

**ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**  
**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**MEDENİ USUL HUKUKUNDA KEŞİF**

**TEZ DANIŞMANI**

**Yrd. Doç. Dr. Nedim MERİÇ**

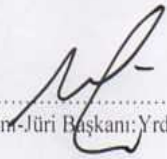
**TEZİ HAZIRLAYAN**

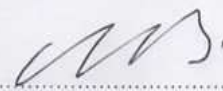
**Önder EGE**


**MERSİN / EYLÜL 2013**

T.C  
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE


"MEDENİ USUL HUKUKUNDA KEŞİF" başlıklı bu tez çalışması jürilerimiz tarafından oy birliği ile **Özel Hukuk** Anabilim Dalında **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

  
Tez Danışmanı-Jüri Başkanı:Yrd.Doç. Dr. Nedim MERİÇ

  
Jüri Üyesi:Yrd. Doç. Dr. Elvin Kerime SİLAHTAROĞLU

  
Jüri Üyesi:Yrd. Doç. Dr. Selen YILMAZ

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylım.

  
26.09/2013  
Prof. Dr. Halil Çetin BEDEŞTİNCİ  
Sosyal Bilimler Enstitü Müdürü Vekili



Not:Bu tezde kullanılan özgün ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin,çizelge,şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı,5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

CC

## ÖNSÖZ

Çalışmamızın konusu 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi olarak Keşif Delilinin İnceleme Çalışması'dır. Keşif delili hukuk davalarında önemli bir yeri olan bir usul hukuku süjesidir. Buna rağmen, literatür incelendiğinde, hukukçuların keşif konusuna çok fazla ilgi göstermedikleri ve bu konuda monografik eserlerin pek az olduğu dikkat çekmektedir. Bu nedenle keşif konusunu, tez danışmanımızın yönlendirmeleri ile inceleme gayreti içerisinde olduk. Keşif delilinde hakimin bizzat beş duyusu ile gerçekleştirdiği gözlemi, usul bilgisi ve muhakeme kabiliyeti maddi gerçekliğin bulunması açısından büyük önem arz etmektedir. Ayrıca keşif delili diğer deliller ile de zaman zaman desteklemekte olup, birden fazla delilin birlikte değerlendirildiği bir faaliyet olabilmektedir. Bu çerçevede, çalışmamızda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olan keşif delili ile ilgili usul kuralları inceleme gayreti içinde olunmuştur.

**26/09/2013**

**Önder EGE**

## **ÖZET**

### **MEDENİ USUL HUKUKUNDA KEŞİF**

**Önder EGE**

**Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı**

**Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Nedim MERİÇ**

**Eylül 2013, 108 Sayfa**

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda 288 ila 292 maddeleri arasında düzenlenmiş olan keşif delili,"Hakimin uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organları vasıtasıyla mahallinde veya mahkemede inceleme yaparak bilgi sahibi olması" olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda keşif, resen veya taraflardan birinin talebi üzerine dava konusu ile ilgili tarafların katılımı ile veya yokluklarında, hakim tarafından inceleme ve araştırma yapılarak delillerin olay mahallinde tartışılmasıdır. Keşif icrasında gerekli görüldüğünde tanık veya bilirkişi gibi delillere de başvurulması yaygın bir uygulamadır. Keşif delili ve keşif tutanağı kuvvetli bir takdiri delildir ve aksi tanık beyanı ile ispatlanamaz. Taraflar ve üçüncü kişiler keşif kararının gereğini uymak ve engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadırlar. Ayrıca soy bağı tespiti için keşif ve inceleme yapılması söz konusu olduğundan, sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak kaydı ile herkes, soy bağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Geçerli bir neden olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hakim incelemenin zor kullanarak yapılmasına karar verebilir. Keşif icrasında usulü işlemlere itiraz yasanın öngördüğü usuller çerçevesinde mümkündür. İhtiyati tedbir, delil tespiti ile görevsiz veya yetkisiz mahkemece yapılan keşif, Ceza veya İdare Mahkemelerince yapılan keşifler esas mahkeme hakimi tarafından, yeterli görülür ise hüküm için değerlendirilmeye esas alınabilir.

**Anahtar Kelimeler:** Keşif, Delil, Soybağı, Usul, DNA

## **ABSTRACT**

### **VIEWING in CIVIL PROCEDURE LAW**

**Önder EGE**

**Master's Thesis Private Law**

**Supervisor: Assist Prof. Dr. Nedim MERİÇ**

**September 2013, 108 Pages**

Viewing proof; which is arranged in the civil procedure code between 288 and 292 is defined as judge's being knowledgeable throughout making an intensive study on the dispute subject either with his five senses on the spot or within the court. As such; viewing is a discussion of the evidences on spot made either by on demand or on its own initiative by judge after an intensive analysis and study. It's made by the attendance of both parties or in absentia of them .Common practice in private law is to apply for a witness or an expert during the procedure when it's appropriate. Viewing proof and the viewing minute book are discretionary proofs and adverse cannot be proved by evidence of a witness. Parties and the third persons must meet the requirements of the viewing decision and avoid the uncompromising attitudes. Viewing proof is also necessary for the determination of the cognate; therefore every individual should give permission to draw blood and tissue unless it is dangerous to health. Judge may authorize for the viewing if any party disobey this obligation without giving a valid reason. Objection to procedure action is doable during the viewing in accordance with the law. Temporary injunction, perpetuation of evidence, and exploration made by an unauthorized court can be taken to rest by the main courts judge if it's found adequate.

**Key words:** Viewing, Evidence, Paternity, Procedure, DNA

## KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
CGTİK	:Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerin İnfazı hakkında Kanun
CMK	:Ceza Mahkemeleri Kanunu
DNA	: Deoksirübo Nikleik Asit
E.	:Esas
HD	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	:Kanun
K.	:Karar
KDV	:Katma Değer Vergisi
m.	:Madde
Md.	:Madde
PTT	:Posta ve Telgraf Teşkilatı
s.	:Sayfa
TAR.	:Tarih
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCK	:Türk Ceza Kanunu
TKM	:Türk Kanunu Medenisi
TMK	:Türk Medeni Kanunu
TOBB	:Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
UYAP	: Ulusal Yargı Ađ Projesi
Vb.	:Ve benzerleri.
Yarg.	:Yargıtay
YHGK	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yön	:Yönetmelik
YÜR.	:Yürürlük

## İÇİNDEKİLER

KAPAK.....	i
TEZ İMZA SİRKÜLERİ.....	ii
ÖNSÖZ.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	viii
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

1.KEŞİF KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	4
1.1. Kavram.....	4
1.1.1.Keşif Kavramı.....	4
1.1.2.HMK’da Keşif Kavramı .....	4
1.1.3.Diğer Kanunlarda Keşif Kavramı.....	6
1.1.4.Keşif Kavramının Hukuki Niteliği.....	8
1.2. Keşfin Konusu ve Amacı.....	12
1.3.Keşfe Katlanma Zorunluluğu .....	14



1.4.Soybağı Tespitinde Keşif ve İnceleme Yapılması.....	18
1.4.1.HMK Düzenlemesi Hukuk Muhakemesine Uygun mudur?.....	18
1.4.2.Gizli Babalık Testlerinin ve Soybağı Hukukundaki Hak Düşürücü – Sürelerin HMK Açısından Değerlendirilmesi.....	27
1.4.2.1.Gizli Babalık Testleri.....	27
1.4.2.2.Hak düşürücü Süreler ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı.....	35
1.4.2.3.DNA İncelemesinde Hakimin ve Bilirkişinin Rolü.....	40
1.5.Sigorta Eksperlerinin Raporlarının HMK Açısından Değerlendirilmesi.....	42

## İKİNCİ BÖLÜM

2.KEŞİF İLE İLGİLİ USUL İŞLEMLERİ.....	49
2.1.Genel Olarak.....	49
2.1.1.Yargılama Harç ve Giderlerinin Yatırılması ve Keşif Öncesinde Mahkemenin Yapması Gereken Usul İşlemleri.....	49
2.1.1.1.Keşif Avansı.....	49
2.1.1.2.Keşif İçin Hazırlık İşlemleri.....	60
2.1.1.2.1.Genel Olarak.....	60
2.1.1.2.2.Belgelerin Toplanması .....	60
2.1.1.2.3.Bilirkişi Seçilmesi.....	62
2.1.1.2.4.Tanık Listesinin Sunumu ve Davetiyelerin Gönderilmesi..	65
2.1.2.Keşfin İcra Edilmesi.....	67
2.1.3.Keşif Tutanağı.....	70

<b>2.1.4.Keşfin İcrasına İtiraz Edilmesi Halinde Yapılması Gereken Usul</b>	
İşlemleri.....	76
<b>2.1.5.Keşif Tamamlandıktan Sonra Yapılması Gereken Usul</b>	
İşlemleri.....	80
<b>2.2.Mahkemenin Keşif Sonrasındaki Değerlendirmesi.....</b>	<b>85</b>
<b>2.2.1.Genel Olarak.....</b>	<b>85</b>
<b>2.2.2.Mahkemenin Kendi Yapmış Olduğu veya İstinabe Yoluyla Yaptırması</b>	
Olduğu Keşfin Değerlendirmesi.....	88
<b>2.2.3.İstinabe ile Medeni Usul Hukukundaki Doğrudanlık İlkesi Çelişmekte</b>	
Midir?.....	89
<b>2.2.4.Delil Tespiti veya İhtiyati Tedbir Aşamasında İcra Edilen Keşif Mahkemeyi</b>	
Ne Oranda Bağlamaktadır?.....	91
<b>2.2.5.Mahkeme Tarafları Farklı Olan Bir Dava İle İlgili Yapılmış Olan Keşiften</b>	
Delil Olarak Yararlanabilir Mi?.....	92
<b>2.2.6.Görevsiz veya Yetkisiz Mahkeme Tarafından İcra Edilen Keşfin Hukuki</b>	
Durumu .....	92
<b>2.2.7.Ceza Mahkemesinde Yapılan Keşfin Hukuk Mahkemesine Etkisi.....</b>	<b>93</b>
<b>3.SONUÇ.....</b>	<b>94</b>
<b>4.KAYNAKÇA.....</b>	<b>95</b>

## GİRİŞ

Medeni Usul Hukukunda "Keşif" kavramı, özellikle uygulamada çok önemli bir yer tutmakta olup, sıklıkla karşılaşılmaktadır. Ancak hukuk bibliyoteğine baktığımızda bu konuda pek fazla monografik çalışmanın bulunmadığı, nedense hukukçuların bu kavrama pek ilgi duymadıkları gözlemlenmektedir. Oysa uygulamada keşif ile ilgili Yargıtay'ın pek çok bozma kararının olduğu görülmektedir. Genellikle Yargıtay bozma kararları, keşfin usulüne uygun yapılmaması veya keşfin yapılmasının gerekli olduğu hallerde keşif yapılmadan hüküm kurulması şeklinde yoğunluk arz etmektedir. Bu da şüphesiz ki yargılamanın makul seviyenin üzerinde uzamasına, bozma sonrası pek çok usul işleminin yeniden yapılmasına yol açmakta ve hem zaman kaybı hem de usul ekonomisi açısından hukuk sistemimizde açık bir zaafiyet belirtisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargılamaların uzaması uzun süreden beri kamuoyunu rahatsız eden ve gerek hukukçular, gerek ise sade vatandaş tarafından sürekli eleştirilen bir konudur. Bu nedenle keşfin yasanın öngördüğü kurallar çerçevesinde yapılması, temyiz incelemesi sırasında usul nedeniyle bozmaları asgariye indireceği gibi, gereksiz zaman kaybını da ciddi oranda önleyebilecek, yargılamanın daha pratik ve çabuk sonuçlanmasını sağlayacaktır, görüşünderiz. Genel olarak baktığımızda, hukuk fakültelerinde okutulan usul kitaplarında da bu konu çok kısa olarak geçilmekte, özellikle uygulamaya yönelik açıklamalar pek yer almamaktadır. Ancak şu hususu önemle belirtmekte fayda var, bu konuyu araştırırken daha önce yayınlanmamış yüksek lisans tezi olarak kaleme alınmış bir kaç değerli çalışmaya rastladık, bu çalışmalar da bu tezin hazırlanması sırasında önemli bir rehberlik ve önderlik özelliği taşıdığı gibi, konunun işlenmesi sırasında doktrindeki diğer önemli genel içerikli çalışmalar ile birlikte, tarafımızı cesaretlendirmiştir. Ancak ileriki sayfalarda yeri geldiğinde sıklıkla başvuracağımız bu çalışmaların tamamı önceki kanun olan HUMK zamanında yazılmış olup, 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) yürürlüğe giriş tarihi olan 01.10.2011 tarihinden sonra keşif ile ilgili herhangi bir monografik çalışmayı ne yazık ki bu gün itibari ile tespit etmek imkanımız olmadı. Bir de özellikle soybağı davalarına dair çok önemli ve faydalı çeşitli tarihlere yazılmış bazı bilimsel makalelerden yararlanmak imkanı

bulduk ki, bu husus hem tezin tamamlanma sürecini hızlandırdı, hem de tez içeriğine çok ciddi katkılar sağladı. Bu çerçevede biz de keşif kavramının daha güncel düzenleme ve örnekler ile anlaşılabilmesi ve konuya küçük bir katkı sağlayabilmek çabası ile, zaman zaman önceki kanunun ilgili maddelerine de değinerek, aynı zamanda yaklaşık yirmi yıllık avukatlık geçmişi olan bir uygulayıcı olarak uygulamaya dair kendi tecrübelerimizden de yararlanarak, Medeni Usul Hukukunda Keşif konusunu bir yüksek lisans tezi olarak, konuyu çok fazla dağıtmamaya da özen göstererek ana hatlarıyla irdelemeye çalıştık.

Yürürlükteki Hukuk muhakemeleri Kanununda keşif, dördüncü kısım olan İspat ve Deliller başlığı altında altıncı bölümde ele alınmış ve 288. ila 292. maddeler arasında açıklanmıştır. HMK 'ya göre takdiri bir delil olan keşif, önceki dönemlerde genellikle uygulamada yaygın bir şekilde taşınmaz davaları ile neredeyse özdeşleşmiş olup, hukukçu olmayan bir kişiye keşif kavramından bahsedildiğinde, hemen taşınmaz davaları çağrışım yapmaktadır. Oysa ileride ana hatları ile değineceğimiz üzere keşif, günümüz hukukunda pek çok alanda karşımıza çıkmakta olup, farklı uygulama ve yöntemler ile de gerçekleştirilebilmektedir. HMK 'nın ilgili maddeleri de bu ihtiyacı karşılar şekilde yasa koyucu tarafından tanzim edilmiştir.

Bu çalışmada öncelikle keşif kavramını genel ve hukuki anlamda açıklamaya çalıştık. Bu açıklamaları yaparken de usul hukukunun keşif ile ilişkilendirilebilecek ilkelerine de kısaca değinmeye çalıştık. Örnek olarak vermek gerekirse; "Aleniyet İlkesi", "Doğrudanlık İlkesi" veya "Tasarruf İlkesi" gibi. Keşif, HMK lafzı ve ruhu dahilinde hakimin bizzat duyu organlarıyla uyuşmazlık konusunun bulunduğu yerde veya mahkemede uyuşmazlık konusu hakkında inceleme yapmak amacıyla müracaat ettiği takdiri bir delil olduğuna göre, özellikle soy bağı tespiti davalarında alınacak ve uygulanabilecek zorla getirme kararının ne ölçüde HMK ruhu ile bağdaştığı hususunu da bu kısa çalışmada tartışma gayreti içinde olacağız. Kısaca teorik çerçevede keşif konusu ele alındıktan sonra da keşif öncesi, keşfin icrası ve sonrası aşamalarında yapılması gereken usul işlemlerini inceleyip, HMK' da yer alan sistematığe göre maddesel olarak sırasıyla konuyu derinleştirmeye çalışacağız.

Bu mütevazî çalışma sırasında uygulama açısından önemli gördüğümüz bazı Yargıtay kararlarını da konunun somut bir şekilde ortaya çıkması amacıyla alıntılıyıp, teorik çerçeveyi tamamlamaya çalışacağız. Doktrinsel olarak geçmişte bu

konuya değinmiş olan monografik olmayan çalışmalardan da azami olarak yararlanmak, değerli hukuk alimlerinin bu günleri aydınlatan bilgileri ışığında, kendi görüşlerimizi yansıtan genel bir değerlendirme ve öneriler ortaya koyarak çalışmamızı tamamlamayı amaçlıyoruz.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### 1.KEŞİF KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

#### 1.1.Kavram

##### 1.1.1.Keşif Kavramı

Türk Dil Kurumu sözlüğünde hukuki anlamda keşif, bir olay veya durumun oluş sebeplerini anlayabilmek için yerinde inceleme yapmak olarak tanımlanmıştır<sup>1</sup>. Hukuk ve Sosyal Bilimler sözlüğünde ise, keşfin tanımı; gizli bir şeyi bulmak, bir sırrı öğrenmek ve bir yapıya harcanacak giderin aşağı yukarı hesaplanması olarak yapılmıştır<sup>2</sup>. Anglo-Sakson Hukukunda keşif kavramı için özellikle İngiliz hukukunda geçmiş dönemlerde,"Viewing"terimi kullanılmakta olup, yerinde tetkik ve tahkikat olarak Türkçeye çevrilmiştir. Fiil olarak ise keşif (keşif yapmak) için İngiliz hukuk terminolojisinde, "View" kelimesi kullanılmaktadır<sup>3</sup>. Ancak,"View" kelimesi son dönemlerde "viewing" yerine keşif kavramını isimlendirmek için, hem isim hem de fiil olarak daha yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır. İngilizce hukuk sözlüklerinde terimin açıklaması genellikle,"hakim veya hakim ve jüri tarafından mahkeme salonuna getirilemeyecek her hangi bir yer veya obje (örneğin otobüs) üzerinde davaya dair her hangi bir soru ortaya çıktığında yapılan inceleme ve dava dosyasına ait delillerin bir parçası olarak tanımlanmıştır"<sup>4</sup>. Görüldüğü üzere İngiliz hukukunda jüri sistemi olduğu için, özellikle ceza yargılamasına ilişkin keşif icrasında gerektiğinde hakim ile birlikte jürinin de keşfe katılımı mümkün olmaktadır.

##### 1.1.2.HMK'da Keşif Kavramı

HMK m.288'in hükümet gerekçesinde keşfin tanımı yapılmıştır. Bu tanım; "Keşif; hakim uyuşmazlık konusunu oluşturan şeyi bizzat müşahede ederek bilgi sahibi olmasıdır. Keşif takdiri delillerdendir. Taraflardan birinin talebi yahut mahkemece kendiliğinden keşif kararı verilebilecektir..."şeklindedir<sup>5</sup>. YILMAZ

<sup>1</sup> TÜRK DİL KURUMU, Türkçe Sözlük Cilt II, s.1284,Ankara,1998.

<sup>2</sup> ALTAY, Şakir, Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü, Ankara 1983, s.250.

<sup>3</sup> OVACIK, Mustafa, İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, Ankara,2000, sayfa 318.

<sup>4</sup> LAW,J/MARTİN,E, Dictionary of Law, s.579,Oxford,2013.

<sup>5</sup>KURU,B /ARSLAN,R /YILMAZ,E, Gerekçeli Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara,2011,s.318.

keşfi; "uyuşmazlık konusunu hakim bizzat duyu organlarıyla bulunduğu yerde veya mahkemede görüp gözleyip incelemesini sağlayan bir delil türü" olarak tanımlamıştır<sup>6</sup>. Bir diğer hukuki eserde ise "Hakimin dava konusu şeyi inceleyerek onun hakkında bütün duyularıyla bilgi edinmesine keşif denir" tanımlamasının yapıldığını görmekteyiz<sup>7</sup>. Bu tanıma göre daha güncel, kavramı açıklayıcı, kolay anlaşılır ve net olan, bizim de çoğunluğa uyarak tercih ettiğimiz bir başka keşif tanımı ise PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES' in ortak çalışmalarında yer almıştır "Keşif, mahkemenin, kişiler veya nesnelere üzerinde doğrudan ve duyu organlarına dayanarak bilgi sahibi olmasıdır. Bu bilgi ve algı işitme, tat alma, koku alma, hissetmek ve görmek şeklinde olabilir"<sup>8</sup>. Bu açıklamalar çerçevesinde HMK m.288 Keşif Kararı başlığı ile aşağıdaki şekildedir:

"(1) Hakim, uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organları yardımıyla bulunduğu yerde veya mahkemede inceleme yaparak bilgi sahibi olmak amacıyla keşif yapılmasına karar verebilir. Hakim gerektiğinde bilirkişi yardımına başvurur.

(2) Keşif kararı, mahkemece, sözlü yargılamaya kadar taraflardan talebi üzerine veya resen alınır"<sup>9</sup>.

Mülga HUMK m.363 keşif kavramını sadece taşınmazların hakim tarafından mahallinde görülüp incelemesi olarak tanımlamaktaydı<sup>10</sup>. Doktrinde keşif ile ilgili bu husustaki tanım, güncel gelişmeleri karşılamayan, dar ve sınırlı anlamda bir keşif tanımı olarak değerlendirilmekteydi<sup>11</sup>. Yürürlükteki HMK' da ise önceki kanunun aksine m.288'de yer alan tanım, geniş anlamda bir tanım olup sadece taşınmazların keşfi kavramı ile sınırlandırılmamıştır. Bu arada, doktrinde bazı bilimsel çalışmalarda maddenin ikinci fıkrasının pek de gerekli olmadığı görüşü ileri sürülmüştür<sup>12</sup>. Buna göre gerekli olduğu takdirde her şey keşfin konusu olabilir. 1086

---

<sup>6</sup>YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2012,s.1250.

<sup>7</sup>KURU,B /ARSLAN,R/YILMAZ,E, Medeni Usul Hukuku,Ankara,1986,s.322.

<sup>8</sup> PEKCANITEZ,H/ATALAY,O/ÖZEKES,M. Medeni Usul Hukuku,Ankara,2011, s.530.

<sup>9</sup>PEKCANITEZ,H/KORKMAZ,H/MERİÇ,N.,Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara,2012, s.296.

<sup>10</sup>PEKCANITEZ,H/KORKMAZ,H/MERİÇ,N İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara,2007,s.524.

HUMK m.363:"Gerek re' sen ve gerek iki taraftan birinin talebi üzerine davanın her halinde münazaalı yerin keşfine karar verilebilir."

<sup>11</sup>BAYRAKTAROĞLU, Suzan, Medeni Usul Hukukunda Keşif, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 1997,s.10.

<sup>12</sup> UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara,2011,s.793.

sayılı Kanunun mehzazında bulunmayan ve uygulanmasında oldukça çok tereddütler yaşanan HUMK m.367'de ispat vasıtası olarak düzenlenmiş olan özel hüküm sebepleri gibi pek somut olmayan muhakeme kavramının da terk edildiğini göstermektedir<sup>13</sup>. HMK m.192; "Kanununun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmediği hallerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir"<sup>14</sup>.

HMK 'da, Keşif, mülga HUMK m.363 düzenlemesinden farklı olarak, tekrar altını çizmek gerekirse sadece taşınmazlar için değil, uygulamadaki her konuda kabul edilmiştir (m.288). Keşif konusunda, kapsam bakımından tanımsal olarak çok önemli bir değişiklik olmuş, böylelikle teknikteki gelişmelerle, güncel hukuktaki gelişmeler arasında azami uyum sağlanmaya çalışılmıştır. Özellikle de yirmi birinci yüzyıl Türkiye'sinde ki uyuşmazlıkların çeşitliliği karşısında uygulamadaki güçlükler veya sorunlar dikkate alınarak keşfe katlanma zorunluluğu hususu, çok daha açık ve de ayrıntılı biçimde net olarak kanunda düzenlenmiştir (m.291). Keşif konusundaki en önemli yenilik ise soy bağı konusundaki düzenlemedir (m.292). Ancak bu hüküm HMK' nin genel mantığı çerçevesinde, ileri ki bölümlerde değinileceği üzere usul hukukçuları arasında oldukça tartışılmış, netice itibarı ile kamu düzeni de nazara dikkate alınarak şu an yürürlükteki madde metni doğrultusunda bir tercihte bulunulmuştur<sup>15</sup>. HMK m.288 metninde bazı anlatım bozuklukları olduğu kimi hukukçular tarafından dile getirilmiştir. Örneğin, UMAR maddenin birinci fıkrasında, nesnenin bulunduğu yer kastedildiği halde, madde metninde eksiklik nedeniyle anlam kaybı olduğunu belirtmektedir (s.795)<sup>16</sup>.

### 1.1.3. Diğer Kanunlarda Keşif Kavramı

Ceza Muhakemesi Kanunun' da keşif bir delil türü olarak kabul edilmiştir; Keşif, CMK m.83'de düzenlenmiştir;" Keşif, hakim veya naibi ya da istinabe olunan hakim veya mahkemece gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır. Keşif tutanağına, var olan durum ile olayın özel niteliğine göre

<sup>13</sup>ANSAY, Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri,7.Baskı, Ankara,1960,s.315.

<sup>14</sup>KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.232.

<sup>15</sup>ÖZEKES, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hukuk Yargımıza Neler Getiriyor, İzmir, 2011,s.73.

<sup>16</sup>UMAR, s.795.



varlığı umulup da elde edilemeyen delillerin yokluğu da yazılır"<sup>17</sup>. TANER, ceza muhakemesi hukuku açısından keşif tanımını şöyle yapmıştır;" Keşif, suçun kendisini, nasıl işlendiğini, işlendiği yerin veya suça taalluku olan yerlerin veya eşyanın hal ve vaziyetini, suçun iz, eser ve delillerini tespit için yapılan adli ve usulü bir muameledir"<sup>18</sup>. Bir başka tanım ise şu şekildedir; "Genel olarak, muhakeme hukukunda keşif, muhakemenin gayesine ulaşmak için hakimin, beş duyusu vasıtası ile yaptığı teftiştir, yani meydanda olanı dikkatle incelemesidir"<sup>19</sup>. Aslında bu tanım HMK açısından da kabul edilebilir niteliktedir. CMK m.83 muhakemenin amacına ulaşabilmek için olay veya durumun oluş nedenlerini kavramak amacıyla yerinde inceleme yapılmasını düzenlemektedir. Mahkemenin bu şekilde yapacağı usul işlemi muhakeme hukukunda keşif kavramı ile adlandırılmıştır<sup>20</sup>.

İdari yargılama usulünde keşif hususunda, özellikle İdari Yargılama Usulü Kanunu m.31 önemlidir<sup>21</sup>. Çünkü bu madde ile keşif ve bilirkişi incelemesi ile ilgili doğrudan HMK' ya gönderme yapılmıştır<sup>22</sup>. İdari yargıda keşif takdiri bir delildir ve hakim keşif sonucuyla doğrudan bağlı olmak durumunda değildir, keşif sonucunun değerlendirmesi tamamen mahkemenin takdirindedir<sup>23</sup>. Taraflar tarafından keşif talebinde bulunulacağı gibi, mahkeme heyeti de resen keşif kararı alabilir. Herhangi bir süreye tabi değildir, yargılamanın her aşamasında gerekli görüldüğünde keşif kararı alınabilir ve genellikle naip hakim görevlendirilmek üzere, keşif icra edilir<sup>24</sup>. Vergi hukuku da idari yargılama usullerine tabi olduğundan keşif, vergi hukuku uygulamalarında da gerekli görüldüğünde bazen başvurulabilen bir delildir<sup>25</sup>.

<sup>17</sup>MERSİN BAROSU, TCK, CMK, CGTİK, s.249,1.Baskı, İstanbul,2011.

<sup>18</sup>TANER, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, İstanbul, 1944, s.166.

<sup>19</sup>KUNTER, Nurullah, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1986, s.576.

<sup>20</sup>TAŞDEMİR, Kubilay/ÖZKEPİR, Ramazan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi Cilt:1, Ankara, 2007, s. 348.

<sup>21</sup>İYİK m.31:"Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimin davaya bakmaktan memnuniyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısları davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, KEŞİF, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. (Ek.10.4.1990-3622/11; Değişik:18.6.1994-4001/14) Ancak davanın ihbarı ve bilirkişinin seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından resen yapılır. Bu kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanuna atıfta bulunan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.

<sup>22</sup>ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2011, s. 243.

<sup>23</sup> SUNAY, ŞENLEN, Süheyla, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil, İstanbul, 1997, s. 27.

<sup>24</sup> CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, 2011, s. 820.

<sup>25</sup> KARAKOÇ, Yusuf, Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemleri, İzmir, 1997, s. 179.

#### 1.1.4.Keşif Kavramının Hukuki Niteliği

Uygulamada genellikle keşfin icrası mahkeme salonu dışında yapılır. HMK m.288'de tanımlandığı üzere, keşifte hakim esas olarak uyuşmazlık konusunu bizzat inceleyerek belirli bir gözlem yapmaktadır. Bunun için de tüm duyu organlarından serbestçe yararlanmalıdır. Örneğin uyuşmazlık konusu kakao gibi bir gıda maddesi ise, hakim bizzat tadabilir veya esnekliğini kaybetmiş bir lastik için durum tespiti açısından eliyle dokunarak veya bastırarak inceleme yapabilir. Hakim gerek gördüğünde uyuşmazlık konusunun mahkeme salonuna getirilme imkanı varsa, mahkeme salonunda da keşif incelemesini yapabilir. Önemli olan, uyuşmazlık konusunun bizzat hakim tarafından sağlıklı bir ortamda incelenebilmesidir. Taşınmaz davalarında ise taşınmaz sınırları hakim tarafından bizzat gezilerek tespit edilir<sup>26</sup>. HMK yorumunda keşif takdiri bir delil olarak kabul edildiğine göre yemin, senet ve kesin hüküm delilleri dışında kalmaktadır<sup>27</sup>. Takdiri delillerin hükümleri ve koşulları kanun tarafından tayin edilmemiştir. Bu tür delillerde hakim serbestçe takdir etmesi hususu söz konusudur. Keşif dışında, tanık ve bilirkişi de takdiri delillerdendir. Kural olarak hukuki işlemlerde, takdiri deliller ile ispat mümkün değildir. Ancak belirli bir miktarın altındaki işlemlerde veya senet ile ispat kuralının istisnasını oluşturan konularda takdiri delille ispat mümkün olabilmektedir (HMK m.192)<sup>28</sup>. O halde hakim icra edilen keşif sonunda tamamen kendi hukuki bilgisi ve vicdani kanaatine göre yasalar ve derdest olan uyuşmazlığa dair dosya muhtevası çerçevesinde değerlendirme yaparak, keşfin iddiayı ispata etkisi bakımından bir kanaate ulaşır ve buna göre muhakemeyi devam ettirir veya dava dosyası tekamül etmişse muhakemeyi neticelendirir. Bu nedenle daima yanılma veya yanılma ihtimalini

<sup>26</sup> YILMAZ, s.1250.

<sup>27</sup> BAYRAKTAROĞLU, s.12.

<sup>28</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, S.474.

HMK m.192-(1) Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hallerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir.

Hükümet Gerekçesi:"1086 sayılı Kanunun 367 nci maddesine karşılık gelen bu maddeyle, kanunda düzenlenmemiş olan delillerin hukuki çerçevesi çizilmiştir. Bu düzenleme, 1086 sayılı Kanundaki anlayışı muhafaza etmekte ve delilleri tek tek sayarak sınırlamamaktadır. Her ne kadar tanık beyanı, bilirkişi görüşü, senet ve yemin ayrı ayrı düzenlenmişse de amaç, sadece düzenlenmiş olan bu unsurların delil olabilmesi değildir. Maddeyle, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hallerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabileceği açıkça düzenlenmiş; böylece, senetsiz ispatı caiz olan davalarda akli, mantıki ve hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmak koşuluyla davayı aydınlatabilecek ve davanın dayanağı olan vakıaları ispatlayabilecek her türlü unsurun delil olarak değerlendirilebileceği esas tereddüde yer vermeyecek bir biçimde düzenlenmiştir. Böylece, aslında 1086 sayılı Kanunun mehzarında da bulunmayan ve uygulanmasında daima tereddütle karşılaşılan özel hüküm sebepleri kavramı da terk edilmiştir."

ihativa eden bilirkişi raporu veya tanık beyanı delillerinden daha etkili bir delil türüdür<sup>29</sup>. Hakim yapılan keşfi yetersiz görebilir veya taraflardan icra edilen keşfe yönelik itirazlar gelebilir, bu durumda tekrar keşif kararı vermek mümkün olup, bu husus tamamen hakimin taktirine bağlıdır. Hakim keşifte bizzat kendi gözlem ve değerlendirmelerini yaptığından, bir nevi uyuşmazlığın tanığı konumuna da gelmektedir. Dolayısı ile hakim tarafından bizzat tespit edilen hususların aksi tanık beyanı ile ispatlanabilir nitelikte değildir. Örnek olarak vermek gerekirse, hakimin keşfin icrası sırasında bizzat tadararak bozulmuş olduğunu tespit ettiği ve bu doğrultuda kanaate vardığı bir gıda maddesinin, bunun bir salkım domates olduğunu düşünelim, bu gıdanın bozulduğunun, aksini tanık beyanı ile ispat etmek, yani tanığa "domatesler bozuk değildir" şeklinde beyanda bulundurmanın muhakeme hukuku açısından bir ispat aracı olarak hiç bir itibar edilirligi ve imkanı bulunmamaktadır.

Keşif delili, hakimin uyuşmazlık konusunu bizzat gözlemlemesini ve gerektiğinde tanık veya uzman bilirkişilerin keşif sırasında dinlenmesini sağladığından, kuvvetli bir takdiri delil olarak genel kabul görmektedir<sup>30</sup>. Yargıtay 16.Hukuk Dairesinin 2010 tarihli bir kararında konuya yaklaşımı şöyledir; Yargıtay bozma ilamında özetle, "147 ada 1 parsel sayılı taşınmazın bir başka bölümünün Kadastro Mahkemesi'nin 2007/9 esas sayılı dava dosyasında davalı olduğunun anlaşıldığı, öncelikle derdest olduğu anlaşılan Kadastro Mahkemesi'nin 2007/9 esas sayılı dava dosyası ile mevcut ise aynı parsele yönelik diğer başka dava dosyalarının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 45 ve onu izleyen maddeleri hükmü uyarınca birleştirilmesi, taşınmaz başında yeniden keşif yapılması, yerel bilirkişi ve tanıklardan ziyetliğin başlangıcı, sürdürülüş şekli ve süresi ile 3402 Sayılı Kadastro Kanunu'nun 17. maddesi hükmü de göz önüne alınarak imar-ihyanın hangi günde başladığı, hangi günde sona erdiği, imar-ihyanın kim ya da kimler tarafından yapıldığı hususlarında maddi olaylara dayalı bilgi alınması, teknik bilirkişiden keşfi izlemeye, bilirkişi sözlerini denetlemeye imkan verecek ve taraflar adına tescile dair hüküm kurulurken infazda tereddüt oluşturmayacak şekilde ayrıntılı ve gerekçeli rapor alınması" gereğine değinilmiştir. Mahkemece Yargıtay bozma kararına uyularak yapılan yargılama sonunda davanın kabulüne, çekişmeli taşınmazın

<sup>29</sup> BAYRAKTAROĞLU, s.12.

<sup>30</sup> BERKİN, Necmettin. Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1967,s.837.

kadastro tespiti iptali ile temyize konu olan ve krokide (A) harfi ile gösterilen bölümün davacı adına tesciline karar verilmiş; hüküm davalı Hazine vekili tarafından temyiz edilmiştir. Mahkemece, davaya konu taşınmazın bilirkişi rapor ve krokisinde (A) harfi ile gösterilen bölümü yönünden davacı yararına imar ve ihya sureti ile zilyetlik koşullarının oluştuğu kabul edilmek sureti ile hüküm kurulmuş ise de; verilen karar dosya kapsamı ve yasa hükümlerine uygun düşmemektedir. Bir mahkemenin Yargıtay Dairesi'nce verilen bozma kararına uyması sonunda, kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak, yine o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince hüküm verme yükümlülüğü doğar. "Usulü kazanılmış hak" olarak tanımlanan bu olgu mahkemeye, hükmüne uyduğu Yargıtay bozma kararında belirtilen çerçevede işlem yapma ve hüküm kurma zorunluluğu getirmektedir. Bu hakkın zedelenmemesi için bozmada işaret edilen hususların eksiksiz olarak yerine getirilmesi gerekir. Somut olayda; hükmüne uyulan bozma ilamında taşınmaz başında yeniden keşif yapılması gereğine değinilmiş olduğu ve mahkemece de bozma ilamına uyulduğu halde bozma kararında değinilen hususlar göz önünde bulundurularak yeniden keşif yapılmaksızın önceki keşif ve beyanlarla yetinilmek sureti ile karar verilmiş olması isabetsiz olduğu gibi, kabule göre de; davaya konu taşınmazın krokisinde (A) harfi ile gösterilen bölüm dışında kalan bölüm yönünden tescil hükmü oluşturulmamış olması isabetsiz olup, Davalı Hazine vekilinin temyiz itirazları bu sebeplerle yerinde görüldüğünden kabulüyle hükmün BOZULMASINA, 3.6.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi"<sup>31</sup>. Yargıtay 18.Hukuk Dairesi ise hakimın keşif sırasında bizzat gözlem yaparak bir arazinin sulu sayılan arazilerden olup olmadığını belirlemesi gerektiği, bu gözlemini açıkça keşif tutanağına yazdırması gerektiği gerekçesi ile yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir<sup>32</sup>. Kararın bahsettiğimiz bölümü şöyledir;" ...Kamulaştırma Yasasının 4650 sayılı Yasayla değişik 11.maddesinin birinci fıkrasının arazilere ilişkin (f) bendinde taşınmaz malın kamulaştırma (dava) tarihindeki mevki ve şartlarına göre olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net gelir üzerinden değerinin belirleneceği öngörülmektedir. Bu yöntemle taşınmazın değerinin saptanmasında münavebeye alınacak ürünler ve uygulanacak kapitalizasyon faizi yönünden sulu ya da kuru tarım arazisi niteliğinde olup olmaması önem taşır. Mahallinde yapılan keşif

<sup>31</sup> Y.16.HD.03.06.2010T.4432/4084 (KAZANCI İÇTİHAT).

<sup>32</sup> Y.18.HD. 29.11.2012T.11616/13551 (EGE).

sırasında bu yönde herhangi bir tespit yapılmamış, bilirkişi kurulu raporunda taban suyu problemi olmayan sulu arazi olduğu gerekçesiyle sulu arazilerde uygulanan ürün münavebesi ve buna uygun kapitalizasyon faizi esas alınarak değer biçilmiştir. Bilirkişi raporunda belirtilen sulamanın taşınmazın tamamında ve her mevsim için fiilen yeterli olup olmadığı, dereden sulanıyorsa bu suyun kendi doğal akışı ile mi yoksa özel bir pompalama ya da başka bir sistemle mi taşınmaza ulaştığı, yapılan sulamanın başkasının taşınmazındaki bir kuyudan yapılıyor olması durumunda bu sulamanın daimi ve geçerli kabul edilebilmesi için kaynak üzerinde dava konusu taşınmaz lehine bir irtifak hakkı kurulmuş olması gerektiğinden bu hususun varlığı ve suyun yeterliliği vb. gibi hususlar da ayrıntılı bir biçimde araştırma yapılarak belirlenmeden, pompajla sulama varsa bunun için yapılacak giderlerin de üretim masraflarına ilave edilmesi gerektiği düşünülmeden, düzenlenen bilirkişi kurulu raporuna dayalı hüküm kurulması..."

