

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## MEDENİ USUL HUKUKUNDA İSPAT KOLAYLIĞI KAVRAMI

### THE CONCEPT OF EASE OF PROOF IN TERMS OF CIVIL PROCEDURAL LAW

Doç. Dr. Hakan Albayrak\*

#### ÖZ

İspat kolaylığı (Beweiserleichterung) kavramı tam olarak sınırları çizilmiş bir kavram değildir. İspat kolaylığı kavramından genellikle anlaşılan şey ispat yükü ile yükümlü olan tarafın düşük derecede bir ispat faaliyeti yapmasıdır. İspat kolaylıkları ile ispat zorluklarının aşılması amaçlanır. Çünkü davanın taraflarından birinin davayı sırf iddia ettiği vakıaları ispat edememesi sebebiyle kaybetmesi usul hukukunun amaçlarından biri olan adil hüküm verme amacını sekteye uğratar. Bazı durumlarda maddi hukukun koşul vakıasının ispatı çok zor veya güç olmaktadır. Bu nedenle ispat yükü altında altına olan taraf, ilgili koşul vakıayı ispatlayamadığı için davayı kaybetme riski ile karşılaşmaktadır. Özellikle tıp hukuku alanında ve tazminat hukuku alanındaki kusurun varlığında ve iş hukuku alanında bazı ispat imkânsızlıkları veya güçlüklerini aşmak için ispat kolaylıkları yargı kararları ile geliştirilmiştir. Aynı zamanda ispat kolaylıklarına çeşitli kanuni düzenlemelerde de rastlanılmaktadır. Bu şekilde ispat hakkının sağlanması ve korunması amaçlanmıştır.

İspat güçlüğü yahut ispat imkânsızlığı durumları ispat ölçüsünün düşürülmesi veya karşı tarafa subjektif ispat yükünün yahut doktrindeki teorik ayırım doğrultusunda delil ikame yükünün yüklenmesi yolu ile de aşılabılır. İspat kolaylıklarının çeşitli isimler altında yargı kararları ve doktrinde yer aldığını ancak bütün bu isimler altında da olsa aslında ispat kolaylığının ya ispat ölçüsünün düşürülmesi sureti ile yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesi sureti ile gerçekleştiğini izah edeceğiz. İspat kolaylıkları, doktrinde ve yargı kararlarında, ilk görünüş ispatı, yaklaşık ispat, emare ispatı, tecrübe kuralları, fiili karineler, delillerin engellenmesi gibi kavramlarla anılmaktadır. Aslında bu kavramlarda ispat kolaylığını sağlayan husus ispat ölçüsünün düşürülmesi yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesidir. Her bir kavramda ispat kolaylığını sağlayan husus farklı olabilir. Örneğin ilk görünüş ispatında ispat kolaylığını sağlayan unsur ispat ölçüsünün düşürülmesi iken delillerin engellenmesinde ispat kolaylığını sağlayan husus delil ikame yükünün yer değiştirmesidir..

**Anahtar Kelimeler:** İspat, Karine, Delillerin Engellenmesi, İspat Yükü, İspat Ölçüsü, Yaklaşık İspat.

\* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

📞 0000-0001-6097-1296 ✉ hknalbayrak@hotmail.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

## ABSTRACT

The concept of ease of proof (Beweiserleichterung) is not a fully demarcated concept. What is generally understood by the concept of ease of proof is a low level of proof activity by the party who is obliged to bear the burden of proof. Ease of proof aims to overcome the difficulties of proof. This is because the fact that one of the parties to the case loses the case solely due to the inability to prove the facts claimed by it disrupts the purpose of fair judgement, which is one of the objectives of procedural law. In some cases, it is very difficult or difficult to prove a conditional fact of substantive law, and the party who is obliged to prove that conditional fact faces the risk of losing the case because he cannot prove that conditional fact. Especially in the field of medical law and in the field of compensation law, in order to overcome some impossibilities or difficulties of proof in the existence of defect and in the field of labour law, facilities of proof have been developed by judicial decisions. At the same time, facilities of proof are also found in various legal regulations. In this way, it is aimed to ensure and protect the right of proof.

Difficulties of proof or impossibility of proof may be overcome by lowering the measure of proof or by placing the burden of proof on the other party, or in line with the theoretical distinction in the doctrine, by placing the burden of substitution of evidence. We will explain that the ease of proof is referred to under various names in judicial decisions and doctrine, but even under all these names, in fact, the ease of proof is realised either by lowering the measure of proof or by shifting the burden of proof. Ease of proof is referred to in the doctrine and judicial decisions with concepts such as first appearance proof, approximate proof, proof by implication, rules of experience, de facto presumptions, prevention of evidence. In fact, what provides the ease of proof in these concepts is the reduction of the measure of proof or the shifting of the burden of proof. In each concept, the issue that provides the ease of proof may be different. For example, while the element that provides the ease of proof in the proof of first appearance is the reduction of the measure of proof, the element that provides the ease of proof in the prevention of evidence is the shifting of the burden of proof.

**Keywords:** Proof, presumption, prevention of evidence, burden of proof, measure of proof, prima facie evidence.

## GİRİŞ

İspat kolaylığı sağlamanın amacı ispat zorluklarının yaşandığı yerlerde bu zorlukların aşılmasıdır. Çünkü ne kadar mükemmel maddi hukuk kuralları düzenlerseniz düzenleyin şayet bu hakkın gerçekleşmesi için gerekli olan vakıaların ispatı imkânsız ise ilgili hakkın düzenlenmesinin bir anlamı kalmamaktadır. Dolayısıyla ispatı mümkün olmayan bir hakkın düzenlenmesinin bir anlamı bulunmamaktadır. Özellikle tazminat hukuku alanında kusurun ve nedensellik bağının ispatında ispat kolaylıklarının ispat yükü üzerine düşen tarafa sağlanması gerekmektedir. Bunun yanında iş hukuku alanında mobbing, cinsel taciz ve ayrımcılık yasağı gibi ispatı zor olan alanlarda da ispat kolaylıklarının sağlanması suretiyle düzenlenen hakkın bir anlamı olacaktır. İspat zorluğunun aşmanın iki aracı vardır. İlk olarak ispat ölçüsünün düşürülmesidir. İspat ölçüsünün düşürülmesi suretiyle ispat zorlukları aşmaya çalışılır. Hâkim daha düşük dereceli kanaat ile yetinerek iddia edilen vakıanın gerçekleşmiş olduğunu kabul edebilir. İspat zorluğunu aşmanın en radikal yöntemi ise delil ikame yükünün (subjektif ispat yükünün) değişmesidir. Ancak delil ikame yükünün değişmesi daha radikal bir çözüm yöntemi olarak kabul edilmekte ve son çare olarak uygulanmaktadır. Delil ikame yükünün yer değiştirmesi özellikle delillerin engellenmesi durumunda gerçekleşen çok özel bir ispat kolaylığı türüdür.

İşte bu makalede biz öncelikle ispat kolaylıkları kavramını ve ispat kolaylığını gerçekleştirmenin iki temel aracı olan ispat ölçüsünün düşürülmesi ve delil ikame yükünün yer değiştirmesi kavramlarını inceleyeceğiz. Daha sonra ispat kolaylıklarının çeşitli isimler altındaki görünümünün neler olduğunu toplu bir şekilde anlatmaya çalışacağız. İspat kolaylıklarının çeşitli isimler altında yargı kararları ve doktrinde yer aldığını ancak bütün bu isimler altında da olsa aslında ispat kolaylığının ya ispat ölçüsünün düşürülmesi sureti ile yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesi sureti ile gerçekleştiğini izah edeceğiz. Bir başka deyişle değişik isimler altında nitelendirilen ispat kolaylıkları kavramlarının aslında ispat ölçüsünün düşürülmesi yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesi suretiyle gerçekleştirildiğini bu şekilde belirlemeye çalışacağız.

## I. İSPAT KOLAYLIĞI KAVRAMI

İspat kolaylığı (Beweiserleichterung) kavramı tam olarak sınırları çizilmiş bir kavram değildir. İspat kolaylığı kavramından genellikle anlaşılan şey ispat yükü ile yükümlü olan tarafın düşük derecede bir ispat faaliyeti yapmasıdır<sup>1</sup>. İspat kolaylıkları ile ispat zorluklarının aşılması amaçlanır. Çünkü davanın taraflarından birinin davayı sırf iddia ettiği vakıaları ispat edememesi sebebiyle kaybetmesi usul hukukunun amaçlarından biri olan adil hüküm verme amacını sekteye uğratar. Bir yargılamada neyin adil olup olmadığını –konuyu pozitivist bir bakış açısıyla ele alırsak- uygulanacak maddi hukuk hükümleri belirler. Maddi hukuk hükümlerinin somut olaya uygulanabilmesi için de o maddi hukuk hükmünün koşul vakıasının mevcut olduğuna dair hâkimde tam bir kanaatin oluşması gerekir. İşte bu şekilde ancak ilgili maddi hukuk kuralı somut olaya uygulanabilecek ve en basit anlamıyla da adil bir kararın verilebilmesi

<sup>1</sup>Laumen, Hans-W. «Die "Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr" – Ein beweiserrechtliches Phänomen,» NJW, 2002, 3739-3746, s. 3744.

sağlanmış olacaktır. Ancak bazı durumlarda maddi hukukun koşul vakiasının ispatı çok zor veya güç olmaktadır. Bu durumda, ispatla yükümlü olan taraf, o koşul vakıayı ispatlayamadığı için davayı kaybetme riski ile karşılaşmaktadır. Özellikle tıp hukuku alanında ve tazminat hukuku alanındaki kusurun varlığı ile ilgili bazı ispat imkânsızlıkları veya güçlüklerini aşmak için ispat kolaylıkları yargı kararları ile geliştirilmiştir<sup>2</sup>. Örnek olarak yaralamada ve öldürmedeki illiyet bağı, yapı malikinin sorumluluğunda binadaki işçilik ve malzeme eksikliği, kusura dayanan boşanma davasında kusurun varlığı, tıp hukuku alanında hekimlerin sorumluluğu gibi durumlarda çoğu kez ispat zorlukları yaşanmakta<sup>3</sup> ve bu zorlukların aşılabilmesi için de ispat kolaylıklarına başvurulmaktadır.

Kanun koyucu da ispat zorluklarını dikkate alarak ispat yüküne ve ölçüsüne ilişkin bazı özel düzenlemeler yapmıştır. Ayrıca yargı kararları ile de bazı kurumlar geliştirilmiştir. Kanuni düzenlemelere örnek olarak Alman Hukuku'nda ZPO §287, BGB §252 gibi kanuni metinler örnek gösterilebilir. Yargı kararları ile geliştirilen kurumlara örnek olarak da ilk görünüş ispatı, fiili karineler, tecrübe kuralları, delillerin engellenmesi nedeniyle ispat yükünün yer değiştirmesi gibi kurumlar verilebilir<sup>4</sup>. Bir hukuki sonuç, ispatı hemen hemen imkânsız koşul vakialarının ispatına tabi tutulur ve aynı zamanda ispat kolaylığı imkânı da verilmez ise, aslında o hukuki kurumu düzenleyen hükümden vazgeçmek daha yerinde olur. Zira bu hükümden kimsenin yararlanması ya mümkün olmaz yahut çok güç olur<sup>5</sup>.

## II. İSPAT KOLAYLIĞINI SAĞLAMANIN ARAÇLARI

İspat imkânsızlığı yahut ispat güçlüğüne aşılabilmesi için ispatın kolaylaştırılabilmesine yönelik ilk görünüş ispatı, yaklaşık ispat, emare ispatı, fiili karineler, tecrübe kuralları, delillerin engellenmesi şeklinde birçok kavram inceleyeceğiz. İnceleyeceğimiz bu hususlar ispat güçlüğüne aşmak için kavramsallaştırılmış ancak iç içe geçmiş delillerin engellenmesi hariç diğerlerinin birbirilerinden çok az farkı olan kavramlardır. Aralarında delillerin engellenmesinin özel bir yeri bulunmaktadır.

İspat imkânsızlığı yahut ispat güçlüğüne aşılabilmesi için çeşitli çözüm yolları önerilebilir. Bunlardan en radikal ispat yükünün (delil ikame yükünün) yer değiştirmesidir<sup>6</sup>. Ancak doktrinde ispat kolaylıklarının delillerin değerlendirilmesi ile ilgisinin olduğu<sup>7</sup> bu nedenle ispat kolaylıklarının objektif ispat yükünün (Feststellungslast) değişmesi kavramından ayrılması gerektiği belirtilmiştir<sup>8</sup>. İçtihatlar bu ayrımı her zaman doğru bir şekilde yapamamaktadır. Doktrinde ispat kolaylıkları durumunda ispat ölçüsünün düşürülmesi ve de bu düşük ölçüye göre bir delilin başarılı bir şekilde ikame edilmiş sayılması gerekirken, ispat yükü ve onun yer

<sup>2</sup> BGH VersR 1984, s. 63-64, (naklen, Başözen, Ahmet. *İlk Görünüş İspatı*, Adalet, Ankara, 2010, s. 188. Başözen, s. 188); BGH NJW 1990, s. 2393 (naklen, Başözen, s. 223); BGH NJW 1978, s. 2032; (naklen, Başözen, s. 197).

<sup>3</sup> Albayrak, Hakan. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Yetkin, Ankara, 2013, s. 33.

<sup>4</sup> Laumen, s. 3744.

<sup>5</sup> Atalay, Oğuz. *Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir, 2011, s. 125.

<sup>6</sup> İspat yükünün değişimini önerenler için, bkz.; Atalay, s. 128.

<sup>7</sup> İlk görünüş ispatının delillerin değerlendirmesi ile ilgili olduğu hakkında bkz.; Yıldırım, Kamil. *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990, s. 137.

<sup>8</sup> Yıldırım, s. 77.

değiştirmesinden söz edildiği belirtilmiştir<sup>9</sup>. İspat yükü kuralları bir son çaredir (ultima ratio). Hâkimin sunulan bütün delilleri değerlendirmesi sonucunda karar verememesi halinde, karar vermekle yükümlü hâkimin başvuracağı son çare ispat yükü kurallarıdır. Delillerin değerlendirilmesi usul hukukuna ait bir mesele iken ispat yükü maddi hukuka ait bir meseledir<sup>10</sup>. Dolayısıyla ispat imkânsızlığı yahut güçlüğü durumunda kural olarak ispat yükünün değişmediği, değişen şeyin sadece delil ikame yükü olduğu belirtilmiştir<sup>11</sup>. Ancak doktrinde Taşpınar, ispat yükü-delil ikame yükü arasında yapılan ayrımların teorik olduğunu, pratik açıdan sonucu değiştiren bir etkiye sahip olmadığını söylemektedir. Hatta teorik açıdan ispat yükünün maddi hukuka ait olduğu, delil ikame yükünün ise usul hukukuna ait olduğu şeklindeki görüşün de hatalı olduğunu savunmaktadır<sup>12</sup>. Bize göre de bu şekilde uzun teorik ayrımlar ve aşırı kavramsallaştırma uygulamada anlaşılammakta ve pratik olarak gerçekten sonuç değiştiren bir etkiye sahip olmamaktadır.

İspat güçlüğü yahut ispat imkânsızlığı durumları, ispat ölçüsünün düşürülmesi veya ispat yükünün yahut doktrindeki teorik ayırım doğrultusunda delil ikame yükünün değişmesi yolu ile de aşılabılır<sup>13</sup>. Bu şekilde koşul vakıayı ispat ile mükellef olan tarafa ispat kolaylıkları sağlanmış olur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki ispat kolaylıkları çeşitli isimlendirmeler altında yargı kararları ve doktrinde yer almaktadır. Ancak değişik isimler altında nitelendirilen bu ispat kolaylıkları kavramları aslında ispat ölçüsünün düşürülmesi yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle öncelikle ispat ölçüsünün düşürülmesi ve delil ikame yükünün yer değiştirmesi sureti ile ispat kolaylığının sağlanması incelenecektir. Daha sonra çeşitli isimlendirmeler altında yer alan özel ispat kolaylığı kavramları incelenemeye çalışılacaktır. Böylece çeşitli terimler altında da olsa ispat güçlüğü aşmanın iki temel aracı olduğu daha rahat anlaşılabilir.

## A. İSPAT ÖLÇÜSÜNÜN DÜŞÜRÜLMESİ SURETİYLE İSPAT KOLAYLIĞININ SAĞLANMASI

### 1. Genel Olarak İspat Ölçüsü ve Delillerin Değerlendirilmesi Kavramı

Alman Hukuku'nda son zamanlarda ispat ölçüsüne ilişkin çok sayıda bağımsız çalışma yapılmıştır<sup>14</sup>. Bu çalışmaların ortak noktası ZPO §286 anlamında hâkimin delileri serbestçe

<sup>9</sup> Yıldırım, s. 77. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz.; (Atalay, s. 129). Aynı şekilde biz de daha önce yazdığımız yaklaşık ispata ilişkin tezimizde bu görüşte olduğumuzu belirtmiştik (Albayrak, s. 34).

<sup>10</sup> Laumen, s. 3744.

<sup>11</sup> Fakat fiili karinelerde olduğu durumlarda delil ikame yükünün yer değiştirmesi değil ispat yükünün yer değiştirmesi söz konusu olduğu çünkü fiili karinelerde karşı ispat değil aksi ispat faaliyeti gerçekleştiği belirtilmektedir, Taşpınar, Sema. "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", AÜHF, 1-4., 1996, ss. 533 vd., s. 548.

<sup>12</sup> Taşpınar, s. 548.

<sup>13</sup> İspat ölçüsünün düşürülmesinin ispat hakkının sağlanmasına yardım ettiği konusunda bkz.; Çiftçi, Pınar; Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, İstanbul 2018, s. 382.

<sup>14</sup> Leipold, Dieter. *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess*, Berlin, 1985, s. 39; Huber, Michael. *Das Beweismass im Zivilprozess, Köln/Berlin/Bonn/München*, 1983, s. 69, 77, 89, 102; Musielak, Hans-Joachim. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, 1975, s. 107; Motsch, Richard. *Vom Rechtsgenügenden Beweis*, Berlin, 1983, s. 24; Prütting, Hans. *Gegenswartprobleme der Beweislast*, München, 1983, s. 59; Greger,

değerlendirme ilkesi çerçevesinde, bu değerlendirme sonucunda oluşacak kanaatin, hangi ölçüye ulaştığı takdirde somut olaya uygulanacak hukuki sonucun doğduğunun kabul edileceğidir<sup>15</sup>. Türk Hukuku'nda, ispat ölçüsü konusunda bağımsız bir çalışma bulunmamakla birlikte bu konunun özel olarak değerlendirildiği eserler mevcuttur<sup>16</sup>. Türk hukukunda bu konuda çok sayıda inceleme ve problem olmamasının birinci sebebi Alman ve Türk hukukundaki delil sistemi arasındaki farklılıktır. Alman Hukuku'nda sınırlı sayıda delil sistemi olmakla birlikte bu delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi mevcuttur<sup>17</sup>. Türk Hukuku'ndaki delil serbestisi prensibinden farklı olarak, Alman Hukuku'nda "Strengbeweis" (sınırlı delil) sistemi bulunmaktadır. Buna göre, taraflar sadece ZPO' da sayılan 5 tür delille (senet, tanık, keşif, bilirkişi, isticvap) ispat faaliyetinde bulunabilir. Fakat Türk Hukuku'ndan farklı olarak, hâkimin önüne gelen bu beş tür delil üzerinde kural olarak serbest vicdani kanaatini oluşturma (Freibeweiswürdigung) yetkisi bulunmaktadır. (ZPO § 286/I). Alman hâkimin, deliller üzerindeki serbest takdir yetkisi ancak, "ispat kuralları" ile sınırlanabilmektedir (ZPO § 286/II). Senet delili hakkında Alman kanun koyucusu, ZPO § 415- 419 hükümleri arasında "ispat kurallarını" düzenlemiştir. Yani hâkim, kendisine sunulan senet delilini incelerken, bu kurallar ile bağlıdır. Bu konuda, Türk hâkiminin de kesin delillerle bağlı olması nedeniyle bir paralellik bulunmaktadır. Fakat aradaki en büyük fark, ZPO' da tıpkı HMK m. 200'de olduğu gibi, senede karşı kesin delille ispat zorunluluğu bulunmayışıdır<sup>18</sup>.

ZPO §286'ya göre Alman Hukuku'nda iddia edilen bir vakianın gerçek olup olmadığına hâkim serbest kanaatine göre karar verecektir. İşte bu ilke nedeniyle Alman Hukuku'nda hâkimin delillerin değerlendirilmesi aşamasından sonra şahsi kanaatinin oluşumu ve kanaatin derecesi yani ispat ölçüsü önem arz etmiş ve birçok çalışmanın konusu yapılmıştır. Türk Hukuku'nda ise her ne kadar Anayasa'nın 138. maddesinde ifadesini bulan "hakimler vicdani kanaatlerine göre karar verirler" hükmü ile HMK 198. maddesindeki hakimlerin delilleri serbestçe değerlendirebileceğini ilişkin hükümler bulunsa da sistemimiz delillerin değerlendirilmesi bakımından Fransız hukuku kaynaklı kesin delil ile ispat kuralını kabul etmiştir<sup>19</sup>. Bizim

Reinhard. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1978, s. 5, 38, 49; Weber, Helmut. *Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess*, Tübingen, 1997, s. 22, 25, 161; Berg-Winters, Ina. *Der Anscheinsbeweis im Arzthafungsrecht*, Frankfurt am Main, 2005, s. 98; Bringmann, Moritz. *Das Beweismass im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, Köln/Berlin/München, 2005, s. 41; Walter, Gerhard. *Frei Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, s. 262; Perband, G. Michael. *Der Grundsatz der Freien Beweiswürdigung im Zivilprozess (§286 ZPO) in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Frankfurt am Main, 2003, s. 59, 134); Deppenkemper, Gunter. *Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis*, Göttingen, 2004, s. 381; Wütz, Bernhard. *Der Freibeweis in der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Tübingen, 1970, s. 3; Schwab, Karl-Heinz. *Das Beweismass im Zivilprozess*, Festschrift für Fasching içinde, München, 1988, s. 451 vd.; Gottwald, Peter. *Das Flexible Beweismass im Englischen und Deutschen Zivilprozess*, Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag içinde, Bielefeld: Gieseking, 2000, s. 165-176; Scherer, Inge. *Das Beweismass bei der Glaubhaftmachung*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996, s. 63.

