

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA KEŞFE KATLANMA ZORUNLULUĞU*



Dr. Öğr. Üyesi Efe DİRENİSA

Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi



Öz: Bu çalışmanın amacı, keşfe katlanma zorunluluğunun hukukî temellerini ortaya koyarak, bu temeller çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. ve 292. maddelerindeki düzenlemelerin daha doğru anlaşılmasına ve böylelikle doktrinde süregelen tartışmalara ve uygulamaya mütevazî bir katkı sağlamaktır. Mezkûr amaç doğrultusunda, çalışmada öncelikle keşif hakkında genel bilgiler verilmiştir. Özellikle keşfin delil niteliği ve konusu üzerinde durulmuştur. Ardından keşif için gerekli olan, keşif kararının verilmesi, keşfin mahkeme tarafından icrası ve keşif giderlerinin ödenmesi hususları ele alınmıştır. Ayrıca keşfe katlanma zorunluluğu, “genel katlanma zorunluluğu” (HMK m.291) ve “özel katlanma zorunluluğu” (HMK m.292) olarak iki ayrı konu şeklinde ele alınmıştır. Özel katlanma zorunluluğunun düzenlenmiş olduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi incelenirken, bu hususta önem arz eden Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesi de değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Keşif, Keşfin Konusu, Keşif Kararı, Keşfe Katlanma Zorunluluğu, Soybağının Tespiti, Medenî Usûl Hukuku, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk Medenî Kanunu.

The Obligation to Bearing of Jury View (Inspection) in Civil Procedure Law

Abstract: The aim of this study is to present the legal fundamentals of the obligation to bearing of jury view so that the regulations in Articles 291 and 292 of the Code of Civil Procedure could be better understood, and thus to make a modest

* Hakemli makaledir.

Makale geliş tarihi: 12.06.2019 - Makale kabul tarihi: 01.07.2019

E-posta: direnisa@tau.edu.tr

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2220-9468>

contribution to the ongoing discussions and practices in the doctrine. In line with the stated purpose, first of all, general information is given about the jury view institution. The evidential value of jury view is particularly addressed within this context. Then procedures of jury view such as the issuance of a jury view decision, execution of the jury view decision by the court and payment of the jury view expenses are elaborated on. In addition, the obligation to bearing of jury view is examined as two separate subject matters as “general obligation to bearing” (CoCP a. 291) and “private obligation to bearing” (CoCP a. 292). Article 292 of the Civil Procedure Law, which regulates private obligation to bearing is examined in reference to Article 284 of the Turkish Civil Code, which is important in this regard.

Keywords: Jury View / Inspection, Subject of Jury View, Jury View Decision, Obligation to Bearing of Jury View, Proof of Paternity, Civil Procedure Law, Code of Civil Procedure, Turkish Civil Code.

Giriş

Hâkimin uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organları yardımıyla bulunduğu yerde veya mahkemede inceleme yaparak bilgi sahibi olmak amacıyla yaptığı keşif, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle¹ önemli değişikliklere uğramıştır. Söz konusu değişikliklerden ikisinin temel nitelikte olduğu ve diğer değişikliklere nazaran ön plana çıktığı söylenebilir. Bunlardan ilki, keşfin konusunun, 1086 sayılı mülgâ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda² “özel hüküm sebepleri” olarak anılan 367. maddeyi de kapsayacak şekilde genişlemesidir. Yani keşfin konusu artık sadece taşınmazlarla sınırlı değildir. Taşınmazlar dışında uyuşmazlığa konu her türlü vakıa, eşya ve hatta insan bedeni keşfin konusunu oluşturur. Keşfin konusunun insan bedenini de kapsayacak şekilde genişlemesi, keşfe katlanma zorunluluğunun önemi arttırmıştır. “Keşfe katlanma zorunluluğu” düzenlemesi ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla getirilen keşifle ilgili ikinci temel nitelikteki değişikliktir.

Kanun'da keşfe katlanma zorunluluğu hem taraflar hem de üçüncü kişiler için öngörülmüştür. Keşfin konusu ne olursa olsun, taraflar ve üçüncü kişiler keşif kararının gereğine uymak ve keşfin icrasını engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadır (HMK m.291). Bununla birlikte keşfin soybağının tespiti amacıyla insan bedeni üzerinden kan, doku veya sıvı örneği alınmasına yönelik olması halinde, herkes için özel bir katlanma zorunluluğu rejimi öngören Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi uygulanır.

Bu çalışmanın amacı, keşfe katlanma zorunluluğunun hukukî temellerini ortaya koyarak, bu temeller çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. ve 292. maddelerindeki düzenlemelerin daha doğru anlaşılmasına ve böylelikle doktrinde süregelen tartışmalara ve uygulamaya mütevazî bir katkı sağlamaktır.

¹ RG. 12.01.2011 - S. 27836.

² RG. 02, 03, 04, 07.1927 - S. 622, 623, 624.

Mezkûr amaç doğrultusunda, çalışmada öncelikle keşif hakkında genel bilgiler verilmiştir. Özellikle keşfin delil niteliği ve konusu üzerinde durulmuştur. Ardından keşif için gerekli olan, keşif kararının verilmesi, keşfin mahkeme tarafından icrası ve keşif giderlerinin ödenmesi hususları incelenmiştir. Ayrıca keşfe katlanma zorunluluğu, “genel katlanma zorunluluğu” (HMK m.291) ve “özel katlanma zorunluluğu” (HMK m.292) olarak iki ayrı konu şeklinde ele alınmıştır. Özel katlanma zorunluluğunun düzenlenmiş olduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesi incelenirken, bu hususta önem arz eden Türk Medenî Kanun’un³ 284. maddesi de değerlendirilmiştir. Çalışmada yeri geldikçe İsviçre ve Alman hukukundaki konuyla ilgili düzenlemelere de değinilmiştir.

I. Keşif Delili Hakkında Genel Bilgiler

A. Keşif Kavramı

Hukuk terimi olarak keşif, lügat anlamıyla uyuşmazlık konusu şey hakkın-
da hâkimin bütün duyularıyla bilgi edinmesi anlamına gelir.⁴ Hâkim böylelikle
davayla ilgili uyuşmazlık konusu şey ne ise, o şeyle kendi duyuları aracılığıyla
temas ederek (doğrudan) o şey hakkında gözlem ve tespit yapmak suretiyle bilgi
sahibi olur.⁵ İsviçre⁶ ve Alman⁷ hukukunda da keşif kavramı aynı yönde tanımlanmıştır.

³ RG. 08.12.2001 - S. 24607.

⁴ YILMAZ, E.; *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2002, s. 673. BAĞDATLI, S.; *Hukuk Sözlüğü*, İstanbul 2002, s. 384. MUTLU, L.; *Hukuk Sözlüğü*, İstanbul 2004, s. 193. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AŞIK, İ.; *Medenî Usul Hukukunda Keşif*, Ankara 2019, s. 18-19.

⁵ ANSAY, S. S.; *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Bası, Ankara 1960, s. 314. BELGESAY, M. R.; *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. II, İstanbul 1939, s. 279. BERKİN, N.; *Medenî Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 1969, s. 200. BERKİN, N.; *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul 1981, s. 837. BİLGE, N. / ÖNEN, E.; *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Bası, Ankara 1978, s. 551. KARAFAKİH, İ. H.; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara 1952, s. 231. ÖNEN, E.; *Medenî Yargılama Hukuku*, Ankara 1979, s. 231. BERKİ, Ş.; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara 1959, s. 71. POSTACIOĞLU, İ. E.; *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 651. KURU, B.; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Bası, C. III, İstanbul 2001, s. 2827. KURU, B. / ARSLAN, R. / YILMAZ, R.; *Medenî Usul Hukuku*, 21. Bası, Ankara 2010, s. 461. KURU, B. / ARSLAN, R. / YILMAZ, E.; *Medenî Usul Hukuku*, 25. Bası, Ankara 2014, s. 436. KURU, B.; *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 2. Bası, Ankara 2018, s. 319. ÜSTÜNDAĞ, S.; *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 761. ALANGOYA, Y. / YILDIRIM, M. K. / DEREN-YILDIRIM, N.; *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2011, s. 370. PEKCANITEZ, H. / ATALAY, O. / ÖZEKES, M.; *Medenî Usul Hukuku*, 9. Bası, Ankara 2010, s. 506. PEKCANITEZ, H. / ATALAY, O. / ÖZEKES, M.; *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, İstanbul 2018, s. 411; ATALAY, O.; *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1949; ARSLAN, R. / YILMAZ, E. / TAŞPINAR-AYVAZ, S. / HANAĞASI, E.; *Medenî Usul Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2018, s. 458. YILMAZ, E.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. III, 3. Bası, Ankara 2017, s. 2841. UMAR, B.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara 2014, s. 831. TANRIVER, S.; *Medenî Usul Hukuku*, C. I, 2. Bası, Ankara 2018, s. 1008. POSTACIOĞLU, İ. E. / ALTAY, S.; *Medenî Usul Hukuku Dersleri*, 7. Bası, İstanbul 2015, s. 752. ATALI, M. / ERMENEK, İ. / ERDOĞAN, E.; *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2018, s. 535. AŞIK; s. 20. ASLAN, K.; *Medenî Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması*, Ankara 2016, s. 203. GÖRGÜN, L. Ş. / BÖRÜ, L. / TO-

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesine göre, hâkim uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organları yardımıyla bulunduğu yerde veya mahkemede inceleme yaparak bilgi sahibi olmak amacıyla keşif yapılmasına karar verebilir.⁸

Daha genel anlamıyla keşif, sadece uyuşmazlık konusu şey değil; uyuşmazlığın çözümünde etkili bir olay ya da durumun oluş sebeplerini anlayabilmek için hâkimin yerinde inceleme yapmasıdır.⁹ Yani keşif mutlaka dava konusu kılınan şey hakkında söz konusu olmaz. Mahkemeye yöneltilmiş talebi haklı kılan herhangi bir vakıa hakkında, şartları varsa keşif gerçekleştirilir.¹⁰

Kanun'un bu ifadesine ve doktrinde yapılan tanımlara karşın, mülgâ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 363. maddesinde yer alan “münazaalı mahal” ifadesi, keşfin yalnızca uyuşmazlık konusunu taşınmazlar baki-

RAMAN, B. / KODAKOĞLU, M.; *Medenî Usûl Hukuku*, 7. Bası, Ankara 2018, s. 560. MUŞUL, T.; *Medenî Usul Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2012, s. 424. KARSLI, A.; *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2014, s. 578. ULUKAPI, Ö.; *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Bası, Konya 2015, s. 412. SUNGURTEKİN-ÖZKAN, M.; *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, İzmir 2013, s. 298. BUDAK, A. C. / KARAASLAN, V.; *Medenî Usul Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2018, s. 267; EGE, Ö.; *Medeni Usul Hukukunda Keşif*, Ankara 2014, s. 16-17.

⁶ BRUNNER, A. / GASSER, D. / SCHWANDER, I.; *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 181, N. 3. GEHRI, M. A. / JENT-SØRENSEN, I. / SARBACH, M.; *ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 181, N. 1. HAUSHEER, H. / WALTER, H. P.; *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Band II, Bern 2012, Art. 181, N. 3. MEIER, I.; *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich 2010, s. 321-322; SPÜHLER, K. / TENCHIO, L. / INFANGER, D.; *Basler Kommentar*, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 181, N. 1. SUTTER-SOMM, T. / HASENBÖHLER, F. / LEUENBERGER, C.; *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 181, N. 1-3.

⁷ STEIN, F. / JONAS, M.; *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 2, 23. Aufl., Tübingen 2016; Band 5, 23. Aufl., Tübingen 2015, Art. 371, N. 1. BAUMBACH, A. / LAUTERBACH, W. / ALBERS J. / HARTMANN, P.; *Zivilprozessordnung*, 76. Aufl., München 2018, Vor Art. 371, N. 4; Art. 371, N. 2. MUSIELAK, H. / VOIT, W. B.; *Zivilprozessordnung*, 16. Aufl., München 2019, Art. 371, N. 3. SAENGER, I.; *ZPO Handkommentar*, 8. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 371, N. 1; ZÖLLER, R.; *Zöller ZPO Zivilprozessordnung*, 32. Aufl., Köln 2018, Art. 371, N. 1. THOMAS, H. / PUTZO, H.; *Zivilprozessordnung*, 40. Aufl., München 2019, Vor Art. 371, N. 1. KRÜGER, W. / RAUSCHER, T.; *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 2, 5. Auflage, München 2016, Art. 371, N. 2. PRÜTTING, H. / GEHRLEIN, M.; *ZPO Kommentar*, 10. Aufl., Köln 2018, Art. 371, N. 1-2. JAUERNIG, O. / HESS, B.; *Zivilprozessrecht*, 30. Aufl., München 2011, s. 213. ZIMMERMANN, W.; *Zivilprozessordnung*, 10. Aufl., Bonn 2016, Art. 371, N. 1. WIECZOREK, B. / SCHÜTZE, R. A.; *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Band 6, 4. Aufl., Berlin 2014, Art. 371, N. 1-2. VORWERK, V. / WOLF, C.; *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, 32. Edition, München 2016, Art. 371, N. 3. ROSENBERG, L. / SCHWAB, K. H. / GOTTWALD, P.; *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., München 2018, s. 722. KERN, C. / DIEHM, D.; *ZPO*, Berlin 2017, Art. 371, N. 2.

⁸ Keşif, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde şöyle tanımlanmıştır: “Keşif, hâkimin uyuşmazlık konusunu oluşturan şeyi bizzat müşahede ederek bilgi sahibi olmasıdır” (TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 393, s. 88).

⁹ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük (Haz.: Açıklan Ş. H.), Ankara 2011, s. 1402. PÜSKÜLLÜOĞLU, A.; *Türkçe Sözlük*, Ankara 2002. Benzer bir tanım için bkz. ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1949. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES; s. 411.

¹⁰ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN; s. 535.

mından söz konusu olabileceği görüşlerine yol açmıştır.¹¹ Keşfi sadece taşınmazlarla ilgili uyumsuzluklara özgüleyen bu ifade, Hukuk Muhakemeleri Kanunuyla isabetli biçimde kaldırılmıştır.¹²

B. Keşfin Delil Niteliği

Dava konusu hakkın dayandığı vakıaların, somut olarak gerçekleştiği konusunda hâkimde kanaat uyandırmak üzere yapılan inandırma faaliyeti olan ispatın¹³ konusunu, tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyumsuzluğun çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir (HMK m.187/1).

Delil esasen, ispat faaliyetinde kullanılan ve dava öncesinde gerçekleşmiş vakıaların temsilen yargılamaya aktarılmasına yarayan ve dolayısıyla çekişmeli vakı-

¹¹ ANSAY; s. 314. BELGESAY; *Şerh*, s. 280. BİLGE / ÖNEN; s. 551. KURU; *Şerh*, C. III, s. 2827. KURU, B.; *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı*, İstanbul 1995, s. 510. EGE; s. 14-15. Mülgâ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan bu ifade, doktrinde geniş anlamda keşif-dar anlamda keşif gibi ayırımların yapılmasına yol açmış idi. Hâkim tarafından doğrudan duyuları aracılığıyla taşınmazların incelenmesi "dar anlamda keşif" (HUMK m.363 vd.); buna karşın incelenen keşif konusu taşınmazlar dışındaki bir şey ise özel hüküm sebepleri hükmünün (HUMK m.367) uygulanacağı, yani "geniş anlamda keşfin" söz konusu olduğu ifade edilmişti (Örneğin, PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES; *Medenî Usûl Hukuku*, 9. Bası, s. 506, 508. PEKCANITEZ, H.; *Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Makaleler, C. I, İstanbul 2016, s. 765. KONURALP, H.; *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara 2009, s. 36. ÖNEN; s. 231. KURU; *El Kitabı*, s. 510. KURU / ARSLAN / YILMAZ; 21. Bası, s. 461, 463. ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, *Medenî Usul*, s. 371. ALANGOYA, Y. / YILDIRIM, M. K. / DEREN-YILDIRIM, N.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri*, İstanbul 2006, s. 154. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle bu ayırım da ortadan kalkmış ve mülgâ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 363. maddesinde düzenlenen özel hüküm sebeplerine konu şeylerin de keşif konusu olduğu açıklığa kavuşmuş ve "özel hüküm sebepleri" ifadesi terk edilmiştir (ÖZTEK, S.; *Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Uzman Görüşü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi (22-29 Mart Tarihlerinde Kadir Has Üniversitesinde Düzenlenen Toplantı)*, İstanbul 2008, s. 203).

¹² PEKCANITEZ, H.; *Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı*, HPD, Eylül 2006, s. 77. ÖZTEK; s. 203. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla keşif delili hakkında getirilen yenilikler, değişiklikler ve yapılan değerlendirmeler hakkında ayrıca bkz. PEKCANITEZ, H.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Tanıtımı*, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara 2007, s. 27. UMAR, B.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı*, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2007, s. 113-115. ARSLAN, R.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Medenî Usul Hukukuna Getirdiği Başlıca Yenilikler*, Prof. Dr. Gürgân Çelebican'a Armağan, Ankara 2011, s. 454. YILMAZ, E.; *Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri*, ABD, 2011/2, s. 245. ÖZEKES, M.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hukuk Yargılamamıza Ne Getiriyor?*, İzmir 2011, s. 61. ÖZBAY, İ.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?*, 2. Bası, Ankara 2013, s. 349-355. SARISÖZEN, M. S.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Medeni Usul Hukukumuzda Getirdiği Yeni Düzenlemeler*, TBDD, 2011/96, s. 331 vd.. KİRAZ, T. Ö.; *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler*, 2. Bası, Ankara 2012, s. 70. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla ilgili, henüz tasarı aşamasında yapılan düzenlemelerin, İsviçre'de aynı dönemde yapılan düzenlemelerle kurumsal temel ve amaçsal yönelim bakımından karşılaştırılması hakkında ayrıca bkz. ATALI, M.; *Tarihi Bir Tesadüf: İsviçre'de ve Türkiye'de Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarıları Temel Yapıdaki Benzerlikler ve Farklılıklar*, HPD, Eylül 2006, s. 111-113.

¹³ BERKİN; s. 169. BERKİN; *Usul Hukuku Rehberi*, s. 727. POSTACIOĞLU; s. 527. KURU; *Şerh*, C. II, s. 1352. ÜSTÜNDAĞ; s. 613. ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1585.

ayı temsile ya da yansıtmaya elverişli olan araçtır.¹⁴ İspat aracı olan delilin, “temsili niteliği”¹⁵ olmalıdır. Yani delilin ispat konusu olan vakıyyla teması olmalı ve o vakıyı doğrudan hâkime yansıtabilecek özellikleri bulunmalıdır. Bu anlamda delil, sadece senet ve tanıktan ibarettir.¹⁶ Dolayısıyla keşfin temsili niteliği olmadığından bu şekilde yapılan (dar anlamda) delil sınıflandırması içinde yer almaz.¹⁷

Keşif sayesinde hâkim, uyuşmazlık konusu olan şeyi bizzat müşahede ederek bilgi sahibi olur. Hâkim keşif yoluyla edindiği bilgi ve kanaatle, aynı konuda diğer takdirî deliller aracılığıyla oluşan kanaatine nazaran daha isabetle karar verebilir. Bu nedenle keşif, takdirî deliller içinde daha güvenilir bir delildir.¹⁸ Keşif bir takdirî delil olduğundan dolayı hâkim, keşif sonucunda edindiği bilgileri serbestçe takdir eder (HMK m.198).¹⁹

Keşfin aynı zamanda diğer delilleri de incelemeye ve daha iyi değerlendirmeye yarayan bir delil toplama ve değerlendirme aracı oluşu, onun diğer delillerden ayrılan yönüdür. Gerçekten de, hâkimin uyuşmazlık konusu şeyi bizzat görerek bilgi sahibi olması, gerektiğinde keşfin icrasında bilirkişi görüşüne ve tanık beyanlarına başvurması ve keşif mahallinde temsili uygulama yaptırabilmesi (HMK m.290) keşfin bir delil toplama ve değerlendirme aracı oluşunu destekler. Mevaz İsviçre hukukunda da keşfin delil niteliğinin yanı sıra, delillerin daha isabetli biçimde takdir edilmesine imkân sağlayan bir araç olduğu kabul edilmektedir.²⁰

¹⁴ PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES; s. 350. ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1730. ATALAY, O.; *Emare İspatı*, MBD, S. 70, Y. 1999, s. 8. ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN; s. 484. KURU; *Şerh*, C. II, s. 1966.

¹⁵ KONURALP; s. 10-11. ATALAY, O.; *Delil Kavramı Üzerine, Hâluk Konuralp'e Armağan*, C. I, Ankara 2009, s. 132-133. ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1731. TORAMAN, B.; *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi*, Ankara 2017, s. S. 97.

¹⁶ ATALAY; *Delil Kavramı*, s. 134-135. ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1731.

¹⁷ Bununla birlikte mülgâ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda mevcut olmayan, keşfin icrasına yönelik olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 290. maddesinin üçüncü fıkrasında keşifte “temsili uygulama”ya ilişkin açık bir hüküm kabul edilmiştir. Bu hükme göre mahkeme, bir olayın nasıl gerçekleşmiş olabileceğini tespit etmek için temsili uygulama yaptırabilir. Temsili uygulamayla amaçlanan, uyuşmazlık konusu vakianın meydana geldiği koşulları mümkün olduğunca yeniden oluşturarak, olayın nasıl meydana gelmiş olduğunun yeniden canlandırılmasıdır. Ceza usûl hukukunda keşfin özel bir türü olan “yer gösterme” (CMK m.85) delili kapsamında sıklıkla başvuru alan “temsili uygulama”ya, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle medenî usûl hukukunda da başvurulması imkânı tanınmıştır. Buna karşın temsili uygulamayla uyuşmazlık konusunun meydana geldiği zamandaki vakıalar doğrudan mahkemeye yansımaz. Bu anlamda keşfin temsili delil özelliği yoktur. Fakat temsili uygulamayla yapay olarak vakianın meydana geldiği koşulların oluşturulmasıyla, gerçekleşmiş vakianın doğrudan hâkime yansıtılarak onda kanaat uyandırması sağlanır. Medenî usûl hukukunda temsili uygulamayla ilgili, Anglo-Amerikan hukukundaki durumun da ele alındığı kapsamlı bir çalışma için bkz. YURTBAŞI, F.; *Medeni Usul Hukukunda Keşif*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi-Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2015, s. 100-104.

¹⁸ PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES; s. 411. ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1950. BERKİN; *Usul Hukuku Rehberi*, s. 837. BOLAYIR, N.; *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Taraf-ların ve Hâkimin Rolü*, İstanbul 2014, s. 457.

¹⁹ Örneğin bkz. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD; s. 726, N. 27.

²⁰ MÜLLER; DIKE-Komm-ZPO, Art. 181, N. 4, 11; WULLSCHLEGER, OFK-ZPO, Art. 181, N. 2; BK ZPO-Bühler, Art. 181, N. 4; BSK ZPO-Dolge, Art. 181, N. 1-2; WEIBEL/WALZ; in: Sutter-

C. Keşfin Konusu

Keşfi en genel anlamda uyuşmazlık konusu şey üzerinde hâkimin doğrudan duyu organları aracılığıyla bilgi edinmesi olarak tanımlamıştık.²¹ Keşfin konusunun, mutlaka dava konusunu teşkil eden şeyin olması gerekmez.²²

Taşınmazlar, taşınır ve kişiler keşfin konusunu oluşturur. Keşif yoluyla taşınmazın mevcut durumunun görülmesi, DNA analizi, uyuşmazlık konusu şeylerin tadılması, ses ve görüntü kayıtlarının incelenmesi, insan vücudunun muayenesi, bozuk ya da ayıplı eşyanın incelenmesi mümkündür.²³

Keşfe uygulamada sıklıkla taşınmazlar için başvurulur. Özellikle tapu kayıtları ve haritalar gibi taşınmazlara ilişkin belgelerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığını tespit etmek için hâkimin taşınmazın bulunduğu yere bizzat gitmesi ve mahallinde tanık ifadelerine ve bilirkişi görüşüne başvurması çoğu zaman kaçınılmazdır.

Bununla birlikte keşfin konusunu sadece taşınmazlar değil; uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli ve bilgi taşıyıcı olan her şey oluşturur. Uyuşmazlık konusu vakıaları ispat etmeye elverişli olan bilgi taşıyıcıları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 199. maddesine göre, "belge" olarak nitelendirilir.²⁴ Anılan hükme göre, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve buna benzer bilgi taşıyıcıları belge niteliğini haizdir. Görüldüğü üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 199. maddesinde keşfin de konusunu oluşturan "belge" tahdidi olmayacak şekilde, geniş biçimde tanımlanmıştır.

Belge keşfin konusuna dâhildir. Buna karşın belgenin konusunu oluşturan şeyle ilişkin olarak Kanun'da düzenlenmiş bir delil türü öngörülüyse, belgenin

Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 181, N. 2. GASSER, D. / RICKLI, B.; *Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 181, N. 1. OBERHAMMER, P. / DOMEJ, T. / HAAS, U.; *Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 181, N. 1.

²¹ Bu hususta bkz. yuk. I, A.

²² BK ZPO-Bühler, Art. 181, N. 7-8; WEIBEL / WALZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 181, N. 4-6; MÜLLER; DIKE-Komm-ZPO, Art. 181, N. 12; BSK ZPO-Dolge, Art. 181, N. 6-7; KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 181, N 4; MEIER; s. 322. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD; s. 724, N. 9-15. JAUERNIG / HESS; s. 213. KERN / DIEHM / FÖRSTER; Art. 371, N. 2.

²³ ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1950. TANRIVER; s. 1008.

²⁴ ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1771. KURU; *Ders Kitabı*, s. 253. ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI; s. 397. YILMAZ; *Şerh*, C. II, s. 2416. TANRIVER; s. 846; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 513. ÖZKAYA-FERENDECI, H. Ö.; *Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri*, DEÜHFD 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. I, İzmir 2015, s. 822. MUŞUL; s. 359. KARSLI; s. 524. BUDAK / KARAASLAN; s. 244. Kanun'un 199. maddesinde belgenin tanımı yapılırken, bu hükmün Hükümet Gerekçesi'nde ifade edildiği üzere, hukuk sistemimiz içinde bütünlüğün korunması ve aynı kavramın farklı şekillerde anlaşılması için, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun (RG, 24.10.2003, S. 25269) "Tanımlar" başlığını taşıyan üçüncü maddesinde yer alan belge tanımından yararlanılmıştır (TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 393, s. 63).

konusunu oluşturan şey bakımından o delil türüne ilişkin hükümler uygulanır. Aksi halde keşif söz konusu olur. Başka bir deyişle, belgenin yazılı metin ve senedi de içine alan bir üst kavram olduğu açıktır. Belge yazılılık unsuru taşıyorsa, örneğin, senet niteliğini haizse, keşif delili dışında başlı başına “senet” delili olarak değerlendirilir. Bu noktada artık keşif değil, senetlerin ibrazı söz konusudur. Yazılılık niteliğine rağmen bir bilgi taşıyıcısı senet olarak nitelendirilemiyorsa, o halde ortada koşulları varsa “delil başlangıcı” mevcut olup, bu belgenin incelenmesi keşif faaliyetinin değil; “belgelerin ibrazı” faaliyetinin konusunu oluşturur.

