

2005

Sayı: 1

MEDENÎ USÛL ve İCRA İFLÂS HUKUKU DERGİSİ

MAKALELER

Taşınırların Üçüncü Kişiler Elinde Haczi ve Muhafaza Altına Alınması (İİK m. 88,II Üzerine Bir Eleştiri)
Doç. Dr. Oğuz ATALAY

Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekalet Ücreti
Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

Taşıma Hukukunda Taşıyıcının Kusur Derecesine Bağlanan Sonuçlardan Kaynaklanan İspat Sorunları
Yrd. Doç. Dr. Vural SEVEN

Türk ve Alman Hukukunda Tanık İfadesinin Değerlendirilmesi
Arş. Gör. Nedim MERİÇ

ÇEVİRİ

İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı
Dr. Murat ATALI

KARARLAR

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları
Yargıtay Hukuk Daire Kararları

ISSN 1306-1224

LEGAL

MEDENÎ USÛL VE İCRA İFLÂS HUKUKU DERGİSİ



LEGAL

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi

"Hakemli Dergidir"

Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. adına
Sahibi ve Genel Yayın Yönetmeni
Av. Lütfürrahman Başöz

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Ramazan Çakmakcı

Yayın Yönetmeni
Doç. Dr. Muhammet Özekes
muhammetozekes@legal.com.tr

ISSN: 1306-1224
Yıl: 2005
Cilt: 1
Sayı: 1
Yayımcının Adı: Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti.
Basımcının Adı: Kitap Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti.
Basıldığı Yer: Davutpaşa Cad. Emintaş Kazım Dinçol San. Sit. No: 81/21 Topkapı/İstanbul
Basıldığı Tarih: Eylül 2005
Yönetim Yeri: Bahariye Cad. No: 63/6 Kadıköy/İstanbul
Yayın Türü: Yerel, Süreli Altı Aylık Hukuk Dergisi

Copyright © 2005
Bu derginin tüm yayın hakları LEGAL YAYINCILIK SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.'ne aittir. Yayınevinin izni alınmadan eğitim ve tanıtım amaçli kısmi alıntılar hariç olmak üzere hiçbir şekilde kopya edilemez, çoğaltılamaz ve yayınlanamaz.

LEGAL MEDENÎ USUL VE İCRA İFLÂS HUKUKU DERGİSİ
Bahariye Cad. Çam Apt. No: 63 D. 6 Kadıköy – İstanbul
Tel: (216) 449 04 85 – 449 04 86 Faks: (216) 449 04 87
İnternet adresi: www.legal.com.tr
E-mail: legal@legal.com.tr

EDİTÖRLER

Doç. Dr. Halûk KONURALP / Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA
(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU
(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Baki KURU
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi)

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
(Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Polat SOYER
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Süha TANRIVER
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Bilge UMAR
(Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ
(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi)

YAYIN KOORDİNASYON KURULU

Doç. Dr. Halûk KONURALP
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Mine AKKAN
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Emel HANAĞASI
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Mustafa GÖKSU
(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Tolga AKKAYA
(Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Evrim ERİŞİR
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Av. Mehmet UÇUM
(İstanbul Barosu Avukatı)

Av. Hikmet ÇİÇEK
(Ankara Barosu Avukatı)

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

2. Yazılar hakem incelemesine gönderilmek üzere, A-4 boyutunda iki nüsha olarak teslim edilmelidir. Yazı, hakem incelemesinden geçtikten sonra, yayın aşamasında "Word programı" altında kaydedilmiş haliyle disket veya e-posta yoluyla yayın kuruluna gönderilecektir. Gönderilen yazıların yazar tarafından basıma hazır halde son denetiminin yapıldığı kabul edilir.

3. Gönderilecek yazıların Times New Roman karakterinde, ana metin tek satır aralığında ve 12 punto, dipnotların 10 punto olarak hazırlanması gerekmektedir.

4. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir.

5. Yazarlar, yazıları gönderirken unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme ve mail adresleri ile telefonlarını da ayrı bir üst yazı ile bildirmelidir.

6. Olağanın dışında yazım hatalarının bulunması, bilimsellik ölçülerine ve fikrî haklara uyulmaması, yazının hakeme gönderilmeden geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.

7. Yayın komisyonunda ilk değerlendirme yapılan yazılar hakeme gönderilecek; hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltildikten sonra yayınlanmasına veya yazının yayınlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Hakem tarafından düzeltme önerilen yazılar, yazar tarafından gerekli düzeltmeler yapıldıktan sonra, gerekiyorsa kontrol için yeniden aynı veya başka bir hakeme gönderilebilir.

EDİTÖRDEN...

BAŞLARKEN...

Türkiye'de medenî usûl ve icra iflâs hukuku alanının gelişimine katkıda bulunmak için birkaç yıldır yoğun bir çaba gösterilmektedir. Bunun ilk adımı, 2002 yılında atılan Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantılarıdır. Bu toplantılar dört yıldan beri düzenli olarak sürdürülebilmiştir; umuyoruz ki, daha da gelişerek düzenli olarak devam edecektir.

Medenî usûl ve icra iflâs hukuku alanındaki akademik çevre, özellikle son on yılda genişlemiştir. Bu hem değişik hukuk fakültelerinde görev yapan akademik kadrodaki artışa hem de bu alanda yapılan yüksek lisans ve doktora çalışmalarının sayısındaki artışa paralel bir genişlemedir. Bu alanın uygulamadaki önemi ise, herhangi bir izaha ihtiyaç duymayacak kadar açıktır. Özellikle icra ve iflâs hukukunda ortaya çıkan içtihatlara ve bu içtihatların yayınına göz atıldığında, bu durum kendisini göstermektedir. Ayrıca, tüm özel hukuku kapsayan bir yargılama alanı olan, medenî usûl hukuku, uygulama genişliği ve yoğunluğu bakımından bu alandaki her yargısal faaliyette, maddi hukukla birlikte veya ondan bağımsız olarak kendini göstermektedir.

Biz de Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Organizasyonu'nun bir parçası ve devamı olarak ve bu alanın gelişimine daha fazla katkıda bulunabilmek düşüncesiyle, bir alan dergisi çıkarmayı düşündük. Legal Yayıncılığın da desteği ve katkısıyla Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi ortaya çıktı. Belirli hukuk alanlarında ve özellikle de uygulamada önem taşıyan alanlarda dergiler çıkarılmasına önemli destek ve katkısı olan Legal Yayıncılığa, bu vesileyle müteşekkir olduğumuzu belirtmek isteriz. Son yıllarda, hukukla ilgili alan dergilerinin arttığı da dikkate alınırsa, dergimizin bu çerçevede de yararlı olacağını düşünüyoruz.

Derginin belirli bir akademik seviyeyi yakalayabilmesi, istenen gelişmeyi ve katkıyı sağlayabilmesi amacıyla hakemli olarak çıkarılması

uygun görülmüştür. Bu açıdan hakem değerlendirmeleri ve dergi ile ilgili tüm bilgiler arşivlenmektedir. Dergide makaleler yanında, karar incelemelerine, eleştiri yazılarına, çevirilere, medenî usûl ve icra iflâs hukuku ile ilgili faydalı olacak bilgilere ve daha önce yayınlanmış olan veya ilk defa yayınlanacak emsal yargı kararlarına yer verilecektir. Dergi, bir alan dergisi olmakla birlikte, özellikle medenî usûl ve icra iflâs hukuku ile doğrudan veya dolaylı ilgili yazılara da açıktır. Maddî hukukun yargılama ve takip hukuku ile kesiştiği tüm alanlarda, bunun yanında yargılama ve takip hukukunun yan alanı sayılan noterlik, tebligat, avukatlık, milletlerarası usûl hukuku gibi alanlarda da yazılara yer verilecektir. Dergi, hakemli dergi olarak asgari koşulu sağlamak için, şimdilik yılda iki sayı olarak çıkarılmaktadır. Ancak zamanla bu periyodun yeniden gözden geçirilerek artırılması mümkün olabilir. Yeri geldikçe derginin bir parçası olarak özel sayıların, armağanların da çıkarılmasına gayret edilecektir.

Maalesef bugünkü uygulamamızda yargılama ve takip hukuku kurallarına hakkıyla ve tam uyulduğu söylenemez. Yargıdaki sorunların önemli bir kısmı, yargılama hukukunun anlaşılması (veya iyi anlaşılmaması) ve uygulanması ile ilgilidir. Ayrıca, bugün artık icra ve iflâs hukuku neredeyse bir içtihat hukuku haline gelmiştir. Bu sebeple, bu alandaki kavramların, kurumların, kuralların, kaynakların bilinmesi, doğru anlaşılması ve doğru uygulanması özel bir önem kazanmıştır. Derginin bu çabaya da önemli katkılarının olacağına inanıyoruz. Amacımız, dergiyi kendi alanında bir referans, hem akademik hem de uygulama bakımından önemli kaynak haline getirmektir. Zamanla derginin, doktrindeki bir çok görüşün ilk ortaya atıldığı, farklı görüşlerin karşılıklı tartışıldığı, değerlendirildiği bir zemin olmasını umuyoruz.

Derginin çıkarılmasında Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Organizasyon Komitesi öncü olmuştur. Ancak, derginin çıkarılmasında bir çok kişinin katkı ve desteği söz konusudur. Danışma kurulunda yer alan, ayrıca hakem olarak dergiye katkıda bulunan hocalarımıza ve meslektaşlarımıza müteşekkiriz. Derginin ilk sayısına yazı vererek katkı sağlayan yazarlara da teşekkür ederiz. İlk sayıdan sonra, derginin tanınması ve bilinmesiyle birlikte, katkı ve destek şüphesiz artacaktır. İmrenilecek şeylere bakmak değil, imrenilecek şeyleri yapmak önemlidir. Bu sebeple yıllarca özellikle yurt dışında yayınlanan dergilerdeki yazıları gıpta ile takip eden Türk hukukçularının, kendileri için sağlıklı bir tartışma ortamı yaratacak alan dergilerinin gelişmesine katkı sağlamaları herhalde fazla bir beklenti değildir. Bugün bu beklentiyi gerçekleştirecek birikime ve bilgiye fazlasıyla sahibiz; tek sorun, bunları sağlıklı ve doğru bir şekilde ve iyi bir işbirliği ile yönlendirip ortaya koymaktır.

Yayın işi ile uğraşmanın ve özellikle de süreli yayın niteliğinde bir dergi çıkarmanın güçlüğü açıktır. Bu sebeple, derginin kurumsallaşıp sürekli hale gelmesi için, başta medenî usûl ve icra-iflâs hukuku akademik çevresi olmak üzere, tüm hukukçuların katkı ve desteğine ihtiyaç vardır. Umuyoruz ki, bu çaba bir süreklilik kazanarak devam edecek; Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi kalıcı olacak, hem yayın faaliyetinde bulunduğu alana hem de hukuk hayatımıza önemli bir katkı sağlayacaktır. Bu katkının istenen düzeyde gerçekleşebilmesi, ancak değerli hocalarımızın ve hukukçuların yönlendirmesi, uyarısı, eleştirisi ve desteği ile mümkündür. Bu sebeple, dergi editörlüğü ve yayın kurulunun her türlü eleştiri ve desteğe açık olduğunu özellikle belirtmek isteriz.

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisinin bu ilk sayısı ile parlayan ışığın daha da güçlü bir şekilde sürekli yanması dileğiyle...

Dergi Editörlüğü

İÇİNDEKİLER

Makaleler 15

Taşınırların Üçüncü Kişiler Elinde Haczi ve Muhafaza Altına Alınması (İİK m. 88, II Üzerine Bir Eleştiri)
Doç Dr. Oğuz ATALAY 17

Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekâlet Ücreti (HUMK m. 421; AvK m. 169)
Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES 29

Taşıma Hukukunda Taşıyıcının Kusur Derecesine Bağlanan Sonuçlardan Kaynaklanan İspat Sorunları
Yrd. Doç. Dr. Vural SEVEN 51

Türk ve Alman Hukukunda Tanık İfadesinin Değerlendirilmesi
Arş. Gör. Nedim MERİÇ 89

Çeviri

İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı
Çev: Dr. Murat ATALI 123

Yargıtay Medenî Usul Hukuku Kararları 189

Hukuk Genel Kurul Kararları 191
Hukuk Daire Kararları 230

Yargıtay İcra ve İflâs Hukuku Kararları 247

Hukuk Genel Kurul Kararları 249
Hukuk Daire Kararları 269

Yüksek Mahkeme Kararları Arama Dizinleri 305

Kavramlara Göre Arama Dizini 307
Kanun Maddelerine Göre Arama Dizini 311

TÜRK ve ALMAN HUKUKUNDA TANIK İFADESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Nedim MERİÇ(*)

I. GİRİŞ

Bu çalışmanın konusunu tanık ifadesinin değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Konu, tanık delilinin pratik hayatta çok kullanılabilir bir delil olması sebebiyle önem taşımaktadır. Bundan dolayı bu çalışmada Türk ve Alman Hukukunda tanık ifadesinin değerlendirilmesinin önemi, tanık delilinin takdiri bir delil olması ve sonuçları, hakimde oluşturacağı kanaat ölçüsü ve bu kanaatin tanık ifadesinde anlatımını bulan olayın ispatı için yeterli olup olmadığı, hakimin tanık ifadesini gerekçelendirmesi, tanık delilinin değerlendirilmesinin yüksek mahkeme denetiminde bulunup bulunmadığı ve son olarak da tanık ifadesine yönelik karşı taraf itirazları incelenecektir.

