

# HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN ALENİYET İLKESİNE İLİŞKİN 28 İNCİ MADDESİ İLE SES VE GÖRÜNTÜ NAKLEDİLMESİ YOLUYLA VEYA BAŞKA YERDE DURUŞMA İCRASINA İLİŞKİN 149 UNCÜ MADDESİNDE 7251 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER HAKKINDA BAZI DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK\*

**Özet:** Bilindiği gibi, 22 Temmuz 2020 kabul tarihli 7251 sayılı Kanun, Hukuk Muhakemeleri Kanununda birçok değişiklik yapmıştır. Bu değişikliklerden bazıları yargılamaya hakim ilkelere ilişkin olup, özel bir önem taşımaktadır. Nitekim, HMK'nın aleniyet ilkesine ilişkin 28.maddesinde yapılan değişiklikle duruşmaların aleni olarak yapılması kuralına, genel ahlakın veya kamu güvenliğinin korunması yanında “yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin” (hakkının) korunması için de bir istisna getirilmiş ve yargılamanın istisnaen bu durumda da gizli olarak yapılmasına imkan verilmiştir. Burada kullanılmış olan “ilgili kişi” terimi, davanın taraflarını olduğu kadar, akdi ve kanuni temsilci, tanık, bilirkişi, fer'i müdahil gibi sıfatlarla yargılamaya katılanları da kapsamaktadır. Oysa HMK'nın 28. maddesinin değişiklikten önceki düzenlenmesinde, sadece tarafların yargılamanın gizli olarak yapılması talebinde bulunabilecekleri; taraflardan başka kimselerin gizli yargılama yapılması talebinde bulunamayacakları sonucuna varılmaktaydı. Ama yargılamanın tarafı olmamakla birlikte “yargılama ile ilgili (üçüncü) kişilerin” de, yargılamanın gizli yapılmasında hukuki menfaatleri olabilir. Bu değişiklikle HMK'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk hukukçuları için her zaman ilgi kaynağı olan İsviçre Medeni Usul Kanunu ile uyumlaştırılması sağlanmak istenmiştir. 7251 sayılı Kanun ile HMK'da yapılan ikinci önemli değişiklik, çeşitli yönleriyle birçok ilkeyi ilgilendiren bir değişikliktir ve HMK'nın “Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla veya başka yerde

**Abstract:** Act no. 7251 of July 22nd, 2020 amended a number of legal provisions in the Rules of Civil Procedure (RCP). Some of these provisions concern procedural principles and are of special importance. Thus, Art. 28 of RCP relating to the publicity principle has been amended providing an exception to the principle with respect to the protection of “privileges of other persons who have a legitimate interest in the outcome of the proceedings” in addition to the exceptions of public safety and moral values of the public, authorizing the court to conduct proceedings in confidence. In this context, the phrase “other persons who have a legitimate interest” refers to the persons other than parties involved in the proceedings, such as statutory or appointed legal representatives, witnesses, court appointed experts and third parties supporting one of the parties. Before than this amendment in Art. 28, it was generally accepted that only the parties, that is, not the other persons, could request the proceedings to be conducted in confidence. Hence the persons other than the parties (third parties) may also have a legitimate interest to request the proceedings to be conducted in confidence. This particular amendment aims to harmonize the RCP with the European Convention on Human Rights and the Swiss Rules of Civil Procedure, which has always been a source of interest for the Turkish jurists. Another important amendment in RCP which concerns several aspects of procedural principles is in Art. 149(1) dealing with “hearings outside the court building or through transfer of audio and video”. The

\* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, soztek@ttmail.com

duruşma icrası”na ilişkin 149.maddesinde yapılmıştır. Eski hükümlerle kıyaslandığında dikkati çeken ilk fark, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasının gerçekleştirilmesi için artık davanın her iki tarafının da (birlikte) rızasının aranmayacak olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında, yeni düzenlemede taraflardan sadece birinin talebi bu imkandan yararlanmak için yeterli sayılacak ve bu talep üzerine, talep eden tarafın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulunduğu yerden duruşmaya katılmasına ve usul işlemleri yapabilmesine karar verilmesi mümkün olabilecektir. Ama, HMK m.149’daki imkanın işletilebilmesi için, taraflardan sadece birinin talepte bulunması yeterli değildir; talep üzerine bu kararı mutlaka hâkim verecektir. HMK m.149’un 2.fıkrasına göre, mahkeme; tanıkların, bilirkişilerin, uzmanların da aynı anda ses ve görüntü nakli yoluyla buldukları yerden duruşmalara katılmalarına (dinlenilmelerine) izin verebilir. İlk fıkradan farklı olarak, burada, taraflardan birinin bu yönde bir talebi olabileceği gibi, hâkim de re’sen tanıkların, bilirkişilerin, uzmanların ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenmelerine karar verebilecektir. Oysa, 2.fıkranın eski metninde hâkimin bu şekilde resen duruşma icrasına karar verme yetkisi bulunmamaktaydı. Pandeminin de etkisiyle süratle yaygınlaşan yeni dijital dönemde medeni usul hukukumuzun başka hangi alanlarında değişiklikler yapılması gerektiğini bize zaman gösterecektir. Konu hakkında Avrupa Birliği’nin de çalışmaları bulunduğu ve bu çalışmaların dikkat ve ilgi ile takip edilmesi gerektiği önemle vurgulanmalıdır.

**Anahtar kelimeler:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İsviçre Medeni Usul Kanunu, yargılamaya hakim ilkeler, aleniyet ilkesi, 7251 sayılı Kanun, gizlilik kararı, davanın tarafları, akdi ve kanuni temsilci, bilirkişi, uzman, tanık, ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası, adliye binası, hakimın takdir yetkisi.

first difference which may be immediately noticed relates to the fact that a hearing will be from now on possibly held through transfer of audio and video without need for the consent of both parties. As a result of this amendment, the request of one party will be sufficient for the court’s deciding to hear such party at his or her own place through the transfer of audio and video. A mere request of one party is however not sufficient. The court maintains the absolute discretion to allow or not to allow the hearing to be held through transfer of audio and video. According to Art. 149(2) the court may also decide to hear the fact and expert witnesses and court appointed experts, at their own places through the transfer of audio and video. As opposed to Art. 149(1), Art. 149(2) provides that the court may decide to hear the fact and expert witnesses and court appointed experts through the transfer of audio and video, not only at request of one party but also ex officio. The wording of Art. 149(2) before the amendment did not confer the court the discretionary power to conduct hearings through transfer of audio and video ex officio. Considering the expansion of digitalization due to the pandemics, the time will show us what other developments to be observed in other aspects of civil procedure. It must be noted that the interesting work of EU institutions on this matter is worth being carefully considered.

**Keywords:** Rules of Civil Procedure, European Convention on Human Rights, procedural principles, publicity principle, statutory legal representatives, appointed legal representatives, witnesses, court appointed experts, third parties supporting one of the parties, hearings outside the court building or through transfer of audio and video, court building, judges discretionary power.

Bilindiği gibi, 1 Ekim 2011 tarihinden beri yürürlükte olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu dokuz yıldır başarıyla uygulanmakta ise de, bazı hükümleri itibariyle yetersiz kalmaya veya ihtiyaçlara cevap vermemeye ya da yeni ihtiyaçları karşılayamamaya başlamıştır<sup>1</sup>. Bu nedenle kanun koyucu söz konusu Kanunda kısmi bir değişiklik yaparak bu eksiklik veya aksaklıkları gidermenin uygun olacağı sonucuna varmış ve “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*”u kabul etmiştir (Kabul Tarihi: 22 Temmuz 2020, Kanun No. 7251, Resmi Gazete: 28 Temmuz 2020)(bu Kanun, çalışmamızda bundan böyle kısaca 7251 sayılı Kanun olarak adlandırılacaktır).

7251 sayılı Kanun, Hukuk Muhakemeleri Kanununun kırk yedi maddesinde değişiklik yapmıştır. Değişiklik yapılan önemli maddeler arasında aleniyet ilkesine ilişkin 28.madde ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasına ilişkin 149. madde de bulunmaktadır.

I- Nitekim, aleniyet ilkesine ilişkin 28.maddenin 2.fıkrası; “*Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin yahut yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir.*” şeklinde değiştirilmiştir. Diğer bir deyişle, aynı fıkrada iki değişiklik yapılmıştır.

Değişikliğe ilişkin Hükümet Gerekçesi şu şekildedir:

“*Maddeyle, Kanununun 149 uncu maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Hükümle, ses veya görüntü nakli yoluyla duruşmanın yapılması usulü yeniden düzenlenmektedir. Birinci fıkrada yapılan değişiklikle, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulunduğu yerden duruşmaya katılması ve usulü işlemleri yapabilmesi düzenlenmektedir. İkinci fıkrada yapılan değişiklikle, mahkemenin resen ya da taraflardan birinin talebi üzerine tanığın, bilirkişinin veya uzmanın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla dinlenilebilmesine olanak sağlanmaktadır. Üçüncü fıkrayla, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri dava ve işlerde mahkemenin resen tüm ilgilileri aynı usulle dinleyebilmesine imkan tanınmaktadır. Dördüncü fıkrayla,*

<sup>1</sup> Bu durum sadece ülkemize özgü değildir. Nitekim İsviçre’de de, HMK’dan 9 ay önce, 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan *Code de procédure civile*’in (Medeni Usul Kanunu’nun) 55 maddesinin değiştirilmesi için Federal Konsey tarafından, 26/02/2020 tarihinde, “*Medeni Usul Kanunu’nda Değişiklik Tasarısı (Uygulanabilirliğin ve Hukukun Uygulanmasının Geliştirilmesi)*” başlıklı bir Tasarı, Federal Meclise sunulmuştur. Görüleceği gibi, 9-10 yıl gibi süreler, kod niteliğinde de olsa bir kanunun değiştirilmesi için kısa sayılmaz. Önemli olan, bu konuda bazı yetersizliklerin ya da yeni bazı ihtiyaçların ortaya çıkmasıdır. İsviçre Medeni Usul Kanununda yapılması önerilen değişikliklerin ana hatları “İsviçre Medeni Usul Kanununda Yapılması Düşünülen Önemli Değişiklikler (26/02/2020 tarihli Tasarı)” başlığı altında Doç.Dr.Mert Namlı ile birlikte kaleme almış olduğum ve Türkiye Barolar Birliği Dergisinin Mayıs-Haziran sayısında yayınlanacak olan makalede incelenmiştir.