İcra İflas Hukuku uygulamaları sırasında da, icra müdürlüğünce yapılan bir işleme karşı, memurun muamelesini şikayet yoluna gidildiğinde dahi uyuşmazlık keşif deliline başvurmayı zorunlu kılabilir. O halde icra mahkemesi şikayeti değerlendirirken keşif kararı almak ve bu kararı usulüne uygun olarak icra etmek durumundadır. Konunun açıklığa kavuşması açısından Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2004 tarihli bir kararını aktarmakta fayda görüyoruz," Müştekinin mercie başvuru nedeni ihalede satın alınan taşınmazın 147 m<sup>2</sup> olduğundan %1 yerine şartnamede gösterilen 160 m<sup>2</sup> üzerinden %18 KDV alınmasının yasaya uygun bulunmadığından iptaline ilişkindir. Bu husus, ihalenin feshi nedenlerinden olmayıp KDV'nin hangi miktar üzerinden ödeneceğine ilişkin bulunduğundan mercie işin esasının incelenmesi gerekir. Mercie yapılacak iş, mahallinde keşif yapılarak oluşacak sonuca göre bir karar vermektir. Taraflar arasındaki "İcra Memurunun Muamelesini Şikayet " davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 16.İcra Tetkik Merciiince davanın reddine dair verilen 7.5.2003 gün ve 2003/275 E., 296 K. sayılı kararın incelenmesi Davacı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12.Hukuk Dairesinin 24.6.2003 gün ve 12649-15115 sayılı ilamı ile; (...Müştekinin mercie başvuru nedeni ihalede satın alınan taşınmazın 147 m<sup>2</sup> olduğundan %1 yerine şartnamede gösterilen 160 m<sup>2</sup> üzerinden %18 KDV alınmasının yasaya uygun bulunmadığından iptaline ilişkindir. Bu husus, ihalenin

feshi nedenlerinden olmayıp KDV'nin hangi miktar üzerinden ödeneceğine ilişkin bulunduğu mercice işin esasının incelenmesi gerekir. Mercice yapılacak iş, mahallinde keşif yapılarak oluşacak sonuca göre bir karar vermekten ibarettir (Dosyada yapılan kıymet takdir tutanağında taşınmazın 160 m<sup>2</sup> olduğu belirlenmiştir. Yapı kullanma izin belgesinde ise 147 m<sup>2</sup> olduğu açıklanmıştır. Aksine düşüncelerle ve eksik incelemeyle evrak üzerinde şikayetin reddine karar verilmesi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Temyiz Eden: Davacı vekili. Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. Davacının temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK' nun 429.maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 11.02.2004 gününde, oybirliği ile karar verildi<sup>33</sup>.

Keşif doğrudan delillerdendir, çünkü mahkeme tarafından bizzat hakimin gözlemiyle gerçekleştirilir. Bunun istisnası istinabedir<sup>34</sup>. İstinabe yoluyla keşfin yapılması konusunu ve doğrudanlık ilkesi açısından değerlendirilmesini ileride ayrıca ele alacağız.

## **1.2.Keşfin Konusu ve Amacı**

Keşfin konusu, HMK m.288'e göre keşif yapılmasını gerektirecek veya keşif yapmaya elverişli her türlü uyuşmazlık olabilir. Örneğin taşınmaz veya taşınır mallar, gıda maddeleri, tarımsal mahsuller, insan vücudu üzerinde icra edilmesi gereken inceleme, mezarın açılması (fethi kabir) işlemi, ses ve görüntü kayıtları gibi güncel yaşamda olabilecek sayısız uyuşmazlık çeşitlerinde takdiri bir delil olarak keşif deliline başvurulabilir. Örneğin bir boşanma ve tazminat davasında, davacı kadın, kocasının kendisini bir başka kadınla aldattığını iddia edip, ispat vasıtası

---

<sup>33</sup> YHGK, 11.02.2004T.12-42/61(KAZANCI İÇTİHAT).

<sup>34</sup> BAYRAKTAROĞLU, s.13.

olarak da kocası ile sevgilisinin bulunduğu otelin girişindeki ve lobisindeki, hatta asansördeki, güvenlik kamera kayıtları ile otelin bulunduğu caddedeki MOBESE kamera kayıtlarını gösteriyorsa, mahkeme bu konuda karar alarak bu kayıtların getirtilmesini isteyebilir ve hakim bu kayıtları mahkemece verilen keşif kararı ile bizzat izleyip, kendi kanaatini oluşturabilir. Bu işlemi yaparken gerektiğinde uzman bilirkişi yardımı da alabilir. Günümüzde elektronik ortamdaki bazı veriler de delil olarak değerlendirilmektedir. Örneğin bir firmanın bilişim altyapısı ile ilgili bir uyuşmazlıkta bilgisayar ve bilgisayar kayıtları üzerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilebilir<sup>35</sup>. Bir başka örnek vermek gerekirse; çeşitli sakıncaları sürekli vurgulanmasına rağmen ve bu konuda cezai yaptırımlar da düzenlenmiş olması karşısında tarım faaliyetinde halen buğday veya mısır mahsulü biçildikten sonra anız yakılması yaygın bir uygulama olarak halen devam etmektedir. Pekiyi bir tarlada anız yakıldı ve ters esen rüzgarın da etkisiyle komşu narenciye bahçesindeki bir kısım ağaçlar alevlerin vurması nedeniyle üzerindeki mahsul ile birlikte zarar görmüş ve konu yargıya intikal etmiş olsun; davacı da böyle bir davada şüphesiz ki zararının ispatı için varsa diğer deliller yanında keşif deliline dayanmak durumunda olacaktır. Burada hakim önüne gelen bu uyuşmazlıkta usulü işlemler tamamlandıca keşif yapacak ve bizzat gözlemleyip bilirkişi yardımı da alarak bir kanaate varabilecektir. Yine bir eser sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık varsa eserin kendisi keşfin konusu olacaktır ve hakim eser üzerinde keşfin icrası sırasında duyuları yardımıyla inceleme yapacaktır<sup>36</sup>. Aslında HMK m.288 düzenlemesi ile ceza muhakemesindeki keşif kavramıyla paralel bir konuma gelinmiştir. Ceza muhakemesinde özellikle mutlak hakikate ulaşmak gayesi ve buna yönelik bir çaba söz konusu olduğundan, faydalanabilecek her türlü yasal delil çeşitli aşamalarda ayrıntılı olarak değerlendirilmektedir. Görüldüğü üzere HMK 'da da keşfin konusunda yasalara uygunluk çerçevesinde herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. (Buna karşın hukuka uygun olmak elbette bir zorunluluktur). Bu da şüphesiz ki hukuk yargısında iddia edilen hususlar karşısında hukuk muhakemesi hukukunun kuralları dahilinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında hakimin takdir ve kanaatini oluşturması sürecine ciddi bir katkı sağlamıştır.

---

<sup>35</sup> GÖKSU, Mustafa, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara,2011,s.176.

<sup>36</sup> BAYRAKTAROĞLU, s.14.

Keşfin temel amacı, HMK düzenlemeleri uyarınca uyuşmazlık konusu hakkında hakimin, maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek için, diğer ispat vasıtası delillerin yetersiz kaldığı veya hiç bulunmadığı durumlarda, genellikle yerinde veya bazen de mahkemede beş duyusuyla bizzat inceleme yaparak, bu işlemin icrasında gerektiğinde bilirkişi yardımı da alarak gerçekleştirdiği vicdani bir karara varabilmek ve adaleti sağlamak faaliyetine katkı sağlamak olarak tanımlanabilir.

Keşfin icrası sırasında, ister uyuşmazlık taşınmaz mal ile ilgili olsun isterse örneğin trafik kazası gibi bir olay veya başka bir husus ile ilgili olsun, daha önceki safhalarda toplanan deliller mahallinde değerlendirilir, bir karar varabilmek amacı ile tüm yönleri ile tartışılır. Keşif mahkemenin maddi gerçeği bulmak amacına katkı sağlayan ispat vasıtalarından biridir<sup>37</sup>. Şüphesiz ki keşif, hukuk muhakemesi açısından gerekli olduğu durumlarda, inceleme konusu olabilecek her hangi bir şey üzerinde yapılacak kural olarak doğrudan tespit ile amaç olarak hakimin hakkı arayıp bulmasını sağlayan çok önemli ve etkili taktiri bir delildir<sup>38</sup>.

### **1.3.Keşfe Katlanma Zorunluluğu**

Keşfe katlanma zorunluluğu HMK m.291'de düzenlenmiştir. Bu doğrultuda bir düzenleme önceki kanunda bulunmamakta idi. Böylelikle iş bu maddedeki düzenleme ile önemli bir eksiklik giderilmiş olup, hukukun uygulanmasında tereddüt yaratabilecek olgular keşif delili açısından ortadan kaldırılmıştır.

İsviçre kantonları usul kanunlarında aslında bu yönde bir düzenleme uzun süreden beri yer almakta idi<sup>39</sup>. Örneğin Bern Kantonu Usul Kanunu m.263/a ve m.350'de keşfe katlanma zorunluluğu ve yükümlülüğü ile ilgili düzenlemeler yer almaktaydı. Bu maddelerde keşif konusunun mahkemenin keşfi icra etmesi için hazır edilmesi gerektiği aksi halde ise bu delilin ispat vasıtası olmasından sarfi nazar edilmiş sayılacağı doğrultusunda hükümler düzenlenmiştir<sup>40</sup>.

HMK' da yer alan düzenlemeye göre ise,"Taraflar ve üçüncü kişiler keşif kararının gereğine uymak ve engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak

<sup>37</sup> DÜZGÜN, Metin. Medeni Usul Hukukunda Keşif, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1992, s.73.

<sup>38</sup> BAYRAKTAROĞLU, s.14.

<sup>39</sup> BAYRAKTAROĞLU, s.15.

<sup>40</sup> ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama, İstanbul,1997,s.763.



zorundadırlar" (m.291/1)<sup>41</sup>. Bu hüküm, hukuk muhakemesinde hakimin aldığı kararları uygulayabilmesini kolaylaştıran, taraflar açısından ise iyi niyet ve dürüstlük kuralının bir sonucu, son olarak üçüncü şahıslar açısından ise kamu düzeninin hakim kılınmasının bir gereğidir<sup>42</sup>. Maddenin ikinci fıkrası taraflardan birinin keşfin yapılmasına karşı koyması durumu ile ilgilidir."Keşif yapılmasına taraflardan birinin karşı koyması halinde, o kimse ispat yükü kendisine düşen taraf ise bu delilden vazgeçmiş; diğer taraf ise iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılır. Şu kadar ki, hakim hükme karşı koyma sebebine göre bu hükmü uygulamayabilir" (m.291/2). Görüldüğü üzere HMK' da yer alan bu düzenleme İsviçre 'deki düzenleme ile büyük ölçüde aynı doğrultudadır. Maddenin bu fıkrası ile hakimin almış olduğu keşfin icra edilmesine karşı koymanın müeyyideleri belirtilmiştir."İspat yükü (m.190;TMK m.6) kendisine düşen taraf, keşif icrasına karşı çıkarsa, keşif delilinden sarfi nazar etmiş sayılır. Buna karşın, keşfin icrasına karşı çıkan tarafa ispat yükü düşmüyorsa, iddia edilen dava konusunu ikrar (m.188) etmiş sayılır. Ancak bu hükümler mutlak olmayıp, hakim mevcut duruma ve karşı koyma sebebine göre bu kuralları uygulamayabilir"<sup>43</sup>. Örneğin muhakemenin geldiği aşamada toplanan mevcut deliller ile dava dosyası tekamül etmiş veya hakim açısından hüküm vermek için yeterli bir safhaya gelmiş ise, icra olunacak keşfin bu durumda uyuşmazlığın neticelendirilmesine bir katkı sağlamayacağı ve usul ekonomisine aykırı olacağı veya gereksiz yere zaman kaybına yol açacağı gerekçesi ile taraflardan biri, keşfe karşı çıkabilir. Bu durumda hakim karşı koymayı makul bulursa keşif ara kararından sarfi nazar edebilir. Uygulamada bazen iklim koşulları da keşfin icrasını engelleyebilmektedir. Örneğin dava konusu bir taşınmaz olan uyuşmazlıkla ilgili olarak hakim tarafından aralık ayı içinde belirlediği bir günde keşif icra edilmesi kararı verilmiş olsun, ancak taşınmazın tarım arazisi vasfında olduğunu ve Mersin'in Çamlıyayla ilçesi yakınlarında Toros Dağlarında bin metre civarında rakımda bulunan yaylalık bir alanda olduğunu bir an için farz edelim, keşif delilini de ispat vasıtası olarak gösteren taraf, belirlenen tarihte keşfin yapılmasının iklim şartları açısından imkan dahilinde olmadığını ve hakimin arazinin tamamını gezip gözlem yapamayacağını gerekçe göstererek, keşfin icrasına karşı çıktığını, ileri bir tarihe ertelenmesini talep ettiğini, keşfe gidileceği sırada beyan ettiğini, keşfin icrası ile ilgili üzerine düşen yükümlülüklerini yerine

<sup>41</sup> PEKCANITEZ, H/KORKMAZ, H/MERİÇ HMK, s.298.

<sup>42</sup>YILMAZ, s.1268.

<sup>43</sup> YILMAZ, s.1269.

getirmekten imtina ettiğini düşünelim. Hakim burada karşı koyma talebinin haklılığı hususunu değerlendirip ona göre bir karar verecektir. Ya keşfi ileri bir güne talik etmek üzere icra etmeyecek, ya da talebi haksız bulursa keşfe karşı koyma kabul ederek HMK m.291/2 düzenlemesine göre, ispat yükü kendisine düşen tarafı bu delilden sarfi nazar etmiş sayacaktır. Böylelikle maddedeki bu düzenleme ile keşfe hakimce makul görülebilecek neden ile karşı konulması halinde, hakime takdir yetkisini, mevcut durumu veya dosya muhtevasını dikkate alarak, vicdani kanaatine göre kullanma imkanı verilmiştir. HMK m.291/3 ise keşfin üçüncü şahısları ilgilendirmesi durumunu ve üçüncü şahısların keşfe katlanma yükümlülüğünü, bu yükümlülüğe uyulmaması halinde ise uygulanacak müeyyideyi düzenlemiştir."Keşif üçüncü kişi için uygun olan zamanda yapılır. Keşif zamanı ve yeri üçüncü kişiye bildirilir. Gecikmesinde zarar umulan hallerde bildirim yapılmaksızın keşif icra edilir. Keşfe karşı koyma halinde hakim, üçüncü kişiyi karşı koymanın sebep olduğu giderlere ve beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkum eder, gerektiğinde zor kullanılmasına karar verebilir. Ancak üçüncü kişi açısından tanıklıktan çekinme nedenleri varsa, bu nedenlere dayanarak, keşfe katlanma yükümlülüğünden kaçınılabılır"<sup>44</sup>. Tanıklıktan çekinme nedenlerinin nelerden ibaret olduğu ve bu halde uygulanacak medeni usul hükümleri HMK m.247 ile m.253 arasında düzenlenmiştir. Kişisel nedenlerle olabilir<sup>45</sup>. Sır nedeniyle olabilir<sup>46</sup>. Menfaat ihlali tehlikesi nedeniyle olabilir<sup>47</sup>. Tanıklıktan çekinme sebepleri varsa bu gerekçeler keşfe katlanma zorunluluğunda da uygulanır. Şüphesiz ki bu talebin muteber olup olmadığı konusunda hakimin vereceği karar göre yapılacak usul

---

<sup>44</sup> PEKCANITEZ/KORKMAZ/MERİÇ, HMK, s.298.

<sup>45</sup> HMK m.248-(1)Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilirler:

- a) İki taraftan birinin nişanlısı.
- b) Evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi iki taraftan birinin eşi.
- c) Kendisinin veya eşinin altsoy veya üstsoyu.
- ç) Taraflardan biri ile arasında evlatlık bağı bulunanlar.
- d) Üçüncü derece de dahil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi kayın hısımları.
- e) Koruyucu aile ile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuk.

<sup>46</sup> HMK m.249-(1)Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak,19/03/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak kaydı üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verilmesi halinde tanıklıktan çekinemezler.

<sup>47</sup> HMK m.250-(1)Aşağıdaki hallerde tanıklıktan çekinilebilir:

- a) Tanığın beyanı kendisine veya 248 inci maddede yazılı kimselerden birine doğrudan doğruya maddi bir zarar verecekse.
- b) Tanığın beyanı kendisinin veya 248 inci maddede yazılı kimselerden birinin şeref veya itibarını ihlal edecek ya da ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına sebep olacaksa.
- c) Tanığın beyanı, meslek veya sanatına ait olan sırların ortaya çıkmasına sebebiyet verecekse.

işlemi belirlenecektir. Keşif, uyuşmazlığın taraflarını ilgilendiren bir usul işlemi olmasına rağmen, bazen davada taraf olmayan üçüncü şahıslarla da irtibatlı olabilir. Ancak bu şekilde bir keşif icrası için üçüncü şahıs açısından en uygun zamanın belirlenmesi madde hükmünün bir gereğidir. Keşfin icra edileceği tarih ve yeri üçüncü şahsa bildirilmelidir. Aksi halde keşif, kanunun belirlediği usul hükümlerine uygun olarak icra edilmiş olmaz. İstisnai olarak, eğer derhal keşfin yapılması zarureti varsa ve gecikme halinde telafisi güç zararların meydana çıkması ihtimali varsa, keşif üçüncü şahsa herhangi bir bildirim yapılmaksızın dahi icra edilebilir. Ancak hakimin bunun nedenlerini açık ve tartışmaya mahal vermeyecek şekilde ayrıntılı olarak izahını keşif icrası sırasında tutanağa yazdırmayı ihmal etmemesi gerektiği kanaatini taşıyoruz. Örneğin, keşif kararı alınan uyuşmazlık konusu üçüncü şahsın deposunda bulunmakta olan ve derhal bozulabilecek bir gıda maddesi olsun (süt, yumurta, et, yaş sebze, meyve vb.), o vakit hakim üçüncü şahıslara yapılacak olan bildirim zaman alacağından ve telafisi güç maddi zararlar doğma ihtimali kuvvetle muhtemel olduğundan derhal keşfin icrasına karar verebilecek ve üçüncü şahsa herhangi bir bildirim yapılmadan keşif icra edilecektir. Bir başka örnek olarak ise, üçüncü şahsın elinde bulunan bir elektronik eşya olduğunu farz edelim, bu da davanın konusunu teşkil etsin ve keşif yapılması zarureti söz konusu olsun. Üçüncü şahsın dava konusu elektronik eşyayı başka bir yere taşınmak suretiyle beraberinde götüreceği bilgisi söz konusu olduğunda, durum ivedilik özelliği taşıyor ise bildirim gerek olmadan keşif kararı bu durumda da verilebilir. Şüphesiz, örnekleri hayatın gerekleri karşısında çoğaltmak mümkündür. Keşif tutanağına da yukarıda belirtildiği üzere gerekli açıklamalar yapılacaktır.HMK m.291 hükmündeki düzenlemenin nedeninin daha net anlaşılması için, sade ve kısa bir şekilde hükümet gerekçesinde de bu husus kısaca izah edilmiştir<sup>48</sup>. Aslında madde metninin sade ve hukukçu

---

<sup>48</sup> **Hükümet Gerekçesi:**"Mahkeme Çalışmalarının kolaylaştırılması, taraflar için dürüstlük kuralının bir sonucu, üçüncü kişiler için de kamu düzeninin sağlanmasının bir gereğidir. Taraflar ve üçüncü kişiler, keşif kararının gereğine uymak ve ayrıca keşfi engelleyici davranışlardan kaçınmak zorundadırlar. İncelemenin konusu; beden muayenesi, doku alınması, bir belgenin tetkiki veya zilyet olunan yere girilmesi gibi zorunlulukları gerektirebilir.-İkinci fıkrada, taraflardan birinin keşif kararına uymaması veya engelleyici davranış içine girmesi halinde müeyyidenin ne olacağı açıklanmıştır. O kişi, ispat yükü kendisine düşen taraf ise bu delilden vazgeçmiş, diğer taraf ise iddia edilen vakıyı kabul etmiş sayılacaktır. Kaçınma makul bir sebebe dayanıyorsa duruma göre müeyyide uygulanmayabilecektir. Maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, keşif üçüncü kişi bakımından uygun olan zamanda yapılır. Doğaldır ki mahkeme keşif zamanını tayin ederken tarafların durumunu da göz önünde bulunduracaktır. Dava dışı olan üçüncü kişiye keşfin yeri ve zamanı hakkında keşiften önce bilgi verilmelidir. Gecikmesinde zarar görülen hallerde bu bildirimden vazgeçilebilir. Üçüncü kişinin keşfe karşı koyması, engelleyici davranış içerisine girmesi halinde, hakim zor kullanabileceği

olmayanlar tarafından dahi anlaşılabilir olması da bizce çok önemli bir özelliktir. Bir bütün olarak HMK geneline baktığımızda önceki kanunun aksine oldukça anlaşılabilir ve günümüz Türkçesi ile uyumlu olduğu görülmektedir. Sade vatandaşın dahi bu kanun metnini okuduğunda, maddelerin en azından neyi işaret ettiğini ana çizgileri ile anlayabildiği bir kanun söz konusudur.

#### 1.4.Soybağı Tespitinde Keşif ve İnceleme Yapılması

##### 1.4.1.HMK Düzenlemesi Hukuk Muhakemesine Uygun mudur?

Soybağının tespiti ile ilgili keşif ve inceleme yapılması, buna katlanma zorunluluğu Alman Medeni Usul Kanunu m.372'de düzenlenmiştir<sup>49</sup>. Bu düzenlemenin ayrıntılarını ÜSTÜNDAĞ (s.763) bizlere nakletmiştir<sup>50</sup>. Bizim usul hukukumuz ise bu yönde bir düzenleme ancak 6100 sayılı kanun ile girmiştir. HMK m.292 soybağının tespiti için inceleme başlığı altında düzenlenmiştir.<sup>51</sup> "(1)Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartı ile herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hakim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.(2) Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınmaz"<sup>52</sup>. Madde metni ve ekindeki hükümet gerekçesine bakıldığında Alman usul kanunundaki düzenleme doğrultusunda olduğu tespit edilmektedir. Benzer düzenlemeler İsviçre Bern ve Neuchatelle Kantonları usul kanunlarında da yer almakta idi<sup>53</sup>.

---

gibi, maddedeki diğer müeyyideleri de uygular. Ancak üçüncü kişi, tanıklıktan çekinme sebepleri varsa keşfe katlanma zorunda değildir."

<sup>49</sup> "Alman Usul Kanunu m.372/a:Herkes, sağlığı için bir sakınca bulunmadığı durumda, nesebin tespiti için gerekli olan beden ve kan muayenesine katlanmak yükümlülüğü içindedir, aksi halde zor kullanılabilir."

<sup>50</sup> ÜSTÜNDAĞ, s.763

<sup>51</sup> PEKCANITEZ/KORKMAZ/MERİÇ, HMK, s

<sup>52</sup> **Hükümet Gerekçesi:**"Soybağı ile ilgili davalar kamu düzenindedir. Bu nitelikteki davalarda, hakim, maddi hadiseyi kendiliğinden araştırır ve serbestçe değerlendirir. Uyuşmazlığın çözümü bakımından, davanın tarafları yanında üçüncü kişiler de, zorunluluk halinde, bilimsel verilere uygun olmak, sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak koşuluyla, vücutlarından kan ve doku örneği alınmasına katlanmak zorundadırlar. İşin önemi dikkate alınarak böyle bir zorunluluk öngörülmüş ve üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınma yolu da kapatılmıştır.

<sup>53</sup> ERTEN, Rıfat/ACIR, Birsen/TAŞVEREN, Sema, DNA Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, AÜHF Dergisi, sayı,45,1996,s.582

Pekiye HMK m.292 düzenlemesi, özellikle gerektiğinde zor kullanılarak insan bedeninden doku örneği veya kan alınması hükmünü getirdiğinden, bu hüküm medeni usul hukuku yargılaması genel prensipleriyle ne ölçüde bağdaşmaktadır? Netice itibari ile hukuk usulünde esas olan "hakimin talep ile bağlı olması" ve muhakemeyi resen değil tarafların talepleri doğrultusunda gerçekleştirip neticelendirmesidir. Hakimin alacağı usule ilişkin kararlar yerine getirilmediği vakit, bu kararları yerine getirmekle yükümlü olan taraf ise sonuçlarına HMK genel mantığı içinde düzenlenen hükümler çerçevesinde sonuçlarına katlanmak durumundadır. Gerektiğinde zor kullanma kavramı, medeni usul hukukunda değil daha çok kamu yargısında, özellikle ceza ve ceza muhakemesi hukukunda olağan olarak kullanılan bir uygulamadır. Örneğin sanığın tutuklanarak cezaevine konulması kararının ceza mahkemesince alınması gibi.

Bu konu ile ilgili tartışma önceki kanunda bu yönde bir düzenleme olmamasına rağmen, önceki kanunun yürürlükte olduğu dönemde dahi yapıla gelmiştir. Aslında iki farklı görüşün varlığından bahsedebiliriz. Birinci görüş, zorla kan veya doku örneği alınmasını hukuka uygun bulmamaktadır. Bunun gerekçesi içinde Anayasa m.17/1 hükmünü göstermektedirler<sup>54</sup>. Bu görüşe göre, Anayasa düzenlemesi dikkate alındığında vücut bütünlüğüne kişinin kendi rızası dışında yapılan müdahale, hangi gerekçeye dayanırsa dayansın, Anayasa ile teminat altına alınan kişilik haklarının açık bir ihlali olup, dolayısıyla böyle bir uygulama çağdaş hukuk devleti anlayışı ve medeni usul hukuku prensipleriyle bağdaşmamaktadır<sup>55</sup>. Bu görüş, DNA testi için dolaylı bir zorlamayı dahi kabul etmemektedir<sup>56</sup>. O halde bu görüşe göre DNA testi isteyen tarafın, diğer taraf veya üçüncü şahıs bu işlemde kaçındığı vakit hukuken yapabileceği hiç bir şeyin olmayacağını söylemek yanlış bir tespit olmaz<sup>57</sup>.

İkinci görüş ise, soybağının tespitinin büyük önem taşıdığı, dolayısıyla kamu düzenini de ilgilendirdiğini ve bu nedenle HMK m.292 düzenlemesinin yerinde bir düzenleme olduğunu savunmaktadır. Bu görüşü savunanlar, önceki kanunun

---

<sup>54</sup> Anayasa m.17/1:"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

<sup>55</sup> HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona, Aile Hukuku, İstanbul,1993,s.293.

<sup>56</sup> TİRYAKI, Fuat. Nesebin Reddi Davası, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara 1995, s.293.

<sup>57</sup> ERTEN/ACIR/TAŞVEREN, s.581

yürürlük aldığı dönemde dahi böyle bir düzenlemeye gerek duyulduğunu çeşitli hukuk âlimlerinin önemli eserlerinde ısrarla savuna geldiklerinin altını çizmişlerdir. Gerçekten de, örneğin KURU, HUMK' da bir düzenleme olmamasına karşın 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanununda yer alan m.23/c-2 hükmünü dayanak göstererek görüşünü savunmuştur<sup>58</sup>. Zor kullanmanın mümkün olduğunu bu kanun maddesine dayandırmıştır<sup>59</sup>. TEKİNAY ise görüşünü ortaya koyarken aynı kanunun başka bir maddesine, m.20'ye atıfta bulunmuştur<sup>60</sup>. Bu hususun mümkün olduğunu uygulamaya yönelik doktrinsel bir görüş olarak belirtmiştir<sup>61</sup>. Her iki hukukçu bilim adamı da hakimin zorla doku veya kan örneği alınmasına karar verebileceği görüşündedirler<sup>62</sup>. Bu gün itibari ile yürürlükte olan 6100 sayılı HMK düzenlemesinde kamu düzeni dikkate alınarak mehaz Alman ve İsviçre kanunlarında da hakim olan görüş olan ikinci görüş benimsenmiştir. Yani bu tür davalarda, tasarruf ilkesi bağlamında "korunmanın sağlanmasına yönelik taraf arzusunun ortadan kalkması olarak açıklanabilecek, davayı takipsiz bırakma serbestisi" taraflar için sınırlanmış olmaktadır<sup>63</sup>. Yerleşik Yargıtay içtihatlarında da nesebin reddi (soybağının tespiti) davalarının kamu düzeni ile ilgili olduğu sıklıkla vurgulanmaktadır. Örneğin Yargıtay 2.Hukuk Dairesi verilmiş olan 2002 tarihli bir kararda;"Nesebin reddi davası kamu düzeni ile ilgili olup olaya yeni Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir. Ana ile çocuğun menfaati bu davada ters olduğundan küçüğün kayyum kanalı ile temsili gerekir. Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü: 4722 sayılı yasanın 2. maddesi gereği nesebin reddi davası kamu düzeni ile ilgili olup olaya yeni Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir.

---

<sup>58</sup> "Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu ve İhtisas Kurulları ilgili kişileri gerektiğinde muayene ve bunları usulüne göre dinleyebilir. Her türlü tetkikatı yapar ve yaptırabilir".

<sup>59</sup> KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul,1990,s.1974.

<sup>60</sup> "Mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen kanlı eşya, sperm lekesi, lekeli eşya, kan grupları ve faktörleri babalığın tayini, kan ve omurilik suyunda bakteriyolojik ve serolojik incelemeler yaparak sonucunu bir raporla tespit etmek."

<sup>61</sup> TEKİNAY, S. Sulhi. Türk Aile Hukuku, İstanbul,1990,s.407.

<sup>62</sup> ERTEN/ACIR/TAŞVEREN,s.581

<sup>63</sup> MERİÇ, Nedim, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara,2011,s.171.

1)Nesebin reddi davası ana ve çocuk aleyhine açılır, ana ile çocuğun menfaati bu davada ters olduğundan küçüğün kayyım kanalı ile temsili gerekir. Bu yön gözetilmeden hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

2)Kabul şekli bakımından da olayda kesin yetki kuralı geçerli olmadığından yetki itirazının süresinde olmadığına nazara alınmaması da usul ve kanuna aykırıdır. Temyiz edilen hükmün yukarıda 1.bentte gösterilen sebeple BOZULMASINA, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, oybirliğiyle karar verildi"<sup>64</sup>.

Görüldüğü üzere Yargıtay, özellikle bu tür davaların kamu düzeni ile ilgili olduğuna vurgu yapmak gereğini duymuştur. Yürürlükteki 6100 Sayılı Kanunu hazırlayan komisyon üyelerinin ağırlıklı görüşü de bu tür davaların kamu düzenini ilgilendirdiği ve kamu düzeninin korunabilmesi açısından istisnai durumlarda zor kullanılabilceği yönünde olmuştur. Ayrıca, YILMAZ 'a göre de (2012,s.1270) "Çocuk ile ana babası arasındaki soybağının (nesebin) tespiti, hukuki açıdan büyük önem taşır ve soybağı ile ilgili davalar, kamu düzeni ile ilgilidir"<sup>65</sup>. Bu düzenleme ile aslında hukuk hakimine bir nevi kamu hukuku hakimi görevi verilmiştir. Örneğin ceza yargılamasında hakim, mutlak hakikate ulaşmak için, hiç bir taleple bağlı olmaksızın resen kararlar alabilmekte ve bunların uygulanabilmesi için gerekli gördüğü durumlarda zor kullanma kararı alabilmektedir. Bu yaklaşım yerleşik hukuk muhakemesi uygulamalarına bir istisnai hüküm getirmiş ve gerekçesini de kamu düzeninin korunması olarak nitelendirmiştir. Gerçekten de çocuğun ana veya babası arasındaki soybağının tespiti, bu günün gelişmiş gen bilimi teknolojisi ile yüzde yüze yakın bir oranda belirlenebilmekte, bu şekilde alınacak nihai sonuç ile, örneğin miras hukuku açısından mirasçılarının konumları değişebilmektedir. Örneğin çocuksuz olarak ve bekar olarak vefat eden oldukça varlıklı bir şahsın, anne ve babasının sağ olduklarını bir an için düşünelim, bu durumda tüm miras anne ve babaya kalacaktır. Ancak bir süre sonra reşit bir genç kız mahkemeye başvurarak ölen şahsın evlilik dışı çocuğu olduğunu iddia ederek soybağının tespiti ve veraset ilamının iptali davası açtığında, muristen alınan kan ve doku örneklerinin sonucunu pekiştirmek için murisin babasından da kan ve doku örneği alınmasına hakim tarafından karar verildiğinde, davanın aleyhine sonuçlanması ihtimali endişesi ile murisin babası

---

<sup>64</sup> Y.2.HD. 03.06.2002 T.6737/7420KAZANCI İÇTİHAT)

<sup>65</sup> YILMAZ, s.1270.

bundan kaçınmak isteyebilir, işte burada HMK m.292 devreye girecek ve zorla kan ve doku örneği alınmasına karar verilebilecektir. Dava sonucunda da iddia bilimsel veriler ile kanıtlanırsa ölen şahsın tek mirasçısı davayı açan genç kız olacaktır. Görüldüğü üzere miras hukuku açısından tamamen farklı bir durum ortaya çıkmış olacaktır. Belki Anayasa çerçevesinde bakıldığında kişi hak ve özgürlüklerinin ihlali gibi bir görüntü ortaya çıkmaktadır, netice olarak bir kişiye isteği hilafına müdahale edilmekte ve bedeninden kan ve doku örneği zorla alınmaktadır. Kısaca vücut bütünlüğü ihlal edilmektedir. Pekiyi hakkını arayan genç kız açısından bakıldığında, aksi bir uygulama ciddi bir mağduriyete neden olmayacak mıdır? Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması hukuk yargılamasının amacı değil midir? Bu nedenle HMK düzenlemesine taraftar olduğumuzu özellikle belirtmek istiyoruz. Geçmiş kanun zamanında böyle bir düzenleme olmaması nedeniyle soybağı ile ilgili davaların yıllarca sürdüğü bilinmektedir. Bu durum kamu düzeni açısından ciddi bir sıkıntı yaratmakta idi. Örneğin, geçmişte magazin basını çok meşgul eden bir davayı kısaca hatırlayalım. Bursa'da yaşayan EÇ, 1991 doğumlu oğlu TEÇ' nin biyolojik babasının arabesk şarkıcısı E. olduğu iddiasıyla 1992 yılında Türkiye'de dava açmıştı. EÇ, 2000 yılında AİHM' ye yaptığı şikayet başvurusunda, "Türkiye'de açtığı davanın 8 yıl sürmesini" gerekçe göstererek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) adil yargılanma hakkıyla ilgili 6. maddesinin ihlal edildiğini öne sürmüştü. EÇ, "dava boyunca medyanın ilgi odağı haline gelmeleri yüzünden mağdur olduklarını", özel ve aile yaşamına saygı ilkesinin korunmasını öngören AİHS' nin 8. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişti. EÇ, ayrıca Türkiye'nin AİHS' nin etkili başvuru hakkının korunmasını içeren 13. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştü. Şarkıcı E' ye açtığı ve iddia ettiği soybağının tespiti ile sonuçlanan babalık davası uzun sürdüğü için, Türkiye'yi AİHM' ye şikâyet eden ve haklı görülerek 14 bin Euro tazminat kazanan EÇ, daha sonra yargılamanın çok uzun sürmesi nedeniyle bir başka dava daha kazandı. Babalık ile ilgili soybağının tespiti davasında, davalı olan şarkıcı E. en az 28 celseye hiç katılmayarak yargılamanın muallakta kalmasına yol açmıştı. EÇ, doğumundan babalık davası sonuna kadar geçen süre için oğlu TEÇ' ye yaptığı masraflar nedeniyle E' ye açtığı maddi tazminat davasını da kazandı. Bilirkişi heyetinin raporunu göz önüne alan İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi, şarkıcı E' yi oğluna 28 bin 500 YTL tazminat ödemeye mahkûm etti<sup>66</sup>. Buna benzer pek çok

<sup>66</sup> Sabah Gazetesinin 05.06.2006 tarihli haberi(Sabah.Com.Tr).



örnek çeşitli gazete kupürlerinde veya adliye arşivlerinde yer almaktadır. HMK m.292 düzenlemesi tüm bu sıkıntıları önleyecek ve adaletin makul sürede sağlanmasına ve kamu düzeninin korunmasına imkan sağlayacak ve Türkiye'nin gereksiz yere AİHM' de mahkum olup tazminat ödemesinin önüne geçecek çok önemsenmesi gereken bir düzenleme olduğu kanaatini taşıyoruz.

Özellikle son on sene içinde gen biliminde çok etkileyici gelişmeler olmuştur ve günümüzde DNA testleri aracılığı ile çok önemli neticeler alınmaktadır. Oysa geçmiş dönemlerde soybağı tespiti davalarında DNA testleri ile sonuç alınmadığı durumlar olabilmekteydi. Örneğin yıllar önce davalı vekili olarak girdiğimiz Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen 1999 senesinde esasa kayıt edilmiş uyuşmazlık konusu soybağı ile ilgili bir dosyasında, dava konusu özetle; müvekkilin eşi olan muris koca müvekkil beş aylık hamile iken av tüfeği ile intihar etmiş, daha sonra çocuğun doğumuna müteakip derhal murisin anne ve babası tarafından nesebin reddi davası açılmıştır. Yargılamanın geldiği aşamada hakim tarafından verilen keşif kararı üzerine mezarın açılması (fethi kabir) işlemi keşif şeklinde yapılarak, bilirkişi raporu düzenlenmesi için Adli Tıp Kurumunun istediği müteveffanın üç dört adet azı dişi, beş santimetre uzunluğunda fibula ve tibus starnum kemik parçaları alınarak steril bir kap ile kuruma gönderilmiş, ancak DNA izolasyon çalışmalarından kesin bir sonuca varılamamıştı. Daha sonra bir kez daha mezarın açılması suretiyle yeni parça ve doku örnekleri almak amacı ile keşif işlemi yapılmış ve daha farklı kemik parçaları gönderildiği halde, Adli Tıp Kurumu raporunda, değişik yöntemler denenmesine rağmen soybağı tespiti yönünden bir neticeye varılamadığı ibaresi yer almış, bunun üzerine mahkemece, davacıların davasını ispat edemedikleri gerekçesi ile sübut bulmayan davanın reddine karar verilmiş ve karar kesimleşmiştir<sup>67</sup>. Hal böyle olunca iki tarafın da tatmin olmadığı bir durum ortaya çıkmıştı. Ne davacılar iddialarını ispatlayabilmişler ne de davalı. Davalı eşin çocuğunun babasının mahkeme kararı neticesinde hukuken halen koca yani muris gözükmemesine rağmen, kamuoyu önünde davalı eş, mahkeme kararı ile aklanarak haklılığını ispatlayabilmiş değildir. Bu günlere kadar da bu şüpheli durum devam etmekte, çocuğun dedesi ve babaannesi torunlarını kabul etmemektedirler. Burada şu hususu tartışmakta fayda var. Yukarıda bahsettiğimiz üzere günümüzün teknik koşulları ile o tarihteki koşullar artık ciddi

---

<sup>67</sup> Tarsus 2.Asliye Hukuk Mahkemesi, 13.12.2001, 1999/229 E.2001/942 K.Sayılı, Kararı.