II. TANIK DELİLİ

1. ÖNEMİ

Tanık delili usul hukukunun amacı olan gerçeğin ortaya çıkarılması için, özellikle başka deliller ile ispatın güç olduğu durumlarda başvurulan bir ispat aracıdır. Alman Hukuku açısından tanık ifadesi kanun tarafından tanınan beş delilden güvenirlilik bakımından en az değerde olanıdır[1]. Hukukumuzda da tanık delili sübjektif öğeleri içerdiğinden ve

(*) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi.*

1 ***Grunsky Wolfgang,*** *Grundlagen des Verfahrensrechts, 2.Bası, Bielefeld, 1974, s.447,448;* ***Jauernig Othmar,*** *Zivilprozeßrecht, 24.Bası, Münih, 1993, s.196;* ***Schreiber Rupert,*** *Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozeß, Berlin, 1968; s.17;* ***Schellhammer Kurt,*** *Zivilprozeß, 3.Bası, Heidelberg, 1987, s.317 kn.637; "Bu delilin gücü ve kullanılabilmesi tanığın idrak edebilme ve hatırlayabilme yeteneğine bağlıdır"* ***Arens Peter/ Lüke Wolfgang,*** *Zivilprozeßrecht, 5.Bası, Münih, 1992, s.191.*

güvenilirliği az olduğundan takdiri delil olarak değerlendirilmektedir[2]. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi adlı eserinde tanık delilinin diğer delillerden daha az güvenilir olmasını tarihi gelişimi içinde ele alarak bunu, tanıkların toplum içinde sergiledikler davranış ile sahip oldukları konumun (örneğin polisin tanıklığının) delil ikamesinde rasyonelleştirilmesine bağlamaktadır. Hakim, günümüzde artık tanığın toplum içinde taşıdığı konuma itimat ederek değil, şüphe ile bakarak ifadesini değerlendirmektedir[3]. Yazar, tanığın ifadesinin tarafın toplumdaki konumundan ayrılarak rasyonel bir çizgiye çekilmesi ile delillerin serbestçe değerlendirilmesi arasında doğrudan bir bağlantı kurmaktadır[4]. Ancak bu delil uygulama sahasının geniş olmasından[5] dolayı büyük önem taşımaktadır. Yargıtay içtihatlarında[6] senetle ispat kuralının çiğnendiğine dair örneklerin çoğalması da Türk Hukukunda tanık delilinin öneminin artmasının bir diğer nedenidir.

2. TANIK İFADESİNİN DEĞERLENDİRİLEBİLİR OLMASI

Tanık delilinin hakim tarafından takdir edilebilmesi için bu delilin mahkeme tarafından kabul edilmiş olması gerekir. Bunun anlamı dinlenecek olan tanığın tıpkı diğer ispat vasıtalarında olduğu gibi değerlendirilmeye elverişli olmasıdır[7]. Tanığın dava konusu olayı objektif (çok sisli

2 ***Belgesay, M. Reşit,*** *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt I (Teoriler), İstanbul, 1940, s.111;* ***Karafakih, İsmail H,*** *Hukuk Muhakeme Usulü, Ankara, 1952, s.198;* ***Ansay, Sabri S,*** *Hukuk Yargılama Usulleri, 7.Bası, Ankara, 1960, s.266,267;* ***Postacıoğlu İlhan,*** *Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6.Bası, İstanbul, 1975, s.647;* ***Kuru Baki,*** *Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Bası, Cilt III, İstanbul, 2001, s.2571;* ***Üstündağ Saim,*** *Medeni Yargılama Hukuku, 7.Bası, İstanbul, 2000, s.739.*

3 ***Yıldırım Kamil,*** *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul, 1990, s.4, 30.*

4 ***Yıldırım,*** *s.30.*

5 *"Belli kişilerin bir taşınmazdan intifa etmeleri hali, zilyetlik durumu, bir kadının iffetsiz yaşam içinde olması gibi"* ***Karafakih,*** *s.198;* ***Ansay,*** *s.266;* ***Önen Ergün,*** *Medeni Yargılama Hukuku, Ankara, 1979, s.213.*

6 *"Satış parasının sözleşmede gösterilmeyişi durumunda, taraflar sözleşmenin varlığında uyuşmazlık içinde değillerse, bunun tutarı konusunda tanık dinlenmesi olanaklıdır" 4. HD, 07.03.1967, E.1856/K.2110, Naklen* ***Kiper Osman,*** *Hukuk Davalarında Kanıtlar, Ankara, 1995, s.77; Konuyla ilgili başka Yargıtay kararları 15. HD 16.02.1984, E.83/4187 K.84/442, YKD Mayıs 1985 s.703.*

7 *"Hatırlama yetisini kaybeden hasta bir tanığın tanıklığa kabulü tanığın değerlendirilmesi bakımından yeterli değildir" BGH NJW 66, 2426; "Elverişsizlik halinde tanık dinlenilmemeli ve ifadesi değerlendirilmemelidir" BGH NJW 51,481; 56,1480;* ***Zeiss Walter,*** *Zivilprozessrecht, 5. Bası, Tübingen, 1982, 161.*

bir havada kazayı görmek) ve sübjektif olarak algılamasının (dikkatsizlik, dalgınlık, konsantre eksikliği vb.) ya da algıladığı hususları mahkemeye tam olarak aktarmasının (şok hali, ruhsal çöküntü vb.) güç olduğu hallerde hakim tanıkların dinlenemeyeceklerine karar vermeyip[8], tanıkları dinleyecek ve fakat onların ifadelerini yukarıda anılan sebepleri gözeterek ispat sebebi (Beweisgrund) olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine karar verecektir (Verwertungsfreiheit)[9]. Alman Hukukunda sözü geçen bu ayırım, yani tanığın tanıklık edeceği hususa elverişli olmaması, hakimin tanık ifadesini değerlendirmesinden bağımsız olarak ele alınan bir ara karar konusudur. Ayrıca tanığın tanıklıktan çekilmesi, duruşmaya katılması ama sorulan sorulara cevap vermemesi hallerinde de tanık ifadesinin değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır[10]. Bu ara kararda ispat sebebi olarak değerlendirilmesine karar verilen tanık ifadeleri, kararın oluşumunda değerlendirilecektir (Würdigungsfreiheit)[11].

"Tahkikat hakimi ikame edilmek istenilen delillerden hangisinin kabule şayan olduğunu ve hangisinin olmadığını esbabı mucibe dermeyanı suretiyle takdir ve karara rapteder. Karar aleyhine esas davanın muhakemesinde itiraz olunabilir" şeklindeki HUMK m.218 hükmü, Alman Hukukundaki bu yaklaşım gibi anlaşılmamalıdır. Zira bu hüküm tanığın tanıklığa kabule şayan olmadığına ilişkin olup başvurulan delilin uyuşmazlık konusu hususu ispatlamak için geçersiz olduğu haller içindir. Ancak Yargıtay, Alman Federal Mahkemesi (BGH) içtihatları gibi tanığın tanıklık edilecek olayı idrak etmesinin ve niteliğini anlayacak kabiliyette bulunmamasının tanığın dinlenmesine engel olacağı düşüncesindedir[12].

3. DELİL DEĞERİ

Alman Usul Hukukunda sıkı ispat kuralları geçerlidir ve Kanunda sayılı beş delil türü (keşif, senet, taraf isticvabı, bilirkişi, tanık) ispat

8 ***Schneider Egon,*** *Beweis Und Beweiswürdigung, 4. Bası, München, 1987, kn.665.*

9 ***Walter Gerhard,*** *Frei Beweiswürdigung, 1.Bası, Tübingen, 1979, s.289.*

10 ***Walter*** *s.288,289.*

11 ***Walter,*** *s.289.*

12 *"Tanığın zilyetlik durumu sırasında 10 yaşından küçük olması durumunda zilyetliğin tanık tarafından bilinmesinin fiilen imkansız olduğu, bu nedenle tanıkların 10 yaşından daha küçük oldukları döneme ilişkin tanıklıklarına itibar edilmeyeceği" 8. HD 17.11.1997 E. 97/696 K. 97/7333 YKD CD 1990-2000.*

faaliyetinde kullanılabilir[13]. Bunun dışındaki deliller, mesela mahkeme dışı ve hatta bazen mahkeme içi ikrar ancak emare (ilk görünüş) olarak ele alınıp hakimin hüküm kurmasında değerlendirilebilir[14]. Hakim m.286 f.1 ZPO hükmüne göre katı delil sistemine bağlı olarak sunulan delilleri, yani bir tanığın söylediklerini, bir senedin içeriğini, bilirkişi raporunu, taraf isticvabını ve dava konusu ile ilgili yapılan tetkikleri (keşif ve özel hüküm sebepleri), tarafların iddiaları kapsamında serbestçe değerlendirebilir. Hükmün ikinci fıkrası ise Kanunda açıkça düzenlenen hallerde hakimin ispat kurallarıyla bağlı olduğunu[15] düzenlemektedir. Bu tabii ki hakimin başkaca delilleri değerlendirmesini (taktir hakkını) sınırlamaktadır[16]. Özellikle resmi veya özel belgeler (yazıyı yazanın kabulü halinde), mahkeme tutanağı, hüküm (resmi evrakın kurucu kuvvetini kazanıp kesin hüküm oluşturarak[17]) ve tebligat evrakı hakimin taktir hakkını sınırlayan ve onu bağlayan kesin delillerdir[18]. Bu hallerde kanuni ispat kuralı geçerli olacak ve sözü geçen haller ile ilgili artık hakim serbestçe delilleri değerlendiremeyecektir[19]. Mesela, satış sözleşmesine dayalı bir alacak davasında davalı satış sözleşmesinin olmadığı iddia eder ve davacı da noter önünde yapılmış satış sözleşmesini mahkemeye sunarsa, hakim satış sözleşmesinin varlığı üzerine kararını oluşturacak ve artık sözleşmenin varlığına ilişkin delil (tanık) kabul etmeyecektir[20]. Bu belirtilen haller dışında hakim belirli bir sınırlama olmaksızın tanık

[13] ***Leipold Dieter**, Stein Jonas Kommentar zur ZPO, 20.Bası, Tübingen, 1985, m.284 kn.23, 27.*

[14] ***Leipold**, Stein Jonas Kommentar zur ZPO, m.284 kn.23, 27; m.288 kn.4; m.286 kn.6.*

[15] *Tutanakların ispat gücü, muhakemede usule uyulduğunun tutanak ile ispatlanması (m.165 ZPO), avukatça kabul ya da alındı teyidi (m.198 f.2 ZPO), yurtdışı tebligatları konusundaki ispat vesikaları (m.202 f.2 ZPO), mahkeme hükmünün unsurları ile tarafın sözlü olarak sunduğu hususun ispatlanması (m.314 ZPO), özel ya da resmi senetlerin ispat gücü (m.415,416,417,418,435,438 f.2), özel kanunlardaki bazı düzenlemeler, örneğin m.60,66 PStG, m.32,35 GBO, m.190 StGB.*

[16] ***Schneider**, kn.56.*

[17] ***Schneider**, kn.95.*

[18] ***Stephan Dieter**, Zöller Kommentar zur Zivilprozessordnung, 14.Bası, Köln, 1984, m.286 kn.3; **Rosenberg Leo/ Schwab Karl Heinz/ Gottwald Peter**, Zivilprozeßrecht, 16.Bası, München, 2004, § 111 III 2.*

[19] *" Ancak mesela imza edilmemiş ya da üzerinde silinti, çıkıntı bulunan özel senetlerin ispat gücü artık kesin delil olarak ele alınmayacaktır, bu durumda hakim söz konusu delili serbestçe değerlendirebilecektir." BGH NJW 80,893; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald**, § 122 II 2; **Stephan** m.415 kn.5, m.416 kn.5; m.418 kn.3.*

[20] ***Grunsky**, s.448.*

deliline başvurabilecek ve hatta yüksek miktarda bir alacağın ödenmesine tanık deliline dayanarak karar verebilecektir.

Tanık delili[21] acaba diğer deliller karşısında nasıl değerlendirilecektir? Alman Hukukunda hakim bilirkişi raporuna katılmak zorunda olup[22], ancak kuvvetli gerekçelerle aksi yönde karar verebilecektir[23]. Bundan dolayı da bilirkişi delili tanık delilinden daha güçlü bir delildir. Özel hüküm sebebi (freibeweis) ve keşif (richterlicher Augenschein) ise hakimin dış aleme ilişkin objektif algılamalarına dayalıdır ve bu sebeple tanık delilinden daha güvenilirdir[24]. Örneğin yapılan keşifte caddenin 3 metre değil de, 4 metre genişliği olduğu tespit edilirse, artık bir delil değerlendirmesinden daha çok vakıanın değerlendirilerek kararın oluşturulması söz konusu olacaktır[25]. Taraf isticvabı diğer delillerle ispatın yapılamadığı durumlarda talî delil olarak başvurulan, tanık gibi sübjektif algılamalara dayanan bir delildir[26]. Taraf isticvabı tarafın ispat konusu olayı en iyi bilecek durumda olması sebebiyle tanık delilinden daha güvenilirdir[27]. Mesela olay hakkında ifade veren tanığın yemin etmemesi halinde taraf isticvabına başvurularak isticvap delili yemin etmeyen tanığın ifadesinden yeğ tutulacaktır[28].

