

**6100 SAYILI HMK MADDE 401 HÜKMÜNE GÖRE
DELİL TESPİTİNDE GÖREVLİ VE YETKİLİ
MAHKEME**

Yrd. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN*

ÖZET

Çalışmamızda öncelikle delil tespiti müessesesi hakkında bilgiler verildikten sonra delil tespiti hakkında HMK'da yer alan hükümler genel olarak incelenmiştir. Çalışmamızın konusu olan delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme konusu HMK'nın 401. maddesinde düzenlenmiştir. İncelememiz esnasında HMK 401. madde hükmü, önceki kanun hükümleri, HMK'nın genel amacı ve diğer bazı ülkelerdeki düzenlemeler göz önünde bulundurularak değerlendirilmiştir.

***Anahtar Kelimeler:** Delil Tespiti, İspat, Görev, Doğrudanlık, Yetki.*

**DETERMINATION OF EVIDENCE INCUMBENT AND
COMPETENT COURT ACCORDANCE WITH HMK
ARTICLE 401**

ABSTRACT

Information about the institution of study, after first detection of evidence of detected evidence in general, examined the provisions of HMK. The subject in this study was the determination of the competent court officials and the HMK 401 regulated by Article. During our review HMK 401 provision, the provisions of previous laws, regulations HMK overall objective in mind, and some other countries were evaluated.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı

Keywords: *Determination of Evidence, Proof, Incumbent, Directly, Competent.*

GİRİŞ

Hukuki koruma tedbiri türlerinden olan delil tespiti, davanın açılmasından veya dava görülmekte ise delillerin gösterilmesi aşamasının gelmesinden önce ileride kaybolma veya gösterilmesinde ve dinlenilmesinde (belirlenmesinde) zorluk çıkma tehlikesini ortadan kaldırmak üzere delillerin, hemen incelenmesini ve kayda alınmasını konu edinir. 12.01.2011 tarihinde TBMM’de kabul edilen ve 04.02.2011 tarihinde 27836 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda delil tespitine ilişkin hükümler 400 ile 405. maddeler arasında düzenlenmiştir. Önceki kanun zamanında üzerinde oldukça tartışma yaşanan delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme konusu yeni kanunun 401. maddesinde 4 fıkra şeklinde düzenlenmiştir. Çalışmamızda yeni kanunda bu hususta yapılan yenilikler irdelenecek, olumlu ve olumsuz görülen yönler belirtilecektir.

I. GENEL OLARAK

Bir hakkın doğumunu veya son bulması maddî hukuka göre, belli vakıaların var olup olmamasına bağlıdır. Dava yolu ile lehine bir hak tesis ettirmek veya bir hakkını korumak isteyen davacı, öncelikle dava dilekçesinde belirtmiş olduğu vakıaların gerçek olduğu konusunda mahkemeyi ikna etmek zorundadır. Aynı şekilde davalı tarafta kendi lehine bir hüküm elde etmek istiyorsa davacının ispatladığı vakıalara karşı, cevap dilekçesinde savunmasını dayandırdığı vakıaların doğruluğu konusunda mahkemeyi ikna etmek zorundadır¹. Davacı, davasında ne kadar haklı olursa olsun, davasını dayandırdığı vakıaları ispat edemez veya ispat eder de davalı bunların

¹ **Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, Ankara-2011, s.464; **Umar, Bilge/Yılmaz,** Ejder: İsbat Yükü, İstanbul-1980, s.2.

hilafını ispat ederse, davayı kaybeder². Davacının ve davalının, iddia ve savunmalarını dayandırdığı vakıaların doğruluğu konusunda mahkemeyi ikna etmek için başvurabilecekleri en önemli silahları mahkemeye sunacakları delillerdir. Bu bakımdan, mahkemenin bir vakıanın doğruluğuna ikna olması için sunulacak deliller büyük bir önem arz eder³.