ölçüde değişmiştir. Yeni bir yargılamanın gerekçesi olarak, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin, o günün koşullarına göre olağan üstü değiştiği olgusu olabilir mi? Sorunun cevabını aramadan önce, tablonu daha bir netleşmesi açısından bir başka örnek ile devam edelim; ilaç sektöründe önde gelen bir sanayici aile olan E.ailesinin bir ferdi olan VE 1961 senesinde İstanbul'daki evinde intihar etmek suretiyle vefat etmiş geriye iki çocuğu ve resmi nikahlı eşi mirasçı olarak kalmıştır. RB ise İstanbul'da bir Eczane'nin ikinci katındaki bir evde 3 Ağustos 1956'da doğmuş olup, uzun yıllar babasını, oturdukları evin altındaki eczanenin sahibi MFÜ olarak tanımıştır. Ancak, 2003 senesinde ölüm döşeğindeki annesi NÜ, 47 yıllık sırrını kızları RÜ ve üvey kardeşiyle paylaştıktan iki gün sonra komaya girerek hayata gözlerini yumdu. Kızı RB' nin babası E.Holdingin kurucusu NE' nin kardeşi VE idi. RB gayrimeşru bir ilişki sonrasında doğmuştu ve bu sır herkesten yıllarca gizlenmişti. Bunun üzerine RB, VE' nin mirasçılara karşı, gerçek babasının ölümünden tam 46 yıl sonra soybağının tespiti ve babalık davası açtı ve mahkeme yargılama aşamasında hakimin aldığı keşif kararıyla VE 'nin mezarı açılmış, icra edilen keşif işlemi sonrasında usulüne uygun olarak DNA örnekleri alınarak inceleme için Adli Tıp Kurumu 'na gönderilmiştir. Yaklaşık 7 ay sonra mahkemeye ulaşan raporda VE' ye ait DNA örnekleriyle RB' den alınan örneklerin yüzde 99.9 uyum gösterdiği belirtilmiştir. Sonuç olarak mahkeme soybağının tespitine hükmetmiş ve karar Yargıtay'ca onanarak kesinleşmiştir<sup>68</sup>. Bu örnek gen teknolojisinin soybağı hukuku davaları açısından geldiği aşamayı göstermek bakımından oldukça çarpıcıdır. Müteveffanın ölümünden 47 yıl sonra mezarı açılmış ve yüzde 99.9 oranında netlik sağlayacak şekilde netice alınmıştır. Pekiyi bir önceki örneğe dönersek, kesin hüküm olmasına rağmen günümüzde alınan bir rapor ile yeni bir dava açılabilir midir? Çünkü o tarihte DNA testi ile Adli Tıp Kurumu bir netice alamamış ve hakim tarafından maddi gerçek ortaya çıkarılamamıştır. Bizce yargılamanın yenilenmesi koşullarını düzenleyen HMK m.375/1-ç hükmü uyarınca yeniden yargılama talebi ile bu yola başvurulabilir<sup>69</sup>. Bu maddeye göre, somut örnekte, davanın derdest olduğu tarihte düzenlenemeyen rapor, bu günün teknik imkanları dahilinde düzenlenebilir ve maddi gerçek ortaya çıkabilir. Eğer soybağı tespiti ile ilgili madde kamu düzenini temel alarak düzenlendiyse, yine kamu düzeni

<sup>68</sup> HABERTÜRK Gazetesi 21.0.2012 tarihli haberi(HABERTÜRK.Com.Tr).

<sup>69</sup> HMK m.375/1-ç."Yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan sebeplerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması."

ve yararı açısından yargılamanın yenilenmesi koşulları sınırlı olarak sayılmışsa da en geniş açıdan yorumlanmalıdır. Ancak bunun için hakim huzurunda yapılan bir delil tespitine gerek olduğu kanaatindeyiz. Böylelikle günümüzün gelişmiş teknolojisi sayesinde yargılama yeniden görülebilecek ve konu aydınlığa kavuşacaktır. Maddi gerçeğin bulunması kamu düzenini ilgilendiren soybağı davalarında kamu düzeninin korunması ve tatmin edilmesi hususu açısından gerçekten çok büyük bir önem taşımaktadır. Şu an için mümkün olan yukarıda belirttiğimiz üzere HMK m.375/1-ç hükmü ile getirilen daha önce elde olmayan bir belgenin dava aleyhine sonuçlanan şahıs leyhine daha sonra ortaya çıkması düzenlemesi DNA testleri açısından yeni bir belgenin ortaya çıkması olarak yorumlanmalıdır, kanaatindeyiz. Ancak bu konuda kanunda açık bir düzenleme yapılması gerektiği görüşündeyiz. Çünkü HMK m.375'te tahdidi olarak sayılan yargılamanın yenilenmesi nedenlerinin kıyasen genişletilemeyeceği görüşü Yargıtay içtihatlarında istikrarlı bir şekilde yer alan bir görüştür. DNA testleri ve yargılamanın yenilenmesi konusuyla yakından ilgili ve geçmişten itibaren Yargıtay'ın yaygın görüşünün anlaşılması bakımından önemli bir Yargıtay kararını ERTEN/ACIR/TAŞVEREN (1996,s.583) mülga HUMK' nın uygulandığı dönemde yazmış oldukları konuyu ayrıntılı bir şekilde ele alan makalelerinde örnek olarak aktarmışlardır;" Söz konusu davada daha evvelden adli tıp raporu ile babalığına hüküm verilen davacı, yaklaşık dokuz yıl geçtikten sonra çocuğun rapora dayanarak yargılamanın yenilenmesini istemiştir. Söz konusu talepte davacı, HUMK m. 445-1 hükmüne dayanmış ve bilimin ilk davanın açıldığı zamanda, alt kan gruplarını tahlil edecek kadar gelişmemiş olmasının mücbir sebep sayılması gerektiğini ifade etmiştir. İlk derece mahkemesi talebi kabul etmiş ve yeni rapor doğrultusunda karar vermiştir. Kararın temyiz incelemesi sonunda Yargıtay; "...HUMK' nun 445. maddesinde yazılı nedenlere dayanarak iadei muhakeme yolu evvelce usul hükümlerine göre mahkmeden verilmiş ve taraflar arasında muhkem kazıye teşkil etmiş bir hükmün değiştirilmesini temine yarayan fevkalade ve tamamen istisnaî bir kanun yoludur. Bu niteliği itibari ile de evvelce hal edilen bir davanın yeniden görülmesi sonucunu vermekle anılan maddede yazılı pek ciddi ve tahdidi sebeplere başvurulması kabil bir kanun yolu bulunmaktadır ve iadei muhakeme sebepleri tahdididir. Bu sebeplerin kıyas yolu ile genişletilmesi söz konusu olamaz. Kesin hüküm niteliği almış olan ilk davanın duruşması sırasında gerek hariç memleketlerde ve gerekse memleketimizde o tarihte bilinmediği ileri

sürülen yeni ilmi vakıaların sonradan keşfedilmiş olması eskiye nazaran fennin inkişaf etmiş bulunması hali hukuk sistemimize göre HUMK 'nın 445/1. madde ve fıkrasındaki manada bir mücbir sebep sayılamaz..." diyerek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Daha kısa ifade edersek Yargıtay, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin HUMK m. 445'de tahdidi olarak sayıldığını, bunların kıyas yolu ile genişletilemeyeceğini ve bilimin gelişmişlik düzeyinin yetersiz olmasının HUMK m. 445/1 anlamında mücbir sebep sayılamayacağını söyleyerek yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilmesinin yanlış olduğuna karar vermiştir<sup>70</sup>. Önemli olduğu ve bir dönemki Yargıtay görüşü ve uygulamalarını yansıttığı için dipnot olarak tam metnini sunacağımız bu Yargıtay kararının artık günümüz koşullarında DNA ve gizli babalık testlerinin geldiği aşama bakımından güncelin gerisinde kaldığı yaygın bir görüştür<sup>71</sup>. KONURALP (2009,s.110), ÜSTÜNDAĞ'dan alıntı yaparak bizlere aktardığı görüşünde; 1969 tarihli kararın esasını oluşturan anlayış,"tıbbi verilere göre baba sayılamayan bir kimseyi sırf kesin hükme sadakat prensibine aşırı bağlılık nedeniyle hukuken baba saymak gibi, adalet duygularını yaralayan bir sonuç

<sup>70</sup> ERTEN/ACIR/TAŞVEREN, s.583.HUMK m.445 önceki kanunda yargılamanın yenilenmesi nedenlerini düzenleyen madde.

<sup>71</sup> İadei muhakeme talep eden Ayhan evvelce taraflar arasında aleyhine delil teşkil edecek şekilde varılan Tıbbi Adli raporunun memleketteki o tarihte gayrikafi ilmi ve fenni imkanlar için tarafların asli kan gruplarının tahlili sonucu verilmiş bulunduğunu, halbuki inkişaf eden fenni imkanlara nazaran bu gibi sebebi ile babalığın tayin usulünde kat'i sonuç elde edebildiğini iler sürerek ve binnetice eski ilmi seviyenin mücbir sebep teşkil ettiğini beyanla Hukuk Usulü Muhakemeleri K.NUN 445-1. madde ve bendine göre mücbir sebep hukuki nedenine dayanan muhakemenin iadesini istemiş ve diğer taraf ise cevap layihasında öne sürdüğü sebeplerle hadisede iadei muhakeme sebep ve şartları bulunmadığını savunmuştur. H.U.M.K nun 445. maddesinde yazılı nedenlere dayanarak iadei muhakeme yolu evvelce usul hükümlerine göre mahkemeden verilmiş ve tarafları arasında muhkem kazıye teşkil etmiş bir hükmün değiştirilmesini temine yarayan fevkalade ve tamamen istisnai bir kanun yoludur. Bu niteliği itibari ile de evvelce hal edilen bir davanın yeniden görülmesi sonucunu vermekle anılan maddede yazılı pek ciddi ve tahdidi sebeplerle başvurulması kabil bir kanun yolu bulunmaktadır. Ve iadei muhakeme sebepleri tahdiddir. Bu sebeplerin kıyas yolu ile genişletilmesi söz konusu olamaz. Kesin hüküm niteliği alınmış olan ilk davanın duruşması sırasında gerek hariç memleketlerde ve gerekse memleketimizde o tarihte bilinmediği öne sürülen yeni ilmi vakı'aların sonradan keş edilmiş olması eskiye nazaran fennin inkişaf etmiş bulunması hali Hukuk sistemimize göre H.U.M.K. nun 445-1. madde ve fıkrasındaki manada bir mücbir sebep sayılmaz. Şu kanuni duruma nazaran mahkemece mücbir sebebe dayana iade talebinin kabul edilmiş olması H.U.M.K. nun 445. maddesine aykırı olduğu gibi esas hakkındaki inceleme ve yargılama safhasında da, iadei muhakeme talebinde bulunan Ayhan'ın kan grubu hakkında Gülhane Askeri Tıp Akademisince verilen 23.8.1967 günlük raporda yazılı kan faktörleri ile mahkemece esas bakımından iadei muhakeme talebinin kabulü sebebi sayılan Adli Tıp Müessesesinin 17.7.1968 tarihli tek imzalı rapordaki kan faktörleri arasındaki çelişmezliğin ve aleyhine iadei muhakeme istenen Fatma vekili tarafından 17.7.1968 tarihli Adli Tıp raporunun noksanlık ve taraflardan kan alış şekli ile ilgili doktora izafe edilen sözlere dair itirazlar üzerinde ve işin dahi bir iadei muhakeme yolu ile tetkik konusu yapılmakta olduğu eski müspet raporun da varlığı üzerinde hiç durulmamış olması usulsüz bulunmakla aleyhine iadei muhakeme istenenin temyiz itirazları yerinde görüşülmüştür. Sonuç: Hükmün yukarıda açıklanan sebeplerle bozulmasına 24.3.1969 tarihinde oybirliği ile karar verildi."(Y.,2.HD 24.03.1969,6478 /1561)

ortaya çıkaracaktır". Günümüzün DNA incelemeleri yöntemi ve gelinen noktada alınabilecek kesine yakın sonuçlar artık 1969 tarihli kararın ve getirdiği anlayışın aşıldığını veya aşılma zorunda kalındığını göstermektedir. Bu kararı eleştirmek gerçekçi bir hukuk anlayışının sonucudur<sup>72</sup>. Alman Usul Kanununda ise DNA testlerinin yargılamanın yenilenmesi nedeni olabileceğine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır<sup>73</sup>. HMK' da tahdidi olarak sayılan yargılamanın yenilenmesi koşulları arasına Alman usul hukukunda olduğu gibi DNA testleri ile ilgili bir hükmün eklenmesi, kamu düzeni açısından maddi gerçeğin tartışmaya mahal vermeyecek şekilde sağlanabileceği gibi, uygulamada benzer uyumsuzluklarda farklı kararlar çıkmasını ve kamu düzeni açısından önemli olan maddi gerçeğin bulunması ile ilgili hakim takdir hakkını kullanmasındaki zorlukları, olumsuzlukları ve üzerindeki kamuoyundan gelen karar alma sürecini etkileyebilecek veya yargılamayı gereksiz yere uzatabilecek bir vicdani baskıyı önleyebilecektir.

#### **1.4.2.Gizli Babalık Testlerinin ve Soybağı Hukukundaki Hak Düşürücü**

##### **Sürelerin HMK Açısından Değerlendirilmesi**

###### **1.4.2.1.Gizli Babalık Testleri**

Günümüzde yaygın olarak çeşitli özel kuruluşlarınca gizli babalık testleri yapılmaktadır. İnternete girdiğinizde bu konuyu tıkladığınızda, gizli babalık testleri ile ilgili pek çok tanıtım amaçlı reklam ile karşılaşmanız mümkündür. Türk hukukunda gizli babalık testlerinin hukuksal niteliği nedir? İspat ve Deliller kavramları açısından nasıl bir değerlendirme yapmak, gerekmektedir? Bu konuyu kısaca tartışmakta fayda olacağını düşünüyoruz. YILDIRIM, Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması adlı makalesinde ilginç bir örnek ile konuyu tartışmakta ve ayrıca babalık davası açmak için hak düşürücü süre kavramının varlığını eleştirmektedir (2007,s. 23) ;"Patronlarına kızan bir işçinin, patronları hakkında gerçek dışı iddiaları içeren anonim bir mektup yazarak bunu işletme

<sup>72</sup> KONURALP, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara, 2009 ,s.110., ÜSTÜNDAĞ, s.916

<sup>73</sup> "Babalık hakkında kesin olarak karar verilmiş bir hükme karşı yargılamanın yenilenmesi davası, ZPO m.580'de yer alan hallerin dışında, eğer bir taraf babalık hakkında başlı başına veya önceki yargılamada ileri sürülmüş olan deliller ile birlikte olarak bir başka karar verilmesine yol açacak yeni bir rapor sunarsa (yenileme davası) geçerlidir (ZPO m.641i)", bkz. ERTEN/ACIR/TAŞVEREN, s.583.

içerisinde yaymıştır. Bu kişiden şüphelenilmesi üzerine kendisine bir kahve ısmarlanmış ve tükürük salgısı örneği içtiği bir kahve fincanından alınarak, laboratuarlara gönderilmiştir. Mektup üzerindeki tükürük salgısı ile fincandaki tükürük salgısının aynı kişiye ait olduğunun anlaşılması üzerine, işçinin işine son verilmiştir. İş yargısına intikal ettiğinde Mahkeme bu kişinin DNA örneğinin hukuka aykırı olarak elde edildiği gerekçesiyle iş akdinin haksız olarak feshedildiği sonucuna varmıştır. Bu olaylar da göstermektedir ki, DNA analizleri, günlük hayatın olağan işleri haline gelmiştir<sup>74</sup>. DNA, "Deoksi Ribonükleik Asit" teriminin kısaltılmış şeklidir. DNA hücrenin çekirdek kısmında yer almakta olup, kromozom halindeki genetik yapının temelini oluşturur<sup>75</sup>. Soybağı ilişkisinin kurulmasının hukuken belirli süre ve süreçlere bağlanması, bir bakıma hukuksal gerçekliklerle, doğal gerçekliklerin farklılaşmasına ve bunun bir biçimde düzeltilmemesine yol açabilmektedir. Örneğin babalık davası açabilmek için 5 yıllık bir hak düşürücü süre öngörülmüş, bu süre geçtikten sonra babalık davasının açılmaması düzenlenmiştir. Bunlar hukuk düzeninin bir açmazı, teknolojik ve bilimsel gelişmelerle ters düştüğü konulardandır<sup>76</sup>. Her ne kadar YILDIRIM, Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması adlı makalesinde hak düşürücü sürenin babalık davaları açısından sıkıntı yarattığını belirtse de, bizce hak düşürücü süre sorunu somut uyuşmazlığın özelliklerine göre ve ilgili koşullar olduğu takdirde aşılabilecek niteliktedir. Eğer soybağı ile ilgili davalar kamu düzeni ile ilgili kabul edilmiş ise burada hak düşürücü süreden bahsedilmesinin HMK.m.292'nin düzenleniş amacına aykırı olacağı kanaatini taşıyoruz. Şüphesiz ki soybağı ile ilgili babalık davalarındaki hak düşürücü süre ile ilgili gerek Anayasa Mahkemesinin iptal kararı, gerek ise Yargıtay'ın önemli kararları mevcuttur. Bu kararlara gizli DNA testlerinin geçerli olup olmadığı ve Aile Hukuku açısından bu konuya nasıl yaklaşıldığını ele alarak değineceğiz. Ama öncelikle gizli babalık testlerinin hukuki niteliğini hukuk usulü açısından tartışmak gerektiği kanaatindeyiz. Bu noktada Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun vermiş olduğu 2004 tarihli kararı üzerinden konuyu ele alırsak daha verimli bir neticeye varmak mümkün olabilecektir, kanaatindeyiz. YHGK' nın 2004 tarihli kararı;

---

<sup>74</sup> YILDIRIM, Fadıl, Mustafa, Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması, EÜHFD, C.XI, s.3-4,2007,s.32.

<sup>75</sup> YAZGI, Burçak, Medeni Usul Hukukunda Babalık Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2002, s.79.

<sup>76</sup> YILDIRIM, s.33.

" Dava, soybağının reddi istemine ilişkindir. Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 289. maddesinin soybağının reddi davasında öngördüğü bir ve beş yıllık hak düşürücü sürelerin gerçekleşmesinden sonra haklı bir sebebe dayanılmak suretiyle dava açılabilmesinin olanaklı olup olmadığı noktasındadır. Yerel mahkeme, her halde beş yıllık sürenin geçmesinden sonra dava açılmayacağını öngörmekte; Özel Daire ise, 289. maddenin son fıkrası uyarınca, haklı nedene dayanıldığı iddiası ileri sürüldüğünde, şartların tahakkuk etmesi halinde işin esasına beş yıldan sonra da girilebileceğini kabul etmektedir. Baba nesebin reddi davasını, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsi ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl, her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde açmak zorundadır. Dava açmadaki gecikme haklı bir nedene dayanıyorsa, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Somut olaya bakıldığında; taraflar 28.2.1996 tarihinde evlenmişler, küçük İ.N. 4.8.1998 tarihinde doğmuş olup, yanlar 4.5.1999 tarihinde boşanmışlardır. Boşanma ilamında çocuk anneye bırakılmış, davacı baba, uzun süre tüm uğraşlarına rağmen çocukla görüştürülmediğini, açtığı velayetin kendisine verilmesi davasının reddedildiğini, daha sonra ortaya çıkan dedikodular nedeniyle icra aracılığıyla çocuğu teslim alıp, hemen DNA testi yaptırdığını ve baba olma olasılığının % 0 olduğunu yeni öğrendiğini, gecikmesinin haklı nedene dayandığını ileri sürmüş, yerel mahkeme, davacının gecikmesinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığını irdelemeye gerek görmeksizin, salt beş yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması yüzünden, davanın esasına girmeyerek redde karar vermiştir. Özel Daire ise, davacının davayı açmakta haklı nedene dayandığı iddiası yönünden delillerin toplanıp 289. madde şartlarının tahakkuku halinde işin esasının incelenmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Yerel mahkemece yukarıda açıklanan nedenlerle bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır"<sup>77</sup>.

Yukarıda tam metnini çok uzun olduğu için aynen aktaramadığımız ama özetini geniş bir şekilde alıntıladığımız YHGK kararı aslında yürürlükteki HMK ruhuna da uygundur. Kararda ilginç olan nokta, ilk bakışta hak düşürücü süre ile ilgili gözükse de, bu sürenin başlangıcını gizli babalık testi ile ilişkilendirmesi ve her

<sup>77</sup> YHGK 22.12.2004T,2-554/742(KAZANCI İÇTİHAT)

ne kadar kararda kavramsal tartışmaya girilmese de hak dışürücü sürenin başlangıcı olarak kabul edilen gizli babalık testine hukuki bir anlam yüklenmiş olmasdır. Biz bu noktada, kavramsal olarak gizli babalık testlerini veya gizli DNA incelemelerini hukuk usulü açısından, özellikle de HMK genel mantığı açısından ispat vasıtası olarak hangi çerçevede değerlendirmek gerekliliği hususunu tartışmamız gerektiği dışüncesindeyiz. Soybağı ile ilgili davalar kamu düzeni kavramı ile ilişkilendirildiğine göre gerekirse zor kullanarak bunun ile ilgili kan ve doku örnekleri alınmasına hakimın karar verebildiği, hatta üçüncü şahıslara karşı dahi koşulları varsa bu usul hükümleri uygulanacağına göre, gizli babalık testlerinin hak dışürücü süreyi devre dışı bırakması normal karşılanmalıdır, görüşünderiz. Ancak HMK' da veya TMK' da gizli babalık testleri ile ilgili bir düzenleme olmaması, özellikle usul hukuku açısından gizli babalık testlerinin nasıl nitelendirileceği sorununu gündeme getirmektedir. YHGK yukarıdaki kararı ile adeta gizli babalık testlerini bir delil olarak kabul etmekte olduğunu göstermektedir. Pekiyi bu hukuk muhakemesi açısından ne oranda tutarlı bir tavırdır. HMK m.292 tartışmaya yer vermeyecek şekilde açıktır, soybağı tespiti ile ilgili yapılacak incelemenin veya DNA testinin delil olarak kabul edilebilmesi için mutlaka ve mutlaka hakim tarafından bu hususta karar verilmiş olması ve yapılacak olan incelemenin usul hukukuna uygun bir şekilde bilirkişi marifeti ile yapılması gerekmektedir. Bu konu özel uzmanlık isteyen bir bilirkişi incelemesi gerektirdiğinden de, hakim uygulamada resmi kurumlar ve buradaki uzmanlardan bilirkişi olarak faydalanmaktadır. Bu kurumlar; Adli Tıp Kurumu, Adli Tıp Enstitüsü, Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Laboratuvarları, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Gen Analizi ve DNA İnceleme Laboratuvarları gibi sınırlı sayıda kurumlardır<sup>78</sup>. O halde bu günkü hukuk sistemimiz dahilinde gizli babalık testlerinin usul hukuku anlamında delil olarak kabul edilmesi HMK mantığına aykırı dışmektedir. Yargıtay Genel Kurul kararının içeriğinde TMK m.289'a sık vurgu yapılmıştır ki, bu da bize kararın lafzından anlaşıldığı üzere, aslında net bir şekilde kamu düzeninin korunması ilkesinin kararın ruhunun temeli olarak ön planda tutulduğunu göstermektedir. Aslında burada kararda zikredilmemesine rağmen TMK m.284 hükmündeki HMK 'ya (veya Karar tarihindeki HUMK' ya) yapılan atfın da etkili olduğunu dışünüyorum. Bilindiği üzere TMK m.284, soybağı ile ilgili davaların yargılama usulü olarak " resen

---

<sup>78</sup> YAZGI, s.70.



araştırma ilkesini" kabul etmektedir. Kamu düzeni kavramının ağırlığı karşısında usul hukukunun ispat ve deliller ile ilgili sınırlarının zorlandığı görülmektedir, bu karar ile. HMK açısından gizli babalık testlerinin delil olarak kabulünün mümkün olamayacağı görüşümüzü ortaya koymuştuk, pekiyi Yargıtay acaba yukarıdaki kararında, gizli babalık testine dayalı olarak hak düşürücü süreyi dahi bertaraf ettiğine göre, bu testler"delil başlangıcı" olarak mı kabul edilmiştir, yoksa? O tarihteki yürürlükte olan HUMK "yazılı delil başlangıcı" kavramı olarak düzenlerken, bu ispat vasıtalarını şu an yürürlükte olan HMK "delil başlangıcı" kavramını kullandığı üzere biz de yılların alışkanlığını bir yana bırakarak mevcut olan terminolojiye göre kavramın adını güncelleyerek kullanmak durumunda olduk. Kaldı ki bizce de doğru bir tercih ile kanun koyucu, yazılı delil başlangıcın da kapsar şekilde daha geniş olarak delil başlangıcı kavramını tercih etmiştir. HMK' da delil başlangıcı m.202/(2) fıkrasında düzenlenmiştir<sup>79</sup>. Tartıştığımız YHGK döneminde ise eski HUMK m.292 olarak karşımıza çıkmakta idi bu kavram<sup>80</sup>. Delil başlangıcının tanımı ve unsurlarını doğru bir şekilde ortaya koyabilirsek, sanırım gizli babalık testlerinin bu çerçevede içinde olup olmayacağının, doktrinsel ve içtihadı görüşlerden azami surette faydalanmak kaydı ile değerlendirmesini de daha kolay yapabilmek imkanına sahip olabiliriz, düşüncesindeyim. YILMAZ' a göre bir hususun delil başlangıcı olabilmesi için aşağıdaki unsurlara haiz olması gerekmektedir (s.1053,2012).

"1) Delil başlangıcı, her şeyden önce, bir belgedir. Yukarıda (m.199) açıklandığı gibi , "belge"nin yazılı olması şart değildir. Çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara

<sup>79</sup> HMK m.202/(2) Delil Başlangıcı; iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir.

Hükümet Gerekçesi:"Madde, senetle ispat kuralının istisnalarından biri kabul edilen, delil başlangıcının bulunmasını düzenlemektedir. Bu konuda 1086 sayılı Kanundaki düzenleme esas alınmıştır. Ancak, maddenin ikinci fıkrasında, 1086 sayılı Kanunun 292nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "vukuuna delalet eden" ifadesi yerine, hem Türk uygulama ve öğretisinde hem de mukayeseli hukukta genellikle benimsenen anlayışa uygun olarak, "muhtemel gösteren" ifadesi kullanılmıştır. Öte yandan, haberleşmenin önemli bir türünü oluşturan faks mesajlarının delil değerini, delil başlangıcı olarak benimseyen içtihatlarla uyum sağlanması amacıyla, "verilmiş" sözcüğünün konudaki benzer yollarla göndermenin, bir belgenin verilip verilmemesi sayılmasına ilişkin tereddüt ve tartışmaların önüne geçebilecek, teknik araçlarla gönderilen belgeler de delil başlangıcı sayılabilecektir".

<sup>80</sup> Eski HUMK m.292:Senetle ispatı lazım gelen hususlarda tahriri bir mukaddimeyi beyyine mevcut olursa şahit istimai caizdir. Mukaddimeyi beyyine müddeabihin tamamen sübutuna kafi olmamakla beraber bunun vukuuna delalet eden ve aleyhine ibraz edilmiş olan taraf canibinden verilen evrak ve vesaihtir.

benzer bilgi taşıyıcıları da birer belgedir. Madde 202'nin Gereğesinde de belirtildiği üzere, faks mesajı ve teknik araçlarla gönderilen diğer belgeler de, delil başlangıcı olarak kabul edilir. HMK m.202, HUMK m.292'den farklı olarak, " yazılı" kelimesini kullanmayarak, yazılı olmayan ve fakat belge niteliği bulunan araçların da, delil başlangıcı olabileceğini kabul etmiş ve delil başlangıcının uygulama alanını genişletmiştir.

2) Bu belge, iddia konusu hukuki işlemin tam olarak ispat edememekle birlikte, hukuki işlemin yapıldığının muhtemel olduğunu gösteren nitelikte olmalıdır. Örneğin, aşığıdaki somut misallerinden de görüleceği üzere, verdiği on bin lira ödünç sebebiyle alacaklı olduğunu iddia sahibinin elindeki belgede, imzası bulunmamakla birlikte, karşı tarafın (borçlu olduğu iddia edilen kişinin) " on bin lira ödünç borç aldım" şeklindeki el yazısı ve parafı vardır.

3) Bir belgenin delil başlangıcı olabilmesi için diğer bir şart, aleyhine ileri sürülen kimse (veya temsilcisi) tarafından verilmiş veya gönderilmiş olması gerekir.

İleri sürülen belge, aleyhine kullanılan değil de ibraz eden tarafından düzenlenmiş ise delil başlangıcı sayılamaz".

Yukarıda aktarıldığı üzere, delil başlangıcı, senet kuvvetinde olmamakla beraber her üç koşulun birlikte olması halinde söz konusu olabilmektedir. Şüphesiz ki delil başlangıcı bir belgedir, delil başlangıcı tek başına iddianın ispatı için yeterli olmamakla birlikte, tanık beyanı, keşif gibi diğer takdiri deliller ile birlikte değerlendirilmek durumundadır<sup>81</sup>. Demek ki senet ile ispat kuralından farklı olarak bir kıyas (syllogisme) söz konusu olacaktır, delillerin değerlendirilmesinde<sup>82</sup>. Burada şu ayrıntının altını tekrar çizmekte fayda var, ileri sürülen belge aleyhine kullanılan tarafından sunulmalıdır, aksi halde delil başlangıcı kavramından bahsetmek mümkün olmamaktadır. Doktrin dışında Yargıtay'ın yerleşik uygulamaları da bu yöndedir. Delil başlangıcı ve unsurları hakkında pek çok Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı bulmak mümkündür ve çeşitli uyuşmazlıklara dair delil başlangıcı veya eski kanun tabiriyle yazılı delil başlangıcı ile ilgili kararlarda kavramın uygulanma şekli ile delil

<sup>81</sup> PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.497.

<sup>82</sup> KONURALP, Haluk, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara,2009,s.135.

başlangıcının olabilmesi için kararlarda aranan hususlar doktrinin belirttiği yukarıdaki açıklama ve görüşler ile paralellik taşımaktadır<sup>83</sup>.

YHGK' nun yukarıda geniş bir şekilde aktardığımız kararına baktığımızda, bizce DNA testlerinin HMK anlamında delil olamayacağı gibi, delil başlangıcı olabilme koşullarını da usul hukuku düzenlemeleri açısından kesin olarak taşımadığı açıkça görülebilmektedir. Ancak, Yargıtay Genel Kurulunun, inceleme ve tartışmasını sadece hak düşürücü süre açısından yaptığı bu kararında, gizli DNA testinin ispat hukuku açısından değerlendirilmesi ve kavramsal olarak nitelendirilmesi ile hukuka uygun olup olmadığı, çocuğun veya velisi olan annenin rızasının bulunup bulunmadığı, çocuğun ve annenin anayasal hukuk kuralları ve evrensel ilkeler ile güvence altında olan kişilik haklarının ihlal edilip edilmediği tartışılmamıştır<sup>84</sup>. Yargıtay 2.Hukuk Dairesinin bazı kararlarında da hak düşürücü sürenin başlangıç zamanı, gizli DNA testi ile yapılan tespitin tarihinin öğrenme tarihi olarak kabul edilip, bu tarih başlangıç noktası olarak sürenin hesaplandığı görülmektedir<sup>85</sup>. Bizce, bu gün yürürlükte olan HMK m.293 ile getirilmiş olan uzman görüşü kavramı, gizli DNA testlerinin usul hukuku bakımından şu andaki usul uygulamaları içerisinde hukuki bir temele oturtularak nitelendirilmesine katkı sağlayan bir hüküm olabilir<sup>86</sup>. Evet, gizli DNA testleri dava dilekçesine eklenen bir

---

<sup>83</sup> YHGK 28.12.2005T,14-677/774-YHGK 19.03.2006T,14-85/114-YHGK 04.04.2007T,13-153/183-YHGK 26.03.2008T,19-266/276-YHGK 10.02.2010T,13-26/73 Sayılı Kararları(KAZANCI İÇTİHAT)

<sup>84</sup> KILIÇOĞLU, Evren, "Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda"Hukuki Babanın Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi" nin Tanınması, MÜHFHAD, cilt. 16, sayı. 3-4, 2010, s. 298.

<sup>85</sup> Y.2.HD.08.11.2005T.,19/15285(KILIÇOĞLU).

<sup>86</sup> HMK, madde 293-(1) Taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.(2) Hakim, talep üzerine veya re'sen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verilebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hakim ve taraflar gerekli soruları sorabilirler.(3) Uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirilmeye tabi tutulmaz.

Hükümet Gerekçesi:"Maddede yer alan düzenlemeyle, Anglo-Sakson kökenli bir kurum olan "taraf bilirkişisi" veya "uzman tanık" kurumu hüküm altına alınmıştır. Esasında bu kural, Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenlemeye paralel bir hükmü içermektedir. Uzman görüşüne başvurulması bilirkişilikten farklıdır. Gerekli hallerde bilirkişiye başvurulmasına mahkeme kendiliğinden veya talep üzerine karar verebilir. Ancak, tarafların bilirkişi dışında uzmanından bilimsel nitelikli görüş almaları da mümkündür. Böylelikle, özel ve teknik konularda da tarafların uzman görüşünden yararlanmaları ve iddia veya savunmalarını bu görüşlerle desteklemeleri mümkün olacaktır. Bu gerekçelerle birinci fıkrada, ihtiyaç duyulduğunda uzman görüşüne başvurulmasına imkan tanınmıştır. Fakat taraflara sırf bu sebeple yeni bir süre verilemez ve yargılama ertelenemez. Hakim dosyaya sunulan uzman görüşünü serbestçe takdir edecektir. Uzman görüşüne başvuracak tarafın bu konudaki gerekli masrafları kendisinin karşılayacağı doğaldır. Mahkemeden veya karşı taraftan bu giderlerle ilgili herhangi bir talepte bulunulmaz ve bu giderler yargılama giderleri içerisinde sayılmaz.-İkinci fıkrada,

mütaala daha doğrusu kanunun ifade ettiği şekilde bir nevi "uzman görüşüdür", düşüncesindeyiz. Anglo-Sakson kökenli bir kurum olan uzman görüşü, Anglo-Sakson hukukunda, "taraf bilirkişisi" veya "taraf tanığı" olarak da adlandırılır<sup>87</sup>. Bu günün şartlarında bir kişi ancak DNA testi ile baba olup olmadığı gerçeğini öğrenebiliyorsa, bu da hasredilmesi gereken çok önemli bir hak olduğuna göre, gizli babalık testini DNA incelemesi yoluyla yaptırması ve konunun uzmanından bir rapor alması sonrasında soybağının reddi davası açması, bizce de hak düşürücü sürenin, kaldı ki Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra sadece, mevcut durum ile ilgili uyuşmazlık konusunun öğrenilmesinden itibaren geçecek olan bir yıllık hak düşürücü süre yürürlüktedir. Bu rapor ile gerçeği öğrenmesi ile başlaması yönündeki uygulama, belki usul hukuku açısından ve anayasal hak ve özgürlükler çerçevesinde yukarıda belirttiğimiz tartışmalı bir noktada dursa da, katılmak durumunda olduğumuz bir uygulamadır. Aslında bir tercih yapmak durumundayız, bu noktada, eğer rıza hilafına alınan bir doku örneği ile DNA testi yapılıyorsa, babanın gerçeği öğrenme hakkı ile yukarıdaki kararda olduğu gibi veli anne ise, annenin velayet hakkının, çocuğun ise vücut dokunulmazlığının ihlali olgusunun, yani mağduriyetinin karşı karşıya geldiği açık olarak görülmektedir ki bizim de katıldığımız üzere Yargıtay tercihini babanın gerçeği öğrenme hakkından yana kullanmıştır. Her ne kadar, HMK m.189/2 hükmü uyarınca, hukuka uygun olarak elde edilmeyen delillerin mahkeme tarafından dikkate alınmayacağı yönünde bir düzenleme getirmekte ise de, gizli DNA testleri bir uzman görüşü olduğuna göre, uzman görüşü de usul hukukumuzda delil olarak kabul edilmediği bir durumda, zaten delil olmayan bir şeyin, yasa dışı elde edilmiş delil kapsamında düşünülmesinin hukuki temeli bulunmamaktadır<sup>88</sup>. Gerçeği öğrenme hakkı da, dava öncesi özel uzmanlara yaptırılan ancak bizce HMK anlamında bir nevi uzman görüşü olan gizli

---

görüşü alınmış uzman kişinin mahkemede dinlenebileceği açıkça düzenlenmiştir. Tarafın iddia ve savunmasını desteklemek için görüşüne başvurduğu uzman kişi, talep üzerine veya re'sen mahkemeye çağrılarak dinlenebilir. Uzman kişinin dinlendiği duruşmada hakim veya taraflar gerekli gördükleri soruları da sorabilirler. Uzman kişinin dinlenmesi imkanının getirilmesiyle bir yandan uzmanlık gerektiren konuların daha iyi aydınlatılabilmesi, diğer yandan da çelişkili ya da eksik veya yanlış bilgilerle yargılamanın olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. - Uzman kişinin çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmaksızın gelmemesi halinde, yargılamanın gecikmesini önlemek amacıyla hakimin hazırlanan raporu değerlendirmeyeceği hususuna da bir vurgu yapılmıştır. Ayrıca hazırlanan raporla ilgili şüpheler ancak ilgili uzman dinlenerek giderilebileceğinden ve kendisi de gelmediğinde bu rapora dayanmak doğru olmayacağından böyle bir yaptırım düzenlenmiştir".

<sup>87</sup> YILMAZ, s.1271.

<sup>88</sup> HMK,m.189/2:Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmaz. KILIÇOĞLU, s.302,304.

yapılan DNA testleri ile gerçekleştirilebilecektir. Hak düşürücü sürenin de, SEROZAN' ın belirttiğinin aksine (s.193), yani gizli DNA testine başvurulduğu tarihten değil, testin sonuçlandığı, dolayısıyla şüphenin somutlaştığı tarihten itibaren başlaması gerektiği düşüncesine bu satırların yazarı olarak daha yakın durmaktayız. KILIÇOĞLU' da bizim de yakın durduğumuz bu görüşte olup (s.302), bu bakış açısının, Yargıtay uygulamalarının mantığına daha uygun bir görüş olduğu olgusu yerleşik uygulamaların mantığına göre bakılarak kolaylıkla söylenebilir, diye düşünmekteyiz<sup>89</sup>. Bu test sonuçları ile zaten mahkemeye başvurulduğunda, hakim uzman görüşü müessesesinin gereği olarak özel olarak düzenlenen rapor sonuçları ile bağlı kalmayıp, keşif ve bilirkişi incelemesi delillerine başvurup uyuşmazlığı sonuçlandıracaktır.

#### **1.4.2.2.Hak Düşürücü Süreler ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı**

YHGK 'nın 2008 tarihli çok önemli bir kararında da hak düşürücü süre konusunda yukarıda incelenen karara benzer olarak aşağıdaki çerçevede yaklaşmıştır. Bu kararın metni çok uzun ve ayrıntılı olduğu için önemli kısımlarını özet olarak sunmak gereği hasıl olmuştur;

" Babanın başvurusu olmadan sahte belgelerle evlilik dışında doğan çocuğun nüfusa kaydedildiği ileri sürüldüğüne göre, uyuşmazlığın nüfus kaydının düzeltilmesi davası çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Davacının nüfus kütüğündeki kaydın ve tescile esas dayanak belgenin gerçeğe uygun olmadığına ilişkin iddiası ve davalının aksi yöndeki savunmasının, hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın, her türlü delille ispatlanması mümkündür. Davacı yargılama devam ederken öldüğüne göre mecburi dava arkadaşı olan tüm mirasçıların davaya katılımının sağlanması gerekir. Taraflar arasındaki "nüfus kaydının düzeltilmesi" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (Karaman Asliye Birinci Hukuk Mahkemesi)'nce davanın reddine dair verilen 23.02.2001 gün ve 1993/6 E. 2001/69 K. sayılı kararın incelenmesi davacılar Şerife ve Yaşar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 11.07.2002 gün ve 2002/8270-9249 sayılı ilamı ile;

---

<sup>89</sup> SEROZAN, Rona,Çocuk Hukuku,İstanbul,2005,s.193;KILIÇOĞLU,s.302,303.

1) Dava, iddiaya göre soybağının reddi değil, nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkindir. Davacı tescildeki imzanın kendisine ait olmadığını ileri sürmüş ve bu husus kanıtlanmıştır. Bu nedenle davanın süreden reddi yasal değildir.

