

## **<sup>H</sup>GÜNCEL YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İHTİYATİ TEDBİRLERDE “YAKLAŞIK İSPAT” VE “İHTİMAL” KAVRAMI**

*Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN\**

### **GİRİŞ**

Bilindiği üzere, geçici hukuki koruma kavramı ilk kez 6100 sayılı HMK ile yürürlüğe girmiştir. Geçici hukuki koruma türlerinden en bilineni de yine HMK'nın 389 vd. maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbirlerdir. Asıl hukuki korumanın zaman alması ve işin aciliyeti gibi nedenler, ihtiyati tedbir kararlarını giderek önemli hale getirmiştir. Diğer taraftan etkin hukuki himaye açısından da ihtiyati tedbir kararlarının önemi artık kabul görmektedir.

6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesinden bu tarafa diğer bazı konularda olduğu gibi HMK'nın ihtiyati tedbirlere ilişkin düzenlemelerinin uygulanmasında da bir takım tereddütler yaşanmış; bir kısmı çözüme kavuşturulmuş; bir kısmında ise halihazır tartışma güncelliğini devam ettirmektedir.

İhtiyati tedbirlerde yaklaşık ispat ölçüsüne yönelik tartışmaların yanında, yoğun diğer bir tartışma da, özellikle ihtiyati tedbir kararlarına karşı temyiz yolunun açık olup olmadığı bağlamında toplanmıştır. Bu tartışma 21/02/2014 tarihli Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararına kadar da güncelliğini devam ettirmiştir. Bu çalışmanın konusu olmamakla birlikte, bilindiği üzere, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, hukuk daireleri arasındaki ihtiyati tedbir kararlarının HMK ve

---

<sup>H</sup> Hakem incelemesinden geçmiştir.

\* Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (ahmetbasozen@hotmail.com)

HUMK kapsamında temyizine yönelik farklı kararları ve uygulamaları nedeniyle 21/02/2014 tarihinde toplanmış; üçüncü tur oylamada alınan kararla 6100 sayılı HMK'da düzenlenen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararları ile (m. 391/3), ihtiyati tedbir kararına itiraz üzerine verilen kararlara (m. 394/5) karşı Yargıtay'da müstakil temyiz yolunu kapatmıştır<sup>1</sup>.

Bu nedenle bu gün itibarıyla, 6217 sayılı Kanunla HMK'ya eklenen Geçici 3. madde çerçevesinde istinaf mahkemeleri fiilen kurulmadığı ya da kurulmadığı için, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararı gereği 6100 sayılı HMK'da düzenlenen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararları ile (m. 391/3), ihtiyati tedbir kararına itiraz üzerine verilen kararlara (m. 394/5) karşı Yargıtay'da müstakil temyiz yolu kapalıdır. Yargıtay İBK'nın gerekçeleri, eleştirileri başka çalışmanın konusudur. Ancak İBK'nın uygulanacağı noktasında tereddüt bulunmamaktadır. Aslında Yargıtay İBK ile sorun geçici bir süre ile çözümlenmiş gözükse de, yerel mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararlarının ülke düzeyinde dengeli uygulanma şansı en azından bölge adliye mahkemeleri kurulup istinaf kanun yolu fiilen yürürlüğe girinceye kadar yitirilmiş/ertelenmiş gözükmektedir. Bunun hukuk uygulaması bakımından daha büyük sorunlara yol açma tehlikesi dikkatle değerlendirilmelidir.

6100 sayılı HMK'nın yürürlük tarihi olan 01/10/2011 tarihinden Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararının verildiği 21/02/2014 tarihleri arasında ilk derece mahkemelerinden verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararları ile (m. 391/3), ihtiyati tedbir kararına itiraz üzerine verilen kararlara (m. 394/5) karşı temyiz kanun yoluna başvuru ve bu şekilde Yargıtay denetimine tabi tutulan az sayıda karar çerçevesinde, Yargıtay'ın ihtiyati tedbir kararlarında yaklaşık ispata bakış açısının incelenmesi de, kanun yolunun kapalı olduğu dönemde ilk derece mahkemeleri bakımından Kanun'un uygulanmasında yol göstereceği düşünüldüğünden bu konu çalışmaya değer bulunulmuştur.

---

<sup>1</sup> “İlk derece mahkemelerinden verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacağına” 21/02/2014 tarihinde yapılan üçüncü toplantıda oy çokluğu ile karar verildi.” (Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı, 21/02/2014, 2013/1 E., 2014/1 K.; RG, 17/04/2014, Sayı: 28975).

Şu an itibariyle ihtiyati tedbir kararlarında yaklaşık ispat kuralının uygulanması konusunda üst mahkeme denetimine yönelik asıl çözüm, yıllardır bir türlü kurulamayan bölge adliye mahkemelerinin kurularak istinaf kanun yolunun fiilen yürürlük kazanması ve HMK'nın 341 ve 362 hükümlerinin uygulanabilir hale gelmesidir. HMK hükümlerinin bir bütün halinde hem ilk derece hem de üst derece yargılamasında tüm olarak yürürlüğe girmesiyle üst mahkemenin ihtiyati tedbirlerde yaklaşık ispat ölçüsüne yönelik devamlılık arzeden tutumu da belirlenerek, bu tartışmalar da ortadan kalkabilecektir.

Bu bağlamda bu çalışmamızda, teorik detaya fazla girmeden, 6100 sayılı HMK'nın yürürlük tarihi olan 01/10/2011 tarihinden Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararının verildiği 21/02/2014 tarihleri arasında ihtiyati tedbir kararlarında yaklaşık ispat ölçüsüne yönelik ilgili kurallara yüksek mahkemenin bakış açısı görülmeye çalışılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, yüksek mahkemenin tüm kararlarına ulaşma ve değerlendirme imkanımız fiilen bulunmamaktadır. Bu nedenle, elde edilebilen yargı kararları çerçevesinde konuya yaklaşılmış; kararlarda süreklilik arzeden tartışmalar üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

## I. İHTİYATİ TEDBİRDE YAKLAŞIK İSPAT ÖLÇÜSÜ VE YARGITAY'IN YAKLAŞIMI

Yargıtay, 6100 sayılı HMK'nın 390. maddesinin 3. fıkrası ile pozitif düzenlemeye kavuşturulan madde metnini hemen hemen tüm kararlarında tekraren belirtmiş; ihtiyati tedbir talep eden tarafın, “*davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorunda*” olduğunu kararlarında önemle vurgulamıştır. Yargıtay'ın yaklaşık ispat ölçüsüne haklı olarak dikkatle vurgu yapması aşağıda verilen örneklerde de görüleceği üzere uygulama birliğinin sağlanması bakımından önem arz etmektedir.

6100 sayılı HMK'nın 390. maddesinin 3. fıkrası, ihtiyati tedbir talep eden tarafın, “*davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorunda*” olduğunu hükme bağlamaktadır. Kanunun açık düzenlemesi gereği, kanun koyucu, ihtiyati tedbir talep eden tarafın haklılığının “*yaklaşık ispat ölçüsü*” ile ispatını aramaktadır.

İspat faaliyetinin amacı bakımından yapılan sınıflandırmaya göre, tam ispat, hâkimde bir olayın gerçekleştiğine dair kanaat sağlamak amacıyla yapılan ispattır<sup>2</sup>. Tam ispatta, hâkimin, iddia edilen olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine tam olarak inanması, bu konuda makul ve kabul edilebilir bir şüphenin olmaması gerekir. Ancak hâkimi inandırma faaliyeti, mutlak bir kesinlik olmayıp; hâkimin vicdanen tam kanaate ulaşmasıdır. Kesin delille ispat durumlarında bu kanaate ulaşmak daha kolayken; diğer durumlarda hâkimin mutlak anlamda kesin kanaate ulaşmasından ziyade, vicdani kanaatinin tam olması ve bu kanaate yönelik olarak kabul edilebilir gerekçelerinin bulunması gerekir<sup>3</sup>. Hâkimde oluşan kanaatin derecesi ise, ispat ölçüsü kavramı ile ilişkilidir<sup>4</sup>.

Bazı durumlarda tam ispat yerine, hakikate yakın gösterme (inanılır kılma) şeklinde bir ispat söz konusudur. Bu halde, talepte hakkı olma ihtimalinin bulunması yeterli kabul edilmektedir<sup>5</sup>. Yaklaşık ispatta hâkim, ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmelidir. Diğer bir ifadeyle, iddia edilen olayın doğru olma ihtimali, doğru olmama ihtimaline göre ağır basmalıdır. Ancak iddia edilen olayın yanlış olma ihtimali de, gözardı edilmemelidir<sup>6</sup>.

Yaklaşık ispatın en çok uygulama alanı bulduğu alanlardan biri de, üst ifade ile geçici hukuki himaye tedbirleridir. Bu nedenle geçici hukuki himaye kavramı ile yaklaşık ispat arasında doğrudan yakınlık önemle incelenmelidir. Yaklaşık ispat, geçici hukuki himayenin alt türü olan ihtiyati tedbir kararlarında olduğu gibi, hâkimin çoğu kez acele karar vermesi gereken haller ile delil gösterilmesinin oldukça zor olduğu ve bu sebeple de kesin ispatın beklenemeyeceği hallerde dikkate alınan ispat ölçüsüdür. Kanunda

<sup>2</sup> Karlı, s. 562; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 295; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 680-681; Atalay, s. 5; Yıldırım, s. 47; Albayrak, s. 29; Yılmaz, Şerh, s. 1632; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 572; Başözen, s. 18.

<sup>3</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 680.

<sup>4</sup> Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 295.

<sup>5</sup> Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 295-296. Alman hukukunda yaklaşık (serbest ispat, Freibeweis) ispat, usûl kurallarına uygun olarak ve sadece kanunda katalog olarak sayılan delillere (belge, keşif, tanık, bilirkişi, taraf isticvabı) bağlı kalınmaksızın yapılan ispattır. Tecrübe kurallarına dayalı ispat da bu türden kabul edilmektedir. Bkz. Lenk, s. 21.

<sup>6</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 681; ayrıca bkz. Erişir, s. 188-189.

belirtilmeyen hallerde hâkim tam ispatı arar<sup>7</sup>. Hâkimde oluşan kanaatin ölçüsü ise, ispat ölçüsü kavramı ile ilişkilidir<sup>8</sup>.

Günümüzde dava konusunun korunmasının önemi artık tartışılmakta; bu önem gün geçtikçe artmaktadır. Teknolojinin, sanayinin karmaşıklaştığı nedeniyle davaların çok hızlı bir biçimde sonuçlanması gerekmektedir. Ancak tam ispatın uygulandığı, bu nedenle de bütün delillerin incelendiği, bütün itiraz ve defilerin tek tek çürütülmesinin gerektiği bir sistemde gelişen ve karmaşıklaşan hukuki uyumsuzluklara çözüm bulmak hayli zordur. Hızlı müdahalede bulunulmadığı takdirde davanın sonuçlanmasının anlamsızlaşacağı günümüzde geçici hukuki himaye tedbirleri özelinde ihtiyati tedbirler son derece önem arz etmektedir<sup>9</sup>.

Kanaatin, objektif (ihtimale dayalı), sübjektif (şahsi), tam ve vicdani kanaat olarak türleri bulunmaktadır<sup>10</sup>. Türk hukukunda genel kabul gören ayırım “kural (yasal) ispat ölçüsü” ile “istisnai ispat ölçüsü” denilen iki ispat ölçüsünün bulunduğu yönündedir. Kural ispat ölçüsü, hâkimin tam vicdani kanaati veya olay iddiasının “gerçek (kesinlik) sınırındaki ihtimali yansıttığı konusunda kanaati arayan “tam ispatı”<sup>11</sup> ifade eder. Buna karşılık istisnai ispat ölçüsü ise, olay iddiasının “ağır basan ihtimali”<sup>12</sup> yansıttığı konusundaki kanaati yeterli sayan “yaklaşık ispat”tır<sup>13</sup>.

HMK’nın 198. maddesi (ZPO § 286), Anayasa’nın 138. maddesine uygun şekilde gerçeğe ulaşma noktasında hâkimin vicdani kanaatine uygun

<sup>7</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 682; Yılmaz, Tedbir, s. 893. HMK’nın düzenleme şekline bakıldığında, serbest ispatın kural ilke olarak kabul edildiği; her türlü delilin kullanılabilir olduğu söylenebilir. Bu durum, gerçeğe ulaşabilme anlamında can yeleği olarak değerlendirilmektedir. Sıkı ispat ise, istisnadır. Kesin deliller ve bunların ispat gücünü ortadan kaldıran hükümler sıkı ispatın tezahürüdür. Bkz. Yıldırım, s. 89.

<sup>8</sup> İspat ölçüsüne yönelik tartışmalar için bkz. Başözen, 112 vd.; Albayrak, s. 299 vd.

<sup>9</sup> Albayrak, s. 70; Yılmaz, s. 1632.

<sup>10</sup> Bkz. Greger, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 113; Walter, Freie Beweiswürdigung, s. 148; Yıldırım, s. 39; Gottwald, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 186.

<sup>11</sup> Vollbeweis.

<sup>12</sup> Überwiegende Wahrscheinlichkeit.

<sup>13</sup> Yıldırım, s. 39-40; Atalay, Emare İspatı, s. 15; Özekes, s. 219-220. Geniş açıklamalar için bkz. Başözen, s. 126 vd.

olarak delillerin değerlendirilmesini temel almıştır<sup>14</sup>. Buradan hareketle sübjektif içeriğe sahip olan “kanaat” kavramı ile objektif içeriğe sahip olan “gerçek” arasında ayrımın dikkatli yapılması gerekmektedir<sup>15</sup>. Alman yargı kararlarında “kanaat (Überzeugung)” kavramıyla “hâkimin şahsi kanaati (persönliche Gewissheit)” anlaşılmaktadır. Hâkimin şahsi kanaati ise, objektif bulgulara dayanır. Alman Medenî Usûl Kanunu § 286 I, bu durumu, “niçin gerçek olduğu ya da olmadığı” şeklinde formüle etmektedir. Buradan hareketle insani bilginin doğası gereği hâkimin kesin kanaatinden ziyade; ihtimal değerlerine ilişkin objektif bilgilerin hâkim tarafından bilinmesinden bahsedilebilir. Bu bilginin ölçüsü, aynı zamanda “gerçek” ölçüsüne de uygun olması gerekeceği için “yüksek” olmalıdır. Bu nedenle Alman hukukunda, ispat ölçüsü olarak “yüksek ihtimal (hohe Wahrscheinlichkeit)”in esas alınacağı genel kabul görmektedir<sup>16</sup>. Doktrinde ileri sürülen bu görüş yargı kararlarına genellikle “kesinlik sınırında ihtimal (an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit)” şeklinde yansımıştır<sup>17</sup>. Ancak Alman hukukunda kabul gören “yüksek ihtimale dayalı (hohe Wahrscheinlichkeit) yasal ispat ölçüsü”, bu yasal ispat ölçüsünden uzaklaşılarak başka hukuk normlarıyla da değiştirilebilir. Bu hukuk normları hem maddi hukuk hem de yargılama hukukuna ilişkin yasalar içinde bulunabilir. Hâkim, uyumsuzluk konusu bütün içinde yer alan her bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik olarak ihtimalin derecesini tespit ederek şahsi kanaati elde etmişse; ispatın da gerçekleştirilmiş sayılmasına karar verebilmelidir<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Ancak, HMK'nın 198. maddesinin “Kanuni istisnalar dışında...” ifadesi nedeniyle, burada yapılan açıklamalar kısaca, (kusurun ve nedensellik bağının ispatı gibi) takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu alanlar temel alınarak yapılmıştır.