*fiili engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın mahkemenin bulunduğu yerde yapılamaması halinde il sınırları içinde başka bir yerde duruşmanın icrasına imkan tanınmaktadır.”*

Genel bir yaklaşımla, aleniyet ilkesinin en önemli misyonunun, herkese duruşmalara katılmak ve mahkemece alınan kararları incelemek imkanını vermek ve böylece adaletin işleyişi hakkında şeffaflığı sağlamak olduğunu belirtmek gerekir. Amaç, halkın adaletin nasıl tevzi edildiğini ve kararın nasıl verildiğini gözlemlemesini (görmesini) mümkün kılmak olduğundan, kapalı kapılar ardında adalet anlayışı bu ilke sayesinde bertaraf edilmiş olur<sup>2</sup>.

1789 Fransız İhtilalinden miras yoluyla günümüze kadar gelen bu ilke, adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yargı yetkisi kullanılan Türk Milletine (Anayasa m.9) bu yetkinin mahkemelerce kullanım tarz ve biçimini kontrol etme imkanını sağlar. Aleniyet ilkesi, hukuki dinlenilme hakkına gereği gibi uyulup uyulmadığının denetlenmesine de hizmet eder<sup>3</sup> ve milletlerarası anlaşmalar tarafından garanti altına alınmış olan adil yargılanma hakkının temel ilkelerinden birini oluşturur (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.6, f.1). Fransa’da *Conseil d’Etat* daha da ileri giderek bu ilkeyi hukukun genel ilkeleri düzeyine yükseltmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesine (*Cour de cassation*) göre bu ilke kamu düzenine ilişkindir; ama her iki tarafın yargılamanın gizli yapılması konusunda mutabık olması halinde aleniyet mahkemece kaldırılabilir ve aleni yargılamadan vazgeçme açık veya örtülü vazgeçme şeklinde olabilir<sup>4</sup>. Kanaatimce bu görüş Türk hukukunda kabul edilemez, çünkü aleniyet ilkesinin taraf menfaatlerine yönelik bir kapsamı olduğu kadar, kamu düzenini koruyucu bir niteliği de bulunmaktadır. Aleniyet konusunda mutlak güç hakimdedir. Davanın her iki tarafının yargılamanın gizli yapılması konusunda mutabık kalmaları halinde dahi böyle bir mutabakat mahkemeyi bağlamaz<sup>5</sup> ve mahkeme her iki tarafın da yargılamanın gizli yapılması yönünde talebi bulunduğunu kabul ederek, aleniyetin kaldırılmasına imkan veren sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğini ayrıca incelemek zorunda kalır.

Hedefimiz burada aleniyet ilkesinin bütünü hakkında açıklama yapmak değildir. Bu konuda yazılmış gayet doyurucu bilimsel çalışmalar

<sup>2</sup> *Code de Procédure civile commenté*, Editions Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011, Jacques Haldy, art.54, no.2.

<sup>3</sup> Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.485; Haldy, art.54, no.2.

<sup>4</sup> Cadiet, Loic/Jeuland, Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>e</sup> Edition, Editions Litec, Paris, 2006, s.403, no.620.

<sup>5</sup> Kurt Konca, Nesibe, *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Adalet Yayınları, Ankara 2009, s.328.

mevcuttur<sup>6</sup>, bu eserlerde aleniyet ilkesi hakkında etraflı bilgi bulunabilir. Biz, çalışmamız çerçevesinde sadece aleniyet ilkesine ilişkin iki ayırım hakkında çok kısa bilgi vereceğiz.

Bu bağlamda aleniyeti; doğrudan aleniyet ve dolaylı aleniyet olarak ikiye ayırabiliriz<sup>7</sup>. Doğrudan aleniyet, davanın tarafları dışında üçüncü kişilerin yargılamanın yapıldığı yere, özellikle duruşma salonuna bizzat girerek yargılamayı izleme imkanına sahip olmalarını ifade eder. Dolaylı aleniyette ise basın-yayın organları duruşmaları izleyerek yapacakları sesli veya görüntülü ya da yazılı haberlerle yargılamaya bizzat katılmayanları yargılama sırasında olanlar, yani yargılamanın cereyanı hakkında, yargılama ile eş zamanlı olarak veya yargılamadan sonra bilgilendirmektedirler. Aleniyeti, bir de, dinamik aleniyet ve statik aleniyet olarak ikiye ayırabiliriz<sup>8</sup>. Dinamik aleniyet yargılamanın yapıldığı duruşmaların aleni olması anlamına gelir. Statik aleniyet ise, yargılama sonunda hükmün aleni olarak tefhim edilmesini, açıklanmasını ifade eder. Bu son ayırım çerçevesinde diyebiliriz ki, aleniyet ilkesi sadece duruşmaların aleni olmasıyla değil, aynı zamanda yargılama sonunda verilen hükümlerin de aleni olarak açıklanmasıyla sağlanır.

Ön bilgi niteliğindeki bu kısa açıklamadan sonra asıl konumuza dönersek;

Bilindiği gibi, HMK m.28, f.2, 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce; “*Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir.*” şeklindeydi.

Maddenin ikinci fıkrasında 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılması halleri arasına “*yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kılması*” hali de eklenmiştir. Buna göre mahkeme “*yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin*” bulunduğunu tespit ederse duruşmanın bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına resen veya “*ilgilinin talebi*” üzerine karar verebilecektir<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Örneğin Nesibe Kurt Konca'nın biraz önce zikrettiğimiz “*Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*” başlıklı çalışması (Adalet Yayınları, Ankara 2009) etraflı, konuyu bütün yönleriyle inceleyip tüketen gayet başarılı bir bilimsel çalışma olarak tezahür etmekte olup mutlaka incelenmelidir.

<sup>7</sup> Etraflı bilgi için bkz. Kurt Konca, a.g.e., s.115 vd.

<sup>8</sup> Etraflı bilgi için bkz.Kurt Konca, a.g.e., s.173 vd.

<sup>9</sup> Aslında, öğretide de işaret edildiği üzere, ilginç olan husus şudur ki, 2006 yılında yayınlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda, 34.maddenin 2.fıkrasında, “*yargılama ile ilgili kişilerin özel hayatının gizliliği*” aleniyet ilkesinin günümüzdeki

Demek ki, yeni düzenlemeyle duruşmaların aleni olarak yapılmasına ilişkin ilkeye, genel ahlakın veya kamu güvenliğinin korunması yanında “*yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin*” (hakkının) korunması için de bir istisna getirilmektedir. Bu çerçevede, duruşmaların “*gizli*” olarak yapılmasına mahkemece sadece tarafların değil, artık “*ilgili kişiler*”in talebi üzerine de karar verilebilecektir. Nitekim, HMK m.27, f.1 uyarınca kendilerine hukukî dinlenilme hakkı sağlanan “*ilgili*”lerin, bu haklarını amaca uygun şekilde kullanabilmeleri, bazen duruşmaların “*gizli*” (kapalı) olarak yapılmasına karar verilmesini gerektirebilir. Taraf sıfatı taşımasa da “*ilgili*”lerin, duruşmaların gizli olarak yapılmasında menfaati bulunabilir. Oysa HMK’nın değişiklikten önceki düzenlemesi esas alındığında, sadece **tarafların** yargılamanın gizli olarak yapılması talebinde bulunabilecekleri; **taraflardan başka kimselerin** gizli yargılama yapılması talebinde bulunamayacakları sonucuna varılmaktaydı. Halbuki yargılamanın tarafı olmamakla birlikte “*yargılama ile ilgili* (üçüncü) *kişilerin*” de, yargılamanın gizli yapılmasında hukuki menfaatleri olabilir<sup>10</sup>. İşte, 7251 sayılı Kanunla HMK m.28, f.2’de yapılan değişiklik, bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. Gizlilik kararını, taraflarca veya “*yargılama ile ilgili kişiler*”ce talep edilmemiş olsa bile re’sen mahkemenin de verebilmesi hiç kuşkusuz mümkündür (HMK m.28, f.2).

Anayasamızın 141.maddesinin 1. ve 2.fıkraları; “*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir. /Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.*” Görüldüğü gibi, Anayasamızın aleniyetin sınırlandırılması konusundaki yaklaşımı oldukça dar kapsamlıdır<sup>11</sup>.

Ama, Türk hukuku bakımından da bağlayıcı olup uygulanma kabiliyeti bulunan (Anayasa m.90, f.5)<sup>12</sup> Avrupa İnsan Hakları

---

değerlendirmelerine uygun olarak hukuken korunmaya değer bir menfaat sayılmış ve bu durumda mahkemenin duruşmanın gizli olarak yapılmasına karar verebileceği kabul edilmiştir. “*Ancak, 2008’de değiştirilerek yayımlanan Tasarı, özel hayatın korunması amacıyla aleniyet ilkesinin kaldırılmasına yer vermemiştir (2008 HMKT m.33,II). Gizli yargılama yapılması sebeplerinin belirlenmesi bakımından 2008 Tasarısı, 2006 Tasarısı’nın gerisindedir ve önemli eksiklikler içermektedir. Komisyon görüşmeleri sırasında, bu eksiklikler giderilmeli; özel hayatın korunması gizli yargılama yapılabilmesi sebebi olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmelidir.*” (Kurt Konca, a.g.e., s.275).

<sup>10</sup> Kurt Konca, a.g.e., s. 303-304.