Belgenin yazılılık niteliği ön planda ise ve Kanun’da tanımlanmış diğer delil türlerinden birine giriyorsa, o delil türüne ilişkin hükümler uygulanır. Yazılılık unsuru taşımayan belgeler ise, keşfin konusunu oluşturur. Bu kapsamda planlar, fotoğraflar, haritalar ve elektronik bilgi taşıyıcıları keşfin konusuna dâhildir.²⁵

Taşınır, taşınmaz, belge ve hatta insan bedeni de keşfin konusunu oluşturur.²⁶ Nitekim soybağının tespitine konu olan davalar bakımından uyumsuzluğa konu vakıyı ispata elverişli bilgi taşıyıcısı insan bedenidir. İnsan bedeni hakkında çoğu halde zorunlu olarak bilirkişi marifetiyle hâkim doğrudan bilgi sahibi olmaya çalışır. “Soybağı tespiti için inceleme” kenar başlıklı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesi, Kanun’un keşifle ilgili hükümlerinin bulunduğu, “altıncı bölüm-keşif” başlığı altında yer almaktadır. Dolayısıyla doktrinde isabetle belirtildiği üzere, keşfin konusuna soybağının tespiti için inceleme ve bu sebeple DNA analizi yaptırılması da dahildir.²⁷

²⁵ ERDÖNMEZ, G.; *Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti*, 2. Bası, İstanbul 2014, s. 222. Alman hukukunda bir senedin mahkemece değerlendirilirken, hangi halde keşif hangi halde senet incelenmesi söz konusu olacağına ilişkin belirlenmesindeki kriterler ve güçlükler için bkz. örneğin, ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD; s. 722, N. 3. JAUERNIG / HESS; s. 213, N. 3. MüKoZPO/ZIMMERMANN, Art. 371, N. 2. PRÜTTING / GEHRLEIN / TRAUTWEIN; Art. 371, N. 3. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN; Vor Art. 371, N. 4. ZÖLLER / GREGER; Art. 371, N. 1-2. KERN / DIEHM / FÖRSTER; Art. 371, N. 3. ZIMMERMANN; Art. 371, N. 1. MUSIELAK / VOIT, (HUBER); Art. 371, N. 5.

²⁶ ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1950. TANRIVER; s. 1008. GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU; s. 565. KİRAZ; s. 72. Ege; s. 20.

²⁷ ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1950. TANRIVER; s. 1008. GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU; s. 565. KİRAZ; s. 72. AKSOY-İPEKÇİOĞLU, P.; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma*, İÜHFM, C. LXX, S. 1, Y. 2012, s. 22-23. YENERER-ÇAKMUT, Ö.; *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu*, İstanbul 2008, s. 82. Aynı yönde bkz. Kanun’un 291 ve 292. maddelerine ilişkin Hükümet Gerekçesi (TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 393, s. 89). Soybağının tespiti için DNA analizine karar veren hâkim açısından keşif, tıbbî kural ve yöntemlerle analizi yapan hekim açısından bilirkişi incelemesi söz konusudur (YENERER-ÇAKMUT; s. 82). “Kan tahlili” bakımından aynı yönde bkz. BELGESAY, M. R.; *İspat Teorisi*, 3. Bası, İstanbul 1950, s. 28, 69. Doktrindeki diğer görüşe göre, Kanun’da soybağının tespiti için inceleme, her ne kadar keşfe ilişkin hükümler arasında düzenlenmişse de, aslında bilirkişi incelemesinin özel bir görünüm biçimidir. Çünkü hâkim, kan ve doku incelemesinde bizzat yer almamaktadır. Doğrudan hâkimin kişisel algılarıyla yapılan bir inceleme ve tespit mevcut değilse keşif söz konusu olmayıp, bilirkişi incelemesinden söz edilir (AŞIK; s. 136. TORAMAN; s. 72, 248, 567. EGE; s.

Keşfin konusunu sadece taşınır ve taşınmaz eşyalar ya da insan bedeni oluşturmaz. Keşifle ilgili olarak yapmış olduğumuz geniş tanımda da ifade edildiği üzere, uyuşmazlık konusunu da içine alacak şekilde, eşya değil, mahkemeye yöneltilen talebi haklı kılan her vakıa hakkında, şartları varsa keşif yapılabilir. Başka ifadeyle keşfin konusu, sadece “eşya” değil; ayrıca “vakıalar”dır Dolayısıyla mahkemeye yöneltilmiş talebi haklı kılan herhangi bir vakıayla ilgili olarak, şartlar mevcutsa keşif yapılabilir.²⁸

Keşfin konusunun geniş bir tanım çerçevesinde anlaşılması gerektiğiyle ilgili olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 400. maddesinde düzenlenen “delil tespiti” kurumu örnek olarak gösterilebilir. Anılan hükme göre, taraflardan her biri, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılmasını talep edebilir.

Bununla birlikte, mülgâ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda yer almamakla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 290. maddesinin üçüncü fıkrasıyla getirilen, keşif mahallinde veya duruşma salonunda “temsili uygulama yapılması”²⁹ da bir tür keşiftir. Yani hâkim meydana geldiği ileri sürülen bir vakıanın nasıl gerçekleştiğinin tespiti bakımından, o vakıanın canlandırılması isteyebilir. Dolayısıyla keşifte temsili uygulama, keşfin konusunun taşınır (veya taşınırlar dışındaki bilgi taşıyıcıları) ya da taşınmaz olmasından bağımsızdır.

II. Keşfin İcrasına İlişkin Temel İlkeler

A. Keşif Kararı

Keşif ancak, hâkimin bu yönde vereceği bir karardan sonra gerçekleşebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 288. maddesinin ikinci fıkrasına göre, keşif kararı, mahkemece, sözlü yargılamaya kadar taraflardan birinin talebi üzerine veya kendiliğinden alınabilir. Dolayısıyla hâkimin keşif kararı alması iki şekilde mümkün olabilir. Bunlardan birincisi, tarafların talebiyle keşfe karar verilmesidir.³⁰ İkincisi ise, keşfe hâkimin kendiliğinden karar vermesidir.

45). Alman hukukundaki baskın görüşe göre, soybağının tespiti için yapılan inceleme, hâkimin incelemeye doğrudan katılmaması sebebiyle bilirkişi incelemesi olarak kabul edilmektedir (Örneğin, ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD; s. 727, N. 29). Alman hukukunda azınlıkta kalan görüşe göre ise soybağının tespiti için yapılan inceleme, her ne kadar bilirkişi tarafından yerine getirilse de, her durumda keşif delili kapsamında yapılan bir inceleme söz konusudur (MUSIELAK, H. / BORTH, H.; *Familiengerichtliches Verfahren*, 6. Aufl., München 2018, Art. 178, N. 6; JAUERNIG / HESS; s. 214, N. 10. BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMANN; Vor Art. 371, N. 9).

²⁸ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN; s. 535.

²⁹ Temsili uygulama kavramı için bkz. yuk. I, B, 17. dn.

³⁰ Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 121, 129/2 maddeleri ile somutlaştırma yüküne ilişkin Kanun’un 194. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, kural olarak delillerin dilekçelerin değişimi aşamasında gösterilmesi ve sunulması gerekir. Doktrinde bazı yazarlar tarafından tanık dâhil tüm deliller bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 140. maddesinin beşinci fıkrasına gö-

Davanın taraflarından birinin dilekçesinde keşif deliline dayanması ve bunun üzerine keşfin tarafların talebiyle gerçekleşmesi, medenî usûl hukukuna hâkim olan taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucudur. Buna karşın tarafların keşif talebi olmasa da, hâkimin toplanan delillere göre gerek görmesi halinde kendiliğinden keşfe karar vermesi³¹ hâkimin davayı aydınlatma ödevinin (HMK m.31) bir yansıması olarak da değerlendirilebilir.³²

Keşif yapılmasını isteyen taraf dilekçelerin değişimi aşamasında keşif deliline açıkça dayanmalıdır. Keşif bir ispat aracı olarak tahkikat işlemi de olsa, keşif deliline dilekçelerin değişimi aşamasında dayanılmalıdır. Aksi halde yargılamanın daha sonraki aşamalarında taraflar sadece hâkimden keşif yapılmasına kendiliğinden karar verebilmesine ilişkin yetkisini kullanmasını talep edebilir.³³

re, daha önce dayanılmayan bir delile dayanılabileceği ileri sürülmüştür (UMAR; Şerh, s. 433. YILMAZ; Şerh, C. II, s. 1972-1975). Söz konusu maddenin lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere, kanaatimizce, doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, maddenin sadece belge delili hakkında geçerli olduğunun kabulü gerekir. Anılan düzenlemeyle taraflara sadece dilekçelerinde dayandıkları, ancak henüz sunmadıkları, dilekçeye eklenerek verilebilecek belgelerini (delillerini) mahkemeye sunmalarına ilişkin bir hak tanınmıştır (ÖZEKES, M.; *HMK Değerlendirmesi (Yargıtay Başkanı, Yargıtay Hukuk Daire Başkanları, Kanunu Hazırlayan Akademisyenlerden)*, Ankara 2012, s. 51-52, 93. ERDÖNMEZ, G.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrarı*, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2013, C. 87, S. 5, s. 32-33. ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1758-1759). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 140/5. maddesinin lafzî yorumu tabîi tutulması gerektiği ve bu sebeple tarafların sadece dilekçelerinde gösterdikleri ancak henüz sunmadıkları "belgeler" hakkında uygulanması gerektiği hakkında bkz. ÖZMUMCU, S.; *1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delillerin İkamesi Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış*, KHAD, 2013/101, s. 59-60. Keşfe kural olarak dilekçelerin değişimi aşamasında dayanılması kuşkusuz medenî usul hukukunda kural olarak uygulama alanı bulan taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalar bakımındandır. Yoksa kamu düzenini ilgilendiren davalar ile çekişmesiz yargı işlerinde kural olarak kendiliğinden hareket geçme ilkesi uygulandığından dolayı (KURU, B.; *Nizasız Kaza*, Ankara 1961, s. 15 vd.. ATALI; *Pekcanitez Usûl*, s. 2117 vd.) mahkeme dilediği zaman keşif kararı alabilir.

³¹ Keşif deliline tıpkı bilirkişi delilinde olduğu gibi, taraflardan birinin talebi olmaksızın da hâkim tarafından kendiliğinden başvurulabilmesi özel bir durumdur ve bu durumla taraflarca getirilme ilkesine bir istisna tanındığı anlaşılmaktadır (BOLAYIR; s. 457; Aşık, s. 56). Böyle bir düzenlemedeki maksat keşfin bir delil olmasının yanı sıra delilleri değerlendirme aracı olduğudur. Nitekim hâkim önüne getirilen uyuşmazlığı çözmek ve hukuki sorunu gidermek zorundadır (ARSLAN, R.; *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989, s. 28). Üstelik verdiği karar maddî gerçekliğe uygun olmalıdır. Bu sebeple bazı durumlarda keşif kararı almak ve keşfe başvurmak kaçınılmaz olabilmektedir. Keşif giderlerinin taraflarca yatırılmaması hâlinde ortaya çıkan sonuç bakımından, keşfe hâkimin tarafından kendiliğinden mi karar verildiği yoksa taraflardan birinin talebi üzerine mi karar verildiği önem arz eder. Bu hususta bkz. aşa. II, A.

³² ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1949. AŞIK; s. 56. BOLAYIR; s. 457. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014 yılında vermiş olduğu bir kararda, işçinin fazla mesai yapıp yapmadığının belirlenmesi hususunda, taraflarca delil olarak dayanılan tanık ifadelerinde tutarsızlık olduğunu ve fazla mesai vakiasının belirlenmesi konusunda tanık ifadelerinin yetersiz olduğunu belirttikten sonra, hâkimin davayı aydınlatma yükümü kapsamında kendiliğinden başvurabileceği deliller olan bilirkişi raporunun alınması ve keşfe karar vermesi gerektiğini ifade etmiştir (HGK, 14.05.2014, 22/1920-666 (Kazancı)). Aynı yönde bkz. HGK, 20.11.2018, 22-2364/1745 (Kazancı); HGK, 30.05.2018, 7-3171/1143 (Kazancı); HGK, 14.02.2018, 22-1597/227 (Kazancı); HGK, 17.01.2018, 22-1634/22 (Kazancı); HGK, 06.12.2017, 22-1315/1542 (Kazancı); 3. HD, 14.11.2018, 4520/11580 (Kazancı).

³³ BOLAYIR; s. 457. Bununla birlikte, taraflardan biri dilekçesinde keşif deliline dayanmış olsa da, tahkikat aşamasına geçildiğinde hâkim keşif kararı almayabilir. Hatta iki taraf da keşif talebinde bu-

Keşif kararı hukukî niteliği itibarıyla bir ara karardır ve bu karar sözlü yargılamaya kadar³⁴ alınabilir³⁵ (HMK m.288/2).

B. Keşif Kararının İçeriği

Hâkimin keşif kararı içeriği itibarıyla özellik arz eder. Keşif kararı, keşfin yeri ve zamanı ile keşfe konu inceleme nesnesinin gösterilmesinden keşif mahallinde yapılacak işlemlere ve nihayet bu hususlara aykırı hareket edilmesinin sonuçlarına kadar birçok hususu içermelidir. Aksi halde, aşağıda yer verilen unsurlardan birinin eksik olması halinde, keşif kararı hüküm ifade etmez.

Keşif yeri ve zamanı,³⁶ keşif konusu ve söz konusu keşif konusu hakkında keşif mahallinde neler yapılacağı, açık biçimde keşif giderlerinin neler olduğu

lunsa dahi, sonuç değişmez. Yani keşif yapıp yapılmaması hâkimin takdirinde olan bir husustur (YILMAZ; *Şerh*, C. III, s. 2850. BELGESAY; *Şerh*, s. 280. AŞIK; s. 64. BERBEROĞLU-YENİPİNAR, F.; *Hukuk Mahkemelerinde Keşif*, Ankara 2018, s. 34). Ancak hâkimin bu hâlde neden keşif yapılmasına gerek olmadığını makul ve meşru biçimde gerekçelendirmesi gerekir (HANAGASI, E., *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Ankara 2016, s. 415. AŞIK; s. 64).

³⁴ Tahkikat sırasında söz konusu olabilecek işlemler için, Kanunda "tahkikatın sonuna kadar" yapılabileceği ifade edilmişken, teknik olarak aynı süreçte cereyan etmesi anlam taşıyacak keşfe "sözlü yargılamaya kadar" başvurulabileceğinin düzenlenmesinin rasyonel bir gerekçesinin olmadığı ve fakat hükmün lafzı gereği, tahkikat tamamlansa da sözlü yargılama duruşması henüz yapılmamışsa, duruşmadan önce keşfin icrasının mümkün olduğu konusunda bkz. GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU; s. 560, dn. 1. TORAMAN; s. 248. Gerek keşfe gerekse bilirkişiye mahkemenin kendiliğinden başvurulabilmesi sebebiyle, bilirkişiye başvurunun en geç yargılamanın hangi aşamasına kadar yapılabileceğinin belirlenmesinde, keşfe ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği görüşü için bkz. TORAMAN; s. 247. Öte yandan keşif esnasında davanın geri alınması gerçekleşebilir. Bu durumda, davacının davayı geri aldığına, davalının da buna açıkça rıza gösterdiğine ilişkin beyanlarının keşif tutanağına geçirilmesi ve tutanağın hâkim ve zabıt kâtabi ile taraflarca imzalanmış olması gerekir (ASLAN; 203-204). Keşif esnasında keşif tutanağına geçirilmesi şartıyla, davaya son veren taraf işlemleri olan feragat, kabul veya sulh de yapılabilir. Çünkü anılan işlemler yargılamanın neticelenmesine kadar yapılabilir. Keşif işlemi de yargılamanın bir parçasıdır. Keşif esnasında yapılan bu işlemler keşif tutanağına geçirilip, keşif tutanağının hâkim, zabıt kâtabi ve taraflarca imzalanması halinde geçerlilik kazanır (Önen E., *Medenî Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara 1972, s. 97-98; TANRIVER, S.; *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara 1996, s. 93, 111; AKYOL-ASLAN, L.; *Medenî Usûl Hukukunda Davadan Feragat*, Ankara 2011, s. 228. ERMENEK, İ.; *Medenî Usul Hukukunda Davayı Kabul*, Ankara 2009, s. 77). Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir. Örneğin, "[...] Uygulamada, keşif sırasında yapılan sulhun, mahkeme huzurunda yapılan sulh niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Şu halde, taraflar arasındaki sulhun her yönü ile geçerli olduğunda kuşku yoktur. Hal böyle olunca, taraflar arasındaki bu sulhün İİK'nın 38. maddesi hükmünce ilam niteliğinde olduğu kuşkusuzdur [...]" (4. HD, 22.03.1979, 7457/3808, YKD 1979/11 s. 1570-1572). Aynı yönde bkz. 16. HD, 25.12.2018, 2982/8149 (Kazancı); 20. HD, 11.12.2018, 10584/8147 (Kazancı); 8. HD 13.02.1984, 1314/1439 (Kazancı).

³⁵ Her ne kadar tahkikat aşaması tamamlanana kadar ve hatta tahkikat sona erip de sözlü yargılamaya geçmeden önce herhangi bir zamanda keşif kararı alınabileceksede, keşif, hâkimin uyuşmazlık konusunu bizzat yakından görüp gözlemesi ve bütün duyularıyla algılaması olduğuna göre, hâkiminin önce diğer delilleri toplaması, değerlendirmesi, dosyayı keşif aşaması için olgunlaştırması ve ondan sonra keşif kararı alarak keşfe gitmesi esastır. Aksi hâlde yapılan keşif yetersiz ve eksik kalabileceğinden yeniden keşif ihtiyacı ortaya çıkar ki, bu husus ek gider, zaman ve emek kaybına sebebiyet vereceğinden usul ekonomisine (HMK m.30) aykırıdır (YILMAZ, E.; *Usul Ekonomisi*, AÜHFD, C. 57, S. 1, Y. 2008, s. 261. YILMAZ; *Şerh*, C. II, s. 2850).

³⁶ Keşif yeri ve zamanı açık ve net biçimde kararda belirtilmelidir. Keşif zamanı gün ve saat olarak gösterilmelidir. Resmî çalışma saatleri dışında ve adlî tatil sırasında da keşif yapılabilir (HMK

ve hangi tarafın ne kadar süre içinde bu giderleri ödemesi gerektiği, keşif sırasında bilirkişi incelemesi yapılacaksa³⁷ veya tanık dinlenecekse bu hususlara dair açıklayıcı bilgiler ve sayılan tüm bu hususlara uyulmaması halindeki gerçekleşecek sonuçlar keşif kararında yer almalıdır.³⁸

Nihayet tarafların ve gerekiyorsa üçüncü kişilerin keşfe katlanma yükümlülüklerinin bulunduğu hususu ve katlanma yükümlülüğünün ihlali halinde sonuçların neler olabileceğiyle ilgili ihtar da keşif kararında yer almalıdır.

Öte yandan İsviçre hukukunda, Türk hukukunda olduğunun aksine, mahkeme keşif kararında delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğünden “kaçınma hakkı” kapsamında taraflara ve üçüncü kişiye keşfe katlanmaktan kaçınabilecekleri hususunu hatırlatması gerekir (İsv.FUK m.161/1). Mahkeme

m.103/1). Keşif icrasında tarafların mutlaka hazır bulunmasına gerek yoktur. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 290. maddesinin ikinci fıkrasına göre keşif, taraflar hazır ise huzurlarında, aksi takdirde yokluklarında icra edilir. Ancak keşif zamanının tayininde tarafların durumu da göz önünde bulundurulup, keşif yer ve zamanının taraflara bildirilmesi gerekir. Buna karşın, keşif gün ve saati tarafların veya vekillerinin buldukları duruşmada onlara bildirilmişse, ayrıca onlara davetiye gönderilmesine gerek yoktur. Tarafların mazeretleri olmaksızın duruşmaya gelmedikleri takdirde keşif kararı alınmışsa, bu takdirde de keşif davetiyesiyle tarafları haberdar etmek gerekmez. Nitekim tahkikatın başında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 147. maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak taraflara meşruhatlı davetiye gönderilir. Bu davetiyede belirlenen gün ve saatte geçerli bir özrü olmadan tarafların mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde, duruşmaya yokluklarında devam edileceği ve yapılan işlemlere itiraz edilemeyeceği bildirilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 290. maddesine ilişkin Hükümet Gerekçesi'nde de bu sonuç vurgulanmıştır. Bu hâlin dışında, taraflara haber vermeden ve hatta bazen henüz dava dilekçesi dahi tebliğ edilmeden keşif yapılması Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde yer alan ve medenî usûl hukukuna hâkim olan hukukî dinlenme hakkının ihlali olduğu Yargıtay kararlarında da ifade edilmektedir. Bu husus Yargıtay'ın bir kararında kısaca şu şekilde ifade edilmiştir: “[...] Hükme esas alınan keşif davalılara dava dilekçesi tebliğ edilmeden evvel davadan haberdar olmadığı tarihte yapıldığı anlaşılmaktadır. Kanunun 290'uncü maddesi uyarınca keşif, taraflar usulen davet edildikten sonra hazır iseler huzurlarında, aksi takdirde yokluklarında yapılır. Bu kuralın ihlali halinde bir tarafın savunma hakkı kısıtlanmış; hukuki dinlenilme hakkı elinden alınmış sayılır (HMK m.27). Usulünce yapılmayan bu keşfe dayanarak hüküm kurulamaz [...]” (14. HD. T. 4.6.2012, E. 6815; 7888, ABAY, D.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tatbikatı*, Ankara 2014, s. 143). Benzer yönde diğer kararlar için bkz. Y. 14. HD. T. 30.01.2012, E. 493, K. 983; Y. 14. HD. T. 18.04.2011, E. 3780; K. 5139, Kazancı). Yine bir Yargıtay kararında isabetle belirtildiği üzere, tensip kararıyla keşif yapılmasına karar verilip de, tarafların keşfe davet edilmemesi hukukî dinlenme hakkına aykırılık teşkil eder: “[...] Keşif yöntemi, anılan Kanunun 290. maddesine uygun değildir. Yargılamanın bu yöntemle bitirilmesi 6100 Sayılı HMK'nın 27. maddesinde düzenlenmesi yapılan 'hukuki dinlenilme' ilkesine de uygun düşmez [...]” (14. HD, 21.03.2012, 3296/4163, (Kazancı)). Hukukî dinlenme hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin altıncı maddesinde ve Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu hakkında bkz. ÖZEKES, M.; *Medenî Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003, s. 56-57. HANAĞASI; s. 108-109. AKTEPE-ARTIK, S.; *Medenî Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara 2014, s. 362-364.

³⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinde düzenlenen soybağının tespiti amacıyla inceleme yapmak için taraflar veya üçüncü kişilerden kan, doku veya sıvı alımı işlemi için bilirkişiye başvurulması zorunludur.

³⁸ ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1953. KURU; *Şerh*, C. III, s. 2830-2831. KURU; *El Kitabı*, s. 511. KURU; *Ders Kitabı*, s. 320. KURU / ARSLAN / YILMAZ; s. 436. ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM; *Medenî Usul*, s. 371. ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI; s. 458. SUNGURTEKİN-ÖZKAN; s. 299. KARSLI; s. 578. GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU; s. 561.

hatırlatmada bulunmadığı takdirde, kaçınma durumunun mahkemece haklı görülmemesi veya ilgili kişi tarafından rıza gösterilmesi halleri saklı kalmak üzere, keşif neticesinde elde edilen delilleri dikkate alamaz (İsv.FUK m.161/2).

Keşfin icrası kural olarak tarafların katılımıyla gerçekleşir. Ancak keşfin icrası bazı hallerde taraf olmayan üçüncü kişileri de ilgilendirebilir. Keşfe katlanma zorunluluğunun doğduğu bu hallerde keşfe ilişkin ara kararın içeriği ve özellikle keşfin yeri ve zamanı üçüncü kişiye de bildirilir. Gecikmesinde zarar umulan hâllerde ise, keşfin bildirim yapılmadan gerçekleşmesi mümkündür (HMK m.291/3).

C. Keşfin Mahkeme Usûl İşlemi Oluşu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesinin birinci fıkrasına göre, keşfe ancak hâkim karar verebilir ve keşif bizzat hâkim tarafından icra edilir. Keşif konusu, mahkemenin yargı çevresi dışında ise inceleme istinabe suretiyle yapılır (HMK m.289). Toplu mahkemelerde mahkeme binası dışında yapılacak keşif için naip hâkim (üye) görevlendirilebilir ya da keşif heyet halinde yapılabilir.³⁹

Mahkeme keşif sırasında tanık ve bilirkişi dinleyebilir (HMK m.288/1, 290/2).

Keşif mahkemece yapılabilecek bir işlem olduğundan hâkimin katılımı olmaksızın sadece bilirkişi tarafından yerine getirilemez. Dolayısıyla bilirkişiye tek başına keşif yapması için yetki devri mümkün değildir.⁴⁰ Bu nokta önemlidir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesinin birinci fıkrasına göre, hâkimin uyuşmazlık konusu hakkında bizzat inceleme yaparak bilgi sahibi olmak amacıyla keşif yapılmasına karar verebilir. Anılan hükmünde yer alan "bizzat" ifadesi dikkat çekicidir.

Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesinin birinci fıkrasına ikinci cümlesinde yer alan "hâkim gerektiğinde bilirkişi yardımına başvurur" ibaresi, 2006 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın ilk halinde mevcut değilken, sonradan TBMM Adalet Komisyonunca, hâkimin keşfi kendisinin yapmayıp dosyayı bilirkişiye vererek yaptırmasını önlemek ve keşfin mahkeme usûl işlemi olarak bizzat hâkim faaliyeti olduğunu vurgulamak için eklenmiştir.⁴¹

³⁹ AŞIK; s. 29. EGE; s. 16. BK ZPO-Bühler, Art. 181, N. 32. WEIBEL / WALZ; in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 181, N. 18. MÜLLER; DIKE-Komm-ZPO, Art. 181, N. 5, 19. KUKO ZPO-Oberhammer; Art. 181, N 2. MEIER; s. 321.

⁴⁰ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES; s. 412. ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1951. KURU; *Şerh*, C. III, s. 2854. KURU; *El Kitabı*, s. 512. KURU; *Ders Kitabı*, s. 321; KURU / ARSLAN / YILMAZ; s. 437. YILMAZ; *Şerh*, C. III, s. 2857, 2860. ARSLAN/ YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI; s. 458. KARSLI; s. 578. GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU; s. 561. TORAMAN; s. 73.

⁴¹ "Tasarının 292'nci maddesinin birinci fıkrasında, anlam karışıklığına yol açtığı, uygulamada hâkim tarafından uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organları yardımıyla yapılması gereken keşfin,

Keşif medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerden doğrudanlık ilkesinin uygulanmasının en açık örneklerinden biridir.⁴² Delillerin değerlendirilmesi bakımından önem arz eden bu ilke, hâkime doğrudan doğruya delile temas etmesi ve delilin niteliğine göre onu duyuları aracılığıyla bizzat algılaması gereğini ifade eder. Delillerin değerlendirilmesinde bunu mümkün kılan ise keşiftir. Dolayısıyla keşif bizzat hâkim tarafından icra edilmelidir. Keşif tamamlandıktan sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 290. maddesinin ikinci fıkrasına göre, keşif tutanağı düzenlenir. Bu tutanağa keşif sırasında yapılan tüm işlemler; hâkimin gözlemleri⁴³ tanık dinlenmiş ise ifadesi, bilirkişi dinlenmişse görüşü ve tarafların beyanları⁴⁴ yazılıp, keşif konusuyla ilgili varsa plan, çizim, kro-

kendisine gerek kalmadan bilirkişi aracılığıyla yapılmasını önlemek amacıyla, başka bir deyişle hâkimin bizzat kendisinin keşif yapmasını sağlamak amacıyla değişikli yapılmış, ayrıca keşif konusunda gerektiğinde hâkimin bilirkişi yardımına başvurmasını düzenleyen cümle fıkraya eklenmiş ve madde teselsül sebebiyle 294'üncü madde olarak kabul edilmiştir" (TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 393, s. 156). Dolayısıyla keşif yapma yetkisinin bilirkişiye devredilmesi mümkün değildir (PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES; s. 412. ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1951. KURU; *Şerh*, C. III, s. 2854. KURU; *El Kitabı*, s. 512. KURU; *Ders Kitabı*, s. 321. KURU / ARSLAN / YILMAZ; s. 437. YILMAZ; *Şerh*, C. III, s. 2857, 2860; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM; *Medenî Usul*, s. 372. ARSLAN / YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI; s. 458. KARSLI; s. 578. GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU; s. 561). Hukuk Muhakemeleri Kanununun 378. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, bilirkişi, hâkim kararıyla, tarafların da hazır bulunabileceği bir yer ve zamanda uyumsuzluk konusu şey üzerinde inceleme yapabilir. Bu hüküm gereği bilirkişinin yaptığı inceleme bir keşif faaliyeti olmayıp, bilirkişinin etkili ve tam bir rapor yazabilmesi için, ona tanınmış yetkilerden biridir.

