

-KİTAP İNCELEMESİ-
AVRUPA İSPAT HUKUKU TABLOSU

*“Beweis-Preuve-Evidence”
Gründzüge des zivilprozessualen Beweisrechts in Europa*

*Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM**

1) KİTAP HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Alman Nomos Yayınevi, 2003’de Prof. Dr. Heinrich Nagel ve Prof. Dr. Ena-Marlis Bajons’un derledikleri “Beweis-Preuve-Evidence” Gründzüge des zivilprozessualen Beweisrechts in Europa (“Delil” Avrupa’da Medeni Usul Hukuku İspat Hukuku’nun Esasları) isimli eseri yayınlamıştır.

Türk ispat hukuku, Osmanlı döneminde özellikle senetle ispat konusunda Fransız hukukundan etkilenmiş; Cumhuriyet döneminde, İsviçre Nöşatel Kantonu Medeni Usul Kanunu’ndan iktibas edilmiş olan 1086 sayılı HUMK.’da düzenlenmiştir. Usul hukuku zaman içinde Alman ve Avusturya hukuku etkisinde de kalmıştır¹.

Adaleti temin talebi tanınan bireye, etkin hukuki himaye sağlanması hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Medeni usulün amacı gerçeklik temeline dayalı olarak hakkın tanınması ve tespitidir². Yargılama, olaya hukuk normlarının uygulanmasıdır, olayın saptanması temel meseledir. İspat hukuku, davanın ruhudur, özüdür³, belkemiğidir. Bu bakımdan ispat hukuku ve enstrümanlarının ayrı bir önemi vardır.

İspat hukukunun tarihi gelişimi ve mukayeseli hukuktaki, özellikle Av-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 **M.K. Yıldırım**, Die Einflüsse des französischen-, deutschen und schweizerischen Rechts auf das türkische Beweisrecht, in Dike International 2001, s.47 vd.

2 Bkz. **H.F. Gaul**, Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu, (Çeviren: N. Deren-Yıldırım), İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen M.K. Yıldırım), 4. Bası, İstanbul 2003, s. 114; **Y. Alangoya/M.K. Yıldırım/N.Deren-Yıldırım**, Medeni Usul Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2005, s. 28, dn. 4b.

3 **W.Habscheid**, Das Recht auf den Beweis und der Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes, JZ 1984, s. 381 vd., 382 de R.Perrot ‘a atfen.

rupa'daki durumu incelenmek gerekir⁴. Toplumsal gelişmeler asırlar boyu ispat hukukunu tedrici olarak etkilemiştir. Yakın geçmişte, doğu Avrupa'daki bloğun çözülmesinin yarattığı coğrafi genişleme, teknolojik gelişim de ispat hukukunu bir ölçüde tesir etmiştir.

Bilindiği üzere, mukayeseli hukukun pek çok işlevi bulunmaktadır. Bunlar, milletlerarası anlaşmaların ve düzenlemelerin hazırlanması ve yorumunda yeknesaklığın sağlanması, hukuk dogmatığının daha iyi kavranması için bilgi toplama, hukuk eğitiminde nosyonun oluşturulması; kanun tasarıları hazırlıklarına yardımcı olmasıdır⁵. Mukayeseli hukuka ilişkin çalışmalar⁶, uluslararası yeknesak kurallar oluşturulması düşüncesini de geliştirmekte, desteklemektedir⁷.

Heinrich Nagel, daha önce 1967 yılında, "Die Grundzüge des Beweisrechts im Europäischen Zivilprozess" isimli eseri yayınlamıştı. Eser, sırasıyla, "İspat Hukukunun Esasları" (s. 27-138), "Medeni Yargılamada İspat Hukukunun Tarihi Gelişimine Bakış" (s. 141-235), "Münferit Deliller İçin Yargılama Kurallarını Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirme" (s. 239-401) ve "İspat Hukukunun Farklı Düzenlenmesinin Milletlerarası Usul Hukukuna Etkileri" (s. 405-479) başlıklarını taşıyan dört bölümden oluşuyordu. Eserde Almanya, İsveç, İspanya, Fransa, İtalya, İngiliz ve Sovyetler Birliği olmak üzere toplam 7 ülke hukuku incelenmişti.