Hukukumuzda ise hukuk davalarında hakim, HUMK m.240 hükmüne göre kanun tarafından belirtilen haller[29] müstesna olmak üzere

[21] *Zayıf bir delil olarak kabul edilmektedir, bkz. dn.1.*

[22] *BGH MDR 1961, 925; "Babalık davalarında uzmanlarca hazırlanan kan raporları hakimi bağlamaktadır." BGHZ 2, 6.*

[23] *BGH NJW 1951, 566; 1961,2061; 1962, 676; 1981,2578; 1984,1408; BGH MDR 84/660;*

[24] *BGH NJW 70,949; **Berg Hans**, Gutachten und Urteil, 13.Bası, Stuttgart, 1955, s.81; **Stephan**, m.371 kn.1.*

[25] ***Berg**, s.81.*

[26] *BGH NJW 8,235; **Stephan**, m.445 kn.1.*

[27] ***Prütting Hanns** Münchener Kommentar, Cilt I, 2001, m.286 kn.13.*

[28] ***Baur Fritz/ Grunsky Wolfgang**, Zivilprozeßrecht, 9. Bası, Bielefeld, 1997, kn.192; **Stephan**, m.445 kn.4.*

[29] *Senedin ispat gücüne ilişkin HUMK m.296 f.II ve 295 f.I hükümleri ile ikrar beyanı ve kesin hüküm ile yemin deliline ilişkin ispat araçlarına ilişkin hükümler; TMK m.7'deki resmi sicil ve senetlerin ispat gücü; Yazılı delili başlangıcını varlığı halinde, bir tarafın iddiasını ispatlamak için bu yazılı delil başlangıcına dayanması ve iddiasını doğrular nitelikteki bu yazılı delil başlangıcı ile ilgili belgenin içeriğini karşı tarafın çürütememesi durumunda hakimin yazılı delil başlangıcını ileri süren tarafa iddiasının gerçekliği konusunda yemin teklif etmek zorunda olduğu kanuni haller*

tanık delilinin doğruluğunu serbestçe takdir edebilecektir. Bu anlamda da kural olarak tanık delili ancak kesin delille ispatın aranmadığı konularda mümkün olacaktır. Bu noktadaki ayırımın dışında her iki hukuk düzenlemesi tanık delilini hakimin takdir sahasında görmektedir.

4. TAKDİRİ DELİL OLMASI

Tanık delilinin takdiri delil olarak görülmesinin nedeni, bilinçli ya da bilinçsiz olarak tanığın gerçek durumu her zaman tam anlamıyla aktaramamasıdır. Alman Hukuku bu sonuca iki temel noktadan hareket ederek varmaktadır. Bunlardan ilki tanığın idrak etmesi, ikincisi ise idrak ettiğini mahkemeye tekrar verebilmesidir. Vakıaları idrak etmek üç hususu kapsamaktadır, idrak edebilme imkanı (objektif açıdan), idrak edebilme yeteneği (sübjektif açıdan) ve idrake hazır olmak[30]. Örneğin ağır işitme, duymama gibi hususlar tanığın idrak edebilme imkanını sınırlamaktadır[31]. Keza akıl sağlığı yerinde olmayan bir kimsenin ya da çok küçük yaştaki bir çocuğun tanık olarak idrak edebilme yeteneğine sahip olmadığı ortadadır. İdrake hazır olmak ise tanığın ilgi ve dikkatinin olaya yönelmiş olduğu durumları ifade etmektedir. Örneğin tanığın geniş ve karışık bir algılama sahası içerisinde vuku bulan bir trafik kazasında kimin kusurlu olduğunu tam olarak algılaması beklenemeyecektir. Algıladığını tam ve doğru olarak mahkemeye tekrar verebilme imkan ve yeteneği de tanıklık için aranan diğer bir hususdur[32]. Örneğin akıl hastası ya da çok yaşlı bir insanın vereceği ifade çok zayıf bir ifade olarak görülmelidir[33]. BGH bir kararında 14 yaşındaki bir çocuğun vereceği ifadenin çok dikkatli şekilde takdir edilmesi gerektiğini belirtmiştir[34]. Tabii burada asıl önemli olan husus, tanığın belli bir anlama ve idrak etme kabiliyetinin olmasının yanında ayrıca tanıklık yapacağı olaya ilişkin sorulacak soruları anlaması ve cevaplayabilmesidir[35].

(TTK m.83 gibi); Kanunun belli bir durumun varlığı için özel bazı ispat şekilleri aradığı haller (TMK m.165 gibi).

[30] ***Schneider**, kn.665 vd; **Jauernig**, s.196; **Arens/ Lüke**, kn.296.*

[31] ***Schneider**, kn.670,671.*

[32] ***Arens**, kn.296; **Jauernig**, s.196; **Scheider**, kn.666; **Baur/ Grunsky**, kn.183; **Stephan**, m.373 kn.3.*

[33] ***Stephan**, m.373, kn.3; **Arens/ Lüke**, kn.298.*

[34] *BGH NJW 67,360.*

[35] ***Stephan**, m.373 kn.3.*

Türk Hukuk Doktrininde yukarıda bahsedilen ayırım kriterleri, tanığın bilinçli ya da bilinçsiz hareket etmesi üzerine yoğunlaşmıştır. Tanığın maddi (parasal menfaat)[36] ya da manevi etkiler[37] (sempati, nefret hisleri ya da tanığın dava taraflarından birinin aile efradından ya da arkadaşı olması) altında değerlendirmelerde bulunması bilinçli; bir zaman sonra olayı yanlış ya da eksik hatırlaması, ifadesine abartılı ya da fantezi öğeler eklemesi [38] ise bilinçsiz olarak tanıklık yapmasına engel olmakta ya da verdiği tanık ifadesinin dikkate alınmamasına yol açmaktadır. Yargıtay da bazı davalarda tanıkların menfaatlerinin bulunduğunu ve bunların tanıklıklarının zaten hükme dayanak yapılamayacağını kabul etmektedir[39].

İster objektif ya da sübjektif kaynaklı olsun, isterse de bilinçli ya da bilinçsiz şekilde verilen ifadelere dayanmış olsun, tanık delili, adil olmayan kararların verilmesine yol açabilir. Ancak bu peşinen olayla ilgili bazı tanıkların dinlenilmesine engel olmamalıdır. Objektif açıdan

[36] ***Postacıoğlu**, s. 647; **Ansay**, s.267; **Belgesay**, Hukuk Ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul, 1940, s.12; "ifadenin belli bir yönde verilmesi için maddi vaatte bulunulmuş olması" **Belgesay**, İspat Teorisi s.110; **Tuğsavul Muhsin**, Takdiri Deliller, AD, Mayıs 1952, s.611.*

[37] *" Davalının dinlettiği şahitlerden karısı(....) ve kızı (....) dışında kalanlardan hiç birisi satış hususunda hükme yeterli şahadette bulunmamışlardır..... Bunların birisi davalının karısı, diğeri kız olmaları sebebiyle bu şahısların şahadetlerinin hükme mesnede ittihaz edilmeleri isabetli görülmemiştir." HGK, 5.5.1972, E.358 K.288 ABD 1976/6 s.1000; "Aynı işverene karşı, ayrı ayrı dava açan işçiler birbirlerinin davalarında tanıklık yaparlarsa, mahkeme bu tanıkların ifadelerine dayanarak hüküm veremez." 9.HD 06.04.1971 E.7047 K.6817 İşveren 1971 Cilt:10 s.16.*

[38] ***Belgesay**, Deliller, s.122; Teorik Ve Pratik Adliye Hukuku (İspat Teorisi), Cilt III, İstanbul, 1946, s.109,110,111; **Postacıoğlu**, s.647; **Karafakih**, s.209; **Ergül Teoman**, Şahit Ve Şahitlik, AD, 1964, s.1023,1024; **Eğilmez Kemal**, Şahadet Ve Şahidin Psikolojisi, ABD, 1956, s.17,21,22; **Tuğsavul**, s.611; **Tüzün Nejat**, Yemin Ve Şahadet, ABD, 1962, s.281.*

[39] *" Uyuşmazlık meraya ilişkin bulunduğundan yerel bilirkişi ve tanıkların başka köyden dinlenmeleri Yargıtayın kararlık kazanmış uygulaması gereğidir. Aynı köyden olan kişilerin dava sonucundan yararlanmaları söz konusu olacağından beyanlarında tarafsız olamayacakları düşünülür. Bu davada yerel bilirkişiler başka köyden dinlenmiş iseler de taraf tanıkları ve ayni köyden olan kişilerdir. Bunların ifadeleri alınarak hüküm kurulamaz" 8. HD 12.10.1995, 50/10461; HGK 19.03.1997, 8/855-218, İKİD 1997/444 s.13010-11; " Savunma tanıklarından üçüncüsü tarafların anasıdır. Davalı tarafından mali yardim gördüğü anlaşılan ananın her yönden onun etkisi ve baskısı altında olduğu açıktır. Geleceğin ve davalının ağırlığı altında olan ananın doğruyu söylemek gücüne sahip olduğu düşünülemez" 1.HD 25.05.1978, 254/6156, YKD Aralık, 1978 s.1950.*

olayı algılama ve olayda dinlenilme imkanına sahip her tanık dinlenilmelidir. Yargıtay'ın tanığın tarafın akrabası, iş arkadaşı olması ya da mera davalarında tarafla aynı köyden olması durumunda dinlenilmemesine ilişkin yaklaşımından dönerek bazı kararlarında[40] ifadesini bulan yaklaşımına ve bu doğrultudaki doktrin görüşüne[41] katılarak hakimin tanıkları mutlaka dinlemesi gerektiğini ve fakat akraba, eş, arkadaş, menfaat, manevi baskı, olayın şoku, evham gibi durumlardan dolayı da tanık ifadelerini çok daha dikkatli değerlendirmesi gerektiği fikrindeyim[42].

5. TANIK İFADESİNİN DEĞERLENDİRİLME KRİTERLERİ VE İSPAT ÖLÇÜSÜ İLİŞKİSİ

Bir delilin gösterdiği vakıaların doğruluğuna hakimin ne zaman inanmış sayılacağı, Alman Hukuk doktrininde farklı fikirleri ortaya çıkarmıştır. Konuyla ilgili ilk görüş, sübjektif algılanan gerçeklik görüşü olup, ihtimal kavramı ile bir bağlantı kurmaksızın hakimin sadece "bütün şüpheleri kırarak kanaate ulaşması" durumunda iddia edilen vakıanın ispat edilmiş sayılacağı düşüncesindedir[43]. Hakim olan görüş ise, delilin taraf iddialarının doğruluğu konusunda büyük bir ihtimal taşımasını ya da hakimin subjektif inancıyla delilin gerçekliğine kanaat getirmesini yeterli görmemekte, "mutlak surette hakimin ileri sürülen iddianın gerçek ya da gerçeğe yakın olduğu hususunda tam bir kanıya (Fürwahrerachten) sahip olması" gerektiği düşüncesindedir[44] [45].

Doktrin, bu inanmayı, mutlak ya da matematik yahut doğa bilimlerinde olduğu gibi kesinlik taşıyan bir inanma olarak anlamamaktadır. Gerçeğe yönelik çok ağır basan (gerçeğe yakın) bir ihtimal ile hakim vakıayı gerçek kabul edebilir ve o zaman tam ispat sağlanmış olur[46]. Ancak doktrin, mutlak inanmanın sağlanılmasının mümkün olmadığı ve bunun aksi ihtimalinin de kapanmamış olduğu vakıalarda pratik hayatta kullanılabilecek yeterlilikte gerçeğe ulaşmayı, uyuşmazlık konusu vakıaların ispatı için yeterli olduğunu da kabul etmektedir[47].

Doktrindeki bu tartışmaların sebebi ve bu tartışmalar sonunda hakimin subjektif inancının düşünce ve tecrübe kuralları dahilinde kanaat oluşturacağı yöndeki hakim düşüncenin sebebi Alman Yüksek Mahkemesi'nin III. Medeni İşler Dairesinin 17.02.1970 tarihli ünlü Anastasia kararıdır[48]. Bu karar ile Alman Federal Mahkemesi şüpheyi barındırsa

---

[40] *"öteki yandan akrabalık, iş arkadaşlığı veya diğer medeni münasebetler, başlı başına tanık sözlerini değerden düşürmeye yeterli değildir." 2.HD 20.03.1973, 7756/7335, Naklen* **Kiper,** *s.84; "mahkeme, bu şahitlerin, yakın akraba olmaları nedeniyle sözlerine itibar etmemiştir. Ancak, bir kimsenin yakın akraba bulunması mutlak surette şahadetin geçersizliğini kabul için geçerli bir sebep değildir. Geleneklerimize göre nişanlanmanın daha ziyade akrabalar arasında yapıldığı göz önünde tutulduğunda, bu tanıkların beyanlarına itibar olunması zorunluluğu vardır. Mahkemece aksinin kabulü usul ve kanuna aykırıdır" 6.HD 09.07.1974, 3194/3424 İKİD 1974/6 s.3136-37-38.*

[41] ***Kuru,*** *s.2616;* ***Pekcanıtez Hakan/ Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet,*** *Medeni Usul Hukuku, 3.Bası, Ankara,2004, s.371;* ***Tuğsavul,*** *s.611.*

[42] *Yargıtay ne yazık ki iş davalarında işçilerin birbirlerinin davalarında tanıklıklarının hükme esas olamayacağı (9.HD 15.10.2000, E.8754 K.13169 YKD CD 1990-2000) ve mera davalarında o meranın bulunduğu köyden tanık dinlenemeyeceği, çünkü bunlar arasında bir menfaat ilişkisinin var olduğu (HGK 01.10.1975, E.8/845 K.1045, İKİD 1977 s.5717) düşüncesinden ayrılmamıştır.*

[43] ***Prütting,*** *m.286 kn.33'de anılan* **Gregers** *tarafından bu görüş savunulmuştur.*

[44] ***Prütting,*** *m.286 kn.33'de* **Gregers***'in objektiv kriterler getirerek kendi getirdiği subjektif teoriyi karma bir hale getirdiği ve kanaatin, tecrübe ve düşünme kurallarına uygunluk içinde oluşabileceği ve bunun da gerçeğin değil, gerçek olarak dikkate alınma ile oluşacağı belirtilmektedir;* ***Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,*** *§ 112 II 1, s.115;* ***Foerste Ulrich,*** *Musielak Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3.Bası, München, 2002, m.286 kn.17; "Hakikat ihtimali, delil ifadesinin gerçek ile onaylanmasıdır"* ***Schreiber,*** *s.25.*