<sup>15</sup> Türk hukuku bakımından da, ispat ölçüsü ile delillerin değerlendirilmesinin aynı anlama gelmediği kabul edilmekte; delillerin değerlendirilmesinin hakikate veya ihtimale dayandırılabilmesi ifade edilmektedir. Bkz. **Yıldırım**, s. 73.

<sup>16</sup> **Musielak**, Die Grundlagen der Beweislast, s. 116; **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 464; **Baumgärtel**, Beweisrechtliche Studien, s. 178; **Arens**, Zivilprozeßrecht, s. 177, Rn.257; **Prütting**, Gegenwartsprobleme der Beweislast, s. 86; **Huber**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 122; **Huber**, Strukturen richterlicher Überzeugungsbildung im Zivilprozeß, s. 178; **Kollhossner**, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, s. 271; **Engels**, s. 40.

<sup>17</sup> “Anastasia Entscheidung”, BGH BGHZ 1953, s. 245-256.

<sup>18</sup> **Engels**, s. 41.

Türk hukuku bakımından kural (tam) ispat ölçüsü, “vicdani kanaat” olarak da kabul gören tam ispattır<sup>19</sup>. İstisnai ispat ölçüsü ise, ihtiyati tedbir kararlarında açıkça yasal olarak düzenlendiği için “yaklaşık ispat”tır<sup>20</sup>. Burada önemli olan istisnanın hangi durumlarda kabul edilmesi gerektiğidir. Tüm uyuşmazlık tiplerini kapsayan genel bir kapsama alanı belirlemek gerekirse, bir kanuni düzenlemede açıkça belirtilen ve hâkimde tam kanaati oluşturan delillerin gösterilmesinin objektif olarak, ispat yükünü taşıyan taraftan beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği ispat güçlüğü veya imkânsızlığı hallerinin varlığında kural ispat ölçüsü de düşürülmelidir<sup>21</sup>.

İspat ölçüsünün, ispat yükü taşıyan tarafın ispat zorluğu veya imkânsızlığı içinde bulunması durumunda düşürülmesi, yargılamada silahların eşitliği ilkesinin de bir sonucu olarak görülmelidir. Hâkim vereceği kararda, o olaya uygulanacak hukuk normunu ve normun konuluş amacını yorumlayarak, aranan ispat ölçüsünün istisnalara girip girmediğini belirlemelidir. İspat ölçüsünün düşürülmesi ve yaklaşık ispatla yetinilmesi, ancak, takdiri delillerle ispatın geçerli olduğu durumlar içindir. Kesin delillerle ispatlanması gereken olaylar bakımından (m. 200-201 vs.) kural ispat ölçüsünün düşürülmesinden bahsedilemez<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> **Yıldırım**, s. 39-40; **Atalay**, Emare İspatı, s. 15. Geniş açıklamalar için bkz. **Başözen**, s. 126 vd. Alman hukukunda da, “tam kanaat”e ulaşılmasının güç olması nedeniyle “vicdani kanaat”le yetinilmesi ya da başka bir ifade ile bu adla adlandırılması gerektiği, ayrıca ifade edilmektedir. Bkz. **Motsch**, Vom Rechtsgenügend Beweis, s. 96.

<sup>20</sup> **Yıldırım**, s. 39-40; **Atalay**, Emare İspatı, s. 15. Geniş açıklamalar için bkz. **Başözen**, s. 126 vd.

<sup>21</sup> Bu hallere örnek olarak HMK 390’daki ihtiyati tedbir kararı; İİK m.258’deki ihtiyati haciz kararı; İİK m.177’de yer alan doğrudan iflas nedenleri; ilk görünüş ispatının geçerli olduğu haller (**Yıldırım**, s. 56-57; **Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 44; **Kegel**, Individualanscheinsbeweis, s. 333; **Motsch**, Vom Rechtsgenügend Beweis, s. 27; **Leipold**, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, s. 39; **Musielak**, Die Grundlagen der Beweislast, s. 120-123; **Rommé**, s. 157-158; **Pawłowski E.**, s. 13; **Taşpınar**, s. 538, 542); normatif hukuk kavramlarına dayanan olay iddiaları (kusur, ihmal vs.) (**Yıldırım**, s. 56; **Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 44; **Walter**, Freie Beweiswürdigung, s. 205); tecrübe kuralları ile ispatın ve emare ispatının geçerli olduğu olaylar sayılmaktadır. Bkz. **Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 44; **Konuralp**, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 22 vd; **Konuralp**, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 141-142.

<sup>22</sup> **Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 44-45.

Kanaatimize göre de, kesin delillerle ispatın arandığı bu tarz durumlarda hâkimin tam kanaatinden, kural ispat ölçüsünden bahsetmek bile mümkün değildir. Hukuki sorundan önce maddi sorunun çözümlenmesinin amaçlandığı her yargılama disiplininde “ispat gerçekleştirilmiştir” denilebilmesi için, bir ispat ölçütüne ihtiyaç bulunmaktadır. Anayasa’nın 138. maddesinin birinci fıkrası ve HMK’nın 198. maddesi, Türk hukuku bakımından kural ispat ölçüsü olarak, hâkimin “vicdani kanaat”ini esas alan tam ispattır. İstisnai ispat ölçüsü ise, ihtiyati tedbir kararlarında olduğu gibi yaklaşık ispattır. Kanun koyucu, maddi hukuktaki tasarruf özgürlüğüne paralel şekilde, özel hukuk yargılamasında da taraf iradesine üstünlük tanıyarak taraflar arasındaki ilişkiyi, olaylara yabancı hâkim tarafından araştırılmasını uygun görmemiştir<sup>23</sup>. Bu durum, hâkimin Anayasa’nın 138. maddesinde anlamını bulan vicdani kanaatine göre karar vermesine engel değildir. Anayasa’nın 138. maddesinin yanında HMK’nın 198. maddesine göre de, “bu kanunun tayin ettiği haller müstesna olmak üzere hâkim, ikame olunan delilleri serbestçe takdir eder.” O halde kural, taraflarca gösterilen delillerin hâkim tarafından serbestçe değerlendirilmesidir. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk Hukuku bakımından HMK’nın 198. maddesinin istisnaları, kuraldan daha fazla önem arzeder duruma gelmiştir. Özellikle HMK’nın 200. maddesinde yer alan “senetle ispat kuralı” ile HMK’nın 201. maddesinde yer alan “senede karşı senetle ispat kuralı” bu duruma örnek olarak verilebilir. Senetle ispat kuralı ile senede karşı senetle ispat kuralı gibi istisna düzenlemeler, ilk bakışta Anayasal ispat ölçüsü olan vicdani kanaate aykırı gibi görünse de, Anayasa’nın 138. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler” ibaresi nedeniyle Anayasal ilkenin istisnalarının da bulunabileceği görülmektedir<sup>24</sup>. Bu istisnalar, genellikle, uyumsuzluğun ortaya çıkmasından önce delil hazırlamanın imkân dâhilinde olduğu durumlar içindir<sup>25</sup>. Bu hallerde hâkim, onu çürütecek başka deliller bulunmadığı sürece gösterilen delile göre karar verme durumundadır. Bu gibi durumlarda hüküm verebilme

<sup>23</sup> Feyzioğlu, s. 88-91.

<sup>24</sup> Feyzioğlu, s. 95.

<sup>25</sup> Uyuşmazlık öncesi delil kavramı hakkında bilgi için bkz. Konuralp, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 30 vd.



anlamında hâkimin tam kanaati aranmaz<sup>26</sup>. Bu nedenle bu tarz kurallar, ispat ölçüsünün istisnası olarak değerlendirilmeli; diğer bir ifadeyle kanun gereği hâkim vicdani kanaate ulaşmış sayılmalıdır. Delillerin hüküm ve kuvveti kanun tarafından belirlendiğinden, bu tarz durumlarda adaletin gerçekleştirilmesi hâkimin keyfililiğinden kurtarılma düşüncesi yatmaktadır. Özel hukuk yargılamasında hâkim Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasının amir hükmü gereği, istisnalar dışında (HMK m. 200-201 vs.) vicdani kanaatine göre karar vermelidir. Bir diğer ifadeyle kanuni deliller dışındaki deliller sözkonusu olduğunda hâkimin verdiği hükmün de vicdani kanaate uygun olduğu kabul edilir. Zira Anayasa m. 138, I'e ilave olarak HMK'nın 198. maddesiyle de hâkime delillerin serbestçe değerlendirilmesi yetkisi verilmiştir<sup>27</sup>.

Kanaat matematiksel bir kesinlik taşımadığından, kişilere göre de değişebilir. Gerçekten de insani bilginin doğası gereği hâkimin kesin kanaatinden bahsedilemez<sup>28</sup>. Daha çok ihtimal değerlerine ilişkin objektif bilgilerin hâkim tarafından bilinmesidir. Bu bilginin ölçüsü, aynı zamanda “gerçek” ölçüsüne de uygun olması gerekeceği için yüksek olmalıdır. Hâkimin şahsi kanaati ise, keyfililiğe değil; objektif bulgulara dayanır<sup>29</sup>. Burada önemli olan hâkimin vicdani kanaatidir. Diğer kişilerin, geneli ifade eden toplumun vicdani kanaatinin dikkate alınması veya bunların da sonuçtan tatmin olması sosyolojik açıdan önem arzetsede de, hüküm verebilme anlamında yeterli değildir<sup>30</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken, vicdani kanaatin tesisinde

<sup>26</sup> Feyzioğlu, s. 95.

<sup>27</sup> Alman ve İsviçre hukukunda özel hukuk yargılaması alanında vicdani delil sisteminin benimsendiği konusunda bkz. **Konuralp**, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 11-12-14; **Konuralp**, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 30.

<sup>28</sup> “Muhakemede deliller hiçbir zaman objektif muhakkaklığı yani mutlak belliliği göstermez. Delillerin gösterdiği objektif bakımdan bir ihtimaldir. Buna rağmen, imkân belli bir dereceye varınca ihtimal olduğu gibi, ihtimal de belli bir dereceye gelince kanaat olur. Yani şüphe yenilir ve yerini kanaate bırakır.” (Bkz. **Keskin**, s. 78).

<sup>29</sup> Bu nedenle delillerin değerlendirilmesi ilkesi, “serbest ispat ölçüsü” olarak kabul edilemez. Bkz. **Maassen**, s. 31; **Yıldırım**, s. 73.

<sup>30</sup> Bu kanaatin içeriği Alman hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da ispat faaliyetinin hedefi olarak makul, ortalama bir kişinin ikna edilmesi (objektif teori) veya mutlak anlamda objektif gerçeğin bulunması (objektif teori) yerine, hâkimin ikna edil-

yargılama hukuku kurallarına uyulup uyulmadığıdır<sup>31</sup>. Vicdani kanaat ise, uyumsuzluğu çözmeyi amaçlayan hâkimin, yargılama faaliyeti sonucunda aklını rehber yaparak, kurallar içerisinde kalarak olayın oluş biçimine göre ulaştığı kendi açısından şüpheye yer vermeyen kanaattir. Bu tanımdan hareketle, vicdani kanaatin objektif bir kesinlik içermediği; olayı çözmeyi amaçlayan hâkimin vardığı sonucun doğruluğu noktasında vicdanının rahat olduğu ve hâkimin şüphelerinin bertaraf edildiği noktası önemle vurgulanmalıdır<sup>32</sup>.

Kanaatimize göre de, insani bilginin doğası gereği hâkimin kesin kanaatinden bahsedilememesi; daha çok ihtimal değerlerine ilişkin objektif bilgilerin hâkim tarafından bilinmesi; bu bilginin ölçüsünün, aynı zamanda “gerçek” ölçüsüne de uygun olması gerekeceği için, kural ispat ölçüsü olarak hâkimin kesin kanaati yerine yasal ifade olan vicdani kanaati esas alınmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, hâkimin vicdani kanaati, objektif bir kesinlik içermez. Bu anlamda ispat ölçüsünün yüksek olarak adlandırılabilirdiği durumlarda da hâkimin vicdani kanaatinden bahsedilebilir. Bu nedenle Alman hukukunda, ispat ölçüsü olarak “yüksek ihtimal (hohe Wahrscheinlichkeit)”in<sup>33</sup> Alman yargı kararlarına yansıdığı biçimi olan “kesinlik sınırında ihtimal (an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit)”in<sup>34</sup> esas alınacağına yönelik düşünceler kesin delillerle ispat kuralları istisna bırakılarak Türk hukuku bakımından da geçerli olmalıdır. Diğer taraftan, yaklaşık ispatın yeterli olacağı durumlarda da, “ağır basan ihtimal

---

mesidir. Bkz. **Atalay**, Menfi Vaktaların İspatı, s. 41. Hâkimin sunulan olaylar zincirinden, somut olayda gerçekleşen zararın doğabileceği konusunda bir kanaate sahip olması gerekli ve yeterli sayılmalıdır. Bkz. **Başpınar**, Vekilin Özen Borcu, s. 210.

<sup>31</sup> **Feyzioğlu**, s. 105.

<sup>32</sup> **Feyzioğlu**, s. 109.

<sup>33</sup> **Musielak**, Die Grundlagen der Beweislast, s. 116; **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 464; **Baumgärtel**, Beweisrechtliche Studien, s. 178; **Arens**, Zivilprozeßrecht, s. 177, Rn.257; **Prütting**, Gegenwartsprobleme der Beweislast, s. 86; **Huber**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 122; **Huber**, Strukturen richterlicher Überzeugungsbildung im Zivilprozeß, s. 178; **Kollhosser**, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, s. 271; **Engels**, s. 40.