Mahkemeye sunulan deliller dava sürecinde kural olarak tahkikat aşamasında incelenir. Fakat uygulamada delillerin incelenmesi aşamasına gelinceye kadar oldukça uzun bir süre geçmektedir. Bazı hallerde bu sürecin beklenilmesi delillerin mevcudiyeti ve ispat değeri açısından tehlikeli durumlar doğurabilmektedir⁴. Hukuki koruma tedbiri türlerinden olan delil tespiti, davanın açılmasından veya dava görülmekte ise delillerin gösterilmesi aşamasının gelmesinden önce ileride kaybolma veya gösterilmesinde ve dinlenilmesinde (belirlenmesinde) zorluk çıkma tehlikesini ortadan kaldırmak üzere delillerin, hemen incelenmesini ve kayda alınmasını konu edinir⁵. Bununla birlikte delil tespiti kurumu,

² **Kuru**, Baki: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara-2011, s.367; **Konuralp**, Haluk: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara-1999, s.8.

³ HMK m.187/1'e göre, ispatın konusunu oluşturan ve tarafların üzerinde anlaşamadıkları çekişmeli vakıaların ispatına yarayan ispat araçlarına delil denir. Bir başka tanıma göre delil, ispat faaliyetinde kullanılan ve dava öncesi, mahkeme dışında gerçekleşmiş olan vakıaların temsilen yargılamaya aktarılmasına yarayan ve çekişmeli vakıayı temsile ya da yansıtmaya elverişli olan inandırma araçlarıdır. Bkz. **Pekcanitez / Atalay/ Özekes**, s.465.

⁴ **Akyol** Aslan, Leyla: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara-2011, s.2; **Pekcanitez / Atalay/ Özekes**, s.465.

⁵ **Yılmaz**, Ejder: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C.II, Ankara-2001, s.1335; **Akil**, Cenk: Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti, AÜHFD, C.58, S.1, 2009, s.5; Delil tespitinin diğer tarifleri şu şekildedir: "Beyine tesbiti, bir beyininin mahkeme veya hakem huzurunda dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra sırası gelmemişken mahkemece tesbiti, emniyet altına alınmasıdır." Bkz. **Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara-1948, s.308-309; "Delil tespiti, açılmış bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş olan ya da ileride açılması düşünülen bir davada kullanılacak ve tespit edilmediği takdirde kaybolması veya ikâmesinde güçlük çıkması muhtemel olan ihtilafli bir vakıa hakkındaki delilin, tahkikat

açılmış veya ileride açılacak olan davada kullanılacak delillerin korunması veya mevcut bir durumun muhafazasını amaçlamaktadır. Bu niteliği ile delil tespiti, bir dava olmayıp, ilgili olduğu davaya bağlı usulî bir işlemdir⁶.

II. DELİL TESPİTİNE İLİŞKİN HMK'DA YER ALAN HÜKÜMLER

4 Ekim 1927 tarihinde, İsviçre'nin Nöşatel Kantonuna ait 1925 tarihli Medenî Usul Kanunu'nun tercüme edilmesi suretiyle hukukumuzda dahil olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu günümüzün ihtiyaçlarına tam olarak cevap verememesi nedeniyle yerini, 12.01.2011 tarihinde TBMM'de kabul edilen ve 04.02.2011 tarihinde 27836 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na bırakmıştır⁷.

aşamasında henüz delillerin incelenmesi aşamasına gelmeden önce toplanması ve güvence altına alınmasını sağlayan bir usul hukuku kurumudur.” Bkz. **Yavaş**, Murat: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-1999, s.3; **Doğanay**, İsmail: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tesbiti Delaile Dair Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, AD., 1954/7, (s.888-899), s.889; **Ercan**, İbrahim: Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya-1992, s.14.