[45] *"mahkeme, ağırlıklı olan, yüksek ya da en yüksek bir hakikat ya da doğa bilimleri güvenilirliği içinde iddiaları gerçek bulmak zorundadır"* ***Foerste,*** *m.286 kn.17.*

[46] *Tam kanaatin oluşması için sadece ağırlıklı olan bir ihtimali kabul edilmeyip, aynı zamanda bu ağır basan ihtimal için bütün şüphelerin kalkmış olmasını gerekir,* ***Schilken Eberhard,*** *Zivilprozessrecht, 3.Bası, Köln, 2000, s.489;* ***Prütting,*** *m.286 kn.40.*

[47] ***Thomas Heinz/ Putzo Hans,*** *Zivilprozessordnung Kommentar, 18.Bası, München, 1993, m.286 kn.2;* ***Foerste,*** *m.286 kn.17;* ***Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,*** *§ 141 I 4, s.872;* ***Leipold,*** *Stein Jonas Kommentar zur ZPO, m.286, kn.4;* ***Zeiss,*** *s.163.*

[48] *"...mahkeme bir iddianın gerçek ya da sabit olup olmadığı hususunda itiraz edilemez kesin bilgiyi talep edemez. Halbuki mahkeme hakiminin bu tip olaylarda basit bir ihtimal ile yetinebileceğine ilişkin sunum hatalıdır. Çünkü, Usul Kanunu m.286'ya göre hakim bir vakıanın gerçek olup olmadığının kararını vermek zorundadır. Hakim kendisini yakın bir ihtimal ile teskin edemez. Usul Kanunu m.286 sadece hakimin bir iddianın gerçekliği ile ilgili kendi başına ikna olup olmadığı hususunu da bertaraf etmektedir. Oysa bu kişisel bilgi (inanma), karar verebilmek için zorunludur ve hakimin kendisinde olan bütün şüpheleri yenip yenmediği ve belli bir vakıayı hakikat olarak kabul edip etmediği sadece kendi vicdanına bağlıdır. Kanun hakimin iknası için bütün şüphelerden arınmasını aramamaktadır. Hatta başka şüpheye ulaşılmış olsa dahi esas olan, kararı veren hakimin kendini iknasıdır. Hakim şüpheye düştüğü hallerde pratik*

bile pratik hayatta kullanılabilen ikna ölçüsünü tam ispat olarak kabul etmiştir[49]. Bu doğrultuda İstinaf Mahkemesinin yeni bir kararında[50], ilk derece iş mahkemesinde açılan iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin davada, davalı işverenin garson tanıklarının, davacı işçi ile işverenin 28.12.1999 tarihinde saat 16 sıralarındaki konuşmalarına tezgaha ızgara tabaklarını bıraktıkları sırada tanık olduklarını ve davacının davalı işverene 2000 yılının ilk gününde kendisine hastalık izni vermesini, aksi halde kendisini doktora hasta yazdırarak o günü tatil yaparak geçireceğini söylediğini duyduklarını belirtmelerini, davacının 30.12.1999 ila 04.01.2000 tarihinde aldığı doktor raporu ile hastalık iznini kullanması arasında ilk derece mahkemesinin tecrübe kuralları ve hayat akışı ile bağdaştırarak değerlendirmesini doğru bulmuştur.

Tam ya da "pratik hayatta kullanılabilir ikna", ispat ölçüsünü belirlemede kuraldır. Ancak tanık delili ile hakimin gerçeğe ulaşması güç olduğundan bazı davalarda hakimin ikna edilebilmesi için basit bir kanaat aranmaktadır. Buradaki kanaat, az inanma üzerine kurulu bir olasılıktır ve bu olasılığı Kanun (ZPO) yeterli saymaktadır. Bütün usul hukuku ön sorunlarında[51] basit kanaate dayalı yaklaşık ispat yeterli olacaktır. Yaklaşık ispat mevcut bütün ispat araçları (m.294 f.2 ZPO) ve kanuni yemin yerini tutan teyit beyanı (ispat vasıtası olmamakla beraber) ile yapılabilir[52]. Örneğin; K`nın ticari rakibi B aleyhine, B`nin reklamlarının durdurulmasına ilişkin davada öncelikle talep ettiği reklamın durdurulması şeklindeki ihtiyati tedbir kararının verilmesi için, B`nin eski vekilinin rekabete aykırı reklam yöntemleri hakkında yemin yerine geçen teyitlerini göstermesi yeterli olacaktır[53].

Hakim, tanık ifadelerinin doğruluğu ile ilgili yukarıda bahsi geçen yargıya varırken acaba subjektif inancı ve anlayışına göre mi, mantık ve

hayatta kullanılan derecedeki kesinlik ile yetinmek zorundadır, bu öyle bir kesinliktir ki, hakim şüpheleri susturmakta, ama onları tam olarak ortadan kaldıramamaktadır." BGH NJW 70, 946.

[49] *Aynı doğrultuda BGH NJW 1998,2969; BGH NJW 73,1284; BGH NJW 53,245; BGH NJW 51,70.*

[50] *Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 17.04.2002, Az: 7Sa 462/01, http://www.rakotz.de/krankmeldung.htm.*

[51] *Hakimin reddi m.44 f.2 ZPO; fakirler için adli yardım talebi m.118 f.1 ZPO; eski hale iade m.236 f.2 ZPO; dava malzemelerinin geç getirilmesi m.296 f.2 ZPO; ihtiyati haciz m.920 f.2 ZPO ve ihtiyati tedbir m.936 ZPO gibi.*

[52] ***Arens**, s.170 kn.258.*

[53] ***Baur/ Grunsky**, s.162 kn.165.*

bilim kurallarına göre mi, yoksa makul ortalama bir kişiden beklenen anlayışa göre mi değerlendirmede bulunacaktır? Alman Usul Kanunu m.286, hakimin delilleri (tanık ifadesini) serbestçe değerlendirirken subjektif inanç ve anlayışından bağımsız olarak akıl yürütmesini ve hayat tecrübesinden yararlanmasını öngörmektedir. Hakim, sadece duygularıyla tanık ifadesini değerlendiremez ve bu değerlendirmeye dayanarak hükmün gerekçesini kuramaz[54]. Hakimin serbestçe değerlendirmede bulunmasının sınırlarını, düşünce ve hayat kuralları ile hakimin yaşam tecrübeleri oluşturmaktadır[55] [56].

Alman Hukukunda bu sınırın ihlal edilmesi, yani hakimin düşünce, tecrübe, mantık ve yaşam kurallarına aykırı delil değerlendirmesinde bulunup karar vermesi hukuku yaralar ve bu, yargılamaya aykırılığa dayanan bir temyiz sebebi oluşturur[57]. Temyizde bu durumla ilgili kontrol edilecek hususlar, ispatı beklenen vakıanın hakimin takdirine girip girmediği, delil değerlendirmesinin tam olarak yapılıp yapılmadığı ya da tanığın yemin edip etmediği gibi yargılama usulüne ilişkin olacaktır[58].

BGH da hakimin delil değerlendirmesinde bulunurken, tecrübe kurallarına ve mantık kurallarına uygunluğun bir arada bulunması gerektiği, bu kurallara aykırı bir değerlendirmenin temyizde bozma sebebi sayılacağına ilişkin içtihatlarda bulunmuştur. Örneğin, A`ya karıştığı bir kavgadan dolayı açılan davada, A`nın o şehirde bulunup sakin bir şekilde yemek yediği ve kavgaya karışmadığı savunmasına karşılık mahkemenin A`nın kavgaya karıştığı şeklindeki polisin sözüne değer ver-

[54] ***Leipold**, Stein Jonas Kommentar zur ZPO, m.286 kn.11; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald**, § 141 I 4; **Arens/ Lüke**, kn.268; **Jauernig**, s.182; **Prütting** m.286 kn.10; **Grunsky**, s.449,450; **Schellhammer**, s.276; **Berg** s.80.*

[55] ***Walter**, s.327; **Schellhammer**, s.276; **Leipold**, Stein Jonas Kommentar zur ZPO, m.286 kn.11.*

[56] *"tecrübe kuralları, hakimin takdir hakkına bir sınır oluşturmayıp, sadece kanun yolları vasıtasıyla hakimin olay tespitinin kontrol edilebilmesi için bir sınır oluşturmaktadır" **Walter**, s.327; "dava hakiminin, sarhoş bir müşterinin yerinin yakınlığı dolayısıyla ne miktar şarabı 3 saat içinde içtiğini bildiğini söyleyen diğer bir içkili müşterinin beyanını kabul etmesi halinde tecrübe kurallarına aykırılığın gerçekleştiğini" **Henke'den Naklen Sivrihisarlı**, s.118; "hakimin takdir hakkı, hiç bir şekilde vicdan ya da hisse dayanamaz" **Jauernig**, s.182.*

[57] ***Prütting**, m.286, kn.22; **Rosenberg/ Schwab/ Gottwald**, § 141 I 4; **Arens/ Lüke**, s.197; **Baur/ Grunsky**, s.218 kn.224.*

[58] ***Prütting**, m.286, kn.23; **Berg**, s.80.*

mesi ve bunu "polis her zaman doğruyu söyler" gerekçesine dayandırması yanlış bir tecrübe takdiridir[59].

Alman Hukuku uygulamasında ispat ölçüsünü azaltan bir diğer kurum ise ilk görünüş ispatıdır (Anscheinbeweis). İspatlanamayacak durumda olan bir vakıa, hayat deneyimlerine göre tamamlanabiliyor ise, hakim vakıanın ilk görünüşünden onun nasıl sonuçlanacağına ilişkin sonuçlar çıkararak ispat faaliyetini sonuçlandıracaktır. Örneğin; görüşün açık olduğu bir havada, düz ve kuru yolda otoyoldan ayrılan bir araç için kazanın mağduru kişilerin göstereceği tanıkların sadece şoförün yoldan ayrıldığını belirtmeleri, kaza vakıasını ve şoförün hatasını ispatlayacaktır[60]. Bu durumda hakimde şüphe ortadan kalkmamakta, ancak hakim vakıanın o şekilde gerçekleştiğine ikna olmaktadır[61].

Türk Hukukunda da ispat ölçüsü ile ilgili farklı fikirler bulunmaktadır. Yabancı literatüründeki ispat ölçüsü ile tartışma ve teorilere Yıldırım'ın Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi[62] ve Atalay'ın Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı[63] eserinde derinlemesine değinilmiştir. Türk hukukunda doktrin, tam ispatın aranarak hakimin, iddianın gerçek ya da gerçeklik sınırına yakın olduğuna ikna edilmesi gerektiği düşüncesindedir[64]. Ama acaba tam ispat ile ne anlaşılmalıdır? Kuru, tam ispatı, iddia edilen vakıanın doğru olarak kabul edilmesi olarak görüp, kanaat getirme ya da yüksek derecede bir ihtimali bunun için yeterli görmemektedir[65]. Bu düşünce, hakimin o vakıayı hakikat olarak kabul etmesini değil, o vakıanın doğruluğuna inanması anlayışı içinde doktrinde taraftar bulmuştur[66]. Üstündağ ise, gerçekliğin mutlak olmayıp, pratik hayatta kullanılabilir olması gerektiği ve bu sebeple de ispatın kanaat getirilmeyle oluşabileceği fikrindedir[67]. İspat

[59] *BGH NJW 1969 / 443; bkz. BGH NJW 1989 / 3161.*

[60] *BGHZ 8,329; **Baur/ Grunsky**, s.163 kn.167; **Grunsky**, s.451.*

[61] ***Baur/ Grunsky**, s.171 kn.178.*

[62] ***Yıldırım**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, s.39 v.d.*

[63] ***Atalay**, s.37 v.d.*

[64] ***Postacıoğlu**, s.647; **Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 15.Bası, Ankara, 2004, s.421; **Alangoya Yavuz**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Topianmasına İlişkin İlkeler, İstanbul, 1979, s.86; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s.323.*

[65] ***Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.421; **Postacıoğlu**, s. 647.*

[66] ***Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s.323; **Atalay Oğuz**, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001, s.41.*

[67] ***Üstündağ**, s.497*

ölçüsü teorilerine değinen Yıldırım ise, teorilerin tek başına bir ispat ölçüsü sistemi kuramadığı ve hakimin objektif verilere dayanarak kendi subjektif alanında karar verebileceğinin söylenebileceğini Leipol'da atıfta bulunarak eserinde belirtmiştir[68].

Yargıtay, hükmün kurulması için bazen hakimin tam ikna olmasını aramaktadır. Nitekim "...Tanığın duruşmada ve duruşma dışı beyanlarında çelişki var ise, o beyanın gerçek olması ya da olmaması aynı oranda olasılık taşıdığından o tek tanığın beyanına dayanılamaz..."[69] ve "...Anlaşılmayan, belirsiz tanık ifadelerine hakim itibar etmez..."[70] içtihatlarında bulunarak bu yaklaşımını göstermiştir. Ancak Yargıtay bazen de tam olmasa da gerçeğe yakınlığı doğru olarak kabul edilen bir inanma ile hakimin kanaatini oluşturabileceği düşüncesinde olmuş ve bu yaklaşım doğrultusunda "...Davalının şahitlere "Mehmet tarafından öpüldüğünü ve birlikte on dakika aynı yatakta yattıklarını... " söylediği mahkemece de kabul edilmektedir. Bu sözler dahi davacının davalıya karşı güven duygusunun sarsılması için yeterlidir. Davalının bu davranışı Medeni Kanunun 151/3. maddesinde yer alan sadakat mükellefiyeti ile bağdaşmaz. Bu olay evlilik birliğini temelden sarsar ve birliği devam ettirmesi davacıdan beklenemez. Böyle olunca boşanmaya karar vermek gerekli iken yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır..."[71] içtihadında bulunmuştur.