<sup>34</sup> “Anastasia Entscheidung”, BGHZ 1953, s. 245-256.

(überwiegende Wahrscheinlichkeit)” yaklaşık ispat ölçüsü olarak kabul görmelidir<sup>35</sup>.

Hâkim ile hüküm arasında, ispat konusunda, daima bir mesafe kalmaktadır. Tarafların getirdiği malzemeleri, delil gösterilmesi sonucunda inceleyerek, değerlendirerek karar tesis edileceğinden, olayın başka türlü de cereyan etmiş olabileceği ihtimaline hâkim “kesin” olarak “hayır” yanıtı veremez. Gösterilen deliller o olay için mütemadiyen aynı sonucun doğru olduğunu veriyorsa, hâkim çoğu kez, olayın ispatlandığına, gösterilen delillerin ortaya koyduğu durumun hatalı olması için bir neden olmadığına kanaat getirmektedir<sup>36</sup>. Yine burada dikkat edilmelidir ki, hâkimin vicdani kanaati yüzde yüz bir kesinliği içermemekte; karar yüksek ihtimale dayanmaktadır.

Babalığın tespitine yönelik matematiksel hesaplarla yapılan bilirkişi tespitlerinin hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde kabul edilerek hükme esas alınması, yüksek ihtimal hesaplarının uygulanması anlamında ilginç bir örnektir. Tıp bilimi belirli kurallar çerçevesinde babalığın tespitini, çocuğun bu babadan olma ihtimalinin % 99’un üzerinde tahmin edildiğini belirleyerek yapar. Başka bir ifadeyle tıp, daha güvenli bir sonuç elde etmeye elverişli tıbbi metotları, kombinasyonları uygular<sup>37</sup>. Tıbbi yöntemlerle ulaşılan en yüksek değere bağlı kalınarak doğru hesaplamanın yapılabilmesi ihtimali, bilirkişi tarafından ulaşılan yüksek ihtimal hesaplarının ispat değerlerinin ölçülmesine bağlıdır. Bu şekilde, bilimsel olarak babalığın

<sup>35</sup> Atalay’a göre de (**Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 43), bir olay iddiasının doğruluğu konusundaki kanaat, aslında o iddianın muhtemel olduğu yolundaki kanaat ile aynı şeydir. Bu anlamda kanaat, iddianın konusu olan somut olayların ispatlanmış sayılabilmesi için kabul edilen ihtimal derecesine ulaşıldığı konusundaki bilinç olarak tanımlanabilir (**Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 43; **Huber**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 116; **Koussoulis**, s. 280). Bir olay için kesinlik sınırındaki ihtimal (an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit) derecesi kabul edilmiş ise, tam ispat (Vollbeweis); ağır basan ihtimal derecesi kabul edilmiş ise yaklaşık ispat (Glaubhaftmachung) söz konusu olur (**Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 43; **Yıldırım**, s. 56-67).

<sup>36</sup> **Yıldırım**, s. 59; **Greger**, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 119; **Leipold**, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, s. 10; **Habscheid**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, s. 380-381.

<sup>37</sup> **Motsch**, Vom Rechtsgenügend Beweis, s. 201; **Engels**, s. 35.

tespitinin ispat değeri, yüksek ihtimalle ya da bir diğer ifadeyle kesinliğe yakın bir aralıkta ölçümlenmiş olur<sup>38</sup>. Bu söylenenler ihtimalin pozitif olarak tespitinin bilirkişi tarafından % 99.8 olarak ölçümlendiği durumlar bakımından da geçerlidir<sup>39</sup>. Yüzde oranlarının düşük olduğu durumlarda mahkemenin babalığı onaylaması da zorlaşır<sup>40</sup>. Zira bu tarz durumlarda “yüksek ihtimal” ya da diğer ifadeyle “kesinlik sınırında ihtimal” söz konusu değildir. O halde mahkeme, kesin ispat değeri (% 100) olmasa da, babalığın tespitine vicdani kanaat getirerek karar verebilmelidir<sup>41</sup>. Bu şekilde hâkimin vicdani kanaati ile verdiği karar bazı durumlarda açıkça çelişebilir. Zira bu tür olaylarda hâkimin tam kanaatinden ziyade, diğer bilimlerin temel kuralları geçerlilik kazanarak da hâkim vicdani kanaati elde edebilir. Bu halde, vicdani kanaatin objektif bir kesinlik içermediği; olayı çözmeyi amaçlayan hâkimin vardığı sonucun doğruluğu noktasında vicdanının rahat olduğu ve hâkimin şüphelerinin ve diğer ihtimallerin bertaraf edildiği noktası önemle vurgulanmalıdır. Ayrıca, babalığın tespitine yönelik bilirkişi tarafından tespit edilen verilere dayalı olarak verilen yüksek ihtimale dayalı kararlarda, hâkimin denetleme imkânının da olmaması nedeniyle, hâkimin sübjektif değerlendirmesi de fazla önem taşımaz. Ancak babalığın tespitine karar veren hâkimin, babalık konusunda gerekli olan yüksek ihtimal derecesine ulaşmış olup olmadığı da tespit edilmelidir. Hâkim delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde vicdani kanaate ulaşmak zorunda ise, babalığın tespitine yönelik verdiği kararıyla bu ihtimal derecesine de ulaşmış ve diğer ihtimalleri bertaraf etmiş demektir. Hâkim, ulaşılan yüksek ihtimalin derecesini; karar verebilmek için yeterli olup olmadığını da kararında ayrıca açıklamakla ve gerekçelendirmekle yükümlüdür<sup>42</sup>.

Tecrübe kuralları, çok yüksek oranda onaylanmış bir dereceyi ifade edeceğinden, hâkim onaylanmış yüksek dereceli tecrübe kuralları ile tam kanaat edinmeli; bunun aksine yönelik gerekçeler de kabul edilmemelidir.

<sup>38</sup> **Olzen**, s. 80; **Engels**, s. 35; BGH NJW 1973, s. 1924.

<sup>39</sup> **Motsch**, Vom Rechtsgenügend Beweis, s. 216. Babalığın tespitinde % 98 oranında ihtimal ölçümlemesinin geçerli olmadığına yönelik Alman hukukunda mahkeme kararları için bkz. OLG Stuttgart FamRZ, 1972, s. 584.

<sup>40</sup> BGH FamRZ 1973, s. 624; **Engels**, s. 36.

<sup>41</sup> **Ankermann**, s. 587; **Odersky**, s. 370; **Engels**, s. 36.

<sup>42</sup> **Engels**, s. 36.

HMK'nın 390/3. maddesinin gerekçesi de yaklaşık ispat ölçüsünün aranacağı noktasında açıktır: “Geçici hukukî koruma yargılamasını, asıl hukukî korumadan ayıran diğer bir özellik ispat ölçüsü bakımındadır. Kanunda açıkça öngörülmemişse ya da işin niteliği gerekli kılmıyorsa, bir davada (normal bir yargılamada) yaklaşık ispat değil, tam ispat aranır. Çünkü hâkim, mevcut ispat ve delil kuralları çerçevesinde, tarafların iddia ettiği bir vakıa konusunda tam bir kanaate varmadan o vakıayı doğru kabul edemez. Örneğin, bir alacak davasında taraflardan biri bir sözleşmenin varlığına dayanıyorsa, hâkim bu sözleşmenin varlığı konusunda (mevcut ispat yükü ve delil kuralları çerçevesinde) tam bir kanaate sahip olmalıdır. Yani zayıf veya kuvvetli bir ihtimal, karar vermek için yeterli değildir. Sözleşmenin varlığı konusunda tam kanaat uyanmazsa, o zaman, ispat yükü kendine düşen tarafın aleyhine bir karar verilmesi gerekir. Ancak, kanun koyucu, bazen ya doğrudan kendisi düzenleme yaparak ya da işin niteliği ve olayın özelliği gereği hâkime, bu durumu belirterek, ispat ölçüsünü düşürme imkânı vermiştir. Bu düşürülmüş ispat ölçüsü çerçevesinde, tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel, yaklaşık bir kanaat yeterli görülmektedir. Doktrinde bu yön, karar verilmesi için tam ispat ölçüsü yerine yaklaşık ispat ölçüsü olarak ifade edilmektedir. Ancak, yaklaşık ispatla yetinilmiş olması, ispatın aranmayacağı ya da ispat kurallarının tamamen dışına çıkılacağı anlamına gelmez. Bir taraf iddiasını mahkeme önüne ne kadar inandırıcı şekilde getirirse getirsin, bu sadece bir iddiadan ibarettir. İddia edilen vakıanın sabit yani doğru kabul edilebilmesi için, ispat yükü üzerine düşen tarafın, bunu kanundaki delil sistemi içinde yine kanunun aradığı ispat ölçüsü çerçevesinde ispat etmesi gerekir. Tam ispatın arandığı durumlarda, bu ölçü tereddütsüz ortaya konmalıdır. Yaklaşık ispat durumunda ise hâkim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte, zayıf bir ihtimal de olsa, aksinin mümkün olduğu ihtimalini göz ardı etmez. Bu sebepledir ki, genelde geçici hukukî korumalara, özelde ihtiyatî tedbire ve ihtiyatî hacze karar verilirken, haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunanın teminat alınması öngörülmüştür. Geçici hukukî korumalarda, bazen karşı tarafın dinlenmemesi, tüm delillerin ayrıntılı bir biçimde incelenmesine yeterli zamanın olmaması gibi sebeplerle, yaklaşık ispat yeterli görülmüştür. Bu çerçevede, aslında ispat ölçüsü bakımından bir yenilik getirilmemekle birlikte, “yaklaşık ispat” kavramı kullanılarak, doktrinde kabul gören ifade

*Tasarıya alınmış, ayrıca burada hem tam ispatın aranmadığı belirtilmiş hem de basit bir iddianın yeterli olmadığı vurgulanmak istenmiştir...*

Yaklaşık ispat ölçüsü hakkında yapılan bu açıklamalar neticesinde, ihtiyati tedbir taleplerinde “*yaklaşık ispat*” ölçüsüne yönelik Yargıtay uygulamalarına şu kararlar örnek olarak verilebilir:

*“...Ne var ki, istemde HMK’nın 390. maddesinin üçüncü bendindeki şartların bulunması ve haklılığın yaklaşık biçimde ispatlanması da gerekir. Talep bu detayları içermediği gibi, haklılığın ispatı noktasındaki mahkeme değerlendirmesi de hukuka uygun bulunmuştur...” (Yargıtay 23. HD, 02.02.2012, 207/650)*

*“...Tedbir talep eden taraf, öncelikle tedbir istemine ilişkin dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak, yasal delillerle ispat etmek zorundadır (HMK. m.390/3) ispat ölçüsü ise, “yaklaşık ispat” kuralına göre belirlenir ...” (Yargıtay 15. HD, 06.07.2012, 4060/5172)*

*“...İhtiyati tedbir kararının kabul edilebilmesi bakımından tedbir isteyen haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüştür. Davacının iddiasında haklılığını ispat konusunda “tapu ve nüfus kaydı, mirasçılık belgesi, tanık beyanları, keşif, bilirkişi, yemin... gibi” delillere dayanıldığı dava dilekçesiyle sabittir. İhtiyati tedbir talebinin reddine ilişkin kararının doğru ve yasal olduğu söylenemez...” (Yargıtay 1. HD, 10.01.2012, 436/7)*

## II. İHTİYATİ TEDBİRDE “İHTİMAL” KAVRAMI VE YARGITAY’IN YAKLAŞIMI

Gerçeğe mutlak şekilde ulaşmanın sınırlılıkları nedeniyle ispatlanmış sayılan her olay, gerçekte ihtimale dayalı bir ispat olarak kabul görür<sup>43</sup>. Bu nedenle, ispat ölçüsüne yönelik teorilerinin ihtimal kavramı (Wahrscheinlichkeit) ile ilişkisi göz ardı edilemez. Bununla birlikte ispat

<sup>43</sup> **Musielak**, Die Grundlagen der Beweislast, s. 115; **Huber**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 104; **Engels**, s. 28; **Greger**, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 38; **Gottwald**, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 193; **Marum**, s. 13.

faaliyetinde asıl sorun, ihtimalin içeriği ve değerinin tespit edilmesindedir. Bu nedenle, Yargıtayın ihtiyati tedbir karar örneklerinde sıklıkla “*kuvvetle muhtemel*” kavramı ile zikrettiği “*ihtimal kavramı*” detaya fazlaca girilmeksizin açıklığa kavuşturulmalıdır.

Objektif ispat ölçüsü teorisinin taraftarları da, ilk planda, mutlak kesinliğe ulaşmadaki sınırlılıkların, sübjektif bilgiler ile giderilemeyeceğini kabul etmektedirler. Ancak, ihtimalin objektif kriterlerle değerlendirilmesi ile ihtimalin derecelerine tam olarak ulaşılabilmesine de işaret etmektedirler<sup>44</sup>.

İhtimal kavramı, Alman yargı kararlarında ve doktrinde sürekli kendisine başvuru alan sihirli kavramlardan biridir. Özellikle ispat ölçüsüne yönelik tartışmalarla ihtimal kavramının hem içeriği geliştirilmiş hem de komşu görünüşleri ortaya konulmuştur<sup>45</sup>. Bunlara da ihtiyati tedbir kararlarında yaklaşık ispatla ilişkisi çerçevesinde kısaca değinilmelidir.

İhtimal kavramı, doğal bilimler bakımından objektif, sübjektif ve mantıki ihtimal şeklinde sınıflandırılmaktadır<sup>46</sup>.

Objektif ihtimal kavramı, olayların sıklığına yönelik olarak istatistikî ve matematiksel ihtimali öne çıkarır. Sıklık teorisine göre<sup>47</sup>, ihtimal kavramının temelinde, olayların “*muhtemel*” olmasından ziyade “*elverişli*” olması yatmaktadır<sup>48</sup>. Bu konuda klasik “*zar atılması*” örneği sunulmaktadır<sup>49</sup>: Zar

<sup>44</sup> **Engels**, s. 28. Marum, somut olayın da böyle gerçekleşmiş olabileceğine dair çürütülemeyen ihtimalden bahsetmektedir. Bu durumda yapılması gereken, “*hayat tecrübelerine göre*”, “*düzenli yaşam kurallarına göre*” somut olay bakımından da gerçekleşebilme ihtimalinin ihmal edilmemesidir. Bkz. **Marum**, s. 13.

<sup>45</sup> Özellikle bkz. **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 455; **Greger**, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 38; **Engels**, s. 28; **Gottwald**, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 193.

<sup>46</sup> **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 455; **Prütting**, Gegenwartsprobleme der Beweistlast, s. 61; **Engels**, s. 28-29; **Gottwald**, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 191. Ayrıca bkz. **Başözen**, s. 126; **Albayrak**, s. 312.