<sup>11</sup> Bu bağlamda Kurt Konca (s.242-244), yargısal bir temel hak teşkil eden aleniyet ilkesinin diğer temel hak ve özgürlükler gibi sınırlandırılabilmesine, bu açıdan bakıldığında önemli olanın; onun özüne dokunulmaması ve aleniyetin kaldırılma sebeplerinin mutlaka kanunla düzenlenmesi olduğuna işaret etmektedir.

<sup>12</sup> Ayrıca bkz. Tanrıver, Süha, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, 3.Bası, s.377-378.

Sözleşmesinin 6.maddesinin 1.fıkrası daha değişik bir içerikle kaleme alınmıştır: “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, **aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.**”.

Görülebileceği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesinin 1.fıkrası aleniyetin sınırlandırılabilmesi haller arasında, genel ahlak, ve kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, küçüklerin çıkarlarının, davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliğinin yanında **aleniyetin adil yargılamaya zarar vermesi halini** de saymış ve bu hallerden biri söz konusu ise duruşmanın kısmen veya tamamen gizli olarak yapılmasına imkan tanımıştır. Aleniyetin adil yargılamaya zarar verebilmesinin kaçınılmaz olması hali, genel nitelik taşıyan bir kaldırma sebebidir ve **adaletin selametine zarar verebilecek** özel koşulların bulunması olarak da adlandırılmaktadır<sup>13</sup>. Bu kaldırma sebebi, diğer kaldırma sebeplerinin kapsamına girmeyen ve fakat tarafların ya da **yargılamaya katılan diğer kişilerin** menfaatlerine zarar verebilecek olan durumların varlığı halinde, yargılamanın gizli olarak yapılmasına imkan vermektedir. Öğretide bu kaldırma sebebine örnek olarak tanığın topluluk önünde konuşmaktan utanması hali gösterilmektedir. Bu hal hiç de ender değildir, çünkü tanıklık yapılacak hususlar aile hayatını, mesleki ve ticari sırları, hizmet, arkadaşlık veya iş ilişkilerini konu alıyorsa tanıklar (ve hatta taraflar) duruşma salonunda bulunan izleyiciler önünde ifade verirken kendilerini büyük bir baskı altında hissedebilirler. O kadar ki, bu baskı tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunmasına kadar gidebilir ve gerçeğin ortaya çıkarılması tehlikeye düşebilir. İşte, mahkeme bu gibi durumlarda Sözleşme uyarınca aleniyetin kaldırılmasına karar verebilir<sup>14</sup>.

Hukukumuz için özel bir önemi olan İsviçre hukukuna baktığımızda, İsviçre Medeni Usul Kanununun 54.maddesinin 3.fıkrasında, kamu yararı (diplomatik, askeri, ekonomik sırlar gibi) veya **yargılamaya katılanlardan birinin** korunmaya değer özel bir menfaati (ticari sır, mesleki sır gibi) gerektirdiği takdirde, duruşmanın kısmen

<sup>13</sup> Pekcanitez, Hakan, “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s.408 vd., özellikle s.423; Kurt Konca, a.g.e., s.265.

<sup>14</sup> Pekcanitez, a.g.m., s.423; Kurt Konca, a.g.e., s.265 vd.

veya tamamen gizli olarak yapılmasına karar verilebileceğinin hüküm altına alındığını müşahade etmekteyiz. Görüleceği üzere, İsviçre’de duruşmanın kapalı olarak yapılması için, üstün gelen/ağır basan (*prépondérant*) bir özel menfaatin veya kamu menfaatinin mevcut olması dahi aranmamıştır. Halbuki İsviçre Medeni Usul Kanununun hukuki dinlenilme hakkına ilişkin 53.maddesinde, 1.fıkra, tarafların hukuki dinlenilme hakkına sahip oldukları belirtildikten sonra, 2.fıkra, tarafların özellikle ve üstün gelen/ağır basan hiçbir kamusal veya özel menfaat engel olmadıkça dosyayı incelemek ve dosyadan fotokopi almak hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Şu halde, aleniyete ilişkin olan ve üstün gelen/ağır basan menfaat sınırlamasına yer vermeyen 54.maddenin 3.fikrası, 53.maddenin 2.fikrasına oranla daha geniş kapsamlı bir hüküm olarak kaleme alınmıştır<sup>15</sup>. Ama Federal Mahkeme, burada, aleniyet ilkesinin önemi karşısında derece mahkemesinin menfaatleri tartması gerektiğine ve ancak kamu menfaati veya özel menfaat üstün geliyor/ağır basıyor, gerekli kılıyorsa duruşmaların kapalı olarak yapılmasına karar vermek zorunda olduğuna işaret etmektedir<sup>16</sup>. İsviçre hukukunda duruşmanın kapalı olarak yapılması yargılamaya katılanları korumayı sağlamaktadır; örneğin taraflardan biri veya taraflardan birinin akdi ya da kanuni temsilcisi, fer’i müdahil, bir bilirkişi, bir tanık gibi.

İşte, yapılan değişiklikle HMK m.28 ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesi arasında uyum sağlanmak istenmiş<sup>17</sup> ve daha özlü bir ifadeyle “*yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin bulunması*” halinde duruşmaların tamamının veya bir kısmının kapalı olarak yapılmasına karar verilebilmesi öngörülmüştür. Bu değişiklik yapılırken, kavramlar bakımından bize hiç de yabancı olmayan (ve 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan) İsviçre Medeni Usul Kanunundan ve İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarından da yararlanılmıştır.

Bu düzenlemeler hakkında bilgi vermeden, 7251 sayılı Kanunla HMK m.28’de yapılan değişiklikle duruşmaların kapalı olarak yapılması imkanının yaratıldığını ve bunun da uygulamada karışıklığa yol açacağını ileri sürmek doğru olmaz. İsviçre hakiminin ve avukatının herhangi bir zorlukla karşılaşmadan uyguladığı bir hükmün Türk hakimi ve avukatı nezdinde gereksiz tartışmalara yol açacağı ve böylece yargılamayı geciktireceği yolundaki itirazı anlamak doğrusu mümkün

<sup>15</sup> Hoffmann, David/Lüscher, Christian, *Le Code de procédure civile*, 2<sup>e</sup> édition, Stampfli Editions, Berne 2015, s.43.

<sup>16</sup> ATF 133 I 106, JdT 2008 I 429;

ATF 135 I 198, Revue de droit administratif et de droit fiscal (RDAF), 2009 II 368.

<sup>17</sup> Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, “7251 Sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 94, S. 2020/5 Eylül-Ekim 2020, s.15 vd., özellikle s. 20-21.



değildir<sup>18</sup>. Değişiklikle yapılmak istenen şey; aleniyet ilkesini çağdaş standartlara uygun hale getirmeye çalışmaktan ibarettir ve gerek Türk hakiminin gerekse Türk avukatının bu yeniliği başarıyla uygulayacağına olan inancımız tamdır<sup>19</sup>.

Öte yandan, önemle vurgulamak gerekir ki, burada **takdir tamamen hakime aittir**; diğer bir deyişle, davanın taraflarının duruşmalarını kapalı olarak cereyan etmesine yönelik bir hakkı yoktur. Gizlilik kararını verecek olan mahkemenin, gizlilik kararı talep eden ilgilinin üstün bir menfaatinin ihlal edildiği konusunda **kesin olarak** ikna olması gerekir. Bu husus Kanunda “*yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde*” denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Mahkemenin değerlendirmeyi yaparken, ölçülülük ilkesi uyarınca, aleniyet ilkesi ile ilgilinin üstün menfaati arasındaki menfaat dengelemesini hassas bir şekilde yerine getirmesi ve gizlilik kararı talep eden ilgilinin bu talebi yerine getirilmezse üstün bir menfaatinin ihlal edilmesi tehlikesiyle karşı karşıya bulunduğu konusunda kesin (tam) olarak ikna olması gerekir. Şu halde, ilgililerin duruşmanın kapalı olarak yapılmasındaki menfaatinin, duruşmanın aleni olarak yapılması ilkesinin sağladığı yarardan üstün olması; yani bu sınırlamanın işletilebilmesi için, “*ilgili*”nin duruşmalarını gizli olarak yapılmasındaki menfaatinin, duruşmalarını aleni olarak yapılmasının sağlayacağı faydaya baskın gelmesi lazımdır<sup>20</sup>. Elbette ilgililerden birinin sosyal statüsü, tek başına, aleniyet ilkesinin ihlal edilmesinin gerekçesi olamayacaktır<sup>21</sup>.

Bu hükümde “*yargılama ile ilgili kişiler*” nitelendirmesiyle kastedilen; örneğin, taraflar, taraflardan birinin akdi veya kanuni temsilcisi, fer’i müdahil, bir bilirkişi, bir tanık olabilir. Bir davada tanığın güvenliğinin sağlanması ve özgürce, baskı altında kalmadan fikir ve

<sup>18</sup> Bu yöndeki eleştiri için bkz. Pekcantez. Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi”, Lexpera Blog, Çevrimiçi, e.t. 30/03/2020.

<sup>19</sup> Öğretide de “*Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı’nda, aleniyetin kaldırılmasına ilişkin olarak öngörülen sebepler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinden farklılıklar taşımaktadır. Bu noktada, Tasarı’daki düzenlemeler ile Sözleşme hükümlerinin paralellik taşıması yerinde olurdu...Tasarı’nın değiştirilerek gizli yargılama yapılması sebeplerinin belirlenmesi, çağın ihtiyaçlarına cevap verecek bir medeni usul hukuku anlayışının gerçekleştirilmesi bakımından önem taşımaktadır...*” (Kurt Konca, a.g.e., s.401-402; ayrıca bkz. yazarın yukarıda dipnot 5’de nakledilen açıklamaları) şeklinde görüş beyan edilerek, (değişiklikten önce) aleniyet konusundaki HMK düzenlemesinin çağın gereklerini karşılamadığına işaret edilmiştir.