Nagel tarafından 1967 yılında yayınlanan kitap ile 2003 yılında yayınlanan kitap karşılaştırıldığında belirgin farklar görülmektedir. Eser, tamamen yenilenerek daha kapsamlı ve farklı bir konseptte sunulmuştur; sayfa sayısı 483'den 857'ye, incelenen ülke sayısı 7'den 24'e ulaşmıştır. Derleyen-

⁴ *Nagel/Bajons*, s. 814 dn. 1'deki *H. Nagel*, Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess, Baden-Baden 1967, s. 139 vd.; *R.C. van Caenegem*, History of European Civil Procedure, in International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI (Civil Procedure), Chapter 2 1973; *R. Stürner*, Geschichtliche Grundlinien des europäischen Beweisrechts, in: FS Söllner, München 2000, s. 1171 vd.; *Yıldırım*, Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 3-31.

⁵ *Stürner/Stadler*, Eigenarten der Prozessrechtsvergleichung, in: Transnationales Prozessrecht (Hrsg. P. Gilles), Baden-Baden 1995, s. 263 vd.

⁶ Örneğin son olarak, *P. Gottwald*, Zum Stand der Zivilprozessrechtsvergleichung, in: FS Schlosser, Tübingen 2005, s. 227 vd.

⁷ Avrupa Medeni Usul Kanunu için *H.Roth*, Die Vorschlaege der Kommission für ein europäisches Zivilprozessgesetzbuch- das Erkenntnisverfahren, ZZZ 109 (1996), s.271 vd; Avrupa İhtiyati Tedbirler ve İcra Hukuku için bkz.: *E.Schilken*, Die Vorschläge Kommission für ein europäisches Zivilprozessgesetzbuch- einstweiliger und summarischer Rechtsschutz und Vollstreckung, ZZZ 109 (1996), s. 315 vd.. Uluslararası kapsamda bkz.: *G.C. Hazard*, *R. Stürner*, *M. Taruffo* ve *A. Gidd*'nin American Law Institut (Philadelphia) ve Unidroit (Roma) için hazırladıkları ve Nisan-Mayıs 2004'te tamamladıkları "Principles and Rules of Transnational Civil Procedure" taslağı için bkz.: Unidroit 2004 Study LXXVI - Doc. 12 (February 2004), Council Draft. No. 2 (September 2003) Principle 5.3, 10.2; Rule 7.4, 11.2. Ayrıca daha öncesi için bkz.: *Stürner*, Modellregeln für internationalen Zivilprozess?, in ZZZ 112 (1999), s. 185 vd.

ler olarak Nagel ile Ena-Marlis Bajons dışında, milli raporları ile G. Arnau-dova, C.M. Bervoet, K.E. Beys, P. Böhm, A. Chizzini, C. Fennell, C. Garrett, H.M. Granow, S. Kofmel-Ehrenzeller, B. Lindell, H. M. Michelsen, J. Mokry, G. Möller, J. Nemeth, Z. Papp, S. Patti, G. Rouhette, M. Schwonke, E. Smith, J. Sobkowski, V. Steiner, M.E. Storme, I. Tölg, A. Uzelac katkıda bulunmuşlardır.

İncelenen kitapta, 3 ila 785.nci sayfalar arasında sırasıyla Belçika, Bulgaristan, Danimarka, Almanya, Finlandiya, Fransa, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Hırvatistan, Lichtenstein, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Avusturya, Polonya, Portekiz, İsveç, İsviçre, Slovakya, İspanya, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, İngiltere-Galler ve İrlanda ülkeleri Milli Raporlarına ve ardından s. 788-812'de tablo şeklinde karşılaştırmalı bir kavram fihrisine yer verilmiştir.

Nagel'in tek başına çıkardığı 1967 tarihli baskıdaki tarihçe ve mukayeseli hukuk bölümü yeniden ele alınmamıştır.

Ena-Marlis Bajons'un sonuç bölümünde (s. 815 vd.) belirttiği üzere, mukayeseli hukukta önemli gelişmeler yaşanmaktadır; Avrupa ispat hukukunun temel eğiliminin kapsamlı bir analizi sonraki basıya bırakılmıştır. Ancak asırlarca değişmeden kalmış olan şekli taraf yemini gibi arkayık usul kurumlarının bertaraf edilmiş oldukları hususu ve e-doküman gibi yeni delillerin kanunen düzenlendikleri gibi hususların tamamı dikkate alınmıştır.