⁶ Delillerin tespiti (talebi), ayrı bir dava değildir; bilâkis, ilişkin olduğu (açılacak veya açılmış) davaya bağlı bir işlemdir. Delillerin tespiti ayrı (yalnız başına) bir dava konusu da olamaz. Çünkü delil tespitinin konusu maddî vakialardır ve maddî vakıalar ise yalnız başına tespit davasına konu yapılamaz. Bkz. **Kuru**, s.593. “Dilekçe sadece tespit ve tedbir isteğine ilişkin olup, dava niteliği taşımadığı halde dava dilekçesi olarak kabulü ile esas hakkında karar verilmesinde isabet yoktur”. (HGK.,17.11.1976, 1/1016-2916; 1.HD., 9.12.1974, 11009/9280, **Olgaç**, Senai: Emsal İçtihatlarla Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara-1977, s.982).

⁷ Doktrinde bazı yazarlar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yerine yeni bir kanun düzenlenmesine karşı çıkmıştır. Onlara göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 80 yıllık uygulaması zengin bir yargılama kültürü oluşturmuştur. Bu zengin birikimin muhafazası ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun revize edilmesi gerekliliği göz önünde tutularak yeni bir kanun yerine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin gerektiğinde değiştirilmesi, gerektiğinde madde eklenmesi yoluyla muhafaza edilmesi daha yerinde olacaktır. Bkz. **Alangoya**, Yavuz/ **Yıldırım**, Kamil/ **Deren-Yıldırım**,

Hukuk Muhakemeleri Kanunda delil tespitine ilişkin hükümler Kanunun 2. Bölümünde “Delil Tespiti ve Geçici Hukuki Korumalar” başlığı altında 400 ile 405. maddeler arasında düzenlenmiştir⁸. Doktrinde önceden beri geçici hukuki koruma tedbirleri arasında sayılan hatta bir çeşit ihtiyati tedbir olarak görülen delil tespiti kurumunun hemen ihtiyati tedbir müessesesinden sonra düzenlenmesi ve geçici hukuki koruma niteliğini vurgulayan bir başlık altında kaleme alınması kanun tekniği açısından açıklayıcı olmuştur⁹.

HMK'nın 400. maddesinde delil tespitinin istenebileceği haller düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre, taraflardan her biri, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilir. Madde metninde delil tespitine konu olabilecek işlemler tahdidi olarak sayılmamış, sadece örneklendirilmiştir. Hukuki yarar olmak şartı ile ileri de delil olarak kullanılacak her türlü işlem (HMK m.192) delil tespitine konu olabilecektir.

HMK m.400'ün ikinci fıkrasında ise delil tespiti istenebilmesi için hukuki yararın varlığının gerekli olduğu HUMK'tan farklı olarak madde metninde açıkça vurgulanmıştır¹⁰. Ayrıca kanunda açıkça

Nevhis: Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul-2006, s.10.

⁸ Geçici hukukî koruma, öğretide, kesin hukukî himaye (dava) sonucunun ortaya çıkmasına kadar yargılama öncesinde veya sonrasında doğabilecek risklerden (tehlikelerden, sakıncalardan) dava ve/veya davalıyı korumak için yargı organlarınca verilen geniş ya da dar kapsamlı hukukî himaye olarak tanımlanmıştır. Bkz. **Yılmaz**, Ejder: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C.I, Ankara-2001, s.32.

⁹ Delillerin tespiti, bir dava olmayıp, deliller hakkında bir çeşit ihtiyatî tedbirdir. Bkz. **Kuru**, s.625; **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, İstanbul-2001, s.4427; **Yavaş**, s.20; **Özkan**, Hasan: İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti, İhtiyati Haciz ve Kamu Alacağı'nın Tahsilinde İhtiyati Haciz, İstanbul-2006, s.820; Karşı görüşte: **Ansay**, s.309; **Guldener**, Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich-1979, s. 576.