2) Davacı davanın devamı sırasında öldüğünden dava oğlu Ramazan'ın da hukuki durumunu etkilemektedir. O halde, mahkemece Ramazan'la ilgili iptal davasının kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması, iptal davası kesinleşmemişse, Ramazan'ın da davaya dahili varsa, onun da göstereceği delillerin toplanması, sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden eksik hasımla ve araştırma, inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir...)Mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Mahkemece, davanın soybağının reddi niteliğinde kabulü suretiyle ve "çocuğun doğumunu öğrenme tarihinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre geçirildikten sonra açılan davanın süre nedeniyle reddi gerektiği, ayrıca yargılama sırasında vefat eden davacının mezarının tespit edilememiş olması nedeniyle DNA testinin yapılamadığı ve bu itibarla ispat külfeti kendilerine düşen mirasçılarının davasını ispat edemediğinin anlaşıldığı" gerekçesiyle, "Asıl davanın sübut bulmaması nedeni ile reddine, nesebin reddi niteliğindeki davanın DNA testi yapılmasına ilişkin lazıminin yerine getirilmemiş olması ve süre nedeniyle reddine" dair verilen karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş, yerel mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Açıklanan maddi olgu, aşamalar, bozma ve direnme kararlarının kapsamı itibariyle uyumsuzluk; davanın, nesebin reddi mi yoksa nüfus kaydının düzeltilmesine mi ilişkin bulunduğu, buna bağlı olarak davanın süreden reddi kararının yasal olup olmadığı; bunun yanında, yargılama sırasında ölen davacı Hasan Hüseyin'in oğlu Ramazan'la ilgili iptal davasının kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması ve sonucuna göre Ramazan'ın da davaya dahil edilerek göstereceği delillerin toplanmasının gerekip gerekmediği, noktalarında toplanmaktadır. Bilindiği üzere nesep, birbirinin soyundan gelen kişiler arasındaki ilişkiyi ifade eder. Bu kavram içerisinde kan bağıının yanında hukuki münasebetin de bulunması, diğer bir ifadeyle kan bağıının hukuk düzeninin aradığı koşullar içerisinde oluşması zorunludur. Nesebi yaratan temel ilişki evlilik olmakla beraber, bundan ayrı evlilik dışında doğan çocukların nesepleri ana babanın sonradan birbirleriyle evlenmeleriyle (TKM m. 247), şartlarının oluşması halinde hakim hükmüyle (TKM m.249), tanıma ile (TKM

m.291), babalık davasıyla (TKM m.295) veya kısaca af kanunları olarak nitelendirilen "Bir evlenme akdine dayanmayan birleşmelerden doğan çocukların neseplerinin düzeltilmesine ..." ilişkin kanunlar uyarınca düzeltilebilir. Evliliğin devamı sırasında ya da evliliğin sona ermesini izleyen üçyüz gün içinde doğan çocukların neseplerinin düzgün olduğu yolundaki "sahih nesep karinesi" ya da "babalık karinesi" (TKM m.241) salt aksi ispat edilemeyen karinelere değildir. Doğan çocuğun nesebini reddetmek isteyen koca, çocuğun kendisinden olmadığını dava ederek kanıtlayabilir (TKM m.242). Nesep karinesinin bu biçimde çürütülmesine öğretide ve uygulamada "nesebin (soybağının) reddi", açılan davaya da "nesebin (soybağının) reddi davası" denilmektedir. Yerel mahkeme, gerek bozulan ilk kararında ve gerekse direnme kararında, davanın nesebin reddi hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğini kabul etmiş; Özel Daire ise, davanın nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin olduğunu benimsemiştir. Bu noktada, nesebin reddi ve nüfus kaydının düzeltilmesi davalarının yasal dayanakları ve mahiyetlerinin ortaya konulması gerekmektedir. Dava konusu çocuğun doğum tarihinde yürürlükte bulunan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin "Nesebi ret" başlığı altında düzenlenen 242. maddesi "Koca, doğduğuna muttali olduğu günden itibaren bir ay içinde çocuğu reddedebilir" hükmünü amirdir. Böylece koca, gerek evlilik içinde, gerekse evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde doğan çocuğun kendisinden hasıl olmadığını ileri sürerek dava açmak hakkına sahip bulunmaktadır. Olayımızda, davacı ile davalı Zeynep arasında, hiçbir zaman evlenme akdi gerçekleşmemiştir. Koca veya kanunun tayin ettiği diğer ilgililer tarafından açılacak olan bir "nesebi ret" davasının şartları; çocuğun ana rahmine düşmesi, evliliğin devamı sırasında vuku bulmuşsa daha ağır (TKM m.243), çocuk ana rahmine evlilikten önce veya karı kocanın ayrılıkları sırasında düşmüşse daha hafiftir (TKM m.244/1). Nesebi ret davasında ispat yükü açısından çocuğun doğum anına önem atfederek özel düzenleme getiren kanun koyucu; nesebin reddi davasının açılabilmesini de koca ve mirasçılarını yönünden, doğumu öğrenme tarihinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre ile sınırlamıştır (TKM m.241/1). Diğer yandan; kişisel durumlardaki değişikliklerin nüfus kaydında belirtilmesi ve doğru olmayan kayıtların düzeltilmesi ile "nüfus kayıtlarının düzeltilmesi" anlaşılır (Ergün ÖZSUNAY, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1982,s:243). "Kayıt düzeltilmesi", aile kütüğüne düşürülmüş nüfus kaydının bir kısmının "düzeltilmesi" veya

"değiştirilmesi" dir (Nüfus Yönetmeliği m.143). Ancak, Nüfus Kanunu'nun 47. maddesinde yapılan tamamlamalarla kişisel durumlarda ortaya çıkan "değişiklikler" için mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır (TKM m.40,Nüfus Kanunu m.48). Buna karşılık nüfus kütüklerindeki "doğru olmayan kayıtların" düzeltilmesi için mahkemeden karar alınması zorunludur (TKM m.38,Nüfus Kanunu m.11) İşte bu noktada, nüfus kütüğünde yer alan "doğru olmayan kayıtlar", ilgilileri veya Cumhuriyet Savcısı tarafından açılacak olan "kayıt düzeltme davası" ile gerçek durumuna uygun hale getirilebilir ki, bu dava uygulamada "nüfus kaydının düzeltilmesi davası" olarak adlandırılmaktadır. Nüfus Kanunu'nun 46. maddesinde "yaş, ad, soyadı ve diğer kayıt düzeltme davaları ..." ibaresi yer aldığından, herhangi bir sınırlama olmaksızın nüfus kütüğünde mevcut her kaydın düzeltilmesinin istenebileceği kuşkusuzdur. Önemle vurgulanmalıdır ki; zamanaşımı ve hak düşürücü süreye bağlı olmayan nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin davalarda, her türlü kanıtı başvurulabilir (YHGK 11.02.1998, 2-87/77)"<sup>90</sup>.

Yukarıdaki karar hak düşürücü süre kavramına dair Yargıtay'ın bakış açısını göstermek bakımından ilginç olup, karar önceki kararlar ile mukayeseli olarak değerlendirildiğinde, Yargıtay'ın zaman içinde istikrar kazanan görüşü daha net ortaya çıkmaktadır. Yargıtay kamu düzenini ilgilendiren soybağı ile ilgili davalarda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını, hak arama özgürlüğü çerçevesinde değerlendirip, kişinin baba olup olmadığını öğrenme hakkının da mutlaka korunması gereken tercihe şayan üstün bir hak olduğunu uygulamaları ile bize göstermiştir. Yargıtay'ın aslında tercihini babanın gerçeği öğrenme hakkından yana kullanarak gizli DNA incelemeleri vasıtasıyla yorumunu genişletip, hak düşürücü sürenin aleyhe olarak uygulanabilmesi koşullarını daraltmasından ve bu yöndeki istikrarlı içtihatlarının ardından Anayasa Mahkemesinin bir iptal kararı da konunun çözümünde ciddi katkı sağlayan bir olgu olmuştur. Anayasa Mahkemesi 25.06.2009 tarihli iptal kararı ile Medeni Kanunun m.289/1 fıkrasında yer alan "...her halde doğumdan başlayarak beş yıl..."ibaresini Anayasanın 2,5 ve 7.maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir (Anayasa Mahkemesinin 2008/30, 2009/96 K Sayılı Kararı)<sup>91</sup>. Anayasa Mahkemesine göre hukuk devleti, kocanın temel hak ve özgürlüklerinden olan genetik ve biyolojik olarak kendisinden olmayan çocuğu reddetme hakkını da

<sup>90</sup> YHGK 30.01.2008T.2-36/47(KAZANCI İÇTİHAT)

<sup>91</sup> BAYGIN, Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul,2010,s.42.



teminat altına almak durumundadır. Bu hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Medeni Kanunun iptal edilen ibaresi, Yüksek mahkemeye göre, beş yıllık hak düşürücü süre koyarak, babanın baba olmadığını ispatlayabilme hakkını daha yargılama aşaması başlamadan elinden almaktadır iptali gerekmiştir. Böylelikle koca veya kendisini baba sanan kimse doğumdan kaç sene geçerse geçsin, baba olmadığına dair ciddi bilgiler elde ettiğinden itibaren bir sene içinde mahkemeye dava açabilir. Bir senelik süre hak düşürücü süre olarak kabul edilmiş olup, mahkemece resen dikkate alınır<sup>92</sup>. Ciddi bilgi veya bulgu, tanık olunan veya duyulan bir olay olabilir<sup>93</sup>. Şüphesiz ki yukarıdaki paragraflarda ayrıntılı olarak üzerinde durulan ve uzman görüşü kavramı ile açıklamaya çalıştığımız gizli babalık testi ile de baba olmadığını öğrenen şahıs, bu tarih temel alınarak yine bir sene içinde soybağı ile ilgili davayı, test sonuçlarını da ekleyerek açmalıdır. Ancak, nasıl yapıldığı belli olmayan, her hangi bir şekilde denetlenmeyen soybağı ile ilgili gizli DNA testlerinin ne ölçüde sağlıklı olduğu da ayrı bir tartışma konusu olagelmektedir ki, bu konu ile ilgili ayrı bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır<sup>94</sup>. Bizce özel kuruluşlarca, başvurandan belirli bir ücret talep edilerek tarafların rızası ile veya bir tarafın tasarrufu ile diğerinin rızası hilafına gizli olarak yapılan DNA testleri ile ilgili, uygulamaya dair kural ve müeyyidelerin belirlendiği ve belirli bir disiplinin getirildiği özel bir kanuna ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle internet üzerinden verilen reklamlar aracılığı ile bulunan ve akabinde iletişime geçilen, yurt dışında, örneğin ABD'de faaliyet gösteren özel kişi veya kuruluşlara belirli bir bedel karşılığında yaptırılan DNA testlerinin nasıl sağlıklı bir çizgiye getirilebileceği ve denetimi de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Belki bu durumda ikili hukuki anlaşmalar ile devletlerarasındaki karşılıklı işbirliği ve denetim mekanizmaları geliştirilebilir. Ancak şu gerçeği de

---

<sup>92</sup> BAYGIN, s.43.

<sup>93</sup> "... Dava, koca tarafından anaya ve çocuğa karşı açılan soybağının reddi isteğine ilişkindir (TMK.m.286/1). Koca, davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl içinde açmak zorundadır.(TMK.m.289/1). Madde metninde geçen "... her halde doğumdan başlayarak beş yıl" ifadesi Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2009 tarihli 2008/30 esas, 2009/96 karar sayılı kararıyla iptal edilmiş, iptal kararı 07.10.2009 tarihli 27369 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmış, bu tarihte yürürlüğe girmiştir. İptal kararının yürürlüğe girmesiyle beş yıllık sürenin yasal dayanağı ortadan kalkmıştır. Soybağının reddi istenen davalı Sevgi 22.07.1983 doğumludur. Davacı, Sevgi'nin kendi çocuğu olmadığını, diğer çocuğu Emel'in ölümünden sonra öğrendiğini iddia etmiş ve bu husus dosyadaki delillerle kanıtlanmıştır. Emel 12.09.2006 tarihinde ölmüştür. Dava ise 18.07.2007 tarihinde açılmıştır. Buna göre dava, öğrenme tarihinden itibaren bir yıllık süre içinde açılmış olup, süresindedir. O halde, işin esasının incelenmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır..." Y.2. HD.12.10.2009 T.13514/17075 (KAZANCI İÇTİHAT),BAYGIN, s.44.

<sup>94</sup>KILIÇOĞLU, s.307.

unutmamak gerekiyor, bilimsel alanda o kadar süratli değişimler oluyor ki gerçekten hukuk ve hukuk sistematığı günceli yakalamada ciddi sıkıntılar ile boğuşmak durumunda kalıyor.

#### **1.4.2.3.DNA İncelemede Hakim ve Bilirkişinin Rolü**

DNA testi hakimin kendi başına yapabileceği bir araştırma değildir. Hakim farklı bir uzmanlık isteyen bu gibi durumlarda mutlaka bilirkişiye başvurmak zorundadır. DNA testi HMK düzenlemesi anlamında bir takdiri delil sayıldığı malum olmakla beraber bilirkişinin gerçekleştirebileceği bir işlemdir. Günümüzde soybağı ile ilgili davalarda, kan grubu incelemesi yöntemleri tek başına yeterli olmamakta, sağlıklı netice için mutlaka DNA testi yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır ve bu konuda YHGK 08.03.1995,1994/22671 E,1995/162 K.sayılı kararı önemlidir ve bu kararlar birlikte Yargıtay uygulamaları istikrarlı bir şekilde DNA incelemesini arar hale gelmiştir<sup>95</sup>. Pekiyi böyle bir incelemede hakimin rolü ne olacaktır? Hakimin DNA testi kararından önce ayrıntılı bir inceleme yapması gereği önemlidir. Bu yüzden hakimin öncelikle, soybağının tespiti davasında çocuğun babasının davalı olabileceği, soybağının reddi davasında ise babası olmayabileceği konusunda ikna edilmesi gerekir. Babalık davasında çocuğun annesi ile davalı, soybağının reddi davasında ise anne ile davacı arasında çocuğun doğumuna sebep cinsel ilişkinin varlığını veya cinsel ilişki olmasa bile soybağı kurulabilecek başka bir durumun varlığını ihtimal dahiline sokabilecek deliller olmadan, hakimin DNA testi yapılması konusunda karar vermesi haklı görülemez doğrultusundaki görüş uzun süreden beri doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında savunula gelmiştir<sup>96</sup>. Ancak biz burada, hakimin DNA testi kararı vermektan imtina edebilmesinin zor olduğunu düşünüyoruz. Ortada bir iddia varsa ve bu iddia yargıya taşınmış ise, artık konu kamu düzenini ilgilendiren bir hal almıştır, soybağı ile ilgili davalarda. İddianın ne derece gerçek olup olmadığı da bu DNA testleri ile anlaşılacaktır. Bizce, hakim "yeterli delil yok, DNA testi yapmıyorum şeklinde bir karar almamalıdır", böylesi bir uygulama maddenin düzenleniş amacına aykırı düşecektir.

---

<sup>95</sup> YAZGI, s.77.

<sup>96</sup> ERTEN/ACIR/TAŞVEREN, s.579.

DNA incelemesi yöntemiyle babalık tespitinde niteliği itibariyle, hakime vereceği bilgilerle ondaki eksik özel ve teknik bilgiyi sağlayan ve böylece yeniden bir bilirkişi raporu incelemesine gerek kalmadan kendi başına bu raporun aksine de karar verebileceği bir karar değildir. DNA incelemesi, yüksek oranda uzmanlaşmış teknik olarak tam donanımlı laboratuvarlarda ve yine konusunda uzman kişilerce yapılması mümkün olabilen kendine özgü nitelikleri olan bir analizdir. Dolayısıyla hakimin, DNA incelemesinin esasına girerek sonucun doğruluğunu bilimsel ve teknik veriler karşısında içerik olarak denetleyebilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak bilirkişi raporunun hakim tarafından değerlendirilmesi raporun içeriği ile ilgili değil usul açısından mümkün olabilir. Örneğin, raporda bilirkişilerce bir imza eksikliği söz konusu ise burada hakim bu eksikliğin giderilmesi açısından raporu iade edebilir. DNA incelemelerine ilişkin bilirkişi raporlarına karşı, hakimin takdir yetkisinin sınırlı olduğu hususu yadırganmamalıdır, çünkü aslında hakim bilirkişiye kendisinin gözlem yoluyla elde etmesinin mümkün olmadığı koşullarda teknik bulguların konunun uzmanları tarafından tetkik ve tespit edilebilmesi için başvurmaktadır. Hakim, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurur (HMK m.266)<sup>97</sup>. Bu başvuru sonrası yapılan bilirkişi incelemeleri neticesinde raporlarda düzenlenen hususları iki gruba ayırmak mümkündür. Bazı bilirkişi raporlarında ulaşılan netice, bazen incelemeyi yapan kişiye göre değişebilir. Örneğin ecrimisil talebi karşısında, ecrimisil bedelinin tespitine ilişkin bilirkişi incelemelerinde, bilirkişinin ulaştığı sonuç, olması gerekeni içeren göreceli bir değer yargısıdır. Bu yüzden, aynı davada bilirkişi (A)'nın tespit ettiği ecrimisil bedeli ile, bilirkişi (B)'nin tespit edeceği bedel farklı rakamlarda olabilir. Diğer grup bilirkişi raporlarında ise ulaşılan netice, benzinin akışkan bir madde olduğu gibi bilimsel bir sonuç olup, olması gerekeni değil sadece olanın tespitini içeren bir değer yargısıdır. Bu gibi gerçekler zamana, mekâna, topluma ve kişiye göre değişmeyip, objektiftirler. Kanaatimiz odur ki, DNA testlerine ilişkin sonuçlar da aynı şekilde tıbbi ve biyolojik açıdan kesinlik içeren bilimsel verilerdir. Bu yüzden hakimin bunları takdir etmesinin düşünülmesi kanaatimizce kabil değildir<sup>98</sup>. Bilimsel bir netice ve kanaat içeren bilirkişi raporuna tarafların itiraz etmesi halinde, hakimin bu itirazı kabul

<sup>97</sup> Madde 266-(1) Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.

<sup>98</sup> ERTEN/ACIR/TAŞVEREN, s.580.

etmesi ve yeni bir DNA testinin yapılmasını istemesi ancak ilk testin yapılması sırasında bariz bir hatanın olması halinde haklı görülebilir. Örneğin açık olarak incelenen genler üzerinde bir karışıklık söz konusu olmuş ve yanlış numuneler üzerinde uygulama yapılmış ise tekrar bu karışıklığın giderilmesi için bilirkişilerden ek rapor veya yeni bir bilirkişi heyetinden yeni bir rapor istenmesine karar verilebilir. Görüldüğü üzere hakimin özellikle DNA testleri gibi çok özel bir pozitif bilimsel inceleme faaliyeti neticesinde düzenlenen raporun usul işlemlerine uygun olması koşulu ile söz konusu raporda yer alan bazı teknik verileri tartışması hayatın olağan akışına uygun düşmeyecektir, görüşünü taşıyoruz. Hakim vereceği kararda, olguların saptanmasına ve aydınlatılmasına yönelik delilleri toplar ve bir neticeye varır. Örneğin DNA incelemesi sonucunda verilen bilirkişi raporuna göre % 99,90 oranında bir soybağı ilişkisi kurulmuş ise artık hakimin başka bir rapor olmadan bu raporun aksine bir karar vermesini düşünmek mümkün değildir<sup>99</sup>. Ceza muhakemesi mutlak gerçeği ararken hukuk muhakemesi maddi gerçeği aramaktadır.% 99,90 oranında bir rapor da maddi gerçeğe büyük oranda ulaşıldığını göstermektedir. Yargıtay'ın, babalığın tespitine ilişkin aradığı oran,% 99,80 ve üzeri bir orandır<sup>100</sup>. Görüldüğü üzere bu tür davalarda, adeta bilirkişi raporu hukuken olmasa da bilimsel olarak karar vermiş olmaktadır. Hakim uygulamada sadece bu raporları hukuki bir formatta hüküm haline getirip, uyuşmazlığı sonuçlandırmaktadır. O halde mahkeme kararlarının sağlıklı olması ve hakimin kararının tarafsızlığı bakımından, bilirkişilerin tarafsızlığı şüphesiz ki her zamankinden de büyük bir önem taşımaktadır. Bu hususun sağlanması, gerekirse ilave yasal düzenlemeler yapılarak, uygulamanın, verilecek olan kararın güvenilirliğini sağlamakla yükümlü olması gerekliliği de ihmal edilmeden, maddi gerçeği bulmak yönünde daha sağlıklı bir şekilde yürümesi sağlanmalıdır, düşüncesini taşımaktayız<sup>101</sup>.

### **1.5.Sigorta Hakem Bilirkişilerin Raporlarının HMK Açısından Değerlendirilmesi**

Sigorta hakem bilirkişilerinin düzenlediği raporların hukuk muhakemesi açısından ana hatlarıyla değerlendirilmesi de bu çalışmanın eksik bir yanı kalmaması

<sup>99</sup> ERTEN/ACIR/TAŞVEREN, s.585.

<sup>100</sup> YAZGI, s.92.

<sup>101</sup> KONURALP, s.108.

açısından önem taşımaktadır, görüşünü taşıyoruz. Sigorta hukukunda "hakem bilirkişi raporları" kavramı neyi ifade etmektedir? Öncelikle kavramın açıklamasını yapmakta fayda bulunmaktadır. Genel olarak, günlük yaşamda yaygın kullanıldığı şekilde "ekspertiz raporu"olarak da adlandırılan hakem bilirkişi raporları sigorta poliçelerindeki genel hükümlere dayanmaktadır. Sigorta poliçelerinde, uyuşmazlık halinde sorunun taraflar arasında nasıl çözümleneceği genellikle yer alır. Sigorta poliçelerinde uyuşmazlığın çözüm mercii olarak hakem bilirkişiler gösterilir. Poliçenin imzalanması ile hakem bilirkişilik müessesesi devreye girer ve böylelikle zararın tespiti için başka bir delil ileri sürmek mümkün olmamaktadır. Hakem bilirkişiliğin belirlenmesi ile taraflar arasında münhasır delil sözleşmesi kurulmuş olur<sup>102</sup>. Bilindiği üzere münhasır delil sözleşmesinde taraflar, belirli bir olayın ispatı için belirli bir delil veya delilleri kararlaştırabilirler (HMK m.193)<sup>103</sup>. Bu kararlaştırılan delil veya deliller dışında başka bir delilin ileri sürülmesi mümkün olmamaktadır, münhasır delil sözleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda. Taraflar kullanacakları delilleri, münhasır delil sözleşmesi ile sınırlamış olmaktadırlar ki ayrıca senet ile ispatlanacak bir hususun başka bir delille, örneğin tanık beyanı ile ispatlanacağı da kararlaştırılabilir. Meğerki tarafların iradesi aynı doğrultuda olsun<sup>104</sup>. Burada hakem bilirkişi şartı zararın tespiti açısından önemlidir. Eğer poliçede hakem bilirkişi şartına yer verilmiş ise, hakim zararın tespiti konusunda hakem bilirkişinin tespiti ile bağlıdır. Bunun aksi ancak hakem bilirkişi koşulunun bir şekilde geçersiz olması halinde söz konusu olabilir. Böyle bir durumda hakim genel usul hükümlerine göre uyuşmazlığı çözecektir. Hakem bilirkişi koşulu eğer poliçede genel işlem şartı olarak yer alıyorsa Borçlar Kanununun genel işlem koşullarını düzenleyen hükümlerine uygun olmak durumundadır. Aksi halde koşulun butlanı söz konusu olabilecektir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık eğer sadece maddi

---

<sup>102</sup> KORKMAZ, Sibel, Sigorta Sözleşmelerinde İspat Sorunları, İzmir,2004,s.358.

<sup>103</sup> HMK m.193- (1)Taraflar yazılı olarak veya mahkeme tarafından tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler.

(2) Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkansız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir.

Hükümet Gerekçesi:"Maddede 1086 sayılı Kanunda da kabul edilmiş olan delil sözleşmesi, sınırları ve türleri de belirtilerek yeniden düzenlenmiştir. Birinci fıkrada, tarafların kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların, başka delil veya delillerle de ispat edilebileceğini kararlaştırabilecekleri ya da belirli delillerle ispatı öngörülmeyen vakıaların, belirli delil veya delillerle ispatı konusunda sınırlama getirebilecekleri kabul edilmiştir".

<sup>104</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.476.

hasarın miktarı ile ilgili değil, örneğin sözleşmenin diğer koşulları ile ilgili ise, örnek olarak meydana gelen hasarın poliçe teminatı kapsamında olup olmadığı ile ilgili bir uyuşmazlık halinde, hakim uyuşmazlığı maddi gerçekliği bulmak için hakem bilirkişi koşuluna bağlı kalmaksızın çözecek, ancak maddi zararın tespiti aşamasına gelince, diğer uyuşmazlık konularının çözümünde izlediği yöntemin aksine, hukuk usulünün genel ispat vasıtalarına göre değil, münhasır delil sözleşmesi niteliği taşıyan hakem bilirkişi koşuluna istinaden tanzim edilen hakem bilirkişi raporuna göre tespit yapmak durumunda olacaktır<sup>105</sup>. Örneğin hakimin, hakem bilirkişi koşulu olan bir poliçe ile ilgili hakem bilirkişi raporuna dayanan bir zarar tespiti olmasına rağmen, keşif yapılmasına karar vererek bilirkişi marifetiyle yeniden zarar tespiti yaptırması HMK m.193/1 hükmüne aykırı olacaktır. Hakem bilirkişi anlaşmasını hakim resen dikkate almalı mıdır? Bizce tahkim koşulunda olduğu gibi resen dikkate almak yerine taraflar ileri sürdüğü taktirde dikkate alınmalıdır<sup>106</sup>. Hakem bilirkişilerin vermiş olduğu kararlar sigorta hukuku açısından önemli olup, Sigorta Tahkim Komisyonu Hakem Karar Dergisinde yayınlanmaktadır. Hakem Karar dergisinin Nisan-Haziran 2012 tarihli 10.sayısında yer alan güncel bir hakem kararının tam metnini dipnot olarak aktarmakta konunun irdelenmesi açısından fayda görüyoruz<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> KORKMAZ, s.360.

<sup>106</sup> YEŞİLIRMAK, Ali, Alternatif Uyuşmazlık Yolu Olarak Hakem Bilirkişilik, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt.11,Özel Sayı, İzmir,2009,s.712.

<sup>107</sup> 1. 30.04.2012 tarih ve K-2012/502 sayılı Hakem Heyeti Kararı (İşyeri Sigorta Poliçesi)

Başvuruda sahibi tarafından Sigorta Tahkim Komisyonuna iletilen uyuşmazlıkta, sigorta şirketi tarafından nakit para ve ziynet eşyası teminatı olmadığı gerekçesi ile reddedilen kasasından çalınan 25.500,00. TL nakit paranın ödenmesi talep edilmiştir. Başvuru sahibi, 2 Ocak 2012 günü Bayrampaşa Y. Mah. Ç.Sokakta bulunan iş yerinde hırsızlık olduğunu, iş yerine ait çelik kasadaki 25.500 TL nakit ve oğluna ait 30.000 TL

Değerinde ziynet eşyası ile birlikte kontör, H marka dizüstü bilgisayar v.s. çalındığını belirtmiştir. Başvuru sahibi beyanında, X Sigorta tarafından yapılan iş yeri sigortasından kendisine 1.911 TL ödeme yapıldığını, kasadaki nakit kaybının ödenmesini istediğinde poliçede kasa teminatı belirtilmediğinden ödeme yapamayacaklarını bildirdiklerini belirtmektedir. Başvuru sahibi ayrıca, iş yerini 2004 yılından beri kasa teminatı dahil Y Sigortaya iş yeri sigortası yaptırdığını, X Sigortaya iş yeri sigortası yapılırken acentenin kasa teminatını yazmayı unuttuğunu, X Sigorta acentesine mağduriyetinin unutkanlığı yüzünden olduğunu, çalınan nakdin telafisi için ilgili yazışmaların yapılmasını istediğini, kendisinin ve acentesinin X Sigorta Şirketi Hasar Müdürlüğü'ne bu mağduriyetin kaynağının acente' nin unutkanlığından meydana geldiğini belirten dilekçelerini gönderdikleri halde yine olumsuz cevap aldığını belirtmektedir. Başvuru sahibi tarafından, yıllarca iş yeri sigortasını aralıksız (Kasa Teminatı Dahil) yaptırıp işyerini güvence altına alırken şimdiki X Sigorta'nın acentesinin unutkanlığı yüzünden zararının karşılanmadığı, bu durumda kasa teminatını yazmayan ve unuttuğunu kabullenen acentenin kusuru olduğundan sigorta şirketinden kasasından çalınan 25.500 TL nakit paranın karşılanması talep etmektedir.

Gerekçeli Karar ve Hukuki Dayanak:

Dosyaya sunulan ve sigorta Kuruluşu tarafından düzenlenen 196 no.lu 09.06.2011-2012 vadeli poliçe incelendiğinde 6.000.TL bedelle emtia, 25.000.TL bedelle demirbaş için hırsızlık teminatı verildiği,

Hakem bilirkişiler görevlerini yaparken tamamen HMK hükümlerinden bağımsız hareket ederler. Kaldı ki hakem bilirkişiler ilgili hükümler kanunla değil polişe genel koşulları ile düzenlenmektedir ve bunun bir sonucu olarak ta hakem bilirkişiler hukuk usulü kurallarından bağımsız olarak görevlerini yaparlar. Hakem bilirkişi raporlarına itiraz, ancak kararın açık bir şekilde gerçeği yansıtmadığı ortaya çıktığı durumlardan, kararın tebliğ tarihinden yedi gün içinde, hasarın olduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesine veya ticari uyuşmazlıkları çözmekle görevli mahkemeye yapılabilir<sup>108</sup>. Hakem bilirkişi raporunda tespit edilen hasarın gerçek hasar değeri ile açık bir farklılık gösterip göstermediğini mahkeme, genel usul kurallarına göre değerlendirecektir. Eğer hakem bilirkişi raporunun gerçeği yansıtmadığı tartışmaya mahal vermeyecek şekilde mahkeme tarafından yapılan keşif ve bilirkişi incelemesi ile tespit edilirse, hakem bilirkişi raporu iptal edilecektir. Pekiyi zararın tespitinde mahkeme tarafından aldırılan bilirkişi raporundaki değer mi esas alınacaktır? Ortada bir münhasır delil sözleşmesi bulunduğundan dolayı bu sorunun cevabı, hukuk muhakemesi açısından "hayır" olacaktır. Hakimin yapması gereken sadece hakem bilirkişi raporu hakkında iptal kararı vermek olmalıdır. Bu kararın kesinleşmesine

---

ancak kasa veya nakit paraya ilişkin bir ek teminatın bulunmadığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasında geçerli sigorta sözleşmesine uygulanacak koşulları içeren Hırsızlık Sigortası Genel Şartlarının “*Ek Sözleşme ile Teminat Kapsamına Dahil Edilebilecek Kıymetler*” başlığını taşıyan A.3. maddesinin 3.5 maddesi uyarınca;

“*Nakit, hisse senedi, tahvil ve kıymetli kâğıt ile altın, gümüş ve sair kıymetli maden ile bunlardan mamul eşya, mücevher, değerli taş, inci ve benzerleri,*”Kıymetler ancak ek sözleşme ile ve karşılığında ek prim ödenmek suretiyle teminat altına alınabileceklerdir. Ancak başvuruya konu poliçede nakit para için ek teminat alınmadığı görülmektedir. Başvuru sahibi sigortalı, kendisinin eskiden beri bu teminatı aldığını, önceki sigortalarında bu teminatın olduğunu, bu nedenle bu sigortasında da olması gerektiğini ve bu

teminatı istediği halde bunun acente atlandığını belirtmektedir. Hatta başvuru sahibi, acentenin bu unutmayı kabul yazılı olarak kabul ettiğini belirtmektedir. Ancak dosyaya bu konuda sunulan ve acentenin yazdığı belirtilen 15.02.2012 tarihli yazı altında isim ve imza bulunmamaktadır. Hal böyle iken, başvuru sahibi sigortalının bu teminatı istediğini ve acentenin bu teminatı vermeyi atladığı halde bu teminat varmış gibi sigortalıyı yanılttığını söylemek mevcut delillere göre mümkün değildir. Sigortalının önceki dönem başka şirketlerden yaptırdığı poliçelerde bu teminatın bulunuyor olması da, ihtilafa konu poliçede böyle bir teminatın talep edildiği ve bunun da acente tarafından kabul edildiği halde yanlışlıkla atlandığını kanıtlamaya yeterli bir veri değildir. Sigorta akdi riziko- prim dengesi üzerine kurulu olup, sigortacının primini almadığı bir rizikoyu üstlendiğinden bahsedilemez. Başvuru sahibinin poliçesinde de bu teminatın yer almadığı ve karşılığında bir prim ödenmediği açıktır. Bütün bu değerlendirmeler ışığında Heyetimizce, başvuruya konu nakit para hırsızlığının poliçede teminat altına alınan risklerden olmadığı ve ek sözleşme ile de teminat altına alınmadığı anlaşıldığından başvurunun reddi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Sonuç:

1- Başvurunun REDDİNE,

2-Sarf edilen tahkim başvuru ücreti ve yargılama giderlerinin başvuru sahibi üzerinde bırakılmasına,<sup>5684</sup>

sayılı yasanın 30/12 maddesi ve HMK 439. Maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren 1 ay içinde iptal davası başvuru yolu açık olmak üzere oybirliği ile karar verilmiştir.30.04.2012(s.31,32)

<sup>108</sup> KORKMAZ, S.364.

müteakip yeni bir hakem bilirkişi heyeti oluşturulmalı ve hasar bedeli tekrar tespit edilmelidir<sup>109</sup>. Yargıtay 11.HD Kararı bu konu ile ilgili itiraz süresi ve itiraz olunan hakem bilirkişi raporunun akıbeti açısından önemlidir. Bu kararda yedi günlük süre içinde itiraz edilip edilmediğine bakılmış ve itiraz süresinde olduğundan dolayı itirazın esasına geçilmesi ve yerel mahkemenin itirazı kabul etmesi halinde, hakem bilirkişi raporunun iptal edilerek, yeni bir hakem bilirkişi heyeti oluşturulmasına ve raporun bu heyetçe tanzim edilmesine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>110</sup>. Yargıtay 11.HD bir başka kararında özetle şu hükme yer vermiştir:

"1) HUMK.nun 433/2 nci maddesine göre, katılma yoluyla temyiz, karşı tarafın temyiz dilekçesinin tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde yapılmak gerekir.

2) Dava, kasko sigorta sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, itiraza uğramayan ekspertiz raporuna itibar edilmek suretiyle, bu raporda belirlenen meblağa KDV ilavesiyle, davacının talep ettiği meblağa ulaşılabileceğinin düşünüldüğü görülmektedir. Sigorta tazminatının nasıl hesaplanması gerektiği Kasko Sigorta Genel Şartları B.3.3.1 maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, sigorta tazminatının hesabında, sigortalı menfaatlerin rizikonun gerçekleşmesi anındaki tazmin kıymetleri esas tutulur ve sigorta sözleşmesinin yapıldığı sırada veya sigorta süresi içinde, tarafların mutabakatı ile bir değer tespiti yapılmışsa, rizikonun gerçekleşmesi halinde ancak bu değere itiraz olunamaz. Taraflarca itiraza uğramadığı gerekçesiyle ekspertiz raporuna itibar edilmesi ve tazminat miktarının bu şekilde belirlenmesi mümkün değildir"<sup>111</sup>. Yargıtay'a göre tarafların zararın miktarı konusunda mutabakatı yoksa itiraz edilmediği halde sadece ekspertiz raporuna dayanarak karar vermek mümkün değildir, mutlaka mahkemenin keşif ve bilirkişi incelenesi yaptırması gerekmektedir. Danıştay 8.Dairesi tarafından verilen 2011 yılına ait bir bozma kararı da ekspertiz raporlarının niteliğinin yorumlanması açısından tarafımızca önemli görüldüğünden özet olarak aşağıda alıntılanmıştır:" Dava dosyasının incelenmesinden, davacı şirket tarafından, sigortalısına ait işyerinin bodrum katında bulunan teşhir ürünlerinin 11.07.2009 tarihinde yağın yağmur nedeniyle meydana gelen su basması sonucu zarar gördüğü ve bu zararın 14.07.2009 tarihinde yapılan ve 14.08.2009 tarihinde

<sup>109</sup> KORKMAZ, s.365.

<sup>110</sup> Y.11.HD,11.10.1983T.3568/4203 (KORKMAZ).

<sup>111</sup> Y.11.HD,13.06.2002T.2060/6084 (KAZANCI İÇTİHAT).



rapora bağlanan ekspertiz incelemesi ile tespit ettirildiğinden bahisle sigortalısına ödenen miktarın olayda hizmet kusuru bulunan davalı belediyeden rücuen tazmini istemiyle bakılmakta olan davanın açılmış olduğu anlaşılmaktadır. Uyuşmazlığın çözümü; zararı doğuran olayın nedenleri ile zararın miktarını belirleyen ekspertiz raporunun hukuki niteliğinin irdelenmesini gerekli kılmaktadır. 5684 sayılı Sigortacılık Yasasının 2/m maddesinde; "Sigorta Eksperi", sigorta konusu risklerin gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan kayıp ve hasarların miktarını, nedenlerini ve niteliklerini belirleyen ve mutabakatlı kıymet tespiti, ön ekspertiz ve hasar gözetimi gibi işleri mutad meslek olarak yapan tarafsız ve bağımsız kişi olarak tanımlanmıştır. Aynı Yasanın 22. maddesinde, sigorta eksperliğinin gerçek veya tüzel kişilerce yapılacağı belirlenerek, sigorta eksperliği ile ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilerek, sigorta eksperisi olabilme koşulları, mesleki faaliyetlerinin kapsamı, denetimi ve faaliyetin gereği gibi yerine getirilmemesi halinde uygulanacak müeyyideler de belirlenmiştir. Bu maddenin 17. fıkrasında, maddi hasarla sonuçlanan trafik kazaları için yetkili sigorta eksperleri tarafından düzenlenmiş örneği İçişleri Bakanlığınca tespit olunacak raporun, sigorta tazminatının ödenmesinde Karayolları Trafik Yasasının 99. maddesindeki kaza ve zarara ilişkin tespit tutanağı hükmünde olduğu, eksperler tarafından düzenlenen raporların delil niteliği taşıdığı; 19. fıkrasında da, sigorta eksperlerinin sigortacı veya sigorta ettiren ya da sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler tarafından serbestçe tayin edileceği kurala bağlanmıştır. Bu maddeye dayanılarak yürürlüğe konulan Sigorta Eksperleri Yönetmeliğinde sigorta eksperliği kursları, sınavları ve stajı düzenlenmiş, stajı tamamlayanlara TOBB`ne başvurmaları üzerine Hazine Müsteşarlığınca ruhsatname verileceği kurala bağlanmıştır. Bu kurallardan anlaşılacağı üzere, sigorta hukukunda tazminat yükümlüğünün belirlenmesi açısından sigorta ekspertiz müessesine yer verilerek sigorta ekspertizlerine hukuki bir statü kazandırılmıştır. Ekspertiz raporlarının delil niteliği taşıdığını belirleyen yasa kuralı ile sigorta ekspertizlerinin sigortalayan ve sigorta ettirene karşı tarafsız ve bağımsız çalışma ilkeleri gereği tazminat yükümlüğünü doğuran olayların nedenlerini de ortaya koyan raporlarının hukuken geçerli belge niteliği taşıdığı kabulü zorunludur. Uyuşmazlık konusu olayda, davacı sigorta şirketinin talebi üzerine sigortalısının uğradığı zararı tespit eden sigorta ekspertiz şirketi raporunun incelenmesinden, 11.07.2009 günü bölgede yaşanan şiddetli yağış nedeniyle sigortalı işyerinin bulunduğu binanın arka

cephesindeki rögarın taşarak sigortalı işyerinin yan cepheye açılan kapısından içeriye dolması sonucu hasarın meydana geldiğinin sigorta ile yapılan görüşme ve incelemeler sonucu tespit edilerek zararın miktarının da hesaplanmış olduğu görülmektedir. Davalı idarenin savunmasında ise; o tarihte bölgede yağış olduğu kabul edilmekte ve kanalizasyon şebekesinin bakımının zamanında yapılarak yağmur sularına karşı önlemler alınmış olduğu beyanından başka, zararın idarenin yürüttüğü hizmetin dışında başka bir sebeple gerçekleştiğini ortaya koyacak bir tespit bulunulmamaktadır. Bu açıklamalar karşısında uyuşmazlık konusu olayda hukuken geçerli delil niteliği taşıdığı anlaşılan ekspertiz raporu dikkate alınmak suretiyle oluşan zarar ile idarenin yürüttüğü hizmet arasında nedensellik bağının var olduğu kabul edilerek tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Bu durumda, tazminat istemini reddeden Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, Edirne İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 11.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi"<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> D.8.D,11.05.2011T,2237-2623(KAZANCI İÇTİHAT).