⁴² ERDÖNMEZ, G.; *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 838. Doğrudanlık ilkesi, delillerin değerlendirilmesinin adeta "can damarı"dır (YILDIRIM, M. K.; *Medenî Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s. 90; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM; *Medenî Usul*, s. 189). Nitekim hâkim, keşfin icrasında keşif konusunu herhangi bir aracı olmadan doğrudan algılar ve onun hakkında bilgi edinir; keşif konusunu daha iyi anlayabilmek için keşif yerinde tanık dinleyebilir ve bilirkişi incelemesi yaptırabilir (ERDÖNMEZ; *Pekcanitez Usûl*, s. 838. PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES; s. 411. ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN; s. 535. KURU; *Şerh*, C. III, s. 2854. KURU; *Ders Kitabı*, s. 322. KURU / ARSLAN / YILMAZ; s. 437. UMAR; *Şerh*, s. 831. ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI; s. 459. YILMAZ; *Şerh*, C. III, s. 2861-2862; Tanrıver; s. 1009; SUNGURTEKİN-ÖZKAN; s. 298. GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU; s. 563. MUŞUL; s. 427. KARSLI; s. 579; ULUKAPI; s. 412. ARSLAN, A. S.; *Medenî Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi*, Ankara 2012, s. 127-128).

⁴³ Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan 09.07.2017 tarihli "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı" keşif tutanağıyla ilgili Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 290. maddesinin ikinci fıkrasına şu şekilde bir ekleme öngörmektedir: "Tutanağa hâkimin keşif konusu ve mahalliyle ilgili gözlemleri de yazılır". Bu düzenleme kanaatimizce yerindedir. Aynı yönde bkz. GÖKSU, M.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tadili İhtiyacı ve Bu Konudaki Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi*, TAAD, 2017/32, s. 87. Bununla birlikte Özekes'in, anılan eklemenin gerekli olmadığı ancak faydalı fazlalık olduğu, keşif amacının ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 290. maddesinin özünde bu gerekliliğin zaten var olduğu, böyle bir düzenlemeye rağmen genel geçer ifadelerle yetinen hâkimlerin olabileceği, bunun kanunî düzenleme konusu değil, görev bilinci, etik ve eğitim konusu olduğu şeklindeki görüşüne katılmaktayız (ÖZEKES, M.; *Hukuk Muhakemeleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı Üzerinde Değerlendirme ve Görüş*, İzmir 2017, s. 37).

⁴⁴ MÜLLER; DIKE-Komm-ZPO, Art. 182, N. 9; WULLSCHLEGER; OFK-ZPO, Art. 182, N. 1; BK ZPO-Bühler; Art. 182, N. 5; KUKO ZPO-SCHMID; Art. 182. Tarafların keşif sırasında hazır bulunabilmeleri delillerin toplanması faaliyetine katıldıklarının bir göstergesi olup, ispat hakkının gereğidir (HANAĞASI; s. 393, dn. 455).

ki, fotoğraf gibi belgeler de eklenir (HMK m.290/2).⁴⁵ Mahkemece deliller değerlendirilip hüküm verilirken, keşif işlemi bakımından, sadece keşif tutanağında yer alan hususlar dikkate alınmalıdır. Başka bir ifadeyle, keşif sonucunda elde edilen bilgiler, ancak keşif tutanağında da yer alıyorsa (keşif tutanağından anlaşılıyorsa) hükme esas alınabilir.⁴⁶ Keşif tutanağı yargılamayla ilgili diğer tutanaklarla aynı nitelikte olup (HMK m.154), Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 156. maddesine göre, keşfin yapılmış olduğu ancak resmî belge niteliği taşıyan keşif tutanağıyla ispat olunabilir.⁴⁷ Hâkimin katılımı olmaksızın uyuşmazlık konusu şeyin, dosyanın bilirkişiye veya zabıt kâtibine verilerek onlar aracılığıyla incelenmesi ve hâkimin bu inceleme sonucunu tutanakta görerek değerlendirmesi mümkün değildir.⁴⁸ Bu halde ortada bir keşif delili yoktur. Düzenlenen tutanak ise keşif tutanağı olarak değerlendirilemez.

⁴⁵ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES; s. 412. ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1952. ATALI / ER-MENEK / ERDOĞAN; s. 536. ANSAY; s. 315. KURU / ARSLAN / YILMAZ; s. 438. KURU; *Ders Kitabı*, s. 323. ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI; s. 460. YILMAZ; *Şerh*, C. III, s. 2868. TANRIVER; s. 1009. POSTACIOĞLU / ALTAY; s. 754. MUŞUL; s. 427. GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU; s. 563. KARSLI; s. 579. ULUKAPI; s. 412. Söz konusu belgelerin keşif tutanağına eklenmesiyle keşifteki bilirkişi raporu ile yargılama sonunda verilen kararın da denetimi sağlanmış olur (YILMAZ; *Şerh*, C. III, s. 2869). İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 182. maddesine göre de, keşif tamamlandıktan sonra keşif tutanağı düzenlenir ve bu tutanağa gerektiği takdirde plan, çizim, fotoğraf ve başkaca belgeler eklenebilir (MÜLLER; DIKE-Komm-ZPO, Art. 182, N. 7. WULLSCHLEGER; OFK-ZPO, Art. 182, N. 1. BK ZPO-BÜHLER; Art. 182, N. 4; BSK ZPO-DOLGE; Art. 182, N. 1. WEIBEL/ WALZ; in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 182, N. 4).

⁴⁶ MÜLLER; DIKE-Komm-ZPO, Art. 182, N. 5. WULLSCHLEGER; OFK-ZPO, Art. 182, N. 1. BK ZPO-BÜHLER; Art. 182, N. 3. BSK ZPO-DOLGE; Art. 182, N. 2. WEIBEL / WALZ; in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 182, N. 1. GASSER / RICKLI; s. 180.

⁴⁷ Keşif tutanağı resmî belge niteliğini haiz olup, keşifle ilgili tek ispat aracıdır (YILMAZ, O.; *Hukukta Keşif*, 2. Bası, İstanbul 1988). Keşif tutanağı, ona dayanılarak hüküm vermeye elverişli derecede açık değilse, ona (keşif tutanağına) dayanılarak hüküm verilmesi istinaf ve bozma sebebi-dür (UMAR; *Şerh*, s. 837. GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU; s. 563). Örneğin, "[...] Keşif zabıt varakası, ihtilâfın halline medar olacak derecede-vazih değilse bozma sebebi olur [...]" HGK, 12.01.1955, 1/19-11 (ERSOY, R.; *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*, Ankara 1976, s. 807). Keşif tutanağı keşif sonucunda elde edilen bilgileri mümkün olduğunca eksiksiz biçimde içermelidir (MÜLLER; DIKE-Komm-ZPO, Art. 182, N. 7. WULLSCHLEGER; OFK-ZPO, Art. 182, N. 1. BSK ZPO-DOLGE; Art. 182, N. 1).

⁴⁸ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES; s. 412. ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1951. KURU; *Şerh*, C. III, s. 2854. KURU; *El Kitabı*, s. 512. KURU; *Ders Kitabı*, s. 321; KURU / ARSLAN / YILMAZ; s. 437. ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI; s. 458. YILMAZ; *Şerh*, C. III, s. 2857, 2860. BOLAYIR; s. 460; GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU; s. 561. ARSLAN; *Doğrudanlık İlkesi*, s. 40. KARSLI; s. 578. İsviçre hukukunda da baskın görüşe göre keşif bizzat hâkim tarafından icra edilmelidir. Bu hususta keşif mahkeme heyetince ya da naip hâkim (üye) tarafından icra edilebilir (BK ZPO-BÜHLER, Art. 181, N. 32; WEIBEL / WALZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 181, N. 18. MÜLLER; DIKE-Komm-ZPO, Art. 181, N. 5, 19; KUKO ZPO-OBERHAMMER; Art. 181, N. 2. MEIER; s. 321. İsviçre hukukunda azınlıkta kalan karşı görüşe göre, keşif konusu hakkında uzmanlığının bulunması şartıyla keşif mahkeme kâtibince de icra edilebilir (BSK ZPO-DOLGE; Art. 181, N. 13).

D. Keşif Giderlerinin Ödenmesi

Yargılama giderlerinden⁴⁹ biri olan keşif giderlerinin (HMK m.323/1-d) ödenmesi, keşfin icrası bakımından özel öneme sahiptir. Nasıl ki hâkim keşif kararı almadan keşfin icrası mümkün değilse, hâkimin keşif kararında açıkça göstereceği keşif giderlerinin ödenmemesi halinde de kural olarak keşfin icrası gerçekleşmez.

Keşif kararında hâkim keşif giderlerini⁵⁰ tam olarak belirlemeli ve bu giderlere hangi tarafın katlanacağını açıkça göstermelidir. Keşif giderlerinin ne zamana kadar yatırılacağına dair Kanun'da ya da ikincil mevzuatta bir düzenleme mevcut olmadığından ötürü, hâkim hangi tarihe kadar bu giderlerin ödenmesi gerektiğini de yine kararında belirtmeli ve belirlenen giderin verilen kesin süre⁵¹ içinde yatırılmamasının sonucunu da keşif giderini ödemekle yükümlü tarafa ihtaren bildirmelidir.⁵²

Her ne kadar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120. maddesinin ikinci fıkrasına göre her yıl Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan ve dava şartı niteliğinde olan gider avansına ilişkin Gider Avansı Tarifesi'nin⁵³ dördüncü maddesinin birinci fıkrasında "keşif harcı avansı" düzenlemesi yer alsa da, keşif gideri delil avansı kapsamında değerlendirilmelidir.⁵⁴ Keşif talebinde bulunan taraf

⁴⁹ Yargılama giderleri genel olarak bir yargısal koruma faaliyetinin yürütülebilmesi için ödenmesi gereken ve bu sebeple ortaya çıkan giderler olup, harçlar, masraflar ve vekâlet ücreti olarak üçe ayrılır (ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 2385. PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES; s. 536. SİMİL, C.; *Belirsiz Alacak Davası*, İstanbul 2013, s. 327).

⁵⁰ Keşif giderleri genel olarak hâkimin ve zabıt kâtabinin yol tazminatı ve taşıt giderleri (3717 sayılı Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun, RG, 16.05.1981, S. 20873; HMK m.120/1, Gider Avansı Tarifesi, m.4/1-c, RG. S. 30550, T. 29.09.2018) ile eğer dinlenecekse tanıklara ilişkin davetiye giderleri (HMK m.120/1, Gider Avansı Tarifesi, m.4/1-a) ile tanık giderleri (HMK m.265/1) ve bilirkişi görüşüne başvurulmuşsa bilirkişiye ilişkin davetiye giderleri (HMK m.120/1, Gider Avansı Tarifesi, m.4/1-a) ile bilirkişi giderinden (HMK 283/1) oluşur.

⁵¹ Hâkimin keşif giderinin yatırılması için vereceği sürenin "kesin" olması, hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120. maddesinin ikinci fıkrası hem de aynı Kanun'un 324. maddesinin gereğidir.

⁵² PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES; s. 413; PEKCANİTEZ, H., *Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei*, Makaleler, C. II, İstanbul 2016, s. 631. ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1953. KURU; *Şerh*, C. III, s. 2831, 2839-2840, 2843. KURU; *El Kitabı*, s. 510-511. KURU; *Ders Kitabı*, s. 3220. KURU / ARSLAN / YILMAZ; s. 436. UMAR; *Şerh*, s. 833; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI; s. 458; YILMAZ; *Şerh*, C. III, s. 2853. SUNGURTEKİN-ÖZKAN, s. 299. AŞIK; s. 85. GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU; s. 561. KARSLI; s. 578. BERBEROĞLU-YENİPİNAR, F.; s. 37.

⁵³ RG, 29.09.2018, S. 30550.

⁵⁴ Keşif giderlerinden sadece "davetiye giderleri" gider avansı kapsamında değerlendirilmelidir. Gider avansı ile delil avansının hukukî nitelikleri, amaçları ve sonuçları tamamen farklıdır. En önemli farklılık ise, gider avansı bir dava şartıdır ve dolayısıyla verilen süre içinde avans yatırılmazsa dava, dava şartı eksikliğinden usulden reddedilir (HMK m.120, f. 2). Hâlbuki delil avansının süresinde yatırılmaması hâlinde dava reddedilmez; sadece ilgili taraf o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılır (HMK m.324). Ancak Gider Avansı Tarifesi'nde isabetsiz biçimde "gider avansı" ile "delil avansı" kavramları birbirine karıştırılmıştır. Bu hususta bkz. ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 2401. PEKCANİTEZ, H.; *Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei*, Makaleler, C. II, İstanbul 2016, TBBD, 2012/99, s. 25. AŞIK; s. 83-84. HANAĞASI; s. 436-437. TORAMAN; s. 273.

giderleri ödememezse bu delilden vazgeçmiş sayılır⁵⁵ (HMK m.324/2). Mahkeme artık keşif yapılmaksızın mevcut delilleri değerlendirerek kararını verir.

Taraflar keşif talebinde bulunmasa dahi, gerekli ise mahkemenin kendiliğinden keşfe karar verebileceğini yukarıda belirtmiştik.⁵⁶ Keşif harcı avansı delil ikamesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünüldüğünde, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde hâkim tarafından kendiliğinden keşfe karar verilmişse hâkim, keşif giderlerinin taraflardan biri veya takdir edilecek bir oranda her iki tarafça ödenmesine karar verebilir. Bu halde giderlerin ödenmemesi halinde ise, ileride ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazine'den ödenmesine hükmedilerek keşif icra edilir (HMK m.325). Bu noktada kanaatimizce, mahkeme her zaman kendiliğinden keşfe karar verebileceğinden ötürü, “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği” ya da “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği” dava şeklinde bir ayırım yapılmasına gerek yoktur. Aynı şekilde bir davanın keşif açısından kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı bir dava veya taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı bir dava olmasının herhangi bir önemi yoktur. Doktrinde

⁵⁵ *Kuru*, avans yükümlülüğünü yerine getirmeyen taraf keşif talebinden vazgeçmiş sayılacağından, keşif isteyen taraf davacı ise, iddiasını ispat edemediği için, davanın reddinin gerektiğini ileri sürmektedir. Üstelik yazar, davanın bu şekilde reddi kararının esas bakımından olduğundan maddî anlamda kesin hüküm teşkil ettiğini yani davacının keşif avansını yatırmaya hazır olduğu takdirde dahi aynı davayı açamayacağını öne sürmektedir (KURU; *Ders Kitabı*, s. 320). Yazarın bu görüşüne katılmamaktayız. Davacı taraf keşif giderini ödemezse, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 324. maddesine göre, sadece keşif talebinden vazgeçmiş sayılır. Hâkim bu durumda hemen davanın reddine karar vermemeli; dosyadaki diğer delilleri değerlendirerek bir karara varmalıdır. Mevcut delil durumuna göre (vazgeçilmiş sayılan keşif delilinin yokluğuna rağmen) delil avansını yatırmayan tarafın davayı kazanması pekâlâ mümkün olabilir. Yani Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 324. maddesinde yer alan keşfe ilişkin avans, delil ikame avansı olup, gider avansı olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere yatırılmayan delil avansı davanın reddine yol açmamalıdır (ÖZBEK, M. S.; *Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı*, 3. Bası, Ankara 2018, s. 135. AŞIK; s. 84. HANAĞASI; s. 437). Ayrıca doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, silahların eşitliği ilkesinin temel bir anayasal hak ve ilke olmasının da gereği olarak hem davacıya hem davalıya eşit işlem yapılmalı; davacının delil ikamesi için avans ödemesinde de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 324. maddesi uygulanmalıdır (HANAĞASI; s. 438). Delillerin değerlendirilmesi hâkime ait bir yetki ve görevdir. Ancak kuşkusuz, vazgeçilmiş sayılan keşif delilinin yokluğu nedeniyle ilgili taraf ileri sürdüğü iddiayı ispat edememiş ise, dava reddedilebilir ve bu ret kararı esas yönünden olduğundan aynı konudaki diğer davalar bakımından maddî anlamda kesin hüküm oluşturur (TUTUMLU, M. A.; *Medenî Usul Hukuku Sorunları*, C. III, Ankara 2014, s. 119). Keşfin delilleri değerlendirme aracı olduğu ve keşfe diğer delillerin toplandıktan sonra karar verilmesi gerektiği göz önünde bulduğunda, mahkeme dosya kapsamındaki diğer delilleri keşif olmaksızın değerlendirdikten sonra davayı esastan karara bağlayabilir. Aynı yönde bkz. YILMAZ; *Şerh*, C. III, s. 23. *Yılmaz* isabetli olarak, keşif giderlerinin yatırılmaması halinde karşılaşılabilecek yaptırımın uygulanabilmesi için, keşif yapılmasının zorunlu olmasının, dava dosyasının keşfe hazır hale gelmiş bulunmasının, yatırılacak keşif giderlerinin açık bir şekilde ne kadar süre içinde yatırılacağına karara bağlanmasının, verilen süreye uyulmamasının yaptırımlarının neler olduğunun muhataba bildirilmesinin gerektiğini ifade etmiştir (YILMAZ; *Şerh*, C. III, s. 2853). *Aşık*'in katıldığımız görüşüne göre, keşif giderlerinin tespit edilip yatırılmasına ön incelemeden sonra veya tahkikatın başında karar verilmelidir. Çünkü keşif bir tahkikat işlemidir ve dilekçeler ile ön inceleme aşaması tamamlanmadan tarafların anlaşmış oldukları ve anlaşmadıkları hususlar henüz belli değildir (AŞIK; s. 81-82).

⁵⁶ Bu hususta bkz. yuk. II, A.

haklı olarak ifade edildiği üzere, şayet mahkeme kendiliğinden keşif kararı vermişse, mahkeme keşif giderinin ödenmemesi halinde bu giderin ileride ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazine'den ödenmesine hükmedebilir.⁵⁷

Keşif giderleri, mahkemece kural olarak, davada haksız çıkan ve bu sebeple aleyhine hüküm verilen tarafa yüklenir (HMK m.326/1).⁵⁸ Mahkemenin, davada haksız çıkan tarafı yargılama giderlerine (dolayısıyla keşif giderlerine) mahkûm etmesi için mutlaka karşı tarafça bir talepte bulunulmuş olması gerekmez; bu konudaki karar mahkemece kendiliğinden verilir (HMK m.332/1). Davada iki taraf da kısmen haklı çıkmış ise mahkeme yargılama giderlerini (dolayısıyla keşif giderlerini), haklı çıkma oranına göre paylaşır (HMK m.326/2).

III. Keşfe Katlanma Zorunluluğu

A. Genel Olarak

Medenî usûl hukukunda keşfe katlanma zorunluluğu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla getirilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. ve 292. maddelerinde, taraflar ve üçüncü kişiler bakımından öngörülmuş olan keşfe katlanma zorunluluğu, mülgâ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmemiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesi keşfin icrasına katlanma zorunluluğu bakımından genel hüküm niteliğindedir. Nitekim keşif konusu ne olursa olsun taraflar ve üçüncü kişiler kural olarak keşfe katlanmak zorundadır. Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesine göre, soybağının tespiti amacıyla vücuttan kan, doku veya sıvı örneği alınması da keşfe katlanma zorunluluğu kapsamında değerlendirilir. Anılan hükümde özel olarak sadece soybağıyla ilgili davalarda beden üzerinde gerçekleştirilecek incelemeye katlanma zorunluluğu düzenlenmiştir. Soybağının tespitiyle ilgili davalar kamu düzenini ilgilendirdiğinden, bu hususta özel olarak düzenlenme yapma ihtiyacı duyulmuştur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesinin Hükümet Gerekeçesi'nde,⁵⁹ 291. maddenin her çeşit keşif konusu bakımından uygulanma alanı bulan genel nitelikte bir düzenleme olduğu şu şekilde ifade edilmiştir: "İncelemenin konusu; beden muayenesi, doku alınması, bir belgenin tetkiki veya zilyet olunan yere girilmesi gibi zorunlulukları gerektirebilir". İşte bu şekildeki ince-

⁵⁷ AŞIK; s. 89. YURTBAŞI; s. 64. Aksi görüşteki yazarlara göre, keşif giderinin Hazine'den ödemesi için tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir dava söz konusu olmalı ve mahkemece kendiliğinden verilmiş olan keşif kararı bulunmalıdır (KURU; *Ders Kitabı*, s. 321. ÖZBEK; s. 136, 161.

⁵⁸ PEKCANİTEZ, H.; *HMK Hakkında Genel Değerlendirme*, Makaleler, C. II, İstanbul 2016, s. 613. ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 2403-2404.

⁵⁹ TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 393, s. 89.

lemeler için alınan keşif kararının gereğini taraflar ve üçüncü kişiler yerine getirmek ve engelleyici tutum ile davranışlardan kaçınmak zorundadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla getirilen düzenleme taraflar ve üçüncü kişiler bakımından bir "katlanma yükümlülüğü"dür. Yani kişiler olumsuz edimle yüklendikleri göz önünde bulundurulduğunda, onların aktif olarak keşfin icrasına katılmalarına gerek yoktur. Keşif kararının icrasını engellememeleri yeterlidir. Ancak elbette taraflar ve üçüncü kişiler, gerektiğinde keşfin kolaylıkla gerçekleşmesi için uygun ortamı ve koşulları oluşturmalarıdır.

Mülgâ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda yer almayan⁶⁰ genel nitelette böyle bir katlanma zorunluluğu getirilmesinin sebebi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde, "mahkeme çalışmasının kolaylaştırılması, taraflar için dürüstlük kuralının bir sonucu, üçüncü kişiler için kamu düzeninin sağlanmasının bir gereğidir" şeklinde açıklanmıştır.⁶¹

B. Keşfe Katlanma Zorunluluğunun Hukukî ve Teorik Temelleri

Üçüncü kişiler ve taraflar açısından keşfe katlanma zorunluluğunun temelinde aynı gerekçeler yatmaktadır. Gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler bakımından keşfe katlanma zorunluluğunun temelinde yargılamanın sağlıklı biçimde yürütülebilmesi ve maddî gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi gayesi vardır.⁶² Nitekim tüm yargılama hukuklarının amacı maddî gerçeği tespit etmek ve yargılama sonunda verilen hükümlerle tespit edilen maddî gerçekliği adli gerçekle örtüştürmeye çalışmaktır.⁶³ Tüm yargılama işlemleri ve ispat faaliyeti de bu amaca yöneliktir.

⁶⁰ Mülgâ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda keşfe katlanma zorunluluğu düzenleyen herhangi bir hüküm olmamasına rağmen, doktrinde geniş anlamda keşif olarak adlandırılan HUMK'nın 7. Kısmında "hususî esbabî hüküm" (özel hüküm sebepleri) olarak adlandırılan ve m.367'de yer alan hükmün lafzında geçen, hâkimin "tebeyyün edecek hale iktiza eden tedbirleri iktiza eder" ifadesinden yola çıkan *Kuru*, keşfe katlanma zorunluluğunun var olduğunu ileri sürmüştür. Yazar ayrıca doğrudan olmasa bile dolaylı olarak keşfe katlanma zorunluluğu olduğunu, bu zorunluluğa uyulmamasının mülgâ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 258. maddesine göre suç sayılacağını ifade etmiştir (KURU; *Şerh*, C. III, s. 2856, 2873). *Ansay* ise, keşfin icrasına, taraflarca ve üçüncü kişiler tarafından karşı gelindiğinde mahkemenin zor kullanılmasına karar verebileceğini ve bunun için devlet kuvvetine başvurulabileceğini ifade etmiştir. Yani "keşfe katlanma zorunluluğu"ndan ziyade, (sadece) keşfe aykırılık halinde mahkemenin zor kullanma kararı verebileceğini belirtmiştir (ANSAY; s. 315). *Pekcanitez / Atalay / Özekes*, kamu düzenini ilgilendiren hususlar dışında, keşfe katlanma zorunluluğunun olmadığını belirttiğinden sonra, ancak keşfe katlanmanın ispat hukukuna ilişkin aleyhte bazı sonuçlarının olabileceğini ve bu sonuçların ispat yükünü taşıyan taraf için iddia ettiği vakıanın belirsiz kalması ve ispat yükü kuralı gereği davanın aleyhe sonuçlanması; ispat yükü taşımayan ancak vakıaların aydınlatılmasına katılmakla yükümlü olan taraf için ise, karşı taraf iddialarının doğru olarak kabul edilmesi şeklinde olabileceğini ifade etmiştir (PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES; *Medenî Usûl Hukuku*, 9. Bası, s. 507).

⁶¹ TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 393, s. 89.

⁶² ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1954. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES; s. 412.

⁶³ PEKCANITEZ; *Pekcanitez Usûl*, s. 30. TANRIVER; s. 126.

Medenî usul hukukunun dayandığı temel ilkelerden olan taraflarca getirilme ilkesi ve tasarruf ilkesi, medenî yargıda maddî gerçeğe ulaşma yolunda, hâkimiyeti kural olarak taraflara bırakmıştır.⁶⁴ Kuşkusuz kamu düzeninin ağırlıkta olduğu durumlarda kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlilik kazanır; mahkeme kendiliğinden vakıaları ve delilleri toplar, değerlendirir ve tarafların ikrarı, ile davayı kabulü sonuç doğurmaz.

Kamu düzenini ilgilendirmeyen ve kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulanmadığı davalarda dahi, birçok modern yargılama hukuku sisteminde olduğu gibi maddî gerçeğe ulaşmak için, ülkemizde uygulanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da taraf hâkimiyetini sınırlandıran, onlara yükler ile yükümlülükler getiren ve hâkime ödevlerle birlikte yetkiler veren düzenlemeler mevcuttur.⁶⁵

Medenî usul hukukunda taraflar ve üçüncü kişiler davayı aydınlatma ödevi (*Aufklärungspflicht*) kapsamında uyuşmazlığın çözümlenmesine katkıda bulunmalıdır. Aydınlatma ödevi, vakıaların aydınlatılmasına olumlu şekilde katkıda bulunma yükü olarak da ifade edilir. Davayı aydınlatma ödevi kapsamında tarafların ve üçüncü kişilerin delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülükleri söz konusu olup, bu nedenle yargılamada pasif kalmayarak uyuşmazlığın çözümlenmesi için mahkemeye yardım etmeleri gerekir.⁶⁶ Davayı aydınlatma ödevi ile özellikle aydınlatma ödevi kapsamındaki delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğünü taraflar ve üçüncü kişiler bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Çünkü bu hususta taraflar ve üçüncü kişiler açısından farklı hukukî sonuçlar söz konusudur.