¹⁰ Alman hukukuna göre de diğer ön şartlar var olsa bile hukukî yararın varlığı ayrıca ortaya konulmak zorundadır. Bunun için delil tespiti talebinde bulunanın

öngörülen hâller dışında, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa hukuki yararın var sayılacağı düzenleme altına alınmıştır. Bununla birlikte herkes tarafından bilinen ya da açıkça uygunsuz amaç taşıyan talepler hukuki yarar eksikliği nedeniyle delil tespitine konu edilemez¹¹.

Delil tespitini talep edebilme şartları da HMK m.400'de düzenlenmiştir. Bu bakımdan HMK m.400 metninin en göze çarpıcı özelliği HUMK'un 368 ve 369. maddelerinde yer alan ve delil tespitine konu olabilecek işlemler ile delil tespitinin istenebilme şartlarını belirten iki madde hükmünün tek bir madde içerisinde yer alan iki ayrı fıkra ile karşılanması olmuştur. Delil tespitinin istenebileceği halleri belirten yeni maddenin eski düzenlemeden içerik itibarıyla bir farklılığı bulunmamaktadır. Buna göre hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileride toplanmasının daha zor olacağı durumlarda, hukukî yararı korumak amacıyla, delilin önceden toplanması mümkün kılınmıştır¹².

HMK m.401'de aşağıda genişçe inceleyeceğimiz delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme hususu düzenlenmiş, HMK m.402 ve devamı maddelerinde ise delil tespiti talep edenlerin uyacakları yargılama usulü ile mahkemenin delil tespiti kararı vermeden önce uyması gereken usul, HUMK hükümlerine nazaran daha açık şekilde düzenlenmiştir.

III. HMK m. 401 HÜKMÜNE GÖRE DELİL TESPİTİNDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

bir başkasıyla -mevcut hukukî durum dikkate alındığında uyumsuzluk içerisinde olması ya da böyle bir uyumsuzluğun beklenilmesi ve tespiti istenen delillerin söz konusu uyumsuzluk bakımından en azından muhtemelen kullanılabilir olması gerekmektedir. Bkz. **Akil**, s.14; **Zöller**, Richard/ **Herget**, Kurt: Zivilprozessordnung, 18. Auflage, Köln-1993, s.1057.

¹¹ **Doğanay**, s.891; **Erkuyumcu**, s.127; **Özkan**, s.373.

¹² Delil tespiti için iki temel şart bulunmaktadır. Bunlardan birincisi ancak henüz inceleme sırası gelmemiş delillerin tespiti istenebilir. İkinci olarak da delil tespiti talep edenin bunda hukuki yararı olmalıdır. Bkz. **Pekcanitez / Atalay/ Özekes**, s.465; **Kuru**, s.594.

HUMK'un 370. maddesinde düzenlenen delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme konusu, HMK'da m.401 hükmü ile düzenleme altına alınmıştır. Madde ile HUMK'tan farklı olarak, delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme konusuna açıklık getirilmiştir. Şöyle ki HMK düzenlemesinden önceki HUMK m.370 düzenlemesi ile ilgili, dava açılmadan önce delil tespitinin istenebileceği görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi konusunda, kanunun lafzındaki eksiklik nedeniyle doktrinde tartışma yaşanmaktaydı. Buna göre HUMK m. 370'de "delil tespiti için salâhiyettar olan mahkemeden" bahsedilmekteydi. Öğretide genel eğilim, bu madde ile hem yetkinin hem de görevin düzenlenmiş olduğunu savunmaktaydı. Bu görüşü savunanlara göre dava açılmadan önce yapılacak delil tespiti taleplerinde görevli ve yetkili mahkeme konusunda bir sınırlama bulunmamakta, dava açılmadan önce yapılacak delil tespiti talebi, esas dava hakkındaki görevli mahkeme ne olursa olsun en çabuk ve en az masrafla hangi mahkemeye başvurulabilecekse o mahkemeden talep edilebilecekti¹³. Buna karşılık azınlıkta kalan karşıt görüş ise bu hüküm ile sadece yetkili mahkemenin düzenlendiğini savunmaktaydı. Dolayısıyla dava açılmadan önce delil tespiti talebinin, esas hakkında ileride açılacak dava bakımından HUMK'un 1 ile 8. maddelerine göre hangi mahkeme görevli ise o mahkemeden yapılması gerektiğini savunuyordu¹⁴.