## İKİNCİ BÖLÜM

### 2.KEŞİF İLE İLGİLİ USUL İŞLEMLERİ

#### 2.1.Genel Olarak

6100 s. HMK düzenlemesinde yer alan keşif delili ile ilgili birinci bölümde, keşif kavramının hukuki niteliği ve keşif ile ilgili maddelerin içeriği üzerinde değerlendirmeler yapma gayretinde olduk. Şüphesiz ki keşif kavramını uygulamaya yönelik olarak bazı usul işlemlerinin gerek mahkemece, gerek ise taraflarca yapılması gerekmekte olup, bu usul işlemlerinin yapılmaması bazen hak kayıplarına neden olabilmektedir. Bundan dolayı keşif ile ilgili usul işlemlerini ayrı bir bölüm olarak ayrıntılı bir şekilde incelemek gereği hasıl olmuştur.

#### 2.1.1.Yargılama Harç ve Giderlerinin Yatırılması ve Keşif Öncesinde

##### Mahkemenin Yapması Gereken Usul İşlemleri

#### 2.1.1.1.Keşif Avansı

HMK m.120 harç ve avans ödenmesi ile ilgili düzenlemeyi içerir ve bu maddeye göre dava açılırken harç ve gider avansı yatırılması dava şartı olarak getirilmiştir<sup>113</sup>. Bu madde ile ayrıca önceki kanunda yer almayan, yeni bir düzenlemeye gidilmesi tercih edilerek, her türlü tebligat, tanık, keşif, ulaşım ve bilirkişi giderleri dava şartı olarak davanın açılması sırasında davacı tarafından belirli bir miktar gider avansı olarak yatırılmak zorundadır<sup>114</sup>. "Dava şartı, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi ve karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu mutlaka gerekli olan şartlardır" (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, S.290). Bu naklettiğimiz tanımdan anlaşılacağı üzere, dava şartları tamamlanmadan davanın

<sup>113</sup> HMK m.120-(1)Davacı, yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı, dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır.(2)Avansın yeterli olmadığına dava sırasında anlaşılması halinde, mahkemece, bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir<sup>22</sup>.

<sup>114</sup>Hükümet Gerekçesi:"Madde ile, dava açılırken yargılama harçlarının mahkeme veznesine yatırılması zorunluluğu düzenlenmiştir.- Maddede ayrıca, 1086 sayılı Kanunda yer almayan, yeni bir düzenleme yapılarak, her türlü tebligat ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılayacak tutarın, avans olarak davacı tarafından dava açarken yatırılması zorunluluğu getirilmiştir. Bu avansın yetmemesi durumunda ise tamamlanması için davacıya kesin süre verileceği hususu hüküm altına alınmıştır.- Avans miktarının, davanın türü ve özelliklerine göre her yıl Adalet Bakanlığınca ilan edilecek tarifeye göre belirleneceği, maddede yer almıştır.- Maddede yapılan bu düzenlemeyle, gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır".

esasının görüşülmesi HMK ilgili düzenlemesi karşısında mümkün değildir. HMK m.114/1-g hükmü; "Davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması", şeklindedir ve dava şartı olmak niteliğindedir<sup>115</sup>. Davacı gider avansını, Adalet Bakanlığı tarafından her yıl için ayrı olarak belirlenen ve hukuki dayanağı HMK Gider Avansı Tarifesi olan miktar üzerinden mahkeme veznesine yatırmak durumundadır<sup>116</sup>. Bu maddeye göre gider avansı yatırmadan davanın açılmaması gerekmektedir ancak böyle bir durum meydana gelmişse hakim bu eksikliğin giderilmesi için davacı tarafa iki hafta kesin süre verir ve bu kesin süre içinde avans eksikliği ikmal edilmezse, dava dava şartı eksikliğinden ret edilir. Avansı yokluğu veya eksik yatırılması hususu sonraki aşamalarda da fark edilse dahi aynı işlemin yapılması gerekmektedir. Ayrıca gider avansının yeterli olup olmadığı hakim tarafından resen dikkate alınmalıdır. Davalı da yargılamanın her aşamasında gider avansının eksikliğini dile getirebilir ve tamamlatılmasını talep edebilir<sup>117</sup>. Yargılama sonunda gider avansı artmış ise, artan miktarın kararın kesinleşmesi ile birlikte HMK m.297/1-ç uyarınca davacıya iadesine karar verilir. Ancak adli yardım alan bir davacının durumu istisnai bir uygulama olarak, dava şartı kapsamı dışındadır ve adli yardım kararı ile davacının bu yöndeki yükümlülükleri ortadan kalkmış olmaktadır<sup>118</sup>.

Gider avansının dolayısı ile keşif giderlerinin dava açılırken ödenmesine ilişkin düzenleme ile önceki kanun olan HUMK' dan farklı bir uygulamaya geçilmiştir. Daha önce dava açılması aşamasında sadece harç ve taraflara çıkarılacak tebligat gideri peşin olarak alınmakta, sair giderler yargılama devam ederken ihtiyaç duyulduğunda hakim tarafından ara karar ile kararlaştırılmaktaydı. Bu şekilde uygulama giderlerin zamanında yatırılmaması ve uygulamada taraflara masraf yatırmaları için çeşitli defalar sürelerin verilmesi, nihayetinde kesin süre verilmesine kadar gitmekte olan bir süreci kapsamaktaydı. Bu da şüphesiz ki yargılamada gecikmeye neden olacak bir süreç ile karşı karşıya kalınmasına neden olmaktadır. Örneğin bir keşif kararı veriliyordu ama giderleri ikmal edilmediği için defalarca keşfin talik edildiği uygulamada karşımıza çıkıyordu. Bir türlü yerine getirilmeyen arar kararları dolayısıyla bitmek bilmeyen yargılama süreçleri hem tarafları hem de mahkeme hakimini olumsuz etkilemekteydi. HMK m.120 düzenlemesi ile bu

<sup>115</sup> YHGK,05.02.2003T.21-30/57.

<sup>116</sup> YILMAZ, s.800

<sup>117</sup> YILMAZ, s.801

<sup>118</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.294.

sorunun aşıldığını düşünürüz. Adli yardım kurumu ile de yargılama giderlerini dava açarken karşılayacak durumda olmayanlar için, talep halinde gider ve harçların karşılanmasının devreye girmesi sağlanmış, dolayısı ile hak arama özgürlüğünün kısıtlandığına dair çeşitli kesimlerden gelebilecek eleştirileri de bertaraf edecek bir düzenleme getirilmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz şekilde keşif avansı da diğer gider avansları ile birlikte davanın açılması anında dava şartı olan gider avansının içinde hesaplanarak nakdi olarak yatırılmalıdır. Böylelikle davanın esasına geçilebilir. Ancak aşağıda ayrıntılı olarak değineceğimiz Yargıtay 3.Hukuk Dairesi 13.12.2002 tarihli kararı ile zaman içinde keşif avansının ikmali ile ilgili uygulamada değişiklikler olabileceğini olabileceği düşüncesindeyiz. Bu arada "keşif avansının içinde neler yer almaktadır" sorusunun cevabını kısaca açıklamadan önce gider avansında yatırılacak gider kalemlerinin miktarını ve avansın yatırılmasındaki usul ve esaslara da değinmek gerektiği kanaatini taşıyoruz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tebliğ, yatırılacak miktarları tarife olarak belirlemektedir<sup>119</sup>. Bu tarife dayanağını HMK

---

<sup>119</sup>Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi Hakkında Tebliğ (YÜR. TAR.: 01.10.2011)

Kurum: Adalet Bakanlığı

RGT: 30.09.2011

RG NO:28070

Amaç ve kapsam

MADDE 1-(1) Bu Tarifenin amacı, 12/01/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince dava açılırken mahkeme veznesine yatırılacak olan gider avansının miktarı ile avansın ödenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

Dayanak

MADDE 2-(1) Bu Tarife, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 120nci maddesinin birinci fıkrasına dayanılarak hazırlanmıştır.

Gider avansı

MADDE 3-(1) Davacı, bu Tarifede gösterilen gider avansını dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Gider avansı her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri kapsar.

Gider avansı miktarı

MADDE 4-(1) Davacı,

a) Taraf sayısının beş katı tutarında tebligat gideri,

b) Dava dilekçesinde tanık deliline dayanılmış ve tanık sayısı belirlenmiş ise tanık sayısınınca tanık asgari ücreti ve tebligat gideri; tanık sayısı belirtilmemiş ise en az üç tanık asgari ücreti ve tebligat gideri,

c) Dava dilekçesinde keşif deliline dayanılmış ise keşif harcı avansı ile birlikte 75 TL ulaşım gideri,

ç) Dava dilekçesinde bilirkişi deliline dayanılmış ise Bilirkişi Ücret Tarifesinde davanın açıldığı mahkeme için öngörülen bilirkişi ücreti,

d) Diğer iş ve işlemler için 50 TL, toplamını avans olarak öder.

Gider avansının iadesi

MADDE 5-(1) Gider avansının kullanılmayan kısmı hükmün kesinleşmesinden sonra davacıya iade edilir. Davacı tarafından hesap numarası bildirilmiş ise iade elektronik ortamda hesaba aktarmak suretiyle yapılır. Hesap numarası bildirilmemiş ise masrafi avanstaki karşılama suretiyle PTT merkez ve işyerleri vasıtasıyla adreste ödemeli olarak gönderilir.

m.120'den almaktadır ve miktarlar düzenli olarak her yıl güncellenmekte ve değişmektedir. Mahkeme heyeti ile ilgili, keşifte görev alacaklara dair yatırılacak yolluklar ise, Harçlar Kanunu Genel Tebliği uyarınca hesaplanacaktır. Keşif harcı da bu kapsam dahilindedir. Örneğin mahkemenin yapacağı keşif harcı 6217 Sayılı Kanunun 13'üncü maddesi ile değişen fıkrasına göre, (Yürürlük:14/04/2011) 2013 senesi için hukuk, ceza ve ticaret davalarıyla, idari davalarda ihtilafsız yargı konularında, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurularında ve icra mahkemelerinde 170,80 TL olarak belirlenmiştir. Keşfe gidilebilmesi için mahkemenin bir ara kararı vermesi gerektiğini önceki bölümlerde belirtmiştik. Keşif gideri olarak keşif harcı dışında hangi kalemlerin yer aldığı da konumuz açısından önem arz etmektedir. Hakim, katip ve mübaşir yol tazminatı, bilirkişi ücreti, araç ücretleri, tebligat giderleri, tanık ücretleri karşılanması gereken keşif giderinin içinde yer alırlar. Bu giderler dava açılması aşamasında yatırılmış olan keşif avansından karşılanır. Kaç adet dosya ile keşfe gidiliyorsa her dosya için ayrı olarak keşif ücretinin dosyaların avanslarından karşılanması gerekmektedir. Örneğin Kamulaştırma Bedelinin Tespiti ve Tescil davalarında uygulamada bazen bir günde 30-40 dosyanın keşfine seri olarak aynı mahkeme tarafından çıkılmakta olup, burada hakim, katip, mübaşir yolluğu vs. her dosya için ayrı hesaplanıp avanstaki mahsup edilmektedir. Avans yatırılırken, keşif için gerekli olan yol tazminatı miktarı 6245 Sayılı Harcırah Kanunu m.33/a-1 ile m.50 uyarınca her yıl bütçe kanunu ile hesaplanır. Mevzuata göre 3717 Sayılı Kanun (değişik m.2) ile belirlenen katsayılara temel alınarak net rakamlar hesaplanır<sup>120</sup>. Yukarıda belirtilen 170,80 TL tutarındaki yolluk miktarı da

---

(2)Geçici hukuki koruma talebi için alınan gider avansının kullanılmayan kısmı verilen karardan sonra talep üzerine iade edilir.

Zaman bakımından uygulama

MADDE 6-(1) Bu Tarifenin yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan davalarda, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 120nci maddesinin ikinci fıkrasına göre gider avansı ikmal ettirilir.

Yürürlük

MADDE 7-(1) Bu Tarife 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girer.

<sup>120</sup>Yol Giderleri Tazminatı

Madde 2-(Değişik:23/07/2010-6009/30 md.)

Daire dışında yapılması gereken her keşif ve icra işlemi için; hakimlere, Cumhuriyet savcılarına, askeri mahkemelerdeki subay üyelere, adli tabiplere, icra müdürleri ve yardımcıları ile icra işlemlerini yapmakla yetkili memurlara, Hazine avukatlarına, Hazine avukatı olmayan il ve ilçelerde davaları takibe yetkili daire amirleri ve 3402 sayılı Kadastro Kanununa göre yetkili kılınan kişilere (275); yazı işleri müdürlerine, hakim ve Cumhuriyet savcısının kararı üzerine görevlendirilen sosyal çalışmacı, psikolog ve pedagoğlara, muhakemat hizmetlerinde görev yapan memurlara, zabıt katiplerine ve ceza ve infaz kurum personeli hariç olmak üzere diğer adli ve idari yargı personeli (200); mübaşir ve

bu yöntemle hesaplanmıştır. Bu hesaplamaları uygulamada dava açılması sırasında ilgili mevzuat ve tarifeye göre yazı işleri müdürleri bizzat yapmaktadırlar. Keşif için hakim, katip, mübaşir yollukları dışında taşıt gideri, bilirkişi gideri ve davetiye ile tank giderinin de dava açılması sırasında avansın içinde hesaplandığının tekrar altını çizelim.

Taşıt gideri; şüphesiz ki keşif mahalli mahkeme dışında olup ulaşım için taşıt ile gidilmesini gerektiren bir mesafede ise, keşif için temin edilen taşıt gideri dava açılırken yatırılmış olan keşif avansından karşılanır. Keşfe gidilecek aracı kimin temin edeceği kanun metninde yer almamaktadır. HMK' ya göre sadece davacının yükümlülüğü dava açılırken keşif avansı içinde yer alan taşıt giderini yatırmaktan ibarettir. Tarafların keşif için taşıt temin etmek gibi bir yükümlülüğü kanunen bulunmamaktadır. Uygulamada keşfe gidilecek taşıt mahkeme tarafından temin edilmektedir. Eğer mahkemenin bulunduğu adliyede keşfe gidilebilecek taşıt (örneğin midibüs veya minibüs) mevcut ise öncelikli olarak müsaitlik durumuna göre bu mevcut taşıt ile gidilecektir. Günümüzde, özellikle Anadolu'nun çeşitli yerleşim yerlerinde yer alan küçük ölçekli pek çok adliyede halen keşifte kullanılabilir bir taşıt bulunmamaktadır. Bu durumda taşıt, mahkeme tarafından dışarıdan temin edilmektedir. Yargıtay'da bazı kararlarında bu hususa değinmiş, keşif için taşıt temin etmek konusunda davacının zorlanamayacağını, mahkemenin bu yükümlülüğü kendisinin yerine getirmesi gerektiğini belirtmiş ve davacıyı bu şekilde zorlamayı bir bozma nedeni olarak geçmiş kararlarında kabul etmiştir<sup>121</sup>. BAYRAKTAROĞLU, Yargıtay'ın kesin bir şekilde keşif için taşıt temininin davacıdan ve taraflardan istenmeyeceği yönündeki içtihatlarına eleştirel bir şekilde yaklaşmakta olup, kanunda bunu yasaklayan bir kuralın olmaması nedeniyle Yargıtay'ın bu yönde verdiği

---

hizmetlilere (150) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutar kadar yol tazminatı ödenir.

Bu madde uyarınca yol tazminatı bütçenin ilgili tertibinden her ayın sonunda ödenir ve ayrıca yevmiye ödenmez.

Bir kişinin alacağı aylık yol tazminatı tutarı, en yüksek Devlet memuru aylığının ek gösterge dahil iki katını geçemez.

Kamu adına takibi gereken işler ile Hazine avukatlarına, Hazine avukatı olmayan il ve ilçelerde davaları takibe yetkili daire amirlerine ödenecek yol giderleri ile yol tazminatı, bu madde hükümlerine göre bütçenin ilgili tertibinden ödenir.

Bu madde uyarınca ödenen yol tazminatı damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz.

Yol giderleri ilgili kişiler tarafından karşılanır. Görülen işler birden fazla ise ödenecek yol gideri uzaklıkla orantılı şekilde hesaplanır.

<sup>121</sup>BAYRAKTAROĞLU, s.19-Örnek Yargıtay Kararları: Y.20.HD.20.09.1993T.8248/6870 ve Y.1.HD.31.05.1976 T.5962/5718. (BAYRAKTAROĞLU s.19.)

kararlarında kanun koyucunun yerine geçtiğinin düşünülebileceğine işaret etmektedir<sup>122</sup>. Biz bu değerlendirmeye katılmıyoruz. Şöyle ki; gerek önceki kanun düzenlemesinde, gerek ise HMK m.120 hükmünde sadece avansın yatırılması öngörüldüğüne göre, kanunların da uygulamasında lafzı ve ruhu ile birlikte değerlendirilmeleri gerektiği yaygın görüşü düşünüldüğünde sadece kanun metni üzerinde lafzi yorum yapmak bizi yanılgıya düşürebilir. Bizce Yargıtay kanunun ruhunu yorumlayarak bu yönde içtihatlarını oluşturmuştur. Yargıtay, bizce kanun koyucunun yerine geçmemiş ve doğru bir yorumla kanunun ruhuna uygun içtihat oluşturmuştur. Aksinin kabulü ile, "keşif avansını yatırarak sorumluluğunu yerine getiren tarafın bir de taşıt temini için zorlanması", şüphesiz ki hakkaniyete aykırı bir durumun oluşmasına yol açacaktır, kanaatini taşıyoruz. Uygulamaya bakıldığında bazı keşiflerde, örneğin kamulaştırma ile ilgili adli yargıda görülen davalarda yapılması gerekli keşiflerde, bilirkişi kurulu, dava konusu taşınmazın arsa veya arazi olmasına göre, üçü odalar listesinden ikisi de idare kurulu listesinden seçilmek üzere beş kişilik heyet olarak teşkil etmektedir<sup>123</sup>. Bunun dışında hakim, katip, mübaşir ve taraflar ile birlikte varsa vekillerinin katılımı ile oldukça kalabalık bir toplulukla keşfe gidileceğinden ve keşif mahallinde tutanak tutmak için gerekli olan bilgisayar ekipmanı ve sair malzemenin de taşıta yüklenmesi ile yer sorunu nedeniyle ikinci bir taşıta da ihtiyaç duyulabilmektedir. Böyle durumlarda yine ikinci taşıt, keşif avansından karşılanacak bedelle mahkeme tarafından temin edilebilir. Taşıt için yeterli avans yok ise bu hususun tamamlanması için davacıya veya keşfi talep eden tarafa keşif sırasında tutanağa geçmek suretiyle süre verilebilir. Bu konuya ileride keşfin icrası ile keşif tutanağı bahislerinde yeri geldikçe tekrar değinilecektir. Taraflardan birinin taşıt temin etme imkanı varsa veya kendi taşıtı ile keşfe katılmayı arzu ediyorsa bu imkanlar da kendilerine uygulamada tanınmaktadır. Kaldı ki usul ekonomisi açısından da eğer keşif için yeterli taşıt tarafların kendi taşıtları ile sağlanabiliyor ise ve adliyenin de kendi aracı yok ise bu araçlar ile de keşfe gidilmesinde bir engel bulunmamaktadır. Uygulamada da bu şekilde keşif mahalline gidilmesi sıklıkla karşı karşıya kalınan bir durumdur. Eğer keşif mahallinin iklim veya coğrafi koşulları bakımından, bu mahalle ulaşabilmek için özel vasıflı araçlara ihtiyaç duyulabileceği gereği hasıl oluyorsa mahkeme, keşif kararı alırken bu hususu

---

<sup>122</sup>BAYRAKTAROĞLU, s.19.

<sup>123</sup>2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu m.15.



da dikkate alabilir ve ara kararında temin edilecek aracın özelliklerini belirtip, gerekirse ek ücret yatırılması için davacıya veya taraflara süre verebilir, görüşünderiz. Örneğin, keşif mahalli yol sorunu olan dağlık bir yerde ise ve buraya varabilmek için arazi taşıtına ihtiyaç duyuluyor ise (örneğin paletli arazi taşıtı, 4x4 jeep veya çift kabin 4x4 kamyonet) ve bu taşıtların da ücreti normal ulaşım taşıtlarından fazla ise, mahkeme bizce, keşif kararı alırken bu durumu ara kararında belirtmeli ve gerekli taşıtın özelliklerini açıkça ve taraflarca anlaşılır şekilde somut olarak belirterek temini konusunda karar almalıdır. Aksi halde, böyle bir taşıt temin etmeksizin keşfin icrası güç olacağından, keşif belki gününde yapılamayacak veya keşif mahalline ulaşamadığı nedeniyle kanunun belirttiği şekilde tamamlanamayacak ve bir sonraki celsede yeni bir keşif günü talik etmek zorunluluğu doğacaktır. Bu da hem usul ekonomisi açısından gereksiz yere harcama yapılması yanında zaman kaybı gibi sorunları beraberinde getirecektir. Eğer aynı güzergahta ve aynı tarihte mahkemenin yapması gereken birden fazla keşif varsa, usul ekonomisi ile pratiklik açısından tüm keşiflere aynı taşıt ile gidilecek ise Harçlar Kanunu hükümleri uyarınca, keşif mahallinin uzaklığına göre taşıt gideri dava dosyalarına paylaşılır<sup>124</sup>.

Bilirkişi ücreti; keşif için bilirkişi bulundurulması gerekiyor ise keşif avansı içinden karşılanan bir ücrettir. Uygulamada bilirkişi ücretini mahkemeler HMK m.283 uyarınca takdir etmektedirler<sup>125</sup>. HMK m.323'e göre de bilirkişiye gördüğü hizmet karşılığında bir ücret ödenmesi öngörülmüştür<sup>126</sup>. Ödenecek ücret HMK

---

<sup>124</sup>BAYRAKTAROĞLU, s.20.

<sup>125</sup>HMK m.283-(1) Bilirkişiye, sarf etmiş olduğu emek ve mesaiyle orantılı bir ücret ile inceleme, ulaşım, konaklama ve diğer giderleri ödenir. Bu konuda, Adalet Bakanlığınca çıkarılacak ve her yıl güncellenecek olan tarife esas alınır.

<sup>126</sup>HMK m.323-(1) Yargılama giderleri şunlardır:

- a) Celse, karar ve ilam harçları.
- b) Dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri.
- c) Dosya ve sair evrak giderleri.
- ç) Geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekaletname düzenlenmesine ilişkin giderler.
- d) Keşif giderleri.
- e) Tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler.
- f) Resmi dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler.
- g) Vekil ile talep edilmeyen davalarda tarafların hazır buldukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hakimın takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu halde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağırılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri.
- ğ) Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekalet ücreti.
- h) Yargılama sırasında yapılan diğer giderler.

m.283 düzenlemesinde belirtildiği üzere, Adalet Bakanlığı tarafından tanzim edilen tarifeye göre hesaplanacaktır. Önceki kanun olan HUMK m.285 düzenlemesinde bilirkişi ücretini takdir yetkisi herhangi bir tarifeye kısıtlanmaksızın tamamen hakime bırakılmıştı<sup>127</sup>. Bu bazen benzer keşiflerde farklı mahkemelerin farklı bilirkişi ücretleri belirlemesine yol açabilmekte olup, genellikle mahkeme hakimlerinin kendi aralarında birlik sağlamak amacı ile haricen benzer rakamlar üzerinde mutabakat sağlayabilmeleri ile bu farklılıklar giderilebilmekte idi. Bilirkişi ücreti takdir edilirken hakkaniyet kurallarına dikkat edilmeli ve hem bilirkişilik görevinin bir zenginleşme vasıtası haline gelmesinin önüne geçilmeli, hem de bilirkişinin sarf ettiği emeğinin karşılığını alması hakkaniyet ölçüsünde sağlanmalıdır<sup>128</sup>. Bu dengeyi gözetmek ve kurmak hakimin görevidir. Bizce hakim bilirkişi ücretini takdir ederken yukarıda belirttiğimiz dengeyi gözetmeli ayrıca dosya muhtevasının gereklerine göre ücret taktirine gitmelidir. Kanun koyucu da haklı olarak bu dengeleri gözetmiş ve önceki kanun döneminde yaşanan sıkıntıların tekrarlanmaması için ve daha nitelikli kişilerin bilirkişilik yapmasını özendirmek amacıyla HMK m.283 düzenlemesini getirmiştir<sup>129</sup>. Bilirkişi ücreti hesaplanırken; bilirkişinin harcadığı emek, mesai, dosya muhtevası, bilirkişinin varsa harcamaları ve dava değeri dikkate hakim tarafından alınmalıdır<sup>130</sup>. Uygulamada hakimlerin genellikle bu konuda azami hassasiyet gösterdiklerini, bilirkişi ücreti takdirinde belirli bir dengeyi tutturdıklarını, HMK m.283 düzenlemesinin de kendilerine ciddi anlamda kolaylık sağladığını olumlu bir gözlemimiz olarak burada paylaşmak istiyoruz. Bir not olarak belirtmek gerekirse, bilirkişilerin kendilerine mahkemeler tarafından tarifeye göre takdir edilen ücretlerin çok yetersiz olduğundan yakındıklarını da sıklıkla gözlemlemekteyiz, ancak bilirkişilik yapan uzmanların bu yöndeki yakınmalarına genel olarak katılmadığımızı, günümüz koşullarında bilirkişi

---

<sup>127</sup>HUMK m.285-Ehlivukufun ücreti hakim tarafından takdir olunur.

<sup>128</sup>BAYRAKTAROĞLU, s.20.

<sup>129</sup>HMK m.283 Gereğesi:"Maddede yer alan düzenlemeyle, bilirkişinin giderlerini ve ücretini talep etme yetkisi ile bu giderler ve ücretin nasıl belirleneceği hususları, hüküm altına alınmıştır. Bilirkişilik görevinin kabulünde en önemli rol oynayan, daha nitelikli kişilerin bu alana rağbet etmesini sağlayacak ve bir anlamda, deyiş yerinde ise bilirkişiliği cazip hale getirecek olan temel öge, bilirkişi ücretidir. O nedenle, bilirkişilik ücretinin ve masraflarının objektif ölçülere göre belirlenmesini gerçekleştirmek, bilirkişiliğin bir angaryaya dönüşmesini önlemek ( Anayasanın 18 inci maddesinin birinci fıkrası) , nitelikli ve konusunda gerçekten uzman ve kişilik özellikleri itibarıyla da daha uygun olan kişileri, bilirkişi olarak hizmet vermeye özendirmek amacıyla, Adalet Bakanlığınca, bilirkişi gider ve ücret tarifesinin düzenlenmesi ve tarifenin Bakanlıkça her yıl güncellenmesi esası bu maddede benimsenmiştir".

<sup>130</sup>ÇAYAN,Gökhan,Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi,Ankara 2013,s.55.

ücretlerinin kabul edilebilir düzeyde olduklarını şahsi kanaatimiz olarak belirtmek istiyoruz. Ancak bazı mahkemelerin önüne gelen ve maddi gerçek açısından özel uzmanlık isteyen spesifik dosyalarda farklı uygulamalar ve ara kararlar olabilecektir. Şüphesiz ki, hayatın gereklerinin bir sonucudur, bu durum. Örneğin ünlü bir ressama ait ve özel bir şahsın koleksiyonunda bulunan çok değerli ve yaklaşık yüz yıllık bir tablonun, aslında çok profesyonelce yapılmış bir kopya olduğu iddiası ile derdest olan bir tespit davasında keşif ve bilirkişi incelemesi yapılması zarureti karşısında, bu konuda uzman olan ve bilirkişilik yapabilecek kişi sayısı da çok sınırlı ise ve farklı bir uzmanlık isteyen bir inceleme yapılması gerekiyorsa, alışlagelen rakamların üzerinde bir bilirkişi ücretine hükmedilebilir, düşüncesindeyiz. Amaç maddi gerçekliği bulmak ise bu gibi durumlarda tarafların imkanları da gözetilerek genel uygulamalardan ayrılıp, istisnai kararlar almaktan çekinilmemelidir, görüşünü taşıyoruz. Adalet Bakanlığı tarafından her sene güncellenen tarifelerde bu yönde bir düzenlemenin yer almasının, gerekçesi hakim tarafından ara kararda açıkça yazılmak koşulu ile tarifedeki tavan miktarların aşılmasında hakime takdir hakkı tanınmasının gerekli olduğu ve bu yönde bir değişikliğin uygulamada çıkabilecek bazı tereddütleri de ortadan kaldıracacağı, düşüncesini taşıyoruz. Ayrıca hakimin tarifeye bağlı kalsa dahi bilirkişi ücretini serbestçe tayin edebildiği düşünüldüğünde, kendisine özel koşullara haiz spesifik davalarda mutlak gerçeği bulabilmesi açısından istisnai olarak tarifeden ayrılma yetkisi ve takdiri tanınmasının kanunun ruhuna daha uygun düşeceği kanısındayız. Aksi halde bu tür uyuşmazlıklarda ehil olmayan bilirkişiler ile çalışmak zarureti doğar ki, böyle bu durumun meydana gelmesi adaletin tecellisi açısından sıkıntı yaratabilir.

Tanık ve davetiye gideri; tanıkların ve gerekiyorsa bilirkişilerin keşifte hazır olmaları için yapılacak davetiye giderleri, keşif avansından karşılanır. Tanıklar için ödenmesi gereken ücretler de yine gider avansından karşılanacaktır.

Eğer keşif avansında yeterli miktar bulunmuyorsa bakiyenin tamamlattırılması için hakim tarafından iki hafta süre verilir. HMK' ya göre verilen süreler kesindir. Hakim tarafından verilen kesin süre içinde keşif gideri yatırılmaz, dava açılırken yatırılmış olan keşif avansı da yeterli olmazsa ve diğer tarafta herhangi bir ödeme yapmazsa keşif talebinden sarfinazar edilmiş sayılır (HMK m.324/2). Buradaki bir hususun altını çizmekte fayda var, gider avansı bir dava şartı

idi ve eksikliğinin giderilmemesi, davanın dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilmesi sonucunu doğruyordu. Keşif avansı da şüphesiz dava şartı olan gider avansının içinde dava açılırken yatırılması gereken bir avans türü, ancak eksik keşif avansının tamamlanmaması davanın dava şartı yokluğu nedeniyle reddi sonucunu değil, keşiften sarfinazar etmek sonucunu doğurmaktadır. Yargıtay 3.Hukuk Dairesi 13.12.2012 tarihli kararında dava şartı ile delil ikamesi avansı ve gider avansının birlikte değerlendirilmesi gerektiğini tartışmış, delil ikamesi avansının yatırılmamasının sadece o delilden sarfinazar edilmesi sonucunu doğuracağını belirtmiştir<sup>131</sup>. Bahsi geçen kararda çok önemli hukuki tespitler ve tanımlar yer aldığından bazı bölümlerine burada değinmekte fayda görüyoruz. Yargıtay 3.Hukuk dairesine göre;"...Dava şartı, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi ve karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu mutlaka gerekli olan şartlardır... Dava şartları esasa ilişkin olmadığından usulü olarak öncelikle dikkate alınmalıdır. Davacı, yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı, dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır... Gider avansı (m.120) ile delil avansı (m.324) aynı şey değildir ve birbirinden farklıdır. Gider avansı taraf sayısının beş katı tutarında tebligat ücreti ile diğer işlemler için alınan avansı içerir. Ancak gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesinin 4.maddesi gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğinin 45. maddesinde gider avansı, delil avansını da kapsayacak şekilde hatalı biçimde düzenlenmiştir... Normlar hiyerarşisinde yasalardan sonra gelen yönetmelikler bir yasa hükmüne dayalı olarak hazırlanır ve yasa hükümlerine açıklık getirilmesi suretiyle bu yasa hükümlerinin uygulamaya geçirilmesi amaçlanır. Diğer yandan, normlar hiyerarşisindeki düzenleme soyuttan somuta doğru kademeli bir sistem içermektedir. Öğretide türevsel bir yetki olarak kabul edilen idarelerin yasa kurallarını uygulama ve bu kapsamda idari düzenleme yapma yetkisinin, Yasalarla getirilen hükümleri aşacak, bu kuralları değiştirecek şekilde kullanılamayacağı İdare Hukukunun en temel prensiplerindedir. Bu husus hukuk devleti ilkesinin görünümlerinden olan kanuna saygılı idare (kanuni idare) olgusunun gerçekteşmesinin de bir gereğidir. İdare hukuk, tedvin edilmemiş, pozitif hukukumuzda henüz bir usul yasası bulunmayan bir hukuk dalı ise de, bir bütün olarak idarenin kamu yararı saiki ile hareket edip kamu gücünü kullanmak suretiyle

---

<sup>131</sup> Y.3.HD,13.12.2012T.21609/25698 (SİNERJİ İÇTİHAT).

edimde bulunması ve kişilerin hukuk alanında doğrudan etki yaratması dikkate alındığında bir prensipler hukukudur (Danıştay 8.Daire 2011/2560). Nitekim Yönetmeliğin 45.maddesine göre gider avansı, her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderler için davacıdan alınan meblağı ifade eder denilmektedir. Bu avansın dava açarken mahkeme veznesine, hakim tarafından dilekçelerin verilmesi, ön inceleme aşaması veya tahkikatın başında karar verilir denilmektedir (Yön. m. 46/5). Böyle olunca Yönetmeliğin 45. maddesinin bir ve beşinci fıkraları birbiriyle çelişkili şekilde görülmektedir. Gider avansının davanın başında alınması zorunlu ise de, delil avansının davanın başında alınmasından hiçbir zorunluluk bulunmamaktadır. Zira, delil avansının hangi deliller için ne kadar alınması gerektiği, en erken dilekçelerin verilmesi, ancak daha çok ön incelemede, bazen de tahkikatın başında belirlenecek ve bundan sonra tarafların avans yatırmaları istenecektir. Delil avansı, daha dava açılırken davanın başında alınırsa, ön inceleme aşamasında taraflar arasında uyuşmazlık konusu oluşturmayan, taraflar arasında tartışmasız olan hususlar hakkında da gereksiz olarak delil avansı yatırılmış olacaktır. Zira davacı henüz dava dilekçesinde delillerini bildirirken, davanın hangi hususlara itiraz edeceğini, hangi hususlar hakkında itirazının olmayacağını bilemeyecektir. Davanın başında yatırılan delil avansının ön incelemede gereksiz olduğu ortaya çıkınca iadesi için hükmün kesinleşmesinden sonra iade edilir (Tarife m 5/1). Buna karşılık delil avansının gider avansı içinde değerlendirirsek, bunun süresi içinde yatırılmaması nedeniyle dava açılmamış sayılacaktır. Halbuki delil avansının yatıramamasının sonucun davanın açılmamış sayılması değil; sadece avansı yatırılmayan delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasıdır... Bu nedenlerle bir an önce kanunun amacına uygun olarak Yönetmelik ve Tarifenin değiştirilmesi isabetli olacaktır. Ancak, uygulamanın yine de bu söylediğimiz biçimde yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Çünkü, gider avansını düzenleyen 120. madde ve delil avansını düzenleyen 324. madde hükmünden hareketle zaten sorun çözülebilecektir. Özellikle mahkeme aynı anda hem gider avansına hem delil avansına karar veriyorsa (örneğin, gider avansı dava içinde eksilmiştir, bu arada da delil avansına da karar vermek gerekmiştir), bu durumda hangi kalemlerin delil avansı olduğunu açıkça belirtmelidir. Ayrıca bir avans yatırılmasından bahsedildiğinde de, yine bunun gider avansı mı, delil avansı mı olduğunun belirtilmesi gerekir. Çünkü, her ikisini yatırmamanın sonuçları farklıdır..." Görüldüğü üzere Yargıtay keşif avansının gider

avansı için öngörülen dava şartı vasfını taşımadığını bir kısmını naklettiğimiz kararında özellikle belirtmektedir. Uygulamaya bakıldığında ise gider avansının içinde keşif avansının da alındığı, keşif avansının yatırılmaması halinde yazı işleri müdürlerinin davanın açılması işlemini yapmadıkları malum olduğuna göre, Yargıtay'ın görüşüne uygun bir yasal düzenlemenin yapılması gerektiği görüşündeyiz.

Pekiye, keşif avansındaki eksikliğin giderilmemesi, bu delilden sarfinazar edilmesine yol açıyor ise resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda nasıl bir uygulama yapılacaktır? Burada belirtmek isteriz ki, resen araştırma ilkesinin uygulanacağı bazı davalara ilişkin hükümler kanun koyucu tarafından özellikle saklı tutulmuştur<sup>132</sup>. Örneğin babalık davasında, soybağının tespiti için yapılması gereken DNA incelemesi kamu düzenine ilişkin bir uyuşmazlığa dair usulü bir işlem olduğundan, giderin yatırılması veya eksik avansın tamamlanmasına dair genel hükümler bu tür davalarda uygulanmaz. Şartları varsa keşif avansının ikmalî bu tür davalarda adli yardım aracılığı ile de sağlanabilir.

### **2.1.1.2.Keşif İçin Hazırlık İşlemleri**

#### **2.1.1.2.1.Genel Olarak**

Hakim keşif kararını icra etmeden önce, taraflar arasındaki çekişmeli olaylar, bunların nedenleri ile keşifte tespit edilecek hususlar belirlenmelidir. Taraflar keşfe davet edilmelidirler ayrıca bilirkişi ve tanıklar belirlenmeli ve bunlara davetiye gönderilmesi gerekiyorsa, gönderilmeli ve keşif gün ve saati açık bir şekilde yazılarak keşifte hazır olmaları kendilerine bildirilmelidir. Duruşma tutanağına keşif için gerekli giderin, gider avansından karşılanacağı ve bilirkişi ile tanık ücretlerinin ne kadar olduğu açık bir şekilde yazılmalıdır<sup>133</sup>.

#### **2.1.1.2.2.Belgelerin Toplanması**

Keşif icra edilmeden önce varsa tarafların yargılamaya ilişkin ve keşif konusuna ilişkin tüm belgeler toplanmalıdır. Örneğin, keşif konusu bir taşınmaz ise, buna ilişkin tapu kayıtları, çaplı ve onaylı kroki, harita ve planlar temin edilmelidir.

<sup>132</sup>KARAHACIOĞLU,H.A/PARLAR,A.,6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat ve Deliller, Ankara, 2012,s.581.

<sup>133</sup>BAYRAKTAROĞLU, s.30.