Yargılamanın tarafları uyuşmazlığın aydınlatılması için aydınlatma ödevi uyarınca mahkemeye yardım etmelidir. Aydınlatma ödevi özellikle iddia ve ispat yükünü taşıyan taraf iddialarını somutlaştırmakta ve delillerini ibraz etmekte zorlanırken, bu hususta açıklama yapmak karşı taraf için daha kolaysa önemli bir rol oynar. İddia ve ispat yükünü taşıyan taraf bazen ancak karşı tarafın yardımıyla iddiasını ispat edebilir.⁶⁷

⁶⁴ Hâkim ve tarafların yargılamadaki gücünün dengelenmesinin çok önemli olduğunu belirterek taraflarca getirilme ilkesi ile kendiliğinden araştırma ilkesini karşılaştırarak mukayeseli hukuk bağlamında değerlendiren görüş için bkz. YILDIRIM M. K.; *Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Rolü*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, s. 3028-3037.

⁶⁵ Taraf hâkimiyetini sınırlandıran ve hâkimin yargılamadaki yetkilerini arttırıp ona ödevler yükleyen düzenlemelerin başında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde yer alan "hâkimin davayı aydınlatma ödevi" gelir. Buna göre, şartları oluştuğunda hâkim, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir. Ayrıca, hâkim tarafların talebi olmadan da (kendiliğinden) bilirkişi görüşüne başvurması (HMK m.266), tarafları isticvap edebilmesi (HMK m.169) ve keşif yapması (HMK m.288) ve toplu mahkemelerde gerçeğin tespiti için gerekiyorsa yeni delil getirilmesine karar vermesi (HMK m.185) aynı amaç için öngörülen diğer düzenlemelere örnek olarak verilebilir.

⁶⁶ AŞIK; s. 145. ERDÖNMEZ; s. 32. ATALAY; *Pekcanitez Usul*, s. 1725. BOLAYIR; s. 466.

⁶⁷ ERDÖNMEZ; s. 33.

Tarafların davayı aydınlatma ödevi, ispat yükünü taşımayan tarafın çekişmeli vakıaların aydınlatılmasına olumlu şekilde katkıda bulunma yükü olarak tanımlanır.⁶⁸ Taraflar için aydınlatma ödevi, iddia ve ispat yükünü taşımayan tarafın uyuşmazlığın çözümü için önem taşıyan vakıalar ve deliller hakkında bilgi vermesini, delillerin toplanmasına olumlu şekilde katkıda bulunmasını, belirli davranışları yapmaktan kaçınmasını ve bazı konularda katlanma zorunluluğunu öngörür.⁶⁹ Örneğin, belgelerin ibrazı mecburiyeti, keşfe katlanma zorunluluğu ile soybağının tespiti için yapılacak incelemeye katlanma zorunluluğu taraflara getirilen davayı aydınlatma ödevinin görünümüdür. Dolayısıyla keşifte ispat yükünü taşımayan taraf, ispat yükünü taşıyan tarafa ispat konusunun delillerinin ikamesi hususunda yardım etmeye özel kanun hükmüyle zorlanmış olup, bu sebeple keşfe katlanma zorunluluğuyla karşılaşmaktadır.⁷⁰

Üçüncü kişilerin bakımından da davayı aydınlatma ödevi, yani vakıaların aydınlatılmasına olumlu şekilde katkıda bulunma yükümlülüğü söz konusudur. Ancak üçüncü kişilerin davayı aydınlatma ödevi ve delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğü, tarafların yükümlülüğüne göre daha sınırlıdır. Üçüncü kişiler uyuşmazlığın tarafı olmayıp, uyuşmazlığın çözümlenmesine katkıları daha sınırlıdır. Bu sebeple üçüncü kişilerin davayı aydınlatma ödevi ve delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğü delil türleriyle bağlantılı olup, ancak bazı sıkı koşulların varlığı halinde söz konusu olur.⁷¹ Örneğin, üçüncü kişilerin keşfe katlanma zorunluluğu, tanıklık yapma mecburiyeti, üçüncü kişilere getirilen katlanma yükümlülüğünün görünümüdür.

Aydınlatma ödevinin somut olaydaki dayanağı pozitif hukuktaki bir düzenleme olabileceği gibi, somut olayın özelliğine göre doğrudan dürüstlük kuralı da olabilir.⁷² Ancak her durumda, davayı aydınlatma (vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunma) ödevinin medenî usûl hukukundaki temelini dürüstlük kuralı oluşturur.⁷³ Dürüstlük kuralı taraflara ve üçüncü kişilere davanın aydınlatılmasına katkıda bulunma yükümlülüğü getirir. Tarafların yargılama sırasında dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü, hukuk kurallarının taraflara yargılamayı

⁶⁸ ATALAY; s. 147. YILDIRIM; s. 159. AŞIK; s. 145.

⁶⁹ ERDÖNMEZ; s. 47. AŞIK; s. 145. YILDIRIM; 159 vd.. TERCAN; *Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü*, SÜHFD, 1996/1-2, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, s. 188-189.

⁷⁰ ATALAY; s. 147. AŞIK; s. 146. Yine örneğin, ispat yükünü taşımayan tarafın, vücudu üzerinde yapılacak inceleme ve muayeneye izin vermesi, sadece kendisinin bildiği tanık isimlerini mahkemeye bildirmesi; kanunen tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişileri, tanıklıktan çekinme zorunluluğundan kurtarması; duruşmaya çağrılarak isticvap edilmesi; haksız rekabet için açılan bir davada elindeki müşteri listesi ve kâr rakamlarını mahkemeye vermesi, katkıda bulunma yükümlülüğünün başkaca görünümleridir (ERDÖNMEZ; s. 50).

⁷¹ ERDÖNMEZ; s. 33-34. ERDÖNMEZ; *Delillerin Gösterilmesi*, s. 25-26. AŞIK; s. 146.

⁷² ATALAY; s. 147. ERDÖNMEZ; s. 54.

⁷³ ATALAY; s. 147. ERDÖNMEZ; s. 53-54. AŞIK; s. 146. ARSLAN; *Dürüstlük Kuralı*, s. 89-90, 118. Aydınlatma ödevinin maddî hukuktaki temeli ise karşı taraftan bilgi alma ve ibraz talebinde bulunma hakkıdır (ERDÖNMEZ; s. 35).

kötüniyetli yürütme olanağı vermediği düşüncesine dayanır.⁷⁴ Dürüstlük kuralı medenî yargıda taraf hâkimiyetini sınırlandırır. Dürüstlük kuralı taraflara ve üçüncü kişilere bazı usûlî işlemlere katılmaları, bazı usûlî işlemleri bizzat yerine getirmeleri, açıklamada bulunmaları veya ellerindeki delilleri ibraz etmeleri yönünde yükümlülükler getirir. Söz konusu yükümlülüklerle ilgili pozitif bir hukuk kuralı bulunmadığı takdirde, somut olayın özelliğine göre dürüstlük kuralı uygulanır.⁷⁵

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesi hukukun temel ilkelerinden biri olan, Türk Medenî Kanunu'nun ikinci maddesinde öngörülen "dürüstlük kuralı"nın⁷⁶ özel görünümünü teşkil etmektedir.⁷⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü" kenar başlıklı 29. maddesine göre, taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorunda olup, davanın dayanağı olan vakialara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun biçimde yapmakla yükümlüdür.⁷⁸ Taraflar ve üçüncü kişiler maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasının araçlarından biri olarak gerçekleştirilen keşfin icrasını engelleyecek tutum ve davranışlardan dürüstlük kuralı gereği kaçınmak zorundadır. Nitekim ispat yükü üzerinde olmayan taraf, diğer taraf ispat faaliyetinde bulunurken keşfin icrasına izin vermemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Üçüncü

⁷⁴ PEKCANİTEZ; *Pekcanitez Usûl*, s. 34-35, 74. PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES; s. 12, 196-197. ÖZEKES; *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 80. ARSLAN; *Dürüstlük Kuralı*, s. 117; ATALAY; s. 148. ERDÖNMEZ; s. 53. AŞIK; s. 146. YILDIRIM; s. 144. TANRIVER, S.; *Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi*, TBBD, 2006/65, s. 375. Bu düşünce, bir konuda pozitif hukuk normu bulunmasa dahi doğrudan yargılamanın amacının gereğidir (UMAR, B. / YILMAZ, E.; *İspat Yükü*, 2. Bası, İstanbul 1980, s. 197).

⁷⁵ ATALAY; s. 141-142. ERDÖNMEZ; s. 54. TERCAN; s. 186 vd.

⁷⁶ Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı emredici nitelikte olup, aksine sözleşme yapılamaz. Hâkim her iki kuralı da yargılama hangi aşamada olursa olsun hüküm verilinceye kadar kendiliğinden gözetir (AKYOL, Ş.; *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 10). Dürüstlük kuralı yargılamanın sadece sözlü kısmına ve duruşmalara ilişkin olmayıp yargılamadaki bütün işlemleri kapsar (TERCAN; s. 186-187. YILDIRIM; s. 150-151. ATALAY; s. 144).

⁷⁷ ERDÖNMEZ; *Pekcanitez Usûl*, s. 912. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesindeki düzenleme esas itibarıyla, Türk Medenî Kanunu'nun ikinci maddesinde yer alan dürüstlük kuralının, hukuk davalarında da uygulanacağını öngörmektedir (KURT KONCA, N.; *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü*, Ankara 2016, s. 109). Örneğin, "[...] Nitekim aynı konuya Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesinde de yer verilmiştir [...] Bu maddenin birinci fıkrasında dürüstlük kuralı, ikinci fıkrasında ise doğruyu söyleme yükümlülüğü getirilmiştir ki bunlar "taraf hakimiyeti"nin sınırları olarak görülmektedir. Maddenin ilk fıkrası, Türk Medeni Kanunundaki "dürüstlük kuralı"nın medeni usul kanunundaki görünümüdür. Mukayeseli hukukta da dürüstlük kuralına, medeni usul kanunlarında yer verilmektedir. Bu kural, taraf usul işlemleri alanında etkisini gösterecektir. Söz konusu kurala aykırı olması hâlinde işlemin hukuki sonuç doğurması mahkemece önleneyecektir. Doğruyu söyleme ödevi tarafların yargılamadaki yükümlülüklerinden biridir. Hukukun temel ilkelerinden biri olan dürüstlük kuralına yargılama sırasında da riayet edilmelidir [...] HGK, 24.01.2018, 5-2566/85 (Kazancı). Aynı yönde bkz. 12. HD, 18.09.2018, 3657/8247 (Kazancı); 22. HD, 19.06.2018, 4752/15134 (Kazancı).

⁷⁸ Taraflar dışında yargılamaya katılan tanık, bilirkişi, uzmanlar gibi üçüncü kişilerin de yargılama sırasında dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü mevcut olup, bu yükümlülüğün temelinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesi bulunur (KURT KONCA; s. 109).

kişinin de keşfin icrasına haklı bir neden bulunmaksızın karşı koyması, dürüstlük kuralına aykırıdır. Her ne kadar keşfe katlanma zorunluluğuyla ilgili olarak pozitif hukuk kuralı mevcut olsa da (HMK m.291, 292), bu durum (aynı zamanda) dürüstlük kuralının da, keşfe katlanma zorunluluğunun temellerinden biri olduğu gerçeğini değiştirmez.

Dürüstlük kuralı bir yandan davayı aydınlatma (vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunma) ödevinin temelini oluşturduğu için (dolaylı olarak), diğer taraftan ise yargılamaya ilişkin temel ilkelerden biri oluşu için (doğrudan) keşfe katlanma zorunluluğunun hukukî temellerinden birini oluşturur.

Etkin hukukî koruma, ispat hakkıyla yakından ilgili olup, bir vakıayı ispat olanağı varsa bu olanağın kısıtlanmamasını gerektirir.⁷⁹ Aydınlatma ödevi ispat yükünü taşımayan tarafa, çekişmeli vakıaların aydınlatılmasına olumlu şekilde katkıda bulunma yükü getirdiğinden, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasını ispat edememe riskini azaltır.⁸⁰ Bu sebeple vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunma yükümlülüğü “etkin hukukî korunma hakkının” da bir sonucudur.

Dolayısıyla dürüstlük kuralı ve aydınlatma (vakıaların aydınlatılmasına katılma) ödevi, etkin hukukî koruma hakkı temelinde maddî gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla birleşir. Keşfe katlanma zorunluluğu, tarafların sadece ellerindeki bilgi ve belgeleri mahkemeye verip vermeme hususundaki serbestliklerinden çok öte, uyuşmazlık konusu vakıaların da aydınlatılmasına yönelik aktif bir yükümlülükleri olduğunun kabulüne dayanır. İşte Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 291. maddesinde keşfin icrası için getirilen genel katlanma zorunluluğu, maddî gerçeğe ulaşma amacı doğrultusunda vakıaların aydınlatılması yükümlülüğünün medenî usûl hukukundaki normatif görünümüdür.

Öte yandan taraflara için keşfe katlanma zorunluluğu öngörülmesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin altıncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan “hakkaniyete uygun yargılamanın”; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin kararlarında kullandığı ifadeyle “silahların eşitliği” ilkesinin bir gereğidir.⁸¹ Tarafların yargılama sırasında eşit usûlî imkânlarla sahip olması anlamına gelen silahların eşitliği ilkesi, özellikle kendi uhdesine ya da hâkimiyet alanında olmayan tarafın keşfe ilişkin eşyanın ya da vakıanın incelenmesine katlanmasını gerektirir.⁸²

Görüldüğü üzere, keşfe katlanma zorunluluğunun hukukî temelleri arasında yargılamada maddî gerçeğe ulaşma amacı, davayı aydınlatma (vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunma) ödevi, dürüstlük kuralı, etkin hukuki koruma ilke-

⁷⁹ AKKAN, M.; *Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma*, MİHDER, C. 3, S. 6, Y. 2007, s. 39.

⁸⁰ ERDÖNMEZ; s. 27-28. ATALAY; s. 144. AŞIK; s. 147.

⁸¹ “Çelişmeli yargılama” ilkesi ile “hukukî dinlenilme hakkının”, “silahların eşitliği ilkesi”yle olan ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HANAĞASI; s. 111 vd.

⁸² HANAĞASI; s. 24 vd.

si, hakkaniyet ve silahların eşitliği ilkesi bulunmaktadır. Ayrıca keşfe katlanma zorunluluğu, davayı aydınlatma ödevi kapsamında delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğünün gereğidir.

C. Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İsviçre Hukuku ve Alman Hukukundaki Durum

İsviçre hukukunda tarafların ve üçüncü kişilerin delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğü (*Mitwirkungspflicht*) tüm delilleri kapsayacak biçimde genel nitelikteki bir hükümde kabul edilmiştir (İsv.FUK m.160). Bu yükümlülük ispat yükünü taşımayan taraf bakımından genel nitelikteki tarafların davayı aydınlatma ödevi (*Aufklärungspflicht*) kapsamında söz konusudur.⁸³ Bu yükümlülüğün temelinde dürüstlük kuralı bulunup, bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına engel olmuş ve dürüstlük kuralına aykırı davranmış olur.⁸⁴ Söz konusu yükümlülük gerek taraflarca getirilme gerekse kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı yargılamalarda geçerlidir.⁸⁵

İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 160. maddesine göre, gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler delillerin toplanmasına katkıda bulunmakla açıkça yükümlü kılınmıştır. Mezkûr hükmün birinci fıkrasının (a) bendinde (taraflar ve üçüncü kişilerin) gerek taraf gerekse tanık olarak gerçeğe uygun şekilde beyanda bulunma yükümlülüğü; (b) bendinde taraflar ve üçüncü kişilerin ellerindeki belgeleri ibraz mecburiyeti; (c) bendinde ise taraflar ve üçüncü kişilerin vücutları üzerinde muayene yapılmasına⁸⁶ ve malları üzerinde yapılacak keşfe katlanma yükümlülükleri düzenlenmiştir. Oysa Türk hukukunda delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğüne, İsviçre hukukundaki düzenlemenin aksine, genel nitelikteki bir hükümde yer verilmemiştir. Bu sebeple Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda genel nitelikte bir davayı aydınlatma ödevi ve bu kapsamda delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğü mevcut değildir.⁸⁷ Bu yükümlülük Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun her bir delil türüne ilişkin maddelerinde, o delil türü bakımından öngörülmüştür.⁸⁸ Bu sebeple Türk hukukunda

⁸³ BK ZPO-RÜETSCHI; Vor Art. 160, N. 8. BSK ZPO-SCHMID; Art. 160, N. 9. HASENBÖHLER; in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 160, n. 4-5.

⁸⁴ BK ZPO-RÜETSCHI; Vor Art. 160, N. 8-9. BSK ZPO-SCHMID; Art. 160, N. 9.

⁸⁵ BK ZPO-RÜETSCHI; Vor Art. 160, N. 11, Art. 160, N. 30. BSK ZPO-SCHMID; Art. 160, N. 4. GASSER / RICKLI; Art. 160, N. 2. SCHÖNMANN; OFK-ZPO, Art. 160, N. 2.

⁸⁶ Soybağının tespiti için yapılacak inceleme çerçevesinde kişiden DNA analizi için kan veya saç örneği alınması da bu kapsamdadır. HASENBÖHLER; in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 160, N. 251; KUKO ZPO-SCHMID; Art. 160, N. 7 vd.

⁸⁷ ATALAY; s. 144. ERDÖNMEZ; s. 52. AŞIK; s. 145-146. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda taraflar bakımından genel bir ibraz yükümlülüğü getirilmiş olduğu yönünde bkz. ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM; *Medeni Usul*, s. 341. ERDÖNMEZ; s. 52.

⁸⁸ Örneğin, Kanun'un şu hükümlerinde tarafların veya üçüncü kişilerin delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğü açık biçimde kabul edilmiştir: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219. maddesinde tarafların, 221. maddesinde üçüncü kişilerin belgeleri ibraz etme zorunluluğu bulunur.; 228. maddesinde yemin edecek kişinin mahkemenin yargı çevresi içinde oturması ha-

keşfe katlanma zorunluluğu özel olarak düzenlenmiştir (HMK m.291, 292). İsviçre hukukunda keşfe katlanma zorunluluğu, Türk hukukunda olduğunun aksine, özel olarak düzenlenmemiş olup, delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğü kapsamında söz konusu olur (İsv.FUK m.160/1-c).

Alman hukukundaki baskın görüşe göre, Türk hukukundaki mevcut durum gibi, genel nitelikte bir aydınlatma ödevi ve bu kapsamada genel nitelikte bir delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğü söz konusu değildir.⁸⁹ Genel “nitelikteki bir aydınlatma ödevi” için yeterli normatif zemin mevcut değildir. Alman doktrinindeki baskın görüşe göre, aydınlatma ödevi genel nitelikte olmayıp, maddî hukuktan kaynaklanmakta olup, bu ödev karşı tarafın ileri sürdüğü vakıalar hakkında açıklama yapma yükümlülüğü getiren Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 138. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında söz konusu olan tarafın açıklama ödeviyle izah edilebilir.⁹⁰

Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 144. maddesine göre, mahkeme kendiliğinden; aynı Kanun’un 371. maddesine göre, mahkeme taraflardan birinin talebi üzerine keşif kararı verebilir. Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 144. maddesi, mahkemeye kendiliğinden keşif kararı verme yetkisi tanıdığından dolayı, davanın aydınlatılmasına hizmet eden nitelikte bir düzenlemedir.⁹¹ Keşfe karar verilmesi ve keşfe katlanma zorunluluğu hususlarını incelerken, Kanun’un gerek 144. gerekse 371. maddelerini birlikte değerlendirmek gerekir.

Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 144. maddesine göre, mahkeme kendiliğinden keşif yapılmasına veya bilirkişiye başvurulmasına karar verdiği takdirde,

linde mahkemeye gelme zorunluluğu vardır. Kanun’un 245. maddesinde tanıklık yapma zorunluluğu; Kanun’un 270. maddesinde bilirkişilik yapmayı kabul etme zorunluluğu Kanun’un 291. maddesinde keşfe katlanma zorunluluğu söz konusudur. Kanun’un 292. maddesinde soybağının tespiti için yapılacak incelemeye katlanma zorunluluğu mevcuttur.

⁸⁹ ARENS, P.; *Zur Aufklärungspflicht der nicht beweibelasteten Partei im Zivilprozess*, ZJP 96. Band, Heft 1, 1993, s. 16 vd.. LÜKE, G.; *Der Informationsanspruch im Zivilrecht*, JuS 1986, s. 2. STEIN / JONAS / KERN; Art. 138, N. 51. STEIN / JONAS / ALTHAMMER; Art. 144, N. 22. PRÜTTING / GEHRLEIN / PRÜTTING; Art. 138, N. 20. MUSIELAK / VOIT, (HUBER); Art. 371, N. 20. WIECZOREK / SCHÜTZE / GERKEN; Art. 138, N. 26; THOMAS / PUTZO / SEILER; Art. 138, N. 12. VORWERK / WOLF / VON SELLE; Art. 138, N. 3-4. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD; s. 660, N. 9. Doktrinde azınlıkta kalan görüşe göre, tarafların genel nitelikte bir aydınlatma ödevi söz konusudur (STÜRNER, R.; *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen 1976, s. 92, 138 vd.. STÜRNER, R.; *Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeß*, ZJP 98. Band, 1985, s. 237 vd.. MüKoZPO / FRITSCHÉ; Art. 144, N. 22. PETERS, E.; *Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners*, in: ZJP 82 (1969), s. 200 vd.. PETERS, E.; *Auf dem Weg zu einer allgemeinen Prozeßförderungspflicht der Parteien?*, Festschrift für Karl Heinz Schwab, München 1990, s. 407. MUSIELAK / VOIT, (STADLER); 138 N. 11. BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMANN; Vor 371, N. 7.

⁹⁰ ARENS; s. 21. LÜKE; 2 vd.. PRÜTTING / GEHRLEIN / PRÜTTING; Art. 138, N. 20. VORWERK / WOLF / VON SELLE; Art. 138, N. 3-4. WIECZOREK / SCHÜTZE / GERKEN; Art. 138, N. 26. STEIN / JONAS / KERN; Art. 138, N. 49-51. STEIN / JONAS / ALTHAMMER; Art. 144, N. 22.

⁹¹ STEIN / JONAS / ALTHAMMER; Art. 144, N. 1, 25. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD; s. 724, N. 16.

mahkeme, tarafların veya üçüncü kişilerin zilyetliklerinde buldukları eşyaları mahkemeye ibraz etmelerine karar vererek, bu hususta süre öngörebilir. Mahkeme, şayet konut söz konusu değilse,⁹² keşif veya bilirkişi incelemesi bakımından “katlanma yükümlülüğüne” de karar verebilir (ZPO § 144/1).

Gerek taraflar gerekse üçüncü kişi bakımından Alman Medenî Usûl Kanunu’nda, Türk hukukunda olduğunun aksine, keşfe katlanma zorunluluğuna aykırı davranıldığı takdirde keşfin zorla icrasına ilişkin bir kural mevcut değildir. Ancak soybağının tespitine ilişkin inceleme bakımından gerek taraflara gerekse üçüncü kişilere karşı zor kullanılabilir (ZPO § 372a; FamFG § 178).⁹³

D. Taraflar Bakımından Keşfe Katlanma Zorunluluğu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 291. maddesinin ikinci fıkrası keşfe karşı koyan⁹⁴ tarafın ispat yükünü taşıyan taraf olup olmamasına göre keşfe karşı koyan tarafı farklı yaptırımlara tâbi tutmuştur. Anılan hükme göre, ispat yükü kendisine düşen taraf keşfe karşı koymuşsa o delilden vazgeçmiş; diğer taraf ise, iddia edilen vakıayı ikrar etmiş sayılır.

Maddî gerçeğe ulaşma amacı doğrultusunda, dürüstlük kuralı, davayı vakıaların aydınlatılmasına katılma yükümlülüğü ve silahların eşitliği ilkesinin bir sonucu olarak keşfe katlanma zorunluluğu, her ne kadar tüm davalar bakımından ve davadaki her iki taraf için öngörülmüşse de, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalar ve ispat yükü üzerinde olmayan taraf bakımından önem arz eder.⁹⁵

İspat yükünü taşıyan taraf, keşfi engelleyici davranışlarda bulunursa, keşif delilinden vazgeçmiş sayılır. Ancak ispat yükünü taşıyan tarafın keşfi engelleyici davranışta bulunması çoğu zaman söz konusu olmaz. Çünkü bu kimse, iddia ettiği vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraftır.

⁹² Konutta keşif yapılması söz konusu olduğu takdirde, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın 13. maddesinde öngörülen “konut dokunulmazlığı” hakkı uyarınca Alman Usûl Kanunu’nun 144. maddesinde kabul edilen istisna sebebiyle gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler herhangi bir gerekçe göstermeden keşfin yapılmasına karşı koyabilir. Ancak bu durumda taraflar açısından ispatla ilgili aleyhe neticeler doğabilecektir (MUSIELAK / VOIT, (HUBER); Art. 371, N. 20. STEIN / JONAS / BERGER; Art. 371, N. 38, 42); üçüncü kişiler bakımından ise para cezası ya da disiplin hapsi yaptırımı (ZPO § 390) söz konusu olabilecektir.

⁹³ Bu hususta bkz. aşa. III, H, 1.

⁹⁴ Umar’a göre, “Keşif yapılmasına karşı koymak”tan söz etmek yerine, birinci fıkrada yapıldığı gibi, “keşfi engelleyici tutum takınmak” deyimini; hatta daha iyisi “keşfi engellemeye kalkışmak” deyimini kullanmak yerinde olurdu; şimdi dahi fıkradaki deyişi bu anlamda yorumlamak kanun koyucunun gütmüş olması beklenene amaca uygundur (UMAR; Şerh, s. 838).

⁹⁵ Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ispat yükünü taşımayan taraf uyuşmazlığın aydınlatılması için hareketsiz kalsa bile, hâkim gerçeğin ortaya çıkması için tarafların bilmedikleri vakıaları araştırabilir ve gerekli gördüğü delillerin ibrazına karar verebilir (DEREN-YILDIRIM, N.; *Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları*, Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan, İstanbul 2009, s. 258). Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda ise hâkimin böyle bir yetkisi olmadığı için, bu boşluk ancak ispat yükünü taşımayan tarafa aydınlatma ödevi getirilerek tamamlanabilir (ERDÖNMEZ; s. 62).

Buna karşın, ispat yükü üzerinde olmayan taraf özellikle uhdesinde, zilyetliğinde ya da mülkiyetinde bulundurduğu keşfe konu eşya üzerinde keşfin icrasına karşı çıkması daha muhtemeldir. İşte tarafların davayı aydınlatma ödevi kapsamında vakıaların aydınlatılmasına ve delillerin toplanmasına olumlu şekilde katkıda bulunma yükü bu noktada anlam ifade eder. Keşifte ispat yükünü taşımayan taraf, ispat yükünü taşıyan tarafa asıl ispat konusunun delillerinin ikamesinde aydınlatma ödevi uyarınca yardım etmeye özel kanun hükmüyle zorlanmış olduğundan dolayı, ispat yükü kendi üzerinde olmayan taraf keşfe katlanma zorunluluğuyla karşılaşır.⁹⁶

İspat yükü bulunmayan tarafın diğer tarafın ispatı hakkının etkin biçimde gerçekleşmesi için, mülkiyetindeki taşınmaz, zilyetliğindeki belgeler veya bedeni üzerinde kendi aleyhine delile ulaşılabilir⁹⁷ keşif yapılmasına katlanma zorunluluğu, usûlî “vakıaların aydınlatılmasına katılma ödevinin” kabulüyle temellendirilebilir.