Ayrıca Türk Hukukunda da bazı davalarda (ihtiyati tedbir HUMK m.101, ihtiyati haciz İİK m.258), hükmün verilebilmesi için basit bir kanaatin yeterli olacağı kabul edilmektedir[72]. Yargıtay[73] da ilk görünüş ispatını ve hakimin olayların akışını dikkate alarak belli vakıaların gerçekleştiğini kabul edebileceğini kabul etmektedir.

İspat ölçüsüyle bağlantılı olarak ispatın belirlenmesine yönelik kriterlerle ilgili Türk Hukuk doktrinindeki tartışmalar aslında Alman Hukukundaki tartışmalardan pek de bir farklılık göstermemektedir. Konuralp, hakimin delil değerlendirmesinde vicdani kanaatin esas ol-

[68] ***Yıldırım**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, s.68, 69.*

[69] *6.HD, E:1974/147, K:1974/851, Corpus Medya CD, Ocak 2005, v-19.*

[70] *HGK, 23.05.1973, E.792 K.434 IBD 1974/11-12, s.782.*

[71] *HGK, 14.04.1993 E: 1993/18, K: 1993/155, Corpus Medya CD, Ocak 2005, v-19.*

[72] ***Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s.323, **Üstündağ**, s.497; **Yıldırım**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, s.137; **Atalay**, s.45, 141; **Taşpınar Sema**, İspat Sözleşmeleri, Ankara, 2001, s.153.*

[73] *Bkz. dn.74.*

duğu ve HUMK m.240'ın da böyle anlaşılması düşüncesindedir[74]. HUMK m.240 lafzından da hakimin delil değerlendirmesinde hiçbir kayda tabi olmadığı, isterse tek bir tanık ifadesiyle hükmün gerekçesini oluşturabileceği, isterse de birden fazla tanık olmasına rağmen bunların ifadelerinin hiçbirini hükme esas almayacağı anlaşılmaktadır. Hatta hakim, tanığın yeminli dinlenmiş olmasını yeminsiz dinlenmiş olmasından daha üstün de tutamayacaktır[75]. Doktrindeki hakim düşünce ise, hakimin subjektif inanmanın dışında hayatın olağan akışına, düşünme ve tecrübe kurallarına göre bağlı kalarak hüküm vereceği[76] ve kararın gerekçesinde neden tanık ifadesine itibar edildiğini ya da edilmediğini bu kurallara göre değerlendireceği[77] yönündedir. Dolayısıyla hakim, tanık ifadesinin doğruluğuna, bu ifadelerin eşyanın doğasına, mantık kurallarına ve hayat tecrübesine uygun olmasına dikkat etmek zorundadır[78]. Hükmün gerekçesi de bu kurallara uygun şekilde tanık ifadesinin değerlendirildiğini göstermelidir[79].

Yargıtay da doktrinle uyumlu olarak hakimin bazen akla ve mantığa[80] ve bazen de tecrübe kurallarına uygun[81] karar vermesini aramaktadır. Bu sebeple de ilk derece mahkemesi, tanığın ifade ettiği olayların, hayat akışına, düşünce ve tecrübe kurallarına uygun olup olmadığına dikkat edecektir. Hakim, tanığın evi terk eden eşini yerde sürükleyerek

[74] ***Konuralp**, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara, 1999, s.46.*

[75] ***Karafakih**, s.209; **Önen**, s.219; **Tugsavul**, s.610.*

[76] ***Belgesay**, İspat Teorisi, s.112; **Ansay**, s.267; **Karafakih**, s.209; **Alangoya Yavuz/ Yıldırım Kamil/ Deren Yıldırım Nevhis**, Medeni Yargılama Usulü Esasları, 4.Bası, İstanbul, 2004, s.335.*

[77] ***Kuru**, s.2618; **Karafakih**, s.209; **Postacıoğlu**, s.651; **Önen**, s.219; **Tuğsavul**, s.611; **Koral Rabi**, Takdiri İspat Vasıtaları, IHFM, Cilt XII, 1946, s.1167.*

[78] ***Sivrihisarlı Ömer**, Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri Ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul, 1978, s.87,88; **Erdemir İlter**, HUMK Şerhi, 2.Bası, Cilt:2, Ankara, 1998, s.1137.*

[79] ***Kuru**, s.2618; **Ansay**, s.267; **Postacıoğlu**, s.651; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s.376; **Önen**, s.219; **Berkin Necmettin**, s. 1166; **Sivrihisarlı** s.101.*

[80] *"bir boşanma davasında tanığın, kiralık ev aramak için davacını evine gittiğinde bir kadın gördüğü, ikinci defa gittiğinde ise evin asıl hanımı ile karşılaştığı şeklinde ifadesine dayanılamayacağı; çünkü, söz konusu dairede kiralık yaftası bulunmadığını, bir an için tanığın başka bir kiralık yer sormak için gittiği kabul edilse bile, olumsuz cevap aldıktan sonra tekrar gitmesi mantıken açıklanması mümkün olmayan bir beyandır." HGK 20.06.1973, E.1972/2.1440, K.530 İKİD 1973/153 s.2235.*

[81] *"kadının kocasının elbiselerini ütülemede ve benzeri dikkatsizliklerinin vahim bir hadise teşkil etmeyeceği" HGK 14.09.1966, 2/762-238 ABD 1966/5 s.905.*

götürmek isteyen kocanın davranışını evlilik birliğini devam ettirmek arzusunun tezahürü şeklinde vasıflandırmasını hayat akışına uygun bulmayacaktır[82].

Kanaatimce hakimin iknası başlı başına vicdani bir kabullenme olmayıp, mantık, tecrübe, doğa kanunlarına uygun olarak vakıanın gerçekleştiğinin sübjektif kabullenilmesidir[83]. Aksi halde, kararın dayanağını oluşturan sübjektif bir öğe (subjektif anlayış, inanma), tarafları aynı olan başka bir davada kesin delil kapsamında değerlendirilerek hükmün verilmesinde usul hukukunun maddi gerçeğe ulaşma hedefine ters düşecektir. Çünkü, gerekçenin dış dünyaya verdiği anlam,. kararın herkes tarafından makul karşılanmasıyla açıklanabilir. Bu yüzden de hakim, kendi subjektif anlayışını aktif olarak kullanmamakta, sadece yargılama dolayısıyla kendisine ulaştırılan ve düşünce ve tercümesine göre olması kuvvetle muhtemel vakıaları doğru olarak kabul etmek ve kararını bu sınırlar çerçevesinde oluşturmak zorundadır. Hakimin subjektif anlayışı sadece düşünme ve tercüme kurallarına göre olması muhtemel vakıanın karara geçirilerek doğru olarak kabul edilmesinde rol oynar. Bu rolden soyutlanmış ve hakimin subjektif anlayışının aktif olarak şekillendiği bir karar, medeni usul hukukunun gerçeği bulma amacına ters düşecektir. Çünkü, bu durumda gerçek, sadece hakimin gerçeği olacak ve kararın gerekçesinde usul hukukunun görmek istediği gerçeği ifade etmeyecektir. Bu da kanaatimce hem maddi kesin hüküm hem de temyiz kanun yolunun (çünkü artık temyiz hakimleri de kendi subjektif inanç ve anlayışlarına göre delili değerlendirecektir) varlık amacına uygun bir sonuç olmayacaktır. Ayrıca, hakimin sadece subjektif anlayışına, inanmasına göre kanaatini oluşturduğunu kabul edersek, o zaman hakim takdir hakkını Prütting'in[84] ifade ettiği gibi toplu mahkemelerde nasıl kullanacaktır sorunu ile de karşılaşırız. Bundan dolayı hakimin yaptığı değerlendirme, tanığın anlatımına yansıyan olayın, tecrübe, bilgi ve mantık uyumu içinde olması halinde sağlıklı olacaktır.

[82] *HGK 19.10.1966, E.2/806, K.271, ABD 1966/6 s.1052.*

[83] ***Yıldırım**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, s.69.*

[84] *"Toplu mahkemelerde takdir hakimlerin hayat tecrübeleri ve akıl kurallarına göre yapılır ve delilin kullanılması için oy çokluğu aranır." **Prütting**, m.286 kn.18,19.*

6. GEREKÇELENDİRME

Gerekçeli karar verme zorunluluğu, adil yargılama hakkının olduğu kadar delillerin değerlendirilmesinin de zaruri bir parçası ve hatta bir sonucudur. Hakim kendisinin ikna olmasını sağlayan gerekçeleri Alman Medeni Usul Kanunu m.286 f.2'ye göre kararında belirtmek zorundadır[85]. Bu zorunluluk, kararın hem hakim hem de yüksek mahkeme tarafından kontrolüne olanak verir[86]. Mahkeme kararında neden bazı delillere (tanık ifadelerine) inandığını, neden bazı delillere (tanık ifadelerine) inanmadığını gerekçelendirme kısmında açık bir şekilde belirtmek zorundadır[87],[88]. Özellikle bir tanığın ifadesine neden itibar edildiği somut olarak ortaya konulmalıdır[89]. Bu zorunluluk aynı zamanda bir hakimlik görevidir[90]. Alman Anayasa Mahkemesi de verdiği bir içtihatta hükmün gerekçelendirilmesinin aklî gerekçeler olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir[91]. Doktrin bu çıkarsamanın aynı zamanda bilimsel doğruluk gereği olduğu ve hayat, mantık kurallarına aykırı delillere itibar edilmemesi gerektiği görüşündedir[92] [93]. Hakim tanık ifadesinin sırasıyla açık, doğru ve gerçek olması doğrultusunda hükmü gerekçelendirecektir[94]. Bunun ihlali önemli bir hatadır ve Usul Kanunu m.286'ya aykırılık oluşturur[95].

[85] **Berg**, *s.80.*

[86] **Berg**,*s.80*; **Prütting**, *m.286 kn.21.*

[87] **Berg**, *s.80*; **Grunsky**, *s.449*

[88] *"mahkeme yargılama sonucunda tanık ifadelerine dayalı olarak ikna olmuştur ki..." türünde hükmü gerekçelendirmek yetersiz ve temyiz mahkemesinde kararın iptalini sebebidir, BGH NJW 1995,966.*

[89] **Prütting**, *m.286 kn.21*; **Baur/ Grunsky**, *s.196 kn.203*; **Arens** *s.340 kn.338,339.*

[90] **Prütting**, *m.286 kn.21.*

[91] *BVerfGE 34,286.*

[92] **Schneider**, *kn.587*; **Arens**, *kn.268*; **Leipold**, *Stein Jonas Kommentar zur ZPO, m.287 kn.60.*

[93] *Tanığın birbiriyle çelişik ifade vermesi durumunda o tanığın ifadelerine değer verilmemesi, iki tanığın ifadesinin birbiriyle çelişmesi durumunda ifadesi hayatın olağan akışına ters olan tanığın ifadesine değer verilmemesi gerekmektedir,* **Schreiber**, *s.19.*

[94] **Schneider**, *kn.666*

[95] **Leipold**, *Stein Jonas Kommentar zur ZPO, m.286 kn.14.*

Alman Temyiz Mahkemesi de bu görüş doğrultusunda kararlar vermektedir. Nitekim bir kararında[96] gerekçede açıklanmamış, belirsiz noktaların bulunmasını mantık kuralına aykırı ve dolayısıyla temyiz nedeni olarak görmüştür.

Türk hukukunda da (Anayasa m.141/III ve HUMK m.388/I b.3) hakim, verdiği kararda delilleri (tanık ifadelerini) tartışmalı, bunların ret ya da kabul etme sebeplerini kararın gerekçesinde ortaya koymalıdır[97]. Böylelikle hakimin delilleri ve bu anlamda tanık ifadelerini keyfi kullanmasına, hissi karar vermesine engel olunur. Bu durum ilk derece mahkemesinin kararının yüksek mahkeme tarafından kontrol edilmesine de olanak verecektir. Bu sebeple de gerekçe mantık ve tecrübe kurallarına uygun olacak[98], boş sözlere, kuşkulu noktaları aydınlatmayan veya çelişkili olan tanık ifadelerine dayanmayacaktır[99].

Yargıtay da gerekçelendirmenin adil yargılama hakkının ve hükmün önemli bir unsuru olduğu, hakimin delilleri değerlendirirken gerekçelendirmesi gerektiği yönünde içtihatlarda bulunmaktadır. Yargıtay yeni tarihli[100] "Dinlenen tanıklar Süleyman'ın ve Gülay'ın beyanlarından davalının kocası için "şerefsiz köpek, kanı bozuk" gibi sözlerle hakaret ettiği, bu olaydan sonra da ayrıldıkları, bir araya gelmedikleri anlaşılmıştır. Davalının hakaretlerine tanıklık eden tanıkların sözlerinin samimi kabul edilmemesinin gerekçesi açıklanmadan yazılı gerekçe ile davanın

[96] *"Dava hakimi esas olarak bir bütünlük ve teklik içinde kendi kanaatini oluştururken emarelere dayanabilir. O, bu kanaatin oluşumunda önemli noktaları benimseyip açıklamak zorundadır. Eğer hakim, vakıalarla ilgili belirsiz olan noktaları ayırt edememişse temyiz hukuku açısından bir mantık kuralının ihlali ortaya çıkar", BGH 22.01.1991 JZ 199/1-12.*

[97] **Petek Hasan**, *Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları, İBD Temmuz, 2000, sayı:3 s.37.*

[98] *1.HD 28.03.1989, E.109 K.3661 Yasa HD Temmuz 1989, s.967,969;* **Ergün**, *s.219;* **Erdemir**, *s.1137.*

[99] **Üstündağ**, *s.601*; **Ansay**, *s.275*, **Ergün**, *s.219*; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, *s.377.*

[100] *HGK, 20.06.2001, E.2001/2-539, K.2001/538, Corpus Medya CD, Ocak 2005, v-19.; Ayrıca " Oysa dinlenen davacının tanıklarının sözlerinin bir kısmı MK m.134/I maddesinde yer alan temelinden sarsılma durumunu kabule elverişli olmayan beyanlar olup, bir kısmı ise, sebep ve saiki açıklanmayan ve inandırıcı olmaktan uzak izahlardan ibarettir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken delillerin taktirinde hataya düşülerek, yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." 2.HD E.1993/7193 K.1993/8143 ABD 1994/4 s.619; "Hakimin takdirinde serbest oluşu Yargıtayın bu konudaki denetimini engellemez. Objektif esaslarla bağdaşmaz, maddi vakıalarla çelişir biçimde, takdirde fahiş hataya düşülmesi halinde, Yargıtayın müdahale etmesi doğaldır" HGK, 15.10.1986, Yasa HD Şubat, s.289;*

reddi doğru bulunmamıştır" içtihadında hakimin takdir hakkını objektif esaslara dayandırması görüşünü tekrarlamıştır.