Kamulaştırma davalarında, kamulaştırma planları, orman davalarında orman kadastrusu tutanak ve planları, hava fotoğrafları temin edilmelidir. Keşif konusu bir taşınır ise, örneğin bir otomobilin elektrik aksamı ile ilgili bir keşif incelemesi icra edilecekse, ilgili teknik veriler ve fabrika verileri ilgili yerlerden getirilmek suretiyle temin edilmelidir. Kısaca davanın niteliğine göre ve keşif konusuna göre gerekli olan belgeler eksiksiz olarak temin edilmelidir<sup>134</sup>. Örneğin Yargıtay 18.Hukuk Dairesinin, ortaklığın giderilmesi davasına ilişkin bir bozma ilamında eksik belge hususuna dikkat çekilmiş ve şu tespitler yapılmıştır;"Kat Mülkiyeti Yasasının 10. maddesinin beşinci fıkrası hükmüne göre kat mülkiyeti konu olmaya elverişli bir taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesi davasında ortak maliklerden birinin paylaşmanın aynen (kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin özgülenmesi yoluyla) yapılmasını istemesi durumunda hakim, o taşınmazın mülkiyetinin 12. maddede yazılı belgelere dayanılarak kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı özgülenmesine karar vermelidir. Somut olayda; dava konusu taşınmaz üzerinde üç bağımsız bölümden oluşan kagir bir yapının bulunduğu, her bir paydaşa birer bağımsız bölüm düştüğü, ana taşınmazın onaylı mimari projesinin ve yapı kullanma izin belgesinin de var olduğu anlaşılınca mahkemece bu durum karşısında Kat Mülkiyeti Yasasının 12. maddesinde öngörülen diğer belgelerin (yönetim planı ve bağımsız bölümler listesi) dosyaya getirilmesi, eksik belgeler varsa bunların tamamlattırılıp imzalanması gerekenlerin paydaşlara imzalatılmasından sonra yukarıda değinilen Kat Mülkiyeti Yasasının 10. maddesinin beşinci fıkrası hükmü uyarınca taşınmazın mülkiyetinin kat mülkiyetine çevrilmesine, her bir paydaşa payları da denkleştirilmek suretiyle birer bağımsız bölümün özgülenmesine karar verilmesi ve bu yolla paydaşlar arasındaki ortaklığın giderilmesi gerekir"<sup>135</sup>. Şüphesiz ki temin edilecek belgelerin davanın neticelendirilmesine faydalı olacak ve keşfin doğru bir şekilde icrasını sağlayacak nitelikte olması gerekmektedir. Yine Yargıtay 18.Hukuk Dairesi bir kararında, kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davasında, arazi değerinin tespiti için icra edilmiş bir keşifte, mahkemece ilçe tarım müdürlüğünden taşınmazın bulunduğu köy için geçerli olan lokal verilerin temin edilerek, bu verilere göre ürün münavebesinin yapılmasını bir bozma nedeni olarak kabul etmiş ve ilçe tarım müdürlüğünden ilçe

---

<sup>134</sup>BAYRAKTAROĞLU, s.31.

<sup>135</sup>Y.18.HD.01.12.2008T.11693/12703(SİNERJİ İÇTİHAT).

geneli verilerinin getirilerek ürün münavebesinin, bu genel verilere göre belirlenmesini öngörmüştür<sup>136</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2002 tarihli bir içtihadında, mirasçılığın tespiti ve ölenin mirasçısı olup olmadığının tespiti ile ilgili bir davada, mirasçılığın yöntemine uygun bir şekilde araştırılması gerektiğini belirtmiş ve yapılması gerekenin "...Kadastro tespitinin dayanağını teşkil eden belgeler, tespite esas alınan tapu veya vergi kaydına müsbit evrak celp edilmeli; yerel nüfus idaresi, Nüfus İşleri ve Vatandaşlık Genel Müdürlüğü nezdinde gerekli araştırma yapılmalı, tanıkların soyut anlatımları hükme esas alınamayacağından mahallinde yapılacak keşifte tanıklar dinlenilerek hasil olan sonuç dairesinde hüküm kurmaktır." şeklinde olmasını belirtmiş ve bu hususlara uyulmaması nedeniyle yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur<sup>137</sup>. Yargıtay 11.Hukuk Dairesi bir kararında, yerel mahkemece davacıların ilgili belgeyi tamamlayıp gönderdikleri iddiasının yerinde olup olmadığı araştırılıp saptanmadan ve bununla ilgili davalının cevap dilekçesinde talep ettiği belgeler getirilmeden, davalının sigorta hukuku açısından ediminde temerrüde düşürüldüğünden söz edilerek ve eksik belgelerin neler olduğu yolunda somut olgulara uygun düşmeyen gerekçeler ile karar verilmesini doğru bulmamış ve kararın bozulmasına oy birliği ile karar vermiştir<sup>138</sup>. Görüldüğü üzere keşif öncesi belge toplamak faaliyeti; sağlıklı bir keşif için, dolayısı ile maddi gerçeğin bulunması için çok önemli bir usulü aşama olup, getirtilecek eksik veya uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlamayacak yanlış bir belgenin hem mahkemece verilecek kararın temyiz incelemesi safhasında bozulmasına hem de çok ciddi zaman ve mesai kayıplarına yol açacağı aşikardır.

### 2.1.1.2.3.Bilirkişi Seçilmesi

Yargılama sadece hukuki bilgi ve nitelendirme ile bir uyuşmazlığın çözümü faaliyeti değildir. Uyuşmazlıkların çeşitliliği ve yaşamın gerekleri karşısında hakim, uyuşmazlığı çözebilmek için teknik veya özel uzmanlık isteyen bir bilgiye gereksinim duyabilir. Böyle durumlarda bilirkişilik müessesesi devreye girmektedir<sup>139</sup>. Örneğin, bir jeotermal kaynağın suyunun özelliklerinin kaplıca ve sağlık tesisinde turizm amaçlı olarak kullanılabilir nitelikte olup olmadığını

<sup>136</sup>Y.18.HD.29.11.2012T.12014 /13553 (EGE).

<sup>137</sup>YHGK.11.12.2002T.2-1076/1039.

<sup>138</sup>Y.11.HD.01.02.2007T.10890/1201(SİNİERJİ İÇTİHAT).

<sup>139</sup>PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.517.



tespitini hakimın sadece hukuki bilgisi ile yapabilmesi mümkün değildir. Uyuşmazlığı çözebilmek için bilirkişiye başvurması gerekecektir. HMK m.266 hükmüne göre mahkeme, taraflardan birinin talebi veya kendiliğinden hukuk dışında uzmanlık ve teknik bilgi isteyen bir konuda bilirkişinin oy veya görüşünün alınmasına karar verebilir. Bilirkişinin seçimi konusunda taraflar bir bilirkişi üzerinde anlaşmışlar ise, bu bilirkişinin uzman olduğu hakim tarafından tespit edilip belirlenir ise, hakim taleple bağlılık ilkesi gereği tarafların üzerinde mutabakat sağladığı uzman bilirkişiyi atamalıdır. Uygulamada daha yaygın olan hakimın resen bilirkişiyi belirlemesidir. Bunun nedeni tarafların genellikle mahalli bilirkişiler dışında bilirkişi atanması konusunda pek uzlaşamamalarıdır. Hukuki konularda HMK m.266 düzenlemesine göre hukukçu bilirkişiye başvurulamayacağı açıktır. Çünkü maddenin birinci fıkrasında açıkça; "Hukuk dışında özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde" ibaresi yer alırken, ikinci fıkrasında ise şu ifade yer almaktadır; "Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda, bilirkişiye başvurulamaz". Madde gerekçesi de, bu düzenleme ile açıkça hukukçu bilirkişinin atanmasının önünün kesilmek istendiğini ayrıntılı bir şekilde göstermektedir<sup>140</sup>. Zira hukuki değerlendirmeyi yapmak hakimın görev ve

---

<sup>140</sup>HMK m.266 Gerekçesi:"Maddede yer alan düzenlemeyle, hakimın, genel hayat tecrübeleri uyarınca sahip olunması gereken bilgilerle çözümleyeceği konularla, hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konular hakkında, bilirkişiye başvuramayacağı; ancak, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlarda, bilirkişiden yararlanabileceği açıkça hüküm altına alınmıştır.- Burada sözü edilen özel bilgidir maksat, hukuk bilimi dışında, belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgidir. Ancak, yer yer, hukukun spesifik alanlarına ilişkin hukuku bilginin de, özel bilgi kavramının kapsamı içerisinde mütalaa edilip bilirkişilik kurumunun kapsamına aralanmaya çalışılması yönünde bir eğilimin belirmesi nedeniyle, 270 inci maddede, özel bilgiye işaret edilirken, açıkça, "hukuk bilimi dışında "şeklinde bir vurgu yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Teknik bilgi ile kastedilen ise fizik, kimya, matematik gibi pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya yeterli bilgidir. Yine, belirli bir işletme boyutunu aşan, genel nitelik kazanmış, yetkili kişi, kurum ve kurullarca tespit edilmiş olan teknik standartlar da, teknik bilgi kavramının kapsamı içerisinde yer alır. Öte yandan, hukuk kurallarını re'sen araştırıp bulma ve olaya uygulama, zaten hakimın işidir. Bu kural uyarınca, hukuki sorunların en yetkin bilirkişisi, hakimın kendisidir. Sözü edilen kuralı öngören ve Tasarının 38 inci maddesinde yer alan "Hukukun uygulaması" başlıklı düzenleme de (1086 sayılı Kanun m.76,1,c) hakimın hukuki sorunlarda, bilirkişiye başvurmasının mümkün olmayacağını bir başka kanıtını teşkil etmektedir. Yine, anılan kurala paralel olarak, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 2nci maddesinin birinci fıkrasında, hakimın, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre, yetkili olan yabancı hukuku da re'sen uygulamakla ödevli olduğu hususu hükme bağlanmıştır. En genel çerçevede ise hukuku uygun olarak hüküm verme işinin, münhasıran hakimın işi olduğuna, Anayasanın 138 inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde açıkça işaret edilmiştir. - Bütün bunlar gözetildiğinde, Tasarının, hukuki sorunlarda hakimın bilirkişiye başvuramayacağını öngören kuralının, Anayasanın 138 inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, Tasarının 38 inci maddesinde (1086 sayılı Kanunun 76 ncı maddesinin birinci cümlesinde) ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan düzenlemelerin, somut planda bir uygulanma biçimi olduğu söylenebilir. - Ayrıca, Tasarının anılan hükmünde, mahkemenin, ya taraflardan birinin talebi

sorumluluğundadır. Ancak uygulamada halen, HMK m.270 düzenlemesinin aksine, hukuki konularda da hukukçu bilirkişi tayin edildiği görülmektedir. Çarpıcı bir örnek vermek gerekir ise, davalılar vekili olarak katıldığımız taşınmaz mülkiyeti ile ilgili bir davada, davalı sayısının pek fazla olması dolayısı ile taraf teşkili sağlanıp sağlanmadığı konusunda keşif öncesinde bir avukat meslektaşımızın hukukçu bilirkişi olarak tayin edildiğine şahit olmuşluğumuz söz konusudur. Kanun maddesi karşısında bu gerekçe tutanağa geçirilmemiş ama keşif için davet edilen kadastro ve inşaat bilirkişisi yanında hukukçu bilirkişiye bu hususu incelemesi kayıt dışı olarak alenen söylenmiştir. Kaldı ki sadece dava konusu taşınmazın sınırlarının tespit edilip, imar planındaki konumunun ve değerinin belirleneceği bir keşif için, hukukçu bilirkişinin hukuki konularda uzmanlığının ne ölçüde olduğu konusunu da bir yana bırakırsak, mahkeme tarafından hangi uzmanlık alanı için çağrıldığına da herhangi mantıklı bir gerekçesini açıklayabilmenin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Oysa HMK düzenlemesine ve özellikle m.270 gerekçesine baktığımızda, bırakınız böylesine basit bir konuda, spesifik uzmanlık isteyen bir hukuki uyuşmazlığın çözümünde dahi, mahkemece hukukçu bilirkişi atanamayacağı açık olarak anlaşılmaktadır. Sanıyoruz bu kanuna aykırı uygulama, ancak Yargıtay'ın bu tür durumlarda bilirkişi tayin edilmesini bir bozma sebebi olarak görmesi, bu konuda kararlı, istikrarlı ve yaygın içtihatlar oluşturması ile çözümlenebilir. Ancak geçmişte Yargıtay'ın hukukçu bilirkişi atanmasının önünü açabilecek bazı kararlar verdiğini, hatta bu doğrultuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı olduğunu da gözlemlemekteyiz<sup>141</sup>. Oysa net bir şekilde ifade etmek gerekirse, bu şekilde hakimin kolaylıkla kendisinin çözebileceği hukuki konularda bilirkişi incelemesi yaptırılması kararı verilmesi cihetine gidilmesi, HMK m.270 düzenlemesine aykırılığın yanında, angaryayı yasaklayan Anayasanın m.141 hükmüne aykırı olduğu gibi, usul ekonomisi ile ilgili HMK m.30 hükmüne de açıkça aykırılık taşımaktadır<sup>142</sup>. Bu arada bir noktayı da tartışmak gereği hissediyoruz. Günümüz global dünyasında, kısa bir süre önce dahi olmayan yeni hukuk disiplinlerinin yaşamımıza girdiği olgusu ve özel hukuk ilişkilerine dair her geçen gün artış gösteren hukuki uyuşmazlıkların

---

üzerine ya da kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşüne başvurulmasına karar vereceği hususu da açıkça hükme bağlanmıştır".

<sup>141</sup>PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.520.YHGK,01.05.2002T.4-350/354.

(PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES)

<sup>142</sup>HMK m.30-(1) Hakim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.

çeşitliliği karşısında, hakimin hukuki bilgisinin oldukça spesifik ve uzmanlık isteyen hukuki konularda da yeterli olup olmadığı, hakimden nasıl bir hukuki yeterlilik ve yetkinlik beklemek gerektiği, yargılamada uyuşmazlığın çözümü için uzman bir hukukçu bilirkişi veya bilirkişi kurulu ihtiyacının gerçekten hissedilip hissedilmeyeceği hususunu da ayrıntılarını bilirkişilik ile ilgili monografilere bırakmak ve ana konumuzdan fazla uzaklaşmamak kaydı ile bu bölümde kısaca tartışmak, keşif ile ilgili bu çalışmamız açısından kendimize ait bir bakış açısı oluşturabilmek adına yararlı olacaktır, düşüncesindeyiz. Örneğin Ticaret Mahkemesinin bulunmadığı yerlerde Rekabet Hukuku içinde yer alan, konusu uyumlu eylemin olup olmadığı ile ilgili bir uyuşmazlıkta çözümlenmesi gereken hakkında asliye hukuk hakimi raporla bağlı olmaksızın bir hukukçu bilirkişiden de görüş alabilir düşüncesindeyiz. Ancak bir nevi ihtisas mahkemesi olan ticaret mahkemelerinde veya iş mahkemelerinde bu şekilde rapor almak için hukukçu bilirkişiye başvurma kararının HMK düzenlemesine aykırı düşeceği aşikardır. Öyle ise ihtisas mahkemeleri kurulup yaygınlaşınca kadar sağlıklı bir karar verilebilmesi için mahkemelerin istisnai durumlarda hukuken ayrı ve spesifik uzmanlık isteyen durumlarda hukukçu uzman bilirkişiye başvurmaları konusunda yasada bir düzenleme yapılabilir, görüşündeyiz. İhtisas mahkemesi olmayan bir hukuk mahkemesinin hakiminin günümüzdeki pek çok spesifik hukuk disiplini bilmesini beklemek, oldukça fazla iyimser ve hayatın olağan akışına aykırı bir beklenti olacaktır, görüşünü taşıyoruz.

#### **2.1.1.2.4. Tanık Listesinin Sunumu ve Davetiyelerin Gönderilmesi**

Tanık listesi delillerin sunumu aşamasında tüm deliller ile birlikte mahkemeye verilmelidir. Ancak bazı tanıkların veya tüm dava tanıklarının keşif mahallinde dinlenmeleri uyuşmazlığın çözümü bakımından hakimce gerekli görülürse taraflara tanıkların keşif mahallinde hazır etmeleri için süre verilebilir veya tanıkların keşif mahallinde hazır olmaları için davetiye ile celplerine karar verilebilir. Burada belirtmekte fayda görüyoruz; Yargıtay çeşitli kararlarında tarafların tanıkların keşif mahallinde hazır etmeye zorlanamayacaklarını aksinin savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracağını veya kural olarak tanık

dinletmeye de zorlanamayacaklarını belirtmiştir<sup>143</sup>. Keşif kararı verilen duruşmada olmayan tarafa keşif kararının yer ve zamanını gösterir şekilde davetiye ile gönderilmesinin daha yerinde bir uygulama olacağı, görüşünderiz. Olması gereken hukuk yönünden uygulamanın bu şekilde devam etmesi daha tercihe şayan olacaktır<sup>144</sup>. Önceki kanun düzenlemesi de bu doğrultuda idi<sup>145</sup>. Ancak HMK düzenlemesinde bu anlayış terk edilmiştir. Bu konuda kanunda bir değişiklik yapılmadan eski uygulamanın sürdürülmesinin ise HMK ile çelişeceğini düşünürüz. Bu nedenle olması gerekenin ne olduğunun tespitini yapıp, uygulamayı HMK lafzı ve ruhuna göre yerine getirmek durumunda olduğumuzun altını da çizmek istiyorum. Bu hususta ileriki bölümlerde değineceğimiz farklı Yargıtay içtihatlarına da HMK açısından katılmak mümkün değildir. Kanun Koyucu tarafından HMK m.290 gerekçesinde belirtildiği üzere, davanın başında yapılan tebligatta taraflara katılmadığı oturumlara ait işlemlere itiraz edemeyeceği ihtar edildiğinden, keşif yeri ve zamanının ayrıca duruşmada bulunmayanlara davetiye yolu ile tebliğine artık muhakeme açısından gerek duyulmamaktadır<sup>146</sup>. Eğer tanıklar veya bilirkişiler davetiye ile celp edilecek ise davetiyeye keşif yeri, tarihi ve zamanı açıkça yazılmalıdır. Davetiye masrafları taraflarca karşılanır. Davacının davetiye masrafı öncelikle gider avansından karşılanmalı, eğer yeterli miktar gider avansında bulunmuyor ise eksikliğin ikmal için kendisine kesin süre verilmelidir. Usulüne uygun davetiyeye rağmen keşfe katılmayan tarafın yokluğunda keşif yapılır. Eğer resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu bir dava söz konusu ise yeterli keşif avansı gider avansında olmak kaydı ile hiç bir taraf hazır olmasa dahi mahkeme tarafından keşif icra edilebilir. Usulüne uygun davetiyeye rağmen keşfe gelmeyen tanıklar gerekli görülür ise ihzar müzekkeresi ile celp edilirler. Bu husus bilirkişiler için de geçerlidir. Davetiyenin usulüne uygun olmaması halinde, önceki kanun uygulamasında, kanunda açıkça yazmamasına rağmen taraflardan birinin yokluğunda icra edilen keşif itiraz edildiği taktirde geçersiz olmaktadır<sup>147</sup>. Örneğin davetiyede

---

<sup>143</sup>Y.14.HD, 09.02.2005T. 2004/6648, 2005/659-Y.8.HD. 01.06.1976 T.1975/8388 -1976/4625

(SİNERJİ İÇTİHAT)

<sup>144</sup>YILMAZ, s.1260.

<sup>145</sup>HUMK m.364:"Keşif iki taraf usulen davet edildikten sonra vicahlarında veya davete icabet etmedikleri halde gıyaplarında mahkeme veya tahkikat hakimi tarafından yapılır. Mahkeme asliye, azasından birini istinabe suretiyle, keşif muemelatını yapar. Fakat pek mühim meselelerde heyetle dahi icra edebilir."

<sup>146</sup>YILMAZ, s.1260.

<sup>147</sup>BAYRAKTAROĞLU, s.36.

keşfin yapılacağı saatin tereddüt yaşanmasına mahal vermeyecek şekilde belirtilmemesi Yargıtay tarafından bozma nedeni olarak görülmekteydi <sup>148</sup>. Tekrar belirtmek gerekir ise güncel HMK uygulamasında tarafların davetiye ile keşfe çağrılmaları uygulaması tercih edilmemiştir, bu nedenle artık taraflara usulsüz keşif davetiyesinden bahsetmek söz konusu olmamaktadır.

### 2.1.2.Keşfin İcra Edilmesi

Keşfin icrasına ilişkin düzenleme, keşfin yapılması madde başlığı altında HMK m.270 hükümlerinde yer almaktadır. Bu maddeye göre; "Keşfin yeri ve zamanı mahkeme tarafından tespit edilir. Mahkemenin bu konuda bir ara karar vermesi gerekmektedir. Keşif taraflar hazır iseler huzurlarında, aksi takdirde yokluklarında yapılır. Mahkeme keşif sırasında tanık ve bilirkişi dinleyebilir. Keşif sırasında, yapılan tüm işlemler ve beyanları düzenleyen bir tutanak düzenlenir. Plan, çizim, fotoğraf gibi belgeler de tutanağa eklenir. Mahkeme bir olayın nasıl geçmiş olabileceğini tespit için temsili uygulama da yaptırabilir". Resmi çalışma saatleri dışında, tatil günlerinde veya adli tatil içinde de mahkemece keşif icrası mümkündür<sup>149</sup>. Keşfin icrası ile ilgili görevli mahkeme, keşif kararını veren mahkemedir. Bunun istisnasını istinabe yapılmasını gerektiren yani keşif yapılacak mahallin mahkemenin yargı yeri dışında olduğu durumlar meydana getirir. Keşfin icrası aşamasında hakim, zabıt katibi ve mübaşir hazır bulunmalıdır. Ayrıca taraflar,

---

<sup>148</sup>Yargıtay(BAYRAKTAROĞLU)

<sup>149</sup>HMK m.270 Hükümet Gereğesi:"Bu maddede, bilirkişilik görevini kabulle yükümlü olanlar hüküm altına alınmıştır. Kural, hiç kimsenin bilirkişilik görevini kabulle yükümlü tutulmamasıdır. Ancak, bu kurala, çok spesifik bilgiyi yahut özel bir uzmanlığı gerektiren alanlarda bilirkişi temininde karşılaşılabilecek güçlüğü aşmak amacıyla, bazı istisnalar konulmuştur. Bu istisnalar, anılan hukuki düzenlemede, şu şekilde sıralanmıştır:- Resmi bilirkişiler ile bilirkişi listesinde yer alanlar,- Bilgisine başvurulacak hususu bilmeksizin meslek veya zanaatların icra etmesine olanak bulunmayanlar,- Bilgisine başvurulacak husus hakkında meslek veya sanat icrasına resmen yetkili kılınmış olanlar(Örneğin; doktorlar, ebeler, mühendisler, muhasebeciler, mali müşavirler, mimarlar gibi). Bu hüküm kapsamında, hukuk fakültesi öğretim elemanlarının düşünülmesi mümkün değildir. Çünkü bu Tasarı ile her türlü hukuki sorun açısından bilirkişiye başvurulması açık ve kesin dille yasaklanmıştır. Benimsenen sistem, hukuki sorunların en yetkin bilirkişisinin, hakim kendisi olduğu esas üzerine bina edilmiştir. Bu durum karşısında hukuki sorunlarda bilirkişiye başvurulamayacağına göre, hukuk fakültesi öğretim elemanlarının bilirkişi olarak görevlendirilmesinin ve görev yapmaya zorlanmasının bu bağlamda düşünülmesi zaten mümkün olmayacaktır.- Maddenin ikinci fıkrasında ise birinci fıkrada sayılmış bulunan kişilerin bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğünden, ancak tanıklıktan çekinme sebeplerine yahut mahkemece muteber olarak değerlendirilebilecek diğer bir nedene dayanarak çekinme iradesini açıklamak suretiyle kurtulabilecekleri hüküm altına alınmıştır"

TBMM Adalet Komisyonu Gereğesi:" Tasarının 274 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde 272 nci maddeye yapılan atıf, teselsül nedeniyle 274 olarak, (b) bendinde geçen "hususu" ibaresi, hükme açıklık sağlanması amacıyla "konuyu" olarak ve (c) bendinde geçen "husus" ibaresi "konu" şeklinde değiştirilmiştir".

bilirkişiler ve tanıklar da uyuşmazlığın özelliğine göre keşif mahallinde keşfin icrasına katılmak amacıyla hazır olabilirler<sup>150</sup>. Keşif mahallinde eğer tanık dinlenecek ise, bunların önce kimlik tespitleri yapılır. Kimlik tespiti, kural olarak geçerli bir nüfus cüzdanı, ehliyet veya pasaport gibi bir resmi belge ile tanığın kimliğinin teyit edilmesi ile gerçekleştirilir. Tanıklar mahkeme salonundayken dinlendikleri usule göre dinlenirler. Tanıkların birbirlerinin beyanını duymayacak ve birbirlerine hiç bir surette tesir edemeyecek şekilde dinlenmeleri gerekmektedir. Çelişki halinde, hakim çelişkinin giderilmesi için tanıklar arasında gerek görürse yüzleştirme yapabilir. Bilirkişilerin de beyanlarının alınmasına müteakip, keşif yemin verildikten sonra tutanağa bağlanır. Özellikle taşınmaz ile ilgili keşiflerde mahalli bilirkişiler de dinlenebilir<sup>151</sup>. Mahalli bilirkişilerin uyuşmazlık konusu taşınmazın geçmişini bilecek derecede yaşlı, akli melekeleri yerinde ve tarafsız olmaları gerekmektedir. Keşfin icrasında, özellikle taşınmazlar ile ilgili uyuşmazlıklarda, dava konusu taşınmazın yerinin doğru bir şekilde belirlenmesi önem arz etmektedir. Uygulamada genellikle hakim taraflara dava konusu yerin belirlenen taşınmaz olup olmadığını sorması ile birlikte keşif yeri belirlenmiş olur. Ancak keşif yerinin belirlenmesinde, dava dosyasına ibraz edilmiş olan tapu, kadastro krokileri vs. incelenmek sureti ile fen bilirkişilerinden yardım alınmalıdır. Fen bilirkişileri gerek taraflar tarafından gösterilen, gerek ise yerel bilirkişiler tarafından belirlenen taşınmazın yerini ölçerek sınırlarını işaret ederler<sup>152</sup>. Yargıtay 14.Hukuk Dairesi 2013 tarihli bir kararında taşınmaz ile ilgili uyuşmazlıklarda keşfin nasıl icra edilmesi gerektiğini ayrıntılı olarak açıklamıştır<sup>153</sup>. Bahsi geçen karara göre, keşfin taşınmazlar ile ilgili uyuşmazlıklarda en önemli delillerin başında geldiği vurgulanarak icrası için şu açıklamada bulunulmuştur; "...Keşfin nasıl yapılacağına ilişkin düzenlemelere ise 6100 sayılı HMK'nun 288 ve devamındaki hükümlerinde yer verilmiştir. Keşif, taraflara keşif gün ve saatini bildirir usulüne uygun şekilde davetiye çıkarıldıktan sonra tarafların huzurunda, davete icabet etmedikleri takdirde

---

<sup>150</sup>BAYRAKTAROĞLU, s.39.

<sup>151</sup>Mahalli bilirkişi dinlenecek ise, keşfin yapılacağı bölgeyi iyi bilen bilirkişilerin tespiti ile isim listelerinin gönderilmesi için ilgili mülki amirliğe müzekkere yazılması hususu ara kararda yer almalıdır.

<sup>152</sup>ERDOĞAN, Mustafa, Medeni Usul Hukukunda Keşif Tutanağı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Bitirme Projesi, Ankara, 2007, s.20.

<sup>153</sup>Y.14.HD.15.01.2013T. 2012/13985 -2013/419(SİNERJİ İÇTİHAT)

yokluklarında yapılabilir<sup>154</sup>. Keşif yapılmasına ilişkin arar kararında; keşif giderlerinin neler olduğu ve bu giderlerin hangi tarafça karşılanması gerektiği, keşifte bilirkişi incelemesi yapılacak veya tanık dinlenecek ise bu hususların açıkça yazılması gerekir. Keşif gün ve saati taraflara bildirilmişse artık taraflara ayıca davetiye gönderilmesine gerek yoktur. Bilirkişi ve tanıkların keşif mahalline çağırılması hakkında HMK'nun 243. ve 244.maddelerinde belirtilen mahkemeye çağırma hükümleri uygulanır. Taraflar kendilerine davetiye gönderilmeden de göstermiş oldukları tanıkları keşifte hazır bulundurabilirler. Ancak buna zorlanamazlar. Bilirkişi ve tanıkların davetiye masrafları ile tespit edilecek yollukları ilgililerden tahsil edilerek, keşif gün ve saati ile keşif mahalli keşif gününden makul bir süre önce kendilerine bildirilmelidir..." Yargıtay 8.Hukuk Dairesi 2002 tarihli bir kararında taşınmazların zilyetliği ve mülkiyetin tespitine ilişkin uyuşmazlıklarda, tanıkların mutlaka taşınmaz başında dinlenmeleri gerektiğini belirtmiş ve tanık listesi sunulması ile listede yer alan tanıkların davetiye ile çağrılarak taşınmaz başında dinlenmemelerini bozma nedeni kabul etmiştir<sup>155</sup>. Keşfin icrası sırasında hem tanıklara, hem de bilirkişilere yemin verdirilir. Yemin işlemi tamamlanıp, tutanak ta düzenlenince, tutanağın hazır olan taraflar, tanık, bilirkişiler, hakim ve mübaşir ile katip tarafından imza altına alınması işlemi gerçekleştirilir. Keşif mahalline ulaşımı sağlayan taşıt şoförünün de imzası alınır. Keşif bizzat, kararı veren mahkeme, bir başka ifade ile hakim tarafından gerçekleştirilmelidir. Gerekirse keşfin güvenli bir şekilde icrası için kolluk kuvvetinden de yardım alınabilir ve keşfi icra görevi hiç bir şekilde bilirkişiye veya bir başkasına devredilemez<sup>156</sup>. Hakim, bizzat icra ettiği keşifte uyuşmazlık konusunu beş duyusu ile net bir şekilde tüm tereddütlerini giderecek şekilde gözlemlmeli ve diğer delilleri de dikkate alarak bir değerlendirme yapmak durumunda olmalıdır<sup>157</sup>.HMK 'ya göre duruşmalar herkese açık olduğuna göre, icra edilen keşfinde herkese açık olması aleniyet ilkesinin bir gereğidir. Ancak Anayasa ve uluslar arası antlaşmalara bağlı olarak genel ahlak ile kamu güvenliği

---

<sup>154</sup>Keşif kararı usulüne uygun bir şekilde ara kararda belirtilmiş ve tarihi, yeri ve saati de tespit edilmiş ise, tarafların duruşmaya katılmamaları halinde dahi ayrıca davetiye ile keşif için çağırılmalarına gerek olmadığı görüşündeyiz. Tarafların davayı takip edip etmemeleri kendi kararları olup, davayı takip etmek istiyorlarsa katılmadıkları duruşmalarda alınan kararları da öğrenmek kendi sorumlulukları ile ilgilidir. UYAP ararcılığı ile dahi sanal ortamda ara kararlara ulaşmak mümkün olduğuna göre Yargıtay kararında belirtilen taraflara davetiye gönderilmesi ile ilgili açıklamaların HMK ve uygulamaya yönelik güncel gelişmeler ile uyuşmadığını düşünüyoruz.

<sup>155</sup>Y.8.HD. 28.03.2002 T.2209/2570 (SİNERJİ İÇTİHAT)

<sup>156</sup>YILMAZ, s.1260.

<sup>157</sup>YILMAZ, s.1261.

açısından,yargılamanın bir bölümü veya tamamı gizli olarak yürütülmesi kararı verilebilir<sup>158</sup>. Böyle bir gizlilik kararı durumunda keşfinde kamuya kapalı olarak icrası gündeme gelebilecektir. Bu arada, her ne kadar duruşma ve keşfin aleniliği esas olmakla birlikte HMK m.153/1 hükmü uyarınca kayıt ve yayın yasağı keşif için de söz konusudur. Bunun aksi dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla hakim tarafından karar verildiği takdirde, yargılamanın zorunlu kıldığı durumlarda mahkemece çekim veya kayıt yapmak suretiyle söz konusu olabilir.

### 2.1.3.Keşif Tutanağı

Keşif, uygulamada genellikle mahkeme salonu dışında bir mahalde gerçekleştirilir. Keşfin bir tutanağa bağlanması yasal bir zorunluluktur. Keşfin icrasını kayıt altına alan bu tutanağa, "Keşif Tutanağı" adı verilir. 6100 sayılı HMK m.290/2 keşif tutanağının düzenlenmesini öngörmüştür. "Keşif sırasında yapılan tüm işlemler ve beyanlarını düzenleyen bir tutanak düzenlenir. Plan, çizim, fotoğraf gibi belgeler de tutanağa eklenir". Keşif tutanağı günümüzde genellikle bilgisayar ile yazılmakta olup UYAP sistemine derhal işlenmektedir. Ancak bilgisayar kullanma imkanı bulunmayan durumlarda, yapılacak işin önemi ve tamamlanması zarureti karşısında daktilo veya el yazısı ile dahi tutanak düzenlenmesi mümkündür<sup>159</sup>. El yazısı ile tutanak düzenlenmesi durumunda, kesinlikle kurşun veya benzer özellikteki kalemler kullanılmamalı, boyası silinmeyen veya dağılmayan tükenmez kalem kullanılmalı ve okunaklı bir şekilde keşfe ilişkin tutanak yazılmalıdır, aksi durum ise Yargıtay tarafından bozma nedeni olarak görülmüştür<sup>160</sup>. Keşif tutanağında keşfi icra eden mahkemenin adı, dosya numarası, keşfin icra edildiği mahal ve keşfin saati, keşifte hazır bulunan hakimin adı, soyadı ve sicil numarası, katibin adı soyadı ve sicil numarası, mübaşirin adı ve soyadı, tarafların, bilirkişiler ve tanıkların kimlik bilgileri ve sıfatları ile nasıl seçildikleri, tarafların davada sıfatları, keşif yapıldığı yere kimin temin ettiği araçla gelindiği, sebebi, keşif konusu, keşif konusunun bulunduğu mahal ve nitelikleri, uyuşmazlığı konusu, tarafların iddia ve savunmaları, keşif sırasında incelenmek üzere tarafların vermiş oldukları belgelerin nelerden ibaret olduğu (tapu

<sup>158</sup> KONCA,KURT,Nesibe; Medeniyet Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi,Ankara 2009,s.65.

<sup>159</sup>ERDOĞAN, s.25.

<sup>160</sup>"Vüsuku muhil olduğu düşünülmeyle keşif tutanağının kurşun kalemle yazılması kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulmasına..."Y.6.HD. 25.12.1953T.6659/6876 (ERDOĞAN)



kaydı, kroki, satış senedi vs.) keşif sırasında yapılan işlemler, hakimin gözlemi, dinlenen tanıklara sorulan sorular ve tanıklara bu sorular karşısındaki beyanları, bilirkişiler ve bilirkişilere sorulan sorular ve bilirkişilerin cevapları, hazır bulunan taraflara tanık ve bilirkişi beyanlarına ve keşfin icrasına yönelik diyeceklerinin ve itirazlarının olup olmadıklarının sorulduğu hususu ile bunların sorular karşısındaki cevapları, keşif icrası sırasında eğer yapılmış ise kroki, resim, plan yaptırıldığı belirtilmesi ve varsa feragat kabul ve sulh şeklindeki yargılamaya ilişkin taraf beyanları da tutanağa işlenmeli ve tarafların imzası alınarak, nihayet tutanağın altı hakim, katip, mübaşir, bilirkişi, tanık ve keşifte hazır bulunan tüm taraflarca imzalanmalıdır<sup>161</sup>. Keşif tutanağının hukuki niteliğini de yeri gelmiş iken kısaca HMK çerçevesinde değerlendirmekte fayda görüyoruz; Öncelikle keşif tutanağının doğrudan delil olma özelliği taşıdığını belirtmek gerekiyor. Şöyle ki, HMK m.154 genel olarak tutanak kavramını düzenlemekte ve keşif tutanağı da bu çerçevede değerlendirilmektedir<sup>162</sup>. "Söz uçar, yazı kalır "(verba volant, scripta manent) sözü uyarınca yargılamanın bir safhası olan keşifte neler yapıldığının bir tutanak altına alınması gerekmekte olup, bu tutanak keşfin resmi bir belgesi niteliğini taşımaktadır<sup>163</sup>. Yargıtay 7.Hukuk Dairesi keşif tutanağının tutulması ile ilgili vermiş olduğu bir kararında; " Dava konusu taşınmazların kamu malı niteliğinde mera olmadığı sonucuna varıldığı takdirde, yeterli biçimde zilyetlik araştırması yapılmalı, taşınmazların öncesinin kime ait olduğu, kimden kime kaldığı, taşınmazlar üzerinde

---

<sup>161</sup>BAYRAKTAROĞLU, s.46.

<sup>162</sup>HMK m.154-(1) Hakim tahkikat ve yargılama işlemlerinin icrasıyla, iki tarafın ve diğer ilgililerin sözlü açıklamalarını, gerekirse özet olarak zabıt katibi aracılığıyla tutanağa kaydettirir.

(2)Taraflar veya diğer ilgililer sözlü açıklamalarını hakimin izniyle doğrudan da tutanağa yazdırabilir.

(3)Aşağıdaki unsurlar mutlak olarak tutanağa yazılır:

a)Mahkemenin adı, duruşmanın açıldığı yer, gün ve saat.

b)Hakim, zabıt katibi, hazır bulunan taraflar ve varsa vekilleri, kanuni temsilcileri, fer'i müdahil ve tercümanın ad ve soyadları.

c) yargılamanın aleni ya da gizli yapıldığı.

ç)Beyanda bulunana okunmak ve imzası alınmak kaydıyla ikrar, yeminin edası, davanın geri alınmasına muvafakat, davadan feragat, davayı kabule ilişkin beyanlar ve sulh müzakereleri ile sonucu.

d)Beyanda bulunana okunmak kaydıyla taraf, tanık, bilirkişi veya uzman kişi beyanı.

e)Duruşma dışında yapılan işlemlerin özeti.

f)Tarafların sundukları belgelerin neler olduğu.

g)Tarafların soruşturmaya ilişkin istekleri ile diğer kanunların tutanağa yazılmasını emrettiği konular.

ğ)Ara kararları ve hükmün sonucu.

h)Karar ve hükmün açıklanma biçimi

(4)Tutanakta sözü edilen veya dosyaya konduğu belirtilen belgeler de tutanağın eki sayılır.

(5)Tahkikat ve yargılama sırasında yapılan işlemler teknik araçlarla kayda alınırsa, bu durum bir tutanakla tespit olunur.