<sup>47</sup> **Engels**, s. 29; **Weitnauer**, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, s. 3.

<sup>48</sup> Tecrübe kurallarına dayanan sıklık teorisi, ihtimalin istatistikî yorumu olarak da nitelendirilmektedir (**Yıldırım**, s. 60; **Motsch**, Vom Rechtsgenügend Beweis, s. 142-143).

<sup>49</sup> **Huber**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 79; **Schwab**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 453; **Engels**, s. 29; **Wichmann**, s. 384; **Ekelöf**, Beweiswert, s. 347; **Maassen**, s. 64; ayrıca bkz. **Yıldırım**, s. 60.

atışında belirli bir sayıyı atma şansı kural olarak 1/6 (altıda bir); yani % 16,66'dır. O halde belirli bir sayıyı atma şansı anlık değişkenlere bağlı olarak sadece imkân dâhilindedir. Bu nedenle sıklık teorisinde, gözlemlerle elde edilen ve yeterli görülen sayı materyalleri, sıklığa göreceli olarak ulaşma anlamında pratik olarak sınır değeri vermektedir<sup>50</sup>. Bu sıklık, pratikte her bir olaya uygulanmak üzere salt bir tahmin aracı olarak kullanılabilir<sup>51</sup>.

Sübjektif ihtimal kavramına göre ise, ancak ciddi bir biçimde akıl süzgecinden geçirilerek elde edilen kişisel tecrübeler, belirli türden olayların gerçekleşme ihtimaline değer katabilir<sup>52</sup>. Bu durumda, kişisel inanışların derecesine, varsayım olarak sübjektif bir değer verilmektedir<sup>53</sup>. Bu nedenle, istatistikî ihtimaller ancak ciddi, mantıklı bir insan süzgecinden geçirilirse hükme esas alınabilir. Bu bakımdan hem objektif hem de sübjektif teori, ulaşılan sayı materyalleri yeterli olduğunda özdeş sonuçlar verebilmektedir. Ancak sübjektif teori, yeterli derecede incelenmiş materyaller bulunmasa dahi, ihtimali içeren hükme izin verebilmektedir<sup>54</sup>.

Mantıki ihtimal kavramı ise, ihtimal kavramının açıklanmasında kişisel tecrübelerin temel alınmasını reddederek, tespit edilmiş temel materyallerin tümevarım yoluyla elde edilen sonuçlarının öne çıkarılmasını içerir<sup>55</sup>. O

<sup>50</sup> **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 456.

<sup>51</sup> **Weitnauer**, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, s. 10. Yıldırım'ın da belirttiği gibi, somut zar üstünde tekrarlanan zar atışları ile sağlanan istatistikî sonuçlardan tespitler yapılır. Teorik olarak sınırsız zar atma sayısı ile somut zarların, zar atışlarının toplam sayısı bir kolektif meydana getirir. Buna göre her bir zar element, zarın her yüzü de bir unsurdur. Unsurların bir araya gelmesine yetecek nispi sıklığa, belirli bir sınır değeri verilir. Tekrarlanan bu kütleli oluşumda, sadece elementleri tesadüfen oluşanlar kolektifi meydana getirirler. Sonsuz kolektife dayanan teori, mantıken sınırlanamayan fakat pratikte yeterli olacak belirli, tüketilebilir sayıdaki gözlem olaylarla yetinmektedir (Bkz. **Yıldırım**, s. 60).

<sup>52</sup> **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 456; **Engels**, s. 29; **Koch/Rüßman**, s. 291; **Weitnauer**, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, s. 3.

<sup>53</sup> **Greger**, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 39; **Engels**, s. 29; **Nell**, s. 74, 96.

<sup>54</sup> **Engels**, s. 29-30.

<sup>55</sup> **Musielak**, Överviktsprinzip, s. 457; **Huber**, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 80; **Greger**, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 45; **Engels**, s. 30.



halde, objektif teori, ampirik çalışmayı (deneme yanılma yöntemini) esas almasına karşılık, mantıki teori ise, sadece saf mantık kurallarına dayanır<sup>56</sup>.

Aralarında farklılıklar olmasına rağmen (objektif, sübjektif ya da mantıki) tüm ihtimal teorilerinde ortak olan nokta, deneme yanılma yöntemiyle ya da istatistikî verilerle elde edilen temel materyallerden ihtimali bir sonuca ulaşmaktır. Bu sonuç ise, ortaya çıkan olayların sıklığına bakarak belirli bir varsayımın (ihtimalin) doğruluğunun kabulüne dayanır<sup>57</sup>.

Alman hukukunda ilk zamanlarda<sup>58</sup> hükümlerdeki gerekçenin objektif ihtimale dayandırılması eleştirilmekte; doğal bilimlerde ihtimalin sayılara değer atfederek belirlenebileceği, ihtimal kavramının hukuki içerikli anlamlarından bir sonuca ulaşamayacağı genel kabul görmüştür. Buna göre, ihtimal kavramının, somut olaya dayalı ihtimal içeren hükmün kesinliğiyle karıştırıldığı görülmektedir. İhtimale ilişkin düşünceler, her somut olayda yüzde olarak belirtilen oranlara dayanmamakta; aksine, çoğu durumlarda soyut izlenimlere dayalı deneme yanılma yöntemine, mantıkî ya da istatistikî gözlemlere dayanmakta; tekrarlanan olayların sıklığına bakılarak bir sonuç çıkarılmaktadır. İhtimalin kesinliği (doğruluğu), elde edilen verilerin doğruluğuna bağlıdır. Verilerin doğruluğu ise, ihtimale dayalı bir hükmün muhtemel olmasından ziyade, verilen hükmün kalitesiyle ilişkilidir<sup>59</sup>.

Her ihtimale dayalı sonuç içerisinde bir çekirdek bulunur. Belirli bir varsayımın doğruluğu için, olayların sıklığının ampirik (deneysel) temele dayalı yöntemlerle tespiti gerekir. Bu ise, sıklığa dayalı bir hüküm verilmesine yol açar<sup>60</sup>. Doğal bilim ve genel olarak tecrübe kuralları da benzer

<sup>56</sup> Engels, s. 30.

<sup>57</sup> Musielak, Överviktsprinzip, s. 458; Musielak/Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, Rn.134; Maassen, s. 5; Baumgärtel, Beweisrechtliche Studien, s. 170; Greger, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 47; Engels, s. 30; Mummenhoff, Zum Beweismaß im Berufskrankheitenrecht, s. 133; Gottwald, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 191; Koch/Rüßman, s. 289, 306, 345.

<sup>58</sup> Bkz. Wassermeyer, Der prima facie Beweis, 46; Wassermeyer, Gutachten, s. 16; Engels, s. 30; Döhring, s. 447.

<sup>59</sup> Engels, s. 30.

<sup>60</sup> Musielak, Överviktsprinzip, s. 458; Greger, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 43; Engels, s. 31; Maassen, s. 6; Gottwald, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 191; Nell, s. 61.

şekilde elde edilen verilerin sıklığına bakılarak verilen sıklık hükmüne dayanır. Bilimsel olarak kontrol edilebilir ölçüleme görünümüleri de imkân dâhilindedir. Bu yolla sıklığın belirli oranına erişilme amaçlanır. Belirli türdeki olayların tekrarlanmasıyla elde edilen gözlemler ise, hesaplanabilir vicdani yasal ölçüyü gösterir. Bu şekilde belirli şartlar altında belirli sonuçların ortaya çıkacağı ihtimal dâhilinde kabul görür<sup>61</sup>.

Hesaplanabilir nitelikteki sıklık esas alınmaksızın objektif temele dayalı bir ihtimali hükümden söz etmek de mümkün değildir. Gündelik yaşamdan kaynaklanan tecrübe kuralları tekrarlanan olayların gözlem sonuçlarına dayanmaktadır. Bu gözlem sonuçları ile varılan hükümde ise, objektif olarak elde edilen ihtimalin sıklığına ilişkin bulgular verilmekte; tecrübelerin toplanmasıyla da benzer olaylara uygulanması sağlanmaktadır. Bu yolla tümevarım yöntemiyle kararlaştırılan yasal ölçülere de pratikte ulaşılmış olur<sup>62</sup>.

Bilimsel bilgi ile günlük yaşamdan kaynaklanan tecrübe kuralları arasında söylemlerinin kesinliğinde de farklılıklar bulunmaktadır. Tecrübe kuralı, kural olarak, sadece sübjektif olarak şekillenen tahminlerin daha yüksek ihtimali değerlerini temel alır. Gerçekte de tecrübenin temeli, belirli türdeki olayların gerçekleşip gerçekleşmeyeceği; ya da bu olayların gerçekleşmesine yönelik ihtimalin derecesi ile yakın ilişkilidir<sup>63</sup>. Bu şekilde elde edilen ihtimale dayalı hükmün diğer olaylar için de genel geçer uygulama alanı bulup bulamayacağı sorunu önem arz etmektedir<sup>64</sup>. Bunun gerekliliğini destekleyen bir kısım yazarlar, ağırlıklı olarak objektif, matematiksel, istatistikî ihtimal kavramına geri dönmektedirler<sup>65</sup>.

Sübjektif ispat ölçüsü teorisini kabul eden diğer bir kısım yazarlar da, ihtimal kavramının objektif olarak ele alınabileceğini söylemektedirler. Gottwald'e göre<sup>66</sup>, hâkimin kararı hem istatistiğe hem de sonuçların ölçüm-

<sup>61</sup> Engels, s. 31.

<sup>62</sup> Musielak, Överviktsprinzip, s. 459; Engels, s. 31.

<sup>63</sup> Engels, s. 31; Greger, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 56.

<sup>64</sup> Musielak, Die Grundlagen der Beweislast, s. 93; Nell, s. 59, 68, 95.

<sup>65</sup> Weitnauer, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, s. 4; Maassen, s. 5; Gottwald, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 191; Musielak, Die Grundlagen der Beweislast, s. 112; Reinecke, Beweislastverteilung, s. 39, dn.129,44; Engels, s. 31-32.

<sup>66</sup> Gottwald, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, s. 200, 244, 189.

lenmesine bağlı bir ihtimale dayanabilir. Greger’e göre de<sup>67</sup>, ihtimal kavramından ilke olarak ispat kriteri elde edilemese de, mantık kurallarına uygun ihtimallere dayalı karar verilebilir. Sübjektif teorinin temsilcilerinden olan yazara göre, objektif bir bakışla her bir olayın gerçekleşme sıklığı tek başına onun uygulanabilme imkânını belirleyemez. Aksine kişisel kanaate elverişli sübjektif büyüklüğün olmasını gerektirir. Bu nedenle, saf deneysel, istatistikî ya da mantıkî ihtimal kavramının her durumda her olaya uygulanabilmesi söz konusu değildir<sup>68</sup>.

Salt matematiksel ihtimal kavramının hükme esas alınmasını kabul eden azınlık görüşüne göre, ihtimal; şahsın inanma faaliyetinden tamamen bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Zira ihtimal, her nasılsa hesaplanabilir bir büyüklüğe erişmelidir. İddia edilen olayın gerçekliği ancak bu yolla ispatlanabilir<sup>69</sup>. İhtimalin hesaplanabilirliği ile inanma faaliyetinin (kanaatin) büyüklüğünün hesaplanmasına yönelik yapılan çalışmalardan bir sonuç elde edilebilmesi de mümkün değildir<sup>70</sup>. Zira bu ölçümler; matematiksel anlamdaki ihtimal hesapları, gerçekte güvenceli olmayan bir temele dayanır. Bir davada teknik bilirkişilerce, bazı istatistikî ve matematiksel sayılarla, malzemelerin çokluğu ve/veya sıklığı da göz önüne alınarak ihtimal hesapları ölçülebilir olsa da<sup>71</sup>, sözkonusu durumlara bakarak genelleştirmeler yap-

<sup>67</sup> Greger, Beweis und Wahrscheinlichkeit, s. 49, 55, 148.

<sup>68</sup> Nell, s. 60, 96, 74; Engels, s. 32.

<sup>69</sup> Schreiber, s. 24; Weitnauer, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, s. 3.

<sup>70</sup> Schreiber, s. 24. Her ispat aracı, ihtimali olarak ispat değeri taşır. Hâkimin delilleri takdir etmesi ise, bir ispat değeri olan ispat araçlarının hâkim tarafından kombinasyon yapılmasıyla; başka bir ifade ile ihtimalin hesaplanmasıyla tespit edilebilir (Bkz. Engels, s. 32, dn.141).

<sup>71</sup> Babalığın tespiti davaları bu duruma örnek oluşturur. Babalığın tespiti davalarında matematiksel hesaplar yapılarak babalığa ulaşılmaktadır. Çoğu durumlarda % 99,8 gibi rakamlar ilke olarak babalığın ispatına yeterli kabul edilmekte; % 100’lük oran aranmaktadır. Ancak kural olarak salt matematiksel oranlara bakarak ispatın gerçekleştirilmiş sayılması için bu oran yeterli olmamalıdır. Bu durum ispat yüküne yönelik kuralların maddî hukukta düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır (Reinecke, Beweislastverteilung, s. 65). Bu nedenle gerek matematiksel yollardan gerekse diğer yollardan ulaşılan ispat değeri, bu olaylar bakımından, ispat yükü de nazara alınarak değerlendirilmeli; bir sonuca ulaşılmalıdır (Engels, s. 33, dn.142).

mak doğru olmaz. Ayrıca doğal bilimlere dayalı ihtimal hesaplarının ölçüsünün objektif bir temele ulaşmasına yönelik çabalar da desteklenmelidir<sup>72</sup>.