7. İSTİNAF VE TEMYİZ DENETİMİ

Alman Hukukunda tanık ifadesinin değerlendirilmesi bir temyiz sebebi değildir. Ancak, istinaf mahkemelerinde tanık ifadesi ile ilgili yeniden bir inceleme yapılması mümkündür[101]. Temyiz mahkemesi (BGH), sadece hukuksal denetim yapmaktadır. Bunu düzenleyen ZPO m.551/7 hükmü, hakimin hukuki değerlendirmelerinin ve vakıa tespitlerinin hüküm için önemli olup kullanılmaması sebebiyle mahkeme hükmünün anlaşılmamasını, hükümde boşlukların bulunmasını ve hükmün gerekçesinde tanık ifadelerinin değerlendirilmemesini temyiz sebebi olarak görmektedir[102]. Davacının davalı bankaya karşı açtığı davada taşınmazına gelen haczin konusunu teşkil eden H lehine verdiği rehinde kendisine banka tarafından yanlış bilgiler verildiği iddiasını ilk derece mahkemesinin reddetmesi ve davacının başvurduğu istinaf mahkemesinin ise davalı lehine tanıklıkta bulunan H'nin ifadelerini kapsamlı değerlendirmemesi, temyiz mahkemesi tarafından istinafta bozulan kararın istinaf mahkemesi tarafından tanık ile davacının tanışmalarına ilişkin taraf görüşleri arasındaki farkın giderilmesi amacıyla temyizde tekrardan bozulmasını gerektirmiştir[103]. Hükmün gerekçesinin yetersiz, yanlış ve anlaşılmaz[104] olması ise m.551/7`ye göre temyiz kapsamında değerlendirilmeyecektir[105].

Alman Temyiz Mahkemesi de tanık ifadesinin değerlendirilmesini, hukuk denetimi kapsamında görmeyip, bu hususla ilgili temyiz denetiminin söz konusu olamayacağı düşüncesindedir[106]. Temyiz Mahkemesi ilke olarak sadece bir hukuk maddesinin yanlış yorumlanması, yanlış kullanılması hallerinde denetim yapmaktadır[107].

İstinaf yoluna başvurulması halinde ise Alman Hukuk doktrini istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin tanık delilini değerlendirmesiyle bağlı kalmayacağı, yeniden tanık delilini değerlendirebileceği görüşündedir[108]. İstinaf mahkemesi isterse ilk derece mahkemesinin tanık delilini değerlendirmesiyle bağlı kalır, isterse de ilk derece mahkemesinin tanık delilini değerlendirmesinden ayrılır[109]. Ancak, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin tanık ifadesini değerlendirmesinden ayrılmasının anlamı, ilk derece mahkemesindeki tanık ifadesinin tekrar yorumlanması olarak değil, istinaf mahkemesinin tekrardan tanığı dinlemesi olarak anlaşılmalıdır[110].

Alman Yüksek Mahkemesi[111] "İstinaf mahkemesi, asliye mahkemesinin (Landgericht) delil değerlendirmesiyle kendini bağlamıştır. Mahkeme bir tanığa kişisel inanmayı yeterli görmemiş, karar verebilmek için aranan -yüksek derecede ikna olmanın- diğer tanık ifadelerinden çıkarılamadığını fark etmiştir. Bu doğrudur...." kararında ilk derece mahkemesinin doğru bulduğu değerlendirmelere katılmaktadır.

Türk Hukukunda da hakim tanık delilini serbestçe değerlendirebilecektir. Ancak Yargıtay yürürlükte olan iki dereceli kanun yolu dolayısıyla hakimin bu değerlendirmesini HUMK m.428 f.1 b.5'ne göre maddi meselenin takdirinde hata edilmesi kapsamında kendi denetim sahası içinde görmektedir. Bu aslında hakimin takdir hakkına tam olarak sahip olmadığı, Yargıtay'ın kendisine gelen temyiz dosyalarında ilk derece mahkemesi tarafından değerlendirilmiş maddi meseleleri tekrardan değerlendirebileceği, sadece hukuk denetimi ile sınırlı kalarak temyiz incelemesi yapmayacağı ve delilin (tanık ifadesinin) yanlış değerlendiril-

[101] ***Arens**, s.400; " istinaf ile taraflar ilk derece mahkemesi tarafından hukuken hatalı elde edilen bir tespitin yeniden ele alınmasını isteyebilmektedirler." **Becker-Eberhard Ekkehard**, Die Berufung nach deutschem Recht, Bildiri, İstinaf Mahkemeleri, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 7-8- Mart 2003, s. 325.*

[102] *BGH NJW 65,498; BGH NJW 52,23; Ayrıca, "tanığın yemin etmemiş olması" BGH NJW 65,1530; "mahkemenin tanık sunumuna izin vermemiş olması" BGH NJW 57,714.*

[103] *BGH, Urteil vom 14. Oktober 2003 - VI ZR 425/02 - OLG München, LG München I, http://www.rws-verlag.de/bgh-free/volltext6/vo97652.htm.*

[104] *Özellikle tanık ifadesinin değerlendirilmesiyle ilgili sonuçlarının anlaşılmaz olması.*

[105] *BGHZ 39,338; **Schneider Egon**, Zöller Kommentar zur Zivilprozessordnung, 14.Bası, 1984, Köln, m.551 kn.8; farklı yönde"hakimin takdirini mantık kurallarına, tecrübe kurallarına ve kanun hükümlerine aykırı olarak yapması hukuki mesele olup, ihlali halinde temyiz söz konusu olacaktır." **Jauernig**, s.181.*

[106] *BGH NJW 1996,1430; BGH NJW 63,2273; BAG NZA 1993, 1150.*

[107] *BGH NJW 90/ 455.*

[108] ***Rosenberg/ Schwab/ Gottwald**, § 137 IV 1 b; **Baur/ Grunsky**, kn.219.*

[109] *Dava taraflarının ilk derece mahkemesinde toplanan ve değerlendirilen delillerin geçerli olduklarını kabul etmeleri halinde artık istinaf mahkemesi tanığı dinleyemeyecek ve ilk derece mahkemesinin tanık ifadesinin değerlendirmesiyle bağlı kalacaktır, **Baur/ Grunsky**, kn.219.*

[110] ***Baur/ Grunsky**, kn.219.*

[111] *BGH, Urteil 21.12.1992=BGH NJW 1993,s.510; Ayrıca, BGH Urteil 03.05.1995 VIII ZR 113/94=WM 1995,1563,1564.*

mesi sebebiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozacağı anlamına gelmektedir[112] [113]. Yargıtay'ın özellikle boşanma davalarındaki delil değerlendirmelerine müdahalede bulunulduğuna çok sık rastlanmaktadır[114].

Doktrin, Yargıtay'ın bu yaklaşımı konusunda hemfikir değildir. Üstündağ, Yargıtay'ın hakimin takdir hakkına müdahale edebileceğini, takdir hakkının tam bir serbestlik ifade etmediğini savunmaktadır[115]. Sivrihisarlı ise Yargıtay'ın maddi meselenin takdirinde hataya düşülmesinin yanında, mantık ve tecrübe kurallarına aykırılık sebebiyle de denetim de bulunabileceği fikrindedir[116]. Doktrinde savunulan ikinci görüş ise, Yargıtay'ın hukuk denetiminin dışına çıkarak, hakimin delilleri değerlendirmesine müdahalede bulunmaması gerektiği fikrindedir. Nitekim Konuralp, delil değerlendirmesini hakimin vicdani kanaatinin oluştuğu bir aşama olarak görmekte ve bu yüzden de buna ilişkin temyiz denetiminin hukuki bir temelinin olmadığı görüşündedir[117]. Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes ise, Yargıtay'ın ilk derece mahkemesindeki delilleri denetlemesinin ancak çok ağır hataların bulunduğu durumlarda uygulanması gerektiği düşüncesindedir[118].

07.10.2004 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 5235 sayılı Kanun ile bölge adliye mahkemelerinin kurulmasının (5235 sayılı Kanun, geçici m.2), aynı tarihli 5236 sayılı Kanun ile de istinaf kanun yoluna

[112] *"..usulün 428 inci maddesi beşinci bendi uyarınca maddi meselenin takdirinde hata edilmesi bozma sebebidir. Yargıtay delillerin doğru ve isabetli takdir edilmiş olup olmadığını inceleyecektir" HGK 13.02.1987, E.1986/4-91-93 Naklen* **Erdemir**, *s.1138.*

[113] ***Konuralp**, s.47; **Koral**, s.1171,1172; **Sivrihisarlı**, s.119; **Yıldırım M. Kamil**, Kanun Yolu Olarak İstinaf, Bildiri, İstinaf Mahkemeleri, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 7-8 Mart 2003, s.302.*

[114] *" tanığın ev kiralamak için dava cinin evine gittiğinde bir kadın gördüğünü, ikinci kez gittiğinde ise asil evin hanımını gördüğü seklindeki ifadesine dayanılmayacağı" HGK 20.06.1973 E.1972/21440 K.530 İKİD 1973/153 s.2235; "Davacı tanıkların müşahhas bir olaya dayanmayan ve davacıdan işitmeye müstenit bulunan sözlerinin, savunma tanıklarının, davacının daha kusurlu olduğunu belirten beyanlarına tercih edilmesinde isabet bulunmamış, takdirde hataya düşülmüştür." HGK 09.12.1972, E.365, K.77 Naklen* **Kiper** *s.88. Başka Yargıtay içtihadı için 2.HD 21.02.1944 Hukuk Dergisi, Mayıs 1945 s.33.*

[115] ***Üstündağ**, s.601.*

[116] ***Sivrihisarlı**, s.123.*

[117] ***Konuralp**, s.47.*

[118] ***Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s.421.*

başvurmanın yolu açılmıştır. İstinafın kurulması acaba HUMK m.428 f.I b.5'e dayanılarak Yargıtay'ın maddi meselelerin takdirini denetlemesine engel olabilecek midir? 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 15.maddesiyle HUMK'a eklenmesi öngörülen 426/B f.II b.6 hükmüne göre, istinafa başvuran taraf, istinaf sebeplerini gerekçeleri ile birlikte açıkça göstermek ve bölge adliye mahkemesi de 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 15.maddesiyle HUMK'a eklenmesi öngörülen 426/O maddesine göre de istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak inceleme yapacaktır. Bu, bölge adliye mahkemesinin yapacağı denetimin hem hukuki hem de maddi bir inceleme olarak anlaşılmasını gerektirir[119] [120]. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5236 sayılı Kanunun 16.maddesiyle yeniden düzenlenen HUMK m.437'de temyizde bozma sebepleri arasında yürürlükteki HUMK m.428 f.I b.5'teki maddi meselenin takdirinde hata sayılmamıştır. Yargıtay yeni düzenleme ile sadece maddi açıdan hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanması, dava şartlarına aykırılık bulunması, taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi ve karara etki eden yargılama hatası veya eksikliklerin bulunması sebepleriyle temyiz incelemesi yapabilecektir. Bu düzenleme ile ilk derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemesi hakiminin delilleri değerlendirmesine artık Yargıtay müdahalede bulunamayacaktır.

Yargıtay içtihatları da hakimin delilleri serbestçe değerlendiriyor olmasını, kendisinin bu konuda denetim yapamayacağı şeklinde anlaşılmayacağı ve delilleri değerlendirmenin hukuka uygunluk denetimi kapsamında olduğu yönündedir. Yeni bir temyiz incelemesinde "Hakimin delilleri takdirde serbest oluşu Yargıtay'ın bu konudaki denetimini önlemez. Çünkü temyiz yolunun amacı, ilk derece mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun denetlenmesi ve uygulama birliğinin sağlanmasıdır." içtihadında bulunarak bu yöndeki istikrarlı uygulamasına devam

[119] ***Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s.456.*

[120] *Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun Tasarısı İle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarılarına bakıldığında da istinaf mahkemelerinde hem hukuk denetimi ve hem de olay denetiminin yapılabileceği görülmektedir;* **Yıldırım**, *Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun Tasarısı Bildirisi, s.308.*

etmiştir[121]. Tabii ki Yargıtay'ın bu yaklaşımı şu an yürürlükte olan istinafsız kanun yolundaki kontrol mahkemesi sıfatı dolayısıyladır.