Tarafların aydınlatma (vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunma) ödevi “usûlî bir yük”tür. Çünkü bu usûlî yüke aykırı davranışın sonucu, kişinin bu yükü yerine getirmeye zorlanması değil, hâkimin aleyhteki kanaatiyle karşılaşılması; yani hâkimin aydınlatma ödevini ihlal eden tarafın aleyhine değerlendirme yapması ve böylelikle ihlalde bulunan tarafın davayı kazanma şansının azalması ya da davayı kaybetmesi söz konusu olabilir.⁹⁸ Tarafın keşfe karşı koyması neticesinde bu yükü yerine getirmemesi, taraflar için o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılma ya da keşfe konu iddia edilen vakıayı ikrar etme sonucunu doğurur. Nitekim kamu düzenini ilgilendirmeyen sadece taraflar arasındaki sübjektif hakların korunması ve gerçekleşmesi amacını taşıyan dava için öngörülen bu yaptırım taraflar için yeterince caydırıcı olacaktır.

Keşfi engelleyici tavır içinde olmanın Kanun’da açıkça düzenlenen bu yaptırımı mutlak biçimde uygulanması söz konusu değildir. Hâkim bazı karşı koyma hallerinde herhangi bir yaptırım uygulamayabilir. Nitekim keşfe katlanma zorunluluğuna uymamanın yaptırımının düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 291. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde “duruma ve karşı koyma sebebine göre hükmün uygulanmayabileceği” öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, Kanun’da keşfe karşı koymanın ne anlama geldiği düzenlenmemiş

⁹⁶ ATALAY; s. 147. AŞIK; s. 147. ERDÖNMEZ; s. 2, 27) İspat yükünü taşımayan tarafın vakıanın aydınlatılmasına katılma ödevini yerine getirmemesi halinde ispat yükünün yer değiştirmez ve fakat delil ikame yükü karşı tarafa yüklenip, buna bağlı olarak ispat yükünü taşıyan taraf lehine bir ispat kolaylığı sağlar (ATALAY; s. 147. AŞIK; s. 147).

⁹⁷ Vakıaların aydınlatılması yükümlülüğün gereği olarak keşfe katlanma zorunluluğu ile karşıtlık içinde bulunan “kimse kendi aleyhine olan delilleri getirmeye zorlanamaz” (*nemo tenetur contra se edere*) ilkesinin gün geçtikçe zayıfladığına ilişkin olarak bkz. ERDÖNMEZ; s. 27 vd.. ÇİFTÇİ, P.; Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018, s. 765 vd.. TORAMAN; s. 563.

⁹⁸ AŞIK; s. 145, 147. ATALAY; s. 143, 145. ERDÖNMEZ; s. 98. BOLAYIR; s. 43. KURU; *Şerh*, C. II, s. 1972. KURU; *El Kitabı*, s. 415. BİLGE / ÖNEN; s. 499.

olduğu gibi, keşfe katlanma zorunluluğunun sınırlarının ne olduğuna, hangi hallerde keşfe karşı çıkılabileceğine veya hangi hallerde keşfe katlanmanın zorunlu olduğuna da yer verilmemiştir.

E. Taraflar Bakımından Keşfe Katlanma Zorunluluğundan Kaçınma

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde yer alan “duruma ve karşı koyma sebebine göre” ve “hükümün uygulanmayabileceği” ifadeleri, hâkimin her somut olayda keşfe karşı çıkma sebebine göre değerlendirme yaparak bir karar vereceğini ve bu kararı verirken hâkimin takdir yetkisine sahip olduğunu (TMK m.4) gösterir. Kanunun bu genel ifadesinden yola çıkarak keşfe katlanma zorunluluğundan kaçınma bakımından hâkimin geniş bir takdir yetkisinin olduğu söylenebilir. Tarafların ileri sürdüğü kaçınma sebebi, hâkim tarafından her somut olay ve sebep bakımından ayrı ayrı değerlendirilir.⁹⁹ Şayet ileri sürülen sebep hâkim tarafından makul bulunarak kabul edilirse, taraf keşfe katlanma zorunluluğundan kaçınabilir. Böylece inandırıcı sebeplerle keşfe katlanma zorunluluğundan kaçınan taraf, ispat hukukundan doğan olumsuz sonuçlarla karşılaşmaz; deliller aleyhine değerlendirilmez.¹⁰⁰

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesinde ve bu hükmün gerekçesinde “makul sebebin” tanımı yapılmadığı gibi, “makul sebep” teşkil edebilecek haller örnekseyici olarak dahi sayılmamıştır. Buna karşın, üçüncü kişiler bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “üçüncü kişi tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak keşfe katlanma yükümlülüğünden kaçınabilir” ifadesi açıkça Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 248., 249. ve 250. maddelerine atıf yapmaktadır. Ancak taraflar bakımından böyle bir düzenleme söz konusu değildir. Dolayısıyla tanıklıktan çekinme sebepleri taraflar bakımından keşfe katlanma zorunluluğundan kaçınma sebepleri olarak doğrudan uygulanamaz. Buna karşın doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, tanıklıktan kaçınma sebepleri, tarafların keşfe katlanma zorunluluğundan kaçınma sebebi olarak hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde yapacağı değerlendirmede dikkate alınmalıdır.¹⁰¹

Özellikle keşfin icrası kişisel, meslekî yahut ticarî bir sırrın ifşasına yol açacaksa veya tarafın kendisi veya yakınları cezaî bir takibata maruz kalacaksa keşfe karşı çıkılmasını makûl kılan bir sebebin bulunduğu kabulü gerekir.¹⁰² Yine keşfe katlanma zorunluluğu olan kişi keşfe gerek olmadığını, davanın diğer delillerle yeterince aydınlatıldığını ileri sürerse ve mahkemece bu durum

⁹⁹ AŞIK; s. 153.

¹⁰⁰ ERDÖNMEZ; s. 58.

¹⁰¹ AŞIK; s. 149 vd.. ERDÖNMEZ; s. 58.

¹⁰² GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU; s. 564. ERDÖNMEZ; s. 58, 345, 349, 358, 362 vd.

haklı görülürse, keşfe katlanma zorunluluğu söz konusu olmaz.¹⁰³ Şüphesiz, hâkim takdir yetkisini kullanırken maddî gerçeğe ulaşma amacı ve etkin hukukî himayeyi sağlama gayesiyle tarafın özel ya da meslekî yaşam alanına müdahale edilmemesi yönündeki bireysel menfaat arasında denge kurmaya çalışmalıdır.¹⁰⁴

Bazen keşif konusunun durumu veya keşfin gerçekleşeceği zaman, keşfin icrasını maddî ya da manevî sebeplerle beklenilmez kılar. Bu hallerde de taraflardan biri keşfe karşı koyabilir. Örneğin, keşfe konu arazide daha önceden gerçekleşen şiddetli yağmur ve fırtınalar gibi birtakım iklimsel olayların keşif zamanında da yoğun biçimde devam etmesi, keşfi maddî yönden oldukça güç hale getirebilir. Yine keşfin yapılacağı taşınmazda, o sırada davalının örneğin, babası vefat etmişse, davalının o an için keşfe müsaade etmemesi, manen keşfin gerçekleşmesine engel teşkil ettiğinden, bu davranışın makul karşılanması ve herhangi bir yaptırıma tâbi tutulmaması gerekir.¹⁰⁵

İsviçre hukukunda delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğüne, dolayısıyla, bu yükümlülüklerden biri olan keşfe katlanma zorunluluğuna aykırılık halinde bunun sonucunun ne olacağı İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 164. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, taraflardan birisi delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüklerinden biri olan keşfe katlanma zorunluluğuna aykırı davranırsa, hâkim bu durumu delilleri değerlendirirken göz önünde bulundurur. Kanun'da bu "göz önünde bulundurma"nın kapsamı ve içeriği düzenlenmemiştir. Bu noktada keşfe katlanma zorunluluğuna aykırı davranan taraf bakımından, delillerin değerlendirilmesi aşamasında "hak kaybına uğrama" veya "davayı kaybetme" riskinin mevcut olduğunun kabulü gerekir.¹⁰⁶ Oysa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesine göre keşfe katlanma zorunluluğuna aykırı davranan kişi ispat yükü kendisine düşen taraf ise bu delilden vazgeçmiş; diğer taraf ise iddia edilen vakıyı kabul etmiş sayılır. Türk hukukunda, İsviçre hukukunda olduğunun aksine, taraflar açısından keşfe katlanma zorunluluğuna aykırılık açıkça yaptırıma bağlanmıştır.

İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 164. maddesine göre, keşfe katlanma zorunluluğu taraflar açısından kanunî bir ödev teşkil etmekte olup, haksız bir kaçınma halinde disiplin para cezası veya zorlayıcı bir tedbir öngörülmemiştir. Tarafların keşfe katlanma zorunluluğundan haksız olarak kaçınması halinde kendileri bakımından sadece delillerin değerlendirilmesi aşamasında "hak kaybına uğrama" riski dışında başkaca yaptırım söz konusu değildir. Bu sebeple Türk hukukunda olduğu gibi, taraflar bakımından "keşfe katlanma", daha geniş

¹⁰³ EGE; s. 23.

¹⁰⁴ AŞIK; s. 153. YURTBAŞI; s. 114.

¹⁰⁵ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN; s. 536.

¹⁰⁶ BSK ZPO-SCHMID; Art. 160, N. 8. BK ZPO-RÜETSCHI; Vor Art. 160, N. 2, 31. SCHÖNMANN; OFK-ZPO, Art. 160, N. 5. HIGI; DIKE-Komm-ZPO, Art. 160, N. 10-11; KUKO ZPO-SCHMID; Art. 160, N. 1. MEIER; s. 300-301.

ifadeyle “delillerin toplanmasına katkıda bulunma” bir “yükümlülük”ten ziyade, “usûlî bir yük” (*prozessuale Last / Obliegenheit*) niteliğini haizdir.¹⁰⁷

İsviçre Federal Usûl Kanunu’nun 163. maddesinde, tarafların; 165. ve 166. maddelerinde ise üçüncü kişilerin delillerin toplanmasına katkıda bulunmayı reddedebilecekleri haller düzenlenmiştir. Söz konusu haller, delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğünden “kaçınma hakkı” ya da delillerin toplanmasına katkıda bulunmayı “reddetme hakkı” olarak ifade edilebilir.

Tarafın delillerin toplanmasına katkıda bulunması, Kanun’un 165. maddesinde öngörülen derecedeki yakınlarından biri hakkında ceza takibi yapılmasına sebebiyet verecekse veya o yakının hukukî sorumluluğunu doğuracaksa (İsv.FUK m.163/1-a) ya da tarafın bir meslek sırrını ifşa etmesi İsviçre Ceza Kanunu’nun 321. maddesi anlamında suç teşkil ediyorsa, taraf delillerin toplanmasına katkıda bulunmayabilir.

Alman hukukunda da Türk ve İsviçre hukukunda olduğu gibi, taraflar açısından “keşfe katlanma” usûlî bir yük niteliğini haizdir.¹⁰⁸ Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 371. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, taraflardan biri kendisi yönünden katlanılabilir nitelikte olan bir keşif işlemiyle ilgili olarak keşfe katlanma zorunluluğuna aykırı davranırsa, mahkeme, tarafın keşif konusuyla ilişkin ileri sürmüş olduğu iddiayı ispat edilmiş sayabilir. Bu durumda, keşfe katlanma zorunluluğuna aykırı davranmış olan taraf davayı kaybetme riskiyle karşılaşmış olur.¹⁰⁹

F. Üçüncü Kişiler Bakımından Keşfe Katlanma Zorunluluğu

Üçüncü kişiler bakımından keşfe katlanma zorunluluğu, taraflar açısından “usûlî bir yük” olduğunun aksine, kamu hukuku karakterli olup, kanunî bir “yükümlülük”tür. Nitekim medenî usûl hukukunun amaçlarından biri de, objektif hukukun tanıdığı bir hakkın ihlal edilmesiyle bozulan toplumsal barışın yeninden tesisini, maddî gerçeği tespit edip adil bir karar verilmesi yoluyla sağlamaktır. Ancak bu şekilde toplumun hukuka ve hukuk devletine olan güveni artar ve hukukî barış korunur. Bu sebeple, yargılama sonunda verilen karar sadece taraf-

¹⁰⁷ BSK ZPO-SCHMID; Art. 160, N. 8. BK ZPO-RÜETSCHI; Vor Art. 160, N. 2. GASSER / RICKLI; Art. 160, N. 1. SCHÖNMANN; OFK-ZPO, Art. 160, N. 5. HIGI; DIKE-Komm-ZPO, Art. 160, N. 10-11; KUKO ZPO-SCHMID; Art. 160, N. 1. MEIER; s. 299-300.

¹⁰⁸ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD; s. 724, N. 18. JAUERNIG / HESS; s. 214, N. 7-8. WIECZOREK / SCHÜTZE / AHRENS; Art. 371, N. 46. BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMANN; Vor Art. 371, N. 7; Art. 371, N. 5. ZÖLLER / GREGER; Art. 371, N. 6. THOMAS / PUTZO / REICHOLD; Vor Art. 371, N. 2; Art. 371, N. 7. KERN / DIEHM / FÖRSTER; Art. 371, N. 6. SAENGER / SIEBERT; Art. 371, N. 2. ZIMMERMANN; Art. 371, N. 7. VORWERK / WOLF / VON SELLE; Art. 144, N. 10.

¹⁰⁹ JAUERNIG / HESS; s. 214, N. 7-8. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD; s. 724, N. 18. MüKoZPO / FRITSCHKE; Art. 144, N. 15. Zöller / Greger; Art. 371, N. 6; THOMAS / PUTZO / REICHOLD; Art. 371, N. 7. PRÜTTING / GEHRLEIN / TRAUTWEIN; Art. 371, N. 15. MUSIELAK / VOIT, (HUBER); Art. 371, N. 20.

lar hakkında etkide bulunmasına rağmen, taraflar dışındaki herkes (üçüncü kişiler) belli ölçüde yargılama faaliyetine katılmak, adil ve sağlıklı yargılama yapmak için mahkemelere yardımda ve hukukî barışın sağlanması için belli ölçüde birtakım hususlara katlanmak zorundadır. Üçüncü kişiler yargılamanın tarafı olmamalarına rağmen, yargılamanın nihaî amacına ulaşması için, maddî hukuk belli bir davranışta bulunmalarını emretmediği halde kamu hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadırlar.¹¹⁰

Üçüncü kişiler için öngörülen katlanma yükümlülüğü sadece keşifle sınırlı değildir. Tanıklık yapma zorunluluğu (HMK m.245), belgelerin ibrazı zorunluluğu (HMK m.221) ve aşağıda ayrı bir başlık altında incelenen soybağının tespiti için vücuttan kan veya doku alınmasına katlanma zorunluluğu (HMK m.292), üçüncü kişiler için kamu hukukundan doğan diğer usûlî yükümlülüklerdendir.

Keşfin icrasına üçüncü kişilerin katlanma zorunluluğu, keşfe konu eşyanın veya bu eşyayla bağlantılı bir malvarlığının üçüncü kişinin zilyetliğinde veya mülkiyetinde bulunması halinde ortaya çıkar. Örneğin, bir sınır uyuşmazlığının tespitinde ya da bir apartman dairesinden kaynaklanan zararın tespitinde davada taraf olmayan üçüncü kişilerin arazisinde veya meskeninde keşif yapılması gerekebilir. Bu gibi hallerde üçüncü kişi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, arazisinde veya dairesinde gerçekleşecek keşfe katlanmak zorundadır. Aksi halde, yani üçüncü kişi keşfin yapılmasına izin vermez yahut keşfi engelleyici davranışlarda bulunursa, hâkim, üçüncü kişiyi keşfe karşı koymanın sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk lirasından beşbin Türk lirasına kadar disiplin para cezasına¹¹¹ mahkûm eder (HMK m.291/3, 446). Gerekteğinde, keşfin icrasını gerçekleştirmek için zor kullanılmasına karar verebilir.

Üçüncü kişiler bakımından keşfe katlanma zorunluluğunun, tarafların keşfe katlanma zorunluluğunda olduğu gibi usulî bir yük olmayıp, kamu hukuku karakterli bir yükümlülük oluşu, hâkime gerektiğinde keşfi gerçekleştirmek için “zor kullanma” yetkisi verilmesini sağlar. Zor kullanmak hususunda haciz yapan icra memurunun kolluk kuvvetlerine emir vermesi ve onların yardımını

¹¹⁰ ERDÖNMEZ; s. 34. AŞIK; s. 147, 164. BOLAYIR; s. 125.

¹¹¹ Kanun'un 446. maddesinin Hükümet Gereğiçesi'nde, keşfe karşı koyan üçüncü kişi aleyhine hükümlenilecek disiplin para cezasıyla ilgili olarak, bu hususta yargı organlarının idarî para cezası vermesinin doğru olmayacağı ve idarî para cezası verilmesi hâlinde kararların denetimi bağlamında doğabilecek sakıncayı bertaraf etmek ve cezayı etkin kılmak suretiyle yargılamanın işleyişini güvence altına almak için disiplin para cezasının öngörölmüş olduğu ifade edilmiştir (TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 393, s. 125-126). Disiplin para cezasının özelliklerini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 446. maddesine göre, disiplin para cezasından maksat; yargılamanın düzenli biçimde işleyişini sağlamak ve kamu düzenini korumak amacıyla verilen, verildiği anda kesin olan ve derhâl infazı gereken para cezasıdır. Bu ceza seçenek yaptırımlara çevrilemez ve adlî sicil kayıtlarında yer almaz. Ayrıca disiplin para cezası, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'a göre tahsil edilir.

almasında (İİK m.81) ya da ihtiyatî tedbirin uygulanmasında olduğu gibi (HMK m.393/3), keşif icrasında bütün kolluk kuvvetleri ve köylerde muhtarlar, hâkimin başvurusu üzerine, kendisine yardım etmek ve emirlerine uymakla yükümlüdür.

Şayet keşif üçüncü kişiler nezdinde gerçekleşecek ise, henüz hâkim keşif kararı alırken kararında keşif zamanının üçüncü kişi için uygun olduğuna dikkat etmelidir (HMK m.291/3-1). Mümkünse keşif zamanı belirlenmeden önce üçüncü kişi davet edilerek, onun için uygun zaman tespit edilmelidir. Eğer üçüncü kişi dinlenmeden keşif kararı alınmış ise, alınan keşif kararı üçüncü kişiye bildirilmelidir. Üçüncü kişiye bildirilen keşif kararında, yukarıda “keşif kararının içeriğinde”¹¹² sayılan hususların yanı sıra, “keşif yeri ve tam olarak ne zaman yapılacağı, kimlik bilgileri ve adresi, keşfe katılma zorunluluğu olduğu ve bu sebeple keşif icrasına müsaade etmesi ve keşif engelleyici tavır ve davranışlardan kaçınmasının gerektiği, aksi takdirde disiplin para cezasına mahkûm edilebileceği ve zor kullanılarak keşif gerçekleştirilebileceği” ihtarını da yer almalıdır.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, üçüncü kişiye bildirim yapılmaksızın da keşif icra edilebilir¹¹³ (HMK m.291/3). Ancak üçüncü kişiye bildirim yapılmaksızın keşif icrası gerçekleşirken, henüz keşif faaliyetinin başında hâkim üçüncü kişiyi keşif konusunda aydınlatmalıdır. Hâkim keşif kararında olması gereken hususları üçüncü kişinin yüzüne karşı söylemeli, bunları keşif tutanağına geçirtmeli ve ardından keşif icrasına devam etmelidir.

Her ne kadar Kanun’da bu yönde bir hüküm mevcut değilse de kanaatimizce, üçüncü kişinin yokluğunda da keşif gerçekleştirilebilir. Keşif, mahkemece icra edilir. Yani geçerli bir keşif varlığından bahsedebilmek için hâkim ve zabıt kâtibinin keşif mahallinde bulunması ve keşif tutanağında hâkim ile zabıt kâtibinin imzasının bulunması yeterlidir. Keşif, taraflar hazır iseler huzurlarında, aksi takdirde yokluklarında yapılır. Bildirim yapılsın ya da yapılmaması keşif, üçüncü kişiler olmaksızın da icra edilebilir.¹¹⁴

Hâkim keşif icrası sırasında üçüncü kişilere zarar vermemek ve mümkün olan en kısa zamanda ve en az zahmet verecek şekilde keşif icrasını gerçekleştirmelidir.¹¹⁵

¹¹² Bu hususta bkz. yuk. II, B.

¹¹³ Bu hâlde hâkim, bunun nedenlerini açık ve tartışmaya mahal vermeyecek şekilde ayrıntılı olarak keşif icrası sırasında keşif tutanağına yazdırmalıdır (EGE; s. 24).

¹¹⁴ Bu hâlde kuşkusuz keşif mahallinde açılması gereken kapalı veya kilitli yerler çilingir aracılığıyla açılır.

¹¹⁵ Keşif icrası sırasında üçüncü kişinin bir zararı ortaya çıkarsa, üçüncü kişi haksız fiil hukukî sebebine dayanarak açacağı tazminat davasıyla zararını giderebilir. Burada hâkimin hukukî sorumluluğunun söz konusu olabileceği düşünülebilir. Çünkü hâkimin hukukî sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu temeline dayanır. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 46. maddesinde hâkimin hukukî sorumluluğunu doğuran sebepler *numerus clausus*’a tâbi olarak sayılmıştır. Sayı-

G. Üçüncü Kişiler Bakımından Keşfe Katlanma Zorunluluğundan Kaçınma

Üçüncü kişiler bakımından keşfe katlanma zorunluluğu ile tanıklık yapma yükümlülüğü aynı hukukî temele dayandığından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesine göre, tanıklıktan kaçınılabilecek hallerde üçüncü kişi keşfe katlanmaktan da kaçınabilir. Dolayısıyla tanıklıktan çekinme sebepleri olan kişisel nedenler (HMK m.248), sır (HMK m.249) veya menfaat ihlali tehlikesi nedeni (HMK m.250) var ise, üçüncü kişi tanıklık yapmaktan kaçınabileceği gibi keşfe katlanmaktan da kaçınabilir. Üçüncü kişinin keşfe katlanmaktan kaçınması ifadesinden anlaşılması gereken, o kişinin keşif faaliyetine katılmaya mecbur tutulamamasıdır. Yoksa üçüncü kişiye, aktif katkısı olmadan yapılacak çalışmalara engel olma hakkı tanınmaz. Aksi bir yaklaşım Kanun'un 291. maddesinin amacıyla da bağdaşmaz.¹¹⁶

Öte yandan İsviçre hukukunda da, Türk hukukunda olduğu gibi üçüncü kişiler bakımından delillerin toplanmasına katkıda bulunma ve dolayısıyla, keşfe katlanma, bir usûlî “yük” olmayıp, kamu hukuku kaynaklı (*öffentlichrechtlicher Natur*) gerçek bir kanunî “yükümlülüktür” (*durchsetzbare Pflicht*).¹¹⁷ Üçüncü kişilerin keşfe katlanma zorunluluğuna uymaması halinde İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 167. maddesi uygulanır. Anılan hükme göre, üçüncü kişi keşfe katlanma zorunluluğuna aykırı davranırsa mahkeme üçüncü kişi aleyhine 1000 Frank tutarına kadar para cezasına hükmedebilir (İsv.FUK m.167/1-a). Ayrıca mahkeme, “mahkeme kararına uyulmamasından dolayı” İsviçre Ceza Kanunu'nun 292. maddesine göre cezaî yaptırıma¹¹⁸ hükmedebilir (İsv.FUK m.167/1-b). Mahkeme keşfin zorla icra edilmesine karar verebilir (İsv.FUK m.167/1-c).

lan sebepler arasında keşfin icrası sırasında üçüncü kişilere zarar verilmesi durumuyla ilgili herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple kanaatimizce keşfin icrası sırasında haksız fiil işlenmesi hâlinde zarar gören kişi hâkime karşı genel hükümler çerçevesinde genel mahkemelerde tazminat davası açabilir. Hâkimin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesine göre, hukukî sorumluluğu söz konusu olsaydı Devlet'e karşı açılması gereken tazminat davası, keşfin icrası sırasında haksız fiil işlenmesi durumunda hâkimin kendisine karşı açılmalıdır.

¹¹⁶ Umar, Kanun'un 291. maddesinin lafzının sorunlu olduğunu, işaret edilen tarzda bir yaklaşıma yol açabileceğini ve gerekçede bu sorunu aydınlatan bir açıklamanın bulunmadığını belirtmekte olup, bu hususta şu örneği vermektedir: “Keşif çalışmasıyla sınırlarının arazi üzerine belirlenmesine çalışılacak çiftlikte şimdi bir ürün kiracısı zilyed durumunda ise ve o kişi davalı kadının eski kocası idiyse, onun HMK m.248, f. 1, bent b hükmü gereğince bu davada tanıklıktan çekinme hakkı vardır diye keşfe katlanma yükümlülüğü bulunmayacak ve belki de sınırlara hiç uyulmadan duvarla çevrilmiş durumdaki arazinin kilitli kapısını açmayarak bu kimsenin yargıçla yanındakileri içeri almamak yetkisinin olabileceği ve keşfe katlanma yükümlülüğü deyişinin keşfi engellemeye kalkışmamak yükümlülüğü olarak yorumlanarak bu kişinin keşfe katlanma yükümlülüğünde değildir denilerek keşfi engellemeye çalışabilecek yetkiye sahip olabileceği anlamına gelebilecektir” (UMAR; Şerh, s. 800).

¹¹⁷ BK ZPO-RÜETSCHI; Vor Art. 160, N. 2, 14, 16-17. BSK ZPO-SCHMID; Art. 160, N. 8. SCHÖNMANN; OFK-ZPO, Art. 160, N. 5. HIGI; DIKE-Komm-ZPO, Art. 160, N. 13. KUKO ZPO-SCHMID; Art. 160, N. 1. MEIER; s. 299-300.

¹¹⁸ İsviçre Ceza Kanunu'nun 292. maddesinde hapis cezası mevcut olmayıp, resmî makamların veya yetkili mercilerin emirlerini yerine getirmeyenler aleyhine para cezası hükmedebileceği öngörülmektedir. İsviçre Ceza Kanunu'nun 106. maddesinin birinci fıkrasına göre, bu para cezası en fazla 10.000 Frank tutarında olabilir.

Bunun yanında mahkeme üçüncü kişiyi keşfe katlanma zorunluluğuna aykırılıktan doğan masrafları ödemeye mahkûm edebilir (İsv.FUK m.167/1-a). Hâkim, bu tedbirlerden birini, birkaçını ya da hepsini uygulamak hususunda takdir yetkisine sahip olup, aynı tedbirin bir kez daha uygulanmasına da karar verebilir.¹¹⁹ Üçüncü kişilerin keşfe katlanma zorunluluğuna aykırı davranışları halinde uygulanacak yaptırımlar hususunda İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 167. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme arasında önemli düzeyde benzerlik bulunmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere,¹²⁰ İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 163. maddesinde, tarafların; 165. ve 166. maddelerinde ise üçüncü kişilerin delillerin toplanmasına katkıda bulunmayı reddedebilecekleri haller düzenlenmiştir. Üçüncü kişiler bakımından, delillerin toplanmasına katkıda bulunmayı reddetme hakkı “mutlak ret hakkı” (İsv.FUK m.165) ve “sınırlı ret hakkı” (İsv.FUK m.166) olarak ikili bir ayırıma tâbi tutulmuştur. Üçüncü kişiler yakınlarına ilişkin delillerin toplanması faaliyetine katılma hususunda mutlak ret hakkına sahiptir (İsv.FUK m.165). Tarafların ret hakkının bulunduğu haller Kanun'un 166. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendinde üçüncü kişiler bakımından sınırlı ret halleri olarak düzenlenmiştir. Üçüncü kişinin devlet memuru veya arabulucu olarak katıldığı işler bakımından da delillerin toplanmasına katkıda bulunmayı reddedebilir (HMK m.166/1-c,d).