HMK m.401/1 hükmü ile HUMK'taki bu tartışma sona erdirilmiş, henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespitinin, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden isteneceği şeklinde düzenleme ile her iki görüşte göz önünde bulundurulacak karma bir sonuca varılmıştır.

¹³ **Kuru-C.IV**, s.4433; **Alangoya**, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul-2006, s.404; **Doğanay**, s.893-894.

¹⁴ **Özkan**, s.821-822; **Erkuyumcu**, Müfit: Delil Tespitine Müteallik Hükümler Üzerine Bir İnceleme, AD., 1946/2, (s.126-136), s.130; **Yavaş**, s.86; **Akil**, s.18.

HMK m.401/3 hükmünde, dava açılmadan önce delil tespiti isteğinin yetkisiz mahkemede yaptırılmaya teşebbüs edilmesi halinde, tarafların yetki itirazında bulunabilme hakları olduğu belirtilmiş, maddenin üçüncü fıkrasında ise tarafların yetki ve görev itirazında bulunma haklarının, daha sonra esas hakkında dava açılmasıyla birlikte sona ereceği düzenlenmiştir. Maddenin 4. fıkrasında ise önceki kanunda var olan düzenlemeye benzer şekilde, dava açıldıktan sonra delil tespiti işleminin, mutlaka davayı görmekte olan mahkemece yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

HMK 401. maddenin 2. fıkrasında ise noterler tarafından yapılacak tespitler bakımından söz konusu olacak yetki meselesinin düzenlenmesinin ise Noterlik Kanununa bırakıldığı belirtilmiştir. Noterlerin yetki çevresini düzenleyen Noterlik Kanunu m.2 hükmüne göre “her asliye ve münferit sulh mahkemesinin bulunduğu yerde, o mahkemenin yargı çevresindeki noterlik işlerini görmeye yetkili olmak üzere bir noterlik kurulur. Ancak asliye mahkemesinin yargı çevresinin birden çok ilçeyi kapsaması durumunda, gerektiğinde diğer ilçelerde de noterlik kurulabilir. Şu kadar ki, bir ilin belediye sınırları içinde birden fazla noterlik bulunduğu takdirde, her noterlik, bağlı olduğu asliye mahkemesinin yargı çevresi ile sınırlı olmaksızın, il belediyesi sınırları içindeki bütün noterlik işlerini görmeye yetkilidir”. Madde hükmüne göre asliye ve sulh hukuk mahkemesinin bulunduğu yerdeki noter, mahkemenin yargı çevresindeki tespit işlemleri de dâhil olmak üzere bütün noterlik işlerini görmeye yetkilidir.

Noterler tarafından yapılacak tespit işlemi kural olarak delil tespiti işlemi yerine geçmez. Zira Noterlik Kanununun 61. maddesine göre “Noterler bir şeyin veya bir yerin hal ve şeklini, kıymetini, ilgili şahısların kimlik ve ifadelerini tespit ederler ve davet edildiklerinde piyango ve özel kuruluşların, kur’a, seçim ve toplantılarında hazır bulunarak durumu belgelendirirler”. Noterlerin, Noterlik Kanunu’nun 61. maddesine göre yaptıkları tespit işlemi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 368. ve devamı maddelerinde düzenlenen

delillerin tespiti niteliğinde değildir. Zira delil tespiti işlemi ancak mahkeme tarafından yapılabilir¹⁵.