İspat hukukunun tarihi gelişimi anahatları ile şu şekilde açıklanabilir⁸. Tarihte önce akıl dışı deliller⁹, sonra akli deliller kullanılmıştır. Deliller arasında şahit ve senet delilin, biri diğerine alternatif teşkil etmesi nedeniyle özel bir yeri olmuştur. Zaman içinde senetle ispat kuralının yerini, şahit delil ve dolayısıyla delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi almıştır. Senetle ispat kuralının kabulü bakımından Fransa'da 1566 tarihli Ordonnance de Moulins bir dönüm noktasıdır, şahit delil 1667 Ordonans'ı ile giderek geri plana itilmiştir. Kıta Avrupasında eskiden yargılamada şeklilik, yazılılık ve gizlilik ilkeleri etkiliydi; delil olarak senet ve şahit dışında karineler, mahkemece maruf ve meşhur olan hususlar ve taraf yemini kullanılırdı. Şahit delil kullanıldığında, kullanılan şahidin cinsiyetine göre farklı puanlar verilir, sonuçta puanlar matematik hesap ile toplanır ve tam isbata ulaşıp

⁸ Nagel, Die Grundzüge, s. 139-236; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 3-32; Stürner, FS Söllner, s. 1178 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 324. Senetle ispat konusunda ayrıca bkz.: H. Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1988, s. 8 vd.

⁹ Milattan önce 3000 yıllarına dayanan, hukuk ve ceza yargılamasının henüz birbirinden ayrı olmadığı Mezopotamya ve Anadolu'da yaşamış olan Sümerlerde, M.Ö. 2100 tarihli Codex Urnammu da "Nehir Ordali" (Wasserordal) yer almaktadır. Suçla veya borçlu olmakla itham edilen kişi nehre atılır, nehirde boğulmaz ise onun haklılığı bu ordal sayesinde ispatlanmış olurdu (Wesel, Geschichte des Rechts, 2. Auflage, München 2001, no.63 vd.). Nehir ordali tableti örneği Ankara Anadolu Medeniyetleri Müzesinde sergilenmektedir.

ulaşılmadığı tespit olunurdu. Fransız ihtilali döneminde Voltaire ve Napolon, matematik hesaplamaya şiddetle karşı çıkmıştır. Fransız ihtilali ile “vicdani kanaat” esas hukuk kültürüne girmiştir. Bu ilke aslında hem kanuni ispat teorisinin karşıtı, hem de hâkimin hayat olayından izlenimler edinmesi olarak anlaşılmıştır¹⁰. Bugün Avrupa ispat hukuku, tüm bilgi kaynaklarından imkân ölçüsünde yararlanılması, sıkı ispat kurallarının terk edilmesi ve hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesine imkân tanınması ve delillerin mahkeme dışında ve hatta yargılamadan önce ikamesine izin verilmesi esaslarına dayanmaktadır. Bütün bu gelişmeler günümüzde kabul gören medeni usul hukukunun gerçeklik temeline dayalı olarak maddi hukukun tanınması ve tespiti amacına uygundur.

2) MUKAYESELİ HUKUKUN AVRUPA ÖLÇEĞİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Ena-Marlis Bajons şu hususlara dikkat çekmektedir (s. 815-819):

Temel sorunlardan biri, mevcut bir delile ilk defa kim temas edecektir ve tarafların tahkikatta karşılıklı olarak işbirliği yapma yükümlülüğü var mıdır, varsa ne ölçüdedir? Anglo-Sakson yargılama modelinde tahkikata ilişkin, Adversarial sistemde asıl duruşmaya kadar davanın yürütülmesi taraflara verilmiştir (s. 819-820)¹¹.

Dava malzemesi üzerinde taraf hâkimiyeti var mıdır, varsa kapsamı nedir? (Vakıaların taraflarca getirilmesi- resen araştırma ilkeleri ve elbirliği ile hareket ilkesi)¹².