Hâkim, güvenceli bilimsel bilgiye ulaşması durumunda, onu değerlendirerek kararına temel yapabilir. Karar, ihtimali sonuçları içeren bilgilere dayalı olduğu için hâkim, kararında bunları da değerlendirmelidir. Çünkü ihtimal kavramının objektif, saf mantıksal ya da matematiksel anlamını göz önüne alarak hâkimin delillerin takdirinden kaçınması da düşünülemez. Her bir somut olay bakımından verilen ihtimale dayalı hüküm, hâkim tarafından (gerekçeleriyle) açıklanmak zorundadır. Hâkim, tecrübe kurallarının da yardımıyla önüne sunulan olayları değerlendirmelidir. Ayrıca değerlendirme sırasında istatistiğin ve mantığın metotları da tatbik edilebilir. Bu şekilde tam olarak ölçülebilir bir değere ulaşma sağlanamayabilir. Ancak hâkim, delilleri değerlendirme ilkesine göre (m.198), objektif bir temele dayalı sınırlar içerisinde kalmak üzere sonuca yönelik subjektif tahminler yapabilir. Hâkimin ihtimal hesaplarına bağlı kalarak kişisel inanma faaliyetini yerine getirmemesi, ihtimal ile diğer nedenleri tartışmaması, hatta hâkimin şahsi kanaatinin aranmaması doğru olmaz<sup>73</sup>. Diğer taraftan objektif ihtimalin ölçüsünün de hesaplanabilmesi mümkün değildir. Hâkim, kendisine sunulan ispat araçlarını tam olarak değerlendirerek sonuca ulaşmalıdır. Aksi halde hâkimin gerçeğe ulaşma, davayı aydınlatma çabaları sonuçsuz kalabilir<sup>74</sup>. Ancak, hâkimin önüne sunulan ispat araçlarının tümünü tüketmemesi tehlikesi, bu yazarlar bakımından, ihtimal kavramından ayrı olarak değerlendirilmektedir<sup>75</sup>.

Özetlemek gerekirse, salt hukuki anlamda ihtimal kavramının mümkün olmadığı; aksine hukuki ihtimalin, bilimsel ihtimal teorilerinin ortak nüvelerine bakılarak oluşturulduğu açıktır. İleri sürülen olayın gerçekte gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitine yönelik karar, gerçekte, yeterli derecede ulaşılan ihtimalden elde edilen kanaatin beyanıdır. Diğer taraftan, hâkimin ulaştığı subjektif kanaat ile ihtimallerin belirli derecelerinin kombinasyonlarından, ispat ortaya çıkar. İhtimal, başkası tarafından gerçekleştirilemeyen,

<sup>72</sup> Engels, s. 33.

<sup>73</sup> Bruns, Beweiswert, s. 66; Engels, s. 34.

<sup>74</sup> Nell, s. 114.

<sup>75</sup> Engels, s. 34.

sadece hâkimin kanaati temeline dayanır<sup>76</sup>. Hâkim, belirli ihtimal derecelerinin büyüklüğünü dikkate alınacak derecede belirlemiş olsa da, bu durum bile hâkimin delilleri takdir ilkesini (m. 198) ortadan kaldırmaz. İhtimale ilişkin değerler, yeni ispat kurallarının ortaya çıkmasına yol açmaz. İspat kuralları hâkime ispat araçlarını belirli usûli kurallar çerçevesinde değerlendirme yetkisi tanır. Hâkim, bunu yapabilme anlamında, öncelikle, ispat araçlarının ispat değerini takdir etmelidir. İspat ölçüsünün belirlenmesi, hâkimin delilleri takdirini etkilemez. Zira ispat ölçüsü, hâkimde, ancak gerekli olan olayların ispat edilip edilmediğine yönelik kanaat oluştuğundan sonra gündeme gelebilir<sup>77</sup>.

“İhtimale dayalı kanaat teorileri”<sup>78</sup> ispat ölçüsü olarak gerekli ihtimal derecesinin tespitine dayanır. Doktrinde ihtimalin farklı derecelendirmelerine rastlamak mümkündür. Sadece yüzdelerle ifade edilen istatistiğe dayalı ispatta bile, farklı derecelendirmeler sözkonusu olabilir. Ekelöf’e göre<sup>79</sup>, bir olayın ispatında ihtimalin derecesi, “kanaat verici (glaubhaft)”, “muhtemel (vermutlich)”, “açık (offenbar)” ve “sabit (erwiesen)” olmalıdır. Bender’e göre de<sup>80</sup>, yüzdelerle ifade edilen istatistikî bilgiler sınıflandırılmalıdır. Örnek olarak % 99,8 ve üzerindeki oranlar olayın ispatında “tam kanaat (überzeugung von Wahrheit)” sağlarken; % 75 ve üzerindeki oranlar “yüksek ihtimal (hohe Wahrscheinlichkeit)”; % 50 ve üzerindeki oranlar “ağır basan ihtimal (überwiegende Wahrscheinlichkeit)”; bunun altındaki oranlar ise “düşük ihtimal (geringe Wahrscheinlichkeit)” olarak adlandırılmalıdır. Huber’e göre ise<sup>81</sup>, ihtimal değerlerinin bölümlenmesi “kesin ihtimal (sicher Wahrscheinlichkeit)”, “yüksek ihtimal (hohe Wahrscheinlichkeit)” ve “ağır basan ihtimal (überwiegende Wahrscheinlichkeit)” şeklinde olmalıdır. Bu şekilde ihtimal değerleri sayı cetvelinde 0 ve -1 ile 0,5 ve 1 aralığında

<sup>76</sup> Baumgärtel, Beweisrechtliche Studien, s. 171; Huber, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 116; Engels, s. 34; Musielak, Grundfragen des Beweisrechts, s. 428, dn. 20.

<sup>77</sup> Engels, s. 35.

<sup>78</sup> “Wahrscheinlichkeitsüberzeugungstheorie”. Musielak, Grundfragen des Beweisrechts, s. 115 vd.; Engels, s. 36; Huber, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 89.

<sup>79</sup> Ekelöf, Beweiswert, s. 352; Bolding, s. 61.

<sup>80</sup> Bender, s. 258; Yıldırım, s. 36.

<sup>81</sup> Huber, Das Beweismaß im Zivilprozeß, s. 114 vd.

olmalıdır. Nihayet Musielak'a göre de<sup>82</sup>, yargı kararlarında belirtilen "kesinlik sınırında ihtimal (an Sicherheitgrenzender Wahrscheinlichkeit)", "daha büyük oranda ihtimal (grosser Wahrscheinlichkeit)", "ağır basan ihtimal (überwiegende Wahrscheinlichkeit)" kavramları reddedilmelidir.

İhtimal değerlerinin belirli oranlarla ve/veya kavramlarla sınırlandırılarak ifade edilmesi, olayların değerlendirilmesinde hâkime yol gösterebilirse de, ihtimale dayalı kavramların yargı kararlarına dayandığı ve bu yargı kararları çıkış noktası alınarak ihtimal kavramının açıklanmaya çalışıldığı unutulmamalıdır<sup>83</sup>. İhtimale dayalı yargı kararları "ağır basan ihtimal (überwiegende Wahrscheinlichkeit)"den "yeterli derecede ihtimal"e, "daha yüksek (hoher) ihtimalden" "kesinlik sınırında ihtimal (an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit)"e kadar ihtimalin farklı derecelendirmelerini içermektedir. Alman yargı kararlarında geçen bu ifadelere bakıldığında, yasal ispat ölçüsünün hem sübjektif ispat ölçüsü teorisini savunan bazı yazarların hem de objektif ispat ölçüsünü savunan yazarların lehine içeriğe sahip olduğu söylenebilir. Bu şekilde kimi zaman ispat ölçüsü düşürülerek kimi zaman da yükseltilerek yasal ispat ölçüsünden sapmaların olduğu görülebilmektedir<sup>84</sup>.

Türk Hukuku bakımından yasalarımızda, yasal ispat ölçüsü ve düşürülmüş ispat ölçüsünün içeriğine yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Anayasa'nın 138. maddesinde hâkimlerin vicdanî kanaatlerine göre karar verecekleri belirtilmektedir. Bu kanaatin içeriği Alman hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da ispat faaliyetinin hedefi olarak makul, ortalama bir kişinin ikna edilmesi (objektif teori) veya mutlak anlamda objektif gerçeğin bulunması (objektif teori) yerine; hâkimin ikna edilmesidir<sup>85</sup>.

İspat ölçüsüne yönelik bir takım düzenlemeler ise, ispatın gerçekleştirilebilmesi için kolaylaştırma öngörür. Böylelikle yasal ispat ölçüsüne yönelik kurallardan başka bir düzenlemeyle istisnalar getirilmektedir<sup>86</sup>. Bu tarz düzenlemelerde, "tam ispatın (Vollbeweises)" yerine hâkimde bir kanaatin

<sup>82</sup> **Musielak**, Grundfragen des Beweisrechts, s. 113.

<sup>83</sup> **Engels**, s. 37.

<sup>84</sup> **Engels**, s. 37.

<sup>85</sup> **Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, s. 41.

<sup>86</sup> **Baumgärtel**, Beweisrechtliche Studien, s. 176; **Peters, F.**, s. 528.

oluşması (eine Glaubhaftmachung) aranır<sup>87</sup>. Greger’in “objektif yasal ispat ölçüsü”nün bulunmadığı görüşü kabul edilirse, ispat ölçüsü değişmeksizin, olayın gerçekleştiğine yönelik hâkimin şahsi kanaatinin tespitinin anlamı olmaz. Zira şahsi kanaat, ispat ölçüsünü belirlemektedir. Diğer taraftan, ispatın kolaylaştırılmasına yönelik düzenlemeler, ilke olarak, maddi hukuk kuralları içinde yer alır. İhtimal kavramının, maddi hukuka yönelik sonuçları olduğundan, salt usûle ilişkin yardımcı araç olarak da değerlendirilemeyeceği gibi; aynı zamanda somut olayın tüm unsurlarını kapsadığı da söylenebilir<sup>88</sup>.

Bir görüşe göre (Überwiegendprinzip)<sup>89</sup>, “ağır basan ihtimal (überwiegende Wahrscheinlichkeit)” yasal ispat ölçüsü olarak kabul edilmeli ve bir olayın ispatlanmış sayılabilmesi bakımından yeterli olabilmelidir. Ağır basan ihtimalde bölümlenme ise, dava konusu olay “ihtimal dâhilinde” ya da “ihtimal dışı” şeklindedir. Ağır basan ihtimal, ispat edilen olaya uygun ise, olay ispat edilmiş sayılır. Bu yolla ispatı gerçekleştirmekle yükümlenmiş olan tarafın işi kolaylaştırılmış olur. Salt ispat ölçüsünün düşürülerek ispatın kolaylaştırılması gerekli değildir. Bu şekilde ağır basan ihtimale dayalı ispat ölçüsü vasıtasıyla ispat yükünün belirlenmesine yönelik kurallar da gereksiz olmakta<sup>90</sup> ya da sadece olaylar bakımından üzerinde mutabık kalınan ihtimaller gerekli olmaktadır<sup>91</sup>. İspat yükü kendisine düşen tarafın, olayı, ağır basan ihtimalle ispatlaması halinde, ispat yükünü yerine getirmiş sayılmasına karar verilmelidir<sup>92</sup>. Zira dava sürecinde olayın tespitindeki noksanlıklar,

<sup>87</sup> Engels, s. 38; Bkz. Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, s. 83.

<sup>88</sup> Engels, s. 38; bkz. Atalay, Menfi Vakıaların İspatı, s. 44.

<sup>89</sup> Bkz. Motsch, Vom Rechtsgenügend Beweis, s. 34, 72 vd.; Motsch, Vom Prozeß als Beweis zum Überwiegensprinzip, s. 335; Maassen’e göre, özellikle nedensellik bağının ispatında ispat ölçüsü düşürüldüğünden yasal ispat ölçüsü de “kesinlik sınırında ihtimal (an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit)” ölçüsüne uygun olmalıdır (Maassen, s. 54).

<sup>90</sup> Bu ibarenin karşı anlamından ağır basan ispat ölçüsünün yasal olarak aranmadığı emarelerle ispat durumları anlaşılmalıdır. Bkz. Maassen, s. 7; Baur/Grunsky, s. 147, Rn 178a.

<sup>91</sup> Kegel, Individualanscheinsbeweis, s. 336; Motsch, Vom Prozeß als Beweis zum Überwiegensprinzip, s. 335; Grunsky, Wahrscheinlichkeitsurteile, s. 858; Engels, s. 38.

<sup>92</sup> Peters C., s. 68; Kegel, Individualanscheinsbeweis, s. 335.

bireysel veya sosyal zararlara yol açabilir. İşte ağır basan ihtimale dayalı ispat ölçüsü yoluyla bu zararlar minimize edilebilir<sup>93</sup>.

Kanaatimize göre de, bu tarz “ağır basan ihtimal (überwiegende Wahrscheinlichkeit)”e dayalı bir ispat ölçüsü temel alınarak verilen kararlar, gerçekte yasal temele dayalı kurallara aykırılık oluşturması nedeniyle, haklı olarak, tam ispat ölçüsü olarak kabul edilmemelidir. Alman Medenî Usûl Kanunu § 286 (m.198), ispatı gerekli olan olayların gerçekte gerçekleşip gerçekleşmediğinin hâkim tarafından değerlendirilmesi temeline dayanır. Bu yolla hâkim, taraflarca ileri sürülen olayların gerçekleşip gerçekleşmediğini, ispatın objektif temellerini kesin veya yüksek gibi ifadelerle açıklamalıdır. Bunun yapılması ise “ağır basan ihtimal” ile aynı şey değildir<sup>94</sup>. Diğer taraftan yasal düzenlemeler içerisinde ispat yükünün dava sürecinde yer değiştirmesine yönelik düzenlemeler bulunmamaktadır. İspat yükünü üzerinde taşıyan taraf, olayları ispat edememenin riskine katlanır<sup>95</sup>. Daha yüksek ihtimalli bir ispat ölçüsü temel alınarak, açıklanan ağır basan ihtimal kavramının güvenilirliği de sorgulanmalıdır. % 49 ile % 51 arasındaki ihtimale dayalı olarak verilen karar aralığı çok dar kalmaktadır. Ayrıca ağır basan ihtimal kavramı nicel olmaktan ziyade, bir eğilimi ifade eder<sup>96</sup>. Bu nedenle ağır basan ihtimal temel alınarak karar verilmesi, hâkimin yeterli kanaate ulaşmaksızın salt eğilime dayalı karar vermesi anlamına gelir. Bunun aksine davranış ise, ispat yükü kuralı temel alınarak hâkimin uyuşmazlığı nihayetinde çözüme bağlaması sonucunu doğurur<sup>97</sup>. Özellikle tazminat taleplerinde yasal kural bulunmaksızın ispat ölçüsü olarak ağır basan ihtimalin kullanılması, sorumluluk hukukunun talep normlarının sonu belli olmaz şekilde genişletilmesi tehlikesini de beraberinde getirir<sup>98</sup>. Eğer ağır basan ihtimal, yasal ispat ölçüsü olarak kullanılırsa, ispat ölçüsünü sağlayan ya da düşüren

<sup>93</sup> **Maassen**, s. 7, 54.

<sup>94</sup> **Hainmüller**, Beweisprobleme im Schadenersatzprozeß, s. 333; **Engels**, s. 39; **Motsch**, Vom Rechtsgenügend Beweis, s. 35.

<sup>95</sup> **Maassen**, s. 7; **Bender**, s. 252; **Engels**, s. 39.