HMK m.401/4'e göre, dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında, sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevlidir¹⁶. İhtiyati tedbir müessesesindeki benzer şekilde düzenlenen fıkra hükmü gereğince, görevsiz ve yetkisiz mahkemenin yapmış olduğu delil tespiti işlemi geçerli değildir. Geçersiz olan delil tespiti işlemi neticesinde elde edilen deliller hükme esas tutulamaz¹⁷.

Bununla birlikte HMK m.401/1'de, henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespitinin, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden isteneceği düzenlenmiştir. Fıkranın lafzı ve içeriği HMK'da gözetilen temel ilkelerden biri olan doğrudanlık ilkesi ile çelişmektedir¹⁸. Zira henüz dava açılmadan önce talep edilecek

¹⁵ **Ulukapı**, Ömer: Noterlerin Genel Olarak Görevleri (Noterlik Hukuk Sempozyumu), 1-2, Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları, Ankara-1997, s.11-28, s.13; **Ulukapı**, Ömer/ **Atalı**, Murat: Noterlik Hukuku, Konya-1994, s.128; **Yılmaz**- C.II, s. 1375.

¹⁶ Davaya bakan mahkeme tarafından tespitine karar verilen delil, davaya bakan mahkemenin yargı çevresi dışında ise, davaya bakan mahkeme, o delilin tespiti için o delilin bulunduğu yer mahkemesini istinabe eder. Bkz. **Kuru**, s.595.

¹⁷ **Kuru**-Usul IV, s.4435; **Erkuyumcu**, s.129; **Akyol**, s.82; "HUMK m. 370 hükmünde, dava açıldıktan sonra o davaya ilişkin delillerin tespiti için yetkili olan mahkemenin, davayı gören mahkeme olduğu açıklanmıştır. Şu halde, davacının (dava Kadıköy Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmekte iken) Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesinde yaptırdığı delil tespiti, usulsüz olduğundan hükme esas tutulamaz". (HGK., 10.4.1963 T, 2/67 E, 34 K, AD., 1963/9-10, s. 1033-1043).

¹⁸ Doğrudanlık ilkesi, davanın açılmasından hüküm verilinceye kadar ki bütün delil toplama evrelerinin, kararı verecek olan hâkim veya hâkimlerin denetiminde ve gözetiminde gerçekleşmesinden sonra, bu şekilde elde edilen delillerin araya fazla zaman girmeden değerlendirilerek, içlerinden adil bir hüküm tesisine doğrudan doğruya katkı sağlayacak olanların mahkeme tarafından seçilmesini konu alan bir usul hukuku ilkesidir. Bkz. **Grunsky**, Wolfgang: Grundlagen des Verfahrensrechts, Biefeld-1974, s.435; **Rosenberg**, Leo/ **Schwab**, Karl Heinz/ **Gottwald**, Peter: Zivilprozeßrecht, München-2004,

delil tespiti konusunda fıkranın lafzına göre, talepte bulunana iki seçenek sunulmaktadır. Delil tespitini isteyen kişi isterse delil tespitini davaya bakacak olan mahkemeden isteyebilecek isterse de üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden isteyebilecektir.

HMK m.401/1'in lafzından çıkan sonuca göre, talepte bulunan kimsenin tespitini istediği deliller, asıl davanın açılacağı yerde bulunsa bile, kişinin bu seçimlik hakkını kullanmasına herhangi bir mani bulunmamaktadır. Delil tespitini isteyecek olan kimse, davaya bakacak olan mahkeme delillerin bulunduğu yerde olmasına rağmen kanunda yer alan "delillerin bulunduğu yerin sulh mahkemesi de görevli ve yetkilidir" hükmüne dayanarak bu mahkemeden de delillerin tespitini yapmasını isteyebilecektir. Örneğin Konya'da oturan bir kimse, Konya'da açacağı boşanma davası için, Konya'da bulunan bir meskenin delil tespiti amacıyla keşfini yaptırmak isterse bunu asıl davaya bakacak olan ve bu nedenle delilleri doğrudan incelemesi gereken aile mahkemesinden değil, Konya'daki sulh hukuk mahkemesinden de isteyebilecektir.