<sup>20</sup> Bkz. Öztekin Selçuk/Taşpınar Ayvaz, Sema/Kale, Serdar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.149, Y. 33, Temmuz-Ağustos 2020, s.77 vd., özellikle s.97-98.

<sup>21</sup> Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, a.g.m., s.97.

bilgisini ifade edebilmesi için, gerekli olduğunda tanığın kapalı oturumda dinlenmesi haklı görülebilir<sup>22</sup>.

HMK m.28, f.3, tarafların gizlilik talebinin ön sorunlar hakkındaki hükümler çerçevesinde gizli duruşmada inceleneceğini ve karara bağlanacağını öngörmektedir. Yine HMK m.28, f.3'e göre, hakim gizlilik talebini kabul ederse bu kararın gerekçelerini esas hakkındaki kararıyla birlikte açıklar. Şu halde, yargılama sırasında gizlilik kararı verilirken bunun gerekçesinin esas hakkındaki kararla birlikte açıklanması kabul edilmiştir. Anayasa m.141, f.3'e göre gizlilik kararının da mutlaka gerekçesi bulunmalı ve gizlilik kararında bu gerekçe gösterilmelidir. Ama gizliliğin amacını korumak için bu gerekçenin açıklanması davanın sonuna bırakılmıştır. Bu çerçevede ortaya çıkan sorun, aleniyetin kaldırılma sebebinin esas hakkındaki kararda ne genişlikte açıklanacağıdır. Burada gizliliğin korunması endişesi ile aleniyetin kaldırılma sebebinin detaylı olarak açıklanması ihtiyacı birbiriyle tam bir çekişme içindedir. Bu bağlamda denebilir ki, aleniyetin kaldırılma sebebinin esas hakkındaki kararda etraflı şekilde, somut vakıaları tek tek bildirerek açıklanmaması, genel kavramlara yer verilerek ortaya konulması gerekir. Örneğin, "ticari sırların korunması amacıyla gizli duruşma yapılmasına karar verilmiştir" gibi; bu takdirde, mahkemenin ticari sır ilişkisi daha fazla açıklama yapmasına gerek yoktur. Ama, belirsiz, muğlak veya kapalı bir gerekçelendirme de yeterli değildir. Örneğin, "halin icabı olarak duruşmanın gizli yapılmasına karar verilmiştir" şeklindeki bir gerekçelendirme yeterli bir gerekçelendirme olarak kabul edilemez<sup>23</sup>. Bütün bu konularda 7251 sayılı Kanunla HMK m.28'de herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Aleniyetin kaldırılmasına ilişkin karar bir ara karardır ve bu nedenle tek başına istinafa veya temyize konu teşkil edemez. Ama taraflar mahkemenin vereceği nihai kararla birlikte bu ara kararına karşı da kanun yoluna başvurabilirler.

Çerçevesi yukarıda çizilen aleniyet ilkesi ve bu ilkenin sınırlandırılmasına ilişkin açıklamalar hiç kuşkusuz istinaf yargılamasında incelemenin (tahkikatın) duruşmalı olarak yapılması, temyiz aşamasında ise tarafların talebi üzerine veya Yargıtay tarafından resen karar verildiği takdirde temyiz incelemesinin duruşmalı (mürafaalı) olarak gerçekleştirilmesi (HMK m.369) hallerinde de geçerli olacaktır<sup>24</sup>. Şu halde, istinaf yargılamasında aleniyet ilkesi ancak incelemenin (tahkikatın) duruşmalı olarak yapılması söz konusu olduğu takdirde işlerlik kazanacaktır. Keza istinaf yargılaması sonunda yeni bir hüküm verilmesi gündeme gelmişse, bu hükmün taraflara tefhiminin de

<sup>22</sup> Pekcanitez, a.g.m., s.423; İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018, s.246.

<sup>23</sup> Kurt Konca, a.g.e., s.308-309.

<sup>24</sup> Pekcanitez, a.g.m., s.408 vd., özellikle s.414; Tanrıver, a.g.e., s. 375-376.

aleni olması gerekmektedir (statik aleniyet). Aleniyet ilkesinin ve sınırlamalarının temyiz incelemesi safhasında da uygulama alanı bulması mümkündür. Nitekim, HMK m.369 uyarınca her ne kadar Yargıtay temyiz incelemesini kural olarak dosya üzerinde yaparsa da, bu maddenin ikinci fıkrasında sayılan hallerde taraflardan biri veya her ikisi duruşma yapılmasını talep edebileceği gibi, dördüncü fıkra uyarınca Yargıtay da resen duruşma yapılmasına karar verebilir. İşte temyiz incelemesinin tarafların talebi üzerine ya da Yargıtay’ca re’sen duruşmalı olarak gerçekleştirilmesine karar verildiği takdirde, aleniyet ilkesi temyiz aşamasında da uygulama alanı bulacaktır<sup>25</sup>. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de hukukilik denetimi yapmakla yetinen üst mahkemelerde duruşmasız yargılama yapılmasının mümkün olduğuna işaret ederek artık aleniyet ilkesinin bu durumda devreye girmeyeceğini belirtmektedir<sup>26</sup>.

Belirtelim ki, aleniyetin kaldırılması halinde taraflar, vekilleri, hakim, savcı, zabıt katibi ve mübaşir için duruşma açıktır. Ayrıca, hakimin veya toplu mahkemelerde heyetin izniyle avukat ve hakim stajyerleri, eğitimlerinin bir parçası olarak gizli yapılan duruşmaları izleyebilirler. Öğretide hukuk öğrenimi yapan lisans öğrencilerinin, adalet meslek yüksek okulu öğrencilerinin, bilimsel çalışma yapanların da gizli duruşmada bulunmalarına izin verilebileceği belirtilmekte<sup>27</sup> ise de, iznin kapsamının bu kadar genişletilmesinin mümkün olmadığı düşüncesindeyim. Bu kişiler gerekirse öğrenimlerini bitirdikten sonra, stajlarını yaparken gizli duruşmalara alınabilirler.

Ayrıca, aleniyetin kaldırılması hükmün tefhiminin aleni olarak yapılmasına engel teşkil etmemelidir (statik aleniyet)<sup>28</sup>; *zira mahkemenin verdiği hükmün toplum tarafından bilinmesinde yarar bulunmaktadır, toplumdaki adalet duygusu ancak bu şekilde tatmin edilebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, nispeten yeni içtihatlarında, gizli olarak gerçekleşmiş bir yargılamanın sonunda hükmün aleni olarak tefhiminin, ulusal güvenlik veya başkalarının güvenliği için risk yaratacak kısımları, istisnai olarak, hükümden çıkararak yapılmasını kabul etmektedir*<sup>29</sup>.

II- Üzerinde durmak istediğim ikinci önemli değişiklik; “*Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla veya başka yerde duruşma icrası*”dır. Bu bağlamda 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle konuya ilişkin HMK m.149 şu şekli almıştır:

<sup>25</sup> Tanrıver, a.g.e., s.389-390.

<sup>26</sup> İnceoğlu, a.g.e., s.244-245 ve ayrıca s.152.

<sup>27</sup> Pekcanitez, a.g.m., s.415; Kurt Konca, a.g.e., s.299.

<sup>28</sup> Kurt Konca, a.g.e., s.315 vd. Ama aksi görüşte olan yazarlar da vardır; örneğin Pekcanitez, a.g.m., s.415.

<sup>29</sup> Bkz. İnceoğlu, a.g.e., s.251.

*“Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla veya başka yerde duruşma icrası*

*MADDE 149 – (1) Mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine karar verebilir.*

*(2) Mahkeme resen veya taraflardan birinin talebi üzerine; tanığın, bilirkişinin veya uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine karar verebilir.*

*(3) Mahkeme, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgililerin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine resen karar verebilir.*

*(4) Mahkeme, fiili engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın il sınırları içinde başka bir yerde yapılmasına, yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adalet komisyonunun uygun görüşünü alarak karar verebilir.*

*(5) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte belirlenir.”.*

Maddenin değişiklikten önceki şekli ise şöyleydi:

*“(1) Mahkeme, tarafların rızası olmak şartıyla, kendilerinin veya vekillerinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine izin verebilir.*

*(2) Tarafların rızası olmak kaydıyla, mahkeme; tanığın, bilirkişinin, uzmanın veya bir tarafın dinlenilmesi esnasında başka bir yerde bulunmalarına izin verebilir. Dinleme, ses ve görüntü olarak aynı anda duruşma salonuna nakledilir.”<sup>30</sup>.*

<sup>30</sup> Yönetmelik'in HMK m.149'un değişiklikten önceki içeriğine göre düzenlenmiş olup “Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası ve diğer usuli işlemler” başlığını taşıyan 218.maddesi şöyledir: “(1) Mahkeme, tarafların rızası olmak şartıyla, kendilerinin veya vekillerinin, SEGBİS ya da benzeri sistemlerle aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine izin verebilir. /(2) Tarafların rızası olmak kaydıyla, mahkeme tanığın, bilirkişinin, uzmanın veya bir tarafın dinlenilmesi esnasında başka bir yerde bulunmalarına izin verebilir. Dinleme, SEGBİS veya benzeri sistemler vasıtasıyla ses ve görüntü olarak aynı anda duruşma salonuna nakledilir. /(3) Yemin edecek taraf, mahkemenin bulunduğu yerden başka bir yerde oturuyor ise SEGBİS veya benzeri sistemler vasıtasıyla aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile yemin icrası mümkündür. /(4) SEGBİS veya benzeri sistemlerle elde edilen ses ve görüntü verileri de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 199 uncu maddesine göre elektronik belge hükmündedir. /(5) Kimlik tespiti ve dinleme işleminin yapıldığına dair UYAP Bilişim Sisteminde veya zorunluluk nedeniyle haricen tutulan tutanak, dinleme işlemi sırasında hazır bulunan tüm ilgililerce duruma göre güvenli elektronik imza ya da el ürünü imza ile imzalanır. Tutanakta, dinlenenlerin ad ve soyadları, dinlemenin başlangıç ve bitiş zamanı, dinlemenin

Görüleceği üzere madde önemli bir değişikliğe uğramıştır.