Hâkim ne ölçüde ve ne zaman delillerle temasa geçer, onları değerlendirir? (Delil ikamesinin doğrudanlığı ilkesi)¹³.

İhtilafli olayda hüküm için önemli vakıaları kim getirmekle yükümlüdür? (Sübjektif-objektif ispat yükü)¹⁴.

¹⁰ *Yıldırım*, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 13.

¹¹ Adversarial sistemi hakkında geniş bilgi için bkz.: *Alangoya*, Dava Temeli, Hakimın Dava Malzemesinin Toplanması ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, Kazancı Dergisi, S. 9, Mayıs 2005, s. 99 vd.

¹² *E. Becker-Eberhard*, Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesini Esasları ve Sınırları, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen M.K. Yıldırım), 4. Bası, İstanbul 2002, s. 17-42; *E. Schilken*, Medeni Yargılamada Hakimın Rolü, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen M.K. Yıldırım), 4. Bası, İstanbul 2002, s. 43-66; *N. Deren-Yıldırım*, Hakimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 833-841; *Y. Alangoya*, Dava Temeli, s. 83 vd.; *R. Greger*, Kooperation als Prozessmaxime, in: Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im Gezeiten Europa (Hrsg. Gottwald), Bielefeld 2000, s. 77-84.

¹³ *Yıldırım*, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 90-95.

¹⁴ *B. Umar/ E. Yılmaz*, İspat Yükü, 2. Bası, Ankara 1980; *Yıldırım*, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 74-76; *Schilken*, s. 64; *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 336 vd.; *S. Üstündağ*, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 613 vd.

Delil ikamesinin farklı derecelerde şekilleştirilmesi konusu (Katı ispat ile karşıtı serbest ispat)¹⁵. Avrupa ölçeğinde medeni yargılama hukukları şahit, taraflar, bilirkişi, senetler ve keşif olmak üzere beş klasik delile yer vermektedir. Delil katalogundaki bu beş delile ve usul kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen ispat katı, sıkı ispat olmaktadır.

3) HÂKİM VE TARAF ARASINDA GÖREV DAĞILIMI: GELENEK VE YENİ YAKLAŞIM

Kıta Avrupasında delil ikamesinin mahkemenin işi olduğu asırlar önce benimsenmiştir. Soru sadece acaba delil ikamesinden önce tarafın konuya ilişkin bir dilekçe vermesinin şart olup olmadığından ibarettir. Kıta Avrupasında vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesi ve resen araştırma ilkesi kavramları kullanılmaktadır. Bu durum Anglo Sakson hukukuna uymamaktadır. Oradaki adversarial sistem ve inquisitorial sistem kavramları, tüm delil ikamesinin asıl duruşmanın hazırlığına hizmet ettiği bambaşka bir yargılama kültürüne sahip bir sisteme aittir. Yargılama pre trial ve trial safhası olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Kıta Avrupasında tasarruf ilkesi ile tarafın, usuli talep hakkında tasarruf edebileceği, ancak ihtilaflı vakıalar ve deliller bakımından sınırsız bir tasarruf yetkisi olmadığı fikri egemendir. Hâkimin, tarafın dilekçesi olmadan dahi gerekli delile ulaşabilmesine imkân tanınmaktadır (Avusturya'da Kooperationsmaxime)¹⁶. Delil ikamesinin konusunun ne olabileceği sorusunu Romanist hukuk sistemi (ki en önemli örneği Fransız hukukudur), Disposition (tasarruf) ilkesini bir ayırım yapmaksızın hem usuli talep hem vakıalar için kullanması nedeniyle, saf, katı bir şekilde taraflarca getirme ilkesi konseptine bağlı tutarak cevaplandırmaktadır (s. 821-822).

Dava konusu, dava (davacı ve davalının dilekçeleri) ile sabit, belirli hale gelir ise de, bu dilekçeler dava kompleksinin tam, mükemmel biçimde açıklanmasına yetmemektedir. Dava kapsamının açıkça belirlenmesi için hâkimin, taraflarla hukuki görüş alışverişinde bulunması lazımdır. Hâkimin taraflarla işin hukuki yönünü görüşmesinin önemi giderek artmakta ve sürpriz karar verme yasağı vurgulanmaktadır¹⁷. Esas hakkında karar ver-

¹⁵ *Yıldırım*, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 87-90; *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 323, dn. 5.

