

## **MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA MAHKEMELERCE YAPILAN DELİL TESPİTİ**

*The Determination of Evidence by Courts in the Law of Civil Procedure*

**Cenk AKİL\***

**Giriş,** I. Hukukî Niteliği, II. Benzer Hukukî Kurumlarla Karşılaştırılması, 1. Tespit Davasıyla Karşılaştırılması, 2. İhtiyati Tedbirlerle Karşılaştırılması, 3. İhtiyati Hacizle Karşılaştırılması, III. Uygulanma Alanı, IV. Delil Tespiti İçin Gerekli Şartlar, 1. İnceleme Sırası Gelmemiş Olan Delillerin Tespiti İstenebilir, 2. Delil Tespitinde Hukukî Yarar Bulunmalıdır, 3. Ortada Çekişmeli Bir Vakıa Bulunmalıdır, V. Delil Tespiti Usulü, 1. Yetkili ve Görevli Mahkeme, A. Genel Olarak, B. Dava Açılmadan Önce Yapılan Delil Tespitinde Yetkili ve Görevli Mahkeme, C. Dava Açıldıktan Sonra Yapılan Delil Tespitinde Yetkili ve Görevli Mahkeme, 2. Delil Tespiti Talebi, VI. Delil Tespitinin Maddî Hukuk Bakımından Sonuçları, VII. Delil Tespiti Talebinin İncelenmesi, VIII. Delil Tespiti Kararı, IX. Delil Tespiti Kararına Karşı Gidilebilecek Hukukî Yollar, X. Delil Tespiti Kararının İcrası, A. Karşı Tarafın Delil Tespiti Talebinde Hazır Bulunması, B. Delil Tespitinin Karşı Tarafın

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Yokluğunda Yapılması, C.Hâkimin Delil Tespiti Sırasında Zor Kullanma Yetkisinin Olup Olmadığı, D. Delil Tespitine İtiraz, XI. Delil Tespitinin Asıl Davaya Etkisi, XII. Delil Tespitinin Doğrudanlık İlkesi ile Olan İlişkisi, XIII. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Delil Tespitine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, **Sonuç**

### ÖZET

Delil tespiti ileride açılacak veya açılmış olan bir davayla ilgili delillerin bazı şartlar altında zamanından önce toplanıp güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiş bir kurumdur. Delil tespiti hukukî niteliği itibarıyla bir dava olmayıp geçici hukukî himaye tedbidir. Bundan dolayı delil tespiti talebinde bulunulması ile zamanaşımı kesilmez. Delil tespitinin konusunu maddî vakıalar oluşturur. Mahkemeler kendiliğinden delil tespiti yapamaz; bunun için taraflardan birinin talebine ihtiyaç vardır. Delil tespiti kararı, nihai karar olmadığından kanun yoluna götürülemez. Fakat karşı taraf, delil tespiti kararına, delil tespiti şartlarının bulunmadığı gerekçesiyle itiraz edebilir. Bu itiraz, delil tespiti kararını vermiş olan mahkeme tarafından incelenip karara bağlanır.

**Anahtar Kelimeler:** Medeni yargılama hukuku, delil tespiti, tespit davası, geçici hukukî himaye tedbiri, taraf usul işlemi

### ABSTRACT

Determination of evidence is a procedure regarding the preliminary acceptance of evidence, related to a lawsuit that has been brought or that will be brought in the future, to be gathered and to be assured under some terms and conditions. The determination of evidence does not have the legal character of a lawsuit; instead, it is a conservatory measure. For this reason, the period of limitations does not toll with the demand for a determination of evidence. The tangible facts constitute the topic of determination of evidence. The courts cannot determine evidence ex officio; the acceptance of one piece of evidence is not a final decision. However, the opposing party can object to the decision of determination

of evidence for the reason that the conditions for the determination of evidence do not exist. This objection is examined and concluded by the court which gave the decided the determination of evidence.

**Keywords:** Law of civil procedure, determination of evidence, action for a declatory judgement, temporary caution of legal conservation, procedural act of the party

## GİRİŞ

Dava konusu yapılmış olan hakkın gerçekten var olup olmadığının anlaşılması, maddî hukukun o hakkın doğumunu veya sona ermesini kendisine bağladığı vakıaların doğru olup olmadığının tespiti sonucunda mümkün olur. Bu bakımdan dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verdirilmesi gerekir. Zira taraf ancak dayandığı vakıaların doğru olduğunu veya karşı tarafın dayandığı vakıaların doğru olmadığını ispat<sup>1</sup> ederek, davayı kazanır veya davanın reddini sağlayabilir. Söz konusu vakıaların ispatı için başvuru vasıtaları ise delillerdir<sup>2</sup>. Şu halde deliller bir davada başarıya ulaşmak bakımından büyük öneme sahiptir. Çünkü dava açıldıktan ve layihalar teati edildikten sonra tarafların bu layihalarda ileri sürmüş oldukları hususları ispat etmeleri gerekecektir. İspat ise tahkikat aşamasında söz konusu olacaktır.

Davacı iddiasını ispata yarayacak delilleri HUMK m. 179/3 uyarınca dava dilekçesinde göstermek zorundadır. Delillerin tahkikat aşamasında incelenmesine kadar ise önemli bir süre geçecektir. Bu durumda ise delillerin tamamen ortadan kalkması yahut ileride kullanılmalarının önemli ölçüde güçleşmesi olasıdır. Delillerin bu tehlikeden korunmaları davaların sağlıklı bir biçimde karara bağlanması bakımından önem

---

<sup>1</sup> İspat, bir önermenin doğruluğu hakkında kanaat verilebilmesi için bir nedenselliğin ortaya konulmasıdır. **Konuralp, Haluk:** Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, s. 8. Karş. **Belgesay, Mustafa Reşit:** İspat ve Hüküm Teorileri, 3. C., 3. B., İstanbul 1951, s. 5. Yazara göre ispat, en genel anlamıyla bir iddianın, bir beyanın doğruluğuna muhatabın inandırılmasıdır. Karş. **Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder:** İspat Yüğü, 2. B., İstanbul 1980, s. 2.

<sup>2</sup> **Kuru, Bakı/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 18. B., Ankara 2007, s. 373-374.

taşımaktadır<sup>3</sup>. İşte böyle bir tehlikeye karşı ileride açılacak veya açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin bazı şartlar altında zamanından önce toplanıp güvence altına alınmasını sağlaması ihtiyacını karşılamak üzere delil tespiti kurumu ihdas edilmiştir. Bu kurumun uygulama alanı medeni yargılama hukuku ile sınırlı olmayıp idare hukukunda ve noterlik hukukunda da delil tespitine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak bunlar çalışmamızın kapsamı dışında kalmakta olup aşağıda sadece medeni yargılama hukukunda mahkemelerin<sup>4</sup> yapmış olduğu delil tespiti incelenecektir.

### I. HUKUKİ NİTELİĞİ

Delil tespitinin kökeni klasik sonrası Roma hukukuna kadar dayanmaktadır<sup>5</sup>. Roma hukukunda iki çeşit delil tespiti olduğu söylenmektedir. Bunlardan birincisi karşı tarafın katılımına gerek duyulmaksızın yapılan delil tespiti. Burada karşı taraf gösterilmeksizin onun adı verilmeksizin deli tespiti yapılmaktaydı. Bu uygulamanın dZPO § 494, I'ın kaynağını teşkil ettiği söylenmektedir. Bu yolun aslında delillerin temini amacıyla kamu makamlarına başvurmaktan başka bir şey olmadığı söylenmiştir. İkincisi ise karşı tarafın gösterilmesi suretiyle yerine getirilen delil tespiti idi<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> **Yavaş, Murat:** Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1999, s. 2.

<sup>4</sup> Noterlerin yapmış oldukları delil tespiti hakkında geniş bilgi için bkz. **Tanrıver, Süha:** Noterlerin Tespit İşlemleri (Makalelerim 2006, Ankara 2007, s. 85-98), s. 85 vd.; **Yavaş** s. 55-56. Belirtmek gerekir ki hakemlerin baktıkları davalar bakımından da delil tespiti yapılması mümkündür. Bkz. **Cuypers, Manfred:** Das selbstaendige Beweisverfahren in der juristischen Praxis (NJW 1994/31, s. 1985-1992), s. 1992; **Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter:** Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004, s. 804.

<sup>5</sup> Bununla birlikte, öğretilerde, şimdiki delil tespitinin Roma hukukundan etkilenen fakat onun gelişmiş hali olduğu söylenen kanonik hukukta olduğunu kabul edenler olduğu gibi (**Schilken, Ebarhard:** Grundlagen des Beweissicherungsverfahrens (ZZP 1979/2, s. 238-267), s. 241; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** s. 802) bu kurumu müşterek hukuk geleneğine dahil edenler de (**Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter:** Zivilprozessordnung, 52. Aufl., München 1994, s. 1284) vardır.

<sup>6</sup> **Hoeren, Thomas:** Streitverkündung im selbstaendigen Beweisverfahren (ZZP 1995/3, s. 343-358), s. 348 vd.

Delil tespiti öğretide<sup>7</sup> ve bazı Yargıtay kararlarında<sup>8</sup> ihtiyati tedbirin bir türü olarak anılmaktadır. Daha doğru olan görüşe göre ise delil tespiti geçici hukukî himaye<sup>9</sup> tedbirlerinden biridir<sup>10</sup>. Delil tespiti şu şekilde tanımlanabilir: “Davanın açılmasından veya dava görülmekte ise delillerin gösterilmesi aşamasının gelmesinden önce ileride kaybolma veya gösterilmesinde ve dinlenilmesinde (belirlenmesinde) zorluk çıkma tehlikesini ortadan kaldırmak üzere delillerin hemen incelenmesine ve kayda alınmasına delil tespiti denir”<sup>11</sup>.

Delil tespiti talebi, usuli işlemlerinden<sup>12</sup> taraf usul işlemi kategorisine dahil<sup>13</sup> olup; hâkimin kararıyla etkili olan usulî bir

<sup>7</sup> **Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. B., İstanbul 2001, s. 4427; **Yavaş** s. 20; **Özkan, Hasan:** İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti, İhtiyati Haciz ve Kamu Alacağıının Tahsilinde İhtiyati Haciz, İstanbul 2006, s. 820; Karş. **Ansay, Sabri Şakir:** Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1957, s. 309. Karşı görüşte: **Guldener, Max:** Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, s. 576 dn. 13.

<sup>8</sup> “Görülmekte olan bir davada tetkikine henüz sıra gelmemiş bulunan veyahut ileride açılabilir bir davada ileri sürülebilecek bir hususun tanık, keşif, bilirkişi veya diğer kanıtlarla tesbiti mahkemeden istenebilir (HUMK m. 368-370). Diğer taraftan delillerin tespiti usul hukuku açısından bir dava bir dava değil, *bir çeşit ihtiyati tedbirdir*. Burada amaç, davanın karara bağlanmasına yardımcı olacak delillerin kaybolmasını önlemektir...” (Yarg. 4. HD 31.10.1985, 7199/8880: **Yılmaz, Ejder:** Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C. 2, Ankara 2001, s. 1335-1336).

<sup>9</sup> Geçici hukukî himaye, öğretide, kesin hukukî himaye (dava) sonucunun ortaya çıkmasına kadar yargılama öncesinde veya sonrasında doğabilecek risklerden (tehlikelerden, sakıncalardan) dava ve/veya davalıyı korumak için yargı organlarınca verilen geniş ya da dar kapsamlı hukukî himaye olarak tanımlanmıştır. Geniş bilgi için bkz. **Yılmaz, Ejder:** Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C. 1, Ankara 2001, s. 32.

<sup>10</sup> Bu tedbirler arasında ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, yürütmenin durdurulması, tutuklama, yürütmenin durdurulması, yürürlüğün durdurulması gibi diğer tedbirler de yer almaktadır. Geniş bilgi için bkz. **Yılmaz-Tedbirler I** s. 31-32.

<sup>11</sup> **Yılmaz-Tedbirler II** s. 1335. Bir başka tanım ise şu şekilde yapılmıştır: “Beyine tesbiti, bir beyininin mahkeme veya hakem huzurunda dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra sırası gelmemişken mahkemece tesbiti, emniyet altına alınmasıdır.” Bkz. **Ansay** s. 308-309. Yavaş ise delil tespitini şu şekilde tanımlamıştır: “Delil tespiti, açılmış bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş olan ya da ileride açılması düşünülen bir davada kullanılacak ve tespit edilmediği takdirde kaybolması veya ikamesinde güçlük çıkması muhtemel olan ihtilafî bir vakıa hakkındaki delilin, tahkikat aşamasında henüz delillerin incelenmesi aşamasına gelmeden önce toplanması ve güvence altına alınmasını sağlayan bir usul hukuku kurumudur.” Bkz. **Yavaş** s. 3. Karş. **Doğanay, İsmail:** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tesbiti Delaile Dair Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme (AD 1954/7, s. 888-899), s. 889.

<sup>12</sup> Usul işlemi, bir usulî ilişkinin doğumu, gelişimi, değişimi veya sona erdirilmesine doğrudan etki eden işlemler olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Taşpınar, Sema:** Medeni

işlemdir<sup>14</sup>. Delil tespiti vakıaların aydınlatılmasını amaçladığından bir usul hukuku kurumudur. Onun dava dışında da gerçekleştirilebiliyor olması bu özelliğini ortadan kaldırmaz<sup>15</sup>.

Alman hukukunda delil tespitinin delilleri güvence altına alma özelliğinin, 1.4.1991 tarihinde kabul edilen Yargı Hizmetini Basitleştirme Kanunu<sup>16</sup> ile uyuşmazlıkların davaya dönüşmesini önleme fonksiyonuna nazaran biraz daha geri plana atıldığı söylenebilir. Çünkü bu düzenleme ile delil tespiti talebinde bulunan taraf tespit sonuçlarını değerlendirerek ileride açacağı davada başarı ümidinin olup olmadığını görmesi ve ona göre hareket etmesi imkânı sağlanmıştır<sup>17</sup>. Bu durumun açılması muhtemel davaların sayısında bir azalmayı da beraberinde getireceği söylenebilir.

Avusturya hukukunda ise delil tespiti, önleyici bir yargı hizmeti olarak görülmekte ve yargılamada ortaya çıkacak engellere karşı korunma ve mahkemelerin iş yüklerini azaltan bir kurum olarak değerlendirilmektedir<sup>18</sup>.

---

Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 66. Karş. **Yılmaz, Ejder:** Hukuk Sözlüğü, 9. B., Ankara 2005, s. 263-264 ; **Yılmaz, Ejder:** Islah, Ankara 1982, s. 98; **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s. 173 ; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım** s. 176 ; **Üstündağ-Usul** s. 416.

<sup>13</sup> Taraf usul işlemi, bir tarafın veya tarafların usul hukuku alanında, hukukî bir sonuca yönelmiş irade beyanlarıdır. Ancak bunlar medeni hukuk anlamında birer hukukî işlem değildir. Zira maddî hukuk işlemlerinden farklı olarak irade beyanı maddî hukuk alanına değil; şekli hukuk alanına yöneliktir. Bkz. **Karşlı, Abdurrahim:** Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler, İstanbul 2001, s. 155.

<sup>14</sup> Hâkimin kararıyla etkili olan usulî işlemler hakkında geniş bilgi için bkz. **Karşlı** s. 157 vd. Aksi görüş için bkz. **Yavaş** s. 9. Yazara göre delil tespiti usulî işlemlerden farklıdır. usulî işlemlerin davanın ilerlemesine yönelik mahkemenin veya tarafların yaptığı faaliyetler söz konusudur. Delil tespitinin ise böyle bir özeliği bulunmamaktadır.

<sup>15</sup> **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann** s. 1284.

<sup>16</sup> Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes (BGBl. 2847).

<sup>17</sup> **Heintzmann, Walther:** Der Streitwert des Beweissicherungsverfahrens (NJW 1970/47, s. 2097-2098), s. 2097.

<sup>18</sup> **Fasching, Hans:** Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Wien 1990, s. 923; **Fasching/Rassi-Kommentar** s. 964; **Rechberger, Walter/Simotta, Darphne-Ariane:** Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 6. Aufl., Wien 2003, s. 373.

Delil tespiti medeni yargı içerisinde çekişmeli yargıya dâhil olduğu kabul edilmektedir<sup>19</sup>.

## II. BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

### 1. TESPİT DAVASIYLA KARŞILAŞTIRILMASI

Tespit davası ile delil tespiti her ikisinin de konusunun tespit olması bakımından benzerlik göstermektedir. Hatta bu zaman zaman uygulamada ve öğretide<sup>20</sup> her iki kurumun birbirine karıştırılmasına dahi yol açmıştır. Bununla birlikte aralarında önemli farklar bulunmaktadır.

Davacının talep ettiği hukukî himayenin her zaman eda yahut inşai dava ile sağlanması mümkün olmayabilir. Bazı hallerde davacı davalının belli bir edaya mahkûm edilmesini yahut mevcut bir hukukî durumun kurulmasını, değiştirilmesini veya kaldırılmasını amaçlamaz. Bu sebeple, mahkemelerin hukukî himaye ihtiyacını tam olarak karşılayabilmeleri için, eda ve inşai davalardan başka üçüncü bir dava çeşidine, yani tespit davasına ihtiyaç vardır.<sup>21</sup>

Tespit davası, her ne kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olsa da uygulamada yeri olan ve adından da anlaşılacağı üzere başlı başına bir dava türüdür. Delil tespiti ise Kanun'da açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte bir dava değildir<sup>22</sup>. Tespit davasının

<sup>19</sup> **Schilken, Eberhard:** Grundlagen des Beweissicherungsverfahrens (ZZP 1979/2, s. 238-267), s. 239 vd.; **Musielak, Hans Joachim/Huber, Michael:** Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, München 2002, s. 1070; **Fasching/Rassi-Kommentar** s. 964; **Lüke, Gerhard/Wax, Peter /Sreiber, Klaus:** Münchener Kommentar, §§ 355-802, 2. Aufl., München 2000, s. 326; **Zöllner, Richard/Herget, Kurt :** Zivilprozessordnung, 18. Aufl., Köln 1993, s. 1056. Delil tespiti medeni yargı içerisinde özel bir prosedürdür. Bkz. **Schilken, Eberhard:** Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Bonn 2002, s. 293.

<sup>20</sup> **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet:** Türk Medeni Hukuku, Cilt I-cüz 1, Umumi Esaslar, 6. B., İstanbul 1959, s. 362. Yazara göre bir hakkın alınması için lazım olan delillerin şimdiden zapt ve tespit olunmazsa ileride zayı olacağı veya ikamesinde çok müşkülât çıkacağı melhuz ise, davada tahkiki ve tetkikine henüz sıra gelmeyen veya ileride ikame olunacak davada dermeyan edilecek olan bu gibi delillerin şimdiden tespitinin mahkemeden istenebilmesine ilişkin HUMK m. 368-369 hükmü ile kastedilen tespit davasıdır.

<sup>21</sup> **Kuru-Tespit** s. 12, 18; **Yavaş** s. 20.

<sup>22</sup> **Geffert, Martin:** Der Einzelrichter im selbständigen Beweisverfahren (NJW 1995/8, s. 506-507), s. 506; **Yavaş** s. 4; **Kurt, Şahin:** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Delil tespitine Dair Hükümleri Üzerine Bir İnceleme (AD 1983/1, s. 88-95), s. 93;

konusunu sadece hukukî ilişkiler teşkil edebildikleri halde, delil tespiti konusunu genellikle maddî vakıalar oluşturur<sup>23</sup>. Delil tespiti ilgili bulunduğu davaya bağlı bir işlemdir<sup>24</sup>. Bu meyanda delil tespitine, tespit davasının ispatı için de başvurulabilir. Delil tespitinin bir dava

---

**Kuru-Tespit s. 74; İnal, Nihat:** Hukuk Yargılaması Usulü Yasası, C. 2, Ankara 2003, s. 1820; **Yılmaz-Tedbirler II s. 1343-1344.** "...Aylık kiranın tespitine ilişkin istekler dava konusudur ve bu itibarla tespiti delailden tamamen ayrıdır. Davacı, kira tespiti isteğinde bulunmuş olduğuna göre, mahkemece dava dilekçesinin diğer tarafa tebliği ve yargılama gününü bildirilmesi ve taraflar teşkil edildikten sonra keşif ve bilirkişi raporu alınmasına karar verilmesi gerekirken, sözü edilen davaya bir delil tespiti niteliği verilerek delil tespitine ilişkin usul hükümleri uyarınca muamele yapıp karar tesisi doğru bulunmamıştır..." (Yarg. 3. HD 11.4.1967, 2552/2004:Yılmaz-Tedbirler II s. 1344).

<sup>23</sup> Karş. **Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 681.** Bu bağlamda öğretilde şu hususların delil tespitinin konusunu oluşturabileceği belirtilmiştir: Bir zararın varlığı ve miktarı, mallarda gerçekleşmiş bulunan zararın kapsamı, belli bir maddî durumun varlığı, örneğin inşaatın belli sınırı geçip geçmediği, defter kayıtlarının belli bir tarihteki durumu, bir olayın nasıl cereyan ettiği vs. Bkz. **Postacıoğlu s. 498-499.** Buna karşılık salt hukukî meseleler delil tespitinin konusunu oluşturmaz. Bkz. **Jagenburg, Walter:** Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrecht seit 1995: Bauprozessrecht und Verfahrensfragen (NJW 1997/31, s. 2021-2030), s. 2025; **Fasching/Rassi-Kommentar s. 980.**

<sup>24</sup> Delil tespiti asıl davadan bağımsız bir yapı arz etmediğinden açılmış bir davada veya davanın açılmasından önce talep edilen delil tespiti için değişik iş dosyası açılır (**Yavaş s. 114**) ve delil tespiti dosyası, esas dava dosyasının eki sayılarak onunla birleştirilir (HUMK m. 374). Bu şekilde, ileride delilin inceleme zamanı geldiğinde, taraflar bu delile dayanarak, iddia ve savunmalarını ispat etmeye çalışırlar. Bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 684.** Delil tespiti dosyası esas dava dosyasının bir eki olduğundan delil tespiti giderleri de asıl davanın yargılama giderlerine dâhildir ve talep edilmemiş olsa dahi mahkeme, yargılama giderleri gibi, delil tespiti giderlerine de kendiliğinden karar verir. Geniş bilgi için bkz. **Kuru-IV s. 4457 vd.** Yine, delil tespiti dosyasının esas dava dosyasının eki sayılmasından dolayı delil tespiti sırasında yapılan ikrar da mahkeme içi ikrar sayılır ve kesin delil teşkil eder. Bkz. **Yavaş s. 115.** Delil tespiti dosyasının asıl dava dosyasının bir eki olmasının bir diğer sonucu ise delil tespiti kararının ilâmlı icra takibinin dayanağını oluşturamamasıdır. Bkz. **Tanrıver, Süha:** İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 46. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararda bu durumu teyit etmiştir: "...4.12.1979 tarihli tesbit tutanağında; davalının ibraz ettiği listedeki eşyaların davacı tarafından alındığına ilişkin iddiaya karşı, davacının (kapı dışarı attığı için almak zorunda kaldım) dediği yazılı bulunmaktadır. Hal böyle olunca davalının savunmasına ve ibraz ettiği listeye karşı, tesbit sırasında davacı tarafından vaki ve az yukarıda açıklanan beyanın, usul hükümleri karşısında niteliğinin tesbiti, uyuşmazlığın çözümünde önem kazanmaktadır. HUMK. nun 113 ve 374. maddeleri gereğince, delil tespiti dosyası asıl dava dosyasının eki sayılır. Bu itibarla, delil tesbiti dosyasındaki ikrar da, asıl davada geçerlidir. Yani mahkeme içi ikrar niteliğinde olup, kesin delil teşkil eder..." (YHGK 25.2.1983: Yasa HD Eylül 1983, s. 1324).

olmamasının en önemli sebebi bu işlem ile zamanaşımının kesilmemesidir. Delil tespiti hakkında mahkemelerce verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmez<sup>25</sup>.