Değişikliğin sebebi Hükümet Gerekçesinde şöyle açıklanmıştır:

*“Maddeyle, Kanununun 149 uncu maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Hükümle, ses veya görüntü nakli yoluyla duruşmanın yapılması usulü yeniden düzenlenmektedir. Birinci fıkrada yapılan değişiklikle, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulunduğu yerden duruşmaya katılması ve usulü işlemleri yapabilmesi düzenlenmektedir. İkinci fıkrada yapılan değişiklikle, mahkemenin resen ya da taraflardan birinin talebi üzerine tanığın, bilirkişinin veya uzmanın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla dinlenebilmesine olanak sağlanmaktadır. Üçüncü fıkrayla, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri dava ve işlerde mahkemenin resen tüm ilgilileri aynı usulle dinleyebilmesine imkan tanınmaktadır. Dördüncü fıkrayla, fiili engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın mahkemenin bulunduğu yerde yapılamaması halinde il sınırları içinde başka bir yerde duruşmanın icrasına imkan tanınmaktadır.”.*

Öğretide de işaret edildiği<sup>31</sup> gibi, eski hükümle kıyaslandığında dikkati çeken ilk fark, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasının gerçekleşebilmesi için artık her iki tarafın da (birlikte) rızasının aranmayacak olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında, yeni düzenlemede taraflardan birinin talebi bu imkandan yararlanmak için yeterli sayılacak ve bu talep üzerine, talep eden tarafın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulunduğu yerden duruşmaya katılmasına ve usul işlemleri yapabilmesine karar verilmesi mümkün olabilecektir. Kanaatimce talebin yazılı olarak yapılması veya duruşma sırasında bir sonraki duruşmanın ses ve görüntü nakli yoluyla başka yerde icrası isteniyorsa bu talebin tutanağa geçirilmesi ve talep sahibine imza ettirilmesi gerekir.

Hemen işaret edelim ki, HMK m.149’daki imkanın işletilebilmesi için, taraflardan en az birinin talepte bulunması yeterli değildir; talep üzerine **bu kararı mutlaka hâkim verecektir**. Duruşmanın ses ve görüntü nakli yoluyla yapılmasının diğer tarafın haklarına zarar verebileceği ve ana kuraldan (yani taraflar ve davada dinlenecek olan kişilerin bizzat hazır bulunarak fiziki ortamda duruşma

---

*süresi, hazır bulunanlar ve varsa sunulan deliller gibi hususlar belirtilir. /(6) Elektronik ortamdaki tutanak aynen, fiziki olarak tutulan tutanak ise taranıp, güvenli elektronik imza ile imzalanmak suretiyle dinleme talep eden makama UYAP üzerinden gönderilir. Belge asılları mahallinde saklanır. /(7) SEGBİS veya benzeri sistemlerle duruşmaya katılan tarafların beyanlarının imzalanması gerektiğinde, dinlemenin yapıldığı yer mahkemesince talepte bulunan mahkemece tutulan tutanağın bir çıktısı alınarak imzalatılır, imzalanan tutanak tekrar elektronik ortama aktarılır ve tutanağın aslı mahkemesine gönderilir. /(8) Bu maddede hüküm bulunmayan hâllerde 20/9/2011 tarihli ve 28060 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmeliğin bu Yönetmeliğe aykırı olmayan hükümleri uygulanır.”.*

<sup>31</sup> Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, a.g.m., s.118.

yapılmasından)(duruşmada bulunma hakkından) uzaklaşılmasına yol açacağı yönünde bazı eleştiriler ileri sürülebilse de, sonuçta duruşmaların ne zaman ses ve görüntü nakli yoluyla yapılacağına karar verecek olan merci, hâkimdir ve bu nedenle yeni düzenlemenin faydadan ziyade zarar getireceği yolunda bir ön yargıyla hareket edilmesi doğru olmaz. Kararını verirken hakim elbette iki tarafın menfaatlerini, yargılamaya hakim ilkeleri ve özellikle de hakimin delilleri kural olarak doğrudan ve tarafların katılımıyla incelemesini âmir doğrudanlık ilkesini dikkate alacaktır. Bu açıdan bakıldığında hâkim, beklenen sonucun elde edilemeyeceği kanaatine varırsa, hiç kuşkusuz, HMK m.149'daki imkanın kullanılmasına izin vermeyecektir. Diğer bir deyişle, taraflar duruşmanın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla yapılması konusunda anlaşmış olsalar bile hakim bu anlaşmayla bağlı değildir. Hakim somut olayın özelliklerini değerlendirerek bu imkanın kullanılmasının vakıaların açıklığı kavuşturulmasında ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasında olumsuzluk yaratıp yaratmayacağını değerlendirecektir<sup>32</sup>.

Nitekim konuyu ele almış olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ses ve görüntü nakli (Mahkemenin adlandırmasıyla “video konferans”) yönteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine prensip olarak aykırı olmadığını; ama, bunun için, yöntemin uygulanmasıyla meşru bir amaç güdülmesi ve bu yöntemle delil sunumunun adil yargılanma hakkı güvencelerine uygun olması, öte yandan ses ve görüntü nakli (video konferans) yöntemi uygulanırken yeterli güvencelerin sağlanması, örneğin herkesin diğerini görmesine ve söylenenleri duymasına imkan veren bir ses ve görüntü sisteminin kurulmuş olması gerektiğini; bu yöntemin uygulanmasıyla taraflardan birinin diğeri karşısında ciddi şekilde dezavantajlı duruma düşürülmemesi lazım geldiğini vurgulamıştır<sup>33</sup>. Bu çerçevede, davacının veya davalının kişisel özelliklerinin, yaşam biçiminin veya kişisel davranışlarının mahkeme kararının oluşmasında önem arz ettiği medeni hak ve yükümlülöklere ilişkin bazı davalarda, duruşmada hazır bulunma hakkı, uyulması zorunlu bir hak olarak karşımıza çıkabilir<sup>34</sup>.

Bu açıdan bakıldığında, mahkemelere tanınmış olan bu takdir yetkisi yöntemin uygulanma frekansını azaltabilir (hakim bu konuda

---

<sup>32</sup> Bu yönde: Kale, Serdar, “Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (HMK m.149)”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C.9, S.25, 2013/2, s.141 vd., özellikle s.147. Bu açıdan bakıldığında, Pekcanitez/Atalay/Özekes’in Lexpera Blog’da 30/03/2020 tarihinde yayımlanan ve 7251 sayılı Kanuna ilişkin Kanun Teklifini değerlendiren eleştirel yazılarında ileri sürdükleri; “Neden uzaktan yapılmasını isteyen tarafın isteği doğrultusunda hareket edilmekte de, doğrudan yapılmasını isteyen iradesi yok sayılmaktadır? Bu usulî eşitlik ilkesine aykırıdır.” şeklindeki eleştiri doğrulanmamaktadır.

<sup>33</sup> İnceoğlu, a.g.e., s.148 vd.

<sup>34</sup> İnceoğlu, a.g.e., s.150.

isteksiz davranabilir); ama, diğer taraftan, karşı karşıya bulunduğumuz salgın hastalık ortamı yönetime rağbeti hiç kuşkusuz arttıracaktır. Bu çerçevede özellikle coğrafi uzaklık belirleyici bir unsur olabilir. Örneğin dava İstanbul'da görülmekte, tanık ise Adana'da oturmakta veya ticari faaliyetini orada sürdürmekte ise, hakim talebi kabul etmeye daha yatkın olacaktır. Keza salgın süresince de hakim ses ve görüntü nakli yolu ile başka yerden duruşma icrasını hiç kuşkusuz bulaş karşısında önemli bir araç olarak telakki edecektir.

HMK m.149'un sağladığı imkanın temelinde usul ekonomisi ilkesinin bulunduğu ve taraflar ya da davada dinlenecek diğer kişilerin davaya bakan mahkemeye gelerek kural olarak mahkeme salonunda yapılması gereken duruşmada bizzat hazır bulunmadan ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaya katılmalarının mümkün kılınmasının bu ilkenin bir gereği olduğu da söylenebilir<sup>35</sup>. Bu açıdan bakıldığında, öğretide ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasının sözlülük ilkesine de aykırı olmadığına, bilakis bu ilkeyi pekiştirdiğine işaret edildiğini belirtmek gerekir<sup>36</sup>. Keza bu teknolojik imkanın aleniyet ilkesini ihlal ettiğinden de söz edilememesi gerekir. Çünkü hakim, süreci davanın görüldüğü mahkemeden yöneteceği için herkes mahkeme salonuna girerek duruşmayı izleyebilir. Diğer bir deyişle, "*Duruşmanın ses ve görüntü nakli yoluyla yapılması, dileyen kişilerin mahkeme salonuna giderek duruşmayı izleyebilmesine engel değildir ve e-duruşmaya ilişkin hüküm de bu şekilde yorumlanmamalıdır.*"<sup>37</sup>.

HMK m.149'un 2.fıkrasına göre, mahkeme; tanıkların, bilirkişilerin, uzmanların da aynı anda ses ve görüntü nakli yoluyla buldukları yerden duruşmalara katılmalarına (dinlenilmelerine) izin verebilir. İlk fıkradan farklı olarak, burada, taraflardan birinin bu yönde bir talebi olabileceği gibi, hâkim de re'sen tanıkların, bilirkişilerin, uzmanların ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenmelerine karar verebilir. Oysa, 2.fıkranın eski metninde hâkimin bu şekilde resen duruşma icrasına karar verme yetkisi bulunmamaktaydı. Ama *sırf* (sadece) tanığın veya bilirkişinin ya da uzmanın talebiyle HMK m.149'un harekete geçirilmesi ve bu kişilerin buldukları yerden dinlenebilmeleri mümkün olmamak gerekir<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Bu yönde: Kale, a.g.m., s.143.