¹⁶ Avusturya için bkz: *W.H. Rechberger*, Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması, in: *İlkeler Işığı Altında*, s.6. Almanya için bkz.: *Schilken*, s. 65-66. Son olarak *N.Deren-Yıldırım*, Hakimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 817-832; *N.Deren-Yıldırım*, Die Kooperationsmaxime und ihre ideologischen Aspekte, in: FS Rechberger, Wien 2005, s.103-113.

¹⁷ *Schilken*, s. 61; *Gaul*, s. 91; *Becker-Eberhard*, s. 33 vd. § 139 ZPO'nun yeni başlığı "Mad-di Bakımdan Yargılamanın Yürütülmesi" halini almıştır (Geniş bilgi için bkz.: *E. Becker-Eberhard*, Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında, 21. Yüzyılım Usul Hukuku Sorunları (Derleyen N. Deren-Yıldırım), İstanbul 2003, s. 59 vd., 69).

meden önce hukuki açıklama yapılmamış olması, tarafların hukuki dinlenme hakkının ve bu bağlamda ispat hakkının ihlal edilmiş olduğu anlamına gelmektedir.

Tarafların, belirli bir delilin (şahit veya senet delilin) hâkim tarafından resen ikamesini, ortak iradeleri ile (örneğin, delil sözleşmeleri akdederek)¹⁸ engellemelerine izin verilmesi, vakıalar üzerinde tasarruf yetkisinin gerçek bir kalıntısıdır.

Hâkim, tarafların talebi olmaksızın delile başvurabilir mi? Sorusu da önemlidir. Ancak tarafların doğruluk ödevi¹⁹ ve davayı teşvik ödevi²⁰ bulunduğu doktrinde genel kabul görmektedir ve bu dava yükünün ihlali durumu için öngörülen müeyyideler (özellikle delillerin değerlendirilmesinde aleyhinde değerlendirme kriteri olarak kullanılması) yeterli olmaktadır. Tahkikata ilişkin normatif esaslar Avrupa'da her ülkenin yargılama geleneğine göre değişiklik arzeder (s. 824)²¹.

Tahkikatı yapan ve kararı veren mahkemenin (hâkimin) yeknesaklığı veya birbirinden ayrılması, 19. yüzyıl başlarında ispat prosedüründe doğrulanlığın arzulanan sınırı, ölçüsü yazılı ve gizli yargılama usulü yerini sözlülük ve alenilik ilkesine yer veren modern bir yargılamaya terk etmiştir²². Yargılama hukukunda sözlülük-doğrudanlık-alenilik üçlemesi günümüze dek değişmeden varlığını sürdürmüştür. Sisteme yeni bir teknik olarak videokonferans desteğinin dâhil edilmesi de (Almanya'da § 128a ZPO) bir değişikliğe yol açacaktır ve bu doğrudanlığı güçlendirmektedir (s. 825, 857).

¹⁸ Türk hukukunda HUMK. m. 287. Münhasır olan-olmayan delil sözleşmeleri ayrımı için de bkz.: *Yıldırım*, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 255-263; *Y. Alangoya*, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 174, 176. Ayrıca bkz. *S. Taşpınar*, İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001. Delil sözleşmesinin, baştan yasaklayıcı kural getirmesi nedeniyle ispat hakkını sınırlamış olan senetle ispat kuralından farkı hakkında bkz.: *Yıldırım*, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı, Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s.690.

¹⁹ Doğruluk ödevi hakkında bkz.: *Schilken*, s. 58, 60-61; *Becker-Eberhard*, s. 25-31; *Gaul*, s. 110; *Yıldırım*, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 144 vd.; *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 310.

²⁰ Özellikle § 282, 277 dZPO. Davayı teşvik ödevi (Prozessförderungspflicht) hakkında bkz.: *Rosenberg/Schwab/Gotwald*, ZPR, § 81. Ayrıca bkz.: *Gaul*, s. 109; *Schilken*, s. 63.