Delil tespitine itiraz edilmemesi esas davanın görülmesi sırasında buna karşı itiraz hakkını ortadan kaldırmaz ve yapılacak itirazın incelenmesine engel teşkil etmez<sup>26</sup>. Buna karşılık tespit davası sonucunda verilen karar gerek şekli gerek maddî anlamda kesin hüküm gücüne sahiptir. Delil tespiti ayrı bir dava olmadığı için ıslah edilemediği gibi ıslah yolu ile dava haline dönüştürülemez. Bir dava da ıslah yoluna başvurulmak suretiyle delil tespitine dönüştürülemez. Bunun yanı sıra delil tespiti yalnız başına bir dava konusu da olamaz. Çünkü delil tespitinin konusu maddî vakialardır<sup>27</sup>. Maddî vakıalar ise tek başlarına dava konusu yapılamazlar<sup>28</sup>.

Delil tespiti ile tespit davası arasındaki önemli bir diğer fark da ödenmesi gereken yargılama masraflarına ilişkindir. Buna göre, delil tespiti isteyen, tespit için gerekli giderleri (özellikle, tanık ve bilirkişi ücretleri ile keşif giderlerini) peşin olarak mahkeme veznesine yatırmak (HUMK m. 414) ve Harçlar Kanunu (1) Sayılı Tarife’de öngörülen maktu harcı ödemek zorundadır. Bu giderler, ilerde açılacak olan davanın yargılama giderlerine dâhildir<sup>29</sup>. Buna karşılık, tespit davası başlı başına bir dava olduğundan öncüsü olduğu eda davası gibi harca tâbidir ve konusu malvarlığı olan tespit davalarında alınacak harç, nispi tarifeye

---

<sup>25</sup> **Özkan** s. 820.

<sup>26</sup> “...Hasarın değerlendirilmesi hususunda yaptırılan ikinci tesbitte alınan 9/9/1959 tarihli ehli-vukuf raporu davalıya tebliğ edilmemiş ve duruşma sırasında bu yöne matuf itirazlar üç kişilik ehli-vukuf hey’etine tetkik ettirilmiş olmasına, *kaldı ki delillerin tesbiti raporuna itiraz edilmemiş olması esas dava görüldüğü sırada incelenmesi mümkün hususlar hakkında inceleme yapılarak bir karar verilmesine engel olamayacağına; itiraz edilmeyen delillerin tesbiti raporlarının kesinleşeceği, tarafları ve binnetice hâkimi bağlayacağı hususunda usul kanununda bir hüküm bulunmadığına*, takdiri deliller ne şekilde toplanmış olursa olsun hâkimi bağlamayacağına göre davacının usul ve kanuna uygun olan ısrar kararına yönelttiği temyiz itirazları yerinde olmadığından REDDİNE ve sair hususlar gerekli tetkikatı için dosyanın özel daireye gönderilmesine 7/6/1961 gününde oybirliğiyle karar verildi...” (YHGK 7.6.1961, 4/45/21: ABD 1961/4, s. 37-38).

<sup>27</sup> **Kuru-Tespit** s. 74-75; **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 625.

<sup>28</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 289.

<sup>29</sup> **Kuru-IV** s. 4440-4441.

göre belirlenir. Konusu belli bir değerle ilgili olmayan (yani, para ile değerlendirilemeyen) bir şeye ilişkin tespit davaları içinse maktu harç alınır<sup>30</sup>.

Tespit davası başlı başına bir dava olduğundan tespit davası bakımından da delil tespiti yoluna başvurulabilir<sup>31</sup>. Davacının talebini delil tespiti yerine tespit davası olarak adlandırılması mahkemeyi bağlamaz. Çünkü hâkim, HUMK m. 76 uyarınca ileri sürülen maddî olguları değerlendirerek bunlara uygun düşecek hukuk kuralını kendiliğinden bulmak zorundadır<sup>32</sup>.

## 2. İHTİYATİ TEDBİRLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

Delil tespiti ile ihtiyati tedbir, geçici hukukî himaye sağlamaya yönelik tedbirler olmaları nedeniyle benzerlik göstermektedirler. Bunun yanı sıra gerek delil tespiti gerekse ihtiyati tedbir talebi görülmekte olan bir dava içinde yapılabileceği gibi dava açılmadan önce de yapılabilir. Keza, dava açılmadan önce yapılan delil tespiti veya alınan ihtiyati tedbir kararına ilişkin dosya esas hakkındaki dava dosyasının eki niteliğindedir<sup>33</sup>.

İhtiyati tedbirde dava konusu olan bir malın veya hakkın güvence altına alınması için genellikle o mal veya hak üzerine tedbir konulurken,

<sup>30</sup> Bkz. Harçlar Kanunu (1) Sayılı Tarife.

<sup>31</sup> **Kuru-IV** s. 4429.

<sup>32</sup> “ Evvela çözümlenmesi gereken sorun istemi; HUMK’un 371 ve ardından gelen maddelerine göre delil tespiti mi yoksa tespit davası mı olduğunu belirlemekle kendisini göstermektedir. Bu istemde ileri sürülen maddî olguları değerlendirmek, uygulanacak yasa maddelerini bulmak ve uygulamak doğrudan hâkimin görevidir (HUMK. md. 76). Olayda davacı, davalı kiracının sözleşme süresinin bittiğini bu tarihten sonra verilen paraların işgal tazminatı olduğunun tespiti istemiştir. Koşulları olduğu takdirde tespit davaları bir hukukî ilişkinin varlığının veya yokluğunun tespiti hakkında mümkündür. Davacı isteminde kira ilişkisinin yokluğunun tespitini amaçlamaktadır. Davacının bu iddiasının tespit davasının kendisine özgü özelliklerini taşıdığı açıktır. Ortada dava şartları mevcut usulen ikame edilmiş bir dava olduğuna göre davada dermeyan edilmiş olan talebin (hakkın) haklı olup olmadığına, özellikle tespit davalarında, davanın kabule şayan olup olmadığı koşullarının olup oluşmadığı bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığı, yönlerinde karar verilebilmesi için işin esasına girilmesi, yargılama açılması zorunludur...” (13. HD. 17.09.1990: **Kaçak, Nazif**: Emsal İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2002, s. 1046).

<sup>33</sup> **Akyol, Leyla**: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003, s. 17.

delil tespitinde ise davanın karara bağlanmasında ispat faaliyetine yardımcı olan delillerin korunmasını sağlamak, kaybolmasını önlemek için tedbir alınmaktadır<sup>34</sup>.

Delil tespiti ile ihtiyati tedbirler amaçları bakımından da farklıdır<sup>35</sup>. Zira delil tespitinde bir talebin korunması, geçici olarak düzenlenmesi veya edimin geçici olarak yerine getirilmesi amaçlanmamaktadır<sup>36</sup>. Buna karşılık ihtiyati tedbirler dava konusuna ilişkin geçici bir hukukî koruma sağlamaktadırlar<sup>37</sup>. İhtiyati tedbirler ile güdülen amaç salt vakıaların aydınlatılmasının ötesine geçmektedir<sup>38</sup>.

İhtiyati tedbir kararının verildiği tarihten itibaren on gün içerisinde esas hakkındaki davanın açılması gerekir. Aksi takdirde ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkar. Delil tespitinde ise böyle bir durum söz konusu değildir<sup>39</sup>. Benzer şekilde ihtiyati tedbir kararı kural olarak teminat karşılığı verilirken (HUMK m. 110) delil tespiti talebinde bulunan kimseden teminat alınmamaktadır<sup>40</sup>.

Delil tespitinde ihtiyati tedbirde olduğu gibi çekişme konusu hak üzerinde, dolayısıyla kişinin hukukî durumu üzerinde bir karar söz konusu değildir. Bunun yanı sıra delil tespiti doğrudan zarar verici bir niteliğe sahip değildir. İhtiyati tedbirde olduğu gibi zor uygulanarak bir hakkın geçici de olsa düzenlenmesi, teminat altına alınması veya ifası sonucunu doğurmaz. Bunlar olmayınca da zarar ortaya çıkmaz. Bundan

---

<sup>34</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s. 681. Karş. **Üstündağ, Saim**: İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981, s. 5.

<sup>35</sup> **Habscheid, Walther**: Anmerkung zum Beschluss des OLG NÜRNBERG, vom. 7.9.1972-2 W 108/72 (NJW 1973/9, s. 375-376), s. 376; **Schilken**-Grundlagen s. 247.

<sup>36</sup> **Roth, M.** : Das Summarische Verfahren in der Zivilprozessordnung des Kantons Aargau vom 18. Dezember 1984, Aargau 1993, s. 131; **Stach, P. A.** : Vorsorgliche Massnahmen nach Bundesrecht und st. Gallischem Zivilprozessrecht, Galen 1991, s. 69; **Spilok, G.** : Grundfragen der Beweissicherung, das Verfahren nach den §§ 485 ff ZPO als besondere Form verlaufenden Rechtsschutzes, Freiburg 1982, s. 14 (**Özekes, Muhammet**: İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 51'den naklen).

<sup>37</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s. 681.

<sup>38</sup> **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann** s. 1284.

<sup>39</sup> **Yavaş** s. 33.

<sup>40</sup> **Yavaş** s. 35; **Akyol** s. 19-20.

başka ihtiyati tedbirde teminat alınması asıl iken delil tespiti için böyle bir teminat öngörülmemiştir<sup>41</sup>.

### 3. İHTİYATİ HACİZLE KARŞILAŞTIRILMASI

İhtiyati haciz, para alacaklarına ilişkin mevcut veya müstakbel bir takibin sonucunun güvence altına alınması için, mahkeme kararı ile borçlunun malvarlığına el konulmasını sağlayan geçici bir hukukî korumadır<sup>42</sup>.

İhtiyati haczin doğrudan amacı mevcut veya müstakbel icrayı temin etmek, güvence altına almak iken, delil tespitinde yargılama içinde kullanılacak delillerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Bundan başka, ihtiyati hacizde koruma doğrudan müddeabihe yönelik olmayıp, icrasına yönelik ise de, korumanın nihai aşamada pratik olarak asıl talebin korunmasını da kapsar. Delil tespitinde ise sağlanan korumanın alacakla, ihtilaf konusu ile dava veya takibin sonucu ile ilgisi yoktur; korumanın konusunu deliller oluşturmaktadır<sup>43</sup>.

Delil tespitinde ihtiyati hacizde olduğu gibi bir yargılama yapılmaz. Bunun sonucu olarak da ihtiyati hacizde olduğu gibi ispat faaliyetine girilmez. Delil tespiti hakka yönelik olmamasından dolayı ihtiyati hacizde olduğu gibi ciddi bir tehlike de söz konusu değildir. bu sebeple ihtiyati hacizde olduğu gibi özel bir itiraz ve tamamlayıcı prosedür veya teminata ilişkin düzenlemeye gidilmemiştir. Çünkü sadece deliller bakımından maddî bir durumun tespiti ve korunması söz konusudur. İhtiyati hacizde itiraz belli bir süreye ve prosedüre bağlanmışken, delil tespiti ile korunan delile daha sonra yargılama içinde de karşı konulabilir. İhtiyati hacizde yargılama aşamasından sonra verilen kararın icrası prosedürü bulunmaktadır. Delil tespiti yolunda ise böyle bir prosedür öngörülmemiştir. Delil tespitinde ihtiyati hacizde olduğu gibi karşı tarafı ya da onun malvarlığını etkileyen bir durum söz konusu değildir<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> **Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenme Hakkı, Ankara 2003, s. 217.

<sup>42</sup> **Özekes-İhtiyati Haciz** s. 12; **Üstündağ-Tedbirler** s. 5; **Yılmaz-Tedbirler II** s. 1078; **Yavaş** s. 37; **Deyneklî, Adnan/Saldırım, Mustafa:** İhtiyati Haciz, Ankara 2005, s. 5.

<sup>43</sup> **Spilok** s. 14 (**Özekes-İhtiyati Haciz** s. 51'den naklen).

<sup>44</sup> **Özekes-İhtiyati Haciz** s. 51-52.

İhtiyati hacizde kanun koyucu hangi hususlara itiraz edebileceğini tek tek saymıştır. Delil tespitine yönelik itirazlar ise sınırlı sayıda değildir<sup>45</sup>.

### III. UYGULANMA ALANI

Delil tespitine ilişkin HUMK m. 368-374 hükümleri, hukuk davaları ve Danıştay'da, idare mahkemelerinde ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde açılan veya açılacak olan davalar hakkındaki delil tespitleri için uygulanır. Buna karşılık ceza davalarında kural olarak uygulanmaz<sup>46</sup>.

### IV. DELİL TESPİTİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

#### 1. İNCELEME SIRASI GELMEMİŞ OLAN DELİLLERİN TESPİTİ İSTENEİLİR

Delil tespitinin amacı, delillerin incelenmesi aşamasına kadar, mevcut delilin veya delillerin kaybolmasını, zayi olmasını veya bir davadaki ispat gücü dolayısıyla etkisinde meydana gelebilecek her türlü rizikoyu ortadan kaldırmaktır<sup>47</sup>. Bundan dolayı delil tespitine başvurabilmek için mevcudiyeti gerekli ilk şart tespiti istenen hususun incelenmesine henüz sıra gelmemiş olmasıdır<sup>48</sup>.

İnceleme sırası henüz gelmemiş olan ve tespiti istenen deliller, ileride açılacağı bildirilen veya açılmış olan dava ile ilgili olmalıdır<sup>49</sup>. Bu nedenle dava açmadan önce delil tespiti isteyen kişi, delil tespiti talebinde ileride açacağı davayı somut olarak bildirmelidir. Bunu yapmaması durumunda, delillerin önceden tespitinde hukukî yararı olduğunu ispat

---

<sup>45</sup> Geniş bilgi için bkz. **Yavaş** s. 44-45.

<sup>46</sup> Bunun istisnasını ilgilinin hukuk mahkemesinde delil tespiti yaptırdıktan sonra, ceza davasına müdahil olarak katılmak suretiyle kişisel hakkını istemesi oluşturur. Bu durumda delil tespiti dosyası HUMK m. 374 uyarınca ceza davası dosyası ile birleştirilir. Bkz. **Kuru-IV** s. 4431. Ceza yargılaması hukukunda delil tespitine benzeyen kurumlar hakkında geniş bilgi için bkz. **Yavaş** s. 59 vd.

<sup>47</sup> Burada delil tespiti yapılabilmesi için ispatlanmak istenen vakianın uyumsuzluk bakımından taşıdığı önem araştırılmaz. Bkz. **Münchener Kommentar/Schreiber** s. 328.

<sup>48</sup> **Yavaş** s. 71; **Doğanay** s. 892.

<sup>49</sup> **Doğanay** s. 891.

edememiş sayılmalı ve mahkeme, böyle bir delil tespiti talebini caiz olmadığı gerekçesiyle (HUMK m. 371 c. 2) reddetmelidir<sup>50</sup>.

## 2. DELİL TESPİTİNDE HUKUKİ YARAR BULUNMALIDIR

Delil tespitini isteyen, delillerin önceden tespit edilmesinde hukukî yararı bulunmalıdır. Şimdi tespit edilmemesi durumunda ileride kaybolacağı (yok olacağı) veya gösterilmesi çok güç olacağı tahmin edilen delillerin<sup>51</sup> önceden tespit edilmesinde hukukî yarar vardır (HUMK m. 369)<sup>52</sup>. Örneğin ileride tanık olarak dinlenecek kişinin ağır hasta olması<sup>53</sup>, uzun bir yolculuğa çıkmak üzere bulunması veya zamanla karşı tarafın etkisinde kalarak bildiğini söylemeyeceği veya yanlış söyleyeceğinden korkulması, delilin muhafazasının önemli masrafa yol açması<sup>54</sup>, zarara uğramış bir şeyin temlik edilmesine ihtiyaç bulunması<sup>55</sup> durumlarında, o kişinin ifadesinin şimdiden delil tespiti yoluyla alınmasında hukukî yararın olduğu kabul edilmektedir. Keza trafik kazasında hasara uğrayan bir otomobilin durumunun şimdiden (hemen) tespit edilmesinde de hukukî yarar vardır. Çünkü otomobil tamir edildikten sonra dava sırasında bu hasarın tespiti çok güç veya imkânsız

---

<sup>50</sup> **Kuru-IV** s. 4431.

<sup>51</sup> Ancak uygulamada bu hususa yeterli özen gösterilmemesi eleştirilmiştir. Doğanay'a göre bazı kimseler cahil olan hasımlarını mahkeme aracılığıyla manevi nüfuzları altına alarak onlardan normal ve kanuni hakları dışında fazladan bir şeyler koparabilmek amacıyla kanunun bu hükmünü kötüye kullanarak derhal ve tebligatsız olarak delil tespiti talebinde bulunmaktadırlar. Bu bakımdan mahkemelerin bu çok önemli manevi hususu ihmal ederek, derhal tespiti gerekli olmayan ve ileride de yok olması muhtemel bulunmayan bir delilin tespiti için diğer tarafa tebligat yapılmadan o delilin tespit edilmesi doğru olmadığı gibi kanunun ruh ve amacına da aykırıdır. Bkz. **Doğanay** s. 892.

<sup>52</sup> Alman hukukunda ise bu haller bulunsa dahi hukukî yararın ayrıca ortaya konulmak zorunda olduğu kabul edilmektedir. Bunun için delil tespiti talebinde bulunanın bir başkasıyla -mevcut hukukî durum dikkate alındığında- uyumsuzluk içerisinde olması ya da böyle bir uyumsuzluğun beklenilmesi ve tespiti istenen delillerin söz konusu uyumsuzluk bakımından en azından muhtemelen kullanılabilir olması gerekmektedir. Bkz. **Zöller/Herget-Kommentar** s. 1057.

<sup>53</sup> Buna karşılık bir tanığın çok yaşlı olması tek başına delil tespiti yapılması için yeterli görülmemektedir. Bkz. **Zöller/Herget-Kommentar** s. 1058; **Münchener Kommentar/Schreiber** s. 328.

<sup>54</sup> **Schilken** s. 262.

<sup>55</sup> **Zöller/Herget-Kommentar** s. 1058.

olabilir<sup>56</sup>. Karşı taraf ise talep sahibinin salt kötü niyetle delil tespiti talebinde bulunduğunu, talebin uyumsuzluk bakımından önemli olmayan vakıalara ilişkin olduğunu, tespitini talep ettiği delillerin uyumsuzluğu ispat bakımından elverişsiz olduğunu, talep sahibinin sadece kendisinin işletme defterini görmek için bu yola başvurduğunu vs. ileri sürerek onun delil tespiti yapılmasında hukukî yararının bulunmadığını ileri sürebilir<sup>57</sup>. Keza, delilin, delil tespiti talebinde bulunan tarafından muhafaza edilmesi mümkün ve ondan beklenebilir ise bu durumda delillerin kaybolmasından endişe edilmesi şartının gerçekleşmediği kabul edilmektedir<sup>58</sup>.

Alman hukukunda bir talebin zamanaşımına uğrama tehlikesi ile karşı karşıya kalmasının delil tespiti talebinde bulunma bakımından hukukî yarar şartını gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği tartışmalıdır. Ancak bu konu, Alman hukukunda delil tespiti talebinde bulunmanın zamanaşımını durdurma etkisi ile birlikte ele alınmaktadır. Bizim hukukumuzda ise delil tespiti talebinde bulunulması zamanaşımını durdurmayacağından<sup>59</sup> bu tartışmanın pratik bir önemi kalmamaktadır. Bu bakımdan kanımızca bir talebin zamanaşımı tehlikesi ile karşı karşıya kalması o talep bakımından delil tespitinde bulunmada aranan hukukî yarar şartını gerçekleştirmiş sayılmayacaktır.

Delil tespiti bakımından (müstakbel) davacının yanı sıra (müstakbel) davalının da hukukî yararı olabilir. Örneğin başkasının bir malına zarar veren kişi de, aynı malda daha sonra meydana gelebilecek başka hasarlardan sorumlu tutulmaması için kendi haksız eylemi ile meydana getirdiği zararı şimdiden tespit ettirmesi halinde onun hukukî yararının olduğu söylenebilir. Çünkü aksi halde, yani deliller şimdiden tespit

---

<sup>56</sup> **Kuru-IV** s. 4432. Buna karşılık bir talebin zamanaşımına uğraması ihtimalinin delilin kaybı ya da sonradan kullanılmasının güçleşmesinden endişe edilmesi olarak yorumlanmak suretiyle delil tespiti yapılmasını haklı kıldığı söylenemez. Bkz. **Münchener Kommentar/Schreiber** s. 328; **Zöller/Herget-Kommentar** s. 1058. Buna karşılık Schreiber daha önce yazmış olduğu bir makalede aksi sonuca ulaşmıştı. Bkz. **Schreiber, Klaus**: Das selbstaendige Beweisverfahren (NJW 1991/41, s. 2600-2602), s. 2601.

<sup>57</sup> **Kummer, Max**: Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1974, s. 158.

<sup>58</sup> **Wussow, Hansjoachim**: Probleme der gerichtlichen Beweissicherung in Baumaengelsachen (NJW 1969/33, s. 1401-1408); s. 1402; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann** s. 1285.

<sup>59</sup> Bkz. aşağı.

ettirilmezse, ileride kendi eylemi ile meydana gelen zararın gerçek kapsamını kanıtlamakta güçlük çekebilir<sup>60</sup>.