<sup>36</sup> Kale, a.g.m., s.144.

<sup>37</sup> Mıdık, Barış, "Medeni Yargıda e-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler", Lexpera Blog, Çevrimiçi, e.t. 23/09/2020. Yazar bu incelemesinde ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılmasının hak arama özgürlüğünün ve hukukî dinlenme hakkının kullanılmasını kolaylaştırmaya olan katkısı hakkında da bilgi vermektedir. Ses ve görüntülü bilişim sisteminin medeni usul hukukuna hakim ilkelerle ilişkisi hakkında etraflı bilgi için bkz. Aktoğ Özel, Aydan, Medeni Usul Hukukunda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, 2019, s.43 vd.

<sup>38</sup> Kale, a.g.m., s.148.

Fakat böyle bir talep ilgili tarafça benimsenerek bu kişilerin ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenmeleri için mahkemeye başvuruda bulunulabilir ya da ilgili tarafın bu yönde bir başvurusu mevcut olmasa bile mahkeme bu talebi haklı ve yerinde görerek re'sen HMK m.149'un uygulanmasına karar verebilir.

HMK m.149'un sağladığı imkandan yararlanılarak buldukları yerden dinlenecek olan (bilirkişi, tanık, uzman gibi) bu kişilerin rızasının alınmasına gerek olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide bazı yazarlar, sesi ve görüntüsü nakledilecek olan bu kişilerin rızanın bulunması gerektiği görüşündedir<sup>39</sup>. Öğretide bu konuda bir ayırım yapılmakta ve bilirkişi, tanık, uzman ve benzeri diğer kişilerin ses ve görüntü nakli yoluyla (sadece) dinlenmelerine karar verilebilmesi için bu kişilerin buna muvafakat etmelerine gerek bulunmadığına; buna mukabil, ses ve görüntülerinin rızaları dışında kayda alınmasının onların kişilik haklarına zarar verip vermeyeceği (halbuki bkz.HMK m.153 ve biraz aşağıdaki açıklamalarımız) hususunun tartışmalı bir konu olduğuna işaret edilmektedir<sup>40</sup>.

Fer'i müdahilin de ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulunduğu yerden duruşmaya katılması mümkün olmalıdır. Ancak, bunun için, onun yanında yanında katıldığı tarafın itiraz etmemesi gerekir<sup>41</sup>.

Öte yandan şu hususa da işaret etmek gerekir ki, ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası sadece tahkikat duruşmalarında değil, ön inceleme ve sözlü yargılama ile hüküm aşamasında da uygulanabilir. Ayrıca bu yöntemin bölge adliye mahkemesi ve HMK m.369, f.2 ile sınırlı olarak Yargıtay nezdinde de uygulanması mümkündür<sup>42</sup>.

Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasına ilişkin masraflara kimin katlanacağına gelince; bu yöntem başvurulması için talepte bulunan tarafın, bunun yarattığı masrafları karşılaması ve HMK m.323, f.1, b.(h) kapsamında “*diğer giderler*” olarak mütalaa edilebilecek bu masrafların davanın sonunda HMK m.326 uyarınca davayı kaybeden tarafa yüklenmesi gerektiği söylenebilir<sup>43</sup>.

Her iki fıkra bakımından temel sorun, sesi ve görüntüsüyle duruşmaya katılacak olanların “*buldukları yer*” ibaresiyle neyin kastedildiğidir. Maddede bu konuda maalesef bir açıklık

<sup>39</sup> Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, 2. Baskı, s.462; Kale, a.g.m., s.148.

<sup>40</sup> Aktoğ Özel, a.g.e., s.21-22.

<sup>41</sup> Kale, a.g.m., s.145.

<sup>42</sup> Karş. Yılmaz, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 3, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, 4. Baskı, s. 3067.

<sup>43</sup> Kale, a.g.m., s.153. Umar (s.463) daha değişik düşünmektedir.



bulunmamaktadır. Akla gelen ilk düşünce, sesin ve görüntünün mutlaka bir başka mahkeme salonundan veya adliyede bu iş için özel olarak ayrılmış yerlerden (odalardan) veya yerel baro binasındaki özel bir odadan iletilmesidir. Bu açıdan bakıldığında resmi herhangi bir dairenin –varsa- donanımının kullanılması da düşünülebilir.

*Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik* m.218 ve *Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik*'te sesin ve görüntünün nereden nakledileceği konusunda açık ifadeler bulunmamakla birlikte, ceza yargılamasında SEGBİS sistemi başka bir mahkeme salonu veya cezaevleri SEGBİS odaları kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir.

Öğretide bazı yazarlar, hukuk yargılaması bakımından sesin ve görüntünün muhakkak bir başka mahkeme salonundan veya adliyede buna ilişkin yerlerden iletilmesine gerek bulunmadığını; maddenin verdiği imkanın etkin bir şekilde kullanılabilmesini sağlamak için adliyeler dışında başkaca yerlerin de kullanılmasıyla duruşmalara katılımın sağlanmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir<sup>44</sup>. Bu yazarlara göre, örneğin avukatların yazihanelerinden (bürolarından), bilirkişilerin çalıştıkları yerlerden ve hatta evlerinden duruşmalara katılmaları mümkün olmalıdır.

Bu görüş uygulamanın tehlikeli bir kulvara girmesine, çeşitli güvenlik sorunlarının ve suistimallerin ortaya çıkmasına yol açabilir<sup>45</sup>.

Nitekim, özellikle sesin ve görüntünün aktarım (iletim) güvenliği dikkate alındığında, kanaatimce, bu hususta, sınırlı bir seçenek yelpazesi öngörmeli; ses ve görüntü naklinin en fazla avukatın yazihanesinden (bürosundan) yapılabilmesine izin verilmelidir.

Her halükarda, bu imkan vesilesiyle dikkat edilmesi gereken ilk önemli husus, biraz sonra da değineceğimiz gibi, muhtemel suistimal, tehdit ve şantaj şüphelerine yol açmamak için, kullanılan kameranın, sesin ve görüntünün aktarıldığı odaya bütün açılardan hâkim olacak bir veya birkaç noktaya konuşlandırılmasının gerekli olmasıdır.

Bu bağlamda ayrıca HMK m.149 ile kayıt ve yayın yasağına ilişkin m.153'ün birbiriyle bağdaştırılmasına özel dikkat sarfedilmesi gerekir. Bilindiği gibi HMK m.153'e göre, duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Ancak, dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde, mahkemece çekim yapılabilir ve kayıt alınabilir<sup>46</sup>. Bu takdirde, yapılan

<sup>44</sup> Öztekin/Taşpınar/Ayvaz, a.g.m., s.120; Kale, a.g.m., s.150.

<sup>45</sup> Mıdık da aynı görüştedir.

<sup>46</sup> Fransız hukukunda duruşmaları filme almak ya da sadece ses kaydını yapmak ve bilahare yayınlamak mutlak olarak yasak iken, 1985 yılında, 11 Temmuz 1985 tarih ve 85-699 sayılı Kanunla, ünlü nazi soykırım canisi Klaus Barbie'nin yargılaması

çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanak, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamaz. Bu kurala aykırılık hem disiplin sorumluluğuna ve hem de cezai sorumluluğa yol açar. Şu halde, duruşmanın ses ve görüntü nakli yoluyla yapılması halinde taraflar veya üçüncü kişiler ile mahkeme, nakledilen ses ve görüntüyü kayıt altına alamazlar. Bu kuralın bir tek istisnası vardır ve o da, yargılamanın zorunlu kıldığı bir halin mevcudiyetidir. Böyle bir durumda kaydın yapılabilmesi için mahkemenin ses ve görüntünün kayıt altına alınması için karar alması ve kaydı da sadece kendisinin yapması gerekir. Demek ki, duruşmaya ses ve görüntü nakli yoluyla katılan tarafın ya da üçüncü kişilerin kayıt yapması hukuka aykırıdır. Tabii bu hususun denetlenmesi son derece zordur ve bu da bize duruşmanın her yerde icrasının sakıncalı olduğunu, ses ve görüntü nakliyle duruşma yapılacak alanın bu konularda denetim yapmaya elverişli olması gerektiğini<sup>47</sup> bir kere daha göstermektedir.

İkinci olarak, ses ve görüntü nakli hangi mekandan yapılırsa yapılsın, ses ve görüntünün nitelikli bir şekilde mahkemeye aktarılmasını sağlayacak teknolojik yöntemlerin seçilmesi gerekir<sup>48</sup>. Bu çerçevede, özellikle avukat yazıhanelerinin (bürolarının) belirlenecek şartları taşıyıp taşımadıklarının ilgili yerel baro tarafından denetlenerek ancak gerekli önlemleri almış olan avukatlık bürolarına izin verilmesi ve yapılan (periyodik) kontrollerde şartların kaybedildiğinin anlaşılması halinde de bu iznin yine ilgili yerel baro tarafından iptal edilmesi düşünülebilir. Şu hususa işaret edelim ki, bu konuda mikrofonun sabit mi olacağı, yoksa el mikrofonu mu kullanılacağı konusunun bile önem arz ettiğine; ancak gerekli testler yapıldıktan sonra bu yöntemlerden birinin veya diğerinin tercih edilmesinin söz konusu olabileceğine işaret

---

vesilesiyle bir kanun çıkarılarak adaletin tarihsel arşivini oluşturmada önem arz eden duruşmaların, yayınlanmaları ancak elli yıl sonra tamamen serbest olmak kaydıyla, ses ve görüntü kaydının yapılmasına istisnaen izin verilmiştir. Fransız Adalet Bakanı 2020 yılının sonuna doğru, duruşmaların görsel medyada naklen veya gecikmeli olarak yayınlanmasına izin vermek yönünde teşebbüste bulunmuştur. Belirtmek gerekir ki, bu teşebbüs ciddi eleştirilere maruz kalmış ve bu çerçevede, diğer birçok sakıncanın yanında, masumiyet karinesine, özel hayatın korunmasına, resim üzerindeki haklara ve özellikle unutulma hakkına saygının bundan büyük yara alacağı, ayrıca bir adalet-show'a yol açılarak bütün adalet mekanizmasının bundan büyük zarar göreceği ileri sürülmüştür. Belirtelim ki, İspanya'da, günümüzde, aleni bir yargılamanın ses ve görüntüyü kaydetmeye yarayan özel araçlarla sabitlenmesi ve sonra da internette veya diğer herhangi bir medya mecrasında yayınlanması hukuken mümkündür; etraflı bilgi için bkz. Garre, Miguel, "*Captation vidéo des audiences en Espagne et droit à l'oubli: forces et faiblesses de l'acte électronique*", (<http://www.adij.fr/donneespersonnelles/wp-content/uploads/2015/01/1501-Vistas.pdf>), *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2013/100, no: 3337.