Alman hukukunda mahkeme keşif kararı verdiği takdirde, kural olarak tarafların ve üçüncü kişilerin keşfe katlanma yükümlülükleri vardır (ZPO § 144, 371). Üçüncü kişiler açısından keşfe katlanma zorunluluğu ya da zilyetliklerinde buldukları eşyaları mahkemeye ibraz etme zorunluluğu, kendileri bakımından katlanılmaz nitelikte ise veya Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 383-385. maddelerine göre, tanıklıktan çekinme hakları mevcut ise, anılan zorunluluklardan kaçınılabilmektedir (ZPO § 144/2). Mahkeme üçüncü kişinin keşfe katlanma zorunluluğuna haksız biçimde aykırı davranması halinde, üçüncü kişiyi disiplin para cezasına; disiplin para cezasının ödenmemesi durumunda disiplin hapsine mahkûm edebilir (ZPO § 144/2, 390). Anlaşılacağı üzere, Alman hukukunda da Türk ve İsviçre hukukunda olduğu gibi, üçüncü kişilerin keşfe katlanması, usûlî bir yük olmayıp, kamu hukukundan doğan bir yükümlülüktür.¹²¹

¹¹⁹ SCHÖNMANN, OFK-ZPO, Art. 167, N. 1. BK ZPO-RÜETSCHI; Art. 167, N. 3. HIGI; DIKE-Komm-ZPO, Art. 167, N. 10.

¹²⁰ Bu hususta bkz. yuk. III, E.

¹²¹ JAUERNIG / HESS; s. 214, N. 9. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD; s. 724-725, N. 19. MüKoZPO / FRITSCHKE; Art. 144, N. 16. BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMANN; Vor Art. 371, N. 10; Art. 371, N. 6. ZÖLLER / GREGER; Art. 371, N. 7. PRÜTTING / GEHRLEIN / TRAUTWEIN; Art. 371, N. 16. SAENGER / SIEBERT; Art. 371, N. 2. ZIMMERMANN; Art. 371, N. 7. MUSIELAK / VOIT, (HUBER); Art. 371, N. 5. VORWERK / WOLF / VON SELLE; Art. 144, N. 10.

H. Özel Olarak Keşfe Katlanma Zorunluluğu: Soybağının Tespiti İçin İnceleme

1. Soybağının Tespitine İlişkin Farklı Düzenlemelerin Karşılaştırılması

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce Türk hukukunda tıbbî yöntemler dışında soybağının¹²² tespiti için herhangi bir usûl öngörülmemiştir.¹²³ Soybağı davaları kamu düzeniyle yakından ilgilidir. Bu sebeple soybağı davalarında uygulanacak yargılama usûlüne ilişkin düzenleme yapmak isteyen kanun koyucu, “yargılama usûlü” kenar başlıklı ve soybağının tespitiyle ilgili Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde bir düzenleme getirmiştir: “Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir”.

Bu düzenlemeye göre, bir kimsenin soybağının belirlenmesinde tıbbî müdahaleye rıza gösterme yükümlülüğünün doğması için, (1) soybağının belirlenmesine ilişkin bir dava bulunmalıdır;¹²⁴ (2) soybağının belirlenmesi tıbbî bir araştırma ve incelemeyi zorunlu kılmalıdır; (3) bu araştırma ve inceleme kişinin sağlığı yönünden bir tehlike oluşturmamalıdır.¹²⁵ Kuşkusuz bu üç şartın varlığını gözetken hâkim bu konuda bir karar vermelidir.

¹²² Soybağı, bir kişinin ana ve babası ile arasındaki biyolojik bağı ifade eder (VELİDEDEOĞLU, H. V.; *Türk Medeni Hukuku*, C. II, Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1965, s. 312. FEYZİOĞLU, F. N.; *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1979, s. 465. KÖPRÜLÜ, B. / KANETİ, S.; *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1989, s. 205. DURAL, M. / ÖĞÜZ, T. / GÜMÜŞ, M. A.; *Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku*, 13. Bası, İstanbul 2018; s. 258).

¹²³ 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce açık bir kanunî düzenleme mevcut olmamasına rağmen *Kuru*, soybağının tespiti için kişiden zorla kan veya doku alınması gerektiğini ileri sürülmüştür. 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu ile ilgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un (RG, 20.04.1982, S. 17670) (mülgâ) 23. maddesinin (C) bendinde yer alan “Adli Tıp Üst Kurulları ve ihtisas kurulları ilgili kişileri gerektiğinde muayeneye çağırabilir ve bunları usulüne göre dinleyebilir, her türlü tetkikatı yapabilir” hükmüne dayanarak hâkimin kişiden zorla kan veya doku örneği alınmasına karar verebileceğini; ilgili kişi buna karşı koyarsa hâkimin tarafları dinledikten sonra gereken tedbirleri alabileceğini; bu tedbirin ise kişinin muayene veya kan alınması için zorla Adli Tıp Kurumu'na gönderilmesi olabileceğini ileri sürmüştür (KURU; *Şerh*, C. III, s. 2876). Benzer gerekçelerle aynı yönde bkz. TEKİNAY, S. S.; *Türk Aile Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 1990, s. 407. Buna karşılık *Belgesay*, kişiden zorla kan veya doku örneği alınması hususunda, ilgili kişinin rızası olması veya ilgili kişiye yapılacak müdahalenin kanunda öngörülmesi ve bu müdahalenin ortaya çıkartabileceği olumsuzluklar neticesindeki hukukî yararın “muhtemel mahzurlara [sakıncalara] çok üstün olması” hallerinden biri oluşmadığı takdirde, taraflardan birisinin kan tahliline veya tıbbî muayeneye zorlanamayacağını ifade etmiştir (BELGESAY; s. 28, 69).

¹²⁴ Nitekim Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin birinci fıkrasında, “soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır” hükmü yer almaktadır. Yani ortada soybağına ilişkin açılmış bir dava yok ise, Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin ikinci fıkrası uygulanmaz.

¹²⁵ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; *Aile Hukuku*, s. 268. HATEMİ, H. / KALKAN OĞUZTÜRK, B.; *Aile Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, İstanbul 2016, s. 155-156. KILIÇOĞLU, A.; *Aile Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2016, s. 519. KILIÇOĞLU, A.; *Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 3. Bası, Ankara 2014, s. 111. ÖZTAN, B.; *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2015, s. 870-871. AKINTÜRK, T. / ATEŞ, D.; *Türk Medenî Hukuku*, C. II, Aile Hukuku, İstanbul 2017, s. 363.

Sayılan üç şartın varlığı halinde ve hâkimin kararı doğrultusunda inceleme-ye rıza göstermenin bir “yükümlülük” olarak öngörülmesine karşın, araştırma ve incelemeye rıza göstermeyen taraf aleyhine zor kullanılamaz; bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için aynen ifa davası açılmaz.¹²⁶ Hâkim sadece durum ve koşullara göre rıza göstermeme davranışını davalı aleyhine değerlendirebilir. Yani rıza göstermeyen davalı aleyhine fiilî karine öngörülmüştür.

Anılan hüküm mehz İsviçre Medenî Kanunu’nun 1976 tarihinde değişikliğe uğramış olan 254. maddesinin ikinci fıkrasından alınmıştır. Ancak İsviçre Medenî Kanunu’nun 254. maddesi kanun değişikliğiyle 01.01.2011 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Türk Medenî Kanun 284. maddesi ise yürürlükte kalmaya devam etmiş; buna rağmen,¹²⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesinde soybağının tespiti için başka bir düzenleme öngörülmüştür. Anılan hükme göre, uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir. Taraflar ve üçüncü kişiler tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamaz.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na getirilen bu düzenleme Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 372a maddesiyle benzerlik göstermektedir. Almanya’da 17.12.2008 tarihinde kabul edilen Reform Kanunu’yla, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklara ve Çekişmesiz Yargı İşlerine Dair Yargılama Usûlü Hakkında Kanun” (FamFG), Reform Kanunu’nun diğer düzenlemeleriyle birlikte 01.09.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe giren Kanun’un 178. maddesinde soybağının tespiti için yapılacak inceleme düzenlenmektedir. Anılan Reform Kanunu, Alman Medenî Usûl Kanunu’nun soybağının tespiti için yapılacak incelemeye ilişkin 372a maddesini de önemli düzeyde değiştirmiştir. Soybağının tespiti için yapılacak incelemeye ilişkin Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklara ve Çekişmesiz Yargı İşlerine Dair Yargılama Usûlü Hakkında Kanun’un 178. maddesi ile Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 372a maddesi aynı içeriğe sahiptir. Ancak Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 372a maddesi

¹²⁶ MEMİŞ, T. / YILDIRIM, M. F.; *Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar*, AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2, Y. 2004, s. 299.

¹²⁷ Türk Medenî Kanunu’nun 284. maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesinin aynı anda yürürlükte olmasının sorun oluşturmayacağı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’na ilişkin Adalet Komisyonu Raporu’nda şu şekilde ifade edilmiştir: “Tasarının 296’ncı maddesinin görüşülmesi esnasında verilen önerge ile Türk Medenî Kanununun 284’üncü maddesinde soybağının düzenleyen genel usul kuralının varlığı sebebiyle Tasarıda tekrar düzenlenmesine gerek olmadığı, dolayısıyla hükmün Tasarı metninden çıkarılması teklif edilmiştir. Ancak çifte yürürlüğün uygulamacılar için sorun teşkil etmeyeceği ve usul kurallarının Hukuk Muhakemeleri Kanununda bulunmasının yararlı olacağı fikrinin hâkim olması sonucu önerge reddedilmiş ve madde teselsül nedeniyle 298’inci madde olarak aynen kabul edilmiştir” (TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 393, s. 156).

soybağının tespitinin ön sorun teşkil ettiği (özellikle mirasçılarının belirlenmesi, isim üzerindeki hakkın belirlenmesi vb.) yargılamalarda uygulanmaktadır. Soybağının tespitinin, doğrudan açıklığa kavuşturulması gereken yargılamalarda ise Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklara ve Çekişmesiz Yargı İşlerine Dair Yargılama Usûlü Hakkında Kanun'un 178. maddesi uygulanma alanı bulmaktadır.¹²⁸

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 372a maddesinde (ve FamFG § 178'de) soybağının tespiti için yapılacak inceleme özel olarak düzenlenmiş, bu incelemeye katlanma yükümlülüğü getirilmiş ve bu incelemeden kaçınma halinde incelemenin zorla yapılacağı öngörülmüştür. Anılan hükmün birinci fıkrasına göre, herkes katlanma sınırı içinde kalmak kaydıyla soybağının tespitinin yapılabilmesi için gereken incelemelere, özellikle kan alınmasına, katlanmak zorundadır. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre, haklı bir neden olmaksızın iki kez yapılan davete rağmen gelmeyen kişi bakımından doğrudan zor kullanılarak inceleme yapılabilir ve mahkeme zor kullanmanın ne şekilde olacağına karar verir. Alman hukukunda soybağının tespiti için yapılacak incelemeye katlanma yükümlülüğü hususunda, tanıklıktan çekinme hakkına dayanarak, soybağının tespiti için yapılacak incelemeden kaçınabilme imkânı kabul edilmemiştir.¹²⁹ Soybağının tespiti için yapılacak incelemenin sadece "katlanma sınırını aşması" (katlanılmaz olması) durumunda incelemeden kaçınma mümkündür.¹³⁰ Katlanma sınırı içinde kalan soybağının tespiti için yapılacak incelemeden kaçınılması halinde, incelemeden kaçınan kişi, incelemeden kaçınması nedeniyle doğan zararları tazmin eder (ZPO § 372a/2, 390/1; FamFG § 178/2). Ayrıca bu kişi,

¹²⁸ MüKo / ZIMMERMANN; Art. 372a, N. 1. SAENGER / SIEBERT; Art. 372a, N. 1-2. KERN / DIEHM / FÖRSTER; Art. 372a, N. 1. MUSIELAK / VOIT, (HUBER); Art. 372a, N. 1-2. ZÖLLER / GREGER; 372a, N. 1. VORWERK / WOLF / BACH; Art. 372a, N. 2. ZIMMERMANN; Art. 372a, N. 1.

¹²⁹ WIECZOREK / SCHÜTZE / AHRENS; Art. 372a, N. 49, 61. STEIN / JONAS / BERGER; Art. 372a, N. 10. KERN / DIEHM / FÖRSTER, Art. 372a, N. 4. BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMANN; Art. 372a, N. 19. VORWERK / WOLF / BACH; Art. 372a, N. 25.

¹³⁰ Örneğin, soybağının tespiti için yapılacak incelemenin nafaka kaybına, aile içi huzurun bozulmasına, eşler arası tartışmaya, işten ayrılmaya, boşanmaya, evlilik dışı çocuğun tanınmasına, yakın akrabalar arasında yaşanmış olan cinsel ilişkinin ortaya çıkmasına sebebiyet verecek olması, katlanma sınırları içinde kabul edilmiştir (MüKo / ZIMMERMANN; Art. 372a, N. 14-16. WIECZOREK / SCHÜTZE / AHRENS; Art. 372a, N. 51 vd. Ayrıca bkz. STEIN / JONAS / BERGER; Art. 372a, N. 10. BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMANN; Art. 372a, N. 24 vd.. PRÜTTING / GEHRLEIN / TRAUTWEIN; Art. 372a, N. 9). İleri düzeyde iğne fobisi bulunan kişinin iğneyle kan alınmasına gerekirse kendisine narkoz verilmek anestezi uygulanarak katlanması gerekir (MüKo / ZIMMERMANN; Art. 372a, N. 16). Öte yandan doktrindeki bir görüşe göre, iğne fobisi bulunan kişiye öncelikle psikoterapi uygulanıp, inceleme ancak psikoterapi olumlu olarak sonuçlanırsa yapılabilir (WIECZOREK / SCHÜTZE / AHRENS; Art. 372a, N. 52). İnceleme yapılacak kişinin ceza soruşturmasına maruz kalması durumunun katlanma sınırları içinde olup olmadığı her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği hususunda bkz. BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMANN; Art. 372a, N. 19. STEIN / JONAS / BERGER; Art. 372a, N. 11-12. WIECZOREK / SCHÜTZE / AHRENS; Art. 372a, N. 47-48. MüKo / ZIMMERMANN; Art. 372a, N. 15; KERN / DIEHM / FÖRSTER; Art. 372a, N. 3. ZIMMERMANN; Art. 372a, N. 2).

disiplin para cezasına; para cezasının kendisinden tahsil edilememesi halinde disiplin hapsine mahkûm edilir (ZPO § 372a/2, 390/1; FamFG § 178/2). Öte yandan aynı kişi, soybağının tespiti için yapılacak incelemeden ikinci kez haksız biçimde kaçınırsa, inceleme zor kullanılarak yapılır (ZPO § 372a/2; FamFG § 178/2).

İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'nun 296. maddesinin ikinci fıkrasına göre, taraflar ve üçüncü kişiler soybağının tespiti için gerekli ise ve sağlık için tehlike oluşturmamak şartıyla soybağının tespiti için yapılacak incelemeye katlanmak zorunda olup, tarafların ve üçüncü kişilerin bu hususta kaçınma hakkı mevcut değildir. Söz konusu düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesindeki düzenlemeye oldukça benzemektedir. Ancak Kanun'un 292. maddesinin birinci fıkrasına göre, haklı bir sebep olmaksızın soybağının tespiti için yapılacak incelemeye katlanma zorunluluğuna aykırı davranılması halinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir. Buna karşılık İsviçre Usûl Kanunu'nda hâkimin, incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar vermesi yönünde bir düzenleme mevcut değildir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesi taraflar ve üçüncü kişiler bakımından genel nitelikte bir keşfe katlanma zorunluluğu öngörmüş olup, bu zorunluluk aksi Kanun'da belirtilmedikçe (kural olarak) her türlü keşif konusu için geçerlidir.¹³¹ Soybağının tespiti için inceleme yapılması gereken yargılamaların kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle, bu tür yargılamalar yönünden keşfe katlanma zorunluluğu, soybağının tespiti açısından özel olarak düzenlenmiştir (HMK m.292).

Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin ikinci fıkrası ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi karşılaştırıldığında, iki hüküm arasında önemli farklar olduğu görülmektedir. İlk olarak, Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanması için soybağına ilişkin derdest bir dava bulunmalıdır.¹³² Bu dava, çocukla baba arasında soybağının kurulmasıyla ilgili

¹³¹ Bu hususta bkz. yuk. III, A; III, D; III, F.

¹³² Soybağının tespiti dışındaki hukuk davalarında kişinin vücuduna müdahale edilmesinin mümkün olup olmadığıyla ilgili olarak Türk Medenî Kanunu'nda ya da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yoktur. Bu davalarda yargılama hukukunun bir dalı olan ve ceza usûl hukukuna ait düzenlemeler içeren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (RG, 17.12.2004, S. 25673), 75 ilâ 81'inci maddelerde düzenlenen insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasına ilişkin hükümler ile "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik" (RG, 01.06.2005, S. 25832) hükümlerinin uygulanabileceği hakkındaki görüş için bkz. BUDAK, A. C.; *Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller*, YÜHFD, 2006/2, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, s. 340. BOLAYIR; s. 340. Bu görüşe karşı ileri sürülmüş olan, medenî yargının her ne kadar yargılama hukukunun bir dalı olması itibarıyla ceza yargısıyla benzerlik gösterse de, insan bedeni üzerinde yapılacak incelemeyle ilgili olarak bir kıyas yapmanın mümkün olmadığı, her iki yargılama kolunun farklı ilkelere ve amaçlara sahip olduğundan ve insan bedenine yapılacak incelemenin kişilik hakkı ihlali niteliği taşıyabileceğinden ceza usûl hukukuna ilişkin düzenlemelerin bu tür davalarda uygulanamayacağına ilişkin görüş için bkz. ALBAYRAK, Z.; *Medeni Yargıda İnsan Bedeni Üzerinde İnceleme*, TAAD, 2018/33, s. 730.

olabileceği gibi, baba ile çocuk arasındaki soybağının reddine ilişkin bir dava da olabilir. Dolayısıyla babalığa karar verilmesi davası (TMK m.301), babanın soybağının reddi davası (TMK m.286), tanıyanın açtığı iptal davası (TMK m.297/1), tanımaya karşı açılan iptal davası (TMK m.298) soybağına ilişkin davalara örnek olarak verilebilir.¹³³

Buna karşın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin lafzı, soybağına ilişkin bir davayı ya da herhangi bir davayı işaret etmemektedir. Sadece herkesin “soybağının tespiti amacıyla” katlanma yükümlülüğü olduğunu belirtmektedir. Bu noktada örneğin, tarafların, henüz soybağıyla ilgili dava yokken ve fakat ileride açacakları dava için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 400. maddesine dayanarak delil tespiti talep edip edemeyeceği sorusu söz konusu olabilir. Bu soruya tereddüt etmeden olumsuz cevap vermek yerinde olur. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi geçici hukukî koruma taleplerinin niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Her ne kadar hükmün lafzında “soybağıyla ilgili davalar” ifadesi yer almasa da, tıpkı Medenî Kanun m.284. maddesinin ikinci fıkrasının uygulamasında olduğu gibi, soybağına ilişkin bir dava yoksa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi uygulanmaz.¹³⁴

İki hüküm arasındaki diğer bir fark, Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin ikinci fıkrasında sadece “davalı” katlanma yükümlüsü olarak düzenlenirken; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinde bu yükümlülüğün “herkes” için öngörülmüş olmasıdır. Bir yandan kamu düzeninden olduğundan özel bir yargılama usulünün düzenlenmesi diğer yandan ise üçüncü kişilerin ve davacının hükmün lafzının dışında bırakılması eleştiriye açıktır.

İki hüküm arasındaki bir başka ve fakat en önemli fark ise, Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin ikinci fıkrasına göre, keşfe karşı koyan davalının yükümlülüğünü yerine getirmedeğinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin aksine, gerekli incelemenin yapılması için onun zorlanamamasıdır.¹³⁵ Bu halde hâkim somut olayın şartları dâhilinde beklenen sonucu davalının aleyhine doğmuş sayabilecek; yani örneğin, görülmekte olan babalık davasının yükümlülüğü yerine getirmekten imtina eden davalının baba olduğuna hükme-

¹³³ KILIÇOĞLU; s. 516. KILIÇOĞLU; *Yenilikler*, s. 111. ÖZTAN; *Aile Hukuku*, s. 870.

¹³⁴ Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nin ilk cümlesi “soybağı ile ilgili davalar kamu düzenindedir” şeklindedir (TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 393, s. 89). Yani kanun koyucu da hükmün uygulama alanını soybağına ilişkin derdest bir davayla birlikte düşünmektedir. Buna karşın soybağının tespiti dışındaki keşiflerde genel bir keşfe katlanma zorunluluğu öngören Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesi uygulanır. Örneğin, delil tespitinin yapılması keşif suretiyle gerçekleşecekse, taraflar ve üçüncü kişiler m. 291 hükmü uyarınca bu keşfe katlanmak zorundadır (ÖZEKES; *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2570-2571). Aksi takdirde taraflar, anılan hükümden öngörülmüş olan yaptırımla karşılaşır. Aynı yönde bkz. AŞIK; s. 148.

¹³⁵ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES; s. 509-510. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde Türk Medenî Kanunu'nun 284. Maddesiyle ilgili bu yöndeki görüş ve eleştiriler için bkz. ERTEN, R. / ACIR, B. / TAŞVEREN, S.; *Gen (DNA) Testinin İspat hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, AÜHFD, AÜHFD, 1996/45, s. 580-583.

dilebilecektir. Kamu düzenini ilgilendiren bir davada, davalının kan, doku veya sıvı örneği vermektan kaçınması halinde, hâkimin karara karinelerle varacağıın düzenlenmesi sakıncalıdır.¹³⁶

Şayet soybağına ilişkin davaların kamu düzeni niteliğini haiz olduğu kabul ediliyorsa, taraflardan birinin yükümlülüğünü yerine getirmemesinden hareketle soybağının kurulmasına karar verilmesi, soybağı davalarının, tarafların sübjektif haklarının tespiti ve korunması amacını aşan “kamusal” niteliğiyle bağdaşmaz.

2. Türk Medenî Kanunu'nun 284. Maddesinin İkinci Fıkrasının Zımnem İlgâ Edilmiş Olması

Özellikle zor kullanma yaptırımı bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi ile Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin ikinci fıkrasının birbirinden farklı düzenlemeler öngörmesi ve iki hükmün de (aynı anda) yürürlükte olmasından ötürü soybağının tespiti amacıyla tarafların veya üçüncü kişilerin bedeni üzerinde gerçekleşecek keşfe ilişkin hangi hükmün uygulanacağıın belirlenmesi önem arz eder.

Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin “soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu¹³⁷ uygulanır” şeklindeki lafzından yola çıkan doktrindeki bir görüşe göre, Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 292. maddesi karşısında öncelikle uygulanmalıdır.¹³⁸ Ayrıca bu görüşe göre, Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin kenar başlığı her ne kadar “yargılama usulü” şeklinde olsa da, hükümde kişilik hakkına müdahale eden bir yargılama işlemi düzenlenmiş olduğundan dolayı, bu hüküm maddî hukuk normu niteliği taşır ve dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu 292. maddesinden üstün tutulmalıdır.

¹³⁶ ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1956. ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN; s. 538. TANRIVER; s. 969. ERTEN / ACIR / TAŞVEREN; s. 582. Mülgâ 743 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda soybağının tespit edilmesi sorununun karinelerle çözülmesi yolu benimsenmişse de (mülgâ TMK m. 301, 303), böyle bir yolu o dönemdeki tıbbî ve bilimsel yetersizlikler gerekli kılmıştı. Günümüzde vücuttan sadece kıl, sıvı veya yanak içinden küçük bir doku alınması yoluyla neredeyse kesinlik oranında soybağının tespitinin mümkün olduğu düşünüldüğünde, Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin soybağı gibi kamu düzenine ilişkin davalar bakımından oldukça yetersiz bir hüküm olduğu kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz. TÜZÜNER, Ö.; *Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*, AÜHFD, C. 62, S. 4, Y. 2013, s. 1139, 1142. Soybağının tespit edilmesi sorununu karinelerle çözme yolu benimsenirse, soybağının tespiti davası açma hakkının tanınmasının anlamı olmayacağı gibi, “hukukun biliminin göz ardı edilmesi” ile “maddî gerçekliğin feda edilmesi” gibi olumsuz durumlarla karşılaşılır. ERTEN / ACIR / TAŞVEREN; s. 582.

¹³⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu 447. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18.06.1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır”. Dolayısıyla Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinde yer alan “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu” ifadesiyle “Hukuk Muhakemeleri Kanunu” kastedilmektedir.

¹³⁸ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; *Aile Hukuku*, s. 269.

Anılan görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin sözü de özü de bu hükmün bir usûl hükmü olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Anılan hükmün kenar başlığı dahi “davada yetki ve yargılama usûlü” olup, anılan hükümde bir yargılama hukuku ilkesi olan kendiliğinden araştırma ilkesine içerik itibariyle vurgu yapılmıştır. Bu sebeple aynı konuya ilişkin sonraki usûlî düzenlemenin, daha eski tarihli olan usûlî düzenlemeyi devre dışı bırakmış olduğunun kabul edilmesi gerekir.¹³⁹

Öte yandan usûl hükümlerinin maddî hukuktan doğan hakları gerçekleştirme amacı dikkate alındığında, birçok usûl hükmünün maddî hukuka ilişkin hükümleri etkilemesi doğaldır. Soybağının tespiti için yapılan inceleme faaliyeti keşif kapsamında gerçekleşir ve keşif mahkemece icra edilen usûlî işlemlerden biridir. Keşif kapsamında yapılan soybağının tespitine ilişkin usûlî hükümlerin yer aldığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi, maddî hukuka ilişkin hükümler içeren Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesi karşısında özel hüküm niteliğinde sayılabilir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinde soybağının tespiti için yapılacak incelemeye katlanma yükümlülüğü özel olarak düzenlenmiştir.¹⁴⁰ Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi, Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesi karşısında öncelikle uygulanmalıdır. Ayrıca iki hüküm, zaman bakımından uygulanma yönünden karşılaştırıldığında, iki usûl hükmünün varlığı karşısında daha yeni tarihli olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu 292. maddesine öncelik tanınmalıdır.¹⁴¹ Bu sebeple doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin yürürlüğe girmesiyle, Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesi zımnın ilgâ edilmiştir.¹⁴²

¹³⁹ ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1956. TANRIVER; s. 1017.

¹⁴⁰ ERDÖNMEZ; s. 45. BOLAYIR; s. 473. Özel hüküm-genel hüküm ilişkisi hususunda ayrıca bkz. ÇAĞA, T.; *Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder mi?*, TBBD, 1991/3, TBBD, 1991/3, s. 370). Bir kanunun genel veya özel nitelikte olduğu sonucuna, o kanun başka bir kanunla karşılaştırılmadan ulaşılamaz (OĞUZMAN, M. K. / BARLAS, N.; *Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, 24. Bası, İstanbul, 2018, s. 84). Öte yandan özel hüküm-genel hüküm ilişkisi, iki genel kanunda yer alan hükümler arasında da olabilir. Özellik-genellik ilişkisi, bir vakıa hakkında uygulama alanı bulması muhtemel iki hukuk normu (hüküm) arasında söz konusu olup, kanunların bir bütün olarak karşılaştırılması bazen yanıltıcı olabilir (ERDÖNMEZ, G.; *Pekcanitez Usûl*, s. 1806). Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Türk Medenî Kanunu her ne kadar genel nitelikte kanunlar olsa da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi, Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesine göre özel hüküm niteliğini haizdir.

¹⁴¹ ERDÖNMEZ; s. 45.