<sup>163</sup>YILMAZ, s.910.

sürdürülen zilyetliğin başlangıç günü, süresi, sürdürülüş biçimi hakkında yerel bilirkişi ve tanıklardan ayrı ayrı olaylara dayalı bilgiler alınmalı, özellikle uzman bilirkişi fen memurundan keşfi izlemeye, yerel bilirkişi sözlerini denetlemeye ve uzman ziraatçı bilirkişiden ise mahkemenin keşif tutanağına geçen gözlemini aynen yansıtmaya elverişli ayrıntılı, gerekçeli rapor alınmalı, bundan sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek 3402 sayılı Kadastro Kanununun 14 ve 16/B maddesi hükümleri ile aynı Yasanın 5 ve 30/2 maddeleri hükmü eşliğinde sonucuna göre bir hüküm kurulmalıdır" şeklinde özetlenebilecek bir değerlendirme ile yerel mahkeme kararını bozmuştur<sup>164</sup>. Yargıtay'ın bu kararında keşfin icrası ve keşif tutanağının tutulmasının nasıl gerçekleştirilmesi gerektiği ayrıntılı bir şekilde izah edildiğinden daha ayrıntılı alıntı yapmayı faydalı görüyoruz; "...mera tahsis haritası ve eki belgeler yerinden getirilmeli, bundan sonra yöreyi iyi bilen elverdiğince yaşlı, yansız, dava konusu taşınmazların bulunduğu köye komşu belde ya da köyler halkından seçilecek yerel bilirkişi ve tanıklar ve uzman bilirkişi, tapu fen elemanı ve uzman ziraatçı bilirkişi ve tutanak bilirkişilerinin tümü hazır olduğu halde dava konusu taşınmazlar başında yeniden keşif yapılmalı, öncelikle aktarılan davanın dayanağı dava dilekçesi yerel bilirkişiye okunmalı dilekçede sözü edilen taşınmazlar yerel bilirkişiye arz üzerinde ayrı ayrı göstertilmeli, geniş kapsamlı kadastro paftası yerel bilirkişinin gösterdiği taşınmazlara aplike edilerek aktarılan davanın konusu ve kapsamı belirlenmeli, bundan sonra mera tahsisi yapılmış ise mera tahsis haritasının ölçeği ile kadastro paftasının ölçeği eşitlendikten sonra yerel bilirkişi yardımı, uzman bilirkişi fen memuru eliyle yerine her iki harita çakıştırılmak suretiyle uygulanmalı, uygulamada haritalarda tarif edilen belli poligon ve röper noktalar ile arz üzerindeki doğal yada yapay sınır yerlerinden varsa değişmez nitelikte sınır yeri sayılabilecek kişi taşınmazlarından da yararlanılmalı, bu yolla dava konusu taşınmazların mera tahsis haritasının kapsamında kalıp kalmadığı duraksamaya meydan vermeyecek şekilde belirlenmeli, taşınmazların bulunduğu bölgede yetkili idari merciler tarafından mera tahsisi yapılmamış ise yerel bilirkişi ve tanıklardan dava konusu taşınmazların öncesinin bilinmeyen bir zamandan beri geleneksel biçimde mera olarak kullanılıp kullanılmadığı yolunda yerel bilirkişi ve tanıklardan ayrı ayrı olaylara dayalı bilgiler alınmalı, tespitte saptanan hukuksal olgu dikkate alınarak taşınmazların mera olup olmadığı yolunda tutanak bilirkişilerinden de ayrıntılı,

---

<sup>164</sup>Y.7.HD.06.07.2012T.4825/5334(SİNERJİ İÇTİHAT)

gerekçeli, olaylara dayalı bilgiler alınmalı, yerel bilirkişi ve tanık sözleri ile tespit tutanağı bilirkişilerinin beyanları çeliştiği takdirde tespit tutanağı bilirkişileri de taşınmazlar başında ayrı ayrı dinlenerek, yerel bilirkişi ve tanıkların anlatımları ile tespit tutanağı bilirkişilerinin beyanları arasındaki çelişki duraksamasız giderilmeli, taşınmazların kamu malı niteliğinde mera olduğu saptandığı takdirde bu nitelikteki taşınmazlar üzerinde sürdürülen zilyetliğin süresi ne olursa olsun hukukça değer taşımadığı göz önünde tutulmalı, öte yandan uzman ziraatçı bilirkişi aracılığıyla taşınmazlar bizzat mahkemece görülüp gözlenmeli, taşınmazların fiziksel yapısı meyil durumu, taş ve toprak unsurundan hangisinin galip olduğu ayrıntılı şekilde keşif tutanağına geçirilmeli, fotoğraflarının çekilmesi, komşu taşınmazların toprak yapısı ile dava konusu taşınmazların toprak yapısı mukayese edilmeli, bu fiziksel olgular da keşif tutanağına aynen yansıtılmalı, dava konusu taşınmazlara komşu taşınmazların tespit tutanakları içeriğine göre tespitlerine bir kayıt ve belge esas alınmamış ise tutanakları içeriğinde vurgulanan maddi ve hukuki olgularla yerel bilirkişi ve tanık sözleri denetlenmeli, belge esas alınmış ise sözü edilen belgelerin nizalı parseller yönünü ne biçimde ve kimin yeri olarak sınır gösterdiği incelenmeli, davalı olup olmadıkları tespitlerinin kesinleşip kesinleşmediği incelenip, irdelenmeli, dava konusu taşınmazlar ile komşu mera olan taşınmaz arasında ayırıcı unsur olarak doğal ya da yapay sınır olup olmadığının tespit edilmesi, dava konusu taşınmazın kamu malı niteliğinde mera olup olmadığının ve meradan açılıp açılmadığının belirlenmesi, dava konusu taşınmazların kamu malı niteliğinde mera olmadığı sonucuna varıldığı takdirde, yeterli biçimde zilyetlik araştırması yapılmalı, taşınmazların öncesinin kime ait olduğu, kimden kime kaldığı, taşınmazlar üzerinde sürdürülen zilyetliğin başlangıç günü, süresi, sürdürülüş biçimi hakkında yerel bilirkişi ve tanıklardan ayrı ayrı olaylara dayalı bilgiler alınmalı, özellikle uzman bilirkişi fen memurundan keşfi izlemeye, yerel bilirkişi sözlerini denetlemeye ve uzman ziraatçı bilirkişiden ise mahkemenin keşif tutanağına geçen gözlemini aynen yansıtmaya elverişli ayrıntılı, gerekçeli rapor alınmalı..." Görüldüğü üzere Yargıtay 2012 tarihli yukarıda ayrıntılı olarak aktardığımız bu oldukça yeni kararında keşfin icrası ve özellikle keşif tutanağının yazılması konusunda ciddiyet ile durmakta olup, eksik usul işlemlerini doğrudan bozma nedeni olarak kabul etmektedir. Öte yandan keşif tutanağı tüm keşfe katılanlar tarafından imzalanmadığı takdirde, başka, bir deyişle imza eksikliği olması halinde, bu durum Yargıtay tarafından bozma nedeni

olarak kabul edilmektedir. HMK m.155 tutanakların imzalanması ve imza atamayanların ne şekilde tutanağı kayıt altına alabileceklerini düzenlemiştir<sup>165</sup>. Keşif tutanağına imza atamayanların parmak izi alınır, ancak hangi parmağın izinin alındığı mutlaka tutanakta belirtilmelidir. Parmak izi bulunmayanlar veya parmağı olmayanlar ise imza yerine geçen mühür veya işaret kullanabilirler. Mühür ve işaretin resmi makamlarca onaylı olmasına da gerek yoktur, çünkü keşif tutanağına işlenmekle zaten resmiyet kazanmaktadır. İmza altına alınmış bir keşif tutanağı başlı başına çok güçlü bir delil haline gelmektedir. Bu nedenle keşif tutanağının aksi kural olarak tanık ile ispat edilemez. Keşif tutanağı yargılamaya ilişkin bir nitelik taşıdığı için HMK m.156 hükmünde tanzim edilen ispat gücüne sahiptir<sup>166</sup>. Bu nedenle taraflar, keşif icrası sonrası tutanak tanzim edilmesi safhasına geçildiğinde çok dikkatli olmalı ve hakim keşif tutanağını yazdırır iken herhangi bir yanlış ifade kullanıldığı zaman derhal müdahil olup, yanlışlığı düzeltirmeleri gerekmektedir. Aksi halde resmi belge niteliği taşıyan tutanak geçerli olacak olup, yanlış geçilen ifade de o hali ile doğrudan delil haline gelecek ve aksi ancak resmi bir belge ile ispat edilebilecektir. Konuyu bir örnek ile ele alırsak; Keşif sırasında, davacının ağacının kesilmesi ile ilgili uyuşmazlığın çözülebilmesi için hakim taraf beyanlarını da aldığı sırada taraflardan biri örneğin davalı keşif konusu olan ağacı "ben kesmedim" dediği halde, tutanağa "ben kestim" şeklinde geçmesi ve tutanağın da düzeltilmemesi halinde bu beyan resmi bir beyan olarak "kabul" şeklinde değerlendirilecektir. Aksinin de tanıkla ispatı mümkün olmayacaktır. Bu nedenle bu şekilde beyanı yanlış olarak tutanağa geçirilen taraf derhal müdahil olup, hakimden bu hususun düzeltilmesini talep etmelidir. Bu talebi hakim uygun bulursa tutanak üzerinde gerekli düzenlemeleri derhal yaptırmalıdır. Eğer hakim, tutanağın düzeltilmesi talebini kabul etmez ise, talebi ret olunan taraf, derhal bir dilekçe tanzim edip, en geç keşiften bir gün sonra mahkemeye bu talebini tekrarlamalıdır. Bu dilekçeye de keşifte hazır bulunanların yanlışın düzeltilmesi hususundaki ortak iradelerini göstermesi açısından imzalarının alınması gerekmektedir<sup>167</sup>. Aksi halde, tutanak ilk düzenlendiği şekilde kalacak ve aksinin ispatı imkansız hale gelecektir.

---

<sup>165</sup>HMK m.155-(1) Tutanak, hakim ve zabıt katibi tarafından derhal imzalanır.

(2) Tutanağa imza atamayacak durumda olan kimsenin parmak izi alınır, bunun hangi parmağa ait olduğu belirtilir. Ancak elinde parmak bulunmayanlar, imza yerine mühür veya özel işaret kullanabilirler.

<sup>166</sup>HMK m.156-(1) Ön inceleme, tahkikat ve yargılama işlemleri, ancak tutanakla ispat olunabilir.

<sup>167</sup>YILMAZ,s.916.

Ayrıca keşif sırasında bilirkişi raporunu sözlü olarak tutanağa geçirtmek suretiyle veriyor ise, keşif mahallinde hazır bulunduğu halde tutanağa itiraz edilmediği takdirde, daha sonra tutanak içeriğine itiraz etmek mümkün değildir<sup>168</sup>. Keşif tutanağı tanzim edildiği sırada tutanak içeriğinde yer almayan bir hususun daha sonra eklenmesinin, keşifte hazır bulunanların tamamının bu hususu imza altına almamaları halinde hukuken "yok hükmünde" olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. HMK m.157/1 hükmüne göre, keşif sırasında zabıt katibi bulundurulması bir zorunluluktur Bu hükme uyulmaması bir bozma nedenidir. Ancak maddenin ikinci fıkrası zabıt katibi bulundurmamak zorunluluğunun istisnasını da düzenlemiş ve bazı fiili olağanüstü durumlarda veya zabıt katibinin reddi talebinin kabul edilmesi gibi bir hukuki durumun varlığı karşısında, yargılamanın selameti açısından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, usulüne uygun yemin verdirmek şartı ile hakime bu konuda ehil bir başka kimseyi zabıt katibi olarak belirleme yetkisi vermiştir<sup>169</sup>. Keşif tutanağı resmi bir belge niteliği taşıdığına göre, ilgililerin tutanaktan suret aşmaları da bir hak olarak görülmelidir. HMK m.158 düzenlemesi de bu durumun kurallar çerçevesinde bir hak olarak kabul edildiğini göstermektedir<sup>170</sup>. Uygulamada keşfin icrası safhasında tanzim edilen tutanağın imzasız birer nüshası, keşifte hazır olan taraflara veya vekillerine derhal verilmektedir. Bizce bu uygulama yerinde değildir. Mutlaka keşif tutanağının tüm unsurları ile tamamlanmış nüshalarının taraf veya vekillerine verilmesi gerekliliği kanun düzenlemesinin amir bir hükmüdür. İmza veya mühür eksikliği olan bir tutanak suretinin hukuken delil değerinin olmadığı ve yok hükmünde olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle bu gibi durumda özellikle taraf vekilleri, ısrarla imzalı ve mahkeme mühür ve kaşesine havi suretlerin kendilerine verilmesini talep etmelidirler. Zaman darlığı veya başka bir mazeret bunun aksinin uygulanmasının ve bir hakkın teslim edilmemesinin gerekçesi olmamalıdır. Bu şekilde süregelen uygulama sadece bir ciddiyetsizliğin tezahürü olarak keyfiyet arz

---

<sup>168</sup> UMAR,s.799.

<sup>169</sup>HMK m.157-(1)Mahkemede veya mahkeme dışında hakim huzuruyla yapılacak bütün işlemlerde zabıt katibinin hazır bulunması zorunludur.

(2)Hukuki veya fiili engellerle zabıt katibi görev yapamayacak durumda olur ve işin gecikmesinde sakınca bulunursa, görevin niteliğine uygun yemin ettirilme koşuluyla, başka bir kimse, zabıt katibi olarak görevlendirilebilir.

<sup>170</sup>HMK m.158-(1)Tutanakların tamamı veya bir kısmının örnekleri, talep halinde taraflara veya fer'i müdahile verilir. Bu örneklere mahkemenin mührü basılır ve aslına uygun olduğu yazı işleri müdürü tarafından imza olunarak onaylanır.

(2)Tutanağın eki niteliğinde bulunan ve gizlilik kararı kapsamında kalan belgelerin örneği ancak, hakimin izni ile verilebilir.

etmektedir. HMK m.158 vazedilirken kanun koyucunun takdirlerine sunulan hükümet gerekçesi de belirttiğimiz bu çerçevede değerlendirilmelidir<sup>171</sup>. Keşif tutanağının ispat gücü ve delil değeri, ne yazık ki özellikle uygulayıcılardan avukatlık görevini icra edenler tarafından tam olarak özümsebilmiş değildir. Bu da genellikle taraf vekili olan avukatların hakimler kadar usul hükümleri ile ilgilenmemeleri, maddi hukukla daha çok ilgilenmeleri nedenine dayanmaktadır. Oysa usul hükümlerine vakıf bir uygulayıcının maddi gerçekliği bulmada ciddi kazanımlar elde edebileceği geçmiş deneyimler ile sabittir. Usul hukuku sadece doktrinsel değil doğrudan uygulamayı etkileyen özelliği nedeniyle keşif tutanağı dahil tüm kavramsal düzenlemeleri ile doğrudan maddi gerçekliği bulma yolunu oluşturmaktadır. Netice itibari ile mahkemece icra edilen bir keşfin hukuken geçerlilik kazanması hali usulüne uygun bir keşif tutanağının varlığına bağlıdır.

#### **2.1.4.Keşfin İcrasına İtiraz Edilmesi Halinde Yapılması Gereken Usul İşlemleri**

Keşfin hakim bizzat gözlemine dayalı olarak maddi gerçekliği bulması için önemli bir taktiri delil olduğunu önceki bölümlerde belirtmiştik. Keşif delili, tanık beyanları, bilirkişi rapor ve beyanları ile belge, bilgi, harita ve krokilerin birlikte değerlendirildiği bir usul işlemi olduğuna göre, itiraz edilmesi halleri tutanaklarla ilgili genel düzenlemeler çerçevesinde çözüme kavuşturulur. Bilirkişinin şahsına veya tanzim edilen bilirkişi raporuna itiraz edilebilir. Bu hallerden, bilirkişinin şahsına itiraz, bilirkişilikten çekinme sebeplerinden birinin varlığı halinde bilirkişilik yapılmasına devam edildiği takdirde ve rapor düzenlenmiş dahi olsa süresiz olarak itirazda bulunmak mümkündür<sup>172</sup>. HMK m.272 düzenlemesine göre; "Hakimler hakkındaki yasaklılık ve ret sebepleriyle ilgili kurallar, bilirkişiler bakımından da

---

<sup>171</sup>Hükümet Gerekçesi:" Madde 1086 sayılı Kanunun 155 inci maddesine tekbül etmektedir. Davanın hiçbir evrakı taraflardan ve davaya katılardan gizlenemez. Taraflar ve katılan dava evrakını istedikleri zaman, kuralları çerçevesinde inceler. Mahkemeler dava evrakının taraflarca incelenmesini kolaylaştıracak tedbirleri de almalıdır. Bu tedbirler kapsamında tutanakların örneklerinin tamamen ya da kısmen taraflara veya katılana verilmesi hüküm altına alınmıştır. Ancak dava evrakı arasına getirilen veya konan belgelerin kapsamı davanın konusu ile doğrudan ilgili olmayan başka konuları da içerebilir. Hatta bu bölümler gizlilik kararının alınmasına da sebep olmuş olabilir. İşte bu gibi evrakın örneklerinin hangilerinin hangi kapsamda taraflara ve katılana verilebileceğine hakim karar vermesi gizliliğin korunması bakımından uygun bulunmuş ve bu çerçevede ikinci fıkra hükmü konulmuştur. Kendisine gizlilik taşıyan belge örneği verilen taraf, katılan veya vekillerce gizliliğin ihlal edilmesi, tabii olarak ihlali yapan kişinin sorumluluğunu gerektirir".

<sup>172</sup>BAYRAKTAROĞLU, s.49.

uygulanır. Ancak, bilirkişinin aynı dava ve işte saha önceden tanık olarak dinlenmiş bulunması, bir ret sebebi teşkil etmez. Hakimler hakkındaki yasaklılık sebeplerinden biri, bilirkişinin şahsında gerçekleşmişse, mahkeme, hüküm verilinceye kadar, her zaman bilirkişiyi resen görevden alabileceği gibi, bilirkişi de mahkemedен, görevden alınma talebinde bulunabilir. Ret sebeplerinden birinin, bilirkişinin şahsında gerçekleşmesi halinde taraflar, bilirkişinin reddini talep edebileceği gibi, bilirkişi de kendisini reddedebilir. Ret talebi veya bilirkişinin kendisini reddetmesinin, ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren en geç bir hafta içinde yapılmış olması şarttır. Ret sebeplerinin ispatı için yemin teklif edilemez. Görevden alınma, ret ve bilirkişinin kendisini reddetmesine yönelik talep, bilirkişiyi görevlendiren mahkemece dosya üzerinden incelenir ve karara bağlanır. Kabule ilişkin kararlar kesindir. Redde ilişkin kararlara karşı ise ancak esas hakkındaki kararla birlikte kanun yoluna başvurulabilir."Yargıtay 9.Hukuk Dairesi bir kararında bilirkişinin şahsı ile ilgili itiraz üzerine bozma kararı vermiş ve bu kararın gerekçesinde; "Davacı, raporun kendisine tebliği üzerine, bilirkişinin şahsına karşı itiraz etmiştir. Usulün 277. maddesi hükmüne göre taraflar, seçildiğini öğrendikleri tarihten itibaren üç gün içinde bilirkişinin reddini isteyebilirler. Gerçekten seçildiği tarihte reddini gerektiren sebepleri açıkça belli olan bilirkişinin, üç günlük süre içinde dilekçe ile reddi istenilmelidir. Bu sürenin geçmesinden sonra yapılacak itirazlar kabul edilmez. Ancak, davada olduğu gibi sadece adı soyadı ve mesleği belli olan bilirkişinin sonradan tarafsız olamayacağını gösteren halinin anlaşılması üzerine, ilgili tarafın bu öğrenme tarihinden başlayarak üç gün içinde reddini istemek imkanına sahip olduğu kabul edilmelidir. Davacı da raporun tebliği üzerine bilirkişinin davalı müessesinin bağlı bulunduğu Türkiye Kömürleri İşletmesinde görevli mühendis olduğunu ve bu suretle yapacağı incelemede ve belirteceği düşüncede tarafsız kalamayacağını öğrenmiştir. O halde, süresinde verilen bilirkişinin reddini kapsayan dilekçenin usulde yazılı hükümler çerçevesinde incelenerek sonucuna göre bir karar verilmek gerektir. Mahkemenin bilirkişinin reddine ilişkin itiraz konusunda bir karar vermemesi usule kanuna aykırıdır. Temyiz edilen kararın gösterilen sebepten bozulmasına" şeklinde hükmü açıklamıştır<sup>173</sup>. Yargıtay kararında bahsi geçen mülga HUMK m.277 düzenlemesinde ret sebebi, öğrenme tarihinden itibaren üç gün olarak belirlenmişken, HMK ile bu süre yerinde bir düzenleme ile yedi gün olarak

---

<sup>173</sup>Y.9.HD. 31.05.1968T.3694/8497(KAZANCI İÇTİHAT).

belirlenmiştir. Bilirkişi raporlarına itiraz genellikle keşif sonrasında gerçekleştiğinden bu konuyu sonraki bentte kısaca ele alacağız. Bu arada bir hususu da belirtmekte fayda görüyoruz. Keşfin icrası sırasında veya sonrasında plan ve krokilere itiraz edilmesi de söz konusu olabilir. Keşif sırasında kullanılacak olan plan ve krokinin yönetmeliklere uygun olması gerekmektedir<sup>174</sup>. Yönetmeliğe uygun olmayan plan ve krokiye karşı davanın taraflarının itiraz etme haklarının mevcudiyeti söz konusudur. Bir itiraz halinde, bu itiraz mahkeme tarafından titizlikle incelenmeli gerekirse ikinci bir keşif yapılarak, yanlışlığın düzeltilmesi sağlanmalıdır. Kaldı ki keşif mahallinde yapılan bilirkişi incelemesi sonrasında oluşturulan plan ve krokinin mahalli bilirkişi beyanları ile de uyumlu olması gerekmektedir. Eğer arada bir çelişki varsa bu çelişki giderilmelidir. Çelişkinin giderilmemesi bir bozma nedeni olarak Yargıtay tarafından görülmektedir. Yargıtay HGK bu hususta vermiş olduğu bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir<sup>175</sup>. "Dava konusu taşınmaz mallardan hüküm fıkrasının birinci sırasında gösterilen 10229 metrekare miktarında bulunan mevki krokiye Yaşlı Burun olarak belirtilmiştir. Keşif tutanağının ve karar yerinde bu taşınmazın mevki Damlara Çeşmesi şeklinde açıklanmıştır. Hükümün keşif sırasında tanzim olunan krokiye uygun bulunması, aykırılık var ise giderilmesi gerektiğine... "Harita, plan ve krokilere itiraz süresi mülga HUMK' da herhangi bir süreye bağlı değildi. İtiraz halinde hakim tarafından resen incelenmesi gereken kamu düzenine ilişkin bir konu olarak değerlendirilmişti. Yürürlükteki kanunda da, her ne kadar bilirkişi raporlarına itiraz süresi iki hafta olarak kabul edilmişse de, harita, plan ve krokilerdeki maddi hataya ilişkin itirazların süreye tabi olmadığı anlayışı benimsenmiştir. Ayrıca, tanıkların şahıs ve beyanlarına da itiraz edilmesi mümkündür. Tanığın davanın kabul veya ret edilmesi neticesine göre bir menfaatinin söz konusu olması durumlarında, tanıkların şahıslarına itiraz edilebilir<sup>176</sup>. HMK m.255 düzenlemesinde tanıklara itiraz başlığı ile vazedilen bu madde önceki kanunun m.254 düzenlemesinin aynen korunduğunu göstermektedir. İspat yükü itiraz eden kimsenin üzerindedir. Şüphesiz ki bu konuda hakimin taktir yetkisi de söz konusudur. Tanığın taraflardan biri veya hepsi ile akraba olması tanıklık yapmasına

<sup>174</sup>Y.20.HD27.10.1994T.9253 /12841,(BAYRAKTAROĞLU, s.52)

<sup>175</sup>YHGK, 08.01.1961T.8/1295, (BAYRAKTAROĞLU, s.52).

<sup>176</sup>HMK m.255-(1) Tanığın davada yararı bulunmak gibi tanıklığının doğruluğu konusunda kuşku gerektiren sebepler varsa; bunu iki taraftan biri iddia ve ispat edebilir. HUMK m.254 : "Şahidin davada menfaati bulunmak gibi şahadetin doğruluğunda şüpheyi mucip esbab mevcut olursa, bunu iki taraftan her biri iddia ve ispat edebilir".



engel değildir. Esas olan tanıkların gerçeği söyledikleridir, meğerki aksi ispat edilmiş olmasın. HGK bir kararında,"Aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır (HUMK m.254; şimdi: HMK m.255). Akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılamaz. Dosyada tanıkların olmamışı olmuş gibi ifade ettiklerini kabule yeterli delil ve olgu da yoktur. O halde kocanın güven sarsıcı davranışlarına ilişkin tanık beyanlarına ve olaylara çok yakın tanık sözlerine değer verilerek isteğin kabulü gerekirken bu yön göz önünde tutulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır, gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır"<sup>177</sup>. Yargıtay 2. Hukuk dairesinin bir kararında ise şu ifadeler yer verilmiştir; "Aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır (HMK m.255). Akrabalık veya diğer bir yakınlık, başlı başına tanık beyanını değerden düşüren bir sebep sayılamaz. Dosyada tanıkların olmamışı olmuş gibi ifade ettiklerini kabule elverişli delil ve olguda yoktur. O halde davacı tanıklarının davalı kocanın davacı kadına hakaret ve tehdit içeren sözler söylediği yine annesini de tehdit ettiğine ilişkin ve olaylara çok yakın tanık sözlerine değer verilerek isteğin kabulü gerekirken bu yön göz önünde tutulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır"<sup>178</sup>. Mera veya yaylak gibi arazilere ilişkin yargılamalarda icra edilecek keşifte dinlenilecek olan tanıklar aynı köyden değil, komşu köylerden seçilmemesi Yargıtay tarafından bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin bu doğrultuda vermiş olduğu örnek kararında ; " Davacı dava konusu taşınmazın kültür arazisi olduğunu ileri sürdüğüne ve davalılar da bu yerin köye ait mera bulunduğunu savunduklarına göre, tanıkların aynı köyden değil, komşu köylerden seçilip dinlenmeleri gerekir. HUMK'nun 254. maddesi hükmüne göre, davada yararı bulunan kimselerin tanık olarak dinlenmesi mümkün değildir. O itibarla, tarafların celp edilip dinlenmeleri ve

<sup>177</sup> YHGK,16.03.2005T.,2-113/184 (YILMAZ,s.1165).

<sup>178</sup>Y.2.HD,06.10.2011T.13505/15046 (YILMAZ, s.1165).

birlikte değerlendirildikten sonra uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesi gerekir"<sup>179</sup>.

### **2.1.5.Keşif Tamamlandıktan Sonra Yapılması Gereken Usul İşlemleri**

Keşif tamamlandıktan sonra, keşif mahallinde yapılacak bir işlem kalmaması üzerine adliyeye dönülür. Yazı işleri müdürü tarafından, hakim, katip, mübaşir yollukları ve varsa şoför ile tanık ücretleri ilgililerine ödenir. Keşfe katılan bilirkişilere raporlarını hazırlamak için keşif tutanağına işlenen bir mehil verilmiş ise, bu mehilin sonunda bilirkişilerin sunmuş oldukları raporlar taraflara tebliğ edilir. Bilirkişiler raporları sundukları takdirde hükmedilen ücret kendilerine mahkeme yazı işleri müdürü tarafından ödenir. Bilirkişiler raporlarını sunmak üzere ek bir mehil talebinde de bulunabilirler, bu durumda kendilerine ek bir mehil verilmesi karara bağlanabilir. Keşif sonrasında bilirkişiler raporlarını HMK m.279 hükmüne uygun olarak düzenlemek durumundadırlar. Maddenin düzenlemesi şu şekildedir: "Mahkeme, bilirkişinin oy ve görüşünü yazılı veya sözlü olarak bildirmesine karar verir. Raporda, tarafların ad ve soyadları, bilirkişinin görevlendirildiği hususlar, gözlem ve inceleme konusu yapılan maddi vakıalar, gerekçe ve varılan sonuçlarla, bilirkişiler arasında görüş ayrılığı varsa, bunun sebebi, düzenlenme tarihi ve bilirkişi ya da bilirkişilerin imzalarının bulunması gerekir. Azınlıkta kalan bilirkişi, oy ve görüşünü ayrı bir rapor halinde de mahkemeye sunabilir. Mahkeme, bilirkişinin oy ve görüşünü sözlü olarak açıklamasına karar verirse, bilirkişinin açıklamaları tutanağa geçirilir ve tutanağın altına bilirkişinin de imzası alınır. Kurul halinde görevlendirme söz konusu ise bilirkişilerin bilgilerine başvuru husus hemen aralarında müzakere etmelerine imkan tanınır ve müzakere sonucunda açıklanan oy ve görüş, tutanakla tespit edilip; tutanağın altı, bilirkişilere imza ettirilir. Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukuki değerlendirmelerde bulunamaz"<sup>180</sup>.

<sup>179</sup>Y.8.HD,15.10.1985T.9277/9508 (YILMAZ, s.1165).

<sup>180</sup>Hükümet Gerekçesi: "Maddenin birinci fıkrasında, bilirkişinin bilgisine başvuru husus hakkındaki oy ve görüşünü nasıl açıklayacağı ile buna kimin karar vereceği hüküm altına alınmıştır. Bilirkişi, oy ve görüşünü, mahkemenin seçimine göre, yazılı yahut sözlü olarak bildirecektir. Bilirkişinin en temel yükümlülüğünü, bilgisine başvuru konuda, süresi içinde oy ve görüşünü bildirme yükümlülüğü oluşturulur. Bu yükümlülük, bilirkişilik görevini kabul ve davete icabet yükümlülüğünün doğal bir uzantısı konumundadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise bilirkişi raporunun içeriğinde yer alması gereken hususların neler olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Mahkeme, bilirkişiden oy ve görüşünü yazılı olarak bildirmesini talep etmişse, bilirkişi, düzenleyeceği raporu, bu maddede öngörülen tüm hususları kapsar şekilde kaleme almak zorundadır. Bilirkişilerin kurul

Uygulamada genellikle bilirkişi raporları yazılı olarak sunulmaktadır. Bilirkişi raporunun mahkemenin kararına temel oluşturması ancak usul ve esas yönünden yasanın aradığı şartlara haiz olması ile mümkün olabilir. Yargıtay bu gerekliliği, "bilirkişi raporunun denetime elverişli olması" olarak adlandırmaktadır<sup>181</sup>. Mahkeme eğer bilirkişi kurulu şeklinde bir görevlendirme yapmışsa, kurulda yer alan bilirkişiler bir araya gelerek hep birlikte bir rapor tanzim etmelidirler. Aksi şekilde davranılması yasaya aykırılık taşımakta olup, raporun geçersizliği sonucunu doğurabilir<sup>182</sup>. Bilirkişiler arasında bir görüş ayrılığı varsa, kaldı ki oybirliği şartı aranmamaktadır, bu durumda farklı görüş veya görüşler raporda gerekçeli açıklamaları ile birlikte yer almalıdır<sup>183</sup>. Bilirkişi raporunda mahkemenin görev

---

halinde görevlendirilmesi durumunda, bir araya gelerek toplantılar yapmak suretiyle işi müzakere etmeleri ve birlikte rapor hazırlamaları kurul halinde görevlendirmenin doğası gereğidir. Bilirkişi raporunda, tarafların ad ve soyadları, bilirkişinin görevlendirildiği hususlar, gözlem ve inceleme konusu yapılan maddi vakıalar, gerekçe ve varılan sonuçlar ile kurul halinde görevlendirilme yapılmış ve bilirkişiler arasında görüş ayrılığı ortaya çıkmışsa, bunun sebebi; raporun düzenlenme tarihi ve bilirkişi ya da bilirkişilerin imzalarının bulunması şarttır. Bilirkişi, raporunu, özellikle mahkemece belirlenen sınırlar dahilinde, tümüyle maddi vakıalara hasretmeli; kendisine yönetilen somut soruları tek tek yöneltişi olarak cevaplandırmak suretiyle hazırlamalıdır. Ayrıca, bilirkişi raporunu kaleme alırken, özel ve teknik bilgi bağlamında uzman kimliği bulunmayan hakimin ve tarafların anlayabileceği kavramları ve terimleri kullanmaya da özen göstermelidir. Aksi takdirde, özellikle hakimin bilirkişinin oy ve görüşünü serbestçe takdir etmesi önemli ölçüde güçleşebilir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise bilirkişinin oy ve görüşünü sözlü olarak açıklama seçeneğinin mahkemece tercih edilmesi halinde, oy ve görüşü belirten açıklamaların, mahkemece tutanakla hemen tespit edilmesi hususu hüküm altına alınmıştır. Ayrıca bu düzenlemede, sözlü açıklama seçeneğinin tercihi halinde, kurul halinde bilirkişi görevlendirilmesi yoluna gidilmişse, mahkemeye, bilirkişi kurulunun oy ve görüşünü belirten sözlü açıklamalarını tespitten önce, kurulda yer alanların konuyu kendi aralarında müzakere edebilmelerine olanak veren bir ortamı yaratma zorunluluğu yüklenmiştir. Maddenin son fıkrasında ise bilirkişini, raporunu kaleme alması yahut mahkemede sözlü olarak oy ve görüşünü açıklaması sırasında, hukuki değerlendirmelerde bulunamayacağı hususu, açık ve kesin bir dille hüküm altına alınmıştır. Çünkü, maddi vakıaların hukuki niteliğini tayin, yani hukuku uygulamak, bilirkişinin değil; hakimin asli işidir. Bilirkişinin işlevi, hukuki değerlendirilmelere girişmeden, tecrübe kurallarını, yani sahip olduğu özel ve teknik bilgiyi mahkemeye iletmek veya bu bilgiyi vakıalara uygulamak suretiyle varmış olduğu sonuçlara işaret etmek yahut özel ve teknik bilginin yardımı ile maddi vakıaları tespit etmekten ibarettir. Bu düzenleme, hakimin hukuki sorunlarda bilirkişiye başvuramayacağı kuralı ile büyük ölçüde paralellik arz etmekte; onunla bir bütünlük oluşturmaktadır".

<sup>181</sup>YILMAZ, s.1229.

<sup>182</sup>"Özel ve teknik bilgi sahibi olan tarafsız kişiler bilirkişi olarak seçilebilir. HUMK'nun 281.(şimdi: HMK'nun 279.) maddesine göre bilirkişinin beyan ettiği oy ve görüş hemen tutanağa geçirilir. Bilirkişi birden fazla ise aralarında görüşürler, görüşme sonucu bildirilen oy ve düşünceler tutanağa yazılır. Aynı konuda rapor vermekle görevlendirilen bilirkişiler işi aralarında görüşüp birlikte rapor vermeleri gerekir. Bilirkişiler ayrı ayrı rapor vermezler. Ancak aynı kurul içinde görevlendirilmiş, fakat konuları değişik olanların ayrı rapor vermeleri mümkün olduğu gibi, azınlıkta kalan bilirkişi ayrı rapor verebilir. Somut olayda bu kurallara uyulmadan aynı konuda uzman olan bilirkişilerin ayrı ayrı rapor verdikleri ve birbirlerinin görüşünden haberdar olmadıkları anlaşılmaktadır. Usule aykırı olarak alınan ve yeterli olmayan bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Yapılacak iş, konusunda uzman yeni bir bilirkişi kurulundan iddia ve savunmalar da değerlendirilmek suretiyle rapor alınarak cihazın ayıplı olup olmadığına belirlenerek uygun sonuç dairesinde bir karar vermektir".19.HD,15.04.2005T,8061/4139 (YILMAZ, s.1231).

<sup>183</sup>YILMAZ, s.1230.

alanına müdahale edecek şekilde hukuki değerlendirmelere girilmeden, somut olguların tespiti ile bilimsel ve teknik tespitlerin gerekli dayanakları da açıkça belirtilerek yer alması gerekmektedir. Bu niteliğe haiz olmayan raporlar Yargıtay tarafından istikrarlı bir şekilde bozma nedeni olarak görülmektedir. Yargıtay 15.HD vermiş olduğu bir kararında özetle konuya şu şekilde yaklaşmıştır; "Mahkemece bilirkişi raporu alınmış ise de hukukçu bilirkişinin konunun uzmanı olmadığı ortada olup esasen raporda da ayıbın niteliğinin belirlenmesinin teknik bir konu olduğu açıklandıktan sonra ayıptan söz edilmiştir. Bu nedenle vanalarda imalâttan kaynaklanan ayıp olup olmadığı incelenmeden hükme varılamaz. O halde mahkemece yapılması gereken iş, ayıp olup olmadığı varsa neden kaynaklandığı hususunun açıklığa kavuşturulması için uzman bir bilirkişiden rapor almak iş sahibinin hakları değerlendirilerek ve varsa taraf itirazları da bilirkişiden ek rapor almak suretiyle cevaplandırılarak davayı sonuçlandırmaktan ibarettir. Bu hususlar üzerinde durulmadan eksik incelemeyle hükme varılması doğru olmadığından karar bozulmalıdır"<sup>184</sup>. Burada YHGK' nın 2013 tarihli ilginç bir kararına da değinmekte yarar görüyoruz<sup>185</sup>. Bahsi geçen kararın özeti: " : Davacıların dar anlamda kesin bir zararlandırıcı işlemle karşı karşıya kaldıkları ve baz istasyonunun somut zarar verdiği dosya kapsamında kanıtlanmamış ise de, bu yöndeki ihtimale yönelik kamuoyunda süregelen açıklamaların davaya dayanak yapılmasıyla davacılar tarafından bilindiği bir psikolojik ortamda evine sadece... mesafede bir baz istasyonu bulunmasının kendilerinde derin bir kaygı ortamı, tedirginlik ve ümitsizlik yaratması tabii olup, Anayasaca teminat altına alınan yaşam hakkı ve üzerinde ikamet ettiği konutundaki mülkiyet hakkı birlikte değerlendirildiğinde davacıların davalarının kabulünün gerektiği Genel Kurul çoğunluğunca kabul edilmiştir. Ayrıca: bu hizmetin davacılar a ait konutların bulunduğu yere bu kadar yakın bir mesafede verilmesinde zorunluluk bulunmadığı gibi, davacılar a ve çevreye zarar verme ihtimali olmayan daha müsait bir alanda verilmesinin de olanak dâhilinde olduğu çoğunluk tarafından benimsenmiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir (İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.25) (2709 S. K. m.17, 22, 35, 56), (5809 S. K. m.37), (4721 S. K. m.737) ". Yargıtay bu şekilde bir Genel Kurul kararı alarak somut ve bilimsel veriler ile baz istasyonunun

---

<sup>184</sup>Y.15.HD, 19.10.2011T.2010/4929-2011/6035(SİNERJİ İÇTİHAT).

<sup>185</sup>YHGK,20.02.2013T.2012/4-75-2013/249(SİNERJİ İÇTİHAT).

çevreye zarar verdiği bilirkişi raporları ile kanıtlanamaması halinde dahi Anayasa ve İnsan Hakları Evrensel beyannameğine atıfta bulunarak bir görüş beyan etmiştir. Bizce bu karar, bilirkişi raporlarının nitelikleri ve hangi hallerde karara temel alınacaklarına dair HMK m.279 düzenlemesine aykırı bir değerlendirme olabilme özelliği taşımaktadır. HMK m.280 düzenlemesine göre; "bilirkişi raporunu, varsa kendisine incelenmek üzere teslim edilen şeylerle birlikte bir dizi pusulasına bağlı olarak mahkemeye verir; verildiği tarih rapora yazılır ve duruşma gününden önce birer örneği taraflara tebliğ edilir"<sup>186</sup>. Raporun verilmesi işlemi uygulamada, önce hakime veya yazı işleri müdürüne havale ettirilmesi ile akabinde mahkeme kalemine dosya içine sunulması şeklinde gerçekleşir. Havale edilirken mutlaka rapor üzerinde havale tarihi yazılmalıdır. Havale tarihli nüsha dosya içinde muhafaza edilir diğer nüshalar taraflara tebliğ edilir. Bazen uygulamada kanunda açıkça raporun tebliğ edilmesi öngörülmüşse de, tebliğ edilmeyip duruşma günü hazır olan taraflara elden verildiği de söz konusu olabilmektedir. Bilirkişi raporu "Örnek no:25" tebligat zarfı ile taraflara tebliğ edilir. Örnek No:25 tebligat zarfının üzerinde, mahkemenin mühür ve imza ibaresi, derdest olan dosyanın esas numarası, ilgilinin adı ve soyadı ile adresi, tebligat zarfının bilirkişi raporunu ihtiva ettiği ibaresi ve bilirkişi raporunun tarihi, duruşma günü, saati ve yeri yer alır. Ayrıca zarfı üzerinde şu ihtar yer alır: "Bilirkişi raporuna HMK 281.maddesi gereğince tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde itiraz etmediğiniz takdirde bilirkişi raporuna itiraz etme hakkından vazgeçmiş sayılacağınız ihtar ve tebliğ olunur". Eğer bilirkişi raporunu istisnai olarak sözlü olarak sunmuş ise tutanağa bağlanan bilirkişi görüşü rapor yerine taraflara tebliğ edilmelidir<sup>187</sup>. Şüphesiz ki keşif sonrasında taraflara tebliğ olunan rapora karşı itiraz edilmesi söz konusu olabilecektir. Bilirkişi raporuna itiraz HMK m.281'de düzenlenmiştir. Maddeye göre; "Taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep

---

<sup>186</sup>Hükümet Gerekçesi:"Maddede yer alan düzenlemeyle, görevini tamamlayan bilirkişinin, süresi içinde raporunu ve incelemenin konusuyla ilgili olarak kendisine teslim edilmiş bulunan şeyleri, dizi pusulasına bağlı bir biçimde, mahkemeye derhal tevdi etmesi gereğine işaret edilmiş; tevdi tarihine ilişkin olarak raporun üzerine şerh düşülmesi esas benimsenmiş ve ayrıca raporun bir örneğinin okuyup değerlendirilip, varsa itirazlarını dile getirebilmelerini temin amacıyla, taraflara tebliğ edilmesi zorunluluğu öngörülmüştür".