Öğretide<sup>61</sup>, haklı olarak, delil tespiti talebinde bulunan kimsenin salt HUMK m. 369'da geçen ifadeleri tekrarlamasının onun hukukî yararının bulunduğunu kabule yetmeyeceği savunulmuştur. O bakımdan tespit talebinde bulunan taraf, talebini 369 uncu maddede sayılan hususlardan hangisine<sup>62</sup>, neden dayandığını gerekçeleriyle açıklamalıdır.

Özel bir kanun hükmü ile<sup>63</sup> delil tespitinin istenebileceğinin açıkça belirtildiği hallerde de delil tespitinin hukukî yarar şartı bulunması şartı aranmaz (HUMK m. 369).

Şartların değişmesi durumunda ilk delil tespiti başvurusu reddedilen taraf daha sonra tekrar delil tespiti talebinde bulunabilir. Buna karşılık şartlar aynı kaldığı halde salt ilk talep reddedildiği için bir başka mahkemeye başvurulmasında hukukî yarar yoktur<sup>64</sup>. Uygulamada ise zaman zaman delil tespiti talebinde bulunanların istedikleri sonucu alamamaları durumunda aynı amaçla bu sefer başka mahkemelere de başvurdukları tespit edilmiştir. Bu durumu fark eden Adalet Bakanlığı, yayımlanmış olduğu 4.1.1944 gün ve 109/2 sayılı genelgeyle<sup>65</sup> delil tespiti

---

<sup>60</sup> **Özkan** s. 824-825.

<sup>61</sup> **Yavaş** s. 75.

<sup>62</sup> Yani tespit talebinde bulunmadığı takdirde delilin kaybolma tehlikesinin olduğuna mı yoksa tespit talebinde bulunulmadığı takdirde delilin ileride ikame edilmesinde güçlük çıkma ihtimaline mi dayandığını.

<sup>63</sup> Buna örnek olarak BK m. 359/2 hükmünü göstermek mümkündür. Buna göre “ İki taraftan her biri, imal olunan şeyi masrafı kendisinden olmak üzere bilirkişiye muayene ettirilmesini ve muayene neticesinin bir raporla tespitini istemeye hakkı vardır.” Bkz. **Doğanay** s. 892. Geniş bilgi ve başka örnekler için bkz. **Yavaş** s. 28-29.

<sup>64</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** s. 804.

<sup>65</sup> Genelgede şu sözlere yer verilmiştir: “*Tespiti delail taleplerinin tetkikinde bazı mahkemelerce, HUMK'un 368 ve 369'uncu maddelerinde yazılı esaslar haricine çıkılarak muamele yapılmakta olduğu cari muameleden anlaşılmaktadır. Henüz tetkikine sıra gelmemiş olan bir hususa müteallik delilin ne gibi hallerde davanın ikamesi sırasında ve ikamesinden evvel tetkik edilebileceği HUMK'nun 368 ve 369'uncu maddelerinde açıkça gösterilmiştir. Filhakika 368'inci madde hükmüne göre, iki taraftan biri görülmek üzere olan bir davada henüz tahkik ve tetkikine sıra gelmemiş bulunan veyahut ileride ikame edeceği davada dermeyan edilecek olan hususun şahit, keşif, ehlihibre ve diğer deliller ile tespitini talep edebileceği esası kabul edildikten sonra, MK hükmü mahfuz kalmak şartıyla ancak şimdiden tespit olunamazsa ileride*

yolunun kötüye kullanılmasını engelleme konusunda mahkemelerin dikkatini çekmiştir.

Alman hukukunda da delil tespiti talebi üzerine bir bilirkişi raporu alınmışsa mahkemenin yeniden bilirkişi raporu aldırması eski raporu yetersiz bulması yahut önceki bilirkişinin taraflardan birince haklı olarak reddedilmesi halinde mümkündür (dZPO § 412).Böylelikle birbiriyle çelişkili bilirkişi raporlarının alınmasının önüne geçilmek istenmiştir<sup>66</sup>.

### 3. ORTADA ÇEKİŞMELİ BİR VAKIA BULUNMALIDIR

Yukarıda da belirtildiği gibi<sup>67</sup> delil tespiti talebinin konusunu vakıalar oluşturur. Tek başına bir vakıanın tespiti isteniyorsa bu halde delil tespiti yoluna gidilebilecektir. Ancak bu da tek başına yeterli olmayıp; söz konusu vakıanın taraflar arasında çekişmeli de olması gerekmektedir. Diğer deyişle delil tespitine konu yapılmak istenen vakia, taraflar arasında çekişmeli değilse delil tespiti caiz değildir. Çünkü HUMK m. 386 vd. hükümlerinde düzenlenen bu kurumun temel amacı, derdest veya ileride açılması düşünülen bir davada ileri sürülen veya

---

*zayi olunacağı veya ikamesinde çok müşkülât çıkacağı melhuz olan delillerin bu fasıl hükmüne tevfiқан tespit olunabileceğini tasrih etmiştir.*

*Binaenaleyh bu hükümlere tevfiқан delillerin tespit edilmesi, ancak usulen ikame olunacağı zamandan önce o delilin zayı olması ihtimalinin mevcut bulunması veya zayı keyfiyeti mevzuubahis olmasa bile, ikamesi tarihine kadar tehiri halinde ileride yapılacak tetkikatta zorlukla karşılaşılabileceğinin anlaşılması haline münhasır bulunmaktadır.*

*Tatbikatta, bilhassa müteaddit mahkeme olan yerlerde tespiti delail talebinde bulunanların ekseriya keşif yolu ile bir delil tedarik etmek için bu yola müracaat ettikleri ve istedikleri neticeyi alamayınca aynı maksatla başka mahkemeye gittikleri ve şu suretle başka başka iki mahkeme tarafından tespiti delail yolu ile alınan raporların telifinin mahkemeleri müşkülata sevketmekte olduğu görülmektedir. Bu mahzurları önlemek ve kanunun belli hallere hasrettiği delil tespiti yolunun suistimaline mani olmak için mahkemelerin HUMK'nun bilhassa 369 uncu maddesinde yazılı şartları göz önünde tutmaları ve güstediden evvelce diğer bir mahkemeye başvurup başvurmadığının sorulması ve kati zaruret ve müstacel bir hal bulunmadıkça diğer tarafa muamele esnasında hazır bulunması için tebligat ifası ve müstacel hallerde de diğer tarafın müdafiasını istimaline imkân verilmesi için delil tespitinden sonra tutulacak zabıt varakasının hemen diğer tarafa tebliği ve bu hususta muktazi harcın tespitini isteyen taraftan peşinen alınması lüzumunun bütün mahkemelere ehemmiyetle tebliğini rica ederim". Bkz.Özkan s. 852.*

<sup>66</sup> Hansens s. 957.

<sup>67</sup> Bkz. yuk. II, 1.

sürülecek olan bir iddianın dayanağını oluşturan ispat aracının güvence altına alınmasını sağlamaktır<sup>68</sup>.

Çekişmesiz yargı işlerinde<sup>69</sup> taraflar arasında çekişme bulunmadığı gerekçesiyle delil tespiti yapılmasının hiçbir zaman mümkün olmadığı söylenemez<sup>70</sup>. Burada da çekişmesiz yargı işi bakımından bir delilin önceden güvence altına alınması ihtiyacı doğmuşsa delil tespiti yoluna başvurulabilir. Bu bağlamda örneğin tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazı TMK m. 713 uyarınca olağanüstü zamanaşımı ile iktisap etmek için mahkemeye başvuran bir kimsenin zilyetliğini ispatlamak için göstermiş olduğu tanık ölüm tehlikesi taşıyan bir hastalığa yakalanmışsa bu durumda bu tanığın ifadesinin delil tespiti yoluyla alınması mümkündür<sup>71</sup>.

## V. DELİL TESPİTİ USULÜ

### 1.YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

#### A. Genel Olarak

Davanın açılmasından önce ve sonra delil tespiti bakımından yetkili ve görevli mahkemenin neresi olduğuna değinmeden önce bu konuda öğretilerde yapılan bir tartışmaya değinmek gerekmektedir. HUMK m. 370’de “delil tespiti için salâhiyetar olan mahkemeden” bahsedilmiştir. Öğretilerde genel eğilim<sup>72</sup>, bu madde ile hem yetkinin hem de görevin düzenlenmiş olduğu yolundadır. Buna karşılık bizim de katılmış olduğumuz azınlıkta kalan görüşe göre ise<sup>73</sup> bu hüküm ile sadece yetkili mahkeme düzenlenmiştir. Bu görüşün gerekçeleri şunlardır: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun birinci bölümünde görev ve yetki konularının

<sup>68</sup> Geniş bilgi için bkz. **Yavaş** s. 79 vd.

<sup>69</sup> Çekişmesiz yargının çekişmeli yargıdan farkı hakkında geniş bilgi için bkz. **Kuru, Baki**: Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 15-34.

<sup>70</sup> Çünkü çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdan ayıran tek kıstas “çekişme yokluğu kıstası” değildir. Bazı hallerde taraflar arasında çekişme bulunmasına rağmen iş, çekişmesiz yargıya dâhil olabilir. Bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 68-69.

<sup>71</sup> Karş. **Yavaş** s. 80.

<sup>72</sup> Bkz. **Kuru-IV** s. 4433 ; **Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis**: Medenî Usul Hukuku Esasları, 6. B., İstanbul 2006, s. 404; **Doğanay** s. 893-894; **Postacıoğlu** s. 497.

<sup>73</sup> **Özkan** s. 821-822; **Erkuyumcu, Müfit**: Delil Tespitine Müteallik Hükümler Üzerine Bir İnceleme (AD 1946/2, s. 126-136) s. 130; **Yavaş** s. 86; Karş. **Akyol** s. 42-43.

“vazife” ve “selahiyet” başlıkları altında ayrı ayrı düzenlenmiş olması karşısında Kanun’un 370. maddesinde bu yöntemden ayrılarak sadece “selahiyettar” deyimini kullanmasına gerek ve olanak yoktur. Keza, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun mehzazını teşkil eden Nöşatel Usul Kanunu’nda da delil tespiti ile ilgili bir görev kuralı mevcut değildir. Sadece, Kanunumuzdaki gibi yetki konusuna değinilmiştir. Bu, Nöşatel Usul Kanunu’nun uygulandığı İsviçre’nin yargısal özelliğinden ileri gelmektedir. İsviçre’nin ufak kentlerinde sadece sulh mahkemeleri ve tek hâkim vardır. Asliye hâkimlerinin bulunmadığı bu kentlerde, asliye hukuk davalarına konu olacak delil tespiti işlemlerinin sulh hâkimi tarafından da yapılması öngörülmüştür. Böylece kişilerin hukuksal girişimlerini aksatmadan yürütebilmeleri amaçlanmıştır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun aynen iktibas edilen Nöşatel Usul Kanunu’nun eski 312. maddesinde “dava ikame olunmamışsa en seri ve en az masrafla delilin tespiti kabil bulunduğu mahkeme veya sulh mahkemesidir” deyiminin kullanılması ve sulh mahkemesinin de en sonda anılmasının sebebi budur. Sulh mahkemesi, asliye hukuk davasına konu olacağı kesinlikle belli olan bir delili, o kentte herhangi bir nedenle asliye hukuk mahkemesinin bulunmaması halinde toplayacak ve delil tespiti işlemi yapacaktır<sup>74</sup>.

### **B. Dava Açılmadan Önce Yapılan Delil Tespitinde Yetkili ve Görevli Mahkeme<sup>75</sup>**

Davanın açılmasından önce delil tespitinin görev bakımından hangi mahkemede yapılacağı konusunda öğretide iki ayrı görüş vardır. Bir

<sup>74</sup> Alman hukukunda da sulh mahkemelerinin yetkili olması bu mahkemelerin yargı çevresinin diğer mahkemelerden daha küçük olmasına bağlanmıştır. Bkz. **Zwanziger, Bertram**: Das selbstaendige Beweisverfahren in der Arbeitsgerichtsbarkeit (ZZP 1996/1, s. 79-92) s. 83.

<sup>75</sup> İncelememiz medeni yargıda delil tespitine ilişkin olduğundan idare hukuku ve ceza yargılaması hukukundaki delil tespiti konularına girmiyoruz. Ancak burada Danıştay’ın idari dava açılmadan önce delil tespiti için Danıştay’a başvurulamayacağı yolunda vermiş olduğu kararlara (örneğin, Dan. 6. D 26.5.1976, 3011/3450; Dan. 12. D 11.2.1970, 929/307 gibi) katılmadığımızı belirtmek isteriz. Öğretide de haklı olarak belirtildiği gibi İYUK m. 31’in yapmış olduğu yollama gereğince HUMK m. 370’deki mahkeme deyimine idare ve vergi mahkemeleri de dâhildir. Dolayısıyla idari dava açılmadan önce delil tespiti için idare ve vergi mahkemelerine de başvurulması mümkündür. Geniş bilgi için bkz. **Kuru-IV** s. 4434-4435. Aksi görüş için bkz. **Yavaş** s. 48.

görüşe göre<sup>76</sup> davanın açılmasından önce delil tespiti talebi, genel hükümlere göre (HUMK m. 1 vd.) görevli mahkemeye yapılır. Bu mahkeme, genel mahkemelerden hangisi görevli ise o mahkeme veya esas hakkındaki dava özel mahkemelerden birinin görevine giriyorsa o mahkemedir. Buna karşılık diğer görüşe göre ise<sup>77</sup> davanın açılmasından önce delil tespiti bakımından görev ve yetki konusunda herhangi bir sınırlandırma getirilmediğinden delil tespiti, davanın açılmasından önce göreve bakılmaksızın en çabuk ve en az masrafla hangi mahkemede yapılacaksa orada yapılabilir. Yukarıda<sup>78</sup> HUMK m. 370'e ilişkin yaptığımız açıklamalar doğrultusunda biz bahsi geçen maddede sadece "yetki" konusunun düzenlendiğini savunduğumuzdan; görev konusunda birinci görüşe katılmaktayız.

Yetkili mahkeme ise en seri ve en az masrafla delil tespitini yapacak olan mahkemedir. Buna göre, dava açılmadan önce delil tespiti müracaatları bakımından yetki bakımından bir sınırlama yoktur. Deliller en çabuk ve en az giderle nerede tespit edilebilecekse o yerdeki sulh ve asliye hukuk mahkemesine başvurulabilir. Diğer deyişle burada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki yetki kuralları uygulanmaz; hatta esas hakkındaki davanın açıldığı mahkeme kesin yetkili (ve/veya kamu düzenine ilişkin) mahkeme de olsa, kural değişmez<sup>79</sup>.

Henüz dava açılmadan delil tespiti talebinde bulunulduğunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 405 inci maddesinin birinci fıkrasında, Alman hukukundan esinlenerek, delil tespiti esas hakkındaki

---

<sup>76</sup> Yılmaz-Tedbirler II s. 1346, 1354; Özkan s. 823; Erkuyumcu s. 180.

<sup>77</sup> Postacıoğlu s. 497; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, 6. B., İstanbul 2006, s. 404; Pekcantez/Atalay/Özkes s. 682.

<sup>78</sup> Bkz. IV, 1.

<sup>79</sup> Yılmaz-Tedbirler II s. 1354. Karş. Özkan s. 821. Alman hukukunda ise dava açılmasından önce yapılacak delil tespiti talepleri bakımından farklı bir yol izlenmiştir. Buna göre bu hukuk düzeninde en seri ve en az masraflar delillerin tespitini yapacak mahkeme değil; asıl dava açılmış olsa idi hangi mahkemeye açılacaksa o mahkemenin yetkili olduğu kabul edilmiştir. Bunun belirlenmesi ise şüphesiz asıl meselenin delil tespiti talebinde yeterince somut biçimde gösterilmesine bağlıdır. Diğer deyişle bu halde yetkili mahkeme tespit talebinde bulunan tarafın açıklamalarına göre tespit edilecektir. Bkz. Cuypers s. 1986.

davaya bakacak olan mahkemeden<sup>80</sup> veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden<sup>81</sup>de istenebileceği düzenlenmiştir. Buna karşılık örnek alınan Alman Usul Kanunu'nun 486 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında sulh mahkemesinin yetkisi acele hallerle sınırlandırılmıştır<sup>82</sup>. Kanımızca Tasarı'daki düzenleme bu yönüyle isabetli değildir. Çünkü sulh mahkemesinin tespiti yapmasını gerektirecek acele bir hal yok ise delil tespitinin mutlaka asıl davayı görece mahkemede yaptırılması gerekir. Aksi takdirde doğrudanlık ilkesi gereksiz bir biçimde ihlal edilmiş olacaktır. Bu bakımdan Tasarı'da yer alan düzenlemede sulh mahkemesinden önce "acele hallerde" ibaresinin eklenmesi kanımızca daha isabetli olur.

### **C. Dava Açıldıktan Sonra Yapılan Delil Tespiti İçin Yetkili ve Görevli Mahkeme**

Dava açıldıktan sonra, delil tespiti için yetkili ve görevli mahkeme, yalnız davaya bakan mahkemedir (HUMK m. 370)<sup>83</sup>. Davaya bakan mahkemeden başka bir mahkeme, o davaya ilişkin delil tespiti için yetkili ve görevli değildir. Böyle bir mahkemenin yaptığı delil tespiti geçersizdir; yani, hükme esas alınamaz<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Bu mahkeme, delil tespiti talebinde bulunanın açıklamalarına göre tespit edilecektir. Bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald** s. 804. Alman hukukunda eski düzenleme zamanında daima sulh hukuk mahkemesi yetkiliydi. Bu durumun, bir yandan doğrudanlık ilkesine (dZPO § 355) zarar verdiği öte yandan delillerin tekrar toplanmasına yol açtığı ifade edilmiştir. Bkz. **Zöller/Herget-Kommentar** s. 1056.

<sup>81</sup> Birden fazla tanığın ayrı ayrı yerlerde ikamet etmeleri gibi pek çok sulh hukuk mahkemesinin yetkili olabileceği hallerde yetkili mahkemenin dZPO § 36, III uyarınca asliye hukuk mahkemesi tarafından belirlenmesi yoluna gidilmesi ya da ilgili her bir sulh hukuk mahkemesine delil tespiti dilekçesi verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Tartışmalar için bkz. **Münchener Kommentar/Schreiber** s. 335.

<sup>82</sup> Karş. **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann** s. 1287.

<sup>83</sup> 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 25 inci maddesi uyarınca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluklarına göre İstanbul, Bursa, İzmir, Ankara, Konya, Samsun, Adana, Erzurum ve Diyarbakır'da istinaf mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemelerin fiilen göreve başlamalarıyla birlikte duruma göre istinaf mahkemelerinden de delil tespiti talebinde bulunulabileceği kanısındayız. Alman hukuku bakımından bkz. **Zwanziger** s. 83.

<sup>84</sup> **Doğanay** s. 895; **Kuru-IV** s. 4435. Örneğin: "...Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesince seçilen bilirkişilerin sözü geçen kayıtlara geçen düşünce ve oyları, düzenlenen 25.6.1957 günlü tutanakta belirtilmiştir. Davalı vekili savunmasını bu tesbit

Buna karşılık öğretilerde ileri sürülen bir diğer görüş<sup>85</sup> bu konuda ikili bir ayırım yapmaktadır. Bu görüşe göre davanın açılmasından sonra taraflardan birinin başka bir mahkemede yaptırdığı delil tespiti işlemi, diğer taraf yararına sonuçlar doğuracaksa mahkemece nazara alınması gerekir. Kanun'un emredici hükmüne rağmen başka bir mahkemede delil tespiti yaptıran tarafın, bu işlemin karşı tarafın yararına olan sonuçlarına katlanması hukuk mantığına daha uygun düşer. Örneğin kiracısının sözleşmeye aykırı davrandığını iddia edip dava açan kiralayanın, dava sırasında başka bir mahkemede yaptırdığı delil tespiti sonunda, sözleşmeye aykırı davranılmadığı saptanmışsa, artık kiralayanın kendi isteği ile toplanan ve ancak kendi aleyhine olan bu delillerin sonucuna katlanması gerekir. Zira bu sonuç, kendi eylemi ve isteği ile olmuştur. Buna karşılık, dava açıldıktan sonra başka bir mahkemede yaptırılan delil tespiti işlemi ve bu işlemle toplanan deliller, tespit isteyen tarafın yararına sonuçlar doğuracak nitelikteyse mahkemece dikkate alınmamalıdır. Biz böyle bir ayırıma katılmıyoruz. HUMK m. 370'de "delil tespiti için salâhiyetli olan mahkeme, davanın rüyet edildiği veyahut dava ikame olunmamış ise..." şeklinde ifadesinden davanın açılmış olması durumunda görevli ve yetkili mahkemenin sadece davaya bakan mahkeme olduğu kanısındayız. Bunun yanı sıra bu görüş sahibinin aynı eserin 823. sayfasında "Davanın ikamesinden sonra delil tespiti işlemlerinin *mutlaka* davaya bakan mahkeme tarafından yapılması yolundaki ve HUYU'nun 370. maddesinde öngördüğü kural..." ifadelerine yer vermiş olması kendi görüşü bakımından çelişki

---

tutanağına da dayandırmış, davacılar vekili ise, dava açıldıktan sonra delil tespitinin o davayı gören mahkeme tarafından yapılabileceğini, delil tespitinin müvekkillerinin yokluğundan yapıldığını ve hukukî değeri bulunmadığını bildirmiştir. *Gerçekten, Hukuk Yargılama Usulü Kanunu'nun 370 inci maddesinde, dava açıldıktan sonra o davaya ilişkin delillerin tespiti için yetkili olan mahkemenin davayı gören mahkeme olduğu açıklanmıştır. Şu halde, davalının Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesinde yaptırdığı delil tespiti, usulsüz olduğundan, hükme esas tutulamaz* (YHGK 10.4.1963, 2/67-34: AD 1963/9-10 s. 1036); "...İşbu davanın hükme bağlanmasından sonra davalı tarafça bir başka mahkemede tespit yoluyla alınan bilirkişi raporu mahkemeyi bağlamaz ve raporlar arasında da bir çelişki var denilemez. Ne var ki, 14.11.1985 günlü keşifte mahkemece uzman bilirkişiye yaptırılan ölçüm işlemi yeterli değildir. O halde, Tapu İdaresinden paftası getirilerek mahalline uygulanmalı öper noktaları gösterilmek ve esas alınmak suretiyle gerekli ölçüm yapılarak hasıl olacak sonuç dairesinde hüküm kurulması gerekir..." (YHGK 16.9.1987, 14/377-637: İKİD 1989/339, s. 6329-6330).