<sup>47</sup> Mıdık da bu konudaki endişelerini dile getirmektedir.

<sup>48</sup> Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, a.g.m., s.121.

edilmektedir<sup>49</sup>. Aynı güçlük kameralar bakımından da geçerlidir. Teknik olarak ve katılımcıların yerleşim durumu itibariyle kameranın duruşmaya katılanların hepsini görmeye imkan verecek şekilde konuşlandırılması lazımdır; bunu sağlamak için gerekirse birden fazla kamera kullanılmalıdır. Bağlantının ne zaman yapılması gerektiği de ayrı bir sorundur: Katılımcılar duruşmanın yapılacağı salonda yerlerini almadan önce mi, yoksa katılımcılar yerlerini aldıktan sonra mı? Bu bağlamda bağlantının duruşmanın icra edileceği yerde herkes yerini aldıktan sonra yapılmasının daha uygun olduğu, bağlantının yapılmasının duruşmanın açılmasına denk düştüğü belirtilmektedir<sup>50</sup>. Ses ve/veya görüntü bağlantısı kesildiği ya da kalitesini önemli ölçüde kaybettiği takdirde duruşmaya ara verilmeli ve yeni bir bağlantı kurma teşebbüsünde bulunulmalıdır. Başarılı olunamadığı takdirde artık yeni bir duruşma günü belirlenmelidir<sup>51</sup>.

Üçüncü olarak, mahkeme dışında başka bir yerden ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasına imkan verildiğinde, bu sırada yapılan işlemlerin tutanağa nasıl geçirileceği ve hakimın katılımı olmaksızın düzenlenen bir tutanağın ispat gücünün ne olacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Burada bir çıkış yolu olarak, dinlenen kimselerin beyanlarının asıl davaya bakan mahkeme tarafından tutanağa geçirilmesi ve örneğin bir tanık söz konusu olduğunda ise imzasının (bkz. HMK m.261, f.5) daha sonra hakim huzurunda atırılması önerilmektedir<sup>52</sup>. Bu konuda *Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî Ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik*' in 218.maddesinin şu fıkraları hükümlerini belirtmek gerekir:

*“(4) SEGBİS veya benzeri sistemlerle elde edilen ses ve görüntü verileri de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 199 uncu maddesine göre elektronik belge hükmündedir.*

*(5) Kimlik tespiti ve dinleme işleminin yapıldığına dair UYAP Bilişim Sisteminde veya zorunluluk nedeniyle haricen tutulan tutanak, dinleme işlemi sırasında hazır bulunan tüm ilgililerce duruma göre güvenli elektronik imza ya da el ürünü imza ile imzalanır. Tutanakta, dinlenenlerin ad ve soyadları, dinlemenin başlangıç ve bitiş zamanı, dinlemenin süresi, hazır bulunanlar ve varsa sunulan deliller gibi hususlar belirtilir.*

*(6) Elektronik ortamdaki tutanak aynen, fizikî olarak tutulan tutanak ise taranıp, güvenli elektronik imza ile imzalanmak suretiyle dinleme talep eden makama UYAP üzerinden gönderilir. Belge asılları mahallinde saklanır.*

<sup>49</sup> Bohnet, François/Mariot, Sandra, “La vidéoconférence et le projet de révision du CPC”, *Revue suisse de procédure civile*, 2020, s.179 vd., özellikle s.189.

<sup>50</sup> Bohnet/Mariot, a.g.m., s.190.

<sup>51</sup> Bohnet/Mariot, a.g.m., s.191-192.

<sup>52</sup> Kale, a.g.m., s.151-152.

(7) SEGBİS veya benzeri sistemlerle duruşmaya katılan tarafların beyanlarının imzalanması gerektiğinde, dinlemenin yapıldığı yer mahkemesince talepte bulunan mahkemece tutulan tutanağın bir çıktısı alınarak imzalatılır, imzalanan tutanak tekrar elektronik ortama aktarılır ve tutanağın aslı mahkemesine gönderilir.”.

Öğretide, ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşmaya katılacak olanların “buldukları yer” ibaresinin, hukuk davalarında uluslararası karşılıklı adli yardımlaşma çerçevesinde yurt dışını da kapsadığı ileri sürülmektedir<sup>53</sup>. Bu konuda İsviçreli yazarlar da aynı görüştedir<sup>54</sup>.

Belirtilmesi gereken bir başka nokta, sesin veya görüntünün münferit olarak aktarılması suretiyle duruşmanın icrasının madde kapsamında mümkün olmadığıdır. Yani sadece ses veya sadece görüntü aktarımı yoluyla bu madde işletilemeyecektir<sup>55</sup>.

Vurgulanması gereken bir diğer husus da, maddenin hem duruşma yapılmasından ve hem de duruşma sözcüğünü hiç kullanmadan “dinlenilme”den bahsetmesine rağmen, tarafların veya diğer kişilerin duruşma dışında “dinlenilmesi” mümkün olmamak gerekir. Tarafların ve diğer kişilerin “dinlenilmesinin” kural olarak ancak duruşmada mümkün olması aleniyet ve doğrudanlık ilkelerinin bir gereğidir ve bu gerek ayrıca tarafların dinlenmesi, tarafların isticvabı, tanık, bilirkişi ve uzman görüşü hakkındaki HMK düzenlemelerinde öngörülen duruşma ve mahkemeye çağırılma zorunluluğundan da anlaşılmaktadır<sup>56</sup>. Özellikle İsviçre öğretisinde ses ve görüntü nakli yoluyla (videoconférence; video-konferans) duruşma icrasının ancak hakimin bu prosedürün her aşamasında fiziken hazır bulunması kaydıyla adil yargılanma hakkına aykırı olmadığı kabul edilmektedir<sup>57</sup>.

İşaret edilmesi gereken bir başka husus ise, tarafların her ikisi de duruşmaya ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden katılmakta ise, asıl davanın görüldüğü mahkemede sadece (ama mutlaka) hakim ve zabıt katibinin bulunmaları (hazır olmaları) gerektirir. Duruşma günü taraflardan biri asıl davaya bakan mahkemede hazır iken, onun vekilinin ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşmaya katılması mümkündür. Taraf ve vekilinin duruşmaya farklı yerlerden katılmalarında da bir engel bulunmamaktadır<sup>58</sup>.

7251 sayılı Kanunla değişik 149.maddenin 3.fikrasında, mahkemenin, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri

<sup>53</sup> Yılmaz, a.g.e., s.3067.

<sup>54</sup> Bohnet/Mariot, a.g.m., s.188.

<sup>55</sup> Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, a.g.m., s.121; Kale, a.g.m., s.145.

<sup>56</sup> Budak/Karaaslan, a.g.m., s.15 vd., özellikle s.21.

<sup>57</sup> Bohnet/Mariot, a.g.m., s.184-185.

<sup>58</sup> Kale, a.g.m., s.145.

dava ve işlerde ilgilileri, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlemeye re'sen karar verebileceği hususu düzenlenmiştir. Hiç kuşkusuz, mahkemenin tarafların veya ilgililerin talebiyle de bu konuda karar vermesi mümkündür.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrası ilk defa HMK ile hukuk hayatımıza girmiş önemli bir (teknolojik) imkandır. Ancak, HMK'nın uygulandığı yaklaşık on yıla yakın bir süre bu imkanın hayata geçirilebilmesi maalesef mümkün olmamış; hukuk yargılamalarında neredeyse hiç uygulaması olmamış, maddeden beklenen fayda gerçekleşmemiştir. Alt yapı yetersizliği ve düzenleme eksikliği bir tarafa, maddenin işlememesinin en önemli nedenlerinden biri, (eski) hükümde yer alan ve her iki tarafın da ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrasına rıza göstermesine yönelik olan zorunluluktur<sup>59</sup>. Yapılan **değişiklikle sadece bir tarafın talebi ve mahkemenin de onayı ile duruşmaların ses ve görüntü nakli yoluyla yapılmasına imkan sağlanmıştır**; böylece maddeden beklenen faydanın gerçekleşeceği düşünülmektedir. Yalnız, amacın hasıl olması için, maddede öngörülen yönetmeliğin yürürlüğe konulması ve **yönetmelik hazırlanırken de çok dikkatli davranılması**, mutlaka ilgili çevrelerin görüşünün alınması gerekmektedir<sup>60</sup>.