<sup>96</sup> **Motsch**, Vom Rechtsgenügend Beweis, s. 34.

<sup>97</sup> **Gottwald**, Besprechung der Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig, s. 475.

<sup>98</sup> **Prütting**, Freie Beweiswürdigung, s. 815; **Baumgärtel**, Beweismaß und Beweislast, s. 230.



ihtiyati tedbir kararlarında yaklaşık ispat şeklindeki yasal normların da anlamı olmaz<sup>99</sup>.

Yaklaşık ispat ölçüsü çerçevesinde ihtimal kavramı ile ilgili olarak yapılan bu açıklamalar neticesinde, Yargıtay, aşağıda örneği verilen ihtiyati tedbir kararlarında yaklaşık ispat ölçüsünü tespit ederken, ihtimal kavramını da kararlarında vurgulayarak kullanmıştır. Bu kararlarda ihtimal, yukarıda çerçevesi çizilmeye çalışıldığı üzere, “zayıf bir ihtimal de olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalinin gözetilmesi”dir:

“...Tedbir talep eden taraf, öncelikle tedbir istemine ilişkin dilekçe-sinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve dava-nın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak, yasal delillerle ispat etmek zorundadır (HMK. m. 390/3) ispat ölçüsü ise, “yaklaşık ispat” kuralına göre belirlenir. Yaklaşık ispat kuralının uygulanmasında hakim, iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğruluğunu kabul etmekle birlikte, zayıf bir ihtimal de olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalini de gözetmelidir. Bu sebeplerdir ki ihtiyati tedbire karar verilirken, haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan kural olarak teminat alınır... İhtiyati tedbir şart-ları mevcut değilse, Yasa'nın öngördüğü ölçüde ispat edilememişse, ihtiyati tedbir isteminin reddine karar verilmelidir...”(Yargıtay 15. HD, 06.07.2012, 4060/5172)

“...Dava, inanç sözleşmesine dayalı tapu iptal ve tescil, protokollerin feshi, tazminat ile ihtiyati tedbir istemidir... İhtiyati tedbir kararının kabul edilebilmesi bakımından ihtiyati tedbir isteyen haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngö-rülmüştür. Yerel mahkemece gerektiğinde davalının muhtemel zararlarının karşılanması amacıyla uygun bir miktarda teminat da alınarak ihtiyati tedbir talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir...”(Yargıtay 1. HD, 24.05.2012, 6976/6023)

“...Geçici hukuki koruma yargılamasını asıl hukuki koruma yargıla-masından ayıran özelliklerden biri ispat ölçüsü noktasındadır. HMK'nun ihtiyati tedbirle ilgili 390. maddesinin gerekçesinde geçici hukuki koruma-larda ispat hususu üzerinde durulmuştur.” Kanun da açıkça öngörülmemişse

<sup>99</sup> Engels, s. 39-40; benzer şekilde bkz. Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, s. 80; Arens, Zivilprozeßrecht, s. 178, Rn. 258.

ya da işin niteliği gerekli kılmıyorsa, bir davada (normal bir yargılamada yaklaşık ispat değil, tam ispat aranır. Çünkü, hakim, mevcut ispat ve delil kuralları çerçevesinde, tarafların iddia ettiği bir vakıa konusunda tam bir kanaate varmadan o vakıayı doğru kabul edemez. Örneğin, bir alacak davasında taraflardan biri bir sözleşmenin varlığına dayanıyorsa hakim bu sözleşmenin varlığı konusunda (mevcut ispat yükü ve delil kuralları çerçevesinde) tam bir kanaate sahip olmalıdır. Yani, zayıf veya kuvvetli bir ihtimal, karar vermek için yeterli değildir. Sözleşmenin varlığı konusunda tam kanaat uyanmazsa o zaman ispat yükü kendisine düşen tarafın aleyhine bir karar verilmesi gerekir Ancak kanun koyucu bazen ya doğrudan kendisi düzenleme yaparak ya da işin niteliği ve olayın özelliği gereği hakime, bu durumu belirterek, ispat olgusunu düşürme imkanı vermiştir. Bu düşürülmüş ispat ölçüsü çerçevesinde, tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel, yaklaşık bir kanaat yeterli görülmektedir. Doktrinde bu yön karar verilmesi için tam ispat ölçüsü yerine yaklaşık ispat ölçüsü olarak ifade edilmektedir. Ancak, yaklaşık ispatla yetinilmiş olması, ispatın aranmayacağı ya da ispat kurallarının tamamen dışına çıkılacağı anlamına gelmez. Bir taraf iddiasını mahkeme önüne ne kadar inandırıcı şekilde getirirse getirsin, bu sadece bir iddiadan ibarettir. İddia edilen vakıanın sabit yani doğru kabul edilebilmesi için, ispat yükü üzerine düşen tarafın bunu kanundaki delil sistemi içinde yine kanunun aradığı ispat ölçüsü çerçevesinde ispat etmesi gerekir. Tam ispatın arandığı durumlardan bu ölçü tereddütsüz ortaya konmalıdır. Yaklaşık ispat durumunda ise hakim, o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte, zayıf bir ihtimal de olsa, aksinin mümkün olduğunu gözardı etmez. Bu sebeptir ki, genelde geçici hukuki korumalara, özel de ihtiyati tedbire ve ihtiyati hacze karar verilirken haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması öngörülmüştür. Geçici hukuki korumalarda, bazen karşı tarafın dinlenmemesi, tüm delillerin ayrıntılı bir biçimde incelenmesine yeterli zamanın olmaması gibi sebeplerle yaklaşık ispat yeterli görülmüştür. Bu çerçevede aslında ispat ölçüsü bakımından bir yenilik getirilmemekle birlikte, "yaklaşık ispat" kavramı kullanılarak doktrinde kabul gören ifade tasarıya alınmış, ayrıca burada hem tam ispatın aranmadığı belirtilmiş hem de basit bir iddianın yeterli olmadığı vurgulanmak istenmiştir (HMK'nın 390. Madde Gereği)..." (Yargıtay 21. HD, 26.09.2012, 13821/15625)

### III. İHTİYATİ TEDBİRDE DAVANIN ESASI BAKIMINDAN HAKLILIĞIN TESPİTİNE YARGITAY’IN YAKLAŞIMI

Yargıtay’ın HMK’nın yürürlüğe girmesinden sonraki ihtiyati tedbir taleplerinde ispata yönelik çoğu kararlarına baktığımızda “yaklaşık ispat ölçüsü”nün kabul gördüğü, tam ispatın aranmadığı görülebilmektedir. Diğer bir ifade ile Yargıtay kararlarında ihtiyati tedbirler bakımından yasal ispat ölçüsünün yaklaşık ispat ölçüsüne düşürülmesinde sıkıntı çekilmemektedir.

Ancak, burada dikkat edilmesi gereken diğer yön, yasal ispat ispat ölçüsünün yaklaşık ispat ölçüsüne düşürüldüğü durumlarda davanın esas bakımından haklılığın yaklaşık ispat ölçüsünün tespitinde, o dava bakımından geçerli olan delil sisteminin geçerli olup olmayacağı hususudur.

Bir görüşe göre<sup>100</sup>, ihtiyati tedbirlerde yaklaşık ispat durumunda kural olarak hem delil serbestisi hem de delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin geçerli olduğudur. Dolayısıyla tedbir talep eden taraf iddiasını (asıl dava konusundaki haklılığını) kural olarak bütün deliller ile ispatlayabilir.

Bu konuda diğer görüş ise<sup>101</sup>, mahkemenin önüne gelen uyuşmazlık bakımından kesin delille ispatı öngörülen hususların kesin delillerle ispat edileceği; ancak buradaki ispat ölçüsünün düşürüleceğidir. Örnek olarak, noterde yapıldığı iddia edilen kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak açılan tapu iptali ve tescili davasında, davacı dava konusu üzerinde ihtiyati tedbir kararı talep ettiğinde kat karşılığı inşaat sözleşmesinin davanın esasına yönelik haklılık koşulu nedeniyle mahkemeye sunulması aranmalıdır. Bu durumda sunulan belgenin karşı tarafın itirazına uğrayıp uğramadığı, geçerli olup olmadığı yargılama sırasında incelenerek mahkemece karara bağlanır. Buna karşılık, taraflar arasında senetle ispat kuralı çerçevesinde akdedilen bir sözleşmenin mahkemeye sunulması ve bu sözleşmeye yönelik geçerlilik şartlarında ilk bakışta bir eksiklik görülememesi durumunda, hakim tam bir kanaate sahip olamasa bile, talepte bulunanın haklı olma ihtimalini kuvvetle muhtemel gördüğü için tedbire karar verebilmelidir.

Kanaatimizce de, ihtiyati tedbirlerde mahkemenin önüne gelen uyuşmazlık bakımından kesin delille ispatı öngörülen hususlar kesin delillerle

<sup>100</sup> Albayrak, s. 193.

<sup>101</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1026-1027; Özekes, s. 226-227.

ispat edilmelidir. Zira kesin delillerle ispatın arandığı durumlarda hâkimin tam kanaatinden, kural ispat ölçüsünden bahsetmek bile mümkün değildir. Hukuki sorundan önce maddi sorunun çözümlenmesinin amaçlandığı her yargılama disiplininde “ispat gerçekleştirilmiştir” denilebilmesi için, bir ispat ölçütüne ihtiyaç bulunmaktadır. Anayasa’nın 138. maddesinin birinci fıkrası ve HMK’nın 198. maddesi, Türk hukuku bakımından kural ispat ölçüsü olarak, hâkimin “vicdani kanaat”ini kabul etmektedir. İstisnai ispat ölçüsü ise, belirtildiği üzere, ihtiyati tedbir kararlarında olduğu gibi yaklaşık ispattır. Hâkim, Anayasa’nın 138. maddesine göre vicdani kanaatine göre karar vermelidir. Anayasa’nın 138. maddesinin yanında HMK’nın 198. maddesine göre de, “kanuni istisnalarının dışında hakim delilleri serbestçe değerlendirebilir”. O halde kural, taraflarca gösterilen delillerin hâkim tarafından serbestçe değerlendirilmesidir. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk hukuku bakımından HMK’nın 198. maddesinin istisnaları, kuraldan daha fazla önem arzeder duruma gelmiştir. Özellikle HMK’nın 200. maddesinde yer alan “senetle ispat kuralı” ile HMK’nın 201. maddesinde yer alan “senede karşı senetle ispat kuralı” bu duruma örnek olarak verilebilir. Senetle ispat kuralı ile senede karşı senetle ispat kuralı gibi asıl kural haline gelen istisna düzenlemeler, ilk bakışta Anayasal ispat ölçüsü olan vicdani kanaate aykırı gibi görünse de, Anayasa’nın 138. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler” ibaresi nedeniyle Anayasal ilkenin istisnalarının da bulunabileceğini gösterir<sup>102</sup>. Bu istisnalar, genellikle, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce delil hazırlamanın imkân dâhilinde olduğu durumlar içindir<sup>103</sup>. Bu hallerde hâkim, onu çürütecek başka deliller bulunmadığı sürece gösterilen delile göre karar verme durumundadır. Bu gibi durumlarda hüküm verebilme anlamında hâkimin tam kanaati aranmaz<sup>104</sup>. Bu nedenle bu tarz kurallar, ispat ölçüsünün istisnası olarak değerlendirilmektedir. Bu halde, diğer bir ifadeyle, hâkim, kanun gereği vicdani kanaate ulaşmış sayılmalıdır. Delillerin hüküm ve kuvveti kanun tarafından belirlendiğinden, bu tarz

<sup>102</sup> Feyzioğlu, s. 95.

<sup>103</sup> Uyuşmazlık öncesi delil kavramı hakkında bilgi için bkz. Konuralp, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, s. 30 vd.

<sup>104</sup> Feyzioğlu, s. 95.

durumlarda adaletin gerçekleştirilmesi hâkimin keyfiliklerinden kurtarılma düşüncesi temeline dayanmaktadır. Bu nedenle, kanaatimizce de, ihtiyati tedbirlerde mahkemenin önüne gelen uyuşmazlık bakımından kesin delille ispatı öngörülen hususlarda kesin delillerin dosyaya sunulmuş olması aranmalıdır. Burada özellikle belirtmek gerekir ki, kesin delille ispat kuralları çerçevesinde bir senedin dosyaya ibrazı ile senedin hükme esas alınması her zaman örtüşmeyebilir. Zira yargılama sırasında tespit edilebileceği üzere senet irade fesadı ile elde edilmiş olabilir, sahte olabilir, geçersiz olabilir. Bunlar genellikle yargılama aşamasında gerçekleştirilebilecek detaylı incelemelerle ortaya çıkabilecek hususlardır. Dolayısıyla mahkemenin ihtiyati tedbire karar verebilmesi için, kesin delille ispat kuralı gereği ihtiyati tedbir talep eden tarafın kesin delille ispata ilişkin senedini dosyaya sunmasının yanında o senedin tüm özellikleri bakımından geçerli bir senet olduğunun ispatı aranmamalıdır. Hakim tarafından senedin geçersizliğine yönelik eksiklikler tespit edilememişse, hakim bu senedi ilk bakışta doğru kabul etmeli; bu senede dayalı olarak ihtiyati tedbir kararı verebilmelidir. Diğer bir ifade ile kesin delille ispat kuralının geçerli olduğu bir yargılamada ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için, örnek olarak hakkı ispat ettiği iddia edilen senedin de dosyaya ibrazı gereklidir. Ancak önemle belirtilmelidir ki, senedin gerçekliği konusunda hakimin bu aşamada tam vicdani kanaati aranmamalı; senedin gerçekliği noktasında yaklaşık ispat çerçevesinde ispat ölçüsü düşürülmelidir. Zira ağır basan ihtimalde bölümlenme, dava konusu olayın sunulan senet çerçevesinde “ihtimal dâhilinde” ya da “ihtimal dışı” olduğu şeklindedir. Yaklaşık ispatı ifade eden ağır basan ihtimal, ispat edilen olaya uygun ise, olay ispat edilmiş sayılmalıdır. Bu yolla ispatı gerçekleştirmekle yükümlenmiş olan tarafın işi şimdilik kolaylaştırılmış olur. Dolayısıyla ihtiyati tedbirlerde senetle ispat kuralını aramayarak, istisna bırakarak salt ispat ölçüsünü düşürerek ispatın kolaylaştırılması gerekli değildir. Dosyaya sunulan senede dayalı olarak mahkeme, dosyanın mevcut haliyle ağır basan ihtimal çerçevesinde üzerinde mutabık kalınan ihtimallere dayanarak ihtiyati tedbir kararı verebilir. Aksi halde, senetle ispat kuralının aranmaması durumunda salt yasada ifadesini bulan davanın esası yönünden haklılığının ispat edilmesi, aleyhine ihtiyati tedbir uygulanan kişinin haklarının korunmaması anlamına da gelebilir. Bunun tersinde de, senetle ispat kuralının aranmasına ilaveten senedin doğruluğunun tam ispat noktasında ispatlanması gereke-

ceğinin ileri sürülmesi de, dava sürecinde olayın tespitindeki noksanlıklar nedeniyle, bireysel veya sosyal zararlara yol açabilir.