<sup>85</sup> **Özkan** s. 821.

oluşturmaktadır. Kanımızca kanunun mutlak ifadesi böyle bir sonuca varmaya engel olduğu gibi aksi halin kabulü mahkemelerin delilleri doğrudan doğruya incelemesi ilkesine de aykırı olacaktır<sup>86</sup>.

Tespiti istenilen delilin başka bir mahkemenin yargı çevresinde bulunması durumunda davaya bakan mahkemenin o mahkemeyi istinabe etmesi mümkündür<sup>87</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 405 inci maddesinin 4. bendinde de dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkemenin yetkili olduğu belirtilmiştir. Bu konuda dikkat çeken bir düzenlemeye Avusturya Usul Kanunu'nda yer verilmiştir. Bu Kanun'un 384. maddesinin 3. fıkrasına göre dava derdest olduktan sonra dahi delil tespiti talebi asıl davaya bakan mahkemenin yanı sıra, acele hallerde keşfin yapılacağı yerdeki, hakkında bilirkişi raporuna esas teşkil edecek şeyin yahut ifadesine başvurulacak kişinin bulunduğu yerdeki bölgesel mahkemeden de delil tespiti istenebileceği hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte öğretilerde bu hükmün dar yorumlanması gerektiği ifade edilmiş ve bu hükme başvurunun şartı olarak bölgesel mahkeme yerine davaya bakan mahkemeye delil tespiti talebiyle başvurmanın tespitin amacına zarar verebileceği haller gösterilmiştir. Ancak modern iletişim araçlarının kullanıldığı günümüzde bu hükümden yararlanılması çok istisnadır. Bu hükmün uygulanmasına geniş çaplı grev hali, doğal afetler örnek gösterilmiştir<sup>88</sup>. Kanımızca böyle bir düzenleme uygulanması çok sıkı şartlara bağlanmak koşuluyla gereklidir. Bu bakımdan Kanunumuzda da benzer bir hükme yer verilmesi isabetli olacaktır. Aslında böyle bir düzenlemeye yer verilmesi Kanunumuza çok yabancı bir durum olarak da düşünülmemelidir. Nitekim ihtiyati tedbire ilişkin HUMK m. 104, II'de davanın açılmasından sonra ihtiyati tedbire ilişkin kararların davaya bakan hâkim tarafından verileceği belirtildikten sonra ihtiyati tedbirin bir başka yerde daha az masrafla ve daha çabuk ifa edilebilir olması

---

<sup>86</sup> Karş. **Erkuyumcu** s. 129.

<sup>87</sup> **Berkin, Necmeddin**: Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, (tarihsiz), İstanbul s. 533; **Bilge, Necip/Önen, Ergun**: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 16; **Pekcanitez/ Atalay/Özekes** s. 682; **Doğanay** s. 895; **Zöllner/Herget-Kommentar** s. 1057.

<sup>88</sup> **Fasching/Rassi-Kommentar** s. 965.

durumunda davaya bakan mahkemenin o yer mahkemesini istinabe edebileceği açıkça düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi burada da usul ekonomisi ilkesi<sup>89</sup> gereği doğrudanlık ilkesi ikinci planda kalmıştır.

## 2. DELİL TESPİTİ TALEBİ

Delil tespiti mahkemeden dilekçe ile istenir<sup>90</sup>. Mahkeme kendiliğinden tespit işlemi yapamaz<sup>91</sup>. Mahkemeye sunulan dilekçeye diğer dilekçelerdeki hususlardan ( tarafların kimlikleri<sup>92</sup>, adresleri, mahkemenin adı) başka, tespiti istenen deliller, vakıalar, tanık ve bilirkişilere sorulacak sorular, delil tespitini haklı gösteren sebepler ile delil tespitinin davanın açılmasından önce istenmesi durumunda başvuru mahkemenin yetkisini haklı kılan sebepler de yazılır (HUMK m. 371 c. 1)<sup>93</sup>. Davanın açılmasından önce yapılan delil tespiti

---

<sup>89</sup> Bu ilke hakkında geniş bilgi için bkz. **Yılmaz, Ejder**: Usul Ekonomisi (AÜHFD 2008/1, s. 243-274), s. 243 vd. ; **Arslan, Ramazan/Tanrıver, Süha**: Yargı Örgütü Hukuku, 2. B., Ankara 2001, s. 181-182.

<sup>90</sup> **Doğanay** s. 896; **Yavaş** s. 91. Öğretide haklı olarak bu hükmün davadan önce yapılan talepler bakımından söz konusu olduğu; buna karşılık dava sırasında talepte bulunulmak isteniliyorsa, bu talebin duruşma tutanağına geçirilmesinin yeterli olduğu belirtilmiştir. Bkz. **Yılmaz-Tedbirler II** s. 1354. Avusturya hukukunda ise dilekçenin yanı sıra mahkeme tutanağına geçirilmek üzere sözlü beyanla da delil tespiti talebinde bulunulabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Fasching-Lehrbuch** s. 923. Alman hukukunda da talep için belli bir şeklin öngörülmediği ve talebin avukatla temsil zorunluluğuna tâbi olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Münchener Kommentar/Schreiber** s. 338. Buna karşılık, uyuşmazlık avukatla takip zorunluluğun mevcut olduğu bir mahkemeye ilişkinse bu durumda avukatla takip zorunluluğu geçerlidir. Bkz. **Zöller/Herget-Kommentar** s. 1056.

<sup>91</sup> **Ansay** s. 309; **Yılmaz-Tedbirler II** s. 1354; **Doğanay, İsmail**: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tesbiti Delaile Dair Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme (AD 1954/7, s. 888-899), s. 889; **Akyol** s. 33. Alman hukuku bakımından bkz. **Cuypers** s. 1986; **Musielak/Huber-Kommentar** s. 1070; **Münchener Kommentar/Schreiber** s. 327. Karş. **Fasching/Rassi-Kommentar** s. 962; **Fasching-Lehrbuch** s. 923. Avusturya hukukunda dava açılmadan önce delil tespiti ancak talep üzerine yapılabilirken; dava açıldıktan sonra talep üzerine veya hâkime öZPO § 183, III hükmü ile verilen yetki gereğince mahkemenin kendiliğinden de delil tespiti yaptırabileceği kabul edilmektedir.

<sup>92</sup> Delil tespitinin bilinmeyen kimselere karşı da yapılabileceğinden yola çıkan bir görüş delil tespitinde de maddî anlamda taraf kuramının kabul edildiğini savunmaktadır. Bkz. **Fasching/Rassi-Kommentar** s. 980. Bu kuram hakkında geniş bilgi için bkz. **Tanrıver, Süha**: Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. B., Ankara 2007, s. 62.

<sup>93</sup> Karş. **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann** s. 1289.

başvurularında ileride açılacak davanın somut olarak delil tespiti dilekçesinde gösterilmesi gerekir<sup>94</sup>.

Delil tespiti talebinde bulunacak olan taraf, karşı tarafı kendi kusuru olmaksızın (örneğin karşı tarafın kaçması gibi) gösterememişse<sup>95</sup>, bu takdirde dilekçe reddedilmemelidir. Kanunumuzda bu husus bakımından boşluk vardır. Bu boşluğun Alman Usul Kanunundaki düzenlemeye benzer biçimde doldurulması mümkündür. Alman Usul Kanunu'nun m. 494, I'e göre, karşı tarafın gösterilmemiş olması delil ileri sürenin kusuru olmaksızın gerçekleşmişse (karşı tarafın kaçmış olması örneğinde olduğu gibi) ve bu durum delil ileri süren tarafından inanılır derecede ispat edilmişse, dilekçe geçerli hale gelebilecektir<sup>96</sup>.

Benzer bir düzenlemeye Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 406'ncı maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde, tespit talebinde bulunan, hal ve şartların imkân vermemesi nedeniyle, aleyhine tespit yapılacak kişiyi gösteremiyorsa talebi geçerli sayılır denerek yer verilmiştir.

Delil tespiti talebinde bulunan, karşı tarafın adını veya adresini yanlış yazmışsa, bu yanlışlığın HUMK m. 80 hükmüne göre düzeltilebilmesi mümkündür<sup>97</sup>.

HUMK m. 368'de delil tespitinde bulunabilecek kişileri belirtmek üzere "iki taraftan her biri" ifadesini kullanmıştır. Dava açılmadan önce davacı ve davalı taraf henüz belli olmadığından, talepte bulunacak olan herhangi bir kişi olabilir<sup>98</sup>. Acaba davanın (müstakbel) taraflarının dışında üçüncü bir kişi (örneğin, fer'i müdahil<sup>99</sup>) de delil tespiti talebinde

---

<sup>94</sup> **Yavaş** s. 81.

<sup>95</sup> Belirtmek gerekir ki buraya karşı taraf da pek çok kişinin bulunması ihtimali girmez. Diğer deyişle karşı taraf da pek çok kişinin bulunması tespit talebinde bulunan tarafı onların adlarını bildirme yükümlülüğünden kurtaran haklı bir sebep olarak görülemez. Bkz. **Wussow** s. 1406; **Fasching/Rassi-Kommentar** s. 976.

<sup>96</sup> **Kuru-IV** s. 4439 dn. 49; **Yavaş** s. 94; **Doğanay** s. 898; **Ansay** s. 58; **Akyol** s. 50.

<sup>97</sup> **Yavaş** s. 94.

<sup>98</sup> **Yılmaz-Tedbirler II** s. 1354.

<sup>99</sup> Fer'i müdahilin yapabileceği ve yapamayacağı usul işlemleri hakkında geniş bilgi için bkz. **Pekcanitez, Hakan**: Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992, s. 142 vd.

bulunabilir mi? Öğretide bir görüşe göre<sup>100</sup>, fer'i müdahil davada kullanılacak delillerin kaybolması veya ileri sürülmesinde güçlük çıkması gibi bir durum söz konusu olması halinde delil tespiti talebinde bulunabilmelidir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise kanun açıkça "taraf"tan bahsettiğinden taraflar dışındaki üçüncü kişilerin delil tespiti talebinde bulunabilmesi mümkün değildir<sup>101</sup>.

Davacı ya da davalı taraf da birden fazla kişinin bulunması da mümkündür. Bu durumda dava arkadaşlığından bahsedilir. Eğer ortada maddî bakımdan mecburi dava arkadaşlığı varsa, dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorunda olduklarından delil tespiti talebini de birlikte yaparlar. Buna karşılık şekli mecburi dava arkadaşlığında dava arkadaşları, kanundan doğan şekli zorunluluktan dolayı dava arkadaşı olduklarından her birinin bağımsız olarak delil tespiti talebinde bulunabilmeleri gerekir. İhtiyari dava arkadaşlığında ise davalar biçimsel olarak birlikte açılmıştır ve ihtiyari dava arkadaşlığında dava arkadaşı sayısı kadar dava vardır. Bu nedenle, dava arkadaşları tek başlarına delil tespiti talebinde bulunabilirler.

---

<sup>100</sup> Akyol s. 34.

<sup>101</sup> Yılmaz-Tedbirler II s. 1354. Delil tespiti yolunda davanın ihbarı mümkün müdür? Bu konuda Alman hukukunda hakim görüş daha etkin bir yargılamanın temini, gereksiz yere pek çok kez delil tespiti yapılmasının ve rücu davalarının açılmasının önlenmesi gibi sebeplerle bu soruya olumlu cevap vermektedir. Ancak bunun için delil tespitinin bilinmeyen bir kimseye karşı yürütülmemesi gerekir. Bkz. **Kiessling, Erik**: Die Kosten der Nebenintervention im selbstaendigen Beweisverfahren der §§ 485 ff. ZPO ausserhalb des Hauptsacheverfahrens (NJW 2001/50, s. 3668-3674), s. 3669; **Zwanziger** s. 90; **Hoeren** s. 354 vd.; **Kunze, Axel**: Streitverkündung im selbstaendigen Beweisverfahren (NJW 1996/2, s. 102-104), s. 104; **Jagenburg** s. 2025; **Jagenburg, Walter/Kesselring, Roland**: Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrechts-Verfahrensfragen (NJW 1999/33, s. 2403-2413), s. 2408; **Paulus, Christoph**: Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Berlin 2003, s. 69; **Jauernig, Othmar**: Zivilprozessrecht, 27. Aufl., München 2002, s. 215; **Musielak, Hans-Joachim**: Grundkurs ZPO, 7. Aufl., 2004, s. 285; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** s. 802. Aksi görüşte **Cuyper** s. 1991 vd. Kanımızca hukukumuz bakımından bu düşünce kabul edilemez. Karş. **Pekcanitez, Hakan**: Die Interventionsarten im türkischen Zivilprozessrecht (1992/4, s. 469-486), s. 479. Çünkü davanın ihbarının edilmesi için varlığı aranan ilk koşul ortada derdest bir davanın olmasıdır. Bkz. **Atalı, Murat**: Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007, s. 41 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 537; **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s. 221; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım** s. 174; **Üstündağ**-Usul s. 383. Delil tespiti talebinde bulunmakla dava açılmış sayılmayacağından bu koşul gerçekleşmemektedir.

Delil tespiti dilekçesi üç nüsha olarak verilir (HUMK m. 371 c. 1). Bu nüshalardan birincisi mahkemede kalır, ikincisi karşı tarafa gönderilir (HUMK m. 372 c. 1), üçüncüsü de varsa bilirkişiye verilir. HUMK m. 371’de açıkça “Delil tespiti... arzuhal ile talep olunur” ifadesine yer verilmiştir. Maddenin bu açıklığı karşısında sözlü olarak yapılacak delil tespiti taleplerinin reddedilmesi gerekir<sup>102</sup>. Dava açılmadan önce delil tespiti isteyen başvurma harcı ve maktu karar harcı peşin olarak alınır (Harçlar Kanunu (1) sayılı Tarife A, I ve A, III, 2/d). Davacı, aynı dilekçe ile hem delil tespiti isteyebilir hem de esas hakkındaki davasını açabilir. Bu nedenle, davacıdan yalnız bir kez başvurma harcı alınır. Delil tespiti isteyen, hangi konuda delil tespiti istemişse (keşif, bilirkişi, tanık gibi) o konuya ilişkin giderleri peşin olarak mahkeme veznesine yatırmak zorundadır<sup>103</sup>. Bu giderler, ileride açılacak olan davanın yargılama giderlerine dâhildir.

Delil tespiti talebinde bulunanın talebini yanlış bir biçimde adlandırılması onun talebinin reddine yol açmaz. Bu bakımından örneğin aslında delil tespiti talebinde bulunduğu dilekçesinden açık bir biçimde anlaşılacakla beraber talebin dava olarak adlandırılması hâkimi bağlamaz. Bu durumda hukuku kendiliğinden uygulamakla görevli olan hâkimin (HUMK m. 76) bu talep hakkında delil tespitine ilişkin hükümleri uygulaması ve talebi geçerli kabul etmesi gerekir. Eğer tarafın delil tespiti dilekçesinde mahkemeden neyi talep ettiği konusunda belirsizlik varsa hâkim bu konuda tarafın açıklamada bulunmasını isteyebilir (HUMK m. 75, II).

Talepte bulunanın talebini haklı gösterecek tüm vakıaları, nedenlerini ve varsa bunlara ilişkin delilleri belirtmesi gerekir. Ancak burada talepte bulunandan, söz konusu vakıaları tam olarak ispat etmesi beklenmemelidir. Vakıaların ispatının, hâkimde, talep doğrultusunda karar verme inancına yol açabilecek ölçüde olması durumunda talebin kabul edilmesi gerekir<sup>104</sup>. Bu noktada karşımıza hâkimin kişisel nitelikleri çıkmaktadır. Hâkim, sadece aklını ve hukuk normlarını olaya uygulamakla yetinmemelidir. Özellikle karmaşık ve pek çok açıdan farklı

---

<sup>102</sup> **Yavaş** s. 91.

<sup>103</sup> **Yılmaz-Tedbirler II** s. 1361.

<sup>104</sup> **Kuru-III** s. 3151; **Yavaş** s. 95-96.

neticelere varabilecek türdeki davalarda vicdanının sesini de göz önüne almalıdır. Bu, şahsi kanaatin oluşmasında son derece önemlidir<sup>105</sup>.

Dilekçe sahibinin, tespitini istediği delillerle ilgili olarak tanıklar ve/veya bilirkişiden sorulmasını istediği konuları da dilekçesinde belirtmesi gerekir. Bunun dışında talepte bulunanın elinde isteği doğrultusunda karar vermesini kolaylaştıracak deliller de varsa onları da talebine eklemesi büyük önem taşır<sup>106</sup>.

Delil tespiti talebinin sonradan sınırlandırılması (daraltılması) ya da tamamıyla geri alınması mümkündür<sup>107</sup>.

## VI. DELİL TESPİTİNİN MADDİ HUKUK BAKIMINDAN SONUÇLARI

Delil tespiti talebi bir dava olmadığından bununla zamanaşımı kesilmez<sup>108</sup>. Zamanaşımının öğrenme ile başladığı hallerde<sup>109</sup> (örneğin BK m. 60, I) delil tespiti isteyen, en geç delil tespiti için mahkemeye başvurduğu tarihte o hususu öğrenmiş sayılır<sup>110</sup>. Hukukumuzda benzer bir

<sup>105</sup> Yavaş s. 96.

<sup>106</sup> Yavaş s. 96.

<sup>107</sup> Musielak/Huber-Kommentar s. 1070; Fasching/Rassi-Kommentar s. 984.

<sup>108</sup> Tutumlu, Mehmet Akif: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 3. B., Ankara 2007, s. 352; Postacıoğlu s. 499; Üstündağ-Usul s. 591; Kuru-IV s. 4441; Yılmaz-Tedbirler II s. 1362; Yavaş s. 8; “... Bir kişinin eylemi ile belli bir zarar verildiğinin öğrenilmesi usul hükümleri yönünden dava açılmasını engellemedikçe zararın bütün ayrıntıları ile tutarının öğrenilmesi zamanaşımının işlemeye başlaması için koşul değildir. Herhangi bir tutarda zararın gözle görülür biçimde gerçekleşmesi zamanaşımının işlemeye başlaması için yeterlidir. Delil tespiti raporunun geç verilmesi zamanaşımının işlemlerini engelleyen bir sebep olamaz...” (Yarg. 4. HD, 12.7.1972: Üstündağ-Usul s. 591 dn. 116).

<sup>109</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Tekinay, Selahettin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, İstanbul 1993, s. 716 vd.

<sup>110</sup> Yavaş s. 9. Örneğin: “... 4. HD KARARI: 1- Dava haksız eylemden doğma tazminata ilişkin olduğuna göre, BK'nun 60 ıncı maddesi uyarınca, zamanaşımı, öğrenmeden başlayarak bir yıl ve her halde haksız eylem gününden başlayarak on yıldır. Davacı dava dilekçesinde zarar tutarını yaptırdığı delil tespiti tutanağına dayamıştır. Anılan tutanak günü 23.10.1964 dür. İstenen zarar bu günden önceki zamana ilişkindir. O halde öğrenme günü en geç zarar tespit tutanağının düzenlendiği 23.10.1964 günü olarak kabul edilirse bir yıllık dava zamanaşımı süresi 23.10.1965 günü sona ermektedir. Dava 8.4.1966 gününde açıldığına göre davanın zamanaşımına uğradıktan sonra açıldığı gözetilerek bu konudaki savunmanın kabulü ve davanın bu nedenle reddi gerekli iken aksine düşüncelerle işin esasının incelenmiş bulunması bozmayı gerektirir.-

düzenlemeye Avusturya hukukunda da rastlamak mümkündür. Bu hukuk düzeninde de delil tespiti talebinde bulunmak zamanaşımına etki etmemektedir. Zira delil tespiti öBGB § 1497 anlamında dava olarak nitelendirilmemektedir<sup>111</sup>.

Alman hukukunda ise delil tespiti talebinde bulunmak<sup>112</sup> zamanaşımını durdurur (dBGB § 204, I/7)<sup>113</sup>. Zamanaşımının durma anı delil tespiti dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edildiği tarihtir<sup>114</sup>. Ancak bu, delil tespiti talebinin belli olan bir kimseye karşı yöneltilmiş olması durumunda kabul edilmektedir. Diğer deyişle, eğer delil tespiti bilinmeyen bir kimseye karşı yöneltilmişse bu durumda talep, zamanaşımını durdurmaz. Zamanaşımı, delil tespitinin yapılmasından itibaren altı ay sonrasına kadar durur<sup>115</sup>.

## VII. DELİL TESPİTİ TALEBİNİN İNCELENMESİ

Delil tespiti talebinin incelenmesi genellikle duruşmasız olarak ve dosya üzerinden yapılmaktadır. Ancak delil tespiti talebinin incelenmesinin duruşmalı olarak yapılmasına da bir engel yoktur. Aslında iddia ve savunma hakkının daha iyi kullanılması bakımından duruşmalı yapılması doğru ise de niteliği itibarıyla acele karar verilmesi gereken hallerde (örneğin HUMK m. 369), duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden karar verilmektedir<sup>116</sup>.

---

YAR. H.G.K. KARARI: Olayda söz konusu olan haksız işlem davalı belediyenin 1953 yılında davacıya ait tapulu kaynağa el atması ile başlamıştır. Davacının zarar ve zarar vereni daha önce öğrenme olanağı bulunduğu gibi en geç delil tespiti için mahkemeye başvurduğu sırada bu hususları bildiğinin kabulü gerekir. İstenen zarar delil tespiti gününden önceki zamana ilişkindir. Delil tespiti işlemi zamanaşımını kesen sebeplerden değildir. O halde yerinde olan Özel Daire bozma ilamına uyulmak ve davanın zaman aşımı yönünden reddine karar verilmek gerekirken yazılı şekilde önceki hükümden direnilmesi isabetsizdir..." (YHGK 13.3.1971, 1970-4/835-164: ABD 1972/4 s. 631).

<sup>111</sup> Fasching/Rassi-Kommentar s. 998.

<sup>112</sup> Caiz olmayan bir delil tespiti başvurusunun dahi unstatthaft olduğu gerekçesiyle reddedilmemiş olması kaydıyla zamanaşımını durduracağı kabul edilmektedir. Münchener Kommentar/Schreiber s. 332.

<sup>113</sup> Daha geniş bilgi için bkz. Jagenburg s. 2026. Bunun sebebi tarafın zamanaşımını durdurmak için davaya başvurusunu gereksiz kılmaktır. Münchener Kommentar/Schreiber s. 330.

<sup>114</sup> Musielak, Hans Joachim/Huber, Michael: Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, München 2002, s. 1070.

<sup>115</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald s. 803.

<sup>116</sup> Yavaş s. 99.