<sup>15</sup> Başözen, s. 112.

<sup>16</sup> Yıldırım, s. 39-74; Atalay, s. 37-46; Başözen, s. 112-114; Albayrak, s. 299-383.

<sup>17</sup> Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, 2023, s. 378.

<sup>18</sup> Yeşilova, Ecehan. "CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti", *DEÜHFD* 7 (1), 2005, s. 237 vd., s. 268.

<sup>19</sup> Konuralp, Haluk. *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, Ankara, 2009, s. 29.

sistemimizde HMK m. 192’de belirtilen kanunda düzenlenmeyen deliller hükmü<sup>20</sup> nedeniyle kural olarak mantığa, akla ve fenne uygun her şey delil olarak kullanılabilir. Ancak belli miktarın üzerindeki hukuki işlemlerin kesin delil ile ispat edilmek zorunda olunması yolu ile hâkimin takdir yetkisi sınırlandırılmıştır. Yani belirli miktarın üzerindeki hukuki işlemlerde hâkimin vicdani kanaati önem arz etmemekte, hâkimin bu durumda kanaatinin olduğu kabul edilmektedir. İşte bizim sistemimizde, senetle ispat kuralının istisnalarının olduğu durumlarda artık Türk hâkimi tıpkı bir Alman hâkimi- hatta bizim sistemimiz gereği- ondan da üstün olarak hiçbir delil ile sınırlı olmamak kaydıyla doğa yasalarına uygun, mantıki ve tutarlı olmak kaydıyla her türlü delil ile kanaatini oluşturabilmektedir<sup>21</sup>. Ayrıca bugün için Türk hukukunda senetle ispat kuralının en önemli istisnası olan delil başlangıcında (HMK m. 202) yazılılık unsurunun kalkması nedeniyle Türk hukukunda da delillerin serbestçe değerlendirilmesine daha yaklaşıldığını söylemek mümkündür. Dolayısıyla bizim sistemimizde de senetle ispat kuralının istisnaları durumunda ispat ölçüsü önem arz etmektedir. Çünkü artık Türk hâkimi de delillerin değerlendirilmesinden sonra iddia edilen vakıanın gerçek olup olmadığına eldeki deliller doğrultusunda kendi şahsi kanaatine göre karar verebilecektir. Bu noktadan itibaren artık Alman Hukuku’nda ispat ölçüsü ile ilgili teoriler, yargı kararlarında benimsenen formülasyonlar hukukumuz bakımından da geçerli olabilecektir.

## 2. İspat Ölçüsü Teorileri

Alman doktrininde temel olarak ispat ölçüsü subjektif teori ve objektif teori olarak iki ana kısma ayrılarak incelenmektedir. Bu teoriler çerçevesinde kural ispat ölçüsünün ne olduğu belirlenmeye çalışılacak ve bu bağlamda ispat kolaylıkları durumunun ispat ölçüsüne etkisi incelenecektir. Böylece ispat zorluğunun aşılabilmesi için ispat ölçüsünün düşürülmesinin bir araç olarak kullanılıp kullanılamayacağı belirlenecektir.

### a. Subjektif Teori

Subjektif teoriye göre hâkim olayın gerçekleştiğine ilişkin yeterli kanaat edinmişse, kararını vermelidir<sup>22</sup>. Hâkim iddiaların gerçekliği konusunda ikna olmalıdır. İhtimal hesaplarına

<sup>20</sup> HUMK döneminde “kanunda düzenlenmeyen deliller” yerine “özel hüküm sebepleri” kavramı kullanılmaktaydı. HUMK m. 367’ye göre, hâkim senetsiz ispatı caiz olan davalarda re’sen veya talep üzerine bu kanunda gösterilmemiş olan diğer hüküm sebeplerinin incelenmesine de karar verebilir. Özel hüküm sebepleri, hâkimin bizzat başvurabileceği, duyuları aracılığı ile doğrudan inceleyebileceği unsurlardır. Kanunun sistemi bakımından ayrı bir kısım (yedinci kısım) halinde düzenlenmiş olan 367’nci madde, Neuchâtel Usul Kanunu’ndan iktibas edilmiş olmakla birlikte, mehzadan farklıdır. Türk Hukukunda HUMK 367’nin uygulaması ancak senetsiz ispatı caiz olan davalarda söz konusudur. Fransız kökenli m. 287, m. 288 ve m. 290 hükümleri HUMK’na alınınca delil sisteminin bütününe uyum sağlamak amacıyla m. 367’nin uygulama alanı senetsiz ispatı caiz olan davalarda ibaresi ile mehzad kanununa göre daraltılmıştır. Aksi takdirde hukuki işlemlerde senetle ispat zorunluluğunu öngören m. 288 ve 290 hükümleri uygulama alanı bulamayacak; hatta anlamsız olacaktır. Oysa, m. 367 metnine “senetsiz ispatı caiz olan davalarda” sözcüklerinin eklenmesiyle sakınca giderilerek uyum sağlanmıştır. Dolayısıyla bu maddeden çıkan sonuçlar şunlardır; deliller yalnızca kanunda açıkça belirtilenlerden ibaret değildir. Çünkü HUMK genel olarak sınırlayıcı bir delil listesi getirmemiştir. Ancak her şeyin delil olabilmesi için delil olarak getirilecek şeylerin akla ve mantık kurallarına uygun olmaları gerekir (Konuralp, s. 27, 28).

<sup>21</sup> Konuralp, s. 30.

<sup>22</sup> Walter, s. 173; Leipold, 1985, s. 11; Berg-Winters, s. 98; Zöller, Richard/ Reinhold, Geimer/ Reinhard, Greger/ Peter, Gummer/ Kurt, Herget/ Hans-Joachim, Heßler/ Peter, Philippi/ Kurt, Stöber/ Max, Vollkommer. *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem*



uymak zorunda değildir. Diğer bir deyişle, sübjektif ispat ölçüsü teorisine göre, bir olayın ispatlanmış kabul edilebilmesi için, hâkimde o olayın gerçekleştiğine yönelik kanaat oluşması gerekir<sup>23</sup>. Bundan dolayı sübjektif ispat ölçüsü teorisi “gerçeğin iknası teorisi” veya “gerçek kanaat teorisi”<sup>24</sup> olarak (Wahrheitsüberzeugungstheorie) da adlandırılır<sup>25</sup>.

Bugün için saf olarak tamamen hâkimin şahsi iknasına dayalı sübjektif teoriyi kimse savunmamaktadır<sup>26</sup>. Sübjektif teoriyi savunanlar dahi hâkimin serbest kanaatine birçok sınırlama getirmişlerdir. Delillerin değerlendirilmesinin tamamen bir serbesti içinde veya tamamen hâkimin değerlendirmesine tâbi olmaması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>27</sup>. Aksi takdirde benzer olaylarda birbirine zıt kararlar ortaya çıkabileceği gibi, verilen hükmün rasyonel kontrolünün de zorlaşacağı iddia edilmiştir<sup>28</sup>. Bu yüzden mahkemenin objektif nedenlere dayanmak zorunda olduğu, vermiş olduğu kararların mantık kurallarına, doğa kanunlarına, bilimsel bilgi ve yaşam tecrübelerine aykırı olmaması gerektiği söylenmiştir<sup>29</sup>. Hâkimin kişisel iknasına mantık ve istatistik biliminin kurallarının yön vermesi gerektiği söylenerek mantıklı bir ideal hâkim portesi çizilmiştir<sup>30</sup>. Bu sınırlamalar sübjektif teorinin objektifleştirilmesine yol açmıştır<sup>31</sup>. Greger bu teorik sınırlamalara karşı çıkmıştır<sup>32</sup>.

Hâkimin serbestliğini kısıtlayan bir başka durum ise delillerin taraflarca getirilmesi ilkesinin sonucu olan somut usuli sınırlamalarıdır. Hâkimin iknası doğal olarak her zaman sunulan dava malzemesi ile ve değerlendirilebilen deliller ile ilişkili olmak durumundadır. Medeni usul hukukunda taraflar için bütün olayları tamamen bildirmek ne zorunludur ne de her zaman mümkündür. Bu yüzden hâkimin iknasını oluşturacak olan şey tarafların getirmiş olduğu dava malzemesi ile sınırlı olmak zorundadır<sup>33</sup>.

Baskın görüşe göre; hâkimin iknasının oluşum sürecine ihtimal verileri de dâhil edilmelidir. İhtimal verileri hâkimin kanaatinin objektif nedenlerini belirler<sup>34</sup>. Baumgärtel, ihtimal

*Zivilprozessrecht*, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen, Köln, 2007, § 286, Rn. 13; Thomas, Heinz/ Hans Putzo, ve Klaus Reichold. «§ 284.» *Zivilprozessordnung, ZPO Kommentar* içinde, yazar Klaus Reichold, C.H.Beck, München, 2018, §286, Rn.2; Rosenberg, Leo/ Karl-Heinz Schwab/ Peter Gottwald. *Zivilprozessrecht*. München, 2018, § 114- 11, 12; Baumbach, Adolf/ Wolfgang Lauterbach/ Jan Albers/ Peter Hartmann/ Uwe Schmidt. *Zivilprozessordnung*, München, 2019, § 286, Rn. 16.

<sup>23</sup> Reinecke, Gerhard. *Die Krise der Freien Beweiswürdigung im Zivilprozess*, MDR 630 vd, 1986, s. 630.

<sup>24</sup> Bu çeviri için bkz.; Başözen, s. 117.

<sup>25</sup> Berg-Winters, s. 98; Baumgärtel, Gottfried. *Die Beweisvereitelung im Zivilprozess*, Festschrift für Winfried Kralik içinde, 63-74, Wien, 1989, s. 165, 166; Engels, Gudrun. *Der Anscheinsbeweis der Kausalität unter Besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung*, Frankfurt-Berlin-Bern-NewYork-Paris-Wien, 1994, s. 24; Musielak, 1975, s. 119.

<sup>26</sup> Huber, s. 70.

<sup>27</sup> Huber, s. 70.

<sup>28</sup> Baumgärtel, s. 165, 166; Musielak, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*, München, 2007, s. 281, Rn. 458.

<sup>29</sup> Baumgärtel, s. 165, 166; Greger, s. 121; Prütting, 1983, s. 65; Schwab, s. 451; Gottwald, Peter. *Schadenzurechnung und Schadensschätzung*, Berlin, 1979, s. 201; Berg-Winters, s. 99. Leipold, bu durumu kısmi objekteştirme olarak da adlandırmaktadır (Leipold, 1985, s. 11)

<sup>30</sup> Huber, s. 73; Gottwald, s. 200; Reinecke, s. 630, 634.

<sup>31</sup> Leipold, 1985, s. 11.

<sup>32</sup> Berg-Winters, s. 99; Greger, s. 114.

<sup>33</sup> Prütting, Hans. *Diskussionsbeitrag zum Karlsruher Forum, Sonderheft- VersR 3* vd, 1989, s. 3-7; Leipold, 1985, s. 10; Berg-Winters, s. 99.

<sup>34</sup> MüKo-Prütting, 286. Cilt Band 1, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* içinde, yazar Peter Wax und Joachim Wenzel, Hanns Prütting Thomas Rauscher. München, 2008, §286, Rd. 34.



tespiti ile gerçeğin iknasına geri dönmüştür. İhtimal gerçeğe yaklaşmayı mümkün kılan en yakın yoldur tespitinde bulunmuştur<sup>35</sup>. Hagenloch ise, sübjektif ikna ile objektif ihtimal arasında bir ilişki kurmaya çalışmıştır. Ona göre ihtimal, hâkimin iknasını temellendireceği dayanaklardan sadece bir tanesidir. Hâkim iknasını yüksek bir ihtimal ile oluşturmayı başaramazsa, sadece düşük bir ihtimal ile kanaatini oluşturmuş demektir. Böyle bir durumda hâkim bu sapmanın nedenlerini ve gerekçelerini özel olarak açıklamalıdır<sup>36</sup>. Rechberger ise buna karşı çıkmıştır. Bir hâkimin tespit edilen yüksek bir ihtimale karşı çıkmasını ve bu karşı çıkışını da nesnel olarak temellendirilebilmesinin mümkün olmadığını söylemiştir. Çünkü bir vakıa nesnel olarak yüksek bir ihtimal ile ortaya konulursa o zaman hâkim buna uymak durumundadır. Bunun aleyhine verdiği kararı nesnel olarak gerekçelendiremez<sup>37</sup>. Dolayısıyla bu durum, sübjektivitenin sınırlandırılmasının temellendirilmesi yükümlülüğü olarak adlandırılabilir<sup>38</sup>. Yani hâkim kendi kanaatini oluştururken bu kanaatinin oluşmasına neden olan durumları açıklayarak bunları temellendirmekle yükümlüdür. Sübjektif teorinin en geniş şeklini temsil eden Greger bile eksiksiz bir kanaatin oluşumu için objektif ve açıklanabilen nedenlerin var olması gerektiğini şart olarak kabul etmiştir<sup>39</sup>.

Yargı kararlarına baktığımızda sübjektif ispat ölçüsünün, objektif verilerle nasıl kısıtlanacağına ilişkin ölçüler konularak, bu problemleri alana ilişkin çeşitli çözümler getirilmeye çalışılmıştır. İmparatorluk mahkemesi verdiği bir kararda insan bilgisinin sınırları dolayısıyla bir vakıanın meydana geldiğinin mutlak bir kesinlikle bilinemeyeceğine sadece yüksek bir ihtimale erişebileceğine hükmetmiştir<sup>40</sup>. Yargı kararlarında ispat ölçüsü ile ilgili durum şu şekillerde ifade edilmiştir;

- "...ihtimalin yüksek derecesi hâkimin iknası için yeterlidir"<sup>41</sup>

- "...iddia eden tarafın iddia ettiği olayların gerçek olup olmadığını bütün mantıklı şüpheler hariç tutularak ihtimalin derecesi belirler"<sup>42</sup>

- "...günlük yaşamda aranılacak ölçüde emin olma, ihtimalin oldukça yüksek derecesi için geçerlidir"<sup>43</sup>

- "...ihtimalin oldukça yüksek derecesi yeterlidir. İhtimalin oldukça yüksek derecesindeki ihtimal yaşam koşullarındaki pratik bir kanaat ile aynı düzeydedir."<sup>44</sup>

<sup>35</sup> Baumgärtel, Rd. 5, (naklen; Berg-Winters, s. 100).

<sup>36</sup> Hagenloch, Ulrich. *Wahrscheinlichkeitsermittlung beim Indizienbeweis aus revisionsrichterlicher Sicht. DRiZ* 393 vd, 1990, s. 393, (naklen; Berg-Winters, s. 100).

<sup>37</sup> Rechberger, Walter H. *Mass für Mass im zivilprozess? -Ein Beitrag zur Beweismassdiskussion in. Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag* içinde, 471 vd. Köln, 1990, s. 471, 477.

<sup>38</sup> Gottwald, 1979, s. 200; Lepa, Manfred. *Beweislast und Beweiswürdigung im Haftpflichtprozess*, Essen, s. 49; Berg-Winters, s. 100.

<sup>39</sup> Greger, s. 16; Berg-Winters, s. 100.

<sup>40</sup> RGZ 15, 338, 339 (naklen; Huber, s. 56, 70)

<sup>41</sup> BGH VersR 1954, 495(naklen; Huber, s. 61)

<sup>42</sup> BGHZ 18, 311, 318 (naklen; Huber, s. 61)

<sup>43</sup> BGH VersR 1956, 194 (naklen; Huber, s. 61)

<sup>44</sup> BGH VersR 1956, 696 (naklen; Huber, s. 61)

- “...günlük yaşamda kullanılabilen ölçüde kanaat yeterlidir.”<sup>45</sup>

Bütün bu kararlarda hâkimin bir vakıanın nasıl ispatlanmış sayılacağı ve hâkimin kanaatinin ne zaman yeterli olacağı yahut ne zaman yeterli olması gerektiği sorunu ile ilgilenilmiştir. Burada hâkimin sübjektif iknasının objektif yanları gösterilmeye çalışılmıştır<sup>46</sup>. Bu kararlardan anlaşılacak şey; yargı kararlarının hâkimin kanaatine vurgu yaptığı ancak bu kanaatin objektif bir biçimde formülasyonun da bulunmaya çalışıldığıdır. Günlük hayatta kullanılacak ölçüde bir kanaatin yeterli olduğu, bazı şüphelerin halen mevcut olmasının kanaatin oluşumunda etkili olmayacağı vurgusunun sıklıkla kullanılmış olması da dikkate değerdir. Dolayısıyla Alman Yargısının da orta bir yolu izlediği, saf bir sübjektif teoriyi savunmadığı, ihtimal hesaplarını da göz önüne alarak objektif kıstaslar bulmaya çalıştığı sonucu çıkarılabilir.

## b. Objektif Teori

### aa. Genel Olarak

Objektif ispat ölçüsü doktrinde altmışlı yılların ortalarından itibaren yer bulmaya başlamıştır. Objektif ispat ölçüsü teorisinin temelini hükmün ihtimale dayanması oluşturur<sup>47</sup>. Bu görüşe göre ispat ölçüsü ihtimalin belirli derecesine uygun olmalıdır. Mahkeme delil araçları yoluyla ulaşılan ihtimali ölçecek, daha sonra da ulaştığı bu ihtimali değerin ispat gücünün talep edilen ihtimali değere uygun olup olmadığını incelemesi gerekecektir<sup>48</sup>. Hâkimin, kişisel, şahsi iknasına göre karar verilemez. Hâkim şahsi olarak ikna olmasa bile talep edilen ihtimali değer tespit edilirse buna göre karar vermek zorundadır<sup>49</sup>.

Objektif teoride de hâkimin iknasından tamamen vazgeçmek zorunlu olmamalıdır. Özellikle Musielak bu konuda “ihtimalin iknası teorisini” (Wahrscheinlichkeitsüberzeugenstheorie) geliştirmiştir. Ona göre hâkimin iknası gerçeğin iknası şeklinde değil belirli bir ihtimalin iknası şeklinde olmalıdır<sup>50</sup>. İddia edilen vakıanın gerçek olduğunun hiçbir zaman mutlak bir kesinlik ile tespit edilemeyecek olması bu görüşün çıkış noktasını oluşturmaktadır. Usuli gerçek, ihtimalin belirli bir derecesidir<sup>51</sup>. Maassen açıkça hâkimin serbestliğinin delillerin değerlendirilmesi ile ilgili olduğunu vurgulamıştır<sup>52</sup>.

Mahkemenin bir vakıayı ispatlanmış olarak görmesi için gereken ihtimali değerin ne olması gerektiği konusunda objektif ispat ölçüsü savunucuları arasında da farklılıklar mevcuttur. Objektif ispat ölçüsü taraftarları, ihtimalin değerinin belirlenebileceğini ancak sadece belirli bir değer verilerek belirlenebileceği düşüncesinden yola çıkmışlardır<sup>53</sup>. Bu yüzden farklı

<sup>45</sup> BGH VersR 1957, 362 (naklen; Huber, s. 62)

<sup>46</sup> Huber, s. 61.

<sup>47</sup> “Objektive Beweismasstheorie”, “Wahrscheinlichkeitstheorie”.

<sup>48</sup> Schwab, s. 451, 453.

<sup>49</sup> Huber, s. 120.

<sup>50</sup> Musielak, 1975, s. 119; Musielak, Hans-Joachim. «Das Överviktsprinzip, Zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit.» *Festschrift für Kegel* içinde, Frankfurt, 1977, s. 451 vd, s. 451, 462; Baumgärtel; Engels, s. 24; Berg-Winters, s. 101.

<sup>51</sup> Musielak, 1977, s. 451.

<sup>52</sup> Maassen, Bernhard, M. *Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess*, Bonn, 1975, s. 53.

<sup>53</sup> Huber, s. 113, 116.

derecelerde ihtimali değer gücüne sahip çeşitli sınıflandırmalar önermişlerdir. Mahkeme olayda bu sınıflandırmaya uymalıdır.

Ekelöf bu sınıflandırmayı, yüksek ihtimali değerden düşüğe doğru olmak üzere şu şekilde yapmıştır<sup>54</sup>;

“açık” (offenbar),

“şüphesiz” (gewiss),

“ihtimal dâhilinde”(wahrscheinlich), ve

“tahmini”(vermutlich).

Bir başka yerde ise<sup>55</sup>;

“açık” (offenbar),

“ispatlanmış”(erwiesen),

“tahmini”(vermutlich),

“glaubhaft” (yaklaşık) şeklinde sınıflandırmıştır.

Huber ise ihtimali değerleri şu şekilde sınıflandırmıştır;

“kesin” (sicher),

“çok yüksek ihtimal” (hoch wahrscheinlich),

“yüksek ihtimal” (sehr wahrscheinlich) ve

“ağır basan ihtimal” (überwiegend wahrscheinlich).

Daha sonra da bu sınıflandırmaya ilişkin 0 dan 1 e kadar ispat gücü bakımından bir değerlendirme yapmıştır;

Sicher	: Beweismasserhöhung (Yükseltilmiş ispat)	: 1
Hoch wahrscheinlich	: Regelbeweismass (kanuni ispat ölçüsü)	: 1
Sehr wahrscheinlich	: Beweismassreduzierung (düşürülmüş ispat)	: 0,8
Überwiegend wahrscheinlich	: Beweismassreduzierung (düşürülmüş ispat)	: 0,5
Ungenügende Wahrscheinlichkeit	: 0	

Bu tabloda 1 en yüksek 0 ise en düşük değeri göstermektedir. “1” kesin ihtimale, “0” ise vakianın imkânsız olduğuna işaret etmektedir. Ağır basan ihtimalin altındaki değerlendirmeler herhangi bir öneme sahip değildir. Çünkü bu ihtimalin altındaki değerlendirmelerde vakia ispatlanmamış kabul edilecektir. “Kesin ihtimal” durumu oldukça yüksek bir ihtimale tekabül etmektedir. “çok yüksek ihtimal” (hoch wahrscheinlich) ise kanun koyucunun yeterli gördüğü ihtimali değer olup kanuni ispat ölçüsü olarak kabul edilir. Bunun altındaki değerler ise ispat

<sup>54</sup> Ekelöf, Per. «Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins.» ZZP75: 289 vd, 1962, s. 289.

