarafından mahkemeye delil olarak sunulan, ses kayıtlarına ilişkin CD'nin , davalının "özel hayatının gizliliği" ihlâl edilmek suretiyle hukuka aykırı yolla elde edildiği, bu nedenle delil olarak kullanılamayacağı ileri sürülmüş; mahkemeye de; "davacı eşin delil olarak sunduğu ses kaydının davalının bilgisi dışında özel hayatın gizliliği ihlâl edilerek hukuk dışı yollardan oluşturulduğu, bu sebeple itibar edilemeyeceği" kabul edilerek , "davalının sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışta bulunduğu gösteren başkaca bir delil de getirilmediği" gerekçesiyle davacı-davalı kocanın açtığı boşanma davasının reddine karar verilmiştir. Sunulan delil, eşlerin birlikte yaşadıkları konutta, davalının bilgisi dışında koca tarafından hazırlanan bir sistemle elde edilmiştir. Yapılan bilirkişi incelemesi sonucu, (CD)'deki ses kayıtlarının, orjinal olduğu, üzerinde ekleme, çıkarma, kesinti ve kopyalama bulunmadığı tesbit edilmiştir. Davalı-davacı, kayıt altına

Bu karar öğretide *Pekcanitez*⁹⁴ tarafından eleştirilerek evlenmekle eşin özel yaşam alanının ortadan kalkmadığına; ortak yaşam alanı da olsa ses tertibatı kurularak gizlice ses kaydı yapılmasının kişilik haklarını ihlâl edeceğine dikkat çekilmiştir. Kanımızca Yargıtay'ın vermiş olduğu karar isabetlidir. Gerçekten de evlenmekle eşlerin özel hayatının tamamıyla ortadan kalktığı söylenemezse de, kişilerin evlenmekle özel hayatlarının birbirlerine karşı sınırlandırıldığını da kabul etmek gerekir. Burada davacı kocanın gerçekleştirdiği hukuk ihlâli sonucunda zarar gören menfaat ile somut olayda onun korunmaya değer menfaatleri arasında bir denge olup olmadığı araştırılmalıdır. Eşler evlenmekle birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğü altına girmiş (TMK m. 185/3) olduklarından eşlerden biri

alınan konuşmaların kendisine ait olmadığına ilişkin bir iddia ileri sürmemekte, bu delilin özel hayatının gizliliği ihlâl edilerek elde edildiğini belirterek karşı çıkmaktadır. Bir delilin elde edilişi, kişilerin Anayasa ile tanınmış hakların ihlâli suretiyle gerçekleşmiş ise, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekeceğinde duraksama bulunmamaktadır. Delilin elde edilmesinde hukuka uygunluk nedenleri varsa, o zaman kanuna aykırılık ortadan kalkar. Kuşkusuz Anayasaya göre; herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Anayasa m. 20/1) Ancak, evlilik birliğinde eşlerin, evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları da yasal bir zorunluluktur. (TMK.m.185/3) Eşlerden birinin, bu alana ilişkin özel yaşamı, evlilikle biraraya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşı olan diğer eşi de en az kendisinininkine kadar yakından ilgilendirir. O nedenle, evlilikte, evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı alanıdır. Bu alanla ilgili de eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanı , diğer eş için dokunulmaz değildir. Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekanı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tesbit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlâlinden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz. Aksine, aile birliğine ilişkin ortak yaşanan mekana davalının, meşru olmayan bir amaç için arkadaşlarını kabul etmesinde, aile hayatının gizliliğini ihlâl söz konusudur. Bu bakımdan sözü edilen delilin elde edilmesinde hukuka aykırılık bulunduğundan söz edilemez. O halde yapılan soruşturma ve toplanan delillerle; davalı-davacının; meşru olmayan bir amaç için karşı cins de dahil olmak üzere arkadaşlarını müşterek konuta aldığı ve sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerçekleşmiştir. Bu halde, taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Gerçekleşen olaylar karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu koşullar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, davacı-davalı koca tarafından açılan boşanma davasının da kabulüne karar verilmesi gerekirken isteğin reddi doğru bulunmamıştır...” (2. HD 20.10.2008, 17220/13614: <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php? article=3023>).

⁹⁴ **Pekcanitez** s. 842.

gizlice sadakat yükümlülüğünü ihlâl ediyorsa, diğer tarafın da bunu ortaya çıkarabilmek için *gizlice* delil elde edebileceği kabul edilmelidir. Aksi takdirde eşlerden birinin bu durumu kötüye kullanması ve bir yandan sadakat yükümlülüğünü ihlâl ederken, öte yandan bunun ortaya çıkarılmasını her defasında kişilik haklarının ihlâl edildiğini ileri sürerek önlemesi mümkün olur ki, böyle bir durum hakkın kötüye kullanılması yasağıyla da bağdaşmaz. Bunun yanı sıra, eşlerden birinin özel hayatın gizliliğini ileri sürerek diğer eşin de özel hayatına giren bir hakkı ihlâl etmeye devam etmesi kabul edilemez. Zira eşlerin birbirlerine sadık kalmaları eşler açısından hem bir yükümlülük hem de bir haktır.