Tespit talebi, mahkemece uygun görülürse, delil tespiti için bir gün belirlenir (HUMK m. 371 son c.). HUMK m. 371 c.2 ve m. 372 c.1'in birlikte değerlendirilmesinden delil tespiti taleplerinin duruşma yapmadan inceleneceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte öğretide haklı olarak delil tespiti taleplerinin duruşmalı olarak yapılmasına da bir engel olmadığı sonucuna varılmıştır<sup>117</sup>.

Delil tespiti isteyen mahkemeye delil tespiti şartlarının varlığı hakkında kanaat uyandırması, yani delil tespiti sebeplerini göstermesi gerekir. Ancak burada tam bir ispat aranmayacaktır<sup>118</sup>. Delil tespitinde karar verebilmek için yaklaşık ispat<sup>119</sup> yeterli olmalıdır. Bu durumda da talepte bulunan ispat faaliyetinde bulunacak ve deliller gösterecektir. Keza, kural olarak ispat yükü ve ispat araçlarında (delillerde) bir değişiklik olmayacaktır. Burada sadece ispat ölçüsü düşürülmüştür. Zira tam ispat için yapılması gereken kapsamlı araştırma ve değerlendirme, geçici hukukî koruma olan tedbirin niteliğine ve özellikle acele karar verilmesi zorunluluğuyla bağdaşmaz<sup>120</sup>.

Hâkim, delil tespiti şartlarının mevcut olduğuna kanaat getirdiğini veya aksini bildirirken, dava hakkındaki hükmünü peşinen açıklamaktan özellikle kaçınmalıdır<sup>121</sup>.

### VIII. DELİL TESPİTİ KARARI

Mahkeme yapmış olduğu inceleme sonucunda delil tespiti talebini haklı bulursa, delil tespitine karar verir. Delil tespiti kararına, tarafların kimlikleri ve adresleri, tespitine karar verilen deliller, vakıalar, dinlenecek olan tanıkların ve bilirkişilerin isimleri ve onlardan sorulacak hususlar yazılmalıdır. Ayrıca delil tespiti kararında delil tespitinin nerede ve hangi gün ve saatte yapılacağı da yazılır (HUMK m. 371 c. 2).

<sup>117</sup> Kuru-IV s. 4442.

<sup>118</sup> Ansay s. 310; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 683.

<sup>119</sup> Karş. Cuypers s. 1989. Bu ispat türüyle kastedilen hâkimin ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmesi, ancak ilgili vakıanın gerçekleşmeyebileceği konusunda bir ihtimalin de her zaman bulunmasıdır. Diğer deyişle o vakıanın doğru olma ihtimali, doğru olmama ihtimaline göre ağır basmalıdır; fakat her halükarda yanlış olma ihtimali de bilinmektedir. Geniş bilgi için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 438-439. Karş. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 322-323.

<sup>120</sup> İhtiyati tedbirler bakımından karşı. Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 670.

<sup>121</sup> Kuru-IV s. 4442.

Delil tespiti kararında, delil tespiti isteyen talepte bulunurken ödemiş olduğu başvurma ve karar harcının karşı tarafa yükletilmesine karar verilir; ayrıca harç ödenmesine karar verilemez. Dava açmadan önce delil tespiti isteyen kişi, delil tespiti talebini bir vekil (avukat) aracılığı ile yapmış ise, mahkeme, delil tespiti kararında, delil tespiti isteyen lehine yargılama gideri olarak vekâlet ücretine de karar verir<sup>122</sup>. Dava açıldıktan sonra istenen ve verilen delil tespiti kararlarında, delil tespiti isteyen lehine delil tespiti için ayrıca vekâlet ücretine karar verilemez<sup>123</sup>.

Mahkeme delil tespiti talebini yerinde bulmazsa, diğer deyişle delil tespiti şartlarının bulunmadığı kanısına varırsa, delil tespiti talebinin reddine karar verir. Fakat şartların değişmesi üzerine yeniden delil tespiti talebinde bulunmak mümkündür.

Mahkeme delil tespiti kararını verirken karşı tarafa hukukî dinlenilme hakkı tanınmalıdır. Delil tespiti kararını vermeden önce karşı tarafı dinlememiş olan mahkemenin delil tespiti kararından sonra dahi karşı tarafı dinleyebileceği kabul edilmektedir<sup>124</sup>.

## IX. DELİL TESPİTİ KARARINA KARŞI GİDİLEBİLECEK HUKUKİ YOLLAR

Delil tespiti kararına itiraz ile delil tespiti işlemine itiraz birbirinden farklı olan kurumlardır. Delil tespiti kararına yapılan itirazda henüz, delil tespiti kararı doğrultusunda hareket edilerek, kararda belirtilen yer, gün ve saatte delil, tespit edilmiş değildir. Burada sadece kararın bizzat kendisine yapılan bir itiraz söz konusudur. Bu açıdan delil tespiti yapılması için gerekli şartların oluşmadığı yönündeki bir itiraz, karara yapılan itirazdır. Fakat bazı durumlarda delil tespiti kararı yerine

---

<sup>122</sup> Delil tespiti isteyen, delil tespiti kararının harçlara ve vekâlet ücretine ilişkin bölümünü, dava sonuçlanmadan önce icraya koyamaz. Çünkü delil tespiti isteyen açacağı davada haklı olup olmadığı, asıl dava sonuçlanmadan belli değildir. Asıl davayı karara bağlayan mahkeme, diğer yargılama giderlerinde olduğu gibi, delil tespiti giderlerinin ve bu arada vekâlet ücretinin de davada haksız çıkan tarafa yükletilmesine kendiliğinden karar verir. Geniş bilgi için bkz. **Kuru-IV** s. 4443-4444.

<sup>123</sup> Dava açılmasından önceki delil tespiti kararında vekâlet ücretine de karar verilmesi, yargılama gideri olan vekâlet ücreti içindir. Yoksa vekil, müvekkilinden delil tespiti için ayrıca vekâlet ücreti isteyemez. Bkz. **Kuru-IV** s. 4445.

<sup>124</sup> **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann** s. 1290.

getirilmiş olabilir. Bu durum, delil tespiti kararının aleyhine karar verilenin yokluğunda icra edilmesi ihtimalinde gündeme gelebilecektir<sup>125</sup>. Aleyhine karar verilen kimse, daha önce delil tespiti kararına itiraz etmemişse, aynı itiraz dilekçesi ile hem delil tespiti kararına ve hem de delil tespiti işlemine itiraz edebilir<sup>126</sup>.

Delil tespiti talebinin kabulü veya reddi yönündeki taleplere karşı kanun yoluna başvurulamaz<sup>127</sup>. Çünkü bu tespit talebi bir dava olmadığı gibi<sup>128</sup> talebin incelenmesi sonucunda verilen ret veya kabul kararları da nihai karar olmayıp<sup>129</sup> ara karardır<sup>130</sup>. Bununla birlikte delil tespitinin asıl davaya olan etkisinden dolayı asıl dava sonunda verilen kararlar birlikte temyize götürülmesi mümkündür. Örneğin, HUMK m. 372 uyarınca bazı hallerde karşı tarafa tebligat yapılmaksızın delil tespiti yapılması

<sup>125</sup> **Yavaş** s. 118.

<sup>126</sup> **Yavaş** s. 118 dn. 392.

<sup>127</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s. 683. Örneğin: "...TTK. 267. maddesi göndermesiyle aynı yasanın 226. maddesi gereğince tasfiye memurları lüzum gördükleri takdirde şirket mallarına değer biçmek için eksperlere müracaat edebilirler. Davacı şirket tasfiye memurlarının kendilerine yasaca verilmiş bu yetkileri var iken mahkemeye başvurmaları gereksiz olduğu gibi bu başvuru, gerek istem dilekçesinden ve gerekse mahkeme kararından anlaşılacağı üzere bir delil tespiti niteliğinde olup bu konuda verilen mahkeme kararları kabili temyiz olmadığından temyiz dilekçesinin reddi gerekmiştir..."(11. HD 23.10.1990: İKİD 1991/369 s. 8241).

<sup>128</sup> **Ansay** s. 309. "Davacı vekili, tasfiye halindeki müvekkili şirkete ait oksijen ve Buz fabrikasındaki mal varlığının ve kıymetinin tesbitini talep etmiştir... Mahkemece, tasfiye durumuna gelen şirketin son bilançosunun istenmesine rağmen ibraz edilmediği, bilirkişi raporuna göre davacı talebine göre tesbit yapılması mümkün bulunmadığı gerekçesiyle tesbit isteminin reddine karar verilmiştir. Kararı tesbit isteyen vekili temyiz etmiştir. Davacı şirket tasfiye memurlarının kendilerine yasaca verilmiş bu yetkileri var iken mahkemeye başvurmaları gereksiz olduğu gibi bu başvuru, gerek istem dilekçesinden ve gerekse mahkeme kararından anlaşılacağı üzere bir delil tesbiti niteliğinde olup bu konuda verilen mahkeme kararları ile kabili temyiz olmadığından temyiz dilekçesini reddi gerekmiştir..." (Yarg. 11. HD 23.10.1990, 6512/6832: **Yılmaz-Tedbirler II** s. 1365); "...Davacı vekili duruşmadaki imzalı beyanı ile istemin HUMK. nun 368. maddesine dayalı delil tespiti olduğunun anlaşılmasına göre bu yöne ilişkin istemin reddine dair kararın temyiz kabiliyeti bulunmadığından davacı vekilince verilen temyiz dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekmiştir..." (Yarg. 5.HD 3.12.1986, 14723/16288: Yasa HD 1987/2, s. 300-301).

<sup>129</sup> **Doğanay** s. 899; **Yavaş** s. 121.

<sup>130</sup> **Tanrıver-İlâmlı İcra** s. 47. Örneğin: "... Delillerin tesbiti hakkındaki itirazlara dair mahkemelerden verilen kararlar nihai kararlardan bulunmamış ve nihai olmayan kararların temyizleri kabil olmayacağı HUMK. nun 427 ci maddesinde yazılı bulunmuş olmasına mebni kanunen kabule şayan olmayan temyiz dilekçesinin reddine oybirliğiyle karar verildi..." (Yarg. Tic. D. 15.4.1944, 967/628: **Erkuyumcu** s. 183).

mümkündür. Eğer bu madde hükmü keyfi uygulanacak olursa, karşı tarafın savunma hakkı bundan zarar görecektir. Asıl davada da bu şekilde usule aykırı biçimde yapılmış bir delil tespiti işleminin sonucu karara esas alınır, delil tespiti aşamasında yapılan bu hukuka aykırılık dava hakkında verilen nihai kararlarla birlikte temyiz edilebilir<sup>131</sup>.

Buna karşılık, delil tespiti kararına delil tespiti şartlarının bulunmadığı gerekçesiyle itiraz edebilir<sup>132</sup>. Bu itiraz, delil tespiti kararını vermiş olan hâkim tarafından incelenip, karara bağlanır (HUMK m. 373 c. 1). Delil tespiti kararına itiraz hakkında HUMK m. 107 ve 108 hükümleri kıyasen uygulanır<sup>133</sup>.

Delil tespiti kararı verilirken her iki taraf da hazır idiyse, daha sonra karara karşı itirazda bulunulamaz. Çünkü bu durumda karşı taraf, tüm iddialarını ve savunmalarını o sırada ileri sürebilme imkânına sahiptir. Buna karşılık, delil tespiti kararı dosya üzerinden verilmişse, delil tespiti kararının yerine getirilmesi sırasında diğer tarafın itiraz etme hakkı vardır. Delil tespitine, yani delil tespiti kararına ya da delil tespiti işleminin yerine getirilmesine ilişkin itirazların yazılı olarak yapılması gerekir (HUMK m. 108)<sup>134</sup>.

Delil tespiti kararına itiraz, kural olarak delil tespiti kararı veren mahkemeye yapılır. Fakat davanın açılmasından önce, karşı tarafın yokluğunda delil tespiti kararı verilmiş ve hemen ardından asıl dava açılmışsa bu durumda delil tespiti kararına yapılacak itirazın davanın açıldığı mahkemeye yapılması zorunluluğu doğacaktır (HUMK m. 374). Çünkü delil tespiti kararı verildikten sonra hemen ardından dava açılınca delil tespiti kararını içeren dosya, asıl davanın açıldığı mahkemede asıl dava dosyasıyla birleştirilecektir. Bu durumda ise değişik iş dosyası çerçevesinde delil tespitine yapılacak itirazın asıl dava dosyası kendisinde bulunan hâkime yapılması ve onun tarafından değerlendirilmesi gerekir.

---

<sup>131</sup> Karş. **Yavaş** s. 129-130.

<sup>132</sup> Örneğin, delil tespitine ilişkin kanuni koşulların bulunmadığı, tespit işleminin gerçeği yansıtmadığı ve yanlış olduğu, bilirkişinin bilgi ve yeteneğinin yeterli olmadığı, raporda bariz hataların yapıldığı ve çelişkiler bulunduğu itirazı gibi. Bkz. **Özkan** s. 826.

<sup>133</sup> **Umar, Bilge:** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun Mevaz Neuchâtel Kantonundaki Tatbikatı, İstanbul 1967, s. 241; Kuru-IV s. 4445.

<sup>134</sup> **Yavaş** s. 119. Aksi görüş için bkz. **Erkuyumcu** s. 133.

Nitekim, ihtiyati tedbir kurumu bakımından da aynı sonuca HUMK m. 113 ile ulaşılmaktadır<sup>135</sup>.

Delil tespitine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna gidilememesi öğretide farklı şekilde değerlendirilmiştir. Bir görüşe göre<sup>136</sup> bu konuda yasal bir boşluk vardır. İşlerin çokluğu ve giriftliği altında ezilen ve bunalan hâkimlerin delil tespiti ile ilgili keşiflere gitmek istemedikleri ve hiç de yasal olmayan ve hatta sudan sebeplerle tespit isteklerini reddettikleri sık rastlanılan gerçeklerdendir. Bu tür yasa dışı uygulamaları yargı fonksiyonunu aksatmaktadır. Tespit isteklerinin reddi ile ilgili kararlara karşı temyiz veya itiraz yoluna gidilememesi de bu aksamayı kolaylaştırmakta ve hatta körüklemektedir. Bu görüşe göre tespit isteğinin reddi ile ilgili kararlara karşı itiraz edilebilmesini ve itiraz üzerine verilecek kararlara karşı da temyiz yolunun açılmasını sağlayacak yasal değişikliklere ihtiyaç vardır.

Diğer bir görüşe göre ise<sup>137</sup> mahkemelerin delil tespitine ilişkin olarak yapılan itiraz üzerine verecekleri kararlara karşı itiraz edilebileceği yolunda Kanun'da bir hüküm bulunmadığından bu gibi kararlara karşı üst veya en yakın mahkemeye itiraz etmek imkânı da yoktur. Bununla birlikte, hâkimin bizzat aldığı tespit kararına karşı yapılan itirazı yine bizzat incelemesi doğru olmayacağından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun bu husustaki hükümlerinin değiştirilmesi suretiyle yapılacak itirazların üst veya en yakın mahkemece incelenmesi esasının kabul edilmesi ya da hâkimin itirazın reddi hakkında verdiği karara karşı ilgiliye diğer bir mahkemeye itiraz etmek imkânının verilmesi uygun olacaktır. Bu görüşe karşı çıkan üçüncü bir görüşe göre ise<sup>138</sup> üzerine verilen bir karara karşı tekrar itiraz imkânı isabetli olmadığı gibi itirazın üst mahkemece ya da en yakın mahkemece incelenmesi de kurumla ilgili kanuni düzenlemeye uygun düşmez. Zira kanun koyucu HUMK m. 374'de delil tespiti dosyasını asıl dava dosyasının içinde ve ona bağlı görmektedir. Bu nedenle asıl davaya bakan mahkemenin dışındaki bir

<sup>135</sup> **Yavaş** s. 119.

<sup>136</sup> **Özkan** s. 826.

<sup>137</sup> **Erkuyumcu** s. 183. Karş. **Ansay** s. 310. Yazar tespit talebinin kabulüne ilişkin karara karşı kanuni bir yol bulunmasına lüzum yoksa da ret kararına karşı başvurulacak acele bir yola ihtiyaç olduğunu ileri sürmektedir.

<sup>138</sup> **Yavaş** s. 121.

makamın delil tespiti dosyasını incelemesi HUMK m. 374 ile bağdaşır bir sonuç değildir. Bundan başka, Yargıtay kararları ile de ifade edildiği üzere, delil tespiti kararlarına ve bu kararlara karşı yapılan itirazlar üzerine verilen kararlara karşı temyiz yolu kapalı iken üst mahkemece bunların incelenebileceğini savunmak da mümkün değildir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda da tespit talebi hakkında verilen kabul ya da ret kararlarına karşı gidilebilecek herhangi bir yol öngörülmemiştir. Kanımızca delil tespiti talebinin kabulüne ilişkin kararlar kesin olmalıdır. Buna karşılık delil tespiti talebinin reddine ilişkin kararlara karşı bu kararı sulh hukuk mahkemesi vermişse en yakın asliye hukuk mahkemesine; asliye hukuk mahkemesi vermişse bağlı bulunduğu istinaf mahkemesine acele itiraz yolu tanınmalıdır. Bu şekilde iş yükü mazereti ile delil tespiti taleplerinin keyfi olarak reddedilmesine karşı bir tedbir alınmış olunacaktır<sup>139</sup>.

İtiraz üzerine mahkeme her iki tarafı davet edip dinledikten sonra itirazı karara bağlayacaktır (HUMK m. 108). Ancak, özellikle HUMK m. 369'da bahsi geçen acele hallerde veya iki taraftan birinin veyahut her ikisinin de duruşmaya gelmemesi halinde, itirazın dosya üzerinden de görüşülüp karara bağlanması mümkündür<sup>140</sup>.

Karşı taraf delil tespiti kararına karşı kanun yoluna başvuramazsa da onun karşı talepte bulunması ya da başka bir delilin toplanmasını istemsi ya da karşı delil ileri sürmesi mümkündür<sup>141</sup>.

## X. DELİL TESPİTİ KARARININ İCRASI

Delil tespitinin nasıl icra edileceği, delil tespitinin konusuna göre belirlenir. Hukukumuzda delil tespitine konu olabilecek deliller

---

<sup>139</sup> Alman hukukunda delil tespiti talebinin reddedilmesi durumunda ilgili, şikâyet yoluna (dZPO § 567, I) başvurabilir. Talebin kabul edilmesi durumunda ise başvurulabilecek herhangi bir hukukî yol yoktur. Diğer deyişle kararın iptali kabil değildir (dZPO § 490, II, son c.). Aynı şey Avusturya hukuku bakımından da geçerlidir (öZPO § 386, IV). Bunun sebebi olarak delil tespiti yolunun geçici olma niteliği gösterilmektedir. Bkz. **Fasching/Rassi-Kommentar** s. 979.

<sup>140</sup> **Yavaş** s. 119.

<sup>141</sup> **Wussow** s. 1405; **Zöller/Herget-Kommentar** s. 1057.

bakımından bir sınırlama getirilmemiştir<sup>142</sup>. Bu bağlamda delil tespitinde keşif yapılması söz konusu ise HUMK m. 363-366; tespitin konusu tanık dinlenmesi ise, HUMK m. 245-274; özel delil ise, HUMK m. 367; yemin delili elde etmek ise, HUMK m. 337-362; tespitin konusunu, örneğin bir defterin belli bölümlerinin tespiti oluşturmaktaysa senetlere ilişkin HUMK m. 287-336; bilirkişi raporu<sup>143</sup> oluşturmaktaysa, HUMK m. 275-286 hükümleri uygulanır<sup>144</sup>.

Deliller her delil hakkındaki usul hükümlerine göre tespit edilir (HUMK m. 373 c. 2). Resmî tatil günleri ve tatil sırasında da delil tespiti yapılabilir (HUMK m. 81;176/1)<sup>145</sup>. Delil tespiti hakkında bir tutanak düzenlenir (HUMK m. 372, II) ve delil tespiti dosyasına (HUMK m. 374) konur. Hâkim, tebligat yapılmasından kaçınılmasını gerektirecek bir durum görüyorsa, bunun gerekçelerini kararında mutlaka göstermelidir.

<sup>142</sup> Buna karşılık yabancı hukuk düzenlerinde durum farklıdır. Alman hukukuna göre delil tespitinin konusu sadece tanık beyanı, keşif ve bilirkişi raporu olabilir. Buna karşılık yemin ve isticvap delil tespitinin konusunu oluşturmaz. Bkz. **Musielak/Huber-Kommentar** s. 1070; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** s. 802; **Zöller/Herget-Kommentar** s. 1057. Avusturya hukukunda ise tartışmalı olmakla beraber tanık beyanı, keşif ve bilirkişi delillerine ilaveten kıyas yoluyla isticvabın da delil tespitinin konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Fasching/Rassi-Kommentar** s. 971. Aksi görüş için bkz. **Fasching-Lehrbuch** s. 923; **Rechberger/Simotta** s. 373. Bern Kantonu Usul Hukukunda da isticvabın sınırlı da olsa delil tespitinin konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Kummer** s. 157; **Guldener** s. 576. Hukukumuzda isticvabın delil olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz. **Tercan, Erdal**: Tarafların İsticvabı, Ankara 2001, s. 126 vd. Delil olarak kabul edilirse kanımızca delil tespitinin konusunu oluşturabilmelidir.

<sup>143</sup> Alman hukukunda Yargı Hizmetinin Basitleştirilmesine İlişkin Kanun kabul edilmeden önce bilirkişi delili ile ilgili uygulamada önemli sorunlar çıkmaktaydı. Bunların başında ise delil tespiti yapacak bilirkişinin seçiminin tespit talebinde bulunana ait olması geliyordu. Tespit talebinde bulunan bir bilirkişinin adını mahkemeye bildirdiğinde bu sefer de karşı taraf söz konusu bilirkişinin tarafsızlığından şüpheye düştüğünü ileri sürerek onu reddediyordu. Bu durum ise yargılamanın sürüncemede kalmasına yol açıyordu. Bkz. **Münchener Kommentar/Schreiber** s. 338-339. Karş. **Zöller/Herget-Kommentar** s. 1056. Anlatılan bu nedenlerle Yargı Hizmetinin Basitleştirilmesine İlişkin Kanun'un kabulü ile bilirkişinin seçimi ve atanması konusundaki yetki taraflardan alınarak mahkemeye verilmiştir. Daha geniş bilgi için bkz. Ayrıca bkz. BT-Dr s. 42. Bu bakımdan tespit talebinde bulunan tarafın bir bilirkişinin adını vermiş olması mahkeme bakımından bundan böyle bağlayıcı değildir. Bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald** s. 804.

<sup>144</sup> **Yılmaz-Tedbirler II** s. 1365-1368; **Erkuyumcu** s. 184; **Yavaş** s. 130.