<sup>55</sup> Ekelöf, Per. «Beweiswert.» Festschrift für Fritz Baur içinde, 343 vd. Tübingen, 1981, s. 343, 352.

durumunun düşürüldüğü yerlerde söz konusu olan ispat durumudur. Dolayısıyla ağır basan ihtimal durumu, ispat durumunun düşürüldüğü yerlerde gerekli olan ispat ölçüsü durumudur<sup>56</sup>.

Musielak ise yargı kararlarına uygun olarak şu şekilde bir sınıflandırma yapmıştır;

“kesinlik sınırında ihtimal” (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit),

“oldukça yüksek ihtimal” (mit grosser Wahrscheinlichkeit) ve

“ağır basan ihtimal”(überwiegender Wahrscheinlichkeit)<sup>57</sup>.

Nasıl ki sübjektif teori objektifleştirilmiş dayanak noktaları olmadan mevcut olamaz ise objektif teori de olay hâkimin ihtimali değerin belirlenmesi açısından hâkimin kişisel kanaati olmadan mevcut olamaz<sup>58</sup>. Sonuç olarak sübjektif teorinin ve objektif teorinin farklı çıkış noktaları bulunsa dahi bugün için birbirine yaklaşmış durumdadır. İki teorinin sonucu açısından da pek bir fark bulunmamaktadır<sup>59</sup>.

#### bb. Ağır Basan İhtimal Teorisi

Ağır basan ihtimal de (yahut baskın ihtimal), prensip olarak ihtimali bir durumun iknasıdır. Buna göre de hâkim gerçeğin iknası ile değil ihtimali bir durumun iknası ile yetinmelidir. Bu anlamda da ağır basan ihtimal bir ihtimali değeri ifade ettiği için objektif ispat ölçüsü teorisi içindedir. Ancak objektif teorinin bazı taraftarları, ispat ölçüsünün genel olarak ağır basan ihtimale düşürülmesini istemektedirler. Bu öğretiye göre bir davada hak talebinin şartlarının en azından %51 oranında ispatlanması durumunda ispat faaliyeti gerçekleşmiş demektir. Bu görüş özellikle Ekelöf'ün Almanya'daki çalışmaları sonucunda tanınır hale gelmiştir. Bu çalışmalar Angloamerikan<sup>60</sup> ve İsveç (İskandinav)<sup>61</sup> yaklaşımından etkilenmişlerdir<sup>62</sup>.

Angloamerikan Hukuku'nda genel olarak kabul edilen ölçü şu şekilde ifade edilmiştir; *“ispat derinliği iyi bir biçimde oluşturulmalıdır. İhtimalin mantıklı bir derecesinin (reasonable degree of probability), meydana gelmesi zorunludur. Ancak bu derece, ceza davalarında olduğu kadar yüksek olmak zorunda değildir. Eğer bir şeyin olma ihtimali olmama ihtimalinden daha yüksek ise mahkeme karar verebilir. Ancak eşitlik halinde ihtimal oluşmamış demektir<sup>63</sup>”*. Ancak belirtmek gerekir ki Angloamerikan Hukuku'nda da ihtimalin bu şekilde belirlenmesine

<sup>56</sup> Huber, s. 115.

<sup>57</sup> Musielak, 1977, s. 451, 458; Berg-Winters, s. 103.

<sup>58</sup> Ekelöf, 1981, s. 343; Berg-Winters, s. 103.

<sup>59</sup> Engels, 1994, s. 27.

<sup>60</sup> Angloamerikan hukuk dalında bunun için ihtimalin yoğunluğu veya ihtimalin ağır basması manasında “preponderance of probability” veya kanıtların ağır basması manasında “preponderance of evidence” kavramı kullanılmaktadır. Doktrinde Angloamerikan hukukunda özellikle Kegel ve Maassen etkilenmişlerdir (Huber 1983, s. 83). Daha geniş bilgi için bkz.; Brinkmann, Moritz. *“Probability and Conviction Irreconcilable Concepts or Two Sides of the Same Coin? A Comparative Analysis of the Standard of Proof in Civil Matters, Institute of Comparative Law”*, Montreal: McGill University, 2003, s. 29.

<sup>61</sup> Doktrinde İsveç Hukuku'ndan özellikle Bruns etkilenmiştir (Huber, s. 83)

<sup>62</sup> Ekelöf, *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins*, 1962, s. 289; Motsch, s. 37; Schwab, s. 451, 452; Berg-Winters, s. 103.

<sup>63</sup> Brinkmann, s. 30.

karşı çıkan görüşler vardır. Bu görüşlerde, tıpkı Alman Hukuku'nda sübjektif teori için aktarmış olduğumuz görüşlere paralel şekilde, hâkimin bir vakianın gerçek olduğuna ilişkin ikna olması ("satisfied" that a fact exists) gerektiği, hâkimin bir takım ihtimali hesapların karşılaştırmasına göre karar veremeyeceği (mechanical comparison of probabilities) üzerinde durmuşlardır. Bu görüşe göre jüri "yüksek bir ihtimale" (more probable) göre değil, gerçek olarak kabul ettikleri üzerine ("upon what they find to be facts".) karar vermelidirler<sup>64</sup>.

Ağır basan ihtimal ilkesi genel olarak şu argümanlara sahiptir<sup>65</sup>;

-Ağır basan ihtimal ilkesi kural ispat ölçüsü olmalıdır.

-Yanlış karar verilme riskini iki taraf da eşit bir biçimde taşımak durumundadır. Yanlış karar verme riski azalacaktır.

-Ağır basan ihtimal ilkesi ispat yükü kurallarını gereksiz hale getirecektir. Bu ilkenin kabulü ile ispat yükü kurallarına ihtiyaç duyulmayacaktır.

Alman hukuk öğretisinde ilk defa Kegel "ağır basan ihtimalin" genel ispat ölçüsü olması gerektiğini savunmuştur<sup>66</sup>. Kegel'e göre, ağır basan ihtimal bir kişinin elde edebileceği en iyi ihtimaldir ve bu ağır basan ihtimale göre karar vermek de adil bir yaklaşımdır<sup>67</sup>. Kegel, özellikle nedensellik bağının ispatında ihtimalin derecesinin düşürülmesi gerekliliğine işaret etmiştir. Hâkimin kesin ihtimale ulaşması (absolute Wahrscheinlichkeit) mümkün olmadığından her ispat özünde ihtimale dayalı bir hüküm içerir. Bu ihtimali içinde ağır basan ihtimal yeterli olmalıdır<sup>68</sup>.

Maassen'e göre de yargı kararları ve doktrin tazminat hukukunun önemli alanlarında ispat ölçüsünün ağır basan ihtimale (baskın ihtimal) düşürülmesine başlamışlardır<sup>69</sup>. İlk görüşün ispatındaki ispat ölçüsünü de ispat ölçüsünün genel olarak düşürülmesinin bir ihtiyaç olduğunun delili olarak anlamıştır<sup>70</sup>. Ayrıca Maassen'e göre, yargı kararlarında geçen tam ispat anlamında kural ispat ölçüsü olan "kesinlik sınırındaki ihtimal", oldukça yüksek bir ispat ölçüsüdür. Bu nedenle ispat ölçüsünün düşürülerek, daha gerçekçi bir ispat ölçüsü olan "ağır basan ihtimal" (überwiegende Wahrscheinlichkeit)'in tam ispat anlamında kural ispat ölçüsü olarak kabul görmesi gerekir<sup>71</sup>.

Motsch'a göre medeni usul hukukunda yanlış karar verilme riskini iki taraf eşit biçimde paylaşır. Motsch ağır basan ihtimal ilkesinin kullanım alanını genişletmiştir. Motsch'a göre, kanun koyucu hâkime sadece iki tane karar ihtimali sunmuştur. ZPO 286'nın ilk cümlesinin lafzından bu anlaşılmaktadır. Buna göre hâkim bir vakıa hakkında, ya olmuştur (als wahr)

<sup>64</sup> Bu görüşler için bkz.; Brinkmann, s. 30.

<sup>65</sup> Bu görüşler için bkz; Huber, s. 125.

<sup>66</sup> Huber, s. 83.

<sup>67</sup> Kegel, Gerhard. "Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach der überwiegenden Wahrscheinlichkeit." *Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für Kronstein* içinde, 1967, 321 vd, s. 321, 335, (naklen; Berg-Winters, s. 103).

<sup>68</sup> Kegel, 328, 333, (naklen; Başözen, s. 124)

<sup>69</sup> Maassen, Bernhard, M. "Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess", Bonn, 1975, s. 55.

<sup>70</sup> Maassen, s. 65.

<sup>71</sup> Maassen, s. 61- 66; Başözen, s. 123.

yahut olmamıştır (nicht wahr) şeklinde bir kanaate varmak durumunda olup hâkimin üçüncü bir ihtimali (non liquet<sup>72</sup>) bulunmamaktadır. Sadece gerçek anlamda üçüncü bir çözüm yolunun<sup>73</sup> bulunması halinde üçlü bir ihtimal olabilir ki bu durum (zararın paylaşılmasının ertelenmesi<sup>74</sup>) çok nadir olarak rastlanan bir durumdur. Dolayısıyla hâkim “non liquet” durumunda yani belirsiz olan durumlarda “hayır” yani vakıanın ispatlanmamış olarak kabul etmesi gerekir. Eşitlik durumunda verilecek cevap “hayır” cevabı olmalıdır<sup>75</sup>. Ancak “evet” kararının yanılma payı %49, “hayır” kararının yanılma payı %51 ise, hâkim “evet” kararını tercih etmek zorundadır. Çünkü evet kararının yanılma payı daha düşüktür<sup>76</sup>.

Ağır basan ihtimal görüşünün bu argümanlarına karşı çıkmıştır. Sebep olarak da ZPO §286'nın lafzının gerçeğin iknasını istediği ve mümkün olduğunca ideal gerçeğe yaklaşılmamasının gerektiği gösterilmiştir<sup>77</sup>. Kanun koyucu kanuni ispat ölçüsünü zaten bilinçli olarak bazı yerlerde düşürmüştür. Genel olarak kanuni ispat ölçüsünün bütün durumlarda düşürülmesi kanun koyucunun iradesinin dışındadır<sup>78</sup>.

İspat yükü kurallarının dağılımı ise tesadüfi değildir, bilakis bir haklılık değerlendirmesi sonucunda dayanmaktadır. İspat talebindeki değişiklikler sonuçta bir hak talebinin yerine getirilmesine etki etmektedir. Böylece kanun koyucu hak talebinin şartları ve bunların ispatı arasında bir denge yaratmaya çalışmıştır<sup>79</sup>. Maddi hukuk tarafından belirlenen sorumluluk durumundan uzaklaşmak endişe vericidir<sup>80</sup>. Huber, ağır basan ihtimaline karşı olan görüşlerine şu şekilde bir örnek ile açıklamaya çalışmıştır; A ve B ikisi de toplum içinde gayet iyi şöhreti olan ve iyi tanınan iki insandır. Bir kilisenin açılış töreninden sonra alkolünde etkisi ile aralarında kavga etmişlerdir. İki tarafta dışlarının kırılması nedeniyle dava açmıştır. Bu aralarındaki kavgayı kimse görmemiştir. A maddi ve manevi zararlarının tazmini için açmış olduğu davada B'nin kendisine saldırdığını bu nedenle kendisini koruduğunu iddia ve dava etmiştir. B ise bu iddiaların tamamını reddetmiştir. Huber bu durumda hâkimin ne yapması gerektiğini sormuştur. Motsch'a göre, bu davanın kabul edilmesi gerekir. Çünkü dava açan dava açılana göre tercih edilmelidir. Ağır basan ihtimal ilkesine göre dava açanın tercihi yanlış karar verilme riskini azaltır. Ancak bu durum haklılık arz eder mi? Burada açıktır ki, hâkim ispat yükü kurallarına başvurmak zorundadır. Dolayısıyla kanun koyucu çok bilinçli bir biçimde ispat yükü kurallarını düzenlemiştir<sup>81</sup>. Dava açanın korunmasının haklı bir tarafı bulunmamaktadır. Aksi

<sup>72</sup> Bu kavramın İngilizce kullanımı “it is not clear” dir. Bu kavramdan kasıt, hâkimin, bir davada ispat yükü kurallarına göre karar vermek zorunda olmasıdır. Bir davada verilen karar ya “evet”, ya “hayır” şeklinde olup üçüncü bir imkân yoktur. Bu durumda hâkim ispat yükü kurallarına göre karar vermelidir (Brinkmann, s. 18).

<sup>73</sup> “Tertium Lösung” kavramı iki alternatifin yanında üçüncü bir alternatifin olması durumudur.

<sup>74</sup> “Sachadensteilung Vertagung”

<sup>75</sup> Motsch, s. 248.

<sup>76</sup> Motsch, s. 248.

<sup>77</sup> MüKo-Prütting, §286, Rd. 36.

<sup>78</sup> MüKo-Prütting, §286, Rd. 36; Prütting, 1983, s. 79; Prütting, 1989, s. 3, 7; Leipold, Dieter. “Wahrheit und Beweis im Zivilprozess.”, *Festschrift für Hideo Nakamura zum siebzigsten Geburtstag* içinde, Berlin, 1996, s. 301 vd., s. 312.

<sup>79</sup> Leipold, 1996, s. 313.

<sup>80</sup> Baumgärtel, s. 165, 179; Engels, s. 39; Greger, s. 112; MüKo-Prütting, §286, Rn. 39; Prütting, 1983, s. 78; Walter, s. 181.

<sup>81</sup> Huber, s. 126.

takdirde bu durum halk arasında sağlam bir şekilde inanılan, herkesi iddia ettiği hak talebini ispatlamak zorunda olduğuna ilişkin inancı sarsıcı nitelikte olur<sup>82</sup>.

### c. Kural İspat Ölçüsü ve İspat Zorluğunun Aşılmasının Bir Aracı Olarak İspat Ölçüsünün Düşürülmesi

Görüldüğü üzere Alman Doktrinde ispat ölçüsü ve ihtimal teorilerine ilişkin çok sayıda görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerin hepsinin amacı hâkimin bir karar verirken iddia edilen vakıanın ne zaman ispat edilmiş sayılması gerektiğine ilişkin bir ölçü belirleyebilmektir. Bu anlamda hâkimin hiçbir rolü olmaması gerektiği sadece bir takım matematiksel hesaplar yolu ile belirlenen ihtimal derecesine göre karar vermesi gerektiğinden başlayarak hâkimin tamamen şahsi iknasına göre bir karar verilebileceğine ilişkin birçok görüş bulunmaktadır. Hatta denilebilir ki, bu iki görüş arasında da söylenebilecek hemen hemen her görüş belirtilmiş, her görüş kendine özgü iddialar ve karşı iddialar yolu ile görüşlerini açıklamıştır. Alman yargı kararlarına baktığımızda da her iki görüşü haklı kılacak argümanların bulunabileceği kararlar verilmiştir<sup>83</sup>.

Ancak incelemelerimiz sonucunda gerek doktrin gerekse yargı kararlarında genel olarak kabul gören görüşler şu şekilde özetlenebilir;

- Öncelikle belirtmek gerekir ki ne sübjektif teori ne de objektif teori durumu tam olarak izah edebilecek durumda değildir. Bu yüzden her iki teori de birbirinin görüşlerinden faydalanmış ve gittikçe de birbirine yaklaşmıştır. Bu anlamda orta bir yolun kabul gördüğü söylenebilir.

-Sübjektif teorinin temel noktası olan hâkimin şahsi iknası genel olarak yargı kararlarında kabul görmüştür. Yani hâkim vermiş olduğu kararın arkasında durabilecek durumda olmalıdır. Hâkimin bu anlamda kişisel kanaati önemli olmaktadır. Bu yüzden sübjektif teorinin hâkimin iknasını esas alan bu görüşü isabetlidir.

-Ayrıca gerçek tam olarak hiçbir zaman bilinemez. Hâkimin vermiş olduğu karar gerçeğin kendisi değil gerçeğin ihtimali bir değeridir. Bu yüzden hâkimin iknasının bu ihtimali değer üzerinde olması gerekir. Çünkü yargılama konusu olan şey bir vakıanın gerçek olup olmadığı değil, iddia edilen vakıanın gerçek olduğuna ilişkin yüksek bir ihtimalin mevcudiyetinin hâkimin ikna edilmesidir.

-Ancak hâkim bu kanaatini oluştururken düşünce, mantık ve ilmi kurallara uygun olarak hareket etmelidir. Bu anlamda ihtimalin objektif bir biçimde belirlenebilmesine de özen gösterilmelidir.

-Hâkimin kişisel iknası, yargı kararlarında geçen ifade ile günlük yaşamda kullanılacak ölçüde bir ikna yeterli olmalıdır. Makul şüphelerin olması iknanın oluşumunu engellemez.

<sup>82</sup> Berg-Winters, s. 105; Walter, s. 181; Baumgärtel, s. 165, 179.

<sup>83</sup> Bu kararlar açısından bkz.; Albayrak, s. 332 vd.



Bu anlamda Türk Hukuku'nda geçen “*hayatın olağan akışına uygun olma*”<sup>84</sup> formülasyonun bu şekilde Alman Hukuku ile örtüştüğü söylenebilir.

-Ayrıca “*ağır basan ihtimal ilkesi*” de kural ispat ölçüsü olarak kabul edilmemektedir. Çünkü bu şekilde kural ispat ölçüsünün düşürüldüğü yerler zaten kanun koyucu tarafından özel olarak belirtilmiştir. Bu şekilde genel bir ispat ölçüsünün düşürülmesi kanunun amacına aykırı olmaktadır. Çünkü bu şekilde verilen bir kararın güvenilirliği de sorgulanır hale gelir.

-Ancak bazen ispat ölçüsünün genel olarak yüksek ölçüde olması gerektiği kabul edilse de, yargı kararlarında geçen “*pratik hayatta kullanılabilen ölçü*” (für das praktische Leben brauchbare Grad von Gewissheit<sup>85</sup>) kelimesinden bu ölçünün değişken olduğu savının çıkarılabileceği de söylenmiştir. Bu anlamda belirlenebilir bir ölçünün olamayacağı, genel – soyut formülasyonların pratik anlamda bir değer taşımayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu görüş, subjektif ispat ölçüsünü merkez almış ancak olaylara göre değişen bir ölçünün olabileceğini söylemiştir<sup>86</sup>.

-Sonuç olarak Alman Hukuku'nda kural ispat ölçüsü olarak ihtimale dayalı yüksek ihtimalin (hohe Wahrscheinlichkeit) esas alınacağı genel olarak kabul görmektedir<sup>87</sup>. Doktrinde ileri sürülen bu görüş yargı kararlarında “*kesinlik sınırında ihtimal* (an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit) şeklinde de geçmektedir. Hâkimin mantıklı bütün şüphelerden arınmış bir şekilde ikna olması gerekir<sup>88</sup>. İspat ölçüsü maddi hukuk tarafından belirlenmektedir. İspat ölçüsünün düşürülmesi sadece kanunda belirlenen hallerde geçerlidir. Ancak yargı kararları ile de bu kesinlik sınırında ihtimal düşürülebilmektedir. Özellikle ispat güçlüğüne yaşandığı nedensellik bağının ve kusurun tespitinde ispat kolaylıkları kavramı geliştirilmiştir. Buna göre bazı durumlarda ilk görünüş ispatı, fiili karineler, tecrübe kuralları yolu ile ispat ölçüleri düşürülebilmektedir<sup>89</sup>.

Hatta daha önce de bahsetmiş olduğumuz üzere, yargı kararları ve doktrin, tazminat hukukunun önemli alanlarında, yanlış tedaviden kaynaklı tazminat taleplerinde ve iş hukukundan kaynaklı bazı taleplerin kabulünde ispat ölçüsünü ağır basan ihtimale (baskın ihtimal) kadar düşürmektedir<sup>90</sup>. Zaten ilk görünüş ispatı kavramı aslında ispat ölçüsünün

<sup>84</sup> Hayatın olağan akışı ile kastedilen tecrübe kuralları, hayatta sık tekrar eden, tekrarlanması ihtimal dahilinde olan olaylardan veya bilimsel ve teknik bilgilerin oluşturduğu ve kendilerini oluşturan somut olaylardan bağımsız hale gelmiş kurallardır (Alangoya, Yavuz. «*Senede Karşı Senetle İspat*» Kuralı ve «*Hayatın Olağan Akışı*» Kavramı.» Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan içinde, 521 vd. Ankara, 2004, s. 528, dn 32).

<sup>85</sup> BGH VersR 1956, 194; BGH VersR 1957, 362 (naklen, Huber, s. 62)

<sup>86</sup> Rommè, Oliver. “*Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast*”, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, s. 62; Berg-Winters, s. 106.

<sup>87</sup> Doktrinde; Musielak, 1975, s. 92; Musielak, 1977, s. 464; Baumgärtel, s. 178; Arens, Peter/ Wolfgang, Lüke. “*Zivilprozessrecht*”, München, 1994, s. 203, Rn. 257; Prütting, 1983, s. 86; Huber, s. 122; Engels, s. 40; Walter, s. 164; Berg-Winters, s. 108; Kollhossler, Helmut. «*Besprechung von Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung.*» ZZZP 270 vd., 1983, s. 271. Yargı Kararlarında: BGH VersR 1954, 495; BGH VersR 1956, 696 (naklen; Huber, s. 61)

<sup>88</sup> Arens/ Lüke, s. 202, Rn. 257.

<sup>89</sup> Başözen, s. 294, dn. 383.

<sup>90</sup> Maassen, s. 55.

düşürülmesinin doktrindeki teorik ifadesinden başka bir şey değildir. Bu da ispat ölçüsünün düşürülmesi suretiyle ispatın kolaylaşmasının ihtiyaç olduğunun başka bir kanıtıdır<sup>91</sup>.