SONUÇ

Medeni yargılama hukukunda da amaç hakikate ulaşmaktır. Bu bakımdan hukuka aykırı elde edilmiş bulunan delillerin tümüyle yargılamadan uzak tutulması ve değerlendirme dışı bırakılması doğru değildir. Bununla birlikte günümüz hukuk anlayışının birey odaklı olduğu ve onun gelişimine ve özgürlüğüne önem verildiği de gözden uzak tutulmamalıdır. O nedenle hukuka aykırı elde edilmiş bulunan delillerin, insanlığın geldiği bu aşamada hiçbir sınırlandırmaya tâbi tutulmaksızın değerlendirilmesi de kabul edilemez. Aksi tutum, hukuk devletinin ve insan haklarının zedelenmesi sonucunu beraberinde getirir. Bu bakımdan bu konuda baştan çok katı kriterler koymak yerine, somut olayın şartlarının ve hukuka aykırı delil elde edilirken ihlâl edilmiş bulunan hukuk normunun koruma amacının dikkate alınması isabetli olacaktır. Bu görüşün doğal bir sonucu olarak, Anayasa'ya veya Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na hukuka aykırı elde edilmiş delillerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda hiçbir istisnaya yer vermeyen hükümlerin konulması isabetli olmayacaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzinca Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bend
B.	: Bası
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
Bkz. (bkz.)	: Bakımız
BverG	: Bundesverfassungsgericht
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
Dn. (dn.)	: Dipnot
DRİZ	: Deutsche Richterzeitung
dZPO	: deutsche Zivilprozessordnung
GG	: Grundgesetz
GVG	: Gerichtsverfassungsgesetz
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JuS	: Juristische Schulung
JR	: Juristische Rundschau

JZ	: Juristenzeitung
m.	: Madde
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
öZPO	: österreichische Zivilprozessordnung
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: Ve devamı
vs.	: Ve saire
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozess

KAYNAKÇA

- Alangoya, Yavuz. (1979). *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*, İstanbul.
- Alangoya, Yavuz. (1981). Anayasa'nın Medenî Usul Hukukuna Etkisi *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S. 2, s. 1-4.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis. (2006). *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 6. B., İstanbul.
- Aras, Bahattin. (2007). *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri*, Ankara.
- Arslan, Ramazan. (1989). *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara.
- Baumgaertel, Gottfried. (1956). Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, *ZZP S. 2/3*, s. 89-131.
- Baumgaertel, Gottfried. (1973). Treu und Glauben im Zivilprozess, *ZZP S. 86*, s. 353-372.
- Baumgaertel, Gottfried. (1984). Besprechung von "A. Kaissis, Die Vertwertbarkeit Rechtswidrig Erlangter Beweis mittel im Zivilprozess, *ZZP S. 1*, s. 97-102.
- Berkin, Necmeddin. (1980). *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul.
- Dauster, Manfred/Braun, Franz . (2005). Verwendung fremder Daten im Zivilprozess und zivilprozessuale Beweisverbote, *NJW*, S. 5, s. 313-319.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan. (2010). *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*, 10. B., İstanbul.
- Feldmann, Clemens. (1959). Vertwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweise, *NJW*, S. 19/20, s. 853-856).
- Gamp, Lothar. (1983). Anmerkung zum Urteil des LAG Berlin vom 19.2.1974, *ZZP 1983/1*, s. 115-118.

- Gaul, Hans Friedhelm. (2006). Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu (Çev. Nevhis Deren-Yıldırım, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 5. B., İstanbul, s. 72-103).
- Giessler, Hans. (1977). Das Beweisverbot des § 383, III ZPO, *NJW* S. 27, s. 1185-1186.
- Gören, Zafer. (2001). Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu*, Ankara, s. 3-33.
- Gören, Zafer. (1993). *Temel Hak Genel Teorisi*, İzmir.
- Habscheid, Walther. (1983). Das Recht auf Beweis (ZZP 1983/3, s. 306-334).
- Haendel, Konrad. (1964). Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.2.1964, *NJW*, S. 24, s. 1139-1141.
- Hafizoğulları, Zeki. (1997). İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması, *AÜHFD*, S. 1-4, s. 1-40.
- Helle, Jürgen. (1991). Anmerkung zum Urteil des BGH vom 4.12.1990, *JZ* S. 19, s. 929-932.
- Hofmann, Michael. (1992). Beweisverbote im Strafprozess-Beweiserhebungsverbote und Beweis verwertungsverbote, *JuS*, S. 7, s. 587-594.
- İçel, Kayıhan. (1998). Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları, *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul, s. 121-127).
- Jarass, Hans. (1989). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, *NJW*, S. 14, s. 857-862.
- Kaboğlu, İbrahim. (2005). *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. B., İstanbul.
- Katzenmeier, Christian. (2003). Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10.12.2002-VI ZR 378/01, *ZZP* S. 3, s. 375-379.
- Kılıçoğlu, Ahmet. (1993). *Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk*, 2. B., Ankara.
- Kohlhaas, Max. (1957). Die Tonbandaufnahme als Beweismittel im Strafprozess, *NJW*, S. 3, s. 81-85.

- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu Ayşe. (2010): *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. B., İstanbul.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe. (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. B., İstanbul.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder. (2011). *Medenî Usul Hukuku*, 22. B., Ankara.
- Küpper, Georg. (1990). Tagebücher, Tonbaender, Telefonate, *JZ*, S. 9, s. 416-424.
- Leckner, Theodor. (1965). Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, *NJW* 1965/8, s. 321-327.
- Lothar, Gamp. (1983). Anmerkung zur Entscheidung des LAG Berlin vom 19.2.1974, *ZZP* S. 1, s. 115-118.
- Musielak, Hans Joachim. (2004). *Grundkurs ZPO*, 7. Aufl., München.
- Musielak, Hans Joachim. (2011). *Zivilprozessordnung Kommentar*, 8. Aufl., München.
- Niese, Werner. (1953). Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof in Strafsachen, *JZ*, Nr. 7/8, s. 219-224.
- Oğuzman, Kemal (1990). İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, *Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hâtırasına Armağan (1925-1988)*, Ankara, s. 7-54.
- Öztan, Bilge. (2004). *Aile Hukuku*, 4. B., Ankara.
- Öztürk, Bahri (1995). *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, Ankara.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar, Yasemin/Alan, Esra. (2010). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. B., Ankara.
- Pekcanitez, Hakan. (2009). Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Cilt I, Ankara, s. 789-850.

- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. (2011). *Medenî Usûl Hukuku*, 12. B., Ankara.
- Peters, Egbert. (1963). Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozess, *ZZP*, S. 3, s. 145-165.
- Peters, Egbert, Zeugnisverweigerung als Beweisgrund (1964), *ZZP* S. 6, s. 444-463.
- Rechberger, Walter/Simotta, Daphne-Ariane (2009)., *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrecht*, 7. Aufl., Wien.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter. (2010). *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., München.
- Sağlam, Fazıl. (1975). Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı, *AÜSBFD*, S. 1-4, s. 107-116.
- Schmidt, Eberhard. (1958). Die Verletzung der Belehrungspflicht gemaess § 55, II StPO als Revisionsgrund, *JZ*, Nr. 19/20, s. 596-601.
- Schwab, Karl Heinz. (1985). Unzulaessigkeit von Beweismitteln bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts, *Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag*, Metzner, s. 421-434.
- Siegert, Karl. (1957). Die aussergerichtlichen Tonbandaufnahmen und ihre Verwertung im Zivilprozess, *NJW* S. 19, s. 689-691.
- Soyaslan, Doğan. (2003). Hukuka Aykırı Deliller, *AÜEHFD*, S. 3-4, s. 9-26.
- Störmer, Rainer. (1994a). Beweiserhebung, Ablehnung von Beweisantraegen und Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess, *JuS* S. 3, s. 238-243.
- Störmer, Rainer. (1994b). Beweiserhebung, Ablehnung von Beweisantraegen und Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess, *JuS* S. 4, s. 334-338.
- Şahin, Cumhuri. (1998). Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu, *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul 1998, s. 343-354.
- Şen, Ersan. (1998). *Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, İstanbul.

- Tanrıver, Süha. (2007). Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi, *Makalelerim 2006*, 1. B., Ankara, s. 27-35.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. (1990). Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler, *Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hâtırasına Armağan (1925-1988)*, Ankara, s. 55-66.
- Tercan, Erdal. (1996). Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, *SÜHFD*, S. 1-2, s. 181-212.
- Tercan, Erdal. (2001). *Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı*, Ankara.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat.(2008). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 6. B., Ankara.
- Toroslu, Nevzat. (1995). Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, *Hamide Topçuoğlu'na Armağan*, Ankara, s. 55-58.
- Tosun, Öztekin. (1976). *Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti*, İstanbul.
- Tutumlu, Mehmet Akif. (2006). *Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukukî Sonuçları*, 2. B., Ankara.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan. (2010). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. B., Ankara.
- Üstündağ, Saim. (2000). *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. B., İstanbul.
- Üzeltürk, Sultan. (2004). *Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, İstanbul.
- Yıldırım, Kâmil. (1990). *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul.
- Yıldırım, Kâmil. (2007). Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller, *Erdoğan Teziç'e Armağan*, İstanbul, s. 861-871.
- Yılmaz, Ejder. (2010). *Medeni Usul Hukukunda Islah*, 2. B., Ankara.
- Yurtcan, Erdener. (2007). *Ceza Yargılaması Hukuku*, 12. B., İstanbul.
- Yurtcan, Erdener. (1998). Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı, *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul, s. 519-534.

Werner, Olaf. (1988). Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, *NJW* S. 16, s. 993-1002.

Wieczorek, Bernhard. (1976). *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 2. Aufl., Berlin-NewYork.

Zeiss, Walter. (1976). Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, *ZZP*, S. 4, s. 377-399.

Zevkliler, Aydın/Acabey, Beşir/Gökyayla, Emre. (2000). *Medeni Hukuk*, 6. B., Ankara.