<sup>145</sup> Aynı şey Alman hukuku bakımından da geçerlidir. Bkz. **Zöller/Herget-Kommentar** s. 1057.

Hâkim kararını gerekçelendirmeden karşı tarafın yokluğunda delil tespiti işlemini yapacak olursa, ortada usulüne uygun davet bulunmadığından bu delil tespit işlemi geçersiz olur ve hükme esas alınmaz<sup>146</sup>.

Delil tespiti işleminin mutlaka bilirkişi yardımı ile yapılması zorunlu değildir. Özel bir bilgi ve uzmanlaşmayı gerektirmeyen işlerde hâkim, delilleri bizzat toplayabilir ve buna göre izlenimlerini tespit tutanağına aktarabilir. Buna, bir kiracının kiralananı üçüncü bir kişiye devrettiğinin tespiti ile ilgili işlemlerde bilirkişi atanmasının zorunlu olmaması örnek verilebilir. Uygulamada ise hâkimlerin bilgi ve uzmanlığı gerektirmeyen işlerde dahi bilirkişi atadıkları görülmektedir. Gereksiz masrafa ve zaman kaybına yol açan bu tür uygulamaya başvurulmaması yargı organlarına duyulan saygı ve güveni artıracaktır<sup>147</sup>.

Delil tespitinin bilirkişi aracılığıyla yapılması durumunda bilirkişinin tespit konusu olan şeyin salt dışarıdan görülebilir özellikleri hakkında rapor tutup tutamayacağı Alman hukukunda tartışma konusu olmuştur. Öğretide bir görüş, bilirkişinin tespit konusu şeyin salt dışarıdan görülebilir özellikleri hakkında rapor tutabileceğini; buna karşılık tespit konusu şeyin tespit anındaki durumunun sebepleri hakkında rapor tutamayacağını savunmuştur<sup>148</sup>. Hakim görüş<sup>149</sup> ise haklı olarak bir şeyin durumunun tespitine o şeyin o durumda olmasına yol açan sebeplerin de dahil olduğunu belirterek bu görüşe karşı çıkmıştır.

#### A. Karşı Tarafın Delil Tespiti Talebinde Hazır Bulunması

Mahkemenin delil tespiti kararının bir suretini (delil tespiti isteyenin dilekçesinin bir sureti ile birlikte) karşı tarafa tebliğ olunur (HUMK m. 372, I c. 1). Bu tebliğ ile karşı taraf aynı zamanda delil tespiti sırasında hazır bulunmaya davet edilir. Delil tespitinin yapılacağı yer, gün ve saat bir sureti karşı tarafa tebliği edilen delil tespiti kararında yazılı olduğu için, karşı tarafa yapılacak tebliğde, bunun ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Ancak, karşı tarafa yapılacak tebliğ ile delil tespiti günü arasında,

<sup>146</sup> **Yavaş** s. 101.

<sup>147</sup> **Özkan** s. 826.

<sup>148</sup> **Wussow** s. 1403.

<sup>149</sup> **Weyer, Friedhelm**: Die Feststellung des gegenwaertigen Zustandes einer Sache i.S. des § 485 Satz 2 ZPO (NJW 1969/50, s. 2233), s. 2233; **Münchener Kommentar/Schreiber** s. 330.

karşı tarafın kendi sorularını hazırlayabileceği ve o gün gelip haklarını koruyabileceği bir zaman bulunmalıdır<sup>150</sup>.

Mahkemenin delil tespiti kararının (ve delil tespiti dilekçesinin) bir suretini alan karşı taraf, sorulacak soruları ve varsa bu soruları mahkemeye gönderebilir (HUMK m. 372, I c. 2). Anılan bu hükümlerle, karşı tarafa delil tespitinde hukukî dinlenilme hakkının<sup>151</sup> gözetildiği anlaşılmaktadır. Gerçi aynı maddede talepte bulunanın hakkının korunması ve acele hallerde karşı tarafa tebligattan vazgeçilebileceği de belirtilmiştir (HUMK m. 372, I, c. 3); fakat bunun kural değil istisna olduğu ve bu şekilde karar verilmesi durumunda da mahkemece tespit tutanağının bir suretinin diğer tarafa derhal tebliğ edileceği hükme bağlanmıştır (HUMK m. 372, II). Şu halde, karşı tarafın dinlenmemesi kural değil istisnadır. Ancak bu, gerçek anlamda bir istisna olmayıp karşı tarafın dinlenmesinin sonraya bırakılmasıdır. Nitekim maddenin ikinci fıkrasında delil tespiti tutanağının karşı tarafa tebliği öngörülmüştür. Bunun yanı sıra delil tespitine itirazın mümkün olduğu da açık bir biçimde düzenlenmiştir (HUMK m. 373).

Tarafların bilgilenme ve özellikle açıklama hakkının bir parçasını da deliller oluşturmaktadır. Ayrıca hâkim, kararında gerekçeli olarak tarafların delillerini de tartışacaktır. Bunun bir sonucu olarak karşı tarafın hiç haberi olmadan, ona açıklama ve itiraz hakkı tanınmadan delil tespiti yapılması hukukî dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelir<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> **Kuru-IV** s. 4447.

<sup>151</sup> Hukukî dinlenilme hakkı, kişinin, hakkındaki yargılama ile ilgili bilgi sahibi olmasının, tam olarak açıklama yapıp yargılama ile ilgili bilgi sahibi olmasının, açıklama yapmak suretiyle yargılamaya etki edebilmesinin ve açıklamalarının dikkate alınarak değerlendirilmesi, öngöremediği bir kararla karşılaşmamasının garantisidir. Bkz. **Özekes-Hukukî Dinlenilme** s. 17. Bu hak, Anayasa'nın 36. maddesindeki iddia ve savunma hakkının medeni usul hukukundaki görünümüdür. Bkz. **Pekcanitez, Hakan: Hukukî Dinlenilme Hakkı** (Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 753-791), s. 754; **Özekes-Hukukî Dinlenilme** s. 60; **Tanrıver, Süha: Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı** (Makalelerim I, I. B., Ankara 2005, s. 211-236) s. 224. Bu hakkın bilgilenme, açıklama ve dikkate alınma hakkı olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır. Bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s. 262 vd. Karş. **Arslan/Tanrıver** s. 182-183.

<sup>152</sup> **Özekes-Hukukî Dinlenilme** s. 219.

Karşı tarafın huzurunda yapılması gereken delil tespiti ilgili hükümlere uyulmaksızın usule aykırı olarak yapılmışsa hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olarak ona asıl yargılamada, hatta yargılamanın birçok aşamasında ve özellikle delillerin tartışılması sırasında, onun yapılan delil tespiti hakkında bilgi sahibi olması ve bu konuda gerekli itiraz ve açıklamalarda bulunma imkânının verilmesi gerekir. Mahkemece daha önce dikkate alınmamış olsa da bu aşamada ileri sürülen hususların dikkate alınıp değerlendirilmesi gerekir. Fakat delil tespitinin niteliğinden kaynaklanan ve hukukî dinlenilme hakkını kendiliğinden koruyan bu durumun varlığı, delil tespitinde hukukî dinlenilme hakkına daha az özen gösterilmesi sonucunu doğurmamalıdır. Çünkü yapılan delil tespiti, ispat faaliyeti içerisinde özellikle açıklama hakkının ayrılmaz bir parçası olarak verilecek hükmü ve onun gerekçesini etkileyecektir<sup>153</sup>.

### B. Delil Tespitinin Karşı Tarafın Yokluğunda Yapılması

HUMK m. 372, I c. 3 uyarınca ancak acele veya tespit isteyen haklarının korunması için zorunlu görülen bazı hallerde<sup>154</sup>, istisnaen, karşı tarafa tebligat yapılmaksızın da, delil tespiti işleminin icra edilebilmesi mümkündür<sup>155</sup>. Fakat bu halde, mahkeme, delil tespiti tutanağının ve varsa bilirkişi raporunun bir suretini derhal karşı tarafa tebligat etmek zorundadır (HUMK m. 372, II). Aksi halde, karşı tarafa tebliğ edilmemiş olan delil tespiti tutanağı, davada delil olarak kullanılamaz<sup>156</sup>.

<sup>153</sup> Özekes-Hukukî Dinlenilme s. 219-220.

<sup>154</sup> Bununla beklenilmesi durumunda delil tespitinin amacına ulaşamayacağı ya da bu amacın önemli ölçüde riske atılacağı haller anlaşılmaktadır. Bkz. **Fasching/Rassi-Kommentar** s. 982.

<sup>155</sup> Öğretide, bu duruma, keşif yapılacağını öğrenen karşı tarafın çekışmeli şeyin durumunu değiştirmesinden korkuluyor veya bir mağazanın camlarının kırılmış olması nedeniyle uğranılan zararın tespitinde olduğu gibi uzun süre beklenmesinin mümkün olmadığı haller örnek gösterilmiştir. Bkz. **Kuru-IV** s. 4448. Ancak bu konuda önceden kesin kriterler vermek mümkün değildir. Kanun koyucu burada hâkime takdir yetkisi tanımıştır. Hâkim önüne gelen tespit talebini sağduyusunu kullanarak incelemeli ve tespitini acele olarak yapıp yapılmaması gerektiğinin gerekçe de göstermek suretiyle karara bağlamalıdır. Bkz. **Erkuyumcu** s. 182; **Doğanay** s. 897.

<sup>156</sup> Örneğin: "...Davalılar şoförünün yüzde yüz kusurlu bulunduğu ceza mahkemesinde hükmen sabit olduğuna ve davalılar kamyonun sahibi bulduklarına göre kendilerine husumet tevaccüh etmeyeceğine ve kusurlu olmadıklarına müteveccih

Delil tespiti talebinde bulunanın haklarının korunması için tebligat yapılmasından vazgeçilen hallerde de buna ilişkin gerekçelerin kararda gösterilmesi gerekir<sup>157</sup>.

HUMK m. 372 uyarınca delil tespiti tutanağının karşı tarafa tebliği gerekir. Bu sayede karşı taraf, delil tespiti işlemi yapılırken hangi delillerin toplandığını, ne şekilde hareket edildiğini kolaylıkla görebilecek ve ileride açılması muhtemel veya derdest davada kendisini savunabilme imkânına kavuşacaktır. Delil tespiti tutanağı karşı tarafa tebliğ edilmezse, yargılamada tespit sonucu toplanan delillerden faydalanılamaz. Çünkü savunma hakkına uyulmadan elde edilmiş bir delilin davada kullanılması her şeyden önce eşitlik ilkesine aykırı düşer<sup>158</sup>.

Hangi hallerde HUMK m. 372 c. 3'deki zorunlu durumlar veya acil bir halin bulunduğu konusunda önceden kesin bir kriter belirlenemez. Fakat her olayın kendine özgü şartları dikkate alındığında bir sonuca ulaşmak mümkündür. Bu da doğal olarak hâkimin takdir yetkisini beraberinde getirmektedir<sup>159</sup>.

---

temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak; davacı kamyonunda vukua gelen hasarı ispat etmekle mükelleftir. Her ne kadar sulh hukuk mahkemesinde delil tespiti yapılmışsa da işbu delil tespiti dilekçesinde davalılar veya davalıların şoförü hasım gösterilerek icra edilmemiş ve alınan rapor davalılara bu sebeple tebliğ edilmediği gibi davalılar da davaya karşı verdikleri 26.1.1966 tarihli cevap layihasının 4'üncü maddesinde iddia edilen zararın çok fazla olduğunu beyan etmiş bulunmalarına göre mahkemece davacının kamyonunda husule gelen hasardan mütevellit zarar ve ziyanın miktarı tetkik edilerek karar verilmesi gerekirken, *davalılara tebliğ edilmeyen ve verilen cevap layihasıyla kabul edilmemiş bulunan delil tespiti raporuna dayanılarak karar verilmesi yasaya aykırı görülmüştür...*" (Yarg. TD 12.10.1967, 2953/3545: **İnal** s. 1826); "... Davacının bu davada delil olarak dayandığı delil tespitleri davalının yokluğunda yapılmış, tespit zabitleri ile bilirkişi raporları davalıya H.U.M.K. nun 372/2 maddesi gereğince tebliğ edilmemiştir. Davalının kabul etmemesi nedeniyle tespitlere ilişkin tespit zabitleri ile bilirkişi raporları davalı aleyhine bir delil olarak kabul edilemeyeceği gibi, burada dinlenen tanık beyanlarına da itibar edilemez..." (Yarg. 13. HD 4.4.1992, 98/874: **Yılmaz**-Tedbirler II s. 1363).

<sup>157</sup> **Doğanay** s. 897. Bu sayede karara duyulan güven de artırılmış olunur. Bkz. **Yavaş** s. 124.

<sup>158</sup> **Yavaş** s. 125.

<sup>159</sup> **Yavaş** s. 124. Bununla birlikte karşı tarafın yokluğunda delil tespiti yaptırılmak istenen hallerde acele durumun veya davacının hukukunu korumak hususunda zorunlu durumun mevcut olduğu konusunda hâkimi inandıran ciddi sebepler bulunmalıdır. Bkz. **Berkin** s. 534.

Yokluğunda delil tespiti yapılan tarafın bu tespiti itiraz etmesi mümkündür. Bu itiraz, delil tespitini yapan mahkeme tarafından incelenmelidir (HUMK m. 373). Bu halde, mahkeme karşı tarafın itirazlarını ele alarak delil tespitine ilişkin kararını yeniden değerlendirmeli ve gerekli ise yeniden delil tespiti yapmalıdır<sup>160</sup>. Bu itiraz üzerine yapılan yeniden değerlendirme sonucunda delil tespiti prosedürü tamamlanmış olur. Uygulamada ise delil tespitine ilişkin tutanak karşı tarafa tebliğ edilmekle delil tespiti tamamlanmış sayılmakta, bu konuda karşı tarafın bir itirazı olursa, bunun asıl davanın açıldığı mahkemeye değerlendirilmesine karar verilmektedir. Bu nedenle, karşı taraf delil tespitine itiraz etmek yerine, o da başka bir mahkemeye delil tespiti yaptırmakta ve çoğu zaman birbiriyle çelişen delil tespitleri mahkemeye sunulmaktadır. Bu uygulama ise delil tespiti ile sağlanmak istenen amaçlara ulaşılmasını engellemektedir<sup>161</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 406 ıncı maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde tespit talebinde bulunanın hal ve şartların imkân vermemesi nedeniyle, aleyhine tespit yapılacak kişiyi gösterememesi durumunda talebinin yine de geçerli sayılacağı hükmüne bağlanmıştır. Bilinmeyen bir kişiye karşı delil tespiti yapılmasını düzenleyen bu hüküm kötüye kullanılmaya müsait olduğundan bu konuda dikkatli davranılması ve talep sahibinden beklenene araştırma yükümlülüğünün ölçüsünün yüksek tutulması gerekmektedir<sup>162</sup>.

Tasarı m. 407'de karşı tarafa tebligat yapılmaksızın delil tespiti yapılan hallerde tespit yapılmasından sonra tespit dilekçesinin, kararın, tutanağın ve varsa bilirkişi raporunun bir örneğinin mahkeme tarafından kendiliğinden karşı tarafa gönderilmesi ve ona belli bir süre içerisinde

---

<sup>160</sup> "...Davalı yargılama sırasında tespit raporunu kabul etmediğini öne sürerek yeniden bilirkişi incelemesi yapılmasını istemiştir. HUMK. nun 373 maddesi gereğince, delil tespiti yokluğunda yapılmış olan karşı taraf, delil tespitine itiraz edebilir... İtiraza uğramış olan delil tespiti raporu ise hükmüne esas alınmaz. Dosyada tespit dosyası bulunmamaktadır. *O halde mahkemeye öncelikle tespit dosyası getirtilerek, tespit davalının yokluğunda yapılmış olması halinde, davalının rapora itirazları doğrultusunda taraf ve Yargıtay denetimine açık, gerekçeli ek rapor veya yeniden bilirkişi raporu alınmalı, sonucuna göre karar verilmelidir...*" (Yarg. 13.HD 2003/3732-8636: Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>161</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes** s. 683.

<sup>162</sup> Alman hukuku bakımından bkz. **Münchener Kommentar/Schreiber** s. 342.

itiraz etme olanağı sağlanmış olması hukukî dinlenilme hakkı bakımından fevkalade isabetli olmuştur. Buna uyulmaması önemli bir usulî eksiklik olarak değerlendirilebilir ve bu, bir kanun yolu sebebi olarak ileri sürülebilir.

### **C.Hâkimin Delil Tespiti Sırasında Zor Kullanma Yetkisinin Olup Olmadığı**

Hâkimin delil tespiti sırasında zor kullanıp kullanamayacağı konusunda Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda öğretilerde iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda delil tespiti sırasında hâkimin gerektiğinde zor kullanıp kullanamayacağı konusunda hiçbir hüküm bulunmaması önemli bir eksikliklerdir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bu konuda bir hüküm bulunmaması nedeniyle hâkimin zor kullanma yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunda kesin bir tavır takınmak zor ise de Kanun'un delil tespitine ilişkin hükümleri arasında hâkimin zor kullanacağına dair bir hüküm bulunmadığı ve kıyas yoluyla işlem yapılmasının da doğru olmaması nedeniyle delil tespiti sırasında hâkimin zor kullanamayacağının kabulü daha doğru olur. Yine bu görüşe göre, mahkemelerden verilen ihtiyati tedbir kararlarının gerektiğinde zorla yerine getirileceğini düzenleyen HUMK'un 106. maddesi; kanun koyucunun delil tespiti bölümünde böyle bir düzenleme istemediği şeklinde yorumlanabilir<sup>163</sup>. Buna karşılık ikinci görüşe göre<sup>164</sup>, delil tespiti bir çeşit ihtiyati tedbir olduğundan ve ihtiyati tedbirde mahkemenin ihtiyati tedbirin icrası ile görevlendirdiği memur bile zor kullanma yetkisine sahip bulunduğundan, hâkimin delilleri tespit ederken zor kullanma yetkisine sahip olduğu evleviyetle kabul edilmelidir. Bundan başka, hâkimin zor kullanması daha çok delil tespiti ile yapılan keşifte (HUMK m. 368) söz konusu olacağından, dava sırasında yapılan keşifte olduğu gibi, delil tespiti yolu ile yapılan keşifte de hâkimin zor kullanma yetkisinin bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Buna göre, bir bina veya arazi içinde delil tespiti yapılması gerekiyorsa, hâkim zorla o binaya veya araziye girip delil tespiti yapabilmelidir. Bu görüşe göre hâkimin delil tespiti yapmasına engel olanlar, TCK'nın görevi

<sup>163</sup> Erkuyumcu s. 135-136.

<sup>164</sup> Kuru-IV s. 4457. Aynı yönde: Yavaş s. 127; Akyol s. 84.

yaptırmamak için direnme suçunu düzenleyen 265 inci (mülga 765 sayılı Kanun'un 258 inci) maddesine göre cezalandırılır.

Alman hukukunda ise durum karşı tarafın delil tespiti işleminin gereklerine katlanma ve katılma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının belirlenmesi çerçevesinde incelenmiştir. 27.7.2001 tarihli Medeni Yargılamada Reform Kanunu<sup>165</sup>,ndan önceki dönemde öğretilen ileri sürülen bir görüşe göre<sup>166</sup> usulî sebeplerden dolayı karşı tarafın delil tespitine katlanma ya da katılma konusunda bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Delil tespiti yapılırken ilgili delile ait usul hükümlerine uyulacaktır. Bunların arasında ise kural olarak karşı tarafı delil tespitine katılmaya ya da katılmaya zorlayacak bir düzenleme yer almamaktadır. Karşı taraf delil tespitine katlanmayı ya da katılmayı reddederse bu, karşı taraf bakımından usulî anlamda bir takım olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilir. Bu anlamda olmak üzere mahkeme, bu durumu, dürüstlük kuralı gereği haklı bir sebep göstermeksizin kaçınan taraf aleyhine değerlendirebilir ve ispat yükünün dağılımında karşı tarafın bu tutumunu dikkate alabilir.

Reform Kanunu ile keşif ve bilirkişiyi düzenleyen hükümlerde değişiklik yapılmasından sonra ise delil tespiti genel hükümlere göre yapılacağından (dZPO § 492, I) hem karşı tarafın hem de üçüncü kişinin delil tespiti amacıyla yapılacak keşfe yahut bilirkişi incelemesi konusunda mahkemenin vereceği emirlere dZPO § 144, I uyarınca katlanmak zorunda olduğu ifade edilmiştir<sup>167</sup>. Türk hukukunda ise böyle açık bir düzenleme yer almamaktadır. O nedenle kanımızca bu konuda bir ayırım yapılmalıdır. Eğer tespit talebinin konusunu oluşturan delile ilişkin hükümlerde hâkime zor kullanma yetkisi veren bir hüküm varsa, hâkim zor kullanabilmelidir. Buna karşılık ilgili delile ilişkin hükümler arasında böyle bir düzenleme yoksa hâkim zor kullanamamalıdır. Burada ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerden yola çıkarak hâkimin böyle bir yetkisinin olduğunun savunulması da kanımızca doğru değildir. Eğer kanun koyucu

---

<sup>165</sup> BGBl I s. 1887 vd.

<sup>166</sup> **Wussow** s. 1405. Davada tarafların dürüst olmayan davranışlarını engel olmak için ispat yükünün yer değiştirmesi gerektiği hakkında ayrıca bkz. **Arslan, Ramazan:** Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 89-92.

<sup>167</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** s. 804.

delil tespiti yolunda da hâkime zor kullanma yetkisi vermek istemiş olsaydı bunu HUMK 113/A da olduğu gibi delil tespitine ilişkin hükümler arasında düzenlerdi. Bundan başka, görevini yaptırılmamak için direnme suçunun (TCK m. 265) gerçekleşmesi için failin aktif bir hareketinin bulunması gerekir. Diğer deyişle pasif direnme bu maddenin kapsamına girmeyecektir. Dolayısıyla çoğu olayda bu maddenin pasif kalan karşı tarafa ya da üçüncü kişiye karşı uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Hâkimin delil tespitinde zor kullanabileceğini savunan görüş sahiplerinden bir kısmı<sup>168</sup>, bir yandan hakemlerin de delil tespiti kararı verebileceklerini belirtmekte öte yandan hakemlerin ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararı verememelerinin gerekçesi olarak bu kararların gerekirse zor kullanmayı da gerektirdiğini; hâlbuki hakemlerin böylesi bir kamu gücüne sahip olmadıklarını ifade etmektedirler.