Ayrıca Maassen'e göre, yargı kararlarında geçen tam ispat anlamında kural ispat ölçüsü olan "*kesinlik sınırındaki ihtimal*", oldukça yüksek bir ispat ölçüsüdür. Bu nedenle ispat ölçüsünün düşürülerek, daha gerçekçi bir ispat ölçüsü olan "*ağır basan ihtimal*" (überwiegende Wahrscheinlichkeit)'in tam ispat anlamında kural ispat ölçüsü olarak kabul görmesi gerekir<sup>92</sup>. Çünkü davanın taraflarından birinin davayı sırf iddia ettiği vakıaları ispat edememesi sebebiyle kaybetmesi usul hukukunun amaçlarından biri olan adil hüküm verme amacını sekteye uğratar. Ayrıca bir hakkın korunabilmesi için ne kadar mükemmel hukuk normları düzenlerseniz düzenleyin bunların ispatının imkânsız yahut çok güç olması öngörülen normun uygulanamaması ve dolayısıyla ilgili hakkın korunamaması anlamına gelecektir. Bu durumda da o normun düzenlenmesinin bir anlamı kalmayacaktır. Bunun farkında olan kanun koyucu bazı yerlerde ispat ölçüsüne yönelik düzenlemeler yapma ihtiyacı hissetmiştir. Örneğin İş Kanunu'nun 5. maddesinde işverenin eşit davranma borcu düzenlenmiştir. Burada, iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak eşit davranma borcuna aykırı işlemin yapılamayacağı düzenlenmektedir. Düzenlemenin son fıkrasında ise "*20'nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur*" şeklinde bir düzenleme mevcuttur. İşverenin eşit davranma borcu ve ayırım yasakları, işçinin kişiliğinin korunması bakımından önemli bir koruma öngörmektedir. Ancak ifade ettiğimiz gibi bir maddi hukuk normunun var olması kadar o düzenleme ile korunmak istenen kişi ya da topluluğun o hakka erişimi de önemlidir. Psikolojik ya da cinsel taciz gibi işçinin kişilik hakkının ihlalini oluşturan diğer eylemlerde olduğu gibi farklı muameleye maruz kaldığının ya da ayrımcılığa uğradığının ispat edilmesi de işçi açısından oldukça güçtür<sup>93</sup>. Bu nedenle İşK. 5. maddesinin 7. fıkrasında ispat yükü üzerinde olan işçi bakımından ispat kolaylığı öngörülmüştür<sup>94</sup>. Hükümde geçen "*iddianın güçlü bir şekilde ortaya konması*" ifadesi ile ihlali oluşturan eylemin doğrudan ispatı çok güç hatta neredeyse imkânsız olacağından işçiye emareler ile ve dolayısıyla daha düşük bir ispat ölçüsüyle iddiasını ispat etme imkânı verilmektedir<sup>95</sup>. Kanunda geçen "*ihlalin ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya konulmasından*" kasıt, kanaatimizce ispat ölçüsünün düşürülerek ilk görünüş ispatı çerçevesinde bir ispatın yeterli kabul edilmesidir. Burada kanun koyucu ayrımcılık yasağının ispatının zor olduğundan yola çıkarak hakimlere bir yol göstermek istemiştir. Buna göre hâkim düşük dereceli bir ispat ölçüsü ile yetinebilecektir. Bu düşük dereceli ispat ölçüsünü de

<sup>91</sup> Maassen, s. 65.

<sup>92</sup> Maassen, s. 61- 66; Başözen, s. 123.

<sup>93</sup> Alkış- Cemiloğlu, Deniz. *İş Yargılamasında İspat*, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü- YÖK Tez Merkezi, Adana, 2024, s. 218.

<sup>94</sup> Albayrak, Hakan/ Yuvalı, Ertuğrul. «*İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.*» *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 9 (34): 73-113, 2012, s. 83; Y9HD, T. 15.05.2019, E. 1423, K. 11167; Y9HD, T.23.09.2010, E. 34788, K. 25328 (naklen; Alkış Cemiloğlu, s. 218)

<sup>95</sup> Albayrak/ Yuvalı, s. 90.

“ihtimal” kavramı ile ifade etmek istemiştir. Yani ihtimal kavramı ile ispat ölçüsünün düşük derecede tutulduğuna vurgu yapılmak istenmiştir. Yoksa “güçlü biçimde” ifadesine takılarak ispat ölçüsünün yükseltildiği anlaşılmamalıdır. Burada “yalın bir ihtimalin” yeterli olmadığını vurgulamak için bu ihtimalin “güçlü bir biçimde” ortaya konulması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla burada yalın bir iddiadan daha fazla ancak tam bir kanaatten daha azının yeterli olduğu anlatılmak istenmiştir. Eğer işçi ayrımcılık yasağı ihlalini mevcudiyeti ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya koyarsa ispat yükü karşı tarafa geçmektedir. Aslında kanun koyucunun ispat yükünün yer değiştireceğini belirtmesine dahi gerek bulunmamaktadır. Zira zaten işçi iddia etmiş olduğu ayrımcılık yasağı ihlali vakiasını kanunun koymuş olduğu ölçüde ispat etmesi durumunda işverenin bunu çürütecek bir karşı ispat faaliyeti yapması gerekecektir. İşveren, işçinin bu düşük dereceli şekilde yapmış olduğu ispat faaliyetini çürütecek bir ispat faaliyeti yapamaz ise davayı kaybedeceği söylenebilir. Dolayısıyla ispat yükünün işverene geçeceğinin kanunda yer alması sadece açıklayıcı ve hakimlere yol gösterici mahiyette olmuştur<sup>96</sup>.

Özellikle iş hukuku alanında ispat ölçüsünün düşürülmesi suretiyle ispat kolaylıklarının sağlanmaya çalışıldığı birçok durum söz konusudur. Bu bağlamda, psikolojik tacizin (mobbingin) ispatında, cinsel tacizin ispatında, işçinin kişisel verilerinin ihlalinin ispatında, belirtmiş olduğumuz eşit davranma borcunun ihlalinin ispatında, sendikal nedenle ayırımın ispatında, fazla çalışmanın ispatında ispat ölçüsünün düşürülmesi suretiyle işçi lehine ispat kolaylıkları bazı durumlarda kanun koyucu tarafından bazı durumlarda da yargı kararları ile sağlanmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla kural ispat ölçüsü iddia edilen hakkın durumuna, menfaat dengesine göre ağır basan bir ihtimale kadar düşürülmektedir. İşte bunun doktrindeki adı ise ilk görünüş ispatıdır. Ayrıca yargılama esnasında usuli taleplerin kabulü için kullanılan yaklaşık ispatın ilk görünüş ispatında farkı ve ispat kolaylıkları içindeki yerini de ayrıntılı aşağıda incelemeye çalıştık.

## B. İSPAT YÜKÜ – DELİL İKAME YÜKÜ VE DELİL İKAME YÜKÜNÜN YER DEĞİŞTİRMESİ SURETİ İLE İSPAT KOLAYLIĞININ SAĞLANMASI

### 1. İspat Yükü Kavramı

İspat yükü, belli somut bir vakianın gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılabilmesi, yani belirsizlik halinde hâkimin aleyhte bir kararı ile karşılaşması tehlikesidir<sup>97</sup>. İspat yükü belirsizlik veya ispatsızlık halinde riski kimin taşıyacağı ile ilgilenecek, belirsizlik halinin aşılması ve karar vermekle yükümlü olan hâkimin kimin lehine karar vereceğini düzenleyen kurallardır.

İspat yükü delillerin değerlendirilmesi aşamasından sonra gündeme gelecek ve önem kazanacaktır. Eğer maddi meselenin açığa çıkarılması için sunulan deliller yeterli ise ispat yükünün kimde olduğu önem taşımaz. İspat yükü, tarafların taleplerini haklı göstermeye yarayan

<sup>96</sup> Albayrak/ Yuvalı, s. 91.

<sup>97</sup> Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder. *İspat Yükü*, İstanbul, 1980, s. 49; Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis. *Medeni Usul Hukuku Esasları*. İstanbul, 2009, s. 309; Atalay 2011, s. 9; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 357; Görgün, Şanal/ Levent Börü/ Mehmet Kodakoğlu. *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2023, s. 441; Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara, 2022, s. 428; Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara, 2023, s. 478); Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol. *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, 2022, s. 26.

vakıa iddiaları talep edilen hukuk normunun uygulanması için yeterince açığa kavuşturulamamış ise yani bir belirsizlik hali söz konusu olmuş ise, hâkim ispat yükü kuralları gereğince bu belirsizlik halinde riski kimin taşıyacağına karar vermek zorundadır. Bu kararı verirken ispat yükünün kimin üzerinde olduğu önemlidir. İspat yükü kimin üzerinde ise ispat edilememe riskini o taşıyacak ve böylece karar aleyhine olacaktır<sup>98</sup>.

Belirsizlik hali ile iddianın doğru olmadığına karşı tarafça ispat edilmesi halinin birbirinden ayrılması gerekir. Zira bir tarafça ileri sürülen vakıa iddiasının doğru olmadığı, karşı tarafça ileri sürülen delillerden anlaşılabilir ve hâkimde vakıa iddiasının gerçekleşmediği konusunda kanaat oluşmuş ise ispat yükü kurallarının belirlenmesine ihtiyaç yoktur.

Sonuç olarak ispat yükü kuralları niteliği gereği birer maddi hukuk kurallarıdır. Belirsizlik halinin aşılmasına hizmet eden ve belirsizlik halinde ispat yükünü taşıyan taraf aleyhine karar verilmesi yolunda hâkime görev yükleyen özel hukuka ait maddi hukuk kurallarıdır<sup>99</sup>.

İspat yükü yer değiştirmez. Çünkü ispat yükü kuralları kanunlarda belirtilmiştir. İspat yükünün yer değiştirmesi, ispat yükünün normlara dayanan kanunlarda belirtilen dağılımının değişmesi anlamına gelir<sup>100</sup>.

## 2. Delil İkame Yükü

Delil ikamesi; tarafların, kendi iddialarını ispat etmek ve karşı tarafın savunmalarını çürütebilmek için mahkemeye ispata elverişli delil araçlarını sunmasıdır<sup>101</sup>. Delil ikame yükü (Beweisführungslast) doktrinde çok değişik şekillerde adlandırılmıştır. Delil ikame yükü yerine, “*subjektif iddia yükü*”, “*subjektif ispat yükü*”, “*şekli ispat yükü*” (formelle Beweislast)<sup>102</sup>, “*gerçek olmayan ispat yükü*” (falsch Beweislast)<sup>103</sup> kavramları da kullanılmıştır. Bu çalışmamızda ispat yükü (objektif ispat yükü) kavramından farkının daha iyi anlaşılabilmesi için “subjektif ispat yükü kavramı yerine”, “delil ikame yükü” kavramını tercih edeceğiz. Çünkü objektif ve subjektif ispat yükü kavramının içinde ispat yükü kelimesinin kullanılması nedeniyle bu iki kavramın karıştırılması daha kolay olmaktadır. Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere doktrinde Taşpınar, ispat yükü-delil ikame yükü arasında yapılan ayrımları teorik olduğu pratik açıdan sonucu değiştirici bir etkiye sahip olmadığını söylemektedir. Hatta teorik açıdan ispat yükünün maddi hukuka ait olduğu, delil ikame yükünün ise usul hukukuna ait olduğu şeklindeki görüşün de hatalı olduğunu savunmaktadır<sup>104</sup>. Bize göre de bu şekilde uzun teorik ayrımların ve aşırı kavramsallaştırma uygulamada anlaşılammakta ve pratik olarak gerçekten sonuç değiştirici bir etkiye sahip olmamaktadır. Hatta bu nedenle delillerin engellenmesi durumunda

<sup>98</sup> Postacıoğlu, İlhan. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 1975, s. 534; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 309; Atalay, s. 10; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 357; Görgün/ Börü/ Kodakoğlu, s. 441; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar/ Ayyavaz, s. 428; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 478; Budak/ Karaaslan, s. 261.

<sup>99</sup> Atalay, s. 14; İspat yükü kurallarının maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna mı dahil olduğu konusundaki tartışma için bkz. Umar/ Yılmaz, s. 7-16.

<sup>100</sup> Atalay, s. 16.

<sup>101</sup> Umar/ Yılmaz, s. 32; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 482; Atalay, s. 16; Börü, Levent. *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*, Ankara, 2016, s. 39; Topuz, Gökçen. *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, Ankara, 2012, s. 38.

<sup>102</sup> Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 697, § 116, Rn. 4.

<sup>103</sup> Atalay, s. 9.

<sup>104</sup> Taşpınar, s. 548.

Alman yargısı, kararlarında delil ikame yükü yerine, ispat yükünün yer değiştirmesi gerektiğinden bahsetmiştir. Birazdan bahsedeceğimiz üzere aslında burada kastedilen yahut olması gereken delillerin engellenmesi neticesinde ispat yükünün değil, delil ikame yükünün yer değiştirmesi olacaktır.

Delil ikame yükü (subjektif ispat yükü) maddi vakıaların unsurlarını, hangi tarafın uygun delilleri ileri sürmesi yoluyla ispat etmek zorunda olduğu sorununu cevaplamıştır<sup>105</sup>. Bir başka deyişle, hangi tarafa, hangi delillerin toplanması talebi yöneltilecek sorununa cevap vermeye çalışır. İspatlanamama durumunda davayı kendisine delillerin toplanması talebi yöneltilen taraf kaybedecektir<sup>106</sup>. Bu taraflara yüklenmiş gerçek bir “yüktür” (Last). Her kim objektif ispat yükünü taşıyor ise ilke olarak delil gösterme yükünü de taşıyor demektir. Ayrıca ispat yükü üzerinde olmayan karşı taraf da bazen istisnai olarak açıklama yükümlülüğü altında kalabilir<sup>107</sup>.

Delil ikame yükü (sübjektif ispat yükü) taraflara yüklenilmiş bir yük olması nedeniyle, taraflardan, davayı kaybetmemeleri için ileri sürdükleri vakıalara ilişkin delilleri ileri sürerek ispatlamaları istenmektedir. Delillerin ileri sürülmemesi halinde, delilleri ileri sürmesi istenen taraf, davayı kesin olarak kaybeder<sup>108</sup>. Delil ikame yükü davanın seyrine bağlı olarak değişir. Eğer mahkeme iddia edilen vakıaların gerçekliğine tarafların getirmiş olduğu delillerden veya ilk delillerin toplanmasından sonra geçici olarak ikna olursa, karşı taraf oluşan bu iknayı ortadan kaldırmak için başkaca deliller (karşı deliller) ileri sürmek zorundadır. Dolayısıyla karşı taraf hâkimde oluşan bu geçici iknayı sarsmak için karşı delillerini getirmek zorundadır. Hâkimde oluşan iknanın durumuna göre somut delil gösterme yükü birine veya diğer tarafa yüklenmesi değişken olacaktır<sup>109</sup>. Hatta objektif ispat yükü üzerinde olmayan yani tespit yükü üzerinde olmayan tarafa dahi bu yük yüklenebilecektir<sup>110</sup>. Delil ikame yükünün karşı tarafa geçtiği durumlara örnek olarak, ilk görünüş ispatının caiz olduğu durumlar, ispat güclüğü veya ispat imkânsızlığı bulunan durumlar, delillerin karşı tarafın hakimiyet sahasında olduğu durumlar, hayat tecrübesi kurallarına göre normal veya olağan durumunun aksinin iddia edildiği durumlar gösterilebilir<sup>111</sup>. Tüm bu durumlarda hâkim, ispat yükü üzerine düşen taraf aleyhine değil, delil ikame etme yükünü taşıyan aleyhine karar verecektir. Burada özellikle ilk görünüş ispatında, asıl ispatın gerçekleştiği kabulü düşüncesine yatan özel bir durum vardır<sup>112</sup>. Aynı şekilde delillerin engellenmesi durumunda da delil ikame yükünün ispat yükünü taşıyan taraf aleyhine değil karşı tarafa hâkim kararı ile geçirilebilmesi mümkün olabilecektir.

<sup>105</sup> Fuchs, Gisbert. *Die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast im zivilprozessualen Eilverfahren*, Bonn, 1993, s. 19; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 697, § 116, Rn. 4.

<sup>106</sup> Gottwald, Peter. «Grundprobleme der Beweislastverteilung.» *Jura* 225 vd, 1980, s. 226; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 697, § 116, Rn. 4.

<sup>107</sup> Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 697, § 116, Rn. 4.

<sup>108</sup> Musielak, Hans-Joachim. «Gegenwartsprobleme der Beweislast.» *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess (ZZP)* 100: 385-411, 1987, s. 385, 403.

<sup>109</sup> Atalay, s. 18.

<sup>110</sup> Fuchs, s. 20; Musielak, 1975, s. 36.

<sup>111</sup> Atalay, s. 21; Prütting, 1983, s. 10-13.

<sup>112</sup> Atalay, s. 21.

Musielak, delil ikame yükünün yer değiştirmesi kavramını, “*delil ikame yükünün taraflar arasında sarkaç gibi ileri geri salınması*” olarak ifade etmiştir. Bu simgesel ifade yerindedir. Çünkü sarkaç kendiliğinden hareket etmez, itici bir güce ihtiyacı vardır. Bu itici güç ise davada delil ikame yükü bakımından taraflar veya hâkimdir. Taraflardan biri delil ikame yükünü yerine getirmiş ise sarkacın topuzunu karşı tarafa doğru itmiş olur. O taraf da kendisine düşen delil ikame yükünü (somut delil gösterme yükü) yerine getirerek sarkacı karşı tarafa itmeye çalışacaktır. Bu simgesel anlatımı ispat yükü (objektif ispat yükü) ile sübjektif ispat yükünün somut delil getirme türü arasındaki ilişki için de yapabiliriz. Sarkacın yukarıdaki sabit bağlantı noktasını ispat yüküne, topuzunu ise delil ikame yüküne benzetebiliriz. İspat yükü sabit kalırken somut delil ikame yükü taraflar arasında duruma göre gidip gelmekte, yani yer değiştirmektedir<sup>113</sup>. Delil ikame yükünün bu şekilde ileri geri gidip gelmesi, tüm deliller tükenene kadar devam edebilir<sup>114</sup>. İspat yükünü belirleyen kurallar maddi hukukun alanına girmesine karşın, delil ikamesine ilişkin kurallar yargılama hukukunun alanına girmektedir<sup>115</sup>.

Özellikle, ilk görünüş ispatı, fiili karine gibi dolaylı ispata başvurulması durumunda ispat yükünün yer değiştirdiğine dair öğretide de kullanımlar görülmektedir. Örneğin işverenin eşit davranma borcuna aykırılığının ve ayırım yasaklarının düzenlendiği İşK. md. 5’te tarafların emareler ile ihlali ispat edebileceği düzenlendiğinden burada ispat yükünün işverene geçtiğinin ifade edildiğine rastlanmaktadır. Ancak dolaylı ispat mekanizmaları ile ispat halinde aslında karşı tarafa geçen ispat yükü değil delil ikame yüküdür<sup>116</sup>. Zira burada ispatsızlık nedeniyle oluşan bir belirsizlik durumu yoktur. Aksine ispat yükünü taşıyan taraf iddiasını ispat ederek hâkimde kanat uyandırmıştır ve bunu emareler ya da fiili karineler aracılığıyla yapmıştır<sup>117</sup>. Artık delil ikame yükü kendisine geçen taraf bu kanaati sarsmak durumundadır<sup>118</sup>. Karşı taraf, bu faaliyetinde başarılı olamazsa dava aleyhinde sonuçlanabilir ancak bunun sebebi hâkimin ispat yükü kuralına gitmesi değil, bir tarafın, dolaylı ispat vasıtalarıyla da olsa, iddiasını ispat etmiş olması ve hâkimde kendi lehine kanaat uyandırmış olmasıdır. Hâkimde oluşan kanaatin derecesi, somut olayın özelliğine göre, daha düşük olabilir ama bu bir ispatsızlık durumu değildir. Düşük dereceyle de olsa, hâkimde bir kanaat oluştuğu için hüküm kurulmaktadır.

Bu delil ikame yükü yalnızca taraflarca hazırlanma ilkesinin olduğu davalarda geçerlidir görüşü ileri sürülmüştür<sup>119</sup>. Çünkü re’sen araştırma ilkesine tabi olan davalarda hâkim, taraflardan bağımsız olarak, kendisi de bizzat delil toplayabilir. Diğer görüşe göre ise, delil ikame yükü, re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda da uygulama alanı bulur. Eğer hâkim bir tarafa delil ikame yükü yüklemiş ve buna rağmen o taraf delil ikame edememiş ise davayı kaybetme riskini taşır<sup>120</sup>.

<sup>113</sup> Atalay, s. 21.

<sup>114</sup> Musielak, 1975, s. 36-37.

<sup>115</sup> Umar/ Yılmaz, s. 32; Atalay, s. 17.

<sup>116</sup> Prütting, 1983, s. 5-7; Laumen, s. 3742; Alkış- Cemiloğlu 2024, s. 107.

<sup>117</sup> Laumen, s. 3742; Alkış- Cemiloğlu, s. 107.

<sup>118</sup> Prütting, 1983, s. 5-7; Laumen, s. 3742; Alkış- Cemiloğlu, s. 107.

<sup>119</sup> Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 697, § 116, Rn. 4.

<sup>120</sup> Atalay, s. 22; Alkış- Cemiloğlu, s. 107.



### III. İSPAT KOLAYLIKLARININ TÜRLERİ

İspat kolaylıklarının türlerini aşağıda belirlemeye çalıştık. Ancak bu türler kesin olarak belirlenmiş, aralarında çok büyük farkların olduğu ve birbirlerinden tamamen farklı olan kavramlar değildir. Bunlar birbirleri ile benzerlikleri olan, çoğu kez aralarındaki ayrımın çok net olarak her zaman ortaya konulmadığı, daha çok yargı kararları ile geliştirilmiş kurumlardır. Biz ispat kolaylıkları üst başlığı altında ilk görünüş ispatı, emare ispatı, fiili karineler, tecrübe kuralları, delillerin engellenmesi durumlarını incelemeyi uygun bulduk. Fakat bu belirlemeler sınırlı bir sayıda sayılmış değildir. Yargı kararlarında kullanılan ifadelerin ayrı başlıklar altında incelenmesidir. Yargı kararlarında da çoğu kez bu kavramlardan bazıları birbirlerinin yerine kullanılmıştır. Bu durumdan yeri geldikçe bahsedilecektir.