¹⁴² Doktrindeki baskın görüş de bu yöndedir (ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1956. ATALI / ERME-NEK / ERDOĞAN; s. 538. TANRIVER, S.; *Türk Aile Mahkemeleri*, Ankara 2014, s. 78; TANRIVER; s. 969. UYUMAZ M.; *Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler*, Ankara 2015, s. 191. AKBIYIK, C. / AYDIN, G. S.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 292 Uyarınca Kişilerden Soybağı Tespiti Amacıyla Zor Kullanılarak Kan veya Doku Alınmasının Kişilik Hakkını İhlal Edip Etmediği Sorunu*, İKÜHFD, Y. 2014, S. 13-1, s. 15. AKSOY-DURSUN, S.; *Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292'nin Değerlendirilmesi*, KHAD, C. 8, S. 95-96, Y. 2012, İstanbul 2012, s. 121. KILIÇOĞLU; s. 520. ÖZTAN; *Aile Hukuku*, s. 894. ULUKAPI; s. 413. BUDAK / KARAASLAN; s. 268. GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU; s. 566.

Yargıtay kararlarında her ne kadar doğrudan “zımnî ilgâ edilmiş olma” kavramını kullanmasa da, “sonraki kanun olması” ve “özel düzenleme içermesi” gerekçesiyle soybağının tespiti hususunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesinin uygulanması gerektiği görüşündedir.¹⁴³

Dolayısıyla somut olayda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesinde öngörülen koşullar mevcut olup, taraflar veya üçüncü kişiler soybağının tespiti için inceleme yapılmasına rıza göstermezlerse, Türk Medenî Kanunu’nun 284. maddesine göre, hâkim fiilî bir karinenin varlığına dayanarak davanın kabulü yönünde karar vermeyip; soybağının tespiti için zorla inceleme yapılmasına karar vermelidir.¹⁴⁴

3. Soybağının Tespiti İçin Yapılacak İnceleme

Soybağının tespiti kamu düzenine ilişkindir. Diğer taraftan ise soybağının tespitinde keşif faaliyetinin konusunun insan bedeni olması, bu keşfi, diğer keşiflerden ayırır.¹⁴⁵ Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 291. maddesinde genel olarak keşfe katlanma zorunluluğu düzenlenmişken, soybağının tespiti amacıyla insan bedeni üzerinde gerçekleştirilecek keşif, soybağıyla ilgili davaların kamu düzeni niteli-

¹⁴³ Örneğin, “[...] Yerel mahkemece, test yaptırmaktan kaçınan davalı hakkında TMK’nın 284/2. maddesi uyarınca incelemeden beklenen sonucun onun aleyhine doğmuş olduğu kabul edilerek karar verildiği belirtilmiş ise de az yukarıda açıklandığı üzere TMK’ya göre sonraki kanun durumunda olan HMK’nda soybağının tespiti için yapılacak inceleme hakkında özel bir düzenleme yapılmış ve bu tür davalarda işin önemine binaen kan veya doku alınmasına katlanma zorunluluğu getirilmiştir. Hâl böyle olunca, kamu düzenine ilişkin olan babalık iddiası hakkında doğru sonucun elde edilebilmesi için sonraki kanun olan ve özel düzenleme içeren HMK’nın 292. maddesi hükmünün uygulanması ve alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekmektedir [...]” HGK, 18.10.2018, 18-1927/1471 (Kazancı).

¹⁴⁴ Örneğin, “[...] Dosyanın incelenmesinden, davalıya Türk Medenî Kanunu uyarınca ihtaratsız davetiye çıkarıldığı, davalının DNA incelemesi için icabet etmemesi üzerine davanın kabul edildiği anlaşılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda uyumsuzluğun çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir hükmünü taşımaktadır. Mahkemece açıklanan yasa hükmü gözetilerek işlem yapılması gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi, doğru görülmemiştir [...]” 18. HD, 10.11.2015, 18206/16169, (Legalbank). “[...] Ayrıca davalının takip etmediği gibi DNA incelemesi için hastaneye sevki amacıyla kendisine ulaştırılması mümkün olmadığından yargılamanın usul ekonomisi ve TMK’nın 284/2-2.b gereğince bu husus davalının aleyhine ispatlanmış kabul edilerek DNA incelemesinden vazgeçilerek davanın kabulüne karar verilmiş ise de, HMK’nın 292/1. m. bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir hükmünü taşımaktadır. Mahkemece açıklanan yasa hükmü gözetilerek işlem yapılması gerekir [...]” 8. HD, 30.03.2017, 1248/4772 (Kazancı). Yargıtay’ın soybağına ilişkin davalarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesinin uygulanacağına ilişkin vermiş olduğu başka kararlar için bkz. 8. HD, 14.01.2019, 8246/278 (Kazancı); 8. HD, 19.11.2018, 8045/18814 (Kazancı); 8. HD, 15.10.2018, 7956/17300 (Kazancı); 8. HD, 13.09.2018, 11650/15643 (Kazancı); 18. HD, 23.12.2015, 5033/19035 (Kazancı); 18. HD, 16.02.2016, 7572/2526 (Kazancı).

¹⁴⁵ Soybağının tespitinin hukukî niteliğiyle ilgili olarak bkz. yuk. I, C.

ğinden ötürü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinde ayrıca hüküm altına alınmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin uygulanmasıyla ilgili olarak birtakım ilâve koşullar da kabul edilmiştir.

Soybağının tespitine yönelik uyuşmazlıklarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi uygulanır ve soybağının tam ve doğru biçimde tespit edilebilmesi için bilirkişi incelemesine başvurulması gerekir. Bugün için, bilimsel veriler çerçevesinde, DNA analizi yöntemiyle çocukla biyolojik baba arasındaki irtibat neredeyse yüzde yüze (%99,99) yakın bir kesinlikte belirlenir.¹⁴⁶ Bilirkişi incelemesiyle DNA analizi yapılmadan diğer delillerin toplanması ve değerlendirilmesiyle hukukî anlamda biyolojik baba olduğu iddia edilen kişinin babalığına hükmedilmesi mümkün değildir. Bu sebeple soybağının tespitinin belirlenmesinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin uygulanması kaçınılmazdır.¹⁴⁷

Soybağının tespiti amacıyla yapılacak incelemenin “zorunlu” olup olmadığı hususunu tespitini, kuşkusuz soybağına ilişkin davaya bakan mahkeme takdir edecektir. Ancak hâkimin bu değerlendirmeyi yaparken özenli ve dikkatli olması gerekir. Bununla birlikte soybağının tespitinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin uygulanması zorunlu ise de, hâkim zorunluluk koşulunu yorumlarken keşfe başvurmadaki zamanı da göz önünde bulundurmalıdır. Soybağına ilişkin bir davanın hemen başında keşif kararı alınmamalı; usule ilişkin işlemlerin yapılması ve bu hususlara dair gereken kararların alınabilmesi için dilekçelerin değişimi ve ön inceleme aşamalarının tamamlanması beklenmelidir. Tahkikata geçildiğinde ise, diğer deliller toplandıktan sonra hâkimin, şartları varsa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesine göre sahip olduğu yetkiyi kullanması gerekir. Aksi halde zaten usulden reddedilebilecek veya diğer deliller değerlendirildiğinde gerekli kararların verilebilecek olması karşısında, gereksiz yere insan bedeni üzerinde müdahalede bulunulmuş olur.

İnsan bedeni üzerinde gerçekleşen keşif bedensel ve kişisel özgürlüğe müdahale niteliği taşıdığından, hükmün lafzında geçen zorunluluğun somut olayda bulunup bulunmadığı koşulunun değerlendirilmesinde hâkim, “hukukî yarar” bakımından da ayrıca ve özel olarak bir değerlendirme yapmalıdır. Yani hâkimin kan muayenesi, doku alınması veya diğer tıbbî yöntemlerin uygulanabilmesine karar verebilmesi için, örneğin, davacı kocanın, çocuğun kendisinden olmadığı hususunda ciddî kanaat uyandırmaya elverişli maddî vakıaları ortaya koyması gerekir.¹⁴⁸ Kıskançlıktan, aşırı derecede şüphecilikten ya da yalnızca

¹⁴⁶ HATEMİ, H. / SEROZAN, R.; *Aile Hukuku*, İstanbul 1993, s. 267. TEKİNAY; s. 312. VELİDEDEOĞLU; s. 324. FEYZİOĞLU; *Aile Hukuku*, s. 429. AKINTÜRK / ATEŞ; s. 337.

¹⁴⁷ TANRIVER; s. 1014. ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1955.

¹⁴⁸ Örneğin öncelikle kocanın, kadının başka bir erkekle cinsel ilişkisinin bulunduğu, iffetsiz hayat sürdüğü veya çocuğun, kocaya hiç benzemediği ya da başka bir ırkın özelliklerini taşıdığı hususunda inandırıcı delilleri ortaya koyması beklenmelidir (DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; *Aile Hukuku*, s. 268. OĞUZMAN, K. / DURAL, M, *Aile Hukuku*, İstanbul 1998, s. 210-211).

karşı tarafı küçük düşürmekten veya onu mağdur etmekten kaynaklanan talepleri hâkim reddetmelidir.¹⁴⁹

Soybağının tespitinde yapılacak inceleme için aranan diğer koşul, bu incelemenin bilimsel verilere uygun olması ve sağlık yönünden kişi üzerinde herhangi bir tehlike yaratmamasıdır. Kan muayenesi ve DNA testleri öncelikle bilimsel verilere uygun olarak gerçekleştirilen ve en sık rastlanan tıbbî yöntemlerdir.¹⁵⁰ Kişinin hem psikolojik hem de bedensel sağlığı bakımından bir tehlike yaratmaması gerekir.

4. Soybağı Tespiti İçin Zor Kullanılarak Tıbbî İnceleme Yapılmasını Öngören Düzenlemenin (HMK m.292) Kişilik Hakkını İhlali Edip Etmediği Sorunu

Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinden farklı olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinde, kişinin “haklı bir sebep olmaksızın” soybağının tespiti için gerçekleştirilecek tıbbî müdahale zorunluluğuna uymaması halinde, hâkim tarafından incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Soybağının tespiti için keşfe katılma zorunluluğu ve bu kapsamda kişinin vücudundan zorla kan veya doku örnekleri alınabilmesine ilişkin düzenleme, doktrinde Anayasa'nın 17. maddesinde öngörülmüş olan kişi dokunulmazlığını ihlal ettiği ve dolayısıyla kişilik hakkı ihlallerine sebep olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu noktada vücudundan kan veya doku alınmasına rıza göstermeyen kişinin fizikî olarak zor kullanmak suretiyle incelemenin yapılmasının ağır kişilik hakkı ihlali olduğu, bunun insan onuruyla bağdaştırılamayacağı, ayrıca hükmün ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür.¹⁵¹

“Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı” kenar başlıklı Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasına göre, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; kişi, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. Türk Medenî Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, kişilik hakkına yapılan müdahalenin hukuka aykırı olmaması için, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar bulunmalı ya da kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması gerekir.

Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kanunda yazılı haller var ise vücut bütünlüğüne dokunulabilir. Bu hususta Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin lafzı açık olup, bu maddede hangi koşullarda kişiden zorla kan

¹⁴⁹ AKBİYİK / AYDIN; s. 15.

¹⁵⁰ Tıbbî yöntemler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNAY; s. 404 vd.

¹⁵¹ ACABEY, M. B.; *Soybağı*, İstanbul 2002, s. 132. MEMİŞ / YILDIRIM; *Gen Analizlerinin Kullanılması*, s. 300 BAYGIN, C.; *Soybağı Hukuku*, İstanbul 2010, s. 254. DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; *Aile Hukuku*, s. 260. Umar ise, yapma veya yapmama borçlarının ilâmlı icra yoluyla yerine getirilmesinin hukukumuz bakımından icra kurumuna yabancı olduğunu, ortada henüz doğruluğundan şüphe edilen bir iddia var iken kişinin polis zoruyla cebren kan veya doku incelemesinin yapılacağı yere götürülerek zorla müdahalede bulunulmasının insanlığa sığmayan bir müdahale olduğunu belirterek anılan düzenlemeyi eleştirmektedir (UMAR; *Şerh*, s. 839).

veya doku alınabileceği düzenlenmiştir. Ancak kişi dokunulmazlığı bir anayasal temel haktır ve bu hakkı sınırlandıran bir kanun hükmünün varlığı, Anayasa’da düzenlenmiş temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için tek başına yeterli değildir. Nitekim Anayasa’nın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetlere ilişkin kanunla getirilen sınırlamalar “ölçülülük ilkesine” aykırı olamaz.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesinin “ölçülülük ilkesi” bakımından da değerlendirilmesi önem arz eder. Nitekim anılan hükmü eleştiren bazı yazarlar Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesini, Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 372a maddesiyle karşılaştırmıştır. Bu yazarlar Kanunu’nun 292. maddesinde, Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 372a maddesinde olduğunun aksine “tekrarlanma şartı” bulunmamasının; yani Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 372a maddesinin ikinci fıkrasına göre, ancak “iki kez yapılan davete rağmen gelmeyen kişi bakımından zor kullanılarak inceleme yapılabilmesi” şartının Türk hukukunda bulunmamasının, ölçülülük ilkesini zedelediğini ileri sürmüştür.¹⁵²

Kanaatimizce Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesine göre, ge- reği soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlan- ma zorunluluğu kişi dokunulmazlığına aykırı olmadığı gibi, kişilik haklarını da ihlal etmez. Nitekim kişilik hakkına yapılan müdahalede daha üstün nitelikte özel veya kamusal yararın varlığı hukuka uygunluk sebebidir. Soybağının ku- rulmasında da özellikle çocuk yönünden özel ve kamusal yarar bulunur. *Tanriver*’in isabetle belirttiği üzere,¹⁵³ hukukî anlamda soybağının kurulmasıyla birlikte, evlilik dışı doğan çocuk, biyolojik babanın soyadını kullanma hakkına kavuşur; onun, kanunî mirasçısı olur; biyolojik babanın veli sıfatını kazandığından ötürü çocuğa bakım yükümlülüğü doğar; üstelik çocuk, kamu hukuku ba- kımından biyolojik babanın vatandaşlığını elde eder (AY m.66/2; 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu¹⁵⁴ m.6/1). Türk vatandaşlığının kazanılmasıyla, seç- me ve seçilme hakkı ile kamu hizmetlerine girebilme gibi birçok kamu hukuku- na dayanan hakkın süjesi haline gelir. Dolayısıyla soybağının tespitinin kamu düzeniyle olan ilişkisi ve çocuk ile baba arasında soybağının kurulabilmesinin hukukî sonuçları göz önünde bulundurulduğunda, Türk Medenî Kanunu’nun 24. maddesinin ikinci fıkrası anlamında üstün nitelikte özel ve kamusal yararın bulunduğunu söyleyebiliriz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesinde maddî gerçeğin ortaya çıkmasındaki menfaatin bireysel özgürlüğe müdaha- leye nazaran daha üstün tutulduğu söylenebilir.¹⁵⁵

¹⁵² AKSOY-DURSUN, S.; s. 109-124. Aynı yönde bkz. AKBIYIK / AYDIN; s. 26-27. Ayrıca yazarlar, Alman Usûl Kanunu’nun 372a maddesindeki düzenlemenin aksine, Hukuk Muhakemeleri Kanu- nu’nun 292. maddesinde tanıklıktan çekilmeye ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağına dair bir düzenlemenin bulunmamasını da ölçülülük ilkesinin ihlali kapsamında değerlendirmektedir (AKBIYIK / AYDIN; s. 26).

¹⁵³ TANRIVER; s. 1012.

¹⁵⁴ RG, 12.06.2009, S. 27256.

¹⁵⁵ AKTEPE-ARTIK, S.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesiyle Medeni Yargılama Hukukunda Neler Değişiyor?*, İTÜSD, Y. 10, S. 20, Güz 2011, s. 169, dn. 49.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesine göre, hâkimin zor kullanma kararı alması, temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturmaz. Soybağının tespitinde üstün özel ve kamu yararı olsa da, kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin uygulanmasının kişinin vücut bütünlüğüne bir müdahale olduğunun farkında olup, bu sebeple anılan hükmün uygulanmasını birtakım özel koşullara bağlamıştır. Bunlar, soybağının tespiti için incelemenin zorunlu olması ve incelemenin bilimsel verilere uygun yapılması ve kişiye psikolojik veya bedensel olarak sağlık yönünden herhangi bir tehlike yaratmamasıdır. Ayrıca söz konusu koşullar sağlansa dahi, kişinin müdahaleden “haklı bir sebep” göstererek kaçınabileceği de anılan hükümde düzenlenmiştir.

Soybağının tespiti amacıyla kişiden kan, doku veya sıvı alınması, tıbbî yöntemlerin gelişmişliği karşısında uzman hekimler aracılığıyla gerçekleşir ve kişinin vücuduna çok az temas edilerek tamamlanır. Hiçbir cerrahî müdahalenin gerekmediği, herhangi bir acıya yol açmayacak şekilde çoğu zaman bir kıl alınması ya da yanak içinden hücre örneği alınması inceleme için yeterli olduğu düşünüldüğünde, mevcut üstün nitelikli kamu ve özel yarar karşısında, bu müdahalenin ölçülülük ilkesine aykırı olduğunun ileri sürülemeyeceği kanaatindeyiz.¹⁵⁶

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinde, Alman Usûl Kanunu'nun 372a maddesinin aksine, tekrarlanma koşulu aranmadığı ve bu sebeple ölçülülük ilkesine aykırılık söz konusu olduğu şeklindeki eleştiriye de katılmıyoruz. Nitekim hâkimin aldığı keşif kararıyla derhal tarafların ve üçüncü kişilerin aceleyle vücutlarından kan ve doku almak için zorlanmaları söz konusu değildir. Mahkeme keşif kararı verdiğinde, vücudu üzerinde inceleme yapılacak kişiye bir davetiye gönderir. Bu davetiyede bedeninden kan, doku veya sıvı alınacak kişinin belirtilen tarihte inceleme yapılacak hastanede bulunması gerektiği, eğer haklı bir mazereti var ise bunu mahkemeye bildirmesi gerektiği, kişiye ihtar edilir. Mahkemenin keşif kararına rağmen kişi belirtilen gün ve saatte inceleme yapılacak yere gelmez ve mazeret de bildirmezse, hâkim bu halde incelemenin zorla yapılmasına dair karar verir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine göre, haklı bir sebep olmaksızın bu katlanma zorunluluğuna uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılmamasına karar verir. Yani hâkim öncelikle bir keşif kararı alır, kararda gerekli ihtarlar bulunur ve kişiyi davet eder. Kişi buna rağmen haklı bir sebep olmaksızın karara uymazsa, bu kez hâkim ikinci kez keşif kararı alır. İkinci kez alınan karar keşfin zor kullanılarak yerine getirilmesine ilişkindir. Dolayısıyla doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, Alman hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da tekrarlanma şartı vardır ve fakat zor kullanma haklı sebep olmaksızın keşfe katlanma zorunluluğunu yerine getirmeyen kişi için mümkün hale gelir.¹⁵⁷

¹⁵⁶ ATALAY; *Pekcanitez Usûl*, s. 1957.

¹⁵⁷ BOLAYIR; s. 471.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi hâkime zor kullanma yetkisi verdiği ve böylelikle vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı gibi temel bir anayasal hak ölçsüz bir biçimde sınırlandırdığı görüşünü savunanların “zor kullanma” ve bu “zor kullanmanın nasıl gerçekleşeceği” hususlarında tereddütlerin mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Anılan hükümde keşfe karar veren hâkim tarafından kararında belirtilen tarihte ve yerde gerçekleştirilecek inceleme için hazır bulunmayan kişiye davetiyeyle ihtar yapıldıktan sonra, kişinin mazeret göstermeyerek mahkeme kararına uymaması halinde, hâkimin alacağı zor kullanma kararının uygulanma şekline ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

Her ne kadar bu konuda diğer düzenlemelerden kıyas yoluyla faydalanılabilsen de,¹⁵⁸ *de lege ferenda* önerimiz, yönetmelik gibi ikincil düzenlemelerle zor kullanma işleminin nasıl uygulanacağını ayrıntılı olarak düzenlenmesinin tereddütleri giderici ve faydalı olacaktır. Kişinin dokunulmazlığı ve vücut bütünlüğüyle doğrudan ilgili bir temel hal ve özgürlüğe müdahalenin nasıl gerçekleşeceğinin önceden açık ve ayrıntılı olarak bilinmesi önem arz eder. Yapılacak bir düzenlemede ceza usûl hukukunda bir koruma tedbiri olarak öngörülen beden muayenesi ve genetik incelemelere ilişkin mevzuat¹⁵⁹ yol gösterici olabilir.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Umar, ihtiyatî tedbirlere ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanununun 393. maddesinin, birinci ilâ üçüncü fıkralarında yer alan düzenlemelerin kıyas yoluyla uygulanabileceğini ifade etmiştir (UMAR, B.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı*, Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara 2007, s. 113-114).

¹⁵⁹ Ceza hukukunda özellikle şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğü birkaç farklı düzenleme mevcuttur (ŞAHİN, C.; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. I, 9. Bası, Ankara 2018, s. 150). Bu konuda, 1412 sayılı mülgâ Ceza Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda (RG, 20.04.1929, S. 1172) herhangi bir hüküm yoktu. 1412 sayılı mülgâ Ceza Usûlü Muhakemeleri Kanunu dönemindeki durum ve uygulama hakkında bkz. CENTEL, N. / ZAFER, H.; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2003, s. 285-293. Yürürlükteki 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise, 75 ilâ 81. maddelerde insan bedeni üzerinde inceleme yapılmasına ilişkin genel düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca bu Kanun'un 82. maddesine dayanılarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik” (RG, 01.06.2005, S. 25832) yürürlüktedir. Özellikle anılan Yönetmeliğin hükümleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin uygulanması ve bu uygulamaya kaynak oluşturulacak ikincil düzenlemelerin yapılması bakımından yol gösterici olabilir.

¹⁶⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. ve 76. maddelerine göre, maddî gerçeğin ortaya çıkartılması için şüpheli, sanık veya üçüncü kişiler belli koşullar altında beden muayenesine tâbi tutulabilir. Bu doğrultuda herkesin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örnekler ile saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu Yönetmeliği'nin üçüncü maddesinde, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin bazı kavramlar tanımlanmış olup, Ceza Muhakemesi Kanunu'na uygun olarak iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi ayırımı yapılmıştır (YENİSEY, F. / NUHOĞLU, A.; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2018, s. 620. ÖZBEK, V. Ö. / DOĞAN, K. / BACAŞIZ, P. / TEPE, İ.; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Bası, İstanbul 2018, s. 448). Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelenmesine dış beden muayenesi; kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi ise iç beden muayenesidir (CMK Yönetmeliği m.3). Bu noktada şu husus dikkat çekicidir: Kanun koyucu, vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınmasını iç beden muayenesi kapsamında görmeyip ayrıca düzenlemiştir. Vücuttan örnek alınmasına ilişkin

Sonuç

Keşif bir yandan Kanun'da düzenlenen takdirî delillerden olup (HMK m.288-292); diğer yandan ise, hâkimin bizzat uyuşmazlık konusu şeyle temas kurması ve gerektiğinde bu sırada tanık beyanları ile bilirkişi görüşüne başvurması bakımından bir delil toplama, inceleme ve değerlendirme yöntemidir. Bu sebeple medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerden doğrudanlık ilkesinin güzel bir örneğini teşkil eden keşif, maddî gerçeğe ulaşma amacı yönünden özel önemi haizdir. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda dahi keşfe, tarafların talebinden bağımsız olarak hâkim tarafından kendiliğinden karar veri-

de biyolojik örnekler ve diğer örnekler şeklinde bir ayırım yapılmıştır (ÜNVER, Y. / HAKERİ, H.; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, Ankara 2018, s. 270. CENTEL, N. / HAMİDE, Z.; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2018, s. 316). Buna karşın mağdurun bedeni üzerinde muayene yapılması hususunda, iç ve dış beden muayenesi ayırımı yapılmadığı gibi, vücuttan örnek alınmasına ilişkin bir ayırımı da yer verilmemiştir (ŞAHİN C. / GÖKTÜRK N.; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. II, 7. Bası, Ankara 2018, s. 65). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin uygulanmasını gösterecek ikincil bir düzenleme yapılırken, bu düzenlemede tanımlar ayrıntılı olmalı, müdahalenin kim tarafından nasıl yapılacağı ve özellikle zorla müdahalenin nasıl gerçekleştirileceği ayrıntılı olarak gösterilmelidir. Her ne kadar Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesinin üçüncü fıkrası ve Ceza Muhakemesi Kanunu Yönetmeliği'nin beşinci maddesinde tıbbî incelemenin ve muayenenin ancak hekim tarafından yapılabileceği hüküm altına alınmışsa da, bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin uygulamasını gösterecek ikincil bir düzenlemede daha ayrıntılı hükümlerin yer alması uygun olur. Örneğin, bu tür incelemenin ne tür sağlık kuruluşlarında yerine getirileceği ve inceleme ya da müdahale yapacak doktorun niteliği veya uzmanlık alanına ilişkin hükümler kabul edilebilir. Yine müdahalenin sağlık açısından bir tehlike oluşturup oluşturmayacağını tespitinin nasıl ve kim tarafından gerçekleştirileceğiyle ilgili hükümler getirilebilir. Böyle bir inceleme yapılması için bilirkişiye başvurulması gerekir (ÖZBEK, V. Ö.; *Tıbbî Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Hukuku*, YÜHFD, C. 3, S. 2, Y. 2006, s. 364, 366. MAHMUTOĞLU, F. S.; *Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*, s. 8, <http://fsmahmutoglu.av.tr> (Erişim: 01.02.2019). AKSOY-IPEKÇİOĞLU; s. 22). Ceza usûl hukukunda keşfe ilişkin hükümler, "yer gösterme"yi de kapsayacak şekilde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 83 ilâ 85. maddelerinde düzenlenmiştir. Kişilerin de keşfin konusunu oluşturabileceği ifade edilmişse de, vücut muayenesiyle ilgili Ceza Muhakemesi Kanunu'nda özel düzenlemeler bulunduğundan ötürü, kişiler bakımından bu özel düzenlemelerin uygulanması gerekir. Bu sebeple, ancak, vücut muayenesi niteliği olmayan incelemeler keşif faaliyeti olarak nitelendirilebilir (YILDIZ, A. K.; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme*, İÜHFM, C. LXV, S. 1, Y. 2007, s. 127, 136). Buna karşın, medenî usul hukuku anlamında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi keşfe ilişkin bir hükümdür. Hâkim keşfin icrası kapsamında soybağının tespitinde vücuttan doku, kan veya sıvı örneği alınmasında, kaçınılmaz olarak bilirkişinin görüşüne başvurur. Ceza Muhakemesi Kanunu Yönetmeliği'nin 18. maddesinin birinci fıkrasında, şüpheli, sanık veya diğer kişilerin vücutları üzerinde muayene yapılmasına veya örnek alınmasına izin vermemeleri halinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücutundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemlerin alınacağı ifade edilmiştir. Buna karşılık söz konusu hüküm, Cumhuriyet savcısı tarafından alınacak "gerekli önlemlerin" ne olabileceği hususunda belirsiz olduğu yönünden yapılan eleştiri ve zorla yapılacak tıbbî müdahalenin ne ölçüde gerekli olduğu, yapılış biçimi, vereceği fiziksel ve manevî acı, tıbbî denetimin derecesi ve müdahalenin sağlığa etkilerinin değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Jalloh v. Almanya* kararı için bkz. İNCİ, Z. Ö.; *Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler*, Hacettepe ÜHFD, 2017/7-2, s. 140-141. Bu konuda yapılan diğer değerlendirmeler için ayrıca bkz. TURHAN, F.; *Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle İHAM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Müdahalesi)*, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 1052-1053.

lebilmesi, keşfin “maddî gerçeğe ulaşma” araçlarından bir olma özelliğini destekler niteliktedir.