Kanımızca kanun koyucunun madde düzenlemesindeki asıl amacı kanunun ruhunu oluşturan ilkeler arasında yer alan doğrudanlık ilkesine zıtlık teşkil edecek böyle bir sonucun ortaya çıkması değildir. Ancak madde düzenlemesindeki eksiklik kanun yürürlüğe girdiği andan itibaren uygulamada böyle bir sonucun ortaya çıkması tehlikesine müsaittir. Bu tehlikenin önlenmesi ve kanunun genel

s.516; **Musielak**, Hans-Joachim: Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2.Auflage, Band 2, § 355-802 (Herg. **Lüke**, Gerhard/ **Wax**, Peter), München-2000, s.4; **Musielak**, Hans-Joachim: Grundkurs ZPO, München-2004, s.68; **Jauernig**, Othmar: Zivilprozeßrecht, München-2002, s.102; **Vogel**, Oscar/ **Karl**, Spühler/ **Gehri**, Myriam A.: Grundriss des Zivilprozeßrechts und des Internationalen Zivilprozeßrechts in der Schweiz, Bern-2006, s.185; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.263; **Alangoya/ Yıldırım / Deren-Yıldırım**, s.189; **Kurt**, Nesibe: Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğrualık İlkesi, Prof Dr Bilge Öztan'a Armağan, Ankara-2008, s.599.

amacına uygun olarak doğrudanlık ilkesine uygun hakkaniyetli bir yargılamanın yapılması açısından madde düzenlemesinin “Henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şey veya tanık olarak dinlenilecek kişi, esas davaya bakacak olan mahkemenin yargı çevresi dışında ise, o yerdeki sulh mahkemesinden istenir.” şeklinde yorumlanması kanaatimizce yerinde olacaktır¹⁹. Aksi halde doğrudanlık ilkesine uygun bir yargılama yapmak isteyen hüküm verici mahkeme, sulh mahkemesinde yapılan delil tespiti sonucunda kendisine sunulan delil tutanaklarına rağmen, kendi yetki sınırları içindeki delilleri kendisi bizzat toplamak istediğinde (delillerle arasındaki başka mahkeme tarafından düzenlenen kâğıttan duvarı kaldırmak istediğinde) bu durum usul ekonomisine aykırı pek çok sonucun ortaya çıkmasına neden olacaktır.

IV. SONUÇ

Davanın açılmasından veya dava görülmekte ise delillerin gösterilmesi aşamasının gelmesinden önce ileride kaybolma veya gösterilmesinde ve dinlenilmesinde (belirlenmesinde) zorluk çıkma tehlikesini ortadan kaldırmak üzere delillerin, hemen incelenmesini ve kayda alınmasını konu edinen delil tespiti müessesesi HMK’da m.400 ile 405 arasında düzenlenmiştir.

Doktrinde, dava açılmadan önceki delil tespiti taleplerinin yapılacağı görevli mahkemeye ilişkin olarak, önceki kanunun lafzındaki belirsizlikten kaynaklanan tartışmalara yeni kanunun 401.

¹⁹ Alman hukukunda dava açılmasından önce yapılacak delil tespiti talepleri bakımından farklı bir yol izlenmiştir. Buna göre Alman hukukunda delil tespitini yapacak mahkeme, en seri ve en az masrafla delillerin tespitini yapacak olan mahkeme değil; asıl dava hangi mahkemede açılacaksa o mahkeme yetkilidir. Asıl davanın açılacağı mahkemenin belirlenmesi ise şüphesiz asıl meselenin delil tespiti talebinde yeterince somut biçimde gösterilmesine bağlıdır. Diğer deyişle bu halde yetkili mahkeme tespit talebinde bulunan tarafın açıklamalarına göre tespit edilecektir. Bkz. **Cuypers**, Manfred: Das Selbstaendige Beweisverfahren in der Juristischen Praxis, NJW 1994/31, (s.1985-1992), s.1986; **Akil**, s.20.

maddesi ile son verilmeye çalışılmıştır. Buna göre, önceki kanun maddesi üzerinde yaşanan tartışma (HUMK m.370), karma bir çözüm bulunarak açıklığa kavuşturulmuştur.