#### A. İLK GÖRÜNÜŞ İSPATI

İlk görünüş ispatının temelleri İngiliz Hukukuna dayanmaktadır. İngiliz Hukuku'nda, özellikle 19. Yüzyılın başından itibaren açık denizlerde meydana gelen deniz kazalarının ispatı alanında uygulanmak üzere "ilk görünüş ispatı"nın temelleri oluşmaya başlamıştır. Daha sonra geliştirilerek diğer ülkeleri de etkilemiştir. Alman Hukuku'nda "Anscheinsbeweis" "prima-facie-Beweis"<sup>121</sup> adıyla anılan ilk görünüş ispatına, Anglo-Amerikan Hukuku'nda da "res ipsa loquitur"<sup>122</sup> adı verilmektedir<sup>123</sup>. Amerikan Hukuku'nda verilen mahkeme kararları ile demiryolu, uçak ve trafik kazaları, hekimin tıbbi müdahale hatalarında, üreticinin sorumluluğu gibi farklı alanlarda "res ipsa loquitur" öğretisinden yararlanılmaktadır. Kusurun ispatından başka nedensellik bağının ispatı için de kullanılabileceği kabul edilmektedir<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> İngiliz hukukunda "prima-facie evidence" kavramı ile Alman hukukundaki ilk görünüş ispatı özdeş kavramlar değildir. Buna karşılık, İngiliz ve Amerikan hukukunda uygulama alanı bulan "res ipsa loquitur", Alman hukukundaki "ilk görünüş ispatı" ile örtüşmekte olup; bu kavramlar emarelerle ispat ile fiili karine olarak kabul gören "prima facie evidence" ile karıştırılmaktadır. İngiliz hukukunda "prima facie evidence" gerçekleşmesiyle karşı tarafın "aksini ispat" etmesi gerekmektedir birlikte, "res ipsa loquitur" ile ilk görünüş ispatına benzer şekilde ispat yükü yer değiştirmemek; sadece davacı yararına ispat faaliyeti gerçekleştirilmiş olmakta, karşı taraf ise hâkimde oluşan geçici kanaati sarsmak amacıyla "karşı ispat" faaliyetine girişmektedir (Başözen, s. 21, dn. 49).

<sup>122</sup> İngilizcede şu şekilde ifade edilir; "the thing (matter) speaks for itself." Olay kendi kendini zaten yeterince anlatmaktadır manasına gelmektedir. (<http://www.law-glossary.com/definition/res-ipsa-loquitur.html>, erişim tarihi 23.04.2024). Bu kavramın ilk temelleri 1863 tarihli İngiliz Vergi Mahkemesinin (Court of Exchequer) "Byrne v. Boadle" kararına dayanır. Karara konu olan olayda, davalıya ait deponun ilk kat penceresinden yoldan geçen bir kişinin üzerine içi un dolu bir fiç düşmüş; zarar gören, depo sahibinden tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi, zarar verdiği iddia edilen depo sahibinin olayın gerçekleştiği sırada deponun içinde olmaması sebebiyle kusurun oluşmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Üst derece mahkemesi ise yerel mahkemenin bu kararını, herhangi bir teorik açıklama yapmaksızın "bu somut olayın oluşuna göre, davalının kusuru res ipsa loquitur kabul edilmeli" şeklindeki Latince bir terimle bozmuştur. Aynı terim iki yıl sonra bir kaza nedeniyle yine İngiltere'de verilen bir kararda (Scot v. London ve St. Katherina Docks Co. Olayı) yeniden kullanılmıştır. Davaya konu olayda, bir alışveriş merkezinde inceleme yapan gümrük memurlarının üzerine altı şeker çuvalı düşerek yaralanmalarına neden olmuş; zarar görenler tazminat talebinde bulunmuşlardır. Kazanın nedeni tam anlaşılamamıştır. Ancak mahkeme, kaza, davalının veya onun çalışanlarından birinin yönetimi, kontrolü altında olmuş ise, kazayı önleme yetkisine sahip olan kişilerin hayatın olağan akışının şartlarının gerektirdiği dikkat ve özeni göstermelerinin bekleneneğine hükmetmiştir. Bu dikkat ve özeni gösterdiklerinde bu tür bir kaza oluşmayacak denilebiliyorsa; bu durum, mahkemece ilk bakışta kabul edilebilir bir delil oluşturur. Davalının bu yükümlülüğüne aykırı davranmasına neden olan hayat olayı hakkında açıklama yapılmadığı durumlarda, kazanın gerekli dikkat ve özen gösterilmediğinden gerçekleşmiş olduğu kabul edilir (Başözen, s. 23, 24).

<sup>123</sup> Başözen, s. 20.

<sup>124</sup> Başözen, s. 25.



“İlk görünüş ispatı” kavramı, Alman mahkeme uygulamalarında ilk olarak, Alman İmparatorluk Mahkemesinin (Reichsgerichts) 1888 tarihli kararında geçmektedir. Kararda, kavramın tanımı, açıklaması yapılmamıştır. Söz konusu karar, gemi kazaları bakımından gemi kaptanının sorumlu tutulmasına yöneliktir. Daha sonra benzer şekilde, Alman İmparatorluk Mahkemesinin (Reichsgerichts) 27.06.1900 tarihli kararına da konu olmuş; ancak teorik temeline yönelik bir açıklama yapılmamıştır<sup>125</sup>. Ancak 07.11.1931 tarihli kararı ile ilk görünüş ispatının, delillerin serbestçe takdir edilmesi ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu karar ile ilk görünüş ispatı karinelerden ayrılmıştır. Böylece ilk görünüş ispatının olduğu yerlerde hâkimde oluşan kanaatin bir aksi ispat (Gegenteilsbeweis, Beweis des Gegenteils) ile değil, karşı ispat ile (Gegenbeweis) ile çürütülmesi gerektiği kabul edilmiştir<sup>126</sup>. İlk görünüş ispatı fiili karinelerden de bu noktada ayrılmaktadır. Alman Federal Mahkemesi de İmparatorluk Mahkemesine uygun olarak, ilk görünüş ispatının temellerini, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirilmesi yetkisi çerçevesinde ele almıştır<sup>127</sup>. İlk görünüş ispatı kısaca, tipik hayat olayları temel alınarak formüle edilmiştir. Bu formül, bir olaya temel teşkil eden, tekrarlanan unsurların tek tek tespiti yapılmış ve doğruluğunun sınanmış olduğu durumlarda, o olayın oluş biçiminin belirli bir süreçte ortaya çıkan yaşam deneyimlerine göre, öyle gerçekleştiğinin kabul edileceği veya inanılacağı düşüncesine dayanır<sup>128</sup>.

İlk görünüş ispatının en önemli uygulama alanları kusur ve nedensellik bağının ispatıdır<sup>129</sup>. İlk görünüş ispatının uygulanabilmesi için öncelikle yaşam deneyimlerimize dayalı tipik bir olayın varlığı gereklidir. Yargı kararlarında bu durum genellikle “tipik yaşam deneyimleri” (typischer Geschehensablauf) şeklinde yer almaktadır. Nedensellik bağının ilk görünüş ispatı ile kabul edilmesine örnek olarak; kaynak yapılan bir yerde çıkan yangının bu kaynak işi nedeniyle oluştuğunun ilk görünüş ispatı ile kabul edilmesi verilebilir. Bu örnekte kazaları önleyici düzenlemelere ya da koruma kanunlarına aykırılık durumlarında nedensellik bağının tespitinde ilk görünüş ispatının kullanılması durumu mevcuttur. Federal mahkemeye göre, kaynak yapıldığı sırada kaynak yapılan yere yakın duvarlara metallere sıçrayan parçaların yangın çıkarmasını, (ateş çıkarmasını) engellemek amacıyla ilgili düzenleme<sup>130</sup> gereğince mantolama işlemi yapılması gerekir. İşte kazaları önlemeyi amaçlayan düzenlemelere aykırı davranışın tespit edildiği durumlarda, yani yangının bu yönetmelik hükümlerine aykırı davranış nedeni ile çıkmadığının, davalı tarafından ispatlanması gerekir<sup>131</sup>. Bu nedenle bu olayda davalının iddiası olan, yangının dikkatsizce depoya sigara izmariti atılmasından kaynaklandığı iddiası dinlenmemiştir. Görüldüğü üzere kanuni düzenlemelere aykırılık halinde, nedensellik bağının var olduğu ilk görünüş ispatı çerçevesinde ön kabul olarak kabul edilebilmektedir. Bu duruma ilişkin diğer örnekler şu şekildedir; trafik kazalarında alkollü araç kullanımının araç kullanmayı

<sup>125</sup> Başözen, s. 30.

<sup>126</sup> Başözen, s. 31.

<sup>127</sup> Berg-Winters, s. 16.

<sup>128</sup> Berg-Winters, s. 17; Başözen, s. 33.

<sup>129</sup> Leipold, 1985, s. 16; Başözen, s. 181.

<sup>130</sup> UVV §8, III (Unfallverhütungsvorschrift) yani kazaları önleme yönetmeliği uyarınca kaynak işi yapan yangın tehlikesine karşı gerekli önlemleri almalıdır.

<sup>131</sup> BGH VersR 1984, s. 63-64(naklen, Başözen, s. 188).

elverişsiz hale getirmesi<sup>132</sup>, emniyet kemerinin veya kaskın takılmaması halinde oluşan zarardan birlikte kusur çerçevesinde değerlendirilmesi sebebiyle tazminat miktarının azaltılması<sup>133</sup>, trafikte arkadan çarpma olaylarında arkadan çarpan sürücünün ilk görünüşte kusurlu olduğunun kabulü<sup>134</sup>, bir lokantanın trafonun altına yanabilir plastik çöpleri açık bir yerde, ayrıştırılmadan toplaması sonucundan çıkan yangından sorumlu tutulması<sup>135</sup>, bir kişinin, merdivenlerin korkuluğunun yapılmaması sebebiyle inşaattan düşmesinde güvenlik önlemlerinin alınmaması sebebiyle düşmesindeki nedensellik bağının ispatı<sup>136</sup>, il temizlik kurulunun kararına göre evinin önündeki buzlanmayı temizlemekle yükümlü davalının bu yükümlülüğü yerine getirmemesi sebebiyle yoldan geçen kişinin ayağının kayarak düşmesindeki sorumluluğun bu yükümlülüğü yerine getirmeyen kişiye yüklenmesi<sup>137</sup>, hekimlerin sorumluluğuna ilişkin olaylardaki ispat güçlüklerinin aşılmasında ilk görünüş ispatının kullanılması<sup>138</sup>, ilaç üreticilerinin sorumluluğunda ilk görünüş ispatının kullanılması<sup>139</sup>, çevreye verilen zararlardan ötürü ilk görünüş ispatı ile nedensellik bağının tespiti, gibi ilk görünüş ispatının uygulanmasına ilişkin örnekler verilebilir.

## B. YAKLAŞIK İSPAT

### 1. Yaklaşık İspat Kavramı

Yaklaşık ispat için Alman ve İsviçre hukuklarında ise genellikle kullanılan ifade “Glaubhaftmachung” ifadesidir<sup>140</sup>. Bu tam ispat terimi olan “Vollbeweis” teriminden ayırmak için kullanılır. Kelime anlamı olarak “voll” tam, dolu anlamında iken, “Glaubhaftmachung” ifadesi inandırma, ikna etme anlamında, tam olmayan ikna çabası anlamında kullanılmıştır. Türk Hukukunda çeşitli ifadeler kullanılmaktadır; “inanılabilir derecede ispat”<sup>141</sup>, “mukaraine ispat”<sup>142</sup>, “hakikate yakın ispat”<sup>143</sup>, “kuvvetle muhtemel görme”<sup>144</sup>, “hakkın varlığını muhtemel

<sup>132</sup> BGH NJW 1990, s. 2393(naklen, Başözen, s. 223).

<sup>133</sup> BGH NJW 1983, s. 1380(naklen, Başözen, s. 229).

<sup>134</sup> BGH NJW 1982, s. 1595(naklen, Başözen, s. 316).

<sup>135</sup> BGH NJW 1978, s. 2032(naklen, Başözen, s. 197).

<sup>136</sup> BGH VersR 1974, s. 263 (naklen, Başözen, s. 204).

<sup>137</sup> BGH NJW 1984, s. 432-434(naklen, Başözen, s. 210).

<sup>138</sup> Ancak Türk uygulaması maalesef hekimlerin sorumluluğu alanında çekingen davranmakta, hastaya katlanılamayacak yükler yüklemektedir. Yargıtay bir hastanın ölümü ile sonuçlanan olayda, hekimin tıbbi tecrübe, tedavi kurallarına aykırı davranmasını zararlı nedensellik bağı için yeterli görmemiş, bu aykırı davranıştan ötürü bu tarz bir zarar doğabileceğinin tam (kesin) ispatını aramıştır. (Y 13. HD. 25.05.2000, 2892/5141, naklen (Başözen s. 269, dn. 296). Yargıtay’ın bu tarz çekingen tutumunun sebebi ispat hukukunda son dönemdeki gelişmeleri takip edememesi, ispat kolaylıkları kavramının Türkiye’de yeterince incelenmemiş olması, uygulayıcıların bu kavramlar hakkında yeterince bilgi sahibi olmamaları gösterilebilir.

<sup>139</sup> BGH JZ 1971, s. 507(naklen, Başözen, s. 295).

<sup>140</sup> Yılmaz, Ejder. *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*. Cilt I. Ankara, 2001, s. 895.

<sup>141</sup> Ansay, Sabri, Şakir. *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara, 1960, s. 339.

<sup>142</sup> Yıldırım, s. 40, Deren-Yıldırım, Nevhis. *Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sinai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler*, İstanbul, 2002, s. 54.

<sup>143</sup> Üstündağ, Saim. *İhtiyati Tedbirler*. İstanbul, 1981, s. 5-47.

<sup>144</sup> Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara, 2011, s. 585; HMK’nın kabulünden sonra Kuru/Arslan/Yılmaz’da parantez içinde yaklaşık ispat terimini kullanmışlardır.

göstermesi ve hakkın varlığını hakikate mukarin olduğunu<sup>145</sup>, “olabilirlik ispatı”<sup>146</sup>, “alacağın varlığına az çok kanaat”<sup>147</sup>, “yüzeysel bir izlenim”<sup>148</sup>, “yaklaşık ispat”<sup>149</sup>.

Yaklaşık ispat terimi yerine yaklaşık ispatın olduğu yerlerde kanunda başkaca ifade biçimleri kullanılmaktaydı. “Muhtemel görme” (HMK m. 38/6); “talebin dayandığı sebepler ile bunların delil veya emareleri” (HMK m. 97); “mahkemece kanaat getirildiği” (HMK m. 220); “haklı oldukların yolunda kanaat uyandırmak” (HMK m. 334), gibi ifadeler kullanılmaktaydı. Ancak açık biçimde yaklaşık ispat terimi kanuni metinlerde yer almamaktaydı.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 390. maddesi ile birlikte yaklaşık ispat terimi de hukukumuzda girmiştir. 390. maddenin üçüncü fıkrasına göre “*tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını, yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır*”. Görüldüğü gibi kanun koyucu bilinçli bir tercih ile ihtiyati tedbirlerde ispat ölçüsü konusunda “yaklaşık ispat” terimini tercih etmiştir.

6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 76. maddesinde ise bu kavram kullanılmayarak “haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar” ifadesine yer verilmiştir. 6098 sayılı Kanunun<sup>150</sup> 76. maddesi şu şekildedir: “*Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir*”. Bu ifade Borçlar Kanununun Tasarısında “gerçeğe yakın gösterme” şeklinde ifade edilmişti. Tasarının geçici ödemeler başlıklı 75. maddesine göre, “zarar gören, iddiasının haklılığını gerçeğe yakın gösteren kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene, hükmü etkilemeyecek nitelikte geçici ödeme yapmasına karar verebilir”<sup>151</sup>. Görüldüğü üzere tasarıdaki “gerçeğe yakın”

<sup>145</sup> Postacıoğlu, s. 488, 493.

<sup>146</sup> Atalay, s. 21.

<sup>147</sup> Postacıoğlu, İlhan/ Altay, Sümer. *İcra Hukukunun Esasları*. İstanbul, 2010, s. 869.

<sup>148</sup> Postacıoğlu/ Altay, s. 861.

<sup>149</sup> Özekes, Muhammet. *İcra ve İflas hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara, 1999, s. 219; Yılmaz, s. 35-38; Rüzgaresen, Cumhuriyet. *İflas Sebepleri*, Ankara, 2011, s. 217; Ermenek, İbrahim. *İflasın Erteleme*. Ankara, 2009, s. 246; Pekantez/ Atalay/ Özekes, s. 366; Ermenek, s. 246; Karlı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, 2011, s. 642. Ancak Karlı, icra hukuku ders kitabının ihtiyati haciz bölümünde “hakikate yakın surette ispat etme” terimini de kullanmıştır (Karlı, Abdurrahim. *İcra Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, 2010, s. 667).

<sup>150</sup> Kabul Tarihi: 11.01.2011; Yürürlük Tarihi: 01.07.2012.

<sup>151</sup> Gereke: “818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, “III. Geçici ödemeler” kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının iki fıkradan oluşan 75 inci maddesinde, geçici ödemeler düzenlenmektedir. Bu yeni düzenlemeyle, meselâ, hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için âcilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır. Maddenin birinci fıkrasında, zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunması ve ekonomik durumunun da gerektirmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, hâkime, istem üzerine tazminat yükümlüsünün zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Ancak, fıkrada yapılan düzenlemeyle, geçici ödeme kararıyla kesin hüküm sonucunun, ifa amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesi amaçlanmamaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca zarar görene yapılan geçici ödemelerin nihai kararda hükmedilmiş olan tazminata mahsup edileceği; zarar görenin açtığı davanın reddine karar verilmesi durumunda ise hâkim tarafından, aynı davada, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine hükmedileceği öngörülmektedir”.

ifadesi, kanunlaşma aşamasında kaldırılmıştır. Böylece “haklılığını (gerçeğe yakın) gösteren” ifadesi şeklinde kanunlaşmıştır<sup>152</sup>.

Yaklaşık ispatın tanımlamaları genellikle yaklaşık ispatın ölçüsüne vurgu yapılarak yapılır. Gerçekten de yaklaşık ispat kavramından bunun anlaşılması gayet normaldir. Ancak yaklaşık ispat, ispat ölçüsünün düşük olarak önceden kabulünün zorunlu olması durumudur. Yani yaklaşık ispat faaliyetinin gerçekleştiği bütün durumlarda hâkim maddi anlamda kesin hüküm veren kararlar veremez. Dolayısıyla da her türlü delil değil hemen getirilmesi mümkün olan deliller incelenebilir. Her türlü delil incelenemediği için de oluşacak kanaat, her durumda yaklaşık kanaat olarak kalmaya mahkûm olacaktır. Örneğin bir tedbir yargılamasında hâkimde oluşacak kanaatin ölçüsü çok yüksek olsa hatta %100 olsa dahi bu yaklaşık ispat faaliyeti olarak bir “ön kabulü” mecbur kılar. Çünkü hâkimde oluşacak kanaatin ölçüsünü bu şekilde rakamsal olarak ifade edemeyeceğimize göre, ön kabul olarak “*her türlü delil (bütün deliller) incelenmiş ise varılacak kanaat yaklaşık kanaat olacaktır*” demek zorunda kalacağız. İşte yaklaşık ispatı tam ispattan ayıran en önemli unsur, yaklaşık ispatın maddi hak uyumsuzluğunu çözmesi için asla kabul edilemeyecek olmasıdır. İspat ölçüsünün düşürülmesi başka bir husustur<sup>153</sup>.

Burada bir diğer hususu daha özellikle belirtmek isteriz. Bir tedbir yargılamasında, mesela davacı, normal dava sırasında da göstereceği bütün delilleri önceden göstermiş olsa dahi, yine de bu yaklaşık ispat olarak kalacaktır. Çünkü karşı ispat faaliyeti veya karşı tarafa kendini savunma imkânı, tam anlamı ile verilememiştir. Dolayısıyla bütün delillerin gösterilmeyeceği ve bütün delillerin incelenmeyeceği önceden kabul edilmiştir. Karşı tarafa kendini savunma ve karşı ispat faaliyeti imkânı verilmediğine veya bütün deliller incelenemediğine göre oluşacak kanaat her durumda yaklaşık kanaat olacaktır. Çünkü tam kanaatin oluşması için bütün delillerin incelenmesi ve karşı tarafa kendini savunma imkânı verilmesi gerekir.

Dolayısıyla burada ve ileride de tekrar belirteceğimiz üzere yaklaşık ispat durumunu sadece ispat ölçüsü ile açıklamak biraz eksiktir. Yaklaşık ispat, bütün delillerin incelenememesi (yahut bu şekilde kabulünün zorunlu olması hali) sebebiyle bir “ön kabul” olarak bu kanaatin tam kanaat yani tam ispat olamayacağına kabulü durumudur. Yalnızca usuli taleplerin

<sup>152</sup> Doktrinde Erişir bu maddeyi çeşitli yönlerden eleştirmiştir. Gerçeğe yakın ifadesi ile neyin kastedildiğinin açık olmadığını usul tasarısında kullanılan yaklaşık ispat kavramının burada da kullanılarak aralarında bir uyum sağlanmasının gerektiğini söylemiştir. Ayrıca bu şekilde birden fazla aynı anlama gelebilecek ifadelerin değişik kanun metinlerinde kullanılmasının, ispat ölçüsü kavramının dahi tam olarak oturmadığı ve ispat türlerinin yerleşmediği ülkemizde karışıklıklara yol açabileceği yönünde eleştiriler getirmiştir. Ayrıca yaklaşık olarak ispat edilecek konunun, yalnızca haklılık talebinin değil aynı zamanda zaruret halinin de yaklaşık olarak ispatlanması gerektiğini belirtmiştir (Erişir, Evrim. Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul, 2013, s. 357-364). Bize göre de bu çok isabetli bir yaklaşımdır. Gerçekten de bu madde öncelikle bir ihtiyati tedbir kurumdur. İhtiyati tedbirlerdeki ispat ölçüsü ise yaklaşık ispattır. Dolayısıyla burada da yaklaşık ispat kavramının kullanılması gerekir. Ancak kanun koyucu tasarı kanunlaşırken “gerçeğe yakın” ifadesini dahi madde metninden çıkarmıştır. Adeta risk almaktan kaçınmış ve gerçeğe yakın ifadesinin anlaşılmasından çekinmiş gibi bir izlenim doğurmuştur. Bu yaklaşımın anlaşılır bir yanı vardır. Çünkü ülkemizde henüz ispat ölçüsü ve türleri konusunda bir çalışmanın yapılamamış olması ve yaklaşık ispat kavramının henüz oturmamış ve uygulayıcılar tarafından ne kastedildiğinin anlaşılamayacağı endişeleri ile yaklaşık ispat terimi kullanılmamış olabilir. Ayrıca gerçeğe yakın ifadesinden de yine aynı nedenlerle kaçınılmıştır.