Keşif gerçekleşmeden önce hâkimin mutlaka keşif yapılmasıyla ilgili bir ara kararı vermesi, bu kararının içeriğini ayrıntılı ve açık biçimde yazması, keşif giderlerinin ödenmesini sağlaması ve keşfin bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Hâkim olmadan gerçekleştirilen keşif ve düzenlenen keşif tutanağı “yok” hükmündedir.

Keşfin icrasıyla ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 291. maddesinde düzenlenen keşfe katlanma zorunluluğu, hukuk yargılaması bakımından oldukça önemlidir. Gerek yargılamanın tarafları gerekse üçüncü kişiler bakımından öngörülen keşfe katlanma zorunluluğunun temelinde yargılamanın sağlıklı biçimde yürütülebilmesi ve maddî gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi amacı vardır.

Keşfe katlanma zorunluluğunun hukukî temelleri arasında yargılamada maddî gerçeğe ulaşma amacı, davayı aydınlatma (vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunma) ödevi, dürüstlük kuralı, etkin hukuki koruma ilkesi, hakkaniyet ve silahların eşitliği ilkesi bulunmaktadır. Ayrıca keşfe katlanma zorunluluğu, davayı aydınlatma ödevi kapsamında delillerin toplanmasına katkıda bulunma yükümlülüğünün gereğidir.

Maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasının araçlarından biri olarak gerçekleştirilen keşfin icrasını engelleyecek tutum ve davranışlardan kaçınma zorunluluğu, davanın tarafları ve üçüncü kişiler bakımından farklı hukukî temellere dayanır.

Taraflar bakımından keşfe katlanma zorunluluğu usulî bir yüküdür. İspat yükü üzerinde olan taraf bakımından keşfe katlanma zorunluluğu, ispat faaliyetinin bir gereği iken; ispat yükünü taşımayan taraf için getirilen böyle bir zorunluluğun temelinde dürüstlük kuralı (TMK m.2, HMK m.29) vardır. Böyle bir zorunluluğun öngörülmesi İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin altıncı maddesine göre, adil yargılanma hakkının sağlanmasının da bir gereğidir. Nitekim adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan “hakkaniyete uygun yargılanma”, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin kararlarında kullandığı ifadeyle ancak “silahların eşitliği”nin sağlanmasıyla mümkündür. Bu bakımdan taraflar için zorunlu kılınan keşfe katlanma, silahların eşitliği ilkesinin sağlanması hususunda önemlidir.

Keşfe katlanma zorunluluğu, aynı zamanda tarafların ve üçüncü kişilerin davayı aydınlatma (vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunma) ödevinin de bir gereğidir. Keşfe katlanma zorunluluğu, soybağının tespiti için yapılacak incelemeye katlanma zorunluluğu ve tarafların ellerindeki belgeleri mahkemeye ibraz etme mecburiyeti aydınlatma ödevinin pozitif hukuktaki görünümü arasındadır.

Dürüstlük kuralı ve aydınlatma ödevi maddî gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla birleşir. Böylece keşfe katlama zorunluluğu, özellikle ispat yükünü taşımayan taraf bakımından, uyuşmazlık konusu vakıaların aydınlatılmasına yönelik aktif bir ödevi olduğu temeline dayanır. İşte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesinde keşfin icrası için getirilen genel katlanma zorunluluğu, maddî gerçeğe ulaşma amacı doğrultusunda aydınlatma (vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunma) ödevinin medenî usûl hukukundaki normatif görünümüdür. Tarafların bu ödevi teknik anlamda gerçek bir usûlî yükümlülük olmayıp; bir “yüktür”.

Üçüncü kişiler bakımından keşfe katlanma zorunluluğu ise kamu hukuku karakterlidir. Üçüncü kişiler bakımından keşfe katlanma zorunluluğu, taraflar bakımından geçerli olan usûlî bir yük değildir. Üçüncü kişiler bakımından keşfe katlanma zorunluluğunun kamu hukuku karakterli bir yükümlülük oluşu, hâkime gerektiğinde keşfin gerçekleştirilebilmesi için “zor kullanma” yetkisi verir. Üçüncü kişiler bakımından keşfe katlanma zorunluluğu ile tanıklık yapma yükümlülüğü aynı hukukî temele dayandığından ötürü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, tanıklıktan çekinilebilecek hallerde üçüncü kişinin, keşfe katlanmaktan da kaçınabileceği hüküm altına alınmıştır.

Soybağı davalarının kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle keşfe katlanma zorunluluğu, soybağının tespiti açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir. Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamaz.

Bununla birlikte soybağı davaları bakımından katlanma yükümlülüğü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce, mehz İsviçre Medenî Kanunu'nun 1976 tarihinde değişikliğe uğrayan 254. maddesinin ikinci fıkrası dikkate alınarak düzenlenen Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesiyle hukukuza girmiştir. Ancak Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesinin katlanma yükümlülüğüne ilişkin olarak “zor kullanma yaptırımını” öngörmemesi, söz konusu düzenlemenin eksik ve yetersiz yanını ortaya koymaktadır. Anılan hükümde hâkime zor kullanma yetkisinin tanınmaması ve katlanma zorunluluğuna aykırı davranılması halinde hâkimin sadece taraflardan biri lehine “karine teşkil eden” bir sonuca göre karar vermesinin öngörülmesi, düzenlemenin soybağı davalarının kamu düzenini ilgilendiren yönüyle bağdaşmaz. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin “sonraki kanun hükmü” olması ve usûlî yükümlülükler içermesi sebebiyle, Türk Medenî Kanunu'nun 284. maddesi zımnen ilgâ olmuştur.

Soybağının tespiti bakımından öngörülen keşfe katlanma zorunluluğu gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler bakımından bir yükümlülük teşkil eder. Bu kapsamda gerçekleşecek tıbbî müdahaleye “haklı bir sebep olmaksızın” uyulmaması halinde, hâkim tarafından incelemenin zor kullanılarak yapılmasının, Anayasa’nın 17. maddesinin ikinci fıkrasındaki vücut bütünlüğünün ihlali ve Türk Medenî Kanunu’nun 24. maddesinin ikinci fıkrasına göre kişilik hakkına yapılan haksız müdahale olduğu yönündeki görüşlere katılamıyoruz.

Soybağının tespitinin kamu düzeniyle olan bağlantısı ve çocuk ile baba arasında soybağının kurulabilmesinin hukukî sonuçları göz önünde bulundurulduğunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesine göre hâkimin zor kullanma yetkisinin mevcut olması, kişinin vücut bütünlüğüne yapılan müdahalenin üstün nitelikte özel ve kamusal yararın varlığı karşısında hukuka uygundur. Anılan hükmün düzenlenme şekli ve amacı dikkate alındığında, maddî gerçeğin ortaya çıkartılmasındaki yararın, bireysel özgürlüğe müdahaleye nazaran daha üstün tutulduğu açıktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesine göre, hâkimin “zor kullanma” kararı alması, temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması bakımından gözetilmesi gereken ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturmaz. Çünkü hâkim keşif kararı vermeden önce, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesinde öngörülen soybağının tespiti için gerekli olan özel koşulların varlığını gözetmelidir. Bu koşullar, incelemenin zorunlu ve bilimsel verilere uygun yapılması ile incelemenin kişiye psikolojik veya bedensel sağlık yönünden herhangi bir tehlike yaratmamasıdır. Üstelik bu koşullar sağlansa dâhi kişinin müdahaleden “haklı bir sebep” göstererek kaçınabileceği düşünüldüğünde, kanun koyucunun soybağının tespitiyle ilgili düzenlemeyi kabul ederken ölçülülük ilkesini gözetmiş olduğu söylenebilir. Öte yandan tıbbî yöntemlerin gelişmişliği karşısında uzman hekimler aracılığıyla ve kişinin vücuduna asgarî düzeyde temas edilerek gerçekleşen incelemeyle soybağının tespit edilmesindeki kamusal ve özel yarar karşılaştırıldığında, bu müdahalenin ölçülülük ilkesine aykırı olduğunun ileri sürülebilmesi oldukça güçtür.

Bununla birlikte zor kullanma işleminin nasıl uygulanacağını Kanun’a aykırı olmayacak şekilde ve yönetmelik gibi ikincil düzenlemelerle, açık ve ayrıntılı hükümler getirilerek düzenlenmesi yerinde olur. İncelemeye maruz kalan tarafa veya üçüncü kişiye karşı zor kullanılmasının şeklinin; hâkim, hekim ve sağlık personeli ile kolluk kuvvetlerinin zor kullanma yetkisinin kullanım şeklinin ve bu yetkinin sınırlarının belirlenmesi gerekir. Zira soybağının tespiti, müdahaleye maruz kalan kişinin vücut dokunulmazlığı ve bütünlüğüne doğrudan müdahaleyi zorunlu kıldığından dolayı temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgilidir.

Kısaltmalar

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Aşa.	: aşağıda
Aufl.	: Auflage
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
BK	: Berner Kommentar
Bkz.	: Bakınız
BSK	: Basler Kommentar
C.	: Cilt
CMK Yönetmeliği	: Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
dn.	: dipnotu
FamFG	: Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Hacettepe ÜHFD	: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Haz.	: Hazırlayan
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik
İsv.FUK	: İsviçre Federal Usûl Kanunu
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JuS	: Juristische Schulung
Kazancı	: www.kazanci.com.tr
KHAD	: Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi
Komm	: Kommentar
KUKO	: Kurzkomentar

Legalbank	: legalbank.net
Lexpera	: www.lexperacom.tr
m.	: madde
MBD	: Manisa Barosu Dergisi
MİHDER	: Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi
MüKoZPO	: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
OFK	: Orell Füssli Kommentar
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliđi Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK	: Türk Medenî Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: yukarıda
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozess

Kaynakça

- ABAY, D.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tatbikatı*, Ankara 2014.
- ACABEY, M. B.; *Soybağı*, İstanbul 2002.
- AKBIYIK, C. / AYDIN, G. S.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.292 Uyarınca Kişilerden Soybağı Tespiti Amacıyla Zor Kullanılarak Kan veya Doku Alınmasının Kişilik Hakkını İhlal Edip Etmediği Sorunu*, İKÜHFD, S. 13-1, Y. 2014, İstanbul 2014, s. 7-31.
- AKINTÜRK, T. / ATEŞ, D.; *Türk Medenî Hukuku*, C. II, Aile Hukuku, İstanbul 2017.
- AKKAN, M.; *Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma*, MİHDER, C. 3, S. 6, Y. 2007, s. 29-68.
- AKSOY-DURDUN, S.; *Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m.284 ve HMK m.292'nin Değerlendirilmesi*, KHAD, C. 8, S. 95-96, Y. 2012, İstanbul 2012, s. 109-124.
- AKSOY-İPEKÇİOĞLU, P.; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma*, İÜHFM, C. LXX, S. 1, Y. 2012, s. 19-38.
- AKTEPE-ARTIK, S.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesiyle Medeni Yargılama Hukukunda Neler Değişiyor?*, İTÜSBD, Y. 10, S. 20, Güz 2011, s. 145-177.
- AKTEPE-ARTIK, S.; *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara 2014.
- AKYOL, Ş.; *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 10).
- AKYOL-ASLAN, L.; *Medenî Usûl Hukukunda Davadan Feragat*, Ankara 2011.
- ALANGOYA, Y. / YILDIRIM, M. K. / DEREN-YILDIRIM, N.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri*, İstanbul 2006.
- ALANGOYA, Y. / YILDIRIM, M. K. / DEREN-YILDIRIM, N.; *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2011 (Medenî Usul).
- ALBAYRAK, Z.; *Medeni Yargıda İnsan Bedeni Üzerinde İnceleme*, TAAD, 2018/33, s. 721-750.
- ANSAY, S. S.; *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Bası, Ankara 1960.
- ARENS, P.; *Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess*, ZZP 96. Band, Heft 1, 1993, s. 1-24.
- ARSLAN, A. S.; *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi*, Ankara 2012 (Doğrudanlık İlkesi).
- ARSLAN, R. / YILMAZ, E. / TAŞPINAR-AYVAZ, S. / HANAĞASI, E.; *Medenî Usul Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2018.
- ARSLAN, R.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Medenî Usul Hukukuna Getirdiği Başlıca Yenilikler*, Prof. Dr. Gürgân Çelebican'a Armağan, Ankara 2011, s. 439-457.

- ARSLAN, R.; *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989 (Dürüstlük Kuralı).
- ASLAN, K.; *Medenî Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması*, Ankara 2016.
- AŞIK, İ.; *Medenî Usul Hukukunda Keşif*, Ankara 2019.
- ATALAY, O.; *Delil Kavramı Üzerine, Hâluk Konuralp'e Armağan*, C. I, Ankara 2009 (Delil Kavramı).
- ATALAY, O.; *Emare İspatı*, MBD, S. 70, Y. 1999, s. 7-8.
- ATALAY, O.; *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir 2001 (Menfi Vakıaların İspatı).
- ATALAY, O.; *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2017 (Pekcanitez Usûl).
- ATALI, M. / ERMENEK, İ. / ERDOĞAN, E.; *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2018.
- ATALI, M.; *Tarihi Bir Tesadüf: İsviçre'de ve Türkiye'de Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarıları Temel Yapıdaki Benzerlikler ve Farklılıklar*, HPD, Eylül 2006, s. 111-113.
- BAĞDATLI, S.; *Hukuk Sözlüğü*, İstanbul 2002.
- BAUMBACH, A. / LAUTERBACH, W. / ALBERS J. / HARTMANN, P.; *Zivilprozessordnung*, 76. Aufl., München 2018.
- BAYGIN, C.; *Soybağı Hukuku*, İstanbul 2010.
- BELGESAY, M. R.; *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. II, İstanbul 1939 (Şerh).
- BELGESAY, M. R.; *İspat Teorisi*, 3. Bası, İstanbul 1950.
- BERBEROĞLU-YENİPİNAR, F.; *Hukuk Mahkemelerinde Keşif*, Ankara 2018.
- BERKİ, Ş.; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara 1959.
- BERKİN, N.; *Medenî Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 1969.
- BERKİN, N.; *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul 1981 (Usul Hukuku Rehberi).
- BİLGE, N. / ÖNEN, E.; *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Bası, Ankara 1978.
- BOLAYIR, N.; *Hukuk Yargılamaında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü*, İstanbul 2014.
- BRUNNER, A. / GASSER, D. / SCHWANDER, I.; *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (Yazar, DIKE-Komm-ZPO).
- BUDAK, A. C. / KARAASLAN, V.; *Medenî Usul Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2018.
- BUDAK, A. C.; *Türk Medeni Usul Hukukunda Tibbi Deliller*, YÜHFD, 2006/2, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, s. 337-356.
- CENTEL, N. / HAMİDE, Z.; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2018.

- CENTEL, N. / ZAFER, H.; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2003.
- ÇAĞA, T.; *Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?*, TBBD, 1991/3, s. 366-375).
- ÇİFTÇİ, P.; *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*, Ankara 2018.
- DEREN YILDIRIM, N.; *Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları*, Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009.
- DURAL, M. / ÖĞÜZ, T. / GÜMÜŞ, M. A.; *Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku*, 13. Bası, İstanbul 2018.
- EGE, Ö.; *Medeni Usul Hukukunda Keşif*, Ankara 2014.
- ERDÖNMEZ, G.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrası*, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2013, C. 87, S. 5, İstanbul 2013 (Delillerin Gösterilmesi).
- ERDÖNMEZ, G.; *Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti*, 2. Bası, İstanbul 2014.
- ERDÖNMEZ, G.; *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2017 (Pekcanitez Usûl).
- ERMENEK, İ.; *Medenî Usul Hukukunda Davayı Kabul*, Ankara 2009.
- ERSOY, R.; *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*, Ankara 1976.
- ERTEN, R. / ACIR, B. / TAŞVEREN, S.; *Gen (DNA) Testinin İspat hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, AÜHFD, 1996/45, s. 573-588.
- FEYZİOĞLU, F. N.; *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1979.
- GASSER, D. / RICKLI, B.; *Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkomentar*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.
- GEHRI, M. A. / JENT-SØRENSEN, I. / SARBACH, M.; *ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Zürich 2015 (Yazar, OFK-ZPO).
- GÖKSU, M.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tadili İhtiyacı ve Bu Konudaki Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi*, TAAD, 2017/32, Ankara, s. 61-93.
- GÖRGÜN, L. Ş. / BÖRÜ, L. / TORAMAN, B. / KODAKOĞLU, M.; *Medenî Usûl Hukuku*, 7. Bası, Ankara 2018.
- HANAĞASI, E.; *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Ankara 2016.
- HATEMİ, H. / SEROZAN, R.; *Aile Hukuku*, İstanbul 1993.
- HATEMİ, H. / KALKAN OĞUZTÜRK, B.; *Aile Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, İstanbul 2016.
- HAUSHEER, H. / WALTER, H. P.; *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Band II, Bern 2012 (BK ZPO-Yazar).
- İNCİ, Z. Ö.; *Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler*, Hacettepe ÜHFD, 2017/7-2, s. 140-141.

- JAUERNIG, O. / HESS, B.; *Zivilprozessrecht*, 30. Aufl., München 2011.
- KARAFAKİH, İ. H.; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara 1952.
- KARSLI, A.; *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2014.
- KERN, C. / DIEHM, D.; *ZPO*, Berlin 2017 (Kern/Diehm/Yazar).
- KILIÇOĞLU, A.; *Aile Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2016.
- KILIÇOĞLU, A.; *Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 3. Bası, Ankara 2014 (Yenilikler).
- KİRAZ, T. Ö.; *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler*, 2. Bası, Ankara 2012.
- KONURALP, H.; *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara 2009.
- KÖPRÜLÜ, B. / KANETİ, S.; *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1989.
- KRÜGER, W. / RAUSCHER, T.; *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 2, 5. Auflage, München 2016 (MüKoZPO/Yazar).
- KURT, KONCA N.; *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü*, Ankara 2016.
- KURU, B. / ARSLAN, R. / YILMAZ, E.; *Medenî Usul Hukuku*, 25. Bası, Ankara 2014.
- KURU, B. / ARSLAN, R. / YILMAZ, R.; *Medenî Usul Hukuku*, 21. Bası, Ankara 2010.
- KURU, B.; *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı*, İstanbul 1995 (El Kitabı).
- KURU, B.; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Bası, C. II, III, İstanbul 2001 (Şerh).
- KURU, B.; *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 2. Bası, Ankara 2018 (Ders Kitabı).
- KURU, B.; *Nizasız Kaza*, Ankara 1961.
- LÜKE, G.; *Der Informationsanspruch im Zivilrecht*, JuS 1986, s. 2-7.
- MAHMUTOĞLU, F. S.; *Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*, <http://fsmahmutoglu.av.tr> (Erişim: 01.02.2019), s. 1-25.
- MEIER, I.; *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich 2010.
- MEMİŞ, T. / YILDIRIM, M. F.; *Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar*, AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2, Y. 2004, s. 283-306.
- MUSIELAK, H. / BORTH, H.; *Familiengerichtliches Verfahren*, 6. Aufl., München 2018.
- MUSIELAK, H. / VOIT, W. B.; *Zivilprozessordnung*, 16. Aufl., München 2019 [(Musielak/Voit, (Yazar)].
- MUŞUL, T.; *Medenî Usul Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2012.
- MUTLU, L.; *Hukuk Sözlüğü*, İstanbul 2004.

- OBERHAMMER, P. / DOMEJ, T. / HAAS, U.; *Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2013 (KUKO ZPO-Yazar).
- ÖĞÜZMAN, K. / DURAL, M.; *Aile Hukuku*, İstanbul 1998.
- ÖĞÜZMAN, M. K. / BARLAS, N.; *Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, 24. Bası, İstanbul, 2018.
- ÖNEN, E.; *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1979.
- ÖNEN, E.; *Medenî Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara 1972.
- ÖZBAY, İ.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?*, 2. Bası, Ankara 2013.
- ÖZBEK, M. S.; *Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı*, 3. Bası, Ankara 2018.
- ÖZBEK, V. Ö. / DOĞAN, K. / BACAĞIZ, P. / TEPE, İ.; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Bası, İstanbul 2018.
- ÖZBEK, V. Ö.; *Tıbbî Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Hukuku*, YÜHFD, C. 3, S. 2, Y. 2006, s. 357-406.
- ÖZEKES, M.; *HMK Değerlendirmesi (Yargıtay Başkanı, Yargıtay Hukuk Daire Başkanları, Kanunu Hazırlayan Akademisyenlerden)*, Ankara 2012.
- ÖZEKES, M.; *Hukuk Muhakemeleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı Üzerinde Değerlendirme ve Görüş*, İzmir 2017.
- ÖZEKES, M.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hukuk Yargılamamıza Ne Getiriyor?*, İzmir 2011.
- ÖZEKES, M.; *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003 (Hukuki Dinlenilme Hakkı).
- ÖZEKES, M.; *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2017.
- ÖZKAYA-FERENDECİ, H. Ö.; *Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri*, DEÜHFD 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. I, İzmir 2015, s. 813-830.
- ÖZMUMCU, S.; *1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delillerin İkameleri Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış*, KHAD, 2013/101, s. 42-66.
- ÖZTAN, B.; *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2015.
- ÖZTEK, S.; *Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Uzman Görüşü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi (22-29 Mart Tarihlerinde Kadir Has Üniversitesi'nde Düzenlenen Toplantı)*, İstanbul 2008, s. 179-189.
- PEKCANITEZ, H. / ATALAY, O. / ÖZEKES, M.; *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, İstanbul 2018.
- PEKCANITEZ, H. / ATALAY, O. / ÖZEKES, M.; *Medenî Usûl Hukuku*, 9. Bası, Ankara 2010 (Medenî Usûl Hukuku, 9. Bası).
- PEKCANITEZ, H.; *Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Makaleler, C. I, İstanbul 2016, s. 723-769.

- PEKCANITEZ, H.; *Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı*, HPD, Eylül 2006, s. 69-78.
- PEKCANITEZ, H.; *Grundlinien der Reform der Zivilprozessordnung in der Türkei*, Makaleler, C. II, İstanbul 2016, s. 619-638.
- PEKCANITEZ, H.; *HMK Hakkında Genel Değerlendirme*, Makaleler, C. II, İstanbul 2016, s. 587-600.
- PEKCANITEZ, H.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Tanıtımı*, Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara 2007, s. 3-33.
- PETERS, E.; *Auf dem Weg zu einer allgemeinen Prozeßförderungspflicht der Parteien?*, Festschrift für Karl Heinz Schwab, München 1990, s. 399-408.
- PETERS, E.; *Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners*, in: ZJP 82 (1969), s. 200-224.
- POSTACIOĞLU, İ. E. / ALTAY, S.; *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 7. Bası, İstanbul 2015.
- POSTACIOĞLU, İ. E.; *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul 1975.
- PRÜTTING, H. / GEHRLEIN, M.; *ZPO Kommentar*, 10. Aufl., Köln 2018 (Prütting/Gehrlein/Yazar).
- PÜSKÜLLÜOĞLU, A.; *Türkçe Sözlük*, Ankara 2002.
- ROSENBERG, L. / SCHWAB, K. H. / GOTTWALD, P.; *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., München 2018.
- SAENGER, I.; *ZPO Handkommentar*, 8. Aufl., Baden-Baden 2019 (Saenger/Yazar).
- SARISÖZEN, M. S.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Medeni Usul Hukukumuzda Getirdiği Yeni Düzenlemeler*, TBBD, 2011/96, s. 331-382.
- SİMİL, C.; *Belirsiz Alacak Davası*, İstanbul 2013.
- SPÜHLER, K. / TENCHIO, L. / INFANGER, D.; *Basler Kommentar*, 3. Aufl., Basel 2017 (BSK ZPO-Yazar).
- STEIN, F. / JONAS, M.; *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 2, 23. Aufl., Tübingen 2016; Band 5, 23. Aufl., Tübingen 2015 (Stein/Jonas/Yazar).
- STÜRNER, R.; *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen 1976.
- STÜRNER, R.; *Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeß*, ZJP 98. Band, 1985, s. 237-256.
- SUNGURTEKİN-ÖZKAN, M.; *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, İzmir 2013.
- SUTTER-SOMM, T. / HASENBÖHLER, F. / LEUENBERGER, C.; *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Zürich 2016.
- ŞAHİN C. / GÖKTÜRK N.; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. II, 7. Bası, Ankara 2018.
- ŞAHİN, C.; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. I, 9. Bası, Ankara 2018.

- TANRIVER, S.; *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler*, TBBD, 2012/99, s. 16-34.
- TANRIVER, S.; *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara 1996.
- TANRIVER, S.; *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 2. Bası, Ankara 2018.
- TANRIVER, S.; *Türk Aile Mahkemeleri*, Ankara 2014.
- TANRIVER, S.; *Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi*, TBBD, 2006/65, s. 368-377.
- TEKİNAY, S. S.; *Türk Aile Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 1990.
- TERCAN, E.; *Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü*, SÜHFD, 1996/1-2, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, s. 181-212.
- THOMAS, H. / PUTZO, H.; *Zivilprozessordnung*, 40. Aufl., München 2019 (Thomas/Putzo/Yazar).
- TORAMAN, B.; *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi*, Ankara 2017.
- TURHAN, F.; *Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle İHAM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Müdahalesi)*, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 1025-1075.
- TUTUMLU, M. A.; *Medeni Usul Hukuku Sorunları*, C. III, Ankara 2014.
- TÜZÜNER, Ö.; *Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*, AÜHFD, C. 62, S. 4, Y. 2013, s. 1139-1166.
- ULUKAPI, Ö.; *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Bası, Konya 2015.
- UMAR B. / YILMAZ E.; *İspat Yükü*, 2. Bası, İstanbul 1980.
- UMAR, B.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara 2014 (Şerh).
- UMAR, B.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı*, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2007, s. 87-130.
- UYUMAZ M.; *Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler*, Ankara 2015.
- ÜNVER, Y. / HAKERİ, H.; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, Ankara 2018.
- ÜSTÜNDAĞ, S.; *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000.
- VELİDEDEOĞLU, H. V.; *Türk Medeni Hukuku*, C. II, Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1965.
- VORWERK, V. / WOLF, C.; *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, 32. Edition, München 2016 (Vorwerk/Wolf/Yazar).
- WIECZOREK, B. / SCHÜTZE, R. A.; *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Band 3, 4. Aufl., Berlin 2013; Band 6, 4. Aufl., Berlin 2014 (Wieczorek/Schütze/Yazar).
- YENERER-ÇAKMUT, Ö.; *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu*, İstanbul 2008.
- YENİSEY, F. / NUHOĞLU, A.; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2018.

- YILDIRIM M. K.; *Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Rolü*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, s. 3027-3044.
- YILDIRIM, M. K.; *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990.
- YILDIZ, A. K.; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme*, İÜHFM, C. LXV, S. 1, Y. 2007, s. 127-173.
- YILMAZ, E.; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. II, III, 3. Bası, Ankara 2017 (Şerh).
- YILMAZ, E.; *Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri*, ABD, 2011/2, s. 213-253.
- YILMAZ, E.; *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2002.
- YILMAZ, E.; *Usul Ekonomisi*, AÜHFD, C. 57, S. 1, Y. 2008, s. 243-274.
- YILMAZ, O.; *Hukukta Keşif*, 2. Bası, İstanbul 1988.
- YURTBAŞI, F.; *Medeni Usul Hukukunda Keşif*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi-Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2015.
- ZIMMERMANN, W.; *Zivilprozessordnung*, 10. Aufl., Bonn 2016.
- ZÖLLER, R.; *Zöller ZPO Zivilprozessordnung*, 32. Aufl., Köln 2018 (Zöller/Yazar).