Yine kesin delille ispat çerçevesinde mahkemece HMK'nın 202. maddesinde düzenlenen delil başlangıcı gibi genel anlamda kesin delille ispat kuralının istisnaları söz konusu olduğunda ve bu durum mahkemeye aksettirildiğinde, hakim tarafından sıkı şekilde kesin ispat kuralı aranmamalı; delil başlangıcı çerçevesinde ispat ölçüsü yaklaşık ispata düşürülmelidir.

Son olarak ihtiyati tedbirlerde yaklaşık ispat faaliyeti sırasında yemin deliline başvurulup başvurulmayacağı da çözümlenmelidir. Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere<sup>105</sup>, ihtiyati tedbir taleplerinde yemin deliline başvurulması mümkün olmamalıdır. Tedbire konu hakkın varlığı ile ilgili yemin teklifi, kural olarak, davanın baştan kazanılması ya da kaybedilmesi anlamına gelir. Davaya sebep olan hakkın varlığının davanın en başından tespit edilmesi de, davanın devamını anlamsız hale getirebilir. Oysa ki, taraf yemini, genel düzenleniş esprisi nedeniyle, davanın son aşamasında, iddia edilen hususların ispatlanamaması halinde, son çare olarak karşı tarafın vicdanına seslenmedir. Diğer taraftan, ihtiyati tedbir talebinin mahkemece kabul edilmemesi durumunda ortaya tehlikeli bir halin çıkacağı yönünde bir yeminden de, teorik bakımdan mümkün olmaması nedeniyle bahsedilemez. Zira yeminin konusu kişinin kendisinden kaynaklanan vakıalardır (m. 225). Diğer bir ifade ile yemin bir vakıanın ortaya çıktığı, gerçekleştiği konusunda verilir. Yemin edilen vakıa gerçekleşmiş, olmuş, bitmiştir. Buna karşılık, ihtiyati tedbir talebine konu olan bir vakıanın gelecekte gerçekleşeceği, gelecekte zarar ortaya çıkacağı muhtemel bir vakıa olup; muhtemel tehlikeye yönelik de yemin teklif edilememelidir<sup>106</sup>.

Bu açıklamalar ışığında aşağıda verilen Yargıtay kararında, yerel mahkeme ihtiyati tedbir talep eden tarafın zarar görebilme ihtimalini değerlendirmiş, fakat *davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat edebilecek belge sunamadığı açık olmasına rağmen* tedbir kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu bakış açısı kanaatimize göre, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde Anayasa'nın 138. maddesi ile HMK'nın

<sup>105</sup> Albayrak, s. 195.

<sup>106</sup> Geniş açıklama için bkz. Albayrak, s. 193-196.

200-202. maddelerinin hem lafzına hem de amacına aykırılık teşkil eder. Zira Yargıtay’ın bu kararı süreklilik arzedecek olursa, ihtiyati tedbir kararının verilmemesiyle zararın ortaya çıkabileceği ihtimali nedeniyle, her dava bakımından ihtiyati tedbir kararı verilmesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay tarafından buna gerekçe olarak da, teminat şartı nedeniyle diğer tarafın zararı olmadığı hususu gösterilmiştir.

*“...Dava, ketmi verese hukuksal nedenine dayalı olarak tapu iptali tescil ve ihtiyati tedbir istemine ilişkindir. İhtiyati tedbir isteğinin kabul edilebilmesi bakımından HMK'nın 390/3. maddesi ile ihtiyati tedbir isteyen haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüş olup, yasanın hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere yaklaşık ispat durumunda; “... hakim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte zayıf bir ihtimal de olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalini gözardı edemez. Bu sebeptendir ki, haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması ...”hükme bağlanmıştır. Her ne kadar mahkemece, davacı yanın davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat edebilecek belge sunamadığı gerekçe gösterilerek ihtiyati tedbir talebi reddedilmiş ise de, bu durumda davacının eldeki davada lehine hüküm alması halinde davalı taşınmazın elden çıkardığı takdirde hükmedilecek bedeli tahsil edememesi ihtimal dahilindedir. Kaldı ki, tedbir isteğinin kabul edilmesi durumunda aleyhine tedbir kararı verilen kişinin bir zararı oluşur ise 6100 sayılı HMK'nın 399. maddesi uyarınca tazminat isteyebileceği de açıktır. Hal böyle olunca, yukarıdaki ilkeler gözetilerek tedbir isteği bakımından bir karar verilmesi gerekir...”(Yargıtay I. HD, 03.07.2012, 7381/8346).*

Benzer bir diğer kararında da, Yüksek Mahkeme, “...her ne kadar davacının iddiasında haklı olup olmadığı yargılama sonunda tüm deliller toplandıktan ve incelendikten sonra ortaya çıkacak ise de, davaya konu taşınmazın başkalarına devri halinde verilecek hükmün infaz kabiliyeti ortadan kalkabileceği gibi, üzerine binalar yapıldıktan sonra tapunun iptali halinde telafisi güç ya da imkansız durumlar ortaya çıkacağı gibi yeni uyumsuzluklar doğacağı kuşkusuzdur...” şeklindeki açıklamasından, davanın esası hakkında haklılık koşulunun gözardı edildiği ya da diğer bir ifade ile

davanın muhtemel sonuçlarına yönelik başlangıçta hiç bir kanaatin oluşmadığı durumlarda bile muhtemel zarar görme tehlikesine dayalı olarak ihtiyati tedbire karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

*“...İhtiyati tedbir kararının kabul edilebilmesi bakımından HMK'nın 390/3. maddesi hükmünde ihtiyati tedbir isteyen haklının konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüş olup, Yasanın hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere yaklaşık ispat durumunda “... hakim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte zayıf bir ihtimalde olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalini gözardı edemez. Bu sebeptendir ki haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması...” hükme bağlanmıştır. Somut olaya yukarıdaki ilkeler uyarınca bakıldığında, her ne kadar davacının iddiasında haklı olup olmadığı yargılama sonunda tüm deliller toplandıktan ve incelendikten sonra ortaya çıkacak ise de, davaya konu taşınmazın başkalarına devri halinde verilecek hükmün infaz kabiliyeti ortadan kalkabileceği gibi, üzerine binalar yapıldıktan sonra tapunun iptali halinde telafisi güç ya da imkansız durumlar ortaya çıkacağı gibi yeni uyumsuzluklar doğacağı kuşkusuzdur. Hal böyle olunca yerel mahkemece gerektiğinde davalıların olası zararlarının karşılanması amacı ile uygun bir miktarda teminat da alınarak ihtiyati tedbirin devamına karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle tedbirin kaldırılmasına karar verilmesi doğru değildir...” (Yargıtay 1. HD, 24.09.2012, 11124/9822).*

## SONUÇ

Asıl hukuki korumanın zaman alması ve işin aciliyeti gibi nedenler, ihtiyati tedbir kararlarını giderek önemli hale getirmiştir. Diğer taraftan etkin hukuki himaye açısından da ihtiyati tedbir kararlarının önemi artık kabul görmektedir. Günümüzde dava konusunun korunmasının önemi artık tartışılmamakta; bu önem gün geçtikçe artmaktadır. Teknolojinin, sanayinin karmaşılaştığı nedeniyle davaların çok hızlı bir biçimde sonuçlanması gerekmektedir. Ancak tam ispatın uygulandığı, bu nedenle de bütün delillerin incelendiği, bütün itiraz ve defilerin tek tek çürütülmesinin gerektiği bir dava sisteminde gelişen ve karmaşılaştıran hukuki uyumsuzluklara çözüm bulmak



hayli zordur. Hızlı müdahalede bulunulmadığı takdirde davanın sonuçlanmasının anlamsızlaşacağı günümüzde geçici hukuki himaye tedbirleri özelinde ihtiyati tedbirler son derece önem arz etmektedir.

Yaklaşık ispat, geçici hukuki himayenin alt türü olan ihtiyati tedbir kararlarında olduğu gibi, hâkimin çoğu kez acele karar vermesi gereken haller ile delil gösterilmesinin oldukça zor olduğu ve bu sebeple de kesin ispatın beklenemeyeceği hallerde dikkate alınan ispat ölçüsüdür. Kanunda belirtilmeyen hallerde hâkim tam ispatı arar. Hâkimde oluşan kanaatin ölçüsü ise, ispat ölçüsü kavramı ile ilişkilidir.

6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesinden bu tarafa diğer bazı konularda olduğu gibi HMK'nın ihtiyati tedbirlere ilişkin düzenlemelerinin uygulanmasında da bir takım tereddütler yaşanmış; bir kısmı çözüme kavuşturulmuş; bir kısmında ise halihazır tartışma güncelliğini devam ettirmektedir.

Türk hukukunda genel kabul gören ayrım “kural (yasal) ispat ölçüsü” ile “istisnai ispat ölçüsü” denilen iki ispat ölçüsünün bulunduğu yönündedir. Kural ispat ölçüsü, hâkimin tam vicdani kanaati veya olay iddiasının “gerçek (kesinlik) sınırındaki ihtimali yansıttığı konusunda kanaati arayan “tam ispatı” ifade eder. Buna karşılık istisnai ispat ölçüsü ise, olay iddiasının “ağır basan ihtimali” yansıttığı konusundaki kanaati yeterli sayan “yaklaşık ispat”tır.

Tam ispatta, hâkimin, iddia edilen olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine tam olarak inanması, bu konuda makul ve kabul edilebilir bir şüphenin olmaması gerekir. Ancak hâkimi inandırma faaliyeti, mutlak bir kesinlik olmayıp; hâkimin vicdanen tam kanaate ulaşmasıdır.

Bazı durumlarda tam ispat yerine, hakikate yakın gösterme (inanılır kılma) şeklinde bir ispat söz konusudur. Bu halde, talepte hakkı olma ihtimalinin bulunması yeterli kabul edilmektedir. Yaklaşık ispatta hâkim, ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmelidir. Diğer bir ifadeyle, iddia edilen olayın doğru olma ihtimali, doğru olmama ihtimaline göre ağır basmalıdır. Ancak iddia edilen olayın yanlış olma ihtimali de, göz ardı edilmemelidir.

Kanaatimize göre de, insani bilginin doğası gereği hâkimin kesin kanaatinden bahsedilememesi; daha çok ihtimal değerlerine ilişkin objektif bilgilerin hâkim tarafından bilinmesi; bu bilginin ölçüsünün, aynı zamanda

“gerçek” ölçüsüne de uygun olması gerekeceği için, kural ispat ölçüsü olarak hâkimin kesin kanaati yerine yasal ifade olan vicdani kanaati esas alınmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, hâkimin vicdani kanaati, objektif bir kesinlik içermez. Bu anlamda ispat ölçüsünün yüksek olarak adlandırılabilirdiği durumlarda da hâkimin vicdani kanaatinden bahsedilebilir. Bu nedenle Alman hukukunda, ispat ölçüsü olarak “yüksek ihtimal (hohe Wahrscheinlichkeit)”in Alman yargı kararlarına yansıdığı biçimi olan “kesinlik sınırında ihtimal (an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit)”in esas alınacağına yönelik düşünceler kesin delillerle ispat kuralları istisna bırakılarak Türk hukuku bakımından da geçerli olmalıdır. Diğer taraftan, yaklaşık ispatın yeterli olacağı durumlarda da, “ağır basan ihtimal (überwiegend Wahrscheinlichkeit)” yaklaşık ispat ölçüsü olarak kabul görülmelidir.

Bu açıklamalara paralel olarak Yargıtay, 6100 sayılı HMK’nın 390. maddesinin 3. fıkrası ile pozitif düzenlemeye kavuşturulan madde metnini hemen hemen tüm kararlarında tekraren belirtmiş; ihtiyati tedbir talep eden tarafın, “*davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorunda*” olduğunu kararlarında önemle vurgulamıştır. Yargıtay’ın yaklaşık ispat ölçüsüne haklı olarak dikkatle vurgu yapması, uygulama birliğinin sağlanması bakımından önem arz etmektedir. Kanunun açık düzenlemesi gereği de, kanun koyucu, ihtiyati tedbir talep eden tarafın haklılığının “*yaklaşık ispat ölçüsü*” ile ispatını aramaktadır. HMK’nın 390/3. maddesinin gerekçesi de yaklaşık ispat ölçüsünün aranacağı noktasında açıktır.

Gerçeğe mutlak şekilde ulaşmanın sınırlılıkları nedeniyle ispatlanmış sayılan her olay, gerçekte ihtimale dayalı bir ispat olarak kabul görür. Bu nedenle, Yargıtayın ihtiyati tedbir karar örneklerinde sıklıkla “*kuvvetle muhtemel*” kavramı ile zikrettiği “*ihtimal kavramı*” üzerinde de durulmuştur. İhtimal kavramı, Türk yargı kararlarında olduğu gibi, Alman yargı kararlarında ve doktrinde sürekli kendisine başvuru olan sihirli kavramlardandır.

Aralarında farklılıklar olmasına rağmen (objektif, sübjektif ya da mantıklı) tüm ihtimal teorilerinde ortak olan nokta, deneme yanılma yöntemiyle ya da istatistikî verilerle elde edilen temel materyallerden ihtimali bir sonuca ulaşmaktır. Bu sonuç ise, ortaya çıkan olayların sıklığına bakarak belirli bir varsayımın (ihtimalin) doğruluğunun kabulüne dayanır. Ayrıca ihtimal kavramının, somut olaya dayalı ihtimal içeren hükmün kesinliğiyle

de karıştırılmamalıdır. İhtimale ilişkin düşünceler, her somut olayda yüzde olarak belirtilen oranlara dayanmamakta; aksine, çoğu durumlarda soyut izlenimlere dayalı deneme yanılma yöntemine, mantıkî ya da istatistikî gözlemlere dayanmakta; tekrarlanan olayların sıklığına bakılarak bir sonuç çıkarılmaktadır. İhtimalin kesinliği (doğruluğu), elde edilen verilerin doğruluğuna bağlıdır. Verilerin doğruluğu ise, ihtimale dayalı bir hükmün muhtemel olmasından ziyade, verilen hükmün kalitesiyle ilişkilidir.