<sup>153</sup> Albayrak, s. 63 vd.

kabulünde (eski hale getirme, ferî müdahale, hâkimin reddinde vb.) bu usuli taleplerin kabulü için gerekli olan şartların varlığının ispatında kullanılırlar.

## 2. Yaklaşık İspatın İlk Görünüş İspatından Farkı

İlk görünüş ispatı ile yaklaşık ispat sıklıkla karıştırılmaktadır. Özellikle ilk görünüş ispatında ispat ölçüsünün düşürüldüğü, yaklaşık ispat faaliyetinde de ispat ölçüsünün düşürüldüğü faraziyesinden yola çıkılması sebebiyle, bu karışıklık oluşmaktadır. İspat ölçüsü ile kastedilen şey; somut olaya uygulanacak hukuki sonucun doğduğuna karar verebilmek için varlığı ya da yokluğu iddia edilen bir olayın hangi hallerde ispatlanmış sayılacağına, yani hâkimde oluşması gereken kanaatin derecesini belirten bir kavramdır<sup>154</sup>. Gerçekten Alman Hukuku'nda genel kabul gören görüş ilk görünüş ispatında ispat ölçüsünün düşürüldüğüdür. Ancak bu, her durumda, ispat ölçüsünün indirildiği manasına gelmez. Yargı kararlarına göre, ilk görünüş ispatı, somut olaydaki ispat imkânsızlığı yahut ispat zorluğunun bulunması halinde bunun aşılabileceği için kabul görür<sup>155</sup>. İlk görünüş ispatı durumunda ispat ölçüsünün ne kadar düşürülebileceği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. İlk görünüş ispatında tam ispatın olması gerektiğinden, kesinlik sınırında ihtimale veya yüksek ihtimale yahut sadece ağır basan ihtimalin yeterli olması gerektiğine ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır<sup>156</sup>. Ancak konumuz itibari ile bu görüşlere yer verilmeyecektir. Bizim için önemli olan ilk görünüş ispatında hangi ispat ölçüsü kabul edilirse edilsin ilk görünüş ispatı kavramının tamamen yaklaşık ispat kavramından farklı olduğu ve bu farkın da aradaki ispat ölçüsünden kaynaklanmadığıdır. İlk görünüş ispatında, ispat ölçüsü somut durumun gerektirmesi halinde düşürülerek ilgili normun olaya uygulanabilmesi sağlanır. Bu şekilde ilgili normun uygulanabilmesi için gerekli nedensellik bağı ve kusurun mevcut olduğu hâkimde çeşitli tecrübe kuralları yoluyla var kabul edilir. Hâkimde oluşan bu kanaat ancak bir karşı ispat faaliyeti ile çürütülebilecektir. Mesela, kaynak yapılan bir yerde yangının çıkması halinde oluşan bu yangının hayatın olağan akışı yahut tecrübe kuralları çerçevesinde bu kaynak işlemi sebebiyle oluştuğunun kabulü sonucunda nedensellik bağı ve kusur var olarak kabul edilir. Eğer karşı taraf bir karşı ispat faaliyetinde bulunamaz ise, yani hâkimde bu tecrübe kurallarına göre oluşan kanaati sarsamaz ise, hâkim davacının bu tazminat talebini kabul edecektir. İlk görünüş ispatı sonucunda hâkim, bütün delillerin incelenmesi sonucunda bir kanaate varacak, varacağı bu kanaat ise ölçüsü ne kabul edilirse edilsin uyumsuzluğu sona erdirici bir kanaat olacaktır. Dolayısıyla ilk görünüş ispatı, bir sübjektif hak ihlalinde, o ihlalin giderilmesi için uygulanacak normun koşul vakıalarının mevcut olduğuna ilişkin hâkimde oluştuğu kabul edilen kanaattir. Yani ilk görünüş ispatı sonucunda hâkimde oluşan kanaat karşı ispat faaliyeti ile sarsılmaz ise, hâkim davayı sona erdiren kararını, o edinmiş olduğu kanaate göre verebilecektir. Bu kanaatin derecesinin kesinlik sınırında olması yahut ağır basan ihtimal olması, durumu değiştirmez. Bu genel olarak, kural ispat ölçüsü bir başka deyişle hâkimin bir davada ne zaman hüküm vermeye yeter derecede kanaat edinmiş olması gerekir sorusu ile ilgili başkaca tartışmalardır. Oysa yaklaşık ispat faaliyetinde, hâkimin, hiçbir zaman esas uyumsuzluk hakkında hüküm vermeye yetecek derecede kanaate ulaştığı kabul edilemez.

<sup>154</sup> Greger, s. 8; Prütting, 1983, s. 58; Walter, s. 5; Yıldırım, s. 39, 66; Atalay, s. 37; Başözen, s. 112.

<sup>155</sup> Walter, s. 183, 206; Engels, s. 73; Başözen, s. 122.

<sup>156</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz; Başözen, s. 123-144.

Çünkü yaklaşık ispat faaliyeti, davalarda, sübjektif hak ihlalinde uygulanacak ilgili normun koşul vakialarının mevcut olup olmadığına ilişkin oluşacak kanaate ilişkin değildir. Ayrıca yaklaşık ispat faaliyetinde bütün delillerin incelenebilmesi mümkün olmaz. Yani yaklaşık ispat sonucunda hiçbir zaman hüküm vermeye yetecek derecede bütün delillerin incelendiği kabul edilmez. Yaklaşık ispat faaliyeti yalnızca birtakım usuli taleplerin kabulündeki ara kararlarda uygulanan, ilgili usuli talebin şartlarının oluştuğuna ilişkin hâkimde uyandırılacak kanaattir<sup>157</sup>. Yaklaşık ispat faaliyetinde amaçlanan şey her zaman ispatı kolaylaştırmak değildir. Bilakis çoğu zaman yalın bir iddianın yeterli olmadığını, yalın bir iddiadan daha öte bir yaklaşık kanaatin oluşması gerektiğine vurgu yapılır. Yaklaşık ispat usuli taleplerin kabulü için kanunun belirttiği durumlarda kullanılabilen bir durumdur. Yaklaşık ispat ile taraflar arasındaki maddi hukuk meselesinin çözümü yoluna gidilemez. Mesela bir ferî müdahale talebinde, ferî müdahil talebinin kabulü için, o davaya müdahalede bulunmanın haklı olduğu durumunun yaklaşık bir kanaat ile ispatlanması gerekir<sup>158</sup>. Hâkimin verdiği karar, yalnızca bir ara karar olup taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmez. Yalnızca usuli bir talebin kabulü için gerekli olan haklılık durumunun ispatının yaklaşık bir kanaat ile ispatının yeterli sayılması durumu mevcuttur. Yahut tedbir talebinde, tedbir talebinin haklılığının ve nedenlerinin ispatında, yalın bir iddianın yeterli olmadığı, yaklaşık bir kanaatin hâkimde uyandırılması gerektiğine vurgu vardır. Verilen karar sadece bir tedbir kararı olup, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözücü mahiyette değildir<sup>159</sup>. Aynı şekilde bir eski hale getirme talebinde eski hale getirme nedenlerinin, yalın bir iddia ile değil, hâkimde yaklaşık bir kanaatin uyandırılması şeklinde olması gerektiğine vurgu vardır. Bu şekilde eski hale getirme talep eden eski hale getirme nedenlerini yaklaşık olarak ispatlar ise, yani hâkimde yaklaşık bir kanaat uyandırabilirse, bu usuli talebi kabul edilebilecektir<sup>160</sup>. Ancak, bu, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözecek mahiyette değildir. Dolayısıyla da tam bir kanaatin oluşması gerekmez. Ancak bu usulü talebin de yalnızca yalın bir iddia ile de kabul edilmesi düşünülemez. İşte bu noktada yaklaşık ispat devreye girer. Yaklaşık ispat kavramı ile hâkimde yalın bir iddiadan daha fazla, ancak tam kanaatten daha az bir derecede kanaatin oluşmasının yeterli olduğu anlatılmak istenmiştir. Sonuçta verilen karar taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözücü mahiyette değildir. Yalnızca bir takım usuli problemlerin aşılmasında, gerekli ara kararın verilmesini gerekçelendiren, o ara kararda dahi belli ölçüde de olsa bir kanaatin oluşması gerektiği vurgulanmak istenmiştir. Sonuç olarak ilk görünüş ispatı ile yaklaşık ispat arasında fark, ispat ölçüsü ile açıklanabilecek mahiyette değildir. İlk görünüş ispatında bütün deliller incelenmiş ve hüküm vermeye yeter derecede bir kanaate ulaşılmış ve hüküm verilmiştir. Oysa yaklaşık ispat durumunda bütün deliller incelenmemiştir. Mesela tedbir talebinde bütün

<sup>157</sup> Albayrak, s. 39.

<sup>158</sup> Alman Hukuku'nda, ferî müdahale talebinde, tarafın itirazı üzerine hukuki yararın yaklaşık olarak ispatlanacağı açıkça yazılmıştır (ZPO § 71). Ancak Türk Hukuku'nda gerek HUMK'da gerekse HMK'da ferî müdahale talebinde hukuki yararın yaklaşık olarak ispatlanmasının gerektiği açıkça ifade edilmemiştir. HMK m. 66 da, ferî müdahale talebi için hukuki yararın var olmasının gerektiği düzenlenmiş, m. 67'de ise katılmak isteyen tarafın müdahale sebebini ve bunun dayanaklarını başvuru dilekçesinde belirtmesi gerektiği yazılmıştır. Ancak doktrinde ferî müdahale talebinde yaklaşık ispatın olduğu kabul edilmektedir (Pekcanitez, Hakan. *Medeni Usul Hukukunda Ferî Müdahale*, Ankara, 1992, s. 122; Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul, 2000, s. 377); Albayrak, s. 189.

<sup>159</sup> Albayrak, s. 108.

<sup>160</sup> Albayrak, s. 196.



deliller incelenmemiş olarak kabul edilmek zorunludur. Bu kabulün sonucu, oluşacak kanaatin hiçbir zaman hüküm vermeye yeter derecede kanaat olmayacağıdır. Bunun teorik sonucu, bütün deliller incelenmediği için de varılacak kanaatin her zaman yaklaşık bir kanaat olacaktır. Çünkü bütün delillerin incelenmediği yerde hâkimin varabileceği kanaat zaten en fazla yaklaşık kanaat seviyesinde kalacaktır. Bu kanaat derecesinde de hüküm elbette verilemez. Sadece dava konusunu koruyucu gerekli tedbirlerin alınması yahut davada ortaya çıkan bazı usuli problemlerin aşılması sağlanabilir. İlk görünüş ispatı yalnızca delillerin değerlendirilmesi ile ilgili bir durumdur. Tam ispat, dava ile sağlanmaya çalışılan, hukuk devleti, adil yargılanma, hukuki dinlenilme, verilen kararın tarafların tatminini sağlama gibi işlevleri yerine getirmesi için gerekli olan kanaatin adıdır. Bu gerekli kanaatin ölçüsünün ne olması gerektiği problemi farklı bir konudur. Yaklaşık ispat ise, taraflar arasındaki sübjektif hak ihlalini doğrudan çözmeyen, davanın aşamaları sırasında çıkacak bazı usuli problemlerin aşılması için eğer bir vakianın ispatı durumu gerekiyor ise, bunun için gerekli ispat faaliyetinin adıdır. Yaklaşık ispat, seviyesi düşürülmüş bir ispat seviyesini anlatmak için değil, teknik olarak bazı usuli problemlerin aşılması için gerekli ispat faaliyetinin tam ispat seviyesinde olması gerektiğini anlatmak için yapılan bir vurgudur. Bu nedenle yaklaşık ispat çoğu durumda kolaylaştırıcı bir etki doğurmaz bazen yalın bir iddiadan daha fazla bir kanaatin oluşması gerektiğine ilişkin bir vurgu olarak, zorlaştırıcı bir etki doğurur. Ancak yaklaşık ispatta elbette ispat derecesi düşürülmüştür. Bu da göz ardı edilmemesi gereken bir durumdur<sup>161</sup>.

### 3. İspat Kolaylıklarının Yaklaşık İspattan Farkı

İspat kolaylıklarının hukuki etkisi iki türlü ortaya çıkar. İlki bu durumlarda ispat ölçüsünün düşmesi diğer ise delil gösterme yükünün değişerek davacıya bir ispat kolaylığının sağlanmasıdır. Ancak bu durumlarda ispat ölçüsünün düşürülmesi yaklaşık ispat ile karıştırılmamalıdır. Çünkü bu tür ispat kolaylıklarının hepsinde önemli olan, hâkimde hüküm vermeye yeter derece tam kanaatin ya oluşması yahut bu kanaatin oluştuğunun kabulüdür. Bu durumların hepsinde hâkim uyuşmazlığı taraflar için bitirecek şekilde bir hüküm vermektedir. Kanun yollarının tüketilmesi halinde de bu hüküm taraflar için artık kesin hüküm mahiyetini taşıyacaktır. Yani bütün bu ispat kolaylıkları durumunda, ispat ölçüsünün düşürülmesi nedeniyle hâkimde yaklaşık bir kanaat oluşmuyordur. Hâkimde oluşan kanaat yine de hüküm vermeye yeter derecede tam kanaattir. Tam kanaatin ölçüsünün bu ispat kolaylıkları nedeniyle düşürülmesi kesinlikle yaklaşık ispat ile karıştırılmamalıdır. Yaklaşık ispatta kanaatin ölçüsü ne olursa olsun hâkim asla uyuşmazlığı sonlandıran bir karar veremez. İspat kolaylıklarının amacı, ispat güçlüklerinin yaşandığı durumların aşılmaya çalışılmasıdır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmenin tek yolu, dava sırasında iddia edilen vakıaların gerçekliği konusunda hâkimde tam kanaat oluşturmaktır. Tam kanaatin ölçüsünün belirli ölçüde düşürülmesi için de mutlaka bu durumu haklı kılan sebeplerin oluşması gerekir. Yukarıda izah edilen haklı durumların oluşması durumunda ispat kolaylıklarına cevaz verilmektedir. İşte bu durumlarda hüküm vermeye yeter derecede kanaat var sayılmakta ve hâkim eğer karşı ispat faaliyeti olmaz ise davayı davacı lehine sonuçlandırmaktadır. Ayrıca bu ispat kolaylıklarının tek sonucu ispat ölçüsünün düşürülmesi değildir. İspat ölçüsünün düşürülmesinin yanında bazen delil gösterme yükünün yer

<sup>161</sup> Albayrak, s. 41.



değiştirmesi durumları da söz konusu olmaktadır. Çünkü iddia edilen vakıanın ispat kolaylıkları nedeniyle kabul edilmesi nedeniyle karşı taraf artık, bazen karşı ispat faaliyetine, bazen de aksi ispat etmek faaliyetini gerçekleştirmek zorunda kalacaktır. Aksini ispat edemez ise karşı tarafın ileri sürmüş olduğu vakıalar da gerçek olarak kabul edildiği için dava ispat kolaylıklarının üzerinde etkili taraf lehine olacaktır. Nihai anlamda belirsizlik durumunu aşmayı hedefleyen ispat yükü kurallarına ihtiyaç dahi kalmayacaktır. Çünkü belirsizlik durumu oluşmamıştır. İspat kolaylıkları sebebiyle durum, belirsiz değil tam aksine belirlenmiş hale gelmiştir. Belirlenen durum ise, iddia edilen vakıaların gerçekliğinin diğer deliller ile de desteklendiği takdirde bunun kabulüdür. Ancak elbette ki diğer başka deliller ile de desteklenmiş olması gerekir. Hâkim de bu kabul edilen gerçekliğe göre karar verecektir. Elbette ki karşı ispat yahut aksi ispat faaliyetinin gerçekleşmemiş olması şarttır.

Yaklaşık ispat ise, yalnızca ispat ölçüsünün düşürülmesi anlamına gelmeyip onu da içeren teknik bir terimi anlatmak için kullanılır. Yaklaşık ispat faaliyeti durumlarının hiçbirinde hâkim taraflar arasındaki sübjektif hak uyumsuzluğını çözmez. Yaklaşık ispat faaliyeti, ya geçici hukuki himaye tedbirlerinde bu tedbirin haklılığının yaklaşık olarak ispatı için kullanılır yahut geçici hukuki himaye tedbirleri dışındaki bir takım usuli taleplerin (eski hale getirme, adli yardım, ferî müdahale talebi vb.) geçerliliği için hâkimde oluşacak kanaatin derecesini belirler. Yaklaşık ispatı tam ispattan ayıran ölçüt; ispat ölçüsü değil kullanıldığı yerlerdir. Yaklaşık ispat yalnızca usuli birtakım taleplerin kabulünde bu taleplerin kabulünün haklılığına gerekece oluşturur. Yaklaşık ispat durumunda hâkim, taraflar arasındaki esas hak uyumsuzluğını kesin olarak bitiren mahiyette bir karar vermez. Yaklaşık ispat kurumunun konulması zannedildiği gibi her zaman kolaylaştırıcı bir fonksiyona sahip olunması için değil tam tersine çoğu kez hâkimde çıplak, yalın bir kanaatin yetmediğini vurgulamak için konulmuştur. Yaklaşık ispat faaliyetinin olduğu durumlarda kanun koyucu, hâkimin önüne gelen taleplerin kabulünde belirli ölçüde de olsa bir kanaatin oluşması gerektiğini vurgulamak istemiştir.

Dolayısıyla çok sık karşılaştırılan bu iki kavram tamamen birbirinden farklıdır. İspat kolaylıkları, bir davada esas hakka ilişkin bir uyumsuzluğın çözümlenmesinde, ispat zorluğunun yaşandığı yerlerde hâkimin kanaatinin oluşmasında, hem ispat ölçüsünün düşürülmesi yolu ile hem de delil ikame yükünün yer değiştirmesi yoluyla bu zorluğun aşılmasına yardım eden araçlardır. İspat kolaylıklarının olduğu yerlerde esas hak uyumsuzluğı mutlaka bir sonuca vardırılmaktadır. Kanaatin ölçüsü ne kabul edilirse edilsin oluşan kanaatin adı tam kanaat olmaktadır. İspat kolaylıkları işte bu tam kanaatin oluşumuna yardım eden araçlardır. Hâlbuki yaklaşık ispat yalnızca ispat ölçüsünün düşürülmesi yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesi olarak anlaşılmamalıdır. Yaklaşık ispat durumunda ispat ölçüsünün düşürüldüğu ve tam ispattan daha düşük bir ölçünün kabul edildiği doğrudur. Ancak yaklaşık ispat tamamen teknik bir tabirdir. Yaklaşık ispat usuli birtakım taleplerin kabul edilebilmesi için bu taleplerin maddi şartlarının, taraflarca ispatının yapılmasının zorunlu olduğu bir ispat faaliyetini izah etmek için kullanılır. Kanun koyucu, tarafların mahkemedenden istedikleri ve kabul edilebilmeleri için bir takım maddi şartların ispatının gerektiği bir takım usuli taleplerin kabul edilmesi için yaklaşık ispatın yeterli olduğunu söylemiştir. Burada amaçlanan şey bu usuli taleplerin şartlarının talep eden tarafından ispatlanması ancak bu ispatın tam ispat seviyesinde olmasının gerekmediğidir.

### C. EMARE İSPATI

İddia edilen vakıayı doğrudan yansıtan ve kendisinden vakıanın oluşu hakkında doğrudan kanaat edinilebilecek delillerle değil, emare teşkil eden diğer komşu vakıaların varlığına dayanarak çekişmeli vakıa hakkında hâkim tarafından delillerin değerlendirilmesiyle bir sonuca varılması yoluyla ispata çalışmaya “dolaylı ispat” veya “emare ispatı” denir<sup>162</sup>.

Emare ispatında, uygulanacak hukuk kuralındaki koşul vakıaya yabancı komşu vakıaların ispatlanması yoluyla, hayat tecrübelerine dayanarak, hukuki sonuç bakımından önem arz eden vakıalar da ispatlanmış sayılmaktadır. Örneğin, evinde yangın çıkan bir kimsenin, bu yangından kısa bir süre önce evini yüksek miktarda sigorta ettirmiş olması; ayrıca o sıra mali durumunun kötü olması ve yangın günü birkaç bidon benzin satın alması halinde evin bizzat sahibi tarafından yakıldığı kuşkusu uyandıracaktır<sup>163</sup>. Ancak burada tüm bu komşu vakıalar birer emare olup aksi de mümkün olabilir. Çünkü ev sahibinin mali sıkıntısı gerçek olsa da geçici olabilir. O sırada birçok düşmanı olması sebebiyle evini sigorta ettirmiş olup sigorta yapmaktaki amacı kötü olmayabilir. Benzini otomobili için almış olabilir. Dolayısıyla evi gerçekten düşmanları yakmış olabilir. Ancak tek başına belki bir anlam ifade etmeyecek bu komşu vakıalar bir araya geldiğinde hayat tecrübeleri kurallarına göre evin sahibi tarafından yakıldığına ilişkin emare teşkil etmektedir<sup>164</sup>.

Emare ispatı da ilk görünüş ispatı gibi dolaylı bir ispattır. Bu nedenle komşu vakıaların ispatı ile asıl vakıalar hakkında hâkimde bir kanaat oluşturulmaya çalışılır. Taraflar, komşu vakıaların kanuni unsurlarının gerçekleştiğini ispat ederlerse, hâkim bu vakıalara dayanarak, asıl ispatı gereken vakıanın da büyük ihtimalle gerçekleştiğine karar verebilir. Burada hayat tecrübeleri ve mantık kuralları önemli rol oynar. Komşu vakıalar ile asıl ispat edilmesi gereken vakıalar arasında mantıki bir bağ olmalıdır.