Kanaatimce önce temyizde sonradan incelenebilecek olan hukuk sorunu ile sonradan incelenemeyecek olan vakıa sorunu arasında ayırım yapılmalıdır. Hukuk sorunu, bir hukuk maddesinin yanlış yorumu ya da yanlış kullanılması olup Yargıtay denetimine bağlıdır. Vakıa sorunu ise, bir vakıanın tespiti, bir taraf iradesinin yorumu ve tanık ifadesinin takdiri meselesi olup temyiz denetiminin dışındadır. Bundan dolayı da hukuk sorunu-vakıa sorunu ayırımı yapılarak tanık ifadesinin değerlendirilmesi bir vakıa sorunu olarak kabul edilip temyiz denetimi dışında bırakılmalıdır. İstinaf kanun yolunun yürürlüğe girmesi ile de bu sonuç gerçekleşecektir.

III. DELİL İTİRAZI

Alman Hukukunda tanığın menfaat ya da başkaca sebeplerden doğru söylemeyeceğinin peşinen kabul edilip dinlenilmemesini düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Ancak taraflar tanığın doğruyu söylemediğini delile itiraz (Beweiseinrede) olarak ileri sürebilir (m.282 Alman Usul Kanunu) ve mahkeme de delili (tanığı) değerlendirirken bu iddiaları ispat edildiği oranda dikkate almak zorundadır[122]. Bu itirazların bir kısmı olaylara, bir kısmı ise delilin sübjektifliğine ilişkindir. Davalının davacının tanığa kendi aleyhine ifade vermesi için rüşvet verdiğini iddia etmesi olaya yönelik[123], tanığın davacının oğlu olması sebebiyle inanılmamasını ileri sürmesi ise delilin sübjektifliğine yönelik delil itirazlarıdır[124].

[121] *HGK 26.09.2001, E: 5-594, K: 625, Corpus Medya CD, Ocak 2005, v-19.*

[122] ***Berg**, s.80.*

[123] *Tanığa menfaat sağlanıldığı iddiası, tanığın zaman, görüş açısı, uzaklık, hava şartları gibi objektif ya da vakıanın etkisiyle korku, şok halin etkisiyle ya da kendinden kaynaklanan uyku hali, konsantre güçlüğü, yorgunluk, yaşlılık dolayısıyla objektif açıdan algılama yapmasının zor olduğu yada yapılan algılamanın bu sebeplerden dolayı gerçeği yansıtamayacağı iddiası. Bu kapsama tanığın bir başkasından duyduğunu aktarması da dahildir, **Scheelhammer**, s.319 kn.638.*

[124] *Tanığın tarafın akraba, arkadaşı, iş arkadaşı, komşusu, düşmanı, finansal bağımlı çalışanı gibi bilinçli olarak veya tanığın vakıayı abartma, vakıaya hayal öğeleri ekleme gibi yarı bilinçsiz olarak doğruyu söylemeye hazır olmadığı iddiası, **Scheelhammer**, s.319 kn.638; **Jauernig**, s.196.*

Delil itirazı, delil toplanması ya da sözlü yargılama aşamasında yapılacaktır[125]. Bütün bu itiraz hallerinde hakim her halükarda tanığın tanıklığını kabul edecek ve fakat tanığın ifadesini delil itirazı ve bunun ispatı kapsamında değerlendirecektir[126].

Alman Yüksek Mahkemesi evvelce kaza yapan şoförün yanında oturanların tanık olarak ifadelerine başvurulmayacağı içtihadında bulunarak, tarafla tanığın olay ya da başkaca sebep dolayısıyla ilgisini tanıklığa engel saymıştır[127]. Yeni yaklaşımında ise bu düşünceden ayrılarak tanığın tarafla sıkı bir ilişkisinin bulunduğu hususlar hariç olmak üzere dinleneceği ve vereceği ifadenin de bu kapsamda değerlendirileceğini kabul etmektedir[128]. Örneğin, faksla devamlı reklam gönderilmesi üzerine davacının açtığı eylemin durdurulmasına ilişkin davada, tanık olarak dinlenen davalı şirketin telefon memuru, davalı şirket ile olan ekonomik ilişkisi gündeme getirildiği zaman aşırı şekilde terlemiş ve konu dışı tepkilerde bulunmuştur. Bu tabii ki mahkemenin tanık ifadesine olan güvenilirliğini sarsmıştır[129].

Diğer tanıklardan ayrı olarak üçüncü kişiden duyduğunu aktaran tanığın tanıklığına Alman Hukukunda pek itibar edilmemektedir[130]. Çünkü, mahkeme bu durumda tanığın aktarılan hususu doğru algılayıp algılamadığının dışında ayrıca, üçüncü kişinin olayı doğru algılayıp algılamadığını ve algıladığı hususu tanığa doğru aktarıp aktaramadığını araştıracaktır[131]. Bundan dolayı da duyduğunu aktaran tanığa Alman Hukukunda pek itibar edilmez. Hatta Alman Federal İş Mahkemesi duyduğunu aktaran tanığın verdiği ifadeyi medeni usul ve iş yargılaması hukukunda geçerli ispat aracı olarak kabul etmemiştir[132].

[125] ***Berg**, s.80.*

[126] ***Jauernig**, s.196; **Grunsky**, s.449.*

[127] *BGH NJW 1988,566; **Prütting** m.286 kn.15.*

[128] ***Foerste**, Musielak Kommentar zur Zivilprozessordnung, m.286 kn.17.*

[129] *AG Hamburg-Barmbek Urteil 22.04.2003, 816 C 6/03 http://www.jurpc.de/rechtspr/20030250.htm.*

[130] ***Huber Michael**, Musielak Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3.Bası, München, 2002, m.373 kn.17; **Schneider**, kn.642; **Schumann Ekkehard**, Stein Jonas Kommentar, 20 Bası, Tübingen, 1988, vor § 373 kn.17; **Stephan**, § 373 kn.1; **Damrau Jürgen**, Münchener Kommentar, 2.Bası, Cilt II, München, 2001, m.373 kn.3.*

[131] ***Huber**, Musielak Kommentar zur Zivilprozessordnung, m.373 kn.17.*

[132] *DB 1968, 1816, Naklen, **Schneider**, kn.642.*

Türk Hukukunda delil itirazı HUMK m.254'de düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre tanığın davada menfaatinin bulunduğu taraflarca iddia ve ispat edilebilecektir. Doktrinde bu düzenleme, tanıklığın doğruluğu hakkında şüpheyi gerektirecek bir sebebin varlığı halinde hakimin kararında tanık ifadelerine itimat etmeyeceği şeklinde anlaşılmaktadır[133].

Doktrin bu konuda sadece maddede geçen söz konusu menfaatin bağlı olduğu sebebin doğrudan şahıstan (işçi işveren ilişkisi, aynı köyden olma, taraflarla akrabalık, arkadaş olma) ya da doğrudan yarardan (ekonomik menfaat) kaynaklanması konusunda hemfikir değildir. Bu sebebin şahıstan kaynaklandığı görüşünde olanlar kaynak Neuchatel Kanunu m. 224 düzenlemesine ve HUMK m.254'ün tanığın dinlenilmesi hükümlerinden önce düzenlenmiş olmasına dayanmaktadır. Bu görüş yanlıları maddede geçen şüphe sebebinin "tanığın itimada layık olduğundan" şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu sebeple de taraflar henüz tanık dinlenilmeden tanığın itimada layık olmadığını delil itirazı olarak ileri sürebilecekleridir. Tanıklıktan sonra tanığın güvenilemez biri olduğu iddiası hakimin değerlendirmesinde yanlışlıklara sebep olacaktır[134],[135].

Doktrindeki diğer görüş ise, HUMK m.254 hükmünü, tanığın dinlenilmesinden sonra verilen ifadenin doğru olmadığına ilişkin karşı tarafın itirazda bulunması[136], itiraz ettiği hususu ispat etmesi ve bunun, yani itirazda bulunan tarafça ileri sürülen gerekçenin, tanık ifadesinin doğruluğu konusunda hakimde şüphe uyandırması şeklinde anlamaktadır[137]. Bu gerekçelerden birinin menfaat olduğu zaten Kanunda açıkça belirtil-

[133] **Belgesay**, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt II, İstanbul, 1940, s.100.*

[134] **Karafakih**, *s.210.*

[135] *"Karı koca, aşık maşuk,yakın hısım, sıkı dost gibi menfaatleri bir tarafın davayı kazanmasında olan kişileri tanıklığı kabul edilmemelidir",* **Belgesay**, *Teoriler s.113; Bu görüş doğrultusunda tanığın maddi ya da manevi psikolojik sebepler içinde yalan söyleyeceğinin, tanığın tanıklık ettiği işin içyüzünü anlayacak ehliyet ve kabiliyette olmadığının ya da tanığın tanıklığına itimadı ortadan kaldıran bir vicdan bozukluğu içinde olduğunun ispatlanması halinde tanığın şahsında şüpheyi doğuran sebebin var olduğu sonucuna varmaktadır,* **Belgesay**, *İspat Teorisi, s.112; "Tanık ile taraflar arasındaki işçi-işveren ya da rücu ilişkileri tanığın davada tarafsız olmasına ve doğru bilgi vermesine engel olacaktır",* **Önen**, *s.219.*

[136] *(taan : tanığın doğruyu söylemediğini delillerle ispat etme),* **Yılmaz Ejder**, *Hukuk Sözlüğü, 1986, s.676.*

[137] **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, *s. 507;* **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım** *s.379;* **Belgesay**, *Teoriler s.115;* **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, *s.376.*

miştir. Tanık beyanının doğruluğuna şüphe uyandıran gerekçe, taraflarca iddia ve ispat edilmese dahi, hakim tanığın menfaatinin bulunması, doğruyu söylemediğine ilişkin şüphe taşımasını gerektiren bir sebebin olması, tanık beyanının çelişkili olması hallerinde kendiliğinden tanık ifadesine itibar etmeyecek ve bunu da hükmün gerekçesinde belirtecektir[138]. Şüpheyi doğuran başlıca sebep kanunda menfaat olarak belirtilmiştir. Bu hem maddi hem de manevi menfaattir[139].

Bunun dışında tanık ile taraflardan biri arasında husumet olması[140], politik, dini, milli düşünce farklılığı bulunması[141], borç ilişkisi[142] gibi hususlar ile tanığın vakıayı algılamasına engel heyecan hali, öfke[143] ya da üzüntü[144] HUMK m.254 hükmü kapsamında gerekçe olarak değerlendirilebilir. Bunun anlamı sebebi şahsında barındıran tanığın dinlenilmemesi değil, verdiği tanık ifadesinin dikkatli değerlendirilmesidir[145].

Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımı ise farklılıklar göstermektedir. Bazı davalarda Yargıtay bazen davanın kazanılmasında ya da kaybedilmesinde bazı kimselerin menfaatlerinin olduğunu peşinen kabul ederek tanık olarak dinlenilmeyeceklerini içtihat etmektedir. Örneğin; köy orta mallarını ilgilendiren davalarda o köy ahalisinden olanların tanıklıklarını[146], aynı işverene karşı açılan davalarda işçilerin birbirlerinin

[138] **Önen**, *s.219;* **Postacıoğlu**, *s.651.*

[139] *"Davacı hazine tarafından bir kısım davalı tanıklarından D ve I aleyhlerine aynı mahiyette tapu kayıt iptali davalarının derdest bulunduğu ileri sürülmüş olduğu halde, tanıklığın karşılıklı menfaatlere müstenit olup olmadığı hususunda inceleme yapılmamış ve tanık ifadelerinin buna göre değerlendirilmesi gerekirken bu yön göz önünde tutulmamıştır" HGK 04.01.1969, 1/31-4 ABD 1969/2 s.319.*

[140] *9.HD 23.12.1997, 18427/22256 İşveren 1998 Sayı: 37/1 s.16-17.*

[141] **Belgesay**, *Teoriler, s.115.*

[142] **Belgesay**, *Şerh s.100,* **Önen**, *s.219.*

[143] **Belgesay**, *Teoriler, s.115.*

[144] **Belgesay**, *Deliller s.122.*

[145] *HGK 20.11.1996 684/814 Naklen* **Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım** *s.379;* **Ergül**, *s.1031;* **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, *s.377; "karşı taraf, tanık ile diğer taraf arasında alacaklı-borçlu bulunduğu, aralarında samimi dostluk bulunduğu, dava görülürken diğerinin özel misafiri olarak ağırlandığı gibi hususları iddia ederek tanık ifadesindeki vakıaların aksini ispat edebilecektir."* **Belgesay**, *Şerh s.100, 101.*

[146] *"Açılmış olan tapu iptali ve tescil davasında öncelikle taşınmazın E... Köyüne mi, yoksa davada yer alan S...Köyüne mi ait olduğunun tespit edilmesi gerekir; daha sonra da taşınmaz hangi köy merası ise davanın bu köye yöneltilmesi gerekir; bu durumda uyuşmazlık meraya ilişkin bulunduğuna göre, tanıkların E...ve S... köyü dışında komşu köyler halkı arasından seçilip dinlenmesi taşınmazın öncesinin ne ve kime ait olduğunun belirlenmesi gerekir." 8.HD 28.03.2002, 2266/ 2572, Corpus*

davalarındaki tanıklıkları[147] hükme esas yapılamayacaktır. Akrabanın yakınının davasındaki tanıklıklarını[148] da kabul etmeyen Yargıtay yeni içtihatlarında bu görüşünden ayrılarak, yakın akrabaların tanık olarak dinlenecekleri ve ifadelerinin hükme esas olabileceği görüşündedir[149].