Hâkim, güvenceli bilimsel bilgiye ulaşması durumunda, onu değerlendirebilir. Karar, ihtimali sonuçları içeren bilgilere dayalı olduğu için hâkim, kararında bunları da değerlendirmelidir. Çünkü ihtimal kavramının objektif, saf mantıksal ya da matematiksel anlamını göz önüne alarak hâkimin delillerin takdirinden kaçınması da düşünülemez. Her bir somut olay bakımından verilen ihtimale dayalı hüküm, hâkim tarafından (gerekçeleriyle) açıklanmak zorundadır. Hâkim, tecrübe kurallarının da yardımıyla önüne sunulan olayları değerlendirmelidir. Ayrıca değerlendirme sırasında istatistiğin ve mantığın metotları da tatbik edilebilir. Bu şekilde tam olarak ölçülebilir bir değere ulaşma sağlanamayabilir. Ancak hâkim, delilleri değerlendirme ilkesine göre (m. 198), objektif bir temele dayalı sınırlar içerisinde kalmak üzere sonuca yönelik subjektif tahminler yapabilir. Hâkimin ihtimal hesaplarına bağlı kalarak kişisel inanma faaliyetini yerine getirmemesi, ihtimal ile diğer nedenleri tartışmaması doğru olmaz. Hâkim, kendisine sunulan ispat araçlarını tam olarak değerlendirerek sonuca ulaşmalıdır.

Özetlemek gerekirse, salt hukuki anlamda ihtimal kavramının mümkün olmadığı; aksine hukuki ihtimalin, bilimsel ihtimal teorilerinin ortak nüvelerine bakılarak oluşturulduğu açıktır. İleri sürülen olayın gerçekte gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitine yönelik karar, gerçekte, yeterli derecede ulaşılan ihtimalden elde edilen kanaatin beyanıdır. Diğer taraftan, hâkimin ulaştığı subjektif kanaat ile ihtimallerin belirli derecelerinin kombinasyonlarından, ispat ortaya çıkar. İhtimal, başkası tarafından gerçekleştirilemeyen, sadece hâkimin kanaati temeline dayanır.

İhtimal değerlerinin belirli oranlarla ve/veya kavramlarla sınırlandırılarak ifade edilmesi, olayların değerlendirilmesinde hâkime yol gösterebilirse de, ihtimale dayalı kavramların yargı kararlarına dayandığı ve bu yargı kararları çıkış noktası alınarak ihtimal kavramının açıklanmaya çalışıldığı unutulmamalıdır.

Yaklaşık ispat ölçüsü çerçevesinde ihtimal kavramı ile ilgili olarak yapılan bu açıklamalar neticesinde, Yargıtay, az sayıda örneği olan ihtiyati tedbir kararlarında yaklaşık ispat ölçüsünü tespit ederken, ihtimal kavramını da kararlarında vurgulayarak kullanmıştır. Bu kararlarda ihtimal, yukarıda çerçevesi çizilmeye çalışıldığı üzere, “*zayıf bir ihtimal de olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalinin gözetilmesi*”dir.

Yargıtay’ın HMK’nın yürürlüğe girmesinden sonraki ihtiyati tedbir taleplerinde ispata yönelik çoğu kararlarına baktığımızda “yaklaşık ispat ölçüsü”nün kabul gördüğü, tam ispatın aranmadığı; ancak davanın esas bakımından haklılığın yaklaşık ispat ölçüsünün tespitinde, o dava bakımından geçerli olan delil sisteminin geçerli olup olmayacağı hususunda, kanaatimizce de, ihtiyati tedbirlerde mahkemenin önüne gelen uyuşmazlık bakımından kesin delille ispatı öngörülen hususların kesin delillerle ispat edilmesidir. Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, kesin delille ispat kuralları çerçevesinde bir senedin dosyaya ibrazı ile senedin hükme esas alınması her zaman örtüşmeyebilir. Zira yargılama sırasında tespit edilebileceği üzere senet irade fesadı ile elde edilmiş olabilir, sahte olabilir, geçersiz olabilir. Bunlar genellikle yargılama aşamasında gerçekleştirilebilecek detaylı incelemelerle ortaya çıkabilecek hususlardır. Dolayısıyla mahkemenin ihtiyati tedbire karar verebilmesi için, kesin delille ispat kuralı gereği ihtiyati tedbir talep eden tarafın kesin delille ispata ilişkin senedini dosyaya sunması aranmalı; ancak, o senedin tüm özellikleri bakımından geçerli bir senet olduğunun ispatı da şimdilik aranmamalıdır. Hakim tarafından senedin geçersizliğine yönelik eksiklikler tespit edilememişse, hakim bu senedi ilk bakışta şimdilik doğru kabul etmeli; bu senede dayalı olarak ihtiyati tedbir kararı verebilmelidir. Zira ağır basan ihtimalde bölümlenme, dava konusu olayın sunulan senet çerçevesinde “ihtimal dâhilinde” ya da “ihtimal dışı” olduğu şeklindedir. Yaklaşık ispatı ifade eden ağır basan ihtimal, ispat edilen olaya uygun ise, olay şimdilik ispat edilmiş sayılmalıdır.

Yine kesin delille ispat çerçevesinde mahkemece HMK’nın 202. maddesinde düzenlenen delil başlangıcı gibi genel anlamda kesin delille ispat kuralının istisnaları söz konusu olduğunda ve bu durum mahkemeye aksettirildiğinde, hakim tarafından sıkı şekilde kesin delille ispat kuralı aranmalı; delil başlangıcı çerçevesinde ispat ölçüsü yaklaşık ispata düşürülmelidir.

Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, hem davanın esası hakkında haklılığı konusunda hem de ortaya çıkabilecek muhtemel zararlar konusunda ihtiyati tedbir taleplerinde yemin deliline başvurulması da mümkün olmamalıdır.

Az sayıda Yargıtay kararlarına bakıldığında, yerel mahkemece ihtiyati tedbir talep eden tarafın zarar görebilme ihtimalini değerlendirildiği, fakat *davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat edebilecek belge sunmadığı açık olmasına rağmen* yine de tedbir kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Benzer bir diğer kararında da, Yüksek Mahkeme, “...her ne kadar davacının iddiasında haklı olup olmadığı yargılama sonunda tüm deliller toplandıktan ve incelendikten sonra ortaya çıkacak ise de, davaya konu taşınmazın başkalarına devri halinde verilecek hükmün infaz kabiliyeti ortadan kalkabileceği gibi, üzerine binalar yapıldıktan sonra tapunun iptali halinde telifisi güç ya da imkansız durumlar ortaya çıkacağı gibi yeni uyumsuzluklar doğacağı kuşkusuzdur...” şeklindeki açıklamasından, *davanın esası hakkında haklılık koşulunun* gözardı edildiği ya da diğer bir ifade ile davanın muhtemel sonuçlarına yönelik başlangıçta hiç bir kanaatin oluşmadığı durumlarda bile muhtemel zarar görme tehlikesine dayalı olarak ihtiyati tedbire karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Bu bakış açısı kanaatimize göre, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde Anayasa’nın 138. maddesi ile HMK’nın 200-202. maddelerinin hem lafzına hem de amacına aykırılık teşkil eder. Zira Yargıtay’ın bu kararı yerel mahkemelerde de süreklilik arzedecek olursa, ihtiyati tedbir kararının verilmemesiyle zararın ortaya çıkabileceği ihtimali nedeniyle, her dava bakımından ihtiyati tedbir kararı verilmesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay tarafından buna gerekçe olarak da, teminat şartı nedeniyle diğer tarafın zararı olmadığı hususu gösterilmiştir.

### *Kaynakça*

- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis;** Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2009.
- Albayrak, Hakan;** Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013.
- Ankermann, Ernst;** “Schwerwiegende Zweifel” in BGB § 1600 Abs. 2, Satz 2, (NJW 1974, 584 ff).
- Arens, Peter;** Zivilprozessrecht, München 1982.
- Atalay, Oğuz;** Emare İspatı, (Manisa Barosu Dergisi, Sayı 70, 1999, s. 7-22).
- Atalay, Oğuz;** Medenî Usûl Hukukunda Menfî Vakıaların İspatı, İzmir 2001.
- Başözen, Ahmet;** İlk görünüş İspatı, Ankara 2010.
- Başpınar, Veysel;** Vekilin Özen Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2004.
- Baumgärtel, Gottfried;** Beweisrechtliche Studien, Beweiswürdigung - Abgrenzung zur Beweislast- Beweismaß (Festschrift der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600 Jahrfeier der Universität Köln, 165 ff.), Köln 1989.
- Baur, Fritz/Grunsky, Wolfgang;** Zivilprozessrecht, Frankfurt am Main 1991.
- Bender, Rolf;** Das Beweismaß, (Festschrift für Fritz Baur, 242 ff.), Tübingen 1981.
- Bolding, Per Olof;** Schauklärung und Überzeugungsbildung im schwedischen Zivilprozeß (Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Schauklärung, 1966, 59 ff.)
- Bruns, Rudolf;** Beweiswert, (ZZP 91, 1978, 64 ff.).
- Döhring, Erich;** Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß, Berlin 1964.
- Ekelöf, Per Olof;** Beweiswert, (Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, 343 ff.).

- Engels**, Gudrun; Der Anscheinsbeweis der Kausalität unter Besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung, Frankfurt-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien 1994.
- Erişir**, Evrim; Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013.
- Feyzioğlu**, Metin; Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002.
- Gottwald**, Peter; Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung, München 1979.
- Greger**, Reinhard; Beweis und Wahrscheinlichkeit, Köln-Berlin-Bonn-München 1978.
- Grunsky**, Wolfgang; Besprechung von Nell, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen und Motsch, Vom rechtsgenügenden Beweis, (NJW 1984, 859 ff.).
- Habscheid**, Walther J.; Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Basel-Frankfurt am Main 1990.
- Hainmüller**, Dietmar; Besprechung von Massen, Beweisprobleme im Schadenersatzprozeß, (ZJP 90, 1977, 326 ff.).
- Huber**, Michael; Das Beweismaß im Zivilprozeß, Köln/Berlin/Bonn/München 1983.
- Huber**, Michael; Strukturen richterlicher Überzeugungsbildung im Zivilprozeß, dargestellt am Beweis des Zugangs einer Willenserklärung, (JR 1985, 177 ff.).
- Karlı**, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2013.
- Kegel**, Gerhard; Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, (Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruhe 1967, 321 ff.).
- Keskin**, Serap; Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997.
- Koch**, Hans-Joachim/**Rüßman**, Helmut; Juristische Begründungslehre, München 1982.

- Kollhossler**, Helmut; Besprechung von Gottwald, Schadenszurechnung und Schadenszuschätzung und Walter, Freie Beweiswürdigung, (ZZP 96, 1983, 270 ff.).
- Konuralp**, Haluk; Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009.
- Konuralp**, Haluk; Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 2009.
- Koussoulis**, Stelios; Beweisprobleme im Zivilprozeßrecht, (Festschrift für Karl H. Schwab, München 1990, 451 ff.).
- Kuru/Arslan/Yılmaz**; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2012.
- Leipold**, Dieter; Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, Berlin 1985.
- Lenk**, Petra; Der Anscheinsbeweis im deutschen und österreichischen Strassenverkehrshaftpflichtprozess, Diss., Salzburg 2002.
- Maassen**, Bernhard M.; Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, Köln/Berlin/Bonn/München 1975.
- Marum**, Clara; Der prima-facie-Beweis in Schadensersatzprozessen wegen Röntgenschaedigungen, Sobernheim 1935.
- Motsch**, Richard; Vom Prozeß als Beweis zum Überwiegensprinzip, (Gedächtnisschrift für Röding, Berlin-Heidelberg 1978, 334 ff.).
- Motsch**, Richard; Vom Rechtsgenügend Beweis, Berlin 1983.
- Mummenhoff**, Winfried; Zum Beweismaß im Berufskrankheitenrecht (ZZP 100, 1987, 128 ff.).
- Musielak**, Hans-Joachim; Grundfragen des Beweisrechts-Beweiswürdigung, (Juristische Schulung 1980, 427 ff.).
- Musielak**, Hans-Joachim; Das Överviktsprinzip, Zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit, (Festschrift für Kegel, Frankfurt 1977, 451 ff.).
- Musielak**, Hans/**Städler**, Max; Grundfragen des Beweisrechts, München 1984.
- Nell**, Ernst-Ludwig; Wahrscheinlichkeitsurteilen juristischen Entscheidungen, Berlin 1983.



- Odersky**, Walter; Anmerkung zu BGH NJW 1976, (NJW 1976, 369 ff.).
- Olzen**, Dirk; Das Verhältnis von Richter und Sachverständigen im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung, (ZZP 93, 1980, 66 ff.).
- Özekes**, Muhammet; İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.
- Pawlowski**, Enka; Der Prima-facie-Beweis bei Schadenersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag, Göttingen 1966.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013.
- Peters**, Casjen; Die Beweislast, (MDR 1949, 66 ff.)
- Peters**, Frank; Zum Problem Drittschadensliquidation, (AcP 1980, 527 ff.).
- Prütting**, Hans; Besprechung Walter, Freie Beweiswürdigung, (Wertpapiere Mitteilungen 1980, 815 ff.), (Prütting- Freie Beweiswürdigung).
- Prütting**, Hanns; Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983.
- Reinecke**, Gerhard; Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Berlin 1975.
- Rommé**, Von Oliver; Der Anscheinbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast, Saarbrücken 1988.
- Schreiber**, Rupert; Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozeß, Berlin-Heidelberg-New York 1968.
- Schwab**, Karl-Heinz; Das Beweismaß im Zivilprozeß, (Festschrift für Fasching, München 1988, 451 ff.).
- Taşpınar**, Sema; Fiilî Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, (AÜHFD 1996/1-4, s. 533-572).
- Walter**, Gerhard; Freie Beweiswürdigung, Eine Untersuchung zur Bedeutung, Bedingungen und Grenzender freien richterlichen Überzeugung, Tübingen 1979.
- Wassermeyer**, Heinz; Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen, Münster 1954.

- Wassermeyer**, Heinz; Referat zum Gutachten von Professor Dr. Blomeyer, (Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, Band II, München/Berlin 1967, 7 ff).
- Weitnauer**, Hermann; Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, (Karlsruher Forum 1966, Karlsruhe 1968, 3 ff.).
- Wichmann**, Dietrich; Über statistische Verfahren im erbbiologischen Vaterschaftsnachweis, (NJW 1963, 383 ff.).
- Yıldırım**, Kamil M.; Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- Yılmaz**, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012.
- Yılmaz**, Ejder; Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt I-II, Ankara 2001.