Emare yolu ile ispat da ispatı kolaylaştırıcı bir unsurdur. Emare yolu ile ispat ile ilk görünüş ispatı ve fiili karineler arasındaki ayrımı tespit etmek oldukça güçtür<sup>165</sup>. Ancak emare ispatı ile yaklaşık ispat arasındaki ilişki için de ilk görünüş ispatı için söylediklerimiz aynen geçerlidir. Burada emare yolu ile ispat durumunda ispat ölçüsü düşürülebilmektedir. Ancak ispat ölçüsünün düşmesi, emare yolu ile ispat durumunda tam ispatın olmadığı anlamına gelmemektedir. Emare yolu ile ispat durumunda, dava konusu asıl vakıa, tam olarak ispatlanmış sayılacak ve ona göre taraflar arasında maddi anlamda kesin hüküm teşkil edebilecek bir karar verilecektir. Bu anlamda yaklaşık ispattan tamamen farklı bir fonksiyona sahiptir. Yaklaşık ispat usulü taleplerin kabulündeki ara kararlarda ve hızlı yargılamanın gerektirdiği meselelerde kullanılır. Yaklaşık ispat durumunda da ispat ölçüsü düşmektedir. Ancak ispat ölçüsünün düşmesi tek başına yaklaşık ispatı açıklamada yetersizdir. Yaklaşık ispatı daha çok kullanıldığı yere göre tespit etmek gerekir. Elbette yaklaşık ispat faaliyeti sırasında da emare yolu ile ispat kullanılabilir. Yaklaşık ispat faaliyetinin olduğu durumlarda iddia sahibi iddiasını komşu

<sup>162</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 369.

<sup>163</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 369.

<sup>164</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 369.

<sup>165</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 370.

vakıaların ispatı yoluyla ve hayat tecrübelerine dayanarak mantık kuralları içinde yaklaşık olarak ispatlayabilecektir<sup>166</sup>.

#### D. FİİLİ KARİNELER

Karineler, varlığı bilinen bir olaydan bir başka olayın varlığı veya yokluğu sonucunun hâkim tarafından çıkarılmasına imkân tanıyan kurallardır<sup>167</sup>. İspat sorununu daha kolay çözmeye yarayan teknik bir kavramdır. Karine sadeleştirici ve kolaylaştırıcı bir indirgeme aracıdır. Temelinde bir olasılık veya bilgi, görgü düşüncesi yatar. Aynı olayların tekrarı karinenin dayanağıdır<sup>168</sup>. Bilinen bir olaydan bilinmeyen bir olay hakkında sonuç çıkarmak şeklinde bir düşünüş biçimidir<sup>169</sup>. Özellikle Alman Hukuku'nda karinelerin son çeyrek yüzyılda altın çağını, bir tür rönesansını yaşadığı söylenebilir<sup>170</sup>.

Karineler kanuni karineler (gesetzliche Vermutungen) ve fiili karineler (tatsächliche Vermutungen) olmak üzere ikiye ayrılır<sup>171</sup>. Kanuni karine, belli bir olaydan belli olmayan olay için kanun tarafından çıkarılan sonuçlardır<sup>172</sup>. Kanuni karineler, en genel anlamda karine sonucu bakımından olay karinesi<sup>173</sup> ve hak karinesi<sup>174</sup>; aksinin ispatının mümkün olup olmaması bakımından da kesin karine<sup>175</sup> ve adi karine olarak ayrılmaktadır<sup>176</sup>. Kanuni karineler birer ispat yükü kuralı olarak, maddi hukuk kurallarından sayılır. Uyuşmazlığın çözümüne yönelik olaylar fiilen kanuni karineler yoluyla tespit edilmemekle birlikte kanun koyucu karineler yolu ile

<sup>166</sup> Albayrak, s. 44.

<sup>167</sup> Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 314; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 351.

<sup>168</sup> Taşpınar, s. 533.

<sup>169</sup> Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2002, s. 646; Umar/ Yılmaz, s. 165; Koçhisarlıoğlu, Cengiz. «Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi.» *Yargıtay Dergisi* 10, 1984, 272-273, s. 273.

<sup>170</sup> Başözen, s. 65.

<sup>171</sup> Ayrıca doktrinde, TMK'nın 3. maddesindeki iyiniyet karinesi gibi kendilerine karine denilen her kuralın da karine olmadığı belirtilmektedir. Zira bu tür bir sonuç çıkarılmasına elverişli olan herhangi bir olay bilinmese de, belli durumların varlığı halinde sübjektif iyiniyetin varlığı kabul edilmektedir. Bu tür karinelere genel anlamda "sözde karine" denilmektedir. Aynı şekilde birlikte ölüm karinesi de teknik anlamda bir karine olmayıp sözde bir karinedir. Çünkü ölümlerin sırası saptanmaz ise başka bir olayın bilinmesine gerek olmaksızın, ölümlerin aynı zamanda olduğu kabul edilecektir (Umar/ Yılmaz, s. 167; Taşpınar, s. 535; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 352; Başözen, s. 68, dn. 54).

<sup>172</sup> Bilge, Necip/ Önen, Ergun. *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara, 1978. s. 505-507; Taşpınar, s. 535.

<sup>173</sup> Olay karinesi; belli bir hukuki sonucun doğumu için varlığı gerekli olumlu ve olumsuz olayın gerçekleşmiş olduğunun, var olduğu anlaşılabilir fakat bu hukuki sonuçla ilgisi olmayan başka bir olaydan çıkartılmasına olanak tanıyan yasa hükümleridir. (Umar/ Yılmaz, s. 170; Taşpınar, s. 535; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 314; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 352; Başözen, s. 68). Örneğin; ölüm karinesi (TMK 31). Ölüm karinesi bir kişinin ölümüne kesin gözle bakılacak bir olayda kaybolmasına rağmen cesedinin bulunamaması halinde uygulanır. Ölüm karinesinin uygulanabilmesi için ayrıca olay yerindeki mülki amirin emri gerekir. İşte bu yasal karineye bir takım hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Böylece kişi ölmüş gibi işlem görür, malvarlığı mirasçılara paylaşılır, evli ise evlilik birliği sona ermiş olur.

<sup>174</sup> Bir hakkın veya hukuksal ilişkinin var olduğu veya olmadığı hakkında bir sonuca varılması sonucunu doğuran yasal karinelere (Taşpınar, s. 535; Başözen, s. 68). Yasal hak karinelerinin en bilinen örneği, zilyetliğin mülkiyete karine olmasıdır (TMK m. 985).

<sup>175</sup> Kesin karine bir anlamda, sonuçları bakımından fiksiyona benzer. Aynen kesin karineler gibi fiksiyonun da aksi ispat edilemez ve bu nedenle gerçekte maddi hukuka yönelik bir hukuk kuralı olarak kabul görür (Başözen, s. 67, dn. 52).

<sup>176</sup> Leipold, Dieter. *Beweisregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, Berlin, 1966, s. 101-104; Musielak, 1975, s. 61-82; Atalay, s. 46-47; Umar/ Yılmaz, s. 168-170; Taşpınar, s. 534; Başözen, s. 67.

hâkime nasıl bir yöntemle uyumsuzluğu çözebileceğine dair açık bir göndermede bulunmaktadı. Hâkim kural olarak buna bağlı kalmak zorundadır<sup>177</sup>.

Fiili karineler, kanuni karinelerin aksine kanun tarafından düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla fiili karineler, bilinen olaylar hakkında kanunen değil; aksine hâkim tarafından çıkarılan sonuçlar olarak da tanımlanmaktadır<sup>178</sup>. Hâkimin insanlar ve yaşam konusunda ortaya çıkan tecrübe kurallarından yola çıkarak belli olmayan olaylar hakkında sonuçlar çıkarmasıdır<sup>179</sup>. Konumuz açısından fiili karinelerin önemi yargı kararları ile getirilmiş ispat kolaylığı olmasıdır. Çünkü kanuni karineler maddi hukuk tarafından düzenlenmiş birer ispat yükü kuralları iken, fiili karineler yargı kararları ile geliştirilmiş, ispat kolaylığı sağlayan bir yardımcı araçtır<sup>180</sup>.

Fiili karine ile ilk görünüş ispatının ayniyetinden bahsedilemez. Zira fiili karine kavramı “yaşam deneyim kuralları” ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Fiili karine de ilk görünüş ispatının da temelini yaşam deneyimi kurallarına dayalı tecrübe kurallarından alması sebebiyle ikisi benzerlik göstermektedir. Ancak ilk görünüş ispatı yaşam deneyimi kurallarının yanı sıra maddi hukuktan beslenmektedir<sup>181</sup>. Ancak doktrinde Taşpınar gerek emare ispatında gerek fiili karinelerde gerekse ilk görünüş ispatının temelini tecrübe kuralları olduğundan bahisle ilk görünüş ispatının fiili karinelerin bir görünümü olduğunu, aralarında çok fark olmadığını belirtmiştir<sup>182</sup>. Doktrinde fiili karinelerin, aksi ispat şeklinde tam ispatla çürütülebileceği, oysa ilk görünüş ispatında hâkimde oluşan kanaatin sadece karşı ispat faaliyeti ile çürütmenin yeterli olacağı belirtilmiştir<sup>183</sup>. Ancak bu şekilde teorik ayrımların pratik anlamda bir faydasının olmadığını, neticede ilk görünüş ispatında hâkimde oluşan kanaat neticesinde delil ikame yükünün karşı tarafa geçeceği ve karşı tarafın ise hâkimde oluşan bu kanaati sarsması gerektiği yahut çürütmesi gerekecektir. Bunun adına ister karşı ispat faaliyeti denilsin istenirse aksi ispat denilsin neticede değişen bir şey olmayacaktır.

## E. TECRÜBE KURALLARI

Hâkim delillerin değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde çeşitli tecrübe kurallarından faydalanarak kanaatini oluşturabilir. Bu anlamda tecrübe kuralları ispat kolaylıklarının omurgasını oluşturur. Mahkeme bildiği tecrübe kurallarını, taraflar getirmese ya da getiren tarafın aleyhine olsa dahi kendiliğinden uygulamakla yükümlüdür. Bu anlamda tecrübe kurallarının ispatı gerekmez<sup>184</sup>.

Tecrübe kuralları, genel hayat tecrübeleri ve eğitim yolu ile elde edilebilecekleri gibi, sanat ve bilim, meslek, zanaat, ticari alandaki bilgi ve uzmanlıklar yolu ile de edinilebilirler.

<sup>177</sup> Leipold, 1966, s. 86; Prütting, 1983, s. 50; Başözen, s. 69.

<sup>178</sup> Taşpınar, s. 536; Başözen, s. 69.

<sup>179</sup> Postacıoğlu, s. 528.

<sup>180</sup> “Hilfsmittel” (Fuchs, s. 151)

<sup>181</sup> Başözen, s. 74.

<sup>182</sup> Taşpınar, s. 557, 570.

<sup>183</sup> Başözen, s. 175.

<sup>184</sup> Başözen, s. 158.

Tecrübe kuralları olay olmayıp, onu oluşturan olaylardan soyutlanmış, genel hayat tecrübe-lerine, özel bir meslek veya konuya, olaya ait bilgilerdir<sup>185</sup>.

Tecrübe kurallarının özünü, gözlemlere dayalı çıkarımlar oluşturur. Gerçekleşen olayda ortaya çıkan şartlar daha önceki benzer olaylarda gerçekleşmiş olduğundan; bu olay bakımından da aynı şekilde yeniden gerçekleşebilir niteliktedir<sup>186</sup>. Tecrübe kuralları hâkime yardımcı olur. Bu şekilde hâkimin kanaatinin oluşumu daha kolay biçimde sağlanabilir. Gerek ilk görünüş ispatının gerek fiili karinelerin gerekse emare ispatının temelini tecrübe kuralları oluşturur. Bütün ispat kolaylıkları kavramının temel unsuru tecrübe kuralları kavramıdır. Dolayısıyla tecrübe kuralları bu anlamda bir ispat kolaylığı türü olarak değil bunların bir temeli olarak incelenmelidir.

#### F. DELİLLERİN ENGELLENMESİ

Alman Hukuku'nda delillerin ileri sürülmesinin engellenmesi olarak "Beweisvereitelung" kavramı kullanılmaktadır. Bu durum ispat kolaylıkları altında incelenen bir kavramdır. Bilindiği üzere asıl olan tasarruf ilkesi bağlamında taraflarca hazırlanma ilkesidir. Ayrıca iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf, ispat yükü altındadır. Ancak bazen bu durumun çok sert bir biçimde uygulanması adaletsiz sonuçlara yer verdiği görülerek yargı kararları ile ispatın kolaylaştırılmasına yönelik çeşitli araçlar geliştirilmiştir. Bu araçlardan en önemli yer tutanı ispat ölçüsünün düşürüldüğü ilk görünüş ispatıdır. Bir diğer durum da daha radikal bir çözüm olarak ispat yükünün çeşitli durumlarda yer değiştirmesidir. Yargı kararlarına bakıldığında, mahkemelerin ispatın kolaylaştırılması çerçevesinde, ilk görünüş ispatına başvurmanın yanında ispat yükünün ters çevrilmesi seçeneklerine kadar çeşitli şekillerde ispatın zarar gören açısından kolaylaştırıldığı görülmektedir<sup>187</sup>. Özellikle tıp hukuku alanında hekimlerin sorumluluğu ilgili çeşitli ispat yükünün yer değiştirmesi durumları, yargı kararları ile geliştirilmiştir. Alman Hukuku'nda, hekimin kusurunu ispat yükü, hastanın üzerindedir. Ancak hastanın hekimin kusurunu ispatlamasında yaşanan zorlukların muhtemel olması nedeniyle, yargı uygulamaları yoluyla hastanın durumu düzeltilmeye çalışılmıştır<sup>188</sup>. Bu düzeltme anlamında ilk görünüş ispatının yanında, ispatı kolaylaştıran bir diğer araç da delillerin engellenmesi durumunda ispat yükünün yer değiştirmesi imkânıdır. Ancak belirtmek gerekir ki ilk görünüş ispatı ve ispat yükünün yer değiştirmesi çoğu kez birlikte kullanılmıştır. Delillerin engellenmesi ispat kolaylığı sağlamanın özel bir şeklidir<sup>189</sup>.

Delillerin engellenmesi kavramı ile neyin kastedildiği sorusunun çözülmesi gerekir. Temel olarak delillerin engellenmesi ister kasıtlı ister ihmal suretiyle olsun delillerin her türlü manipülasyonuna neden olmayı ifade eder. Bu anlamda nesnel gerçekliği sonradan değiştirme ve böylece olayların gerçekten nasıl gerçekleştiğini ispatlamayı daha zor, hatta imkânsız hale

<sup>185</sup> Başözen, s. 159.

<sup>186</sup> Başözen, s. 159.

<sup>187</sup> Ancak burada teknik manada bir ispat yükünün yer değiştirmesi değil, delil gösterme yükünün yer değiştirmesi söz konusudur. İspat yükünün yer değiştirmesi söz konusu olduğunda ilk görünüş ispatının önemi nispi olarak azalmaktadır (Başözen, s. 310).

<sup>188</sup> Başözen, s. 319.

<sup>189</sup> Fröhlich, Daniela. «Die Beweisvereitelung im Zivilprozess.» Erişildi: Şubat 12, 2024. <http://www.opus-bayern.de/uni-wuerzburg/volltexte/2009/3706/pdf/dissFroehlich.pdf>, 2008, s. 4.

getirme girişimi de delillerin engellenmesi kavramına dahildir<sup>190</sup>. Ancak, her türlü manipülasyon ve delillerin “eğilip bükülmesi” delillerin engellenmesi kapsamına girmeyebilir, zira hangi yöntemle olursa olsun davanın aleyhine sonuçlanmasından kaçınmaya çalışmak son derece insandır<sup>191</sup>. Bu anlamda konunun hem Alman Medeni Usul Kanunu ZPO’nun 138. maddesinde hem de HMK’nın 29. maddesinde düzenlenen doğruyu söyleme yükümlülüğü açısından da ele alınmasında fayda vardır. Doğruyu söyleme yükümlülüğünün<sup>192</sup> ihlalinin hangi andan itibaren delillerin engellenmesine neden olacağı sorunu üzerinde de düşünülmesi gerekmektedir. Bu anlamda susma, ikrardan kaçınma veya kendini savunma anlamında doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlali yahut kişisel yorum ve ifadelerinde yapabileceğinden daha azını yapması yani elinden geleni yapmaması tek başına delillerin engellenmesine neden olmayacaktır<sup>193</sup>. Delillerin engellenmesi durumunun var olabilmesi için daha ciddi bir manipülasyona ihtiyaç vardır<sup>194</sup>.

Delillerin engellenmesi genel olarak bir davada gerçeğin ortaya çıkartılmasını engelleyici eylem ve ihmali davranışlardır<sup>195</sup>. Delillerin engellenmesinde taraflardan birinin, ispat ile mükellef olan karşı tarafın delillerini sunmasını imkânsız hale getirmesi yahut zorlaştırması yahut delil araçlarını yok etmesi yahut alıkoyması veya onu kullanmayı son derece zorlaştırması yahut imkânsız hale getirmesi durumu mevcuttur<sup>196</sup>. Bu tür davranışlar çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir ve tüm delil türlerini etkileyebilir<sup>197</sup>. Bu anlamda delillerin engellenmesi kavramını bir üst kavramı olarak kullanmaktayız. Delillerin engellenmesi delillerin karartılması, ortadan kaldırılması, değiştirilmesi, gizlenmesi, yok edilmesi benzeri fiiller ile yapılmaktadır. Bu nedenle her bir eylem için ayrı bir kavram kullanmak yerine üst bir başlık olarak delillerin engellenmesi kavramını kullanmayı uygun bulduk.

Delillerin engellenmesine ilişkin çok bilinen sürüntü örneği parçası olayı örnek verilebilir<sup>198</sup>. Burada hekim tarafından bir ameliyat sırasında hasta içinde unutulmuş bir sürüntü örneği parçasının hastadan alınmasından sonra bu sürüntü örneğinin saklanmaması olayı vardır. Olayda bir sürüntü çubuğu yanlışlıkla hastanın içinde bırakılmıştır. Ancak ikinci bir operasyonla bu sürüntü parçası hastadan alınmıştır. Ancak bu sürüntü çubuğu parçası saklanmadığı gibi bu ikinci operasyonda buna ilişkin herhangi bir kayıt da tutulmamıştır. Buna ilişkin açılan tazminat davasında kusurun ve tazminat miktarının belirlenebilmesinde rol oynayacak olan bu sürüntü çubuğu parçasının niteliği ve büyüklüğü tespit edilememiştir. Federal mahkeme davalı

<sup>190</sup> Paulus, Christoph, Georg. «Die Beweisvereitelung in der Struktur des deutschen Zivilprozesses.» *AcP* 197: 136-160, 1997, 137; Fröhlich, s. 4.

<sup>191</sup> Paulus, 137; Fröhlich, s. 4.

<sup>192</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.; Konca, Nesibe Kurt. 2016. *Medeni Usul Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü*, Ankara: Yetkin, s. 91, 112 vd.

<sup>193</sup> Paulus, 137.

<sup>194</sup> Fröhlich, s. 5.

<sup>195</sup> BGH, VersR 1960, 844 (846). Baumgärtel, 63; Schatz, Stefan. *Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung*. Köln: Dissertation, 1992, §286, Rn. 80.

<sup>196</sup> Thomas/ Putzo/ Reichold, § 286, Rn. 1; MüKo-Prütting, § 286, Rn. 80; NJW 86, 59; 98, 79 (naklen; Schellhammer, Kurt. *Zivilprozess, Gesetz – Praxis – Fälle*, Heidelberg, 2001, s. 255, Rn. 530)

<sup>197</sup> Fröhlich, s. 5.

<sup>198</sup> Bundesgerichtshof Urt. v. 16.04.1955, Az.: VI ZR 72/54 Bu kararın tam metni için bkz.; ([https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI\\_ZR\\_72-54](https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_72-54)) ; Ayrıca bu karar hakkında başkaca yorumlar için bkz.;(<https://research.wolterskluwer-online.de/document/3d4e4ad5-df26-4378-bdfd-1a910b7a92d4>)

hekimin ilk operasyonda gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediğini, bu sürüntü çubuğu parçasının saklanmaması nedeniyle yahut en azından bu parçanın tipini boyutunu ve özelliklerini tam olarak belirlememesi nedeniyle kusurun mevcut olduğuna ilişkin tespitten yola çıkarak karar vermiştir<sup>199</sup>.

Delillerin engellenmesi kavramına yakından bakıldığında bu kavramın ardında birçok belirsizlik durumu mevcuttur. Hangi durumlarda delillerin engellenmesi durumunun mevcut olup olmadığının belirlenmesi oldukça güçtür. Bu nedenle de ispat kolaylığına neden olabilecek bir delillerin engellenmesi durumunun ne zaman ortaya çıkacağına dair bir kuralın konulup konulamayacağı sorunu da ortaya çıkmaktadır<sup>200</sup>. Delillerin engellenmesinin mevcut olduğu her durumda ispat yükünün yer değiştirmesi yaptırımının uygulanmasına gerek duyulmayabilir. Duruma göre, delillerin değerlendirilmesi kapsamında, ispat ölçüsünün düşürülmesi yolu ile daha hafif yaptırımların uygulanması yoluna gidilebilir.

Türk hukukunda delillerin engellenmesi durumunda ispat güçlüğüne aşmak için ispat yükünün yer değiştirmesi kabul edilmemiştir. Bunun sebebi olarak ispat yükü kurallarının maddi hukuk normlarından olduğu ve maddi hukuk normlarının hâkim tarafından değiştirilebilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmesidir<sup>201</sup>. Ancak burada değişen şeyin maddi hukuk bakımından belirlenen ispat yükü kurallarının değil de usul hukukunun konusu olan delil ikame yükünün yer değiştirdiği kabul edilirse en azından bu sorun bir nebze teorik olarak çözülebilecektir. Ancak bu tarz söylemlerin yani delil ikame yükü ile ispat yükü arasında farkların olduğu hususunun pratik hayatta çok da karşılıkları bulunmamaktadır. Netice olarak -değişen şey ispat yükü değildir, değişen şey delil ikame yüküdür- söylemi soruna sadece demagojik açıdan bir çözüm tarzı üretmektedir. Nitekim doktrinde de aynı yazarlar, ispat güçlüğüne aşılabilmesi ve ispat hakkının sağlanabilmesi için karşı tarafın vakıaların aydınlatılmasına katkı yükümlülüğü ayrıca karşı tarafa delil ikame yükünün yüklenmesi yolu ile de gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir<sup>202</sup>.