<sup>187</sup> YILMAZ, s.1234.

edebilirler. Mahkeme, bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için, bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi; tayin edeceği duruşmada, sözlü olarak açıklamalarda bulunmasını da kendiliğinden isteyebilir. Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla, tekrar inceleme de yaptırabilir" şeklinde bir düzenleme getirilmiştir<sup>188</sup>. İki haftalık itiraz süresi kanunda hak düşürücü süre olarak düzenlenmiştir. Rapora itiraz edilmediği takdirde, rapor itiraz etmeyen taraf açısından kesinleşir. Ancak raporda bir takım eksikler veya yanlışlar tespit eden hakim, gerektiği taktirde ek rapor alınması veya yeniden rapor tanzim edilmesine karar verebilir. Bunun için iki haftalık itiraz süresine uyulup uyulmadığı koşulu aranmaz. Bizce raporda bir takım maddi ve tartışmasız hatalar ortaya çıkması halinde hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın itiraz edilebilmesi kanunun ruhuna daha uygun düşecektir. Örneğin, rapora esas teşkil eden krokinin başka bir taşınmaza ilişkin olduğu daha sonra ortaya çıktığında, tarafların itirazı süreye tabi olmamalıdır. Kaldı ki böyle bir durumda hakimin resen de yeniden ek rapor veya ikinci bir rapor isteyebileceği kanunen

---

<sup>188</sup>Hükümet Gerekçesi:" Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeyle, tarafların tatmin olmamaları halinde, bilirkişi raporuna itirazda bulunabilme olanaklarının varlığı güvence altına alınmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde, bilirkişi raporunda bazı hususlarda eksiklikler mevcutsa yahut raporda bazı hususlar belirsizlik arz ediyorsa, taraflar, raporda eksik gördükleri hususların bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik arz eden hususların ise bilirkişiye açıklattırılmasını yahut yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılmasını temin için, raporun kendilerine tebliğinden itibaren on beş günlük süre içinde, mahkemeye itirazda bulunabilirler. Bilirkişiye yöneltilecek olan sorular, taraflarında görüşü alınmak suretiyle somut olarak belirlenecek olursa, rapora itiraz olasılığı da önemli ölçüde azalır ve bu suretle yargılamanın uzamasının da önüne geçilmiş olur. Burada rapora itiraz için taraflara tanınmış bulunan onbeş günlük süre, kesin süredir; hak düşürücü bir nitelik taşır. Dolayısıyla, taraflar, bu süre içerisinde, itirazlarını dile getiremez ise bilirkişi raporu, onlar bakımından kesinleşir; yani taraflar rapora itiraz olanağını tümüyle kaybederler. Bu durum, zaten Tasarımın 100 üncü maddesinde yer alan ve kesin sürelerle ilgili genel bir düzenleme öngören kuralın birinci ve üçüncü fıkralarının işlerlik kazanmasının doğal bir sonucudur. Ancak, anılan hal, mahkemenin, ihtiyaç duyuyorsa, bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında öngörülen yetkilerini kullanmasına, yani bilirkişiden re'sen ek rapor talep etmesine veya inceleme yaptırmak üzere yeni bir bilirkişi atmasına herhangi bir engel oluşturmaz. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme ile, soyut uyumsuzluğu karara bağlayacak mahkemenin, raporda, bir takım eksiklikler veya belirsizlikler arz eden noktalar mevcutsa, bunların tamamlattırılmasını yahut açıklığa kavuşturulmasını temin için, bilirkişiden yeni sorular tertip etmek suretiyle, ek rapor alabilmesine imkan sağlanmıştır. Ayrıca, hakimin, gerekiyorsa rapor veren bilirkişinin sözlü açıklamalarda bulunmak üzere, tayin edilecek oturumda hazır bulunmasını, ondan re'sen isteyebilme yetkisi de hüküm altına alınmıştır. Maddenin son fıkrasında ise mahkemenin ihtiyaç duyması halinde, ek rapor isteme seçeneğini tercih etmeden, gerçeğin ortaya çıkarılmasını temin için, yeni görevlendireceği bir bilirkişi aracılığıyla, tekrar bir inceleme yaptırma yetkisinin bulunduğu hususuna açıkça işaret olunmuştur".

TBMM Adalet Komisyonu Gerekçesi: " Tasarımın 285 inci maddesinin birinci fıkrasında geçen "onbeş gün " ibaresi, sürelerin hesabında kolaylık sağlanması ve uygulamadan kaynaklanan sorunların giderilmesi amacıyla "iki hafta", ikinci fıkrasında geçen "tertip etmek" ibaresi ise açıklık sağlanması amacıyla " düzenlenmek" olarak değiştirilmiştir".

öngörüldüğü bir ahvalde, bilirkişi raporuna itirazın hak düşürücü süre ile sınırlandırılmasının pek de yerinde bir yaklaşım olmadığı görüşünderiz. Bizce önceki kanun düzenlemesi bu açıdan daha bir tercihe şayan görünmektedir<sup>189</sup>. Bilirkişi raporuna itiraz halinde hakim, bu itirazı kabul eder ise ya aynı bilirkişi veya bilirkişi heyetinden ek rapor istenmesine, ya da yeni bir bilirkişi raporunun, yeni atanacak bilirkişi veya bilirkişi heyeti tarafından düzenlenmesine karar verebilir. Hakim bilirkişi raporu veya raporlarını HMK m.282 düzenlemesine göre, diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirilir. Keşif sonrasında yapılan ve esasa tesir edecek en önemli usulü aşama, bizce bilirkişi raporunun tebliğ ve devamı aşamalarıdır. Bu nedenle bu aşamayı biraz daha geniş olarak incelemek durumu hasıl olmuştur. Son olarak birinci ve ikinci rapor arasında açık çelişki olduğu takdirde, hakim dilediği raporu temel alarak karar verebilme serbestisine kanuna göre serbesttir<sup>190</sup>. Ancak Yargıtay'ın bu gibi durumlarda, üçüncü bir rapor alınmamasını bir bozma nedeni olarak gördüğünü de özellikle belirtmekte fayda görüyoruz<sup>191</sup>.

## **2.2.Mahkemenin Keşif Sonrasındaki Değerlendirmesi**

### **2.2.1.Genel Olarak**

Keşif delili, bir takdiri delil olmakla birlikte aslında bünyesinde pek çok takdiri delili barındıran bir takdiri deliller toplamıdır. Hakim, keşfin içinde yer alan tüm hususları ayrı ayrı değerlendirip takdir etmelidir. Bir başka ifade ile keşfin içinde yer alan taraf ve tanık beyanları, bilirkişi raporları ve incelenmesi gereken sair

---

<sup>189</sup>HUMK madde 283: "Hakim raporda noksan ve müphem gördüğü cihetleri itmam ve izah için ehlivukufa yeni sualler tertip edebilir. İki taraf dahi noksan ve müphem cihetler hakkında ehlivukuftan izahat alınmasını raporun kendilerine tebliği tarihinden bir hafta zarfında hakimden tahriren talep edebilirler.

Hakim mütemmim izahat vermeleri zımında ehlivukufu tayin edeceği celseye davet ile şifahen istima edebilir.

Ehlivukufun şifahen verecekleri izahat hulasa veçhile zapta kaydedilerek ziri kendilerine imza ettirilir".

HUMK madde 284: "Hakikatin tezahürü için lüzum görürse tahkikat hakimi veya esas davayı rüyet edecek mahkeme evvelki veya yeniden intihap edeceği ehlivukuf vasıtasıyla tekrar tetkikat icra ettirebilir".

<sup>190</sup>YILMAZ, s.1239.

<sup>191</sup>"Taraflar arasındaki ayıplı mal davasının yapılan yargılaması sonunda, mahkemece yeniden oluşturulacak, konusunda uzman, üç kişilik teknik bilirkişilerden açıklamalı, taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli, her iki rapor arasındaki çelişkiyi giderecek nitelikte rapor alınmak suretiyle araçta ayıp bulunup bulunmadığı, beyaz duman atma olayının imalat hatası niteliğinde gizli ayıp olup olmadığı hususları saptanarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekir" 13.HD, 31.01.2013T, 2012/22731-2013/1971(SİNİERJİ İÇTİHAT).

hususlar hakim tarafından incelenmeli ve muhakeme edilmelidir<sup>192</sup>. Yargıtay 1.HD bir kararında;" Dava, fuzuli işgal hukuksal nedenine dayalı el atmanın önlenmesi isteğine ilişkin olup, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Mahalli bilirkişiler temin edilip keşif yapılmak suretiyle yerinde çekişmeli bölümün dava dışı A... A... ile davalı A... U... arasında düzenlenen sözleşme tarihleri de gözetilerek fiilen kimin tasarrufu altında olduğu belirlenmeli, dosyada mevcut bilirkişi rapor içerikleri ile mahkemece dinlenen tanıkların anlatımları dikkate alınmalı, böylelikle toplanan kanıtlar ışığı altında değerlendirildikten sonra elde edilecek sonuca göre hüküm kurulmalıdır" doğrultusunda bir görüş ortaya koymuş ve keşif ile birlikte tanık beyanları ve bilirkişi raporlarının birlikte değerlendirilmesi gerektiğini öngörmüştür<sup>193</sup>.Yargıtay 14.HD' nin benzer nitelikte bir kararında ise; "Dava, tapu iptali ve yol olarak terkin isteğine ilişkindir. Mahkemece, dava konusu taşınmazın bulunduğu yere ait hava fotoğrafları sağlanarak yerinde yeniden harita mühendisi bilirkişi marifetiyle keşif yapılmalı, yaşlı, tarafsız, yöreyi iyi bilen yerel bilirkişiler, kadastro tespitinde görev yapan tespit bilirkişileri ve taraf tanıklarının davaya konu yerin niteliği ile ilgili etraflıca beyanları alınmalı, en eski tarihli hava fotoğraflarında krokide (A) ve (B) harfleri ile gösterilen yerin ne şekilde nitelendirildiği tespit edilmeli, böylelikle yerel bilirkişi, tespit bilirkişi ve tanık sözleri denetlenerek istem bunun sonucuna göre bir karara bağlanmalıdır. Eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir" şeklinde bir açıklama ile yerel mahkeme kararının bozulması cihetine gidilmiştir<sup>194</sup>. HGK bir kararında keşif ile birlikte tüm delillerin takdir edilmesi gerektiği hususunu şöyle açıklamıştır: " Dava, tapulama dışı yerin imar ve ihya hukuksal nedenine dayalı zilyetlik yoluyla tescili isteminden ibarettir. Dava konusu taşınmazın bulunduğu yerde 1950 tarihinde tapulama tespiti yapıldığı, 1951 tarihinde çevre parsellerin tapu kayıtlarının itirazsız kesinleştiği, yapılan bu tespit sırasında dava konusu taşınmazın ziraata elverişsiz arazi olarak tapulama dışı bırakıldığı anlaşılmaktadır. Taşınmazda sürdürülen zilyetlik süresinin sadece burada bulunan ağaçların yaşı ile tespiti doğru değildir. Doğru bir sonuca varılabilmesi için, bu konuda dosyada bulunan tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Nitekim somut olayda, keşifte yeminle dinlenen yerel bilirkişi ve tanıklar keşif tarihi olan 18.10.2002 tarihinden geriye

<sup>192</sup>BAYRAKTAROĞLU, s.54.

<sup>193</sup>Y.1.HD,16.01.2013T.2012/12201,2013/213(SİNERJİ İÇTİHAT).

<sup>194</sup>Y.14.HD,12.12.2012T.13071/14388(SİNERJİ İÇTİHAT).



doğru bu yere önce davacının babasının, sonrada davacının eklemeli olarak 50 yıldır zilyet olduklarını, davacının da taşınmaz kendisine geçtikten sonra bir ev yaptığını ve toprağı işleyip bahçe olarak kullanmaya devam ettiğini, beyan etmişlerdir. Yine, dava konusu yere ilişkin 1971 basım tarihli hava fotoğrafı getirilmiş, bilirkişilerce yapılan uygulama sonucunda, fotoğrafta davacıya ait iki bina ve ön tarafta bahçesinin mevcut olduğu belirlenmiştir. Her ne kadar, ziraat bilirkişisince davacının zilyet olduğu bahçede ağaçların değişik cinslerde 1 ila 20 yaşlarında olduğu belirtilmişse de, yukarıda açıklanan yerel bilirkişi ve tanık beyanları ile resmi belge niteliğindeki hava fotoğrafı birlikte değerlendirildiğinde; dava konusu yerde zilyetliğin 1971 yılından önce başladığı ve dava tarihi olan 25.3.2002 tarihine kadar yasanın aradığı süre koşulunun fazlası ile gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Öte yandan 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 705 ve 713. maddelerinde mülkiyetin kazanım koşullarının gerçekleştiği anda mülkiyeti talep hakkı doğacağı öngörülmüştür. Resmi kanıtlarla çelişmedikçe tanıkların doğruyu söylediklerinin kabulü gerekir. Tanıkların beyanına göre 1952 yılından itibaren davacı ve babası taşınmaza zilyettir. Kaldı ki, resmi belge niteliğindeki hava fotoğrafı da bu beyanı desteklemektedir. Davacı 30.9.1997 tarihinde 1.1.1991 yılından tahakkuk tarihine kadar olan 6 yıl 9 aylık süre için talep edilen 120.698.000 TL ecrimisili ödemiş bulunmaktadır. Bu durumda zaten, gerek ecrimisil tahakkuk tarihinde, gerekse işgalin başladığı tarih olarak ecrimisilin başlatıldığı 1991 yılında, zilyetlikle kazanım için aranan yeterli süre geçmiş ve TMK m.713'e göre davacının mülkiyetin tespitini talep etme hakkı doğmuş olmaktadır"<sup>195</sup>. Son olarak Yargıtay 6.HD' nin bir kararını da konu ile ilgili olması bakımından örnek olarak aktarmakta fayda görüyoruz: " Uyuşmazlık önalım hakkı nedeniyle tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Davacı bedelde muvazaa iddiasında bulunmuştur. Muvazaa iddiası konusunda keşif, tek başına yeterli delil teşkil etmez. Keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporunun tanık beyanlarıyla doğrulanması gerekir"<sup>196</sup>.

---

<sup>195</sup>HGK,05.05.2004T.8-252/257(KAZANCI İÇTİHAT).

<sup>196</sup>Y.6.HD,12.07.2005T.7105/7514( KAZANCI İÇTİHAT).

## 2.2.2. Mahkemenin Kendi Yapmış Olduğu veya İstinabe Yoluyla Yaptırılmış Olduğu Keşfi Değerlendirmesi

Hukuk muhakemesinde keşif delili, kapsadığı tüm takdiri deliller ve sair hususlar ile birlikte karar aşamasında hakim tarafından değerlendirilmelidir. Keşif, hakim tarafından karara bağlanması gereken uyuşmazlık açısından son inceleme vasıtasıdır. Bu itibar ile hakimin bizzat gözlem ve incelemesine dayanan keşif delili, maddi gerçeği bulmak faaliyetinde hakim için çok önemli bir vasıta. Hakim bizzat yapmış olduğu keşfi, kapsadığı tüm hususlar ile birlikte değerlendirecek ve diğer takdiri delilleri de bizzat keşif mahallinde değerlendirerek, icra olunan keşfin hüküm vermeye yeterli olup olmadığını değerlendirecektir. Hakim gerekli gördüğünde ikinci veya üçüncü bir keşif dahi yapılmasına karar verebilir. Ancak ilk keşiften sonra başka bir keşif yapılmasına karar verdiği takdirde, ilk keşfe giden bilirkişi veya bilirkişilerden yararlanmayıp, yeni bir bilirkişi veya bilirkişi heyeti yapılacak olan ikinci keşfe götürülmelidir. Eğer ikinci keşif de hakim tarafından maddi gerçekliği bulma ve hüküm verme açısından yetersiz görülür ise yeni bir bilirkişi veya bilirkişi heyeti oluşturularak üçüncü bir keşif yapılmalıdır<sup>197</sup>. Bazı durumlarda keşif mahalli mahkemenin yetki sınırları dışında olabilir. O vakit mahkeme istinabe yolu ile keşif yapılmasına karar verir ve keşif mahallinin bulunduğu yer mahkemesine keşfin icrası için talimat gönderir<sup>198</sup>. Burada gönderilen talimatın bir emir ve talimat verme anlamında değil sadece bir yardım talebi anlamında olduğunu da özellikle belirtmek istiyoruz. Doktrinde talimat kelimesinin kullanılması eleştirilmekte ise de yaygın bir şekilde kullanıldığından bahisle biz de bu kelimeyi kullanmakta bir sakınca görmedik<sup>199</sup>. Aksinin uygulamadaki terminolojiden uzaklaşmak tehlikesini de

---

<sup>197</sup>BAYRAKTAROĞLU, s.55.

<sup>198</sup>İstinabe: "

<sup>199</sup>İstinabe ile ilgili yapılacak olan yazışmalarda Hukuki Yardım yerine uygulamada talimat denilmesinin hatalı olduğunu ileri süren bir görüşe göre: "Hukuki yardım yerine uygulamada talimat denilmekte ise de, haklı olarak bu ifade eleştirilmektedir ve doğru değildir. Çünkü hiç kimse mahkemelere emir ve talimat veremez (A Y m. 138/2). Her ne kadar istinabe anlamındaki talimattan kasıt sadece başka bir mahkemeden yardım istemek olsa da yinede hukuken yanlış bir ifadedir. Doğru olan, hukuki yardım istemi ya da talebidir. Kendisinden hukuki yardım talep edilen mahkeme, bu istemi yerine getirmek zorundadır. Ancak, bunun için yardım isteminin yazılı olarak hangi işlemin yapılacağı hususunu da açıkça içerecek şekilde iletilmesi gerekir. Bunun yanında hukuki yardım talep edilen işlemi, yardım talep edilen mahkemenin yargı çevresi içinde yapabileceği bir işlem olmalıdır. Bu koşulların bulunmaması halinde, hukuki yardım talep edilen mahkeme, bu istemi yardım talep eden mahkemeye iade eder. Koşulların varlığına rağmen, hukuki yardım konusu işlemi yapmaması, hakimin sorumluluğunu gerektirir. Hukuki yardım konusu işlemin yapılması bir gideri gerektiriyorsa, hukuki yardım talep eden mahkeme bu gideri de göndermelidir. (Harçlar K. m.35). Aksi takdirde bu

barındırdığını belirtmek istiyoruz. İstinabe yolu ile keşfin icrasında, keşif ile ilgili usulü işlemleri talimat mahkemesi hakimi ayrıca esas mahkemesinden izin almaya gerek olmaksızın kendisi bizzat yerine getirir. İstinabe yolu ile keşif icrasında mutlaka keşfi icra eden hakim kendi gözlemini keşif tutanağına ayrıntılı ve açıklayıcı bir şekilde geçirmesi gerekmektedir. Bu husus istinabe yolu ile icra edilmiş olan keşfin esas mahkemesi tarafından değerlendirilebilmesi açısından önem arz etmektedir. Aksi durum ciddi bir eksiklik oluşturabilecektir.

### **2.2.3.İstinabe ile Medeni Usul Hukukundaki Doğrudanlık İlkesi Çelişmekte midir?**

Doğrudanlık ilkesi hukuk yargılamasının temel ilkelerinden biri olmakla birlikte HMK'da açıkça tanımlanmamıştır. Önceki kanun döneminde de herhangi bir tanım yapılması söz konusu değildir. Doğrudanlık daha çok doktrinsel çalışmalarda tanımlanan ve üzerinde durulan bir kavramdır. Bu kavrama göre hakim hüküm tesis etmek için, doğrudan doğruya vasıtasız bizzat kendisi delilleri değerlendirip muhakeme etmelidir. Bir başka ifade ile, tarafların iddiaları ve bu iddialar ile ilgili yaptıkları işlemlerin herhangi bir vasıta olmaksızın bizzat hüküm mahkemesi tarafından incelenmesi ve neticelendirilmesine usul hukukunda doğrudanlık adı verilir<sup>200</sup>. Daha önceki dönemlerde doğrudanlık kelimesi yerine "vasıtasızlık" kelimesi, kavramı ifade etmek için kullanılmaktayken artık günümüzde yaygın bir şekilde doktrinde "doğrudanlık" kelimesinin tercih edildiğini net bir şekilde gözlemliyoruz. Önceki bölümlerde keşfin tanımını;"hakimin uyuşmazlık konusunu bilgi sahibi olmak üzere bulunduğu mahalde bizzat beş duyusu ile incelemesine ve gözlemlenmesine keşif denilmektedir" şeklinde yaptığımız göre, keşif delilinin değerlendirilmesinde doğrudanlık ilkesinin önemli bir katkısı olduğunu söylemek, sanıyorum doğru bir tespit olacaktır. İstinabe doğrudanlık ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. Anayasa m.36/2 hükmüne göre, kural olarak hiç bir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz. Bu nedenle, yetkili ve görevli mahkemede açılan bir dava, o mahkeme tarafından sonuçlandırılmalı ve karara bağlanmalıdır. Yapılması gereken tüm usulü işlemleri,

---

gider gönderilinceye kadar hukuki yardım talep edilen mahkemenin bu işlemi yapma zorunluluğu yoktur". (PEKCANITEZ,ATALAY,ÖZEKES,s.104.)

<sup>200</sup>ARSLAN, Aziz Serkan, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara,2012,s.6.

mahkeme bizzat kendisi yerine getirmelidir<sup>201</sup>. Mahkemeler kendi yargı çevrelerinin dışında kalan mahkemeler ile genel kuralın istisnası olarak istinabe yoluna gidebilirler. Böylece istinabe yolu ile başka mahkemeler tarafından yemin, keşif, bilirkişi incelemesi, tanık dinlenmesi, isticvap ile defter tutulması veya ihtiyatı tedbir kararının uygulanması gibi işlemler gerçekleştirilebilir<sup>202</sup>. Şüphesiz ki usul hukukunda istinabe uygulaması doğrudanlık ilkesinden uzaklaşılacak bir durumdur<sup>203</sup>. Şöyle ki, istinabede yargılamayı yapan mahkeme, davayı neticelendirecek delilleri doğrudan doğruya bizzat vasıtasız olarak incelemek veya dinlemek yerine, zorunlu olarak istinabe olunan mahkemenin gerçekleştirdiği usulü işlemlere göre değerlendirme yapmak ve karar vermek zorunda kalacaktır<sup>204</sup>. Örneğin istinabe olunan mahkemenin icra ettiği keşfe göre, bu keşifte dinlenen tanık, bilirkişi beyan ve raporları ve sair hususlara göre esas mahkeme karar vermek durumundadır. Ancak istinabenin doğrudanlık ilkesini bütünüyle ortadan kaldırdığını söylemek de pek mümkün görünmemektedir. Netice itibari ile, istinabe yolu ile düzenlenen tutanaklar ve gerçekleştirilen usulü işlemlerin değerlendirilip muhakeme edilmesi esas mahkemesinin ve hakiminin taktirindedir. Örneğin istinabe ile gerçekleştirilen keşfi esas mahkemesinin hakimi yeterli bulmaz ise tekrar keşif yapılmasına karar verebilir. Başka mahkeme tarafından bir takım delillerin toplanması veya keşfin yapılması, esas mahkemenin bağlantısının o deliller ile tamamen koptuğu anlamına gelmemektedir<sup>205</sup>. Ancak keşif delilinde hakimin bizzat beş duyusu ile yapacağı gözlemin ne kadar önemli olduğunu da düşünürsek, başkasının duyuları ile yaptığı gözlem ile yetinmek zorunluluğu sanıyorum keşif delili içindeki doğrudanlık unsurunu, diğer delillere göre daha ciddi bir ölçüde zedelemektedir ve hangi hakim tercih hakkı olsa, kendi sonuçlandıracağı davanın keşfini kendisi yapmak istemez, şeklinde konuya bir başka açıdan yaklaşım göstermek daha uygun olacaktır, görüşünü taşıyoruz.

---

<sup>201</sup>BOŞÇA,Süleyman,Medeni Usul Hukukunda İstinabe,Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008,s.1.

<sup>202</sup>ARSLAN,s.175.

<sup>203</sup>YILDIRIM,Kamil,Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi,İstanbul,1990,s.92; ARSLAN,s.175.

<sup>204</sup>ARSLAN,s.176.

<sup>205</sup>PEKCANITEZ,ATALAY,ÖZEKES,s.263.-ARSLAN,s.177.

#### **2.2.4.Delil Tespiti veya İhtiyati Tedbir Aşamasında İcra Edilen Keşif Mahkemeyi Ne Kadar Bağlamaktadır?**

Delil tespiti ve ihtiyati tedbir talepleri ile ilgili olarak keşif yapılması söz konusu olabilmektedir. Delil tespiti talebinde bulunmak için, henüz açılmamış ancak ileride açılması düşünülen bir davada delil olarak ileri sürülebilecek bir vakıa olması ve delil tespiti yapılmasında hukuki yarar bulunması gerekmektedir. HMK m.405 hükmüne göre delil tespiti aşamasında değişik iş sayılı dosya üzerinden yapılan işlemler esas dosyanın eki kabul edilir ve esas dosya ile birleştirilir. Asıl dava dosyasının taraflarından herhangi biri iddiasını ispatlamak için delil tespiti aşamasında tanzim edilen rapor ve tutanakları dayanak gösterebilir. Bunu için delil tespiti isteyen taraf olaya gerek bulunmamaktadır. Aleyhine delil tespiti istenen taraf dahi bu tespit sırasında icra edilen keşif tutanak ve raporlarını delil olarak gösterebilir. Delil tespiti aşamasında yapılan keşif bir takdiri delil olduğundan bahisle şüphesiz ki hakimi bağlamayacaktır. Hakim yapılan keşfin yeterli olup olmadığını tarafların itirazlarını da dikkate alarak serbestçe belirleyecektir<sup>206</sup>. Yargıtay HGK 2010 tarihli bir kararında; karşı tarafa tebliğ edilmeyen veya tebliğ edilip de itiraza uğrayan delil tespiti tutanağı ve bilirkişi raporunun hükme esas alınamayacağını belirtmiştir<sup>207</sup>. Bu şekilde bir durum söz konusu ise Yargıtay'a göre mutlaka asıl davada yeniden bir keşif kararı verilmesi gereği söz konusudur. Öte yandan, mahkeme önüne gelen ihtiyati tedbir talebi ile ilgili bir karar vermeden önce, bir hakkın var olup olmadığını tespit etmek açısından sınırlı olarak esasın tamamına girmeden bir keşif kararı verebilir. Bu halde icra edilen keşif daha sonra esas davanın görülmesinde taraflar tarafından itiraza konu olmaz ise ve hakim tarafından da yeterli görüldüğü takdirde hükmün dayanaklarından biri olabilir. İtiraz halinde ise veya hakimin daha sonra ihtiyati tedbir ile ilgili yapılan keşfi yetersiz görmesi durumunda yeniden keşif kararı verilebilir<sup>208</sup>.

<sup>206</sup> ASLAN, Leyla Akyol, Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara, 2011, s.112.

<sup>207</sup> HGK, 10.02.2010T., 13-26/73 (KAZANCI İÇTİHAT).

<sup>208</sup> BAYRAKTAROĞLU, s.56.

### **2.2.5.Mahkeme Tarafları Farklı Olan Bir Dava İle İlgili Yapılmış Olan Keşiften Delil Olarak Yararlanabilir mi?**

Mahkeme bazı durumlarda tarafları farklı bir davanın keşfinden yararlanabilir mi? Keşif delili diğer takdiri delillerde farklı olarak esasen tarafların huzurunda incelendiğine göre, şüphesiz ki tarafların beyan ve itirazları değerlendirilerek esas mahkemesi hakimi tarafından takdir edilir. Bu durumda tarafları farklı olan bir dava için yapılmış olan keşif kural olarak başka bir davada temel alınamaz. Her dava için ayrı keşif yapmak gerekmektedir<sup>209</sup>. Ancak istisnai olarak taşınmaz ile ilgili icra edilen keşif delilinde, dava konusu taşınmazın bulunduğu yerde tarafların ve tanıkların dinlenmesi, iddia ve beyanların değerlendirilmesi gereği hasil olduğundan aynı taşınmaz üzerinde başka bir davada icra edilen keşfin delil olarak takdir edilmesinde aynı taşınmazla ilgili sair davalardaki tutanak, rapor, kroki ve planlardan yararlanmak mümkün olabilir. Özellikle uygulamada ilamların infazında bu usulden yararlanmak mümkün olabilmektedir<sup>210</sup>.

### **2.2.6.Görevsiz veya Yetkisiz Mahkeme Tarafından İcra Edilen Keşfin Hukuki Durumu**

Uygulamada bazen keşif kararı icra edildikten sonra görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmektedir. O halde görevsiz veya yetkisiz mahkemece icra edilmiş olan keşfin akıbeti ne olacaktır? HMK m.20 görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine yapılacak işlemleri belirtmektedir. Ancak HMK düzenlemesinde görevsiz veya yetkisiz mahkemece icra edilmiş olan keşif delilinin akıbeti konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bizce, keşif delili takdiri bir delil olduğuna göre usul ekonomisi ve muhakemenin gereksiz yere uzamaması bakımından görevsiz veya yetkisiz mahkemede yapılan keşif, tarafların itirazı olmaması ve hakim tarafından yeterli görülmesi durumunda hükme esas alınabilir. Ancak görevsiz veya yetkisiz mahkemece icra edilen keşfi esas mahkeme yetersiz görür veya bu konudaki taraf itirazlarını haklı bulursa yeni bir keşif kararı verebilir<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup>BAYRAKTAROĞLU, s.57.

<sup>210</sup>BAYRAKTAROĞLU, s.58.

<sup>211</sup>BAYRAKTAROĞLU, s.59.

### **2.2.7.Ceza veya İdare Mahkemesinde Yapılan Keşfin Hukuk Mahkemesine Etkisi**

Ceza davasında, ceza hakimi tarafından icra edilen keşfe taraflar itiraz etmezler ve hukuk hakimi de icra edilen bu keşfi muteber gördüğü takdirde, ceza yargılamasında icra edilen keşif tarafları aynı olan hukuk davasında verilecek hükme esas alınabilir. Ancak ceza yargılamasındaki keşif hukuk yargılaması açısından hukuk hakimince muteber görülmez ise veya bu keşfe taraflarca yapılan itiraz hukuk hakimi tarafından kabul edilirse, hukuk mahkemesi yeni bir keşif kararı akabinde yeni bir keşfin icrasını gerçekleştirebilir. Hukuk mahkemesinde derdest olan davanın taraflarından biri, ceza mahkemesince icra edilen keşfe katılmamış veya katılıp itiraz etmiş veya derdest olan hukuk davasının ceza davasıyla ilgisi yoksa ceza mahkemesi tarafından icra edilmiş olan keşfin hukuk hakimi tarafından değerlendirilmesi mümkün olamaz. Yargıtay HGK bu konuda " ... Davacı idarenin taraf olmadığı ceza mahkemesinde yapılan keşif hukuk mahkemesinde hükme medar olmayıp yeniden keşif yapılması icap edeceğine" şeklinde bir karar vermiş ve tarafları farklı olan ceza davasında ceza mahkemesince yapılan keşfin hukuk hakimi tarafından takdir edilmesinin mümkün olamayacağı hususunun altı çizilmiştir<sup>212</sup>. İdari yargı mercileri tarafından icra edilen keşif için de aynı hususları belirtmek gerekmektedir. Eğer tarafların bir itirazı olmaz ise ve hukuk hakimi tarafından muteber kabul edilip yeterli görüldüğü takdirde, tarafları aynı olan idari yargı mercileri tarafından icra edilen keşif usul ekonomisi ve yargılamanın gereksiz yere sürüncemede kalmaması açısından hükme esas alınabilir. Aksi durumda ise idare mahkemesi tarafından icra edilmiş olan keşfin hukuk hakimi tarafından hükme esas alınmak maksadıyla değerlendirilmesi mümkün olamaz.

---

<sup>212</sup>HGK. 25-04-1951 T.1-74/74, ( BAYRAKTAROĞLU, s.60).

### 3. SONUÇ

Hukuk muhakemeleri Kanununda keşif, dördüncü kısım olan İspat ve Deliller başlığı altında altıncı bölümde ele alınmış ve 288. ila 292. maddeler arasında açıklanmıştır. HMK 'ya göre takdiri bir delil olan keşif, önceki dönemlerde genellikle uygulamada yaygın bir şekilde taşınmaz davaları ile neredeyse özdeşleşmiş olup, hukukçu olmayan bir kişiye keşif kavramından bahsedildiğinde, akılda hemen taşınmaz davaları çağrışım yapmaktadır. Oysa ana hatları ile değindiğimiz üzere keşif, günümüz hukukunda pek çok alanda karşımıza çıkmakta olup, farklı uygulama ve yöntemler ile de gerçekleştirilebilmektedir. Bu çalışmada öncelikle keşif kavramını genel ve hukuki anlamda açıklamaya çalıştık. Bu açıklamaları yaparken de usul hukukunun keşif ile ilişkilendirilebilecek ilkelerine de kısaca değindik. Örnek olarak vermek gerekirse; "Aleniyet İlkesi", "Doğrudanlık İlkesi" gibi. Keşif, hakimin bizzat duyu organlarıyla uyuşmazlık konusunun bulunduğu yerde veya mahkemede uyuşmazlık konusu hakkında inceleme yapmak amacıyla müracaat ettiği taktiri bir delil olduğuna göre, önceki kanun düzenlenmesi olan sadece taşınmazlar ile ilgili keşif kavramında ayrı olarak yürürlükteki kanunda genel bir keşif kavramı tercih edildiğinden dolayı, konuyu taşınmazlar ile sınırlı kalmadan incelemeye çalıştık. Ayrıca, özellikle soy bağı tespiti davalarında alınacak ve uygulanabilecek zorla getirme kararının ne ölçüde HMK ruhu ile bağdaştığı hususunu da bu kısa çalışmada tartıştık. Kısaca teorik çerçevede keşif konusu ele alındıktan sonra keşif öncesi ile keşfin icrası sırasında ve sonrası aşamalarında yapılması gereken usul işlemlerini inceleyip, HMK' da yer alan sistematige göre maddesel olarak sırasıyla konuyu derinleştirdik. Keşif giderlerinden, gider avansı hususunu da inceleyerek kısaca bu çalışmamızda bahsettik. Keşfin bağlayıcılığı kavramı üzerinde durduk. Keşif konusunu ele alırken doktrinsel görüşlerin yanı sıra mümkün olduğunca uygulamaya dair Yargıtay kararlarından da yararlanmayı tercih ettik. Bunun nedeni ise keşif delilinin doğrudan uygulamaya yönelik yansımalarının olmasındandır dolaydır. Şüphesiz ki bu çalışmada bir takım eksiklikler söz konusu olabilecektir, ancak yüksek lisans tezi olarak kaleme almaya gayret ettiğimiz bu çalışmamızın gerek akademik alanda gerek ise uygulama alanında faaliyet gösteren hukukçulara keşif konusunun genel hatlarıyla teorik çerçevesinin anlaşılması bakımından katkı sağlayacağını düşünüyoruz.



#### **4.KAYNAKÇA**

**ALTAY, Şakir:** Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü, Ankara,1983.

**ANSAY, Şakir:** Hukuk Yargılama Usulleri,7.Baskı, Ankara,1960.

**ARSLAN, Aziz Serkan:** Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara,2012.

**ASLAN, Leyla Akyel:** Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara,2011.

**BAYGIN, Cem:** Soybağı Hukuku, İstanbul.2010.

**BAYRAKTAROĞLU, Suzan:** Medeni Usul Hukukunda Keşif, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir,1997.

**BERKİN, Necmettin:** Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul,1967.

**BOŞÇA, Süleyman, :** Medeni Usul Hukukunda İstinabe, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara,2008.

**CANDAN, Turgut:** Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara,2011.

**ÇAĞLAYAN, Ramazan:** İdari Yargılama Hukuku, Ankara,2011.

**ÇAYAN, Gökhan:** Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi, Ankara,2013.

**DÜZGÜN, Metin:** Medeni Usul Hukukunda Keşif, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1992.

**ERDOĞAN, Mustafa:** Medeni Usul Hukukunda Keşif Tutanağı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Bitirme Projesi, Ankara,2007.

**ERTEN, Rıfat/ACIR, Birsen/TAŞVEREN, Sema:** DNA Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, AÜHF Dergisi, sayı 45,1996.

**GÖKSU, Mustafa:** Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara,2011.

**HATEMİ, Hüseyin/ŞENOZAN, Rona:** Aile Hukuku, İstanbul,1993.

**KARAHANCIOĞLU, Haydar, Ali./PARLAR, Aynur:** 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat ve Deliller, Ankara,2012.

**KARAKOÇ, Yusuf:** Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemleri, İzmir, 1997.

**KILIÇOĞLU, Evren:** Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda “Hukuki Babanın Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi”nin Tanınması, MÜHFHAD,Cilt16.Sayı 3-4. 2010.

**KONCA, KURT, Nesibe:** Medeniyet Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009.

**KONURALP, Haluk:** Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara,2009 (KONURALP-İspat).

**KONURALP, Haluk:** Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara,2009 (KONURALP- Delil Başlangıcı).

**KORKMAZ, Sibel:** Sigorta Sözleşmelerinde İspat Sorunları, İzmir,2004.

**KUNTER, Nurullah:** Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1986.

**KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Gerekçeli Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara,2011(KURU/ARSLAN/YILMAZ-Karşılaştırmalı HMK).**

**KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara, 1986(KURU/ARSLAN/YILMAZ-Medeni Usul).**

**KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul,1990.**

**LAW, Jonathan/MARTİN, Elizabeth: Dictionary of Law, Oxford,2013.**

**MERİÇ, Nedim: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara, 2011.**

**OVACIK, Mustafa: İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, Ankara,2000.**

**ÖZEKES, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hukuk Yargımıza Neler Getiriyor, İzmir,2011.**

**PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara,2011.**

**PEKCANITEZ, Hakan/KORKMAZ, Hülya/MERİÇ, Nedim: Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara,2012 (PEKCANITEZ/KORKMAZ/MERİÇ-Gerekçeli HMK).**

**PEKCANITEZ, Hakan/KORKMAZ, Hülya/MERİÇ, Nedim: İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara, 2007 (PEKCANITEZ/ KORKMAZ/ MERİÇ-İçtihatlı HUMK).**

**SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul,2005.**

**SUNAY, ŞENLEN, Süheyla: İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil, İstanbul,1997.**

**TANER, Tahir:** Ceza Muhakemeleri Usul Hukuku, İstanbul,1944.

**TAŞDEMİR, Kubilay/ÖZKEPİR, Ramazan:** Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi  
Cilt:1,Ankara,2007.

**TEKİNAY, S. Sulhi:** Türk Aile Hukuku, İstanbul,1990.

**TİRYAKİ, Fuat:** Nesebin, Reddi Davası, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara,1995.

**TÜRK DİL KURUMU:** Türkçe Sözlük Cilt II.,Ankara ,1998.

**ÜSTÜNDAĞ, Saim:** Medeni Yargılama, İstanbul,1997.

**YAZGI, Burçak:** Medeni Usul Hukukunda Babalık Davası, Yayınlanmamış Yüksek  
Lisans Tezi, Ankara,2002.

**YEŞİLIRMAK, Ali:** Alternatif Uyuşmazlık Yolu Olarak Hakem Bilirkişilik, Dokuz  
Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.11,Özel Sayı, İzmir,2009

**YILDIRIM, Fadıl, Mustafa:** Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması  
EÜHFD,C.XI,2007.

**YILDIRIM, Kamil:** Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi,  
İstanbul,1990.

**YILMAZ, Ejder:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara,2012.