Kanun, genel olarak delil tespiti müessesesini açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme almıştır. Ancak bununla birlikte 401. maddenin 1. fıkrasındaki eksiklik özellikle kanuna ruh katan ilkelerden doğrudanlık ve usul ekonomisi ilkesi ile zıtlık yaratacak niteliktedir. Çalışmamızda, uygulamada olumsuz sonuçlara da neden olabilecek bu konudaki eksiklik belirtilerek bu eksikliğin giderilmesi için gerekli öneri açıklanmaya çalışılmıştır.

BİBLİYOGRAFYA

Akil, Cenk: Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti, AÜHFD, C.58, S.1, (s.1-61), 2009.

Akyol Aslan, Leyla: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara-2011.

Alangoya, Yavuz/ **Yıldırım**, Kamil/ **Deren-Yıldırım**, Nevhis: Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul-2006.

Alangoya, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul-2006.

Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara-1948.

Cuypers, Manfred: Das Selbstaendige Beweisverfahren in der Juristischen Praxis (NJW 1994/31, (s.1985-1992).

Doğanay, İsmail: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tesbiti Delaile Dair Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, AD., 1954/7, (s.888-899).

Ercan, İbrahim: Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya-1992.

Erkuyumcu, Müfit: Delil Tespitine Müteallik Hükümler Üzerine Bir İnceleme (AD 1946/2, s.126-136).

Grunsky, Wolfgang: Grundlagen des Verfahrensrechts, Biefeld-1974.

Guldener, Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich-1979

Jauernig, Othmar: Zivilprozeßrecht, München-2002.

Konuralp, Haluk: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara-1999.

Kurt, Nesibe: Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğrualık İlkesi, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, (s.599-625), Ankara-2008.

Kuru, Baki: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara-2011.

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, İstanbul-2001.

Musielak, Hans-Joachim: Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2.Auflage, Band 2, § 355-802 (Herg. **Lüke**, Gerhard/ **Wax**, Peter), München-2000.

Musielak, Hans-Joachim: Grundkurs ZPO, München-2004.

Olgaç, Senai: Emsal İçtihatlarla Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara-1977.

Özkan, Hasan: İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti, İhtiyati Haciz ve Kamu Alacağı'nın Tahsilinde İhtiyati Haciz, İstanbul-2006.

Pekcanitez, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara-2011.

Rosenberg, Leo/ **Schwab**, Karl Heinz/ **Gottwald**, Peter: Zivilprozeßrecht, München-2004.

Ulukapı, Ömer: Noterlerin Genel Olarak Görevleri (Noterlik Hukuk Sempozyumu), S.1-2, Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları, Ankara-1997.

Ulukapı, Ömer/ **Atalı**, Murat: Noterlik Hukuku, Konya-1994.

Umar, Bilge/**Yılmaz**, Ejder: İsbat Yükü, İstanbul-1980.

Vogel, Oscar/ **Karl**, Spühler/ **Gehri**, Myriam A.: Grundriss des Zivilprozeßrechts und des Internationalen Zivilprozeßrechts in der Schweiz, Bern-2006.

Yavaş, Murat: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-1999, s.3.

Yılmaz, Ejder: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C.I, Ankara-2001.

Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme

Yılmaz, Ejder: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C.II, Ankara-2001.

Zöller, Richard/ **Herget**, Kurt: Zivilprozessordnung, 18. Auflage, Köln-1993.