Delillerin engellenmesinde ispat yükünün yer değiştirmemesi gerektiğine yönelik bir diğer gerekçe ise, böyle bir çözüm tarzının benimsenmesinin gereklilik ve dar anlamda ölçülülük ilkesi bakımından hukuka uygun bir araç olarak kabul edilemeyeceğidir<sup>203</sup>. İspat yükünün yer değiştirmemesinin amaca ulaşmak için diğer taraf açısından en ağır bir yöntem olduğu belirtilmiştir<sup>204</sup>. Ancak yine böyle bir durumda dahi aynı yazarlar, ispat yükünün değil delil ikame yükünün yer değiştirmesi sureti ile sorunun çözüleceğini belirtilerek<sup>205</sup> aslında teorik bir söylem farkında öteye gidememişlerdir.

Bütün bu karşı çıkışlar haklı olmakla birlikte delillerin engellenmesinin somut olayda mevcut olup olmadığına yönelik karar verilmesi esnasında çok hassas davranılması gerektiği

<sup>199</sup> Fröhlich, s. 5; Krapoth, Fabian. *Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess*, München: Dissertation, 1996, s. 2.

<sup>200</sup> Krapoth, s. 46 vd.; Schatz, s. 106 vd.; Fröhlich, s. 6.

<sup>201</sup> Türk hukuku açısından bkz.; Atalay, s. 127; Umar/Yılmaz, s. 63-64; Çiftçi s. 386.

<sup>202</sup> Atalay, s. 157-161; Çiftçi, s. 384.

<sup>203</sup> Çiftçi 2018, s. 386.

<sup>204</sup> Çiftçi 2018, s. 386.

<sup>205</sup> Atalay, s. 157-161; Çiftçi 2018, s. 384.



şayet bu durumun varlığının kabul edilmesi halinde ispat hakkının sağlanabilmesi için mahkemenin elinde başka bir olanağın mevcut olmadığına da kabulü gerekir. Kaldı ki zaten delillerin engellenmesine yönelik özel düzenlemelerinde mevcut olduğu, bu düzenlemelerdeki temel mantığında ispat hakkının korunması, dürüstlük ilkesi, davanın aydınlatılması ilkeleri olduğu da akıldan çıkarılmamalıdır. Özel düzenleme olmayan hususlarda ise delillerin engellenmesinin kabul edilmesi halinde ve somut olaya ilişkin olarak ispat hakkının korunması bağlamında başkaca bir çare kalmadığında ve en son çare olarak delil ikame yükünün (subjektif ispat yükü) değişmesine başvurulmasının hukuka uygun olduğu kanaatindeyiz. Zaten Türk hukukunda farklı bir çözüm tarzı değil farklı kavramlar kullanılmaktadır. Yoksa delillerin engellenmesi durumunda delil ikame yükünün yer değiştirmesi gerektiği konusunda fikir ayrılığı aslında bulunmamaktadır<sup>206</sup>. Aksi halde bir tarafın delillerin engellenmesine yönelik dürüstlük kuralına aykırı davranışları korunmuş olur. Örneğin bir hastanenin gerekli kayıtları tutmaması yahut gerekli sonuçları yok etmesi ve diğer verdiğimiz örneklerde olduğu gibi delillerin engellenmesi maddi gereceğe ulaşmayı güçleştirecek yahut imkânsız kılacaktır. Bu nedenle hukuk doktrinindeki aşırı kavramsallaştırma nedeni ile adil yargılamanın önüne geçilmemeli menfaatler dengesi de gözetilmelidir<sup>207</sup>.

## SONUÇ

Davanın taraflarından birinin davayı sırf iddia ettiği vakıaları ispat edememesi sebebiyle kaybetmesi usul hukukunun amaçlarından biri olan adil hüküm verme amacını sekteye uğratar. Bazı durumlarda maddi hukukun koşul vakiasının ispatı çok zor veya güç olmakta, o koşul vakıayı ispatlamakla yükümlü olan taraf, o koşul vakıayı ispatlayamadığı için davayı kaybetme riski ile karşılaşmaktadır. Özellikle tıp hukuku alanında ve tazminat hukuku alanındaki kusurun varlığı ile ilgili veya iş hukuku alanında bazı ispat imkânsızlıkları veya güçlüklerini aşmak için ispat kolaylıkları yargı kararları ile geliştirilmiştir.

İspat kolaylıklarını sağlamanın yahut ispat zorluğunun aşmanın iki aracı vardır. İlk olarak ispat ölçüsünün düşürülmesidir. İspat ölçüsünün düşürülmesi suretiyle ispat zorlukları aşılmaya çalışılır. Hâkim daha düşük dereceli kanaat ile yetinerek iddia edilen vakıanın gerçekleşmiş olduğunu kabul edebilir. İspat zorluğunu aşmanın en radikal yöntemi ise delil ikame yükünün (subjektif ispat yükünün) değişmesidir. Ancak delil ikame yükünün değişmesi daha radikal bir çözüm yöntemi olarak kabul edilmekte ve son çare olarak uygulanmaktadır.

İspat kolaylıklarının çeşitli isimler altında yargı kararları ve doktrinde yer aldığını ancak bütün bu isimler altında da olsa aslında ispat kolaylığının ya ispat ölçüsünün düşürülmesi sureti ile yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesi sureti ile gerçekleşmektedir.

Alman Hukuku'nda ispat ölçüsüne yönelik çok sayıda çalışma ve teoriler mevcuttur. Bu çalışmalarda bazı teoriler yolu ile ispat ölçüsünün ne olması gerektiğine yöneliktir. Hâkimin iknasının temel alan subjektif teorinin bir takım objektif verilerle yolu ile belirlenmeye

<sup>206</sup> Çiftçi 2018, s. 384.

<sup>207</sup> Bu konuda ufuk açıcı bir eser için bkz.; Budak, "Kılı Kırk Yarma Makinesi" Medeni Usul Hukukunda Kavram İctihadı ve Menfaat İctihadı 2021, s. 101.

çalışılması daha doğru bir yaklaşımdır. Bu anlamda kural ispat ölçüsü olarak ihtimale dayalı yüksek ihtimalin (hohe Wahrscheinlichkeit) esas alınacağı genel olarak kabul görmektedir. Ancak doktrinde bu ölçünün çok yüksek olduğu belirtilerek kural ispat ölçüsünün düşürülmesi gerektiğine yönelik fikirler ileri sürülmüştür. Nitekim bazı kanuni düzenlemeler (İş Kanunu m.5 gibi) de ispat ölçüsü düşürülmektedir. Ancak kanuni bir düzenleme olmasa bile yargı kararları ile de ispat gücünün yaşandığı tıp hukuku, tazminat hukuku ve iş hukuku alanlarında ispat ölçüsünün düşürülmesi suretiyle ispat kolaylığının sağlanması adil yargılanma hakkının bir gereğidir.

Bunun yanında çalışmamızda ispat yükü ve delil ikame yükü kavramlarını inceleyerek bu iki kavramın birbirinden farkını ortaya koymaya çalıştık. Buna göre ispat yükünün değişmedi maddi hukuk tarafından belirlendiği ancak delil ikame yükünün değişebileceğini tespit ettik. Bu anlamda ispat kolaylığını sağlayan bir diğer aracın ise delil ikame yükünün yer değiştirmesi olduğunu belirledik.

İspat kolaylıklarının teoride ve yargı kararlarında birçok isim altında incelendiğini belirterek bunların neler olduğunu izah ettik. Bu anlamda ilk görünüş ispatı, yaklaşık ispat, emare ispatı, tecrübe kuralları, fiili karineler, delillerin engellenmesi gibi birçok kavramın ispat kolaylığını sağlamanın kavramsallaştırılmış isimleri olduğunu izah ettik. Aslında bütün bu ispat kolaylığı kavramlarının temelinde ispat kolaylığını sağlayan unsurun ispat ölçüsünün düşürülmesi yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesi olduğunu belirledik. Dolayısıyla ilk görünüş ispatı denilen şey ispat ölçüsünün düşürülmesinden başka bir şey olmadığını, ilk görünüş ispatının temelinde de emare ve tecrübe kurallarının oluşturduğunu belirttik. Doktrinde kullanılan bu terimlerin sadece ispat ölçüsünün düşürülmesinin başka bir kavram ile ifadesinden başka bir şey olmadığını izah etmeye çalıştık. Bu kavramlar sadece ilgili durumları açıklamak için kullanılan özel isimlerdir. Bu şekilde ilgili ispat ölçüsünün düşürülmesinin çerçevesi daha iyi belirlenmekte ve şartları ile kullanıldığı yerler daha kolay izah edilebilmektedir. Ayrıca yaklaşık ispat kavramının diğer ispat kolaylıklarından farklarına da değinmeye çalıştık. Delillerin engellenmesinde ise ispat kolaylığının delil ikame yükünün yer değiştirilmesi sureti ile sağlandığına işaret ettik.

## KAYNAKÇA

- Alangoya, Yavuz. «Senede Karşı Senetle İspat» Kuralı ve «Hayatın Olağan Akışı» Kavramı.» Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan. Ankara, 2004. 521 vd.
- Alangoya, Yavuz, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım. Medeni Usul Hukuku Esasları. İstanbul, 2009.
- Albayrak, Hakan. Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat . Ankara : Yetkin, 2013.
- Albayrak, Hakan ve Ertuğrul Yuvalı. «İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.» İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 9.34 (2012): 73-113.
- Alkış- Cemiloğlu, Deniz. İş Yargılamasında İspat. Adana: Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü - YÖK Tez Merkezi, 2024.
- Ansay, Sabri, Şakir. Hukuk Yargılama Usulleri. Ankara, 1960.
- Arens, Peter ve Wolfgang Lücke. Zivilprozessrecht. München, 1994.
- Arslan, Ramazan, ve diğerleri. Medeni Usul Hukuku. Ankara, 2022.
- Atalı, Murat, İbrahim Eremenek ve Ersin Erdoğan. Medeni Usul Hukuku . Ankara, 2023.
- Atalay, Oğuz. Menfi Vakıaların İspatı. İzmir, 2011.
- Börü, Levent. Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü. Ankara , 2016.
- Başözen, Ahmet. İlk Görünüş İspatı. Ankara: Adalet , 2010.
- Baumbach, Adolf, ve diğerleri. Zivilprozessordnung. München, 2019.
- Baumgärtel, Gottfried. «Die Beweisvereitelung im Zivilprozess.» Festschrift für Winfried Kralik. Wien, 1986. 63-74.
- Berg-Winters, Ina. Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht. Frankfurt am Main, 2005.
- Bilge, Necip ve Ergun Önen. Medeni Yargılama Hukuku . Ankara, 1978.
- Bringmann, Moritz. Das Beweismass im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht. Köln/Berlin/München, 2005.
- Brinkmann, Moritz. Probability and Conviction Irreconcilable Concepts or Two Sides of the Same Coin? A Comparative Analysis of the Standard of Proof in Civil Matters, Institute of Comparative Law. Montreal: McGill University, 2003.
- Budak, Ali Cem. "Kılı Kırk Yarma Makinesi" Medeni Usul Hukukunda Kavram İctihadı ve Menfaat İctihadı. İstanbul, 2021.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. Medeni Usul Hukuku. İstanbul, 2022.
- Çiftçi, Pınar. Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları. Ankara, 2018.
- Deppenkemper, Gunter. Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis. Göttingen, 2004.
- Deren-Yıldırım, Nevhis. Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sinai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler. İstanbul , 2002.
- Ekelöf, Per. «Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins.» ZZP 75 (1962): 289 vd.
- Ekelöf, Per. «Beweiswert.» Festschrift für Fritz Baur. Tübingen, 1981. 343 vd.
- Engels, Gudrun. Der Anscheinsbeweis der Kausalität unter Besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung. Frankfurt-Berlin-Bern-NewYork-Paris-Wien, 1994.
- Erişir, Evrim. Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri. İstanbul , 2013.
- Ermemek, İbrahim. İflasın Ertelenmesi. Ankara, 2009.

- Fröhlich, Daniela. «Die Beweisvereitelung im Zivilprozess.» 2008. 12 Şubat 2024. <<http://www.opus-bayern.de/uni-wuerzburg/volltexte/2009/3706/pdf/dissFroehlich.pdf>>.
- Fuchs, Gisbert. Die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast im zivilprozessualen Eilverfahren. Bonn, 1993.
- Görgün, Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. Medenî Usûl Hukuku . Ankara: Yetkin, 2023.
- Gottwald, Peter. «Das Flexible Beweismass im Englischen und Deutschen Zivilprozess.» Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag. Bielefeld: Gieseking, 2000. 165 vd.
- Gottwald, Peter. «Grundprobleme der Beweislastverteilung.» Jura (1980): 225 vd.
- Gottwald, Peter. Schadenszurechnung und Schadensschätzung. Berlin, 1979.
- Greger, Reinhard. Beweis und Wahrscheinlichkeit. Köln/Berlin/Bonn/München, 1978.
- Hagenloch, Ulrich. «Wahrscheinlichkeitsermittlung beim Indizienbeweis aus revisionsrichterlicher Sicht.» DRiZ (1990): 393 vd.
- Huber, Michael. Das Beweismass im Zivilprozess. Köln/Berlin/Bonn/München, 1983.
- Huber, Michael. Medeni Yargılama Hukuku . İstanbul , 2000.
- Karşı, Abdurrahim. İcra Hukuku Ders Kitabı. İstanbul, 2010.
- Karşı, Abdurrahim. Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı. İstanbul , 2011.
- Kegel, Gerhard. «Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.» Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für Kronstein. 1967. 321 vd.
- Koçisarlioğlu, Cengiz. «Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi.» Yargıtay Dergisi 10 (1984): 272-273.
- Kollhosser, Helmut. «Besprechung von Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung.» ZZP (1983): 270 vd.
- Konca, Nesibe Kurt. Medenî Usul Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü. Ankara: Yetkin, 2016.
- Konuralp, Haluk. Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı. Ankara, 2009.
- Krapoth, Fabian. Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess. München: Dissertation, 1996.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı. Ankara, 2011.
- Laumen, Hans-W. «Die "Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr" – Ein beweisrechtliches Phänomen,» NJW (2002): 3739-3746.
- Leipold, Dieter. Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten. Berlin, 1966.
- Leipold, Dieter. Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess. Berlin, 1985.
- Leipold, Dieter. «Wahrheit und Beweis im Zivilprozess.» Festschrift für Hideo Nakamura zum siebzigsten Geburtstag. 1996. 301 vd.
- Lepa, Manfred. Beweislast und Beweismäßigkeit im Haftpflichtprozess. Essen, 1988.
- MüKo-Prütting. «286.» Thomas Rauscher, Peter Wax und Joachim Wenzel, Hanns Prütting. Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung. Cilt Band 1. München, 2008.
- Maassen, Bernhard, M. Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess. Bonn, 1975.
- Motsch, Richard. Vom Rechtsgenügenden Beweis. Berlin, 1983.

- Musielak, Hans-Joachim. «Das Överviktsprinzip, Zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit.» Festschrift für Kegel. Frankfurt, 1977. 451 vd.
- Musielak, Hans-Joachim. Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess. Berlin: De Gruyter, 1975.
- Musielak, Hans-Joachim. «Gegenwartsprobleme der Beweislast.» Zeitschrift für deutschen Zivilprozess (ZZP) 100 (1987): 385-411.
- Musielak, Hans-Joachim. Grundkurs ZPO. München, 2007.
- Özekes, Muhammet. İcra ve İflas hukukunda İhtiyati Haciz . Ankara, 1999.
- Paulus, Christoph, Georg. «Die Beweisvereitelung in der Struktur des deutschen Zivilprozesses.» AcP 197 (1997): 136-160.
- Pekcanitez, Hakan. Medeni Usul Hukukunda Feri Müdahale . Ankara, 1992.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. Medeni Usûl Hukuku . İstanbul, 2023.
- Perband, G. Michael. Der Grundsatz der Freien Beweiswürdigung im Zivilprozess (§286 ZPO) in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Frankfurt am Main, 2003.
- Postacioğlu, İlhan. Medeni Usul Hukuku Dersleri. İstanbul , 1975.
- Postacioğlu, İlhan ve Sümer Altay. İcra Hukukunun Esasları. İstanbul , 2010.
- Prütting, Hans. «Diskussionsbeitrag zum Karlsruher Forum.» Sonderheft- VersR (1989): 3 vd.
- Prütting, Han. Gegenwartprobleme der Beweislast. München, 1983.
- Rüzgaresen, Cumhur. İflas Sebepleri. Ankara, 2011.
- Rechberger, Walter H. «Mass für Mass im zivilprozess? -Ein Beitrag zur Beweismassdiskussion in.» Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag. Köln, 1990. 471 vd.
- Reinecke, Gerhard. «Die Krise der Freien Beweiswürdigung im Zivillprozess.» MDR (1986): 630 vd. .
- Rommé, Oliver. Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast. Köln-Berlin-Bonn-München, 1989.
- Rosenberg, Leo, Karl-Heinz Schwab ve Peter Gottwald. Zivilprozessrecht. München, 2018.
- Schatz, Stefan. Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung. Köln: Dissertation, 1992.
- Schellhammer, Kurt. Zivilprozess, Gesetz – Praxis – Fälle. Heidelberg, 2001.
- Scherer, Inge. Das Beweismass bei der Glaubhaftmachung. Köln/Berlin/Bonn/München, 1996.
- Schwab, Karl-Heinz. «Das Beweismass im Zvilprozess.» Festschrift für Fasching. München, 1988. s. 451 vd.
- Taşpınar, Sema. «Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü.» AÜHFHD 1-4 (1996): 533 vd.
- Thomas, Heinz, Hans Putzo ve Klaus Reichold. «§ 284.» Reichold, Klaus. Zivilprozessordnung, ZPO Kommentar. München: C.H.Beck, 2018.
- Topuz, Gökçen. Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat. Ankara, 2012.
- Umar, Bilge ve Ejder Yılmaz. İspat Yükü. İstanbul, 1980.
- Üstündağ, Saim. İhtiyati Tedbirler. İstanbul, 1981.
- Wütz, Bernhard. Der Freibeweis in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Tübingen, 1970.
- Walter, Gerhard. Frei Beweiswürdigung. Tübingen, 1979.
- Weber, Helmut. Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess. Tübingen, 1997.

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

Yılmaz, Ejder. Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri. Cilt I. Ankara, 2001.

Yılmaz, Ejder. Hukuk Sözlüğü. Ankara, 2002.

Yeşilova, Ecehan. «CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti.» DEÜHFD 7.1 (2005): s. 237 vd.

Zöller, Richard, ve diğerleri. Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen. Köln, 2007.

## EXTENDED SUMMARY

### THE CONCEPT OF EASE OF PROOF IN TERMS OF CIVIL PROCEDURAL LAW

**Hakan Albayrak, Assoc. Prof.**

Çukurova University, hkналbayrak@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-6097-1296>

If one of the parties to the case is unsuccessful solely due to an inability to prove the facts alleged, this has the effect of disrupting one of the fundamental aims of procedural law, namely the rendering of a fair judgement. In certain instances, it is exceedingly challenging, if not impossible, to substantiate a conditional fact pertaining to substantive law. Consequently, the party tasked with proving the conditional fact is at risk of losing the case due to an inability to prove the conditional fact. In particular, within the realms of medical law and compensation law, pertaining to the existence of a defect, as well as in the domain of labour law, in order to surmount the challenges and limitations associated with proof, facilities for proof have been established through judicial decisions.

There are two methods by which the ease of proof or the difficulty of proof may be addressed. The initial approach is to reduce the level of proof required. By reducing the level of proof required, the challenges associated with proof are attempted to be surmounted. The judge may be satisfied with a lower degree of conviction and accept the veracity of the alleged fact. The most radical method of overcoming the burden of proof is to alter the burden of proof itself, specifically the subjective burden of proof. Nevertheless, modifying the burden of proof is regarded as a more radical solution and is employed as a last resort.

It is important to note that the concept of ease of proof is recognised under various names in judicial decisions and doctrine. However, despite the multiplicity of names, the ease of proof is ultimately realised either by lowering the measure of proof or by shifting the burden of proof.

There are many studies and theories on the measure of proof in German Law. These studies are orientated towards what the measure of proof should be through some theories. It is a more correct approach to try to determine the subjective theory based on the persuasion of the judge by means of some objective data. In this sense, it is generally accepted that the high probability based on probability (hohe Wahrscheinlichkeit) will be taken as the rule of proof. However, in the doctrine, it is stated that this measure is too high, and ideas have been put forward that the rule of proof should be reduced. As a matter of fact, some statutory regulations (such as Article



5 of the Labour Law) reduce the measure of proof. However, even if there is no legal regulation, it is a requirement of the right to a fair trial to provide ease of proof by lowering the measure of proof in the fields of medical law, compensation law and labour law, where the difficulty of proof is experienced by judicial decisions.

Furthermore, our study examined the concepts of burden of proof and burden of substitution of evidence, with the objective of elucidating the distinction between these two concepts. In consequence, it was established that the burden of proof is defined by the substantive law, whereas the burden of substitution of evidence may be subject to alteration. In this regard, we have identified the shifting of the burden of substitution of evidence as a further means of facilitating proof.

It has been established that the element which provides the ease of proof on the basis of all these concepts of ease of proof is the reduction of the measure of proof or the shifting of the burden of proof. In light of these considerations, we have proposed that the concept of "first appearance proof" can be understood as a reduction in the measure of proof, with the rules of evidence and experience serving as the foundation for this reduction. The aim of this paper is to demonstrate that the terms used in the doctrine are merely expressions of the reduction of the measure of proof, albeit expressed in different terms. These concepts are merely special names used to elucidate pertinent circumstances. This approach allows us to better define the framework of the reduction of the relevant measure of proof, as well as to elucidate its conditions and the contexts in which it is employed. Furthermore, we have sought to highlight the distinctions between the concept of approximate proof and the other forms of proof. It has been demonstrated that the ease of proof in the prevention of evidence is facilitated by the shifting of the burden of proof.