7251 sayılı Kanunla m.149'a eklenen 4.fıkra ile, fiili engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın il sınırları içinde başka bir yerde yapılabilmesi mümkün kılınmaktadır; yalnız bunun için, yargı çevresinde bulunulan bölge adliye mahkemesi adalet komisyonunun uygun görüşünün alınması lazımdır. Madde gerekçesinde neden böyle bir fıkraya ihtiyaç duyulduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Kararı, dosyayı inceleyen mahkeme verecektir. Duruşmanın başka yerde yapılmasıyla kast edilen, yine başka bir mahkemenin duruşma salonu olmalıdır. Bunun aksini, yani duruşmanın mahkeme salonu dışında bir yerde icra edilebilmesini düşünmek mümkün değildir<sup>61</sup>. Kanuna göre, duruşmanın başka bir yerde icra edilmesinin sebebi, fiili engel veya güvenlidir. Ama bu sebeplerin yeterince somut sebepler olmadığı ve bu konudaki takdir yetkisinin çok dikkatli ve temkinli bir şekilde kullanılması gerektiği söylenmelidir. Fıkranın, tabii hâkim ilkesini ihlal potansiyelini de bünyesinde barındırdığı aşikârdır<sup>62</sup>. Görülüyor ki, HMK m.149'a eklenen 4.fıkra uygulamada bazı hukuki sıkıntılar yaratabilir.

Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası konusunda İsviçre Medeni Usul Kanununda bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat özellikle bütün dünyayı ve bu arada İsviçre'yi de ciddi olarak etkileyen

<sup>59</sup> Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, a.g.m., s.121.

<sup>60</sup> Yönetmelik hazırlıklarının tamamlanma aşamasında olduğu anlaşılmaktadır.

<sup>61</sup> Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, a.g.m., s.121.

<sup>62</sup> Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, a.g.m., s.121.

pandemi nedeniyle bu konu birdenbire önem kazanmış ve İsviçre Medeni Usul Kanununun (CPC) değiştirilmesine ilişkin 26 Şubat 2020 tarihli Tasarı'da<sup>63</sup> bazı adli işlemlerin ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla yapılması yönünde, içeriği bakımından tartışmalara yol açan bir hükme yer verilmiştir. Tasarı'ya eklenen ve "Video-konferans yoluyla dinleme" başlığını taşıyan m.170a'ya göre; "Mahkeme bir tanığın ifadesine video-konferans veya benzer teknikler ile başvurabilir. Tanığın dinlenmesi görsel-işitsel bir araç ile kayıt altına alınır."

İsviçre Tasarı'sı, video-konferansın uygulama alanını yalnızca tanığın dinlenilmesi ile sınırlı tutmamıştır. Şöyle ki, bilirkişi raporunun sunulması hakkındaki CPC m.187/1 ile isticvap ve tarafların dinlenilmesine ilişkin CPC m.193'de de yukarıdaki düzenlemeye atıf yapılarak video-konferans imkanından buralarda da yararlanılması mümkün kılınmıştır. Bunun nedenlerinden biri de uluslararası alanda gelişme sağlanmasıdır.

Madde, mahkemeye bu konuda bir takdir yetkisi tanımaktadır<sup>64</sup>. Ayrıca kantonlar da bu yola başvurulmasına imkân tanıyıp tanımama konusunda serbesttirler<sup>65</sup>. Bu durum da, öğretilerde, kantonlar arasında önemli ölçüde farklı uygulamalara sebep olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>66</sup>. Keza öğretilerde, uygulama birliğinin sağlanması amacıyla, video-konferansa ilişkin teknik özelliklerin (kamera ve mikrofonların yerleşimi, asgari bağlantı hızı, verilerin korunması, bağlantı sorunlarında uygulanacak sonuçlar vb. hususların) federal nitelikte bir yasal düzenleme ile belirlenmesinin uygun olacağı belirtilmektedir<sup>67</sup>.

Tanıklıkta, CPC m.176, f.1 uyarınca ifadelerin önemli noktaları tutanağa geçirildikten sonra tanık tarafından okunacak ve imzalanacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, tanık beyanlarının manyetik teyp bandına depolanması veya video kaydının yapılması ya da uygun diğer her türlü araçla kayıt altına alınması mümkün olup, üçüncü fıkraya göre, tanığın ifadesinin bu şekilde teknik yollarla kayıt altına alınması hâlinde mahkeme veya naip hâkim,

<sup>63</sup> Tasarı'nın tam metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2020/2693.pdf>.

<sup>64</sup> Mahkemenin bu kararına karşı, telafisi zor bir zarara yol açabilecekse itiraz (*recours, Beschwerde*) yoluna başvurulabilecektir. Bkz. Bohnet/Mariot, a.g.m., s.183; Vouilloz, François, *Petit Commentaire CPC*, Editions Helbing Lichtenhahn, Basel 2020, art.170 no:13.

<sup>65</sup> *Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit)*, FF 2020, s.2612 vd., özellikle s.2656.

<sup>66</sup> Bohnet, François/Schaller, Julitte "Projet 2020 de révision du Code de procédure civile, plaidoyer pour la jurisprudence", Semaine judiciaire (SJ) 2020 II, s.189 vd., özellikle s.214.

<sup>67</sup> Bohnet/Mariot, a.g.m., s.190.

tutanağı tanığa okumaktan veya onun okumasına ve imzasına sunmaktan imtina edebilecektir. Bu durumda kayıtlar dosyaya konulacak ve tutanak ile birlikte muhafaza edilecektir.

Tasarı ile, CPC m.176, f.3 ilga edilerek, burada yer alan hüküm bazı değişikliklerle CPC m.176a'da ayrı bir madde hâline getirilmiştir. Bu maddeye göre duruşmalar sırasında tanık ifadeleri teknik araçlarla kayıt altına alınmışsa üç kural uygulanacaktır. İlk olarak, bu durumda tutanak, kayıt esas alınmak suretiyle sonradan hazırlanabilecektir. İkinci olarak, mahkeme veya naip hâkim, tutanağı tanığa okumaktan veya onun okumasına ve imzasına sunmaktan imtina edebilecektir. Son olarak ise alınan kayıt dosyaya konulacaktır.

Tasarı ile getirilen en önemli değişiklik, tutanağın aynı duruşmada tutulma zorunluluğunun kaldırılarak, kayıt esas alınmak suretiyle sonradan hazırlanmasına imkân sağlanmasıdır.

Ülke farkı gözetmeden herkesi kasıp kavuran salgın hastalık nedeniyle süratle dijitalleşen ve artık bu dijitalleşmenin verdiği alışkanlıkları terk etmesi pek mümkün görülmeyen dünyada ses ve görüntü nakli yoluyla başka yerden duruşma icrasına imkan vermek kaçınılmaz bir hal almıştır. Medeni usul hukukumuzda kanun koyucu daha 2011 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanununu sevkederken bu dönüşümü görmüş, 2020 yılında da, 7251 sayılı Kanunla, mevzuatında birçok Batı ülkesinde henüz öngörülmeven önemli değişiklikler yaparak ortaya çıkabilecek güçlükleri belli bir süre için göğüsleyebilecek duruma gelmiştir. Ancak, yüz yüze yargılamaya dayanan geleneksel uyuşmazlık çözüm yollarının ve bu yolları düzenleyen medeni usul mevzuatının yetersizliği vurgulanarak yeni dijital dönemin ihtiyaçlarını karşılamak için çevrimiçi uyuşmazlık çözüm mekanizmaları olarak adlandırılan ve teknoloji kullanımına dayanan yeni bir yargılama usulünün (*online dispute resolution-ODR*) doğuşuna ve gelişimine tanıklık edilen bir dönemde, ülkemiz bakımından salt bu değişikliklerin bir süre sonra yetersiz kalacağı açıktır. Bu çerçevede, medeni usul hukukunun başka hangi alanlarında değişiklikler yapılması gerektiğini bize zaman gösterecektir. Konu hakkında Avrupa Birliği'nin de çalışmaları bulunduğu ve bu çalışmaların dikkat ve ilgi ile takip edilmesi gerektiği önemle vurgulanmalıdır.

## KAYNAKÇA

Aktoğ Özel, Aydan, Medeni Usul Hukukunda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, 2019.

Bohnet, François/Mariot, Sandra, “La vidéoconférence et le projet de révision du CPC”, *Revue suisse de procédure civile*, 2020, ss. 179-194.

Bohnet, François/Schaller, Julitte “Projet 2020 de révision du Code de procédure civile, plaidoyer pour la jurisprudence”, *Semaine judiciaire (SJ) 2020 II*, ss. 189-226.

Budak Ali Cem/Karaaslan, Varol, “7251 Sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Eylül-Ekim 2020, ss. 15-50.

Cadiet, Loic/Jeuland, Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>e</sup> Edition, Editions Litec, Paris, 2006.

Code de Procédure civile commenté, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011, Jacques Haldy

Garre, Miguel, “Captation vidéo des audiences en Espagne et droit à l’oubli: forces et faiblesses de l’acte électronique”, *Revue Lamy droit de l’immatériel*, 2013/100 ([http:// www.adij.fr/donneespersonnelles/wp-content/uploads/2015/01/1501-Vistas.pdf](http://www.adij.fr/donneespersonnelles/wp-content/uploads/2015/01/1501-Vistas.pdf)),.

Hoffmann, David/Lüscher, Christian, *Le Code de procédure civile*, 2<sup>e</sup> édition, Stampfli Editions, Berne, 2015.

İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018.

Kale, Serdar, “Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (HMK m.149)”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 25, 2013/2, ss. 141-155.

Kurt Konca, Nesibe, *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Adalet Yayınları, Ankara, 2009.

Mıdık, Barış, “Medeni Yargıda e-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler”, *Lexpera Blog*, Çevrimiçi, e.t. 23/09/2020.

Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Öztek Selçuk/Taşpınar Ayvaz, Sema/Kale, Serdar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun



Teklifinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 149, Y. 33, Temmuz-Ağustos 2020, ss. 77-152.

Pekcanitez, Hakan, “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, İzmir, 2000, ss. 408-427.

Pekcanitez. Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi”, Lexpera Blog, Çevrimiçi, e.t. 30/03/2020.

Tanrıver, Süha, *Medeni Usul Hukuku*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, 3.Bası.

Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, 2.Baskı.

Vouilloz, François, *Petit Commentaire CPC*, Editions Helbing Lichtenhahn, Basel, 2020.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 3, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, 4. Baskı.