#### **D. Delil Tespitine İtiraz**

Karşı taraf, mahkemenin yapmış olduğu delil tespitine itiraz edebilir (HUMK m. 373 c. 1). Bu hükmün, delil tespiti yokluğunda yapılmış olan (HUMK m. 372, I c. 3) karşı tarafın, delil tespitine itiraz edebileceği şeklinde anlaşılması gerekir<sup>169</sup>. Zira delil tespiti, karşı taraf davet edilerek onun huzurunda yapılmış idi ise, karşı taraf, delil tespiti sırasında bütün itiraz sebeplerini bildirebilir; bu nedenle, huzurunda yapılmış olan delil tespitine sonradan itiraz edemez.

Delil tespitine itiraz, kural olarak, bir süreye bağlı değildir. Bununla birlikte delil tespiti yolu ile alınan delilin bilirkişi raporu olması durumunda da acaba bu tespite yapılacak itiraz süresiz mi olacaktır? Bu

---

<sup>168</sup> Örneğin bkz. **Akyol** s. 98.

<sup>169</sup> "...Davalı, yokluğunda yapılan delil tespitine ve alınan bilirkişi raporuna gerek tespit aşamasında gerekse bu davada itiraz etmiştir. HUMK.'nun 373. maddesi gereğince delil tespiti yokluğunda yapılmış olan karşı taraf, delil tespitine itiraz edebilir. İtiraza uğramış olan delil tespiti raporu ise hükme esas alınmaz. O halde mahkemece yeniden deliller mevcut ise mahallinde keşif yapılmak suretiyle, değilse dosya üzerinde, tesbit raporu da değerlendirilerek taraf ve Yargıtay denetimine açık şekilde bilirkişi raporu alınmalı, sonucuna göre karar verilmelidir..." (Yarg. 13. HD 2003/12536, 2004/2337: Kazancı İçtihat Bankası).

konuda öğretide iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre<sup>170</sup> Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 283 üncü maddesinde öngörülen bir haftalık süre, tarafların, bilirkişi raporundaki eksiklikler ve açık olmayan hususların aydınlatılması amacıyla başvurdukları bir süredir. Bu nedenle söz konusu sürenin, bilirkişi raporunun noksan veya müphem görülmesi dışında başka bir nedenle itiraza uğraması durumunda uygulanmaması gerekir. Diğer görüşe göre ise<sup>171</sup>, HUMK m. 373 c. 2'nin yaptığı atıftan yola çıkılarak, karşı tarafın delil tespiti yolu ile alınmış olan bilirkişi raporuna da ancak HUMK m. 283 uyarınca tebliğinden itibaren bir hafta içinde itiraz edebilecekleri; aksi halde bilirkişi raporu, taraflar bakımından kesinleşeceği<sup>172</sup> ve tarafların delil tespiti aşamasında itiraz etmemiş oldukları bilirkişi raporuna asıl dava sırasında itiraz edemeyecekleri; çünkü itiraza uğramayan bilirkişi raporunun diğer taraf bakımından usulî kazanılmış hak olduğu ileri sürülmüştür<sup>173</sup>. Delil tespitinde de ilgili delillere ilişkin hükümler uygulanacağından (HUMK m. 373 c. 2) tarafların bilirkişiyi hâkimler hakkındaki sebeplere binaen reddetmesi de mümkündür (HUMK m. 277). Kanun'da yasaklılık sebeplerinden bahsedilmemişse de ret sebeplerine nazaran daha ağır ve daha ciddi bir nitelik taşıması sebebiyle, onların da ret sebepleri içinde yer aldığı evleviyetle kabul edilmelidir. Ret ve yasaklılık hallerinden birisi bilirkişinin şahsında gerçekleşmişse, bilirkişi de tarafların reddetmesini beklemeden kendi kendisini reddedebilir<sup>174</sup>. Bilirkişi tarafların anlaşması ile seçilmemiş ise mahkeme tarafından seçilecektir<sup>175</sup>. Bu durumda taraflardan birinin delil tespiti yaptırmakla

<sup>170</sup> **Kuntman, Osman:** Bilirkişi Raporuna İtiraz Süreye Bağlı mıdır? (İBD, 1970/1-2, s. 31-36), s. 31, 36.

<sup>171</sup> **Kuru-IV** s. 4469 vd; **Yavaş** s. 133.

<sup>172</sup> Ancak bu kesinleşme sadece taraflar bakımındandır ve mahkemeyi bağlamaz. Mahkeme, bilirkişilerden tamamlayıcı bilgi alma, açıklama isteme ve yeni bilirkişi incelemesi yaptırma yetkisini (HUMK m. 373 c. 2, 283, 284 uyarınca) hüküm verilinceye kadar her zaman kullanabilir. Taraflardan birinin istemi üzerine hâkimin yeniden bilirkişi incelemesi yaptırıp yaptırmaması tamamıyla onun takdire kalmış bir meseledir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru-IV** s. 4469 vd.

<sup>173</sup> **Yavaş** s. 133. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay bu konuda birbirine aykırı kararlar vermektedir. Bu kararlar için bkz. **Yavaş** s. 133 dn. 434 ve 435.

<sup>174</sup> **Belgesay, Mustafa Reşit:** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1939, s. 132.

<sup>175</sup> Uygulamada bu konuyu düzenleyen HUMK m. 276 hükmüne uyulduğu söylenemez. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Arslan, Ramazan:** Bilirkişilik Uygulaması ve Bu

görevlendirilen bilirkişiyi, özellikle onun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektiren bir nedenin varlığını ileri sürerek reddetmesi mümkün olmalıdır<sup>176</sup>. Bilirkişiyi ret süresi üç gündür. Süre, delil tespitini yapmakla görevlendirilen bilirkişinin seçiminin öğrenilmesinden itibaren başlayacaktır (HUMK m. 277, II)<sup>177</sup>.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre<sup>178</sup> hâkim, itiraza uğramış olan ve bu itiraz üzerine ek rapor alınmamış veya yeni bir bilirkişi raporu ile karşılanmamış bilirkişi raporunu davada delil olarak kullanamaz ve bu bilirkişi raporuna dayanarak hüküm tesis edemez<sup>179</sup>.

İtiraz, delil tespitini yapmış olan mahkemeye yapılır ve o mahkeme tarafından çözümlenir (HUMK m. 373 c. 1). Delil tespitinden sonra dava açılmışsa, itirazların davaya bakan mahkemeye yapılması gerekir ve o mahkeme tarafından karara bağlanır<sup>180</sup>. Delil tespitine itiraz hakkında HUMK m. 107 ve 108 hükümleri kıyasen uygulanır<sup>181</sup>.

---

Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi (YD 1989/1-4, s. 156-185), s. 174-176; **Arslan, Ramazan:** Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri (Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu 5-6-7-8 Nisan, İzmir 2000, s. 190-211), s. 203-204; **Öz, Cengizhan Gök:** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Bilirkişilik Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar ile Çözüm Önerileri (Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu 5-6-7-8 Nisan, İzmir 2000, s. 212-221), s. 214.

<sup>176</sup> Karş. **Tanrıver, Süha:** Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 56 dn. 67. örneğin bilirkişinin taraflardan birine daha önce ücretli özel bir mütalaa vermiş olması veya bilirkişi olan doktorun daha önce taraflardan birini tedavi etmiş olması halinde, bilirkişi reddedilebilir. Bkz. **Kuru-III** s. 2718; **Tanrıver-Bilirkişi** s. 57 dn. 67.

<sup>177</sup> Bilirkişinin seçiminin öğrenilmesinden itibaren üç gün içinde yapılmayan bilirkişiyi ret taleplerinin süre aşımından dolayı reddi gerekir. Fakat tarafların sonradan öğrendikleri veya yeni meydana çıkan ret sebebine dayanarak, bilirkişi raporuna itiraz edebilirler ve yeni bir bilirkişi seçilmesini isteyebilirler (HUMK m. 283-284). Bkz. **Kuru-III** s. 2721.

<sup>178</sup> **Kuru-IV** s. 4454.

<sup>179</sup> "...Delil tespiti davalının yokluğunda yapıldığı gibi, tespit raporunun bir örneği tespit aşamasında davalıya tebliğ de edilmemiştir. Davalı, yargılama sırasında kendisine tebliğ edilen bu raporu kabul etmediğini öne sürerek yeniden bilirkişi incelemesi yapılmasını istemiştir. HUMK'nun 373. maddesi gereğince, delil tespiti yokluğunda yapılmış olan karşı taraf delil tespitine itiraz edebilir. *İtiraza uğramış olan delil tespiti raporu ise hükme esas alınamaz...*" (Yarg. 13 HD 2002/12731-2003/1775: Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>180</sup> **Yılmaz-Tedbirler II** s. 1369.

<sup>181</sup> **Umar** s. 241; **Kuru-IV** s. 4453; **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 628; **Akyol** s. 86.

Öğretideki bir görüşe göre<sup>182</sup> delil tespitine ilişkin itiraz yazılı ve sözlü olarak yapılabilir. İhtiyati tedbir kararına karşı itirazın yazılı olarak yapılmasını öngören HUMK m. 108, I'den yola çıkan bir diğer görüşe göre ise<sup>183</sup> delil tespitine itirazın dilekçe ile yapılması gerekir. Bu dilekçe iki nüsha halinde sunulacak, bir nüshası delil tespiti dosyası içine konularak mahkemeye sunulacak, diğer nüshası ise tebliğ yaptıran tarafa veya vekiline tebliğ edilecektir.

İtiraz üzerine hâkim, ileri sürülen sebeplerin yerinde olup olmadığını inceledikten sonra kararını verecektir<sup>184</sup>. Hâkimin ret ya da kabul yönünde vereceği bu karar hukukî niteliği itibarıyla birer ara karardır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bu karara karşı herhangi bir hukukî yol öngörülmemiştir. Bu konuda öğretilde ileri sürülen bir görüşe göre<sup>185</sup>, delil tespiti işlemine itiraz üzerine mahkeme tarafından verilen kararlara karşı yüksek veya en yakın mahkemeye itiraz etme imkânının tanınması yerinde olacaktır. İleri sürülen diğer görüş<sup>186</sup> ise buna karşı çıkmakta ve delil tespitinin bir an önce karara bağlanıp sonuçlanmasını; bu açıdan önem taşıyan delil tespiti kurumunda itiraz üzerine verilen kararlara karşı müracaat imkânı tanınmasının kurumun niteliği ve amacıyla bağdaşmadığını; itiraz imkânı olsa bile bunun delil tespiti işlemi yapan mahkeme tarafından halledilmesi gerektiğini; delil tespiti yapıldıktan sonra esas hakkında dava açılmışsa itirazların davaya bakan mahkeme tarafından karara bağlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Kanımızca da delil tespiti işlemine karşı yapılan itirazların yine davaya bakan mahkeme tarafından karara bağlanması yeterli kabul edilmelidir. Zira bu konuda verilecek karar bir ara karardır ve ortada henüz nihai bir karar yoktur. Bunun yanı sıra delil tespiti işlemine itiraz hakkında verilecek karar bir

---

<sup>182</sup> **Erkuyumcu** s. 133; Doğanay s. 899.

<sup>183</sup> **Özkan** s. 831; **Akyol** s. 86-87.

<sup>184</sup> Hâkimin böyle bir inceleme yapmadan esas hakkında kararını vermiş olması Yargıtay tarafından bozma sebebi sayılmıştır. Örneğin: "... Mahkeme üç uzman bilirkişi öğretim üyelerine dosya tevdi edilerek iddia, savunma ve tüm deliller ve itirazlar incelettirilerek görüşleri alınmalı, hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir. Ziraat teknisyeninin hükme yeterli olmayan raporuna dayanılarak davalının itirazları yönünden bilirkişi incelemesi yapılmadan yazılı şekilde karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır..." (Yarg. 13. HD, 13.5.1991, 2870/534: **Akyol** s. 89 dn. 51).

<sup>185</sup> **Erkuyumcu** s. 134.

<sup>186</sup> **Akyol** s. 96.

ara kararı olduğundan yargılamanın ilerleyen aşamasında bu kararın yanlış olduğunun anlaşılması üzerine mahkemenin vermiş olduğu karardan dönmesi mümkündür. Daha delil tespiti aşamasında mahkemenin yaptığı bu işleme karşı bir başka mahkemeye itiraz imkânı tanınması ve onun sonucunun beklenmesi yargılamanın çok fazla uzamasına yol açma riskini de beraberinde getirecektir.

### XI. DELİL TESPİTİNİN ASIL DAVAYA ETKİSİ

Alman hukukunda taraflardan birinin hakkında delil tespiti sırasında delil toplanan bir vakiya dayanması durumunda bu delilin tıpkı asıl davaya bakan mahkemece bizzat toplanmış delil gibi değerlendirileceği hükme bağlanmıştır (dZPO § 493, I)<sup>187</sup>. Eski düzenleme zamanında ise taraflar yapılan delil tespitinin sonuçlarına dayanıp dayanmama konusunda serbest bırakılmışlardı. Bu ise özellikle tarafların aynı ispat konusu asıl yargılamada başka delillerle ispatlamaya çalışmaları durumunda davanın sürüncemede kalmasına yol açıyordu<sup>188</sup>. Yeni düzenleme karşısında yapılan delil tespitinden sonra dava açılması yoluna gidilse dahi yine de yapılan işlemlerin boşa gittiği söylenemeyecektir. Çünkü delil tespiti sonuçlarının tıpkı asıl davaya bakan mahkeme tarafından yapılan delil toplanması işlemiyle eş tutulması sonucunda bu işlem tekrarlanmayacak ve bu şekilde asıl yargılamanın hızlandırılması sağlanmış olacaktır<sup>189</sup>.

Hukumumuz bakımından ise böyle bir endişeye gerek olmadığı söylenebilir. Zira HUMK m. 374 uyarınca delil tespiti dosyası zaten esas dava dosyasının bir eki sayılmıştır. Diğer deyişle, delil tespiti dosyası ile esas dava dosyası bir bütün oluşturmaktadır. Bunun bir sonucu olarak delil tespiti yolu ile elde edilmiş olan delillerin değerlendirilmesi ile dava sırasında incelenme zamanı gelmiş delillerin değerlendirilmesi bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Delil tespiti yolu ile elde edilen deliller, tıpkı davanın normal seyri içerisinde elde edilmiş deliller

<sup>187</sup> Bununla birlikte dZPO § 493, II uyarınca delil tespiti sırasında karşı taraf hazır bulunmamışsa delil tespiti yoluyla ulaşılan sonuçlar ancak karşı tarafın zamanında davet edilmesi şartıyla kullanılabilir.

<sup>188</sup> Bkz. **Hansens, Heinz:** Aenderungen in der Zivilgerichtbarkeit aufgrund des Rechtspflege-Vereinfachungs gesetzes (NJW 1991/15, s. 953-961), s. 958.

<sup>189</sup> **Schreiber** s. 2602.

gibi takdiri delil veya kanuni delil olmasına göre farklı şekilde değerlendirilirler<sup>190</sup>.

Delil tespiti sonuçlarından taraflardan her biri yararlanabilir. Bu bakımdan karşı taraf (davalı) da (müstakbel) davacının yaptırmış olduğu delil tespitine dayanabilir. Kendi yaptırdığı delil tespitine delil tespiti sırasında itiraz etmemiş olan davacı, karşı tarafın (davalının) o tespiti dayanması halinde, kendi yaptırdığı tespitin aksini iddia ve ispat edemez<sup>191</sup>. Bu durum usulî kazanılmış hak kavramı ile açıklanmaktadır<sup>192</sup>. Buna göre delil tespiti yaptıran taraf delil tespitine itiraz etmeyince diğer taraf lehine usulî kazanılmış hak doğmaktadır<sup>193</sup>. Yaptırmış olduğu delil tespitine dayanan davacı, delil tespitinden sonra dava açarken delil tespiti yoluyla tespit ettirmiş olduğu zarar (tazminat) tutarından daha fazlasını isteyemez<sup>194</sup>.

Delil tespiti yaptırmış olan taraf (müstakbel davacı) da esas davada delil tespitine dayanabilir. Delil tespiti karşı taraf davet edilerek onun huzurunda yapılmış ise karşı taraf, bütün itirazlarını delil tespiti sırasında yapma imkânına sahip bulunduğundan, esas dava sırasında delil tespitine itiraz edemez. Delil tespiti karşı tarafın yokluğunda yapılmış ise, asıl davada bu delil tespitine dayanıldığında, karşı tarafın delil tespiti yoluyla elde edilen delile itiraz edebilme hakkı doğabilecektir<sup>195</sup>.

---

<sup>190</sup> **Akyol** s. 72.

<sup>191</sup> **Kuru-IV** s. 4465.

<sup>192</sup> **Kuru-III** s. 2753; **Akyol** s. 76.

<sup>193</sup> Aynı yönde: **Yavaş** s. 131.

<sup>194</sup> Örneğin: "... Dava dilekçesi davacının kapsamına itiraz etmediği tespit raporuna ve oradaki kalemlere dayanmaktadır. Davada ileri sürülen zarar tutarı ve kalemler tespit raporu ile sınırlı olduğuna göre bunu aşan subutun davada ileri sürülmüş sayılması ve hüküm altına alınması istenilmeyen şeye hükmetme niteliğinde olduğundan bozmayı gerektirir..." (Yarg. 4. HD 6.4.1970, 1341/2881: **Kuru-IV** s. 4465).

<sup>195</sup> **Yavaş** s. 131. Örneğin: "...Davalılara ait çeltik ekili tarladan buraya bitişik davacıya ait kavun ve kabak ekili tarlaya su kaçarak zarar vermiştir. Davacının isteği üzerine 25.5.1971 de yapılan delil tespitinde bilirkişi yüksek ziraat yüksek mühendisi (M), 22 dekar yerdeki zarar tutarının 8.960. lira olarak tespit etmiştir ve davacı bu miktar üzerinden 1.6.1971'de bu davayı açmıştır. Fakat ilk oturum günü gelmeden bu kez davalıların isteği üzerine 6.7.1971'de yapılan delil tespitinde bilirkişi ziraat teknisyeni (H), suyun gelmediği 11 dekarlık yerde zarar olmadığını, geri kalan 11 dekarlık yerdeki zarar tutarının ise 2.250 lira olduğunu bildirmiştir... Mahkeme de bir esasa dayanmadan ilk tespitteki miktarı gerçek zarar olarak kabul edilse bile dörtte üçe varan bir oranda indirme yapılmıştır. Oysa her şeyden önce iki tespit raporu arasındaki

Karşı taraf, yokluğunda yapılan delil tespiti tutanağı kendisine usulüne uygun olarak tebliğ edilmiş olmasına rağmen tespite itiraz etmemiş ise bu şekilde elde edilen delilleri ve delillerle ispat edilecek iddiaları kabul etmiş sayılır. Bu durumda delil tespiti yaptıran taraf, söz konusu delillere dayanarak iddiasını ispat edebilir<sup>196</sup>.

Delil tespiti davalının yokluğunda yapılmış olduğu halde, delil tespiti tutanağı davalıya tebliğ edilmemiş ise, davacı, böyle bir delil tespitinin davada delil olarak kullanılmasını isteyemez. Davalı, yokluğunda yapılan delil tespitine itiraz etmiş, bu itirazı reddedilmiş veya delil tespiti raporu bu itiraza göre düzeltilmiş ise, davacı, delil tespiti dosyası (raporu) ile iddiasını ispat edebilir. Keza, davalı, yokluğunda yapılan delil tespiti tutanağını usulüne uygun biçimde kendisine tebliğ edildiği halde, delil tespitine itiraz etmemiş ise, davacı, delil tespiti dosyası (raporu) ile iddiasını ispat edebilir.

Mahkeme delil tespiti yoluyla tespit edilen delil takdiri delil ise mahkeme bunu asıl davada takdir etme yetkisine sahip olduğu gibi, taraflar da böyle bir takdiri delilin delil değerini davada tartışma konusu yapabilirler. Delil tespiti yoluyla tespit edilen delillerle ispat edilmek istenen husus hakkında mahkemede kesin bir kanaat uyandırılmamış ve asıl davanın görülmesi sırasında daha önce tespit edilmiş olan deliller kaybolmamış veya gösterilmesinde çok güçlük çıkmamış ise, bu delillerin davada yeniden incelenmesine karar verilebilir<sup>197</sup>.

Hâkim delil tespiti yoluyla alınmış olan bilirkişi raporuna esas davada yapılan itirazı ciddi bulursa veya kendiliğinden o bilirkişi raporunu yeterli bulmazsa, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırır. Delil tespiti yoluyla alınmış iki bilirkişi raporu olup da bunlar arasında çelişki varsa, bu aykırılığın giderilmesi gerekir. Ancak her halükarda bilirkişi raporu hâkimi bağlamaz. Delil tespiti yoluyla alınan bilirkişi raporuna delil tespiti aşamasında itiraz edilmiş olduğu halde, bu itiraz delil tespiti

---

aykırılık giderilmeliydi...” (Yarg. 4. HD 29.3.1974, 16241/1567 (**Kuru-IV** s. 4471-4472).

<sup>196</sup> **Kuru-IV** s. 4468.

<sup>197</sup> **Yavaş** s. 132; **Akyol** s. 72.

aşamasında incelenmemiş ise itiraza uğramış bilirkişi raporu asıl davada delil olarak kullanılamaz<sup>198</sup>.

Öğretide<sup>199</sup> delil tespiti sırasında kendisinden rapor alınan bilirkişinin dava sırasında yeniden bilirkişi seçilemeyeceği savunulmuştur. Yargıtay ise vermiş olduğu bazı kararlarda delil tespitinde dinlenen bilirkişinin, duruşma sırasında yapılan bilirkişi incelemesinde yeniden seçilemeyeceği yolunda bir usul hükmünün mevcut olmadığını söyleyerek aksi kanaatte olduğunu göstermiştir<sup>200</sup>. Kanımızca Yargıtay'ın görüşü daha isabetlidir.

Delil tespiti isteyen taraf, yaptırdığı delil tespitini, ancak delil tespiti talebinde karşı taraf olarak gösterdiği kişiye karşı açacağı davada delil olarak kullanabilir; üçüncü bir kişiye karşı kullanamaz<sup>201</sup>.

Alman hukukunda delil tespiti talebinde bulunmanın asıl dava bakımından derdestlik durumu doğurup doğurmayacağı konusunda iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Azınlıkta kalan görüş<sup>202</sup> dZPO § 261, III/1'e dayanarak derdestliğin doğduğunu kabul etmektedir. Buna karşılık hakim görüş delil tespitinde bulunmanın kural olarak derdestlik oluşturmadığını kabul etmektedir<sup>203</sup>. Hukukumuz bakımından delil tespiti talebinde bulunmanın asıl dava bakımından derdestlik teşkil edeceğini söylemek olanaksızdır. Çünkü delil tespiti talebinde bulunulmakla mahkemeden bir talep hakkında karar verilmesi istenmiş

---

<sup>198</sup> Örneğin: "... Tespit, davalının gıyabında yapılmıştır. *Davalı gıyapta yapılan bu tesbite itiraz etmiş ve mahkemece de itirazları benimsenerek mahallinde keşif yapılmasına karar verilmiştir. Böylece, itiraza uğrayan tespit raporuna dayanılarak karar verilemeyeceği* mahkemece benimsendiği ve mahallinde yeniden keşif yapıldığı halde, ilk tesbit raporunda yazılı miktarlar esas alınarak hüküm verilmesi usul ve kanuna aykırıdır..." (Yarg. 4. HD 31.3.1983, 14/908; YHGK 26.6.1985, 4/750-606: **Kuru-IV** s. 4455).