²¹ Türk hukukunda HUMK. m. 213 vd.; Mukayeseli Hukuk için de bkz. *M.K. Yıldırım*, Tek-sif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler, Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 467 vd. İsviçre Tasarısı'nda teksif ilkesi yerine teklif edilen "Erledigungsmaxime" (ihtilafın halledilmesi ilkesi) için bkz.: *Sutter-Somm*, Schwerpunkte und Leitlinien des Vorentwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Sutter-Somm, Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003, s. 11 vd., s. 21; *Alangoya*, İsviçre'de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru, Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 83 vd., s. 87.

²² *Yıldırım*, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 90-98; *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 208-209.

4) İSPAT YÜKÜ VE İSPAT ÖLÇÜSÜ: DAVA KAYBETME RİSKİNİN YÖNLENDİRİLMESİ

Hâkim, iddia olunan vakıayı, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine tabi olarak tahkik etmiş, tahkikatı sürdürmüş ancak iddia ispatlanamamış ise, bu durumda, ispat yükü kurallarına yönelecektir. Hâkimin ispat yüküne yönelmesi, şart koşulan ispat ölçüsüne sıkı şekilde bağlıdır. Ölçüt, "kesinlik sınırında ihtimal"den ağır basan ihtimal ilkesine kadar değişebilir²³. İspat yükünün dağılımı, karinelerin kullanılması, ilk görünüş ispatıyla yetinilmesi ihtilafa dair karar açısından hayati önem kazanmaktadır. İspat yükünün kullanılması hasmın ibraz ödevi ile verilerin davadan önce senetle (belgeyle) tasvirini düzenleyen normlar ile teşvik edilmektedir. Bu tür ödevlerin (örneğin, ticari defterlerin tutulması, işletme kayıtlarının saklanması) yerine getirilmesi veya delilin, ispatı engelleme amacıyla sonradan yok edilmesi davanın kaybı şeklinde müeyyidelendirilmektedir. İspat kolaylıkları ve ispat yükü kuralları etkin hukuki korunmanın vazgeçilmez enstrümanlarıdır (s. 831).

5) DELİL VE İSPAT DEĞERİ: TAHKİKATIN NORMATİF VERİLERİ

A) Delilin İspat Kuvvetinin Zaman İçinde Sabit Hale Gelmesi

Usul hukuku tarihinin en önemli sayfası, hâkimin, ispat kuralları ile bağlı olması nedeniyle delilleri takdir edememesinden, delilleri serbestçe değerlendirmesine geçişidir. Kaser/Hackl'a göre, zamanında Romalıların delillerin serbestçe değerlendirilmesine geçişi, hukuk etiği bakımından yaptıkları en önemli işlerden birisidir (§ 18 II 1, 53 I-II Bajons, no. 832). Hakim kurullarla bağlı olduğu sistemde, delillerin ispat değeri, tecrübelerden elde edilmiş değerlerin genelleştirilmesinden kazanılmış ve ispat bakımından önemli hususların önceden belirlenmiş değerlemesine dayanan katı ispat kurallarına kanalize edilmek suretiyle objektifleştirilir.

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi sisteminde hâkim delilleri kendi sorumluluğunda değerlendirir. Hâkimin kanaatinin objektifliği, bu kanaate ulaşma sonucunun makul görünmesini sağlayan mülahazaların takip edilebilirliği ve açıklanması sayesinde olur (s. 832).

Delil ikamesinin şekilleştirilmesi suretiyle delillerin değerlendirilmesi kriterlerinin objektifleştirilmesi: Buna örnek olarak; şahit delilde, belirli kişilerin taraflara veya dava konusuna önemli derecede yakınlığı dolayısıyla şahitliğine izin verilmemesi; belirli bir para değerini aşan hukuki işlemlerin ispatında şahit delil kullanılmaması; şahidin tarafın yokluğunda dinlenmesi; şahidin önceden belirlenmiş ve kendisine açıklanmış soru katalogundaki sorularla ilgili dinlenmesi verilebilir (s. 834).

Delil seçiminde en eski ve bugüne dek aşılamamış olan sınırlama, 1566

²³ İspat ölçüsü hakkında bkz.: *Yıldırım*, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 39 vd.; *Alango-ya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 328. Ayrıca bkz.: *Gaul*, s. 104.