HUMK m.254 hükmünden ikinci olarak anlaşılması gereken, aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça tanıkların doğruyu söylemiş olduklarının kabulüdür[150]. Bu tabii ki tanığın her söylediğinin doğru olarak kabul edilmesi, hakimin tanık ifadesini keyfine göre değerlendirmesi, tarafla akrabalık, iş arkadaşlığı gibi bağlantısı olan tanığın peşinen doğruyu söylemeyeceği olarak anlaşılmayıp, hakimin neden tanık ifadesine değer verdiğini ya da vermediğini hükmün gerekçesinde tartışması olarak anlaşılması gerekir[151]. Hakim, mantık, hayat kurallarına ve tecrübesine aykırı tanıklıklara itibar etmeyecektir[152]. Nitekim Yargıtay "adı geçen tanığın oturum sırasında dinleyiciler arasında bulunduğu, tarafların iddialarını dinlediği ve böylece tarafsız kalamayacağı gerekçesi ile dinlenilmesinden vazgeçilmesine karar verilmiştir. Tanık delili, maddi bir olay hakkında başvurulan takdiri kanıt niteliğindedir. HUMK da genel olarak tanıkların yeminle dinleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu yasal düzenleme itibarıyla tanığın ifadesi takdiri delil niteliğindedir. Bu yönler gözetilerek tanığın dinlenmesi ve bundan sonra anlatımının taraf-

Medya CD, Ocak 2005, v-19. Ayrıca bu yönde, HGK 19.03.1997, 8/855-218 IKID 1997/444 s.13010,13011.8. HD 15.10.1985, 9277/9508 YKD 198605 s.671.

[147] *"Aynı işverene karşı, ayrı ayrı dava açan işçiler, birbirlerinin davalarında tanıklık yaparlarsa, mahkeme bu tanıkların ifadelerine dayanarak hüküm veremez." HGK 01.04.1970, 9-806/163 ABD 1970/3 s.465.*

[148] *"Bunların birisi davalının karısı,diğeri kızı olmaları itibarıyla bu şahısların tanıklıklarının hükme mesnet ittihaz edilmeleri isabetli görülmemiştir." HGK 5.5.1972 358/288 ABD 1976/6 s.1000.*

[149] *"Aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır. Akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılamaz", 2.HD 22.06.2004, 7514/8272, Corpus Medya CD, Ocak 2005, v-19.*

[150] ***Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s.377.*

[151] *HGK 20.01.1961, E,2/68 K.28 ABD 1961/4 s.33.*

[152] *HGK 23.05.1973 792/434 İBD 1974/11-12 s.782; HGK 11.05.1979, E.2-61 K.453 İKİD 1980/229 s.7418-19.*

sız olup olmadığının takdir edilmesi gerekirken..."[153] kararında bu düşünceyi benimsemektedir[154].

HUMK m.254 kapsamında değerlendirilecek son nokta ise, duyduğunu nakleden bir tanığın tanıklığına itibar edilip edilmeyeceği meselesidir. Tanık bu durumda taraf dışında bir başka kimsenin[155] dava konusu çekişmeli vakıa ile ilgili bilgisini mahkemeye aktarmaktadır. Doktrinde duyduğunu aktaran kişinin tanık olabileceği, ancak tanıklıklarının daha zayıf olacak şekilde değerlendirileceği kabul görmektedir[156] [157]. Yargıtay da duyduğunu ileten tanığın dinlenileceği ve fakat söz konusu ifadenin yöneldiği vakıayı ispat edecek kadar güçlü olmasını hükmün kurulması için zorunlu görmektedir[158].

Kanaatimce tanık sözlerine itibar edilmemesini gerektiren sebepler tanığın şahsından kaynaklanmakta ise, hakim tanığı dinleyecek ve fakat hüküm verirken bunları mantık, hayat ve tecrübe kurallarına ve dosyadaki delillere göre dikkatli değerlendirecektir. Yok eğer tanığın ifadesine yönelik taraflardan biri delil itirazında bulunmuş ve itirazda bulunduğu hususu ispat etmiş ya da hakim kendiliğinden tanık ifadesine itibar edilmemesini gerektiren sebebi bulmuş ise hükmün gerekçesinde bu sebepler belirtilerek tanık ifadesine itibar edilmeyecektir[159]. Yargıtay'ın köy

[153] *4.HD 21.10.2002. 7557/11840 YKD 2003/4 s.526.*

[154] *Ayrıca, "Aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça tanıkların gerçeği söylemiş olduklarıdır (HUMK. 254). Akrabalık ve arkadaşlık başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılamaz. Dosyada tanıkların olmamışı olmuş gibi ifade ettiklerini kabule yeterli delil ve oğlu yoktur." 2.HD 23.06.1992, E.5507/K.7097, Corpus Medya CD, Ocak 2005, v-19.*

[155] *"Diğer davacı tanıkların görgüye müstenit beyanları yoktur. Satıcılardan naklen işittiklerini beyan etmişlerdir. Satıcılar satış akdinin tarafı olduğuna göre, onlardan naklen söylenen beyanlara itibar etmek mümkün değildir.." 6.HD 12.10.1987, Yasa HD Ocak 1988, s.53.*

[156] ***Belgesay**, Teoriler, s.94; **Postacıoğlu**, s.650; **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s.377.*

[157] *"Duyduğunu ileten tanığın ifadesinin hakim tarafından değerlendirilmesi için ifadenin davada ileri sürülüp de inkar olunmayan olaylara uygun olması gerekir" **Belgesay**, Teoriler,s.94.*

[158] *"davacının diğer tanıkları İ ile M ise davacı ile M'nin malları ayırdıklarını bilmediklerini, ancak duyduklarını söylemişlerdir. Bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi tanık ifadeleri, davanın kabulü için yeterli olmayıp, davacı iddiasını ve malların teslim edilmiş olduğu olgusunu ispatlayamamıştır. Delillerin yanlış değerlendirilmesi sonucu davanın kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir." 4.HD 30.05.1983 E.3639/5701, Yasa HD Aralık 1983 s.1774.*

[159] *"HUMK m.254 hükmünce tanıkların sözlerinin doğruluğundan şüphelenmeyi gerektirecek sebepler mevcut olduğu taktirde bunların iddia ve ispat edilmesi müm-*

orta mallarına ilişkin davalarda ya da aynı işverene karşı açılan davalarda işçilerin birbirlerinin tanığı olamayacağı da kabul edilemez. Zira, o köyden olanlar o köyün orta mallarını ilgilendiren davalarda ve işçilerde işçi, işçi arkadaşı ile işveren arasındaki davada üçüncü bir şahıstan daha fazla bilgi sahibi olabilecek konumdadır. Peşinen bunların tanık olarak dinlenilmeyeceğini kabul etmek kanımca adil yargılama hakkına aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü, hakim bu kimselerin ifadelerini daha dikkatli değerlendirme yetki ve kudretine sahiptir. Hakimin delilleri değerlendirme yetki ve kudretine sahip olması ve bunu yaparken de keyfilikten kaçınarak mantık, hayat akışı ve tecrübe kurallarına bağlı kalması ve değerlendirmeleri gerekçelendirme zorunluluğu HUMK m.254'ün taraf ifadesinin sıhhatine ve doğruluğuna yönelik delil itirazı olarak anlaşılmasını gerektirmektedir.

Duyduğunu aktaran tanığın ifadesi ancak duyduğunu aktardığı hususun dosyadaki diğer hususlar ile bütünlük taşıdığı ve diğer tanık ifadelerini doğrular mahiyette olduğu durumda hükme esas olacaktır.

IV. SONUÇ

Yukarıda aktarılanlardan varılacak en önemli husus, hakimin tanık delilini değerlendirirken sadece vicdani kanaati ile yetinmeyip, hayat, mantık ve tecrübe kurallarına göre tanık ifadelerini değerlendireceğidir. Hakim vereceği kararda tanık ifadesine dayanmış ise, bunun nedeni kararın gerekçe kısmında belirtecektir. Gerekçe kısmında dayanak yapılan tanık ifadesi değerlendirmesi ise, ancak bu değerlendirmenin hukuksal bir hatayı içermesi halinde, temyiz mahkemesinin denetimine tabi tutulacaktır.

Tanıklık etmenin imkansız olduğu haller istisna olmak üzere, hakim tanık ifadesine ilişkin karşı taraf itirazını ispat edildiği oranda değerlendirmeyecektir. Hakim mutlak surette tanıkları dinleyecek ve kendisinin inanmadığı ve mantık, yaşam kurallarına aykırı tanık ifadelerine itibar etmeyecektir.

kün bulunduğuna göre, mahkemece bu cihete ilişkin davalı taraf delillerini toplamaksızın tanık sözlerini hükme esas tutması usule aykırıdır" Üstündağ s.739.

KISALTMALAR

ABD.	Ankara Barosu Dergisi.
AD.	Adalet Dergisi.
Bkz.	Bakınız.
BGH	Alman Temyiz Mahkemesi.
BGH MDR	Alman Hukuku Aylık Dergisi.
BGH NJW	Alman Temyiz Mahkemesi Yeni Hukuki Haftalık Dergi.
BGHZ	Alman Temyiz Mahkemesi Kararları Dergisi.
C.	Cilt.
DB	İşletme Talimatnameleri
dn.	Dipnot.
E.	Esas.
HD.	Hukuk Dairesi.
HGK	Hukuk Genel Kurulu.
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu.
İBD	İstanbul Barosu Dergisi.
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
İKİD	İlmi Ve Kazai İçtihatlar Dergisi.
JZ	Hukuk Gazetesi.
K.	Karar
m.	Madde
s.	Sayfa.
S.	Sayı.
YKD.	Yargıtay Kararları Dergisi.
vb.	ve benzeri.
ZPO	Alman Usul Kanunu.

KAYNAKLAR

Alangoya, Yavuz/ **Yıldırım** Kamil/ **Deren Yıldırım** Nevhis Medeni Yargılama Usulü Esasları, 4. Bası, İstanbul, 2004.

Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul, 1979.

Ansay, Sabri S, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara, 1960.

Arens Peter/ **Lüke** Wolfgang, Zivilprozeßrecht, 5. Bası, Münih, 1992.

Atalay Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001.

Baur Fritz/ **Grunsky** Wolfgang, Zivilprozeßrecht, 9. Bası, Bielefeld, 1997.

Becker - Eberhard Ekkehard, Die Berufung nach deutschem Recht, İstinaf Mahkemeleri, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 7-8-Mart 2003.

Belgesay, M. Reşit, Hukuk Ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul, 1940.

Belgesay, M. Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt I (Teoriler), İstanbul, 1940.

Belgesay, M. Resit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt II, İstanbul, 1940.

Belgesay, M. Reşit, Teorik Ve Pratik Adliye Hukuku (İspat Teorisi), Cilt III, İstanbul, 1946.

Berg Hans, Gutachten und Urteil, 13. Bası, Stuttgart, 1955.

Damrau Jürgen, Münchener Kommentar, 2.Bası, Cilt II, München, 2001.

Eğilmez Kemal,Şahadet Ve Şahidin Psikolojisi, ABD, 1956, S.29 v.d.

Erdemir İlter, HUMK Şerhi, 2. Bası, Cilt:2, Ankara, 1998.

Ergül Teoman, Şahit Ve Şahitlik, AD, 1964, S.1019 v.d.

Foerste Ulrich, Musielak Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3.Bası, München, 2002.

Grunsky Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Bası. Bielefeld, 1974.

Huber Michael, Musielak Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3.Bası, München, 2002.

Jauernig Othmar, Zivilprozeßrecht, 24. Bası, Münih, 1993.

Karafakih, Ismail H, Hukuk Muhakeme Usulü, Ankara, 1952.

Kiper Osman, Hukuk Davalarında Kanıtlar, Ankara, 1995.

Konuralp Haluk, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara, 1999.

Koral Rabi, Takdiri İspat Vasıtaları, İHFM, Cilt XII, 1946, S.1165 v.d.

Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, Cilt III, İstanbul, 2001.

Kuru Baki/**Arslan** Ramazan/**Yılmaz** Ejder, Medeni Usul Hukuku, 14.Bası, 2002, Ankara.

Leipold Dieter, Stein Jonas Kommentar zur ZPO, 20. Bası, Tübingen, 1985.

Önen Ergün, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara, 1979.

Pekcanıtez Hakan/**Atalay** Oğuz/**Özekes** Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2004.

Petek Hasan, Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları, IBD Temmuz, 2000, sayı:3 s.37.

Postacıoğlu İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul, 1975.

Prütting Hanns, Münchener Kommentar, 2.Bası, Cilt I, München, 2001.

Rosenberg Leo/**Schwab** Karl Heinz/**Gottwald** Peter, Zivilprozeßrecht, 16. Bası, München, 2004.

Schellhammer Kurt, Zivilprozeß, 3. Bası, Heidelberg, 1987.

Schilken Eberhard, Zivilprozeßrecht, 3. Bası, Köln, 2000.

Schneider Egon, Beweis Und Beweiswürdigung, 4.Bası, München, 1987.

Schneider Egon, Zöller Kommentar zur Zivilprozessordnung, 14. Bası, Köln, 1984.

Schreiber Rupert, Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozeß, Berlin, 1968.

Schumann Ekkehard, Stein Jonas Kommentar, 20 Bası, Tübingen, 1988.

Sivrihisarlı Ömer, Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul, 1978.

Stephan Dieter, Zöller Kommentar zur Zivilprozessordnung, 14. Bası, Köln, 1984.

Taşpınar Sema, İspat Sözleşmeleri, Ankara, 2001.

Thomas Heinz/**Putzo** Hans, Zivilprozessordnung Kommentar, 18. Bası, München, 1993.

Tuğsavul Muhsin, Takdiri Deliller, AD, Mayıs 1952, S.605 v.d.

Tüzün Nejat, Yemin ve Şahadet, ABD, 1962, S.279 v.d.

Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 2000.

Walter Gerhard, Freie Beweiswürdigung, Tübingen, 1979.

Yıldırım Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul, 1990.

Yıldırım M. Kamil, Kanun Yolu Olarak İstinaf , İstinaf Mahkemeleri, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 7-8 Mart 2003.

Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 1985.

Zeiss Walter, Zivilprozessrecht, 5. Bası, Tübingen, 1982.