<sup>199</sup> **Kuru-IV** s. 4471.

<sup>200</sup> Örneğin bkz. YHGK'nın 3.3.1971 tarih ve 4/208-118 sayılı kararı. Karar için bkz. İBD 1971/7-8, s. 673-675.

<sup>201</sup> **Kuru-IV** s. 4473.

<sup>202</sup> **Schilken-Grundlagen** s. 257; **Zöller/Herget-Kommentar** s. 1057.

<sup>203</sup> **Münchener Kommentar/Schreiber** s. 331. Buna karşılık delillerin toplanmasına ilişkin karar ile delil tespitinin icrasına ilişkin karar örtüşüyorsa bu durumda yeniden delil tespiti yapılamaz.

olmamaktadır<sup>204</sup>. Bunun bir sonucu olarak derdestliğin, aynı davanın iki kere açılmış olması şartı gerçekleşmemektedir<sup>205</sup>.

## XII. DELİL TESPİTİNİN DOĞRUDANLIK İLKESİ İLE OLAN İLİŞKİSİ

Doğrudanlık ilkesi, yargılamanın araya başkaca bir makam ya da kişi girmeden kararı verecek mahkeme önünde ve onun tarafından yürütülmesi ve karar verilmesi anlamına gelir<sup>206</sup>. Uyuşmazlık hakkında karar verecek olan mahkeme, dava malzemesiyle delilleri bizzat değerlendirebilmeli ve karar vermelidir. HUMK m. 241'ye göre kanunun belirlediği istisnalar dışında deliller, hâkim huzurunda dinlenir ve incelenir. Delilleri inceleyecek olan hâkimin delillere direkt ulaşması, bunları toplaması ve değerlendirmesi ve onları serbestçe takdir ederek daha sağlıklı sonuca ulaşması, arzulanan bir durumdur<sup>207</sup>. Ancak doğrudanlık ilkesini çok katı uygulanması, yargılamayı oldukça uzatabilmekte, daha pahalı bir yargılamaya neden olarak bu sefer usul ekonomisine aykırı olabilmektedir. Bu gerekçeyle doğrudanlık ilkesinden istinabe ve inabe hallerinde ayrılmıştır<sup>208</sup>.

Delil tespiti dava açıldıktan sonra istenirse yetkili ve görevli mahkeme davaya bakan mahkeme olduğundan delil tespiti bakımından da doğrudanlık ilkesi tam olarak uygulanmış olacaktır. Fakat tespiti istenen delil, başka bir mahkemenin yargı çevresi içinde bulunuyorsa, davaya bakan mahkeme, delil tespiti için o mahkemeyi istinabe edebilir<sup>209</sup>. Bunun yanı sıra dava açılmasından önce delil tespiti yoluna gidilirse bu işlemi yapan mahkemenin asıl davaya bakan mahkemeden başka bir mahkeme olması mümkündür. İşte bu hallerde doğrudanlık ilkesinden ayrılmış olunacaktır. Bu bakımdan doğrudanlık ilkesi çok katı haliyle

<sup>204</sup> Fasching/Rassi-Kommentar s. 980.

<sup>205</sup> Geniş bilgi için bkz. Tanrıver-Derdestlik s. 43-51.

<sup>206</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 251. Karş. Yıldırım, Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 90.

<sup>207</sup> Yavaş s. 88.

<sup>208</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 251.

<sup>209</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 682; Kuru-IV s. 4436; Yavaş s. 89; Zöllner/Herget-Kommentar s. 1060. Tespiti istenen delilin Türkiye sınırları dışında olması durumunda, Türkiye'nin 1.3.1954 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraf bir ülkeden istinabe talebinde bulunması mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yavaş s. 90; Akyol s. 46-47.

anlaşılacak olursa delil tespiti bu ilkeye aykırı düştüğü söylenebilir. Fakat hiçbir usul kanunun doğrudanlık ilkesini mutlak olarak uygulamayı başaramadığı da bir gerçektir. Bir delilin kaybolması ihtimali varsa doğrudanlık ilkesinin yumuşatılması gerekmektedir. Diğer deyişle delillerin kaybı yerine dolaylı ispat tercih edilmelidir. Buna karşılık daha sonra incelenemeyeceğinden endişe edilen delil asıl yargılama sırasında da hala mevcut ise bu durumda mahkeme bu delili doğrudan doğruya incelemelidir. Böylelikle doğrudanlık ilkesinin gereği yerine getirilmiş olunacaktır<sup>210</sup>.

### XIII. HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU TASARISININ DELİL TESPİTİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda yer geldikçe Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın ilgili hükümleri hakkında da bilgi verilmişti. Burada bu konular tekrar edilmeyecek sadece Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda hiç yer verilmemiş hususlara değinilecektir.

Avusturya hukukunda bilinmeyen üçüncü kişileri ilgilendiren delil tespiti talebinde bulunulmuşsa ve talep kabul edilmişse mahkeme kendiliğinden bu kişilerin haklarını korumak için onlara bir temsilci (kayım) tayin eder (özPO § 386, III son c.)<sup>211</sup>. Benzer bir hükme Alman hukukunda da rastlanmaktadır. dZPO § 492, II'ye göre delil tespiti talebi kabul edilirse, mahkeme bilinmeyen karşı tarafın haklarının korunmasını sağlamak üzere ona bir temsilci atayabilir<sup>212</sup>. Tasarıda ise bu konuya ilişkin hiçbir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>213</sup>. Kanımızca hukukumuz bakımından da benzer bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Mahkemelerin

<sup>210</sup> Fasching/Rassi-Kommentar s. 997.

<sup>211</sup> Fasching/Rassi-Kommentar s. 976 vd. ; Fasching-Lehrbuch s. 923.

<sup>212</sup> Taraflardan birinin ölmesi yahut kanuni temsilcisinin temsil yetkisinin kalkması durumunda da bu hükmün kıyasen uygulanması kabul edilmektedir. Bkz. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann s. 1292.

<sup>213</sup> Buna karşılık Mustafa Reşit Belgesay tarafından hazırlanan ve 1947 yılında kitaplaştırılarak basılan projede "Delillerin tespitini isteyen kusuru olmaksızın hasmını veya ikametgâhını tayin edemeyecek bir durumda olduğu kanaatini verirse, mahkeme bilinmeyen hasmı, temsil etmek üzere bir kayyım tayin eder. Delil bu kayyım huzuru ile tespit olunur" hükmüne yer verilmiştir. Bkz. Belgesay, Mustafa Reşit: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 1947, s. 295.

pasifliğinin egemen olduğu medeni yargılama bakımından bu ihtiyaç daha fazla hissedilmektedir.

Alman hukukunda dZPO § 485, II uyarınca asıl yargılamadan önce bir kişinin ya da şeyin durumu, değeri, bir durumun sebebi ve bir kişinin ya da şeyin uğramış olduğu zararın ortadan kaldırılması için gerekli giderler hakkında bilirkişi raporu alınması kabul edilmiştir. Böyle bir talepte bulunmak için talepte bulunanın böyle bir tespit yaptırmakta hukukî yararının bulunması gerekmektedir. Yapılacak tespitin ileride açılması muhtemel bir davayı önleyebileceği kestiriliyorsa bu şart gerçekleşmiş sayılmaktadır<sup>214</sup>. Bu duruma, tespit sonucunun, delil tespiti talebinde bulunanın ya da ona karşı maddî hukuk talebinde bulunacak kimsenin talebine temel teşkil edebileceği haller örnek gösterilmektedir<sup>215</sup>. Benzer nitelikte bir düzenlemeye öZPO § 384, II'de de rastlanılmaktadır. Buna göre bir şeyin şimdiki durumunun tespitinde delil tespiti talebinde bulunanın hukukî yararı varsa talep kabul edilmektedir<sup>216</sup>. Tanınan bu yol sayesinde taraflar kendi durumlarını daha iyi ölçüp tartabilecek ve belki de dava yoluna başvurmaksızın kendi aralarında anlaşmayı tercih edeceklerdir. Bu şekilde mahkemelerin iş yükleri de belli ölçüde azalacaktır. Zira alınacak bu raporlar, daha sonra açılacak davada da doğrudan kullanılabilir ve haklı bir sebep yok ise bir başka bilirkişi raporu aldırılmayacaktır. Bu bakımdan benzer bir düzenlemenin hukukumuzda da kabulü tavsiye edilebilir<sup>217</sup>.

Hukukumuzda delil tespitinin sadece delilleri güvence altına alma fonksiyonu esas alınmış (HUMK m. 369) buna karşılık bu kurumun davaları önleme fonksiyonu göz ardı edilmiştir. Alman hukukunda ise hukukumuzdan farklı olarak, delillerin kaybolmasından yahut daha sonra

<sup>214</sup> Bu konuda bkz. **Zwanziger** s. 81. Bu yarar, bir uyuşmazlığın dava haline getirilmesinden kaçınılmaz menfaattir. Bu hüküm ancak taraflar arasındaki uyuşmazlık maddî meseleye ilişkinse uygulanabilir. Buna karşılık taraflar arasındaki uyuşmazlık maddî meseleyle değil de hukukî meseleye ilişkin ise delil tespiti talebi hukukî yarar bulunmadığı gerekçesiyle reddedilecektir. **Cuypers** s. 1985.

<sup>215</sup> Örneğin kiralayanın kiracının onartmış olduğu pencereleri yenilemek ve daha sonra da buna dayanarak kira bedelini artırmak istemesi. Bkz. **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann** s. 1286.

<sup>216</sup> **Fasching/Rassi-Kommentar** s. 970.

<sup>217</sup> **Alangöya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006, s. 210.

ileri sürülmesinden endişe edilmese de karşı tarafın rıza göstermesi durumunda delil tespiti yapılabileceği kabul edilmiştir (dZPO § 485, I)<sup>218</sup>. Gerçi öğretilerde<sup>219</sup> karşı tarafın rızasının bulunması durumunda hukukî yarar şartının gerçekleşmiş olduğu fikri ileri sürülmüştür. Bununla birlikte bu konudaki tereddütleri gidermek ve tarafları delil tespiti yaptırılmasına teşvik etmek bakımından bu konunun açıkça düzenlenmesi isabetli olacaktır. Çünkü bu sayede taraflar ortaya çıkacak delil tespiti sonucuna göre aralarında anlaşma yoluna gidebilecek ve belki de davacı dava açmaktan vazgeçebilecektir. Böylelikle mahkemelerin iş yükleri de belli ölçüde hafifleyebilecektir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda delil tespiti talebinde bulunan tarafın dava açması için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Kanımızca bu durum, karşı tarafı taciz etmek amacıyla kötüye kullanılmaya müsaittir. Tasarı'da da bu konuda her hangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık Alman hukukunda dZPO § 494a, I uyarınca mahkeme, davadan önce delil tespitinde bulunulmuşsa, karşı tarafın talebi üzerine, delil tespiti talebinde bulunana davasını açması için bir süre vermektedir. Bu süre içerisinde dava açılmazsa, tespit talebinde bulunan karşı tarafın yaptığı masrafları ödemeye mahkûm edilir. Bu şekilde karşı tarafın eline yapmış olduğu masraflar bakımından icraya konulması mümkün bir karar geçmektedir<sup>220</sup>.

Kanımızca, Tasarı'da usul ekonomisi ilkesinin bir gereği olarak delil tespiti sırasında davanın ihbarına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğine ilişkin bir hükme yer verilmesi isabetli olurdu.

## SONUÇ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 368-374 üncü maddeleri arasında düzenlenen delil tespiti, taraflardan her birinin hukukî yararı olmak kaydıyla görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş olan yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla delillerin hemen incelenmesine ve kayda alınmasına yarayan işleme denir. Delil tespiti medeni yargılamanın çekışmeli yargı

<sup>218</sup> Geniş bilgi için bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald** s. 804; **Cuyppers** s. 1985.

<sup>219</sup> **Kuru-IV** s. 4432.

<sup>220</sup> Bkz. **Musielak, Hans-Joachim**: Grundkurs ZPO, 7. Aufl., 2004, s. 285.

çeşidine dâhil olup; hukukî niteliği itibarıyla geçici hukukî himaye tedbirlerindedir.

Delil tespitinin konusunu maddî vakıalar oluşturmakta olup salt hukukî ilişkiler delil tespitinin konusu oluşturmaz. Bu yönüyle delil tespiti tespit davasından ayrılır. Dava olmaması nedeniyle başta zamanaşımının kesilmesi olmak üzere dava açılmasıyla meydana gelen sonuçlar ortaya çıkmaz.

Delil tespiti yapılırken ileri sürülen iddialar asıl yargılamaya nazaran daha esnek değerlendirilir. Bu bakımdan delil tespitinde, talebin caizliği bakımından tam ispat değil yaklaşık ispat aranır.

Türk hukukunda Alman ve Avusturya hukuk düzenlerinden farklı olarak delil tespitine konu olabilecek deliller bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Bu bakımdan her türlü delilin tespiti istenebilir. Tespit edilen deliller dava sırasında toplanmış deliller gibi değerlendirilir. Zira delil tespiti dosyası asıl dava dosyasının eki niteliğindedir (HUMK m. 374).

Delil tespiti kararı ara karardır. Bu nedenle bu karara karşı kanun yoluna başvurulamaz. Bununla birlikte delil tespiti şartlarının oluşmadığı ileri sürülerek kararı veren mahkemeye bu kararını değiştirmesi veya kaldırması amacıyla itiraz edilebilir.

**BİBLİYOGRAFYA**

- Akyol, Leyla:** Medeni Usul Hukukunda Delil tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003.
- Alangoya, Yavuz:** Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis:** Medeni Usul Hukuku Esasları, 6. B., İstanbul 2006.
- Ansay, Sabri Şakir:** Hukuk Yargılama Usulleri, 7. B., Ankara 1960.
- Arslan, Ramazan:** Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- Arslan, Ramazan:** Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi (YD 1989/1-4, s. 156-185).
- Arslan, Ramazan:** Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri (Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu 5-6-7-8 Nisan, İzmir 2000, s. 190-211).
- Arslan, Ramazan/Tanriver, Süha:** Yargı Örgütü Hukuku, 2. B., Ankara 2001.
- Atalı, Murat:** Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007.
- Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter:** Zivilprozessordnung, 52. Aufl., München 1994.
- Belgesay, Mustafa Reşit:** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1939.
- Belgesay, Mustafa Reşit:** İsbat ve Hüküm Teorileri, 3. C., 3. B., İstanbul 1951.
- Belgesay, Mustafa Reşit:** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 1947.

- Berkin, Necmeddin:** Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, (tarihsiz), İstanbul.
- Bilge, Necip/Önen, Bilge:** Medeni Yargılama Hukuku, 3. B., Ankara 1978.
- Blomeyer, Arwed:** Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozess (FS für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, München und Berlin 1957, s. 43-88).
- Cuypers, Manfred:** Das selbstaendige Beweisverfahren in der juristischen Praxis (NJW 1994/31, s. 1985-1992).
- Deynekli, Adnan/Saldırım, Mustafa:** İhtiyati Haciz, Ankara 2005.
- Doğanay, İsmail:** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tesbiti Delaile Dair Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme (AD 1954/7, s. 888-899).
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. B., İstanbul 2006.
- Erkuyumcu, Müfit:** Delil Tespitine Müteallik Hükümler Üzerine Bir İnceleme (AD 1946/2, s. 126-136).
- Fasching, Hans W. :** Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 1990.
- Fasching, Hans:** Zivilprozessgesetze, Kommentar, 3. Band: §§ 226-460 ZPO, 2. Aufl., Wien 2004 (Fasching/Rassi-Kommentar).
- Geffert, Martin:** Der Einzelrichter im selbstaendigen Beweisverfahren (NJW 1995/8, s. 506-507).
- Guldener, Max:** Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979.
- Habscheid, Walther:** Anmerkung zum Beschluss des OLG NÜRNBERG, vom. 7.9.1972-2 W 108/72 (NJW 1973/9, s. 375-376).
- Hansens, Heinz:** Aenderungen in der Zivilgerichtbarkeit aufgrund des Rechts pflege-Vereinfachungsgesetzes (NJW 1991/15, s. 953-961).

- Heintzmann, Walther** : Der Streitwert des Beweissicherungsverfahrens (NJW 1970/47, s. 2097-2098).
- Hoeren, Thomas**: Streitverkündung im selbstaendigen Beweisverfahren (ZZP 1995/3, s. 343-358).
- Jagenburg, Walter**: Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrecht seit 1995: Bauprozessrecht und Verfahrensfragen (NJW 1997/31, s. 2021-2030).
- Jagenburg, Walter/Kesselring, Roland**: Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrechts-Verfahrensfragen (NJW 1999/33, s. 2403-2413).
- Jauernig, Othmar**: Zivilprozessrecht, 27. Aufl., München 2002.
- İnal, Nihat**: Hukuk Yargılaması Usulü Yasası, C. 2, Ankara 2003.
- Kaçak, Nazif**: Emsal İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2002.
- Karşlı, Abdurrahim**: Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler, İstanbul 2001.
- Kiessling, Erik**: Die Kosten der Nebenintervention im selbstaendigen Beweisverfahren der §§ 485 ff. ZPO ausserhalb des Hauptsacheverfahrens (NJW 2001/50, s. 3668-3674).
- Konuralp, Haluk**: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999.
- Kummer, Max** : Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1974.
- Kuntman, Osman**: Bilirkişi Raporuna İtiraz Süreye Bağlı mıdır? (İBD, 1970/1-2, s. 31-36).
- Kunze, Axel**: Streitverkündung im selbstaendigen Beweisverfahren (NJW 1996/2, s. 102-104).
- Kuru, Baki**: Nizasız Kaza, Ankara 1961 (**Kuru-Nizasız Kaza**).
- Kuru, Baki**: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 6. B., İstanbul 2001 (**Kuru-III**).
- Kuru, Baki**: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. B., İstanbul 2001 (**Kuru-IV**).

- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 18. B., Ankara 2007.
- Lüke, Gerhard/Wax, Peter /Sreiber, Klaus:** Münchener Kommentar, §§ 355-802, 2. Aufl., München 2000 (**Münchener Kommentar/Schreiber**).
- Musielak, Hans-Joachim:** Grundkurs ZPO, 7. Aufl., München 2004.
- Musielak, Hans-Joachim:** Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., München 2005 (**Musielak/Huber-Kommentar**).
- Önen, Ergun:** Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- Öz, Cengizhan Gök:** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Bilirkişilik Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar ile Çözüm Önerileri (Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu 5-6-7-8 Nisan, İzmir 2000, s. 212-221).
- Özekes, Muhammet:** İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999 (**Özekes-İhtiyati Haciz**).
- Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 (**Özekes-Hukukî Dinlenilme**).
- Özkan, Hasan:** İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti, İhtiyati Haciz ve Kamu Alacağının Tahsilinde İhtiyati Haciz, İstanbul 2006.
- Paulus, Christoph:** Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Berlin 2003.
- Pekcanitez, Hakan:** Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992.
- Pekcanitez, Hakan:** Die Interventionsarten im türkischen Zivilprozessrecht (1992/4, s. 469-486).
- Pekcanitez, Hakan:** Hukukî Dinlenilme Hakkı (Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 753-791).
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, 6. B., Ankara 2007.
- Postacıoğlu, İlhan:** Medeni Usul Hukuku, 6. B., İstanbul 1975.

- Rechberger, Walter/Simotta, Daphne-Ariane:** Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 2003.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter:** Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004.
- Schilken, Eberhard:** Grundlagen des Beweissicherungsverfahrens (ZZP 1979/2, s. 238-267).
- Schilken, Eberhard:** Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 2002.
- Sreiber, Klaus:** Das selbstaendige Beweisverfahren (NJW 1991/41, s. 2600-2602).
- Tanriver, Süha:** İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996 (**Tanriver-İlâmlı İcra**).
- Tanriver, Süha:** Noterlerin Tespit İşlemleri (Makalelerim 2006, Ankara 2007, s. 85-98).
- Tanriver, Süha:** Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002 (**Tanriver-Bilirkişi**).
- Tanriver, Süha:** Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. B., Ankara 2007.
- Tanriver, Süha:** Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı (Makalelerim I, 1. B., Ankara 2005, s. 211-236).
- Taşpınar, Sema:** Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
- Tekinay, Selahettin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atillâ:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, İstanbul 1993.
- Tercan, Erdal :** Tarafların İsticvabı, Ankara 2001.
- Tutumlu, Mehmet Akif:** Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 3. B., Ankara 2007.
- Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder:** İsbat Yüğü, 2. B., İstanbul 1980.
- Üstündağ, Saim:** Medeni Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul 2000 (**Üstündağ-Usul**).

- Üstündağ, Saim:** İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasası, İstanbul 1967.
- Üstündağ, Saim:** İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet:** Türk Medeni Hukuku, Cilt I-cüz 1, Umumi Esaslar, 6. B., İstanbul 1959.
- Weyer, Friedhelm:** Die Feststellung des gegenwaertigen Zustandes einer Sache i.S. des § 485 Satz 2 ZPO (NJW 1969/50, s. 2233).
- Wussow, Hansjoachim:** Probleme der gerichtlichen Beweissicherung in Baumaengelsachen (NJW 1969/33, s. 1401-1408).
- Yavaş, Murat :** Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1999.
- Yıldırım, Kamil:** Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- Yılmaz, Ejder :** Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982 (Yılmaz-Islah).
- Yılmaz, Ejder :** Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C. 1, Ankara 2001 (Yılmaz-Tedbirler I).
- Yılmaz, Ejder :** Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C. 2, Ankara 2001 (Yılmaz-Tedbirler II).
- Yılmaz, Ejder :** Hukuk Sözlüğü, 9. B., Ankara 2005.
- Yılmaz, Ejder :** Usul Ekonomisi (AÜHFD 2008/1, s. 243-274).
- Zöller, Richard:** Zivilprozessordnung, 18. Aufl. , Köln 1993 (Zöller/Herget-Kommentar).
- Zwanziger, Bertram:** Das selbstaendige Beweisverfahren in der Arbeitsgerichtsbarkeit (ZZP 1996/1, s. 79-92).